



جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء  
قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور

عبد الرؤوف دبابش

إعداد الباحث

هشام ذبيح

أعضاء لجنة المناقشة

الرقم	الإسم واللقب	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	ميلود خلف الله	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	رئيسا
02	عبد الرؤوف دبابش	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
03	أحمد غرابي	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	ممتحنا
04	عمر بن سعيد	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي بريكة	ممتحنا
05	عبد القادر جدي	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة	ممتحنا
06	شهرزاد بوسطلة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2019 / 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد:

إلى خير خلق الله محمد ﷺ

إلى أغلى ما أملك في الدنيا أبي وأمي

إلى رفيقة دربي وسندي في الحياة زوجتي

إلى قرّة عيني ابنتي إسراء

إلى إخوتي وأخواتي وأقاربي كل باسمه

إلى أصدقائي وزملائي بالمركز الجامعي بريكة

إلى كل من له حق عليّ

هشام

## شكر وتقدير

يقتضي مني هذا المقام أن أشكر أصحاب الفضل عليّ، وأدين لهم بوافر المعروف اعترافاً بالجميل، أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى مشرفي الأستاذ الدكتور: عبد الرؤوف دبابش لتفضله بالإشراف على هذه الأطروحة الذي منح لي توجيهاته وأنار لي دروب البحث وفتح لي مغاليقها رغم إلتزاماته وكثرة أعبائه، كما أشكره على صبره وتحمله لي طيلة فترة الإشراف التي دامت خمسة سنوات فجزاه الله عني خير الجزاء، وأسأل الله كما جمعني به في هذا العمل الأكاديمي أن يجمعنا في جناته يوم لقائه.

ثم أرى لزاماً أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة أطروحتي، وعلى الجهود التي يبذلونها للإثراء والتصويب والتوجيه لإخراج الأطروحة في أحسن حلة، كما أشكر الأستاذ: الزيتوني سعدي الذي رافقي في التصحيح اللغوي لهذه الأطروحة فجزاه الله خيراً سأذكر فضلكم ما حييت، وأسأل الله للجميع عني خير الجزاء.

## قائمة المختصرات

قانون الأسرة	ق. س
القانون المدني	ق. م
قانون العقوبات	ق. ع
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق. أم. د
هجري	هـ
توفي	ت
جزء	ج
طبعة	ط
دون طبعة	د. ط
دون مكان نشر	د. م
دون تاريخ	د. ت
دون دار النشر	د. ن
غرفة شؤون الأسرة	غ. ش. أ
غرفة الأحوال الشخصية	غ. أ. ش
صفحة	ص
المادة	م
دينار جزائري	دج

## مقدمة

تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وأن الزواج هو الأصل الذي ينشئها، فيه تتكون، ومنه تنمو، وأن أساس بنائها قائم على الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة والتي سماها الله عز وجل بالميثاق الغليظ تعبيراً عن صلابتها واقتنائها بإحدى سنن الله في خلقه.

فالمشعر الجزائري قد قنن موضوع الطلاق في قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 إذ خصص له الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج في 13 مادة، معتبراً الطلاق الوسيلة القانونية لفك الرابطة الزوجية من خلال المادة 47 بقولها "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" كما جاء في المادة 48" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، كما جاء في المادة 55 (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر)، ومن خلال هذه المواد يتضح أن الطلاق وسيلة لفك الرابطة الزوجية والذي يهمننا في الدراسة طرق فك الرابطة الزوجية من جانب الزوجة، وهي التطلق والخلع وكذا الآثار المترتبة عنهما. وإن كان مجال الدراسة هو فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، فهناك الكثير من الإشكالات تحتم التوسع في أحكام الشريعة الإسلامية والخوض في المذاهب الفقهية في موضوع التطلق والخلع وآثارهما، لإيجاد تفسير لهذه الإشكالات ولإثراء موضوع حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، كون أن قانون الأسرة أحالنا إلى الشريعة الإسلامية فيما سكت عنه بموجب المادة 222 بقولها "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

فكما أباحت الشريعة الإسلامية حق الزوج في طلاق زوجته والذي أخذ به قانون الأسرة، أباحت للزوجة أيضاً هذا الحق، لكن بطريقة تختلف عن طلاق الزوج سواء أكان من حيث الأحكام أم من حيث الإجراءات، إذ يمكن لها أن تطالب بالتطلق لرفع الضرر الحاصل من

زوجها عليها، إذ عدد قانون الأسرة في المادة 53 منه عشرة أسباب، يمكن أن تكون سبباً شرعياً ومبرراً قانونياً يبيح للزوجة المتضررة أن تطالب بتطليقها لخلعها من الأذى الذي لحقها من زوجها، إذ قد يحدث ما لا يحمد عقباه فقد تنتقم الزوجة من زوجها أو العكس ونحن في غنى عن هذا، فحفظاً للنفس والعرض والمال شرع التطليق للزوجة لتحقيق تلك المقاصد الشرعية.

كما أنه قد لا تجد المرأة الراحة النفسية مع زوجها التي تبغضه، كونها تكره العيش معه لأسباب متعددة كأن تكون خُلُقِيَّة كدمامة وجهه أو خُلُقِيَّة كسوء عشرته، وعجزت عن إثبات ضررها النفسي، وتخشى إن بقيت مع زوجها أن لا تقيم حدود الله في مسألة الطاعة الزوجية، فلا توفي حق زوجها نتيجة للبغض الذي يملأ قلبها، والحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة، فإن غابت هذه الأخيرة أصبحت الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، فهي لا تملك الطلاق مباشرة لأن العصمة بيد الرجل، كما لا تملك التطليق كونها عاجزة عن إثبات الضرر، فيحق لها أن تلجأ للخلع لتقتدي نفسها من زوجها، مقابل عوض تقدمه له يكون فدية عن طلاقها، فترفع الضرر عن نفسها، وتقيم حدود الله من الخشية في الوقوع في المحذور، وبه يسمح للزوجة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقها في فك علاقتها الزوجية بالخلع، نتيجة للضرر الحاصل لها في علاقتها الزوجية، إذ نظم قانون الأسرة أحكام هذا الخلع في المادة 54 منه.

كما أن للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بطريق التطليق والخلع، لها الحق أيضاً في الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية ومن بين الآثار الحق في النفقة، والعدة والحضانة والسكن، وقد عالج المشرع الجزائري كل آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة من المادة 58 إلى غاية المادة 80 في الباب الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق.

## 1-أهمية الموضوع:

موضوع الأطروحة ذو أهمية بالغة، نميز فيه بين الأهمية العلمية والعملية وفق ما يلي:

### أ-الأهمية العلمية:

- يعتبر الطلاق كمفهوم عام محورياً رئيسياً في قانون الأسرة، والذي يحكم حالة الشخص وتصرفاته باعتباره عضواً في الأسرة وفي المجتمع، فنظراً لأهميته العلمية في قانون الأسرة دفع بنا للإهتمام به.

## ب- الأهمية العملية:

- إن كثرة ملفات الطلاق وخاصة منها ملفات الخلع والتطليق في المحاكم ينذر بالخطر، مما يدفع إلى مزيد من الاهتمام بهذه الموضوعات وتقديم معالجات لمختلف الجزئيات المتعلقة بمحل الدراسة.

- متابعة لما وصل إليه الاجتهاد القضائي في موضوع فك الرابطة الزوجية باعتباره المرجع في تفسير القانون، ومأمول منه الوصول إلى وجهة موحدة تؤدي إلى إرساء قواعد قانونية، وحل الكثير من الإشكالات التي تظهر في المحاكم نتيجة للفراغ التشريعي في بعض المواضيع محل الدراسة.

## 2- أسباب اختيار موضوع البحث:

يمكن تلخيص الأسباب الباعثة على اختيار موضوع الأطروحة فيما يلي:

- الدافع الأول أن في مرحلة الماجستير تم تناول الفرقة من جانب الزوج فكانت الرغبة إلى جعل أطروحة الدكتوراه تكملة لرسالة الماجستير وذلك بدراسة الفرقة من جانب الزوجة.

- أما الدافع الثاني فيعود إلى أن المشرع الجزائري نص في قانون الأسرة في المادة 222 على أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فكانت الرغبة إلى اكتشاف أهم المسائل التي لم يتطرق لها المشرع بالدراسة فيما يتعلق بموضوع الأطروحة، وخاصة منها التي نادراً ما يكتب فيها أو تشح فيها المراجع فكان الهدف إثراء المكتبة الجزائرية بما يسهل على الباحث الإطلاع على أهم المسائل المتعلقة بموضوع الأطروحة .

- كثرة تداول الأسئلة في موضوع الخلع والتطليق وآثارهما وبعض جزئياته فقهاً وقانوناً يدفع



للبحث والتقصي فيه.

- ظهور الكثير من الإشكالات أثناء تنفيذ أحكام التطليق والخلع وآثارهما على مستوى المحاكم، فسيتم الكشف عنها واقتراح الحلول المناسبة لها.

### 3- أهداف البحث:

يمكن الإشارة إلى أهم الأهداف التي نتوخاها في هذا البحث على النحو الآتي:

- تعميق النظر في مواد الطلاق بطلب من الزوجة من الوجهة المرجعية في الشريعة الإسلامية، وموازنته مع الوجهة القانونية فيما ذكرت، وفيما سكتت عنه.

- جمع الأحكام التي تعتري الطلاق بطلب من الزوجة فقهاً وقانوناً وقضاءً.

- الكشف عن الأسباب القانونية للارتفاع المحسوس لحالات التطليق والخلع في المحاكم الجزائرية وطرح اقتراحات وحلول لمختلف المشاكل المؤدية لذلك قانوناً وقضاءً، وذلك بالاستناد لأحكام الشريعة الإسلامية، وبعض القوانين المقارنة التي ضبطت إلى حد ما أحكام فك الرابطة الزوجية.

- توضيح مكانة الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري.

- معرفة مدى اهتمام المشرع الجزائري بتنظيم مسألة فك الرابطة الزوجية من جانب الزوجة.

- تثير أحكام التطليق أو الخلع وآثارهما من نفقة أو عدة أو حضانة وتوابعها الكثير من الإشكالات القانونية، وإشكالات أخرى قضائية مما يحتم البحث عنها ومحاولة إيجاد حلول لها.

- إعطاء أهمية كبرى للموضوع من خلال تحسيس القارئ بجوانبه الاجتماعية والإنسانية.

### 4- مصادر البحث:

بما أن موضوع الأطروحة له علاقة مباشرة بقانون الأسرة الجزائري وبأحكام الشريعة الإسلامية، كانت مراجع ومصادر البحث مزوجة بين الشرع والقانون، فاعتمدنا على المراجع القانونية التي لها علاقة بقانون الأسرة والمراجع الإجرائية، وكذا الكتب الفقهية القديمة والجديدة وكتب التفسير التي تخدم موضوع الأطروحة، وكذلك اطلعنا على الكثير من الدراسات

والبحوث والمقالات المعاصرة التي عنيت ببسط جوانب من هذا الموضوع أو تخدم بعض جزئياته، كل هذا للوصول إلى المعالجة الفعالة التي تحقق الأهداف المرجوة من هذا البحث.

#### 5- صعوبات البحث:

لعل من أهم الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث مايلي:

-بعد البحث وجدنا الكثير من الإشكالات التي العملية المتعلقة موضوع الأطروحة مما دفع بنا إلى البحث عن حلول لها سواء في مواد متفرقة في قانون الأسرة أو في الإجتهد القضائي أو في أحكام الفقه الاسلامي، ومحاولة تقريب وجهة نظرنا لإعطاء تصور عن الحل المقترح للإشكال المطروح، وهذا أخذ منا وقتاً طويلاً.

#### 6- إشكالية البحث:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده غير مفصل لكثير من الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية من جانب الزوجة، سواء أكان بطريق التظليق أم الخلع والآثار المترتبة عليها، مما يفتح المجال بالبحث في نصوص الشريعة الإسلامية على وفرتها، وكذا في إجتهد المحاكم الجزائرية، والتفسيرات الواردة في الكثير من الكتب والأبحاث القانونية الوطنية والعربية.

وبهذا فالإشكالية الرئيسية التي يتمحور حولها البحث هي:

ما مدى كفاية الأطر القانونية التي أقرها المشرع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية وآثارها والآليات القضائية المعتمدة في ضبط أحكامها؟.

وعلى هذا فإن إشكالية البحث تقوم على طرح مجموعة من الأسئلة الفرعية الآتية:

-هل يعتبر حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال التظليق والخلع حقاً مطلقاً أم أنه مقيد بضوابط شرعية وقانونية؟

-ما مدى توفيق المشرع في إعطاء حق الزوجة لفك الرابطة الزوجية بالتظليق والخلع من خلال أحكام الشريعة الإسلامية، وما يعرض على المحاكم من اجتهادات قضائية؟

-فيما يتمثل حق الزوجة في الآثار المترتبة على التظليق والخلع؟

- ماهي الآليات القانونية والإجرائية المعتمدة في المحاكم لفك الزوجة الرابطة الزوجية؟  
- ما هي أهم الإشكالات القانونية والقضائية والتنفيذية التي تطرح في مسائل الفرقة من جانب الزوجة وآثارهما؟

- ما هي مختلف الحلول المطروحة للحد من ظاهرة التزايد الرهيب لمسائل الفرقة بين الزوجين في المحاكم وخاصة منها الخلع والتطليق؟  
7- الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي ساعدتني في كتابة الأطروحة ولعل أهمها:

- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2012).

- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015).

- لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، ج 1 (د. ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013).

- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2010).

#### 8- المنهجية المتبعة في البحث:

والمنهج المتبع لمعالجة هذا الموضوع هو المنهج الوصفي والمنهج المقارن فالدراسة الوصفية تكمن من خلال جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع ومحاولة التفسير للوصول إلى حل الإشكال، بالإضافة إلى الاعتماد على الدراسة المقارنة من خلال مقارنة قانون الأسرة الجزائري مع ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، لمعرفة ما لقانون الأسرة وما عليه في أحكام فك الرابطة الزوجية من جانب الزوجة، وكذا الاعتماد على المنهج التحليلي لتفسير المواد القانونية خاصة التي تحتاج إلى إعادة نظر.

وكذا من أهم العناصر التي اعتمدنا عليها في هذه المنهجية ما يلي:

-عرض النصوص القانونية وتحليلها ومناقشتها، لتحديد الاشكالات القانونية، وكذا البحث عن الاشكالات القضائية إن وجدت، ومن ثم تكون الدراسة وفقاً لأهم المسائل التي تمثل حدود الإشكالية وفق ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري.

-عرض الآراء الفقهية بخصوص المسألة محل الدراسة، للكشف عن الرأي الفقهي الذي تبناه المشرع الجزائري، وإن خالف الآراء الفقهية نكشف ذلك، كما نحاول الوصول إلى الرأي الراجح فيها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نبرز بعد ذلك الجانب القانوني من خلال ما نص عليه قانون الأسرة، وما ورد بشأنه من اجتهادات قضائية ومناقشة ذلك عن طريق المقارنة، وذلك بالرجوع إلى أقوال المذاهب الأربعة، وكذا إلى أقوال بعض المجتهدين في مسائل معينة لهم فيها وجهة نظر.

-على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري لم يتناول الكثير من المسائل الفرعية المتعلقة بموضوع الدراسة، لا سيما التطبيق بدرجة أقل، والخلع بدرجة أكثر، وفي آثارهما كذلك، مما يحتم علينا الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي استناداً للإحالة المنصوص عنها في المادة 222 ق.س وبدوره إعمال المنهج المقارن بين المذاهب الفقهية من جهة، وكذا تفعيل المنهج المقارن بين قانون الأسرة وبعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض التشريعات العربية كالتشريع المغربي والمصري والسوري والقطري والكويتي وغيرها، كل هذا من شأنه الإعانة على الإجابة على الإشكالية محل الدراسة، وكذا الإثراء فيما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري في المسائل الأساسية أو الفرعية لموضوع الأطروحة.

-كتابة الآيات القرآنية بالرسم القرآني المعتمد في المصحف، برواية حفص عن عاصم، وذكر السورة ورقم الآية.

-الإلتزام بتخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية، بذكر مصدر التخريج ورقم الحديث فيه بشكل دقيق.

-تم ترجمة بعض المصطلحات اللغوية بالرجوع إلى قواميس اللغة.

-تم ترجمة بعض الأعلام الواردة أسماؤهم في البحث وليس كلهم.

**9- خطة البحث:**

لتحقيق أهداف البحث المرجوة جاءت الخطة مقسمة إلى بابين وفق ما يلي:

أما الباب الأول: فقد تضمن الحديث عن حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق التطلق، على إعتبار أنه الطريق الأول لها لممارسة حقها في فك الرابطة الزوجية، وذلك في فصلين:

أما الفصل الأول: فتناول الحديث عن ماهية التطلق وتوضيح كل ما يتعلق بمفهومه بشكل مفصل، كما تمت معالجة أسباب التطلق التسعة المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة، وتركنا السبب العاشر للفصل الثاني لسبب منهجي توازنا للخطة والآخر موضوعي كونه سبب جعله المشرع مفتوح يحتاج لمساحة لتفسيره وبيان أحكامه.

أما الفصل الثاني: فخصص الحديث فيه عن السبب العاشر من أسباب التطلق المذكور في المادة 53 من قانون الأسرة وهو التطلق لكل ضرر معتبر شرعاً، وكنا قد خصصنا لهذا الفصل سببا لوحده؛ كون أن الضرر يدخل تحته الكثير من الأسباب، مما فتح لنا المجال البحث في طيات مواد قانون الأسرة وفي الإجتهد القضائي وفي أحكام الفقه الإسلامي لإستخلاص أسباب أخرى للتطلق تدخل تحت هذا السبب العاشر.

أما الباب الثاني: فقد عالج جزئيتين؛ فتناولنا في الأولى حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، وتناولنا في الثانية الآثار المترتبة على التطلق والخلع، وتم معالجة هاتين الجزئيتين في فصلين كالآتي:

الفصل الأول: شمل الحديث عن ماهية الخلع وأحكامه؛ وذلك ببيان كل ما يتعلق بمفهوم الخلع، وكذا معالجة أحكام الخلع الشرعية والقانونية والإجرائية.

أما الفصل الثاني: فتناول حق الزوجة في الآثار المتعلقة بالتطلق والخلع، وكنا قد عالجتنا الآثار لما لها علاقة بالموضوع، فكما للزوجة الحق في التطلق والخلع لها الحق كذلك بكل أثر مرتبط بهذين الطريقتين، كونه حق كامل لا يتجزء، فعالجنا فيها الحق في العدة الشرعية والحضانة والسكن والزيارة وكنا قد سبقنا الحديث عن النفقة في الفصل الأول من الباب الأول لوجود جزئية ذكرناها فيها وفصلنا في أحكامها فتجنباً للتكرار لم نعهده في هذا الفصل.

## الباب الأول

### حق الزوجة في التطلاق

الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين، ومن أساسياتها إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، إلا أن الحياة بين الزوجين قد تعترضها أسباب تجعل من حياة الزوجة لا تطاق، كونها قد تضايقت من ضرر يكون قد وقع عليها من زوجها، يدفعها للجوء للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية، كي تتخلص من الحياة الزوجية وترفع الضرر الواقع عليها من زوجها، وذلك بمطالبتها بحقها في فك الرابطة الزوجية بطريق التطلاق.

وقد عالج قانون الأسرة موضوع التطلاق وضبط له مجموعة من الأحكام، ومن أهم أحكامه أن وضع عشرة أسباب يمكن للزوجة من خلالها إذا توفرت أن تطالب بالتطلاق، فسيتم معالجة هذه الأسباب العشرة في هذا الباب وذكر الأحكام المتعلقة به، وذلك بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية واجتهادات المحكمة العليا، من خلال فصلين الأول خصص للتعريف بالتطلاق بين الشرع وقانون الأسرة الجزائري، وكذلك معالجة الأسباب التسعة المنصوص عنها في المادة 53، وتركنا السبب العاشر الذي يشمل الضرر المعتبر شرعاً في الفصل الثاني كون أن المشرع الجزائري لم يوضح معنى الضرر، فترك المجال واسعاً في البحث عن أسباب أخرى للتطلاق تدخل تحت باب الضرر الذي لخصه المشرع في السبب العاشر، فخصصنا له فصل خاص به للتوسع فيه والبحث عن تفسيراته في طيات مواد قانون الأسرة والاجتهاد القضائي وأحكام الفقه الإسلامي.

## الفصل الأول

### ماهية التطلق وأسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة

يعتبر عقد الزواج الرابط المقدس بين الرجل والمرأة، والذي من خلاله تنشؤ الأسرة التي تعد النواة الأولى في المجتمع، والتي تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وشرع الزواج كمقصد شرعي للإحصان والمحافظة على النسل البشري وقيام المودة والرحمة بين أفراد الأسرة الواحدة، كي يؤدي الوالد واجبه تجاه ولده والولد واجبه تجاه المجتمع.

وتتحقق المقاصد الشرعية من الزواج إذا حسنت العشرة الزوجية وسادت فيها المودة والرحمة والوفاء والصفاء، أما إذا ساءت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع وصار الشقاق محكماً وعجزت كل الحلول لإرجاع الزوجين لبعضهما، جاءت سنة الله لحل الرابطة الزوجية التي باءت بالفشل عن طريق الطلاق، حسماً للنزاع ورفعاً للظلم والضرر الذي يقع من طرف على آخر.

لذا شرع الإسلام الطلاق وجعله بيد الرجل، لكنه لم يهمل حق المرأة في فك الرابطة الزوجية، بل جعل لها حق اللجوء إلى القاضي لطلب التفريق بينها وبين زوجها، والذي سماه قانون الأسرة بالتطلق لرفع الظلم والضرر عن الزوجة، أو عن طريق الخلع إذا ما أبغضته وخشية أن لا تقيم حقوق زوجها.

وستتم دراسة هذا الفصل لموضوع التطلق باعتباره حقاً للزوجة يمكن أن تلجأ إليه لفك الرابطة الزوجية، وتكون معالجة هذا الفصل عن طريق المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التطلق

المبحث الثاني: الأسباب التي تعتمد عليها الزوجة للمطالبة بالتطلق في المادة

53 من قانون الأسرة

## المبحث الأول

### مفهوم التطلاق

لقد أعطى قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> للزوج فك الرابطة الزوجية بموجب المادة 48، وبالمقابل أعطى للزوجة حق فك الرابطة الزوجية في نفس المادة بطريق التطلاق ثم أكد ذلك وفصله بموجب المادة 53 بنصها (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية: ...)، بأن تتقدم للقضاء لطلب التطلاق لأسباب محددة قانوناً على سبيل المثال لا الحصر.

وسيعالج هذا المبحث مفهوم التطلاق، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: ضبط المصطلحات المتعلقة بالدراسة

المطلب الثاني: تعريف التطلاق

المطلب الثالث: حكمة التطلاق ودليل مشروعيته

المطلب الرابع: الطبيعة الشرعية والقانونية للتطلاق

### المطلب الأول

#### ضبط المصطلحات المتعلقة بالدراسة

يعالج موضوع الأطروحة عنوان: حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية وآثارها في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مما يتطلب معرفة معنى المصطلحات التي يشملها عنوان الأطروحة تمهيداً للولوج في موضوع الأطروحة، وسيتم معالجتها من خلال النقاط الآتية:

#### أولاً: المقصود بالحق

لغةً: الحَقُّ نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحِقاقٌ، والحَقُّ واحد الحقوق، ويقال حَقَّ لك أن

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).



تَفْعَلْ، وحققت أن تفعل، وما كان يحقُّك أن تفعله، في معنى ما حق لك<sup>1</sup>.

**الإصطلاح الشرعي:** يعرفه الفقه الإسلامي بأنه اختصاص يقرر به الشرع للشخص سلطة

اقتضاء على شخص أو سلطة مباشرة على شيء أو يضع عليه تكليفاً<sup>2</sup>.

**الإصطلاح القانوني:** الحق مزية أو سلطة أو قدرة أو مصلحة يحميها القانون<sup>3</sup>.

ومن ثمة فإن الحق لا بد أن يستند إلى دليل شرعي كمصدر له، لكي يكون ذلك الحق مشروعاً ومعتبراً به.

وبذلك فالحق هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر<sup>4</sup>.

فالزوجة تملك حقوقاً يكرسها القانون لها، ويضمنها بوسائله، ومنها حق فك الرابطة الزوجية لرفع الظلم والطغيان الواقع من طرف الزوج أو الخوف من عدم القيام بحقوق الزوجية، فتلجئ إلى الفرقة للخلاص من علاقة زوجية باءت بالفشل.

### ثانياً: المقصود بالزوجة

**لغة:** الزَّوْجُ؛ خلاف الفرد وقيل الاثنان ذكراً وأنثى، ويقال للرجل والمرأة: الزَّوْجَانِ، وزوج المرأة

بَعْلُهَا. وَزَوْجُ الرَّجُلِ: امرأته، والرجلُ زوجُ المرأة، وهي زَوْجُهُ وزَوْجَتُهُ<sup>5</sup>.

**اصطلاحاً:** الزَّوْجَةُ هي: امرأة الرجل<sup>6</sup>، وهي التي يربطها عقد الزواج الشرعي برجل لتكوين

أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحسان والمحافظة على الأنساب.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج9 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005)، ص940-941.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. (د. ط؛ الجزائر: دار الفكر، د. ت)، ص 9.

<sup>3</sup> عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج2 (د. ط؛ الجزائر: دار برتي، د. ت)، ص 11.

<sup>4</sup> كيرة حسن، المدخل إلى القانون. (د. ط؛ مصر: منشأة المعارف، 1969)، ص 421-422.

<sup>5</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج21، ص 1884-1885.

<sup>6</sup> مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. (ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004)، ص 406.

### ثالثاً: المقصود بفك الرابطة الزوجية

الفك لغةً: يأتي بمعنى الحل: ويقال حُلَّ الشيء: حركه وأزاله من موضعه<sup>1</sup>.

اصطلاحاً: صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه<sup>2</sup>. وتأتي بمعنى إنهاء العلاقة الزوجية، أي ما يفرق به بين الزوجين من علاقة الزواج<sup>3</sup>، وهي انحلال الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب.

-الرابطة الزوجية: يقصد بها الصلة بين الرجل والمرأة، ويشترط أن يكون هذا الاتصال مبنياً على عقد وفقاً لضوابط شرعية<sup>4</sup>.

### رابعاً: المقصود بقانون الأسرة الجزائري

أ-القانون: هو مجموعة من القواعد التشريعية تصدر عن سلطة عامة للدولة لتنظيم سلوك الأفراد الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها.

ب-الأسرة لغةً: أسر؛ الهمزة والسين والراء أصل واحد، وقياس مطرد، وهو الإمساك، وأسرة الرجل رهطه، لأنه يتقوى بهم<sup>5</sup>، والأسرة -بالضم- الدرع الحصينة<sup>6</sup>، والأسرة عشيرة الرجل وأهل بيته<sup>7</sup>.

-الأسرة اصطلاحاً: أسرة الإنسان؛ عشيرته ورهطه الأذنون، مأخوذ من الأسر، وهو القوة،

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر الخليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995)، ص268.

<sup>3</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1 (د. ط؛ لبنان: د. ن، 1967)، ص295.

<sup>4</sup> عبد الحليم بن مشري، الجرائم الأسرية، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص35.

<sup>5</sup> ابن فارس أبو الحسين أحمد ت 395هـ، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق: أبو عمرو شهاب الدين. (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1994)، ص78.

<sup>6</sup> الفيروز آبادي محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج1 (د. ط؛ مصر: مؤسسة فن الطباعة، د. ت)، ص256.

<sup>7</sup> محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج4 (ط: 3؛ بيروت: دار صادر، 1994)، ص20.

وسُمُّوا بذلك؛ لأنه يتقوى بهم، والأسرة: عشيرة الرجل، وأهل بيته، وأقارب الرجل من قبل أبيه<sup>1</sup>، فالأسرة تعد الخلية الأولى في جسم المجتمع، وأنها النقطة الأولى التي يبدؤ منها التطور، وأنها الوسط الاجتماعي الذي يترعرع فيه الفرد<sup>2</sup>.

-معنى الأسرة في القانون: عرّف المشرع الجزائري الأسرة في القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة في المادة الثانية منه بنصها (الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة).

-معنى قانون الأسرة الجزائري: هو وثيقة تحتوي على مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين أفراد الأسرة المالية وغير المالية للمجتمع الجزائري، وتم تنظيم أحكامه في 224 مادة، ويشمل جميع أحكام الأحوال الشخصية ومقسمة إلى أربعة كتب: الكتاب الأول: الزواج وانحلاله، الكتاب الثاني: النيابة الشرعية، الكتاب الثالث: الميراث، الكتاب الرابع: عقود التبرعات.

#### خامسا: المقصود بالشرعية الإسلامية

الشرعية لغةً: تأتي بمعنى الطريقة، ومورد الماء الذي يستقى منه بلا رشاء<sup>3</sup>.

الشرعية اصطلاحاً: ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام<sup>4</sup>. وهي ترادف به اصطلاحياً الدين والملة، وهي بهذا تشمل جميع الرسائل السماوية التي هي جميعاً توضح الطريق المستقيم الداعي إلى توحيد المولى عز وجل.

الإسلام لغةً: الإسلام والإستسلام: الإنقياد، والإسلام من الشريعة: إظهار الخُضوع وإظهار الشريعة والتزام ما أتى به النبي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2 (د. ط؛ القاهرة: دار الفضيحة، د. ت)، ص 184.

<sup>2</sup> السيد عبد العاطي، الأسرة والمجتمع. (د. ط؛ مصر: دار المعرفة الجامعية، 1998)، ص 7.

<sup>3</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 479.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 479.

<sup>5</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج3، طبعة: 1994، ص 2080.

**اصطلاحاً:** الإسلام هو الخضوع والانقياد لما أخبر به النبي ﷺ<sup>1</sup>.

ومن خلال تعريف الشريعة وتعريف الإسلام، يتضح أن معنى الشريعة الإسلامية: هي تلك الشريعة السماوية التي أنزلت على سيدنا محمد ﷺ، أي هو ما أنزل على النبي محمد ﷺ مما يصلح أحوال الناس في مجال العقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات.

## المطلب الثاني

### تعريف التطلاق

نجد أن المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة قد عالج موضوع فك الرابطة الزوجية في الباب الثاني تحت عنوان: انحلال الزواج، حيث خصص له ثلاث عشرة مادة، وفي خلال هذه المواد عالج حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال أحكام التطلاق المنصوص عنها في المادة 53، وأحكام الخلع المنصوص عنه في المادة 54، وستتم معالجة هذا المطلب بالتعريف بالتطلاق شرعاً وقانوناً، وعلاقته بتقويض الطلاق والوكالة وحق الزوجة فيه.

### الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتطلاق

وقبل معرفة معنى التطلاق لابد أن نعرض على معنى الطلاق، باعتبار أن هذا اللفظ شامل استعمله المشرع الجزائري في المادة 47 ق. س لكي يعبر عن كل أنواع فك الرابطة الزوجية بما فيها حق الزوجة في ذلك عن طريق التطلاق والخلع، حيث جاء في هذه المادة (تتحل الرابطة الزوجية **بالطلاق** أو الوفاة)، ولفظ الطلاق هنا جاء شاملاً لجميع أنواع الفرقة، سواء أكان الطلاق بإرادة الزوج، أم برضى الزوجين، أم بطلب من الزوجة إما بالتطلاق أو بالخلع، وهذا المعنى أورده المادة 48 ق. س بنصها (مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج **بالطلاق** الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون)، وبذلك يكون معنى الطلاق كالاتي:

<sup>1</sup> محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ص 180.

## أولاً: الطلاق لغةً

جاء في لسان العرب<sup>1</sup>: "طَلَّقْتُ الْبِلَادَ: فَارَقْتُهَا. طَلَّقْتُ الْقَوْمَ: تَرَكْتُهُمْ، وَالطَّالِقُ مِنَ الْإِبِلِ: الَّتِي طَلَّقْتُ فِي الْمَرْعَى وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا قَيْدَ عَلَيْهَا. وَطَّلَاقُ النِّسَاءِ لِمَعْنِيَيْنِ: أَحَدُهُمَا حُلُّ عَقْدَةِ النِّكَاحِ، وَالْآخَرُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ وَالْإِرْسَالِ. وَيُقَالُ لِلْإِنْسَانِ إِذَا أُعْتِقَ: طَلِيقٌ أَوْ صَارَ حُرًّا. وَبَعِيرٌ طَلِقٌ: بِغَيْرِ قَيْدٍ. وَالطَّلْقَاءُ: الْأَسْرَاءُ الْعَتَقَاءُ"<sup>2</sup>.

لكن العرف خصَّ الطلاق بحل القيد المعنوي وهو الطلاق في المرأة، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة. وحل القيد سواء أكان حسياً كقيد الفرس وقيد الأسير أم معنوياً كقيد النكاح، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين<sup>3</sup>.

واللغة تستعمل لفظ الطلاق أو التخليق في حل عقدة النكاح، كما تستعمله في حل القيد الحسي، فالطلاق كانوا يستعملونه في الجاهلية في الفرقة بين الزوجين فلما جاء الشرع أقرَّ استعماله في هذا المعنى بخصوصه مع تفاوت يسير في بعض عبارات الفقهاء<sup>4</sup>.

## ثانياً: الطلاق في الاصطلاح الشرعي

أ- الطلاق في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات متقاربة منها:

1- تعريف الحنفية\* "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج28، ص 2404.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 2405.

<sup>3</sup> رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق. (ط: 11؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011)، ص28.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2 (ط: 5؛ بيروت: المكتبة التجارية الكبرى، 1998)، ص998.

\* هو النعمان بن ثابت بن زوطى بن ماه وكنيته "أبو حنيفة"، مؤسس المذهب، قيل أصله من أبناء فارس ولد بالكوفة سنة 80هـ ونشأ فيها، طلب العلم في صباه، ثم انتقل الى التدريس والإفتاء، توفي ببغداد سنة 150هـ. (خير الدين الزركلي، الأعلام، ج8، ط: 15؛ بيروت: دار العلم للملايين، 2002، ص 36).

<sup>5</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 424.

\* هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر، ولد بالمدينة سنة 93هـ، وتربى فيها ورأى آثار الصحابة والتابعين، وصاحب مذهب، توفي سنة 179هـ. (محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. ط: 1؛ بيروت لبنان: دار الكتاب العربي، 1928، ص28).

- 2- تعريف المالكية\*: "صفة حكومية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته"<sup>1</sup>.
- 3- تعريف الشافعية\*: "حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"<sup>2</sup>.
- 4- تعريف الحنابلة\*: "حل قيد النكاح"<sup>3</sup>.

ب- الترتيب بين التعريفات: يلاحظ في التعريفات السابقة أنها متفقة جميعاً على أن الطلاق "رفع قيد النكاح وحله" لكن أدق هذه التعريفات، هو تعريف الحنفية القائل بأن الطلاق هو: "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"<sup>4</sup>، لأنه تعريف جامع مانع ويكون جامعاً لأنواع الطلاق، ومانعاً فلا يدخل فيه الفسخ لاشتراطه ألفاظاً مخصوصةً، والفسخ لا يحتاج إلى لفظٍ مخصوصٍ<sup>5</sup>.

**ثالثاً: التطلق لغةً؛** أصل كلمة "تَطْلِقُ" يعود إلى طَلَّقَ تَطْلِيقًا، أي طَلَّقَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، وتَطْلِيقُهَا مِنْهُ، بمعنى خَلَّاهَا مِنْ قَيْدِ الزَّوْجِ، وتَطْلِيقُ الرَّجُلَ مِنْ قَوْمِهِ يَعْنِي تَرْكُهُمْ وَمُفَارَقَتَهُمْ<sup>6</sup>.

**رابعاً: التطلق اصطلاحاً؛** هو منح الزوجة حق طلب الفرقة من زوجها بناءً على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون<sup>7</sup>، عن طريق القضاء، أو يمكن القول أيضاً أنه فك الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، المرجع السابق، ص 268.

\* هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، مؤسس المذهب، ولد بغرة سنة 150هـ، من بلاد الشام وقيل بعسقلان وقيل باليمن، نشأ بمكة ورحل إلى المدينة ثم العراق ثم مصر، توفي عام 204هـ، ودفن بالقاهرة، من أشهر مؤلفاته الأم. (أبو الحسين بن أبي يعلى، المرجع السابق، ج1، ص 204).

<sup>2</sup> محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج1 (د. ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، ص 148.

<sup>3</sup> علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998)، ص 429.

<sup>4</sup> جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2009)، ص 19.

<sup>5</sup> هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015، ص 8.

<sup>6</sup> المنجد الأيجدي. (ط: 8؛ بيروت: دار المشرق، د. ت)، ص 665.

<sup>7</sup> منصور نورة، التطلق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2012)، ص 11.

<sup>8</sup> لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006)، ص 96.

وبذلك فالتطليق هو التفريق بمعرفة القاضي لأمر نص عليه القانون بعد طلب الزوجة له، فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون التفريق هو الخير، من الإمساك مع الضرر، فإذا أثبت الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المقصود بالتطليق في قانون الأسرة الجزائري

إذا رجعنا لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 لا نجدّه يعرف التطليق، وإنما اقتصر بذكر أسبابه المنصوص عليها في المادة 53 التي يمكن للزوجة من خلالها المطالبة بالتطليق، ويعتبر حقها في ذلك مشروعاً إذا تقررت إحدى الأسباب العشر، هذه الأخيرة التي ذكرها المشرع على سبيل المثال لا الحصر.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة يستند لحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة<sup>2</sup>، سنعالجها في المبحث الثاني بالتفصيل ونذكرها باختصار فقط هنا:

(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون؛
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج؛
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر؛
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة الزوجية؛
- 5- الغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة؛

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، الطلاق والتطليق وآثارهما. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2004)، ص 167. (بتصرف).

<sup>2</sup> منصور نورة، المرجع السابق، ص 11.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه؛

7- إرتكاب فاحشة مبينة؛

8- الشقاق المستمر بين الزوجين؛

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛

10- كل ضرر معتبر شرعاً.

فإذا توفرت إحدى الأسباب العشرة يمكن للزوجة أن تلجأ للقضاء للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية، فيفرك القاضي بينهما وفقاً لقواعد العدل والإنصاف.

### الفرع الثالث: العلاقة بين حق الزوجة في التطلق وتفويض الطلاق لها

ذكرنا سابقاً أن التطلق هو فكُّ للرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية، وهذا يعتبر حقاً لها تستعمله حينما توفر السبب الجدي والمقنع للمطالبة بالتطلق من طرفها المنصوص عليه في القانون بموجب المادة 53، إلا أن الزوجة قد تكتسب حقاً آخر يمنحها لها الغير، يجعل لها الحق في فك الرابطة الزوجية من خلاله ألا وهو تفويض الطلاق للزوجة.

رغم أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن تفويض الطلاق للزوجة من قبل زوجها في قانون الأسرة، إلا أنه قد ذكره التشريع الإسلامي، إذ تحيلنا إليه المادة 222 ق. س بنصها (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، وسيتم ذكر تفويض الطلاق للزوجة باعتباره حقاً من الحقوق التي تستند إليه الزوجة لفك الرابطة الزوجية، على أساس أن موضوع الأطروحة يتكلم بصفة عامة دون تخصيص عن حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ثم في الشريعة الإسلامية فيما سكت عنه قانون الأسرة الجزائري، وتفويض الطلاق للزوجة من المسائل المسكوت عنها في قانون الأسرة، مع أن بعض التشريعات العربية قد ذكرته على غرار التشريع المغربي واللبناني.

-معنى تفويض الطلاق: سنوضح معنى التفويض من خلال ما يلي؛



**التفويض لغة<sup>1</sup>:** التفويض من فوض، فالفاء والواو والضاد أصل صحيح يدل على اتكال في الأمر على الآخر ورده عليه. ومن ذلك فوض إليه الأمر تفويضاً، رده إليه أي سلم أمره إليه وصيره إليه فهو الحاكم فيه، ومن جعل له التصرف فيه.

**اصطلاحاً: تفويض الطلاق؛** هو تمليك الزوج حق طلاق امرأته<sup>2</sup>، فيجوز للزوج أن يتنازل عن حقه في الطلاق، إما تملكاً لزوجته بأن جعل لها الحق في أن تطلق نفسها متى شاءت، أو توكيلاً لغيرها فيطلقها هذا الغير بحسب ما تقتضيه الوكالة<sup>3</sup>.

وبذلك فالطلاق حق من حقوق الزوج، فله أن يطلق زوجته بنفسه، وله أن يفوضها في تطبيق نفسها، وله أن يوكل غيره في التطبيق<sup>4</sup>، والذي يهمننا في الدراسة تفويض الطلاق للزوجة لأن الذي يباشر هذا التفويض بعد الحصول عليه هو الزوجة لمشيئتها، أما التوكيل فيكون من الغير لمشيئة الموكل.

ومما لا شك فيه أن الزوج يملك طلاق زوجته متى كان أهلاً لإيقاع الطلاق، حينئذ له أن يوقعه بنفسه وله أن ينيب غيره ليوقعه، وهذا الغير إما أن يكون غير الزوجة وإما أن يكون هو الزوجة المراد إيقاع الطلاق عليها، وإن كان غيرها سميت هذه الإنابة توكيلاً وإن كانت هي الزوجة سميت الإنابة تفويضاً لغيره وهي عاملة لنفسها<sup>5</sup>، وهذا هو الفرق بين التفويض والتوكيل.

## - تفويض الطلاق للزوجة في الشريعة الإسلامية:

### 1-دليل مشروعيته:

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ج13. (د. ط؛ القاهرة: دار الحديث، د. ت)، ص 128.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1. (د. ط؛ د. م: دار النهضة. د. ت)، ص 387.

<sup>3</sup> أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2009، ص 39.

<sup>4</sup> ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري. (د. ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013)، ص 86.

<sup>5</sup> محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 1؛ لبنان: منشورات حلي الحقوقية، 2006)، ص 383.

ظهر تفويض الطلاق في عهد النبي ﷺ، وقد استعمله الرسول مع زوجاته ففوض لهن أمر طلاق أنفسهن، فخيرهن بين البقاء معه أو تطليق أنفسهن، فاخترن البقاء مع الرسول ﷺ، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتَّعَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَاخًا جَمِيلًا ۚ﴾ [الأحزاب: 28] فالله سبحانه وتعالى يخاطب النبي ﷺ ب: يا أيها النبي قل لأزواجك اللاتي اجتمعن عليك، يطلبن منك زيادة النفقة: إن كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها فأقبلن أمتعن شيئاً مما عندي من الدنيا، وأفارقن دون ضرر أو إيذاء، وهذا مما يدل على جوازية تفويض الطلاق للمرأة.

## 2- موقف الفقه الإسلامي من مسألة تفويض الطلاق:

الأصل أن الطلاق يكون حصوله من الزوج بناء على رغبته هو في قطع رباط الزوجية، وليس للزوجة الحق إلا أن يفوض لها الزوج بتطليق نفسها.

وتفويض الطلاق هو تمليك الرجل زوجته إيقاع طلاقها، وقد يكون ذلك في مبدأ الزواج أي أثناء العقد، وقد يكون بعد العقد في أي زمان كان حال قيام الزوجية، ويكون بأحد ثلاثة أشياء: (التخيير: كأن يقول الزوج لزوجته؛ اختاري نفسك) (الأمر باليد: كأن يقول الزوج لزوجته؛ أمرك بيدك) (تعليق تصريح الطلاق على مشيئة الزوجة: كأن يقول الزوج لزوجته؛ طلقي نفسك)<sup>1</sup>، والتفويض وإن كان تمليك الرجل زوجته إيقاع طلاقها، فلا يسقط حق الزوج في أن يطلق زوجته بعد أن يفوض إليها طلاق نفسها<sup>2</sup>، وإذا أراد الزوج أن يفسخ هذا التفويض، فإن له ذلك ويبطل التفويض بفسخه، عند الشافعي وأحمد لأنه توكيل، وعند أبي حنيفة ليس له الرجوع<sup>3</sup>، وقال مالك أن للزوج حق الرجوع عن التفويض توكيلاً وليس للزوج الرجوع عن التفويض تمليكاً وتخيراً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج 2 (ط: 4؛ بيروت: دار الفكر، 1983)، ص 242.

<sup>2</sup> كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع (ط: 1؛ القاهرة: عالم الكتب، 2001)، ص 9-10.

<sup>3</sup> زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ص 353.

<sup>4</sup> صالح عبد السمیع الأبی الأزهری، جواهر الإكلیل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 357.

وخالف الظاهرية<sup>1</sup> القول بتفويض الطلاق، فقالوا: إنه لا يجوز للزوج أن يفوض زوجته تطليق نفسها، أو يوكل غيره في تطليقها؛ قال ابن حزم: "ومن جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها، لم يلزمه ذلك، ولا يكون طلاقاً؛ طلقت نفسها أو لم تطلق؛ لأن الله تعالى جعل الطلاق للرجال لا للنساء"<sup>2</sup>.

والمرأة لو طلقت نفسها بعد التفويض فإن طلاقها يكون بمنزلة طلاقه إياها؛ أي أنه يكون رجعيًا فإذا طلقت نفسها أولى الطلقات أو ثانيها وهي مدخول بها كان طلاقها رجعيًا فهي تملك بتفويض زوجها إليها نفس ما كان يملكه زوجها<sup>3</sup>.

## 2- موقف المشرع الجزائري من مسألة تفويض الطلاق للمرأة:

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لا يوجد نص صريح يجيز مسألة تفويض المرأة طلاق نفسها، إلا أنه يفهم من خلال م 19 ق أ والتي جاء فيها (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، حيث أن هذه المادة نصت على الشروط المقترنة بعقد الزواج، إذ يجوز للزوجين أن يتفقا أثناء إبرام عقد الزواج على أي شرط، ما لم يتناف مع قانون الأسرة، كما أنه يكون مشروعاً يجيزه الشرع الإسلامي<sup>4</sup>، وبذلك قد يضع الزوج تفويض زوجته طلاق نفسها منه كشرط مقترن بعقد الزواج، وهذا استناداً إلى نص م 222 من ق أ التي فتحت المجال واسعاً للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون قيد أو شرط.

أما مدونة الأسرة المغربية قد فصلت في مسألة تفويض الطلاق للزوجة، والتي قد أجازته بموجب المادة 89 من المدونة والتي جاء فيها (إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان

<sup>1</sup> هو أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الظاهري، أصله من فارس وولد بقرطبة سنة 384هـ، كان عالماً بعلوم الدين وفقهه، بعد أن كان شافعي المذهب انتقل إلى مذهب أهل ظاهر، توفي سنة 456هـ، من مؤلفاته المحلى. (إسماعيل باشا، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، ج5، د. ط؛ تركيا: د. ن، 1951، ص 690).

<sup>2</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج3 (ط: 2؛ القاهرة: دار الفتاح، 1999)، ص40.

<sup>3</sup> محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص 390.

<sup>4</sup> هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 21.

لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقاً للمادتين 79. 80 من المدونة).

وبهذا نصل إلى أن تفويض الطلاق للمرأة ثابت بنصوص شرعية، يمكن للزوج أن يفوض لزوجته أمر طلاق نفسها، فإذا حصل التفويض أصبح للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية باعتبار أن الزوج قد ملأ لها هذا الحق بموجب تفويض، وبالتالي فتفويض الطلاق للزوجة يعتبر من باب الحقوق المكتسبة للزوجة يمكن من خلاله فك الرابطة الزوجية، فهو يعتبر من باب حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق التفويض.

### -التعسف في استعمال الحق من قبل الزوجة في حالة التفويض:

ذكرنا أعلاه أنه يمكن للزوج أن يفوض أمر الطلاق لزوجته، وهذا وارد شرعاً لم ينص عليه قانون الأسرة، لكن إذا استعملت هذه الزوجة حقها في الطلاق بعد تمليك زوجها إياه بموجب تفويض، وكان استعمالها لهذا الحق متعسفاً فيه، فما هي الأحكام الوارد عن هذا التعسف؟.

### أولاً-تعريف الطلاق التعسفي:

1- **التعسف لغةً:** يقال عَسَفَ فلاناً: أخذَه بالقوَّة والعنف وظلمه، وَعَسَفَ السلطان: أي ظلم، وتَعَسَّفَ فلان فلاناً: إذا ركبَه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عَسُوف: إذا كان ظلوماً<sup>1</sup>.

2- **اصطلاحاً:** لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف؛ باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما لم يعرفوه لحدائته بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة<sup>2</sup> إلا أن العلماء المعاصرين عرفوا التعسف بقولهم: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"<sup>3</sup>.

3-**تعريف الطلاق التعسفي:** هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ

<sup>1</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994)، ص 1082.

<sup>2</sup> رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار قنديل، 2010)، ص 35.

<sup>3</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977)، ص 87.

مخصوص<sup>1</sup>.

ثانياً: حكم التعسف في تطليق المرأة نفسها بموجب تفويض:

إن منح المرأة حق تفويض الطلاق لها من زوجها هذا لا يعني أن الزوج ملكها الطلاق بأن توقعه دون سبب مشروع<sup>2</sup>، لأن الطلاق شرع للأسباب المشروعة والحاجة إليه سواء أكان موقع الطلاق الزوج أم الزوجة.

ومن خلال معايير التعسف في استعمال الحق، وتطبيقها على واقعة تطليق المرأة نفسها بموجب التفويض، يتبين بأن هناك تعسفاً في تطليق المرأة نفسها بموجب التفويض من غير مسوغ شرعي؛ لأنها استخدمت حق الطلاق بالتفويض من غير ما شرع له، وبذلك تكون قد ناقضت مقصد الشارع من تشريع الطلاق، وألحقت الضرر بنفسها وزوجها وأولادها بل وبالمجتمع، والمضارة في استعمال الحقوق محرمة؛ لذلك فكل زوجة طلقت نفسها بموجب التفويض دون سبب شرعي متعسفة في استعمال هذا الحق<sup>3</sup>.

وطلاق الزوجة نفسها بموجب التفويض من غير مسوغ شرعي، ودون حاجة داعية إليه، فطلاقها واقع، إلا أنها آثمة؛ لمناقضتها مقصد الشارع من تشريع الطلاق وإلحاقها الضرر بالآخرين، حيث أدت إلى مآل ممنوع شرعاً<sup>4</sup>.

وبذلك فإذا فوض الزوج الطلاق لزوجته وجعل أمر العصمة بيدها، فلا يكون هذا التفويض طلاقاً، إذ لا بد أن تستعمل هذا الحق وفق حدود الشرع، ولا بد من وجود المبرر الشرعي لإيقاع الطلاق، لأن هذا الأخير ما شرع إلا للضرورة والحاجة فهو كالكي آخر العلاج، فإذا أوقعت الزوجة الطلاق بعد تفويضها إياه من قبل زوجها، وكان دون مسوغ شرعي تكون بذلك متعسفة في طلاقها، والمعلوم أن التعسف في الطلاق يوجب التعويض للطرف المتضرر، مع أن قانون الأسرة قد تحدث عن تعسف الزوج في الطلاق دون تعسف الزوجة، حيث نصت المادة

<sup>1</sup> جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2009)، ص 123.

<sup>2</sup> عبد الفتاح عايش، تطبيقات السياسة الشرعية. (ط: 1؛ الأردن: دار الإيمان، 1990)، ص 174.

<sup>3</sup> جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 262.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 266.

52 (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، وما دام أن قانون الأسرة لم يتكلم عن تفويض الطلاق، والمادة 222 أحالتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحدثت عن جواز تفويض الطلاق للزوجة، فإذا سلمنا بهذا الحكم قانوناً بموجب الإحالة القانونية للمادة 222، فإنه بالمقابل يحق للزوج المطالبة بالتعويض جراء تعسف زوجته في الطلاق بعد تفويضها إياه، وتُعدّل المادة 52 ق. س وفق مايلي: (إذا تبين للقاضي تعسف أحد الزوجين في الطلاق أو في طلبه حكم للآخر بالتعويض عن الضرر اللاحق به).

### المطلب الثالث

#### دليل مشروعية التطبيق حكمته

يعالج هذا المطلب الحكمة من تشريع الله سبحانه وتعالى الطلاق بصفة عامة، وذلك باعتبار أن التطبيق يدخل من باب فك الرابطة الزوجية بالطلاق، ثم نعالج مدى مشروعية التطبيق في الكتاب والسنة النبوية.

#### الفرع الأول: أدلة مشروعية التطبيق

لقد شرع الله ﷻ الطلاق لعلاج الخلافات الزوجية التي تقع بين الزوجين، والذي يتم اللجوء إليه إذا لم يوجد علاج سواه، وتوجد أدلة في الكتاب والسنة تدل على مشروعية الطلاق إذ جاء الإسلام بلفظ الطلاق سواء للرجل أم المرأة، وبذلك سيكون الدليل شاملاً لمشروعية كل أنواع الطلاق، بما فيها التطبيق بطلب من الزوجة وبيان حجة جواز اللجوء إليه عند الحاجة:

#### 1- دليل مشروعية التطبيق من القرآن الكريم:

لو رجعنا للقرآن الكريم لا نجد دليلاً صريحاً على مشروعية التطبيق، وهذا لا يعني أن الشارع الحكيم لم يشر إلى هذا النوع من التصرفات، إذ أن هناك آيات تدل ضمناً على مشروعية التطبيق، كقوله تعالى: ﴿... وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا ... ٢٣١﴾ [البقرة: 231].

وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ١٣٠﴾ [النساء: 130].

[130] فهذه الآية تدل على مشروعية الفرقة بين الزوجين بالتطليق وغيره، وقد أخبر الله ﷻ أنهما إذا تفرقا فإن الله يغنيه عنها ويغنيها عنه بأن يعوضه بها من هو خير له منها، ويعوضها عنه بمن هو خير لها منه<sup>1</sup>.

## 2- دليل مشروعية التطليق في السنة النبوية:

حديث ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ»<sup>2</sup>. وهذا الحديث يتكلم عن حق الزوجة في طلب الطلاق، ويكون هذا الحق مشروعاً إذا وجد سبب يبرر اللجوء إليه، أما إذا لجأت إليه الزوجة دون وجه حق فتوعدها الرسول ﷺ بأن الجنة عليها حرام، فهي لن تدخل الجنة ولا تشم ريحها، وإن ریح الجنة يوجد من مسيرة خمسمائة عام، كما قال الرسول ﷺ «...وَإِنَّ رِيحَهَا لَيُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ خَمْسِمِائَةِ عَامٍ»<sup>3</sup>.

## 3- دليل مشروعية التطليق من الإجماع:

أجمع علماء الأمة منذ عهد الرسول ﷺ حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محظورة أصلاً ولا تباح إلا للحاجة أو الضرورة، والإباحة 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 باعتبار الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على المرأة طلبه<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني: الحكمة من تشريع التطليق

الزواج رابط بين الرجل والمرأة شرعه الله لمقاصد سامية، وأغراض نبيلة أهمها تكوين الأسر

<sup>1</sup> إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1. (ط: 11؛ مصر، المكتبة الوقفية، 2013)، ص 274. (بتصرف).

<sup>2</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 37 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب من حديث ثوبان ﷺ، ص 62، رقم الحديث (22379).

<sup>3</sup> أخرجه: أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت 303هـ، السنن الكبرى للنسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ج 8 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب من قتل رجل من أهل الذمة، ص 89، رقم الحديث (8691).

<sup>4</sup> محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين. (د. ط؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997)، ص 30.

والجماعات، على أن يكفل سعادتها ويحقق هناءها، وأن يكون عوناً على اجتياز مراحل الحياة الشاقة، واحتمال أعبائها المضنية باختيار شريكة يسكن إليها الرجل وتسكن إليه، ويرى أحدهما في صاحبه مثال الرحمة والمودة وراحة القلب واطمئنان البال، فتشريعُه نعمة من الله تستوجب الشكر برعايتها والمحافظة عليها للانتفاع بثمراتها<sup>1</sup>.

لكن هذه الرابطة قد تعثرها حالات لا تتوافر معها المحبة بين الزوجين، ولا يستقيم معها معنى التعاون على شؤون الحياة والقيام بما أمر به الله، فتتقلب بسببها الحياة الزوجية رأساً على عقب، ويصل الشقاق والخلاف بين الزوجين إلى حد يستحيل فيه الصلح بينهما، وتصبح الحياة الزوجية حينها جحيماً لا يطاق، بعد ما كانت سكناً وراحةً، وانقلبت شراً ونقمةً بعد أن كانت خيراً ونعمةً، الأمر الذي يهدد الأسرة جميعاً بأسوء النتائج في مختلف فروع حياتهم المادية والمعنوية والخلقية، وقد تتنافر طباع الزوجين كل التنافر أو يلقي في نفس أحدهما أو كليهما كراهية شديدة للآخر، وتعجز جميع الوسائل الإنسانية عن علاج هذه الحال، لأن القلوب بيد الله ولا سلطان لأحد على كثير من شؤونها.

ولهذا كان لابد من إيجاد باب للخلاص من هذه الحياة التي أصبحت لا تحقق المقصود منها، والتي لو ألزم الزوجان بالبقاء فيها على ما بينهما من بغض وكراهة لأصبحت رابطة الزوجية صورة من غير روح، وقيداً من غير رحمةٍ لا تثمر ثمراتها ولا تحقق ما أريد منها، ولا يكون بها إعفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة، ويكون الإبقاء عليها وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة وعاملاً من عوامل الزيغ والميل إلى المعاملات البغيضة.

ولما كان دين الإسلام ديناً عاماً وواقعياً يعمل حساباً لكل الظروف والاحتمالات، لم ينظر إلى عقد الزواج مع شدة تقديسه له والرفع من شأنه إلى أنه عقد أبدي لا يمكن فسخه، بل شرع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة فيلتمس

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (د. ط؛ بيروت: الدار الجامعية، 1998)، ص 24.



كلاهما من هو خير له وأحسن معاملةً وأكرمُ عشرة<sup>1</sup>، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ۝١٣٠﴾ [النساء: 130]. فجعل الله الطلاق مغنماً للرجل وربطه بالمهر والنفقة، الذين هما مغزماً عليه في نفس الوقت، وبالمقابل جعل الله من المهر والنفقة مغنماً للمرأة وربطهما بالطلاق الذي جعله الله مغزماً عليها، فهذا هو النظام المتكامل الذي شرعه الله للطلاق في الإسلام<sup>2</sup>.

وبهذا كان الطلاق علاجاً لمرض لا ينفع معه علاج سواه، بعد استفاد كل الطرق المشروعة للمحافظة على وحدة واستقرار الأسرة، فهو كالكي آخر الدواء قصداً لجلب مصلحة ودرئ مفسدة أعظم، فشرع الطلاق إكمالاً للمصلحة وفكاً للرابطة الزوجية بإحسان كما بدأت بمعروف، وشفاء من غليل القلوب، ففي حديث بن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: "إِنَّ اللَّهَ لَمْ يُنْزِلْ دَاءً إِلَّا نَزَلَ مَعَهُ دَوَاءٌ، جَهْلُهُ مَنْ جَهَلَهُ، وَعَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ"<sup>3</sup>. فدواء الشقاق المستحكم بين الزوجين الفراق، لذا شرع الطلاق كدواء لهذا الداء الذي لا ينفع معه علاج سواه.

ومع ذلك لم يهمل الإسلام حق المرأة في فك الرابطة الزوجية، فأعطى لها حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتطليقها إذا وجد مبرر شرعي، كعدم الإنفاق عليها أو غيبته أو الهجر في المضجع، أو بسبب الشقاق المستمر بينها ولأسباب أخرى، وبهذا يكون فك الرابطة الزوجية بطريق التطليق بمثابة متنفس للمرأة للخلاص من حياة زوجية باءت بالفشل، لأن الرجل يملك العصمة الزوجية فيحق له فك الرابطة الزوجية وقت ما شاء إذا اقتضى الأمر، لكن هذا الحق غير محصور له فقط، بل يحق للزوجة أيضاً أن تفك الرابطة الزوجية بطريق التطليق للضرر الواقع عليها فهو المتنفس وباب الخلاص من رابطة زوجية تضررت منها الزوجة، وهذا وجه العدالة الشرعية التي أقرها الله ﷻ للبشرية، وأخذت بها القوانين من بينها قانون الأسرة

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 25-26.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع. (ط: 1؛ عمان: دار المسيرة، 2009)، ص 13-14.

<sup>3</sup> أخرجه: ابن حبان في صحيحه؛ أنظر: علاء الدين علي بن بلبان ت 739هـ، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 13 (ط: 1؛ بيروت، مؤسسة الرسالة، 1988)، باب ذكر الاخبار عند إنزال الله لكل داء دواء، ص 427، رقم الحديث (6062).

الجزائري، فكانت حكمة تشريع التطلاق هو تحقيق وجه العدالة بين الجنسين ورفع الضرر عن المرأة الواقع عليها من زوجها بأن تفك الرابطة الزوجية بينه وبينها وتقرير حقها في ذلك، في مقابل حق الزوج في فك الرابطة الزوجية وهذا عين العدالة والإنصاف، كما يحق للزوجة الطلاق مقابل مال تقدمه الزوجة للزوج، ويسمى بالخلع، وهو موضوع الفصل الثاني سيتم معالجته أدناه.

وبهذا يمكن أن نُلخص حكمة تشريع التطلاق في النقاط الآتية:

- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من أن يسيء استعمال ما خول له من القوامة على الأسرة<sup>1</sup>.

- تغيير نظرة الرجل للمرأة، فليست مجرد منفعة مادية يحوزها كما هو منطق الماديين، وليس مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة وهي المحبة والتراحم والرفقة، والتكامل النفسي والمادي والجسدي، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾ [الروم: 21].

- تهذيب بعض أصناف الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن، حيث أوصى الرسول ﷺ بالنساء فقال: «اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا، فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٍ...»<sup>2</sup>.

- تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء، بمختلف صورته من عدم إنفاق أو عيب مستحکم، أو غياب أو حبس أو فاحشة، وبالتالي يتحطم طغيان بعض الرجال الذين لا يقدرّون مسؤولية الحياة الزوجية عندما يعلم أن لها حق طلب التطلاق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحفيظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام. (د. ط؛ بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1980)، ص 100.

<sup>2</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب حق الزوج على المرأة، ص 594، رقم الحديث (1851).

<sup>3</sup> اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003، ص 33-34.

## المطلب الرابع

### الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق

يعتبر التطليق حقاً من حقوق الزوجة لمطالبتها برفع الضرر عنها نتيجة إضرار الزوج بها، لأن الزواج ما شرع إلا لإحداث الاستقرار بين الزوجين، فإن لم يتحقق هذا المقصد فيمكن للطرف المتضرر فك هذه الرابطة، إلا أنه من ناحية طبيعة التطليق يختلف تكييفه من الناحية الشرعية والقانونية، ففيما تتمثل طبيعة التطليق؟ وهل يعد فسخاً أم طلاقاً؟.

#### الفرع الأول: الطبيعة الشرعية للتطليق

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الفرقة التي تكون بطلب من الزوجة هل تعد طلاقاً أم فسخاً إلى أقوال نوجزها كالآتي:

**1- مذهب الحنفية:** وضع فقهاء الحنفية قاعدة عامة تضبط الفرقة التي تعد طلاقاً من التي تعد فسخاً، فإذا كانت الفرقة من قبل الزوجة، تكون الفرقة فرقة فسخ، وإذا كانت من قبل الزوج فالفرقة فرقة طلاق.

حيث يفهم ما جاء في الدر المختار: (ثم إن الفرقة إن كان من قبلها لا ينقص عدد الطلقات، ولا يلحقها طلاق إلا في الردة، وإن من قبله فطلاق إلا بملك أو ردة أو خيار عتق، وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا أختار نفسه بخيار عتق)<sup>1</sup>.

فقوله لا ينقص عدد الطلقات ولا يلحقها طلاق، ظاهر فيها إذا كانت الفرقة من قبلها فإنه لا يعد طلاقاً، وهذا أثر من آثار الفسخ، فتعين أنه يقصد بذلك الفسخ<sup>2</sup>.

**2- مذهب المالكية:** ذهب المالكية إلى القول بالتفريق بين الطلاق والفسخ إلى أن: كل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه جاز فالفسخ فيه تطليقة، وكل نكاح إذا أراد الأولياء أن يجيزوه لم يجز، فالفسخ فيه ليس بتطليقة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 2 (ط: 2؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1987)، ص 307.

<sup>2</sup> المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2010)، ص 49.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 51.

وبذلك نجد أن المالكية قد جعلوا الفرقة من زواج صحيح سواء أكان من قبل الزوج أم بطلب من الزوجة عدة طلاق، وإن كانت من زواج غير صحيح عدة فسخ، ومنه أن التطليق يمكن تصنيفه من باب الطلاق لا الفسخ عند المالكية.

**3-مذهب الحنابلة:** وقال الحنابلة أن فرق الطلاق هي: كل فرقة بسبب الطلاق، وهي ماكانت بألفاظ الطلاق صريحاً أو كنايةً، وتطليق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء. وتكون الفرقة فسحاً في بقية الفرق كالخلع، إذا كان بغير لفظ الطلاق أو نيته، وردة أحد الزوجين، والفرقة للعيوب التي توجب الخيار، والإعسار عن الصداق أو النفقة، وإسلام أحد الزوجين، واللعان، والفرقة بسبب طرود محرمة<sup>1</sup>.

وبهذا فالطبيعة الشرعية للتطليق عند الحنابلة تعد فسحاً وليست طلاقاً كالتطليق للعيوب أو الإعسار في النفقة وغيرها.

#### **4-مذهب الشافعية:**

وكذلك الأمر عند الشافعية، فإنهم وضعوا قاعدة في ذلك وهي: (كل فرقة بين الزوجين يوقعها الزوج، أو من يقوم مقامه، كالوكيل، والمفوض، يعد طلاقاً، وما عداه فهو فسخ)<sup>2</sup>. ومادام الشافعية قالوا بتقويض الطلاق والذي يمنح الزوجة حق فك الرابطة الزوجية بعد تقويض زوجها، فقد جعلوا الطلاق الصادر من الزوجة يعد طلاقاً لا فسحاً، أما إذا لم يفوض الزوج طلاق نفسها فيعد التطليق فسحاً.

وقال الإمام الشافعي: الفرقة بين الزوجين وجوه يجمعها اسم الفرقة، ويفترق بها أسماء دون اسم الفرقة، فمنها الطلاق، والطلاق ما ابتدأه الزوج فأوقعه على امرأته بطلاق صريح، أو كلام يشبه الطلاق يريد به الطلاق وكذلك ما جعل إلى امرأته من أمرها فطلقت نفسها، أو إلى غيرها فطلقها، لأنه بأمر وقع، وهذا كله إذا كان الطلاق فيه من الزوج أو ممن جعله إليه

<sup>1</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2 (ط: 1؛ دمشق، دار المكتب الإسلامي، د. ت)، ص 682.

<sup>2</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 52.

الزوج واحدة أو اثنتين<sup>1</sup>.

وبذلك فالتفريق في الحالات التالية يعد فسخاً لدى الشافعية:

- التفريق بسبب اللعان من أحد الزوجين؛
- التفريق للإعسار بالمهر أو للإعسار بالنفقة؛
- التفريق لخلل في العقد عند إنشائه أو لطرؤه أمر على العقد يمنع بقاءه؛
- التفريق للامتناع عن إتمام شرط لزوم العقد أو نفاذه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتطبيق

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرّف الطلاق في المادة 48 منه على أنه "...  
يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في  
حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون" كما أنه استعمل في نص المادة 57  
مصطلح "الطلاق" الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقاً لا  
فسخاً، حيث جعل ما تطلبه الزوجة من فرقة طلاقاً، وما يثبت ذلك أيضاً أنه قد فصل مواد  
الطلاق على مواد الفسخ؛ حيث ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32-33-34-35) من  
قانون الأسرة، كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل<sup>3</sup>، في الفصل الثالث من  
الكتاب الأول من قانون الأسرة.

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد خالف المذاهب الفقهية الأخرى في طبيعة الطلاق في

النقاط الآتية:

- حيث فرق الحنفية بين طلاق الزوجة وطلاق الزوج، فجعل الفرقة الصادرة من الزوج من  
باب الطلاق، والفرقة الصادرة من الزوجة من باب الفسخ، في حين أن قانون الأسرة جعل  
فرقة كلا الزوجين من باب الطلاق لا الفسخ.

<sup>1</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 5 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1983)، ص 126.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 48.

<sup>3</sup> منصور نورة، المرجع السابق، ص 18. (بتصرف).

- في حين أن المذهب الحنبلي جعل من أسباب الفرقة المحسوبة على التطلاق في قانون الأسرة هي من باب الفسخ لا الطلاق، حيث جعل الفرقة للعب والإعسار بالنفقة، وحتى الفرقة للخلع كلها من باب الفسخ لا الطلاق، وهو الشيء الذي خالف فيه المشرع الجزائري رأي الحنابلة فيه.

- كما نلاحظ أن الشافعية جعلوا التفريق للإعسار بالنفقة فسحاً، في حين نجد أن قانون الأسرة الجزائري جعل التفريق للإعسار تحت مواد الطلاق لا مواد الفسخ، حيث نص عليه في المادة 53 الفقرة الأولى فجعل التفريق للإعسار من باب التطلاق وليس الفسخ.

## المبحث الثاني

### أسباب التطلاق في المادة 53 من قانون الأسرة

يعتبر حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية مشروعاً بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، وهو الشيء الذي كرسته القوانين العربية في تشريعاتها الوطنية، ومن بينها التشريع الجزائري بموجب أحكام قانون الأسرة.

إذ أجاز قانون الأسرة من خلال المادة 53 منه للزوجة المطالبة بفك الرابطة الزوجية بطريق التطلاق، إلا أن هذا الحق لا يكون مشروعاً ولا يحكم به لصالح الزوجة إلا إذا استند لمبرر شرعي مبني على قاعدة الضرر، حيث ذكرت المادة 53 ق. س عشرة أسباب على سبيل المثال لا الحصر، يمكن للزوجة من خلالها المطالبة بالتطلاق ويحكم لها قضاء بذلك متى ثبت ما تدعيه الزوجة من أسباب تثبت الضرر الواقع عليها من زوجها.

فما المقصود من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة التي تجيز حق التطلاق للزوجة؟ وكيف يمكن للزوجة أن تستند إليها للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية؟.

وهذا ما سنجيب عنه من خلال هذا المبحث بمعالجة الأسباب التي ذكرتها المادة 53 ق.س، التسعة ثم نترك السبب العاشر الذي جعل المشرع دلالة لفظه مفتوحة مما يحتم علينا إخراجها في فصل مستقل لطول الكلام في الضرر المعتبر شرعاً بين الشرع والقانون والقضاء الجزائري، وبهذا سيتم معالجة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

- المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية
- المطلب الثاني: التطلق بسبب العيوب والشقاق بين الزوجين
- المطلب الثالث: الأسباب المتعلقة بمخالفة القانون
- المطلب الرابع: الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها قانوناً.

## المطلب الأول

### الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية

لقد ذكرت المادة 53 ق. س الأسباب التي تعتمد عليها الزوجة لطلب التطلق من القاضي، وسيتم معالجة ثلاثة أسباب منها في هذا المطلب والتي تتعلق بتخلي الزوج عن التزاماته الزوجية الثابتة شرعاً والمكفولة قانوناً، إذ أن الحياة الزوجية مبنية على حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، ملزم كلا الطرفين القيام بها، وأي إخلال بها يهدد استقرار الأسرة وكيان المجتمع، فإن كان التقصير من جانب الزوجة حُق للزوج المطالبة بالطلاق، وإن كان التقصير من جانب الزوج حُق للزوجة المطالبة بالتطلق مادام أن التقصير والامتناع عن أداء الالتزامات الزوجية دون سبب جدي وشرعي وهو الذي يكون موضوع دراستنا. فكيف يمكن للزوجة أن تستعمل حقها في رفع أمرها للقاضي لطلب التطلق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات الزوجية؟.

وهو ما سيتم الإجابة عنه في هذا المطلب، من خلال معالجة حالة التطلق لإمتناع الزوج القيام بالالتزامات الزوجية الآتية: التطلق لامتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، والتطلق لهجر الزوج مضاجعة زوجته، والتطلق لغياب الزوج عن زوجته دون عذر ومبرر شرعي، وهذه الأسباب موزعة على الفروع الآتية:

الفرع الأول: التطلق لعدم الإنفاق؛

الفرع الثاني: التطلق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر؛

الفرع الثالث: التطلق لغياب الزوج.

## الفرع الأول: التطبيق لعدم الإنفاق

وستتم معالجة هذا الفرع ببيان معنى النفقة الزوجية وعلاقة عدم الإنفاق بموضوع حق الزوجة في التطبيق والموقف الشرعي والقانوني في مدى جواز ذلك.

### -تعريف النفقة الزوجية:

**لغةً:** يقال استنق الشيء: أنفقه. أي استنقَّ المالَ على عياله. والإنفاق: أي بذل المال ونحوه في وجهٍ من وجوه الخير<sup>1</sup>.

**اصطلاحاً:** هي إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز، وكسوة، ومسكن، ودهن، ومصباح، ونحو ذلك<sup>2</sup>. ومن تجب عليه النفقة الزوجية هو الزوج، ومن تجب له النفقة من الزوج هو الزوجة الثابتة بالعقد. وبذلك فالنفقة الزوجية هي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، ومسكن، وخدمة، ودواء وإن كانت غنية<sup>3</sup>، وبمعنى كل ما يخرج الزوج ويقدمه لزوجته في شكل حاجيات لإشباع حاجة مادية أو معنوية.

**-شروط استحقاق النفقة الزوجية:** تعتبر النفقة الزوجية حقاً للزوجة على زوجها أقرها الشرع وكرسها القانون، إلا أن هذه النفقة لا تجب للزوجة إلا بتوفر مجموعة من الشروط لابد من تحديدها، لمعرفة الحالات التي يحق للزوجة المطالبة بالفرقة لعدم الإنفاق، وتفصيل ذلك كالآتي:

### 1- قانوناً:

باستقراء المادة 74 ق. س التي تنص (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون)، نستخلص أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بتوفر الشروط الآتية:

**أ-العقد الصحيح:** يجب أن يكون الزواج صحيحاً شرعاً، استوفى أركانه طبقاً للمادة 9 و 9 مكرر ق.س، وليس هذا فحسب بل بشرط وجوب الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 942.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3 (ط: 1؛ مصر: دار المنار، 1999)، ص 553.

<sup>3</sup> السيد سابق، المرجع السابق، دار الفكر، ص 147.



أو الاستعداد له، ولهذا كان المعقود عليها عقداً فاسداً أو باطلاً لا يحق لها نفقةً زوجيةً، وعليه فإن المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة أما عدة المدخول بها بعد زواج فاسد فلا تجب.

**ب-الدخول بالزوجة:** وهو ما اشترطه المشرع بموجب المادة 74 ق. س بأن النفقة لا تجب بالعقد على الزوجة فقط بل تجب بدخول الزوج بزوجه لبيت الزوجية؛ أي بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، سواء أتمت المخالطة الجنسية فعلاً أم لم تتم، متى كان العجز على المخالطة يعود لضعف جنسي في الزوج، ذلك أن عدم حصول المخالطة برفض الزوجة للزوج ومقاومتها له يعتبر نشوزاً منها، وبالتالي يسقط حقها في النفقة.

**ج-دعوة الزوج زوجته للدخول بها:** أي أن نفقة الزوجة تجب أيضاً على زوجها إذا دعاها للدخول ووجد ما يثبت ذلك كشهادة الشهود لأن الدعوة للدخول هو استعداد له، كأن يقوم الزوج بتحديد تاريخ الدخول بالزوجة لبيت الزوجية، فالفترة بين اليوم الذي حدد فيه تاريخ الدخول إلى غاية وصول اليوم المحدد لذلك كلها تجب فيها النفقة على الزوج، لأنه قد دعاها للدخول في تلك المدة وهي مستعدة لذلك فقد احتسبها لنفسه، فيجب عليه النفقة فيها، وهو ما ذكرته المادة 74 بنصها (..أو بدعوتها إليه ببينة).

## 2-شريعاً:

إنما أوجب الشرع النفقة على الزوج لزوجته، لأن الزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح تصبح مقصورة على زوجها، ومحبوسة لحقه؛ لاستدامة الاستمتاع بها، ويجب عليها طاعته، والقرار في بيته، وتدبير منزله، وحضانة الأطفال وتربيتهم، وعليه نظير ذلك كفايتها والإنفاق عليها، ما دامت الزوجية قائمة بينهما، ولم يوجد نشوزٌ أو سبب يمنع من النفقة عملاً بالأصل العام "كل من أحتبس لحق غيره ومنفعته، فنفقته على من احتبس لأجله".

ولوجوب النفقة الزوجية على الزوج لابد من توفر أمور لا تجب النفقة إلا بوجودها نوجزها

كالآتي<sup>1</sup>:

1-أن يكون عقد الزواج صحيحاً؛

<sup>1</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج 2 (ط: 4؛ مصر: دار الحديث، 2009)، ص 242.

2- أن تسلم نفسها إلى زوجها؛

3- أن تمكنه من الاستمتاع بها؛

4- ألا تمتنع من الانتقال حيث يريد الزوج؛

5- أن يكونا من أهل الاستمتاع.

### - أحكام التطلاق لعدم إنفاق الزوج شرعاً وقانوناً:

سنعرف هنا ما موقف كل من الشرع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التطلاق لعدم الإنفاق؟ وهذا من خلال ما يلي:

#### أولاً: موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة التفريق لعدم الإنفاق

اتجه قانون الأسرة الجزائري على موقف جواز الزوجة المطالبة بحق التطلاق لعدم إنفاق زوجها عليها، ويبرز هذا الموقف من خلال استقراء المادة 53 في الفقرة الأولى منها بنصها: (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون).

وبذلك يكون موقف المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور الذي سنوضحه أدناه، بجواز حق التطلاق للزوجة بسبب عدم إنفاق الزوج عليها، وأضاف المشرع اشتراط صدور حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة لكنه امتنع عن ذلك، وشروط أخرى سنعرفها أدناه.

#### ثانياً: موقف الفقه الاسلامي من مسألة التفريق لعدم الانفاق

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية من مسألة جواز التفريق لعدم انفاق الزوج على زوجته إلى آراء نوجزها كالآتي:

**1-المذهب الأول:** وهو رأي الجمهور حيث قالوا بجواز القاضي التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق إذا طلبته الزوجة، وبه أخذ مالك وأحمد والشافعي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون. (د. ط؛ مصر: دار الجمهورية للصحافة، 2003)، ص 393.

وقال الشافعي أن القاضي يفرق بين الزوجين إذا عجز الزوج عن النفقة لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان فإن أبى ناب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة، بل هذا أولى لأن بالنفقة قوام الحياة.

**2-المذهب الثاني:** وهو رأي الحنفية قالوا أن المرأة يلزمها الصبر حتى يوسر الزوج<sup>1</sup>، وتتعلق نفقتها بذمته، وأخذ به عطاء والزهري والثوري، ودليلهم:

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ... ٢٨٠﴾ [البقرة: 280]، فتدل الآية على الصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء<sup>2</sup>، سواء أكان المعسر زوجاً أم غيره، والزوجة أولى.

**3-المذهب الثالث:** وهو مذهب أبي محمد بن حزم حيث قال يجب على المرأة الموسرة أن تنفق على زوجها المعسر ولا ترجع عليه إذا أيسر<sup>3</sup>.

**4-المذهب الرابع:** وهو مذهب الإمام ابن القيم حيث قال أن الزوجة إذا تزوجت به عالمة بإعساره أو كان حال الزوج موسر ثم أعسر فلا فسخ لها<sup>4</sup>. وإن كان هو الذي غرها عند الزواج بأنه موسراً ثم تبين لها اعساره كان لها الفسخ.

#### -أحكام التفريق للإعسار بالنفقة:

بيننا سابقاً أن النفقة من الزوج على زوجته واجبة شرعاً مكرسة قانوناً، وأن امتناع الزوج عن النفقة هو امتناع عن أحد واجبات الحياة الزوجية، إلا أن هذا الامتناع قد يكون لعسر في الزوج أو تعسف منه.

فهل يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لعسر زوجها مع أنها كانت عالمة بإعساره قبل الزواج؟ وهل يحق لها ذلك لغيبته أو أنه موسر لكنه رفض الانفاق عنها؟. وهو ما سنجيب عليه فيما يلي:

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003)، ص 451.

<sup>2</sup> اسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج1، ص 402.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 393.

<sup>4</sup> المرجع والموضع نفسه.

## أولاً: شروط التفريق للإعسار بالنفقة فقهاً

إن القائلين بجواز التفريق بسبب الإعسار عن النفقة قيدهم بالشروط الآتية:

1-المطالبة بالفسخ حق المرأة وليس لأحد غيرها ولا يفسخ النكاح إلا بطلبها؛

2-أن لا تكون عالمة بإعساره: لكي تكون دعوى الزوجة مقبولة ومطالبتها بالفرقة صحيحة لا بد أن لا تكون عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فإن كانت عالمة بإعساره ورضيت به، فليس لها الفسخ بعد ذلك، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والأظهر من كلام الإمام أحمد، قياساً على من تزوجت عنيماً ورضيت، فلا يحق لها في طلب التفريق.

وذهب الشافعية والحنابلة، إلى أنه: لها حق طلب الفسخ بالإعسار ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كالإسقاط لشفعتها<sup>1</sup> قبل البيع.

3-أن لا تجد المرأة من ينفق عليها من أقربائه الذين تلزمهم نفقته، فإن وجدت فلا حق لها في الفسخ لأن الحكم بالفسخ للضرر والضرر يزول بنفقة القريب.

أما إن كانت النفقة من أجنبي، فذهب المالكية إلى أنه لا حق لها في طلب الفسخ، لإندفاع حاجتها وقيام بدننها بما يقدم إليها<sup>2</sup>.

وذهب الحنابلة والشافعية إلى التفريق: فإذا كان الزوج هو الذي يستلم النفقة، أو يدفعها إلى المرأة لزمها قبولها ولا حق لها في الفسخ.

وإذا كانت المرأة هي التي تستلم النفقة من الأجنبي ابتداء فلا يلزمها قبولها، ولها الحق في طلب الفسخ<sup>3</sup>.

## ثانياً: شروط قبول دعوى التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة

جاء في المادة 53 الفقرة الأولى من قانون الأسرة (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد

<sup>1</sup> عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج. (ط: 1؛ بيروت: منشورات المكتبة العصرية الأنصارية، 1982)، ص 196.

<sup>2</sup> محمد بن عبد الله الخرشني، شرح مختصر خليل، ج4 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 196-197.

<sup>3</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3 (د. ط؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1958)، ص 443.

78 و79 و80 من هذا القانون) حيث أعطت هذه الفقرة للزوجة حقها في طلب التطلاق لعدم إنفاق زوجها عليها، لكن هذا الحق لا يثبت قانوناً ولا تقبل به الدعوى قضاءً إلا بتوفر شروط حددت في نص المادة نوجزها كالآتي<sup>1</sup>:

**1- ثبوت عدم إنفاق الزوج على زوجته عمداً و قصد الإضرار، وامتناعه عن تقديم ما تحتاجه من طعام وكسوة وعلاج ومسكن؛ وهذا الذي يكون دافعاً للزوجة للتوجه للعدالة للمطالبة بالتطلاق.**

**2- ثم صدور حكم من المحكمة بوجوب النفقة بعد امتناع الزوج عن أدائها لإثبات هذا الامتناع وإلزامه بمبلغ النفقة، حيث يكون الحكم صادراً عن هيئة قضائية وطنية على مستوى الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية.**

**3- أن يكون هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه؛ ولم يعد يقبل أي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو وجود حكم قضائي صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع بإضفاء الصيغة التنفيذية عليه أو وجود أي قرار قضائي آخر صادر عن جهة القضاء المستعجل أو تضمن صيغة النفاذ المعجل<sup>2</sup>.**

**4- أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه، وطلب منه تنفيذه وفقاً للقانون، وثبت امتناعه بموجب محضر رسمي يحرر المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ<sup>3</sup>.**

**5- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره؛ لأن الزوج قد يكون موسراً كما قد يكون معسراً فإن كان معسراً لأي سبب فهنا ينتفي ظلم الزوج لزوجته لعدم الانفاق ولا يعد ظالماً لها لأن العسر لم يكن متوقعاً من الزوج ولم يكن قاصداً عدم الانفاق - مما يتطلب التكلم عن صندوق النفقة في هذه المسألة بالذات التي لم يذكرها قانون صندوق النفقة**

<sup>1</sup> سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، أبريل 2000، ص 203. (بتصرف).

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2014)، ص 38 - 39.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص

وستوضح أدناه -وأما إن كان موسراً وامتنع عن الإنفاق فهنا يكون للزوجة الحق في المطالبة بالنفقة وتطلب التظليق لعدم الإنفاق.

**6- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج؛ لأن علمها بالإعسار هو الرضا بالعسر في النفقة، ورضاها بذلك يسقط حقها في المطالبة بالتظليق لعسر زوجها بالنفقة استناداً للفقرة الأولى من مادة 53 ق. س، وهذا الموقف أخذه المشرع الجزائري من مذهب الإمام ابن القيم حيث قال: أن الزوجة إذا تزوجت به عالمة بإعساره أو كان حال الزوج موسراً ثم أعسر فلا فسخ لها.**

ويرى جانب من الفقه<sup>1</sup> أن هذا الحكم لا يؤخذ على إطلاقه، فإذا تبين للزوجة تقاعس الزوج عن طلب الكسب دون مبرر جاز لها أن تطلب التظليق، كما أن المعطيات الاجتماعية والاقتصادية صارت تفرض نفسها على العائلة الجزائرية بسبب أزمة البطالة في سوق الشغل، فقد تقبل الزوجة بالزواج من رجل لمكانته العلمية دون النظر إلى الاعتبارات العملية، كأن يكون خريج جامعة يحمل شهادة عليا ولكنه بصدد وظيفة، وبعد الزواج طالت المدة ولم يجد وظيفة فهو بهذه الصورة في حكم المعسر، وبالتالي إذا تمسكنا بالنص فلن نستطيع الزوجة المطالبة بالتظليق لأنها تزوجته وهو معسر، بالتالي فإن القاضي سوف لن يجيبها إلى طلبها. غير أنه وكما يبدو فإن الزوجة هنا قد نظرت للاعتبار العلمي أولاً، أما مسألة الوظيفة فكانت تظن أنها مسألة مؤقتة سيجد خلالها الزوج وظيفة، لكن طال إنتظارها ولم يتحقق لها المراد، بل وقد يستغل الزوج هذا الموقف ويتقاعس عن البحث عن وظيفة وبالتالي فإن الزوجة سوف تتضرر كثيراً من الناحية المادية<sup>2</sup>.

والذي نقوله في هذا الصدد ونراه أن الحكم الذي أتى به الفقه واضح وهو عدم جواز الزوجة المطالبة بالتظليق لعدم الانفاق لعسر الزوج وهي عالمة بإعساره، أما فكرة عدم الأخذ بهذا الحكم على إطلاقه وبالتالي جواز الزوجة المطالبة بالتظليق لتقاعس الزوج عن العمل،

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، العدد 9، المجلد 5، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ص 236.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

هو حكم لا يؤخذ على إطلاقه أيضاً، فنرى أنه يمكن العمل به إلا في حالة أن الزوجة قد إشتطت في عقد الزواج إلزامية الزوج بالعمل والسعي على حصوله وفقاً للمادة 19 ق.س، وبالتالي يكون كدليل إثبات لها على نيتها إلى ما بعد العقد، لأن رضا الزوجة في إفسار زوجها قد يكون رضاً كاملاً به سواء أقبل العقد أم بعده.

7- وأيضاً لابد من إعطاء الإعتبار للمواد 78 و79 و80 ق. س ويعد هذا الشرط تكميلياً للشروط السابقة، حيث أن المادة 78 تحدد مشمولات النفقة من طعام و كسوة علاج وسكن، وأن المادة 79 ق. س أن قيمة النفقة لابد أن يراعي فيها القاضي الظروف المعيشية للزوج، وأنه بعد صدور الحكم بالنفقة لا يمكن المطالبة بتعديل قيمة النفقة المحكوم بها إلا بعد مرور سنة من صدور الحكم، والمادة 80 نصت على أن الزوجة المحكوم لها بالنفقة لا تأخذ إلا قيمة نفقة سنة واحدة قبل رفع الدعوى، حتى ولو كان امتناع الزوج عن سداد النفقة لسنوات طوال قبل رفع الدعوى.

فإذا توفرت هذه الشروط في الزوجة يحق لها أن تطلب التتطبيق لعدم إنفاق زوجها عليها، لأن النفقة واجبة على الزوج بمجرد الدخول بزوجته نظير حق الاحتباس وإسقاطه لها يعطي للزوجة الحق في الفرقة لضرر الإنفاق، وما دون ذلك لا يحق لها المطالبة بهذا الحق.

#### -ملاحظات قانونية:

1- ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وامتناعه عمداً، وبين عدم الإنفاق مع العجز على ذلك بسبب البطالة أو لعجز جسمي أو نفسي؛ فالأولى هي التي يحق للزوجة المطالبة فيها بالتطبيق لضرر عدم الإنفاق، أما العسر للعجز الجسمي أو النفسي القهري فهذا لا يحق للزوجة المطالبة فيه بالتطبيق لأن الزوج لم يكن متعمداً الإضرار بزوجته، إنما كان بسبب قوة قاهرة بعيدة عن إرادة الزوج في إحداثها، فلا يحق المطالبة بالتطبيق بسبب العجز عن الإنفاق لمرض أو عجز جسمي ومطالبتها التعويض، وإنما يمكن لها أن تطالب الفسخ في ذلك.

فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة والجب وثبت جواز الفسخ بالإعسار وعدم الإنفاق، فإن الفسخ للإعسار هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن إلا بها أما لذة الجماع فيقوم البدن دونها<sup>1</sup>.

2- لم ينص المشرع على المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة، والتي يمكنها بعد ذلك تقديم طلب التظلم إلى المحكمة لامتناع زوجها عن أداء النفقة المحكوم بها قضاء، وفي هذا المجال لابد من تفسير هذا الفراغ بالرجوع إلى قانون العقوبات<sup>2</sup>، التي يفهم من خلال المادة 331 أن المدة التي يحق للزوجة فيها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتظلم هو بعد مرور شهرين كاملين من صدور الحكم القضائي الذي يلزم الزوج بالنفقة لكنه لم يستجيب لهذا الحكم<sup>3</sup>، حيث جاء فيها (يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقرر قضاءً 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- اشترطت المادة 53 ق.س الفقرة الأولى إلزامية صدور حكم قضائي لقبول دعوى التظلم لعدم الإنفاق يلزم الزوج بالنفقة بنصها (.. بعد صدور حكم بوجوبه..)، وكأن النفقة لا تجب للزوجة إلا بحكم القاضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن إلزامية إنفاق الزوج على زوجته هي تحصيل حاصل ذكرته المادة 36 ق.س من باب الواجبات لا حاجة لنا بإعادة ذكره حيث جاء فيها (يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة..)، ومن واجبات الزوج الإنفاق على زوجته، وعززه بالمادة 74 بنصها (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها..)، وبذلك كان على المشرع أن يركز على مسألة إثبات الامتناع عن أداء النفقة أكثر منه تقريراً لحق ثابتٍ شرعاً ومكفول قانوناً، وذلك بتحريح محضر من طرف المحضر القضائي الذي يثبت الامتناع من عدمه لمباشرة الدعوى.

<sup>1</sup> محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. (د. ط؛ الإسكندرية: الدار الجامعية، د. ت)، ص 100.

<sup>2</sup> الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن: قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 16-02 المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق لـ 19 يونيو 2016 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2016).

<sup>3</sup> سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 203. (بتصرف).



وبذلك يكتفي المشرع بذكر اشتراط تحرير محضر بعدم الإنفاق، وإلغاء فكرة إلزامية صدور حكم بوجوب النفقة.

4- ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يتكلم عن مسألة مهمة قد تحد الكثير من حالات فك الرابطة الزوجية في المجتمع الجزائري، وهي مسألة ما إذا وجد المنفق على الزوجة غير الزوج، كوجود أبيه أو أخيه قادراً على الإنفاق عليها، فهل من حق الزوجة المطالبة بالتطبيق رغم وجود البديل المؤقت عن الزوج في النفقة؟. فبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لوجدنا الفقهاء لا يعطونها حق الفسخ إذا وجد من ينفق عليها من أقربائه، أو من غيرهم، وهو ما أخذ به المالكية، وهذا رأي أصوب وأصلح للمجتمع، لأن الغرض من تشريع التطبيق لعدم الإنفاق هو رفع الضرر، فإن زال الضرر بتدخل الآخر للإصلاح بين الزوجين والإعانة على رفعه فلا حاجة للتطبيق، فهذا هو باب الخير، كان على المشرع الحرص على إدراجه في مواد النفقة أو جعله حالة مستثناة من المادة 53 الفقرة الأولى، وسد باب الفرقة في هذا الجانب.

كما نجد أن المشرع كان عليه أن يُفعل المادة 76 ق. س التي تلزم الأم أن تتفق على أولادها في حالة عجز الأب، أي أن الزوجة إن كانت ميسورة الحال وزوجها معسر فعلى القاضي أن لا يقبل دعوها بالتطبيق لعدم الإنفاق عليها، ولها أن تتفق على نفسها وأولادها لأن عسر الزوج ثابتاً قضاءً دون إرادة الزوج فيه، أما إذا ثبت إمتناع الزوج مع يسره فثمة حق الزوجة المطالبة بالتطبيق حق مشروع حتى ولو كانت موسرة المال، لأن امتناعه عن النفقة يحدث الضرر للزوجة ويفسد العلاقة الزوجية بين الزوجين، وينقص من هدف الزواج الذي هو المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين.

5- كما لم يبين هل أن دعوى التطبيق أثناء سيرها تسقط إذا تقدم المدين بالنفقة في الجلسة وأبدى استعداداً لسداد النفقة الماضية المقررة في الحكم والنفقة المستقبلية الواجبة عليه في حينها.

- **طبيعة الطلاق لعدم الإنفاق:** إذا رفعت الزوجة قضيتها للقاضي بسبب عسر الزوج في النفقة وقضى بالفرقة بينهما، فهل تعد طلاقاً أم فسحاً؟.

## 1- قانوناً:

لو رجعنا إلى مواد قانون الأسرة منها المادة 53 التي أجازت التطليق للزوجة بسبب عدم إنفاق الزوج عليها، وأن المادة 48 ق. س قد بينت معنى التطليق بأنه يعد طلاقاً وليس فسحاً حيث نصت (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو برضى الزوجين أو بطلب من الزوجة..)، ويقصد بطلب من الزوجة أي طلبها من القضاء فك الرابطة إما بالتطليق أو الخلع هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن مواد الفسخ المنصوص عنها في المادة 32 إلى المادة 35 لم تتكلم عن مسألة فسخ الزواج لعدم إنفاق الزوج، وبذلك يعتبر التطليق لعدم الإنفاق طلاقاً لا فسحاً عند المشرع الجزائري.

## 2- شرعاً:

نوع الفرقة عند المالكية بسبب العجز عن النفقة تعتبر طلاقاً رجعياً، وللزوج مراجعة المرأة إذا أيسر في العدة<sup>1</sup>، لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها، فيشبهه تفريقه بين المولي في الإيلاء وامراته إذا امتنع من الفيئة والطلاق.

وذكر الشافعية والحنابلة أن هذه الفرقة فسخ وليست بطلاق، لأنه كما يقول الشافعي (فإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق لأنها ليست شيئاً أوقعه الزوج ولا جعل إلى أحد إيقاعه)<sup>2</sup>. فما يراه الإمام الشافعي أن الفرقة التي يوقعها القاضي تعتبر فسحاً لا طلاقاً، لأنه لم يوقعه الزوج، واعتبار أن هذه الفرقة فرقة فسخ لا تحسب على الزوج من عدد الطلقات.

## - صندوق النفقة وعلاقته بحق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق:

### - تعريف صندوق النفقة:

أ- **التعريف المادي:** صندوق النفقة عبارة عن إعانة أو دعم من الدولة لفائدة فئة معينة من المجتمع، وهي الطفل المحضون والمرأة المطلقة وذلك لتغطية الحاجة والضرورة الملحة

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2. (د. ط؛ د. ن: دار الفكر، د. ت)، ص 518.

<sup>2</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 98.

للعيش، كما جاء لتغطية الفارق القائم عند استثناء حق المطلقة المقرر بموجب حكم قضائي نهائي واستحالة تنفيذه<sup>1</sup>.

**ب-التعريف القانوني:** صندوق النفقة حسب القانون<sup>2</sup> رقم 01/15 هو عبارة عن حساب تخصيص خاص رقمه 302/142، يفتح في كتابات الخزينة عنوان الحساب "صندوق النفقة".  
**-حالات استفادة الزوجة من صندوق النفقة:**

هناك ثلاث حالات يمكن للزوجة أن تلجأ فيها للاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة نذكرها:

1-تعذر التنفيذ لامتناع المنفذ عليه عن تسديد النفقة؛

2-تعذر التنفيذ لعجز المدين عن تسديد النفقة؛

3-استحالة التنفيذ لعدم العثور على المنفذ عليه.

وبذلك فالمرأة المتضررة من عدم إنفاق زوجها عليها يمكن أن تلجأ للصندوق للاستفادة من بدل النفقة، لكن هذا لا يسقط حقها في نفقة زوجها الواجبة عليه، بل هي نفقة وقتية ويبقى الزوج مديناً بما قدمه الصندوق من نفقة لهذه الزوجة إلى غاية يسره، فيتم استرجاع أموال الصندوق من الزوج أو الحجز على أمواله الظاهرة.

لكن الذي نود الإشارة إليه أن اللجوء إلى الصندوق يكون بعد الحكم على الزوج بعقوبة جزائية سالبة للحرية بسبب عدم الإنفاق على الزوجة، لكن المشرع لم يفرق بين عدم الانفاق بسبب العجز وعدم الانفاق بهدف الاضرار مع القدرة، ورتب عن توفر أحدها حق الزوجة في التظليق والمتابعة الجزائية.

فكان على المشرع إعطاء الزوج الحق من الاستفادة من المستحقات المادية للصندوق وتحويلها للزوجة قصد سد حاجة النفقة لها، وذلك في حالة العجز الحقيقي للزوج الثابت

<sup>1</sup> هشام ذبيح وعبد الرؤوف دبابش، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، عدد: 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2017، ص 102.

<sup>2</sup> القانون رقم 01/15 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق لـ: 04 جانفي 2015 المتضمن: إنشاء صندوق النفقة (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد01، 2015).

قضاء، لأن الزوج إذا كان معسراً ولا مال له لم يكن قاصداً الاضرار بالزوجة وعدم الانفاق عنها، إنما وجد سبب لا يد للزوج فيه منعه من الانفاق، فتجنباً لتفكك الأسرة وتشتتها وإثقال كاهل القضاء بملفات التظليق، يمكن إعطاء حق الزوج الاستفادة من صندوق النفقة حالة العجز لتسديد نفقة زوجته إلى غاية يسره وسداد ذلك الدين، ولا يصدر في حقه حكماً سالباً للحرية ولا يسمح للزوجة المطالبة بالتظليق مادام الحل قد وجد وهذا الذي نريده، لأن حبس الزوج بسبب العجز والعسر عن تنفيذ النفقة إنما يزيد الأمور تعقيداً، لأن الزوج عاجز عن النفقة ثم يتم حبسه - مع أن عذره موجود- فيزداد فقراً يطيل على الصندوق سداد ديون النفقة التي استفادة منها الزوجة مما يؤثر على السيولة المالية لهذا الصندوق بالسلب هذا من جهة، ويعطي للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية، ونحن أحوج إلى الإبقاء على الرابطة الزوجية أولى من فكها، أما إن كان موسراً لكنه امتنع قصداً وعمداً بهدف الإضرار فثمة نية سيئة لابد أن يعاقب من خلالها وإعطاء الزوجة الحق في التظليق مشروع يجعل الزوجة تستفيد من الصندوق إلى غاية يسر الزوج أو وجود مال ظاهر للحجز عليه لإستحقاق الزوجة قيمة النفقة هي وأبنائها.

### الفرع الثاني: التظليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

لقد أدرج قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 الفقرة الثانية منه سبباً ثانياً يمكن للزوجة أن تطالب من خلاله فك الرابطة الزوجية، ألا هو الهجر في المضجع لمدة تفوق الأربعة أشهر، فنحاول معرفة معنى الهجر وأحكامه ثم نعالجه كسبب من أسباب التظليق كالاتي:

#### أولاً: تعريف الهجر

أ- الهجر في اللغة: الهجر ضد الوصل، والتهاجر التقاطع، يقال هجرت الشيء هجراً إذا تركته وأغفلته، والإسم الهجرة، والهجرة: الخروج من أرض إلى أخرى، وأصل المهاجرة عند العرب: خروج البدوي من باديته إلى المدن<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج5، ص 250.

ب- إصطلاحاً: ترك الدخول على النساء والإقامة عندهن، وهو من الهجران بمعنى البعد<sup>1</sup>.

ج - مشروعية الهجر من عدمه:

الهجر في المضجع لديه مقصد شرعي إذا وجدت الحاجة إليه، فهجر النساء من أجل تأديبهن مشروع بالكتاب والسنة وطبعاً هذا الهجر لديه ضوابط شرعية لا بد منها لاعتباره مشروعاً، أما الهجر بقصد الإضرار بالزوجة يفوق مدة أربعة أشهر فهذا غير مشروع ومخالف للكتاب والسنة، وهو المقصود من بحثنا في هذه الجزئية.

-من أدلة الهجر المشروع نذكر:

أولاً: من القرآن الكريم

قول الله تعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ... ٣٤﴾ [النساء: 34] واللاتي تخشون منهن ترفعهن عن طاعتكم، فانصحوهن بالكلمة الطيبة، فإن لم تثمر معهن الكلمة الطيبة، فاهجروهن في الفراش، ولا تقربوهن، فإن لم يؤثر فعل الهجران فيهن، فاضربوهن ضرباً لا ضرر فيه، فإن أظعنكم فاحذروا ظلمهن، فإن الله العليّ الكبير وليهن، وهو منتقم ممن ظلمهن وبغى عليهن.

ثانياً: من السنة النبوية

1- حديث حكيم بن معاوية، عن أبيه، عن النبي ﷺ قال: سأله رجل ما حق المرأة على الزوج؟ قال: " تُطْعَمُهَا إِذَا طَعِمْتَ، وَتَكْسُوهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ، وَلَا تَضْرِبُ الْوَجْهَ، وَلَا تُقَبِّحَ، وَلَا تَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ"<sup>2</sup>، ويقصد بالبيت هو هجر الزوج زوجته لعلاج النشوز.

2- ورد أن النبي ﷺ هجر نساءه شهراً، ففي حديث معمر، قال: قال الزهري: فأخبرني عروة عن عائشة، قالت: فلما مضت تسع وعشرون ليلة، دخل علي رسول الله ﷺ. قالت: بدأ بي، فقلت: يا رسول الله، إنك أقسمت أن لا تدخل علينا شهراً، وإنك قد دخلت من تسع

<sup>1</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد الدين خطيب، ج9 (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ص 301.

<sup>2</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج33 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب حديث حكيم بن معاوية البهزي، ص 217، رقم الحديث (20013).

وعشرين أعدهن؟ فقال: "إِنَّ الشَّهْرَ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ"<sup>1</sup>.

-أدلة عدم مشروعية الهجر فوق الأربعة أشهر:

بالرجوع للقرآن الكريم لا نجد نصاً يضع مدة محدد التي لا يجوز للزوج أن يتجاوزها في الهجر في المضجع، وإنما هي مسألة إجتهادية، نجد أحكامها في سنة النبي ﷺ وإجتهادات الفقهاء وفق مايلي:

-من السنة:

أخذاً من توقيت عمر حين سأل ابنته حفصة فقالت لها: «يَا بِنِيَّةُ، كَمْ تَصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنِ زَوْجِهَا؟» فقالت له: يَا أَبَهْ، يَغْفِرُ اللَّهُ لَكَ أَمْثَلَكَ يَسْأَلُ مِثْلِي عَنِ هَذَا؟ فقالت لها: «إِنَّهُ لَوْلَا أَنَّهُ شَيْءٌ أُرِيدُ أَنْ أَنْظُرَ فِيهِ لِلرَّعِيَّةِ، مَا سَأَلْتُكَ عَنِ هَذَا»، قالت: أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فقالت عمر: «يَعْزُو النَّاسُ يَسِيرُونَ شَهْرًا ذَاهِبِينَ وَيَكُونُونَ فِي عَزْوِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَيَقْفُلُونَ شَهْرًا»<sup>2</sup>، فهجر الزوج زوجته فوق الأربعة أشهر يحدث الضرر على زوجته، لأنها أقصى مدة الصبر على بعد زوجها عنها.

د - أنواع الهجر:

للحجر عدة أنواع نوجزها وفق مايلي:

أولاً: الهجر في الكلام

اتفق الفقهاء على أنه يحق للرجل أن يؤدب زوجته الناشز بمقاطعتها، وترك الكلام معها<sup>3</sup> واختلفوا في المدة التي يحق للرجل فيها هجر زوجته بالكلام على النحو الآتي:

1- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة ومعظم المالكية والشافعية، إلى أنه لا يجوز للزوج أن يهجر زوجته أكثر من ثلاثة أيام<sup>4</sup>، واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: "لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ

<sup>1</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج42 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند الصديقة عائشة بنت الصديق ﷺ، ص 217، رقم الحديث (25301).

<sup>2</sup> سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن العظيمي، ج2. (ط: 1؛ الهند: دار السلفية، 1982)، ص 210.

<sup>3</sup> منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت)، ص 209.

<sup>4</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7 (د. ط؛ مصر: مكتبة القاهرة، د. ت)، ص 242.

يَهْجُرُ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ<sup>1</sup>.

2- وذهب بعض فقهاء الشافعية والمالكية إلى أنه يجوز للرجل أن يهجر زوجته الناشز ولا يكلمها فوق ثلاثة أيام، بقصد تأديبها وإصلاح دينها وردّها عن المعصية<sup>2</sup>. واستدلوا بقصة الثلاثة الذين خلفوا، وأمر النبي ﷺ بهجرانهم لما خاف منهم النفاق، وأباح هجران أهل البدع المغلظة والدعاة إلى الأهواء. ودُكِرَ أن هجران الوالد لولده والزوج لزوجته ما كان في معنى ذلك تأديباً تجوز الزيادة فيه على الثلاث؛ لأن النبي ﷺ هجر نساءه شهراً، واختلفوا: هل ينقطع الهجران بالسلام؟ فقالت طائفة: ينقطع بذلك، في رواية ابن وهب<sup>3</sup> عن الإمام مالك<sup>4</sup>.

ثانياً: **الهجر في المضجع**؛ ويقصد به؛ أن يهجر الزوج مضاجعة زوجته بالوطئ إما لغرض التأديب وهذا عمل مشروع، وإما إضراراً بها ويكون في حال فوات الأربعة أشهر من امتناعه مضاجعة زوجته وهذا غير جائز لأن فيه الضرر تطلب من خلاله التطليق، وهو محل دراستنا.

#### أ- كيفية الهجر في المضجع:

اختلف الفقهاء في كيفية الهجر في المضجع على عدة أقوال منها:

- 1- قيل يهجرها أي لا يجامعها، أي ترك الوطئ.
- 2- وقيل يهجرها أي لا يكلمها في حال مضاجعته إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤدبها بما يضر بنفسه، ويبطل حقه.

3- وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع، ويضاجع الزوجة الأخرى في حقها وقسمها.

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، الأدب المفرد، ج 1 (ط: 3؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1989)، باب هجرة الرجل، ص 143.

<sup>2</sup> أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج 4 (د. ط؛ مصر: دار المعارف، د. ت)، ص 745.

<sup>3</sup> هو أبو عبد الله، أحمد بن عبد الرحمن بن وهب بن مسلم القرشي مولا هم المصري من أصحاب الإمام مالك، ويعرف ب: بحشل، ولد بمصر سنة 125هـ، جمع بين الفقه والحديث والعبادة، توفي بمصر سنة 197هـ، له كتب منها: الجامع، والموطأ في الحديث. (خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج 12، ص 317).

<sup>4</sup> شُهْدَةُ بِنْتُ أَحْمَدَ، العمدة من الفوائد والآثار الصحاح والغرائب في مشيخة شُهْدَةَ، تحقيق: فوزي عبد المطلب، ج 1 (ط: 1؛ القاهرة: مكتبة الخانجي، 1994)، باب الشيخ العاشر، ص 109.

4- وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها، لا في وقت حاجته إليها لأن هذا للتأديب والزجر، فينبغي أن يؤديها لا أن يؤدي نفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته إليها<sup>1</sup>.

كما يكون تركها في المضجع على ثلاثة أوجه:

1- أن لا ينام في حجرتها وهذا أشد شيء؛

2- أن لا ينام على فراش معها، وهذا أهون من الأول؛

3- أن ينام معها في الفراش، ولكن يلقبها ظهره ولا يحدثها وهذا أهونها.

ويبدأ بالأهون فالأهون، لأنه ما كان المقصود به المدافعة، فالواجب البدائة بالأسهل فالأسهل<sup>2</sup>، لأن العلاج يأتي بالجرعات الخفيفة، فإن لم تجد نفعاً زيد في حدتها ومفعولها.

ومع ذلك يبقى للرجل أن يهجر زوجته الناشز بالطريقة التي يرجح أنها تردعها وتردها عن عصيانها، لأنه هو أعلم بحالها، خاصة إذا تكررت مواقف النشوز لها، فيعلم سر كبح ذلك النشوز وتشخيص العلاج له، فإن أدرك أحدهم أن مجرد توليتها ظهره يردعها فله أن يكتفي بذلك، وإن أدرك آخر أنه لا يردع زوجته إلا عدم مضاجعتها وعدم المبيت معها في بيت واحد وترك الحديث معها، فله ذلك بشرط أن لا تزيد مقاطعة كلامها عن ثلاثة أيام لورود النص<sup>3</sup>.

ب- مدة الهجر في المضجع: للفقهاء في مدة الهجر في المضجع رأيان:

الرأي الأول: رأي الجمهور

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز ما دامت على نشوزها دون تحديد مدة لذلك<sup>4</sup>.

واستدلوا لرأيهم: في قول الله تعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ۝٣٤﴾

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986)، ص 333.

<sup>2</sup> محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج12 (ط: 1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 2006)، ص 442.

<sup>3</sup> محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 105. (بتصرف).

<sup>4</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج7، ص 242.



ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى حدد نهاية الهجر بطاعة الزوجية، أما مادامت ناشراً فيحق للزوج أن يستمر بهجرها، فلم تحدد الآية مدة الهجر<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني: رأي المالكية

ذهب فقهاء المالكية إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز شهراً إلى أربعة أشهر حيث قالوا: (له هجرها فوق الشهر ودون الأربعة أشهر)<sup>2</sup>، واستدلوا: أنه على الزوج أن لا يبلغ بالهجر مدة الإيلاء وهي أقصى مدة يسمح للزوج فيها هجر زوجته، حيث قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ٢٢٦﴾ [البقرة: 226] أي الذين يحلفون بالله أن لا يجامعوا نساءهم، انتظار أربعة أشهر، فإن رجعوا قبل فوات الأشهر الأربعة، فإن الله غفور لما وقع منهم من الحلف بسبب رجوعهم، رحيم بهم.

### -موقف قانون الأسرة في مدة الهجر:

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لم يتحدث لا على طريقة الوعظ ولا الهجر في المضجع كحلول لفض مشكل النشوز بإعتبار أن الهجر المشروع يكون حال النشوز كعلاج لتأديب الزوجة، إلا أنه قد أشار إلى مسألة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر واعتبره سبباً من أسباب مطالبة الزوجة بالتطليق في الفقرة 3 من المادة 53 ق أ، ويفهم من ذلك أن الموقف الذي اتجه إليه القانون تجاه الهجر الجائز هو ما ذهب إليه المالكية حيث قالوا: (له هجرها فوق الشهر ودون الأربعة أشهر)، أما الهجر فوق الأربع أشهر اعتبره المشرع هجراً ممنوعاً يوجب للزوجة حق التطليق.

### -حكم الهجر في المضجع للإضرار:

**1-قانوننا:** نجد أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 الفقرة الثالثة، قد جعل من أسباب طلب التطليق للزوجة هو الهجر في المضجع لمدة تفوق الأربعة أشهر بنصها (... الهجر في

<sup>1</sup> أبو بكر الرازي الجصاص ت 370هـ، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ج 2 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 487.

<sup>2</sup> محمد بن عبد الله الخرشبي، المرجع السابق، ج 4، ص 7.

المضجع فوق أربعة أشهر)، أي أن قانون الأسرة قد خول للزوجة المطالبة بتطليق زوجها قضاء لهذا السبب، وبذلك يكون قد أخذ بما ذهب به الفقه الإسلامي، ووافق المالكية والحنابلة في جواز التفريق بترك الوطء أكثر من أربعة أشهر، وسواء أكان بإيلاء أم بظهار أم دونهما.

### -الحل الذي أوجده القانون لهجر الزوج زوجته للإضرار بها:

نجد أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 منه لم يتكلم عن حل الهجر في المضجع الذي يمارسه الزوج تجاه زوجته قصد الإضرار بها، وإنما فقط اكتفى بذكر سبب التطليق وإقرار حق الزوجة الاستناد عليه لفك الرابطة الزوجية.

لكن باستقراء مواد قانون الأسرة لوجدنا أن المادة 49 منه تكلمت عن إلزامية محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي بعد رفع دعوى الطلاق وقبل الحكم بالفرقة، حيث نصت (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..)، وبذلك قد تكون محاولات الصلح الحل الوحيد لتجنب التطليق للهجر فوق أربعة أشهر.

في حين نجد أن التحكيم لم يجزه قانون الأسرة إلا في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين ولم يثبت الضرر بنص المادة 56 (إذا اشدت الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين..)، والهجر في المضجع الذي طالبة به الزوجة كسبب لتطليق أقر به القضاء وهو بذلك يكون الضرر ثابتاً، بمعنى أن التحكيم لمعالجة الهجر في المضجع لم يتكلم عنه قانون الأسرة، مما كان عليه أن يجعل للحكيم دوراً لمعالجة مسألة الهجر في المضجع خيراً من التطليق.

### 2-فقهاً:

يرى المالكية والحنابلة أن من ترك وطء زوجته دون عذر ورفعته إلى القضاء، أنه من حق الزوجة أن تطلب التطليق لذلك وأنه على القاضي أن ينظر الزوج مدة الإيلاء - أربعة أشهر-، فإما أن يطأ وإما أن يطلق أو يطلق عليه الحاكم وهذا عند الحنابلة وبعض المالكية، وعلى الصحيح عند المالكية، أن يطلق القاضي دون ضرب الأجل ويجتهد في ذلك.

وبذلك فلا يجوز للزوج أن يهجر زوجته من غير ذنب، فإن منعها حقها أو أعرض عنها، وجد ذلك عند الحاكم، أسكنها إلى جانب ثقة ينظر حالهما، ويلزم كل واحد منها الخروج مما عليه من الحق لصاحبه ويمنعه من العدوان<sup>1</sup>.

#### -الحل الذي أوجده الفقه لهجر الزوج زوجته لإضرار بها:

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى التدرج في علاج الهجر في المضجع قصد الإضرار بالزوجة بالتدرج وجعل التفريق بالتطليق لذلك آخر العلاج كالاتي:

أ- **عن طريق الحاكم:** بأن يقوم الحاكم إسكان الزوجين إلى جانب شخص ثقة يدرس حالهما، ويلزم كل من الزوجين الخروج للآخر ليقدم مما عليه من الحق لصاحبه ليمنع الهجر ويحل مشكلته.

ب- **عن طريق الحكّمين:** فإن خيف الشقاق بينهما والعداوة وبلغا المسابرة والمضاربة، بعث الحاكم حكّمين حريين مسلمين عدلين، والأولى أن يكون حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، ويوكلهما الزوجان أن ينظرا ما فيه المصلحة من فراق أو خلع، أو إصلاح بعوض أو بغير عوض، فيفعلانه، فما فعل من ذلك لزمهما.

وينبغي على الحكّمين أن يلقيا وينصفا ويرغبا ويخوفا، ولا يخاصا بذلك أحدهما دون الآخر، وليس لأحدهما أن ينفرد بشيء دون صاحبه، وليس لهما أن يطلّقا إلا أن يجعل الزوج إليهما ذلك، وأي من الزوجين امتنع عن التوكيل لم يجبر، ولكن لا يزال الحاكم يبحث ويستخبر حتى يظهر له من الظالم فيردعه عن ظلمه ويستوفي منه الحق<sup>2</sup>.

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

لكي تقبل دعوى الزوجة بالتطليق للهجر لابد من توفر مجموعة من الشروط نوجزها كالاتي:

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله السامري، المستوعب، تحقيق: عبد المالك بن عبد الله بن دهب، ج2 (ط: 2؛ مكة المكرمة: مكتبة الأسيدي، 2003)، ص 168.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

**1-العنصر المادي** وهو السلوك غير المشروع؛ والمتمثل الهجر الحقيقي دون مسوغ شرعي مقبول ومعقول، بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية، فلا يقوم الزوج بمباشرة زوجته أو مداعبتها فيدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضرراً فاحشاً بالزوجة، وقد أقرت المادة 53/2 ق.س بهذا الشرط بنصها (يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق للهجر في المضجع..).

**2-العنصر الزمني**؛ ويتمثل في مدة الأربعة أشهر متتالية ومتواصلة غير منقطعة، ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بين الزوجين، وبعد مضي الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة من القضاء الحكم لها بالتطليق، وهذا الشرط يتضح في المادة 53 التي نصت "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" أما ما دون الأربعة أشهر للاحق للزوجة للتطليق فيه.

**3-العنصر المعنوي**؛ ويتمثل في نية الإضرار بالزوجة، وليس له نية الإصلاح والتأديب التي تعود فائدته على أحدهما أو كليهما<sup>1</sup>، وقد يكون هذا الشرط مرتبطاً مع شرط العنصر الزمني إذ أن من أحكام الهجر لتأديب الزوجة أن تكون المدة أربعة أشهر فما زاد فوق الأربعة أشهر إنما يوضح نية الزوج السيئة بالاضرار وبذلك يكون هجره غير مشروع.

#### -إثبات ضرر الهجر في المضجع:

قد يحصل بين الزوجين أن يهجر الزوج زوجته لمدة تفوق الأربعة أشهر، مما قد يحدث لها ضرراً، يعطي لها حق المطالبة بالتطليق، إلا أن الزوجة قد تقع في إشكالية مدى قدرتها على إثبات هذا الضرر مع أن الهجر لا يمكن الكشف عنه لأن العلاقة الزوجية وفراش الزوجية يكون في ستر، فلا يمكن الإطلاع عنه من طرف آخر؟.

-**موقف المالكية**: لم يتركوا أمر الضرر الذي يصعب على الزوجين إثباته بشهادة الشهود، أو تقييم عليه ببينة أمام القاضي، فأخذوا بمجرد ادعاء الزوجة الضرر، فإذا هي تضررت من ترك الزوج وطأها، وحرمها مما تقتضيه دواعي الحياة الزوجية وتخشى على نفسها الفتنة، في هذه

<sup>1</sup> اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 111.

الحالة قال المالكية يطلق القاضي على الزوج بالاجتهاد، ولو لم يقصد الزوج الضرر، وتصديق الزوجة في تضررها من ترك الزوج وطأها إذا طالت مدته، وخشيت على نفسها الفتنة، وهذه الخشية لا تعلم إلا جهتها وتصديق فيما تدعيه<sup>1</sup>، والإثبات يكون بالأخذ بقول الزوجة مع اليمين، لعوبة

-العلاقة بين الهجر في المضجع والإيلاء والحلف بتحريم الزوجة:

### 1-تعريف الإيلاء:

-لغةً: الامتناع باليمين، وفي الشرع الامتناع باليمين من وطء الزوجة، ويستوى في ذلك اليمين بالله، أو بالصوم، أو بالصدقة، أو الحج، أو الطلاق.

-اصطلاحاً: عبارة عن حلف الزوج على ترك قربان امرأته أربعة أشهر فصاعداً، سواء أكان حلفاً بالله أم بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إتيانه<sup>2</sup>.

### 2-شروط صحة الإيلاء<sup>3</sup>:

لصحة الإيلاء لابد من توفر شروط أربعة نذكرها:

أ-أن يكون من زوج يصح طلاقه؛

ب-أن لا يكون عاجزاً عن الجماع؛

ج-أن يكون الحلف بالله أو باسم من أسمائه أو صفة من صفاته؛

د-أن يحلف أن لا يجامعها أكثر من أربعة أشهر.

### 3-الفرق بين الإيلاء والهجر في المضجع:

لو رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري لوجدناه لا يتكلم عن الإيلاء لإرتباطه باليمين، إنما تكلم عن الهجر في المضجع في المادة 53 منه لربطه بالمدة، إلا أن هناك أوجه شبه متقاربة بينها نذكرها، ثم نذكر وجه الخلاف كالاتي:

أ-أوجه التشابه: نذكر أوجه الشبه خلال ما يلي:

<sup>1</sup> أحمد أبو البركات الدردير، المرجع السابق، ج2، ص 431.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية، 1983)، ص 627.

<sup>3</sup> وحيد بن عبد السلام بالي، بداية المتفق. (ط: 1؛ الإمارات: مكتبة الصحابة، 1999)، ص 122.

-من حيث الفعل: ترك وطئ الزوجة وعدم معاشرتها جنسياً في كلتا الحالتين.

-من حيث الزمن: مدة كلتا الحالتين نفسها وهي فوات الأربعة أشهر أما دون ذلك فليست بإيلاء ولا هجر، فقد تكون لأجل التأديب.

-من حيث الأثر: نجد أن الزوجة في كلتا الحالتين يلحقها ضرر، يحرمها من حقها الشرعي وهو المضاجعة، مما قد يؤثر على نفسية الزوجة وعلاقتها مع زوجها باعتبارها عضواً مهماً في الأسرة.

ب-أوجه الاختلاف: نميز الاختلاف من حيث اللفظ ومن حيث الهدف وفق ما يلي:

-من حيث اللفظ: إن الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك جماعها، أما الهجر فلا قسم فيه وإنما يكون بالفعل فقط وهو الامتناع عن الوطء.

-من حيث الهدف: يشترط لقيام الإيلاء أن يكون هدفه الإضرار بالزوجة، أما الهجر في المضجع المذكور في قانون الأسرة لا يشترط توفر نية الإضرار، وإنما يشترط فقط توفر فعل الامتناع عن الجماع لمدة تفوق الأربعة أشهر، سواء أكان بقصد الإضرار أم دونه.

#### 4-حكم الإيلاء:

الأصل في الإيلاء قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: 226] والايلاء كان معروفاً في الجاهلية وكان الرجل يؤلى من زوجته السنة والسننتين فوقته الله تعالى بأربعة أشهر منعاً للإضرار بالنساء<sup>1</sup>.

فإذا حلف أن لا يقرب زوجته كقوله "والله لا أقربك مدة حياتي" فإن مسها في الأربعة الأشهر انتهى الإيلاء ولزمته كفارة اليمين<sup>2</sup>، وإذا مضت المدة ولم يجامعها، فيرى جمهور العلماء أن للزوجة أن تطالبه: إما بالوطء وإما بالطلاق. فإن امتنع عنها فيرى مالك أن للحاكم أن يطلق عليه دفعا للضرر عن الزوجة، ويرى أحمد والشافعي أن القاضي لا يطلق وإنما

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 376.

<sup>2</sup> كفارة اليمين: إذا حلف الرجل أن لا يجامع زوجته سنة، ثم بدا له أن يجامعها بعد شهر من حلفه فعليه أن يكفر عن يمينه؛ وذلك بإطعام عشرة مساكين من أوسط ما يطعم أهله أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ولا يحسب عليه شيء من الطلاق. (مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، ج5. (ط: 1؛ مصر: دار ابن عفان، 1999)، ص 495-496).

يضيق على الزوج ويحبسه حتى يطلقها بنفسه، لكن هل هذه التطليقة بائنة أو رجعية، وفي ذلك قولان:

-**القول الأول:** أنها تطلق تطليقة بائنة بمجرد انقضاء الأربعة أشهر، وصح ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وغيرهم من الصحابة.

-**القول الثاني:** أنها تطليقة يملك فيها الرجعة، و صح ذلك عن سعيد بن المسيب رحمه الله<sup>1</sup>. فالأحناف يرون أنه إذا مضت المدة ولم يجامعها فإنها تطلق طليقة بائنة بمجرد مضي المدة، ولا يكون للزوج حق المراجعة لأنه أساء في استعمال حقه بامتناعه عن الوطء بغير عذر؛ ففوت حق زوجته وصار بذلك ظالماً لها.

ويرى الإمام مالك أن الزوج يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بترك الوطء وإن لم يحلف على ذلك لوقوع الضرر في هذه الحال كما هو واقع في حالة اليمين<sup>2</sup>.

وبهذا يكون الإيلاء نوعاً من الفرقة بين الزوجين، يشبه الهجر في المضجع من حيث المدة وامتناع الوطء، ويختلف معه في القسم، فالإيلاء قسم الزوج عدم قرب زوجته لمدة تفوق الأربعة أشهر، فإن مس الزوج زوجته داخل تلك المدة رجعة إليه زوجته وله كفارة اليمين، وإن مرت مدة الأربعة أشهر بانتهى الزوج من زوجها، فلا يمكن مراجعتها إلا بعقد ومهر جديد.

## 5-موقف قانون الأسرة من مسألة الإيلاء:

بالرجوع لقانون الأسرة لا نجده يتكلم عن الإيلاء كما جاء به الفقه الإسلامي الذي قرنه بشرط القسم، وإنما فقط قد تكلم عن الهجر في المضجع والذي يعبر عن جزء من الإيلاء كونه فيه ترك مضاجعة الزوجة لمدة تفوق الأربعة أشهر، أما الجزء الآخر مختلف عنه كون الهجر الذي جاءت به المادة 53/5<sup>3</sup> ق.س لا قسم فيه، وبذلك جعل المشرع الهجر في المضجع فوق الأربعة أشهر سبباً للتطبيق بغض النظر عن كونه إيلاء أو غيره، فيمكن من خلاله الزوجة أن تستند إليه لمطالبتها بفك الرابطة الزوجية من خلال المادة 53 الفقرة الثالثة.

<sup>1</sup> مصطفى العدوي، المرجع السابق، ص 495.

<sup>2</sup> السيد سابق، المرجع السابق، دار الفكر، ص 170 - 171.

-**الحلف بتحريم الزوجة:** لقد شاع في بعض مناطق المجتمع الجزائري باستعمال ألفاظ يقصد بها تحريم الزوجة ومن بين تلك الألفاظ (بالحرام - تحرم عني مرتي- أنتي علي حرام..)، وتكون في حالة أن الزوج أراد أن يؤكد أمراً مهماً فيقدم يميناً يحرم فيه زوجته عن نفسه إن كان الذي قال به غير صائب، أو ينفي أمراً يكون تحريم زوجته أداة تأكيد على صحة أقواله في نظره.

### -تفصيل المسألة في المذاهب الفقهية:

**1-مذهب الحنفي:** إذا قال الرجل لإمرأته: أنت علي حرام، أو قد حرمتك علي، أو أنا علي حرام، أو قد حرمت نفسي عليك، أو أنت محرمة علي، فإنه يسأل عن نيته؛ لأنه تكلم بكلام مبهم، محتمل لمعان، وكلام المتكلم محمول على مراده، ومراده إنما يعرف من جهته، فيسأل عن نيته، فإن قال أردت الطلاق فهو طلاق؛ لأنه يحتمل الطلق وغيره، فإذا نوى به الطلاق إنصرف إليه، فإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً، وإن نوى واحدة يكون واحدة بائنة، وإن نوى إثنين يكون واحدة بائنة، وإن قال: أردت الظهار فهو ظهار، وهذا عند أبي حنيفة<sup>1</sup> وأبي يوسف\*.

**2-مذهب المالكية:** ذكر ابن رشد في بداية المجتهد<sup>2</sup>: مما اختلف فيه في الصدر الأول وفقهاء الأمصار لفظة التحريم، أعني من قال لزوجته: (أنت علي حرام)، وذلك أن مالكا قال: يحمل في المدخول بها على البت، أي الثلاث، وينوي في غير المدخول بها، وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة، وهو قول ابن أبي ليلى\*، وزيد بن ثابت، وعلي من الصحابة، وبه قال أصحابه، إلا ابن الماجشون، فإنه قال: لا ينوي في غير المدخول بها، وتكون ثلاثاً، فهذا هو أحد الأقوال في المسألة.

<sup>1</sup> عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج3 (ط: 4؛ مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1961)، ص 63.  
\* هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، ولد سنة 113هـ، استخلفه أبوه عن القضاء فكان يقضي معه لمدة 30 سنة، روى كتاب الآثار عن أبيه وتوفي في رجب 192هـ ببغداد. (محي الدين أبي الوفاء، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ج3، ط: 2؛ د. م: دار هجر، 1993، ص 643).

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 (ط: 6؛ بيروت: د. ن، 1982)، ص 66.  
\* هو محمد عبد الرحمن بن أبي ليلى مفتي الكوفة وقاضيها، ولد سنة نيف وسبعين، مات أبوه وهو صبي، لم يأخذ عن أبيه شيئاً بل أخذ عن أخيه عيسى عن أبيه، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، توفي سنة 148هـ. (محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج6، ط: 11؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1996، ص 310).



والقول الثاني: إنه إن نوى بذلك ثلاثاً، فهي ثلاث، وإن نوى واحدة، فهي واحدة بائنة، وإن نوى يميناً، فهو يمين يكفرها، وإن لم ينو به طلاقاً ولا يميناً، فليس بشيء فهي كذبة، وقال بهذا القول الثوري.

-**مذهب الشافعية<sup>1</sup>**: إذا قال لإمرأته: (أنت علي حرام)، ونوى به الطلاق، فهو طلاق؛ لأنه يحتمل التحريم بالطلاق، وإن نوى به الظهار، فهو ظهار؛ لأنه يحتمل التحريم بالظهار، ولا يكون ظهاراً ولا طلاقاً من غير نية؛ لأنه ليس بصريح في واحد منهما.

-**مذهب الحنابلة<sup>2</sup>**: إذا قال لزوجته: أنت علي حرام، واطلق، فهو ظهار؛ لأنه تحريم للزوجة بغير طلاق، فوجبت به كفارة الظهار؛ كما لو قال: أنت علي حرام كظهر أمي، فأما إن نوى غير الظهار، فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة: انه ظهار، نوى الطلاق أو لم ينو، ومن قال إنه ظهار: عثمان ابن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبيرة وميمون بن مهران والبتلي، ولأنه صريح في تحريمها، فكان ظهاراً، وإن نوى غيره؛ كقوله: أنت علي كظهر أمي، وعن أحمد: أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقاً.

-**فتوى العلامة محمد بن صالح العثيمين رحمه الله تعالى بصوت الشيخ رحمه الله**: ما معنى كلمة: " علي الحرام " وهل يقع به الطلاق؟.

المستمع الذي رمز لاسمه بـ م. أ. أ. يقول: الكثير من الناس أسمعهم يحلفون بكلمة [علي حرام] ما معنى هذه الكلمة، ومثلاً يقول إنسان: علي الحرام أن أفعل كذا وكذا، هل يقع عليه الطلاق، نرجو منكم الإفادة؟

الجواب<sup>3</sup>:

الشيخ: الحلف بهذه الصيغة خلاف لما أمر به النبي ﷺ، فإن النبي ﷺ يقول: «مَنْ كَانَ

<sup>1</sup> أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج 2 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 83.

<sup>2</sup> منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 5 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1982)، ص 383.

<sup>3</sup> محمد بن صالح العثيمين، سلسلة فتاوى نور على الدرب، الشريط الصوتي رقم 154، رابط المقطع الصوتي:

[http://zadgroup.net/bnothemmen/upload/ftawamp3/Lw\\_154\\_07.mp3](http://zadgroup.net/bnothemmen/upload/ftawamp3/Lw_154_07.mp3)، تاريخ الاستماع: 25-12-

حَالِفًا فَلْيُحْلِفْ بِاللَّهِ، أَوْ لِيَصْمُتْ»<sup>1</sup>. فإذا كنت تريد الحلف فاحلف بالله وما أشبه ذلك، وأما أن تحلف بهذه الصيغة فإن ذلك مخالف لأمر النبي ﷺ، ومع هذا إذا قال: علي الحرام ألا أفعل هذا فإما أن يريد الطلاق، وإما أن يريد الظهر، وإما أن يريد اليمين، فله ما نوى، لقول النبي ﷺ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَّا نَوَىٰ»<sup>2</sup>، فلما كان هذا اللفظ محتملاً لأحد المعاني الثلاثة، الطلاق، أو الظهر، أو اليمين، كان تعيين أحد هذه الاحتمالات راجعاً إلى نيته، فإذا قال: أردت بقولي: علي الحرام ألا أفعل كذا، أردت أنني إن فعلت فزوجتي طالق، كان ذلك طلاقاً، وإن قال: أردت إن فعلت فزوجتي علي حرام، فذلك ظهر، لكنه إن وصله بقوله: علي الحرام أن تكون زوجتي كظهر أمي، فإن قال: أردت اليمين، أي: أردت ألا أفعله، فجعلت هذا عوضاً عن قولي: والله كان ذلك يميناً، فأما حكم الطلاق، أي: إذا نواه طلاقاً، وقلنا: إنه طلاق، فإن زوجته تطلق إذا فعله، وأما كونه ظهاراً، فإن زوجته تكون حراماً حتى يفعل ما أمره الله به من كفارة الظهر، وهو عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، وإن أراد اليمين، فإنه إذا فعله وجب عليه كفارة اليمين، وهو إطعام عشرة مساكين، أو تحرير رقبة، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام.

### -الفرق بين الحلف بالطلاق والحلف على الطلاق<sup>3</sup>:

الحلف بالطلاق أن يقول الحالف به: بالطلاق أو بالطلاق الثلاث لأفعلن كذا وكذا، أو لأنتهين بكذا، أو لتذهبين إلى أهلك أو معي، ونحو ذلك من أجناس الحلف وأحواله. وهذا لا يعتبر طلاقاً<sup>4</sup> وإنما هو حلف به، كمن يحلف بالأمانة أو بالنبي أو بحياة فلان، فهو حلف

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، ج 11 (ط: 1؛ د. م: مكتبة الحلواني، 1972)، الفصل الثاني: فيما نهي عن الحلف به، ص 653، رقم الحديث (9281).

<sup>2</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ج 1 (ط: 3؛ بيروت: دار ابن كثير، 1987)، كتاب: بدئ الوحي باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، ص 3، رقم الحديث (01).

<sup>3</sup> عبد الله بن سليمان المنيع، بحث في بعض المسائل الخلافية في الطلاق، مجلة العدل، العدد 45؛ السعودية، د. ن، محرم 1432 هـ، ص 21-22.

<sup>4</sup> المرجع والموضع نفسه.

بغير الله، فيه إثم الحلف بغير الله، ومخالفة نهي رسول الله ﷺ "مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ كَفَرَ وَأَشْرَكَ"<sup>1</sup>.

فالحلف بالطلاق حلف بغير الله. وقد عده بعض أهل العلم من الكفر الذي لا يُخرج من الملة، ومن أنواع الشرك الأصغر، إلا أنه لا يترتب عليه في حالة الحنث فيه طلاق، لأنه ليس طلاقاً.

وأما الحلف على الطلاق كقول الحالف: عليّ الطلاق أو يلزمني الطلاق أن أفعل كذا، أو نحو ذلك، مما يعتبر طلاقاً معلقاً وقوعه على حصول أمر مستقبلي، أو على الإنتهاء من أمر واقعي، وعدم الوقوع فيه في المستقبل أو على الحض أو المنع، فهذا هو الطلاق المعلق، وقد سبق الحديث عن حكم وقوعه في حال الحنث فيه في المسألة الأولى، وخلال أهل العلم فيه، وأن الذي عليه جمهور أهل العلم وبه صدر قرار هيئة كبار العلماء ذو الرقم 16 في 1393/11/12هـ وقوعه مطلقاً، سواء أراد من صدر منه وقوع الطلاق بالتعليق أم كان قصده من ذلك الحض أو المنع أو التأديب<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: التطليق لغياب الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتخشى عن نفسها الفتنة، وتركها زوجها بلا نفقة، فطلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، فهل تجاب إلى طلبها؟ وهذا ما سنوضحه أدناه.

#### 1-تعريف الغيبة:

-لغةً: الْعَيْبُ: الشُّكُّ، وجمع غياب وغيوب، وَالْعَيْبُ: كُلُّ مَا غَابَ عَنْكَ، وامرأة مُغِيْبٌ، غاب بعلها أو أحد من أهلها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج10 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند عبد الله بن عمر ﷺ، ص249، رقم الحديث (6072).

<sup>2</sup> عبد الله بن سليمان المنيع، المرجع السابق، ص 22.

<sup>3</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج5، ص 3321-3322.

-اصطلاحاً: غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر<sup>1</sup>.

-التعريف القانوني: الغائب عالج قانون الأسرة أحكامه في الفصل السادس، وأعطى تعريفاً له في المادة 110 بنصها (الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود).

## 2-حكم التفريق للغيبة:

أ-فقهاً: اختلف الفقهاء إلى آراء نوجزها كما يلي:

-ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الزوجة لا تجاب لطلبها للتفريق للغيبة لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق.

-وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر بها حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه<sup>2</sup>، ولكنهم اختلفوا في حد الغيبة الطويلة.

قانوناً: إعتبر قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 غيبة الزوج عن زوجته الغير مبررة، ودون نفقة تعين الزوجة بها نفسها عن متطلبات الحياة، سبباً يمكن أن تطلب من خلاله فك الرابطة الزوجية بالتطليق.

وبذلك فغياب الزوج عن زوجته لمدة تفوق السنة بلا مسبب ولا نفقة حُق لها أن تطلب التطليق لرفع الضرر عنها بموجب نص المادة 53 في فقرتها الخامسة بنصها (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ... للغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة)، وهو بذلك أخذ برأي المالكية والحنابلة في جواز التفريق للغيبة، وقد خالفهم في مسألة أنه يشترط اقتران ضررين بغيبة الزوج، هما الغيبة بلا عذر والغيبة مع عدم توفير النفقة، ونرى أنه لا توجد ضرورة في الشرط الثاني بالنص على عدم الإنفاق مع الغيبة، لأنه قد نص عليه في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة، في حين أن المالكية والحنابلة يشترطون الغيبة فقط سواء أترك النفقة أم لم يتركها، وعلتهم في ذلك أن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها لمدة طويلة يجعلها كالمعلقة، فلا

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 613.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 179.

هي مزوجة تتمتع بالحقوق الزوجية مع زوجها ولا هي مطلقة تجد في كنف زوج آخر السعادة والهناء .

ما يتضح أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن مسألة الغيبة دون عذر مع وجود النفقة بصريح نص المادة 53؛ إلا أنه يمكن أن نُكَيّف مثل هذا الفعل بالهجر في المضجع، لأن غيبة الزوج عن زوجته دون عذر مع وجود النفقة يحدث لها ضرر تفويت حق الزوجة في مضاجعة زوجها.

كما يلاحظ أيضاً أن المشرع لم يكن دقيقاً في تحديد معنى الغيبة للزوج، فهل يقصد الغيبة في نفس البلد أو في بلد أجنبي، فإن كان الغياب مثلاً داخل الوطن بأن وجد الزوج في أدرار والزوجة في عنابة دون نفقة، فهذا التطبيق يجب أن يؤسس على أساس الضرر لا على الغياب، ويعاب عليه أيضاً أنه لم ينص على فقدان كسب من أسباب التطلاق<sup>1</sup>؛ والذي سنوضحه أدناه بين الأسباب التي لم تذكرها المادة 53 ق. س.

#### -مدة الغيبة الموجبة للفرقة:

**1- قانوناً:** مدة الغيبة التي يشترطها قانون الأسرة في المادة 53 التي يمكن من خلالها قبول دعوى الزوجة بالتطلاق، هو ثبوت الغيبة لمدة سنة كاملة وهي 12 شهراً فما فوق، وأشترط المشرع أن تكون الغيبة لا يربطها عذر معين كأن يكون الزوج غائباً للعمل أو للعلاج أو للدراسة، أما دون ذلك فلا تعتبر غيبة.

**2- فقهاً:** حدد الحنابلة مدة الغيبة الموجبة للفرقة للزوجة بستة أشهر أما دون ذلك فلا يحق لها، وحددها المالكية في الراجح عندهم بسنة وقيل بثلاث سنين<sup>2</sup>.

#### -شروط التطلاق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري:

باستقراء المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة نستخلص الشروط الواجب توافرها في السبب الذي تستند فيه الزوجة لقبول الدعوى بالتطلاق للغيبة وهي كالآتي:

#### **1-العنصر المادي:** وهو مكون من فعلين:

<sup>1</sup> منصورى نورة، المرجع السابق، ص 42. (بتصرف)

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 612. (بتصرف).

أ- **فعل الغيبة:** أي غيبة الزوج عن أنظار زوجته فلا تراه، وهذا الفعل يحدث للزوجة ضرر الوحشة لزوجها، مما يوجب لها حق مطالبة التظليق.

ب- **فعل الإمتناع عن النفقة:** أي لا بد من أن تقترن الغيبة بعدم إنفاق الزوج على زوجته طيلة فترة غيابه، أما إذا أنفق عنها فلا يحق لها المطالبة بالتظليق لهذا السبب.

### -التنازع في نفقة الزوج الغائب:

لم يتكلم قانون الأسرة عن مسألة التنازع في نفقة الزوج الغائب، ويكون النزاع في حالة أن الزوج الغائب أقر بالنفقة على زوجته وهي تنكر ذلك، وفي هذا الشأن يقول ابن عاصم المالكي في تحفته، "ومن يغيب عن زوجته نفقة لها وبعد أن رجع ذاكها في قولها في الحين، فالقول قوله مع اليمين"، أي أن الزوج إذا كان غائباً، وأدعى أنه كان يرسل لزوجته النفقة، فالقول قوله بيمينه، ما لم تكن قد رفعت دعاها بعدم الانفاق أثناء غيبته، فالقول قولها بيمينها<sup>1</sup>.

2- **العنصر المعنوي:** والمتمثل في قصد الإضرار لعدم وجود العذر، أما إن كان هذا الزوج مريضاً وسافر للعلاج أو كان ممارساً لتربص في الخارج بمناسبة العمل أو تابع تكويناً مكماً لدراسته وغيرها من الأسباب المبررة، فهنا تكون الغيبة مشروعة، وما على الزوجة إلا أن تصبر إلى غاية عودة زوجها، لأن علة الغياب واضحة ونية الإضرار غائبة، أما الغيبة الغير مسببة فهذه فيها ضرر لأن سبب غياب الزوج غير واضح يجعل صبر الزوجة ينفذ لإستمرار الزوج عن غيابه دون وجود عذرٍ يَشْفِي شوقها لفراق زوجها عنها، فيعطي للزوجة حق المطالبة بالتظليق لذلك.

في حين نجد أن الحنابلة يرون أن الغيبة لغير عذر إنما تكون سبباً في التفريق إذا كانت ستة أشهر<sup>2</sup> أخذاً من توقيت عمر حين سأل ابنته حَفْصَةَ فَقَالَ لَهَا: «يَا بُنَيَّةُ، كَمْ تَصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنْ رَوْجِهَا؟» فَقَالَتْ لَهُ: يَا أَبَةَ، يَغْفِرُ اللَّهُ لَكَ أَمْتُكَ يَسْأَلُ مِثْلِي عَنْ هَذَا؟ فَقَالَ لَهَا: «إِنَّهُ لَوْلَا

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2. (د. ط؛ القاهرة: مطبعة الحلبي، د. ت)، ص 521-522.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 178.

أَنَّهُ شَيْءٌ أُرِيدُ أَنْ أَنْظُرَ فِيهِ لِلرَّعِيَّةِ، مَا سَأَلْتُكَ عَنْ هَذَا» ، قَالَتْ: أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَقَالَ عُمَرُ: «يَعْزُو النَّاسُ يَسِيرُونَ شَهْرًا ذَاهِبِينَ وَيَكُونُونَ فِي عَزْوِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَيَقُولُونَ شَهْرًا»<sup>1</sup>.

لكن المالكية لا يفرقون بين الغياب لعذر كالتجارة وطلب العلم أو لغير عذر، فإن كان في مكان مجهول طلب القاضي عليه في الحال وإن كان في مكان معلوم، كتب إليه أن يحضر أو يضمها إليه أو يطلق ويضرب له مدة حسبما يرى، فإن انقضت المدة ولم يفعل شيئاً فرق القاضي بينهما فيكون الطلاق بائناً حتى لا يمكن من المراجعة، فيعود الضرر ثانياً<sup>2</sup>.

### 3-العنصر الزمني:

الغيبية في المادة 53/5 ق.س لا تكون سبباً للتطبيق إلا إذا مرت مدة سنة كاملة (12 شهراً) وقد أخذ برأي المالكية في ذلك، أما الغياب الذي هو أقل من سنة، فهذا في نظر قانون الأسرة ليس سبباً للتطبيق بموجب شروط المادة 53/5 منه.

### المطلب الثاني

#### التطبيق بسبب العيوب وبسبب الشقاق بين الزوجين

لقد ذكرت المادة 53 من قانون الأسرة أسباباً أخرى يمكن للزوجة المطالبة من خلالها التطبيق لرفع الضرر عنها، وهذه الأسباب متمثلة في التطبيق للعيوب الجنسية أو المرضية الموجودة في الزوج والتي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والذي ذكره في الفقرة الثانية، وكذا سبب الشقاق المستمر بين الزوجين والذي استحال معه استمرار العشرة الزوجية والذي ذكرته الفقرة الثامنة، ويتم معالجة هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: التطبيق للعيوب

#### الفرع الثاني: التطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين.

<sup>1</sup> سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن العظيمي، ج2. (ط: 1؛ الهند: الدار السلفية، 1982)، ص 210.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 178.

## الفرع الأول: التطبيق للعيوب

قد يعتري الإنسان عارضاً أو عيباً من العيوب المرضية أو الخلقية بما يحول بينه وبين تكوين أسرة، والعيوب يحتمل التوقيت والديمومة، كما يحتمل أن يكون في الرجل أو المرأة، والذي يهتما في الدراسة العيوب الزوجية للرجل التي يمكن أن تستند عليها المرأة للمطالبة بالتطبيق، وبما أن العيوب لا حصر لها، فإننا سنكتفي ببيان الموقف التشريعي منها في الشرع الإسلامي وقانون الأسرة، واختيار أهم العيوب التي قد تطرأ على العلاقة الزوجية لمعالجتها.

### 1- تعريف العيب:

لغة: العَابُ والعَيْبُ والعَيْبَةُ: الوَضْمَةُ. وَعَيْبَةُ الرَّجُلِ: مَوْضِعُ سِرِّهِ<sup>1</sup>.

اصطلاحاً: العيب هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين أو هما معاً فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج<sup>2</sup>.

### 2- حكم التفريق بسبب العيب:

نميز في التفريق للعيوب بين الموقف الفقهي والموقف القانوني وفق ما يلي:

#### أولاً: الموقف الفقهي:

- رأي الظاهرية: ذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيوب أيّاً كان نوعه، سواء أكان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أم بعده، لأنه ليس فيه دليل من الكتاب والسنة، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة، وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها<sup>3</sup>.

- رأي الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب<sup>4</sup>، إلا أن آرائهم تنوعت في كونه حقاً ثابتاً للزوجين معاً أم للزوجة وحدها؟ كما تنوعت آراؤهم في العيوب التي يتم بها التفريق بين الزوجين.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج36، ص 3183 - 3184.

<sup>2</sup> سعد فوضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1. (د. ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986)، ص 275.

<sup>3</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 587.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج4 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت)، ص 77.



## ثانياً: الموقف القانوني:

جاء في المادة 53/2<sup>2</sup> ق. س (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق: للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج)، فاعتبر القانون كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج تخول للمرأة حق طلب التطليق<sup>1</sup>، وبهذا يكون القانون قد وافق جمهور الفقهاء في جواز حق الخيار للعيوب.

والشيء الإيجابي الذي أتى به المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 53 التي تتكلم عن العيوب كان على مسألتين:

-**المسألة الأولى:** أن المشرع لم يحدد العيوب التي يمكن أن تستند إليها الزوجة للمطالبة بالتطليق، وهذا أمر منطقي وإيجابي؛ لأن الأمراض التي تطرأ على العلاقة الزوجية وتفسدها عديدة ومتنوعة منها ما كان في القديم وزال واندثر مع تطور العلم، ومنها ما هو موجود اليوم وتم اكتشاف علاجه، ومنه ما هو مستعصي العلاج، لكن مع الوقت وتطور العلوم الطبية قد يجد له العلم علاجاً، وعدم تحديد المشرع العيوب قد سائر بذلك التطور العلمي الحاصل في مجال الطب وأعطى المشرع الجزائري قانون الأسرة من التعديل في حالة ذكر العيوب والتي قد يتم إيجاد حل لها لعلاجها، مما يؤدي إلى إلغائها من المادة.

-**المسألة الثانية:** جاء في الفقرة (.. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج)، وهذه الصياغة جاءت شاملة لجميع العيوب التي تظهر في الزوج، وتفسير ذلك أن أهداف الزواج نوعان هدف حفظ النسل وهدف المودة والرحمة بين الزوجين وفقاً للمادة 4 ق. س التي نصت (عقد الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب)، وأن العيوب أيضاً نوعان: عيوب جنسية<sup>2</sup> تحول دون تحقيق هدف الزواج من خلال الإستمتاع وحصول الولد فتمنع بذلك المحافظة على الأنساب وإحسان الزوجين، وعيوب جسدية<sup>3</sup> لا

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 342.

<sup>2</sup> العيوب الجنسية: وهي العيوب التناسلية للرجل كالجرب، العنة، الخشاء.

<sup>3</sup> العيوب الجسدية: كالجدام، البرص، السل، الزهري، الجنون.

تحول دون الاستمتاع ولا تمنع من الدخول لكن لا يمكن الإقامة مع وجودها مع الزوج الآخر فتمنع بذلك المودة والرحمة بين الزوجين، فكانت الفقرة الثانية شاملة لكافة العيوب التي بها لا يتحقق الهدف من الزواج سواء أكانت تناسلية تمنع الولد أم جسدية تمنع المودة وتحصل بها النفرة وتضييع حق الزوج الآخر.

والذي نميل إليه أن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل معه مقصود الزواج سواء أكان من عيوب تناسلية تمنع حفظ النسل أم من عيوب جسدية يحصل بها التنافر وتتعدم المودة والرحمة بين الزوجين واستحال العلاج منها، والزوج الآخر غير عالم به وقت الزواج، ثمة يوجب الفرقة للزوج الآخر لرفع الضرر عنه.

#### -صاحب الحق في الفرقة بسبب العيب:

-ذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة وحدها، واحتجوا: بأن الزوج يقدر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، وأما المرأة فإنها لا تملك الطلاق، فثبت حق طلب التفريق للعيب لتدفع الضرر عن نفسها<sup>1</sup>، فهي مضطرة بأن ترفع الأمر إلى القاضي لتتخلص من الضرر على يديه بعد أن أبى عليها زوجها ذلك.

-وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم<sup>2</sup>، إلى أن حق التفريق يثبت للزوجين معاً واستدلوا: بأن الزوج يتضرر بالعيب كالزوجة، فإذا ثبت لها حق التفريق للعيب الذي يمنع الوطء، والقول بأن الزوج يملك رفع الضرر عنه بالطلاق ليس صحيحاً على إطلاقه، فإن الزوج يلزمه المهر كله أو نصفه، وإذا فسخ العقد بالعيب قبل الدخول لم يلزمه شيء من المهر، ولعل ما ذهب إليه الجمهور أرجح<sup>3</sup>، وهذا الذي نميل إليه ونرجحه لكي لا يقع على الزوج ضرران، ضرر فقدان المهر وضرر فراق زوجته، إلا أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنفية حين ذكر حق الزوجة في المطالبة بالتطليق قضاء لفك الرابطة الزوجية بسبب عيب في زوجها وفقاً للمادة 53/3 ق.س وكان عليه أن يأخذ برأي الجمهور بمنح الزوج

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3 (د. ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، ص 225.

<sup>3</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 123.

حق الفسخ للعيب، أما الطلاق فقد أعطى له الحق في ذلك دون تحديد الأسباب، والزوج الموقع طلاقه لعيب في الزوجة يكون طلاقه مبرراً لا تعسف فيه وفقاً للمادة 52 ق. س.

### -طبيعة الفرقة بسبب العيب:

-**المالكية والحنفية** قالوا أن نوع الفرقة بسبب العيب طلاق بائن، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، وإنما جعل بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن.

-**وعند الشافعي وأحمد** تعتبر فسخاً، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة<sup>1</sup>.

-**في قانون الأسرة الجزائري** كيفها طلاقاً بموجب المادة 48 التي اعتبرت أن التطليق نوع من أنواع الطلاق بنصها (... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو برضى الزوجين أو بطلب من الزوجة..)، وعززه بالمادة 53 التي أعطت نوعاً من أنواع الطلاق بطلب من الزوجة ألا وهو التطليق الذي جُعِلَ من بين أسبابه العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وبه تكون الطبيعة القانونية للتفريق للعيب أنها طلاقاً وليست فسخاً، ويسمى في قانون الأسرة الجزائري التطليق بطلب من الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

### 3-أنواع العيوب الزوجية الموجبة لحق التطليق:

تتعدد العيوب الزوجية بين طرفي عقد الزواج إما من جانب الزوج أو الزوجة، فمنها ما كان قديماً وأندثر بالعلاج ومنها ما ظهر في العصر الحاضر واستعصى علاجه.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في المادة 53 الفقرة الثانية جعلت العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج سبباً لتطليق الزوجة، دون تحديد وتعداد تلك العيوب وهو الشيء الإيجابي الذي قام به المشرع الجزائري لأن الأمراض الزوجية كثيراً منها ما اندثر، ومنها ما يمكن علاجه ومنها المستعصية لم يتم اكتشاف العلاج لها، لكنها مع الوقت قد يجد لها الطب الحديث العلاج المناسب، فكان المشرع مسائراً للتطور العلمي في مجال الطب بعدم

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 590.

تحديد العيوب، وإنما فقط اشترط شرط أن تكون تلك العيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وقت العلاقة الزوجية، والمعلوم أن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب بإنجاب الذرية والتناسل وإحصان الزوجين، وكذا حصول المودة والرحمة بتبادل الحب والعواطف والشعور بالدفء وحرارة العلاقة بينهما، والعيوب الزوجة تحول دون تحقيق ذلك.

وسنذكر أهم الأمراض والعيوب المعروفة من القديم وكذا التي اكتشفها الطب الحديث والتي تؤثر في الحياة الزوجية وتعيق استمرارها، ومنها الجنسية التي تحول دون تحقيق الإستمتاع، ومنها الجسدية التي لا تحول دون الاستمتاع لكن لا يمكن الإقامة معها وتعكر صفو الحياة الزوجية وتجعل فيها نوعاً من الإشمئزاز والنفور، والتي اختلف فيها الفقهاء في مدى اعتبارها سبباً لفك الرابطة الزوجية وهي كالتالي:

**أولاً: العيوب التي تخص الرجل:** وهي العيوب الجنسية التي تحول دون تحقيق الإستمتاع، والتي يمكن أن تستند عليها الزوجة للمطالبة بالتطليق، وهي كالاتي:

**1- الجُبُّ:** قطع الذكر كله، أو بعضه، بحيث لم يبق منه ما يطؤ به<sup>1</sup>.

**2- الخصاء:** من نزعت خصيتاه<sup>2</sup>.

**3- الاعتراض:** هو عدم انتشار الذكر<sup>3</sup>.

**4- العنة:** ومنه العنين؛ من له ذكر لا يتأتى له الجماع للطائفة والإقناع تأتي إيلاجه<sup>4</sup>، لكبر سنن أو سحر أو مرض<sup>5</sup> لعلة في الدماغ أو الكبد أو القلب تسقط الشهوة الناشئة للآلة فتمنع الجماع.

**5- الشكاز:** هو من ينزل قبل مخالطة المرأة ثم لا ينتشر بعد ذلك لجماعها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1992)، ص 117.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>3</sup> أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 278.

<sup>4</sup> محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ج3 (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1398هـ)، ص 485.

<sup>5</sup> البندري بنت عبد الله الجليل، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 102، السعودية، دار البحوث، 2014، ص 289.

<sup>6</sup> عمر عيسى الفقى، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط؛ مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت)، ص 39.

## ثانياً: العيوب التي تخص النساء

- 1-الرتق: انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع<sup>1</sup>، ويكون الانسداد بتلاحم الشفرتين، بحيث يكون الفرج مسدوداً بلحم أو عظم تتعذر معه المعاشرة<sup>2</sup>.
- 2-القرن: انسداد محل الجماع من المرأة بشيء يبرز في فرجها، يشبه قرن الشاة، تارة يكون عظماً فيعسر علاجه، وتارة يكون لحماً وهو الغالب فلا يعسر علاجه<sup>3</sup>.
- 4-البخر: وجود رائحة ننتة لفرج المرأة يثور عند الجماع<sup>4</sup>.
- 5-الإفشاء: هو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى، وقيل ما بين القبل والدبر، ويطلق عليه الحنابلة الفتق<sup>5</sup>.
- 6-العفل: ورم يكون في اللحمية التي بين مسلكي المرأة، فيضيق منه فرجها، فلا ينفذ فيه الذكر، وقيل: رغبة في الفرج تحدث عند الجماع، وتمنع لذته<sup>6</sup>.
- 7-الاستحاضة: سيلان الدم في غير أوقات الحيض من مرض وفساد<sup>7</sup>.

## ثالثاً: العيوب المشتركة بين الزوجين

- 1-الجنون: زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء<sup>8</sup>.
- 2-البرص: بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته<sup>9</sup>.
- 3-الجدام: علة تعفن منها الأعضاء وتشنجها وتقرحها، فيحمر منها العضو، ثم يسود، ثم يتقطع ويتناثر من شدة التقيح، ويتصور في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> أحمد أبو البركات الدردير، المرجع السابق، ص 278.

<sup>2</sup> عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 3 (ط: 1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)، ص 25.

<sup>3</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>4</sup> أبو عبد الله محمد الطرابلسي، شرح مختصر خليل، ج 3 (ط: 3؛ د. م: دار الفكر، 1992)، ص 237.

<sup>5</sup> محمد بن يوسف العبدوي، المرجع السابق، ص 342.

<sup>6</sup> عثمان بن علي البارعي الزيلعي، المرجع السابق، ص 25.

<sup>7</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج 2 (د. ط: بيروت: دار المعرفة، 1993)، ص 142.

<sup>8</sup> محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1417هـ)، ص 14.

<sup>9</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>10</sup> عثمان بن علي البارعي الزيلعي، المرجع السابق، ص 25.

4-العُدِيْطَة: التغوط أثناء الجماع وكذا التبول بخلاف الريح<sup>1</sup>.

5-الناصور: قروح غائرة تحدث في المقعد، يسيل منها الصديد، ويخرج الريح والنجو بلا إرادة<sup>2</sup>.

6-الخنوثة: وهو من يشكل فيه أمر الذكورة والأنوثة، فله آله لكل منهما<sup>3</sup>.

وهناك أمراض حديثة لم يتكلم عنها الفقهاء القدامى ومنها نذكر:

7-السيلان: وهو أحد الأمراض التناسلية المعدية، يصيب المسالك البولية، وينتقل عن طريق الجماع<sup>4</sup>.

8-الإيدز: أو متلازمة نقص المناعة، وهو مرض يصيب الجهاز المناعي البشري، وينتقل عن طريق الجماع<sup>5</sup>.

9-الزهري: مرض تناسلي، يصيب أعضاء الجسم وأنسجته، وهو من الأمراض المنقولة جنسياً التي تسببها الجرثومة اللولبية الشاحبة، وينتقل الزهري عن طريق الاتصال الجنسي<sup>6</sup>.

-التفريق بالتطليق للعيب يكون بعد الأجل:

إذا كان بأحد الزوجين عيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج يرجى برؤه وكان يعطى للآخر الحق في طلب التطليق، فإن المريض يؤجل سنة قمرية للعلاج قبل الحكم عليه بالتطليق، تبتدئ من يوم الحكم بالتأجيل، سواء أكان المرض قديماً قبل العقد أم حديثاً طراً بعد العقد، أو بعد الدخول، فإن شفي المريض منه خلال السنة، فلا يحقّ للآخر في طلب التطليق، وإن مضي الأجل ولم يشف، ولم يتنازل المتضرر منها عن طلبه، حكم له القاضي بالطلاق<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أحمد أبو البركات الدردير، المرجع السابق، ص 278.

<sup>2</sup> بدر الدين العيني، البناءة شرح الهداية، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص 636.

<sup>3</sup> عثمان بن علي البارعي الزيلعي، المرجع السابق، ص 214.

<sup>4</sup> أحمد محمد كنعان، موسوعة المرأة الطبية. (ط: 2؛ د. م: دار النفائس، 2006)، ص 265.

<sup>5</sup> أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، ج1 (ط: 1؛ د. م: عالم الكتب، 2008)، ص 143.

<sup>6</sup> أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 257.

<sup>7</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة. (ط: 8؛ ليبيا: دار ابن حمودة، 2011)، ص 258.

وهو الذي يأخذ به القضاء الجزائري، إذ في حالة العجز الجنسي وكان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته بالخبرة الطبية، فإنه يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج<sup>1</sup>، حيث جاء في القرار<sup>2</sup> القضائي (متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي - وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجتهد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية).

### - شروط التطليق للعيوب:

لم يحدد قانون الأسرة شروط قبول الزوجة دعواها بالتطليق للعيوب، لكن يمكن أن نستخرجها كشروط مقبولة من خلال مما قدمنا، كما يلي:

- 1- أن يكون العيب من الزوج وليس من الزوجة.
- 2- أن يكون العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- أن لا تكون الزوجة عالمة بهذا العيب وقت العقد: وهذا كان على المشرع الجزائري إضافته في الفقرة الثانية، لأن علم الزوجة بالعيوب تكون قد رضيت به، مما يسقط حقها في المطالبة بالتطليق، فنقترح أن تصبح الفقرة الثانية (... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن الزوجة عالمة به وقت العقد).
- 4- أن يكون العيب مستحكماً يستحيل البرء منه<sup>3</sup>: أي بعد اكتشاف العيب لا بد من منح الزوج مهلة السنة للعلاج فإن مرت السنة دون نتيجة جاز للزوجة المطالبة بالتطليق.
- 5- وإذا كان العيب جسدياً لا جنسياً، فلا بد أن يكون العيب منفراً لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر فعيوب العرج مثلاً لا يوجب التفريق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128. (بتصرف).

<sup>2</sup> قرار رقم 34784، بتاريخ 19/11/1984، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1989، ص 73.

<sup>3</sup> عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 185.

## - دور التطور العلمي في المجال الطبي لمعالجة الفرقة للعيوب:

لقد صار هاجس فك الرابطة الزوجية في المجتمع الجزائري رهيب، وبنسب خيالية اكتظت بها المحاكم وأرهقت كاهل القضاء، إذ أصبحت تهدد استقرار الأسرة والمجتمع، مما يستوجب إيجاد حلول وميكانيزمات تساعد على إنقاص حالات فك الرابطة الزوجية بجميع الوسائل المادية والمعنوية، ولعل مشكل فك الرابطة الزوجية بطريق التطلق للعيوب توجد له سبل للحد من بعض حالاته، وهي اللجوء إلى الطريق العلمي في مجال الطب لعلاج تلك العيوب والإبقاء على العلاقة الزوجية لزوال العيب بالعلاج، سواء أكان عن طريق إلزام الزوجين عن الكشف المبكر عن العيوب في الشهادة الطبية أثناء العقد أم عن طريق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد، وتفصيل ذلك كالآتي:

### أولاً: دور الفحص الطبي في تحقيق الاستقرار الأسري بالكشف عن العيوب قبل الزواج

تعد الفحوصات الطبية قبل الزواج مفتاح الزواج الآمن وهي من الوسائل الوقائية الفعالة جداً في الحد من الأمراض الوراثية والمعدية والخطرة<sup>1</sup>، فلا بد من معرفة معناه ثم ذكر مسألة الدور الذي يلعبه للكشف المبكر عن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، قبل لجوء الزوجين للزواج ثم إكتشاف العيب ثم التطلق.

### 1- تعريف الفحص الطبي:

الفحص لغةً: شدة الطلب خلال كل شيء، فَحَصَ عنه فَحْصاً: أي بَحَثَ<sup>2</sup>.

الطبي لغةً: من الطبّ، بمعنى علاج الجسم والنفس<sup>3</sup>.

-الفحص الطبي إصطلاحاً: معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد على صيانة

الصحة وعلى الكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 88.

<sup>2</sup> علي بن إسماعيل ابن سيدة، المحكم والمحيط الأعظم، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص 160-161.

<sup>3</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج30، ص2630.

<sup>4</sup> Golden Press، الموسوعة الطبية الحديثة، ج5 (ط: 2؛ القاهرة: مؤسسة سجل العرب، 1970)، ص 1029.



والفحص الطبي قبل الزواج؛ هو فحوصات مخبرية أو سريرية تجري لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، ويتم إجراؤها قبل عقد القران لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج وحتى لمعرفة إمكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا الخطيبين عالماً بما هو مقبل عليه، ومقتنعاً به تماماً.

**2- تعريف الشهادة الطبية:** هي وثيقة صادرة من طبيب مختص يطلبها الخطيبان المقبلان على إبرام عقد الزواج، للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية الجسدية منها والنفسية، التي تؤثر على العلاقة الزوجية وصحة الزوجين والأطفال عند الإنجاب<sup>1</sup>.  
وبذلك فههدف الفحص الطبي قبل الزواج وإحضار شهادة طبية التي تثبت إجراء الفحوصات المخبرية، هو الكشف عن عيوب النكاح التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، إذ للفحص أهداف صحية واجتماعية وإنسانية، لحماية الصحة العمومية للمجتمع؛ أي من باب الوقاية العامة، ومن علم الزوجين بهذه الأمراض وأخطارها قبل الدخول، وللزوجين الخيار إما الاستمرار في إكمال العقد أو رفض ذلك.

### **3-موقف قانون الأسرة الجزائري من الفحص الطبي قبل الزواج:**

لقد أخذ المشرع الجزائري بالإلزامية إجراء الفحوصات الطبية للمقبلين على الزواج، والتي سماها بالشهادة الطبية (الوثيقة الطبية)، حيث اعتبرها المشرع الجزائري شرطاً شكلياً من شروط إبرام عقد الزواج الإداري.

وقد جاء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 بشرط الشهادة الطبية في المادة 7 مكرر بنصها (يتعين على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل يشكل خطراً يتعارض مع الزواج)، وبذلك فقد سماها بالوثيقة الطبية فهي شرط شكلي تدرج مع الوثائق الإدارية التي يلزم على الزوجين إحضارها أثناء إبرام عقد الزواج.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126. (بتصرف).

كما نجد أن المادة 7 مكرر أحالت أحكام الشهادة الطبية إلى التنظيم حيث نصت (...تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)، ويقصد بالتنظيم هو المرسوم التنفيذي<sup>1</sup> رقم 06-154، والذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر، ويتضمن ثمانية مواد متعلقة بالموضوع زيادة على نموذج الشهادة الطبية.

مما يتضح أن الشهادة الطبية دورها وقائي لاغير، لحماية القرين والأبناء، فرغم التصييص على إلزامية الشهادة الطبية، إلا أن عقد الزواج المبرم دونها لا يعتبر باطلاً وإنما يبقى صحيحاً لأنها مجرد شرط شكلي إجرائي وقائي من باب السياسة الشرعية وليس من مقومات العقد، إلا أنه يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق أو التطلق للعيوب والأمراض، كما يجوز طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص<sup>2</sup> (م9، م33 ق.س، م82 ق.م<sup>3</sup>).

وإخفاء المرض أو عيب من عيوب الزواج من طرف الزوج يسمى بالغرر<sup>4</sup>، فقال الحنفية بعدم جواز التفريق بين الطرفين إن حصل تغيير في عقد الزواج، سواء أكان غرة المرأة أم الرجل، ونصوص الحنفية تدل دلالة واضحة على عدم ثبوت حق التفريق، فقد قال صاحب المبسوط "إن اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار"<sup>5</sup>. وقال صاحب الفتح القدير "لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيباً شوهاً ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، والمتضمن: تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر المتعلقة بالشهادة الطبية (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 31، السنة 42، 14 مايو 2006).

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 137. (بتصرف).

<sup>3</sup> الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

<sup>4</sup> الغرر: التغيير في الزواج أن يخدع أحد الزوجين الآخر بإظهار صفة هو دونها حقيقة. (زكرياء الأنصاري، فتح الوهاب، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1994)، ص 58).

<sup>5</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 97.

<sup>6</sup> كمال الدين ابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص 305.

وأما الشافعية ولأنهم قالوا بأن العيوب المثبة لحق فسخ النكاح للطرفين محصورة في سبعة عيوب، وهي الجب والعنة والرتق والقرن والجنون والجذام والبرص، فقد أثبتوا للطرفين حقاً آخر في فسخ العقد لو وجد غرر في العقد فإن كان الغرر من الرجل كان حق الفسخ ثابتاً للمرأة، وإن كان من المرأة كان الحق ثابتاً للرجل، ولكن بشرط أن يكون ما حصل فيه الغرر مشروطاً في العقد السلامة منه، وأما إن ظن أحد الطرفين أو غلب على ظنه وجود الطرف الآخر على هذه الصفة ثم ظهر على مادون الوصف فلا فسخ<sup>1</sup>.

#### -ملاحظات قانونية:

-ما يمكن ملاحظته أن المادة 3 من المرسوم التنفيذي 06-154 المنظم لأحكام الشهادة الطبية حددت أن يشمل الفحص فقط ل: فحص عيادي شامل + تحليل فصيلة الدم (ABC+rhésus)، وهذين الفحصين غير كافيين للكشف عن الأمراض والعيوب الزوجية، مما يتطلب إضافة أخطر الأمراض عداوة للكشف عنها في الشهادة الطبية ويكون كشفاً إلزامياً، لأن الغرض من هذه الوثيقة وقائية وبها يتحقق الاستقرار الأسري، لأن الكشف المبكر عن أغلب الأمراض وإخبار الزوجين عنها، وترك الزوجين أمام الأمر الواقع إما العدول عن مشروعهما في الزواج، أو أن يتزوجا رغم الإصابة بالمرض أو العيب الجنسي على مسؤوليتهما، وبهذا لما تدرج إلزامية الكشف عن أهم الأمراض الأخرى الجنسية والجسدية للزوجين -وخاصة منها مستعصية العلاج كالإيدز والزهري والسيلان- في الشهادة الطبية نكون قد حافظنا على الأسرة الجزائرية، وأنقصنا حالات كثيرة من حالات الطلاق في المجتمع، بمجرد الكشف المبكر عن الأمراض وإعلام الزوجين بها، وهذا أفضل وخير من أن نترك الزوجين يتزوجا ثم يفاجأ الزوج الآخر بوجود المرض والعيوب، فتحدث الخلافات والصراعات بين الزوجين وأسرهم، وتصل للمحاكم ثم فك الرابطة الزوجية، ونحن في غنى عن ذلك.

<sup>1</sup> سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، تحقيق: نصر فريد محمد واصل، ج3 (د. ط؛ القاهرة: المكتبة التوفيقية، د. ت)، ص 392.

فكان على المشرع الجزائري أن يضيف أخطر الأمراض المنتشرة في الأوساط الزوجية الجنسية والجسدية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وإلزام الزوجين الكشف عنها في الشهادة الطبية، لأننا اليوم نبحث عن إيجاد حل لتزايد الرهيب لفك الرابطة الزوجية في المحاكم، وإنقاص حالات الإجهاض للتشوهات، علاوة على هدر الموارد على جيل يحتاج إلى رعاية صحية باهضة الثمن قد تمتد من المهد إلى اللحد، وهذا الذي قدمناه من بين الحلول المقترحة والناجعة، التي لا بد على المشرع مراعاتها مستقبلاً أثناء التعديل، أو إضافة مرسوم مكمل للمرسوم التنفيذي رقم 154/06.

مع أن المادة 4 أجازت للطبيب أن يقترح الكشف عن أمراض أخرى، إلا أن الذي نريده أن يكون ذلك إلزامياً، لأن المئات من ملفات الطلاق في المحاكم سببها العيوب، فعلينا أن نجد حلاً لذلك بالكشف المبكر والإلزامي للأمراض قبل إبرام عقد الزواج، وذلك بتحديدتها في المرسوم التنفيذي رقم 06-154.

2- لم يحدد المرسوم التنفيذي رقم 154-06 طبيباً خاصاً معيناً، يتولى فحص الراغبين في الزواج، مما يفيد أن أي طبيب يمارس مهنته قانوناً يمكنه القيام بذلك<sup>1</sup>، وهذا قد لا يحقق القيمة الحقيقية للوثيقة الطبية، فقد يحصل التلاعب وعدم الجدية في إجراء الفحوصات، وحالات كثيرة في المجتمع لوحظ فيها أن بعض الأطباء غير مهتمين بجد بهذه الوثيقة، وتجاوزات حاصلة من بعض الأطباء اليوم، مما يحتم أن تكون هناك قائمة للأطباء المحلفين متخصصين ومكونين لكل ولاية، يتم تجديدهم كل سنة، لممارسة مهام تحرير الشهادة الطبية.

3- ما مدى الحماية الجزائرية للزوجة التي انتقل إليها المرض الخطير القاتل من زوجها المتستر عنه كالإيدز مع علمه به؟.

حول إمكانية مساءلة الزوج المصاب بالإيدز جزائياً عند انتقال المرض لشريكه الذي يجهل حقيقة أمره، يمكن القول: إن بعض التشريعات تجرم مثل هذه الواقعة صراحة، كالمادة 368 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، التي تعاقب من يتعمد ارتكاب فعل

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 138.

من شأنه نشر مرض خطير مضر بحياة الأفراد، وتشدد العقوبة حين يتخلف عن السلوك الإجرامي موت إنسان أو إصابته بعاهة مستديمة<sup>1</sup>.

ولجأ البعض إلى النص الخاص بجريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة ليجعل منه سنداً للقول بعقاب الزوج المصاب، وبما أن ذلك يتم في إطار الجرائم العمدية، فإن القصد الجنائي - على حد زعمه - لم يتوافر في الفرض السابق؛ لأن قوامه أمران هما على الجاني بأن المادة ضارة، وأن يرمي إلى المساس بجسم المجني عليه، ومن ثمة فإن الشرط الأخير غير متوافر سواء أتم الجماع بناء على رغبة المصاب أم برغبة السليم، ويقترح إيجاد تشريع يعالج الحال على غرار بعض الولايات الأمريكية كميثيغان وإنديانا التي فرضت جزاءات على من يدخل في علاقة جنسية، وهو على علم بأنه يحمل فيروس الإيدز<sup>2</sup>، وكذلك نص التشريع الكويتي في المادة 15 من المرسوم بقانون رقم 62 لسنة 1992 (يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تتجاوز سبعة آلاف دينار كل من علم أنه مصاب بفيروس الإيدز وتسبب بسوء قصد في نقل العدوى إلى الشخص الآخر)، وليس هناك ما يمنع من تطبيق مثل هذا النص على الأزواج، فالمصلحة العامة تقتضي ذلك، كما أن النوازع الشريرة لدى بعض المصابين بالإيدز قد لا تكبحهما القيم السامية للروابط الأسرية، لأنهم كانوا ضحايا آفات اجتماعية قد ينتقمون من المجتمع بشتى الطرق.

ولا نريد من جانبنا الخوض في هذا النقاش بقدر ما نعتقد بأن النصوص المتعلقة بالصحة العامة أياً كان موقعها على خريطة النظام القانوني كفيلة بتقديم الحلول، وأن اعتماد القواعد العامة يفى بالعرض، فهناك المسؤولية العمدية والمسؤولية عن الخطأ غير العمدي، أما أن العلاقة الزوجية تحتل التجريم والعقاب فذلك مردود عليه بأن هناك العديد من النصوص

<sup>1</sup> باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تفويض الروابط الأسرية، مجلة الحقوق، العدد 3، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، سبتمبر 2009، ص 395.

<sup>2</sup> أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 1999)، ص 124.

التي تجرم الأفعال الواقعة من أحد أطراف العلاقة الزوجية على شريكه، والوحدة الجسمانية للزوجين بصفتهما المجردة لا تطرح في مثل هذا الموضع.

كما أن إلزام أحد الزوجين بواجب الإبلاغ عن وجود مرض الإيدز أو مرض آخر خطير وفتاك مهلك للجسم والنفس لدى الطرف الآخر يحتاج إلى مراجعة قواعد الأحوال الشخصية، ويعتبر القانون الجزائري (قانون الأسرة والمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المنظم للشهادة الطبية) من بين القوانين العربية التي غيبت هذا الإلزام، والتي قالت بإمكانية الكشف عن المرض الخطير دون الإلزامية، ويرى البعض بلزوم تقييد الزواج بالنسبة لحامل الفيروس، وينادي بضرورة إقرار إلزامية الفحص السابق على الزواج، بحيث لا ينعقد الأخير عند ثبوت إيجابية الفحص<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري لا نجد نصاً صريحاً يجرم ناقل المرض الخطير مع نية القصد، لكن يمكن إسقاط الحكم بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بنقل مواد ضارة، حيث نصت المادة 275 ق.ع (يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.001 إلى 100.000 دينار كل من سبب للغير مرضاً أو عجزاً عن العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمداً وبأية طريقة كانت ودون قصد إحداث الوفاة مواداً ضارة بالصحة).

وإذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تجاوز خمسة عشر يوماً فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.... وإذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وإذا أدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة).

<sup>1</sup> باسم محمد شهاب، المرجع السابق، ص 396. (بتصرف).

ففي مجال العدوى بفيروس الإيدز والإلتهاب الكبدي الوبائي فإن الجاني الذي يعلم أنه مصاب بهذا الفيروس ويتصل جنسياً بالمجني عليه بقصد المساس بسلامته الجسدية بنقل العدوى له فإنه لا يشكل غالباً جرحاً ولكن مجرد إعطاء مواد ضارة<sup>1</sup>، إذ أن مثل هذه الفيروسات شيء مادي بحوزة المصاب به ويمكنه نقله لغيره بالاتصال الجنسي به<sup>2</sup>.  
والذي نقوله كحل لهذا الإشكال من بادئه، فنحن في غنى عن التجريم والعقاب ووجود ضحايا لجريمة بل يمكننا تجنب كل هذا بالكشف المبكر عن المرض وإعلام الطرف الآخر به، فهو مخير إما قبول استمرار عقد الزواج أم رفضه من بدايته، وذلك بالزامية فحص الزوجين عن أهم الأمراض الخطيرة كالإيدز والفيروس الكبدي الذي إنتشر بكثرة في أوساط المجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة وغيرها، والنص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-154، أو نذكرها في قانون الصحة<sup>3</sup>، لتجنب العواقب الوخيمة المتمثلة في الفرقة والأمراض المزمنة والتي قد تصل إلى درجة الموت.

#### - دور التلقيح الاصطناعي في علاج بعض العيوب الموجبة للتطبيق:

بعد التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في مجال الطب أحدث هذا التطور تغير في سير الأسرة، مما جعلها تواكب ذلك التطور الملحوظ، حيث استطاع الطب الحديث أن يبتكر طرقاً فعالة للقضاء على العقم وأسبابه حيث أتاح فرصاً للإنجاب عن طريق التلقيح بالمساعدة الطبية سواء أكان تلقيحاً داخلياً أم خارجياً<sup>4</sup>، وبذلك فالتلقيح الاصطناعي طريق علاجي لحصول الولد.

<sup>1</sup> أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص. (د. ط؛ الإسكندرية: مكتبة الصحافة، 1989)، ص 596-597.

<sup>3</sup> قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فيفري 1985 والمتضمن: قانون حماية الصحة وترقيتها، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 08، السنة 43، 16 فيفري 1985).

<sup>4</sup> هشام ذبيح، العلاقة بين التلقيح الاصطناعي واستئجار الأرحام وأثرهما على الاستقرار الأسري، ملتقى وطني حول: تغير الأدوار الوظيفية في الأسرة الجزائرية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، منظم من طرف: مخبر التغير الاجتماعي والعلاقات العامة في الجزائر، بقاعة المحاضرات الكبرى القطب الجامعي شتمة، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 6-2016/12/7، اليوم الثاني بتوقيت 15:15 دقيقة.

والتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد: ما مدى إمكانية اللجوء إلى طلب التظليق للعيب مع وجود وسيلة التلقيح الاصطناعي التي لا تنقصها إلا موافقة طالب التفريق؟ وهذا التساؤل سنقوم بالإجابة عليه في الفصل الثاني من هذا الباب، والذي سيتم التفصيل فيه أكثر بسبب تخصيص مطلب خاص بالتلقيح الاصطناعي وعلاقته بحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق التظليق، ولكي لا نفع في تكرار المعلومة وذكرها في أكثر من موضع، وهذا ما سنوضحه أدناه.

## الفرع الثاني: التظليق للشقاق المستمر بين الزوجين

### أولاً: تعريف الشقاق

لغة: المُشَاقَّةُ والشِّقَاقُ: غَلَبَةُ: العَدَاوَةِ والخِلَافِ، شاقَّةٌ مُشاقَّةٌ وشِقَاقاً: خَالَفَهُ<sup>1</sup>.

اصطلاحاً: معنى الشقاق المستمر بين الزوجين؛ وهو الوضع الذي يسوء فيه الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح وتستمر الخلافات دون جدوى الحل، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصير، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها تشهد على صحة دعواه<sup>2</sup>.

### ثانياً: حكم التفريق للشقاق بين الزوجين

نميز بين موقف الفقه والقانون وفق مايلي:

#### 1- فقهاً:

أ- لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>3</sup> التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

ب- وأجاز المالكية<sup>4</sup> التفريق للشقاق أو للضرر منعاً للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج26، ص 2301.

<sup>2</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 176. (بتصرف).

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص 98.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 281 = 285.



جحيماً وبلاء، لقول رسول الله ﷺ: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ"<sup>1</sup>، وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكيمين: حكماً من أهلها وحكماً من أهل الزوج، لفعل الأصلاح من جمع وصلاح أو تفريق بعوض أو دونه، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: 35].

## 2- قانوناً:

جاء في المادة 53/8 ق.س (يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للشقاق المستمر بين الزوجين)، حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التظليق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه طلاقة بائنة، فالإبقاء على الزوجية مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار<sup>2</sup>، وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتظليق، أما إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة حكيمين للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدموا للقاضي تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين<sup>3</sup> وهو ما نصت عليه المادة 56 ق.س (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكيمين، للتوفيق بينهما).

يعين القاضي الحكيمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين).

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ص 784، رقم الحديث (2340).

<sup>2</sup> باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري. (د. ط؛ الجزائر؛ دار الهدى، 2007)، ص 302.

<sup>3</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 206.

فبعد تقديم الحكمين تقريرهما للقاضي لعجزهما عن الصلح بين الزوجين لمدة شهرين واستحكم الشقاق واستمر دون جدوى الصلح حكم القاضي بالتطليق بينهما، وهو ما أخذ به الاجتهاد القضائي حيث جاء في القرار<sup>1</sup> (من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً، ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافٍ للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون).

وبذلك فلا تحكم المحكمة بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام مستفحل بينهما وطال أمده، وبالتالي اقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء الزوجية<sup>2</sup>، كما يجب القول أيضاً أن التحكيم للشقاق يجب أن يكون بعد إجراء جلسة الصلح حيث قد يفلح القاضي فيها بالتوفيق بينهما أو يتبين الضرر دون الحاجة إلى تحكيم<sup>3</sup>.

والملاحظ أن قانون الأسرة لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي، بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما، وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما، مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية<sup>4</sup>.

### -شروط التحكيم:

حتى يقوم القاضي بتعيين حكمين يحتم عليه توفر مجموعة من الشروط يمكن استنباطها من المادة 56 ق. س كمايلي:

1- وجود شقاق وخصام بين الزوجين تسبب في ضرر، ولا بد أن يشد الخصام فإن لم يكن مشتدّاً فلا تحكيم بين الزوجين، كتكرار الشكوى من قبل الزوجين؛

<sup>1</sup> قرار رقم 139353، بتاريخ 1996/09/24، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1997، ص 96.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2008)، ص 206.

<sup>3</sup> خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015)، ص 131.

<sup>4</sup> طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2009)، ص 127.

2- أن يعجز القاضي عن التوصل إلى إثبات الضرر، فإن استطاع القاضي أن يثبت الضرر فإنه لا حاجة به إلى الحكمين مادام أن الحكمين مهمتها البحث عن الضرر<sup>1</sup>؛

3- أن يعجز القاضي في التوفيق بين الزوجين عن طريق محاولات الصلح التي يجريها وفق المادة 49 ق. س؛

4- يجب أن يكون الحكمين من الأقارب، أحدهما من أهل الزوجة كأن يكون عمها أو خالها أو جدها، والآخر يعين من أهل الزوج كذلك؛

5- يجب أن يقدم الحكمان تقريرهما إلى القاضي في خلال شهرين ابتداء من تاريخ تعيينهما<sup>2</sup>؛

6- أن تكون الزوجة قد تقدمت بموجبه إلى رفع دعوى لطلب التطليق لكنها عجزت عن إثبات هذا الضرر فرفضت دعواها.

وهكذا مع توفر هذه الشروط، تختار المحكمة حكمين للتوفيق والإصلاح بين الزوجين وتطلب منهما إجراء تحقيق في مزاعم الزوجة وردود الزوج، لمعرفة سبب النزاع ودوافع الشقاق والخصام من أجل التحقق من عناصر الضرر.

### ثالثاً: حالات التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

بالرجوع إلى المادة 53 في فقرتها الثامنة لم يبين قانون الأسرة الحالات التي يستند إليها القاضي للتطليق للشقاق، مما يفسح المجال للقاضي في أعمال سلطته التقديرية في تحديد ذلك، إلا أنه قد اجتهد المتخصصون في علم النفس بوضع مجموعة من الأمارات التي تدل على الشقاق المستمر بين الزوجين وهي:

1- ظهور العداوة الصريحة وغير الصريحة في مواقف الخلافات، حيث يهاجم كل من الزوجين الآخر، ويحقر آراءه وأفكاره، ويحطّ من شأنه، ويبرر عيوبه عند كل مشكلة تحدث بينهما؛

2- عدم نسيان كل منهما أخطاء الآخر السابقة وإثارتها عند كل خلاف يحدث بينهما؛

3- استخدام كل منهما لما لديه من معلومات عن الآخر في الإساءة إلى سمعته، أو إيذائه

<sup>1</sup> خليل عمرو، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

نفسياً أو بدنياً واجتماعياً؛

4- تكبير كل منهما المشكلة الصغيرة بطرح مشكلات سابقة ليس لها علاقة بالخلافات الراهنة، لتفجير الموقف، وتغذية الخلافات حتى تستمر أطول فترة ممكنة؛

5- الاستهانة بالمشكلة، والسلبية في مواجهتها، وتسفيه كل حالٍ لها، وتركيز خلافات مع الزوج الآخر، ورفض الصلح أو التفاوض حولها، وطلب المزيد من الشجار؛

6- العناد والخصام والهجر والتهديد بالطلاق والانفصال أو الزواج من أخرى، والتوقف عن القيام بالواجبات الزوجية نكايَةً بالطرف الآخر؛

7- المواجهة العدائية السافرة عند حدوث أية مشكلة، حيث يعتمد كل منهما أو أحدهما إلى ضرب الآخر أو سبه، أو تخريب ممتلكاته وأدواته وأعماله، أو تشويه سمعته وتكديره وتخويفه، والإصرار على عمل ما يثير غيظه وتشجيع الناس على الإساءة إليه<sup>1</sup>.

**رابعاً: ملاحظات على قانون الأسرة الجزائري في مسألة الشقاق المستمر بين الزوجين**  
يؤخذ على القانون ما يلي:

1- لم يتعرض لشروط الحكمين: وهي من الأهمية بمكان، وما اشترطه الفقهاء من العدالة والرشد والذكورة، ومعرفة ما يحكمان به، (إلا أنه اشترط شرطاً أن يكون الحكمان من أهل الزوجين).

2- لم يشر إلى بعث الحكمين، فيما إذا فقد أهل الزوجين أو فقدت فيهم الشروط، ولعله يأخذ هذا من الفقه الإسلامي على ما تنص عليه المادة 222 ق. س، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية هناك من يجيز بعث الحكمين من غير أهل الزوجين عند انعدام أهلها، بل هناك من أجاز ذلك مع وجود أهل الزوجين كالشافعي رحمه الله<sup>2</sup>.

3- لم يبين طبيعة عمل الحكمين، وفي نفس الوقت ألزم الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما، لذلك فإن على الحكمين أن يقترحا في تقريرهما، إما رفض الدعوى لأن الخصام لا يؤدي إلى تطليق، وإما أن يقترحا التطليق لأن الخصام مستحکم بين الزوجين، وفي كلا الحالتين يتعين أن يتضمن تقريرهما الأسباب التي تؤيد ما ذهبا إليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كمال إبراهيم مرسى، العلاقة الزوجية والصحة النفسية. (ط: 2؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1995)، ص 239.

<sup>2</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 261-262. (بتصرف).

<sup>3</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري. (د. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2014)، ص 134.

## المطلب الثالث

### الأسباب المتعلقة بمخالفة القانون

قد ذكرت المادة 53 ق. س أسباباً أخرى تتعلق بمخالفة قانون الأسرة التي يمكن للزوجة أن تستند عليها في فك الرابطة الزوجية، حيث ذكر قانون الأسرة في مواضيع عدة حقوقاً للمرأة يجب على الزوج أن لا يتعدها، كما أعطى للزوج أن يمارس حقه لكن بشروط أوجبها قانون الأسرة لا يمكن مخالفتها، فإن حصل التجاوز من الزوج حق للزوجة المطالبة بالتطليق، ومن بين تلك الأسباب التي سنعالجها نوردتها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج بموجب المادة 19 من قانون الأسرة.

### الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة

عالجت المادة 8 من قانون الأسرة موضوع تعدد الزوجات، حيث ضبطت أحكام التعدد ووضعت الشروط الواجب على الزوج احترامها لسماح له بالتعدد قانوناً دون الإضرار بالزوجتين الأولى والثانية.

إلا أنه إذا خالف الزوج شروط تعدد الزوجات الواردة في المادة 8 ق. س، أعطى المشرع للزوجة بموجب المادة 53 الفقرة 6 حقها في المطالبة بالتطليق، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لتعدد الزوجات وفقاً لقانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية؟، ويتم تفصيل ذلك كالاتي:

### أولاً: تعريف تعدد الزوجات

تعدد الزوجات كان منذ القديم، فلما أتى الإسلام هذبه ونظمه ووضع له أحكام خاصة به، إذ وضع له ضوابط شرعية لا بد على الزوج أن يراعيها قبل إقدامه على التعدد، كما أن قانون الأسرة قد عالجه في المادة 8 ووضع له مجموعة من القيود سنوضحها أدناه، فمتى يحق للزوجة المطالبة بالتطليق في حالة تعدد الزوج عليها إستناداً للمادة 53 الفقرة 6؟.

## -معنى تعدد الزوجات:

التعدد لغةً: من العَدُّ: أي إحصاء الشيء<sup>1</sup>.

إصطلاحاً: تعدد الزوجات هو زواج الرجل بأكثر من امرأة واحدة.

قانوناً: نصت المادة 8 ق.س على أحكام تعدد الزوجات ولم تعطِ تعريفاً خاصاً بالتعدد وإنما أعطت معنى عنه بجانب الأحكام بنصها (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية...)، وبذلك فالتعدد هو زواج الرجل المتزوج بزوجة ثانية فأكثر.

ثانياً: ضوابط تعدد الزوجات شرعاً وقانوناً

أ) الضوابط الشرعية لتعدد الزوجات:

اتفق الفقهاء والمفسرون على أنه لا بد من توفر شروط معينة لإباحة التعدد وهذه الشروط

هي:

1- عدم الزيادة على أربع: قال الله تعالى: ﴿... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ

وَرُبَاعَ ۖ...﴾ [النساء: 3]، أي أنكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم ثنتين وإن شاء ثلاثاً، وإن شاء أربعاً<sup>2</sup>.

وما يؤكد ذلك من السنة ما روية أن غِيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، فَقَالَ لَهُ

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا»<sup>3</sup>.

2- العدل بين الزوجات:

قال الله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا

تَعُولُوا﴾ [النساء: 3]، أي فإن خشيتم من تعداد النساء ألا تعدلوا بينهن فليقتصر على

واحدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج34، ص 2832.

<sup>2</sup> اسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج1، ص 132.

<sup>3</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج9 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند عبد الله بن عمر رضى الله عنه، ص69، رقم الحديث (5027).

<sup>4</sup> اسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج1، ص 133.

وقد أرشدت السنة إلى وجوب العدل بين الزوجات فحذرت من الجور والظلم عليهن فعن النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَشِقُّهُ مَائِلٌ»<sup>1</sup>.

### -موجبات العدل بين الزوجات:

على الزوج أن يعدل بين زوجاته في ثلاثة أمور؛ القسم والنفقة والسكن.

أ-العدل بين الزوجات في القسم: أي توزيع زمان المبيت بين زوجاته بالعدل إن كانوا اثنتين فأكثر.

ب-العدل بين الزوجات في السكن: قال الجمهور بوجوب التسوية بين الزوجات في المسكن، بإعطاء كل زوجة سكن لها مثل الأخرى<sup>2</sup>، وليس على الرجل أن يجمع بين زوجاته في مسكن واحد بغير رضاهن، وخالفهم الحنابلة بعدم وجوب التسوية في المسكن لأنها مبنية على الكفاية<sup>3</sup>.

ج-العدل بين الزوجات في النفقة: ذهب المالكية والحنفية والشافعية<sup>4</sup> إلى القول بلزوم التسوية بين الزوجات إذا كانت حالتهم واحدة من يسار وإعسار وتوسط، وذهب الحنابلة<sup>5</sup> إلى أنه لا تجب التسوية بين الزوجات في النفقة، وإن كان ذلك مستحباً، بل يجب على الزوج أن يوفي لكل واحدة حقها.

-أما العدل النفسي بين الزوجات: فاتفق جمهور العلماء على أنه لا يجب على الزوج التسوية بين زوجاته في المحبة والميل القلبي والاستمتاع من الوطء وسائر الاستمتاع؛ لأنها حالة طبيعية تنبعث بلا إرادة من الشخص، إلا أن المطلوب أن لا يكون ميل الزوج النفسي والعاطفي لإحدى زوجاته كبيراً واضحاً جلياً، إنما يحاول الزوج أن يخفيه قدر المستطاع كي لا

<sup>1</sup> أخرجه: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت 275هـ، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج 2 (د. ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، د. ت)، باب في القسم بين النساء، ص 242، رقم الحديث (2133).

<sup>2</sup> علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج 9 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت)، ص 584.

<sup>3</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 7 (د. ط؛ القاهرة: دار هجر، د. ت)، ص 242.

<sup>4</sup> محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ج 6 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1984)، ص 380.

<sup>5</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 10، طبعة دار هجر، ص 242.

يضر بزوجته الأخرى، وأن يحرص أن لا يكون ميله كلياً لزوجة دون الأخرى، لما روي عن عائشة، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ، فَيُعْدِلُ، وَيَقُولُ: «اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تُلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»<sup>1</sup>، وكانت عائشة رضي الله عنها أحب نسائه إليه.

فالمحبة والود محلها القلب والإنسان غير قادر على التحكم فيها مثل التحكم في الأمور المادية، فمهما حرص الزوج أن يعدل بين زوجاتها في الميل القلبي ما استطاع إلى ذلك سبيلاً والدليل قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعْتَقَةِ... ١٢٩﴾ [النساء: 129]، أي لن تستطيعوا أيها الناس أن تساووا بين النساء من جميع الوجوه، فإنه وإن حصل القسم الصوري ليلة وليلة، فلا بد من التفاوت في المحبة والجماع<sup>2</sup>.

#### ب) الضوابط القانونية لتعدد الزوجات:

لقد أجاز قانون الأسرة الجزائري حق الزوج في تعدد الزوجات، إلا أنه قد وضع له قيوداً لا بد على الزوج من إتباعها وإلا اعتبر تعدده غير مقبول قد يجيز للزوجتين الحق في طلب التظليق جراء مخالفة الزوج تلك القيود.

فالشروط التي ذكرناها سابقاً التي أتى بها الفقه الإسلامي أخذ قانون الأسرة الجزائري منها؛ كشرط العدل وعدم الزيادة فوق أربع زوجات، إلا أنه زاد عنه بعض القيود الشكلية الأخرى في المادة 8 ق. س بنصها (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية).

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975)، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، ص 438، رقم الحديث (1140).

<sup>2</sup> اسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج1، ص 274.



يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية). وسيتم توضيح هذه القيود أدناه.

**الشرط الأول: التعدد في حدود الشريعة الإسلامية؛** ويقصد بها عدم جواز الزيادة فوق أربع نساء، بنصه (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية..).

**الشرط الثاني: المبرر الشرعي؛** وهذا معيار مرن وشخصي وواسع، فذكره قانون الأسرة دون إعطاء مثال عنه؛ مما يجعل الأمر مسنداً لقضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارات العامة، فنذكر على سبيل المثال بعض المسوّغات الشرعية لتعدد الزوجات كالاتي:

**1- عقم الزوجة:** تعتبر الزوجة العقيم التي لا تلد تعليلاً لظاهرة تعدد الزوجات<sup>1</sup>، لأن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، وحفظ النسل البشري، وإنجاب الذرية، فالزوج الذي حُرِمَ هذه النعمة من زوجته العقيم يبيح له هذا الحرمان أن يتزوج عنها بزوجة أخرى لعله إنجاب الذرية، وتحقيق هدف من أهداف الزواج.

**2- مرض الزوجة المزمن:** أن تكون الزوجة لها مرضاً معدياً أو منفرأً، بحيث لا يستطيع معه الزوج أن يعاشرها معاشرة الأزواج، فالزوج هنا بين حالتين: إما أن يطلقها، وليس في ذلك شيء من الوفاء والمروءة ولا من كرم الأخلاق، وفيه الضياع والمهانة للمرأة المريضة معاً، وإما أن يتزوج عليها بأخرى ويبقيها في عصمته، لها حقوقها كزوجة، ولها الإنفاق عليها في كل ما تحتاج إليه من دواء وعلاج، ولا يشك أحد في أن هذه الحالة الثانية أكرم وأنبل، وأضمن لسعادة الزوجة المريضة وزوجها على السواء<sup>2</sup>.

**3- غلبة العامل الجنسي (الشبق):** يختلف الرجال في طبائعهم من حيث غرائزهم الجنسية، فمن طبيعة بعضهم أنه لا تكفيه زوجة واحدة؛ لأن مزاجه يدفعه إلى كثرة الإفشاء<sup>3</sup>، ومهما كان الباعث معلوماً، فينبغي أن يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين النفس، فليُنظر إليه

<sup>1</sup> راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 246.

<sup>2</sup> مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964)، ص 84 - 85.

<sup>3</sup> راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 249.

في الكثرة والقلّة<sup>1</sup>، وبهذا يكون إحصان الزوج الراغب بالزواج بأخرى بالسماح له بالتعدد مع عدم إهمال الشروط الأخرى، خيراً من أن نمنعه من الطريق الشرعي وقد يختار الطريق غير الشرعي فيقع في المحذور، فيكون التعدد أخف الضررين.

-**الشرط الثالث: توفر شروط ونية العدل؛** بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية كقدرته على الإنفاق وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية، مع أن المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم من خلالها إثبات شروط العدل، وبالتالي يجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة كسند الملكية للسكن، أو عقد الإيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها، وأن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي<sup>2</sup>.

مع أن نية العدل هو شرط شكلي أكثر منه موضوعياً، على إعتبار أن النية محلها القلب، فقد يصرح الزوج بالعدل إلا أن حقيقة نيته لا تظهر إلا بعد الدخول، وبالتالي غلب على هذا الشرط الشكلية.

**الشرط الرابع: إخبار الزوجة السابقة واللاحقة؛** ويقصد بذلك أن الزوج عليه أن يعلم زوجته الأولى أنه مقبل على الزواج بالثانية، وأن يخبر أيضاً الزوجة الثانية أنه متزوج بأولى، إلا أن الملاحظ أن المشرع لم يحدد في قانون الأسرة طريقة الإخبار هل يكون شفاهياً أم كتابياً، مع أن المادة 8 الفقرة الأخير ألزمت القاضي التأكد من موافقتها دون تحديد طريقة التأكد من الموافقة، فهل طريقة التعبير عن الرضا من طرف الزوجتين تكون عن طريق الكتابة أم شفاهة؟، كل هذه المسائل لم يحددها قانون الأسرة.

لكن بالرجوع إلى التشريع في غير قانون الأسرة نجده قد حدد طريقة إعلام الزوجتين بتعدد الزوج بموجب منشور وزاري الصادر عن وزير العدل رقم 102/84 المؤرخ في 1984/12/23، والذي يحدد كيفية الإعلام وذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثانية، ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضا كل منهما أو اعتراض الزوجة السابقة، ليكون ذلك

<sup>1</sup> الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ص 180.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 111-112. (بتصرف).

حجة يرجع إليه عند التنازع، فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إبلاغها للحضور في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت واعتضت يسجل الموثق أو ضابط الحالة المدنية اعتراضها، وإن تغيبت أثبتت غيبتها وأبرم العقد، هذا في ظل قانون الأسرة قبل التعديل، أما بعد التعديل فيكون إعلام الزوجتين أمام القاضي بحضورهما والتصريح بالقبول أو الرفض.

وهنا لابد أن نشير بأنه على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها وأن يسعى جاهداً لحضور كل منهما أمامه.

**الشرط الخامس: الترخيص القضائي الذي يسمح بالتعدد؛** إن نص المادة 8 ق. س في صياغته الجديدة يفرض رقابة قضائية تسمح للقاضي بمنح الترخيص أو رفضه، بحيث يقدم الزوج طلباً لرئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاص مسكن الزوجية للترخيص له بالتعدد، ويكون منح هذا الترخيص بعد الإستماع إلى الزوج وزوجته الأولى والثانية ومن موافقتهما، والتأكد من مبررات التعدد، وتوافر شروطه الشرعية من القدرة على الإنفاق والعدل بين الزوجات، والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

**ثالثاً: مدى إمكانية الزوجة المطالبة بالتطليق لمخالفة شروط نص المادة 8 ق. س**

لقد ذكرنا سابقاً الشروط القانونية التي أتت بها المادة 8 من قانون الأسرة التي تسمح للزوج بالتعدد إذا تحققت كلها؛ إلا أنه إذا لم يحقق تلك الشروط يمكن للزوجة أن تطلب التطليق جراء ذلك لرفع الضرر عنها وفقاً للمادة 53 الفقرة 6.

فإذا لم يلتزم الزوج بإخبار الزوجة السابقة والزوجة الجديدة يكون قد ارتكب غشاً، ويحق آنذاك لكل من الزوجتين رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتعويض في حالة الرضا، أي الرضا بعد العلم المتأخر بالزواج الأول بالنسبة للزوجة الثانية، والعلم بالزواج الجديد من طرف الزوجة الأولى، وفي حالة عدم الرضا لكل منهن طلب التطليق<sup>1</sup> والتعويض معاً، لأن

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1 (ط: 3؛ الجزائر: دار هومة، 2011)، ص

الغش أو الإحتيال أوالتدليس، هو خطأ عمدي يستوجب التعويض<sup>1</sup>، وهذا بموجب المادة 8 مكرر بنصها (في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق).

إلا أن الذي نراه بأن الزوجة التي تزوج عنها زوجها وخاصة إذا كانت لديه الإمكانيات أن يعدل بينه وبين زوجاته، فلها أن تطلب الطلاق وهذا ليس حلاً، خاصة إذا ما كان بينهما أطفال، فبعد أن تكون زوجة محترمة ترعى هي وأبناؤها في عش الزوجية قد ترمي بنفسها في الطلاق والذي قد تتدم عليه يوم لا ينفع الندم.

#### -ملاحظات على قانون الأسرة:

-الملاحظ أن المادة 8 مكرر 1 أجازت للقاضي فسخ الزواج قبل الدخول إذا تم دون الحصول على ترخيص من طرف رئيس المحكمة، مع أن الزواج تم من الناحية الشرعية صحيحاً غاب فيه فقط شرط شكلي وهو رخصة رئيس المحكمة، فكيف نفسخ زواجاً تم صحيحاً ورضيت به الزوجتان الأولى والثانية وغاب فيه فقط ترخيص رئيس المحكمة، مع أن حالات الفسخ محددة شرعاً ومقننة قانوناً، فمن أين أتى بهذا الحكم المشرع الجزائري؟.

كما أن المادة 8 مكرر 1 ق. س يمكن القول أنها بعيدة عن حقيقة الواقع، وأنها قاعدة قانونية لا يمكن أن تحكم سلوكات الأفراد في المجتمع، إذ تقف إلى كونها قاعدة سلوك معروف أن الذي يعدد حتى يقبل توثيق عقده لأبد من إذن السيد رئيس المحكمة، وأن هذا الإذن لا يصدر إلا وفق المادة 8. وعليه فكيف يمكن أن نفسخ هذا الزواج أمام المحكمة إذا لم تكن فيه البيئة<sup>2</sup>.

-لم تحدد المادة 8 ق. س المدة التي تطالب فيها الزوجة بالتطليق بعد علمها بتعدد زوجها عليها، مما قد يؤدي إلى تعسف الزوجة في إستعمال حقها في ذلك، ويكون هذا الحق الذي تستعمله الزوجة كسيف على رقبة زوجها، تستعمله وقت ما شاءت، فلا بد من تحديد مدة زمنية بها تسقط بالتقادم دعوى التطليق للتعدد بمجرد مضي سنة مثلا من تاريخ العلم بالتعدد.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: د. ن، 2008)، ص 109.

<sup>2</sup> خليل عمرو، المرجع السابق، ص 117- 118.

-نصت المادة 8 على المبرر الشرعي لكن لم تحدد نوعه أو شكله، رغم أنه صدر المنشور الوزاري رقم 14-85 ونص على حالة العقم وكذا المرض العضال لكنه نص أيضاً على أنه خارج الحالتين السابقتين يعود أمر تقدير المبرر الشرعي إلى القاضي، ليظهر التساؤل: ما هو نوع أو شكل المبرر الشرعي؟ وأي المقاييس التي يعتمدها لتقرير ذلك؟.

-نص أيضاً على توفر نية العدل وكان عليه أن يقول شروط العدل، لأن النية أمر نفسي ومحل القلب، ولا يعلم النوايا إلا الله ﷻ، أما العدل وشروطه تستشف من المظاهر الخارجية المادية، وتكون ذلك بتقديم الزوج وثائق الكراء أو الشراء لسكن الزوجة الثانية، أو تبيان الراتب الشهري الذي يكفي الزوجتين معاً، فكان عليه أن يلغي مصطلح النية.

-كان على المشرع أن يضيف مسألة التحكيم في حال التعدد الذي يمارسه القاضي إذا كان الزوج قد وفر جميع شروط التعدد المحددة قانوناً سوى شرط الموافقة من الزوجة، لأن مجرد التعدد لا يعد ضرراً مالم يكن مصحوباً بضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة.

فحاجة الرجل للتعدد كانت لرغبة نفسية أو عاطفية تجاه المرأة التي سيتزوج بها، فإن تم منعه من الزواج بها رغم توفير جميع شروط التعدد سوى شرط موافقة الزوجة الأولى، فقد يؤدي بالسقوط معها في فاحشة الزنا المحرمة أشد التحريم، ويتخذها خلية لا تربطه بها رابطة شرعية، فكيف منعه من الحلال ونعينه على ارتكاب الحرام، أو قد تؤدي رغبته الجامحة للزواج بالثانية بعد منعه إلى طلاق زوجته الأولى للزواج بالثانية، مما يزيد من نسبة الطلاق في المجتمع، ونحن في غنى عن ذلك، فهل من تعقل واستبصار؟.

كما أن القول بإعطاء الزوجة الحق في طلب التطلق لما أصابها من آلام نفسية بسبب جمع زوجها بينها وبين أخرى، هو دوران حول حق الرجل في تعدد الزوجات يستهدف تعطيله والحد منه، وهو ما يؤدي إلى ضرر عام ومفاسد أعظم من الضرر الذي يصيب الزوجة التي يتزوج عنها زوجها؛ لأنه يؤدي إلى زيادة الفائض من النساء غير المتزوجات، فيزيد أزمة الزواج حدة، كما يؤدي إلى كثرة الزواج العرفي وكثرة وقوع الطلاق، وظهور الإنحرافات الخلقية، كما لا يقاس الضرر بعواطف النساء، لأن الضرر العاطفي لا يتعلق به حكم شرعي،

إذ الحكم الشرعي هو خطاب الله - عز وجل - المتعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم أو أهوائهم<sup>1</sup>.

وبذلك إذا كان بعض المسلمين يعددون تلبية للنزوات ولإشباع الغريزة، ولا يعدلون بين الزوجات، فإن العيب ليس في تشريع إباحة التعدد، وإنما هو في طريقة تطبيقه أو في سوء استعمال الحق الذي أباحه الإسلام.

وإصلاح هذا العيب لا يكون بحظر التعدد ومنعه والتضييق عليه إلى أن يصبح غير مطاق، وإنما يجب وضع بعض الضوابط التي تنظمه بشكل يمنع إساءة استعمال الحق<sup>2</sup>، وتكون في حدود الشرع.

- على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في تنظيم أحكام تعدد الزوجات وفقاً لمقتضيات الشرع، وكذا وفقاً لحاجة المجتمع له اليوم في بلادنا، ويكون ذلك النظام مسائراً لواقعنا المعاش، لأن نظام التعدد ليس فيه ما يعيبه إذا ما أستعمل في إطاره الشرعي وأنه لو منعنا التعدد لخلقنا مشكلاً إجتماعياً، إذ أثبتت الإحصائيات<sup>3</sup> أن عدد النساء يساوي 52 بالمئة والذكور 48 بالمئة أثناء مناقشة ملف الأسرة سنة 1983، فإذا نحن زوجنا 48 فتاة بمثل ذلك من الذكور يكون قد بقي لنا أربعة نساء دون زواج، وهنا نجد أنفسنا أمام أمرين إما التعدد بضوابطه الشرعية وإما أن يُكرهن على التعنس مما قد يدفع بعضهن لإنحراف مما قد يوصل لفعل الرذيلة، علماً أن التعدد لا يكون إلا لفائض.

وبذلك أن المشرع الجزائري لم يمنع التعدد مطلقاً كما فعلت بعض التشريعات العربية<sup>4</sup>، وإنما وضع له قيوداً وحصره في مجال ضيق بحيث أعطى للقاضي صلاحيات واسعة، وذلك

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري. (ط؛ 2: الجزائر: دار الوعي، 2015)، ص 238-239.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 110.

<sup>3</sup> نقلاً عن: خليل عمرو، المرجع السابق، ص 118.

<sup>4</sup> منع التشريع التونسي تعدد الزوجات، وجعله جريمة يعاقب عليها القانون حيث جاء في المادة 18 "تعدد الزوجات ممنوع"، من القانون رقم 70 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 وبالمرسوم رقم 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالحبس لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين.

كله بنية تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين وهي إحدى مظاهر التأثير بإتفاقية سداو<sup>1</sup> التي لا تمت إلى الإسلام بصلة.

## الفرع الثاني: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج بموجب المادة 19 من قانون الأسرة

لقد ذكرت المادة 53 الفقرة 9 سبباً آخر من الأسباب التي يمكن للزوجة أن تلجأ إليه للمطالبة بالتطليق، والذي أضافه بموجب التعديل الأخير بالأمر 02/05 وهو مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج، والتي عالج قانون الأسرة أحكامها في المادة 19 منه، وسيتم من خلال هذا الفرع بيان معنى الإشتراط في عقد الزواج وأهم أحكامه وإشكالاته، وبيان ما مدى حق الزوجة المطالبة بالتطليق لمخالفة زوجها الشروط المتفق عليها في عقد الزواج والتي أقرنت به أثناء إبرامه؟.

### 1- تعريف الإشتراط في عقد الزواج:

يتخذ مصطلح الإشتراط في عقد الزواج عدة معانٍ؛ منها: الشروط المقترنة بعقد الزواج، وكذلك الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وهي تعبر عن نفس المعنى والموضوع.

-**تعريف الشرط لغةً:** الشَّرْطُ؛ ما يوضع ليلتزم به في بيع أو نحوه، وفي الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلاً في حقيقته<sup>2</sup>.

-**الإشتراط اصطلاحاً:** وهو إلزام أحد المتعاقدين للآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة، ويقصد بالشرط الذي تقيد به العقود بين المتعاقدين، ومنه قوله ﷺ «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا

<sup>1</sup> بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 52.

<sup>2</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 479.

شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»<sup>1</sup>، وقال أيضا " إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤْفَى بِهِ، مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ " <sup>2</sup>، فسائر الشروط التي تكون بين المتعاقدين يجب التقيد بها وعدم الخروج عنها.

### -معنى الإشتراط في عقد الزواج:

قد يحدث أن يُدرج الزوجان أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق شروطاً، فيلتزمان بتنفيذها تحت مسؤوليتهما، فإذا أخل الزوج الثاني بذلك الشرط يحق للطرف الآخر المطالبة بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي فالشروط المقترنة بعقد الزوج هي تلك الشروط التي يتم إدراجها أثناء إبرام عقد الزوج أو لاحقاً، فهي ليست من مقومات عقد الزواج ولا يقوم بها العقد ولا يعتبر عقد الزواج باطلاً أو فاسداً إذا لم يتم إدراجها في العقد.

وبالتالي فالشروط المتفق عليها في العقد جاءت لمصلحة الزوجين وحاجتهما لتقرير بعض الحقوق، وبذلك فالشروط المقترنة بعقد الزواج هي (التزام أحد الزوجين أو كليهما في عقد الزواج بأمرٍ زائدٍ على أصل العقد، سواء أكان مما يقتضيه عقد الزواج نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان لا يقتضيه عقد الزواج أو لا يؤكد حكماً من أحكامه، ويحقق منفعة لمن اشترط الشرط لمصلحته)<sup>3</sup>، والذي يهمننا في الدراسة هو إشتراط الزوجة على زوجها أثناء إبرام عقد الزواج<sup>4</sup> أو بعقد رسمي لاحق، ثم خالف الزوج ذلك الشرط، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق جراء مخالفة زوجها الإشتراط المكفول بنص المادة 19 من ق. س.؟، وهذا ما سيتم توضيحه أدناه.

### 2-حكم الإشتراط في عقد الزواج:

#### أ-موقف الفقه الإسلامي من الإشتراط في عقد الزواج:

<sup>1</sup> أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004)، كتاب البيوع، ص 426، رقم الحديث (2892).

<sup>2</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج28 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب حديث عقبة بن نافع، ص 536، رقم الحديث (17302).

<sup>3</sup> يوسف مسعودي، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، قسم الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2006-2007، ص 11.

<sup>4</sup> المقصود بإشتراط الزوجين في عقد الزواج؛ أي أن الزوجين يدونا شرطيهما في عقد الزواج الذي تم إبرامه عند موثق، لأن عقد الزواج المبرم عند ضابط الحالة المدنية لا يوجد مكان لإدراج هذا الشرط، لأن وثيقة الحالة المدنية موحدة النموذج، في حين أن الموثق له مكان يدرج فيه شرط أحد الزوجين أو كليهما، وهو الذي لم توضحه المادة 19 ق.س.



اختلف الفقه الإسلامي في الحكم الشرعي للإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة، وفق ما يلي:

-**الرأي القائل بإباحة الإشتراط في عقد الزواج:** ذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم<sup>1</sup> وبعض فقهاء المالكية إلى القول بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الإشتراط<sup>2</sup> لأن هذه الأخيرة تابعة لحرية التعاقد، وبذلك يكون للأفراد أن يبتكروا ما يشاءون من العقود والشروط الجديدة، ما لم يثبت حرمة ذلك العقد أو الشرط بدليل صحيح وصریح من الكتاب أو السنة، لأن الإرادة حسبهم وحدها كافية لإنشاء الإلتزامات<sup>3</sup>.

-**الرأي القائل بحظر الإشتراط في عقد الزواج:** يرى أصحاب هذا الرأي من جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، بأن الأصل في العقود والشروط الحظر والمنع حتى يقوم الدليل على الصحة والجواز من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، وعليه تكون كل الشروط باطلة ما عدا الشروط التي ورد النص بجوازها وصحتها<sup>4</sup>.

فأنصار هذا الرأي تمسكوا بأن الأصل في الإشتراط الحظر والمنع، -مع إختلافهم في بعض التفاصيل- فالشروط المباحة في نظرهم هي فقط التي لا توافق مقضى عقد الزواج وتلائم أحكامه أو رد نص شرعي في إحدى مصادر التشريع يجيز ذلك الشرط، ولم يفتحوا باب الشروط إلا بقدر معين، يختلف تعدادها من مذهب لآخر وسيتم توضيحها أدناه.

#### ب-موقف قانون الأسرة الجزائري

أجاز قانون الأسرة من خلال المادة 19 للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما يشاءان من الشروط تكون فيها فائدة مادامت لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً، وما دامت لا تتنافى أو

<sup>1</sup> رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 2001)، ص 94.

<sup>2</sup> نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2003)، ص 67.

<sup>3</sup> يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>4</sup> كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية. (د. ط: تونس: دار بوسلامة، 1983)، ص 18.

تناقض مقاصد عقد الزواج، فإذا تضمن عقد الزواج شرطاً من هذه الشروط، وكان الشرط لصالح الزوجة وخالفه الزوج فيحق للزوجة أن تلجأ للقضاء للمطالبة بالتطبيق نتيجة ذلك<sup>1</sup>.  
مما يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنابلة في جعل الحرية في الإشتراط للزوجين في عقد الزواج بشرط ألا تناقض أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، ويتضح حرية الإشتراط بفحوى المادة 19 ق.س بنصها (للزوجين أن يشترطاً....  
**كل الشروط...** ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، وهو رأي الحنابلة الذين أجازوا الإشتراط مالم يوجد دليل على عدم إعتبره.

### 3- مواضع الإشتراط في عقد الزواج:

عقد الزواج الشرعي القائم بأركانه وشروطه يمكن أن ترد عليه شروط سواء قبل إبرامه أم أثناء إبرامه أم بعد إبرام، ويتم تفصيل ذلك كما يلي:

**1- الشرط المتقدم:** هو ذلك الشرط الذي يشترطه المتعاقدان قبل إنعقاد العقد، غير أنهما لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا بالنص ولا بالإشارة، ويسمى بالشرط السابق أيضاً<sup>2</sup>. والسؤال الذي يتبادر في الأذهان هل يعتبر هذا الشرط المتقدم كالشرط المقترن بعقد الزواج رغم عدم الإشارة إليه في العقد؟.

أ- ذهب الشافعية والإمام أحمد والظاهرية إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد واعتباره مجرد وعد غير لازم الوفاء، لأن ما يقابل العقد هو لغو فلا يلتحق به.

ب- وفي رواية ثانية ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بالتحاق الشرط المتقدم بالعقد كالشرط المقترن به وثبوته في العقد وتأثيره عليه<sup>3</sup>.

إلا أن الذي نميل إليه ونرجحه هو رأي الجمهور من الشافعية والحنابلة والظاهرية بقولهم عدم جواز الأخذ بالشرط المتقدم سداً لذريعة الإدعاءات التي تقع بين الزوجين مما تزيد من

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، المرجع السابق، ص 123.

<sup>2</sup> صافية بلحواس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2013-2014، ص 18.

<sup>3</sup> نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 92.

المشاكل الزوجية، والتفكك الأسري ونحن في غنى عن ذلك، فنجعلها محصورة في الشرط المقترن بوثيقة رسمية تثبت ذلك إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

**ب- قانوناً:** الملاحظ أن الشرط المتقدم عن عقد الزواج منتشر بكثرة في المجتمع الجزائري، مما أدى إلى مشاكل كثيرة بين الأزواج نظير مخالفة الطرف الثاني ذلك الشرط لغياب الإلزام فيه، وعدم وجود ما يثبت لصاحب الشرط لإستفاء حقه في ذلك، كونه تم شفاهة ولم يُدَوَّن أثناء إبرام العقد، مما يعرض الزوجين للنزاع.

إلا أن الملاحظ أن قانون الأسرة من خلال المادة 19 لم يعتمد عليه من باب الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، مما يدل على أنه تبنى رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية، حيث إعترف المشرع بالشرط المتفق عليه في عقد الزواج وتم كتابته أثناء إبرام العقد سواء أكان الشرط سابقاً للعقد ثم تم تدوينه في العقد، أم أن المتعاقدين إشتراطاه لحظة تحرير العقد، وهذا واضح بنص المادة 19 (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج..)، أي أن يقترن الشرط بالعقد وذلك بتدوينه كتابة، والمعلوم أن حرف "في" في اللغة تفيد الظرفية أي في داخل العقد، إلا أن الملاحظ في نموذج عقد الزواج لا يوجد مكان مخصص للشروط المقترنة بعقد الزواج وبالتالي فالإشتراط يكون في وثيقة رسمية لاحقة صادرة من عند موثق.

فالشيء الإيجابي الذي أتت به المادة هو أن يكون الشرط الذي أرادت الزوجة أو الزوج وضعه لابد أن يكون في عقد الزواج أو في وثيقة رسمية لاحقة، والغرض من ذلك هو حماية حقوق الناس من الضياع ويصبح عقد الزواج المدون فيه الشرط أو الوثيقة الرسمية اللاحقة دليل إثبات يحتج به أمام القضاء لتقرير الحقوق.

**2- الشرط المقارن:** ويسمى أيضاً بالشرط في صلب العقد أو الشرط المتفق عليه في العقد أو الشرط المقترن بالعقد، فهو الشرط الذي لا يُعَلَّق عليه وجود أو انعدام الشيء، وإنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء، بحيث يقترن بالعقد بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو بشرط أن وغيرها من الكلمات، ويكون العقد المقترن بالشرط مقيداً به، والمقيد هنا هو حكم

العقد والقيود هو الشرط الذي يلتزم به المتعاقدان ومن ثمَّ فإنَّ الشرط المقارن هو إلْتزام جديد زائد على أصل العقد، يضعه المتعاقدان ليزيدا أو يقويا من إلْتزامات التعاقد<sup>1</sup>.

**الشرط المقترن بالزواج العرفي<sup>2</sup>:** إلا أن الذي نقوله في هذا الصدد هو أن الشرط المتقدم إذا إستطاعت الزوجة مثلا إثباته قضاء ولديها أدلت الإثبات الحقيقية، فرجع الأمر إلى القاضي لتقرير حقها في الشرط المقترن بعقد الزواج، أو الحكم لها بالتطبيق نظير مخالفة زوجها ذلك الشرط.

ويثار الإشكال إذا وجد شرط المقترن بعقد الزواج إلا أنه كان في الزواج العرفي مع الإمام وجماعة المسلمين، حيث أقرن الشرط بمجلس العقد العرفي ولم يدون في عقد الزواج الرسمي أو في وثيقة لاحقة للعقد، ففي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على من ادعى، وفقاً لقاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، فالزوجة عليها أولاً أن تثبت عقد الزواج العرفي وبعد الإثبات بحكم قضائي تطالب بحقها في الإشتراط، وذلك بأن تحضر شهادة الشهود أو القرائن لإثبات ذلك الشرط قضاء إذا نكره الزوج والعكس صحيح، كما يمكن للزوجة أن تدرج هذا الشرط في وثيقة رسمية لاحقة يتم تحريرها عند موثق، لأن المادة 19 ق. س، أجازت أن يكون الشرط في وثيقة لاحقة للعقد.

**3- الشرط المتأخر؛** ويسمى بالشرط اللاحق يقصد به الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدان بعد إبرام العقد<sup>3</sup>، وقد اختلف الفقهاء بشأن مدى تأثير هذا الشرط على العقد:

فذهب المالكية والظاهرية إلى القول بأن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعقد مطلقاً سواء أكان صحيحاً أم فاسداً، وسواء اشترط قبل لزوم العقد أم بعد لزومه، أما الشافعية والحنابلة فقد فرقوا بين حالتين؛ فإذا كان المتعاقدان قد اِشترطوا هذا الشرط قبل لزوم العقد، فإن الشرط المتأخر

<sup>1</sup> رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 75-76.

<sup>2</sup> الزواج العرفي في الجزائر: هو عقد شفهي شرعي بين رجل وامرأة، متوفر على جميع أركان وشروط قيام الرابطة الزوجية، يتم بحضور إمام المسجد مع جماعة المسلمين، ويتم العقد ويوجب الحل بين الزوجين، وينقصه فقط الشكلية؛ أي لم يتم كتابة الزواج العرفي في وثيقة رسمية وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، ويمكن إثباته بموجب حكم يصدر قضاءً، وفقاً للمادة 22 ق. س.

<sup>3</sup> صافية بلحواس، المرجع السابق، ص 20.

يلتحق به، وإن كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به، بينما ذهب أبو حنيفة إلى إلتحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقاً<sup>1</sup>.

إلا أن الذي نميل إليه ونرجحه أن الشرط المتأخر اللاحق بالعقد يعتبر صحيحاً وناظراً لآثاره لأنه يحقق المصلحة للطرفين ورضي به الطرف الآخر وخاصة إذا كان صاحب الشرط رغباً فيه بقوة فلا بد من إلحاقه تجنباً لتوتر العلاقة الزوجية لحاجة صاحب الشرط له.

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بقول أبو حنيفة بجواز أن يكون الشرط المقترن بالعقد لاحقاً، حيث أجاز أن يكون في وثيقة رسمية لاحقة بعد العقد، وهو ما نصت عليه المادة 19 منه (للزوجين أن يشترطا ... في عقد رسمي لاحق...).

**-مدى إمكانية الزوجة المطالبة بالتطبيق لمخالفة أحكام المادة 19 ق. س:**

بالرجوع إلى المادة 19 من قانون الأسرة نجدها أجازت للزوجين أن يشترطا أي شرط أثناء إبرام عقد الزواج، أو بعد إبرامه يتم إلحاق الشرط بوثيقة رسمية تصدر من عند موثق، يكون في ذلك الشرط منفعة للحياة الزوجية واستقرارها ما لم يكن ذلك الشرط يتنافى مع الشرع حيث نصت (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم يتناف هذا الشرط مع أحكام هذا القانون).

وبذلك يمكن للزوجة أن تكون هي التي وضعت الشرط المقترن بعقد الزواج، ومن بين تلك الشروط التي ذكرتها المادة 19 على سبيل المثال لا الحصر، شرط عمل المرأة وعدم تعدد الزوجات، فإذا خالف الزوج شرط الزوجة المدرج في العقد أو في وثيقة رسمية لاحقة يحق للزوجة أن تطالب بالتطبيق بموجب المادة 53 الفقرة 9 (يجوز للزوجة أن تطالب التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عنها في عقد الزواج)، ويقع على الزوجة عبء الإثبات.

كما نجد أن الإجتهد القضائي الجزائري سار على جوازية الزوجة الإشتراط في عقد الزواج، وأحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق جراء مخالفة زوجها تلك الشروط، ومن الإجتهدات

<sup>1</sup> نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 93-94.

القضائية، "يجوز للزوجة أن تشتترط لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً، وبشرط أن لا يناقض روح العقد"<sup>1</sup>.

ب-الإشكالات القانونية الواردة على أحكام الإشتراط في قانون الأسرة وأثرها على حق الزوجة في التطلق:

هناك شروط كثيرة قد تشتترطها الزوجة على زوجها منها ما نص عليها قانون الأسرة الجزائري ومنها لم ينص عليها، مما قد تثير إشكالات فقهية وقانونية نورد أهمها وفقاً لما يلي:

أولاً: موقف الفقه وقانون الأسرة من مسألة إشتراط المرأة عدم تعدد زوجها عنها

قد تشتترط الزوجة على زوجها عدم الزواج عنها بزوجة ثانية، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بهذا الشرط فقهاً وقانوناً؟

أ-موقف الفقه الإسلامي: إختلف الفقهاء في أحقية الزوجة إشتراط عدم التعدد عنها، وحقها في فك الرابطة الزوجية جراء مخالفة هذا الشرط إلى أقوال:

-الرأي الأول: قالوا بأن هذه الشروط لازمة لابد من الوفاء بها، فإن لم يف بها من إشتترطت عليه كان من حق المشتترط فسخ العقد، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين وهو مذهب الحنابلة والأوزاعي وإسحاق بن راهوية<sup>2</sup>، وهو إختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم<sup>3</sup>.

-الرأي الثاني: قالوا بأن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية<sup>4</sup>، والشافعية وبعض الفقهاء؛ لأن القاعدة عندهم: أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد، ولا مؤكداً لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع ما

<sup>1</sup> رقم القرار: غير موجود، بتاريخ 1971/03/03، صادر عن المحكمة العليا غ أش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972، ص 39.

<sup>2</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج9 (ط: 3؛ السعودية: دار عالم الكتب للطباعة، 1997)، ص 483.

<sup>3</sup> أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1987)، ص 461.

<sup>4</sup> محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن. (ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1981)، ص 81.

يدل على وجوب الوفاء به فيكون شرطاً لاغياً، ولا تأثير له في صحة العقد<sup>1</sup>، واستدلوا بقول الرسول ﷺ: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ فَمَنْ شَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ شَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ، إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>2</sup>، وبذلك فإن أي شرط لا يوجد دليل عنه في كتاب الله فهو باطل.

-**الرأي الثالث:** أن هذه الشروط مكروهة وأن الوفاء بها غير لازم، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتملك ونحوه، وهو مذهب المالكية<sup>3</sup>.

والرأي الذي نميل إليه ونرجحه هو رأي المالكية الذي يقول بالكراهية وعدم الإستحباب، لأن حق تعدد الزواج هو حق أصيل وشرعي للزوج، فلا يمكن أن نمنعه من التعدد بوضع قيود تعجزه عن ذلك، لأن حاجة الزوج للتعدد قد تظهر بعد زواجه بالأولى التي وضعت له شرط منع التعدد، فهي حاجة نفسية ورغبة لا بد للزوج أن يكبحها بما حلل الله له، وخاصة إذا كان الزوج قادراً على العدل بين زوجاته.

**ب-موقف قانون الأسرة الجزائري:**

لقد أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 19 ق.س حرية الاشتراط للزوجين في عقد الزواج حيث نصت (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية..)، إلا أنه قد قيد الشروط التي يضعها الزوجان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أن تكون غير مخالف للشرع ولأعراف الناس بنصها (..ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، والمعلوم أن قانون الأسرة أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> الغزالي أبو حامد، الوسيط في المذهب، تحقيق: محمد محمد تامر، ج 5 (ط: 1؛ مصر: دار السلام، 1999)، ص 229.

<sup>2</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 1 (ط: 1؛ د. م: دار طوق النجاة، 1422هـ)، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ص 98، رقم الحديث (456).

<sup>3</sup> الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح الموطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، ج 5 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999)، ص 68.

كما نجد أيضاً أن المشرع قد ذكر شرطين لصالح الزوجة على سبيل المثال لا الحصر يمكن أن تضعهما، وهو شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، والذي أضافهما بموجب التعديل الأخير بالأمر 02/05.

**فشرط عدم الزواج على الزوجة صار معتبراً من الناحية القانونية، فإذا إشتطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، وإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط<sup>1</sup>.**

ويبدو أن التعديل الجديد قد تأثر برأي الحنابلة في الموضوع، حيث يجيزون هذا الشرط، فإذا إشتطت عليه ألا يتزوج عليها فوافق لزمه الشرط، أما بحسب رأي المالكية فإن هذا الشرط غير لازم<sup>2</sup>.

**ثانياً: موقف الفقه من مسألة إشتراط المرأة عدم الإنجاب وقانون الأسرة الجزائري في ذلك**  
لقد أمر الإسلام بالزواج لأنه وسيلة إلى مقصد شرعي عظيم، وهو المحافظة على النسل وإنجاب الأولاد الصالحين، ولولا الزواج لما بقي النسل البشري على وجه الأرض.  
وقد ظهر في الوقت الحاضر رغبة بعض الأزواج في النكاح مع عدم الإنجاب، مما قد تشتط الزوجة على زوجها عدم إنجاب الذرية، فما مدى أحقية الزوجة إشتراط هذا الشرط فقهاً وقانوناً؟ وهل لها الحق المطالبة بالتطبيق نظير مخالفة الزوج هذا الشرط؟.

**أ-موقف الفقه من مسألة إشتراط الزوجة عدم الإنجاب:** إذا كان اشتراط عدم الإنجاب من قبل الزوجة أو وليها، ورضي الزوج بهذا الشرط وطالبت الزوجة بعدم الحمل والإنجاب، ومنعها من إتخاذ الوسائل المسببة لمنع الحمل، فأرادت فراق زوجها قبل حملها، أو بعدما حملت فإن الزوجة لا تملك مخاصمة زوجها ومطالبته قضاء بفسخ النكاح بسبب عدم وفاء

<sup>1</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 130.

<sup>2</sup> محمد الكبشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي. (ط: 5؛ المغرب: د. ن، 2003)، ص 142. (بتصرف).



الزوج بالشرط؛ لأن هذا الشرط يعد من الشروط الباطلة؛ لمنافاته مقصداً عظيماً من مقاصد النكاح الشرعية، وهو إنجاب الأولاد وتكثير النسل في أمة محمد ﷺ.<sup>1</sup>

ب-موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة إشتراط الزوجة عدم الإنجاب: بالرجوع لنص المادة 19 من قانون الأسرة لا نجدها تتكلم عن حكم إشتراط الزوجة على زوجها عدم إنجاب الذرية، إلا أنه من خلال فحوى المادة يمكن أن نستنتج أن المشرع الجزائري يمنع إشتراط الزوجة على زوجها عدم الإنجاب ومنعه من حق الأبناء والتناسل، حيث جاء في المادة (يجوز للزوجين أن يشترطا ... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وبالضبط إلى المادة 4 نجدها قد عرفت الزواج (الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب)، فجاءت العبارة الأخيرة أن من بين أهداف الزواج والتي يسعى هذا القانون إلى تحقيقها هو المحافظة على الأنساب وذلك بالتناسل، وأن يكون ثمارُ هذا الزواج إنجابَ الذرية.

وبذلك فإشتراط الزوجة على زوجها عدم الإنجاب يعد شرطاً يتناقض مع أحكام قانون الأسرة، فهو يعد شرطاً باطلاً، وهذا الذي نميل إليه ونرجحه؛ لأن شرط عدم إنجاب الذرية يتناقض مع أصل وجود الزواج وهو المحافظة على الأنساب، لأنه لولا وجود الزواج وإنجاب الذرية لما وجدنا نحن اليوم، لذا لا يحق للزوجة المطالبة بهذا الشرط، لأن الذرية قرّة العين فلا يجوز حرمان الزوج من التنعم بهذه النعمة.

والذي يعزز هذا الرأي هو نص المادة 35 ق. س بنصها (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً)، وإشتراط الزوجة عدم الإنجاب يعد شرطاً ينافي عقد الزواج وهو المحافظة على الأنساب بالتكاثر، وبالتالي فالشرط باطل والعقد صحيحاً.

<sup>1</sup> عبد الله بن فهد بن إبراهيم الحيد، إشتراط عدم الإنجاب في عقد النكاح، مجلة العدل، العدد 57، السعودية، د. ن، السنة 15، محرم 1434، ص 146.

3-موقف الفقه من مسألة إشتراط الزوجة جعل العصمة بيدها: لأهمية عقد الزواج جعل الشرع له شروطاً لا يتم العقد إلا بها، كما أتاح أيضاً للمتعاقدين في عقد الزواج اشتراط ما يكون فيه مصلحة لهما أو لأحدهما، وأوجب على الطرف الآخر الوفاء بهذه الشروط. ومن الشروط التي تشترطها المرأة على زوجها في العقد؛ إشتراط جعل عصمة النكاح بيدها، فتطلق نفسها متى شاءت دون الرجوع إلى زوجها. فما مدى شرعية مطالبة الزوجة بشرط جعل عصمة النكاح بيدها؟ وهل يحق لها المطالبة بالتطليق إذا خالف الزوج هذا الشرط؟.

#### أ-القائلون بجواز إشتراط المرأة بجعل عصمة النكاح بيدها:

يرى الحنفية أنه يحق للمرأة أن تشترط عصمة النكاح أثناء العقد، أو يشترط وليها ذلك؛ كأن يقول للخاطب: (زوجتك ابنتي على أن تكون عصمة الزواج بيدها). وإذا تم الشرط لزم الرجل الوفاء به، فإذا أسقطت الزوجة حقها من الشرط جاز، ووجود العصمة في يد الزوجة لا يضيف شيئاً لها سوى حق تطليق نفسها، ولا يعني ذلك سلب حق الزوج في تطليق زوجته، أو إلغاء قوامته عليها<sup>1</sup>.

#### ب-القائلون بعدم جواز إشتراط المرأة بجعل عصمة النكاح بيدها مع صحة عقد النكاح:

يرى أصحاب هذا القول أنه لا يجوز للمرأة أن تشترط عصمة النكاح أثناء العقد، وإذا إشتطرت فالشرط باطل، والعقد صحيح<sup>2</sup>. فالملكية يرون أن هذا الشرط غير صحيح، ويفسخ العقد قبل الدخول، ويثبت العقد بعد الدخول وللزوجة المهر مع سقوط الشرط لفساده<sup>3</sup>، والحنابلة يرون أن مثل هذا الشرط باطل في نفسه، والعقد صحيح<sup>4</sup>.

#### ج-القائلون بعدم جواز إشتراط المرأة جعل عصمة النكاح بيدها مع فساد عقد النكاح:

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج19 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 1406هـ)، ص 124.

<sup>2</sup> محمد بن يوسف العبدري، المرجع السابق، ج5، ص 81.

<sup>3</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>4</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج7، مكتبة القاهرة، ص 82.

يرى الشافعية<sup>1</sup> أنه لا يجوز للمرأة أن تشتترط جعل عصمة النكاح في أثناء العقد، وإذا اشترطته؛ فالشرط باطل، ويبطل به العقد.

**الترجيح:** بعد عرض مسألة إشتراط المرأة جعل العصمة بيدها لأقوال الفقهاء يتضح لي أن الرأي الراجح والذي يكون الأولى بتطبيقه في الجزائر، هو الرأي الثاني القائل بعدم جواز المرأة إشتراط جعل عصمة النكاح بيدها، لأسباب عدة:

- أن هذا الشرط يتعارض مع مبدأ القوامة الزوجية التي أقرها الشرع للزوج لمقاصد سامية لا بد منها، وسداً لذريعة تغيير المراكز الإجتماعية للزوجين فيها، وسداً لذريعة إزدياد حالات التفكك في المجتمع الجزائري، لا يعمل بهذا الشرط، قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ... ٣٤﴾ [النساء: 34].

- إذا جعل الطلاق بيد المرأة قد يؤدي إلى إضطراب المجتمع؛ إذ أن المرأة سريعة الإنفعال ورقيقة العواطف، تستخدم عاطفتها في أغلب تصرفاتها، فقد تطلق زوجها لأدنى الأسباب من غير تأمل أو رؤية، مما يؤدي إلى سوء العشرة بين الزوجين.

- أن نسبة الطلاق في الجزائر هي في تزايد رهيب، وبالتالي نحن في حاجة إلى إيجاد حلول للحد من حالات فك الرابطة الزوجية في أوساط المجتمع الجزائري، وفتح المجال أمام النساء لجعل العصمة بيدهن يزيد من تفاقم حالات فك الرابطة الزوجية، ونحن في غنى عنها، فنسبة التطلاق والخلع في بلادنا تنذر بالخطر فلا بد من صمام أمان للحد من تزايدها، ولا يكون ذلك إلا بضبط أحكام فك الرابطة الزوجية، وتضييق حالاتها إلى أبعد الحدود.

- أن المرأة إذا وقع عليها ضرر من زوجها أو بغضها له أو أحست بسوء العشرة فلها أن تخالع زوجها، وبالتالي مجال الفرقة موجود قد تلجأ إليه وقت الحاجة، أما العصمة نتركها لمن هو أحق بها.

<sup>1</sup> علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مطرجي، ج9 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1414هـ)، ص 506.

3- ذكر التناقض الحاصل في المادة 32 و35 المتعلقة بالإشتراط في عقد الزواج: بالرجوع إلى مواد الفسخ وبالضبط في المادتين 32 و35 من قانون الأسرة اللتين لهما علاقة بالشروط المقترنة بعقد الزواج، وبعد إستقراءها يتضح تضارب بين المادتين مما يستلزم معالجتهم، وقبل أن نبدأ في تحليل المادتين نوضح أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج ثم إسقاطها على المادتين لتوضيح التضارب فيما بينها وإزالته وفقاً لما يلي:

أ- **الشروط الموافقة لمقتضى العقد:** كإشتراط الزوجة العشرة بالمعروف، أو الإنفاق والكسوة والسكنى، أو تعجيل بعض المهر فقد اتفق الفقهاء على صحة هذا النوع من الشروط<sup>1</sup>، إذ أن هذه الشروط من قبل التأكيد والتوثيق لأمر مقرر شرعاً؛ لزيادة الضمان في سبيل الحصول عليها.

ب- **شروط فيها منفعة للزوجين وليست من مقتضى العقد:**

وهي الشروط التي لم يرد النهي عنها فهي لا تنافي مقصود النكاح، ولا تخالف ما قرره الشرع، كإشتراطها إقامتها مع زوجها في البلد الذي يسكن فيه أهلها، أو أن تستمر في عملها الذي تبيحه الشريعة<sup>2</sup>.

ج- **الشروط المنافية للعقد:**

وهذه الشروط على نوعين:

1- **شروط منافية لمقتضى العقد:** وهي الشروط التي تنافي مقتضيات ومتطلبات قيام عقد الزواج، ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها أن لا تطيعه، والطاعة الزوجية من أحكام الزواج ومتطلبات الإستقرار الأسري، أو أن تشترط أن تجعل عصمة النكاح بيدها، أو أن يشترط الزوج على زوجته إسقاط المهر أو النفقة؛ فقال الحنفية<sup>3</sup> عنها أن يبطل الشرط ويصح العقد، لأن هذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده.

<sup>1</sup> عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. (د. ط؛ الأردن: دار النفائس، 1997)، ص 180.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 184.

<sup>3</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 7 (د. ط؛ مصر: مكتبة القاهرة، 1388هـ)، ص 72.

2- شروط منافية لأصل العقد؛ أو ما ينافي المقصد الأصلي للنكاح وهو المعاشرة بالمعروف، وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، كأن تشترط عليه أن لا يطأها أو ما يسمى بشرط عدم الحل، وقد اتفق الفقهاء على عدم صحتها لإخلالها بمقصد النكاح<sup>1</sup>، وهي شروط باطلة في نفسها ومبطلّة للعقد من أصله كونها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده<sup>2</sup>.

-موقف قانون الأسرة في المادتين 32، 35 من مسألة الإشتراط المباح والمحظور: نجد أن الشق الثاني من المادة 32 قد رتب البطلان بوجود شرط يتنافى مع مقتضيات العقد بنصه (يبطل الزواج إذا اشتمل على... شرط يتنافى ومقتضيات العقد)، في حين قد رتبت المادة 35 ق.س.س. تصحيح العقد بإبطال الشرط وإبقاء عقد الزواج صحيحاً بنصها (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً)، وهذا تناقض بين المادتين، والمخرج هو التمييز بين الشروط المقترنة بعقد الزواج، هناك شروط تتنافى مع أصل العقد كإشتراط المرأة عدم الحل (عدم الوطء) فهنا العقد باطلٌ لأن الشرط يتنافى مع أصل وجود عقد الزواج هو إنجاب الذرية وإستمتاع كل من الزوجين بالآخر، والنوع الثاني من الشروط المقترنة شروط تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج أي متطلباته، كإشتراط الزوج إسقاط المهر أو إسقاط النفقة، فهذا الشرط يتنافى مع مقتضيات ومتطلبات عقد الزواج، لأن من متطلبات قيام عقد الزواج وجود المهر وكذا النفقة، وبالتالي يكون الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

وبالتالي لإزالة التناقض بين المادتين يتم صياغة المادة 32 (يبطل الزواج إذا اشتمل على ... شرط يتنافى مع أصل العقد)، كإشتراط عدم الحل، وتصبح المادة 35 (إذا اقترن عقد الزواج بشرط يتنافى مع مقتضيات العقد كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً)، وبهذا يزول التناقض بين المادتين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص181.

<sup>2</sup> علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط. (د. ط؛ مصر: دار الجامعة الجديدة، 2005)، ص 14.

<sup>3</sup> هشام ذبيح، إشكالية الزواج الفاسد والباطل في ظل قانون الأسرة الجزائري، ملتقى وطني حول: المسائل المقترحة تعديلها في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، منظم من طرف: قسم الحقوق، بمقر الكلية، جامعة علي لونيبي - البلدية 2-، يومي 24-25/05/2017، ص 9-10.

## المطلب الرابع

### الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها قانوناً

قد يرتكب الزوج بعض الأفعال معاقب عليها قانوناً، وتلك الأفعال قد تحدث للزوجة ضرراً قد يمس بشخصيتها وسمعتها، أو تصبح الزوجة غير قادرة على الإستمرار في الحياة الزوجية بعد إرتكاب ذلك الفعل المشين من طرف زوجها، مما يدفعها إلى المطالبة بالفرقة بطريق التطلاق، جراء إرتكاب الزوج الجريمة. فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطلاق نظير إرتكاب الزوج جريمة معاقب عليها جزائياً؟ وما هي الشروط الواجب توفرها لتقرير حقها في ذلك؟.

ويتم معالج المطلب الرابع من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التطلاق للحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة واستقرارها.

الفرع الثاني: التطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة.

الفرع الأول: التطلاق للحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة واستقرارها

بالرجوع إلى المادة 53 ق أ في فقرتها 4 يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق في مطالبة التطلاق في حالة الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار الحياة الزوجية، فهل الفقه قد منح للزوجة هذا الحق أم له رأي مخالف لذلك؟. أولاً-الموقف الفقهي والقانوني لفك الرابطة الزوجية لصالح الزوجة نظير إرتكاب الزوج جريمة:

قد يرتكب الزوج جريمة ويتم القبض عليه ويصدر حكم بالسجن أو بالحبس في حقه. فهل يحق للزوجة المطالبة بالفرقة نتيجة ذلك شرعاً وقانوناً؟

-الموقف الفقهي: إذا حبس الزوج لإرتكابه جريمة معينة للفقهاء رثيان حول مصير العلاقة الزوجية كما يلي:

-الرأي الأول: وهو مذهب الحنفية والشافعية<sup>1</sup> قالوا بعدم جواز التفريق بالحبس؛

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 331.

-الرأي الثاني: وهو مذهب المالكية والحنابلة<sup>1</sup> قالوا بجواز التفريق للحبس.

-**الموقف القانوني:** إتجه موقف قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة 53 ق. س إلى جواز مطالبة الزوجة التطلق بسبب الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة وإستقرارها، مما يتضح أنه أخذ بقول المالكية في ذلك، إلا أن قانون الأسرة إشتراط أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وإستقرارها، حيث جاء في نص المادة (يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية)، ومن خلال هذه الفقرة يتضح أن الزوجة لا يحكم لها بالتطلق لإرتكاب الزوج الجريمة مباشرة، إلا أنه لا بد من توفر مجموعة من الشروط نوضحها أدناه.

**ثانياً- الشروط الواجب توفرها للحكم للزوجة بالتطلق لإرتكاب زوجها الجريمة:**

عند تمعن المادة 53 الفقرة 4 نجدها قد وضعت مجموعة من الشروط لكي يحكم للزوجة بالتطلق لصالحها نتيجة إرتكاب زوجها الجريمة المعاقب عليها قانوناً، وغياب بعض الشروط يمنع الزوجة الحكم لها بالتطلق، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

**1- صدور حكم بالتجريم:** أي أنه لا بد أن تصدر عقوبة على جريمة إرتكبتها الزوجة، وهنا يجب أن يكون الفعل الذي إرتكبه الزوج مجزماً قانوناً، أي معاقب عليه بنص القانون، فلا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص، فإذا لم يصدر حكم يجرم الزوج لا يمكن للزوجة أن تطالب بالتطلق لضرار المساس بشرف الأسرة، ومصطلح جريمة يدل على أن الفعل المرتكب لا بد أن يوصف بوصف الجريمة تصنف مع القضايا الجنائية، فإن كان الفعل جنحة أو مخالفة لا يعتد بدعوى الزوجة.

**2- طبيعة الحكم:** يجب أن يكون الحكم نهائياً أي أن يكون الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، استنفذ جميع طرق الطعن حتى يمكن الإحتجاج به، وعليها أن تقدم نسخة من هذا الحكم للإثبات.

**3- نوع الجريمة:** أي أن تكون الجريمة المحكوم بها على الزوج جريمة مشينة، أي من الجرائم

<sup>1</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج4، ص 82.

التي يشتمز لها المجتمع ومنافية لأخلاقه<sup>1</sup>، فيجب أن تكون الجريمة المرتكبة ماسة بشرف الأسرة، حيث تشعر الزوجة بأنها مست بعمق في كرامتها وحرمتها وقيمتها الإجتماعية، وهنا المشرع عمم اللفظ إذ يصعب الإلزام وحصر الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فشرف الأسرة يتسع لأكثر من أمر، وأنه يصعب حصرها كلها على أساس أن معظم الجرائم سواء أكانت الأخلاقية أم التي تمس بالأموال هي جرائم تمس بشرف الأسرة.

**4- أثر الجريمة على العلاقة الزوجية:** أي يجب أن تكون الجريمة المعاقب عليها قرينة على إستحالة مواصلة العشرة الزوجية، وذلك يعني أن تتوتر العلاقة بين الزوجين بسبب هاته الجريمة، وتؤدي إلى زعزعة الثقة بين الزوجين، وتتحول المودة والرحمة بين الزوجين إلى كره وبغض وتتحول السعادة إلى شقاء وتندم السكينة والإطمئنان<sup>2</sup>.

مما يتضح أن الحكم بالتطليق للزوجة بسبب إرتكاب الزوج لجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار العشرة الزوجية، يرجع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه، فإذا تحققت الشروط السابقة الذكر رجع الأمر للقاضي للنظر فيها ثم إصدار حكم بما طلبت الزوجة ما ثبت صحة دعواها، كما يرجع للقاضي مراقبة الوقائع المقحمة من طرف الزوجة لاعتبار الجريمة ماسة بشرف الأسرة أم لا. ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من القواعد، حيث نصت المادة 451 "يعاين القاضي ويعطي وصفاً للوقائع المعتمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقاً لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذاً في عين الاعتبار الظروف التي يُقدم فيها، ويمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ناجعة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال إلى المعاينة، ويتعين على القاضي تسبب الإجراءات المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية..".

**-ملاحظات على الفقرة 4 من المادة 53 ق. س:**

<sup>1</sup> سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017، ص 287.

<sup>2</sup> خليل عمرو، المرجع السابق، ص 15.



1- لم يفرق المشرع بين أن تكون العقوبة نافذة أو موقوفة التنفيذ، إلا أنه يمكن إستخلاص موقف المشرع من خلال التعديل بين الفقرة 4 من المادة 53 قبل التعديل وبعده، حيث أن المشرع قبل التعديل كان ينص على مصطلح "جريمة مقيدة للحرية"، لكن بعد التعديل ألغى هذا المصطلح مما يتضح أن حق الزوجة في التطلاق يكون بصدور حكم سواء أكان نافذاً أم موقوف التنفيذ، وما يهم في الحكم هو أن يتعلق بجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معه إستمرار العشرة الزوجية، أي ركز على الجانب المعنوي الذي يمس بالمرأة نتيجة فعل الزوج.

أي أن المشرع كان يقصد دفع الضرر المعنوي بسبب إدانة زوجها بعقوبة مست بشرفها أو تمنعها من مواصلة العشرة الزوجية التي تسودها المودة والرحمة والألفة، والتي هي هدف من أهداف الزواج، والتي عكرت صفوها الجريمة المرتكبة.

-لم يشترط المشرع إقامة الزوج في المؤسسة العقابية، لأنه من الممكن أن يحكم عليه بالحبس مع وقف التنفيذ، ومن الممكن أن يحكم عليه بجريمة ثم يصدر حكم بالعفو العام أو الخاص، مما يتضح أن المشرع كان يركز على مسألة المساس بشرف الزوجة وسمعتها أكثر من بعد الزوج أو قربه من زوجته نتيجة حبسه.

-لم يحدد مدة العقوبة الصادرة في حق الزوج لإرتكابه الجريمة، مع أن النص القديم كان يحددها بمدة سنة فما أكثر، حيث أن النص القديم هو الأقرب لقول المالكية الذين يشترطون مدة السنة فأكثر، فلماذا ألغى المشرع المدة مع أن قول المالكية الذي أخذ به المشرع يشترط ذلك؟، كما لم يحدد المشرع الوصف القانوني للجريمة هل هي جنائية أو جنحة.

-الفقرة 4 من م 53 ق. س جاءت عامة ولم تضبط أنواع الجرائم التي تمس بشرف الأسرة وهي عديدة ومتنوعة منها جرائم أخلاقية التي هي من النظام العام والآداب العامة كإرتكاب الفواحش وشرب الخمر ومنها جرائم تمس بالأموال كالنصب والإحتيال والسرقه وتجارة المخدرات أو جرائم تمس بالأشخاص كالقتل... .

-الملاحظ أن المادة 53 في الفقرة 4 أتت بمصطلح "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة" ثم في الفقرة 7 تنص على سبب آخر هو أيضاً يمس بشرف الأسرة وهو "إرتكاب فاحشة مبينة"، وأن

هذا السبب لا يمكن للزوجة أن تطالب به إلا بصدر حكم يدين الزوج بالفاحشة، ثمة يمكن للزوجة أن تثبت صحة دعواها بالحكم القضائي المثبت للإدانة بالجريمة المرتكبة التي تمس بالشرف، مما يكون المشرع قد وقع في نوع من التكرار لسبب من أسباب التطبيق، فكان على المشرع أن يضمن إرتكاب الزوج فاحشة مبينة تحت الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فإذا أبقاها لأبد من تفسيره للفاحشة المبينة، وهو ما سنوضحه أدناه.

### الفرع الثاني: التطبيق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

بالرجوع إلى المادة 53 الفقرة 7 نجدها قد وضعت سبباً آخر من الأسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب من خلالها التطبيق، وهو "إرتكاب الزوج فاحشة مبينة"، والتي تشمل الأفعال المخلة بالحياء مع أن المشرع لم يبين ما المقصود بالفاحشة المبينة وما هي الأفعال التي تشملها، حيث جاء في المادة (يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لارتكاب فاحشة مبينة).

ما المقصود بالفاحشة المبينة وعلاقتها بالجرائم الأخلاقية؟ وما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق لارتكاب زوجها الفاحشة المبينة؟.

#### -المقصود بالفاحشة المبينة:

الفاحشة لغةً: فاحشة وفحش: كل شيء جاوز حده فهو فاحش<sup>1</sup>. والفحش: هو القبيح الشنيع من قول أو فعل<sup>2</sup>.

اصطلاحاً: هي الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة، أو جسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف، والضمير الاجتماعي<sup>3</sup>.

-معنى الفاحشة في الدين: بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية نجد آيات وأحاديث تدل على أن الفاحشة هي فعل الزنا، حيث قال ابن الأثير: وكثيراً ما ترد الفاحشة بمعنى الزنى، ويسمى الزنى فاحشةً، قال الله تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...﴾ [الطلاق: 1]، وقال أيضاً: ﴿... وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَتَذَهَبْنَ بِبَعْضِ مَا

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (د. ط؛ لبنان: دار المعاجم، 1989)، ص 433.

<sup>2</sup> إبراهيم منكور، معجم الوجيز. (ط: 1؛ مصر: دار الهندسية، 1980)، ص 305.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع سابق، ج1، 2004، ص 305.

آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ... ١٩ ﴿ [النساء: 19]، وقال أيضاً: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ... ٣٠﴾ [الأحزاب: 30]، قيل الفاحشة المبيينة أن تزني فتخرج للحد<sup>1</sup>.

وقال ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُحْشَ أَوْ يُبْغِضُ الْفَاحِشَ وَالْمُتَقَحِّشَ»<sup>2</sup> فالفاحش ذو الفحش والزنا من قول أو فعل، والمُتَقَحِّش الذي يتكلف سب الناس ويتعمده، وقد تكرر ذكر الفحش والفاحشة في الحديث، وهو كل ما يشدد قبحه من الذنوب والمعاصي<sup>3</sup>.

كما جاء معنى الفاحشة في موضع آخر في القرآن الكريم بمعنى الشذوذ الجنسي بإرتكاب فعل اللواط، حيث قال تعالى: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ ٨٠ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ ٨١﴾ [الأعراف: 80-81]، يخبر بذلك تعالى ذكره عن لوط أنه قال لقومه، توبيخاً منه لهم على فعلهم: إنكم، أيها القوم، لتأتون الرجال في أدبارهم، شهوة منكم لذلك، من دون الذي أباحه الله لكم وأحلّه من النساء (بل أنتم قوم مسرفون)، يقول: إنكم لقوم تأتون ما حرم الله عليكم، وتعصونه بفعلكم هذا<sup>4</sup>.

مما يتضح أن المقصود بالفاحشة شرعاً هو كل فعل مخل بالحياء سواء أكان زناً أم لواط أم غيرها من الأفعال الجنسية المحرمة شرعاً.

-معنى الفاحشة قانوناً: بالرجوع إلى الفقرة 7 من المادة 53 قانون الأسرة، نجدتها قد أتت بلفظ عام للفاحشة دون تحديد نوع الفعل المرتكب حيث نصت (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لإرتكاب فاحشة مبيينة)، ولعل مصطلح الفاحشة المبيينة الوارد في نص المادة مستمد من القرآن الكريم حيث قال الله تعالى ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَاعَفْ

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج38، ص 3355.

<sup>2</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 11 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ، ص63، رقم الحديث (6514).

<sup>3</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج38، ص 3355.

<sup>4</sup> أبو جعفر الطبري ت 310هـ، تفسير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج 12 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000)، ص 548.

لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ... ٣٠ ﴿ [الأحزاب: 30] أي من يزن منكنّ الزنا المعروف الذي أوجب الله عليه الحدّ، (يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ) على فجورها في الآخرة (ضِعْفَيْنِ) على فجور أزواج الناس غيرهم<sup>1</sup>، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ٣٢﴾ [الإسراء: 32] وبهذا لعلّ المشرع يقصد بالفاحشة المبينة فعل الزنا، وأخرج الأفعال الأخرى وصنفها من باب الأفعال التي تمس بشرف الأسرة.

كما أن الزنا يمس مباشرة بالعلاقة الزوجية، إذا تحدثت الخيانة الزوجية توتراً في العلاقة بين الزوجين وفقدان الثقة والمودة المتبادلة بينهما، ولعلّ المشرع قد أخرج الفاحشة المبينة في سبب لوحدها ولم يضمها للسبب الرابع المتمثل في الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة، مما يتضح أن الجرائم الأخلاقية الأخرى والجرائم الواقعة على الأموال وعلى الأشخاص صنفها أنها تمس بشرف الأسرة ككل أكثر من أنها تمس بالعلاقة الزوجية فقط، أما جريمة الزنا فهي تمس مباشرة بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة.

والتفسير الأقرب الذي يعتمد عليه المشرع في تعريف جريمة الفاحشة المبينة وهو المعنى الوارد في قانون العقوبات في المادة 337 مكرر الذي يعتبر زنا المحارم هو الفاحشة أما الجرائم الأخلاقية الأخرى إعتبرها جرائم مخلةً بالحياة كالزنا والإغتصاب واللواط والتحرش الجنسي وغيرها، وهذا معنى نص المادة سالفه الذكر والتي أتى فيها مايلي: (تعتبر من الفواحش بين المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين: الأقارب من الفروع والأصول- الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم...)، وهو ما سنوضحه أكثر في إجراءات التطبيق لإرتكاب الفاحشة المبينة أدناه.

#### -شروط التطبيق لإرتكاب فاحشة مبينة:

أعطت الفقرة 7 من م53 ق. س إمكانية الزوجة التطبيق لإرتكاب زوجها للفاحشة المبينة، إلا أنه لا يحكم لها بالتطبيق نتيجة ذلك إلا بتوفر مجموعة من الشروط هي كالاتي:

**1- نوع الفعل المرتكب:** أن يكون هذا الفعل مخلاً بالحياة والآداب العامة، أي كل فعل منافٍ

<sup>1</sup> أبو جعفر الطبري ت 310هـ، المرجع السابق، ج20، ص 255.

لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر مع أن المادة لم تحدد نوع الفعل وإنما أعطت له وصف الفُحْشِ والأقرب كما قلنا زنا المحارم، وسوف نوضح ذلك أكثر أدناه.

**2- العلاقة الزوجية:** أي يجب أن يكون هذا الفعل مرتكباً من طرف الزوج الذي يربطه بالزوجة رافعة دعوى التطلق للفاحشة المرتكبة عقد زواج صحيح، ويكون عقداً شرعياً ورسمياً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه وقت رفع الزوجة دعوى التطلق.

وبذلك فلا تقبل الزوجة دعواها إذا كان عقد زواجها باطلاً<sup>1</sup> أو إنتهت عدة طلاقها الرجعي فأصبح طلاقها بائناً، وبالتالي فهي أجنبية عن زوجها لا يحق لها المطالبة بالتطلق لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما.

**3- أن يكون الفعل المرتكب بَيِّناً وواضحاً:** أي يجب أن يكون للفاحشة المرتكبة المدعى بها من طرف الزوجة دليلٌ يثبت ارتكاب الزوج تلك الفاحشة، وبعد إكتشاف الفعل المرتكب يتم تصنيف الفعل هل هو خيانة زوجية المتمثلة في جريمة الزنا أو الجرائم الأخلاقية الأخرى؟ لذا جاء في الفقرة 7 مصطلح " ... فاحشة مبيّنة".

**-ملاحظة:** ما يلاحظ على قانون الأسرة في المادة 53 الفقرة 7 أنه لا يوافق في هذا النص مع أي مذهب في الفقه الإسلامي، وذلك لأن الشريعة لم تجعل من لوازم ارتكاب الزنا أو أي فاحشة أخرى ثبوت الحق للزوجة في التطلق<sup>2</sup>.

حيث أن الفقه الإسلامي يركز على مسألة ارتكاب الجريمة وحبس الزوج كعقوبة عن الفعل المرتكب في الجرائم الأخرى، ثمة يحدث الضرر للزوجة نظير الفراق الذي سيحصل بين الزوجين وغياب الزوج عن زوجته، فذهب الفقه إلى حق الزوجة المطالبة بالفرقة لتضررها من فراق زوجها لحبسه، أما في الزنا فعقوبة الزاني المحصن هو الرجم حتى الموت، فإذا ثبت في القضاء الشرعي ارتكاب الزوج فعل الزنا يطبق عليه الحد الشرعي للزاني وهو الرجم.

<sup>1</sup> نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 141.(بتصرف).

<sup>2</sup> عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006، ص 21.

وبالتالي لا مجال للزوجة المطالبة بالفرقة بسبب زنا زوجها شرعاً، لأن مصير العلاقة الزوجية هو الإنحلال بسبب وفاة زوجها نتيجة تطبيق حد الزاني المحصن، ولعل سبب سلوك المشرع هذا المنهج هو تعطيل الحكم الشرعي في حد الزاني، وإستبداله بعقوبة مخالفة للشرع، حيث تكون عقوبته في المادة 339 من قانون العقوبات الحبس من سنة إلى سنتين (...يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين...)، مما يدفع الزوجة المطالبة بالتطليق لمفارقة زوجها بسبب الفاحشة، والذي ركز فيه المشرع على الضرر المعنوي وهو الفعل المخل بالحياء المناقض للأخلاق، على أساس أن فاحشة الزنا تمس بالصلة الوثيقة بين الزوجين، والمودة التي بني عليها الزواج، والخيانة الزوجية تفك أوصل العلاقة الزوجية المتينة.

كما أن هناك تفسيراً ثانياً للفقرة 7 والتي جعل فيها المشرع سبب إرتكاب الزوج الفاحشة المبينة سبباً مستقلاً عن الجرائم الماسة بشرف الأسرة المذكورة في الفقرة 4، والقول بأن الفاحشة هي جريمة الزنا، فنجد أن المشرع خصها بالفقرة 7 لأن هذه الجريمة لها حالات خاصة ومن بين حالاتها الإثبات المقيد، لأن جريمة الزنا تثبت بوسائل محددة في قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup>، وهي الإقرار، والشهود ومحضر الضبطية القضائية في حالة التلبس بجريمة الزنا، أما الجرائم الأخلاقية الأخرى فقد فتح القانون حرية الإثبات وفقاً للمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية، لذا خصها بالفقرة 4 وسماها بالجرائم الماسة بشرف الأسرة إلى جانب جرائم الأموال وجرائم الأشخاص.

- كان على المشرع الجزائري أن يكتفي بالفقرة 4 من المادة 53 ق.س والتي نصت (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للحكم على الزوج بجريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار العشرة الزوجية)، حيث أن الجرائم الماسة بشرف الأسرة من بينها الجرائم الماسة بالأخلاق، والتي تعد فاحشة الزنا من بين تلك الجرائم الأخلاقية، وما دامت جريمة الزنا تمس بشرف الأسرة والتي تعد الزوجة عضواً فيه، لها الحق المطالبة بالتطليق لزنا زوجها، بعد صدور حكم يجرم الزوج بالفاحشة، وبذلك لا حاجة لنا من ذكر السبب السابع والمتمثل في إرتكاب فاحشة مبينة.

<sup>1</sup> الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن: قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بالقانون 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثانية 1438 الموافق لـ: 27 مارس 2017. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 20، 2017).

## خلاصة الفصل الأول

بعدما عالجتنا في هذا الفصل الإطار المفاهيمي للتطبيق وذكرنا أهم أحكامه، وقمنا بدراسة أسباب التطبيق المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة، بدراسة شرعية قانونية قضائية حالة بحالة وأكملنا تسعة أسباب للتطبيق، وتركنا السبب الأخير للفصل الثاني بسبب الترتيب المنهجي والتقسيم الموضوعي، وبهذا كنا قد توصلنا لأهم النتائج الآتية:

-التطبيق حق للزوجة كطريق لفك الرابطة الزوجية، عالجه قانون الأسرة في المادة 53 منه وعدد فيه عشرة أسباب، مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، والدليل هو الفقرة الأخير من هذه المادة فتحت المجال للزوجة على طلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً.

-تفويض الطلاق للزوجة حق لها يمكن من خلاله أن تلجأ إليه للمطالبة بفك الرابطة الزوجية وهو وارد شرعاً، إلا أن الملاحظ أن قانون الأسرة لم ينص عليه، ويمكن إسقاطه على نص المادة 19 ق.س بأن تجعله الزوجة من باب الإشتراط في عقد الزواج، واللجوء إلى أحكامه إستناداً للمادة 222 التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية.

-الطبيعة الشرعية للتطبيق اختلف فيها الفقهاء هل هي طلاق أم فسخ، في حين نجد أن قانون الأسرة قد جعل التطبيق تحت باب الطلاق بموجب المادة 48 ق.س.

-للزوجة الحق في التطبيق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية أو بسبب العيوب التي تحول دون حصول الولد وكذا الشقاق أو بسبب مخالفة أحكام مواد قانون الأسرة 8 و19 أو بسبب ارتكاب الزوج جريمة معاقباً عليها قانوناً.

-يحق للزوجة المطالبة بالتطبيق لعدم إنفاق زوجها عليها متى ثبت ذلك بحكم قضائي، وبموجب محضر الإمتناع عن النفقة المحرر من قبل المحضر القضائي، وكانت الزوجة غير عالمة بإعسار زوجها وقت العقد.

-يحق للزوجة المطالبة بالتطبيق للهجر في المضجع، لمدة تفوق الأربعة أشهر لرفع الضرر عنها.

-أجاز قانون الأسرة أيضاً للزوجة أن تطالب بالتطليق بسبب غياب زوجها عنها لمدة سنة كاملة، وكان غيابه غير مبرر فكان دون عذر ولم يترك لها نفقة تعيش بها في تلك الفترة، والملاحظ أن المشرع لم يتكلم عن حق الزوجة في التطليق لغياب الزوج دون عذر مع وجود النفقة، فهنا يمكن أن نكيف هذا الفعل الذي قام به الزوج، أنه حالة الهجر في المضجع، لأن غياب الزوج عن زوجته فوت عنها فرصة المعاشرة الزوجية التي تحصن بها الزوجة نفسها، رغم أن الزوج ترك لها النفقة لكن هذا لا يعوض لها حقها في المضاجعة.

-للزوجة الحق في طلب التطليق إذا كانت بالزوج عيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ويكون ذلك بعد أن يضرب للزوج أجل سنة كاملة للعلاج، فإن فشل العلاج يحكم للزوجة بالتطليق للعيب.

-يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج، والتلقيح الإصطناعي طريقتين علاجيتين لتجنب فك الرابطة الزوجية بالتطليق، وحلاً لإنقاص حالات فك الرابطة الزوجية في المجتمع الجزائري، فالفحص الطبي يكشف العيب قبل إبرام العقد وبالتالي تبقى مسألة الرضى للزوجين في إستمرار العلاقة الزوجية أو إلغائها دون اللجوء للطلاق، والتلقيح الإصطناعي يعالج العيب بعد العقد، ويرفع سبب التطليق، وبه نتجنب فك الرابطة الزوجية، وما يعمل به قضاء هو منح الزوج فترة علاج لمدة سنة قبل الحكم بالتطليق للعيب، فإذا رأت الخبرة أن العلاج يفوق السنة، يمكن للقاضي مراعاة ذلك كفرصة للحفاظ على الأسرة.

-أجازت المادة 53 ق.س في فقرتها 8 للزوجة مطالبتها بحقها في التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين، إلا أن الملاحظ في الفقرة أنها لم توضح معنى الشقاق ومتى يحكم للزوجة بالتطليق به، مع أن المادة 56 ق.س أعطت حلاً للتوفيق بين الزوجين للشقاق، وذلك ببعث الحكيم، وبهذا إذا فشل الحكيم في مهمتهما خلال شهرين، بقي شهر يمكن للقاضي إجراء الصلح فيه، فإذا مرت الثلاث أشهر وفشل الصلح والتحكيم ما على القاضي إلا أن يصدر حكماً بالتطليق بعد استلام المحضر غير الإيجابي من طرف الحكيم كون أن الشقاق ثبت.



-لم يشر قانون الأسرة لشروط الحكمين كلها، وكذا عن حالة عدم وجود الحكمين من أهل الزوجين هل يحق تعيين حكمين أجنبيين؟.

-أجازت المادة 53 في فقرتها 6 للزوجة طلب التطلق لمخالفة شروط تعدد الزوجات المنصوص عنها في المادة 8 ق.س.

-أجازت الفقرة 4 من المادة 53 للزوجة المطالبة بحقها بالتطلق بسبب إرتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار العشرة الزوجية، إلا أن الملاحظ أن هذه الفقرة لم توضح معناها ولم تعبر عن المقصود بالجريمة الماسة بشرف الأسرة، إلا أن النتيجة التي توصلنا لها أن الجريمة الماسة بشرف الأسرة تخضع بدرجة أولى للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بالنظر في مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وبالعلاقة الزوجية، وكذا توصلنا إلى الجرائم الماسة بشرف الأسرة قد تكون جرائم أخلاقية كما قد تكون جرائم على الأموال أو جرائم على الأشخاص، ولا يشترط أن تكون الجريمة سالبة للحرية فقد يكون الحكم موقوف التنفيذ، ولا يشترط فيها مدة العقوبة، إلا أن العبرة بمساسها بالزوجة وأسرتها في شرفها وكرامتها وسمعتها، فبمجرد تحقق هذا جاز لها المطالبة بالتطلق.

-أعطت الفقرة 9 من م 53 ق. س للزوجة حق التطلق بسبب مخالفة الزوج الشروط المنفق عليها في عقد الزواج، مالم تتناف هذه الشروط مع قانون الأسرة.

## الفصل الثاني

أسباب التطلاق التي تدخل تحت الضرر غير المنصوص عنها في المادة 53 من

### قانون الأسرة

بعدما عالجتنا في الفصل الأول معنى التطلاق وذكرنا أحكامه شرعاً وقانوناً، ودرسنا أسباب التطلاق التي يمكن أن تعتمد عليها الزوجة لإستعمال حقها في فك الرابطة الزوجية، والتي عالجتنا قانون الأسرة في المادة 53 وهي عشرة أسباب، كنا قد عالجتنا تسعة أسباب منها، وتركنا السبب العاشر لمعالجته في هذا الفصل، والمتمثل في التطلاق لكل ضرر معتبراً شرعاً، على إعتبار أن الضرر يدخل فيه كل ما يسيء للزوجة ويمس بشخصها من أسباب يمكن للزوجة أن تطالب من خلالها بحقها في التطلاق، بشرط أن يكون هذا الضرر معتبراً شرعاً، ومصطلح الضرر واسع جداً، مما يحتم علينا ترك المساحة الواسعة له لمعالجته في هذا الفصل الخاص به.

وكذلك أن سبب تخصيص جزء من هذا الفصل لسبب الضرر المعتبر شرعاً، هو أن المشرع لم يحدد معنى الضرر المعتبر شرعاً، مما يدفعنا إلى البحث والتقصي في طيات مواد قانون الأسرة المتفرقة وفي إجتهدات القضاء وأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك حتى البحث في قوانين التشريعات العربية، عن الأسباب الأخرى التي تدخل تحت الضرر المعتبر شرعاً. كما تتم الدراسة في هذا الفصل بذكر إجراءات التقاضي الخاصة بالتطلاق، والتركيز عن الإجراءات المتعلقة بكل سبب من أسباب التطلاق، وسلطة القاضي في أحكام التطلاق.

ويتم معالجة هذا الفصل من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التطلاق بسبب الضرر المعتبر شرعاً

المبحث الثاني: أسباب التطلاق المذكورة في مواد متفرقة من قانون الأسرة

المبحث الثالث: أسباب التطلاق الواردة شرعاً

المبحث الرابع: الإجراءات القضائية للحكم للزوجة بحقها في التطلاق

## المبحث الأول

### مفهوم التظليق بسبب الضرر المعتبر شرعاً

إن مفهوم الضرر واسع جداً ويمكن أن تندرج تحته مسائل عديدة، وبما أن المادة 53 من قانون الأسرة في فقرته العاشرة لم تحدد المقصود بالضرر، وإنما إصطلحت عليه مصطلح الضرر المعتبر شرعاً، أي أن هذا السبب يُقبَل في الشريعة الإسلامية على أنه ضرر واقع من الزوج على زوجته لأبد من رفعه عنها، وما دام أن الضرر غير محدد نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي أحالتنا إليها المادة 222 للبحث عن أهم أسباب التظليق التي تدخل تحت باب الضرر المعتبر شرعاً.

### المطلب الأول

#### تعريف الضرر شرعاً وقانوناً

إن للضرر صوراً مختلفةً وعديدة تتنوع وتتجدد بتنوع وتجدد العصور والمجتمعات، لأنه يخضع لثقافة المجتمعات وعاداتهم وتقاليدهم، وسيتم من خلال هذا المطلب بيان معنى الضرر وأهم أحكامه وبعض الأسباب المتعلقة به، ونترك الأسباب الأخرى التي تدخل تحت مظلة الضرر في المطالب أدناه.

#### الفرع الأول: معنى الضرر وحكمة مشروعية التظليق به

من خلال هذا الفرع سنعرف معنى الضرر، وحكمة مشروعية التظليق للضرر وفق ما يلي:

#### 1- التعريف اللغوي والإصطلاحي للضرر:

-الضرر لغةً: الضَّرُّ ضِدُّ النَّفْعِ، وَقِيلَ الضَّرُّ مَا تَضُرُّ بِهِ صَاحِبَكَ وَتَنْتَفِعُ أَنْتَ بِهِ، وَالضَّرَاءُ: نَقِيضُ السَّرَاءِ<sup>1</sup>.

#### -إصطلاحاً:

يراد بالضرر ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج28، ص 2572 - 2473.

الزوجية، كأن يؤذيها بالقول أو بالفعل، فمن الضرر ألا يكلمها، أو يحوّل وجهه عنها في الفراش، أو إيثار امرأة أخرى عليها، أو ضربها ضرباً مؤلماً، أو شتمها أو شتم والديها<sup>1</sup>.

-**قانوناً:** لم يعرف قانون الأسرة الضرر، وإنما أعطى للزوجة الحق في التطليق بسبب الضرر المعترف شرعاً، دون تحديد معناه أو معيار معرفة ذلك الضرر، وترك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تحديد الضرر من عدمه، وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني نجدها قد تحدثت عن الضرر بنصها في المادة 124 عن المسؤولية التقصيرية (كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء من ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض)، وبالتالي فالضرر هو الذي يكون نتيجة الخطأ الواقع من الغير سواء أكان عمداً أم بغير عمد، مما يلزم من كان سبباً في حدوث هذا الضرر بالتعويض للطرف المتضرر.

## 2-حكمة مشروعية التطليق للضرر:

حسن العشرة مأمور به كل من الزوج والزوجة، وهي من الحقوق المشتركة بين الزوجين، إلا أنه قد يختل الأمر وتسوء العشرة، ويقع الضرر، وقد تكون المرأة هي المتضررة والمرأة لا تملك الطلاق، فلا يجوز لها أن تبقى ضحية ظلم زوجها، فأجاز لها الشرع أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا وقع عليها ضرر من الزوج، وجعل الحق في أن يطلق على الزوج على الرغم منه إذا ثبت الضرر منه، وهو ما تقتضيه نصوص القرآن التي تأمر بالعدل والإحسان والعشرة بالمعروف<sup>2</sup>، لقول الرسول ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: معيار الضرر وأسبابه وطرق إثباته

سنعالج في هذا الفرع ثلاثة عناصر، أولاً هو المعيار الذي يمكن أن يقاس به الضرر، والثاني الأسباب التي يمكن أن توقع الضرر، والثالث طرق إثبات ذلك الضرر وفق مايلي:

**أولاً: معيار تقدير الضرر؛** الضرر الذي يوقعه الزوج بزوجه غير مُعَرَّف أو موصوف بنص، ولذلك كان معياراً موضوعياً بالنسبة للقاضي، حيث يملك السلطة التقديرية الواسعة في تقديره،

<sup>1</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، المرجع السابق، ج4، ص 17. (بتصرف).

<sup>2</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2008)، ص 193.

<sup>3</sup> سبق تخريجه، ص 84.

حيث يقوم قاضي الموضوع بالبحث عنه في أوراق الدعوى ومستنداتها، وتَعَقَّب دواعيه، والمتسبب فيه<sup>1</sup>، ويعد معياراً شخصياً بالنسبة للزوجة رافعة الدعوى للتطبيق، لأنه يخضع لمدى تحمل ذلك الضرر من طرف الزوجة ومدى تمكنها من مواصلة العشرة الزوجية به.

ويكون المشرع قد أحسن في إختيار تلك الصيغة، حيث لم يتقيد بضرر معين، مما يطلق سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب لحق الزوجة في التفريق، نظراً إلى أن ما يعتبر فيه ضرر لزوجة قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، والضرر المعتبر في زمن ولدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة لزمن آخر وجماعة أخرى، كما أن الضرر الذي تؤسس الزوجة دعواها عليه في طلب التطبيق قد يكون مادياً، كضربها باليد أو بآلة وإحداث جرح ببدنها أو كسر، ونحو ذلك مما يلحق الضرر ببدن المرأة، أو معنوياً كإساءة معاشرتها عن طريق الإهانة، أو المساواة في المعاملة، كقطع الكلام عنها، أو عدم الإصغاء إليها، أو غير ذلك مما يلحق الضرر بنفسية المرأة<sup>2</sup>.

### ثانياً: الضرر الذي يبيح للمرأة طلب فك الرابطة الزوجية

هناك أسباب كثيرة تعطي الحق للمرأة في رفع دعوى الطلاق، نذكر بعضها هنا وبعضها الآخر نعالجه في المباحث والمطالب أدناه نظراً للحاجة في معالجة أحكامها تفصيلاً.

#### -سوء العشرة:

من سوء العشرة الذي يحق معه الزوجة رفع دعوى التطبيق للضرر نذكر:

**1-السب:** فسب الزوج إياها وشتمها، وسب أبيها وأهلها يعد من باب الضرر، مثل: يا بنت الكلب، ويا بنت الكافر، ويا بنت الملعون، وكذلك ما يقضي العرف أنه ضرر كتجويعها، وأخذ مالها، ومنعها من زيارة والديها<sup>3</sup>، فالتعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها، بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمراً مستحيلاً، هي أسباب كافية لتبرير تطليقها<sup>4</sup>، كما أن القضاء بتطبيق

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، المرجع السابق، ص 219.(بتصرف).

<sup>2</sup> عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 16.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، المرجع السابق، ج4، ص 34.

<sup>4</sup> قرار رقم 39025، بتاريخ 13/01/1986، صادر عن المحكمة العليا غ أش، غير منشور.

الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقاً للمادة 4 ق.س هو تطبيق سليم للقانون<sup>1</sup>.

**2-الضرب:** فالضرب الخفيف إذا كان من غير موجب شرعي وكان مدمناً من غير انقطاع، والضرب العنيف الذي يترك عاهة، ولو كان له سبب مشروع، ومن الضرر أيضاً حلف الزوج ليضربنها، وقطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها في الفراش، وهجرها من غير سبب مشروع، وإيثار ضررتها عليها، وغلق الباب عليها، ووطئها وطأ محرماً، مثل وطئها في الحيض أو في دبرها، ومنعها من مزاوله حرفة داخل بيتها كخياطة أو بيع وشراء، إذا كان ذلك لا يدخل عليها فساداً، ولا يضر بحقوق الزوج وتربية أولاده<sup>2</sup>.

حيث ذهب في الكثير من الإجتهاادات القضائية على أن ضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً يعد سبباً من أسباب التطلاق، أما الضرب الوارد شرعاً بغرض التأديب والذي لا يكون مدمناً ولا مدمياً فهو من حقوق الزوج على زوجته يستعمله في حالة نشوزها بغرض التأديب، وهذا بعد إستنفاد طرق العلاج الأخرى وهي الوعض ثم الهجر، ومن الاجتهاادات القضائية نذكر "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطلاق دون اشتراط صدور حكم جزائي"<sup>3</sup>.

وجاء في قرار آخر "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلاً، ومن الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة متضررة فعلاً بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى

<sup>1</sup> قرار رقم 269594، بتاريخ 2001/07/18، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد1، لسنة 2003، ص 349.

<sup>2</sup> محمد بن يوسف العبدري، المرجع السابق، ج4، ص 17. (بتصرف).

<sup>3</sup> قرار رقم 258555، بتاريخ 2001/01/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2002، ص 417.

الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض"<sup>1</sup>.

**3- إكراه الزوجة على فعل المحرمات:** ويكون ذلك إما بمنعها من أداء فرائض الإسلام وواجباته، كمنعها من الصلاة أو الزكاة أو الصوم أو الحج وغيرها، فمنعها من أداء ما أمرها به الإسلام يدخلها في باب التحريم والإثم، أو أن يأمرها بأفعال هي محرمة شرعاً، كإتيان الزوجة في غير موضع الحرث، لقوله تعالى: ﴿... فَأَتَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ... ٢٢٢﴾ [البقرة: 222] أو يأمرها بممارسة الدعارة أو مجالسة الرجال أو نزع الحجاب أو شرب الخمر، وهذا قال فيه رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ»<sup>2</sup>.

**4- إتهام الزوج لزوجته تهمة تخذش كرامتها وتمس شرفها؛** وتطعن في سلوكها وأخلاقها، فإن ذلك يفسد العشرة الزوجية<sup>3</sup>، كأن يدعي الزوج على زوجته أنها كانت على علاقة غير شرعية مع شخص آخر.

**5- ممارسة سلوكات شنيعة تمس بكرامتها وسمعة العائلة،** كممارسة الشعوذة والسحر.

**6- إفشاء الزوج الأسرار التي بينه وبين زوجته،** وخاصة منها المتعلقة بفراش الزوجية، وتحديث الناس بها، مما يحدث ضرراً للزوجة.

### ثالثاً: طرق إثبات الضرر

الضرر الواقع من الزوج على زوجته، والذي يعطي لها الحق في مطالبة التطلاق عليه، غالباً ما يقع في حالات خاصة، وغير مشاهدة من الآخرين، فيصعب على الزوجة إثباته، فما

<sup>1</sup> قرار رقم 245159، بتاريخ 20/06/2000، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 259.

<sup>2</sup> أخرجه: سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ت 360هـ، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج 18 (ط: 2؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د. ت)، باب هشام بن حسان، ص 170، رقم الحديث (371).

<sup>3</sup> اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 140.

هي الطرق التي تستعملها الزوجة لإثبات الضرر الواقع عليها من زوجها لتقرير القضاء حقها في فك الرابطة الزوجية بالتطليق؟.

-**قانوناً:** لقد أخذ المشرع الجزائري بمسألة إثبات الضرر بالمذهب المالكي، ويتجلى ذلك من خلال إتاحتها للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لا سيما البينة والإقرار<sup>1</sup>، بالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية نجده قد فتح حرية الإثبات وفقاً للمادة 212، فيمكن للزوجة أن تستند لأي طريق من طرق الإثبات بغرض إثبات الضرر الواقع عليها من زوجها.

ومن الشروط<sup>2</sup> التي يجب أن تتوفر للزوجة لكي يعتد بالضرر كسبب للتطليق نذكر:

- أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس غيره مالم يكن قد حرض غيره على زوجته.  
- يجب أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج أضرار تلحق بالزوجة أو أحد فروعها وأصولها.

- أن يكون مرتكب الضرر راشداً أهلاً للتصرفات القانونية.

-**شريعاً:** يثبت الضرر عن المالكية بواحد من أمرين:

**1- شاهداً عدل؛** يشهدان أن الزوج يضر بزوجه، بوجه من وجوه الضرر المتقدمة، وأنه مستمر لم يقلع عن ذلك، وأنه لا يعلم لضرره سبب مشروع.

**2- شهادة سماع شائعة؛** بأن يشهد اثنان أو أكثر، أنهم لا يزالون يسمعون من الداخل والخارج والأقارب والخادم أن الزوج يضر بزوجه من غير سبب مشروع، ولابد مع شهادة السماع هذه أن تحلف الزوجة على وقوع الضرر لضعف شهادة السماع عن شهادة العدول بمعاينة الضرر<sup>3</sup>.

-**قضاء:** فتح القضاء للزوجة المتضررة والمطالبة بالتطليق لإثبات ضررها بكل طرق الإثبات التي تدل على وجود الضرر، ومن الاجتهادات القضائية نذكر "من المقرر شريعاً أن تطليق

<sup>1</sup> منصورى نورة، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> دليلى برف، التطليق للضرر المعتبر شريعاً في الإجتهد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2011، ص 217.

<sup>3</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص 13-14.



المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية، لما 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 الفقهية وحكموا دون دليل، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

وفي بعض الأحيان يشترط الإقناع مع الدليل، وهو ما أخذ به الإجتهد القضائي التالي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية، لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار دون إحالة"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### موقف القانون والفقهاء من التطليق للضرر

بالرجوع إلى المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها 10، والتي أجازت للزوجة طلب التطليق للضرر، لكن لم تفسر ما معنى الضرر وما هي مسبباته، ومن خلال هذا المطلب سنعرف موقف الفقهاء الإسلامي من حق الزوجة المطالبة بالتطليق للضرر الواقع عليها، وكذا موقف القانون الجزائري في ذلك وفق ما يلي:

<sup>1</sup> قرار رقم 43864، بتاريخ 12/01/1987، صادر عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1991، ص 46.

<sup>2</sup> قرار رقم 52278، بتاريخ 02/01/1989، صادر عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1991، ص 95.

## الفرع الأول: موقف قانون الأسرة من التفريق للضرر

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطلاق، وهو ماجاء النص عليه في قانون الأسرة في المادة 53 الفقرة 10 بنصها (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق بكل ضرر معتبر شرعاً).

وبذلك يكون المشرع قد أورد عبارة عامة وشاملة: "كل ضرر معتبر شرعاً" ولم يتقيد بضرر معين تاركاً للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع، وحسناً ما فعل المشرع لأنه ما يعتبر ضرراً بالنسبة لزوج ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعاً في زمن ما لدى جماعة ما، قد لا يكون كذلك في زمن آخر وبالنسبة لجماعة أخرى، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعاً معينة من الضرر، وبذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معياراً شخصياً لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها<sup>1</sup>، والقاضي لديه السلطة التقديرية في تحديد مدى شرعية ذلك الضرر ووقوعه من عدمه.

وبذلك فالفقرة 10 من المادة 53 قد فتحت المجال للزوجة المطالبة بالتطلاق لأي ضرر يصيبها من زوجها، دون تحديد معيار لهذا الضرر إلا المعيار الشخصي الذي تراه تلك الزوجة أن ما قام به زوجها يحدث لها ضرراً، والقاضي له السلطة التقديرية في تحديد مدى شرعية ذلك الضرر للإستجابة لطلب حق التطلاق.

لأن الفقرة العاشرة قد ركزت في إعتبار أن يكون الضرر معترفاً به شرعاً، وأن التصرف الذي قام به الزوج على زوجته يحدث لها ضرراً لا بد من رفعه عنها، كما نجد أيضاً أن الفقرة 10 قد إستعملت أداة "كل" بمعنى يدخل تحت هذا السبب أي ضرر قد يصيب الزوجة من زوجها، يمكن لها من خلاله المطالبة بالتطلاق، مع أن المعيار لتحديد مدى تضرر الزوجة

<sup>1</sup> منصورى نورة، المرجع السابق، ص 66-67.

من تصرف زوجها يرجع إلى المعيار الشخصي للزوجة، ثم قاضي الموضوع ينظر في ذلك بمدى شرعيته فإما إصدار حكم قضائي بذلك، وإما رفض الدعوى لعدم شرعية سبب الضرر.

### -الشروط الواجب توفرها لإقرار حق الزوجة في التطلق للضرر:

بإستقراء الفقرة 10 من المادة 53 يتبين أنه لا بد من توفر مجموعة من الشروط لكي يحكم للزوجة حقها في التطلق:

1-أن يكون الضرر واقعاً من الزوج على زوجته نفسها، فإذا وقع الضرر على أحد من أهلها فلا يوجب لها التطلق، وأن يكون الفعل محقق الوقوع ولا يكون إحتمالياً.

2-أن يكون الضرر معتبراً شرعاً؛ بمعنى أن يوجد في أحكام الشرع الإسلامي ما يدل على أن الفعل الذي إرتكبه الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، ولا حق للزوج القيام به، أو ما يعتبره العرف من باب الإضرار بالزوجة، أما إذا كان الفعل مباحاً القيام به كالضرب بغرض التأديب للنشوز وكان لامدماً ولا مدمياً، فهذا لا يحق للزوجة معه المطالبة بالتطلق، لأن نشوزها أوجب على الزوج إستعمال حقه في التأديب.

3-أن يكون الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين، فإذا كان الضرر طارئاً فقط ويزول، أو كان بسبب خطيئ وقع فيه الزوج بسبب غلط أو سوء تقدير الأمور، فقد لا يقبل سببها وترفض دعاؤها، لأن معيار الضرر معيار شخصي لا مادي، وأن تقدير مداه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع.

4-أن يكون الضرر مقصوداً من الزوج ومتعمداً، وأن يكون في قدرة الزوج إيقاع هذا الضرر بزوجه<sup>1</sup>.

5-أن يعجز القاضي عن إصلاح ذات البين أمام إصرار الزوجة على طلب التطلق فإنه يجب التطلق<sup>2</sup>، بعد فشل محاولات الصلح التي يجريها القاضي والمحدد قانوناً.

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، الطلاق والتطلق وآثارهما، المرجع السابق، ص 230.

<sup>2</sup> خليل عمرو، المرجع السابق، ص 105.

## الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التفريق للضرر

قد اختلف الفقهاء في التفريق للضرر إلى رأيين:

**1- رأي جمهور الفقهاء:** ذهب الشافعية والحنفية وأحد قولي الحنبلية، على عدم جواز التطلاق للضرر، لأن الزوجة إذا ادعت الضرر، ورفض الزوج أن يطلقها، فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها، لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق، فرفع الظلم عن المظلوم، هو من مهمة الإمام والقاضي، فلذا فهو الذي يأمر الزوج بحسن المعاملة، وعدم الإيذاء، ويقتصر على النهي في أول مرة، لأن التعزير يورث وحشة في النفوس فيكتفي بالنهي لعل الحال يلتئم بينهما، فإن لم يمتثل عزره بحسب حاله<sup>1</sup>، فإذا ساء خلقه وأذى الزوجة، بلا سبب، بضرب أو غيره عزره في المرة الثانية، ثم يسكنه بجانب ثقة، يمنعه من التعدي على الزوجة، ثم يحال بين الزوجين، أي يمنع الرجل عن المرأة حتى يعود إلى العدل<sup>2</sup>.

**2- رأي المالكية ووافقه الحنبلية في أحد قولييه؛** قالوا بجواز التطلاق للضرر، فإذا فعل الزوج بزوجه ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريراً يخاف عليها منه، إذا إقتصت منه، فإنها تطلق عليه<sup>3</sup>، وليس من الضروري تكرار الضرر حتى يحكم للمرأة بالطلاق، وإنما يكفي حدوث الضرر ولو مرة واحدة.

والرأي الذي نميل إليه ونرجحه هو الرأي الأول الذي لا يجيز على الإطلاق حق التطلاق للزوجة للضرر، لأن الطلاق لا يعد طريقاً لإزالة الضرر عنها، فلا بد أن يكون كالكي آخر العلاج ولا يكون هو أول العلاج، وذلك بوجود وسائل أخرى يمكن من خلالها تدارك الضرر ويكون بتعزيز الزوج إلى أن يكف عن الإضرار بزوجه، فإن لم تنجح كل الطرق يلجأ القاضي للتطلاق، وبه يكون آخر علاج.

كل هذا على أساس أن المجتمع الجزائري اليوم حالات فك الرابطة الزوجية في تزايد رهيب فلا بد من إيجاد حلول للتقليل منها، والتطلاق للضرر يكون دور القاضي فيه هو المحور

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج22، ط؛ 1986، ص 334.

<sup>2</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص 260-261.

<sup>3</sup> نقلا عن: محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية. (ط: 3؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 332.

الأساسي في التعامل مع حالات الضرر، وذلك من خلال الإجتهد في محاولات الصلح وتفعيلها تفعيلًا حقيقياً، بحيث تكون جلسات الصلح جدية، من خلال وعظ الزوج فإن لم يفد الوعظ فتعزيزه لرفع الضرر عن الزوجة ومراجعة علاقته الزوجية معها، وهذا أحسن من الحكم بالطلاق بمجرد وقوع الضرر، لأن الطلاق قد لا يزيد إلا إضراراً بالزوجة لفراق زوجها، وخاصة إذا لم يوجد من يعول تلك الزوجة.

#### -مدى إمكانية إثبات الضرر بقول الزوجة وحدها:

الضرر الواقع من الزوج على زوجته، والذي يجعل لها الحق في طلب التطلق عليه، غالباً ما يقع في حالات خاصة، وغير مشاهده من الآخرين، فيصعب على الزوجة إثباته. وبالرجوع إلى الفقه المالكي، فهم يقبلون الشهادة على الضرر بالسماع الذي هو الشهرة في محيط الزوجين على السنة الجيران والنساء والخدم وغيرهم، بأن فلاناً يضر بزوجه فلانه، بضرب أو شتم في غير حق، أو تجويع، أو عدم كلام، أو تحويل وجهه عنها في فراشه<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

#### أسباب التطلق المذكورة في مواد متفرقة من قانون الأسرة

بالرجوع إلى إستقراء مواد قانون الأسرة الجزائري نجدها قد نصت على أسباب أخرى يمكن للزوجة أن تستند إليها للمطالبة بحقها في التطلق، مع أن المادة 53 منه لم تذكرها صراحةً، إلا أن الفقرة 10 قد عبرت عنها ضمناً، مما يسمح لنا المجال بذكرها على اعتبار أنها تدخل تحت باب الضرر المعتبر شرعاً.

ويتم معالجة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

**المطلب الأول:** التطلق لنشوز الزوج

**المطلب الثاني:** التطلق لرفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

لحصول الولد

**المطلب الثالث:** التطلق بسبب فقدان الزوج.

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، المرجع السابق، ص 224 - 225.

## المطلب الأول

### التطبيق لنشوز الزوج

الحياة الزوجية بين الزوجين مبنية على المودة والرحمة والتعاون والإحسان والمحافظة على الأنساب، ومن أساسيات إستقرارها الطاعة الزوجية وعدم تضييع أي زوج حق الزوج الآخر، وإسقاط حقه يعتبر باباً من أبواب النشوز، فهل يحق للزوجة المطالبة بالتطبيق لنشوز زوجها؟، وهو ما سيتم توضيحه أدناه.

### الفرع الأول: التعريف بالنشوز

الطاعة الزوجية أساس إستقرار الحياة الزوجية، والتشاور في تسيير شؤون الأسرة من ركائز الحقوق والواجبات بين الزوجين، فما المقصود بالنشوز، وما علاقته بحق الزوجة في مطالبتها بحقها في فك الرابطة لزوجية؟.

### أولاً: التعريف بالنشوز

أ- النشوز لغةً: نشز الشيء - نَشَزًا، ونُشُوزًا: ارتفع، ويقال: فلانٌ علا على نَشَزٍ من الأرض، وعن مكانه: وفيه ارتفع عنه ونهض، ويقال: نشزت المرأة أو الرجل بالزوج: استعصى وأساء العشرة، ويقال: نشز به، ومنه، وعليه. فهو ناشزٌ، وهي ناشزٌ، وناشزة<sup>1</sup>.

ب- اصطلاحاً: النشوز قد يكون من الزوجة أو من الزوج أو منهما معاً، والذي يهمننا في الدراسة نشوز الزوج:

**1- نشوز الزوجة:** يقصد به ترفع الزوجة وتعاليتها عن زوجها بمخالفته ومعصيته فيما فرض الله سبحانه وتعالى عليها من طاعته<sup>2</sup>، وقد ورد في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ۝٣٤﴾ [النساء: 34] فالرجال قوامون على توجيه النساء ورعايتهن، بما خصهم الله به من خصائص القوامّة والتفضيل، وبما أعطوهن من المهور والنفقات. فالصالحات المستقيمات على شرع الله منهن، مطيعات لله تعالى ولأزواجهن،

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 922.

<sup>2</sup> أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ص 269.

حافظات لكل ما غاب عن علم أزواجهن بما أوتمنَّ عليه بحفظ الله وتوفيقيه، واللاتي تخشون منهن ترفعهن عن طاعتكم، فانصحوهن بالكلمة الطيبة، فإن لم تثمر معهن الكلمة الطيبة، فاهجروهن في الفراش، ولا تقربوهن، فإن لم يؤثر فعل الهجران فيهن، فاضربوهن ضرباً لا ضرر فيه، فإن أطعنكم فاحذروا ظلمهن، فإن الله العليَّ الكبير وليهن، وهو منتقم ممن ظلمهن وبغى عليهن.

2- **نشوز الزوج:** يقصد به ترُّع الزوج وتعاليه عن زوجته، بأن كان يؤذي زوجته ويضربها من غير ذنب، أو يقصر في شيء من حقوقها<sup>1</sup>، وقد ورد في القرآن الكريم، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ .. ١٢٨﴾ [النساء: 128] فإن علمت امرأة من زوجها ترفعاً وتعالياً عليها أو انصرفاً عنها فلا إثم عليهما أن يتصالحا على ما تطيب به نفوسهما من القسمة أو النفقة، والصلح أولى وأفضل. وجبت النفوس على الشح والبخل. وإن تحسنا معاملتنا زوجاتكم وتخافوا الله فيهن، فإن الله كان بما تعملون من ذلك وغيره عالماً لا يخفى عليه شيء، وسيجازيكم عليه.

3- **نشوز الزوجين معاً:** أحياناً يسوء الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصير، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها تشهد على صحة دعواه<sup>2</sup>، وهذا ما يسمى بالشقاق المستمر بين الزوجين، وقد ورد الشقاق بين الزوجين في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ٣٥﴾ [النساء: 35]، فالآية تخاطب أولياء الزوجين فإن علمتم شقاقاً بينهما يؤدي إلى الفراق، فأرسلوا إليهما حكماً عدلاً من أهل الزوج، وحكماً عدلاً من أهل الزوجة؛ لينظرا ويحكما بما فيه المصلحة لهما، وبسبب رغبة الحكامين في الإصلاح، واستعمالهما الأسلوب الطيب يوفق الله بين الزوجين.

<sup>1</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، المرجع السابق، ص 175.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 176.

إلا أن الملاحظ على قانون الأسرة في المادة 53 قد ذكر الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقرة 6 وجعله من أسباب التطلاق، ثم ذكر الفقرة 10 وجعل كل ضرر سبباً للتطلاق، مع أن الشقاق يعتبر من باب الضرر، فلماذا فصل المشرع الشقاق بفقرة مستقلة؟

لعل السبب في ذلك هو أن الشقاق المستمر بين الزوجين الضرر فيه غير مثبت، لأن الزوج يدعي الضرر على زوجته، وزوجته تدعي كذلك الضرر الواقع عليها من زوجها، دون وجود دليل لأي منهما يثبت ذلك الضرر، وبالتالي الضرر صادر من الزوجين معاً، في حين أن الفقرة 10 تتكلم عن الضرر الواقع من الزوج وحده، لذا أتى الشقاق في فقرة مستقلة. ويمكن جمع هذه التعاريف السابقة بالقول: إن النشوز يعني؛ مجافاة أحد الزوجين للآخر أو كل منهما لصاحبه بما يغيظه ويسيء إليه<sup>1</sup>.

**ج- قانوناً:** أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف الناشز ولا النشوز، وإنما ذكره من باب الأسباب التي قد يلجأ إليها الزوجين للمطالبة بالفرقة، وذلك في المادة 55 بنصها (إذا تبين للقاضي نشوز أحد الزوجين فالحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر)، مما يتضح أنه إقرار بوجود النشوز الذي قد يصدر إما من الزوج أو من الزوجة.

### ثانياً: بعض أسباب نشوز الزوج

هناك حالات كثيرة قد يظهر فيها النشوز، ويرتكبها الزوج على زوجته وأفعال وتصرفات تصنف تحت باب الضرر بالنشوز نذكر بعضها:

**1- تعدد الزوجات؛** فقد يميل الزوج إلى امرأة أخرى ويترك الأولى، وقد يضر بها كأن يمنعها النفقة أو القسم في المبيت أو يضربها عن غير مبرر<sup>2</sup>، أو يقاطعها دون سبب، أو يتكلم معها بأشمنزاز وترفع، أو يشتمها أو يشتم أهلها، أو إفشاء أسرارها وذكر مثالبها، أو يأمرها بمعصية، أو يظهر العبوس عند رؤيتها، أو يمنعها من زيارة أقاربها، أو ينادي عليها بما تكره من ألفاظ ففي كل هذه الحالات يعد ظالماً ومتعدياً.

<sup>1</sup> محمد الجندي، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 249.



2- **كبر الزوجة أو مرضها:** قد يكره الزوج امرأته لكبر أو مرض أو دمامة<sup>1</sup> ففي حديث ابن عباس، قال: "خشيت سودة أن يطلقها رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، لا تطلقني، وأمسكني واجعل يومي لعائشة ففعل، فنزلت هذه الآية: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ... ١٢٨﴾ [النساء: 128] فإن علمت امرأة من زوجها ترفعاً عنها، وتعالياً عليها أو انصرافاً عنها فلا إثم عليهما أن يتصالحا على ما تطيب به نفوسهما من القسمة أو النفقة، والصلح أولى وأفضل<sup>2</sup>.

3- **المستوى المعيشي بين الزوجين:** قد يحدث الفارق المادي والمعيشي بين الزوجين إلى نشوز الزوج على زوجته لتفاوت الكفاءة بينهما، مما يؤدي إلى منة الزوجة على زوجها بمالها أو حسبها فإذا كانت الزوجة صاحبة مال وزوجها فقير أو صاحبة جاه وزوجها غير ذلك، وإستعلت عليه بذلك، فإن ذلك يجعل الزوج يكرهها، مما يضيع حقوقها.

4- **كذب الزوجة وسوء خلقها:** إن اكتشاف الرجل كذب زوجته عليه، سواء أكان بإخفاء عيب من عيوبها عنه أثناء الخطبة كمرض معين، أم أن غيره كان قد عقد عليها قبله وفارقها يؤثر في علاقة الزوج بزوجه وطبيعة معاملتها، وكذلك سوء خلق الزوجة وعصبيتها الزائدة، ورفع صوتها وبذاؤها، تجعل الزوج يعاملها بقسوة، ويضيق عليها وقد يشتمها إلى غير ذلك<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لنشوز زوجها

بالرجوع إلى نص المادة 53 الفقرة 10 نجدها قد وضعت سبباً مفتوحاً يمكن للزوجة أن تتمسك به للمطالبة بالتطليق ألا وهو كل ضرر معتبر شرعاً، والمعلوم أن نشوز الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، فقد نصت عليه المادة 55 (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر)، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بحق التطليق لنشوز الزوج؟.

<sup>1</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج7، ص 243.

<sup>2</sup> أخرجه: أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، ج4 (ط: 1؛ مصر: دار هجر، 1999)، باب عكرمة مولى ابن عباس، ص 403، رقم الحديث (2805).

<sup>3</sup> محمد الجندي، المرجع السابق، ص 92-93.

-من خلال المادة 55 من قانون الأسرة يتضح أن الزوج يمكن أن يكون ناشراً وذلك بعدم قيامه بالإلتزامات الزوجية، فإذا ثبت ذلك يمكن للزوجة من خلاله المطالبة بالتطبيق لضرر النشوز والتعويض معاً.

وبذلك يكون نشوز الزوج من باب أسباب التطبيق غير المنصوص عنها في المادة 53 صراحة، والتي نعتبر أن هذا السبب تشمله الفقرة 10 من المادة 53 والتي نصت (يجوز للزوجة المطالبة بالتطبيق: لكل ضرر معتبر شرعاً)، ونشوز الزوج على زوجته يعتبر ضرراً معتبراً شرعاً يحق للزوجة المطالبة بالتطبيق لذلك.

-عدم توفير السكن يعتبر من باب نشوز الزوج: إن إعداد السكن للحياة الزوجية هو من حقوق الزوجة على زوجها، وهو من آثار عقد الزواج، ويشترط في المسكن ليكون شرعياً أن تتوفر فيه كل ما يحتاج إليه من فراش وأثاث ومرافق أخرى، وإذا كان حال الزوج فقيراً لا يساعده دخله على مسكن منفرد يجوز أن يكون المسكن الشرعي من غرفة واحدة مع مرافقها ولا يشاركه فيها أحد، ولا يعتبر المسكن شرعياً إذا كان منقطعاً عن الناس أو مخيف ولو توفرت فيه جميع الشروط، إلا إذا أحضر لها الزوج مؤنساً كخادمة أو امرأة كبيرة<sup>1</sup>.

#### -المقصود بالسكن الزوجي:

ومن الإجهادات القضائية التي أخذت بمسألة إمتناع الزوج عن توفير سكن ملائم للزوجة وعدم تنفيذ الحكم القضائي القاضي بذلك يعتبر من باب النشوز، حيث جاء في القرار<sup>2</sup> (من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).

وجاء في قرار آخر (متى كان من المقرر شرعاً أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيداً

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 312.

<sup>2</sup> قرار رقم 189226، بتاريخ 1998/04/21، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 144.

عن أهل الزوج، فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لهذا ذلك حالاً، بل يجري عليه ما يجري على النفقة ومن ثم فإن النعي في القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيداً عن أهلها، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زفت فيه ورفض الطلبات الأخرى اعتماداً على إظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقاً أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً صحيحاً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)<sup>1</sup>.

**-تماطل الزوج في إرجاع زوجته لبيت الزوجية يعتبر من باب النشوز: حيث جاء في القرار<sup>2</sup> (من المقرر قانوناً أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق إذا توافرت أسبابه ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله.**

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفاً سلبياً فإن المجلس بقضائه بتطبيق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).

وبهذا فالزوج الذي طالب برجوع زوجته، أو طالبت الزوجة بالرجوع لكنه تماطل في إرجاع زوجته لبيت الزوجية، يكون بهذا قد أخل بإلتزاماته الزوجية وبالتالي وقع في النشوز جاز للزوجة الحكم لها بالتطبيق نتيجة ذلك.

<sup>1</sup> قرار رقم 44994، بتاريخ 1987/02/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1990، ص 58.

<sup>2</sup> قرار رقم 50519، بتاريخ 1988/09/26، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1992، ص 48.

## المطلب الثاني

### التطبيق لرفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد

إن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وإنجاب الذرية مقصد أصلي لتشريع الزواج، وهو حق للزوجين معاً، إلا أنه قد تظهر بعض العيوب الجنسية أو الخلقية في أحد الزوجين أو كليهما يحول دون حصول الولد، مما يتعذر على الزوجين إنجاب الذرية بالطريق الطبيعي.

إلا أنه بتطور العلم ظهرت طرق علاجية لحصول الولد بين الزوجين، ومن بينها التلقيح الإصطناعي، لعلاج العقم الحاصل بينهما، إلا أنه قد يرفض الزوج لجوء الزوجة إلى التلقيح الإصطناعي، ومنعها من حق الأولاد. فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق لرفض الزوج اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لحصول الولد؟.

### الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأحكامه

التلقيح الإصطناعي طريق علاجي لحصول الولد، له دور كبير في إحداث الإستقرار في الأسرة، فمن خلال هذا الفرع سنقوم بالتعريف به ومعرفة أهم أحكامه وفق مايلي:

### أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي اللغوي والاصطلاحي

-لغةً: اللَّقَاحُ: اسم ماء الفحل من الإبل والخيل، واللوايح من الرياح: التي تحمل الندى ثم تمجه في السحاب فإذا اجتمع في السحاب صار مطراً<sup>1</sup>، والملاقيح الأمهات وما في بطونها من الأجنة، يقال لقحت إذا حملت، وألقح الفحل الناقة إلقاحاً أحبلها فلقحت بالولد، وألقحت النخل إلقاحاً بمعنى أبرت<sup>2</sup>.

-اصطلاحاً: التلقيح الاصطناعي يراد به عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها إخصاب البيضة بحيوان منوي وذلك بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج44، ص 4058-4059.

<sup>2</sup> الفيروز آبادي محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج1 (د. ط؛ بيروت: دار الجيل، د. ت)، ص 256.

<sup>3</sup> عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة. (د. ط؛ القاهرة: دار النهضة، 2001)، ص 59.

وبذلك فالتلقيح الاصطناعي هو طريقة علاجية لحصول الولد، يتم اللجوء إليه في حالة استحالة الحمل بالطريق الطبيعي بين الزوجين لوجود عيب جنسي في أحد الزوجين أو كليهما، وهو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في إنجاب الذرية دون حصول الاتصال الجنسي بينهما ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية للزوج بطريق طبي، إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها ويسمى بالتلقيح الداخلي<sup>1</sup>، أو عن طريق التلقيح الخارجي<sup>2</sup> الذي يتم بوضع بويضة الزوجة في أنبوب طبي مع مني الزوج لتلقيحها ثم إرجاعها إلى رحم الزوجة.

## ثانياً: حكم التلقيح الاصطناعي قانوناً وشرعاً

### 1- موقف القانون من اللجوء الى التلقيح الاصطناعي:

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب بالتعديل الحاصل بتاريخ 2005/02/27 بموجب الأمر 02/05، وورد موقف المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر، مما يتضح أن المشرع الجزائري قد أباح بعض أنواع التلقيح الاصطناعي ووضع لها ضوابط وأحكام تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومنع الأنواع الأخرى. حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وما يفهم من نص المادة أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة الجزائري المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو مباح ما روعيت الشروط التي ذكرها المشرع في نفس المادة.

---

<sup>1</sup> التلقيح الداخلي: هو الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم المرأة، ويتم ذلك عن طريق مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب. (حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 126).

<sup>2</sup> التلقيح الخارجي (أطفال الأنابيب): وهو جمع الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مختبري في وسط مهيا اصطناعيا، وبعد الالتحام تنقل البويضة الملقحة إلى الرحم. (محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية. (د. ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003)، ص 89).

-التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري: عالج قانون الأسرة موضوع التلقيح الاصطناعي في الفصل الخامس تحت عنوان النسب في المادة 45 مكرر حيث أن هذه المادة أضافها المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث جاء في المادة 45 مكرر (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي)، إلا أنه اشترط مجموعة من الشروط لا يعتبر الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي نسبه ثابتاً به إلا بتوفرها، ذكرتها المادة 45 مكرر، وسيتم توضيحها أدناه.

#### -شروط التلقيح الاصطناعي:

حيث جاء في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة مجموعة من الشروط لكي يثبت النسب بالتلقيح الاصطناعي وهي كما يلي:

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

أ- أن يكون الزواج شرعياً: أي وجود عقد زواج صحيح بين الزوج والزوجة؛

ب- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: أي موافقة كل من الزوج والزوجة، ويتم التلقيح أثناء حياتهما، أي لا تستعمل بنوك الأجنة بعد وفاة الزوج؛

ج- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: أي لا يجوز استعمال الأم البديلة<sup>1</sup>، أو مني غير مني الزوج.

هذا النوع يلجأ إليه عادة في حالة كون المانع من الحمل مصدره الطرفان الرجل والمرأة أو أحدهما مما يستدعي سحب بذرات الإنجاب منها ثم الجمع بينها في المحضنة المعدة لذلك، وتحت شروط وظروف مشابهة للوسط الطبيعي لمدة يومين ونصف تقريباً، وعندما يتم إلتحام

---

<sup>1</sup> الأم البديلة: هي المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو دون مقابل، حيث تؤخذ البويضة من المرأة المحرومة من الرحم وتخصب من قبل زوجها ثم توضع في رحم امرأة أخرى (البديلة) توافق على حمل الطفل دون أن تعطيه أي من حياتها الوراثية ثم تعيد الطفل الى والديه الأصليين بالولادة. (سلامة زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة. (د. ط؛ بيروت: الدار العربية للعلوم، 1996)، ص 124. (بتصرف).

الخليتين لتكوين خلية مخصبة تبدأ في الانشطار فيقوم الأخصائي بنقلها إلى رحم المرأة لتستكمل مراحل الخلق<sup>1</sup>.

## 1- حكم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي شرعاً

حدد علماء الفقه الإسلامي طرق التلقيح الاصطناعي، وقرروا أن الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل حينما يكون المصدر الحيوان المنوي هو الزوج، ومصدر البويضة هي زوجته التي تعاني من العقم لإنسداد قناة فالوب لديها، فلا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الضرورة العلاجية مع التأكد من أن الاحتياطات اللازمة من اختلاط اللقائح في أنابيب الاختبار وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية؛ ولا سيما مع وجود بنوك المنى والأجنة المجمدة، التي أصبح بها فائض من البويضات الملقحة الزائدة على العدد المطلوب للزرع في كل مرة<sup>2</sup>.

فإن عملية التلقيح الاصطناعي تدخل في نطاق الإباحة الشرعية، من باب التداوي المشروع بجميع الوسائل لعلاج أمراض العقم وعدم القدرة على الإنجاب الطبيعي؛ والاسلام يحث على التداوي لقول الرسول ﷺ (" تَدَاوُوا، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يُنْزِلْ دَاءً، إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً، عِلْمُهُ مَنْ عِلْمُهُ، وَجَهْلُهُ مَنْ جَهْلُهُ"<sup>3</sup>، وإن المريض الذي لم تفلح الطرق الطبيعية المعروفة في علاجه، يكون مضطراً لإستخدام الوسائل العلاجية الجديدة المسخرة للتداوي، لأن الوسائل حكم المقاصد والضرورات تبيح المحظورات لتحقيق المصلحة العلاجية، وفي هذا الشأن قال العلامة العز بن عبد السلام "الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ودرء المعاطب والأسقام"<sup>4</sup>.

وعلى هذا فإنه لا يجوز شرعاً إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل وامرأة لا يجمعها عقد زواج شرعي ولا بين زوجين استعارا رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما، ولا لزوجة لقحة

<sup>1</sup> محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي. (ط: 2؛ الأردن: دار النفائس، 1999)، ص 78.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 406.

<sup>3</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج30. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب من حديث أسامة بن شريك ؓ، ص 398-399. رقم الحديث (18456).

<sup>4</sup> العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1. (د. ط؛ القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1991)، ص 4.

بماء رجل غير زوجها ولا تجرى هذه العملية داخلياً ولا خارجياً إلا بقصد العلاج، عند الحاجة أو الضرورة كما لو تيقن الأطباء بأن لا سبيل بطريق المعاشرة المعتادة بين الزوجين، بسبب منه أو منها أو منهما معا<sup>1</sup>.

كما أنه لا يجوز استبدال أو خلط مني الإنسان بغيره، ولا التعامل مع تجار النطف واللقائح وبيعة الأبخاع، ولا يجوز أيضاً إنشاء بنوك الأجنة المجمدة، ولا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة أيضاً، لما في ذلك من العبث الذي يؤدي لا محالة الى اختلاط الأنساب والإخلال بنظام الأسرة الشرعية كما أرادها الله تبارك وتعالى<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لرفض الزوج اللجوء للتلقيح الاصطناعي**

كما هو معلوم أن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب من خلال إنجاب الذرية، ويكون ذلك عن طريق الإتصال الجنسي بين الزوج والزوجة بالطريق الطبيعي، لكن قد يطرؤ طارئ على أحد الزوجين فيحول دون حصول الولد بسبب عيب جنسي حال دون تحقيق ذلك، وقد يكون العيب في الزوجة، مما يدفعها إلى اللجوء إلى الطرق العلمية لحصول الولد.

ومن بين الطرق العلمية التلقيح الإصطناعي الذي عالج أحكامه قانون الأسرة في المادة 45 مكرر، وضبط شروطه، ومن بين تلك الشروط رضا الزوجين لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي، وفي حالة رغبة الزوجة اللجوء للتلقيح الإصطناعي كحل أخير لحصول الولد، قد رفض الزوج ذلك لأسباب دينية أو إجتماعية. فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لرفض زوجها اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لحصول الولد، والذي أدى رفضه إسقاط حقها في نعمة الأبناء؟.

**-الحكم الشرعي للتداوي مع كشف العورة للضرورة<sup>3</sup>:**

<sup>1</sup> عمران أحمد، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في الميزان الشرعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص 53.

<sup>2</sup> محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي. (د. ط؛ جدة: الدار السعودية، 1987)، ص 91.

<sup>3</sup> محمد صالح المنجد، الضوابط في مسألة النظر في العورة في العلاج، فتوى رقم: 5693،

<http://islamqa.info/ar/5693>، تاريخ الإطلاع: 2018/02/06، بتوقيت: 13:31 دقيقة.



الضرورات تبيح المحظورات، ولا خلاف بين العلماء في جواز نظر الطبيب إلى موضع المرض من المرأة عند الحاجة ضمن الضوابط الشرعية، وكذلك القول في نظر الطبيب إلى عورة الرجل المريض، فيباح له النظر إلى موضع العلة بقدر الحاجة ، والمرأة الطيبية في الحكم كالطبيب الرجل. وهذا الحكم مبني على ترجيح مصلحة حفظ النفس على مصلحة ستر العورة عند التعارض. وكذلك "الضرورة تُقدَّر بقدرها" : فإذا جاز النظر والكشف واللمس وغيرها من دواعي العلاج لدفع الضرورة والحاجة القويّة فإنه لا يجوز بحال من الأحوال التعدي وتترك مراعاة الضوابط الشرعية ومن هذه الضوابط ما يلي:

1- يقدّم في علاج الرجال الرجال وفي علاج النساء النساء وعند الكشف على المريضة تُقدّم الطبيبة المسلمة صاحبة الكفاية ثمّ الطبيبة الكافرة ثمّ الطبيب المسلم ثمّ الطبيب الكافر، وكذلك إذا كانت تكفي الطبيبة العامة فلا يكشف الطبيب ولو كان مختصاً، وإذا احتيج إلى مختصة من النساء فلم توجد جاز الكشف عند الطبيب المختص، وإذا كانت المختصة لا تكفي للعلاج وكانت الحالة تستدعي تدخّل الطبيب الحاذق الماهر الخبير جاز ذلك، وعند وجود طبيب مختص يتفوق على الطبيبة في المهارة والخبرة فلا يُلجأ إليه إلا إذا كانت الحالة تستلزم هذا القدر الزائد من الخبرة والمهارة. وكذلك يُشترط في معالجة المرأة للرجل أن لا يكون هناك رجل يستطيع أن يقوم بالمعالجة.

2- لا يجوز تجاوز الموضع اللازم للكشف فيقتصر على الموضع الذي تدعو الحاجة إلى النظر إليه فقط، ويجتهد مع ذلك في غضّ بصره ما أمكن، وعليه أن يشعر أنه يفعل شيئاً هو في الأصل محرّم وأن يستغفر الله عما يمكن أن يكون حصل من التجاوز.

3- إذا كان وصف المرض كافياً فلا يجوز الكشف وإذا أمكن معاينة موضع المرض بالنظر فقط فلا يجوز اللمس وإذا كان يكفي اللمس بحائل فلا يجوز اللمس بغير حائل وهكذا.

4- يُشترط لمعالجة الطبيب المرأة أن لا يكون ذلك بخلوة فلا بدّ أن يكون مع المرأة زوجها أو محرماً أو امرأة أخرى من الثقات.

5- أن يكون الطبيب أميناً غير متهم في خلقه ودينه ويكفي في ذلك حمل الناس على ظاهرهم

6- كلما غلظت العورة كان التشديد أكثر قال صاحب كفاية الأختار: وأعلم أن أصل الحاجة كان في النظر إلى الوجه واليدين، وفي النظر إلى بقية الأعضاء يُعتبر تأكد الحاجة، وفي النظر إلى السواتين يُعتبر مزيد تأكد الحاجة. ولذلك لا بدّ من التشديد البالغ في مثل حالات التوليد.

7- أن تكون الحاجة إلى العلاج ماسة كمرض أو وجع لا يُحتمل، أو هُزال يُخشى منه ونحو ذلك أما إذا لم يكن مرضاً أو ضرورة فلا يجوز الكشف عن العورات، كما في حالات التوهّم والأمور التحسينية<sup>1</sup>.

-موقف قانون الأسرة من المسألة: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في مواده وبالأخص في المادتين 53/10<sup>10</sup> و 45 مكرر لا نجد يتكلم صراحة عن حق التطليق للزوجة بسبب رفض زوجها اللجوء للتلقيح الإصطناعي كحل أخير للإنجاب، إلا أنه يمكن القول أن رفض الزوج حق زوجته في إنجاب الذرية عن طريق التلقيح الاصطناعي -الذي تم اللجوء إليه بسبب علة العيب - يعتبر من باب الضرر الذي نصت عليه المادة 53 الفقرة 10 ق.س، لأن حرمان الزوجة من الولد يحدث لها ضرراً يمنعها من حق الأمومة رغم وجود الحل لعقمها، وحق الولد يعتبر حقاً شرعياً لكلا الزوجين، وقد أمرنا ديننا الحنيف بالتناسل والتكاثر، وفي حالة المرض أمرنا بالتداوي وطلب العلاج، لقول الرسول ﷺ " تَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَلَا تَكُونُوا كَرَهْبَانِيَّةِ النَّصَارَى"<sup>2</sup>، وهذا فيه حث على التكاثر والتناسل، وقال أيضاً «عِبَادَ اللَّهِ تَدَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً إِلَّا دَاءً وَاحِدًا الْأَهْرَمَ»<sup>3</sup>، وهذا يدل على جواز التداوي في الإسلام للعلاج، فالله سبحانه وتعالى لم ينزل داء إلا أنزل معه دواء فالذي يعلم العلاج عمل به ومن جهله فاته خير كثير، والتلقيح

<sup>1</sup> محمد صالح المنجد، المرجع السابق، فتوى رقم: 5693.

<sup>2</sup> أخرجه: أبو بكر البيهقي ت 458هـ، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7 (ط: 3؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2003)، باب الرغبة في النكاح، ص 125، رقم الحديث (13497).

<sup>3</sup> أخرجه: أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود الطيالسي، تحقيق: محمد ابن عبد المحسن التركي، ج2 (ط: 1؛ مصر: دار هجر، 1999)، باب أسامة بن شريك، ص 560، رقم الحديث (1328).

الاصطناعي الذي يتم في إطاره الشرعي من باب علاج العقم الحاصل بين الزوجين لحصول الولد، وتحقيق الإستقرار الأسري والذي يكون حقيقة بعد إنجاب الذرية، والتي هي قرة العين للإنسان.

ونحن اليوم أحوج لإيجاد حلول ناجعة لتحقيق الهدف الأسمى من الزواج وهو الإستقرار الأسري، وبالعمل بالتلقيح الاصطناعي يعتبر من باب الاستقرار الأسري الذي لا بد أن يسود لدى ثقافة الأسرة الجزائرية، أنه ضرورة لا بد منها، وهو خير من التفكك الأسري بسبب العقم، كما لا يحق لنا حرمان المرأة من إنجاب الذرية والتي هي أيضاً من أهداف الزواج، ورضا زوجها بالتلقيح الاصطناعي كعلاج أخير يلغي مسألة حق الزوجة في التلقيح بسبب هذه المسألة، ولا بد على الأزواج أيضاً أن يفهموا أن لجوء الزوجة لهذه العملية ما هدفه إلا تحقيق الراحة النفسية والجو الأسري المعتدل بوجود الولد داخل الأسرة.

ويطرح تساؤل آخر: هل يمكن اعتبار الاعتراض المبني على العوامل الطبيعية والدينية والاجتماعية حجة لرفض التلقيح الاصطناعي؟.

يمكن القول أن الزوج الذي يكتفي بالتضحية لشهوة الجسد ويفوض أمره إلى الطبيعة أو الذي يعترض لأسباب دينية نظراً للأساليب المستعملة وانكشاف المرأة عن الطبيب عدة مرات، ولا يقوم بالتزامات الزواج كلياً لا سيم وأن الفقه الإسلامي وبعده قانون الأسرة قد اعتبره أمراً مشروعاً إذا تم بين بويضة الزوجة ومني زوجها، وبالتالي لا يمكن اعتبار الرفض للأسباب عذراً شرعياً ومقبولاً، ويجب على القاضي التمييز بين الرفض المستخلص من الخرق للمانع الديني\* للفرد<sup>1</sup> وبين الرفض لورع في الشخص، وقد قال الرسول ﷺ عن الورع: «لَا يَبْلُغُ الْعَبْدُ

---

\* قد ذُكِرَ في هذا الإقتباس إلى جانب هذا الكلام مصطلح "الرفض للتدين المفرط"، ونقول أن المصطلح الأنجع والأحسن الذي يصلح أن يذكر هو مصطلح "الرفض لورع في الشخص"، لأن الزوج أراد من خلال رفضه هو الإلتقاء من الشبهات، والوقوع في المحظور أو تجنب الآثار السلبية التي قد تقع بين الزوجين، والورع شيء محمود في الإسلام لورود أحاديث كثير تحت عليه، أما مسألة تقدير الورع فالقاضي له سلطة النظر فيه، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَفْضَلُ الْعِبَادَةِ الْفَقْهُ، وَأَفْضَلُ الدِّينِ الْوَرَعُ». أخرجه: أبو القاسم الطبراني ت 360هـ، المعجم الصغير للطبراني، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمير، ج 2 (ط: بيروت: المكتب الإسلامي- دار عمار، 1985)، باب من اسمه الوليد، ص 251. رقم الحديث (1114).

<sup>1</sup> العوفي لامية، المرجع السابق، ص 40.

أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَّقِينَ، حَتَّى يَدَعَ مَا لَا بَأْسَ بِهِ، حَذَرًا لِمَا بِهِ الْبَأْسُ»<sup>1</sup>، والقاضي له السلطة التقديرية الواسعة في المسألتين بتحديد مدى شرعيتهما.

ونقول في هذا الصدد إن كان رفض الزوج مستخلصاً بسبب الخرق لمانع ديني، فهنا يمكن للقاضي أن يقبل رفض الزوج لإجراء زوجته عملية التلقيح الاصطناعي، كأن يكون هذا الخرق لمخالفة شروط التلقيح الاصطناعي المحدد شرعاً والمنصوص عنها قانوناً، وهذا عذر مقبول، أما إذا كان الرفض بسبب ورع<sup>2</sup> الزوج وخوفه من الأضرار والآثار السلبية، وإجتنب الشبهات، فهذا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في قبول رفضه من عدمه، لأن التلقيح الاصطناعي إذا تم بطريقه الشرعي فإنه يجوز لحاجة التداوي إليه، وأن الزوجة لجأت إليه لحقها في الولد، وما دام أهل العلم أجازوا التلقيح الاصطناعي كما ذكرنا سابقاً فلا بد للزوج أن يرضى بما أجازته علماءنا فهم أدري بمصالح الناس، ويغلبون المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، قال الله تعالى فيهم: ﴿... إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ...﴾ [فاطر: 28]، وقد قال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ لِلَّهِ أَهْلِينَ مِنَ النَّاسِ» قَالَ: قِيلَ: مَنْ هُمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «أَهْلُ الْقُرْآنِ هُمْ أَهْلُ اللَّهِ، وَخَاصَّتُهُ»<sup>3</sup>، وأهل العلم الذين أفتوا بجواز التلقيح الاصطناعي بضوابطه الشرعية يُحسبون من أهل القرآن.

وبصفة عامة إذا تأملنا الحياة الإجتماعية في الجزائر فإنه أصبح الاعتراض التلقائي على عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين أمراً غريباً رغم وجود بعض التحفظات، ويصعب على القاضي المطروح عليه الخصام أن يبرر الضرر من موقف الشخص الذي يصر بشدة

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب الورع والتقوى، ص 1409، رقم الحديث (4215).

<sup>2</sup> الورع: هو ترك ما يريبك ونفي ما يعيبك والأخذ بالأوثق وحمل النفس على الأشق، وقيل تجنب الشبهات و مراقبة الخطرات. (محمد راتب النابلسي، مقال: مكارم الأخلاق - الدرس الورع، منشور على شبكة الأنترنت، الرابط: [www.nabulsi.com](http://www.nabulsi.com)، تاريخ الاطلاع: 2018/02/05، بتوقيت: 21:45 دقيقة).

<sup>3</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 19 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند أنس بن مالك ﷺ، ص 305، رقم الحديث (12292).

على استعمال هذه الفرصة الأخيرة للإنجاب أو من موقف الشخص الذي اشمأز من وسيلة التلقيح الاصطناعي<sup>1</sup>.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أنه في حالة رفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي مع توفر كامل الشروط الشرعية والقانونية، وأنه لا سبيل لحصول الولد إلا بطريق التلقيح الاصطناعي، فيحق للزوجة أن تطلب التظليق للضرر الذي حصل لها نتيجة رفض زوجها اللجوء للتلقيح الاصطناعي لحصول الولد، لأن حق الأمومة مكفول شرعاً وقانوناً، وحاجة الزوجة للولد كان بدافع الأمومة فلا يحق لنا أن نحرمها من حقها الشرعي، وبذلك يمكن إعتبار رفض الزوج لجوء زوجته للتلقيح الاصطناعي بطريقه الشرعي، من باب الضرر المعتبر شرعاً الذي يمكن من خلاله الزوجة المطالبة بالتظليق وفقاً للمادة 53 الفقرة 10 من قانون الأسرة.

-مدى أحقية الزوجة اللجوء إلى التظليق للعيب رغم وجود وسيلة التلقيح الاصطناعي للعلاج وحصول الولد: بعد ما عرفنا سابقاً أن الزوجة التي طالبت بحقها بالتظليق نتيجة رفض الزوج اللجوء للإصطناعي، هو حق مشروع لها يدخل تحت سبب الضرر المعتبر شرعاً المنصوص عنه في الفقرة 10 من المادة 53 ق.س، فحقها بالولد والإنجاب حق مكفول شرعاً ومحمي قانوناً، ومنعها منه هو إضراراً بها.

والإشكال الذي سنطرحه الآن ونعالجه وكنا قد أعلنا عن الإجابة عليه في الفصل الأول هو: أن الزوجة إذا طالبت بحقها في التظليق نتيجة العيب الموجود في زوجها، هل يحكم لها بذلك رغم وجود وسيلة التلقيح الاصطناعي الذي يحتمل أن يحصل بها الولد، وبالتالي تنتقي به دعوى الزوجة؟.

يعتبر التلقيح الصناعي<sup>2</sup> من بين الحلول لعلاج العقم الحاصل بين الزوجين، وبه يتم القضاء على الكثير من المشاكل الزوجية التي يسببها العجز الجنسي الحاصل بينها الذي

<sup>1</sup> العوفي لامية، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> مجلة عبد الله بن فهد بن إبراهيم الحيد، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح، مجلة القضائية، عدد 6، السعودية، د. ن، السنة 15، جمادى الأولى 1434، ص 146.

يؤثر على النسل، مما قد يدفع الطرف المتضرر بالمطالبة بالفرقة، والتي قد تكون الزوجة هي المطالبة به بطريق التظليق للعيب.

وما دام أن التلقيح الاصطناعي موجود للعلاج، وكان العيب في الزوج ويمكن حصول الولد به، فنقول أنه ليس من حق الزوجة المطالبة بالتظليق مع وجود الوسيلة العلاجية لحصول الولد، لأن سبب لجوء المرأة للتظليق للعيب هو الحيلولة دون حصول الولد بسبب العيب، فعلة التظليق للعيب رفع ضرر الحرمان من الولد، لكن مع وجود الوسيلة الاصطناعية، فالضرر يزول، وتسبب العيب ينعدم لوجود العلاج له، فعلى الزوجة أن ترضى بذلك إذا طلب الزوج اللجوء إليه.

مع أن المادة 45 مكرر ق. س تشترط رضى الزوجين باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، أي الرضى الكامل للزوجة كطرف في العقد، إلا أنه أيضاً نقول في هذا الصدد أن من حق الزوج أيضاً العلاج قبل الحكم بالفرقة للزوجة، وهو ما يعمل به القضاء الجزائري اليوم بمنح الزوج مهلة سنة كاملة للعلاج، لكن ما هو الحل إذا كان العلاج مرتبط بالطرف الآخر ورفض هذا الأخير الخضوع له، فهل من حق الزوجة تظليم الزوج بالتظليق رغم طلبه اللجوء إلى الوسيلة العلاجية، أو رفض دعوى الزوجة بحجة أن إمكانية العلاج موجودة؟.

نرى أنه في هذه الحالة لأبد من تغليب المصلحة العامة ومصلحة المجتمع وهو الحفاظ على كيان الأسرة من التفكك بإيجاد حلول ناجعة تزيل المشاكل الزوجية، والتلقيح الاصطناعي من بين الحلول المقترحة لعلاج مشاكل العقم، وإنقاص حالات فك الرابطة الزوجية في مثل هذه المواضع، ولجوء الزوجين للتلقيح الاصطناعي لحل مشكل العقم يحقق المصلحة العامة وبقاء استمرار الأسرة وتماسك المجتمع، أما المصلحة الخاصة للزوجة هنا ضعيفة لا تحقق المقصد الشرعي من تشريع الطلاق، لكون الطلاق قد شرع كالكي آخر العلاج، في حين أن بعض العيوب لها علاج فلا بد من تقديم العلاج الذي يحافظ على الأسرة واستقرارها على العلاج المتمثل في الفرقة والذي به تهدم الأسرة وتفكك، والذي يعتبر آخر دواء للعلاج، ونحن أحوج اليوم بالمحافظة على الروابط الأسرية، نظراً للتزايد الرهيب لحالات التظليق في المحاكم.

لذا نقترح أن تكون الفقرة الثانية من المادة 45 مكرر ق. س (أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما، مع مراعاة سلطة القاضي حالة النزاع)، ونقصد بسلطة القاضي؛ أي تدخل القاضي في حالة رفض الزوجة التلقيح الاصطناعي بعد طلب الزوج كحلٍ للعقم، وذلك بإلزامها اللجوء إليه، لأن علاج الزوج مرتبط بها، وبالتالي رفض دعواها للتطليق للعيب بعد منح الزوج أجل سنة للعلاج، وكانت هي طرفاً لحصول العلاج وبه حصول نتيجة الولد، لأنه لا يمكن تظلم الزوج والمطالبة بالتعويض للزوجة مع أنه قدم الحل للعقم، ورفضت هي ذلك، بل لا بد من تظلم الزوجة لأنها هي التي كانت متسببة في الفرقة رغم حرص الزوج على بقائها، أما إذا أصرت على الفرقة فلها أن تلجأ للفرقة بالخلع وتقديم البذل المالي للزوج، ويكون البذل المالي في قيمة ما يستطيع الزوج الزواج بإمرأة أخرى وخاصة إذا كان معسور الحال.

ومن ثمة فلو صح العقم كسبب للتفريق فلا يمنع منه رفض الوسيلة الاصطناعية<sup>1</sup>، للعلاج وحصول الولد.

### المطلب الثالث

#### التطليق بسبب فقدان الزوج

بالرجوع إلى المادة 53 ق. س لم تتكلم صراحة عن حق التطليق بسبب الفقد، وإنما تكلمت عن التطليق بسبب الغياب، وهناك فرق بين المفقود والغائب، مع أن قانون الأسرة قد تكلم عن أحكام المفقود في الكتاب الثاني الذي يشمل النيابة الشرعية، إذ ضبط أحكامه في الفصل السادس تحت عنوان المفقود والغائب، وهذا العنوان يدل على أن لكل من الفقد والغياب أحكام خاصة به.

فالمشروع الجزائري لم ينص على فقدان كسبب من أسباب طلب التطليق<sup>2</sup>، ومادام أن المادة 53 الفقرة 10 قد نصت على أنه (يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق لكل ضرر معتبر

<sup>1</sup> سامي صالح الوهيبي، المرجع السابق، ص 387.

<sup>2</sup> منصور نورة، المرجع السابق، ص 42.

شرعاً)، فهل يمكن أن نعتبر أن فقدان الزوج يُعد من أسباب التطليق التي يمكن أن تستند عليها الزوجة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية تحت عنوان الضرر المعتبر شرعاً. أم لا؟.

### الفرع الأول: التعريف بالمفقود

إذا فُقد الزوج قد يحدث به ما يضر بزوجته، فتبقى معلقة لاهي مزوجة ولا هي مطلقة كون أن زوجها غير معلوم مكانه وحياته من موته، فما المقصود بالمفقود وحكمه والفرق بينه وبين الغائب؟.

### أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي

-الفقد لغةً: فَقَدَ الشَّيْءَ فَقْدًا وَفَقْدَانًا: ضَاعَ مِنْهُ<sup>1</sup>. وَالْفَاقِدُ مِنَ النِّسَاءِ: الَّتِي يَمُوتُ زَوْجُهَا أَوْ وَلَدُهَا أَوْ حَمِيمُهَا<sup>2</sup>.

-إصطلاحاً: هو الذي غاب، ولم يعرف له موضع، ولا يعلم أحي هو أم ميت<sup>3</sup>.

### -قانوناً:

عرف قانون الأسرة المفقود في المادة 109 بنصها (المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم).

### ثانياً: حكم المفقود

المفقود يعتبر حياً في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ميتاً في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد أقاربه؛ لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال، فإن علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه، واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان، وفي توريثه من غيره إثبات أمر لم يكن ثابتاً له، ولأن حياته بإعتبار الظاهر، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق، وليست بحجة للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره، ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر، ولهذا لا تتزوج إمرأته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 696.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 38، ص 3443.

<sup>3</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 508.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج 11 (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1989)، ص 34-35.



### ثالثاً: تمييز المفقود عن الغائب

1- الغياب هو أوسع معنى من فقد، لأن الغائب يشمل المفقود ومن ليس بمفقود، وبهذا فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقوداً<sup>1</sup>، فقد يكون الغائب مفقوداً وقد لا يكون كذلك، فيكون مفقوداً إذا انقطعت أخباره ولم يعد معروفاً ما إذا كان حياً أم ميتاً، ويكون غير مفقود إذا كانت حياته مؤكدة ولكنه مجهول الإقامة، أو كانت جهة إقامته معلومة ولكنه غائب عن موطنه الأصلي، فتعذر عليه إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة غيره<sup>2</sup>، وعليه يكون المدار في الفرق بينهما على الجهل بالحياة من عدمه، فإن جهلت حياته فهو مفقود، وإن علمت حياته فهو غائب، كما أن الغيبة تزول بحضور الغائب أو موته موتاً حقيقياً، أما الفقد فيزول بحضور المفقود أو موته حكماً<sup>3</sup>.

2- شخصية الغائب القانونية تظل قائمة، فلا يؤثر الغياب في إنهاؤها مادامت حياته مؤكدة، كل ما هنالك أنه قد تنجر عن غيابه عرقلة مصالحه وإستحالة مباشرتها، لذا يجوز للمحكمة أن تعين وكيلاً عنه لإدارتها بناء على طلب من يهمله الأمر، أما إذا ترك وكيلاً فتقوم بتثبيته<sup>4</sup>.

وما دام أن هناك فرقاً جوهرياً بين الغائب والمفقود، وأن لكل منهما أحكامه الخاصة به، فكان على المشرع الجزائري أن يلغي عبارة "يعتبر الغائب كالمفقود" في نص المادة 110 ق.س، ثم إضافة فقرة جديدة تخول للقاضي تثبيت الوكيل الذي تركه الغائب أو تعيين وكيل عنه يتولى شؤونه في حالة ما إذا لم يترك وكيلاً، رعاية لمصالح الغائب وعدم الإضرار بالآخر، دون الحاجة إلى القول بجواز الحكم باعتباره ميتاً كالمفقود<sup>5</sup>، ويكون تعديل المادة

<sup>1</sup> جلال إبراهيم، الوضع القانوني للمفقود، مجلة المحاماة، العدد 1، جامعة القاهرة، 1984، ص 59.

<sup>2</sup> محمد سعيد جعفرور، مدخل على العلوم القانونية - نظرية الحق-، ج2 (ط: 1؛ الجزائر: دار هومة، 2011)، ص 324.

<sup>3</sup> محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان. (ط: 1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2011)، ص 15.

<sup>4</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 324.

<sup>5</sup> تسووح حمو، المفقود والغائب والآثار المترتبة عليهما، مجلة الموثق، العدد 12، الغرفة الجهوية للموثقين، الجزائر، 2005، ص 45. (بتصرف).

110 بنص جديد<sup>1</sup> كالاتي (الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير، وتعين المحكمة وكيلاً عن الغائب متى كانت قد إنقضت مدة السنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه، فإذا كان قد ترك وكيلاً عاماً تحكم بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي).

ومن جهة ثانية بعد عرض التفرقة بين المفقود والغائب فإن مسألة الإحالة التي نصت عليها المادة 112 من قانون الأسرة التي تجيز لزوجة المفقود أو الغائب أن تطالب بالتطليق وفقاً لنص المادة 53 الفقرة الخامسة، غير كافية ولا شاملة لأن الفقرة الخامسة تتكلم عن الغائب وليس المفقود مما يستلزم إضافة عبارة المفقود إلى جانب الغائب فثمة يحل الإشكال، وإما أن نجعل فقدان الزوج من باب الفقرة 10 التي تتكلم عن كل ضرر معتبر شرعاً، وفقدان الزوجة زوجها يعتبر من باب الضرر.

#### الفرع الثاني: علاقة فقدان الزوج بحق الزوجة بالمطالبة بالتطليق للضرر

سنعرف من خلال هذه العلاقة شروط التطليق للفقد، وموقف الفقه والقانون منه وفق ما يلي:

#### أولاً: الشروط الواجب توافرها للحكم على الزوج بالفقد في قانون الأسرة

لكي نعتبر أن الزوج في حالة الفقد لا بد من توفر شروط لكي يحق للزوجة المطالبة بإصدار حكم قضائي بفقدان زوجها، ونستشفها بالرجوع إلى المواد من المادة 109 إلى المادة 113، ومن تلك الشروط نذكر:

**1-الغياب:** أي لا بد للزوج أن يغيب عن الأنظار، فلو تمت رؤيته ولو مرة واحدة في فترة الغياب، فهذا لديه حكم آخر غير حكم المفقود، والغائب وفق ما جاء في المادة 110 هو أن لا يوجد للشخص محل إقامة ولا موطن معلوم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 326.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

2- **عدم التمكن من معرفة مكانه:** بمعنى أن المفقود هو ذلك الشخص الذي لا نعرف أين يستوطن، فلا يوجد محل إقامة معلوم بالتحديد، ولا وجهة لدولة ما معروفة.

3- **عدم معرفة حياته من موته:** وهذا معناه أن تنقطع أخباره بحيث لم يعد معروفاً أحي هو فيرجى أم ميت فينعي، فإذا انعدم موطن معلوم له لكن يمكن الجزم على أنه على قيد الحياة، فهذا لا يمكن أن نعتبره مفقوداً<sup>1</sup>، بل هو الشخصُ الغائبُ لوجود اليقين بحياته، بخلاف المفقود الذي لا نعرف أحي هو أم ميت أي الشك في مصيره وغلبة الظن على الهلاك، وبذلك فالشخص البعيد عن موطنه وأهله لكنه على قيد الحياة فهذا لا يدخل في حكم المفقود، لعدم توفر شرط عدم معرفة الحياة من الموت.

4- **مرور مدة سنة كاملة على غياب الشخص المفقود:** مع أن هذا الشرط لم ينص عنه قانون الأسرة إلا أنه مادام أن المادة 113 ق.س قد حددت مدة الحكم بموت المفقود بأربع سنوات، بمعنى لا بد أن تكون مدة الحكم بالفقد أقل من أربع سنوات، لأنه لا يصدر قضاء الحكم بموت المفقود إلا إذا سبقه حكم بالفقد، وكذلك بالرجوع إلى المادة 110 ق.س نجدها أنها قد حددت المدة التي يمكن أن نعتبر فيها الشخص بأنه غائب بمرور سنة، أي إعتبار الزوج بأنه مفقود لا بد أن لا يكون مدة فقده أقل من السنة وأن لا تزيد عن أربع سنوات، وبهذا نستشف من المادتين أنه يمكن الحكم بفقدان الزوج بعد مرور سنة كاملة من تاريخ غياب الزوج المفقود وإنقطاع أخباره، وهو الرأي الذي أخذ به المالكية في الظرف العادي.

5- **صدور حكم قضائي بإعتبار الشخص مفقوداً:** وهذا الشرط قد أوجدته المادة 109 ق.س، إذ لا يعتبر الزوج مفقوداً إلا بصدور حكم قضائي بالفقد، حيث جاء فيها (... ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم)، وبذلك فالزوج الغائب الذي لا يعرف حياته من موته فلا يمكن أن نعتبره مفقوداً قانوناً إلا إذا صدر في حقه حكماً قضائياً بالفقد، فثمة يمكن للزوجة أن تستند على هذا الحكم للمطالبة بالتطليق لفقدان زوجها.

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 326.

## ثانياً: موقف الفقه والقانون من التفريق للفقد

1- رأي الفقهاء في التفريق للفقدان: بالرجوع على أحكام الفقه الإسلامي نجد أن مواقف الفقهاء متباينة في مدى جواز حق الزوجة المطالبة بالتفريق لفقدان زوجها، وتبرز هذه المواقف من خلال ما يلي:

الرأي الأول: عدم جواز التفريق لفقدان الزوج إلا بعد وقت تقديري طويل لحياته؛ وبهذا الرأي قال به الشافعية والحنفية، في بعض حالات الفقدان:

يرى الحنفية أنه لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته لأنهم يعتبرونه حياً في حق نفسه ميتاً في حق غيره، أي أنه يجري عليه حكم الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، فلا يجوز إذا التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره، أو مات أقرانه، وإلى نفس الأمر ذهب الشافعية، مع ضرورة إجتهد القاضي والحكم بموته<sup>1</sup>، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيِّنُ"<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني: القائل بجواز التفريق للفقدان

وأخذ بهذا الرأي المالكية، حيث قسموا غيبة المفقود على قسمين:

1- أن يفقد في أحوال عادية ظاهر الغيبة فيها السلامة؛ كالسفر لتجارة، أو لطلب العلم فلزوجته رفع دعوى التفريق، بسبب فقده، وإن ترك لها مالاً تعيش منه، أما إذا لم يكن له مال فيفترق القاضي بينهما لعدم الإنفاق، ويبدل القاضي الجهد للوصول إلى خبر عن المفقود، فإذا عجز عن ذلك، يؤجل التفريق بينهما أربع سنين، من تاريخ التقاضي، سواء أكانت مدخولاً بها أم لا، وسواء دعت إلى الدخول قبل غيبته أم لا، وبعد مضي المدة، تعنت عدة الوفاة، فإذا إنتهت حلت للأزواج.

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج8، دار الكتب العلمية، ص 313.

<sup>2</sup> أخرجه: أبو بكر البيهقي ت 458هـ، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7 (ط: 3؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2003)، باب من قال: إمراة المفقود إمراة، ص 731، رقم الحديث (15565).

وللمرأة الحق أن تعدل عن دعواها في التفريق، وتتمسك بزوجها شريطة أن يكون هذا العدول، قبل البدء في عدتها، فإذا ابتدأت بالعدة فليس لها ذلك، وليس لها في العدة نفقة لأن هذه العدة ليست عدة وفاة حقيقية، وإنما هي عدة وفاة حكومية.

2- أما إذا كان المفقود، قد غاب في الأحوال غير العادية، كالأوبئة والحروب، والكوارث العامة كالزلازل والأعاصير وما إليها، فإن القاضي يبذل الجهد لمعرفة خبر المفقود، فمتى غلب على ظنه عدم حياته، أجل التفريق سنة واحدة، ثم تعدد المرأة عدة الوفاة، وتحل للأزواج، وتتحمل المرأة إن كان لها مال نفقات البحث عن الزوج المفقود، فإن لم يكن لها مال كانت النفقة من بيت المال<sup>1</sup>.

وبالرجوع لقانون الأسرة نجده تكلم عن حق زوجة المفقود في الطلاق بموجب المادة 112 التي أحالت هذا الحق بالإستناد للمادة 53 الفقرة 5 لكن هذه المادة لا تتكلم عن المفقود وإنما عن الغائب فقط، وسنوضح أدناه هذه الإشكالية.

وبهذا يتضح أن قانون الأسرة قد أخذ برأي المالكية الذي يجيز لزوجة المفقود المطالبة بالتفريق للفقد بشكل عام، لكن بعد الإطلاع على أحكام هذا الرأي نجد أنه يوجد بعض الإختلافات بين ما يأخذ به قانون الأسرة في المواد التي تعالج أحكام المفقود وبين رأي المالكي؛ بحيث أن المالكية يجيزون الحكم بالتفريق للفقد والحكم بموت المفقود في الظروف العادية بعد مرور 4 سنوات وقانون الأسرة في المادة 113 نص على أنه (... وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات)، بمعنى أن قانون الأسرة بعد مرور 4 سنوات ينظر القاضي في زيادة المدة، وهذا بخلاف ما قال به المالكية.

وفي الظرف غير العادي قال المالكية يكون التفريق بعد سنة كاملة ثم تعدد المرأة عدة الوفاة، أما قانون الأسرة في المادة 113 قال بعد مرور 4 سنوات للحكم بالموت دون التكلم عن الحكم بالفقد (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 426.

سنوات بعد التحري...)، وبهذا لم يأخذ قانون الأسرة برأي المالكية كما هو، فكان عليه أن يستند به لتحديد أحكام المفقود دون خلط.

## 2- أثر فقد الزوج في حق الزوجة بالمطالبة بالتطبيق في قانون الأسرة:

المفقود هو غير الغائب وهناك فرق بينها، فهل يحق للزوجة أن تطلب التطبيق لفقدان زوجها، الذي لا يعرف حياته من موته؟. وسأوضح ذلك أدناه.

نصت المادة 112 ق.س ( لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة 5 من المادة 53)، ولو رجعنا إلى المادة 5/53 لوجدناها تتكلم عن حق الزوجة في المطالبة بالتطبيق لغياب الزوج وليس المفقود مع أن المادة 112 أحالت المفقود إلى المادة 5/53 التي تجيز التطبيق للغياب، لكن هذا لا يستقيم لأن هناك فرقاً بين المفقود والغائب فالمفقود وفق م109 (هو الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته..) أما الغائب وفقاً للمادة 110 (هو الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته) مما يتضح أن المفقود لا يُعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته، أما الغائب فهو عكس ذلك تماماً، فلا يمكن أن يكون الغائب مفقوداً، لأن الغائب حي ويعرف مكانه فلا يمكن أن نحكم بموته بإعطاء وصف المفقود الذي لا يكون إلا في حالة عدم معرفته حياته ولا محل إقامته.

وكذلك المفقود يشترط فيه صدور حكم قضائي بالفقد والغائب يشترط فيه مدة الغياب سنة كاملة، فما دام المشرع الجزائري قد ذكر المفقود بأحكام خاصة كان عليه بالأولى أن يضيف المفقود إلى جانب الغائب في الفقرة 5 من م53 والتي أحالت إليها المادة 112 ق.س التي أجازت الطلاق للفقد والغياب، فتصبح الفقرة 5 من المادة 53 بعد تعديلها (يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق: للغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة، أو في حالة صدور حكم بالفقد)، هذا على اعتبار الإحالة التي أحالت لها المادة 112 لتكون المواد متوافقة فيما بينها، وإما إزالة إحالت المفقود من المادة 112 وحسابها من باب الضرر المعتبر شرعاً في الفقرة 10 من المادة 53.

وبهذا يمكن القول أن الزوجة يحق لها المطالبة بالتطبيق بسبب فقدان زوجها بعد مطالبتها

بإصدار حكم بفقدان زوجها، فإذا صدر الحكم بالفقد يحق لها المطالبة بالتطبيق للضرر  
المعتبر شرعاً المنصوص عنه في المادة 53 الفقرة 10 بناء على الحكم بالفقد، على أساس  
أن فقدان الزوجة زوجها يحدث لها ضرراً مادياً ومعنوياً، يجوز لها شرعاً المطالبة بالتطبيق.

#### -الحكم بموت المفقود:

قد يطول فقدان الزوج عن زوجته، رغم صدور حكم قضائي يحكم بالفقد، فهل يحق لمن له  
مصلحة أن يطالب بإصدار حكم بموت المفقود أم لا؟

#### -في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود إلى آراء<sup>1</sup>:

#### -مذهب الحنفية: جاء في المذهب الحنفي الروايات الآتية:

1-إذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكم بموته وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة.  
2-إذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فإنه يحكم بموته، إعتباراً لحاله بحال نظائره، وهذا ظاهر  
المذهب<sup>2</sup>.

3-إذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته، وهذا مروى عن أبي يوسف<sup>3</sup>.

4-إذا مضت تسعون سنة من مولده يحكم بموته، وهذا الرأي لبعض فقهاء الحنفية.

5-وقال بعضهم يفوز إلى رأي القاضي، فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته، وإعتدت  
إمرأته عدة الوفاة من وقت الحكم للوفاة، كأنه مات فيه معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي<sup>4</sup>.

-مذهب المالكية: ذهب الإمام مالك على أنه إذا مضت أربع سنين على فقده يحكم بموته<sup>5</sup>.

-مذهب الشافعية: قالوا من فقد وانقطع خبره، ومضت مدة يعلم أن يغلب الظن أنه لا يعيش  
فوقها، فيجتهد القاضي حينئذ، ويحكم بموته، فتقدير المدة منوط باجتهاد القاضي، وليست

<sup>1</sup> علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، ج2 (د. ط؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د. ت)، ص 172.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ج11، طبعة: 1989، ص 36.

<sup>4</sup> كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، ج6 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت)، ص 140.

<sup>5</sup> محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1997)، ص

مقدرة بزمن معين على الصحيح، وقيل مقدرة بسبعين سنة، وقيل بثمانين، وقيل بتسعين، وقيل بمائة، وقيل بمائة وعشرين، وإنه لا بد من إعتبار حكم الحاكم فلا يكفي مضي المدة من غير حكم بموته<sup>1</sup>.

-مذهب الحنابلة: قالوا إن من يفقد، وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع ينقسم إلى قسمين: القسم الأول: أن يكون ظاهر غيبته السلامة؛ كسفر التجارة في غير مهلكه، وطلب العلم، والسياحة، وهذا فيه روايتان:

-الأولى: لا تزول الزوجية ما لم يثبت موته؛ لأنها زوجته بيقين فلا تزول بالشك.

-الثانية: إذا مضى عليه تسعون سنة من ولادته، قسم ماله، وهذا يقضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم تتزوج.

القسم الثاني: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك؛ كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته، فمذهب أحمد الظاهر عنه: أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً، وتحل للأزواج<sup>2</sup>.

-في التشريع الجزائري:

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في المادة 113 نجدها قد وضعت حالات يمكن أن يطلب من له مصلحة من خلالها بموت المفقود، كما وضعت المدة الزمنية التي لا بد أن تمر للحكم بموت المفقود من تاريخ الفقد.

فيمكن للزوجة المطالبة بموت زوجها المفقود، حيث نصت هذه المادة (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

<sup>1</sup> محمد خطيب الشربيني، المنهاج ومعنى المحتاج، ج3 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، ص 26-27.

<sup>2</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9 (د. ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1972)، ص 131-



ويتضح من خلال هذه المادة أن المفقود قد يكون في حالتين؛ حالة يغلب فيها هلاك الشخص لوجود ظرف تكون نتيجته في الغالب هلاك الشخص لِعَظَم الكارثة، وحالة تغلب فيها السلامة ترجع السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى علاقتها بالفقدان وتقدير مدتها؛ بالإضافة إلى حالة أخرى ذكرها المشرع في قوانين مختلفة، وهي حالة يكون فيها الموت محققاً، وبهذا يمكن للزوجة أن تستند على إحدى الحالات للمطالبة بإصدار حكم بموت زوجها المفقود.

وبذلك يمكن تفسير الحالات التي يغلب فيها هلاك الزوج المفقود إلى ثلاث حالات، الأولى نستشفها من نص المادة 113 ق.س تتعلق بالحالات الإستثنائية وفقاً للقواعد العامة، والتي تكون عادة مدتها تطول بسبب الظرف الإستثنائي الذي لا بد له من التحري قبل الحكم بالموت، والحالة الثانية تتعلق بحالات خاصة نستشفها من خلال إستقراء القوانين الأخرى، وهي حالات مستثناة للقاعدة العامة الموجودة في المادة 113 ق.س لأن هذه الحالات خاصة ليست مرتبطة بمدة لأنها وقتية غير مستمرة ولا تحتاج إلى مرور 4 سنوات لإصدار حكم بالفقد لغلبة الهلاك بعد مرور تلك الكارثة في فترة وجيزة، والحالة الثالثة حالة التي تغلب فيها السلامة، وهي كالاتي:

#### **أولاً: حالات يغلب فيها الهلاك**

قد يغيب الزوج عن زوجته في بعض الظروف تكون في غالبها نتيجة الوفاة محتملة، لشدة الظرف وغلبة الوفاة فيه، وقد عبر قانون الأسرة في هذه الحالة بأمرين، حالة الحروب والحالات الإستثنائية، وقد حدد المدة التي لا بد أن تمر المطالبة بالحكم بالفقد هي بمرور أربع سنوات من غياب المفقود.

**ثانياً: حالات يكون فيها الهلاك محققاً (حالات خاصة):** وهي حالات محددة بموجب نصوص خاصة على سبيل الحصر، مستثناة من القاعدة العامة المنصوص عنها في المادة 113 من قانون الأسرة، وهي كالاتي:

**1- حالة فيضان باب الواد وزلزال بومرداس:** لقد ترتب عن هاتين الكارثتين العديد من المفقودين الذين أصبح مصيرهم مجهولاً، وهذا ما أدى إلى إصدار كل من الأمر 03-02 والمتعلق بفيضانات باب الواد<sup>1</sup>، والقانون 06-03 المتعلق بمفقودي زلزال بومرداس<sup>2</sup>، ويطبق كل منهما لفترة محددة وينقضي أثرهما بمرور فترة الفيضان والزلزال، كما تتميز أحكامهما ببساطة الإجراءات وتقصير الأجل.

وتتدرج هاتان الكارثتان ضمن الحالات الإستثنائية المنصوص عليها في المادة 113 ق.س، إلا أن خطورة الوضع وهول الكارثة جعل من الأحكام الواردة في قانون الأسرة لا تستجيب لها نظراً لطول الإجراءات وتعقيدها، والإنتظار مدة أربع سنوات يزيد الأمر تعقيداً<sup>3</sup>، فتم إخراجها عن الحكم العام وذلك بجواز المطالبة بإصدار حكم بوفاة المفقود في الفترة بين مرور السنة من الفقد وقبل مرور الأربع سنوات.

**2- ظرف المأساة الوطنية:** يعتبر الأشخاص الذين فقدوا ولم يظهر عليهم أي خبر في العشرية السوداء، بمثابة مفقودين في حالة إستثنائية ويغلب عليهم الهلاك، وبصدور الأمر 01/06 المتعلق<sup>4</sup> بميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أصبحت تطبيق الأحكام الخاصة الواردة بهذا الأمر لأنه لا جدوى في انتظار مدة الأربع سنوات كون احتمال الوفاة أكبر من احتمال الحياة<sup>5</sup>.

**ثالثاً: حالات تغلب فيها السلامة:** وتكون في الحالات التي غاب فيها الزوج بسبب مجهول لا يتضح من خلاله أنه ميت، وإنما قد يحمل حياته لعدم وجود ظرف يدل على هلاكه، حيث

<sup>1</sup> الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002، المتضمن: الأحكام المطبقة على مفقودي فياضانات 10 نوفمبر 2001، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، 2002).

<sup>2</sup> قانون رقم 06/03 المؤرخ في 14 جوان 2003، المتضمن: الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2003).

<sup>3</sup> شبايكي نزهة، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2014-2015، ص 17.

<sup>4</sup> الأمر 01/06 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ: 27 فبراير 2006، يتضمن: تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد: 11، 27 فبراير 2006)، ص 6.

<sup>5</sup> شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص 18.

أعطت المادة 113 للقاضي السلطة التقديرية في تحديد المدة التي تجيز الحكم بموت الزوج المفقود بعد مرور الأربع سنوات بزيادة فترة معينة، حسب طبيعة التحري وظرف غياب الزوج. -**ما يترتب على الحكم بوفاة المفقود:** إذا حكم بموت المفقود إعتدت إمرأته عدة الوفاة، وقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته، ومن مات من ورثته قبل ذلك الوقت لم يرث منه<sup>1</sup>، ويرد القسط الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته، ويرد الموصى له به إن كانت له وصية إلى ورثة الموصي<sup>2</sup>.

فإذا ظهرت حياة المفقود في وقت من الأوقات، فإما أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة، وإما أن يكون بعده، فإن كان الأول: ورث ممن مات قبل ذلك من أقاربه، واستحق ما كان موصى له به، فيأخذ الموقوف لأجله، وإن كان الثاني: فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له، وأما الهالك والمستهلك، فلا يأخذ منهم بدله؛ لأنهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم بل بحكم من القاضي، فلا يكونون متعددين فينتفى عنهم الضمان<sup>3</sup>.

### المبحث الثالث

#### أسباب التطبيق الواردة شرعاً

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أسباباً للتفريق لم ترد في قانون الأسرة، عالج أحكامها فقهاؤنا الأجلاء، ومن بين تلك الأسباب؛ التطبيق بسبب الكفاءة في الزواج والإعسار في الصداق، ويتم معالجة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: التطبيق بسبب الكفاءة في الزواج

المطلب الثاني: التطبيق بسبب الإعسار في الصداق.

<sup>1</sup> بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في تعديله الأخير سنة 2005، نجده يأخذ بالتنزيل أو ما يسمى بالوصية الواجبة، فيرث ورثة من مات قبل مورثه بتنزيلهم منزلة مورثهم المتوفي بشروط، حيث نصت المادة 169 ق.س (من توفى وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية...).

<sup>2</sup> عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ج 2، ص 216-217.

<sup>3</sup> محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 2. (د. ط؛ بيروت: مكتبة النهضة، د. ت)، ص 357.

## المطلب الأول

### التطبيق بسبب الكفاءة في الزواج

بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي نجده قد ذكر أسباباً أخرى يمكن للزوجة أن تطالب من خلالها بفك الرابطة الزوجية، ومن بينها التطبيق بسبب الكفاءة في الزواج، مع أن قانون الأسرة لم يعالجها فنذكرها باعتبار أن الدراسة تشمل حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية على ضوء الشريعة الإسلامية.

### الفرع الأول: التعريف بالكفاءة في الزواج

إن الحياة الزوجية مبنية على السكينة والرحمة والألفة بين الزوجين قد تواجه ما يعكر صفوها ويذهب رونقها، وسبب ذلك هو إختلال التوازن بين الزوجين بسبب إختلال التكافؤ بينهما، لإختلاف مراكزهما العلمية والإجتماعية والدينية والإقتصادية وغيرها، مما يحتم عن أثر الكفاءة في فك الرابطة الزوجية وفق مايلي:

#### 1-تعريف الكفاءة

-الكفاءة لغةً: والكُفءُ: النّظير والمُساوي. ومنهُ الكفَاءَةُ في النِّكاحِ، وهو أن يَكُونَ الزَّوجُ مُساوياً للمرأة، في حَسَبِها ودينها ونَسَبِها وبيتها وغير ذلك. وتكافأ الشَّيْئَانِ: تَمَاطَلًا<sup>1</sup>.

-إصطلاحاً: الكفاءة هي المماثلة بين الزوجين في أمور مخصوصة دفعاً للعار، وذلك في الدين، والنسب، والحرية، والحرفة واليسار، ويراد منها: تحقيق المساواة في الأمور الاجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية وتحقيق السعادة بين الزوجين بحيث لا تعير المرأة أولياؤها بالزواج بحسب العرف<sup>2</sup>.

وبذلك فالكفاءة ضرورية للحياة الأسرية واستقرارها، وهي مماثلة الزوج زوجته في خصالٍ معتبرة، أو أن يكون أعلى منها في هذه الخصال والتي يحق للمرأة ووليها اسقاطها برضاها.

#### 2-الحكمة من اعتبار الكفاءة: الزواج هو اقتران أسرة بأسرة، وليس مجرد إقتران شابٍ بفتاة،

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج43، ص 3792.

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ت 597هـ، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ج9 (ط1: القاهرة: دار الوعي العربي، 1998)، ص 13.

وإنما شرع الزواج لتأسيس القرابات الصهرية، ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً، يسره ما يسرُّ أهل زوجته، ويضره ما يضرهم، وبالعكس، وهذا لا يكون إلا بالموافقة والتقارب بين الأُسرتين والزوجين، ولا يمكن تحقيقه إذا تنافرت النفوس لاختلال الكفاءة وتباين الفروق على المستوى الشخصي للزوجين، أو على المستوى الأسري لكل منهما<sup>1</sup>.

فاشترط الكفاءة بين الزوجين ليس معناه خلق الطبقة بين الناس، أو تمييز بعضهم عن بعض، وإنما هو أن يكون التقارب بين الزوجين في أمور مخصوصه، إذا تفاوتت تصبح الحياة بينهما غير طبيعية، وتتقلب إلى مشاكل قد تؤدي إلى الطلاق الذي نهى عنه الله سبحانه وتعالى ووصفه بأبغض الحلال، فاشترط الكفاءة في بعض العناصر له محاسن تجعل الحياة الزوجية مستقرة يسودها الوئام والمحبة، وبذلك تنشأ الأسرة التي تساهم في بناء المجتمع، ويعيش أفرادها في إطمئنان<sup>2</sup>.

### 3- من تشترط فيه الكفاءة:

الكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال؛ بمعنى أنها تعتبر من جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر من جانب النساء للرجال، فهي حق في صالح المرأة لا في صالح الرجل، فالرجل هو الذي يشترط فيه أن يكون كفئاً للمرأة، ولا يشترط في المرأة أن تكون كفئاً للرجل، بل يصلح أن تكون أقل منه في خصال الكفاءة<sup>3</sup>، فما روي أنه جَاءَتْ فَتَاةٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: " إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ، لِيَرْفَعَ بِي خَسِيَّتَهُ، قَالَ: فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ تَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ إِلَى الْأَبَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ"<sup>4</sup>، وبهذا تشترط الكفاءة في الرجل أي لا بد أن يكون الزوج كفئاً لزوجته.

<sup>1</sup> أحمد رباح، الكفاءة في الزواج، الرابط: [www.ahmadrabah.com](http://www.ahmadrabah.com)، تاريخ الاطلاع: 2018/02/28، بتوقيت: 16:01 دقيقة، ص 1.

<sup>2</sup> أحمد سعيد أبو راس، أحكام الزواج في الإسلام - نظرة تقويمية للكفاءة في عقد الزواج - (ط: 1؛ ليبيا: الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1425 هـ)، ص 73.

<sup>3</sup> عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ج3، ص 12.

<sup>4</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب من زوج ابنته وهي كارهة، ص 602، رقم الحديث (1874).

#### 4- وقت اعتبار الكفاءة:

وقت اعتبار الكفاءة، هو وقت إنشاء العقد فإن عدت بعده لم يبطل النكاح لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد، وإن كانت معدومة حال العقد، فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة فلو كان الزوج كفوًا وقت العقد ثم زالت عنه الكفاءة بعد الدخول فلا تأثير لذلك على العقد ولا يطلب الفسخ لأن دوام الحال من المحال<sup>1</sup>.

#### 5- شروط الكفاءة:

إختلف الفقهاء في خصال الكفاءة، فهي عند المالكية اثنان: وهما الدين والحال، أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار، لا الحال بمعنى الحسب والنسب.

وعند الحنفية ستة: هي الدين والإسلام والحرية والنسب والمال والحرفة. ولا تكون الكفاءة عندهم في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص، والبخر والدفتر إلا عند محمد في الثلاثة الأولى.

وعند الشافعية خمسة: هي الدين أو العفة، والحرية، والنسب والسلامة من العيوب المثبتة للخيار والحرفة.

وعند الحنابلة خمسة أيضاً: هي الدين، والحرية، والنسب، واليسار (المال)، والصناعة أي الحرفة<sup>2</sup>.

#### 6- رأي الفقه في شرط الكفاءة في الزواج:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء ومنهم أئمة الحنفية إلى أن الكفاءة شرطاً في الزواج واستدلوا على ذلك بما روي عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ، وَلَا يُرَوِّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، وَلَا مَهْرَ دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ»<sup>3</sup>.

ولأن مصالح الناس تختل عند عدم الكفاءة لأنها لا تحصل إلا بالإستفراش، والمرأة

<sup>1</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1405هـ)، ص 28.

<sup>2</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 318-320.

<sup>3</sup> أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج4 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004)، كتاب البيوع، ص 358، رقم الحديث (3601).

تستتكم عن الاستشراف غير الكفاء؁ وتعيّر بذلك فتختل المصالح؁ ولأن الزوجين يجرى بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح دون تحملها عادة؁ والتحمل من غير الكفاء أمر صعب ينقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** رأى بعضهم كالثوري؁ والحسن البصري؁ والكرخي: أن الكفاءة ليست شرطاً أصلاً؁ لا شرط صحة في الزواج ولا شرط لزوم؁ فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفواً للزوجة أم غير كفاء؁ واستدلوا بقوله تعالى: ﴿... إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ...﴾ [الحجرات: 13].

ورد عليه بأن معناه أن الناس متساوون في الحقوق والواجبات؁ وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى؁ أما فيما عاده من الإعتبار الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وعاداتهم؁ فلا شك في أن الناس يتفاوتون فيها؁ فهناك تفاضل في الرزق والثروة قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ ...﴾ [النحل: 71]؁ وهناك تفاضل في العلم يقتضي التكريم قال تعالى: ﴿... يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ...﴾ [المجادلة: 11]؁ وما يزال الناس يتفاوتون في منازلهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية؁ وهي مقتضى الفطرة الإنسانية؁ والشريعة لا تصادم الفطرة والأعراف والعادات التي لا تخالف أصول الدين ومبادئه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق لعدم الكفاءة في الزواج

لم يتعرض قانون الأسرة للكفاءة نصاً؁ وإنما يمكن أن تدرج تحت الضرر المعتبر شرعاً في البند 10 من المادة 53 ق.س؁ وبهذا لا يخرج القانون عن نطاق الفقه الاسلامي والإجمال في الكفاءة لا ينفي الإشكال؁ اعتباراً لاختلاف الفقهاء فيها.

من هنا كان علينا أن نقترح على المقنن الجزائري اعتبار الكفاءة في النكاح؁ وأن يتناولها بالنص بأن تعتبر الكفاءة في الدين والخلق؁ وما يراه العرف -على خلاف المدن والقرى-

<sup>1</sup> زكى الدين شعبان؁ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية. (ط: 4؛ د. م: منشورات جامعة قاريونس؁ 1978)؁ ص 216.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي؁ الفقه الإسلامي وأدلته؁ ج7 (ط: 2؛ سورية: دار الفكر؁ 1985)؁ ص 230.

كالنسب والمال. بأن يراعي هذه الأعراف حال العقد لا بعده، بحيث إن أراد الولي أن يزوج من في ولايته بمن هو لا يكافئها ولم يرض الولي، يتدخل القاضي لمنعه، وإن وجد التراضي من الطرفين فلا مانع<sup>1</sup>، وتعتبر الكفاءة في الزواج من باب الإستقرار الأسري الذي يحصل به في المجتمع، لأن الكثير من حالات فك الرابطة الزوجية ما سببها إلا عدم الكفاءة بين الزوجين، فيقع الخلاف بين الزوجين وتصبح حياتهما غير طبيعية وتتحوّل لمشاكل يومية يكون مصيرها الطلاق، ونحن أحوج اليوم من إنقاص حالات الطلاق التي عجت بها محاكم البلاد، فكلما كان الزوج كفاءاً للمرأة تصير القوامة حقيقية تنعكس بالإيجاب على حياة الزوجين، وتنشأ بها العلاقة الصافية وتستقر الحياة بين الطرفين.

أما الكفاءة في الدين والخلق فيجب اعتبارها قبل العقد وبعده، ويعطي للمرأة حق طلب التطلاق بعد العقد إذا فسق من كان كفاءاً لها، أما بقية الأوصاف إن عدت بعد العقد، فلا تعد سبباً يخول للمرأة حق طلب التفريق<sup>2</sup>.

وبذلك فالكفاءة التي توجب للزوجة حق التطلاق للضرر المنصوص عنه في الفقرة 10 من المادة 53 هو الكفاءة في الدين، فلا يمكن أن تعيش الزوجة العفيفة مع الزوج الفاسق، فإذا تبين للزوجة أن زوجها حال العقد فاسق يوجب لها حق فسخ العقد، وإذا كان حال العقد ذا دين ثم بعد الدخول أصبح به فسوق جاز لها المطالبة بالتطلاق للضرر، وهذا الذي نميل إليه ونرجحه.

ونرجح هذا لأن النكاح يصح مع فقد الكفاءة؛ إذا رضى الأولياء والمرأة إسقاطها فلا إعتراض عليهم، لأنه حق للمرأة والأولياء، أما إذا لم يرضوا فيحق فك الرابطة الزوجية نتيجة إسقاطها، ولعل الكفاءة في الزواج لها دور كبير في إستقرار الحياة الزوجية، والكثير من حالات فك الرابطة الزوجية ما سببها هو الفارق بين الزوجين في الكفاءة، وهذا يجعل الصدمات والخلافات الزوجية مستمرة ودون إنقطاع يكون مصيرها الفرقة بين الزوجين، لذا جعلها الفقهاء شرط لزوم في عقد النكاح، فوجود هذا الشرط أولى من تغييبه في العقد

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 316.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 317.



للاستقرار الأسري الذي نحن اليوم أحوج إليه لتزايد الرهيب لحالات فك الرابطة الزوجية في المجتمع الجزائري.

ومن التشريعات العربية التي إعتبرت الكفاءة شرط لصحة الزواج رتبت عنه الفسخ، وهو تشريع الأحوال الشخصية الأردني<sup>1</sup>، حيث نصت المادة 23 منه على أنه "للقاضي عند الطلب بفسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج"، مما يتضح أنه يحق للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بسبب عدم الكفاءة في الزواج.

## المطلب الثاني

### التطبيق بسبب الإعسار في الصداق

من حقوق الزوجة على زوجها الصداق، وهو واجب لها على زوجها، لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً... ٤﴾ [النساء: 4]، فإذا أبرم عقد الزواج الصحيح وكان المهر معجلاً فأعسر الزوج على تأديته بعد العقد، فهل يحق الزوجة المطالبة بالتطبيق لذلك؟، وهذا ما سنوضحه أدناه.

### الفرع الأول: مفهوم الصداق

#### 1- تعريف الصداق:

**لغة:** الصَّدَقَةُ والصَّدَاقُ والصِّدَاقُ: مهرُ المرأة، وَقَدْ أَصْدَقَ الْمَرْأَةَ حِينَ تَزَوَّجَهَا، أَيَّ جَعَلَ لَهَا صَدَاقًا، وَقِيلَ أَصْدَقَهَا أَيَّ سَمَى لَهَا صَدَاقًا<sup>2</sup>.

**اصطلاحاً:** هو المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية أو العقد.

**قانوناً:** عرّف قانون الأسرة الصداق في المادة 14 منه هو " ما يدفع نحلة للمرأة من نقود أو غيرها أو من كل ما هو مباح شرعاً)، وإعتبره قانون الأسرة في المادة 9 مكرر شرط من

<sup>1</sup> القانون رقم 25 لسنة 1977 والمتضمن: قانون الأحوال الشخصية الأردني. (المملكة الأردنية، الجريدة الرسمية، رقم 01، 1977/6/27).

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج10، طبعة 1994، ص 2420.

شروط عقد الزواج، كما يمكن أن يكون الصداق معجلاً أو مؤجلاً وهو مانصت عليه المادة 15 ق. س (يحدد الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً).

## 2-حكمة تشريع الصداق:

الصداق حق من حقوق الزوجة، والحكمة منه واضحة في إكرام المرأة وتمكينها من أن تتهيأ للزواج، بما يلزم لها من لباس وحلي ونفقات، فهو رمز للتعاطف والمودة، يعبر بواسطته الزوج عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية المستقبلية، وعن حسن نيته نحو زوجته وإخلاصه لها<sup>1</sup>.

## 3-التكليف الشرعي للصداق:

يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن المهر حكماً من أحكام عقد الزواج، وأثر من آثاره، وليس ركناً من أركان عقد الزواج، ولا شرطاً من شروط صحة العقد<sup>2</sup>، وإستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾ [البقرة: 236].

أما المالكية فيرون أن الصداق هو ركن من أركان العقد، ومعنى كونه ركناً أنه لا يصح إشتراط إسقاطه، لأنه لا يشترط تسميته عند العقد<sup>3</sup>، ومن هنا لا يصح عقد الزواج عند النص على نفي الصداق، فلو تزوجها بشرط أن لا صداق لها فقبلت، لا يصح العقد، لأنه عقد معاوضة، متعة بملك صداق، فيفسد بشرط نفي العوض، كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن.

ولقد أخذ القانون برأي المالكية فنص في المادة 9 مكرر ق.س المضافة بالأمر 02/05

على أن الصداق من شروط عقد الزواج، كما قررت المادة 15 ق.س المعدلة بنفس الأمر " وجوب تسمية الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج5 (د. ط؛ القاهرة: مطبعة السعادة، د. ت)، ص 62.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية. (د. ط؛ بيروت: مطبعة النهضة، د. ت)، ص 135.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

## الفرع الثاني: أحكام التفريق للإعسار بالصداق

طلب الفرقة بين الزوجين بسبب عجز الزوج بدفع المهر لقي خلافاً بين الفقهاء سنوضحه أدناه:

-الموقف الفقهي من التفريق للإعسار في الصداق: مهر الزوجة يمكن أن يكون معجلاً، ويمكن أن يكون مؤجلاً ويمكن أن يكون نصفه معجلاً ونصفه الثاني مؤجلاً، فإذا كان الصداق مؤجلاً وأعسر الزوج عنه، لا يخول لها حق الفسخ وإنما يبقى ديناً في ذمته، أما إذا كان معجلاً، وأعسر الزوج عنه بعد الطلاق، فهل يحق للزوجة حق فسخ النكاح؟

-الرأي الأول: عدم جواز التفريق بسبب الإعسار على المهر مطلقاً؛ سواء أكان الإعسار قبل الدخول أم بعده. وهذا قول الظاهرية وبه قال الشافعية، ورواية عند الحنابلة واستدلوا بقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ... ٢٨٠﴾ [البقرة: 280].

ووجه الدلالة واضح من أمر الله تعالى، بإنظار المعسر حتى يوسع الله عليه، وقالوا بأن الصداق نحلة وليس هو المقصود في النكاح<sup>1</sup>.

-الرأي الثاني: يذهب على جواز التفريق به مطلقاً، أعسر قبل الدخول أم بعده وبه قال الشافعية، وقول لدى الحنابلة.

ودليلهم هو: أنه تعذر عليها تسليم العوض والمعوض باقٍ لحاله فكان لها الرجوع للمعوض، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع باقٍ بحاله<sup>2</sup>.

-الرأي الثالث: إذا كان الإعسار بالمهر قبل الدخول فإن لها حق الفسخ، أما إذا كان الإعسار بعد الدخول فليس لها، وهذا مذهب المالكية وقول لدى الحنابلة وبه قال الشافعية<sup>3</sup>.

ودليلهم: قالوا أن لها الفسخ قبل الدخول فلأنه عجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض، فأشبهه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشتري لإفلاسه والمبيع باقٍ بعينه فله

<sup>1</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج8، طبعة: 1958، ص 181.

<sup>2</sup> علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج8 (ط: 1؛ القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، 1957)، ص 313.

<sup>3</sup> أبي عبد الله محمد الخرشبي، المرجع السابق، ج3، ص 260.

أن يسترده من المشتري، وهو الرأي الذي نميل إليه ونرجحه كونه يحقق مصلحة الزوجين معاً.

وهذا الموقف من التشريعات العربية الذي أخذت به هو تشريع الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت المادة 126: "إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج -بإقراره أو بالبينة- عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما، أما إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فإنه يفسخ دون إمهال".

#### -شروط التفريق بالإعسار عن المهر:

يشترط فيه ما يلي<sup>1</sup>:

- أن لا تكون عالمة بإعساره قبل العقد؛

- أن يكون الفسخ بحكم حاكم؛

- عدم رضاها بإعساره فإن رضيت فلا فسخ؛

- أن تطالب به لأنه حقها؛

- أن يثبت إعسار الزوج فإن كان له مال أخذ منه ولا فسخ.

#### -نوع الطلاق الواقع بالإعسار:

إختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

-منهم من عده فسخاً: قد ذهب الشافعية والحنابلة أن للزوجة الحق في فسخ النكاح قياساً

على الإعسار في ثمن المبيع<sup>2</sup>، وقد قرنوا بين الإعسار بدفع المهر بعد الدخول والإعسار قبل

الدخول، فإذا أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول، فللزوجة فسخ النكاح لأنه معاوضة

يلحقه الفسخ، فجاز فسخه كالإفلاس بالعوض في البيع.

وإذا أعسر بعد الدخول ففيها رأيان:

<sup>1</sup> علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، المرجع السابق، ج8، ص 314.

<sup>2</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 182.

أ-لم يجر لها فسخ النكاح لأن البضع صار كالمستهلك بالوطة، فلم تفسخ كالبيع بعدها لا كالسلعة.

ب-يثبت لها الفسخ لأن البضع لا يتلف بوطة واحد فجاء الفسخ والرجوع إليه، ولا يجوز الفسخ في الأحوال كلها إلا بحكم القاضي لأنه مختلف فيه.

-منهم من عده طلاقاً: وذهب مالك إلى أن لها حق فسخ النكاح قبل الدخول لا بعده، ويجب عليها نصف المهر بالفسخ قبل الدخول لأنه طلاق، وينظر الزوج قبل الفسخ مدة لا تتضرر الزوجة بطولها<sup>1</sup>.

وذهب الحنفية إلى أن العقد لا يفسخ بإعسار الزوج عن دفع المهر ما دام العقد قد تم مع الكفاءة، ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولي<sup>2</sup>.

-أسباب أخرى للتطبيق في بعض التشريعات العربية:

### 1-قانون الأحوال الشخصية العراقي:

-التطبيق بسبب عدم أهلية الزوج: ذكر قانون الأحوال الشخصية العراقي سبباً آخر من أسباب التطبيق ألا وهو التطبيق بسبب عدم أهلية الزوج، حيث أجاز القانون لكل من الزوجين طلب التفريق من القضاء إذا تم عقد الزواج قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة من عمره ذلك دون الحصول على موافقة القاضي<sup>3</sup>.

يلاحظ أن طلب التفريق جوازي لكل من الزوجين، وطلب التفريق سببه أن عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشر من عمره، وأن العقد تم قبل الحصول على إذن من القاضي بذلك، والجواز في رفع الدعوى يتعين أن يكون محل إعتبار، بمعنى أن يخضع لتقدير القاضي لأن كل متعاقد في مثل هذه الحالات يكون جاهلاً العمر الذي عليه التعاقد الآخر.

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يتكلم عن مصير عقد الزواج الذي تم دون سن الأهلية الكاملة وهو 19 سنة لكلا الزوجين، وإنما تكلم عن جواز القاضي بالترخيص قبل ذلك

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ج1، ص 714.

<sup>2</sup> محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 194.

<sup>3</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2011)، ص109.

السن لمصلحة أو ضرورة، مما يتضح أنه يمنع على ضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام عقد الزواج قبل ذلك السن إلا بترخيص من القاضي وتحت مسؤوليته المهنية، أما إذا تم الزواج عرفاً ودون السن القانوني، ورفع الزوجان دعوى إثبات الزواج العرفي، فبموجب المادة 22 ق.س تعطي للزوجين حق إثبات زواجهما بحكم قضائي، حتى ولو كان الزوجان قاصرين.

**-طلب التفريق لإقامة الزوج خارج الوطن:** أجاز القانون للزوجة العراقية أن تطلب التفريق على زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعيته جنسيته لدولة أجنبية، إذا مضي على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر<sup>1</sup>.

ولعل المشرع الجزائري قد عبر عن هذا السبب بالغيبة، فإذا غاب الزوج عن زوجته دون عذر ولا نفقة يحق لها المطالبة بالتطليق، إلا أن الإختلاف يكمن في أن مدة الغيبة في التشريع الجزائري هي سنة كاملة أما التشريع العراقي فثلاث سنوات، ومدة ثلاث سنوات تحدث اضراً كبيراً للزوجة لطول المدة، وبه كان المشرع الجزائري أقرب إلى مراعاة مصلحة الزوجة برفع الضرر عنها بحصر المدة إلى سنة واحدة، وهي كافية لعودة الزوج، أما الإختلاف الثاني أن المشرع الجزائري لم يحدد مكان غيبة الزوج، فقد يكون الزوج غائباً وهو داخل الوطن، لكن بعد المسافة بين الزوجين يحدث أثر الغيبة، وخاصة أن أرضنا تعتبر أكبر دولة من حيث المساحة في المغرب العربي، والبعد بين مدينة ومدينة قد يمثل مساحة دولة، وهذا البعد يحدث أثر الضرر على الزوجة، في حين نجد أن المشرع العراقي حصر الغياب في إقامة الزوج خارج الوطن، وبه يكون المشرع الجزائري أكثر دقة حينما فتح تفسير الغيبة بأن تشمل غيبة الزوج سواء أداخل الوطن أم خارجه، وكل هذا لرفع الضرر عن الزوجة.

## 2-مدونة الأسرة المغربية:

**-التطليق للإيلاء:** أجاز مدونة الأسرة المغربية للزوجة طلب التطليق للإيلاء، ويقصد به حلف الزوج على عدم قرب زوجته لمدة تفوق الأربعة أشهر، والفرق بين الهجر والإيلاء هو

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص 124.

أن الإيلاء يوجد فيه القسم والهجر لا قسم فيه، حيث نصت المادة 112 من المدونة المغربية<sup>1</sup> "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتهما عليه المحكمة".

في حين نجد أن المشرع الجزائري كما ذكرنا سابقاً لم يأخذ بالإيلاء، وإنما تكلم عن الهجر في المضجع، وبالتالي فبمجرد ثبوت هجر الزوج زوجته لمدة تفوق الأربعة أشهر يجيز للزوجة طلب التطلق لضرر الهجر، ولم يشترط المشرع القسم فيه، لأن العبرة ليس في القسم، وإنما العبر بمدّة الهجر وهي أن تفوق الأربعة أشهر لحدوث الضرر، وبالتالي رفع الضرر عنها بإعطائها حق التطلاق نتيجة ذلك.

## المبحث الرابع

### الإجراءات القضائية للحكم للزوجة بحقها في التطلاق

بعد معالجتنا للجانب النظري لموضوع حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق التطلاق بقي لنا شق إجرائي، لا يمكن للزوجة أن يكتمل حقها بالمطالبة في فك الرابطة الزوجية، إلا من خلال إتباع مجموعة من الإجراءات القانونية وجوباً، وإلا اعتبرت دعواها لمطالبتها بالتطلاق لاغية، لذا سنحاول من خلال هذا المبحث بيان الإجراءات العامة في فك الرابطة الزوجية، ثم ذكر الإجراءات الخاصة بالتطلاق والتي إنفرد بها عن غيره من طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، مع ذكر مدى سلطة قاضي الموضوع التقديرية في النظر في أسباب التطلاق التي إستندت إليها الزوجة لمطالبها بفك الرابطة الزوجية مع ذكر بعض الإجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع.

وتتم معالجة هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الإجراءات العامة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية

المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بالتطلاق وسلطة القاضي في الحكم بها.

<sup>1</sup> القانون رقم 22/04 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 3 فبراير 2004 والمتضمن: مدونة الأسرة. (المملكة المغربية، الجريدة الرسمية، رقم 5184، 5 فبراير 2004).

## المطلب الأول

### الإجراءات العامة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية

إن قانون الأسرة الجزائري، رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها، إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين، وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي يستوجب معه الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة طرق رفع الدعوى إلى المحكمة واختصاصها وطرق الطعن في هذه الأحكام.

فلكي تتمكن الزوجة من المطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية وصون هذا الحق لابد من إتباع إجراءات قضائية معينة لقبول دعاوها بذلك، وسيتم معالجة هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول: إجراءات الدعوى

تخضع دعاوى فك الرابطة الزوجية في إجراءاتها العامة إلى القواعد العامة في إجراءات الدعوى المدنية، إذ خص التشريع الجزائري المواضيع المتعلقة بشؤون الأسرة بإجراءات في فصل خاص من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، وبالضبط في الكتاب الثاني من الباب الأول في الفصل الأول تحت عنوان "في قسم شؤون الأسرة" ابتداءً من المادة 423 ق.أم.د. وغيرها من المواد التي تحدد إجراءات الدعوى التي سنعالجها أدناه، بالإضافة إلى بعض الإجراءات المنصوص عنها في قانون الأسرة.

والجدير بالتنويه أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يفرق من حيث الإجراءات بين الزوج والزوجة، إذ أخضع الطلاق بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة لنفس المراحل الإجرائية<sup>2</sup>.

### أولاً: شروط قبول دعوى التطليق

<sup>1</sup> قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، والمتضمن: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 21، السنة 45، 23 أبريل 2008).

<sup>2</sup> عبد السلام نيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة. (د. ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2009)، ص 283.



إشترط المشرع الجزائري شروطاً لقبول الدعوى بصفة عامة، تشترك فيها جميع الدعاوى القضائية بما فيها دعوى التطلق، ودونها تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى وهذه الشروط نصت عليها المادة 13 ق.أم.د (لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون).

يثير القاضي تلقائياً إنعدام الصفة في المدعى أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائياً إنعدام الإذن إذا ما إشترطه القانون). ومن خلال هذه المادة 13 سألقة الذكر يتضح أنه لقبول دعوى الزوجة بالتطبيق لابد من توفر شرطين أساسيين لا تقبل دعاواها إلا بوجودهما، وهما: الصفة والمصلحة، وتفصيل شرطي الصفة والمصلحة كالآتي:

### 1-الصفة:

لقبول الدعوى إشترط القانون الجزائري توافر الصفة في رفع الدعوى.

أ-المقصود بالصفة: يجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق المدعي وهو الذي يباشر رفع الدعوى من أجل حماية هذا الحق، بمعنى لابد من توافر المركز القانوني للشخص رافع الدعوى والمركز القانوني لصاحب الحق المدعي، ويشترط وجود تطابق بين المركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق وعلى ذلك لا يستطيع أحد رفع الدعوى لحساب غيره دون أن يكون مأذوناً بإستعمال هذه السلطة<sup>1</sup>.

ب-الصفة والدعوى: إذا لم تتوفر الصفة في المدعي فلا تقبل دعاواه، فإذا كان المدعي لا يطالب بالحق لنفسه، فإن الدعوى لا تقبل فالشخص لا يستطيع أن يرفع دعوى إبطال العقد إن لم يكن طرفاً فيه باعتبار أن الذي يطلب الإبطال هو صاحب الصفة.

وفي دعوى فك الرابطة الزوجية بطريق التطلق، أن يكون رافع الدعوى هي الزوجة صاحبة الحق، فهي بنفسها التي تطلب بحقها بالتطبيق متى توفر سبب من أسباب المادة 53 ق.س.

<sup>1</sup> فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (د. ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008)، ص 15.

## 2- المصلحة:

إشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، فالمصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى، بل هي أساس قبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم. والمصلحة التي يشترطها المشرع هي المصلحة القانونية، ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة حالة<sup>1</sup>:

**1- المصلحة القانونية:** بمعنى أن تستند المصلحة إلى حق، بمعنى أن يكون موضوع الدعوى المطالبة بالحق أو بمركز قانوني أو التعويض عن الضرر. ولا يمكن قبول الدعوى إذا كانت غير قانونية أي مخالفتها للنظام العام والآداب.

بمعنى في دعوى التطليق بطلب من الزوجة، يجب أن يكون هذا الحق الذي تستند إليه الزوجة لمطالبتها بفك الرابطة الزوجية يقره القانون ويحميه، والمعلوم أن التطليق منصوص عنه في المادة 53 ق.س ووضعه له المشرع الجزائري عشرة أسباب، فلا بد أن يكون طلب الزوجة بالتطليق من إحدى الأسباب العشرة، لأن المصلحة المرجوة من رفعها دعوى التطليق هو رفع الضرر الواقع عليها من زوجها، فإن لم تكن كذلك لا تقبل دعواها كونها ليست مصلحة قانونية يقرها القانون.

**2- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة:** بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه، كالوكيل بالنسبة للموكل والوصي أو الولي بالنسبة للقاصر. والمصلحة الشخصية المباشرة هي صفة في رفع الدعوى، وفي دعوى التطليق يجب أن يكون رافع الدعوى الزوجة أو من ينوبها إنابةً قانونية، بمعنى لا يمكن للزوجة التقاضي إذا تضررت مصلحة غيرها، بل تلجؤ للقضاء إذا تضررت مصلحتها الشخصية.

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص 16.

3- أن تكون المصلحة حالة وقائمة: وهنا يكون الحق قد أعتدي عليه بالفعل ويتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء. أما إذا كان الضرر محتملاً لدفع الضرر محققاً أو المحافظة على حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه<sup>1</sup>.

ثانياً: قواعد الاختصاص وكيفية تسيير الجلسة؛ لكي تقبل دعوى التطبيق لابد أن ترفع أمام الجهة المختصة نوعياً وإقليمياً، وكذا لسير الدعوى لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات، ففيما تتمثل قواعد الإختصاص في التطبيق؟ وماهي إجراءات سير الدعوى فيها؟

### 1- الجهة القضائية المختصة بالنظر والفصل في منازعات التطبيق

نميز في قواعد الإختصاص بين الإختصاص النوعي والإختصاص الإقليمي في دعاوى التطبيق وفق ما يلي:

#### أولاً: الاختصاص النوعي

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي للمحاكم التي تفصل في قضايا الطلاق، وذلك بالرجوع إلى أحكام المادة 423 ق إ م إ في فقرتها الأولى بنصها<sup>2</sup>:  
(ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى التالية:

- الدعوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى البيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة).

فالنص على ما هو عليه يبين صلاحيات محكمة قسم شؤون الأسرة، ومن بين تلك الصلاحيات الفصل في قضايا الطلاق، وهو ما عبر عنه "بانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها" مما يتضح أن الاختصاص النوعي بالنظر والفصل في منازعات التطبيق يؤول إلى قسم شؤون الأسرة.

والملاحظ أيضاً أن النص تضمن عبارة (على الخصوص)، وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم إثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع، متى لم تكن مختصة بموجب

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1 (د. ط؛ عين مليلة: دار الهدى، 2011)، ص 579.

هذا النص<sup>1</sup>، أي أن كل نزاع متعلق بمسألة التطلاق وكذا باقي طرق فك الرابطة الزوجية من خلع وطلاق بإرادة الزوج وطلاق برضى الزوجين يجب عرضه على قسم شؤون الأسرة الموجود على مستوى المحاكم الابتدائية للقضاء العادي، وإلا سيتم الدفع بعدم الاختصاص النوعي من طرف الجهة غير المختصة في ذلك.

وهو ما أكدته أيضاً المادة 436 ق.أم.د على أن الإختصاص النوعي للنظر والفصل في دعوى الطلاق والتطلاق هو قسم شؤون الأسرة، حيث نصت المادة (ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى).

### ثانياً: الاختصاص الإقليمي

أما مسألة الاختصاص الإقليمي لموضوع الطلاق فقد نصت عليه الفقرة 3 من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها (" تكون المحكمة مختصة إقليمياً، في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما").

فالنص يحدد الاختصاص المحلي لمحكمة شؤون الأسرة، فيما يتعلق بموضوع الطلاق كالتالي:

- محكمة موطن مسكن الزوجية - طلب الطلاق - طلب الرجوع إلى بيت الزوجية.
  - محكمة إقامة أحد الزوجين (باختيارهما)، في طلبات الطلاق بالتراضي<sup>2</sup>.
- والذي يهّم في المادة هو التطلاق الذي يقع بطلب من الزوجة، والذي يؤول الاختصاص الإقليمي فيه للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، أي أن الزوجة التي تريد رفع دعوى التطلاق، يجب أن ترفعها أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مسكن الزوجية.

<sup>1</sup> سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 579 (بتصرف).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 584.

## الفرع الثاني: سير دعوى التطلاق

لسير دعوى التطلاق لأبد على الزوجة من إتباع مجموعة من الإجراءات لقبول دعوها نوضحها كالآتي:

### 1- تقديم عريضة إفتتاح دعوى التطلاق:

عندما تقدم الدعوى من طرف الزوجة ضد زوجها، يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص، وتعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها دعوها، وعندئذ يتعين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين، إما بنفسيهما أو بواسطة وكيلهما، يشرح كل واحد منهما طلباته ومزاعمه بالأدلة والحجج.

أما إذا لم يحضر المدعي ولا وكيله في اليوم الأول المحدد للجلسة، رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة، فإن القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى، أما إذا لم يحضر المدعى عليه، فإنه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه.

ويفصل القاضي دائماً بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات، بعد سماع كل واحد منهما. ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يحضرها إلا هما والقاضي وكاتبه ودون حضور المحامين، كما يجوز للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه بأن تكون جلسات الزوجين جلسات سرية لا يحضرها معها أحد<sup>1</sup>.

### 2- إجراءات الصلح:

يعتبر فك الرابطة الزوجية حقاً قانونياً للزوجة تلجؤ إليه متى وجد سبب جدي لذلك، لكن التشريع الجزائري ألزم القاضي بإجراء محاولات الصلح قبل إصدار أي حكم من أحكام فك الرابطة الزوجية بما فيه التطلاق، وتفصيل ذلك كالآتي:

#### أولاً: تعريف الصلح في مادة الطلاق

- تعريف الصلح لغةً: الصلح والمصالحة والإصلاح: قطع المنازعة، مأخوذة من صلح

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، 1999، ص 352.

الشيء: إذا كمل، وهو خلاف الفساد، والصلاح: مصدر المُصالحَة<sup>1</sup>.

- اصطلاحاً: الصلح هو عقد يرفع النزاع بين الطرفين بالتراضي<sup>2</sup>.

- قانوناً: لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الصلح، وإنما نص عليه كإجراء جوهري قبل الحكم بالطلاق، ولما نقول الطلاق فهو مصطلح عام ذكره قانون الأسرة في بعض المواضع منه دون شرح، فهو يشمل جميع أنواع فك الرابطة الزوجية، إما الطلاق بإرادة الزوج، أو الطلاق برضى الزوجين، أو الطلاق بطلب من الزوجة بنوعيه التطلق، والخلع، حيث نصت م49 ق أ (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر(3) من تاريخ رفع الدعوى...)، أي أنه لا يحكم بالتطبيق للزوجة إلا بعد إجراء الصلح بين الزوجين للتوفيق بينها، لتجنب فك الرابطة الزوجية، وهو إجراء وقائي استحدثه المشرع للحد من حالات الفرقة بين الزوجين.

أما بالرجوع إلى قواعد القانون المدني الذي هو الشريعة العامة لجميع فروع القانون الخاص، يتبين أنه قد عرف الصلح بموجب م459 ق م بقوله (الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه).

وعليه فإن المشرع لما أوجب الصلح في المنازعات الزوجية، كان لاعتبار مهم منه: وهو أن الصلح عقد يخضع لنفس الشروط التي يجب أن تتوفر في العقود المدنية عامة، من رضا ومحل وسبب، لكون أن الصلح يتم بإرادة الطرفين، بالإضافة إلى شروط خاصة في الدعوى، من صفة ومصلحة، وأن تكون هذه الأخيرة قائمة وقانونية شخصية ومباشرة<sup>3</sup>.

وتتم محاولات الصلح تحت مراقبة القاضي وفي جلسات سرية، إذ يقوم القاضي بسماع الزوجين كل واحد على انفراد ليتسنى له عرض ماله من مآخذ على زوجه بكل طلاقة ثم

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 202-203.

<sup>2</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت)، ص5.

<sup>3</sup> عبد الفتاح تقي، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2006-2007، ص 251. (بتصرف).

يستمتع إليهم مجتمعين لمواجهة أقوالهما ومحاولة تقريب مواقفهما. ويلجؤ إلى حضور أحد الأقارب للمشاركة في محاولة الصلح إذا طلب منه ذلك الزوجان. وهذا الطلب المشترك يعني أن لهذا الشخص مكانة لدى الزوجين قد تساهم في تجاوز الأزمة<sup>1</sup>.

في حالة غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح لاستحالة الحضور أو لمانع، أمكن القاضي تأجيلها إلى موعد آخر أو ندب قاض آخر لسماعه في إطار إنابة قضائية، غير أنه إذا تم تكليف الزوج شخصياً وغاب عن الجلسة دون تقديم عذر مقبول يحزر القاضي محضراً عن ذلك.

يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير بعد محاولة الصلح الأولى على أن لا تتعدى هذه المحاولات ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى. ويمكن للقاضي أن يأمر بتدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن. ويأخذ عند ذلك بعين الاعتبار ماتم الاتفاق عليه من طرف الزوجين. ويمكن للقاضي في هذه المرحلة وإلى حين صدور الحكم في الموضوع تعديل أو إلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بأمر غير قابل للطعن.

#### - آثار القيام بإجراءات الصلح:

عند قيام القاضي بإجراءات الصلح أو بمحاولة الصلح ليس بالضرورة أن ينجح في محاولة الصلح، فإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي والزوجين ويودع بأمانة الضبط، وهذا المحضر سند تنفيذي.

إذا فشلت محاولة الصلح أو امتنع أحد الزوجين من حضورها رغم مهلة التفكير الممنوحة يشرع في مناقشة موضوع الدعوى<sup>2</sup>.

#### - معوقات إجراء الصلح:

مما لا شك فيه أن إجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة تقابله معوقات تمنعه من أن يحقق الهدف المرجو منه، وذلك بالنظر للصعوبات التي تعترى تطبيقه في الميدان العملي أين تتعرض أغلب محاولات الصلح للفشل، وإن يرجع ذلك إلى مجموعة من اعتبارات.

<sup>1</sup> عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 283.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 284.

فمن المفروض أن يقوم بإجراء الصلح قاضٍ متخصصٍ في ذلك، وذو كفاءة شرعية وقانونية، بحيث تسند إليه هذه المهمة دون توكيله بمهام أخرى من شأنها تشتيت تركيزه لتطبيق هذا الإجراء والوصول إلى نتائج مرضية اتجاه ما عرض عليه، فعدم التفرغ لهذا الإجراء يدفع القاضي إلى الصلح بشكل عابر، أين يرى ضرورة عرضه على الطرفين كإجراء قانوني دونما العمل على إقناع الطرفين للوصول إلى اتفاق وبذل جهد كافٍ لذلك، فالكم الهائل للقضايا المعروضة على القاضي في شؤون الأسرة، وكونه كذلك مسؤولاً لفض النزاع القائم بين الزوجين، ولعبه دور المصلح في نفس الوقت لا يسمح له بالتعمق والتطرق إلى إجراء الصلح وتحقيق نتائج فعالة<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### الإجراءات الخاصة بالتطبيق وسلطة القاضي في الحكم بها

يعتبر فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق ذو طابع إجرائي خاص، يختلف عن طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، على اعتبار أن التطلق لديه 10 أسباب مذكورة في المادة 53 ق.س، وكل سبب لديه إجراءات خاصة به لا يحكم للزوجة بالتطبيق بسببها إلا إذا توفرت هذه الإجراءات، كما أن قاضي الموضوع لديه السلطة التقديرية الواسعة للنظر في مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق لهذه الأسباب، إذ يكمن دور القاضي في ذلك بأن يعاين ويتأكد من السبب المعتمد عليه ويعطيه الوصف القانوني الملائم اعتماداً على قانون الأسرة، ويمكنه أن يأمر بالتحقيق أو زيارة الأمكنة أو إجراء خبرة طبية لإكمال قناعته الشخصية تجاه السبب الموجب للتطبيق، ويتعين عليه في هذه الحالة الأخيرة إصدار أمر مسبب.

وسيتم معالجة هذا المطلب بالتركيز على الإجراءات الخاصة بأسباب التطلق وسلطة

القاضي التقديرية على كل سبب، من خلال الفروع التالية:

<sup>1</sup> رابع وهيبية، الإجراءات الخاصة المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2، جامعة عباس لغرور خنشلة، جويلية 2014، ص 47.



## الفرع الأول: الإجراءات الخاصة بأسباب التطلاق للإخلال بالالتزامات الزوجية والعائلية

سنعالج في هذا الفرع الإجراءات الخاصة لأسباب التطلاق لعدم إنفاق الزوج على زوجته والهجر في المضجع وفي حالة غياب الزوج عن زوجته دون عذر ولا نفقة.

### أولاً: الإجراءات القضائية للتطلاق لعدم الانفاق

يعتبر إمتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته حالة من حالات فك الرابطة الزوجية بالتطلاق للزوجة، إلا أن القاضي لا يحكم لها بالتطلاق لذلك إلا بعد إتباع إجراءات قانونية لا يعتبر الحكم القضائي المحكوم لها به صحيحاً ومرتباً لآثاره القانونية إلا بوجودها.

فإذا إمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته حقيقة فلا بد أن ترفع دعوى أولى مطالبة من خلالها الزوج بالنفقة، وتقديمها ما يثبت ذلك في حالة إنكاره أو إقراره بالمدعى به عليه، وبعد إستصدار الزوجة حكماً بوجوب النفقة، يتم التنفيذ عليه بالالتزام بالحكم الموجب بالوفاء بالنفقة، فإذا إمتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم، يتم تحرير محضر إمتناع الذي يعتبر دليل إثبات للزوجة في دعواها، ثمة يمكن للزوجة بعدها رفع دعوى أخرى مطالبة بالتفريق، وهذا يعني أن الحكم القضائي الممتنع عن تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية، تعفي من تقررت لمصلحته وهو الزوجة عن الإثبات<sup>1</sup>.

وبهذا يكون المشرع قد إشتراط أن يكون الحكم بالنفقة نهائياً مهوراً بالصيغة التنفيذية ويكلف الزوج بالوفاء، ويمهل للتنفيذ المهلة المحددة قانوناً بخمسة عشر يوماً، قبل أن يحرر المحضر القضائي القائم بالتنفيذ محضر إمتناع عن التنفيذ طبقاً للمادة 625 ق.أم.د، ويمكن أن لا يمنح للزوج مهلة، ويكلف بالوفاء فور تبليغه بالسند التنفيذي وتكليفه بالوفاء في حالة ما إذا كانت النفقة المحكوم بها بموجب أمر إستعجالي أو كان الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل، وهذا طبقاً 614 ق.أم.د، وفي حالة ما إذا إنتهت إجراءات التنفيذ بمحضر إمتناع عن التنفيذ، يجوز للزوجة طلب التطلاق مدعية عدم الإنفاق ومثبتة لإدعائها، ولا يكفي هذا ليستجيب

<sup>1</sup> أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014، ص 139. (بتصرف).

القاضي لطلبها، وإنما يقع عليها عبء إثبات أن زوجها أصبح معسراً بعد أن كان موسراً، لأنها لو كانت عالمة بإعساره وقت الزواج لا يكون لها الحق في طلب التطلق لهذا السبب وهذا وفقاً للمادة 53 الفقرة 1 ق.س.

وإذا أثبتت الزوجة أن زوجها أصبح معسراً بإعتباره واقعة مادية، يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، وحاول الزوج الدفع بأنه كان معسراً وقت إبرام عقد الزواج، فعبء الإثبات ينتقل عليه، وإذا عجز الزوج عن إثبات عكس ما ادعته وأثبتته زوجته، يفتح المجال واسعاً أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية للحكم بالتطلق من عدمه، لأن الإعسار قد يكون دائماً وقد يكون مؤقتاً، والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة، غير أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يمكن إمهال الزوج مدة محددة قد تتحسن أحواله المادية خلالها، والتقدير يرجع للقاضي الذي عليه أن يوازن بين الضرر الذي لحق الزوجة والأبناء والرابطة الزوجية قائمة، وهل هذا الضرر مؤقت أم دائم، وبين الضرر الذي قد يلحق كافة أفراد الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية، لأن الإعسار المؤقت ليس عيباً<sup>1</sup>، فالحالة المادية للإنسان غير مستقرة فلا بد من مراعاة هذا الظرف الذي قد يقع للزوج.

#### -السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة للحكم للزوجة بالتطلق لعدم الإنفاق:

إذا رفعت الزوجة دعوى التطلق أمام قاضي شؤون الأسرة فهل يلزم بالحكم لها بالتطلق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج؟ أم له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

-قانوناً: كما ذكرنا سابقاً أن الزوجة لا يحكم لها مباشرة بحقها بالتطلق، إلا بعد منح الزوج مهلة 15 يوماً للتنفيذ هذا في الظرف العادي والذي نص عليه التشريع، أما الأمر الذي لم يعالجه المشرع هو أن الزوج إذا كانت حالته المادية تحتاج لفترة تفوق الخمسة عشر يوماً لكي يتيسر حاله المادي، فعلى القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة

<sup>1</sup> عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وإنحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، شعبة: الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2011-2012، ص

كما ذكرنا سابقاً، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها<sup>1</sup>، وهو الرأي الذي نميل إليه ونرجحه لأن دور القضاء والتشريع هو المحافظة على العلاقة الزوجية متى وجدت سبباً لذلك وليس المبادرة لفكها، فإذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة، وأن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيماً، فعليه أن يمهله مدة معينة لعل تلك المدة يتيسر فيها حاله المادي ويستأنف الإنفاق على زوجته، بدلاً من أن يحطم حياتهما الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة والأبناء.

أما إذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيماً، وأحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب، فما عليه إلا الحكم بتطبيق الزوجة تفادياً لتضررها أكثر، وهذا وفقاً لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة في ذلك، والتي يستعمل فيها نشاطه الذهني، وقدراته العلمية، وخبرته المهنية، وظروف النزاع، والسندات المتوفرة لديه، للتقدير وإعطاء الحل المناسب في المكان المناسب على الوجه المناسب.

**فقهاً:** بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنبلية والمالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق وأن للمرأة حق المطالبة بالتفريق، إذا ثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه، ويطلق عليه فوراً عند ثبوت إعساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أما الشافعية والمالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر وثلاثة أشهر<sup>2</sup>.

### **-الإجتهاادات القضائية في مجال التطلاق لعدم الإنفاق:**

هناك العديد من الإجتهاادات القضائية التي تجيز للزوجة المطالبة بحقها في التطلاق لعدم الإنفاق، ومن تلك الإجتهاادات نذكر ما يلي:

- (متى كان من المقرر فقهاً وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبرراً لطلبها التطلاق عن زوجها، وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين دون استحقاق

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، 1999، ص277.

<sup>2</sup> محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية. (د. ط؛ الأردن: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002)، ص338.

بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائياً من محكمة الجرح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابياً بسنة حبساً منفذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعة في هذا الشأن<sup>1</sup>.

- (لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجود النفقة على الزوجة، وإن امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك)<sup>2</sup>.

وبهذا فيمكن للزوجة المطالبة بحقها بالتطليق لعدم إنفاق زوجها عليه، بعد صدور حكم قضائي بإلزام الزوج بالنفقة وإمهال الزوج فترة زمنية معينة للنفقة، وتحرير محضر بإمتناع الزوج عن ذلك، ثمة يمكن أن يحكم لها بحقها في التطليق.

**ثانياً: الإجراءات القضائية للتطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.**

تعتبر المعاشرة الزوجية حقاً للزوجين معاً، فإذا امتنع الزوج عن إعطاء حق الزوجة في ذلك وكان إمتناعه دون سبب جدي مقنع يكون قد أضر بها، مما يجيز لها المطالبة بالتطليق بسبب هجران زوجها فراشها، إلا أن هذا الحق لا يتقرر للزوجة إلا بتوفر شروط وجوبية نوجزها كما يلي:

- وجود النية السيئة للزوج بغرض الإضرار بزوجته بهجرها؛ أي أن لا يكون الهجر مشروعاً بغرض التأديب أو بسبب مرض مؤقت في الزوج.

- إثبات الزوجة إمتناع الزوج عن مضاجعتها ومنحها حقها في فراش الزوجية، عن طريق الإقرار من الزوج أو الأخذ بقول الزوجة مع اليمين.

<sup>1</sup> قرار رقم 34791، بتاريخ 19/11/1984، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد3، لسنة 1989، ص 76.

<sup>2</sup> قرار رقم 118475، بتاريخ 02/05/1995، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد49، لسنة 1996، ص 241.

-مدة الهجر؛ لا بد لقبول دعوى الزوجة أن يكون الزوج قد هجر زوجته لمدة أربعة أشهر كحد أدنى.

### -السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التطليق للهجر في المضجع:

في حالة طلب الزوجة التطليق للهجر في المضجع فإنه يستوجب على القاضي أن يتأكد من توافر العناصر الأساسية وهي العنصر المادي المتمثل في الهجر في المضجع الحقيقي دون سبب شرعي مقبول والعنصر الزمني المتمثل في مدة الأربعة أشهر متتالية غير متقطعة والعنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة.

ومن الاجتهادات القضائية في هذا المجال، أنه صدر قرار عن المجلس القضائي بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المستأنف عليه بسبب هجر هذا الأخير لها، وفقاً للفقرة الثالثة من المادة 53 ق.س، وجاء في عرض أسبابه ما يلي: "حيث أن المستأنفة تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقاً للمادة 53 من الفقرة 3 من قانون الأسرة، وإلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري نفقة عدة، ومبلغ ألفين دينار جزائري شهرياً نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى. حيث أن المستأنف عليه يلتزم مواصلة الحياة الزوجية واحتياطياً الطلاق بظلم منها وحرمانها من توابع العصمة ما عدا العدة.

حيث أنه بعد الإطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنفة بالرجوع إلى البيت الأصلي وأنه بعد الإستئناف أصدر المجلس قراراً بتاريخ 2001/12/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر.

حيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار وأدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08 وبالتالي فإن دفع المستأنف عليه غير مؤسسة، ويتعين الإشهاد للمستأنفة عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 ومن ثمة الحكم بتطليقها)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> نقلا عن: منصوري نورة، المرجع السابق، ص 37 - 38.

### ثالثاً: الإجراءات الخاصة بالتطليق بسبب الغياب

يعتبر غياب الزوج عن زوجته سبباً من أسباب التطليق للزوجة، لما فيه من ضرر ينتج عنه، إلا أن حق التطليق لهذا السبب لا يحكم لها القاضي به إلا بعد التأكد من بعض الشروط ومن بينها:

- **واقعة الغياب**؛ ثبوت غياب الزوج عن زوجته، ويقع عبء الإثبات على الزوجة وفقاً لقاعدة البينة على من ادعى.

- **مدة الغياب**؛ فلا بد للزوج أن يغيب عن زوجته مدة سنة كاملة على الأقل، فإذا لم يصل الغياب لمدة 12 شهراً لا يحكم لها القاضي بالتطليق لتخلف شرط المدة.

- **غياب العذر**؛ لا بد أن يكون الغياب دون عذر أو مبرر، فلو كان غياب الزوج للعلاج، فلا يحكم لها القاضي بالتطليق لوجود مسبب الغياب.

- **عدم ترك النفقة**؛ وذلك بأن يغيب الزوج ولا يترك لزوجته نفقة تعين بها نفسها وأولادها، من طعام أو كسوة أو علاج أو حتى سكن.

فإذا توفرت هذه الشروط يمكن للقاضي أن ينظر في سير الدعوى، أما إذا غابت تلك الشروط ستترفض الدعوى لعدم التأسيس.

### -سلطة قاضي الموضوع للتطليق للغياب:

بالنسبة للعذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطليق زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعياً ومبرراً لغيابه أم لا؟، فغياب الزوج مثلاً لمزاولة الدراسة يعتبر مبرراً شرعياً، أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبرراً شرعياً للغياب وهكذا، فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقاً لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع.

## الفرع الثاني: الإجراءات الخاصة بأسباب التطلق للعيوب والشقاق بين الزوجين

لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات القضائية لمطالبة الزوجة التطلق إما للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وتؤثر على العلاقة الزوجية وإستقرارها، أو التطلق للشقاق المستمر بين الزوجين، وبه سنعرف هذه الإجراءات أدناه.

### أولاً: الإجراءات القضائية للتطلق للعيوب

إذا رفعت الزوجة التطلق بسبب عيب في الزوج حال دون تحقيق الهدف من الزواج، فإن القاضي لا يحكم بمجردھا، بل لابد من الدليل، فإن ثبتت الدعوى فإن القاضي ينظر في العيب الذي ثبت؛ هل هو يمكن برؤه بالعلاج أم لا؟، ويتخذ الإجراء اللازم في هذه الحالة، إما بالتأجيل، أو الفرقة حسب الأحوال.

ومن هنا يثور البحث حول الإجراء الذي تفتتح به الدعوى وهو البحث عن وسائل إثباتها، ثم إذا ثبت يأتي البحث في سلطة القاضي في التفريق.

**1-إثبات العيب المدعى به:** يجب على القاضي التأكد من العيب المدعى به أولاً، فيطالب المدعي بما يثبت ما يدعيه، فإذا أثبت الزوجة دعواها إما بإقرار الزوج أو بالبينة، أو بقرائن الأحوال الدالة على وجود العيب، كوجود البكارة في الزوجة إذا ادعت عنة زوجها فإن جانبها يقوى، ويأتي بعد ذلك الإجراء التالي الذي يتخذه القاضي من الحكم لها، أو تأجيل وإمهال الزوج<sup>1</sup>، وهو ما سنوضحه أدناه.

**2-تحقيق العيب الموجب للتفريق:** لا ينتقل القاضي إلى الإجراء التالي في الدعوى إلا بعد تحقيقه للعيوب، وهل هو مما يثبت به الخيار أم لا؟.

وإذا كان الفقهاء قد نصوا على بعض العيوب الموجبة للتفريق، وألحقوا بها عيوباً أخرى كما سبق بيانه أعلاه، فإن دور القاضي حين تحقيقه للعيوب المدعى به يتحدد فيما يأتي<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب. (ط: 1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية،

2010)، ص 141- 142.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 143- 144.

أ-لابد من تحقق العلة لديه في العيب المدعى به، فليس كل عيب يدعيه أحد الزوجين موجباً للتفريق، بل هو العيب الذي يمنع الوطء، أو من كماله، لإحداثه نفرة للطرف الآخر أو عدوى، يمنع كل ذلك من الإقدام على المباشرة.

ب-لأهل الخبرة من الأطباء وغيرهم دور كبير في وصول القاضي إلى تحقيق العيب، فعن طريقهم يمكن التوصل إلى الجواب على أسئلة كثيرة؛ ككون المرض معدياً أم لا، وما هي درجة الخطورة في العدوى؟ وهل هو مما يمكن شفاؤه وزواله أم لا؟ وما هي المدة اللازمة للشفاء منه وزواله؟ إلى غير ذلك مما يحتاجه القاضي في سبيل الوصول إلى تحقيق العيب. غير أنه ينبغي أن يكون من يستعان به من أهل الخبرة أميناً في عمله بما يؤدي إلى الثقة فيما يصدره من تقارير في خصوص العيب وغيره.

وإذا بنى القاضي حكمه على ما انتهى إليه أهل الخبرة من وجود عيب موجب للتفريق، يجعل من الحكم ذا حجية دامغة كونه مبنياً على أسباب سائغة.

### ثانياً: سلطة القاضي في التفريق للعيوب

إذا ثبت العيب المدعى به على النحو السابق فإن القاضي يكون أمام أمرين، إما أن يحكم بالتفريق في الحال، وإما أن يؤجل الزوج المدعى عليه إلى وقت يمكن فيه زوال العيب الموجود به، وإذا إنتهى الأجل الذي ضربه فهل يحكم بالتفريق على الفور؟ أو يمكن أن يمدد الأجل مرة أخرى؟ وما هي الإجراءات التي تتبع في هذا الصدد؟.

أ-سلطة القاضي في التفريق في الحال: بعد أن يثبت العيب المدعى به لدى القاضي فلا يخلو هذا العيب من أمرين<sup>1</sup>:

-إما أن يكون مما يرجى برؤه وزواله في أمد معين.

-وإما أن يكون مما لا يرجى زواله أصلاً أو يرجى زواله في أمد بعيد.

<sup>1</sup> شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 146.



فإذا تبين للقاضي أن العيب لا يرجى زواله أصلاً أو يرجى زواله في أمد بعيد فإنه يتوجه إلى الزوجة المدعية ويسألها عن مدى تمسكها بطلبها في التفريق، فإذا رأى قيامها على طلبها حكم بالفرقة.

وهذا يعني أن العلة لو كان لا يرجى منها براء أو يرجى منها براء بعد مرور السنة، فلا يؤجل القاضي للمعتل، بل يحكم بالتفريق في الحال للزوجة، لأن طول مدة العلاج بعد السنة يحدث ضرراً للزوجة فيحكم لها القاضي بالتطبيق بعد استنفاد مدة العلاج دون جدوى.

**ب- سلطة القاضي في التأجيل والإجراءات اللازمة للتفريق<sup>1</sup>:** إذا تحددت سلطة القاضي في التفريق في الحال بكون العيب لا يرجى براءه أصلاً، أو يرجى براءه بعد زمن طويل فإن مفهوم ذلك أن العيب إذا كان مما يرجى براءه بعد زمن طويل فإن مفهوم ذلك أن العيب إذا كان مما يرجى براءه قريباً، أو يرجى بعد زمن ليس طويلاً فإنه لا يحكم بالتفريق في الحال، بل يؤجل المعيوب مدة العلاج، ثم ينظر بعد مضيها، وهو ما نبينه في الفقرات الآتية.

**- تأجيل الزوج المعيوب بعيب يرجى زواله، والمدة اللازمة لذلك:**

اتفق الفقهاء على تأجيل العنين، باعتبار أن العنة، أو الاعتراض باصطلاح المالكية، قد تكون معترضة من مرض أو حالة نفسية أو سحر أو غير ذلك، وقد تكون الآفة أصلية في المعيوب، والتأجيل وسيلة لمعرفة ذلك<sup>2</sup>.

ويلحق بذلك كافة العلل التي يرجى برؤها وزوالها، لاتحاد المعنى في العنة وغيرها من العلل، وعلى هذا نص كثير من الفقهاء<sup>3</sup>، ويؤجل المعيوب لمدة سنة قمرية<sup>4</sup>، لأنه إذا أطلق إسم السنة يحمل على القمرية، وتحديد المدة بسنة محل اتفاق بين عامة الفقهاء<sup>5</sup>، والفرق بين السنة القمرية والشمسية إحدى عشر يوماً تقريباً.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 148.

<sup>2</sup> علي بن محمد بن حبيب الماوردي، المرجع السابق، ج9، ط: دار الكتب العلمية، ص 370.

<sup>3</sup> محمد بن يوسف العبدي، المرجع السابق، ص 486.

<sup>4</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1386هـ)، ص 307.

<sup>5</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج2 (د. ط: بيروت: دار الكتاب العربي، 1982)، ص 322.

-الحكم بانتهاء المدة: إذا انتهت السنة فلا يخلو الحال من أمرين<sup>1</sup>:

-الأول: أن يكون العيب قد شفي وعولج وزال، كأن كان أبرصاً أو مجذماً وشفاه الله تعالى، أو كان عاجزاً عن مباشرة الزوجة، وجامعها بالفعل في أثناء هذه السنة ولو مرة واحدة كما سبق، فإن عنته أو اعتراضه يزول بذلك، ففي كل هذه الأحوال لا يحكم القاضي بالتفريق.

-الثاني: أن يكون العيب مازال باقياً، وثبت عدم زواله عند التنازع في زواله من عدمه، فإن القاضي في هذه الحالة يخير الزوجة في التفريق أو الإبقاء على العلاقة الزوجية، فإن اختارت البقاء على العلاقة الزوجية عن رضئ بالعيب فيحكم بالرجوع، وإن أصرت على التفريق حكم لها لثبوت العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

-الإجتهادات القضائية في مجال التطلق للعيوب: توجد العديد من الإجتهادات القضائية التي أعطت للزوجة الحق في التطلق بسبب العيب في الزوج، ومن تلك الإجتهادات نذكر: - (من المقرر قانوناً وقضاءً، أنه يجوز للزوجة طلب التطلق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء.

ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القضائي بالتطلق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقد الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئياً في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف)<sup>2</sup>.

- (متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي -وعلى ما جرى به القضاء - أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد إنتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 152.

<sup>2</sup> قرار رقم 87301، بتاريخ 1992/12/22، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1995، ص 92.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقاً بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسماً تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الإجتهد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضاوا به، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الزوج الطاعن)<sup>1</sup>.

### ثانياً: الإجراءات القضائية للتطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين

اشترط القضاء في الشقاق الموجب للتفريق شرطين هما الاستمرارية وثبوت الضرر، فقد جاء في المادة 53 الفقرة الثامنة منها ما يفيد استمرار الشقاق، وجاء في القرار الصادر في 1996/09/24 ما يلي: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

حيث يفهم من القرار أن الإجتهد القضائي قد قيد التطبيق للشقاق بقيدتين أساسيتين هما: الاستمرار في الشقاق والخلاف بين الزوجين الذي أصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة، وكذا ثبوت الضرر بسبب الشقاق، وهذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الثامنة من المادة 53 ق. س.<sup>3</sup>

### -إجراء التحكيم:

يتميز التطبيق بسبب الشقاق عن غيره من الأسباب في مجال الإجراءات، بوجود إجراء

<sup>1</sup> قرار رقم 34784، بتاريخ 19/11/1984، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد3، لسنة 1989، ص 73.

<sup>2</sup> قرار رقم 139353، بتاريخ 24/09/1996، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1997، ص 66.

<sup>3</sup> محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 253-254.

خاص لا بد من القيام به من طرف القاضي قبل الحكم بالتطبيق لهذا السبب، وهو إجراء "التحكيم"؛ ويكون إجراء التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر بين الزوجين وعدم معرفة الزوج المتسبب الأساسي في الشقاق، وكان كلٌّ منهما قد عجزا عن الإثبات، ففي هذه الحالة لا يعتبر الحكم بالتطبيق بسبب الشقاق صحيحاً إلا إذا مر القضاء على هذا الإجراء الجوهري وإلا كان الحكم معيباً لمخالفته لإجراء قانوني جوهري.

ويعتبر هذا التحكيم من نوع خاص وهو أقرب منه من الوساطة ذلك أن القاضي هو الذي يبادر به، وعملاً بالمادة 56 ق.س فقد نصت المادة 446 ق.أ.م.إ (إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة)، ويتم التحكيم تحت مراقبة القاضي الذي يطلعه الحكمان على ما يتعرض لتنفيذ مهمتهما من إشكالات. إذ يحرر الحكمان محضراً عن الصلح الذي يتم بين الزوجين ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن. فإذا بدا للقاضي أن المهمة المسندة للحكّمين أصبحت غير مجدية ينهي مهامهما ويعيد القضية إلى الجدول لتستمر الخصومة<sup>1</sup>.

**- معيار الضرر الموجب للتطبيق بسبب الشقاق:** لم يحدد المشرع الجزائري معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتطبيق، وفي غياب ذلك يبقى أمر تحديده خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي، لذلك فإن الضرر الخفيف لا يعد موجباً للتطبيق، كما لم يبين طرق إثبات الضرر الناشئ بسبب الشقاق، تاركاً الأمر معلقاً على حرية الإثبات المدني، مثل وجود أحكام قضائية سابقة بين الزوجين، أو شهادة الشهود أو وصفات طبية تثبت وجود الضرر المعتبر<sup>2</sup>، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا (أن الضرب المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي

<sup>1</sup> عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 284.

<sup>2</sup> محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 255.

تستوجب التطلاق دون اشتراط صدور حكم جزائي)<sup>1</sup>.

-الإجتهادات القضائية في مجال التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين:

- (من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً.

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما.

فإن القضاة بقضائهم بتطلاق الزوجة لهذا السبب كافٍ للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)<sup>2</sup>.

- (من المقرر فقهاً وقانوناً أنه يجوز طلب التطلاق في حالي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة الإنفاق، ومن ثمة فإن النعي في القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح.

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطلاق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقاً صحيحاً)<sup>3</sup>.

الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بأسباب التطلاق المتعلقة بمخالفة القانون

سنعالج في هذا الفرع الإجراءات المتخصصة والمتعلقة بمخالفة أحكام تعدد الزوجات المنصوص عنها في المادة 8، وكذا الإجراءات الخاصة بمخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج المنصوص عنها في المادة 19، ويتم توضيح هذا وفق ما يلي:

<sup>1</sup> قرار رقم 258555، بتاريخ 2002/01/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2002، ص 417.

<sup>2</sup> قرار رقم 139353، بتاريخ 1996/09/24، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1997، ص 96.

<sup>3</sup> قرار رقم 44457، بتاريخ 1987/01/26، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1991، ص 88.

**أولاً: الإجراءات القضائية لتطبيق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة**

أجازت المادة 8 ق.س التعدد ووضعت له قيوداً لا بد للزوج المعدد أن يحترمها لكي يكون تعدده غير مخالف للقانون يجيز للزوجة التطلاق بسببه، ولا يكون مضراً بإحدى الزوجتين، وأول ما يجب على الزوج إحضاره لقبول تعدده هو ترخيص رئيس محكمة مكان مسكن الزوجية، ولا يمنح هذا الأخير ترخيصاً إلا بتوفر الشروط التالية، والتي إذا خالفها الزوج يمكن للزوجة المطالبة بالتطلاق من خلالها<sup>1</sup>:

1- موافقة الزوجة السابقة (التي مازالت في عصمة الزوج) والزوجة المستقبلية (التي لم يتم العقد عليها بعد) على التعدد، وتكون تلك الموافقة إما بواسطة إفراغها أمام الموثق في سند رسمي، أو بإحضار المرأتين أمام رئيس المحكمة والذي يستجوبهما للتأكد من موافقتهما.

2- أن يثبت الزوج المبرر الشرعي لإعادة الزواج، وذلك إما أن يكون بسبب مرض الزوجة الأولى أو عجزها عن الإنجاب بعد العلاج أو أي سبب جدي آخر.

3- أن يثبت قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، ولا يقصد بذلك العدل المطلق لأنه مستحيل، بل العدل في الإنفاق والقدرة على ذلك، بمعنى أن تسمح مداخله المالية بذلك وكذا توفير سكن مستقل لكل زوجة إذا لم تقبل إحداها العيش مع الأخرى في بيت واحد<sup>2</sup>.

**- السلطة التقديرية للقاضي في الإستجابة لطلب الزوجة بالتطبيق لمخالفة شروط المادة 8 من قانون الأسرة:**

**- شرط المبرر الشرعي:** مسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر اليسير، لذا وجب على القاضي أن يكون حكيماً واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية، فقد يكون سببها نزاعاً عابراً بينه وبين زوجته الأولى، وهنا يحاول بحكمته إصلاح ذات البين وتلطيف الأجواء بين الزوجين بدلاً من منح ترخيص بالزواج على أساس دوافع واهية، إن هذا الزواج الأخير والذي لم يكن مبنياً على أسس جدية سيؤدي لا محال إلى العديد من

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2015)، ص 40.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 40.

المشاكل، أما إذا تأكد القاضي من جدية دوافع الزوج كمرض زوجته الأولى أو عقمها أو عدم قدرتها على إعطاء الزوج حقوقه الشرعية، فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج من امرأة ثانية، بدلاً من أن يدفعه إلى تطليق زوجته الأولى خصوصاً إذا تأكد من موافقة هذه الأخيرة<sup>1</sup>.

- **في شرط العدل:** يعتبر شرط العدل بين الزوجات من بين الشروط التي نصت عليها المادة 8 ق.س في الفقرة الأولى، حيث نجد أن هذا الشرط قد وضعه المشرع قبل التعدد، أي أن الزوج عليه أن يثبت قدرته على العدل بين الزوجات، بتقديم كشف مرتبه الشهري وكذا وصل الكراء أو ملكية المنزل الذي يوفره للزوجة الثانية إلى غير ذلك من الأمور المادية التي يمكن إثباتها، لكن بالرجوع إلى صياغة المادة 8 ق.س لوجدنا أن هذا الشرط يعد شرطاً شكلياً أكثر منه موضوعياً، لأن المشرع عبر عنه بمصطلح "نية العدل" والمعلوم أن النيات محلها القلب ولا يعلم ما في القلوب إلا الله، وبالتالي الأقرب أن تكون الصياغة بأن ينص على توفر "شروط العدل" هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن شرط العدل يكون أكثر تحققاً بعد الدخول، فإذا دخل الزوج بزوجة ثانية وتبين لإحدى الزوجتين أن الزوج لم يعدل بينهما ثمة يكون الإثبات أقوى في حالة عدم العدل، لأن الفعل موجود وللزوجة الحرية المطلقة في استعمال طرق الإثبات، لإثبات الضرر الواقع عليها في التعدد لعدم العدل.

وتكون السلطة التقديرية للقاضي أكثر فاعلية بعد الترخيص وإبرام الزواج الثاني، لأن العدل بين الزوجات بعد الزواج يكون واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق القانونية، والسلطة التقديرية ترجع للقاضي في الحكم بالتطليق من عدمه<sup>2</sup>.

- **شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة:** بالرجوع لنص المادة 08 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه نجد أنها اشترطت لمنح الترخيص موافقة الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها، وتتم الموافقة بحضور الزوجتين معاً أمام القاضي والتصريح بالموافقة على التعدد.

<sup>1</sup> حسين شريف، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> عثمان كرجاني، المرجع السابق، ص 152 - 153.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ماذا لو تعسفت الزوجة في استعمال حقها وأبدت رفضها دون مبرر شرعي سوى الإضرار بالزوج والغيرة العمياء، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته المالية وكل الشروط الضرورية واللازمة للتعدد؟، فهل يتمتع رئيس المحكمة عن منحه الترخيص بالزواج أم لا؟

من خلال ما هو معمول به عبر المحاكم لوحظ أن أغلب القضاة يمنحون الترخيص بالزواج في هذه الحالة، وحسناً ما فعلوا لأن القاضي يجب أن يكون دقيقاً وصائب التقدير إذا رفضت إحداها الزواج عليها خصوصاً الزوجة الأولى ومدى مطابقتها لرفضها لأحكام العدل، والمصلحة العامة للمجتمع، فعلى القاضي أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية وبين موافقة الزوجة السابقة، حتى يكون قراره عادلاً ومحققاً للغاية التي أباح القانون والشرع لأجلها تعدد الزوجات<sup>1</sup>.

-الإجتهاادات القضائية في مجال التطبيق لمخالفة المادة 8 ق.س:

- (المصادقة على الحكم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس - طعن بالنقض - لأن طلب التطبيق كان للضرر بسبب زواج المطعون ضده ثانية دون علمها - قبول الطعن.

إن المادة 8 ق.س تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطبيق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضرراً أصابها)<sup>2</sup>.

- (عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعاً، طبقاً للفقرة 6 من المادة 53 ق. س ويرر بالتالي حق الزوجة المتضرر في حق التطبيق)<sup>3</sup>.

- (حيث أن قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة، بأن بقاء الزوج مع زوجة ثانية بعيداً عن الزوجة الأولى فيه ضرر، وأن بقاء الزوجة وحدها في الواحات بينما يسكن الزوج بالعاصمة مع الزوجة الثانية، مخالف للعدل المأمور به شرعاً،

<sup>1</sup> حسين شريف، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> قرار رقم 122443، بتاريخ 1995/09/26، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد55، لسنة 1999، ص 171.

<sup>3</sup> قرار رقم 356997، بتاريخ 2006/07/12، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2006، ص 441.



فليس في هذا رقابة للمجلس الأعلى عليهم، كما أن القرار المطعون فيه لهذا الاعتبار ليس فيه أي تناقض.

فإذا كان ليس من حق الزوجة إلزام زوجها بأخذها كلما اضطر للسفر، فلا يوجد مقابل ذلك أي نص آخر يلزم الزوجة بالبقاء في المنزل المحدد مكانه بموجب عقد الزواج، ولو انتقل الزوج إلى مكان آخر، وعليه فإن هذا الوجه كسابقه لا يثبت للتمحيص)<sup>1</sup>.

**ثانياً: الإجراءات القضائية لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج بموجب المادة**

### **19 من قانون الأسرة**

بالرجوع لنص المادة 19 ق.س نجدها قد أجازت للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الشرعية التي يريانها ضرورية، وكما لا حظنا سابقاً أن هذه الشروط لا يمكن إدراجها في عقد الزواج المبرم لدى ضابط الحالة المدنية، لأن نموذج عقد الزواج الموجود على مستوى البلديات لا يوجد فيه مكان مخصص لإدراج مثل هذه الشروط في العقد، وبالتالي فالشروط تكون إما في عقد الزواج المبرم لدى موثق، أو في وثيقة رسمية لاحقة لعقد الزواج تبرم أيضاً لدى موثق تسمى بـ "الإتفاق على شروط الزواج".

في حالة مخالفة الزوج شرط الزوجة المقترن بالعقد أو اللاحق به، هنا يظهر دور القاضي في تقدير الأمور قبل النطق بحكمه، فعلى القاضي أن يراقب أن هذه الشروط موضوعة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، ثم يقدر ما إذا كانت هذه الشروط الموضوعية تتوافق مع أحكام قانون الأسرة، فإذا كانت مخالفة لها، فتعتبر هذه الشروط باطلة والعقد صحيحاً، ولا يستجيب القاضي للزوجة في طلب التطليق، كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم الإنجاب، وهو مخالفة لنص المادة 4 والمادة 35 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

أما إذا رأى القاضي أن الشروط الموضوعية في عقد الزواج أو العقد الرسمي اللاحق به لا تخالف أحكام قانون الأسرة، حكم للزوجة بالتطليق إذا فشلت محاولات الصلح بين الزوجين.

<sup>1</sup> قرار رقم 245160، بتاريخ 12/01/1971، صادر عن المحكمة العليا غ.ق.خ، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972، ص 61.

<sup>2</sup> عثمان كرجاني، المرجع السابق، ص 158.

-سلطة قاضي الموضوع في مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطبيق لمخالفة زوجها الشروط  
المقترنة بعقد الزواج:

القاضي لديه السلطة التقديرية الواسعة في النظر في مدى قانونية السبب الذي إستندت عليه  
الزوجة للمطالبة بالتطبيق لمخالفة زوجها شرطاً من الشروط المقترنة بعقد الزواج، ونوضح  
ذلك من خلال ما يلي:

-إذا أخل الزوج بالشرط المتفق عليه، يحق للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء للمطالبة  
بالوفاء بالشرط، وإما بالتفريق بطريق التطبيق مع التعويض عن الضرر الذي أصابها من  
جاء عدم الوفاء بالشرط، فالقاضي بحكم السلطة التقديرية التي يتمتع بها عندما يطرح النزاع  
أمامه يقوم بفحص تواجد الشرط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق من عدمه، كما  
يبحث أيضاً عن مشروعيته.

**1-مراقبة القاضي تواجد الشرط في العقد:** من خلال المادة 19 ق.س يمكن للزوجة أن  
تشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أي شرط تراه ضرورياً لها، فإذا تم توثيق هذا  
الشرط في العقد بحسب الأحوال فلا يكون هناك إشكال الإثبات، حيث يسهل على القاضي  
الرجوع إلى عقد الزواج الذي سجل فيه الشرط أو في عقد رسمي لاحق الذي أبرم عند موثق  
وأُدرج فيه الشرط ليتفحص وجود الشرط من عدمه، ويثار الإشكال في حالة عدم تدوين  
الشرط<sup>1</sup> فكيف يتم الإثبات مع أن المادة 19 ق.س لم تتكلم عن طريقة الإثبات في حالة عدم  
التدوين، إلا بالرجوع إلى القواعد العامة للإثبات المنصوص عنها في القانون المدني.

**أ-إثبات الشرط في حالة تدوينه في العقد:** لقد حدد قانون الأسرة طريقة إثبات قيام عقد  
الزواج وذلك بمستخرج من سجلات الحالة المدنية وفقاً للمادة 22 ق.س (يثبت الزواج  
بمستخرج من سجلات الحالة المدنية...)، فإذا تم تدوين الشرط المقترن بعقد الزواج في العقد  
فيتم إثبات هذا الشرط بإستخراج نسخة من عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية من سجل  
عقود الزواج الذي يحمل ختم البلدية، ومادام أن الشرط دون في العقد فإظهار نسخة من عقد

<sup>1</sup> صافية بلحواس، المرجع السابق، ص 72. (بتصرف).

الزواج تثبت الشرط المدون في فحواها، وإذا كان الشرط مدوناً في وثيقة رسمية لاحقة صادرة من طرف موثق فيتم إظهار هذا العقد الرسمي المدون فيه شرط الزوجة للإثبات، ويمكن للقاضي الإستناد إلى هذه الوثيقة للنظر في مدى صحة مطالبة الزوجة حقها في التظليق لسبب مخالفة زوجها الشرط المقترن بالعقد.

وبذلك فتدوين شرط الزوجة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق صادر من عند موثق يعتبر كدليل إثبات أمام القضاء وكبينة في حالة إقامة الزوجة دعوى التظليق لمخالفة زوجها شرطها المقترن بالعقد.

**ب-إثبات الشرط في حالة عدم تدوينه في العقد:** قد تشترط الزوجة على زوجها شروطاً لا تدون في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، بسبب وجود المانع الأدبي والحاجز المعنوي بين الزوجين الذي يحول دون وجود الدليل الكتابي، ومن هنا يثور مشكل إثبات الشرط المقترن بالعقد في حالة مطالبة الزوجة به رغم غياب الدليل الكتابي، فما هي الطرق التي يستند إليها القاضي ليتحقق من الشرط المقترن بالعقد غير المدون وجوده من عدمه؟.

بالرجوع إلى قانون الأسرة لم يتكلم عن طرق إثبات الشرط المقترن بالعقد الذي تُلفظ به أثناء العقد ولم يدون فيه، ولا يوجد دليل كتابي يثبت وجوده، مما يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لمعرفة طرق الإثبات التي يمكن للزوجة أن تستند من خلالها للمطالبة بإثبات الشرط المقترن بالعقد ومن ثمة المطالبة بالتظليق لمخالفة الزوج شرط الزوجة الذي تم إثباته قضاءً، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني فنجد أن طرق الإثبات متعددة، كشهادة الشهود، والإقرار، واليمين والقرائن، وتفصيل ذلك كما يلي:

**أولاً-شهادة الشهود:** الشهادة هي إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد<sup>1</sup>.  
قد يكون الإثبات بشهادة الشهود جائزاً قانوناً ويتقدم الخصم بطلب الإثبات بها لكن تبقى للمحكمة سلطة تقديرية مطلقة في إجابة هذا الطلب أو عدم إجابته، إذ قد يكون في وقائع

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية. (ط: 2؛ بيروت: مكتبة المؤيد، 1994)، ص 105.

الدعوى ما يعني عن الشهادة في تكوين إقتناع المحكمة أو أن يكون الإثبات بالشهادة ليس مستصاغاً نظراً لكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الإحتمال ولا سبيل لإقتناع القاضي بالشهادة. وشهادة الشهود تكون في حالة غياب الدليل الكتابي للإثبات، وفي الشرط المقترن بعقد الزواج الذي إشتراطته الزوجة أو ناب عنها وليها في تلفظه أثناء العقد الشرعي شفاهة ولم يدون للمانع الأدبي بين الزوجين، فيمكن للزوجة أن تلجأ لشهادة الشهود للإثبات وفقاً للمادة 336 ق. م الذي نصت (يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي...).

كما أن للقاضي السلطة في تقدير الشهادة وكفايتها؛ فلمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير شهادة الشهود واستخلاص الوقائع منها طالما لم يخرج بتلك الوقائع عما يؤدي إليه مدلولها، كما لا يكون القاضي ملزماً بتصديق الشاهد في كل أقواله.

**ثانياً: الإقرار:** الإقرار شرعاً هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه<sup>1</sup>، أي أن الإقرار هو اعتراف الإنسان عن حق عليه للآخر، فقد يقر الزوج بالشرط المقترن بالعقد الذي إشتراطته زوجته عليه أثناء العقد ولم يدون، فالإقرار هو إقرار وهو سيد الأدلة، ويمكن للقاضي من خلال هذا الإقرار الإستجابة لطلب الزوجة بالتطبيق لمخالفة زوجها الشرط المقترن بالعقد بعد مراعاة الإجراءات القانونية الوجوبية.

فالإقرار تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة فيجب إذن أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني ومنها اتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني، أي يلزم في الإقرار أن يكون صادراً من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به في صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الحزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جدية حقيقية فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة طالما أنه لم

<sup>1</sup> ممدوح عزمي البكري، الزواج العرفي. (د. ط؛ مصر: دار الفكر الجامعي، د. ت)، ص 57.

يقصد منه الإدلاء بها أن يتخذها من وجهة إليه دليلاً عليه كذلك. كما أن الإقرار يكون مبناه إرادة المقر وصدوره عن قصد واختيار لا عن إجبار<sup>1</sup>.

**ثالثاً: اليمين:** اليمين تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي<sup>2</sup>، اليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حنث، و تكوين تادية اليمين بأن يقول الحالف (ولله) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ويعتبر اليمين عملاً دينياً، ولذلك لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته.

واليمين طريق من طرق الإثبات فهي إما قضائية وغير قضائية أما اليمين القضائية فهي التي توجه إلى الخصم وتحلف أمام القضاء وأما اليمين غير القضائية فهي التي يتفق على حلفها خارج مجلس القضاء.

ولقد اقتصر المشرع على تنظيم اليمين القضائية أما غير القضائية فيتبع في شأنها القواعد العامة فإذا كان موضوع اليمين يتجاوز حد البينة وجبت الكتابة لإثبات الاتفاق الخاص به أما حلف اليمين فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، واليمين القضائية نوعان: يمين حاسمة ويمين متممة.

**أ-اليمين الحاسمة:** وهي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند العجز عن إثبات حقه حتماً للنزاع<sup>3</sup>. وتعد هذه اليمين وسيلة أخيرة يلجؤ إليها المدعي عندما يعوزه الدليل، فإذا ما وجهها الحاكم إلى الخصم بناء على طلب خصمه وتم الحلف بالفعل، انقطع النزاع نهائياً، وسقط حق الخصم في إقامة أي دليل يظهر له إن لم يكن به عالماً، أو يتذكره إن كان له ناسياً، أو أي أمر آخر؛ لأنه بقبوله الحلف من قبل الخصم اعتبر متنازلاً عن دليله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية. (ط: 1؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2010)، ص 319.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 319.

<sup>3</sup> سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات. (ط: 1؛ الأردن: دار النفائس، 2011)، ص 202.

<sup>4</sup> مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية. (ط: 2؛ عمان: جمعية المطابع التعاونية، 1994)، ص 188.

وبهذا يمكن للزوجة في حالة إشتراطها أثناء العقد ولم يدون شرطها وعازها الدليل عن الإثبات، يمكن أن توجه لزوجها اليمين عن طريق القاضي للحسم في النزاع.

**ب-اليمين المتممة:** يستكمل بها الحاكم ما نقص من أدلة الخصم أثناء سير الدعوى. وهذه اليمين لا تتمتع بالحجية التي منحها القانون لليمين الحاسمة، فهي غير ملزمة للقاضي، فله أن يقضي بموجبها، كما له أن لا يأخذ بها، بحسب ما تشكل لديه من قناعة قضائية مقارنة مع ما لديه من أدلة حول موضوع النزاع<sup>1</sup>.

فيمكن للقاضي لإكمال قناعته فيما يتعلق بالشرط المقترن بعقد الزواج أن يوجه اليمين للزوج أو للزوجة لكي تتشكل لديه قناعة تامة.

**رابعاً: القرائن:** القرينة شرعاً كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه<sup>2</sup>، وقانوناً؛ هي استنباط المشرع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم<sup>3</sup>.

وتقسم القرائن إلى نوعان:

**1-قرائن بسيطة:** هي كل قرينة لا تبلغ حد القطع إثباتاً، فيجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات الأخرى، والأصل في القرائن القانونية أن تكون كذلك، أي يجوز نقضها بإثبات عكسها، ولكن إلى أن يتحقق ذلك يلزم القاضي الحكم بها، ومهمتها هي أن تزيل عبء الإثبات عن المدعي، فلا يلزم بيينة بعد أن شهدت له<sup>4</sup>.

**2-القرائن القانونية القاطعة:** هي التي لا يمكن معارضتها بإثبات عكسها وهي قليلة نسبياً، إذ الأصل في القرائن عدم القطع، ومن أمثلتها ما يعبر عنه بقوة الأمر المقضي فيه، ومؤداها أن الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> أحمد بن مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2 (ط: 10؛ دمشق: دار الفكر، 1968)، ص 918.

<sup>3</sup> أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج2 (ط: 7؛ د. م: د. ن، د. ت)، ص 182.

<sup>4</sup> سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 221.

<sup>5</sup> مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 195.

فيمكن للزوجة التي إشتطرت على زوجها أثناء العقد الشرعي أن تستند إلى القرائن لإثبات شرطها غير المدون في العقد المدني، وذلك بالرجوع إلى الفيديوهات والصور والتسجيلات الصوتية لحفلة الزفاف أو حفلة العقد الشرعي، ويمكن للقاضي أن يستند إليه كدليل إثبات يكمل به قناعته تجاه شرط الزوجة الذي تم مخالفته من طرف زوجها غير المدون في العقد.

#### -الإجتهاادات القضائية في مجال التطلاق لمخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج:

- (جواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي فيها فائدة ولا تناقض عقد الزواج ولا تحرم أو تحلل حرية القضاة في تقدير وسائل الإثبات)<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: الإجتهاادات الخاصة بأسباب التطلاق لإرتكاب جرائم معاقب عليها جزائياً

سنعالج في هذا الفرع الإجتهاادات الخاصة بالتطلاق لإرتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة، وكذا الإجتهاادات الخاصة بالتطلاق لإرتكاب الزوج جريمة الفاحشة، وتفصيل ذلك من خلال ما يلي:

أولاً: الإجتهاادات القضائية للتطلاق للحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة واستقرارها إعتبر المشرع الجزائري من خلال المادة 53 من ق.س أن إرتكاب الزوج لجريمة معاقب عليها جزائياً، وصدور في حقه عقوبة بحكم نهائي وكانت تلك الجريمة ماسة بشرف الأسرة، يعد سبباً من أسباب التطلاق، إلا أن القاضي لا يحكم للزوجة بالتطلاق لهذا السبب إلا بتوفر مجموعة من الشروط والإجتهاادات نوجزها كالتالي:

1- ثبوت إرتكاب الزوج لجريمة معاقب عليها جزائياً؛

2- أن تكون هذه الجريمة تمس بشرف الأسرة وكذلك يستحيل مع وجودها إستمرار العلاقة الزوجية المبنية على المودة والرحمة بين الزوجين؛

3- صدور حكم نهائي بالإدانة في هذه الجريمة حائز لقوة الشيء المقضي فيه؛

4- لا يشترط أن يكون الحكم نافذاً ودون تحديد مدة العقوبة؛ والملاحظ أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة 11/84 كانت المادة السابقة تنص على ما يلي: (الحكم بعقوبة شائنة

<sup>1</sup> رقم القرار: غير موجود، بتاريخ 1972/03/03، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1972، ص 39.

مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية)، والفرق بين هذه المادة قبل التعديل والمادة بعد التعديل أنه بعد تعديل 02/05 أصبح مجرد الحكم بجريمة ماسة بشرف الأسرة بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه يكفي لجواز الزوجة المطالبة بالتطليق بسببه، وهذا الحكم يعتبر دليل إثبات تحتج به الزوجة قضاء، بغض النظر أن يكون ذلك الحكم نافذاً أو موقوف النفاذ، في حين أن المادة قبل التعديل كانت تشترط أن يكون الحكم سالباً للحرية، كما يلاحظ أن المادة بعد التعديل ألغت شرط مدة العقوبة التي حددتها مدة سنة على الأقل.

-السلطة التقديرية للقاضي الموضوع في حق الزوجة بالتطليق لإرتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة:

بالرجوع إلى المادة 53 الفقرة 4 ق.س نجدها قد تركت للقاضي السلطة التقديرية للبحث في الجريمة أنها تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، مما يتضح أنه يمكن أن تكون هناك جريمة ماسة بشرف الأسرة لكنها يمكن أن تستمر معها الحياة الزوجية، لذا إشتراط المشرع الشرطين معاً.

ما دام المشرع لم يحدد الجرائم الماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فيكون قاضي الموضوع هو الأساس في نظر مدى علاقة الجريمة المرتكبة بالسبب الذي طالبت به الزوجة حقها بالتطليق من خلاله، لأن الجرائم الماسة بشرف الأسرة تتعدد فما يعد جريمة ماسة بشرف الأسرة عند زوجة، قد لا يعد كذلك عند زوجة أخرى، فيكون على القاضي أعمال سلطته التقديرية بناء على عادات وتقاليده ذلك المجتمع، وكذا مراقبة القاضي الوقائع المقحمة من طرف الزوجة لإعتبار الجريمة ماسة بشرف الأسرة أم لا، من جهة، كما أنه من جهة ثانية على القاضي أن يعمل بالقواعد التي أتى بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 451 (يعاين القاضي ويعطي وصفاً للوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقاً لأحكام قانون الأسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذاً في عين الاعتبار الظروف التي قدم فيها. يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير



التي يراها ناجعة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الإنتقال إلى المعاينة. ويتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية..).

فالأفعال المخالفة للنظام العام والآداب العامة والمخلة بالحياء تمس بشرف الأسرة وإستقرارها، ومن بينها جريمة الزنا واللواط والشذوذ الجنسي، والإغتصاب...، كما أن هناك جرائم أخرى عمدية لكن يختلف تقديرها في جعلها من باب الجرائم الماسة بشرف الأسرة، كالجرائم الواقعة على الأموال كالسرقة ومتاجرة المخدرات وشرب الخمر والجرائم الواقعة على الأشخاص كالقتل وغيرها من الأفعال الشنيعة، لذا إذا طالبت الزوجة التطلاق بسبب إحدى هذه الجرائم يبقى للقاضي السلطة التقديرية في النظر في مدى مساسها بشرف الأسرة وإستقرارها، وإستحالة إستمرار العلاقة الزوجية بوجودها.

-الإجتهاادات القضائية للحكم للزوجة بالتطبيق بسبب الحكم على الزوجة بجريمة ماسة بشرف الأسرة وإستقرارها:

-المشرع الجزائري في الفقرة 4 من المادة 53 كان يقر أن الجريمة الماسة بشرف الأسرة أنها جريمة شائنة، أي مشينة تخدش شخصية الإنسان وتمس بكرامته وسمعته لدى الناس، ومن الإجتهاادات القضائية التي أجازت للزوجة طلبها بالتطبيق لهذا الفعل نذكر:

-جاء في إجتهاد قضائي "حيث يتضح من القرار المطعون فيه أن المجلس لما قضى بالطلاق بين الزوجين استند إلى حالة الزوجة المتضررة التي أثبتت شكواها بالشهادة الطبية، وتأكد من سوء سيرة الزوج، فالحكم عليه من المحكمة الجنائية بعقوبة شائنة، فأستنتج في نطاق اجتهاده المطلق أن ذلك ضرر لحق بالزوجة، ولها طلب الطلاق بالضرر الأمر الذي قضى به لها المجلس"<sup>1</sup>، وبهذا فالزوج الذي يرتكب جريمة وكانت تكييفها يمس بشرف الأسرة وبسمعته، وبكرامة الزوجة وشخصيتها أمام الناس يحق لها أن تطالب بالتطبيق لأن هذا الفعل أحدث لها ضرراً جاز لها فك الرابطة الزوجية بالتطبيق.

<sup>1</sup> قرار رقم 21305، بتاريخ 10/03/1971، صادر عن المحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد 2، لسنة 1972، ص 48.

## ثانياً: الإجراءات القضائية للتطبيق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

لقد إعتبر المشرع بموجب المادة 53 الفقرة 7 ق.س أن إرتكاب الزوج للفاحشة سبباً من أسباب التظليق، إلا أن الملاحظ أن المشرع لم يبين ما معنى الفاحشة وماهي الأفعال التي تصنف من ضمنها، وبالمقارنة بين الفقرة السابعة والفقرة الرابعة لوجدانها متقاربتين لأن الفاحشة أيضاً تعتبر من باب الجرائم الماسة بشرف الأسرة.

إلا أنه بالرجوع إلى قانون العقوبات وبالضبط في المادة 337 مكرر إعتبرت العلاقات الجنسية بين ذوي المحارم من الفواحش، ولم يعبر قانون العقوبات بالفاحشة إلا في هذه الأفعال، أم باقي العلاقات الجنسية الأخرى من زنا ولواط وشذوذ وغيرها عبر عنها أفعال مخلة بالحياء، حيث نصت المادة 337 مكرر (تعتبر من الفواحش بين المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1-الأقارب من الفروع والأصول.

2-الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم.

3-بين شخص وإبن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروع.

4-الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو الأرملة إبنه أو مع أحد آخر من فروع.

5-والد الزوج أو الزوجة الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.

6-من أشخاص يكون أحدهم زوجاً لأخ أو لأخت).

-معنى فعل الفاحشة بين المحارم قانوناً:

تعرف جريمة فعل الفاحشة بين المحارم بأنها كل فعل جنسي طبيعي تام يقع بين شخص وأحد محارمه من أقاربه أو أصهاره بتراض منهما صريح متبادل، وهي جريمة لم تكن مذكورة في قانون العقوبات قبل صدور الأمر رقم 47/75 الذي جاء بنصوص جديدة وتعديلات متنوعة على الكثير من مواد قانون العقوبات. ولقد ورد النص على جريمة الفاحشة بين المحارم في ست فقرات تضمنتها المادة 337 مكرر من قانون العقوبات<sup>1</sup>، السابقة الذكر.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 107.

ولعل المشرع جعل العلاقات الجنسية بين الأقارب من باب الفاحشة وعبر عنها بهذا المصطلح حيث أتى في القرآن الكريم بأن العلاقة الجنسية بين الإبن وزوجة الأب أو الجد من باب الفواحش قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ٢٢﴾ [النساء: 22] إن زواج الأبناء من زوجات آبائهم أمر قبيح يفحش ويعظم قبحه، وبغيض يمقت الله فاعله، وبئس طريقاً ومنهجاً.

إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فنجدها تعتبر أيضاً جريمة الزنا واللواط من باب الفاحشة، فكل علاقة جنسية محرمة فهي فاحشة شرعاً، وبالتالي يختلف التفسير للفاحشة بين الشرع والقانون، حيث قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ٣٢﴾ [الإسراء: 32]، وقال أيضاً: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ ٨٠ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ ٨١﴾ [الأعراف: 80-81]. والمعلوم أن مصادر التشريع في القانون أولها القانون في ذاته سواء أكان قانوناً عضوياً أم عادياً ثم تأتي المصادر الإحتياطية وأولها الشريعة الإسلامية، مما يحتم هذا على القاضي تفسير الفاحشة المبينة الواردة في الفقرة 7 من المادة 53 هي العلاقات الجنسية المرتكبة بين الأقارب والتي تسمى بزنا المحارم إستناداً لأحكام قانون العقوبات الجزائري، إلا أن الذي نشير إليه أن العقاب المنصوص عنه في التشريع الجزائري لفعل الزنا يخالف الشرع في أحكامه فالزنا لا تتجاوز عقوبته السنتين من جهة وأن هذه الجريمة لا تقوم إلا رفع شكوى من الزوج المتضرر، وهذا يخالف الشرع في ذلك، مما نأمل على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في تشريع العقوبة بإعتبارها الضابط الإجتماعي للحد من الجريمة وعواقبها، ولا سبيل لذلك إلا بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية.

كما أن الملاحظ أن المتاجرة بالخمور دون رخصة تعد جريمة يعاقب عليها القانون، وبالتالي إذا إرتكب الزوج هذا الفعل فيحق للزوجة المطالبة بالتطليق لإرتكاب جريمة ماسة بشرف الأسرة، متى صدر حكماً قضائياً في حقه يدين الزوج بهذا الجرم، أما إذا كان الزوج شارب خمر ففي القانون شرب الخمر في الأماكن المخصص لها لا يعد جريمة، إلا في حالة

السياقة حالة السكر، أو المتاجرة بالخمور دون رخصة، لكن فعل شرب المحرم وهو الخمر وهو أم الخبائث يمس بشرف الأسرة وسمعة الزوجة ويوتر العلاقة الزوجية مما يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، فالذي أراه أن هذه الحالة تدخل تحت باب الفاحشة المبينة، أي أن الزوجة يحق لها المطالبة بالتطليق إذا كان الزوج مدمناً على شرب الخمر متى ثبت هذا الفعل الفاحش ببينة، لأن فعل الجريمة منتفي هنا فلا يمكن للزوجة أن تستند إليه، وإنما تستند على أنه فاحشة مبينة، كونه مس بكرامتها وسمعتها وأسرته، ويبقى الأقرب تفسيراً للفاحشة المبينة وأكثر قوة المنصوص عليه في قانون العقوبات بأن زنا المحارم هو الفاحشة المبينة وفق المادة 337 مكرر منه، ويضاف إليه أفعالاً أخرى غير منصوص عنها قانوناً وغير مجرمة لكن تمس بشرف الأسرة يمكن تصنيفها تحت باب الفاحشة المبينة، كشراب الخمر كما ذكرنا سابقاً.

#### -عناصر قيام جريمة فعل الفاحشة المبينة لمطالبة الزوجة بحقها بالتطليق لذلك:

لقيام جريمة الفحش أو الفاحشة الواقعة بين المحارم من الرجال والنساء لأبد من توفر عناصر الجريمة التالية:

**1-عصر الفعل المادي الفاحش:** يتوفر الفعل المادي لقيام جريمة الفاحشة بين المحارم بتوفر حالة وقوع علاقة جنسية طبيعية تامة بين رجل وامرأة، استناداً إلى رضائهما الصريح المتبادل دون استعمال أي عنف أو غش أو تهديد أو إكراه مادي أو معنوي من أحد الطرفين ضد الآخر، نظراً إلى أنه لو صاحب الفعل الجنسي أو سبقه تهديد أو إكراه مثلاً فإن الوصف الجرمي عندئذ سيصبح اغتصاباً لا فاحشاً. وسنكون أمام تطبيق أحكام المادة 336 الفقرة الأولى والمادة 337 بدل تطبيق المادة 337 مكرر<sup>1</sup>.

**2-علاقة القرابة أو المصاهرة:** إن العنصر الثاني من العناصر أو الأركان الخاصة التي يشترط القانون وجوب توفرها لقيام جريمة الفعل الفاحش بين المحارم هو العنصر المتمثل في وجود صلة قرابة أو نسب أو مصاهرة بين مرتكبي جريمة الفحش. أو في وجود أحد أو بعض أسباب التحريم المذكورة في المواد من المادة 24 إلى 30 من قانون الأسرة. والمشار إليها في

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 108.

البند من 1 إلى 6 من المادة 337 مكرر من قانون العقوبات، لأن تخلف عنصر القرابة أو المصاهرة ينتج عنه عدم قيام هذه الجريمة ويجعلها كأن لم تكن، مع جواز إمكانية وصف وقائعها بجريمة أخرى.

**3- عنصر النية أو القصد الجرمي:** أما الشرط أو العنصر الثالث لقيام جريمة الفاحشة أو الفحش بين المحارم أو بين الأقارب والأصهار فهو توفر القصد لدى أطراف الجريمة. والمراد بالقصد هنا هو القصد العام الذي سيتوفر بمجرد توفر علم كلا المتهمين بأن الشخص الآخر الذي يقوم بممارسة أو تنفيذ الفعل الجنسي معه قريبه أو صهره أو من ذوي المحارم، أو من الأشخاص المحرم عليه شرعاً كل اتصال جنسي بينهم<sup>1</sup>.

ولا يدخل في هذا المعنى الزوج الذي عدد الزواج مع زوجة أخرى ثم تبين أنها أخته من الرضاع، مادام أن كلا الزوجين لا يعلمان بوجود العلاقة المحرمة بينهما؛ والمتمثلة في حرمة الرضاع، فلا يحق للزوجة الأولى أن تطلب التطليق بسبب زواج زوجها بإخته من الرضاع، لغياب القصد الجنائي بينهما.

---

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 109.

## خلاصة الفصل الثاني

بعدما عالجنا في الفصل الأول أسباب التطليق المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة، فقد درسنا فيما تسعة أسباب وتركنا السبب العاشر في هذا الفصل نظراً لتوسعه، كون أن المشرع لم يحدد معنى الضرر مما فتح لنا المجال للبحث عنه في مواد متفرقة من قانون الأسرة، أو في أحكام الاجتهاد القضائي، وكذا في بعض التشريعات العربية، وكذلك الاستناد إلى معنى الضرر في أحكام الفقه الإسلامي، هذا من جهة وكذا عالجنا أيضاً الإجراءات القضائية التي تسمح للزوجة مباشرة دعواها أمام المحاكم لمطالبتها بحق التطليق استناداً لأحكام المادة 53 في فقراتها العشر من قانون الأسرة، ومن أهم النتائج المتوصل لها من خلال دراسة هذا الفصل نذكر:

- لقد أحسن المشرع حينما نص في الفقرة 10 على أنه يجوز للزوجة طلب حقها في التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، لأنه لم يتقيد بضرر معين، مما يترك السلطة التقديرية للقاضي الواسعة في تقدير الضرر الموجب لحق الزوجة في التفريق، على إعتبار أن ما يعتبر ضرراً للزوجة معينة قد لا يكون لإمرأة أخرى، وكذلك الضرر المعتبر في هذا الزمان قد يختلف عن الضرر في زمن آخر، مما أبعد المشرع إمكانية تعديل هذه المادة كي تكون صالحة لكل زمان ومكان.

- لا يحكم القاضي للزوجة بالتطليق للضرر هكذا بل لا بد من توفر مجموعة من الشروط منها، أن يكون الضرر واقعاً من الزوج على زوجته، وأن يكون معتبراً شرعاً كونه يحدث الأذى للزوجة، وأن لا يكون الضرر بغرض التأديب كالضرب للنشوز مع توفر شروطه، كما أنه لا بد أن تفشل محاولات الصلح كي يمكن للقاضي أن يحكم بالتطليق للضرر بعد النظر فيه في مدى وجود فعل الضرر من عدمه.

- ذكرت المادة 53 في فقرتها 10 بجواز الحكم للزوجة بالتطليق للضرر، مع عدم تحديده مما يحتم علينا البحث أولاً في طيات مواد قانون الأسرة عن الأسباب التي تجيز للزوجة التطليق للضرر، وبعد البحث وجدنا أن المشرع نص في المادة 55 عن النشوز بين الزوجين التي

أجازت المادة فيه الحكم بفك الرابطة بالزوجية، مما جعلنا نصنف نشوز الزوج تحت الضرر  
المعتبر شرعاً والذي تم النص عليه في مادة لوحده، وبهذا فإذا ثبت نشوز الزوج وإخلاله  
بالتزاماته الزوجية جاز للزوجة المطالبة بالتطليق لضرر النشوز، كعدم توفير سكن مستقل، أو  
تماطل في إرجاع زوجته وغيرها من أسباب النشوز.

-مادام أن وسيلة التلقيح الإصطناعي موضوع لعلاج العقم الحاصل بين الزوجين، فلا يحكم  
للزوجة طلب التطليق للعيب إلا بعد العلاج، ومن طرق العلاج التلقيح الإصطناعي، وبالتالي  
يعد هذا الأخير من الآليات لإحداث الإستقرار في الأسرة وحل جزء من المشاكل الأسرية،  
وفي حالة رفض الزوج اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لحصول الولد، توصلنا إلى نتيجة أنه  
يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق للضرر المنصوص عنه في الفقرة 10 من المادة 53، كون  
أن حرمان الزوجة من حق إنجاب الذرية يحدث لها الضرر، على إعتبار أن العيب الموجود  
في الزوجة أو الزوج يمكن إزالته بهذه الوسيلة، مما جعلنا نصنف هذا الفعل من باب الضرر  
يحق الزوجة المطالبة بالتطليق بسببه.

-ذكرت المادة 112 من ق. س حق الزوجة المطالبة بالطلاق بناء على الفقرة 5 من المادة  
53 ق.س، إلا أن الملاحظ أن هذه الفقرة تتكلم عن الغائب ولم تتكلم عن المفقود، وهناك فرق  
بين الغائب والمفقود سواء أكان في المعنى أم في الأحكام، فليس كل غائب مفقود، بل الغائب  
هو الحي الذي منتهه ظروف الرجوع إلى محل إقامته أما المفقود هو الذي لا يعرف حياته من  
موته ولا محل إقامته، فلا يمكن أن نسند الفقرة 5 من المادة 53 كي تنظم حق الطلاق للمفقد  
مع أنها تتكلم عن الغائب، وبالتالي اقترحنا إضافة عبارة للفقرة 5 فتصبح (يجوز للزوجة أن  
تطلب التطليق: للغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة، أو في حالة صدور حكم بالفقد)، أو  
بجعل حق الزوجة المطالبة بالتطليق بسبب فقد زوجها تحت أحكام الفقرة 10 من م53 من  
باب الضرر المعتبر شرعاً، وهذا الأقرب في تفسيرنا مما جعلنا نخصص فقد الزواج كسبب  
للتطليق تحت الفصل الثاني الذي يعالج التطليق للضرر المعتبر شرعاً.

-بالبحث في أحكام الشرع الإسلامي عن أسباب التطلاق التي تدخل تحت الضرر المعتبر شرعاً وجدنا التطلاق لعدم الكفاءة في الزواج، والقاعدة الشرعية تقوم أنه يشترط أن يكون الرجل كفاءاً للمرأة و لا يشترط أن تكون المرأة كفاءاً للرجل، مما جعلنا نبحث في مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطلاق، ومن خلال البحث وجدنا أن عدم الكفاءة في الزواج يمكن أن نعتبره تحت باب الضرر المعتبر شرعاً، وركزنا فيه على الكفاءة في الدين، فإذا تزوجت المرأة رجلاً فاسقاً يرتكب المحرمات جاز لها المطالبة بالتطلاق لعدم الكفاءة في الدين.

-وكذا من بين الأسباب التي وجدناها تجيز للزوجة الحق في التطلاق شرعاً وهو التطلاق بسبب الإعسار في الصداق، والذي نقوله في هذا الصدد أن الرأي الذي وجدناه يحقق مصلحة الزوجين في ذلك هو الرأي القائل: إذا كان الإعسار بالمهر قبل الدخول فإن لها حق الفسخ، لأنه عجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض، أما إذا كان الإعسار بعد الدخول فليس لها، وهذا مذهب المالكية وقول لدى الحنابلة وبه قال الشافعية.

-أعطت بعض التشريعات العربية للزوجة حق التطلاق لأسباب أخرى كالتشريع العراقي أجاز لها التطلاق لعدم الأهلية وكذا لإقامة الزوج خارج الوطن لمدة 3 سنوات، في حين أعطت مدونة الأسرة المغربية للزوجة التطلاق للإيلاء.

-التطلاق لعدم الإنفاق لا يحكم به القضاء إلا بعد إصدار حكم يلزم الزوج بالنفقة، وفي حالة صدور الحكم وامتنع الزوج يمكن تحرير محضر بذلك من طرف المحضر الذي يعد دليل إثبات عن الامتناع عن النفقة، وبه يحكم للزوجة التطلاق لعدم الإنفاق.

-أجازت المادة 53 في فقرتها 9 للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وهي تتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج أو الاشتراط في عقد الزواج.



## الباب الثاني

### حق الزوجة في الخلع وآثاره

الحياة الزوجية أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، إلا أنه قد يطرؤ على هذه الحياة طارئ يحدث من خلاله بأن يكره الرجل زوجته، أو تكره هي زوجها، والإسلام يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية، فإذا تضاعف البغض بين الزوجين، واشتد الشقاق والخلاف، وصعب العلاج، ونفذ الصبر، وذهب ما أسس عليه البيت من السكن والمودة والرحمة، وأصبحت الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح، فحينئذ يرخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه.

فإن كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الشرع الإسلامي بأن تتخلص من الزوجية بطريق الخلع، بأن تعطي زوجها ما أخذت منه بإسم الزوجية لتنتهي علاقتها به، وهو الطريق الذي أخذ به التشريع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة في المادة 54 منه.

فمن خلال هذا الباب سيتم التعرف على أحكام الخلع الموضوعية والإجرائية بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في الفصل الأول، ويكون الفصل الثاني من هذا الباب مخصص للآثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية سواء بطريق التطليق أم بالخلع، بإعتبار أن الآثار التي تنتج عن الفرقة بين الزوجين للزوجة حق فيها.

## الفصل الأول

### ماهية الخلع وأحكامه

يعتبر الخلع من طرق فك الرابطة الزوجية التي تملكها الزوجة في مقابل التطليق، فقد شرعه الله تعالى لحاجة الناس إليه، فالتطليق كما ذكرنا سابقاً يكون بسبب ضرر مادي يقع على الزوجة من زوجها، فيمكن أن تلجأ إليه لفك الرابطة الزوجية بالتطليق لرفع الضرر عنها، لكن إذا لم يكن ذلك الضرر مادياً، وإنما ضرراً معنوياً يصعب إثباته فقد أجاز الشرع للزوجة اللجوء إلى الخلع لرفع الضرر عنها، فقد تكره المرأة زوجها لسوء خلقه أو دمامة خلقه، أو لغير ذلك من الأسباب التي لا تقدر أن تدفعها، وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حق زوجها، وتقتصر في واجباتها نحوه، وتفشل في إقناع نفسها بالبقاء معه، فتتحول حياتها إلى شقاء وبؤس وهي لا تملك أن تطلق نفسها، فجعل الله تعالى لها مخلصاً لذلك بدفع الشيء من مالها، وهو الحكم الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 54، والذي أجاز للزوجة أن تلجأ للخلع للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية.

فسيتم من خلال هذا الفصل بيان معنى الخلع وأحكامه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم الخلع

المبحث الثاني: أحكام الخلع

## المبحث الأول

### مفهوم الخلع

يعتبر الخلع ذا أهمية كبيرة في المجتمع، يمكن من خلاله أن تطلب الزوجة بحقها في فك الرابطة الزوجية، حيث يعتبر المنفذ الشرعي والقانوني الذي تتمسك به حال بغضها لزوجها، والخلع أقره الإسلام وأجازه قانون الأسرة الجزائري إستناداً للأدلة الشرعية التي تجيزه، فما مفهوم الخلع؟ وفيما تتمثل طبيعته الشرعية والقانونية؟. وستتم معالجة هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بالخلع

المطلب الثاني: طبيعة الخلع

### المطلب الأول: التعريف بالخلع

للتعريف بالخلع سيتم معالجة تعريفه الشرعي والقانوني في الفرع الأول، ثم بيان حكم الخلع وأدلة مشروعيته في الفرع الثاني، ثم ذكر حكمة مشروعية الخلع وأسبابه في الفرع الثالث، ثم توضيح الفرق بين الخلع وطرق فك الرابطة الزوجية الأخرى في الفرع الرابع.

### الفرع الأول: التعريف الشرعي والقانوني للخلع

**1- الخلع لغة:** خَلَعَ الشَّيْءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا وَخَلَعَهُ: كَنَزَعَهُ، إِلَّا أَنْ فِي الْخَلْعِ مُهْلَةٌ، وَسَوَّى بَعْضُهُمْ بَيْنَ الْخَلْعِ وَالنَّزْعِ. وَخَلَعَ النَّعْلَ وَالثَّوْبَ وَالرِّدَاءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا: جَرَدَهُ، وَالْخَلْعَةُ مِنَ الثِّيَابِ: مَا خَلَعْتَهُ فَطَرَحْتَهُ عَلَى آخَرَ أَوْ لَمْ تَطْرَحْهُ. وَكُلُّ ثَوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ خَلْعَةً، وَخَلَعَ عَلَيْهِ خَلْعَةً<sup>1</sup>. وَخَلَعَ امْرَأَتَهُ وَخَالَعَهَا إِذَا افْتَدَتْ مِنْهُ بِمَالِهَا فَطَلَّقَهَا وَأَبَانَهَا مِنْ نَفْسِهِ، وَسُمِّيَ ذَلِكَ الْفِرَاقُ خُلْعًا لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ النِّسَاءَ لِبَاسًا لِلرِّجَالِ، وَالرِّجَالَ لِبَاسًا لِهِنَّ، فَقَالَ: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ...﴾ [البقرة: 187]، وَهِيَ صَحِيغُهُ وَصَحِيغَتُهُ، فَإِذَا افْتَدَتْ الْمَرْأَةُ بِمَالٍ

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج14، ص 1232.

تُعْطِيهِ لِزَوْجِهَا لِيَبَيِّنَهَا مِنْهُ فَأَجَابَهَا إِلَى ذَلِكَ، فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ، وَخَلَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِبَاسَ صَاحِبِهِ، وَالْأَسْمُ مِنْ كُلِّ ذَلِكَ الْخُلْعُ، وَالْمَصْدَرُ الْخُلْعُ، فَهَذَا مَعْنَى الْخُلْعِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ<sup>1</sup>.

- **وجه التسمية:** ولما كانت الزوجة كلباس لزوجها في الستر والتقية مما يضر أو يسيء سمي فراقها خلعاً، لأنها تتخلع من لباس زوجها، كما يخلع الإنسان ثوبه الذي يرتديه<sup>2</sup>.

## 2- الخلع اصطلاحاً:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الخلع عدة تعريفات وفق ما يلي:

- **عند المالكية:** بأنه الطلاق بعوض، وقيل هو الطلاق يعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع<sup>3</sup>.

- **عند الحنفية:** هو أخذ الزوج المال بإزال ملك النكاح<sup>4</sup>.

- **عند الشافعية:** هو فرقة بين الزوجين بعوض<sup>5</sup>.

- **عند الحنابلة:** يرون أن الخلع فراق الزوج امرأته بعوض، يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة. فالخلع عندهم لا بد أن يكون نظير عوض<sup>6</sup>.

- **عند الظاهرية:** بأنه الافتداء، إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا يقيم حدود الله أو ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقها، فلها أن تغتدي منه ويطلقها ولكن بشرط أن يرضى هو بذلك<sup>7</sup>.

وهذه التعاريف تنصب كلها في معنى واحد مشترك هو: أن الخلع عبارة عن اتفاق الزوجين على الفرقة مقابل مقدار من المال تعطيه الزوجة لزوجها ويطلقها بناءً على ذلك.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج14، ص 1232.

<sup>2</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد. (د. ط؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2009)، ص 517.

<sup>3</sup> عثمان بن علي الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج1. (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة للنشر، د. ت)، ص 267.

<sup>4</sup> كمال الدين ابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص 210.

<sup>5</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 262.

<sup>6</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7 (د. ط؛ بيروت: دار المنار، 1367هـ)، ص 58.

<sup>7</sup> علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج1. (د. ط؛ مصر: مطبعة المنيرة، د. ت)، ص 542.

**3-الخلع قانوناً:** بالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري لوجدنا أنه لم يعط لنا تعريفاً خاصاً بالخلع، وإنما حصر موضوع الخلع في مادة واحدة وهي المادة 54 منه والتي أعطى لنا حكم الخلع فيها بنصه (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...)، ويتضح من خلال هذه المادة معنى الخلع القانوني بأنه: حل عقد النكاح من جانب الزوجة وحدها بعوض مالي تدفعه لزوجها دون انتظار من هذا الأخير قبولاً.

**4-الخلع قضاء:** بالرجوع إلى إجتهاادات المحكمة العليا لوجدنا فيها تعريفاً للخلع من بين تلك الاجتهاادات نذكر:

- "الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها..."<sup>1</sup>.

- "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."<sup>2</sup>.

- "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه..."<sup>3</sup>.

- "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج..."<sup>4</sup>.

ومن خلال هذه الاجتهاادات القضائية يتضح أن الخلع هو طريق لفك الرابطة الزوجية، وهو حق إرادي للزوجة تلجؤ إليه وتقدم بدلاً مالياً عن الخلع لزوجها يتم الاتفاق عليه، وفي حالة الإختلاف عن تحديد بدل الخلع فلقاضي سلطة تحديده بشرط أن لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم.

---

<sup>1</sup> قرار رقم 21305، بتاريخ 1980/02/25، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 1، لسنة 1980، ص 79.

<sup>2</sup> قرار رقم 836003، بتاريخ 1992/07/21، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهااد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 134.

<sup>3</sup> قرار رقم 216239، بتاريخ 1999/03/16، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهااد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 138.

<sup>4</sup> قرار رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد: 1، لسنة 2012، ص 318.

## الفرع الثاني: حكم الخلع وأدلة مشروعيته

سنعالج في هذا الفرع حكم الخلع جوازه من عدمه، ثم البحث عن أدلة مشروعيته من الكتاب والسنة وفق مايلي:

### 1- حكم الخلع: اختلف الفقهاء في حكم الخلع إلى ثلاثة آراء، نوجزها كالتالي:

**الرأي الأول:** الخلع مشروع وجائز لا بأس به عند أكثر العلماء وبه قال الشافعية والحنفية والحنابلة، لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع، وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها لأسباب متعددة، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة حق الطلاق الخاص بالرجل طريقاً للخلاص من الزوجية؛ لرفع الحرج عنها، وكذلك رفع الضرر ببذل شيء من المال تفندي به نفسها، وتتخلص من الزوج، وتعوض ما أنفقه في سبيل الزواج بها<sup>1</sup>.

-قال الشافعي " يجوز الخلع في حالة الشقاق وعند الاتفاق بطريق الأولى والآخرة"<sup>2</sup>.

-قال الحنفية: قالوا في الخلع أنه يباح إذا كان بسبب منهما أو منها لقوله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ [البقرة: 229] ويكره كراهة تحريم إذا كان بنشوزها، أو كان عند الإستقامة وبلا سبب، لقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَأْتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...﴾ [النساء: 20].

-يقول الدردير\* من المالكية بجواز الخلع على المشهور، وهو الطلاق بعوض، وهذا هو الأصل فيه<sup>3</sup>، وعلق الدسوقي على هذا بقوله " ما أعلم أن الخلاف فيه من حيث المعاوضة

<sup>1</sup> محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص 180.

<sup>2</sup> محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، ص 212.

<sup>3</sup> أحمد نصر الجندی، من فرق الزوجية الخلع والإيلاء والظهار واللعان. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2005)، ص 17-18.

\*الدسوقي: هو الإمام محمد بن محمد بن محمد بن عرفة إمام تونس وعالمها ولد سنة 617 هـ وتوفي سنة 803 هـ. (محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المرجع السابق، ج 7، ص 182).

على العصمة، أما من حيث كونه طلاقاً فهو مكروه بالنظر إلى أصله إتفاقاً<sup>1</sup> لحديث عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَبْغَضُ الْحَالِلِ عِنْدَ اللَّهِ الطَّلَاقُ»<sup>2</sup>.

-وقال الحنابلة: يستحب إجابة الزوج طلب الخلع من زوجته المبغضة له<sup>3</sup>.

**الرأي الثاني:** يكره الخلع؛ قال ابن حجر العسقلاني الخلع مكروه، إلا في حالة مخافة أن لا يقيما -أو أحدهما- حدود الله. وقال صاحب مغنى المحتاج الخلع مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب شرعاً، وقال صاحب الكشاف " وإن خالعت المرأة مع استقامة الحال كره<sup>4</sup> وَذَكَرَ لِحَدِيثِ ثَوْبَانَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ " <sup>5</sup>.

-قال ابن همام: والأصح حظره إلا لحاجة<sup>6</sup>.

-وقال الشربيني الخطيب: الخلع مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع<sup>7</sup>.

**الرأي الثالث:** قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحد خالف الجمهور إلا أبو بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ [البقرة: 229] منسوخة بقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ۚ﴾ [النساء: 20]، وإستدل بالحديث المروي عَنْ أَبِي زُرْعَةَ، عَنْ أَبِي إِدْرِيسَ، عَنْ ثَوْبَانَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2. (د. ط؛ بيروت: المكتبة التجارية، 1235هـ)، ص 406.

<sup>2</sup> أخرجه: الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد ت 405هـ، المستدرک على الصحيحين، ج 2 (ط: 1؛ الرياض: مطبعة النصر الحديثة، 1990)، ص 196، رقم الحديث (169).

<sup>3</sup> منصور بن يونس البهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، ج 3 (د. ط؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، د. ت)، ص 107.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 17.

<sup>5</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب ومن حديث ثوبان، ص 327، رقم الحديث (22440).

<sup>6</sup> كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج 4 (ط: 1؛ مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1970)، ص 212.

<sup>7</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، طبعة 1958، ص 262.

المُنَافِقَاتُ»<sup>1</sup>، وذكر محتجاً به وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم لقوله ﷺ "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>. وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أن لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلاً؛ أي بثبوت الخيانة الزوجية من الزوجة.

-وجهة نظرهما: قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ...﴾ [النساء: 19].

-ما روي في الأثر: "لا يصح الخلع حتى يكون الفساد من المرأة". وقد رد الجمهور على دعوى المزني بقولهم: إن دعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الإجماع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك<sup>3</sup>، فيكون القول مردوداً لأن من شروط النسخ تناقض الآيتين، ولم يتحقق ذلك هنا، لأن الآية الثانية مبنية على أن يكون الأخذ بغير رضاها، والأولى تدل على الجواز برضاها فلا تناقض<sup>4</sup>.

-الرأي الراجح: الرأي الذي نميل إليه ونرجحه أن الخلع جائز ولا يباح إلا للضرورة ويمكن القول:

-يكون الخلع مباحاً: إذا كرهت المرأة زوجها، وخافت أن لا تؤدي الحقوق الزوجية، فتكون عاصية لأمر الله تعالى، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ [البقرة: 229]، ولا يحل لكم -أيها الأزواج- أن تأخذوا شيئاً مما أعطيتموهن من المهر ونحوه، إلا أن يخاف الزوجان ألا يقوموا بالحقوق الزوجية، فحينئذ يعرضان أمرهما على

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975)، باب ما جاء في المختلعات، ص 484، رقم الحديث (1176).

<sup>2</sup> سبق تخريجه، ص 84.

<sup>3</sup> أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2012)، ص 197.

<sup>4</sup> مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف. (ط: 1؛ العراق: نشر إحسان للنشر والتوزيع، 2014)، ص 385.



الأولياء، فإن خاف الأولياء عدم إقامة الزوجين حدود الله، فلا حرج على الزوجين فيما تدفعه المرأة للزوج مقابل طلاقها.

- **يكون الخلع حراماً:** إذا طلبته من غير سبب لقوله الرسول ﷺ: " أَيْمًا امْرَأَةً سَأَلْتِ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ " <sup>1</sup>، وهذا الحديث يدل على أنه لا يحل للمرأة أن تطلب الطلاق من غير بأس، والحديث محمول على ما إذا لم يكن الخلع بسبب يقتضي ذلك، ويدل على تخصيصه قوله " فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ"، فإذا وجد السبب رفع الحظر عنها وجاز طلب الفرقة من زوجها بطريق الخلع.

## 2- أدلة مشروعية الخلع:

- **من القرآن الكريم:** قوله تعالى: ﴿الطَّلُوقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ٢٢٩﴾ [البقرة: 229].

وجه الدلالة: فهذه الآية تنهى الأزواج عن أن يأخذوا مما أعطوا زوجاتهم شيئاً إلا في حالة أن يخاف الزوجان ألا يقيما حدود الله؛ فإنه يجوز للمرأة أن تقتدي نفسها بأن تعطي لزوجها ما يسرحها به بإحسان، ولا إثم عليهما فيما أعطت، ولا إثم عليه فيما أخذ <sup>2</sup>.

فقد تكون المرأة تكره الرجل، وتخاف ألا تؤدي له ما شرع الله له من الحقوق، أو تخاف أن تحرمه بعض حقوقه فيحرمها هو حقوقها، ولكن لا يكون قد حرمها بعد، وعليه تحل الفدية للزوج، يأخذها مقابل أن يطلقها، وإذا حل للرجل أن يأخذ ما تقتدي به نفسها، فيكون ليس حراماً على المرأة أن تبذل ذلك المال لأجل الخلاص <sup>3</sup>.

- **من السنة:** ورد في حديث النبي ﷺ المتعلق بخلع امرأة ثابت بن قيس روايات عديدة:

<sup>1</sup> سبق تخريجه، ص 30.

<sup>2</sup> محمد الدسوقي، الأحوال الشخصية في المذهب الشافعي. (ط: 1؛ القاهرة: دار السلام، 2011)، ص 179.

<sup>3</sup> محمد سمارة، المرجع السابق، طبعة: 2010، ص 305.

-الرواية الأولى: عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقِي وَلَا دِينِي، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»<sup>1</sup>.

-الرواية الثانية: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَعْتَبُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ وَلَا خُلُقٍ، وَلَكِنِّي لَا أُطِيقُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ<sup>2</sup>.

-الرواية الثالثة: عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ جَمِيلَةَ بِنْتَ سُلُوقٍ، أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا أَعْتَبُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ، وَلَا خُلُقٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، لَا أُطِيقُهُ بُغْضًا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا حَدِيقَتَهُ، وَلَا يَزْدَادَ<sup>3</sup>.

-الرواية الرابعة: عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سُلَيْمَانَ بْنِ أَبِي حَنْمَةَ، عَنْ عَمِّهِ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَنْمَةَ، قَالَ: كَانَتْ حَبِيبَةُ ابْنَةُ سَهْلِ نَحْتِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسِ الْأَنْصَارِيِّ فَكْرِهَتْهُ، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا، فَجَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَرَاهُ فَلَوْلَا مَخَافَةُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَبَزَقْتُ فِي وَجْهِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ الَّتِي أَصْدَقُكَ؟ " قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ فَرَدَّتْ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، قَالَ: فَكَانَ ذَلِكَ أَوَّلَ خُلُقٍ كَانَ فِي الْإِسْلَامِ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 7 (ط: 1؛ بيروت: دار طوق النجاة، 1422هـ)، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ص 46، رقم الحديث (5273).

<sup>2</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري، ج 7 (ط: 1؛ بيروت: دار طوق النجاة، 1422هـ)، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ص 47. رقم الحديث (5275).

<sup>3</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ص 663، رقم الحديث (2056).

<sup>4</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 26 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب بقية حديث سهل بن أبي حنمة، ص 18، رقم الحديث (16090).

وهذا الحديث يدل على أن الرسول ﷺ قد طبق الآية الكريمة لحكم الخلع، ومعنى قول زوجة ثابت: إني أخاف الكفر في الإسلام؛ إني أخاف على نفسي وأنا مسلمة ما ينافي حكم الإسلام من نشوز وكراهية وبغض وغير ذلك مما يتوقع من شابة جميلة مبغضة لزوجها، فأطلقت على ما ينافي مقتضى الإسلام الكفر<sup>1</sup>.

-من الإجماع: أجمع الصحابة كعمر وعثمان وعلي وغيرهم ولم يعرف لهم في عصرهم مخالفاً فيكون إجماعاً<sup>2</sup> بالعمل بأحكام الخلع.

### الفرع الثالث: حكمة مشروعية الخلع وأسبابه

نعالج في هذا الفرع المقصد الشرعي من تشريع الخلع، وبيان أهم الأسباب التي يمكن أن تبرر إمكانية اللجوء إليه، من خلال النقاط التالية:

#### 1-حكمة مشروعية الخلع:

وقد شرع الخلع للزوجة في مقابل حق الزوج في الطلاق، فإذا بغض الزوج زوجته طلقها، ولكن قد تبغض الزوجة زوجها ولا تريد معاشرته وتود الخلاص منه لسوء خلقه أو دمامة خلقه أو غيره من الأسباب التي لا تقدر على أن تدفعها، وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حق زوجها، وتقصر في واجباته نحوه، فتتحول حياتها إلى شقاء وبؤس<sup>3</sup>، ويفرض الزوج أن يطلقها لرغبته فيها، أو لحرصه على ماله الذي أنفقه، لذلك شرع لها الاسلام طريقاً للخلاص من الرابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج عما أنفقه في سبيل الزواج بها، وتقدم له شيئاً من المال تقتدي به نفسها في مقابل خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ما دام النفور من جهتها أو منها أو منهما معاً<sup>4</sup>.

ولكن ليس الأمر مرسلاً ومطلقاً على ما قد تقتضيه أهوية النساء، أو تدفعهن إليه عواطفهن؛ فإن هذا الأمر جد خطير، إنه فيصل لميثاق غليظ ولعقدٍ عظيمٍ قد عظمه الله

<sup>1</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 517.

<sup>2</sup> أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 198.

<sup>3</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 221. (بتصرف).

<sup>4</sup> عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 249.

وعظم شأنه؛ لذلك ينبغي ألا يكون هذا الأمر مفهوماً عند النساء أو عند المرأة على صورة ساذجة، كما قد تتأثر بوسائل الإعلام والتمثيلات، إذا كلمها زوجها كلمة ما، قالت له: طَلَّقْنِي، أو قالت، لا أستطيع الحياة معك<sup>1</sup>.

وقد أخذ الاجتهاد القضائي الجزائري بمأخذ الفقه حينما جعل ربط الخلع للحاجة، من الاجتهادات القضائية التي قالت بذلك نذكر: "الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها فإن قبل تم الخلع وطلقت منه"<sup>2</sup>.

## 2-أسباب الخلع:

من خلال عرضنا لدليل مشروعية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية، نوضح الأسباب التي قد تكون محلا لموضوع الخلع، يمكن للزوجة من خلالها المطالبة بحقها في ذلك وإجتتاب الإثم عنها، لأن الأصل في تشريع الطلاق رفع الضرر سواء أكان مادياً أم معنوياً، ومن بين الأسباب نذكر:

### -خشية المرأة من تقصيرها حقوق زوجها:

وذلك ظاهر مما ورد في الحديث الأول من قول المرأة في زوجها: "... ثَابِتُ بِنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقِي وَلَا دِينِي، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ..." تعني أنها لا تريد مفارقتها لسوء خُلُقِهِ وَلَا لِنَقْصَانِ دِينِهِ، ولكنها تخشى -إن أقامت عنده - كفران العشيرة والتقصير فيما يجب له، وخافت أن تأتي ما تؤثم به<sup>3</sup>.

-عدم إطفاء المرأة زوجها: وذلك ظاهر مما جاء في الحديث الثاني من قول الزوجة " وَاللَّهِ مَا أَعْتَبُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينِي، وَلَا خُلُقِي، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، لَا أُطِيقُهُ"، تعني: أنها

<sup>1</sup> عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار النفائس، 2011)، ص 267.

<sup>2</sup> قرار رقم 26709، بتاريخ 1982/02/08، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.

<sup>3</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، إشراف: محب الدين الخطيب، تعليق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ج 9 (د. ط؛ مكة المكرمة: المكتبة السلفية، 1399هـ)، ص 400.

لا تريد مفارقتها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، ولكنها لا تطيقه، أي: لا تطيق معاشرته وبقائها معه، ولم يرد في الحديث سبب عدم إطاقها إياه<sup>1</sup>.

### -كراهية الزوجة زوجها:

وقد جاء في قصة جميلة بنت سلول كما جاء في الحديث الثالث قولها "لَأَطِيقُهُ بُغْضًا"، فهي تخبره بأنه قد إستقر بغضه في نفسها طبعاً.

وقد أخذ الإجتهد القضائي الجزائري في إحدى أحكامه بهذا السبب كمبرر للخلع حيث جاء في القرار: "إن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهة والنفور، ويتعذر معه مواصلة المعاشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال"<sup>2</sup>.

وجاء في قرار آخر يؤكد أن إستجابة القضاء لدعوى الخلع بمجرد رفع الدعوى دون النظر لدواعي الخلع وما يبرره يعد مخالفاً للقانون، حيث جاء في القرار "إن القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها الخلع، بمجرد طلب مقابل، قد أضر بالطاعن وخالف القانون، مما سيتعين معه نقض الحكم المطعون فيه"<sup>3</sup>.

-دمامة خَلَقَ زوجها: وقد جاء في قصة حبيبة بنت سهل<sup>4</sup> في الحديث الرابع "كَانَتْ حَبِيبَةُ ابْنَةُ سَهْلٍ تَحْتَ تَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسِ الْأَنْصَارِيِّ فَكَرِهَتْهُ، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا، فَجَاءَتْ إِلَى

<sup>1</sup> عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، الدورة الثامنة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، 7- 8 أبريل 2006، ص 40.

<sup>2</sup> قرار رقم 258613، بتاريخ 2006/06/14، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2006، ص 424.

<sup>3</sup> قرار رقم 353851، بتاريخ 2006/07/12، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2006، ص 431.

<sup>4</sup> قال ابن عبد البر اختلف في امرأة ثابت بن قيس فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبي وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل قلت والذي يظهر أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقتين واختلاف السياقين بخلاف ما وقع من الاختلاف في تسمية جميلة ونسبها فإن سياق قصتها متقارب فأمكن رد الاختلاف فيه إلى الوفاق...". راجع: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 9 (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1379هـ)، ص 399.

النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَرَاهُ فَلَوْلَا مَخَافَةُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَبَزَقْتُ فِي وَجْهِهِ"، وجاء في هذه الرواية أن حبيبة كرهت دمامة زوجها ثابت، إما قباحة الوجه أو سواد بشرته وقصر قامته، وغيرها من الأوصاف التي جعلت حبيبة تنفر من زوجها وترغب في الانفصال عنه.

### -مدى الأخذ بكراهية الزوجة لطلب الخلع:

لما كانت كراهية المرأة زوجها أمر يحمل على نُفرتها منه، وكان بقاءها في حبال الزوج مع هذه الكراهية ضرراً عليها، فقد جاءت الشريعة برفع الضرر متى تحقق محل بمقاصد النكاح من الألفة والسكينة بين الزوجين، فمتى لم تصبر الزوجة على زوجها وطلبت الفرقة كان لها ذلك بعد تحقق الكراهية وموجباتها بقرائن قويّة أو تحكيم.

ووجه عدم الإنساق وراء طلب المرأة الفرقة بمجرد دعوى الكراهية والبُغض أن ذلك دعوى منها، ولا تقبل مجردة عن الدليل -كما تقتضيه أصول الإثبات في الخصومات- ثم إن المرأة مجبولة على غلبة عاطفتها على عقلها، وهذا قد يؤدي بها إلى طلب فراق زوجها بدعوى البغض والكراهية لرغبة عابرة، أو موقف عابر ألم بها فرأت من زوجها ما دعاها إلى كراهيته، ثم لا تلبث أن تندم سريعاً على هذا الموقف الذي اتخذته، وهذا مجرب ومشاهد يعرفه من جَلَسَ للقضاء بين الخصوم في هذه المسائل، فلا ينساق وراء مطالبة الزوجة بالفراق قبل التحقق من موجبه بقريضة ظاهرة، أو بواسطة الحكمين وإجراء ما تقتضيه أصول التحكيم في الشقاق الزوجي<sup>1</sup>.

ثم إنه لا مصلحة محققة في التفريق بين الزوجين بمجرد دعوى الكراهية، وضرره واضح؛ لأن إعطاء المرأة حقّ التطلاق بمجرد دعوى البغض والكراهية يهدد رابطة الزوجية بالانحلال، والأسرة بالضياع، والمصاهرة بالانقطاع والشحناء، ومن وراء ذلك كله، ولذا جاء الشرع بتقرير مقاصد النكاح لينعم به الزوجان والأمة كلها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 59-60.

## الفرع الرابع: الفرق بين الخلع وطرق فك الرابطة الزوجية الأخرى

لوهله الأولى يتبين أن الخلع له نفس أحكام طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، إلا أن هناك عدة فروق تميزه عن الطلاق على مال والطلاق بإرادة الزوج والطلاق برضى الزوجين والتطبيق بطلب من زوجة ونوجز أهم هذه الفروق فيما يلي:

### 1- الفرق بين الخلع والطلاق على مال:

#### أ- أوجه الاتفاق بينهما:

- اشتراط العوض في كل منهما؛

- اتفاقهما في حل الرابطة الزوجية بين الزوجين؛

- يشترط قبول الزوجة في كل منهما إذا كانت هي الملتزمة بدفع البدل؛

- تلتزم الزوجة بدفع العوض ويكون ديناً عليها حتى تؤوله، ما لم يضمنه عنها غيرها<sup>1</sup>.

#### ب- أوجه الاختلاف بينهما:

- باعتبار الصيغة: الخلع يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة\* أو الإفتداء\*، أما الطلاق على مال فإن صيغته لا تكون إلا بلفظ الطلاق أو ما في معناه، كأن يقول الزوج لزوجته طلقتك على ألف دينار أو أبنتك على ألف<sup>2</sup>.

- باعتبار الطبيعة: اعتبر الشافعية والحنابلة أن الخلع فسخٌ ونقضٌ للعقد، وعلى ذلك فلا يحتسب من عدد الطلقات في حال رغب الزوج بإعادة زوجته بعد الخلع بعقد ومهر جديدين، أما الحنفية فقد اعتبروه طلاقاً بئناً يحتسب من عدد الطلقات، فلو أعاد الزوج زوجته بعد الخلع بعقد جديد فلا يملك عليها إلا ما تبقى له من الثلاث<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج6 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت)، ص 179-180.

<sup>2</sup> عامر سعيد نوري الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1986، ص 234.

\* المبارأة: التي بارأت زوجها قبل الدخول.

\* المفترية: التي افتدت ببعض مالها.

<sup>3</sup> عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ مصر: دار الكتاب العربي، 1955)، ص

أما الطلاق على مال، فلا خلاف فيه، فهو طلاق بائن ينقص به عدد الطلقات من غير خلاف.

-**باعتبار الحقوق:** الطلاق على مال لا يسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر، لأن لفظ الطلاق لا ينبئ عن البراءة من هذه الحقوق، فلا يثبت إلا ما حصل الإتفاق على دفعه مقابل الطلاق، أما الخلع فإنه يسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر، وهذا رأي الإمام أبو حنيفة، أما رأي المالكية والشافعية فإنهم لا يرون فرقاً بين الطلاق على مال والخلع، لأن الخلع عندهم هو الطلاق بعوض<sup>1</sup>.

-**باعتبار العوض:** إذا بطل البذل في الخلع فلا شيء للزوج ويقع به طلبة بائنة دون عوض، كأن يخالعه على خمر أو خنزير أو ميتة، وإذا بطل البذل في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيًا<sup>2</sup>. وذلك لأن الخلع كناية عند الحنفية، والكنايات توقع الفرقة بائنة، أما الطلاق على مال فهو صريح، ويقع بائناً إذا صح البذل أو العوض شرعاً، فإذا لم يصح فكأنه لم يكن، فيبقى صريح الطلاق، فيكون رجعيًا<sup>3</sup>.

إذن فحال بطلان البذل أو العوض يعمل بكل من لفظي الخلع والطلاق المجريين، فلفظ الخلع يكون كناية عن الطلاق، فيقع بائناً، ولفظ الطلاق من أنواع الصريح فيقع رجعيًا.

## 2- الفرق بين الخلع والتطليق والطلاق بإرادة الزوج وبرضى الزوجين:

أ- من حيث الماهية: نميز وفق مايلي:

- الخلع والتطليق يكون بطلب من الزوجة؛

- الطلاق بالإرادة المنفردة يكون بإيقاع من الزوج ورغبة منه في فراق زوجته، غير أنه قد يرتبط به عوض يبذله الزوج للمرأة إذا ثبت أن طلاقه كان طلاقاً تعسفياً جبراً للضرر الذي لحق بالمرأة؛

<sup>1</sup> محمد إبراهيم الربابعة، المخالعة بين الزوجين. (د. ط؛ الأردن: عالم الكتب الحديثة، 2004)، ص 67.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 147.

<sup>3</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986)، ص 152.



-الطلاق بالتراضي يكون باتفاق الزوجين على المفارقة<sup>1</sup>.

ب-من حيث الأساس:

الخلع أساسه كراهة الزوجة لزوجها وبغضها له، بينما التطلق يكون للأسباب المحددة بنص المادة 53 ق.س، حيث يجوز للمرأة المدخول بها أن تطلب التطلق فيها لأحد هذه الأسباب والتي ذكرناها سابقاً، بينما الطلاق بالارادة المنفردة وبالتراضي قد يكون دافعه رفع الضرر الذي لحق بأحد الزوجين أو كليهما وقد يكون لعدم اتفاقهما.

ج-من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

-في التطلق: إذا رفعت الزوجة طلب التطلق للأسباب الواردة في نص المادة 53 ق.س. توجب عليها إمداد القضاء بالأدلة والاثباتات، وعلى القاضي تمحيص ذلك وإجراء تحقيق جدي ومعرفة مدى مطابقة الواقع للنصوص، مع الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج حتى يتسنى له الحكم بالتطلق أو برفضه ويتطلب ذلك إجراءات عديدة.

-في الخلع: يكفي للقاضي أن يتأكد من بغض المرأة لزوجها وكرهها له مع قدرتها على بذل عوض له، وهو ما لا يأخذ وقتاً طويلاً أقصاه ثلاثة أشهر بعد انعقاد جلسات الصلح.

-في الطلاق بالتراضي وبالارادة المنفردة: فالزوجان غير مجبرين على إمداد القضاء بأسباب الطلاق، والإجراءات فيهما بسيطة ولا تأخذ وقتاً طويلاً<sup>2</sup>.

د-من حيث الآثار: أن الخلع يشترك مع التطلق والطلاق بالتراضي وبالارادة المنفردة في الآثار العامة الناجمة عن الطلاق بوجه عام، والمتمثلة في النفقة والحضانة والسكن وحق

الزيارة.

<sup>1</sup> كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 20، العدد 39، كلية

أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، السنة 2015، ص 344.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 344-345.

## المطلب الثاني

### طبيعة الخلع

يعتبر الخلع حق الزوجة في فك علاقتها الزوجية بمقابل عوض تقدمه الزوجة لزوجها، إلا أننا نميز في طبيعة الخلع بين الطبيعة الشرعية له، والطبيعة القانونية، ففيم تتمثل هذه الطبيعة؟.

#### الفرع الأول: الطبيعة الشرعية للخلع

نميز في التكيف الفقهي للخلع بين ثلاثة مسائل: هل يعتبر الخلع عقداً بين الزوجين أم تصرفاً إنفرادياً بيد الزوجة؟ وهل بدوره يعتبر الخلع معاوضة أم يمينا؟ وهل الخلع طلاق أم فسخ؟.

#### أولاً: الخلع عقد بين الزوجين أم تصرف إنفرادي بيد الزوجة

-موقف جمهور الفقهاء: ذهب المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة والظاهرية إلى القول: إن الخلع عقد بين الزوجين يقع بالتراضي بينهما عن طريق الإيجاب والقبول، سواء أكان الزوج هو الموجب وكانت الزوجة هي القابلة أم كانت الزوجة هي الموجبة وكان الزوج هو القابل.  
-موقف الفقهاء المعاصرين: ذهبوا إلى أنه لا بد لتحقيق الخلع من رضا الزوجين<sup>1</sup>، حيث قال ابن رشد الحفيد: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"<sup>2</sup>.

ويفهم من هذا الكلام أن الخلع تصرف انفرادي بيد الزوجة يقابل الطلاق باعتباره تصرفاً انفرادياً بيد الزوج، ولا شك أن هذا التحرير محل نظر<sup>3</sup> بدليل أن الخطاب القرآني في باب الطلاق كان موجهاً للأزواج الرجال فقط، في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ

<sup>1</sup> عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ بيروت: دار ابن حزم، 1997)، ص 53.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج 2 (د. ط؛ مصر: مكتبة ابن تيمية، 1993)، ص 133.

<sup>3</sup> شوقي بنّاسي، الاشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 12، العدد 01، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2019، ص 12.

فَطَلَّفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ... ﴿١﴾ [الطلاق: 1] في حين أن الخطاب القرآني في باب الخلع كان موجهاً للزوجين معاً، لقوله تعالى: ﴿... وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ [البقرة: 229]، وهو الرأي الراجح الذي يحقق دلالة النص القرآني.

### ثانياً: الخلع معاوضة أم يمين

إختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

-الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أن الخلع معاوضة في حق الزوجين<sup>1</sup>؛

-الرأي الثاني: هو قول الإمام أبي حنيفة، والذي قال: أن الخلع يمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة؛

-الرأي الثالث: حيث يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن أن الخلع يمين في حق الزوجين معاً<sup>2</sup>. وتبعاً لهذا الاختلاف في التكليف تختلف الأحكام المطبقة على الخلع، فعند الصاحبين تطبق أحكام اليمين على الزوجين، وعند الجمهور تطبق أحكام المعاوضات على الزوجين، وعند أبي حنيفة تطبق أحكام اليمين على الزوج، وأحكام المعاوضة على الزوجة<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري قد حسم المسألة بعد تعديل 2005، فقد نفى صفة العقدية عن الخلع، واعتبره تصرفاً انفرادياً بيد الزوجة، وهو ما سنوضحه أدناه أكثر.

### ثالثاً: الخلع طلاق أم فسخ

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين اثنين:

<sup>1</sup> أبو البركات أحمد بن أحمد الدريد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق: كمال وصفي، ج2 (د. ط؛ مصر: دار المعارف، 1991)، ص 518.

<sup>2</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج5 (د. ط؛ الرياض: دار عالم الكتب، 2003)، ص 88.

<sup>3</sup> شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص 16.

-القول الأول: أن الخلع فسخ؛ وروى هذا عن ابن عباس، وطاووس بن كيسان، وإسحاق بن راهوية وأبي ثور، وقول الشافعي في القديم، ومروي عن الإمام أحمد وهي المذهب، والظاهرية، ورجحه ابن تيمية وابن القيم والشوكاني<sup>1</sup>.

-ذهب المالكية إلى أن الخلع هو الطلاق بعوض هذا هو المشهور، أي أن الخلع طلاق وقيل فسخ، قال المسيلي في نكت التفسير، قال شيخنا يعني ابن عرفة كان شخص يقال له النحاس له في امرأته طلقتان فخالعها ثم ردها قبل زواجها بناء على أن الخلع فسخ ففرق بينهما ولم يحد للشبهة<sup>2</sup>.

-وقال الشافعية في القديم: بأن الخلع فسخ لا ينقص عدداً، ويجوز تحديد النكاح بعده من غير حصر<sup>3</sup>.

-والمعتمد لدى الحنابلة هو التفصيل التالي: أن الخلع فسخ في إحدى الروايتين والأخرى تطليقة بئنة، واختلفت الرواية عند أحمد بن حنبل في الخلع: في إحدى الروايتين أنه فسخ وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور، وأحد قولي الشافعي<sup>4</sup>.

الرواية الثانية أنه طلقة بئنة روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والعطاء وغيرهم ولكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال: ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج7، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ص 259.

<sup>2</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج4 (ط: 3؛ بيروت: دار الفكر، 1992)، ص 20.

<sup>3</sup> أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قلوبية وعميرة، ج3 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، ص 313.

<sup>4</sup> علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج8 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1957)، ص 392.

<sup>5</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج7، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ص 259.

واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِاِحْسَانٍ...﴾ [البقرة: 229] ثم قال ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229] ، ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَّخِجَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾ [البقرة: 230]، فذكر تطبيقين والخلع تطبيقاً بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسحاً كسائر الفسوخ<sup>1</sup>.

### -القول الثاني: أن الخلع طلاق

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، والحسن وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومكحول بن أبي نجیح<sup>2</sup> وقال مالك وقول الشافعي في الجديد بأن الخلع طلاقه بائنة. وروي عطاء والنخعي والشعبي والزهري والأوزاعي والثوري بأنه طلاق رجعية<sup>3</sup>، واستدلوا أن أمر الرسول ﷺ لثابت فيه دلالة ظاهرة على أن الخلع طلاق وليس بفسخ. لأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ<sup>4</sup>.

وذهب ابن حزم الظاهري؛ أن الخلع طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثاً، أو آخر ثلاث، أو تكون غير موطوءه، فإن راجعها في العدة جاز ذلك، أحببت أم كرهت، ويرد ما أخذه منها<sup>5</sup>. -والرأي الذي نميل إليه ونرجحه هو القول الثاني الذي قال بأن الخلع طلاق، لقول الرسول ﷺ لثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" يكفي في كون الخلع طلاقاً، فيما روي من أن النبي جعل الخلع طلاقه بائنة ثم إنها فرقة بإرادة الزوج فكانت طلاقاً، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً كما يقول ابن قدامة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الرحباني مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، ج5 (د. ط؛ دمشق: المكتب الإسلامي، 1961)، ص 298.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>3</sup> كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة. (د. ط؛ القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2003)، ص 344.

<sup>4</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج2 (ط: 21؛ مصر: دار الفتح للإعلام العربي، 2009)، ص 197.

<sup>5</sup> علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج10، ص 235.

<sup>6</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج7، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ص 259.

## الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع

تميز في الطبيعة القانونية للخلع لدى المشرع الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل، ثم نعالج الطبيعة القانونية للخلع في التشريعات العربية وفق مايلي:

### أولاً: طبيعة الخلع في قانون الأسرة الجزائري

نص التشريع الجزائري عن أحكام الخلع في المادة 54 منه وحصر موضوعها في هذه المادة الوحيدة، حيث أصدرها بموجب القانون 11/84، فلم يكن تكييف الخلع واضحاً ما إذا كان الخلع عقداً رضائياً أم تصرفاً إنفرادياً من طرف الزوجة، ثم عدل المشرع قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، مما إتضح تكييف الخلع كالتالي:

#### 1- تكييف الخلع بموجب القانون 11/84:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكييف القانوني للخلع أثناء صدور قانون 11/84، وإنما إكتفى بنص عام تمثل في نص المادة 54 منه، والتي نصت على أنه "يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

وكان الغموض سيد الموقف في نص المادة 54 ق.س قبل التعديل، كونها لم تحسم إذا كان الخلع حقاً للزوجة تستعمله متى شاءت، أم يخضع لقبول الزوج ورضاه، حيث تحدثت المادة عن إمكانية مخالعة الزوجة نفسها مقابل مبلغ من المال تقدمه لزوجها كبديل فقط، دون الخوض في مسألة موافقة الزوج من عدمها، وأمام هذا السكوت عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل شراح القانون ينهلون من آراء الفقهاء، إستناداً لنص المادة 222 ق.س<sup>1</sup>، وبدوره جعل التباين في الإجتهاادات القضائية وهو ماسيتم توضيحه أدناه.

2- تكييف الخلع بموجب الأمر 02/05: يتضح من خلال نص المادة 54 ق.س المعدلة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أن المشرع أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء

<sup>1</sup> عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، معهد الحقوق، جوان 2015، ص 109.

الرابطية الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قبل به يتم إعتاده من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، كما يفهم من نص المادة أنها لم تلزم الزوجة تقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، حيث إنحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الإتفاق عليه بين الزوجين<sup>1</sup>.

بذلك فالخلع عقد معاوضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية، وإبرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج مقابل عوض أو مبلغ مالي تقدمه لزوجها<sup>2</sup>، وسيتم التفصيل أكثر في مبدأ الرضائية في المبحث الثاني المتعلق بأحكام الخلع أدناه.

-ويرى جانب من الفقه: أن التكييف القانوني للخلع، أنه كالطلاق على مال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق طلاقهما على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال في مقابل تخلص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه<sup>3</sup>.

-أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري كان واضحاً بالتمييز للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقاً لا فسخاً وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة، فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 35 من قانون الأسرة.

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أم بالوفاة، ثم تطرق في المادة

---

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 611.

<sup>2</sup> عماري نور الدين، المرجع السابق، ص 106.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 (ط: 4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005)، ص 264.

48 ق.س التي تنص على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو برضى الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون<sup>1</sup>.

ونجد أن المادة 54 التي تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساساً في إختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر وظروف خارجة تماماً عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق<sup>2</sup>.

### ثانياً: طبيعة الخلع في التشريعات العربية

بعدما كان الخلع عقداً رضائياً في البلاد الإسلامية تغير هذا الموقف في بعض هذه البلاد مع مطلع سنة 2000، حيث تدخلت الإرادة التشريعية، إستجابة لبعض الأصوات المرتفعة المنادية برفع الظلم عن المرأة، وأحدثت نوعاً آخر من الخلع، هو الخلع القضائي، وهو الخلع الذي يوقعه القاضي جبراً على الزوج أي دون إرادته، إلا أن هذا مازاد إلا من تفكك المجتمع وإرتفاع نسبة الخلع بشكل يندر بالخطر، لخروج القوانين المنظمة للخلع من روح ومقصد تشريع الخلع.

### أولاً: اعتبار الخلع عقداً رضائياً مع تبني مذهب السادة المالكية

تمسكت كثير من البلاد الإسلامية في قوانين أحوالها الشخصية بمذهب الجمهور، فإعتبرت الخلع عقداً رضائياً، فإذا كان الطلاق يقع بالإرادة المنفردة للزوج، وكان التطليق يقع بالإرادة المنفردة للزوجة تحت إشراف القاضي، فإن الخلع يقع بالتراضي بين الزوجين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 221-222.

<sup>2</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 69.

<sup>3</sup> شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 4، جامعة الجزائر 1، 2008، ص 31.



ومن بين القوانين التي نصت على هذا نذكر:

-إعتبر قانون الأحوال الشخصية الكويتي<sup>1</sup> أن الخلع عقداً رضائياً بين طرفي العلاقة الزوجية، حيث نصت المادة 111 منه على: "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضياً عليه، بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المباراة، أو ما في معناها".

-وجاء في مدونة الأسرة المغربية أن الخلع يتم بتراضي الطرفين، حيث نصت المادة 115 من المدونة للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام 114 أعلاه".

-قانون الأحوال الشخصية القطري: إعتبر قانون الأحوال الشخصية القطري الخلع فسخاً<sup>2</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 125 "يعتبر الخلع فسخاً لا ينقص من عدد الطلقات".

-قانون الأحوال الشخصية اليمني: يتضح موقف التشريع اليمني من خلال نص المادة 73 منه أن الخلع يتم بالرضا بين الزوجين أو ما يدل عليه -عقداً كان أو شرطاً- ويشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق، وأن تكون الزوجة حائزة التصرف بالنسبة للعوض، والمادة 72 تؤكد فتنص "الخلع هو فرقة بين الزوجين في مقابل عوض من الزوجة أو من غيرها، مالاً أو منفعة، ولو كان مجهولاً"، وبهذا فالخلع في نظر التشريع اليمني فرقة بتراضي الزوجين، في مقابل عوض تدفعه الزوجة<sup>3</sup>.

### ثانياً: تقنين الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي

بعدما كانت قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية لا تعرف إلا الخلع الرضائي، أوجدت نوعاً آخر من الخلع وهو الخلع القضائي، بحيث إذا لم يتفق الزوجان على الخلع جاز للزوجة اللجوء إلى القاضي لإجبار الزوج على ذلك، لكن الملاحظ أن القوانين التي تبنت هذا الموقف لم تتفق على تنظيم واحد لهذا الخلع القضائي، وهو ما سنوضحه أدناه:

<sup>1</sup> القانون رقم 51 الصادر سنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>2</sup> محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، ج4 (ط: 2؛ مصر: دار السلام، 2009)، ص 1916.

<sup>3</sup> أحمد نصر الجندى، الأحوال الشخصية في القانون اليمني. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2011)، ص 130.

**1-الخلع القضائي بعد العجز عن الصلح بين الزوجين<sup>1</sup>:** من أبرز القوانين التي أخذت بهذا التنظيم هو القانون المصري.

حيث نصت المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن).

فمن الناحية القانونية يشترط هذا النص حتى تحكم المحكمة بالتطليق للخلع الشروط التالية<sup>2</sup>:

**-الشرط الأول:** أن تطلب الزوجة صراحة أنها تقتدي نفسها وتخالع زوجها مقابل تنازلها عن جميع حقوقها المالية والشرعية المقبوضة والمستحقة لها في ذمة زوجها، وذلك بسبب بغضها للحياة معه وخشيته ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

<sup>1</sup> شوقي بنّاسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون. (د. ط؛ مصر: دار الإيمان، 2002)، ص 261.

-**الشرط الثاني:** أن تحاول المحكمة الإصلاح بين الزوجين، وأن تعجز عن الوصول إليه بعد أن تبذل جهداً فيه، وأن يكون عرض الصلح مرتين على الأقل أثناء نظر الدعوى، تفصل بينهما مدة لا تقل عن الثلاثين يوماً، ولا تزيد عن الستين يوماً إن كان بين الزوجين ولد كما هو مفهوم في المادة 18.

-**الشرط الثالث:** إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح كان عليها أن تنتدب حكّامين لموالاتة مساعي الصلح بين الزوجين بعد تكليفها كلا الزوجين بتسمية حكّام من أهله وحكّام من أهلها، فإن تقاعس أحدهما أو تخلف الحكم عن حضور الجلسة المحددة من قبل المحكمة عينت المحكمة حكّاماً عنه ليقوم بالمهمة الموكلة إليه.

-**الشرط الرابع:** أن يقر الزوج أو وكيله بتوكيل يبيح الصلح والإقرار باستلامه مقابل الخلع، أو أن تعرضه عليه الزوجة عرضاً بموجب إنذار عرض ينص فيه على أنه في حالة رفضه يودع خزانة المحكمة لحساب الزوج شريطة أن لا يكون صرفه من الزوج معلقاً على شرط<sup>1</sup>.

**2-الخلع القضائي بعد ثبوت تعنت الزوج:** وقد أخذ بهذا التوجه قانون الأحوال الشخصية في الإمارات العربية المتحدة الصادر بموجب القانون 28 / 2005، وذلك في المادة 111 ونصها كالتالي:

-الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.  
-يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم.

-إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر.

-الخلع فسخ.

-إستثناء من البند 1 من هذه المادة إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيم حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أمير محمد مطاوع، المرجع السابق، ص 262.

<sup>2</sup> شوقي بنّاسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص

ثم ذكرت المذكرة الإيضاحية أن المادة 110 لم يساير بعض المدونات في الأحوال الشخصية العربية كالقانون المصري والأردني في اعتبار الخلع تصرفاً إنفرادياً من جانب الزوجة يتعين على القاضي إجابتها إليه استناداً إلى رأي بعض الفقهاء كالإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ثم ذكرت المذكرة أن القانون خرج عن مبدأ الرضائية في الخلع إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف أن لا يقيما حدود الله، ففي هذه الحالة للقاضي الحكم بالمخالعة مقابل بدل مناسب<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### أحكام الخلع

من خلال إستقراء المادة 54 من قانون الأسرة يتضح أنها جاءت مقتضبة جداً، لم تبين الكثير من الأحكام المتعلقة بالخلع، فلم تبين الشروط الواجب توافرها في المختلعة، ولا القيود الواردة على حق اللجوء إلى الخلع، وكذلك لم تذكر الآثار المترتبة عليه ولا طبيعة آثاره، وبهذا تكون المادة 54 من قانون الأسرة تطرح عدة إشكالات فقهية عالجاها الفقه الإسلامي، مما يحتم علينا التطرق لهذه الأحكام التي أغفلها قانون الأسرة، إستناداً لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند غياب النص.

فمن خلال هذا المبحث سيتم البحث عن الأحكام التي تنظم موضوع الخلع بمعرفة أركانه وشروطه وضوابطه الشرعية والقانونية.

### المطلب الأول

#### أركان وشروط الخلع شرعاً وقانوناً

يعتبر الخلع حقاً من حقوق الزوجة المكفولة شرعاً والمقنن قانوناً، فإن كان عن ضرر من جانب الزوج فمبرره القاعدة الشرعية "الضرر يزال" وقاعدته "لا ضرر ولا ضرار"، ومن هنا شرع الله تعالى في رفع الجناح عن الزوجين في إفتداء المرأة نفسها مقابل طلاقها وأخذ الرجل

<sup>1</sup> شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص 40.

لهذه الفدية وإجابة طلبها دون أن يحوجها إلى دعوى الشقاق والنزاع وما فيهما من فضح أسرار البيوت وإحضار الشهود والإجراءات الطويلة.

إلا أن الخلع لكي يعتبر صحيحاً ويجوز للزوجة رفع الضرر عنها لأبد من توفر مجموعة من الأركان والشروط وهو ما سنوضحه أدناه.

### الفرع الأول: أركان وشروط الخلع فقهاً

وضع الفقهاء مجموعة من الأركان والشروط لكي يعتبر الخلع صحيحاً انفصلها وفق مايلي:

#### أولاً: أركان الخلع

بالرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي لوجدنا أن الفقهاء وضعوا أربعة أركان لصحة الخلع شرعاً، ولا يتم الخلع إلا بوجودها، وهي الزوج والزوجة والصيغة والبدل انفصلها كالاتي:

#### -الركن الأول: الزوج

الخلع تصرف خطير في نفسه وآثاره ونتائجه، ولهذا فهو لا يقع من كل زوج، ولا في كل حال، بل لابد لصحة إيقاعه وجوازه شرعاً أن يكون من يصدر عنه بالغاً عاقلاً، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات، وهناك قاعدة إتفق عليها الفقهاء وهي: "كل من صح طلاقه صح خلعه"، لأن الخلع طلاق بعوض، فإذا جاز الطلاق بلا عوض، فجوازه بالعوض من باب أولى، فعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالعة ما يشترط في المطلق<sup>1</sup>.

فمن الحنفية قال ابن عابدين وهو يتحدث عن الخلع: "وشروطه كالطلاق" ثم يوضح قوله

هذا ويقول: "هو أهلية الزوج"<sup>2</sup>.

-ومن المالكية قال الدردير: "موجب الخلع زوج مكلف لا صبي مجنون"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 441.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>3</sup> أحمد أبو البركات الدردير، المرجع السابق، ج2، ص 113.

-ومن الشافعية، قال النووي: "وشرط الخلع زوج يصح طلاقه"<sup>1</sup>.

-ومن الحنابلة قال المرادوي: "ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه"<sup>2</sup>.

-خلع المحجور عليه: وفيه مايلي:

أ-خلع الصبي والمجنون: اختلف الفقهاء في خلع الصبي والمجنون إلى آراء نلخصها كمايلي:

-ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من شروط الزوج المخالغ أن يكون بالغاً عاقلاً، أما إذا كان صغيراً أو مجنوناً فإن خلع كل واحد منهما غير صحيح، لأنهما من غير أهل القصد الذي يعتبره الشارع، ولا يجوز خلع الأب عنهما، لأن الخلع طلاق، وهو بيد الزوج وحده لا يصح من غيره<sup>3</sup>.

-الحنفية: وخلع الصبي وطلاقه باطل، لأنه ليس له طلاق معتبر شرعاً، خصوصاً لما يضره.

-المالكية: أن موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ولا مجنون<sup>4</sup>.

-الشافعية: لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهما<sup>5</sup>.

ب-خلع السفية<sup>6</sup>:

ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلع السفية وذلك بناء على صحة طلاقه، لأن كل من صح طلاقه صح خلعها، ولأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط، من دون أن يحصل على شيء، فلأن يملكه محصلاً للعرض من باب أولى، ويجب أن يسلم العوض إلى الولي، لأن

<sup>1</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ص 263.

<sup>2</sup> علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج7 (ط: 1؛ د. م: د. ن، 1955)، ص386.

<sup>3</sup> عامر سعيد نوري الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ لبنان: دار ابن حزم، 1997)، ص 96.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 (د. ط؛ بيروت: مطبعة المنار، 1248هـ)، ص 413.

<sup>5</sup> محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ص 263.

<sup>6</sup> السفية: هو الشخص الذي يضع ماله في غير موضعه الشرعي.

السفيه محجور عليه، فإن سلم العوض إلى السفية دون إذن الولي فهو بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه<sup>1</sup>.

-قال الخرشي: لو كان الزوج سفيهاً، فالخلع جائز وطلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى<sup>2</sup>.

-وقال الدسوقي: لا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه<sup>3</sup>.

ج-خلع المريض مرض الموت: اتفق الأئمة الأربعة على جواز الخلع من المريض مرض الموت، وأنه نافذ قياساً على طلاقه، فإن من جاز طلاقه جاز خلعه، لكن المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاءً، ذهبوا إلى عدم جوازه ديانةً، لأنه يؤدي على إخراج وارث من الميراث في مرض موته ولكنه إذا أقدم عليه في هذه الحالة صح قضاء.

وقد خالف الإمام مالك الأئمة الثلاث في مسألة، ما إذا خالع الزوج ثم توفي قبل أن يبرأ مرضه، فإنها ترثه عند مالك خلافاً للأئمة الثلاثة، سواء أكان في ذلك وفاته أثناء عدتها أم بعد انتهائها، وسواء أكانت تزوجت بغيره أم لم تتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق، والمدخول بها وغير المدخول بها، سواء في هذا الحكم عنده<sup>4</sup>.

-قال ابن نجيم من الحنفية: ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض، فالخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر<sup>5</sup>.

-وقال المزني من الشافعية: ويجوز الخلع في المرض كما يجوز البيع، فإذا كان الزوج هو المريض فخالعها بأقل من مهرها ثم مات، فجائز لأن له أن يطلقها من غير شيء<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عامر سعيد نوري الزبياري، المرجع السابق، دار ابن حزم، ص 102.

<sup>2</sup> أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 4 (د. ط؛ بيروت: دار صادر، د. ت)، ص 817.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، المكتبة التجارية، ص 413.

<sup>4</sup> أبي عبد الله محمد الخرشي، مرجع سابق، ج 4، ص 18.

<sup>5</sup> زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4 (ط: 2؛ د. م: دار المعرفة، د. ت)، ص 82.

<sup>6</sup> إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني على هامش الأم، ج 5 (د. ط؛ د. م: مطبعة الأميرية،

1321هـ)، ص 190.

-ومن الحنابلة قال الخرقى: ولو خالعه في مرض موته، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث، فلورثة أن يعطوها أكثر من ميراثها<sup>1</sup>.

-والظاهرية أجازوا خلع المريض مرض موته، لأنهم لم يفرقوا بين المريض مرض الموت وغيره في سائر التصرفات<sup>2</sup>.

### الركن الثاني: الزوجة

الزوجة وهي التي يربطها عقد زواج شرعي مع الزوج، والتي تعد ركناً لصحة الخلع ولا يتم هذا الأخير إلا بوجودها، إلا أن الزوجة كما أنها قد تكون راشدة عاقلة أثناء مطالبتها بحقها في الخلع قد يعتريها عارضٌ من عوارض الأهلية، فهل يعد خلعها صحيحاً أم باطلاً؟، وهو ما يعبر عنه بشرط الزوجة المخالعة بأن تكون عاقلة بالغة غير محجور عليها، ونفصل ذلك وفق مايلي:

أولاً: الزوجة الراشدة العاقلة: لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها، وأن الأمة لا تخالع عن نفسها إلا برضا سيدها، وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر، وقال مالك: يخالع الأب عن إبنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك عن ابنه الصغير لأنه عنده يطلق عليه، والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز لأنه لا يطلق عليه عندهم<sup>3</sup>.

ثانياً: خلع الصغيرة: ونميز في الزوجة الصغيرة المخالعة بين المميزة وغير المميزة وفق ما يلي:

أ-خلع الصغيرة المميزة: ذهب الأحناف إلى أنه إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة، وخالعت زوجها، وقع عليها طلاق رجعي ولا يلزمها المال، أما وقوع الطلاق، فلأن عبارة الزوج: معناها تعليق الطلاق على قبولها، وقد صح التعليق لصدوره من أهله، ووجد المعلق عليه، وهو القبول ممن هي أهلٌ له، لأن الأهلية للقبول تكون بالتمييز -وهي هنا صغيرة مميزة- ومتى

<sup>1</sup> أبي البركات مجد الدين ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج 2 (د. ط؛ د. م: مطبعة السنة المحمدية، 1950)، ص 48.

<sup>2</sup> علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 200.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 68.



وجد المعلق عليه وقع الطلاق المعلق. وأما عدم لزوم المال: فلأنها صغيرة ليست أهلاً للتبرع، إذ يشترط في الأهلية للتبرع: العقل والبلوغ، وعدم الحجر لسفه أو مرض. وأما كون الطلاق رجعياً: فلأنه لما لم يصح التزم المال، وكان طلاقاً مجرداً لا يقابله شيء من المال؛ فيقع رجعياً<sup>1</sup>.

**ب- خلع الصغيرة غير المميزة:** وأما الصغيرة غير المميزة فلا يقع خلعها طلاقاً أصلاً؛ لعدم وجود المعلق عليه، وهو القبول ممن هو أهله.

**- خلع الولي عن الصغيرة:** ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة -على المذهب- إلى أنه لا يجوز للأب خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها، لأنه لا نظر له فيه، إذ البضع غير متقوم، والبدل متقوم، بخلاف النكاح، لأن البضع متقوم عند الدخول، ولأنه بذلك يسقط حقها من المهر والنفقة والاستمتاع، وإذا لم يجز، لا يسقط المهر ولا يستحق مالها، وللزوج مراجعتها إن كان بعد الدخول.

ومذهب المالكية -وخرَّجه بعض متأخري الحنابلة على أصول أحمد: أن للأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة بمالها إذا رأى المصلحة لها، كتخليصها ممن يتلف مالها، ويخاف منه على نفسها وعقلها<sup>2</sup>.

### ثالثاً: خلع المجنونة والمعتوهة

-المجنونة عديمة العقل فتأخذ حكم الصغيرة قبل التمييز سواء أكان الجنون مطبقاً أم متقطعاً.  
-أما المعتوهة: فهي قليلة الفهم فاسدة التدبير مختلطة الكلام، فعند الفقهاء تأخذ حكم الصغيرة بعد سن التمييز أي تصرفاتها هي تصرفات ناقص الأهلية<sup>3</sup>.

**رابعاً: خلع السفهية:** بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لوجدنا أن الفقهاء قد اختلفوا في خلع السفهية هل يصح أم لا؟ إلى رأيين:

<sup>1</sup> السيد سابق، المرجع السابق، دار الحديث، ص 196.

<sup>2</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 339.

<sup>3</sup> خليل عمرو، المرجع السابق، ص 171.

**الرأي الأول: جمهور الفقهاء؛** من الشافعية والمالكية والحنابلة قالوا بأن الزوجة السفية لا يجوز أن تتفرد بالمخالعة عن نفسها، ولا يلزمها مال، واختلفوا فيما يقع من طلاق إذا لم يقع باختلاعها، وتفصيل ذلك كما يلي:

-**قال الشافعية:** أن مخالعة السفية لزوجها قبل الدخول يقع به طلاقاً بائناً، بخلاف ما إذا اختلعت بعد الدخول فإنه رجعي<sup>1</sup>.

-**قال المالكية:** أن السفية غير الرشيدة يقع عليها الطلاق البائن، ولا يلزمها العوض المبذول للزوج عند الاختلاع، فإن أخذه رده إن لم يشترط لوقوع الطلاق ونفاذه.

-**ذهب الحنابلة إلى** أن تطليق السفية عند مخالعتها مع الزوج رجعيّاً، إذا خالعت بلفظ الطلاق، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق لا يقع به شيء من الطلاق وكان لغواً<sup>2</sup>.

**الرأي الثاني؛ يرى الحنفية** أن خلع الزوجة الكبيرة غير الرشيدة والمحجور عليها لسفه عن نفسها على مال هو مهر أو غيره جائز، ويقع به الطلاق بائناً إذا كان بلفظ الخلع، بينما تطلق رجعيّاً إذا كان بصريح لفظ الطلاق، وفي الحالتين لا يلزم المال المبذول من المرأة لعدم ثبوت حقها في التبرع بشيء من أموالها بسبب السفه.

فإن بلغت المرأة مفسدة فاختلفت من زوجها بمال جاز الخلع، لأن وقوع الطلاق في الخلع يعتمد القبول، وقد تحقق منها ولم يلزمها المال؛ لأنها ألزمتها لا لعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة، فإن كان طلقها تطليقة على ذلك المال يملك رجعتها؛ لأن وقوعه بالصريح لا يوجب البيونة إلا بوجوب البذل بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع<sup>3</sup>.

### **خامساً: خلع المريضة**

اتفق الفقهاء- في الجملة- على أنه تصح مخالعة المرأة المريضة مرض الموت لزوجها في مرضها، لأنه معاوضة كالبيع، وإنما الخلاف بينهم- إلا الظاهرية- في القدر الذي يأخذه

<sup>1</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3 (ط: 1؛ لبنان: دار المعرفة، 1997)، ص 350.

<sup>2</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، دار عالم الكتب للطباعة، ص 307.

<sup>3</sup> محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 458.

الزوج في مقابل ذلك، مخافة أن تكون الزوجة راغبة في محاباته على حساب الورثة<sup>1</sup>:

## 1- في المذهب المالكي:

خلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها<sup>2</sup>، وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله، قال الشافعي: لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز، وكان من رأس المال، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث، وأما المَهْمَلَةُ التي لا وصي لها ولا أب، فقال ابن القاسم: يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها؛ وشذ الحسن وابن سيرين فقالا: لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان<sup>3</sup>.

## 2- المذهب الحنفي:

إذا كانت الزوجة كبيرة عاقلة، غير محجور عليها، ولكنها مريضة، وخالعت زوجها على مال معلوم، فإما أن تبرأ هذا المرض أو لا، فإن برئت منه، فلا كلام في أنه يستحق كل العوض؛ لأنه تبين أن مرضها ليس مرض الموت، فتكون كالصحيحة، وإن لم تبرأ بل ماتت في هذا المرض، فإن كان مرض الموت، بأن كانت وقته لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت، فلا يخلو الحال من أحد الأمرين:

الأول: أن تموت وهي في عدة الطلاق الواقع بالخلع؛

الثاني: أن تموت بعد انقضائها.

فإن كان الأول: فللزوج الأقل من أشياء ثلاثة وهي: بدل الخلع، ومقدار إرثه منها، وثلث مالها<sup>4</sup>.

وإن كان الثاني: وهو ما إذا ماتت بعد إنقضاء العدة: فللزوج الأقل من شيئين: وهما بدل الخلع، وثلث مالها، وإنما لم ينظر إلى مقدار ما يرثه منها في هذه الحالة؛ لأن الإرث لا يأتي بعد انقضاء العدة.

<sup>1</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 339.

<sup>2</sup> محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 458.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 69.

<sup>4</sup> أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1 و2 (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 155.

لأن بدل الخلع تبرع، وهو في مرض الموت وصية، ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بأذن الورثة<sup>1</sup>، ولذا لو كان الخلع قبل الدخول كان الحكم ما ذكر لعدم العدة.

### 3- وفي المذهب الشافعي:

إذا خالغ امرأة في مرضه، ومات لم يعتبر البديل من الثلث، سواء أحاب أم لم يحب، أو لم يحاب؛ لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة، ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث، فإن خالغت المرأة زوجها في مرضها وماتت، فإن لم يرد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال؛ لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته، فأشبهه إذا اشترت متاعاً بثمن المثل، وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث.

بمعنى لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز، وكان من رأس المال، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث<sup>2</sup>.

### 4- وفي المذهب الحنبلي:

إذا خالغت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة، ولو خالغها في مرض موته، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث، فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها<sup>3</sup>.

وجاء في المغني: أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته، سواء أكان بمهر مثلها أم أكثر أو أقل، ولا يعتبر من الثلث؛ لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح بعوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء، فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته، ولم تنتقل إلى ورثته، فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح؛ لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك، فإنه لو لم يبينها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه، فللورثة منعها ذلك؛ لأنه إتهم في أنه قصد

<sup>1</sup> زين الدين ابن نجيم، المرجع السابق، ص 81-82.

<sup>2</sup> أبوزكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج2، ص 74-75.

<sup>3</sup> أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى، المختصر في الفقه الحنبلي، ج8. (د. ط؛ د. م: دار الصحابة للتراث، 1993)، ص 223.

إيصال ذلك إليها؛ لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه؛ كما لو أوصى لوارث<sup>1</sup>.

### سادساً: خلع المكره:

إذا أكرهت الزوجة على الخلع لا يلزمها مال، لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح بالاتفاق، أما الطلاق فيقع عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد وجد منها القبول ويقع به طلاق بائن عند الحنفية<sup>2</sup>.

وجاء في مدونة الأسرة المغربية في المادة 117 مايلي: (للزوجة إسترجاع ماخالعت به، إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال)، ويقصد ما جاء في المادة أنه إذا أثبتت الزوجة أن ما خالعت به الزوج من مقابل كانت نتيجة ضغط أو إكراه أو إضرار أو إبتزاز مارسه الزوج عليها تم تنفيذ الطلاق في جميع الأحوال، وللزوجة إسترجاع ما خالعت به من بدل أو مقابل للخلع لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا... ٢٣١﴾ [البقرة: 231] وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتَدُّوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْنَهُنَّ... ١٩﴾ [النساء: 19]، ويمكن إثبات وقوعها تحت الإكراه أو تضررها أو إبتزازها من طرف الزوج بكل وسائل الإثبات<sup>3</sup>.

### الركن الثالث: الصيغة

الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع مع الزوج وقبوله من الزوجة<sup>4</sup>، وهي الإيجاب والقبول بين الزوجين وهما ركنا الخلع عند الحنفية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج8، ص 223.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 562.

<sup>3</sup> جمعية المعلومة القانونية والقضائية، دليل عملي لمدونة الأسرة. (العدد: 1؛ المملكة المغربية: مطبعة فضالة، 2004)، ص83.

<sup>4</sup> جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الاسلامية. (ط: 1؛ مصر: دار الوفاء القانونية، 2016)، ص 105.

<sup>5</sup> نور الدين أبولحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية. (د. ط؛ الكويت: دار الكتاب الحديث، 2007)، ص 240.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا بد من صيغة فلا يصح الخلع بالمعطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره دون أن يقول لها، "اختلعي على كذا"، أو: خلعتك على ذلك"، فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه.

### -ألفاظ الخلع:

إختلف الفقهاء في الألفاظ التي يعبر بها عن الخلع، فنذكر ما يلي:

أ- **عند الحنفية**<sup>1</sup>: يرى الحنفية أن الخلع يعتمد على الرضا كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية ايقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض، ويشترط الحنفية مطابقة الإيجاب بالقبول، وألفاظ الخلع عندهم سبعة وهي: خالعتك - باينتك - بارأتك - فارقتك - طلقي نفسك على ألف - والبيع كبعت نفسك - والشراء كاشتري نفسك.

ب- **عند المالكية**<sup>2</sup>: أما المالكية قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

- أن تكون لفظاً بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء أكان صريحاً أم كناية، فإذا عمل عملاً يدل على الطلاق دون مطلق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.  
- أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علق الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس.

- أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال<sup>3</sup>.

وألفاظ الخلع عندهم أربعة ألفاظ وهي: الخلع والفدية، والصلح، والمبارأة وكلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها.

### -عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>:

تنقسم ألفاظ الخلع عندهما إلى صريح وكناية: فالصريح المتفق عليه عندهم لفظان: لفظ الخلع وما يشتق منه لأنه ثبت له العرف. ولفظ المفاداة وما يشتق منه لوروده في القرآن، وزاد

<sup>1</sup> محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 444

<sup>2</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، المرجع السابق، ج4، ص24.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 58.

<sup>4</sup> علي بن سليمان المرداوي، المرجع السابق، ج8، ص 393.

الحنابلة لفظ فسخ لأنه حقيقة فيه، وهو من كنايات الخلع عند الشافعية ومن كناياته عندهم أيضاً بيع، ولفظ بارأتك، وأبرأتك، وأبنتك، وصريح الخلع كناياته كصريح الطلاق وكنايته عند الشافعية والحنابلة.

الخلع له أربعة ألفاظ: خالعتك، وصالحتك، وفاديتك، وبارأتك، وقد يقع الخلع من غير لفظ، بل بإشارة أو فعل يدلّ العرف أو القرينة على أن المراد به الخلع، كأن يمسك الزوجان خيطاً يقطعانه، إن كان ذلك في عرفهم يعني الخلع والطلاق<sup>1</sup>.

قانوناً: بالرجوع إلى أحكام المادة 54 من قانون الأسرة لا نجد المشرع الجزائري يشترط ألفاظاً للخلع، وإنما بمجرد رفع الزوجة عريضة افتتاح دعوى تعبر فيها عن رغبتها في مخالعة زوجها تكفي لسير الدعوى أمام القضاء.

#### الركن الرابع: العوض

الخلع هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال، والعوض هو ما تعطيه الزوجة أو وليها للزوج، مقابل خلعه من عصمته<sup>2</sup>، وهو جزء أساسي من مفهوم الخلع، فإذا لم يتحقق العوض لا يتحقق الخلع، فإذا قال الزوج لزوجته: خالعتك وسكت لم يكن ذلك خلعاً، ثم إنه إن نوى الطلاق، كان طلاقاً رجعيّاً، وإن لم ينو شيئاً، لم يقع به شيء، لأنه من ألفاظ الكناية التي تقتصر إلى النية<sup>3</sup>.

#### -مقدار العوض:

القاعدة الفقهية تقول: أنه كل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون بدل الخلع، لكن الفقهاء انفسوا في مقدار بدل الخلع إلى فريقين:

<sup>1</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 686.

<sup>2</sup> جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، المرجع السابق، ص 108.

<sup>3</sup> السيد سابق، المرجع السابق، دار الفكر، ص 254.

**الفريق الأول:** مقدار ما يجوز للزوجة أن تختلع به، فإن مالكا والشافعي وجماعة قالوا: جائز بأن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها، إذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه<sup>1</sup>.

وقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف<sup>2</sup>: إذا كان النشوز من طرف الزوجة حل أن يأخذ منها ما أعطاه ولا يزيد، وإن كان النشوز من طرف الزوج لم يحل له أن يأخذ منها شيئا، فإن فعل جاز في القضاء<sup>3</sup>.

**الفريق الثاني:** قال به الزهري وإسحاق وأحمد: أنه يجوز أخذ البدل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به ولا يجوز أكثر من ذلك. لأن الزيادة لا وجهة لها، وإذا أخذ زيادة عن مهرها صح مع الكراهة، وهذا ما قاله بعض الحنابلة<sup>4</sup>. أي ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا؛ ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق<sup>5</sup>.

**صفة العوض:** لا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع بما له قيمة مالية معتبرة شرعاً، معلومة الصفة والمقدار، مقدور على تسليمها، ولكن اختلفوا في العوض إذا كان مجهولاً كخالعتك على ثوب ولم يحدده، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

**المذهب الأول:** الخلع بالعوض المجهول باطل وإليه ذهب أبو ثور<sup>6</sup> وابن حزم الظاهري لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، ولد سنة 113هـ، استخلفه أبوه عن القضاء فكان يقضي معه لمدة 30 سنة، روى كتاب الآثار عن أبيه وتوفي في رجب 192هـ ببغداد. (محي الدين أبي الوفاء، المرجع السابق، ص 643).

<sup>3</sup> تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام. (ط: 1؛ بيروت: المكتب العربي، د. ت)، ص 61.

<sup>4</sup> منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 7 (د. ط؛ بيروت: عالم الكتب، 1989)، ص 2576.

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 67.

<sup>6</sup> أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت)، ص 199.



**المذهب الثاني:** فإن الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم، مثل الثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف<sup>1</sup>.

- إذا وقع الخلع بما لا يحل:

كالخمر والخنزير، هل يجب لها عوضاً أم لا بعد اتفاهم على أن الطلاق يقع؟، فقال مالك: لا تستحق عوضاً، وبه قال أبو حنيفة؛ وقال الشافعي: يجب لها مهر المثل<sup>2</sup>، وعند الشافعي يقع الطلاق بائناً ورجع عليه مهر مثلها<sup>3</sup>.

- إذا وقع الخلع قبل الدخول:

عند الشافعي إذا خالع زوجته قبل الدخول على صداقها قبل القبض أو بعده، أو وهبته منه جميعه قبل القبض ثم طلقها الزوج فإنه يرجع عليها بالنصف في أحد القولين، والقول الثاني لا يرجع عليها بشيء سواء أكان المهر عيناً أم ديناً، وبه قال أبو حنيفة وصاحبه<sup>4</sup>.

**ثانياً: شروط الخلع**

لصحة الخلع لابد من توفر مجموعة من الشروط نوجزها فيما يلي:

1- أن يكون البغض من الزوجة، فإن كان الزوج هو الكاره لها، فليس له أن يأخذ منها فدية، وإنما عليه أن يصبر عليها، أو يطلقها إن خاف ضرراً.

2- أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر، تخاف معها أن لا تقيم حدود الله في نفسها أو حقوق زوجها.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 68.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الله بن أبي بكر الصردفي الريمي، المعاني البديعة في معرفة إختلاف أهل الشريعة، تحقيق: سيد محمد مهني، ج2، (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999)، ص 239.

<sup>4</sup> محمد بن عبد الله بن أبي بكر الصردفي الريمي، المرجع السابق، ص 241.

3- أن لا يعتمد الزوج إيداء زوجته، حتى تخالع منه، فإن فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً أبداً، والخلع ينفذ طلاقاً بائناً، فلو أراد مراجعتها لا تحل له إلا بعد عقد جديد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أركان وشروط الخلع قانوناً

سنعالج في هذا الفرع الأركان التي يقوم بها الخلع، وشروط صحته، لكي يعتبر خلع الزوجة نافذاً مرتباً لآثاره قانوناً، وهذا وفق ما هو موضح أدناه.

#### أولاً: أركان الخلع في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع لنص المادة 54 ق.س لانجد المشرع قد وضع أركاناً وشروطاً تحت عنوان معين، وإنما يمكن أن نستنتجها من خلال صياغة المادة، مما يتضح أن للخلع ثلاثة أركان، الزوج، والزوجة، وبديل الخلع.

**1- الزوجة:** وهي المخالعة التي يربطها عقد زواج شرعي مع زوجها، فيمكن للزوجة أن تطالب بحقها في الخلع بإرادتها الحرة الكاملة المنفردة، ولم تشترط المادة تقديم أسباب أثناء طلبها.

**2- الزوج:** وهو الذي وقع عليه الخلع من طرف زوجته، حيث ذكرته المادة 54 ق.س، وأضافت أن موافقة الزوج لا تؤخذ بعين الاعتبار أثناء مطالبة الزوجة بحقها في الخلع، حيث نصت (... دون موافقة الزوج..).

**3- المقابل المالي:** وهو العوض الذي تقدمه الزوجة المخالعة لزوجها، نظير الخلع الذي أوقعته عليه، مع أن المادة تركت الحرية للزوجة في الإتفاق على مقدار العوض، وفي حالة عدم الاتفاق على عوض معين يمكن للقاضي التدخل وتحديد العوض المالي في حدود صداق المثل أثناء صدور الحكم، وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 54 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: (... إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم)، وبهذا فالعوض المالي ركن أساسي في الخلع، ونرى

<sup>1</sup> ربيحة إغاث، الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون وإجتهادات المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، عدد 3، جامعة الجزائر 1، 2009، ص 312.

أن الخلع الذي يكون دون مقابل مالي لا يمكن أن نعتبره طلاق خلع لأن البديل ركن أساسي فيه، وإنما طلاق بالتراضي متى إتفق الزوجان أن يكون خلعهما دون مقابل مالي وفق فحوى المادة 48 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

ونص المادة 54 ق.س لم يبين ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه، فالمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، وما دامت المادة ذكرت مصطلح "المقابل المالي" فيمكن القول كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابلاً للخلع، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها، ولكن لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعاً، لأن الحضانة هي حق للمحضون لا يصلح أن يكون بدلاً للخلع، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوماً ومتفقاً عليه بين الزوجين<sup>2</sup>، أي معيناً أو قابلاً للتعيين حسب نص المادة 94 من القانون المدني<sup>3</sup>، كما أن القضاء ألزم القاضي الإفصاح عن قيمة بدل الخلع عند النطق بالحكم حيث جاء في القرار "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء أكان اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"<sup>4</sup>.

ومن الاجتهادات القضائية التي إعتمدت بدل الخلع كركن من أركان الخلع، وأن مقداره يرجع للطرفين وفي حالة الاختلاف فقاضي الموضوع هو الذي يفصل فيه نذكر: "من المتفق عليه لدى الفقهاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر

<sup>1</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 239. (بتصرف).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 240. (بتصرف).

<sup>3</sup> حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جانفي 2018، ص 198.

<sup>4</sup> قرار رقم 365244، بتاريخ 2006/10/11، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2007، ص 467.

اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها وإشترط الزوج خلعاً قدره 50 ألف دينار، ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً<sup>1</sup>.

وجاء في قرار آخر: "متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع، إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راضٍ بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائياً إنتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي"<sup>2</sup>.

-وجاء في القرار أيضاً: "تحديد مبلغ الخلع، عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوباً في حالة عدم اتفاق الطرفين معاً"<sup>3</sup>.

#### -إشكالية مبدأ الرضائية حول المال الذي تقدمه الزوجة للزوج:

إذا رغبت الزوجة اللجوء إلى حقها في الخلع، لا بد لها أن تقدم نتيجة ذلك مقابلاً مالياً للزوج، فقد يقبل به الزوج، لكن في حال ما إذا رفض الزوج المبلغ وطلب أكثر من ذلك، فهنا يتدخل القاضي في تحديد قيمة البدل فنكون أمام أمرين:

<sup>1</sup> قرار رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1989، ص 92.

<sup>2</sup> قرار رقم 33652، بتاريخ 1984/06/11، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1989، ص 38.

<sup>3</sup> قرار رقم 275497، بتاريخ 2001/10/17، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2004، ص 353.

أ- أن يحكم القاضي بصدّق المثل ويفوق قيمة المهر الحقيقي الذي قدمه الزوج للزوجة، وهذا يكون لصالح الزوج الذي يستغل القيمة الزائدة على قيمة المهر.

ب- أن يحكم القاضي بصدّق المثل ويكون أقل قيمة ومقداراً من المهر الحقيقي، فهنا للزوجة أن تستغل الفرصة وتستفيد من الزيادة الناتجة عن الفراق بين المهر الذي قدمه الزوج لها وقيمة صدّق المثل الأقل من المهر الذي حكم بها القاضي وقت صدور الحكم<sup>1</sup>.

والملاحظ فيما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 54 ق.س أنه (... بما لا يتجاوز قيمة صدّق المثل وقت صدور الحكم)، قد يقع فيه ظلم للزوج وهدرٌ لحقه، إذ قد تستغل الزوجة رفضها لكي يحكم لها القاضي بصدّق المثل، في حين أن صدّقها وقت زواجها كان أكثر من مهر المثل وقت صدور الحكم بأضعاف كثيرة، وفي مقابله يمكن أن يلحق هذا الحكم ظلماً بالزوجة إذا تعمد الزوج عدم الإتفاق عوض الخلع، لكي يحصل على صدّق المثل في حين كان المهر الذي قدمه لزوجته وقت زواجها أقل بكثير من مهر المثل.

والموقف الذي نراه يصلح لحل إشكالية تحايل الزوجين في قيمه عوض الخلع، هو إعطاء قاضي شؤون الأسرة سلطة أوسع في تقدير قيمة العوض المالي وذلك وفق معايير محددة، ولعل الموقف الأقرب في التشريعات العربية لهذا هو موقف المشرع المغربي في مدونة الأسرة في نص المادة 120 منه، حيث جاء فيها "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وإختلفاً في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإن تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاد الخلع بعد تقدير مقابله، مراعيّاً في ذلك مبلغ الصّدّق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة"

وهو الموقف الذي يحقق العدالة بين الزوجين والأقرب للصواب لمنع التحايل، فإذا اختلف الزوجان المتخالعان في مقدار بدل الخلع يرفع الأمر إلى المحكمة التي يجب عليها أولاً الإصلاح بين الزوجين فإذا تعذر عليها الإصلاح حكمت بنفاد الخلع، وتولت هي تقدير

<sup>1</sup> صديق سعوداوي، تغييرات مبدأ الرضائية وفق الإجتهد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة البليدة 2، 2011، ص 169.

العوض عنه، وقانون مدونة الأسرة وضع لها قواعد التقدير وهي مراعاة مقدار الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة<sup>1</sup>.

وهناك من شرح القانون من يرى<sup>2</sup> أنه لحل هذه الإشكالية يمكن إضافة فقرة ثالثة للمادة 54 تقضي بـ: "إذا تبين أن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي بإستكمال الفرق بينهما".

#### - إشكالية إمتناع الزوجة عن تقديم بدل الخلع:

تصدر أحكام تقضي بفك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة عن طريق الخلع، مع تعويض الزوج المخلوع بمقدار مالي، وهذا بطبيعة الحال دون المساس بحقوق الزوجة التي مارست حقها في الخلع، أي يقدر لها أيضاً نفقة العدة ونفقة الإهمال، ويتم تنفيذ حكم الخلع بتكليف المطلقين بمضمون الالتزام أي تكلف الزوجة بدفع قيمة الخلع ويكلف الزوج بدفع قيمة النفقة وهذا في أجل 15 يوم من تاريخ التكليف وفقاً لأحكام الإجراءات المدنية والإدارية، والإشكال الذي يثور أثناء عملية تنفيذ حكم الخلع هو امتناع المطلقة عن تنفيذ الحكم أي رفض دفع قيمة الخلع، فيمتنع تبعاً لذلك المطلق أيضاً عن دفع قيمة النفقة معاملة بالمثل، وهو الأمر الذي يؤدي بالمحضر القضائي إلى تحرير محضر إمتناع عن التنفيذ ضدهما، فيتابع تبعاً لذلك المطلق بجريمة عدم دفع النفقة الواجبة وتترك المطلقة دون متابعة لاعتبار الدين مدني أي يخضع للإجراءات العادية في التحصيل<sup>3</sup>.

#### - الاجتهادات القضائية التي بيّنت دور القاضي في تقدير الخلع:

هناك الكثير من الاجتهادات القضائية التي طبقت فحوى المادة 54 في فقرتها الثانية، التي أعطت لقاضي شؤون الأسرة التدخل في تقدير بدل الخلع، وذلك في حالة عدم التوافق بين الزوجين المخالعين عن قيمة بدل الخلع، ومن الاجتهادات القضائية نذكر:

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، شرح مدونة الأسرة المغربية. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2010)، ص 172.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 212.

<sup>3</sup> لجلط فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، ملتقى وطني بعنوان: إشكالات التنفيذ، المركز الجامعي بركة، ماي 2017، ص 13.

-من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود للقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج خلعاً قدره 50 ألف دينار، ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً<sup>1</sup>.

-كما أن القاضي لا يحق له أن يحكم بقيمة بدل الخلع تلقائياً دون النظر إلى رضا الزوجين قبل ذلك، وهو ما يؤكد القرار التالي "متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائياً انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي<sup>2</sup>.

#### -مقدار بدل الخلع وقيمه قانوناً:

مما تجدر عليه الإشارة أنه لا يجوز أن تكون الحضانة هي المقابل في الخلع؛ لأن الحضانة ليست حقاً مستقلاً للحاضنة بل هو حق مقرر للأولاد، هذا إضافة إلى أن النص صريح بقوله "المقابل المالي" مما يؤكد أن المقابل يكون مالياً والحضانة من المسائل

<sup>1</sup> قرار رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد1، لسنة 1989، ص 92.

<sup>2</sup> قرار رقم 33652، بتاريخ 1984/06/11، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد3، لسنة 1989، ص 38.

الشخصية<sup>1</sup>، أما مقدار بدل الخلع فيخضع لرضا الزوجين وإختيارهما، فالزوجة تبادر بتقديم البذل والزوج يبدي موافقته، وفي حالة رفضه يحكم القاضي وجوباً بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم وفقاً لنص المادة 54 ق.س.

-أما صيغة الخلع فلم يشترط المشرع الجزائري في المادة 54 ق.س صيغة معينة للخلع، تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الاسلامية التي تعتبر المصدر الاساسي له في حالة غياب النص القانوني، وذلك بموجب إحالت المادة 222 ق.س، وحتى في الممارسة القضائية فبمجرد أن تقدم الزوجة عريضة قضائية بالخلع، يتم دراسة ملفها وتتقدم الاجراءات بالصلح إلى غاية صدور حكم قضائي بالخلع.

-إذا تم الخلع بعوض غير مشروع:

إذا قدمت الزوجة لزوجها مقابل عن الخلع وكان ذلك المقابل مقوماً نقداً لکن لا يحل التعامل به، كالمخدرات أو الخمر أو مال مسروق، أو أشياء مملوكة للآخرين، فهنا تطبق القواعد العامة في القانون المدني، حيث يشترط في المعاملات المدنية أن يكون المقابل في عقود المعاوضة أو عقود التبرع مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني، وبالتالي يعتبر ذلك المقابل باطلاً يحق للقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

**ثانياً: شروط الخلع وفقاً للتشريع الجزائري**

بالرجوع لقانون الأسرة لا نجد نصاً يعطي لنا الشروط الواجب توفرها في الزوجين أثناء الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة في التشريع الجزائري ويمكن أن نستخلصها وفق ما يلي:

**1- أن تكون الزوجية قائمة:** أي يجب أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، فالخلع لا يصح إذا كان الزواج قد انحل كما لو حكم ببطلانه، أو كانت الزوجة قد بانّت من طلاق رجعي، بمعنى أن يطلقها الزوج طلاقاً رجعياً ولا يراجعها أثناء العدة، وتنقضي هذه الأخيرة

<sup>1</sup> بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 133.



فهنا يصبح الطلاق بائناً، وتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، وبالتالي لا يصح منها الخلع لأن ملك الزوج زال بانقضاء العدة، ومتى كانت الزوجية قائمة، فالخلع جائز سواء أقبّل الدخول أم بعده<sup>1</sup>.

**2- أن تطلبه الزوجة من القضاء:** لا بد أن ترفع الزوجة دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم له بالخلع مقابل عوض تؤديه للزوج، ولا بد هنا أن نتعرض للمسائل التالية:

**أولاً: تقديم عريضة افتتاح الدعوى وعدم اشتراط ذكر أي سبب لطلب الخلع؛** ككل دعوى ترفع أمام القضاء، لا بد من أن تتجسد في شكل عريضة لافتتاح الدعوى صادرة عن الزوجة أو محاميها طبقاً للمادة 15 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، ويجب أن تتوفر الشروط الشكلية الأخرى المشروطة قانوناً في عريضة افتتاح الدعوى<sup>2</sup>.

**ثانياً: أهلية التقاضي؛** أن يكون كل من الزوج والزوجة راشداً وأهلاً للتصرف في ماله<sup>3</sup>، أي أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، يملك أهلية التصرف في ماله، وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق، أي أن تكون زوجة شرعية حقيقية أو حكماً، وبما أن الخلع طلاق على مال، فإنه يشترط فيه، ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لجليها<sup>4</sup>.

فيمكن إستنتاج - في مواد متفرقة - بعض الشروط منها: شرط الأهلية للزوج التي هي 19 كاملة بناء على المادة 07 من الأمر 02 /05 بنصها (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك السن لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج)، وعليه لا يصح للرجل إجراء العقد قبل هذا السن إلا بموافقة القاضي، حيث يجوز له أن يأذن به إذا وجدت المصلحة في ذلك.

إلا أن الملاحظ على قانون الأسرة لم يوضح خلع الزوجة القاصرة المرشدة في زواجها بموجب إذن قضائي، فهل يصح أن تتصرف في مالها بتقديم بدل الخلع، مع أن الأصل في

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، ج1 (د. ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013)، ص 183.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 194.

<sup>3</sup> فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد. (د. ط؛ الجزائر: مطبعة طالب، 2008)، ص 34.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، طبعة: 2005، ص 265.

القواعد العامة لا يحق التصرف في المال إلا ببلوغ السن المدني.

وبهذا يمكن القول أنه لا يصح من الناحية المالية أن يقع مثل هذا العقد من شخص لم يبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني، حتى ولو بلغ سن أهلية الزواج من خلال ترشيد القاصر وفق المادة 7 من قانون الأسرة، إلا إذا قد أجاز الوالي أو الوصي على أموال القاصر<sup>1</sup>، وهذا هو معنى مانصت عليه المادة 95 الفقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث جاء فيها ( المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال)، وهو ما نصت عليه المادة 116 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها (... التي دون الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي).

وهذا الموقف قد تبناه أيضاً قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>2</sup> الذي لم يجز تصرف المخالعة القاصرة في بدل الخلع إلا بإجازة الوالي، حيث نصت المادة 95 "المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال"، وبالتالي فالمرأة القاصرة المرشدة تطبق عليها القواعد العامة في التصرف في المال، أما الترشيح يتعلق فقط بعقد الزواج وآثاره كما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة.

أما ما يتعلق بشرط الرشد فقد نصت المادة 85 من القانون رقم 11/84 بأنه (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)، وعليه فإن الأهلية المطلوبة في القانون الجزائري والتي بها يقع الطلاق بما فيها الخلع هي أن يكون - الزوج أو الزوجة - متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه، وتجدر الإشارة إلى أنه كان على المشرع الجزائري أن لا يسوي بين تصرفات المجنون والسفيه، فهذا الأخير الذي يؤشر عليه بالسفه في التصرفات المالية غير الشخصية وعليه يمكن إزالة هذا التناقض بأن تصحح المادة 85 من القانون رقم 11/84 على نحو المادة 43 من القانون المدني، التي تعتبره ناقص الأهلية فقط وليس عديمها.

<sup>1</sup> ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 317.

<sup>2</sup> المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 7-9-1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

وعليه فمن المفيد ملاحظته في هذا الشأن من حيث الواقع، هو أن السفية لا يعتبر عديم الأهلية كما تقضي به م85 ق.س، باعتبار أن له كامل القوة العقلية، ولا يمكن أن يلحق بالمجنون والمعتوه، وكل ما يعيبه أنه مبذر، وينفق ماله في غير مقتضى العقل والشرع وكثيراً ما يكون السفية وارثاً لثروة لم يتعب عليها، فيبذرها دون إكتراث وبذلك كان القانون المدني على حق حينما إعتبر السفية ناقص الأهلية، بموجب المادة 43 والتي تقابلها المادة 115 من القانون المصري، و المادة 115 من القانون الليبي، والمادة 16 من القانون السوري، والمادة 127 من القانون الأردني<sup>1</sup>.

وبهذا يمكن القول أنه يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون كاملة الأهلية، فإذا صدر عنها الخلع وبها عارض من عوارض الأهلية لا يعتد به ويعتبر تصرفها غير نافذ وفقاً للمادة 85 ق.س، كما يشترط أن تكون بالغة سن 19 سنة، فإذا أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذه الحال فإن أباه هو الذي يتكفل بذلك أو الولي الشرعي، والقاضي ولي من لا ولي له.

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت - هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول - وتكون ملزمة ببذل الخلع، لأنها أهلاً لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليهما عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة راشدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعه زوجها عليه، وفي حالة وفاتها فبذل الخلع يكون لازماً على أن لا يتجاوز ثلث التركة وإذا زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ما عدا التبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث، لأن الأصل في بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، وتطبيقاً للمادة 204 ق.س التي تحيلنا إلى المادة 185 من القانون نفسه، فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء. (د. ط؛ الأبيار الجزائر: منشورات ثالثة، 2010)، ص 27-28.

<sup>2</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 229.

وبهذا نجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع، واكتفى فقط بالإشارة إلى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق بالمخالعة في المادة 54 ق.س، وهي المادة الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي<sup>1</sup> إستناداً لنص المادة 222 (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، وكنا قد ذكرنا سابقاً ما قاله الفقهاء من شروط الخلع.

## المطلب الثاني

### الضوابط الشرعية والقانونية للخلع

أجاز الشرع الإسلامي للزوجين الإفتراق بالحسنى، فإن هما اتفقا على الطلاق فهو خير، وإن رفض الزوج تطليق زوجته وهي كارهة له فلها أن تطلب منه الإفتراق بالحسنى، على أن ترد له حقوقه، بحيث لا تظلمه فيما له من حق ولا تظلم نفسها ب حياة لا رضا فيها ولا هناء، فإذا امتنع عن إجابة طلبها بالتراضي فتح لها باب اللجوء إلى القضاء طالبة إلتزامه بالافتراق مقابل ما تقتدي نفسها به من مال، وهو الطلب المسمى بالخلع. وبهذا فهل طلب الزوجة مخالعة زوجها يشترط موافقة زوجها لصدور الحكم؟ أم أنه يقتصر على رضا الزوجة وحدها دون النظر لإرادة الزوج في ذلك؟.

### الفرع الأول: حكم مبدأ الرضائية في الخلع بين الشرع والقانون

شُرِع الخلع لرفع الضرر عن الزوجة، فيحق للزوجة متى توفر فيها ما يضر بشخصها أن تطالب بالخلع، لكن هل يحتاج هذا الطلب إلى قبول الزوج، أم يكون بإرادة الزوجة المنفردة؟ وهذا ما سنعرفه من خلال هذا الفرع وفق مايلي:

### أولاً: حكم مبدأ الرضائية في الخلع فقهاً

1- موجب الأمر في أخذ العوض في الخلع في قوله ﷺ «أَقْبِلِ الْحَدِيثَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً».

إختلف فيه الفقهاء إلى ثلاثة أقوال نوجزها كما يلي:

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، طبعة: 2005، ص 266.

-الرأي الأول: جمهور الفقهاء والمفسرين على أن الأمر أمر إرشاد وتوجيه، وليس أمر إيجاب وإلزام لأن الطلاق للرجل كما يقول الرسول ﷺ: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُرَوِّجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ، ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ"<sup>1</sup>، والطلاق بيد الرجل، ولأنه يملك أن يطلقها بغير عوض فكذاك يملك أن يخالعه أو يطلقها بعوض<sup>2</sup>. وبه قال الصنعاني: وأما أمره ﷺ بتطبيقه لها فإنه أمر إرشاد لا إيجاب، كذا قيل، والظاهر بقاؤه على أصله من الإيجاب، واستدلوا على أن ذلك هو دلالة الأمر على الإطلاق<sup>3</sup>.

-الرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء والمفسرين وعلماء الحديث، إلى أن الأمر أمر إيجاب وإلزام وليس أمر إرشاد وتوجيه<sup>4</sup>، ومنهم الإمام الشوكاني.

-الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن موجب الأمر الوارد في حديث الخلع هو أمر للإباحة وبه قال الإمام الباجي المالكي<sup>5</sup>.

وفي رأينا أن أعدل الأقوال قول الإمام ابن تيمية<sup>6</sup> رحمه الله على أساس أنه يتضمن تفصيلاً بديعاً جمع فيه بين الأدلة الشرعية، وراعى فيه مصلحة الزوجين، واعترف بالخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي، فقد ميز بين حالتين<sup>7</sup>:

-إذا كان الزوج مقصراً في واجباته نحو زوجته أو مضرراً لها بغير حق، ورغم ذلك يرفض قبول الخلع، جاز للقاضي أن يلزمه بذلك.

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، باب طلاق العبد، ص 672، رقم الحديث (2081).

<sup>2</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 524.

<sup>3</sup> محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، صححه وعلق عليه: محمد محرز سلامة، ج 3 (د. ط؛ الرياض: مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. د. ت)، ص 299.

<sup>4</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>5</sup> أبو الوليد بن خلف سليمان الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك. (د. ط؛ مصر: مطبعة السعادة، 1910)، ص 61.

<sup>6</sup> تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، تخريج: عمار الجزار وأنور الباز، مجلد: 16، ج 32 (د. ط؛ الرياض: مكتبة عبيكان، 1997)، ص 179.

<sup>7</sup> شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص 14.

-والحالة الثانية أنه إذا ثبت للقاضي أن الزوج محسن لزوجته، ولكنها رغم ذلك مبغضة له، إمتنع القاضي على جبره بقبول الخلع، وإنما يأمره على وجه الإستحباب لفراقها.

ونأمل من المشرع الجزائري أن يأخذ برأي الإمام ابن تيمية في تعديل أحكام الخلع، لأن الخلع في قانون الأسرة قد فتح المجال للزوجة أن تخالع زوجها متى شاءت دون أي إعتبار وهذا يناقض المقصد الشرعي في تشريع الخلع، مما يؤثر على إستقرار الأسرة الجزائرية، ويحدث التفكك في المجتمع، ونسبة الخلع المرتفعة في المجتمع الجزائري تعبر عن التشريع المنظم له، مما يستدعي الأمر مراجعة ذلك.

## 2- حرمة الاساءة إلى الزوجة لتخلع:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز عضل الزوج زوجته، وإساءة عشرتها، والتضييق عليها ومضارتها حتى تضجر، بقصد افتداء نفسها، لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...﴾ [النساء: 19]، واختلفوا في أثر ذلك على الخلع إذا فعل ذلك وضارها على قولين اثنين:

-**القول الأول:** أن الزوج إذا عضل زوجته لتفتدي نفسها فإن الخلع باطل والعضل مردود، ولو حكم به قضاء، وإنما حرم ذلك حتى لا يجتمع على المرأة فراق الزوج والغرامة المالية، وهو مذهب الإمام طاووس بن كيسان، وبه قال عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي ومجاهد والشعبي والقاسم بن محمد وعطاء وقتادة والزهري وإسحاق بن راهوية، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة<sup>1</sup>.

-**القول الثاني:** ويرى بعض العلماء نفاذ الخلع في هذه الحال مع حرمة العضل، حيث ذهب الحنفية إلى أن العقد صحيح - الخلع واقع والعضل لازم، وهو آثم عاصٍ، لأنه يحرم عليه أن يأخذ شيئاً مما أعطاه وهو مضار لها<sup>2</sup> لقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْئَةٍ وَإِنَّمَا مِيبِنَا ۚ﴾ [النساء: 20] وأما

<sup>1</sup> عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ج6. (ط: 2؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1983)، ص 500 - 501.

<sup>2</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 523.

الإمام مالك فيرى أن الخلع ينفذ على أنه طلاق، ويجب على الزوج أن يرد البذل الذي أخذه من زوجته<sup>1</sup>.

**ثانياً: الخلع بين الرخصة والحق الأصيل للزوجة قانوناً (مبدأ الرضائية في الخلع قانوناً):**

بالرجوع إلى نص المادة 54 ق.س المتعلقة بموضوع الخلع، نجد أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع قد مر بمرحلتين، قبل التعديل وبعد التعديل، وذلك بسبب غموض النص القانوني بحيث الدلالة اللفظية للمادة لا تعطي معنى واضحاً وقطعياً فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، وهنا وقع الإختلاف في الاجتهادات القضائية تبعاً للإختلاف في المفهوم، سنوضح ذلك أدناه:

**1-مبدأ الرضائية في الخلع قبل التعديل بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984:**

رجوعاً لنص المادة 54 قبل تعديلها يتبين أن المادة غير واضحة فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، هل يقع برضا الزوجة لوحدها، أم أنه لابد من رضا الزوج لإحداث الأثر القانوني، حيث جاء في المادة قبل التعديل " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال..."، وهذا دفع جانباً من الفقه يقول بأن الخلع يتم بموافقة الزوج، وأن إرادة الزوجة غير كافية ليحدث الخلع أثره القانوني ووقوع الفرقة بين الزوجين، مما يجعل من الخلع رخصة للزوجة للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية، وليست حقاً أصيلاً.

ومن شراح القانون الجزائري نجد من يرى أن الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرفين، ولا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج<sup>2</sup>.

**-موقف الإجتهد القضائي قبل التعديل:**

بما أن نص المادة 54 ق.س لم تكن عباراته قطعية وواضحة الدلالة فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع، إختلفت قضاة المحاكم في إعتبار الخلع إما رخصة لابد من رضا الزوج

<sup>1</sup> السيد سابق، المرجع السابق، دار الحديث، ص 194.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، طبعة: 2005، ص 363.

فيه (الخلع الرضائي)، أم هو حق أصيل لا دخل لإرادة الزوج (الخلع القضائي)، وإنما يخضع لرضا الزوجة وحدها، ومن تلك الإجتهاادات نذكر:

أ-الإجتهاادات القضاائية التي قالت بأن الخلع رخصة للزوجة يحتاج لإرادة الزوج (الخلع الرضائي):

- "الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه"<sup>1</sup>.

- "من المقرر فقهاً وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلبت التطبيق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"<sup>2</sup>.

- "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً 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 عدم الإتفاق على مبلغ الخلع

<sup>1</sup> قرار رقم 26709، بتاريخ 1982/02/08، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.

<sup>2</sup> قرار رقم 51728، بتاريخ 1988/11/21، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضاائية، عدد3، لسنة 1990، ص 72.



يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه<sup>1</sup>.

والملاحظ أن المحكمة العليا أسست إجتهاداتها على أساس أن العصمة بيد الزوج وبالتالي فرضاه مطلوب لصحة الخلع حتى يتم فalcضاء إنطلاقاً من المادة 222 التي أحالت إلى الشريعة الإسلامية جعلتهم يأخذون برأي جمهور الفقهاء، الذين جعلوا إستجابة الزوج لطلب الزوجة للخلع أمر وجوبي لصحة الخلع بإعتباره عقداً رضائياً لا بد فيه من إيجاب وقبول<sup>2</sup>.  
أ-الإجتهادات القضائية التي قالت بأن الخلع حق أصيل للزوجة وحدها (الخلع غير الرضائي):

- "إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الإختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"<sup>3</sup>.

- "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء أ رضي به الزوج أم لم يرض، ويكفي أن تعرض الزوجة بدلاً لفك الرابطة الزوجية، دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج"<sup>4</sup>.

- "من المقرر قانوناً وشرعاً أن "الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعاً وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة

---

<sup>1</sup> قرار رقم 73885، بتاريخ 1991/04/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1993، ص 55.

<sup>2</sup> نظيرة عتيق، أثر الإجتهد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات، العدد 21، معهد العلوم الإجتماعية والإنسانية، قسم الشريعة، جامعة حمه لخضر الوادي، شتاء 2016، ص 91.

<sup>3</sup> قرار رقم 103793، بتاريخ 1994/04/19، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد51، لسنة 1997، ص 96.

<sup>4</sup> قرار رقم 115118، بتاريخ 1994/04/19، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد52، لسنة 1997، ص 106.

الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 ق. س، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

- من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة في ق.س تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صدق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً.

وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>2</sup>.

- الخلع رخصة للزوجة تستعملها لهدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>3</sup>.

- إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل<sup>4</sup>.

ومن خلال هذه الاجتهادات القضائية يتضح أنه تحول رأي القضاء في مسألة مبدأ الرضائية في الخلع، بعد أن كان يعتبر رضا الزوج واجباً، والحكم بالخلع دون رضائه مخالف لأحكام القانون والشريعة الإسلامية، إلى إعتبار أن الخلع حق أصيل للزوجة وذلك ما

---

<sup>1</sup> قرار رقم 141262، بتاريخ 1996/07/30، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1998، ص 120.

<sup>2</sup> قرار رقم 83603، بتاريخ 1992/07/21، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهااد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 134.

<sup>3</sup> قرار رقم 216239، بتاريخ 1999/03/16، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهااد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 138.

<sup>4</sup> قرار رقم 103793، بتاريخ 1994/04/19، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 51، لسنة 1997، ص 96.

ذهب إليه إجتهد المحكمة العليا<sup>1</sup>، وبالتالي عدم وضوح موقف المشرع الجزائري حول مبدأ رضائية الخلع في المادة 54 قبل التعديل بعبارة صريحة، جعلت الإجتهادات القضائية تختلف في تفسير المادة، لكن بعد التعديل نجد غير ذلك، وهو ما سنوضحه أدناه.

## 2-مبدأ الرضائية في الخلع بعد التعديل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005:

في حين بعد التعديل ونتيجة للإختلاف القضائي في تفسير المادة 54 فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع، قام المشرع الجزائري بنقل هذا الإختلاف القضائي من دائرة التفسير القضائي إلى دائرة التنصيص التشريعي، فعُدّل في المادة 54 وأصبح النص واضحاً، حيث أن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها، ولا أثر لإرادة الزوج فيه، وذلك بصريح العبارة الواردة في نص المادة 54 بعد التعديل "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها...)"، وعبارة دون موافقة الزوج نقلت الخلع بعدما كان رخصة يحق للزوجة أن تلجأ إليه بموافقة الزوج، إلى حق أصيل للزوجة وحدها دون إعتبار إرادة الزوج في إيقاع حقها في الخلع.

### - موقف الإجتهد القضائي بعد التعديل:

- "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"<sup>2</sup>.

- "إن الخلع ليس عقداً رضائياً، وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي. أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعاً للحكم بالخلع"<sup>3</sup>.

### -أسباب تعديل المادة 54 ق.س:

عُدّل المشرع الجزائري نص المادة 54 من قانون الأسرة، حيث إتخذ موقفاً حاسماً فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، حيث أصبح يتم دون موافقة الزوج، وهناك عدة أسباب دفعته

<sup>1</sup> عماري نور الدين، المرجع السابق، ص 112. (بتصرف).

<sup>2</sup> قرار رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، صادر عن المحكمة العليا غ.ش.أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2012، ص 318.

<sup>3</sup> قرار رقم 336380، بتاريخ 2005/07/13، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، نشرة القضاة، عدد 61، لسنة 2006، ص 328.

لهذا التعديل، ومنها أسباب داخلية كضغط الجمعيات النسائية والحقوقية، وأخرى خارجية كالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، أصبحت ملزمة التطبيق على أرض الوطن.

### -مصادقة الجزائر على إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة:

صادقت الجزائر على إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW"<sup>1</sup> في 22-01-1996، المكونة من 30 مادة مع التحفظ على بعض المواد التي تخالف قانون الأسرة في بادئ الأمر، وتحت إصرار لجنة سيداو على رفع التحفظات جاءت تعديلات تمس مركز المرأة ومساواتها بالرجل وخاصة في مجال الأسرة، ولوحظ هذا الاتجاه في تعديلات 2005، وعلى رأسها حق المرأة في المخالعة دون موافقة الزوج، والمادة الخاصة من سيداو التي تعتبر المرجعية في صياغة المادة 54 ق.س هي المادة 16 الفقرة 1-2 التي تنص على "أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وأن تضمن بوجه خاص نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وفسخه"<sup>2</sup>.

ونتيجة لذلك صدر عن الدولة الجزائرية<sup>3</sup> عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الثانية والثلاثين أيام 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، في حدود تسع وأربعين تعليمة تصب كلها على تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، حيث جاء في البند 7 من تقرير اللجنة حيث جاء فيه عن الممثل لها: (الفقرة 7-)- وأضاف أنه أصبح من الضروري

---

<sup>1</sup> فيما يتعلق بمراحل صدور اتفاقية سيداو في سنة 1973 بدأت مفوضية حركة المرأة بالأمم المتحدة في إعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وأكملت إعدادها سنة 1979، وبتاريخ 18-12-1979 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية باعتبارها إحدى الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، وفي 3 سبتمبر 1981 أصبحت الاتفاقية سارية المفعول بعد توقيع 50 دولة عليها طبقاً لأحكام المادة 27 منها التي تنص على مبدأ نفاذ الاتفاقية بعد شهر من تصديق أو انضمام الدولة وكانت تونس هي الدولة العربية الوحيدة التي صادقت على الاتفاقية قبل نفاذها. "راجع" هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة، مؤتمر جامعة طنطا، مصر، 7-9 أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: [www.iicw.org](http://www.iicw.org).

<sup>2</sup> داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الاسلامية، جامعة وهران، المجلد: 17: عدد 29، جوان 2016، ص 222.

<sup>3</sup> تقرير اللجنة الدوري الثاني للجزائر (CEDAZ/C/DZA/2/667 و668)، في جلستها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون 2005.

إدخال تعديلات على قانون الأسرة نظراً للتحوّلات التي طرأت في المجتمع وللتصديق على اتفاقيات دولية منها وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وفي 8 آذار/ مارس 2004، طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ إجراءات لملائمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية)، مما يتضح أن الجزائر قد تراجعت عن بعض التحفظات التي أبدتها في بادئ الأمر حول الاتفاقية مما أدى بصفة مباشرة بتعديل مسائل كثيرة<sup>1</sup>، حيث جاء في قرار إجتماع اللجنة في الفقرة 9... (ومن المنتظر مراجعة قانون الأسرة وقانون الجنسية ستمكن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية، وترمي التعديلات إلى... الرضا بالزواج وأحكام الطلاق من أجل حماية أفضل للأطفال).

### الفرع الثاني: دور القاضي الشرعي في الخلع

القاضي يعتبر الحاكم لجميع القضايا المدنية والجزائية، ففي مجال الخلع هل له السلطة الكاملة في إصدار حكم الخلع، أم أن الخلع لا يحتاج إلى حكم القاضي؟، وللإجابة على هذا التساؤل نميز موقف الفقه والقانون من ذلك وفق مايلي:

- فقهاء: انقسم الفقهاء إلى فريقين في مدى إلزامية حضور القاضي لواقعة الخلع وإصداره إلى فريقين:

#### - الفريق الأول (وهو رأي الجمهور):

يرى أن الخلع لا يحتاج إلى حكم القاضي، وإنما تتم المخالعة بالتراضي بين الزوجين واستدلوا بقوله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ [البقرة: 229].

<sup>1</sup> هشام نبيح، المرجعية الفقهية لأحكام الأسرة بين الإجتهد القضائي وقانون الأسرة الجزائري وأثر الاتفاقيات الدولية عليها، المؤتمر الدولي حول: الحماية القانونية للأسرة في التشريعات الجزائرية والتركية في الموثيق الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور الجلفة، يومي 10-11 نوفمبر 2018.

وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية والأوزاعي والثوري<sup>1</sup>، ووجه الدلالة هنا من الآية الكريمة إن الله تعالى قصد بـ (عليهما) الزوجين ولم يشترط القاضي.

### -الفريق الثاني:

يرى أن الخلع لا يصح إلا بقاضٍ واعتباره شرطاً في صحة الخلع وله سلطة تقديرية في ذلك واستدلوا بفعل الصحابة رضي الله عنهم ومنه ما حدث أيام عثمان وعمر رضي الله عنهما عندما اختلعت امرأة نفسها بألف درهم فرفع ذلك إلى عمر فأجازه، وكذلك الأمر نفسه زمن عثمان ولم ينكر أحد من الصحابة ذلك<sup>2</sup>.

وهو قول لسعيد بن جبير حيث قال: الخلع بين الزوجين لا يكون حتى يعط الزوج زوجته، فإن اتعظت وإلا ضربها، فإن اتعظت، وإلا رفعاً أمرهما إلى السلطان (القاضي) فبيعت حكماً من أهله فيسمع كلٍ منهما ما يسمع، يرفع ذلك إلى السلطان (القاضي) فإن رأى أن يفرق فرق، وإن رأى أن يجمع جمع<sup>3</sup>.

-قانوناً: الخلع وفق التشريع الجزائري لا يتم إلا بحكم القاضي، وذلك بعد رفع دعوى قضائية من طرف الزوجة أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة الابتدائية تطلب فيها مخالعة زوجها، وبعد مرور إجراءات الخلع يحكم القاضي به، وذلك بإصدار حكم قضائي يثبت ذلك، وبهذا فالخلع في القانون الجزائري لا يثبت إلا بحكم قضائي، وهو ما عبرت عنه المادة 49 من قانون الأسرة بنصها (لا يثبت الطلاق إلا بحكم...). فالطلاق المقصود من المادة يشمل كل طرق فك الرابطة الزوجية والتي عبر عنها المشرع في المادة 48 بنصها (...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون)، والطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة يكون عن طريق التطبيق إستناداً لنص المادة 53 ق.س، أو بطريق الخلع إستناداً لنص المادة 54 ق.س.

<sup>1</sup> هشام ذبيح، المرجعية الفقهية لأحكام الأسرة بين الإجتهد القضائي وقانون الأسرة الجزائري وأثر الإتفاقيات الدولية عليها، المرجع السابق.

<sup>2</sup> أبو بكر البيهقي ت 458هـ، السنن الكبرى، ج7 (د. ط؛ الهند: مطبعة مجلس دار المعارف، د. ت)، ص 316.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 316.

-مدى مشروعية قبول القاضي دعوى المرأة في الخلع دون رضا الزوج:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

-**القول الأول:** ذهب ابن تيمية والصنعاني والشوكاني والغزالي والموردي وعبد الرحمن الصابوني إلى جواز الخلع دون إذن الزوج<sup>1</sup>، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ [البقرة: 229].

-**القول الثاني:** وهو رأي الجمهور والذين قالوا بأنه لا يجوز خلع المرأة دون موافقة الزوج، مما يدل أن لا يجوز للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع، وقول النبي لإمرأة ثابت بن قيس "أتردين عليه حديقته فقالت نعم. فقال للزوج: خذها وفارقها"، يدل على ذلك، لأنه لو كان الخلع إلى السلطان شاء الزوجان أو أبيا، إذا علم لا يقيما حدود الله لم يسألها النبي عن ذلك، ولا خاطب الزوج بقوله إخلعها، بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته وإن أبيا أو أحد منهما.

-**الرجعة في الخلع:**

اختلف الفقهاء في ثبوت الرجعة للزوج بعد اختلاع زوجته على الأقوال الآتية:

-**القول الأول:** ليس للمخالع أن يراجع المختلعة في العدة بغير رضاها عند الأئمة الأربعة، لأنها قد ملكت نفسها بما بذلت له من العطاء، وقال سفيان الثوري: إن كان الخلع بغير لفظ الطلاق فهو فرقة ولا سبيل له عليها، وإن كان يسمى طلاقاً، فهو أملك لرجعتها مادامت في العدة وبه قال داود الظاهري، واتفق الجميع على أن للمختلع أن يتزوجها في العدة إن هي رضيت بذلك<sup>2</sup>.

-**القول الثاني:** الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له، وبين رده وله الرجعة، وقد روي عن الزهري وسعيد بن المسيب، وهو قول ابن حزم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1 (د. ط؛ دمشق: دار الفكر، د. ت)، ص 618.

<sup>2</sup> محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 214.

<sup>3</sup> علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ج9، ص 519.

**القول الثالث:** إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة، وهو قول أبي ثور، لأن الرجعة؛ من حقوق الطلاق، فلا تسقط بالعود، كالولاء مع العتق.

**قانوناً:** نصت المادة 50 ق. س على حكم عام عن مسألة الرجعة في جميع طرق فك الرابطة الزوجية، فمن راجع زوجته أثناء محاولات الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور حكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، وبهذا نقول أنه بعد صدور حكم الخلع يحتاج الزوج لمراجعة زوجته بعقد جديد ومهر جديد، أما المراجعة أثناء محاولات الصلح فلا تحتاج لعقد جديد، حيث تنتج المراجعة بعد نجاح محاولات الصلح، ويتوقف سير الدعوى.

### -وقت الخلع:

اتفق الفقهاء على أن وقت الخلع لا يعرض له ما يعرض للطلاق من السنية والبدعية، فذلك نص الفقهاء على أنه لا بأس بالخلع في الحيض والطمهر الذي أصابها فيه؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وهو أعظم من ضرر طول العدة عليها، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما، ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها، والخلع يحصل بسؤالها، فيكون ذلك رضاً منها به، ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه<sup>1</sup>.

جاء في المغني<sup>2</sup>: ولا بأس بالخلع في الحيض والطمهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة، فجاز أعلاهما بأدناهما، ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة بحالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها، والخلع يحصل بسؤالها، فيكون ذلك رضاً منها به، ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه.

### الفرع الثالث: مدى مسؤولية المختلعة بإساءة استعمال حقها في الخلع

طالما أن الخلع حق للمرأة، وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها ومردده دائماً في كل مرحلة

<sup>1</sup> أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ص 461.

<sup>2</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص 287.



لإرادتها، إذن فينبغي التعرض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، إذ المقرر أن الحق - أي حق - دائماً محدود بما ليس فيه مساساً بالآخر، بإساءة استعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وقد كفل لها القانون الحماية الواجبة، وبناء عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، اتساقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 52 من قانون الأسرة ذكرت ما يلي: أنه (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، وهذا من باب التعويض المقرر للمرأة قانوناً وشرعاً، إذا ما أساء الزوج استخدام حقه في الطلاق، إذاً فمن العدل أن يقابل التزام الزوج بتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي، إلتزام الزوجة كذلك إذا أساءت استخدام حق الخلع بتعويض الزوج عن ذلك، خاصة إن كانت دعوى الخلع نابعة من دوافع ذاتية تافهة، ودون إساءة الزوج لها أو تقصيره بأي حق من حقوقها، خاصة وأن مخاسر الزوج في زواجه لبناء الأسرة لا يقف عند مهر الزوجة فقط، الذي تقدمه كبديل عن الخلع، بل أرى أنه لا بد من تعويض آخر نتيجة التعسف في استعمال الحق، والقاضي له السلطة التقديرية في تحديد ذلك.

وفي هذا الصدد يمكن أن نثير التساؤل التالي: أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق؟ وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا تترتب ذلك مسؤوليتها بتعويضه عن الأضرار المادية التي أصابته؟

-لإجابة على السؤال لا بد من معرفة معنى التعسف أولاً، ثم طرح الإجابة، وفق ما يلي:

**1- التعسف لغةً:** يقال عَسَفَ فلاناً: أخذه بالقوّة والعنف وظلمه، وعَسَفَ السلطان: أي ظلم، وتَعَسَّفَ فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عَسُوف: إذا كان ظلوماً<sup>2</sup>.

**2- اصطلاحاً:** لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف؛ باعتباره نظرية ذات

<sup>1</sup> أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2004)، ص 58-59.

<sup>2</sup> الفيروز آبادي، المرجع السابق، طبعة: مؤسسة الرسالة، ص 1082.

أركان وأسس وتطبيقات، كما لم يعرفوه لحدائته بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة<sup>1</sup> إلا أن العلماء المعاصرين عرفوا التعسف بقولهم: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"<sup>2</sup>.

**3- قانوناً:** لم يعرف المشرع الجزائري التعسف حصرياً، إلا أنه جسد مظهره في ثلاث صور<sup>3</sup> في م41 من القانون المدني (يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة، بالنسبة للضرر الناشئ للغير؛

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

-وأما عن إجابة الشق الأول من السؤال فغاية ذلك أنه من الطبيعي والمنطقي أن المرأة شأنها شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الخلع، كما لو كان الزوج رجلاً قوياً ناجحاً صالحاً قائماً بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الأكمل، ثم تتعمد إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بها وحبها لها وامتناله للصلح معها، رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه، وقد تكون لأسباب تافهة، أو لمجرد الرغبة في التحلل من رابطة الزواج بهدف التحرر من الزوج وبناء علاقة أخرى، وخاصة لدى بعض النساء الميسورين مادياً.

أليست الزوجة في هذه الصورة قد أساءت استعمال حقها المقرر وانحرفت به عن غايته ومرماه؟ ومن ثم ألا يترتب عن ذلك مسؤوليتها قبل زوجها - وبصيغة أخرى - ألا تتوافر هنا العلة الشرعية والمنطقية التي تلزمها من جراء هذا التعسف أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطاً موضوعياً وقانونياً وأخلاقياً وشرعياً لاستعمال هذا الحق؟، ونحن لا نرى في ترتيب مسؤولية المختلة قبل زواجها ما يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلاً مع معطيات الواقع غير المتناهية، ببسط هذه

<sup>1</sup> رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار قنديل، 2010)، ص 35.

<sup>2</sup> فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 87.

<sup>3</sup> باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2012)، ص 94.

القاعدة فيما تتضمنه من رقابة أخلاقية واجتماعية وقانونية، لضبط إيقاع استعمال هذا الحق إذا ما أسئ استعماله ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبيل المصالح المرسلة التي عرضت بصدور هذا التشريع<sup>1</sup>.

والقاعدة المقررة بالشرع والقانون أن على المدعي إثبات دعواه، والمدعي هنا هو الزوج والذي يطالب زوجته المدعى عليها بالتعويض عن إساءة استعمال حقها في إيقاع الخلع، وبالتالي يلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف، فيرخص له في ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلاً أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها أو التقدير عليها أو غيرها، وأنها إنما لجأت لاتباع هذا السلوك أنانية منها ولدوافع ذاتية، وأن هناك أضراراً عظيمة قد لحقت به وبأسرته، ولها بالطبع حق نفي ما تقدم، فإذا ما خلصت المحكمة إلى توافر عناصر مسؤوليتها قضت له بالتعويض وفقاً للقواعد القانونية المقررة، وقد يثر بعضهم سؤالاً مقتضاه أن القانون لم يلزم الزوجة بالإفصاح عن الأسباب التي دفعتها لطلب الخلع على اعتبار أنها إنما تستعمل حقاً لها مقررراً، غير أنه مردود عليه ذلك، أنه إذا كان القانون لم يلزمها بالإفصاح عن هذه الأسباب حينما تعرض المحكمة لدعوى بينما الدعوى هنا تتعلق بالتعويض عن إساءة استعمال هذا الحق وهي تختلف سبباً وموضوعاً عن الأولى، ويسري عليها ما يسري على غيرها من الدعاوى وبالتالي يحق للمحكمة التعرض لهذه العناصر المتعلقة بمدى مسؤوليتها عن ذلك، ومن ضمنها بالطبع الأسباب الموضوعية التي دفعتها إلى استعمال هذا الحق والأضرار التي لحقت بالزوج المضروب وغيرها، وعلى القاضي أن يستشف ذلك من خلال ملاحظات القضية وادعاءات الزوج المثبتة، مما يمكن معه القول أنه لا بد من التعرض لكافة أركان هذه المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، لتقدير تعويض يتناسب وحجم التعسف الذي مارسه الزوج على زوجها بإستعمال حقها في الخلع.

ومفاد ما تقدم أنه يحق للزوج ملاحقة المخلتعة بطلب التعويض عن إساءة استعمال حق

<sup>1</sup> أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص 61-62.

الخلع<sup>1</sup>. هذا من جهة ومن جهة أخرى الحد من حالات الخلع التي هي في تزايد يوماً بعد يوم، فهو إجراء وقائي يحد من كثافة إنتشار الخلع في أوساط المجتمع الجزائري.

وبهذا فقانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمثل هذا، وخاصة أن حالات الخلع في أوساط المجتمع الجزائري في تزايد رهيب، وبهذه الآلية يمكن للزوج أن يلجأ إلى رفع دعوى يطلب فيها تعويضاً عن إساءة المختلعة لحقها في الخلع، ويكون هذا بمثابة صمام أمان ينقص حالات الخلع التي لا تلتزم المرأة بالجدية فيه والتي قد تكون من بين الحالات التي يلجئ فيها للخلع إنتقاماً من الزوج وظلماً له وجوراً عليه، فلا بد أن تعامل بنقيض قصدها، وبناء على القاعدة القانونية والشرعية التي تنص على وجوب إثبات المدعي دعواه فالمدعي هو الزوج والمدعى عليه الزوجة التي أساءت استعمال حقها في الخلع.

فالمدعي إذا أثبت دعواه بانحراف زوجته عن المسار المألوف للزوجة العادية، وأنه لم يقصر في واجباتها ولم يسء عشرتها وأن حصولها على الخلع من المحكمة أثر عليه وعلى أسرته سلباً وأن هناك أضراراً عظيمة لحقت به، فإذا ما خلصت المحكمة إلى توفر عناصر مسؤوليتها بإساءة استعمال حقها في الخلع، قضت له بالتعويض وفقاً للقواعد القانونية المقررة، والقاعدة تقول: إنه طالما ثبت الإخلال وجبت المسؤولية<sup>2</sup>، والتي يقابلها في التشريع الجزائري فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية: "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء من ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

#### -ملاحظات بخصوص صياغة المادة 54 ق.س المعدلة<sup>3</sup>:

1- إن اعتبار الخلع تصرفاً انفرادياً من الزوجة، لا يحتاج بالتالي لموافقة الزوج كما عبرت عن ذلك المادة 54 ق.س، تكييف مخالف لاتفاق فقهاء المذاهب السنية، فقد إتفقت كلمة الفقهاء على أن الخلع عقد رضائي بين الزوجين، لا يتم إلا بإيجاب وقبول، وحتى بالنسبة للفقهاء

<sup>1</sup> أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص 63- 64.

<sup>2</sup> منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2008)، ص 180.

<sup>3</sup> شوقي بنّاسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص

الذين أجازوا للقاضي إلزام الزوج بالخلع اعترفوا بمبدأ الرضائية، ولكنهم منحوا القاضي سلطة إيقاع الخلع جبراً على الزوج بصورة استثنائية وفق شروط معينة.

2- إن صياغة المادة 54 ق.س جاءت مخالفة لقوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية، فهذه التشريعات كما رأينا سابقاً اعترفت بالأصل بعبارات واضحة، وهو رضائية الخلع، لكن بعضها إستثناء من الأصل قنن الخلع القضائي، وأجاز للقاضي إيقاع الخلع جبراً على الزوج، إما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وإما بعد تأكد القاضي من تعنت الزوج.

3- إن الصياغة الحالية للمادة 54 ق.س سلبت القاضي كل سلطته في النظر في القضية المعروضة أمامه، حيث جعلته مجبراً على الإستجابة لرغبة الزوجة في الخلع، وأصبح دوره يقتصر على تقدير بدل الخلع إذا لم يتفق عليه الزوجان، وهذا ماقاله أنصار الخلع الإرادي، إلا أن هذا التوجه فيه محل نظر، فهو من جهة مخالف لمجريات واقعة الخلع التي حدثت زمن النبي ﷺ، فقد استمع لزوجة ثابت بن قيس رضي الله عنه ثم عرض عليه الأمر وطلب منه بعد ذلك أن يخلي سبيلها، وهو من جهة أخرى حكم في غير مصلحة المرأة نفسها، فقد تطلب الزوجة الخلع لسبب غير جدي يهدم الأسرة، كما قد يدفعها الزوج لذلك بعد أن يذلها ويطمع في أموالها، لذا كان من الواجب منح القاضي حق التحري عن أسباب طلب الخلع، إذ من غير المعقول إنهاء الرابطة الزوجية دون أسباب تذكر ولا بينات تسمع ولا قناعات تؤخذ.

4- إن ما قرره المادة 54 ق.س لا يستقيم مع الفطرة البشرية، إذ من غير المعقول منح المرأة حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة دون تدخل القاضي، ذلك أنها كثيرة الإنفعال نتيجة لتكوينها البيولوجي، وهو السبب الذي جعل الشريعة الإسلامية لا تمنحها حق الطلاق وجعلته بيد الرجل وحده، ولا يعني هذا أبداً هضم حقوقها، ذلك أنه إذا ما لحقها ضرر جاز لها رفع أمرها للقاضي فيقضي بتطليقها من زوجها إن وجد مبرراً شرعياً لذلك<sup>1</sup>.

5- إن الحكم الذي جاءت به المادة 54 ق.س، أخل بالتوازن الذي أقامته الشريعة الإسلامية في حل الرابطة الزوجية، فالفقهاء قرروا أن الطلاق بيد الرجل، والتطليق بيد المرأة تحت

<sup>1</sup> شوقي بنّاسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص

إشراف القاضي، ويقع الخلع بينهما، فهو يتم بعقد بين الزوجين كأصل عام، أما قانون الأسرة بعد تعديله أبقى الطلاق بيد الرجل، ومنح في مقابل ذلك الزوجة وسيلتين لإنهاء الزواج هما التطليق والخلع.

6- إذا كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن الطلاق بيد الرجل ومع ذلك يُسأل فيما إذا أوقعه بصورة تعسفية، وهذا ما نصت عليه المادة 52 ق.س بالتعويض للزوجة عن تعسف الزوج في طلاقه، فلماذا لم تتضمن المادة 54 ق.س حكماً في نفس الإتجاه، فتقضي بمساءلة الزوجة إذا أوقعت الخلع تعسفاً دون سبب جدي، فإذا كان الطلاق بيد الرجل يعادل الخلع بيد المرأة عند واضعي المادة 54 ق.س، فلماذا لا يخضعان إذن لنفس الأحكام عند التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>.

#### -إقتراحات بخصوص صياغة المادة 54 ق.س:

نتيجة للملاحظات التي تم إبدائها أعلاه، يقتضي تعديل المادتين بإحدى الحليين التاليين<sup>2</sup>:  
الحل الأول: أن يتمسك المشرع بقول الجمهور القاضي بإعتبار الخلع عقداً رضائياً، ومن ثم يتم تعديل المادة 54 ق.س على النحو التالي: (الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج العوض، إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، وإختلفاً في قيمة العوض، حكم القاضي للزوج بمهر المثل وقت صدور الحكم).

وفي هذه الحالة يجب على المشرع تبني قول السادة المالكية فيعمل على تقنين أحكام الخلع الإلزامي إذا تعلق الأمر بدعوى الشقاق والضرر، فيجيز للحكمين عند عجزهما على الإصلاح بين الزوجين التفريق بينهما بالخلع إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة أو كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين.

الحل الثاني: تبني قول شيخ الإسلام ابن تيمية، بحيث نعتبر الخلع كأصل عام عقداً رضائياً،

<sup>1</sup> شوقي بنّاسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 43 - 44.

لكن إستثناء من هذا الأصل نجيز للقاضي جبر الزوج على الخلع إذا تبين له أنه مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق من قول أو فعل، وعلى ذلك يمكن إقتراح تعديل المادة 54 على النحو التالي: (الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج العوض، إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، وإختلفا في قيمة العوض، حكم القاضي بمهر المثل وقت صدور الحكم.

إستثناء من الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تبين للقاضي أن الزوج مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق من قول أو فعل، جاز له الحكم بالخلع جبراً على هذا الزوج مقابل رد الزوجة للمهر الذي قبضته).

والرأي الذي نأيده هو الحل الثاني كونه يحقق مصلحة الزوجين وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية، فمادام الزوج لديه الطلاق بإرادته المنفردة والزوجة لديها التطلق بطلب منها وتحت إشراف القاضي، فالخلع يكون بتراضي الزوجين، وإستثناء لحالات معينة يراها القاضي، فإذا تبين أن الزوج مقصر في حق زوجته، أو يوجد سبب يدعو للخلع مع أن الزوج رفض تعنتاً وظلماً، فنقول يمكن للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع بعد طلب زوجته إياه، وبهذا تغلب مصلحة الزوجين ويتحقق نوع من الإستقرار الأسري في المجتمع الجزائري، وتتنخفض حالات فك الرابطة الزوجية عكس ما كانت عليه من قبل، لأن القانون هو بمثابة الضبط الإجتماعي وصمام أمان للمجتمع.

### المبحث الثالث

#### الأحكام الإجرائية القضائية للحكم للزوجة بحقها في الخلع

اللجوء إلى القضاء يعتبر من أهم الضمانات لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، فإذا ثار نزاع حول أي حق من هذه الحقوق يتدخل القضاء للفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه، إلا أن اللجوء للمحكمة يتطلب مجموعة من القواعد الإجرائية لا بد من إتباعها، لتبيين كيفية إستيفاء أو حماية تلك الحقوق والمراكز القانونية، وهذه القواعد منظمة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن خلال هذه الأحكام الإجرائية سنبين كيف يمكن للزوجة المطالبة بحقها في الخلع وفق إجراءات سليمة تقبل من خلالها دعواها وإنصافها في حقها بعد ذلك، وذلك وفق ما سيتم توضيحه أدناه.

## المطلب الأول

### إجراءات رفع دعوى الخلع

سيتم من خلال هذا المطلب معالجة الإجراءات التي يمكن من خلالها الزوجة المطالبة بحقها بالخلع قضاءً وفق ما هو موضح أدناه.

#### الفرع الأول: تقديم عريضة إفتتاح دعوى

تخضع عريضة إفتتاح الدعوى في حالة الخلع للقواعد المحددة في نص المادتين 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بإحترام شكل العريضة وتقديمها باللغة العربية، ويجب أن تكون الزوجة رافعة دعوى الخلع لها أهلية التقاضي وذلك ببلوغها سن 19 سنة تحت طائلة عدم القبول<sup>1</sup>، أما إذا كانت الزوجة قاصرة وتم ترشيدها للزواج فلها حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، لوجود ترخيص بالترشيد صدر من طرف رئيس المحكمة من قبل أثناء إبرام عقد الزواج، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 7 ق.س، لكن يثار إشكال عند الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص في المادة 437 (عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب بإسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة)، حيث جاء في هذه المادة تحت المبحث الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بعنوان: طلب الطلاق من أحد الزوجين، وبالتالي يستثنى رخصة الترشيح للتقاضي أثناء طلب الطلاق، ويحصر تقاضي الزوج المرشد فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

---

<sup>1</sup> بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، مجلة نشرة القضاة، عدد 64، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2009، ص 304.



ومن ثمة فلا يمكن قبول دعوى ناقص الأهلية إذا رفعها بإسمه دون أن يكون له ممثل على أساس أن رفع الدعوى القضائية هي مسألة إجرائية، ومن ثمة وجب تطبيق قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون نص المادة 7 فقرة 2 ق.س لأنه تم النص عليها في قانون موضوعي<sup>1</sup>، وهذا ينطبق على الزوجة القاصرة الطالبة للتطبيق أو الخلع.

ويجب أن يرفق مع العريضة مستخرج من عقد زواج الطرفين، وعند الإقتضاء شهادة عائلية وكذا شهادة عمل كلٍّ منهما، وفي عريضة افتتاح الدعوى تسرد المدعية الوقائع باختصار وتذكر فيها بأنها تطلب الحكم لها بالطلاق بعبوض أو الخلع من زوجها المدعى عليه سواء أكان العبوض مبلغاً من المال أم أي شيء آخر، كأن يكون تنازلاً عن حق من حقوقها أو تقديم خدمة للزوج<sup>2</sup>.

ولا يشترط أن تقدم الزوجة أي سبب للخلع كما هو عليه الحال في طلب التطبيق، بل يكفي فقط أن تقول بأنها تكرهه أو أنها لا تستطيع العيش معه، لأن الخلع للزوجة في مقابل حق الطلاق الذي منحه الشارع للزوج<sup>3</sup>.

### أولاً: إختصاص المحاكم في دعوى الخلع

يعتبر الإختصاص من المسائل المهمة التي يجب تحديدها لقبول الدعوى القضائية، إذ يقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقاً لمعايير النوع والموقع الإقليمي<sup>4</sup>، وتحديد الإختصاص يكون في العريضة التي يقدمها الأطراف، وذلك بتحديد الطلب القضائي من حيث الأشخاص والسبب والمحل، ولتتم قبول الدعوى شكلاً ومضموناً لا بد من إحترام الإختصاص النوعي والإقليمي الذي سيتم توضيحه أدناه.

### 1- الإختصاص النوعي:

<sup>1</sup> حمليل صالح و صديقي لخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، عدد 28، جامعة أدرار، الجزائر، 2014، ص 33.

<sup>2</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 146 - 147.

<sup>3</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 147.

<sup>4</sup> بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (ط: 2؛ الروبية الجزائر: منشورات البغدادي، 2009)، ص

الإختصاص النوعي من النظام العام، فلا يمكن تجاوزه بأي حال، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة 36 ق.أم.إ (عدم الإختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى).

ويؤول الإختصاص النوعي في قضايا الخلع إلى قسم شؤون الأسرة، بإعتباره القسم المنظم لجميع مسائل الأسرة والأحوال الشخصية، والخلع يعتبر من تلك المواضيع الأسرية، وهو ما نصت عليه المادة 423 ق.أم.د الفقرة 1 بنصها (ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: "الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة).

ويقصد بإنحلال الرابطة الزوجية وفق المادة 48 ق.س جميع طرق فك الرابطة الزوجية المعروفة وهي الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بتراضي الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة بشقيه التطلق والخلع، والذي يهمننا هو الخلع، وبذلك فالقسم المختص نوعياً للفصل في قضايا الخلع هو قسم شؤون الأسرة، يمكن للزوجة من خلاله تقديم عريضة الخلع أمامه للنظر في دعاواها والفصل فيه.

وهو ما أكدته المادة 436 ق.أم.د حيث نصت (ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى)، وبالتالي قسم شؤون الأسرة هو المختص نوعياً للفصل في قضايا الخلع المرفوعة من طرف الزوجة ضد زوجها.

## 2- الإختصاص الإقليمي:

لقد إعتد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مصطلح الإختصاص الإقليمي عوض مصطلح المحلي، على إعتبار أن الإقليم أوسع من المحل في حيزه، ويقصد به تحديد النطاق الجغرافي لكل جهة قضائية، والإختصاص الإقليمي لقضايا الخلع حدد بموجب المادة 426 ق.أم.د في الفقرة 3 حيث جاء فيها ما يلي: (تكون المحكمة

مختصة إقليمياً: في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

وبالتالي الزوجة الراغبة في رفع دعوى الخلع تكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان المسكن الزوجي الذي كان يعيش فيه كلا الزوجين.

### ثانياً: سير دعوى الخلع

بعد تسجيل عريضة الدعوى بأمانة ضبط المحكمة، يقوم المدعي (الزوجة) في دعوى الخلع بإجراءات تكليف الخصم بالحضور تكليفاً رسمياً، وهو الإعلان لإعلام الشخص (الزوج) بما يتخذ ضده من إجراءات، وهو إيصال الواقعة إلى شخص معين ويكون بأي طريقة يحددها القانون، ويجب أن يكون التكليف صحيحاً وفقاً للمادة 406 ق.أ.م.د (يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي... يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، ويحرر بشأنه محضراً في عدد من النسخ مساوياً لعدد الأشخاص الذين يتم تبليغهم رسمياً، ولا يعد التبليغ الرسمي ولو دون تحفظ قبولاً بالحكم...)، وكذلك يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات المحددة في المادة 18 ق.أ.م.د تحت طائلة البطلان، والبطلان هنا يكون بناء على طلب الخصوم، وفي أول جلسة، ولا بد أن يثبت الضرر الذي لحقه، فإذا تم تكليف الخصم شخصياً واحترمت الاجراءات المحددة في نص المادة 406 وما يليها، فإن التبليغ يكون صحيحاً إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيم معه أو في موطنه المختار<sup>1</sup>.

وإذا حضر الشخص المراد تبليغه لجلسة المحاكمة فإن ذلك يغني عن التكليف بالحضور، ولكن إذا لم يقيم الخصم المكلف بالتكليف الخصم الآخر سواء أكان الزوج أم الزوجة بإجراءات

<sup>1</sup> بداوي علي، عقود التبليغ الرسمي وآجاله وآثاره القانونية، مجلة نشرة القضاة، عدد 64، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2009، ص 322. (بتصرف).

التكاليف بالحضور، فيتم شطب القضية من الجدول بأمر ولائي وفقاً لأحكام المادة 216 ق.أم.د.<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: إجراء الصلح

بالرجوع إلى نص المادة 439 نجدها ذكرت مايلي: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية" فالصلح إذن في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية، سواء أتعلق بالطلاق بناء على طلب من أحد الزوجين أم بالتراضي<sup>2</sup>، والذي يهمننا في موضوعنا الطلاق بطلب من الزوجة وهو الخلع، وهو ما يوافق م49 بقولها (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي...)، كما جاء في قرار آخر: "القضاء بالتطليق خلعاً دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 ق.س"<sup>3</sup>، والأصل أن يباشر القاضي إجراءات الصلح بنفسه في موضوع الخلع، حيث نصت المواد 440، 441، 442 على مجموعة من الإجراءات للصلح أمام القاضي، والأجراء الأولي الذي يقوم به القاضي المكلف بالصلح بين الزوجين حالة طلب الخلع في الجلسة الأولى هو أنه يستمع إلى كل زوج على انفراد ثم معاً، إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد، أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

قد يحدث تغيب أحد الزوجين عن محاولات الصلح، سواء أكان الغياب نظرف طارئ أم كان الغياب عمدياً، فما على القاضي في هذه الحالة إلا بتحرير محضر بذلك، كما يمكن للقاضي المكلف بالصلح منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وفي جميع الحالات لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق.

<sup>1</sup> حمليل صالح وصديقي لخضر، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 334.

<sup>3</sup> قرار رقم 477546، بتاريخ 2009/01/14، صادر عن المحكمة العليا غ شأ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2009، ص 279.

وبهذا فالقاضي لا يحكم مباشرة بالخلع إلا بعد فشل محاولات الصلح بناء على المحضر الذي عليه تحريره مبيناً فيه مساعي ونتائج هذه المحاولات، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، ويقضي بعدها بالطلاق بين الزوجين خلعاً، الذي يقع بائناً بمضمون المادة 50 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

-**الآثار المترتبة على إجراءات الصلح:** نصت المادة 443 على أنه "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي"، فعند قيام القاضي بإجراءات الصلح أو بمحاولة الصلح ليس بالضرورة أن ينجح في الصلح، فإذا تم الصلح بين الزوجين فيثبت ذلك في محضر يحرره أمين الضبط ويوقع عليه القاضي وأمين الضبط وكلا الزوجين، ويودع لدى أمانة الضبط، وبمجرد الإتفاق على الصلح ينتهي النزاع وفقاً لأحكام المادتين 220 و 462 ق.أم.د، ويصبح محضر الصلح سنداً تنفيذياً بعد مهره بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام المادتين 443 و 600 ق.أم.د<sup>2</sup>، وإذا لم يتفق الزوجان ولم يتوصل القاضي إلى إجراء الصلح بينهما، أو في حالة غياب أحد الزوجين، فيحرر محضر بذلك من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي ويشعر القاضي في مناقشة الموضوع.

### -**مصير الطلاق الذي يتم دون محاولات الصلح:**

إختلف فقهاء القانون والإجتهاادات القضائية في مصير الطلاق بصفة عامة دون محاولات الصلح، فهناك من إعتبره باطلاً، وهناك من قال بصحة الحكم، ونوجز هذه الآراء فيما يلي:  
**الرأي الأول:** قالوا بأن تخلف إجراء الصلح يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي المثبت للطلاق، فلا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وإن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجبارياً يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر يكون معيباً ومخالفاً للقانون ويتحتم نقضه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بن شويخ صارة، الجوانب العملية للتراضي حول الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهااد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 04، المركز الجامعي تامنغاست، 2019، ص 269.

<sup>2</sup> بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 359.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، طبعة: 2005، ص 357.

فمحاولات الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القضائي، ويترتب على تخلفها بطلان هذا العمل<sup>1</sup>، فعلى القضاة إتباعها وإلا عرضوا قرارهم للطعن.

حيث نصت المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن القاضي يقوم بعدة محاولات صلح وجوباً خلال ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وذهبت الاجتهادات القضائية أن حكم الطلاق الذي تم دون محاولات الصلح، خرقاً لتطبيق القانون، ويعرضه للنقض ومن تلك الاجتهادات ما يلي:

- 1- محاولة الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوباً أمام المحكمة فقط.<sup>2</sup>
- 2- من المقرر قانوناً أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، بعد محاولات صلح من طرف القاضي طبقاً للمادة 49، وأن هذا الإجراء - محاولات الصلح - لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا تصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور وخطأ في تطبيق القانون.<sup>3</sup>

**الرأي الثاني:** قالوا بأن تخلف إجراء الصلح لا يؤثر على صحة الحكم القضائي المثبت للطلاق، لأن صياغة الوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تفيد ببطلان العمل الإجرائي.

وبالتالي فإن محاولة الصلح في حقيقة الأمر ليست إجراءً جوهرياً من شأنه المساس أو التأثير على الحكم القضائي المثبت للطلاق، لأن الهدف المتوخى من إجراء محاولة الصلح

---

<sup>1</sup> زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 35.

<sup>2</sup> قرار رقم 372130، بتاريخ 2006/11/15، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2007، ص 463.

<sup>3</sup> قرار رقم 417622، بتاريخ 2008/01/16، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2009، ص 302.

هو تقديم النصح والإرشاد، والموعظة الحسنة<sup>1</sup>.

والرأي الذي نميل إليه، أن الصلح أمر وجوبي لما يجريه القاضي ولكن إذا لم يتم به لسهوه منه، فلا نعالج الخطأ بخطأ أكبر منه عندما نقرر بطلان ونقض حكم الطلاق، ونعلق الحكم على إجراء لم يتم إجراؤه، فالصلح يتعلق بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق، وإجراء الصلح لا يرتبط ولا يتعلق به، فنص المادة 49 من قانون الأسرة ليست نصاً إجرائياً يتعلق بإجراءات صحة الطلاق، لأن هذا الأخير وقع بقوة الشرع والقانون، ولا يحتاج إلى إجراء الصلح لإيقاع الطلاق، فنص المادة 48 من ق.س لم يعلق الطلاق على أي قيد أو شرط<sup>2</sup>، إلا أنه يمكن أن نجعل إسقاط إجراء الصلح تحت المسائلة المهنية للقاضي عند عدم تأدية مهامه كما يشترط القانون المنظم لمهنته.

## المطلب الثاني

### طرق الطعن في أحكام الخلع

يقصد بطرق الطعن تلك الوسائل التي سمح المشرع من خلالها بمراجعة الأحكام القضائية، وإعادة النظر فيها من حيث الوقائع أو الموضوع أو من حيث الوقائع والموضوع معاً، فهي بمثابة ضمانات لتقاضي الأخطاء القضائية، فهل حكم الخلع قابل للطعن أم لا؟ وهو ما سنجيب عنه وفق ما هو موضح أدناه.

### الفرع الأول: طرق الطعن العادية

طرق الطعن في الأحكام طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية مقسمة إلى طرق الطعن العادية وهي الإستئناف والمعارضة وطرق طعن غير عادية وهي إعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض.

<sup>1</sup> لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية. (ط: 2؛ الجزائر: دار فسيلا، 2009)، ص 141.

<sup>2</sup> بن هبري عبد الحكيم، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والإجتهد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، العدد 5، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017، ص 122.

وتباشر طرق الطعن إما من أجل سحب الحكم الذي أصدرته المحكمة عن طريق المعارضة أو الإستئناف أو للفصل من جديد في موضوع الدعوى كالأستئناف أو يرفع الطعن بالنقض بقصد نقض الحكم المطعون فيه إذا رأت المحكمة العليا أن الحكم الصادر جاء مخالفاً للقانون<sup>1</sup> ونفصل طرق الطعن العادية كالتالي:

**1-المعارضة<sup>2</sup>:** هي طريق طعن عادي في الأحكام أو القرارات الغيابية، بحيث يتقدم من صدر الحكم أو القرار في غيبته إلى المحكمة التي أصدرته طالباً منها سحبه وإعادة النظر فيه من جديد، فالمعارضة تكون من الطرف الذي صدر الحكم في غيبته، والمعارضة تهدف إلى سحب الحكم وإعادة النظر في الدعوى والحكم فيها من جديد على أساس أن الحكم صدر في غيبة الخصم ودون سماع دفاعه، فالقاعدة أنه لا يحكم على شخص دون سماع دفاعه، فالمعارضة ترفع أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، والقاعدة أن المعارضة لا تصدر إلا في الحكم الذي يصدر في الغيبة سواء أكان حكماً صادراً من محكمة ابتدائية أم قراراً غيابياً صادراً على مستوى الاستئناف وبشرط أن يجيز القانون الطعن فيه بالمعارضة.

**2-الأستئناف:** معناه طرح النزاع على جهة الاستئناف لتفصل فيه من جديد، ولجهة الدرجة الثانية ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة فهي تبحث وقائع الدعوى وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات وتقدير المستندات، وتقوم بتطبيق القاعدة القانونية التي تراها صحيحة ويجوز الاستئناف للأطراف الذين كانوا خصوماً على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي حقوقهم.

والبحت عن طرق الطعن في أحكام الخلع يمثل طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع، بحيث تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إذ يستشف من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية الفاصلة في الخلع انقسامها إلى إتحاهين: الأول يقبل الطعن بالإستئناف في أحكامها والثاني لا يقبل الطعن فيها بذلك.

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 133.



## الاتجاه الأول: أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استناداً إلى المادة 57 ق.س التي تنص: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية"، إضافة إلى ما أورده المادة 48 أيضاً والتي اعتبرت الخلع طلاقاً وبذلك فهو غير قابل للإستئناف. وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للإستئناف وذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء أصدرَ الحكم بالخلع أم برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلاً ورفضها موضوعاً، وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية<sup>1</sup>.

ومن الأحكام القضائية التي إعتبرت أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف نذكر: "... ومن المقرر أيضاً أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية..."<sup>2</sup>، وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا ما يلي: "لا يجوز إستئناف أحكام الطلاق، إلا في الجوانب المادية، عملاً بنص المادة 57 ق.س التي تعتبر أحكام الطلاق صادرة بدرجة نهائية"<sup>3</sup>.

## الاتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالإستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالإستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

<sup>1</sup> منصور نورة، المرجع السابق، ص 147.

<sup>2</sup> قرار رقم 110096، بتاريخ 1994/11/15، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1994، ص 79.

<sup>3</sup> قرار رقم 101232، بتاريخ 1994/12/13، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 54، لسنة 1999، ص 97.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييداً لحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتفريق بالخلع، وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمناً بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى واللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرار المطعون فيه ودون إحالة<sup>1</sup>.

كما يوجد رأي فقهي يرى بجواز الإستئناف في أحكام الخلع، وذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما ولظروف قد تتدارك خطأها وتندم على طلبها، عندما يبرز لها جلياً تهاة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة والانفصال، وهذا نظراً للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل والمرأة، لا سيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة، والرجعة أشد لها حفاظاً على تكامل الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقاً بائناً استناداً لقول الرسول ﷺ: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" واعتبرها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى ولو اشترط الزوج الزوجة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع والشرط يبطل وفي رأينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعه بمهر وعقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائياً قابلاً للإستئناف<sup>2</sup>.

-وهناك من الإجتهدات التي أجازت الطعن بالاستئناف في حكم الطلاق نذكر: "يجوز الاستئناف الحكم الناطق بالتراضي في جانبه المخل بالاتفاق الحاصل بين طرفي الطلاق"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. (د. ط؛ بن عكنون الجزائر: أنسيكولوبديا للنشر، 2003)، ص 161.

<sup>2</sup> منصور نور، المرجع السابق، ص 149.

<sup>3</sup> قرار رقم 381468، بتاريخ 2007/02/14، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2008، ص 241.

-موقف قانون الأسرة الجزائري: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في تعديله الأخير نجده قد فصل في مسألة جواز الإستئناف من عدمه في أحكام الطلاق، بحيث أن الطلاق بجميع أنواعه بما فيه الخلع غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية، وهذا بموجب م57 ق أ (تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية)، كما نصت م452 على أنه "لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و451 أعلاه".

### الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية

طرق الطعن غير العادية مقسمة إلى ثلاثة أنواع وهي: إعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض، وتفصيلها كما يلي:

**1- الطعن بالنقض:** هو طريق غير عادي يطعن به في الأحكام النهائية أمام المحكمة العليا، وذلك بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، كما أن الطعن بالنقض الهدف منه هو تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها بمعنى أن مهمة المحكمة العليا في الطعن بالنقض التأكيد من التطبيق السليم للقانون، وهي بذلك إما أن تحكم برفض الطعن أو تحكم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه، وفي حالة النقض لصاحب الشأن من الخصوم أن يرجع النزاع من جديد أمام الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه.

### 2- إعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

إعتراض الغير الخارج عن الخصومة جائز بالنسبة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي سواء أكان الحكم صادراً حضورياً أم غيابياً، وسواء أكان صادراً في الموضوع أم قبل الفصل في الموضوع.

ويجوز الإعتراض على الحكم خلال 15 سنة من تاريخ صدوره، ويرفع الإعتراض إلى الجهة التي أصدرت القرار أو الحكم ويرفع اعتراض الغير بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، ويكون الاعتراض موقوفاً على إيداع مبلغ لدى أمانة ضبط الجهة المختصة مقابل وصل إيداع وتتراوح قيمة المبلغ ما بين عشرة آلاف دينار جزائري إلى عشرين ألف دينار ويمكن لقاضي

الإستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه<sup>1</sup>.

### 3-إلتماس إعادة النظر:

هو طريق غير عادي للطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويكون في الأحكام الصادرة بصفة نهائية سواء أكان قراراً أم حكماً صادراً من محكمة ابتدائية، ومنع القانون الطعن بإلتماس إعادة النظر في الأحكام التي تصدر برفض الإلتماس والأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى بعد قبول الإلتماس<sup>2</sup>.

#### -حالة قبول ونقض الحكم المطعون فيه:

إذا إنتهى الطعن بإلغاء الحكم المطعون فيه فإنه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق، وفقاً للقواعد العامة وهنا قد تهتز المراكز القانونية التي ترتبت على فك الرابطة الزوجية وفقاً للقواعد العامة بين الزوجين وعلاقة المرأة بالرجل هل هي تبقى كزوجة أم أجنبية عنه؟.

في حالة ما إذا رفع الطعن وكان القرار بالطعن في هذا الحكم فيه عيب، وألغي وأعيدت القضية من جديد إلى نفس الجهة التي أصدرت حكم الطلاق، وهنا بعد هذا الإلغاء لحكم الطلاق فما هي وضعية كل من الرجل والمرأة تجاه الآخر؟ وإن كانت الزوجة قد تزوجت بزوج ثانٍ هل يعتبر الزواج صحيحاً أم باطلاً؟.

إن قلنا أن الزواج الثاني يعتبر باطلاً فنكون قد تجنينا على أحكام الشريعة الإسلامية، وحتى على القانون، وإن قلنا أنه صحيح فإن الزوج الأول بعد النقض قد يرجع القضية للجدولة ويطالب بالرجوع، حتى وإنها لم تتزوج فإنه بمجرد الطلاق وإنتهاء العدة تصبح المرأة أجنبية عن هذا الرجل، وعليه فلا يمكن أن يتخاصما حول إنهاء عقد الزواج، وإنما تكمن المخاصمة في الأمور المادية فقط، وهنا كان على المشرع أن يسد هذا الباب بنص يجعل بأن الطعن بالنقض

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 153.

غير جائز فيما يخص إنحلال العقد حسماً لهذا الإشكال<sup>1</sup>.

### - كيفية تنفيذ أحكام الخلع:

إن الأحكام الصادرة في الطلاق تكون غير قابلة للإستئناف إلا فيما يخص الجوانب المادية، ولكنها قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ويتم تنفيذها بتسجيلها على السجلات الموجودة في البلدية بالحالة المدنية، فبعد صيرورة الحكم نهائياً، وإنهاء آجال الطعن بالنقض، يمر الحكم بالصيغة التنفيذية، ويتم إرسال إخبار بالطلاق -الخلع- إلى بلدية إبرام عقد الزواج، أين يتم تسجيل الطلاق على السجل المخصص للزواج، ويؤشر بذلك على عقد زواجهما.

وهناك إختلاف في التطبيق فبعض المحاكم ترسل الإخبار بالطلاق مباشرة بعد صدور الحكم القضائي، في حين أن بعض المحاكم ترسل الإخبار بالطلاق بعد إنتهاء آجال الطعن بالنقض، ولكن التطبيق الصحيح للقانون هو إرسال إخبار بالطلاق بعد فوات آجال الطعن بالنقض إلا أن هذا الأخير يوقف التنفيذ<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد

1، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011، ص 208-209.

<sup>2</sup> عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية. (د. ط؛ الجزائر: منشورات ثالة، 2007)، ص 155.

## خلاصة الفصل الأول

يعتبر الخلع حقاً للزوجة في فك الرابطة الزوجية مشروعاً بالكتاب والسنة، وقد أخذ المشرع الجزائري هذه المشروعية إذ نص على الخلع في المادة 54 ق.س ووضعت مجموعة من الأحكام فيه، لكن ما استنتجناه من خلال البحث أن الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة غير كافية لتنظيم موضع الخلع كونه اقتصر على مادة واحدة، وباب الخلع باب واسع جداً لخطورته وأثره على الإستقرار الأسري، ومن جهة أخرى القصور في التشريع لا يحقق المقصد الشرعي من الخلع، ومن أهم النتائج المتوصل لها في هذا الفصل نذكر:

-المشرع الجزائري في المادة 54 إختلف موقفه في مبدأ الرضائية قبل التعديل وبعده، حيث كان موقفه عند صدور القانون 11/84 غير واضح إذ لم يصرح، وإنما بإجازة الزوجة حقها في الخلع، وبعد تعديل 02/05 صرح بأن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها، ولا يحتاج لرضا الزوج.

-تبين من خلال هذا الفصل أن يتفق الفقه الإسلامي مع قانون الأسرة الجزائري في بعض أركان الخلع، وهي الزوج و الزوجة والعض ويختلفان في الركن الرابع وهو الصيغة إذ لم يشترط قانون الأسرة صيغة معينة فيه وإنما إكتفى بإرادة الزوج بالخلع ورفع الدعوى القضائية من طرفها، كما أن الشرع الإسلامي ذكر شروط كل ركن أما قانون الأسرة لم يحدد ذلك.

-يمكن إقتراح حل لإشكالية ظلم الزوج في قيمة العوض، الذي ذكرناه بإضافة فقرة للمادة 54 فيصبح نص المادة "إذا تبين أن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي باستكمال الفرق بينهما".

-المشرع الجزائري لم يحدد مقدار بدل الخلع ولا قيمته، وإنما ترك للزوجين تحديد الحرية في الإتفاق على بدل الخلع، أما في حالة الإختلاف بين الزوجين حول بدل الخلع، سمح المشرع للقاضي تحديد بدل الخلع بقيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

-من شروط رفع الدعوى توفر أهلية التقاضي، إلا أن المشرع الجزائري أجاز للمرأة أن تتزوج أقل من السن القانوني بموجب إذن قضائي، ولم يتكلم عن حالة طلب هذه الزوجة المرشدة

حق الخلع، فهل يحق لها تقديم بدل الخلع مع أن القانون لا يجيز التصرف في المال دون سن الرشد المدني وهو 19 سنة، وبالتالي بالرجوع للقواعد العامة فلا يجوز للزوجة القاصرة تقديم بدل الخلع إلا بإجازة الولي الشرعي، وهو الموقف نجده لدى قانون الأحوال الشخصية السوري ومدونة الأسرة المغربية، إذا المرأة إذا خالعت فلا تلتزم بتقديم بدل الخلع إلا بعد إجازة ولي المال أو النائب الشرعي.

-مبدأ الرضائية في الخلع في قانون الأسرة لاحظنا وجود موقفين قبل التعديل وبعد التعديل، حيث أن قبل التعديل كان نص المادة 54 غير واضح مما جعل شراح القانون يختلفون في تفسير مبدأ الرضائية والاجتهادات القضائية تختلف في الأحكام، فمنها من اعتبرت الخلع رخصة للزوجة تحتاج لرضا الزوج، ومنها من اعتبرت أن الخلع حق أصيل لا يحتاج لرضا الزوج، إلا أن المشرع بعد التعديل قد حسم الخلاف وإعتبر الخلع حقاً أصيلاً لا يحتاج لرضا الزوج، ويتم بإرادة الزوجة وحدها.

-حكم مبدأ الرضائية في الخلع اختلف فيه الفقهاء إلى عدة آراء والرأي الذي رجحناه في دراستنا ونأمل على المشرع الجزائري أن يأخذ به، هو قول شيخ الإسلام ابن تيمية الذي يرى أنه إذا كان الزوج مقصراً في واجباته نحو زوجته أو مضرراً لها بغير حق، ورغم ذلك يرفض قبول الخلع، جاز للقاضي أن يلزمه بذلك، وإذا ثبت للقاضي أن الزوج محسن لزوجته، ولكنها رغم ذلك مبغضة له، إمتنع على القاضي جبره على قبول الخلع، وإنما يأمره على وجه الإستحباب لفراقها، وبه يكون قد إعتترف بالخلع القضائي والخلع الرضائي مما يحقق مصلحة الزوجين والأسرة.

-تفعيل آلية دعوى الزوج المطالبة بالتعويض نتيجة تعسف الزوجة في إستعمال حقها في الخلع يعتبر بمثابة صمام أمان ينقص حالات الخلع التي لا تلتزم المرأة بالجدية فيه، فكما يتعسف الزوج في الطلاق تتعسف الزوجة في الخلع، وترك القاضي السلطة التقديرية في كشف ذلك، والتي قد تكون من بين حالات اللجوء فيه للخلع إنتقاماً للزوج وظلماً وجوراً، فلا بد أن تعامل بنقيض قصدها، حماية لطرف الزوج وعدم تغليب طرف على حساب طرف آخر،

ويمكن توطين هذا الكلام في المادة 52 ق.س بتعديلها وإضافة حالة التعويض لتعسف الزوجة في الخلع مع المقابل المادي فتصبح المادة (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق أو الزوجة في الخلع، فالحكم بفك الرابطة الزوجية والتعويض للطرف المتضرر)، وبهذا سيقبل التعسف في الخلع، وتخفيف كاهل القضاء بملفات الخلع الرهيبة في المحاكم.

-الصلح يعد إجراء من إجراءات الخلع، إلا أن شراح القانون اختلفوا في مصير الخلع الذي يتم دون صلح، فهناك من إعتبره باطلاً، وهناك من إعتبره صحيحاً، و رأينا في هذا الموقف أن الخلع هو إجراء وجوبي يدخل تحت العمل القضائي الذي أُلزم به القانون في نص المادة 49 ق.س، إلا أنه إذا تم إسقاطه من طرف القضائي سهواً فهذا لا يؤدي إلى بطلان الحكم، لأن الصلح مقصده إرشادي وتوجيهي ولا يعد حكماً من أحكام الطلاق، ولا يدخل تحت شروط صحة الخلع، وإنما نجعل إسقاط إجراء الصلح تحت المساءلة المهنية للقاضي عند عدم تأدية مهامه كما يشترط القانون المنظم لمهنته.



## الفصل الثاني

### حق الزوجة في الآثار المترتبة على التطلق والخلع

عرفنا سابقاً أن من حق الزوجة فك الرابطة الزوجية وذلك بطريقتين، أولهما التطلق ويكون للضرر المادي والثاني الخلع ويكون للضرر النفسي، فيمكن للزوجة من خلال هذين الطريقتين ممارسة حقها في فك الرابطة الزوجية، إلا أنه إذ حصل ووقعت الفرقة بين الزوجين بإحدى هذين الطريقتين تترتب عليه آثار للزوجة حق فيها، يمكن لها المطالبة بها قضاءً.

فسيتم من خلال هذا الفصل معرفة آثار ممارسة الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية، وكيف يمكن لها المطالبة بهذه الآثار قضاءً، وتتمثل هذه الآثار في العدة والحضانة والسكن وحق الزيارة، وسيتم معالجتها من خلال هذه الفصل وإبراز أهم الاشكالات التي يمكن أن ترد عليها وإيجاد حلول لها، أما النفقة فهي أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، وباعتبارنا قد ذكرناها في الباب الأول لعدم التكرار لا نذكرها في هذا الفصل.

### المبحث الأول

#### حق الزوجة في العدة الشرعية

تعتبر العدة من آثار فك الرابطة الزوجية سواء أكان بالتطلق أم الخلع أم بغيرهما من طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، والعدة ما شرعت لإحفظاً لإختلاط الأنساب، وسيتم ذكرها في هذا المبحث بالتعريف بها وذكر أحكامها وأهم الاشكالات القانونية الواردة فيها.

#### المطلب الأول

##### مفهوم العدة

تعتبر العدة أثر من آثار الطلاق، وهو حق للزوجة لا يحق إسقاطه، لما فيه من حكم عديدة في تشريعه، فلا يحق للزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها أن تتزوج وهي في فترة عدتها، صوتاً لإختلاط الأنساب وبراءة رحم الزوجة من ماء زوجها الأول، فمن خلال هذا

المطلب سنعرف معنى العدة وحكمة تشريعها، ثم نختم المطلب بأنواع العدة وفق ما هو موضح أدناه.

### الفرع الأول: تعريف العدة

-لغة: العِدَّة مِقْدَارُ مَا يُعَدُّ وَمَبْلَغُهُ، وَعِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: هِيَ مُدَّةٌ حَدَدَهَا الشَّرْعُ، تَقْضِيهَا الْمَرْأَةُ دُونَ زَوْاجِ بَعْدِ طَلَاقِهَا، أَوْ وَفَاةِ زَوْجِهَا عَنْهَا<sup>1</sup>.

-إِصْطِلَاحاً: تَرْبِصُ يَلْزِمُ الْمَرْأَةَ عِنْدَ الْفِرْقَةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ مُتَأَكِّدٍ بِالْدُخُولِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْخُلُوةِ أَوْ الْمَوْتِ، أَوْ بَعْدِ وَطْئٍ بِشِبْهِةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَإِذَا حَصَلَتِ الْفِرْقَةُ بِأَيِّ سَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ، فَلَا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَزَوَّجَ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَنْتَهِيَ الْأَجَلُ الَّذِي حَدَدَهُ الشَّارِعُ لِإِنْتِظَارِهَا<sup>2</sup>.

فإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب وليكن التطلق أو الخلع فلا يحل للمرأة أن تتزوج حتى ينتهي أجل العدة المحدد شرعاً صوناً لإختلاط الأنساب.

-قانوناً: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لانجد تعريفاً للعدة، وإنما نجده قد عالج أحكام العدة في الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتحت مسمية العدة، وذلك من المادة 58 إلى المادة 61 منه.

ومن الإجتهدات القضائية التي أقرت بوجود العدة للمرأة، ما جاء في قرار المحكمة العليا والذي إعتبر العدة من النظام العام، حيث جاء في نص القرار: "لا طلاق دون عدة ودون نفقة عنها، مادامت من النظام العام"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: حكم العدة وحكمة تشريعها

العدة تعد أثراً من آثار فك الرابطة الزوجية إما بالتطلق أو الخلع أو غيرها من طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، لديها حكمها الشرعي وأدلة مشروعيتها، كما أنها أيضاً من خلالها

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 587.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup> قرار رقم 358348، بتاريخ 2006/07/12، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2006، ص 449.

يتم الحفاظ على النسب، كونها شرعت لمقاصد شرعية، ففيما يتمثل الحكم الشرعي للعدة وما هو المقصد الشرعي من تشريعها؟.

**أولاً: حكم العدة؛ العدة واجبة شرعاً، وثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع، ومن أدلة مشروعيتها ووجوبها مايلي:**

### 1- من الكتاب:

هناك الكثير من آيات القرآن الكريم تحت على وجوب العدة للمرأة، سواء مطلقة أم متوفى عنها زوجها أم فسخ زواجها لسبب معين، ومن الآيات مايلي:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ٢٢٨﴾ [البقرة: 228]، أي أن المرأة المطلقة البالغ تعدت بثلاثة أقرأء.

- وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا... ٢٣٤﴾ [البقرة: 234]، أي أن المرأة التي توفي زوجها فلا يحل لها الزواج حتى تنتهي عدتها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.

- وقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ... ٤﴾ [الطلاق: 4] والنساء المطلقات اللاتي انقطع عنهن دم الحيض؛ لكبر سنهن، إن شكتم فلم تدروا ما الحكم فيهن؟ فعدتهن ثلاثة أشهر، والصغيرات اللاتي لم يحضن، فعدتهن ثلاثة أشهر كذلك.

وهذه الآيات تدل على وجوب العدة للمرأة، إذ لا يحل لها الزواج إلا بعد إنتهاء فترة عدتها.

### 2- من السنة:

قال الرسول ﷺ: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه: الحميدي ابن أبي نصر ت 488هـ، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، تحقيق: علي حسين البواب، ج 4 (ط: 2؛ بيروت، دار ابن حزم، 2002)، باب المتفق عليه من مسند أم المؤمنين أم حبيبة، ص 248، رقم الحديث(3480).

- عن نافع عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، طلق امرأة له وهي حائض تطليقة واحدة، فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض عنه حيضة أخرى، ثم يمهلها حتى تطهر، فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق بها الناس...<sup>1</sup>.

### 3-الإجماع:

أجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها، وأجمعوا على أن قبل المسيس لا عدة عليه؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ٤٩﴾ [الأحزاب: 49] ، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقنت هنا<sup>2</sup>.

-قانوناً: بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري وبالضبط من المادة 58 إلى المادة 61 نجد موقفه تجاه حكم العدة، إذ أنه أخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية من وجوب العدة للمرأة، سواء من عدة الطلاق أم الوفاة أم الحمل، وسيتم تفصيل ذلك أدناه.

### ثانياً: حكمة تشريع العدة

لقد شرع الله سبحانه وتعالى عدة المرأة لحكم كثيرة، والعدة حق للزوجة وهو احترامها واستحقاقها للنفقة والسكنى مادامت في العدة، وحق للزوج وهو اتساع زمن الرجعة له، وحق للولد وهو الإحتياط في ثبوت نسبه، وحق الله تعالى وهو إمتثال أمره وطلب مرضاته.

ويترتب على هذا أنه لا يسوغ للزوجة إسقاطها إذا ما سولت لها نفسها ذلك، لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه، كذلك لا يجوز للزوج أن يتنازل عنها، لأنها ليس حقاً خالصاً له.

وكذلك من حكم تشريع العدة التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقتها، فلو لم تجب العدة مع إحتمال حملها من زوجها الذي فارقتها، فإنها قد تتزوج قبل أن تضع حملها فيطؤها زوجها الجديد وهي حامل من زوجها الأول فيكون ساقياً ماؤه زرع غيره، وقد نهى الرسول ﷺ

<sup>1</sup> أخرجه: ابن حجر العسقلاني ت 852هـ، تعلق التعليق على صحيح البخاري، تحقيق: سعيد عبد الرحمن موسى القرقي،

ج4 (ط: 1؛ بيروت، المكتب الإسلامي، 1405هـ)، باب من قال لإمرأته أنت علي حرام، ص 438، رقم الحديث(5264).

<sup>2</sup> محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج3، المرجع السابق، ص 173.

عن ذلك فقال " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسقين ماؤه ولد غيره"<sup>1</sup>، وإذا جاءت بولد في هذه الحالة فإن نسب الولد يضيع لوجود الشك والاشتباه في نسبه إلى الزوج الأول أو إلى الزوج الثاني، فيضيع الولد لعدم المربي، فوجب العدة ليعلم بها فراغ الرحم وعدم شغلها بالحمل، فلا تقع هذه العواقب الوخيمة<sup>2</sup>.

وتلخص حكمة تشريع العدة في النقاط التالية:

-تعرف براءة الرحم من الحمل، على وجه يحفظ الأنساب ويمنع اختلاطها.  
-التنويه بعظم شأن الزواج والاعتراف بخطره، فلا ينحل إلا بانتظار مدة يعلم بها انحلاله.  
-إعطاء الزوج فرصة المراجعة، إذ لعله يندم بعد أن تهدأ ثأثرته ويراجع نفسه، ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر إن كان قد طلقها رجعيًا وعدتها لا تزال باقية، أو يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وهي في العدة إن كان قد طلقها طلاقاً بائناً وليس ذلك لأحد غيره، أما بعد العدة فهو والأجنبي سواء في طلب الزواج منها وربما فضلت الأجنبي عليه.

- إظهار التأثير لفقد الزوج بالإمتناع عن الزينة والتجمل مدة أربعة أشهر وعشرة أيام حتى تبرأ النفس من كآبة الحزن، وقطعاً للألسنة من الخوض في حق الزوجة إذا تهافت عليها الأزواج في من توفي عنها زوجها<sup>3</sup>.

الفرع الثالث: أنواع عدة النساء

العدة على ثلاثة أنواع وهي كالآتي:

-**النوع الأول: العدة بالإقراء؛** تلتزم به المطلقة المدخول بها أو المختلي بها خلوة صحيحة سواء أكان الطلاق رجعيًا أم بائنًا وكانت غير حامل، ومن ذوات الحيض ومقداره ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ٢٢٨﴾ [البقرة: 228] واختلف

<sup>1</sup> أخرجه: إسماعيل بن محمد التميمي الإصبهاني ت 535هـ، الترغيب والترهيب، تحقيق: أيمن بن صالح بن شعبان، ج 1 (ط: القاهرة: دار الحديث، 1993)، ص 78، رقم الحديث (29).

<sup>2</sup> نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، (د. ط؛ دار الهدى: الجزائر، د. ت)، ص 223.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 210-211.

الفقهاء في تفسير القرء، ففسره الحنفية والحنابلة بالحيض، وعليه فلا تنتهي عدتها إلا بإنتهاء الحيضة الثالثة، ومعنى ذلك أنه لو فارقتها وهي حائض فلا تحسب تلك الحيضة من الثلاث؛ لأنها جزء حيضة وليست حيضة كاملة، ولا تنتهي عدتها إلا بعد ثلاث حيضات بعد الحيضة التي طلقها أثناءها<sup>1</sup>.

وأقل مدة تصدق فيها المرأة ستون يوماً، لأن أقصى مدة للحيض عشرة أيام، وأقل مدة للطهر خمسة عشر يوماً، فثلاث حيضات بثلاثين يوماً يتخللها طهران بثلاثين يوماً، فيكون مجموع أيام العدة ستين يوماً، وغير الحنفية فسر القرء بالطهر.

ويلحق بالمطلقة، من طريق دلالة النص، من فرق بينها وبين زوجها بغير الطلاق كما في الفرقة بسبب خيار البلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الردة أو الإباء عن الاسلام، وكالفرقة بعد الدخول في نكاح فاسد، أو بسبب شبهة كالمزفوفة إلى غير زوجها، فهذه كلها في معنى الطلاق من حيث وجوب العدة، فإن من مقاصدها تعرف براءة الرحم.

-**قانوناً:** نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 58 منه على أن المرأة التي تعتد بالقرء هي المرأة المدخول بها غير الحامل، وعدتها ثلاثة قروء حيث نصت المادة على أنه (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء...).

واشترط القانون في عدة المطلقة أن تكون مدخولاً بها، فإذا لم يكن الزوج المطلق قد دخل بزوجته فلا تجب عليها العدة، كما بيّنت المادة أن عدة المرأة المدخول بها ثلاثة قروء إذا كانت من اللاتي يحضن<sup>2</sup>، وهذا يفهم من الفقرة الثانية من المادة 58 والتي نصت (... واليائس من المحيض بثلاثة أشهر...)، ويخرج عن حكم اليائس المطلقة ذات الحيض، والتي يتكون عدتها ثلاثة قروء، كما هو منصوص عنه في الفقرة الأولى من المادة 58 ق.س.

#### -**الخلافاً الفقهي في حقيقة القرء:**

لا خلاف بين أهل اللغة في أن القرء من الأسماء المشتركة يؤنث ويراد به الحيض، ويُذكَر ويراد به الطهر على طريق الإشتراك، فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في سائر

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله التمرتاشي، تنوير الأبصار، ج3. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1995)، ص 555.

<sup>2</sup> أحمد نصر جندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

الأسماء المشتركة<sup>1</sup>. فالقرء إسم مشترك يطلق على الطهر والحيض جميعاً. فقد استعمل في الحيض ومنه قوله ﷺ: (المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها)<sup>2</sup>.

وأما استعماله في الطهر فلما روي أن رسول الله ﷺ قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنه: "إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة"<sup>3</sup>.

وهذا هو محل اتفاق بين الحنفية والشافعية، ولكن الخلاف بينهما قائم في لفظ القروء الوارد في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ٢٢٨﴾ [البقرة: 228]، هل يقصد به الطهر أم الحيض؟.

1- مذهب الحنفية والحنابلة؛ قالوا بأن المراد بالقرء هو الحيض؛

2- مذهب الشافعية والمالكية ذهبوا إلى أن المراد بالقرء الطهر الفاصل بين الحيضتين للقرائن التي رجحت عندهم هذا المعنى ومنها:

- وجود التاء في اسم العدد، فإنه دليل عند أهل اللغة على كون المعدود، وهو القرء مذكر، وهو لا يكون مذكراً، إلا إذا كان المراد بالقرء الطهر، لأن الحيض مؤنث، ولو كان الله تعالى يريد بلفظ القرء الحيض لقال: ثلاث قروء بحذف التاء.

- الطلاق المشروع هو ما كان في طهر لأن الله تعالى يقول: ﴿... فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ... ١﴾ [الطلاق: 1] ، واللام في لعدتهن لام الوقت، فيكون المعنى، فطلقوهن في وقت عدتهن، فيكون المراد بالقرء الطهر، لأنه لا خلاف أن من طلق في حال الحيض لم يعتد بذلك الحيض<sup>4</sup>.

-موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق في معنى القرء هل هو الحيض أم الطهر: لم يبين المشرع الجزائري في مواده المقصود من القرء، أهو الحيض؟ أم الطهر؟ والإحالة إلى

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق: محمد خير طعمة حلبي، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 2000)، ص 191.

<sup>2</sup> أخرجه: أبو السعد ابن الأثير ت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، ج7 (ط: 1؛ د. م، مكتبة الحلواني، 1972)، باب في إغتسالها وصلاتها، ص 363، رقم الحديث (5411).

<sup>3</sup> أخرجه: جمال الدين الزيلعي ت 762هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ج3 (ط: 1؛ بيروت، مؤسسة الريان، 1998)، باب السنة في الطلاق، ص 220، رقم الحديث (1).

<sup>4</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 211-212.

أحكام الشريعة الإسلامية في هذا لا تحل الإشكال نظراً لإختلاف الفقهاء في هذا، مع صعوبة تبيين الراجح من الأقوال لتكافؤ الأدلة.

ومعلوم أن المدة التي تمكثها ذات القرء إذا قلنا أن القرء هو الطهر خلاف المدة التي تمكثها إذا قلنا أن القرء هو الحيض، ففي الأولى طهر ثم حيض، ثم طهر ثم حيض، ثم طهر وبإبتداء الحيضة الثالثة تنقضي عدتها.

أما الثانية، فطهر، ثم حيض، ثم طهر ثم حيض، ثم طهر ثم حيض، ثم طهر وهل تنقضي عدتها تماماً بالطهر في الحيض الثالث، أم لا تنقضي إلا بعد أن تغتسل؟ وبكل قال الفقهاء، كما رأينا<sup>1</sup>.

إن فمعنى هذا أن السكوت عن معنى القرء مؤداه إلى تضارب الأحكام القضائية، وفتح باب النزاعات، فقد يعزم على مراجعتها في الحيضة الثالثة، أخذاً بأن القرء هو الحيض، وقد ترفض الرجعة بدعوى، أن عدتها قد إنتهت أخذاً بأن القرء هو الطهر، وكل منهما يدعي حقاً، يوافق الشرع فيه، وكان على المقنن أن يرفع هذا الإشكال بكلمة واحدة وهي النص على معنى القرء أهو الحيض أو الطهر، وهذا ما ندعوا إليه المقنن الجزائري لحسم المسألة.

#### -سبب العدة بالإقراء وشروطه:

لكي تعدد الزوجة عدة الأقرء إما في الفرقة بالطلاق أو الفسخ أو بتفريق القاضي من نكاح فاسد لا بد من توفر الشروط الآتية:

1-أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقةً أو حكماً؛

2-أن لا تكون حاملاً؛

3-أن تكون من نوات الحيض بأن لا تكون آيسة أو صغيرة؛

4-أن لا تكون معتدة من وفاة.

-النوع الثاني: العدة بالأشهر؛ العدة بالأشهر مقداران هما ثلاثة أشهر وأربعة أشهر وعشرة أيام:

<sup>1</sup> المصري ميروك، المرجع السابق، ص 421-422.



**المقدار الأول: ثلاثة أشهر؛** وهو ما كانت فيه الأشهر بدلاً عن الأقراء وذلك إذا لم تكن المعتدة من ذوات الحيض، بأن كانت صغيرة لم تبلغ سن الحيض وأقله تسع على المختار في المذهب الحنفي، أو كبيرة بلغت سن اليأس: خمساً وخمسين سنة، أو بلغت بالسن خمس عشرة سنة ولم يأتها حيض، فعدة هؤلاء الثلاثة، ثلاثة أشهر، وذلك لأن أصل العدة الأقراء، وغالب أحوال النساء أن المرأة ترى العادة مرة كل شهر فلزم ثلاثة أشهر، قال تعالى: ﴿وَأَلْيٰ يٰسِّنَٰنٍ مِّنَ الْمَحِيضِ مِّن نِّسَائِكُمْ إِن رَّزَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالْيٰ لَمْ يَحِضْنَ ...﴾ [الطلاق: 4].

وتلزم العدة إذا كانت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح، وبعد الدخول في النكاح الفاسد والوطء بشبهة<sup>1</sup>.

**-قانوناً:** ذكر قانون الأسرة الجزائري عدة المرأة المطلقة اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر، حيث جاء في المادة 53 منه (... تعدت المطلقة ... اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)، إلا أن الملاحظ في المادة أنها لم تذكر عدة المطلقة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، وقد ذكرنا سابقاً أن عدتها ثلاثة أشهر أيضاً، لأن الصغيرة مازالت لم تحض فتكون عدتها بالأشهر لا بالحيض، مما يتضح وجود فراغ تشريعي في عدة الصغيرة مع أن الإحالة للشريعة الإسلامية موجودة في المادة 222 والتي نصت على أنه (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية)، وبالتالي فعدة الصغير بالإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية ثلاثة أشهر.

وكذلك نلاحظ أن المادة 53 ق.س ذكرت في فقرتها الأخيرة أن العدة تحسب من تاريخ التصريح بالطلاق، والتطبيق الحرفي للمادة على جميع حالات الطلاق قد يوجد إشكالية عدة المرأة المطلقة خارج ساحة القضاء، إذ تتعارض حساب عدتها مع نص المادة، وسنقوم بمعالجة هذه الإشكالية أدناه.

**-المقدار الثاني: أربعة أشهر وعشرة أيام؛** وهو ما لا تكون الأشهر فيه بدلاً عن الإقراء، بل هي أصلٌ بنفسها، وذلك هو عدة المتوفى عنها زوجها، ولم تكن حاملاً، سواء أدخل بها

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله التمرتاشي، المرجع السابق، ص 566.

زوجها أم لم يدخل صغيرة أو كبيرة، من نوات الحيض أو لا، فهذه عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، بلا خلاف بين الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا... ٢٣٤﴾ [البقرة: 234] وقدرت العدة بهذه المدة حتى لا تسترسل المرأة في الحزن والإحداد على زوجها أكثر من ذلك.

ومن حكم تشريع عدة الوفاة أنها تجب لإظهار الحزن بفوت نعمة النكاح، وشرط وجوبها النكاح الصحيح فقط، فتجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها، ولم تكن حاملاً، وسواء أكانت مدخولاً بها أم غير مدخولاً بها، وسواء أكانت ممن تحيض أم ممن لا تحيض، وسواء أكانت مسلمة أم كتابية تحت مسلم؛ لعموم النص<sup>1</sup>.

**قانوناً:** في حالة وفاة الزوج عن زوجة نص قانون الأسرة في المادة 59 بأن عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا يحل لها الزواج في هذه الفترة، حيث جاء في نص المادة (تعدت المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام...).

**-النوع الثالث: العدة بوضع الحمل؛** إذا كانت المرأة حاملاً، وصارت الفرقة بينها وبين زوجها بموت أو طلاق أو فسخ، فعليها أن تعتد حتى تضع حملها، سواء أكان هذا الحمل من زواج صحيح أم فاسد أم وطء بشبهة، فإذا وضعت الحمل إنتهت عدتها، مهما تكون الفترة بين الفرقة ووضع حملها، بشرط أن يكون ما وضعت قد إستبان خلقه كله أو بعضه، سواء أوضعت حياً أم ميتاً، فإن لم يستبن خلقه أو بعض خلقه، بأن كان ما أسقطته علقه أو مضغة لم تنقض عدتها بإسقاطه<sup>2</sup>.

وتكون على ما هو منصوص عليه في الفقه الحنفي، لمن حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بالطلاق أو الفسخ، وهي حامل، سواء أكانت الفرقة بوفاة أم بغيره، قال تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ٤﴾ [الطلاق: 4]، فكل إمراة حامل من نكاح صحيح أو غيره، وحصلت الفرقة بينها وبين الرجل، فإنها تعتد

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله التمرتاشي، المرجع السابق، ص 560.

<sup>2</sup> قاضيخان محمود الأوزجندي، الفتاوى الخانية، ج1. (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1986)، ص 527.

بوضع الحمل طالت المدة أم قصرت، ما عدا الحامل من الزنا، فلغير صاحب الحمل أن يتزوجها ولا يقربها حتى تضع حملها، لقوله تعالى: ﴿... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...﴾ [الطلاق: 4].

قانوناً: الزوجة إذا طلقها زوجها وكانت حاملاً فعدتها هي وضع حملها، حيث نصت المادة 60 ق.س (عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة).

#### - عدة المرأة المتوفى عنها زوجها الحامل:

فقهاً: اختلف فيها الفقهاء إلى رأيين:

1- رأي جمهور الفقهاء؛ قالوا إذا كانت المعتدة حاملاً انتهت عدتها بوضع الحمل سواء أكانت طلاقاً أم وفاةً ودليلهم:

أ- قوله تعالى: ﴿... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...﴾ [الطلاق: 4]، فالآية صريحة في أن عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل وهي ناسخة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...﴾ [البقرة: 234]، ومخصصة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ [البقرة: 228]. [228].

ب- لأن العدة إنما شرعت لمعرفة براءة الرحم من الحمل والوضع أدلُّ الأشياء على ذلك، فلزم أن تنتهي بزوال الحمل.

2- رأي علي وابن عباس وابن أبي ليلي والشعبي وسحنون والمالكي أنها تعتد بأبعد الأجلين من الوفاة أو الطلاق واستدلوا:

أ- العمل بمجموع الآيتين قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ...﴾ [البقرة: 234]، عام في كل متوفى عن زوجها حامل كانت أم غير حامل، وقوله: ﴿... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ...﴾ [الطلاق: 4]، عام في المطلقة والمتوفى عنها زوجها، فإذا اعتدت بأبعد الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين، وإذا اعتدت بوضع الحمل فقد أوقفت العمل بآية الوفاة، وإعمال النصين أولى، وسبب

العدة بوضع الحمل هي الفرقة من طلاق أو وفاة أما شرطها بأن يكون الحمل من نكاح صحيح<sup>1</sup>.

**قانوناً:** عدة الحامل وضع حملها وهو ما نصت عليه المادة 60 ق.س (عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق<sup>2</sup> أو الوفاة)، ويفهم من هذا الإطلاق أن المتوفى عنها الحامل عدتها بوضع حملها، وهذا يوافق جمهور العلماء.

فمن خلال المادة 60 ق.س تبين أن عدة الحامل هي وضع حملها أو سقوطه، وكذا الشأن بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها، لأن المادة قد شملت المرأة المطلقة والمرأة المتوفى عنها زوجها، وأقصى مدة الحمل 10 أشهر تبدأ من النطق بالطلاق أو من تاريخ الوفاة<sup>3</sup>، وبالتالي فالمتوفى عنها زوجها الحامل عدتها وضع الحمل ولا تعدد بعدة الوفاة في نظر قانون الأسرة، وهو الرأي الذي أخذه من عند جمهور الفقهاء.

- **غير المدخول بها:** إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول بها، فلا عدة عليها، وتحل للأزواج فور الطلاق ولو في المجلس<sup>4</sup>، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّخُوهُنَّ سِرَّاحًا جَمِيلًا ٤٩﴾ [الأحزاب: 49]، فالخطاب موجه للذين صدقوا الله ورسوله وعملوا بشرعه، إذا عقدتم على النساء ولم تدخلوا بهن ثم طلقتموهن من قبل أن تجامعهن، فما لكم عليهن من عدة تحسونها عليهن، فأعطوهن من أموالكم متعة يتمتعن بها بحسب الوسع جبراً لخواتمهن، وخلوا سبيلهن مع الستر الجميل، دون أذى أو ضرر.

ومن الإجهادات القضائية التي قالت بعدم العدة على المطلقة غير المدخول بها، القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص 545.

<sup>2</sup> كان على المشرع الجزائري أن يستعمل مصطلح الانفصال فهو أشمل من الطلاق، لأن الانفصال يشمل الطلاق والفسخ واللعان.

<sup>3</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصحا وشرحا. (د. ط؛ عين مليلة: دار الهدى، 2013)، ص 74.

<sup>4</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 221.

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعدت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي. طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### أحكام العدة

العدة تشريع رباني لصون أعراض الناس وحفظ أنسابهم من الإختلاط، والمجتمعات التي عطلت العمل بها تعاني من مشاكل النسب وإنتشار الأمراض في أوساطه، إذ أن العدة هي نظام يقوم على مجموعة من الأحكام وضعها الشارع الحكيم، ونجد أن قانون الأسرة قد نظم مجموعة من أحكامه في الفصل الثاني منه تحت عنوان آثار الطلاق من المادة 58 إلى المادة 61، ففيما تتمثل أحكام العدة شرعاً وقانوناً؟.

### الفرع الأول: أنواع خاصة من العدة وما تنقضي به العدد

بعدما ذكرنا بعض أنواع العدة سنقوم من خلال هذا الفرع ذكر أنواع أخرى خاصة بالعدة تكون في حسب حالة المرأة، كما سيتم أيضاً معرفة ما تنقضي به العدة من خلال مايلي:

#### أولاً: أنواع خاصة من العدة

ذكرنا أعلاه أن عدة النساء على ثلاثة أنواع، إلا أنه هناك من النساء لأسباب معينة كالمرض أو الفقد أو الشك وغيرها جعلت عدتهن ليست كعدة المرأة الطبيعية، مما دفع بالفقهاء إلى الإجتهد ووضع العدة الشرعية لهذه الحالات الخاصة إستناد للنصوص الشرعية، والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يعالج هذه الحالات كلها، مما سنوضح هذا وفق ما يلي:

<sup>1</sup> قرار رقم 137571، بتاريخ 18/06/1996، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 2، لسنة 1997، ص 93.

1- عدة الزوجة التي فقدت زوجها: إذا غاب الزوج في مكان وانقطعت أخباره بحيث يغلب على الظن أنه قد مات قال أبو حنيفة: لا يحق للزوجة طلب التفريق وعليها الإنتظار حتى يتبين موته أو طلاقه بيقين، وذلك بمضي مدة لا يتصور بقاؤه حياً بعدها<sup>1</sup>.

وقال مالك: تنتظر أربع سنين ثم تعتد وتتزوج بغيره واستدلوا بما روي عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: "أيا امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو؟، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل"<sup>2</sup>.

-الشرح: قوله رضي الله عنه "أيا امرأة فُقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل"، لم يعتبر بما أقامت قبل أن ترفع إليه، ولو أقامت عشرين سنة.

والمفقود الذي ذهب فيه إلى عمر بن الخطاب هو الذي يغيب عن امرأته بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين، ولم يفقد في معركة، فيغلب على الظن هلاكه فيها، فهذا إذا رفعت امرأته أمرها إلى السلطان<sup>3</sup>.

وقال مالك: وإن تزوجت بعد إنقضاء عدتها، فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول إليها<sup>4</sup>.

قانوناً: تعتد امرأة المفقود بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بالفقد، وهذا يوافق ما عليه جمهور الفقهاء حيث نصت المادة 59 ق.أ. (تعتد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده).

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> أخرجه: أبو السعادات ابن الأثير ت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرئووط، ج 11 (ط: 1؛ لبنان: مكتبة الحلواني، 1972)، باب فيما يفسخ النكاح وما لا يفسخه، ص 507، رقم الحديث (1194).

<sup>3</sup> سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا. (ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1999)، ص 358.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 363.

وبالتالي فعدة الزوجة المتوفى عنها زوجها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة تبدأ العدة من تاريخ الوفاة، وهي المدة نفسها لزوجة المفقود على أن تبدأ من تاريخ صدور الحكم المعين للفقد، فالمفقود لا يعتبر متوفياً إلا من يوم الحكم بفقدانه<sup>1</sup>.

**2- عدة المرأة المستحاضة:** المستحاضة هي التي ينزل عليها الدم باستمرار وتسمى في عرف الفقهاء المستحاضة<sup>2</sup>، فإن ميزت بين دم الحيض ودم الاستحاضة، عملت به، وكذلك إن كانت لها عادة أنها تحيض في الشهر كذا، هذا عند جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة<sup>3</sup>.

فإن لم يكن لها مرد من تمييز أو عادة أو نسيته: فالحنفية في إحدى الروايتين عندهم أنها تعدد بثلاثة أشهر، وفي الرواية الثانية وهي الراجحة في المذهب، أنها تعدد بسبعة أشهر<sup>4</sup>. أما المالكية إن لم تكن مميزة فعدتها سنة، أما الحنابلة، فالذي عليه جمهورهم: أنها إذا كانت ناسية لوقتها أو كانت مبتدئة، فعدتها ثلاثة أشهر كالأيسة.

أما الشافعية فعندهم قولان:

-القول الأول: أنها تعدد بثلاثة أشهر؛

-القول الثاني: أنها تؤمر بالتربص إلى سن اليأس أو أربع سنين، أو تسعة أشهر، ثلاثة أقوال وهذا أخذ بالإحتياط<sup>5</sup>.

والذي يبدو لنا أن المستحاضة إذا كانت مميزة أو لها عادة عملت ذلك، وهذا على المذاهب الأربعة كما رأينا، وإن لم تكن مميزة فتعد بتسعة أشهر وهي فترة الحمل إحتياطاً وهو عند الشافعية في إحدى أقواله.

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصحا وشرحا، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 142.

<sup>3</sup> منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ج5، ط: 1982، ص 419.

<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ د. م: دار الفكر العربي، 1957)، ص 376.

<sup>5</sup> أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج8 (د. ط؛ د. م: المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، د.ت)، ص

3- **عدة المتحيرة:** المرأة يرفع عنها الحيض، لا تدري ما رفعه، بعد أن كانت تحيض، فهي متحيرة في أمرها، أتعنت بالأقراء؟ أم تعنت بالأشهر؟ أم كيف تصنع؟ للفقهاء في هذه ثلاثة آراء.

**الرأي الأول:** يقضي بأن المرأة التي يرفع حيضها، لا تدري ما رفعه، فإنها تمكث تسعة أشهر، وهي مدة الحمل عادة، ثم تعنت بثلاثة أشهر، فتكون سنة فإن لم تر الدم خلالها انقضت عدتها. فإن رأت الدم في خلال السنة انتظرت سنة ثانية من يوم رأت الدم، فإن مضت السنة من غير أن ترى الدم، انقضت عدتها، وإن رأت الدم خلالها انتظرت سنة أخرى، وهكذا حتى تمضي ثلاثة أقراء أو تمضي سنة دون أن ترى فيها الدم، فتتقضي عدتها بذلك. وبهذا قال المالكية والحنابلة وقول الشافعي في القديم وهو قضاء عمر رضي الله عنه<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** وإليه ذهب الحنفية، والشافعي في الجديد، وهو يقضي بأن من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فلا تتقضي عدتها، إلا بثلاثة أقراء، أو حتى تدخل في حد اليأس فتستأنف عدة الأيسة ثلاثة أشهر، وهذا مروى عن علي وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم<sup>2</sup>.

**الرأي الثالث:** -وهو ما نرجحه- ويقضي أن المتحيرة تعد مرتابة وعدتها ثلاثة أشهر، لأن هذا شأنها فهي مرتابة في أمرها، وصحيح ما قاله الإمام الطبري من أن تأويل الآية في قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ...﴾ [الطلاق: 4]، بالحكم فيهن وفي عدتهن، فلم تدروا ما هن. فإن حكم عددهن إذا طلقن، وهن ممن دخل بهن أزواجهن، فعدتهن ثلاثة أشهر<sup>3</sup>.

#### 4- عدة المرأة المرتابة<sup>4</sup>:

أما الارتباب وهو الشك فإنه يتعلق بالدم الذي تراه من بلغت سن اليأس أو أوشكت أن تبلغه فهي ترتاب فيما تراه هل هو دم حيض أو استحاضة، فالمرأة لا تبلغ مرحلة الانقطاع

<sup>1</sup> الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5. (ط: 1؛ د. م: مطبعة السعادة، 1323 هـ)، ص 108.

<sup>2</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج3، طبعة: دار الكتب العلمية، ص 195.

<sup>3</sup> أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج14. (د. ط؛ د. م: دار الفكر، 1984)، ص 140.

<sup>4</sup> محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص 233.



التام عن الحيض مرة واحدة، فهي تمر بمرحلة قبلها تضطرب فيها عاداتها طولاً وقصراً، وقرباً وبعداً واختلافاً في لون الدم، وفي هذه المرحلة يعترئها الشك في دمها أهو الحيض أم استحاضة، هذه المرأة المرتابة في دمها تكون عدتها ثلاثة أشهر.

أما انقطاع الحيض لحمل فإن العدة تكون بوضع الحمل، ولكن إذا كان هذا الانقطاع لرضاع - فبعض النساء لا ترى الدم في أثناء الرضاع - فإن هذه المرأة تعدت بثلاثة أشهر، تبدأ من اليوم التالي لإتمام رضيعها السنة الأولى من عمره، هذا إذا طلقت قبل إتمامه هذه السنة، فإن طلقت بعد ذلك فإن الأشهر الثلاثة تبدأ من يوم الطلاق<sup>1</sup>.

وإذا انقطع الحيض لمرضٍ أخذ برأي أهل الذكر من الأطباء؛ فإن كان المرض يمنع الحيض لمدة تزيد على ثلاثة أشهر فإن العدة في هذه الحالة تكون ثلاثة أشهر، وإلا كانت بالإقراء فهي الأصل<sup>2</sup>.

#### ثانياً: ما تنقضي به العدة

أ- إن طلقت المرأة في حيضها، فإن هذه الحيضة لا تحسب لها اتفاقاً، فالحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف، لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء، فتتاول ثلاثة كاملة، والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم له مع اثنتين<sup>3</sup>.

ب- على القول بأن القراء هو الطهر، فإن العدة تنقضي برؤيتها الدم من الحيضة الثالثة، إن طلقها في طهر، وإن طلقها وهي حائض انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة.

وفي رواية عند الشافعي، وقول عند المالكية أن العدة لا تنقضي برؤية الدم فقط من الحيضة الثالثة أو الرابعة، وإنما تنقضي عدتها حتى يمضي زمن الدم (أي أقل مدة الحيض) وهي يوم وليلة عند الشافعي وعند المالكية يوم أو معظم اليوم، بعدها تحل للأزواج - لجواز أن يكون الدم دم فساد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام. (ط: 1؛ القاهرة: د. ن، د. ت)، ص 96.

<sup>2</sup> محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص 234.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، المرجع السابق، ص 76.

<sup>4</sup> أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 367.

ج- على القول بأن القرء هو الحيض، فقد اختلفوا على النحو الآتي:

1- تتقضي عدتها بعد أن تغتسل من الحيضة الثالثة، إن طلقت في طهر، وإن طلقت في حيض، فبعد أن تغتسل من الحيضة الرابعة ولزوجها حق المراجعة قبل أن تغتسل، فإن اغتسلت بانته منه، ويروى هذا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وعثمان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم، وهو قول أحمد والثوري وبه قال أبو حنيفة إذا انقطع الدم لدوران أكثر الحيض فإن انقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه، ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً، ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض<sup>1</sup>.

2- القول الثاني إن العدة تتقضي بطهرها من الحيضة الثالثة أو الرابعة إن طلقت في حيض، وبه قال سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي في القديم ورواية عن أحمد، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ٢٢٨﴾ [البقرة: 228]، وقد كملت القروء، بدليل وجوب الغسل عليها، ووجوب الصلاة والصيام وصحته منها، ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة، فكذلك فيما نحن فيه (أي الرجعة)<sup>2</sup>.

والأقرب إلى الصواب - في نظرنا - إن قلنا بأن القرء هو الحيض - أن العدة تتقضي بطهرها من الحيضة الثالثة إن طلقت في طهر، وإن طلقت في حيض فبطهرها من الرابعة، لقوله تعالى: ﴿... يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ٢٢٨﴾ [البقرة: 228] والثلاثة تنتهي بالطهر من آخر حيضة، والفترة بين الطهر والغسل لا تدخل في الحيض، ثم لماذا يستثنى حكم من بقية الأحكام الأخرى؟.

وقولهم أنه حدث في عهد الصحابة ولا مخالف لهم، فيكون إجماعاً، لا يسلم لأن كثيراً من الصحابة، يرون أن المرأة تحل للأزواج، وتبين من زوجها إن كان الطلاق رجعياً بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة. فأين الإجماع؟ وعدم المخالف لا يعنى الإجماع أيضاً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5. (ط: 7؛ د. م: مؤسسة الرسالة، 1985)، ص 602.

<sup>2</sup> كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، ج9، المرجع السابق، ص 308.

<sup>3</sup> مبروك المصري، المرجع السابق، ص 408-409.

-هل تجب العدة للرجل<sup>1</sup>: قد يكون هذا السؤال غريباً بعد أن عرفنا أن العدة تخص المرأة إذا فارقها زوجها بطلاق أو فسخ أو بوفاته، فكيف إذا جاء في تعريفها في "الدر المختار" في فقه الحنفية بأن العدة شرعاً تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه.

والجواب أن الحنفية يريدون بهذا التعريف، أن الرجل أي زوج المعتدة يلزمه بالإنظار مدة العدة فلا يتزوج أثناءها بأية امرأة إذا كانت هذه المعتدة هي زوجته الرابعة التي طلقها أو فسخ نكاحها، أو كانت معتدته أخت المرأة التي سيتزوج بها، فلا يحل الجمع بين الأختين، كما لا يجوز لها أن تتزوج هي بأي زوج آخر أثناء هذه العدة، لأنها مازالت في عصمة زوجها في عدة الطلاق الرجعي، وكذلك يلزم الرجل مع المرأة المعتدة، ولكن مع هذا التشابه بين المرأة المعتدة وزوجها في الإنظار مدة العدة بالتفصيل الذي ذكرته، نقول بأنه هذه العدة للرجل هي عدة شكلية توافق عدة المرأة في الإنظار فقط، لكي لا ننتهك أحكام شرعية أخرى، وليست عدة فيزيولوجية مثل المرأة.

### ثالثاً: إعتداد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها في المسكن العائلي

نصت المادة 61 من قانون الأسرة على أن الزوجة المطلقة أو التي توفى عنها زوجها عدتها تقضيها في المسكن العائلي الذي كانت تعيش فيه مع زوجها وأولادها إن وجدوا، والسبب الوحيد الذي يجيز إخراج المعتدة من المسكن العائلي هو ارتكابها الفاحشة المبينة بدليل يثبت الفعل، وبهذا خروجها من المسكن العائلي أولى من بقائها فيه، لأنها ستلحق بالأسرة العار والخزي مما يحتم خروجها منه، وهذا الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري نجده في النص القرآني في قوله تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ...﴾ [الطلاق: 1]، وقد نصت المادة 61 ق.س على مايلي: (لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة).

<sup>1</sup> نبيل صقر، المرجع السابق، ص 247.

والذي نقوله في هذا الصدد أن بقاء المعتدة من طلاق في المسكن العائلي هي المرأة المطلقة طلاقاً رجعيّاً، لأن المقصد الشرعي من بقائها هو مراجعتها في فترة عدتها، فلعل الزوج ينظر إلى زوجته وهو معها في مسكنه الزوجي فقد يدعوا هذا إلى مراجعتها، أما المعتدة من طلاق بائن فلا يحل لها البقاء في المسكن العائلي الذي يجمع الزوج لأنها أجنبية عنه، ولعل من بين أسباب تزايد حالات فك الرابطة الزوجية في المجتمع هو خروج الزوجة المطلقة طلاقاً رجعيّاً من بيت زوجها بعد طلاقها، فتزيد الفجوة بينهما ويتأزم الخلاف وتزداد العداوة فتنتهي فترة العدة ولا يراجع الزوج زوجته فيه، فيتحول الطلاق إلى بائن ويفوت على الزوجين مراجعة بعضهما<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: انتقال العدة ووقت إحتسابها وتداخل العدد

العدة كما ذكرنا سالفاً هي على عدة أنواع، لكن إذا ثبت للمرأة نوع معين قد يتغير بوجود ظرف يدعوا لذلك، فكيف يتم إنتقال العدة لدى المرأة وتحولها، وكيف يتم إحتساب وقتها، وفيما يتمثل الحكم في مسألة تداخل العدد؟

### أولاً: تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

قد يعرض للمرأة بعد بدء العدة ما يقضي تغيير نوع عدتها، فتصبح بالأشهر بدل الأقراء أو العكس.

أ- إنتقال العدة من القرء إلى الأشهر؛ فالمرأة التي تطلق وتبدأ عدتها بالإقراء فتحيض حيضة أو حيضتين ثم تياس فتتحول العدة من القرء إلى الأشهر.

ب- إنتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة؛ فإذا كانت المرأة مطلقة تعتد بالحيض (الإقراء) وتوفي عنها زوجها أثناء العدة تحولت عدتها من الإقراء إلى الوفاة، فتستأنف العدة من جديد بأربعة أشهر وعشراً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هشام ذبيح، مفهوم ظاهرة الطلاق بين الشرع وقانون الأسرة الجزائري، ندوة وطنية حول: ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، معهد العلوم الإنسانية والاجتماعية، منظم من طرف: قسم العلوم الإجتماعية، بالمدراج A1، المركز الجامعي سي الحواس بركة، يوم 8/10/2019، بتوقيت 10:10 دقيقة.

<sup>2</sup> محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص 237.

أما إذا كان الطلاق بائناً فإن المرأة لا تحول عدتها إذا مات زوجها وهي مازالت في عدتها لأنها أجنبية عنه، إلا طلاق المريض مرض الموت فاراً من توريثها، وقد اختلف الفقهاء في تحول عدة هذه المرأة، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد وأحمد بأن عدة المطلقة طلاق الفار تنتقل من عدة الطلاق إلى العدة بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق احتياطاً، فإن لم تر فيها حيضاً تعدت بعدها بثلاث حيضات في رأي الحنفية والحنابلة، والراجح ما ذهب إليه الإمام الشافعي من أن زوجة الفار إذا مات زوجها وهي في العدة تعدت عدة طلاق، فلا تتحول إلى عدة وفاة؛ لأن الزوجية قد انقطعت، وثبوت الميراث كان للضرورة، ليرد عليه قصد حرمان زوجته من الميراث، فاعتبار الزوجية قائمة لأجل الميراث ضرورة لا يقتضي اعتبارها قائمة بالنسبة للعدة<sup>1</sup>.

**ج- انتقال العدة من الأشهر إلى القرء؛** فإذا كانت المعتدة صغيرة لم تر الحيض أو يائسة فاعتدت بثلاثة أشهر ثم رأت الحيض أثناء العدة، تحولت عدتها إلى الإقراء فتستأنف من جديد بثلاثة قروء كاملة، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر، ولم يبق إلا القليل؛ لأن العدة بالأشهر كانت بدلاً عن الأقراء، فإذا أمكن الأصل زال اعتبار البدل.

### ثانياً: وقت احتساب العدة

تبدأ العدة سواء أكانت من طلاق أم من وفاة من وقت حصولها، سواء أعلمت المرأة بالطلاق أم الوفاة أم لم تعلم، لأن المقصود بالعدة مضي المدة التي تنتهي بها آثار الزواج. فلو طلق الزوج الغائبة ثم أنكر، فأقيمت البينة على الطلاق فحكم القاضي بالتفريق بينهما، كان مبدأ العدة من وقت الطلاق لا من وقت حكم القاضي<sup>2</sup>.

وتنتهي العدة بالإقراء إذا أقرت المرأة بأن الأقراء الثلاثة قد انتهت؛ لأن هذا أمر لا يعرف إلا من قبلها، وما جاء عن الفقهاء في أقل مدة العدة لا يمثل قاعدة عامة، وهو غالباً يعبر عن الحالات النادرة، ومن ثم لا ينبغي أن يبني عليه تشريع تتعلق به حقوق الناس، وما دام ماجاء عن الفقهاء في أقل مدة العدة لا يمثل قاعدة عامة فإنه ينبغي ألا تصدق المرأة التي

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، الشافعي. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، د. ت)، ص 379.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 162 - 163.

ادعت أن عدتها قد انقضت إلا بعد مضي المدة التي يغلب انتهاء العدة فيها، وهي ثلاثة أشهر، فإذا ادعت المرأة أنها لا ترى الدم كل شهر، وإنما تراه كل شهرين أو ثلاثة؛ فإن هذه المرأة تعد في حكم من اضطرب حيضها أو المرتابة، وتنقضي عدتها بعد ثلاثة أشهر من وقت فراق زوجها<sup>1</sup>.

وأما إذا كانت المرأة تعتد بالأشهر، والمعتبر فيها الأشهر القمرية؛ والشهر القمري ثلاثون أو تسعة وعشرون يوماً، فإذا صادفت إبتداء العدة أو الشهر انقضت العدة بظهور هلال الشهر الرابع، وإن كان إبتداء العدة في بعض الشهر اعتبرت العدة بالأيام أي بعد لكل شهر ثلاثون يوماً؛ وذلك للإحتياط، وبهذا تنقضي العدة بعد تسعين يوماً من وقت الفراق<sup>2</sup>.

#### -وقت إحتساب العدة قانوناً:

ذكر قانون الأسرة وقت احتساب عدة المرأة حسب الحالة، حيث جاء في المادة 58 أن عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء، واليايسة ثلاثة أشهر، ووقت إحتساب العدة تبدأ من تاريخ التصريح بحكم الطلاق، ثم ذكرت المادة 59 عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالفقد، وعدة المتوفى عنها زوجها تبدأ من تاريخ وفاة الزوج، وعدة المرأة الحامل تبدأ من تاريخ الطلاق أو وفاة الزوج.

ومما يؤخذ على المشرع الجزائري حينما ابتداء حساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق هذا لا يصح، لأن الفقهاء أجمعوا على أن إبتداء العدة يكون من تاريخ وقوع الطلاق متى تيقن ذلك وكان الزوج حاضراً وعلمت به المرأة.

وإنما اختلفوا في الغائب أو المطلق الذي يخفى على زوجته الطلاق، حيث قال بعض الفقهاء تبدأ العدة من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة، وقال بعضهم في حالة الغيبة أن العدة تبدأ من وقت العلم بموجبها (الوفاة أو الطلاق) لأنها عبادة ولا بد النية فيها. ولم يقل أحد أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص 235.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 236.

<sup>3</sup> المصري ميروك، المرجع السابق، ص 422-423.

والذي يبدو لي أن هذا الحكم مربوط بوقوع الطلاق نفسه لأن القانون لا يعتد بالطلاق إلا بعد الحكم به، ولا يحكم به إلا بعد مدة معينة، وهي فترة محاولة الإصلاح فإذا فشل في الإصلاح حكم بالطلاق، ومدة الإصلاح قد تصل إلى ثلاثة أشهر كما ينص عليها القانون، ومعنى هذا أن بعض النساء تبدأ العدة القانونية بعد أن تنتهي العدة الشرعية التي بدأ احتسابها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، مع علمها بوقت وقوع الطلاق.

وهذا الحكم غريب جداً لأنه فضلاً عن مخالفته للشرع لا يحقق أدنى مصلحة لأي من الزوجين.

### ثالثاً: تداخل العدد

إذا وطئت المرأة بشبهة، ثم طلقت، أو وطئت وهي في العدة فهل تتداخل العدتان؟ بحيث تبدأ العدة من حين وطئ الشبهة إذا كان في العدة، أو من حين الطلاق إذا وقع الطلاق بعد الوطء بشبهة أو بالزنا؟.

ذهب الشافعية وفي رواية لدى الحنابلة، على أن العدتين لا تتداخلان، وإنما تعتد من الأول، ثم تستأنف العدة من الثاني، وتقدم عدة الحمل على الطلاق، وهل تعتد للشبهة أو لا، فيهما روايتان: أولاهما أنها تعتد للشبهة، ثم تعتد للطلاق أو الوفاة، والثانية أنها تعتد للطلاق أو الوفاة أولاً ثم تعتد للشبهة ثانية<sup>1</sup>.

وقيل تتداخل العدتان، فإذا طلقها الأول ثم تزوجها الثاني في العدة مثلاً، فإنها تبدأ العدة من يوم فارقها الثاني -يفارقها لأن النكاح فاسد- ثلاثة أقرأ أو ثلاثة أشهر، وبهذا قال أبو حنيفة، فإذا حملت المعتدة من الوفاة في عدتها، انقضت عدتها بالأشهر لا بوضع الحمل بخلاف المطلقة التي تنقضي عدتها بوضع الحمل إذا حملت بالوطء في العدة<sup>2</sup>.

وعللوا تداخل العدد، بأن المقصود من العدة التعرف على براءة الرحم وقد حصل بالواحدة، فتتداخلان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، المرجع السابق، ج9 طبعة: 1957، ص 296 - 297.

<sup>2</sup> كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، ج4، المرجع السابق، ص 325 - 328.

<sup>3</sup> المرجع والموضع نفسه.

وهذا صحيح لأن معنى براءة الرحم، في العدة أغلب من التعبد الذي يقول به الطرف الآخر، بأن تعدت لكل واحد عدة مستقلة، وعليه فإذا نكحت المعتدة أو وطئت بشبهة، أو بزنا فإنها تستأنف عدتها من يوم مفارقة الثاني، أو من آخر وطأة يطأها الثاني، وسواء أكان الواطئ مطلقاً أم غيره، لغلبة اعتبار براءة الرحم من العدة.

### الفرع الثالث: من مقتضيات العدة

إن العدة بكل أنواعها تقتضي عدة حقوق متعلقة بها؛ منها:

#### أولاً: تحريم الخطبة والنكاح

1- إذا كانت المرأة في عدة من طلاق رجعي فهي في حكم الزوجة، ولا تؤثر العدة على ما بينها وبين زوجها من حقوق إذا مات أحد الطرفين في أثنائها، فيمنع خطبة المعتدة صراحة سواء أكانت عدتها من طلاق أم من وفاة. أما معتدة الوفاة فيصح التعريض بخطبتها.

2- منع نكاحها والعقد عليها من قبل أجنبي مادامت في العدة، قال سبحانه: ﴿... وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ... ٢٣٥﴾ [البقرة: 235] فلا يعزم الرجل على عقد النكاح في زمان العدة حتى تنقضي مدتها، كما يحرم على الزوج أن يتزوج بخامسة، أو بمن يحرم عليه الجمع بينهما كأختها وهي في عدتها<sup>1</sup>.

ثانياً: البقاء في بيت الزوجية؛ وجوب المقام في بيت الزوجية، فلا يجوز للمعتدة من طلاق أو وفاة أن تخرج منه، كما لا يجوز لزوجها أن يخرجها من بيت الزوجية لغير سبب معقول قال تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفُحْشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ... ١﴾ [الطلاق: 1] فعلى الزوجة أن تقضي العدة في بيت الزوجية الذي حصلت فيه الفرقة، وليس لها أن تنتقل إلى مسكن آخر إلا بعذر كخوف على نفسها أو مالها، ويحق لمعتدة الوفاة الخروج من بيت الزوجية للضرورة مثل كسب نفقتها، وقضاء حوائجها لأنه ليس لها نفقة ولا زوج.

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 163.



وهو نفس الحكم الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 61 والتي نصت بوجوب بقاء المعتدة من طلاق أو وفاة في المسكن العائلي إلى غاية إنتهاء عدتها، كما أقر بحق المطلقة في النفقة طيلة فترة العدة ولا حق للمتوفى عنها زوجها فيها (لاتخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة)، وكذلك أجازت المادة جواز إخراج الزوجة المعتدة من طلاق أو وفاة من بيت الزوجية إلا في حالة إرتكاب الفاحشة المبيية، لأنها بفعلتها تلحق العار بأهل البيت، فخرجها أولى من بقائها، وهو موافق للآية القرآنية في قوله تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ...﴾ [الطلاق: 1].

**ثالثاً: النسب؛** ثبتت نسب الولد الذي تأتي به في أثناء العدة من زوجها السابق شريطة أن تأتي به لأقل من سنة.

**رابعاً: النفقة؛** تستحق النفقة إذا كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، وتستحق نفقة الطعام واللباس والسكن، أما معتدة الوفاة فلا نفقة لها حتى ولو كانت حاملاً، لأنه لا يمكن فرض النفقة على الزوج لزوال ملكه، ولا على الورثة، لأن النفقة من آثار العقد وقد انتهى وهو أمر شخصي بين الزوج والزوجة<sup>1</sup>.

وقد أجازت المادة 61 ق.س حق النفقة للمعتدة من طلاق حيث نصت المادة (لا تخرج الزوجة المطلقة... ولها الحق في النفقة أثناء العدة).

**خامساً: الإحداد؛** من أهم أحكام العدة إذا كانت من وفاة الإحداد، وهو لغةً الامتناع عن الزينة، واصطلاحاً ترك ما تتزين به المرأة مما هو متعارف عليه؛ كالكحل والحلي والحريير والطيب، وهذا التزين خاص بالبدن، ومن ثمة لا مانع من تجميل البيت بالأثاث والبسط، ولا مانع من تمتع المرأة المعتدة بالجلوس على الحريير وما إلى ذلك، وليس للإحداد نوع أو لون

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 163 - 164.

خاص من الثياب يجب على المرأة لبسه، وإنما عليها أن تترك من الثياب ماجرى العرف على انه ثياب زينة.

على أن ترك التجمل لا يعني ترك النظافة؛ فللمعتدة من وفاة أن تغتسل وتقص أظفارها، وتزيل من الشعر ما يضايقها ويؤذيها، وما جرت عليه بعض المجتمعات به من إلزام المعتدة من وفاة من عدم مشاهدة الإذاعة المرئية أو رؤية رجل أو الحديث في الهاتف، أو مشاهدة نفسها في المرآة ونحو ذلك، فلا أصل له في الشريعة، وهي تقاليد وأعراف لا ينبغي أن نضفي عليها صبغة التحريم ونعتبرها من الدين، والمرأة العاملة ينبغي أن تمنح إجازة عدة في حالة وفاة زوجها<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### الإشكالات القانونية للعدة الزوجية والآثار التي ينفرد بها الخلع

باستقراء مواد الطلاق في تشريع الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري قد أوجد إشكالات قانونية للعدة الزوجية، نتيجة للغموض الذي تحمله المواد فتتعدد التفسيرات من جهة، وكذا أن المواد التي ذكرت غير كافية لإستيعاب جميع أحكام العدة والطلاق، فمن خلال هذا المطلب نكشف أهم إشكالات العدة الزوجية ونعالجها، ثم نذكر الآثار التي ينفرد بها الخلع عن باقي طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، ثم نعالج الجزاء القانوني المترتب على الزواج في فترة العدة.

#### الفرع الأول: إشكالية ازدواجية العدة في التشريع الجزائري

أوجد قانون الأسرة الجزائري إشكالاً قانونياً في عدة المرأة المطلقة، وبالتحديد في صياغة المادة 49 منه والتي نصت (لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي لا تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى)، وتفسير هذا الإشكال يكون وفق مايلي:

<sup>1</sup> محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص 238 - 239.

إن التفسير الحرفي لنص المادة 49، والقول أن الطلاق لا يقع خارج ساحة القضاء يبين أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولات الصلح، وأن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته، فلا يعتد بطلاقه حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فهو طلاق، وإلا ما عدّ ذلك طلاقاً في نظر القانون، وإذا طلق الرجل امرأته، رفع أمره إلى القاضي، يحاول القاضي الصلح بين الزوجين فإن توصل للصلح لا يحكم بالطلاق ولا تثبت طلقة في نظر القانون، إلا في حالة عدم التوصل إلى صلح بين الزوجين، هنا يحكم القاضي بالطلاق، وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع المسلمين، فقد أقر إجماع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ غير المكره، إذا طلق امرأته طلاق السنة، فإن الطلاق يقع من حينه، وتحسب له طلقة، ولا يحتاج إلى قضاء قاضي ولا غيره<sup>1</sup>، كما أن م 49 منتقدة حيث يعاب على مدة الصلح وهي ثلاثة أشهر، إذ لم يتم تقييدها بمدة العدة الشرعية، كالمرأة الحامل، وبأنواع الطلاق كالطلاق البائن بينونة كبرى<sup>2</sup>.

فإذا طلق الزوج زوجته وانتهت عدتها خارج المحكمة، ولم يصدر حكم بذلك ومات أحد الزوجين، فإن الحي منهما يستطيع أن يرث الميت في نظر قانون الأسرة الجزائري لعدم صدور حكم، في حين أن في الشرع الإسلامي لا ميراث بينهما لإنهاء العدة الشرعية، وكذلك إشكال إذا تزوجت المرأة بعد العدة الشرعية والتي لم يصدر فيها حكم بعد، فإنه في نظر التشريع الجزائري يعتبرها زوجة الغير لأنها في الوثائق الرسمية كذلك، وكذلك العدة فإنها تبدو في نظر القانون ابتداء من تاريخ النطق بالحكم، لا بوقت تلفظ الزوج خارج دور القضاء، وهذا يطيل عدة المطلقة، بينما في نظر الشريعة الإسلامية تبدو العدة من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، وهذا الخلاف ناتج عن عدم ثبوت الطلاق في قانون الأسرة إلا بحكم<sup>3</sup>.

وكذلك الإشكال أيضاً في تعريف قانون الأسرة الجزائري بالطلاق البائن والطلاق الرجعي،

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 197. بتصرف.

<sup>2</sup> سليمان ولد خسال، سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ المحمدية الجزائر: دار طليطلة، 2010)، ص 124.

<sup>3</sup> الصادق فريوي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 1994-1995، ص 104. (بتصرف)

حيث نصت المادة 49 ق أ على ما يلي: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى). ونصت المادة 50 ق أ على أنه: (من راجع زوجته أثناء محاولات الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد).

أولاً: لم تنص المادتان صراحة على نوعي الطلاق؛ الرجعي والبائن.

ثانياً: يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقاً للمادة 49، وقد تتعدّد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدو حسابها من تصريح الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقاً للمادة 50 فقد حصل تعارض بين القانون والشرعية الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى من الناحية الشرعية يحتاج المطلق - لإرجاع زوجته - إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 من قانون الأسرة.

ثالثاً: قد يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدؤ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدؤ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشرعية على عدة مستويات، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية<sup>1</sup>.

#### -الحل القضائي لإشكالية ازدواجية العدة والتعارض الحاصل مع المادة 49 ق.س:

حقيقة أن المشرع الجزائري أوجد نوعين من العدة الأولى عدة شرعية تحسب من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق خارج ساحة القضاء، والثانية عقد قانونية تحسب من تاريخ رفع الدعوى أو ما سماه المشرع من تاريخ التصريح بالطلاق، لكن القضاء الجزائري تصدى للمشكلة لإيجاد حل لمسألة كيفية إثبات الطلاق العرفي خارج ساحة القضاء، حيث عملت التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم على إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، والطلاق العرفي الذي يقع خارج ساحة المحكمة يعتد به شرعاً وقانوناً، إلا أنه تبقى مسألة إثبات هذا الطلاق أمام المحكمة

<sup>1</sup> سعيد بويصري، نظرات في مواد الطلاق، (www.bowzerin.net)، تاريخ الاطلاع: 2019/08/01، بتوقيت: 11:17 دقيقة.

لإصدار حكم قضائي بذلك، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية كي يكون لهذا الطلاق الصبغة القانونية النظامية، وإثبات هذا الطلاق العرفي يكون بشهادة الشهود، الذين حضروا طلاق جماعة المسلمين، لأن الزوج مادام قد تلفظ بالطلاق حقيقةً، وأن جماعة من المسلمين قاموا بفك الرابطة الزوجية، على اعتبار أن الزوج قد تلفظ بالطلاق، وقد تكون فترة العدة الشرعية قد مرت، وأصبح الطلاق بائناً، هنا ما على القضاء إلا سماع الشهود وإثبات الطلاق بحكم قضائي، وأما محاولات الصلح في هذه الحالة يعطل العمل بها، فلا مجال للصلح في طلاق وقع وأنتهى، وبالتالي يتم إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، هو ما أيدته القرارات التالية:

- (من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء .

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون)<sup>1</sup>.

- وجاء في قرار آخر والذي يوضح أيضاً إثبات الطلاق العرفي قضاءً، إذ ورد فيه: (إن "الطلاق العرفي"، الموقع من الزوج و"المثبت قضائياً"، لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية)<sup>2</sup>، - كما جاء في قرار آخر (... يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقاً، إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فلا على القاضي سوى الحكم له به...)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار رقم 216850، بتاريخ 12/02/1999، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 100.

<sup>2</sup> قرار رقم 288322، بتاريخ 25/09/2002، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2003، ص 375.

<sup>3</sup> قرار رقم 57812، بتاريخ 25/12/1989، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1991، ص 71.

-وجاء في قرار لاحق على جواز سماع الشهود في مسألة إثبات الطلاق العرفي حيث جاء في القرار مايلي: (يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج والطلاق العرفي، سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف)<sup>1</sup>.

-وجاء في قرار آخر: (من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي يقضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية)<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الآثار الخاصة التي ينفرد بها الخلع

باعتبار أن الخلع هو محل الدراسة لأبد من معرفة أهم الآثار التي ينفرد بها عن باقي طرق فك الرابطة الزوجية، وتوضيح ذلك وفق مايلي:

#### 1-التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء أكان البدل المتفق عليه أم المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق أم أقل لقوله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَّتْ بِهِ... ٢٢٩﴾ [البقرة: 229].

<sup>1</sup> قرار رقم 315403، بتاريخ 2005/02/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، مجلة المحكمة العليا عدد 01، لسنة 2005، ص 275.

<sup>2</sup> قرار رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 86.

## 2- عدة المختلعة: اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

-القول الأول: أن المختلعة تعد بثلاثة قروء لعدة المطلقة وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية لهم واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ [البقرة: 228]، وما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية<sup>1</sup>.

-القول الثاني: المختلعة تعد بحيضة واحدة، وذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وهي رواية معتمدة عن أحمد.

-من خلال الرأيين يمكن القول أن الرأي الأرجح هو الاعتداد بثلاث حيضات وذلك لعموم الآية المذكورة في القول الأول، وذلك لأن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الاحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشمل على حمل منه، ودلالة ثلاث حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

وهو الموقف الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 58 ق.س والتي نصت (تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء...) ولم تذكر المادة إستثناء على المختلعة وبالتالي فعدتها هي أيضا بثلاثة قروء، لإعتبارها في حكم المطلقة إستناداً لنص المادة سالفة الذكر<sup>2</sup>.

## 3- سقوط الحقوق الزوجية:

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج والزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، ولا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، وفي سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطها ثلاثة آراء:

-الرأي الأول: يرى أبو حنيفة أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة، سواء أكان الخلع بهذا اللفظ أم بلفظ المبارأة ومشتقاتها، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج، فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه وليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي

<sup>1</sup> منصورى نورة، المرجع السابق، ص 150.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 150 - 151. (بتصرف).

قبضته إلا إذا كان الخلع واقعاً عليه، أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكن، فلا تسقط بالخلع بالاتفاق ومثل ذلك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع<sup>1</sup>.

-**الرأي الثاني:** يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع أو المبرأة، ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه وفي الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة مع ما اتفق عليه، ووجه التفرقة أن المبرأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه، وهي لم تقيد شيئاً دون غيره فتحمل على الإيداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه<sup>2</sup>.

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها، ولكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، ولا يسقط غيره، وفي حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة 54 ق.س تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه.

فلو رجعنا لقانون الأسرة لوجدنا أن المهر إذا كان مؤجلاً فيبقى ديناً على الزوج حيث نصت المادة 15 ق.س (يحدد الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً...)، وبالتالي فإذا حدد الزوجين الصداق المؤجل في عقد الزواج فيبقى هذا العقد دليل إثبات للمطالبة به عند حصول الفرقة بين الزوجين، لأن المهر يعتبر شرطاً من شروط الحِلِّ بين الزوجين، فلا يحق إسقاطه لأنه قد بني عليه العقد، كما أنه بالمقابل عند الحكم بالخلع يحكم القاضي بنفقة عدة، وبالتالي الحقوق الزوجية في حالة الخلع من مهر أو نفقة لا تسقط في التشريع والقضاء الجزائري.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 572.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 573.



### الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الزواج في فترة العدة

نصت المادة 441 من قانون العقوبات على ضابط الحالة المدنية الذي يبرم عقد الزواج فيه امرأة مازالت في عدتها "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة مالية من 100 إلى 1.000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين ضابط الحالة المدنية ... الذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها وذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني" لكن الملاحظ أنه لا توجد مادة صريحة تنص على حالة معاقبة الزوجة التي يدخل بها زوجها الثاني ومازالت في عدة الرجل الأول، -وحسب رأينا- فإن هذه الزوجة تعد مرتكبة لجريمة الزنا لأنها مازالت في ذمة الزوج الأول فيمكن للزوج متابعتها قضائياً بشكوى منه تودع لدى وكيل الجمهورية.

إن قيام جريمة زنا الزوجين تتطلب لتطبيق مضمون الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 339 من قانون العقوبات بشأنها أن تتوفر على عدة شروط يمكن إستخلاصها من أحكام هذه المادة. وهذه الشروط سنحاول أن نتحدث عنها ضمن النقاط الآتية:

**1- ركن الفعل المادي<sup>1</sup>:** وهو الشرط المتمثل في تسليم الزوجة نفسها طواعية إلى رجل غير زوجها ليمارس معها الفعل الجنسي بشكل طبيعي وتام. والمتمثل أيضاً في إثبات أن الرجل المتزوج يكون قد باشر عملاً جنسياً طبيعياً كاملاً مع امرأة لا تحل له شرعاً، وبغض النظر عن كون هذا المرأة متزوجة أم غير متزوجة، راضية أم مغتصبة.

**2- شروط قيام الرابطة الزوجية:** وهو شرط يتمثل في قيام علاقة زوجية رسمية وشرعية بين الزوجة المتهممة بالزنا وبين زوجها الشاكي ضدها، أو في قيام علاقة زوجية شرعية ورسمية بين الزوج المتهم بالزنا وبين الزوجة الشاكية ضده.

**3- ركن قيام القصد الجرمي:** وهو شرط يمكن استخلاصه بسهولة من طبيعة الوقائع ومن ظروف الفعل الجنسي، ويمكن توفره بمجرد ارتكاب المرأة المتزوجة فعل الزنا طواعية وهي

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 95-96.

عالمة بأنها زوجة رجل غير ذلك الذي وهبته جسدها وسلمته فرجها، ويمكن توفيره أيضاً بالنسبة إلى الزوج بمجرد علمه بأنه زوج لإمرأة ويجمع إمرأة غير زوجته بملء حريته وتنفيذاً لرغبته<sup>1</sup>.

وبهذا نقول إذا توفرت في الزوجة الأركان الثلاثة لجريمة الزنا وإرتكبت الفعل الجنسي وهي مازالت في فترة عدتها من طلاق أو فسخ أو لعان، فتكون جريمة الزنا قائمة في حقها، ويحق لزوجها تقديم شكوى للمتابعة الجزائية.

## المبحث الثاني

### حق الزوجة في الحضانة والسكن والزيارة

سنعالج في هذا المبحث حقاً من حقوق الزوجة المتعلق بفك الرابطة الزوجية، وهو حقها في حضانة الأولاد، وكذا حقها في مسكن ممارسة الحضانة، وحقها في الزيارة الطفل المحضون إذا أسندت الحضانة لغيرها، وسيتم توضيح ذلك وفق ما هو موضح أدناه.

#### المطلب الأول

##### حق الزوجة في ممارسة الحضانة

تعتبر الحضانة أثراً من آثار فك الرابطة الزوجية سواء أكان بالتطليق أم الخلع، وبما أن من مصلحة الطفل ممارسة الحضانة عليه وهي حق له، فهو أيضاً يعد حقاً للزوجة متى توفرت فيها شروط الحضانة، فما المقصود من الحضانة وما هي شروطها؟ ومن أولى الناس بالحضانة؟ وفيما تتمثل إشكالاتها؟.

##### الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها وطبيعتها

من أهم الآثار القانونية لانحلال الرابط الشرعي بين الزوجين هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به ورعاية شؤونه والإشراف عليها، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية، إذ بها تكفل التربية الصحيحة والأخلاق السليمة وبه يتحقق نوع من الإستقرار النفسي الذي فقده بعد إفتراق والديه، فما المقصود بالحضانة؟ وفيما تكمن حكمة تشريعها وطبيعتها؟.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 96.

## أولاً: تعريف الحضانة

**لغةً:** الحضانة مصدر الحاضن والحاضنة: والمحاضن المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، وحضن الصبي يحضنه حضنا: رباه<sup>1</sup>، وعليه فالحضانة لغوياً تفيد معنى ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

**إصطلاحاً:** هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأموره، ووقايته مما يؤذيه ويضره، واعداده جسمياً وعقلياً ونفسياً كي يقوى على النهوض بتببيعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها<sup>2</sup>.

**قانوناً:** عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقاً من أهدافها في نص المادة 62 حيث نصت "الحضانة رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، وبذلك فالحضانة هي رعاية وعاطفة تجاه الولد فلا بد من توفير هذا الجو، لأن الحضانة تكون نتيجةً للطلاق وأثراً من آثاره، فلا بد من حماية الطفل بعد حصول الفرقة بين الزوجين، فعمد المشرع إلى تشريع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup>.

## ثانياً: الحكم الشرعي للحضانة

بما أن الحضانة هي رعاية للولد وحماية مما قد يؤذيه، فهل تعتبر حقاً للحاضن، أو للمحضون، أو لهما معاً؟.

ذهب الشافعي وأحمد والثوري وفي رواية عن مالك إلى أن الحضانة حق للحاضنة، ولها أن تتنازل عنه في أي وقت، ولا تجبر إذا امتنعت<sup>4</sup>.

وذهب بعض الفقهاء إلى أنها حق للمحضون، تجبر الأم عليه إن امتنعت، وبه قال بعض الحنفية، ورواية لدى الحنابلة.

<sup>1</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 911.

<sup>2</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج2. (ط: 1؛ لبنان: دار الفكر، 1977)، ص 288.

<sup>3</sup> هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، مجلة جيل حقوق الانسان، العدد 14، بيروت، 2016، ص 58-59.

<sup>4</sup> أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج2، ص 177.

وذهب الجمهور من الحنفية على الصحيح عندهم من أنها حق للحاضنة والمحضون معاً، يقول ابن قدامة (كفالة الطفل وحضانتها واجبة لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك<sup>1</sup>).

وكما يقول أبو زهرة (إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولاً، لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتين)<sup>2</sup>.

وروي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له حواء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، قال لها رسول الله ﷺ: (أنت أحق به ما لم تتكحي)<sup>3</sup>.

قانوناً: الحضانة هي رعاية للولد وبالتالي فهي حق له بدرجة أولى، وتُغلب مصلحة الطفل على حق الحاضن، لأن المشرع الجزائري ركز على مصلحة المحضون وجعلها فوق كل إعتبار حيث ذكرها في 5 مواد، إذ تقدم مصلحة المحضون على حكم المادة العام إذا إقتضى الأمر ذلك، فقد تكون الحضانة للأم وهو حق لها هنا، لكن إذا رأى القاضي أن من مصلحة الطفل المحضون أن يبقى مع خالته فتسند الحضانة لها، ويسقط حق الأم في ذلك، وهو واضح في نص المادة 64 ق.س، وبالتالي فالحضانة هي حق الطفل المحضون، ولا يحق للأم أن تتنازل عنه كبذل عن الخلع مثلاً، وبالمقابل تسند الحضانة لصاحبها فإذا تنازل عنها أو سقطت منه تسند للحاضن الذي يليه، وبهذا تكون الحضانة حقاً للطفل المحضون بدرجة أولى، وحقاً للأم معاً.

### ثالثاً: الطبيعة القانونية للحضانة

إذا كان هناك إتفاق حول المقصود بالحضانة، فإن الفقه والقضاء اختلفا في تحديد الطبيعة القانونية لها، وعليه فقد برزت عدة اتجاهات فقهية، فقد اتجه معظم الفقهاء الفرنسيين

<sup>1</sup> أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج8. (د. ط؛ مصر: مطبعة الإمام، د. ت)، ص 212.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 406.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج2. (د. ط، د. م: دار الكتاب العربي، د. ت)، ص 207.

وبعض الفقهاء المصريين<sup>1</sup> إلى اعتبارها أثراً من آثار الزواج كونها تتعلق ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية<sup>2</sup>، وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، إلا أن هذا تعرض للنقد بحجة أن عقد الزواج تم انهاءه بالطلاق أو بالتطليق وبالتالي لا مجال للحديث عن آثار الزواج، لذلك أدرجها البعض الآخر ضمن آثار النسب، خاصة أنها تعد إلزاماً يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، ورغم ذلك إنتقد هذا الرأي كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة لهم برعايته.

أما الفقيه "Bartin" فقد أدرجها ضمن مسألة الولاية على المال، ورغم ذلك انتقد لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وإنماؤه، وليس تربية الطفل ورعايته<sup>3</sup>. إلا أن الرأي الغالب وهو الراجح والذي أخذت به أغلب التشريعات فيما بعد، فقد إعتبرها أثراً من آثار الطلاق، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية، وهو الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري الذي نظم أحكام الحضانة تحت الفصل الثاني المعنون بآثار الطلاق.

### -سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتحديد وتقدير مصلحة الطفل المحضون، وهذه الصلاحية الواسعة قد تؤثر في تقدير تلك المصلحة، وحتى يتمكن القاضي من تقديرها بصفة دقيقة له أن يلجأ لعدة وسائل ومنها:

<sup>1</sup> أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان. (د. ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1966)، ص 228.

<sup>2</sup> جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011، ص 33-34.

<sup>3</sup> غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 9، جامعة وهران، ديسمبر 2017، ص 160.

## أولاً: التحقيق

للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون<sup>1</sup>.

## ثانياً: الإنتقال للمعاينة

وهذا بالإنتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، كضيق السكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذا كله يدخلها القاضي في الحساب عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها مراعاة لمصلحة المحضون.

## ثالثاً: الإستماع إلى أطراف العائلة

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، بالإضافة إلى إخوة أو أخوات وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه.

رابعاً: الاستعانة بتقارير الخبرة؛ يمكن للقاضي الاسترشاد بتقارير أهل الخبرة في تقدير مصلحة المحضون، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري إذ أخذ بتقرير المرشدة الإجتماعية في تقرير مصلحة المحضون<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة ومدتها

لممارسة الحضانة لا بد من توفر مجموعة من الشروط، كما أنه لا بد أن تكون الحضانة في مدة معينة، فما هي شروط الحضانة؟، وفيما تكمن مدة ممارستها؟.

أولاً: شروط ممارسة الحضانة؛ اختلف الفقهاء في الشروط الواجب توفرها في الشخص الممارس للحضانة على المذاهب التالية:

<sup>1</sup> بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، جامعة الوادي، شتاء 2014، ص 191.

<sup>2</sup> بجاق محمد، المرجع السابق، ص 192.

-**الحنفية:** اتفق الأحناف أنه يشترط في الحضانة عدة أمور منها<sup>1</sup>:

- 1- أن لا ترتد الحاضنة فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة فإن تابت رجع لها حقها؛
- 2- أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فإن ثبت فسوقها أو محترفة حرفة دنيئة كالرقص فإن حقها يسقط؛
- 3- أن لا تتزوج عن أبيه فإن تزوجت سقط حقها إلا أن يكون زوجها رحماً للصغير، كأن يكون عمًا له، فإن تزوجت أجنبياً سقط حقها فإن طلقها الزوج الثاني عاد حقها في الحضانة.
- 4- أن لا تترك الصبي دون مراقبة، خاصة إذا كانت أنثى تحتاج إلى رعاية، فإن كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طوال الوقت وتهمل في تربية صغيرها، فإن حقها يسقط بذلك.
- 5- ضرورة العقل في الحاضنة.

-**الحنابلة:** واشترط الحنابلة ما يلي:

- 1- أن يكون الحاضن عاقلاً؛
  - 2- أن يكون حرّاً؛
  - 3- أن لا يكون عاجزاً، كالأعمى؛
  - 4- أن لا يكون أبرص أجم؛
  - 5- أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي.
- المالكية:** اتفق المالكية على الشروط الآتية:
- 1- العقل، فلا حضانة لمجنون؛
  - 2- القدرة على قيام شؤون الطفل المحضون.
- الشافعية:** اتفق الشافعية على عدة شروط منها:

- 1- أن يكون الحاضن عاقلاً فلا حضانة للمجنون، إلا إذا كان جنونه قليلاً نادراً، كيوم واحد في السنة كلها؛
- 2- الحرية فلا حضانة لرقيق؛

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 59.

3-الإسلام، فلا حضانة لكافر على مسلم؛

4-العفة، فلا حضانة لفاسق، ولو تارك صلاة؛

5-الأمانة، فلا حضانة لخائن في أمر من أموره؛

6-شرط الإقامة في بلد المحضون، إذا كان مميزاً؛

7-أن لا تكون الحاضنة أمّاً الصغير متزوجة بغير محرم، فإن تزوجت بمحرم كعمه فلا تسقط حضانتها<sup>1</sup>.

-وجه المقارنة:

اختلف الأئمة في تحديد الشروط لكن نجملها فيما يلي:

-الردة، الفسوق، الزواج بغير الأب، عدم ترك الصبي، العقل، الحرية، الأمانة، الإقامة في بلد المحضون، عدم المرض، القدرة.

وبذلك فاختلاف المذاهب حول تحديد الشروط الواجب توافرها في الشخص الممارس للحضانة، فإنما هو لدافع واحد ووحيد هو حماية الطفل المحضون ورعايته، وتوفير السبل التي من شأنها أن تنشئ الطفل المحضون نشأة صحيحة.

-شروط الحضانة قانوناً:

أما قانون الأسرة الجزائري فقد وضع بعض الشروط في المادة 62 من قانون الأسرة، ولكن تلك الشروط كانت مقتضبة جاءت تحت باب تعريف الحضانة ولم يأت بشروط خاصة<sup>2</sup> حيث جاء في المادة (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويجب أن يكون الحاضن أهلاً لممارسة الحضانة).

فمن بين الشروط نذكر:

- رعاية الولد؛ وعدم ترك الصبي من خلال الرعاية بجميع أنواعها؛

<sup>1</sup> أبو مبشر الطرازي، المرأة وحقوقها في الإسلام. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1984)، ص 73.

<sup>2</sup> هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص



-تعليم الولد وتربيته على دين أبيه، وكان على المشرع أن يسقط الحضانة إذا كانت الأم غير مسلمة، لأن الولد يتأثر بأمه لأنه كثيراً مايلازمها، فمن باب أولى الحفاظ على دين الطفل أولى من الحفاظ على حضانة الأم الكافرة، وهو الموقف الذي نجده عند الحنفية كما ذكرنا سابقاً؛

-الحفاظ على الولد صحة وخلقاً؛

- الأهلية، فيكون الحاضن بالغاً راشداً، فلا حضانة لقاصر ولا مجنون.

فهذه شروط غير كافية، على عكس قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 137 اشترط شروطاً صريحة في الحاضن بأن يكون متمتعاً بالعقل والبلوغ والقدرة على القيام بصيانة المحضون صحة وخلقاً، وكذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 57 وما بعدها اشترطت أن يكون الحاضن أميناً، قادراً على القيام بشؤون الطفل، سالماً من الأمراض المعدية، ويكون من دين أب المحضون<sup>1</sup>، وخاصة هذا الشرط الأخير إذ ديانة الحاضن إذا كانت غير الإسلام، فقد يؤدي إلى أن ينشأ الولد على غير دين أبيه، لأنه من غير المنطقي أن تسند الحضانة لغير المسلم ويقوم بتربية الطفل على دين الإسلام، وهو لا يعترف بهذه الديانة مطلقاً، فكان على المشرع من باب أولى إسقاط الحضانة على غير المسلم، حتى ولو طلبها والتزامه على تربيته على دين أبيه، كل هذا مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، لأن الطفل إذا فقد دينه، قد خسر الدنيا والآخرة.

### ثانياً: مدة الحضانة

إذا أسندت الحضانة للأم أو غيرها، فتمارس تلك الحضانة في مدة زمنية محددة تختلف حسب جنس الطفل المحضون، ونميز في المدة بين الشرع وقانون الأسرة الجزائري مايلي:

**قانوناً:** حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجبه القانون، حيث حددت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري انتهاء مدة ممارسة الحضانة، فبالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج أي تسعة عشر سنة كما نص على إمكانية

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 3، الجزائر: دار هومة، 2011)، ص 140.

تمديدها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون<sup>1</sup>، وقد لخص المشرع الجزائري مدة الحضانة في المادة 65 بنصها " تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

وذهبت المدونة المغربية في المادة 166 إلى أن الحضانة تستمر إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، وبعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر سنة، أن يختار من يحضنه بين أمه وأبيه<sup>2</sup>.  
شراً: اختلف الفقهاء في مدة ممارسة الحضانة إلى أقوال:

-**فالحنفية:** يقولون بأن الحاضنة أحق بالغلام إلى أن يأكل ويشرب ويلبس وحده، وفي رواية عن محمد ويتوضأ وحده أو يستتجى وحده.

أما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض، وفي حدودها بالنسبة للغلام بسبع سنين وللجارية تسع سنين<sup>3</sup>.

-**أما المالكية:** فالغلام يترك في الحضانة حتى يحتلم، وقيل حتى الإثغار أما الجارية فإنها تبقى في الحضانة حتى تتزوج.

-**أما الشافعية والحنابلة:** فيذهبون إلى أن الغلام يبقى في الحضانة، حتى يبلغ سبع سنين، فإذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه، فإذا تنازعا فيه فأيهما أختاره فهو أولى به<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: أولى الناس بالحضانة ومسقطاتها وحق الرجوع فيها

الحضانة تعد رعاية للطفل المحضون، وقد أولى لها الشرع الإسلامي إهتماماً كبيراً، لمراعاة تلك الرعاية ومصلحة المحضون في ذلك، وقد حذا حذوه المشرع الجزائري حينما ضبط

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 258.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندی، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص 222.

<sup>3</sup> بيجرمي علي الخطيب، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج2. (ط: 1؛ د. م. د. ن، 1951)، ص 97.

<sup>4</sup> أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المغني، ج8. (د. ط؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي، 1958)، ص 216.

أحق الناس بحضانة الولد وإسناد الحضانة لمستحقيها، وكما أعطى لهؤلاء الحاضنين الحق في ممارسة الحضانة أسقط لهم الحق فيها إذا لم يولوا للحضانة إهتماماً أو خالفوا أحكام ممارستها، ومن جهة أخرى أجاز حق الرجوع في ممارستها بعد إسقاطها في بعض الحالات وهو ما سنعرفه أدناه.

### أولاً: أولى الناس بالحضانة

بعد حصول الفرقة بين الزوج والزوجة سواء أكان بطريق التطليق أم الخلع، فلا بد أن تسند الحضانة لأصحابها، فمن أولى الناس بحضانة الأولاد؟ وما هو ترتيب المحضونين؟.

-قانوناً: لقد أعطى قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم، الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بنصها "الأم أولى بحضانة ولدها..". إدراكاً من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، فالأم أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به وأكثرهم صبراً على تحمل مشاق العناية به<sup>1</sup>.

وبالرجوع الى نص المادة 64 نجد ترتيب الحواضن وفق ما يلي "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" فإذا تبين أن الحاضن الأول ليس أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى الحاضن الثاني وهكذا<sup>2</sup>، وذلك بإعطاء أوليات في الحضانة، والأكثر من ذلك ذكر في آخر المادة" مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" أي أنه زاد من تركيز الحماية للطفل المحضون، فإن كان من مصلحة المحضون بقاءه مع الخالة سقطت الحضانة عن الآخرين، وهذا نوع من الحماية للطفل، من الإساءة العاطفية والنفسية التي قد يعترض لها، فنتيجة أن الولد المحضون ليس راجباً في بقاءه مع أحد المحضونين ورجب في خالته، فمن مصلحة

<sup>1</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 304.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 256.

الطفل المحضون بقاءه مع خالته، والقاضي له السلطة التقديرية في إسناد الحضانة أو إسقاطها، مع بقاء معيار مصلحة المحضون دائماً.

وبهذا تكون المادة 64 من قانون الأسرة وفرت الحماية اللازمة للطفل المحضون، فإذا حدثت إساءة من الحاضن الأول للطفل وهي الأم، كأن تكون قد استعملت الولد المحضون في التسول، أو تبين سوء أخلاق الأم وانحرافها، تنتقل الحضانة مباشرة للأب، وهكذا. شرعاً: لقد جعلت الشريعة الإسلامية السماح المطابقة لمقتضيات العقل والفترة السليمة حق حضانة الصغير أولاً لمحارمه من النساء، وجعلت أحق النساء المحارم بحضانة الصغير أمه، وجعلت قرابة الأم مقدمة في استحقاق الحضانة على قرابة الأب والجد<sup>1</sup>.

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، إلى أن أولى الناس بحضانة الطفل أمه، فإذا فقدت الأم أو لم تكن أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى أمها أي جدة المحضون من أمه<sup>2</sup>، ويقدم الأحناف النساء على العصابات الأم فأمها ثم الجدة لأب فالأخوات فبناتهن فالخالات فالعمات، ثم ينتقل الحق إلى العصابات من ذوي الرحم المحرم الأقرب فالأقرب على ترتيب الإرث، إلا بني الأعمام<sup>3</sup>.

**أما المالكية:** فالأم فأمها فجدتها، فخالته، فعمة الأم، فجدته لأبيه، فأبوه، فأخته، فعمته، فخالته، فالوصي، فالأخ، فالجد لأب... فإن تساوا قدم الأفضل للمحضون من حيث الصيانة والشفقة، فإن تساوا فالأسن<sup>4</sup>.

**أما الشافعية:** تقدم الأم فأمها، ثم الأقرب فالأقرب، فإن عدم الأمهات والآباء ففيها ثلاثة أوجه:

1- النساء أحق بالحضانة من العصابات؛

2- العصابات أحق بها؛

<sup>1</sup> محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، 2007)، ص 406.

<sup>2</sup> محمد محمود بن الحسين الاستروشي، جامع أحكام الصغار، ج1. (ط: 1؛ مصر: المطبعة الأزهرية، د. ت) ص 98-99.

<sup>3</sup> علاء الدين السمر قندي، تحفة الفقهاء، ج2. (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 340.

<sup>4</sup> أبي البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3. (د. ط؛ لبنان: مؤسسة الرسالة، د. ت)، ص 634.

3- إن كان العصابات أقرب قدموا، وإن كان النساء أقرب قدمن، وإن استتوا في القرب قدمت النساء.

**أما الحنابلة:** فالأم، ثم أمها، الأقرب فالأقرب منهن، ثم الجد وإن علا، ثم أمهاته الأقرب فالأقرب، فالأخوات، فالخالوات، فالعمات، فخالوات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخوته وأخواته، ثم بنات أعمامه وعماته، وهلم جرا ولا تستحق العصابات الحضانة إلا بعد من تقدم ذكره وهذا صحيح في مذهب الأقرب فالأقرب<sup>1</sup>.

### ثانياً: مسقطات الحضانة

لممارسة الحضانة من طرف الحاضن لا بد عليه من توفر مجموعة من الشروط، سواء أثناء ممارسة الحضانة أم شروط تتعلق بالحاضن، وإن أخل بالالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطاً من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه، وبهذا نجد أن قانون الأسرة وفر الحماية للطفل، وذلك بتشريع مسقطات الحضانة، فأي إساءة للطفل المحضون تسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة مباشرة، وكل من له مصلحة في ذلك له الحق في المطالبة بإسقاط الحضانة قضاءً، ومن مسقطات الحضانة التي عالجها قانون الأسرة من المادة 66 إلى المادة 70 نذكر أسبابها كالآتي:

**1- سقوط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم:** لقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم"، أي أن من شروط الحضانة أن لا تكون الأم الحاضنة متزوجة من أجنبي<sup>2</sup>، ويعني بالأجنبي أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي، وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة بقوة القانون، وهذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، وعلّة الإسقاط أن هذا الشخص ليس من أقارب الطفل المحضون، فقد يسيء للطفل أثناء بقاءه مع أمه في بيت هذا الشخص، لأنه ليس من صلبه، والمعلوم أن الحضانة هي رعاية، فزواج الأم الحاضنة برجل ليس من أقارب الولد المحضون يهمل هذه الرعاية،

<sup>1</sup> أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 223.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 154.

فحماية للطفل المحضون من أي إساءة قد تصدر من هذا الزوج غير القريب للطفل لأبد من إسقاط الحضانة عن هذه الأم، أما إذا تزوجت هذه الأم مثلاً بعم الولد المحضون فلا تسقط هذه الحضانة عن تلك الأم، لأن عم الطفل من أقاربه، وبالتالي سيعطف عن ابن أخيه، وهذه هي الحماية بذاتها التي رغب المشرع في وضعها، لرد الإساءات للطفل سواء أكانت النفسية أم الجسمية أم غيرها.

## 2- سقوط حق الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن

لقد أورد المشرع في نص المادة 67 من قانون الأسرة على أنه " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، ونستشف من هذه المادة أن المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة وضع مجموعة من الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة، فإن اختل أحد تلك الشروط، سقط حقه في الحضانة، ومن تلك الشروط "رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لممارسة الحضانة"، فإذا كانت الحاضنة هي الأم وأخلت بالتزاماتها وبواجبها تجاه المحضون، والمتمثلة في الرعاية والتربية والحماية والحفظ، فإنه باستطاعة القاضي أن يسقط حضانتها، وفي جميع الحالات يراعي القاضي مصلحة المحضون<sup>1</sup>.

3- سقوط حق الحضانة بعد مرور سنة: جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه " إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها"، وبهذا فإذا أسندت الحضانة لصاحبها، ومرت سنة كاملة ولم يمارس تلك الحضانة على الولد المحضون تسقط حقه فيها بقوة القانون.

فترك الطفل دون حضانة نوع من الإساءة للطفل، فإذا تعرض الطفل المحضون لهذه الإساءة، ولم يطلب من هو أولى الناس بالحضانة لممارستها لمدة سنة، سقط حقه فيها، وتنتقل الحضانة مباشرة للحاضن الذي يليه في الترتيب لغرض حماية الطفل، وعدم تركه دون حاضن يرباه ويحميه، من مختلف الانتهاكات التي قد تمسه.

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصحا وشرحا، المرجع السابق، ص 77.

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل، ومضى على ذلك سنة فأكثر، فإن حق الحضانة يسقط<sup>1</sup>، بتسبب أن هؤلاء غير مهتمين بالطفل فمن باب أولى إسقاط الحضانة عنهم حماية للطفل.

**4- سقوط حق الحضانة بالمساكنة:** جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، ومعنى هذا أن الخالة أو الجدة التي أسندت لها الحضانة إذا كانت تسكن مع أم الطفل المحضون، وكانت هذه الأم متزوجة بشخص لا تربطه قرابة بالولد المحضون، سقط الحق في الحضانة لهذه الخالة التي أسندت لها الحضانة، أو الجدة إن كانت هي الحاضنة، وهذا كله حماية للطفل وتجنب الإساءات التي قد تصدر من هذا الشخص غير القريب للولد المحضون.

#### **5- الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي**

ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ... " فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي وهذا ما يعني الإقامة الدائمة أو لمدة غير محددة، أما الإقامة المؤقتة غير الطويلة لا تسقط الحضانة.

فإذا رأى القاضي أن السفر بالولد المحضون يؤثر على مصلحة المحضون، كونه سيرتب الإساءة الوجدانية والعاطفية للطفل، على اعتبار أنه سيبقى بعيداً عن أهله ووالده، كما يتعذر على الأب الإشراف على ابنه المقيم بالخارج، وكذا حق الزيارة لبعده المسافة، فإذا ثبتت هذه الإساءة، يتدخل القاضي بإسقاط الحضانة من الحاضن وإسنادها لآخر، بتسبب أن بُعد الطفل عن أبيه يحرم الأب من ممارسة الولاية عن

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142.

ابنه، وصعوبة مراقبة أحواله، فإسقاط الحضانة لأبد منها لتجنب الإساءة للطفل<sup>1</sup>.

### ثالثاً: حق الرجوع في الحضانة

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على عودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، بمعنى أن عودة الحضانة تكون بزوال المانع الإيجابي الذي لا دخل لإرادة الحاضنة فيه، أما الذي إرادته لها دخل في وجود المانع، فإذا زال هذا المانع لا تعود الحضانة بزواله، والمالكية يعتبرون زواج الأم الحاضنة مانعاً اختيارياً، للحاضنة دخل فيه فيمنع من عودة الحضانة ولو زال هذا المانع بالطلاق أو الفراق<sup>2</sup>.

وبهذا يصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر في حقه حكم بسقوط الحضانة أن يقدم عريضة وفقاً للقانون إلى المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحاضنة، وعليه فقط أن يذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها عنه، وبياناً واضحاً وصريحاً بإثبات زوال السبب الذي كان أساساً لسقوط حقه في الحضانة.

أما ما ينبغي ملاحظته بشأن الحضانة فهو أن المشرع الجزائري قد اكتفى باشتراط تربية المحضون على دين أبيه واشتراط أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بأعباء الحضانة، ولم يشترطوا أن يكون الحاضن على دين أب المحضون وهذا ما يسمح بإسناد حضانة الطفل إلى أمه غير المسلمة كما يجوز إسناد حق الحضانة إلى الأم ولو كانت فاسقة مادام المحضون لا يميز بين فعل الفسق وغيره، مما يؤدي هذا إلى مخالفة المقصد الشرعي من تشريع الحضانة، مما يستوجب على المشرع الجزائري مراعاة ذلك<sup>3</sup>.

### -الفرع الرابع: إشكالات التنفيذ المتعلقة بتسليم الطفل المحضون

قبل التكلم عن إشكالات التنفيذ المتعلقة بتسليم الطفل المحضون لأبد من معرفة معنى إشكالات التنفيذ أولاً، ثم توضيح إشكالات التنفيذ المتعلقة بتسليم الطفل المحضون، وفق مايلي:

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 79.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 143-144.



## - إشكالات التنفيذ:

تعتبر إشكالات التنفيذ خصومة عادية ترمي إلى الحصول على حكم بمضمون معين، وقيل بأنه عائق يتعلق بإجراءات التنفيذ الجبري ويؤثر في سير هذه الإجراءات سلباً أو إيجاباً.

-**تعريف الإشكال في التنفيذ:** يقصد بالإشكال في التنفيذ هو كل ما يثار من منازعة بمناسبة عملية التنفيذ، وعلى ذلك فإن إشكالات التنفيذ في هذا المجال يشمل ما يسميه الفقه منازعات التنفيذ الموضوعية ومنازعات التنفيذ الوقتية<sup>1</sup>.

وهناك من يرى أن لفظ إشكالات التنفيذ يجب أن يقتصر على المنازعات المستعجلة المتعلقة بالتنفيذ، والتي ترفع إلى القضاء المستعجل، الذي يفصل فيها بإجراء وقتي بوقف التنفيذ، أو الإستمرار فيه إلى حين الفصل في الموضوع، بينما منازعات التنفيذ الموضوعية تواجه مسائل صحة إجراءات التنفيذ أو بطلانه والتي يطلب فيها الحكم في موضوع النزاع بجواز التنفيذ أو عدم جوازه<sup>2</sup>.

وبهذا فإن إشكالات التنفيذ هي عقبات قانونية تطرح بشأنها خصومة على القضاء قبل تمام التنفيذ، وليست عقبات مادية القصد منها منع التنفيذ، لأن هذه الأخيرة تدلل بإستعمال القوة العمومية التي تسخر من قبل النيابة العامة بناء على طلب المحضر القضائي القائم بالتنفيذ وليست من الإشكالات التي يختص بها رئيس المحكمة<sup>3</sup>.

## - خصائص إشكالات التنفيذ المؤقتة:

- هي صعوبات قانونية وليست صعوبات مادية: فإن إشكالات التنفيذ المؤقتة ليست صعوبات مادية، باعتبار أن هذه الصعوبات يمكن حلها ومنها عن طريق استعمال القوة العمومية التي

---

<sup>1</sup> مبارك توفيق ميلود، إشكالات التنفيذ في القضاء العادي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون، العدد 8، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان، جوان 2017، ص 353.

<sup>2</sup> العربي الشحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية. (د. ط. د. م: منشورات الألفية الثالثة، 2010)، ص 148.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية. (ط: 3؛ الإسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1984)، ص 341.

تسخر للمحضر القضائي من طرف النيابة العامة، فهي صعوبات قانونية قد تمس السند أو أحد أركان التنفيذ.

-هي ليست طريقاً من طرق الطعن: الإشكال في التنفيذ هو إجراء الهدف منه مواصلة التنفيذ أو وقفه، وبالتالي هي ليست طريقاً من طرق الطعن ولا تمس بالسند التنفيذي.

-الإشكال في التنفيذ لا يثور إلا قبل أو أثناء مباشرة التنفيذ: الإشكال في التنفيذ المؤقت أو طلبات وقف التنفيذ هو منازعة وقتية تثار قبل الشروع في إجراءات التنفيذ أو أثناءها، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تثار بعد أن تستكمل إجراءات التنفيذ.

-القاضي المختص بالفصل في إشكالات التنفيذ المؤقتة أو طلبات وقف التنفيذ: بحيث يؤول الاختصاص إلى رئيس المحكمة المكلف بالقضاء الاستعجالي دون غيره من القضاة، فإختصاصه إختصاص مانع لا يجوز لغيره ممارسته.

قد يطرأ أثناء تنفيذ الحكم المتعلق بتسليم المحضون إشكالاً في التنفيذ، إذ توجد حالتين لتسليم المحضون؛ الأولى تسليم المحضون لحاضنة تنفيذاً لحكم الطلاق وهو ما سيتم معالجته هنا، والثاني تسليم المحضون لأبيه تنفيذاً لحق الزيارة المنصوص عليه في الحكم القضائي وهو ما سنتم معالجته في موضوع إشكالات حق الزيارة.

#### -حالة تسليم المحضون لحاضنه:

وهذه الحالة قد يكون فيها الأولاد عند أبيهم بعد حكم الطلاق، فيقتضي الحكم بتسليمهم لأهمهم، والإشكال الذي يواجهه المحضر القضائي هنا ببساطة عدم ذهاب الأولاد مع أهمهم فيثيرون حالة من الصراخ والبكاء التي تمنع المحضر القضائي القيام بمهامه، ويمنع قانوناً على المحضر القضائي تسليمهم بالقوة لأهمهم، أولاً لعدم وجود نص قانوني ينظم ويشرح الحالة، وثانياً مراعاة لحالة الأولاد وسنهم، كما أن الإشكال يشتد أكثر في الإجراء الذي يجب على المحضر القضائي القيام به فلا يمكنه تحرير محضر امتناع ضد الزوج المطلق لأنه من الناحية القانونية قد التزم بالتكليف، ولا يمكنه أيضاً تسخير القوة العمومية من أجل التنفيذ بالقوة على الأولاد، والحل القانوني هو قيام المحضر القضائي بتحرير محضر معاينة للحالة

يصف فيه بدقة الوضعية والمشاكل التي واجهته في تنفيذ الحكم، ويسلم منه نسخة للمعنيين، وغالباً ما يتدخل السيد وكيل الجمهورية في حل مثل هذه المسائل ودياً، وبلقاءات مع الأب والأم المطلقين لحل المسألة بشكل هادئ<sup>1</sup>.

- في حالة عدم طلب الحضانة من كلا الطرفين الأب والأم، فكيف تسند الحضانة في هذه الحالة؟

إن القضاء في هذه الحالة لا يجوز له أن يحكم بما لم يطلب منه، وما نلاحظه إذن وجود فراغ قانوني يجب على المشرع تداركه حتى لا يكون متسبباً في ضياع حق قاصر وهو في حاجة ماسة للرعاية والحنان<sup>2</sup>، وبالتالي الحل في ذلك بتعديل نص المادة 64 بإضافة مصطلح "تسند الحضانة" فتصبح المادة كالتالي: (تسند الحضانة بموجب الحكم إلى الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة).

- هل يحق تجزئة الحضانة؟

بالرجوع إلى إجتهاادات المحكمة العليا رأيت بعدم الحق في تجزئة الحضانة، أي بمعنى أن حضانة كل الأولاد تمنح لطالبتها وهو شخص واحد، حيث أن الواقع العملي أثبت العكس، فقد يوجد أطفال صغار وأطفال رضع، فالأطفال الرضع هم بحاجة ماسة للأم قبل الأب، لكون الأم مسقط الحنان والعاطفة، فإذا افترضنا أن الأب هو الذي طلب الحضانة واستجابت له المحكمة، فالسؤال الذي يطرح هنا ما مصير الطفل الرضيع في حالة عدم تجزئة الحضانة؟ ومنحه للأم مع العلم أنه في حالة الأطفال الرضع دائماً الأم تطلب الاحتفاظ بالرضع، غير أن ما نلاحظه في هذا الشأن أن اجتهاد المحكمة العليا يمنع ذلك؟<sup>3</sup>، وبالتالي نرى أن الحل هو أن المشرع الجزائري يعيد النظر في المادة 64 بجواز تجزئة الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> عبد الفتاح تقيّة، الاشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 40، العدد 2، جامعة الجزائر -1-، 2003.

<sup>3</sup> عبد الفتاح تقيّة، الاشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، المرجع السابق، ص 102.

## المطلب الثاني

### حق الزوجة في سكن ممارسة الحضانة

إذا حصل وفُكَّت الرابطة الزوجية بين الزوجين، إما بطريق الطلاق أو التطلاق أو الخلع، ثم أسندت الحضانة للأم فمن حقها المطالبة بسكن تمارس فيه حضانة الولد، فسنعرف في هذا المطلب مواصفات هذا السكن الملائم، وكذا حق الزوجة المطلقة في متاع البيت بإعتباره مرتبط بسكن الزوجية، ثم معالجة بعض الاشكالات القضائية لمشكل السكن وفق ما هو موضح أدناه.

#### الفرع الأول: التعريف بسكن ممارسة الحضانة

-**التعريف اللغوي للسكن: السَّكْنُ:** والمَسْكَنُ هو كلُّ ما سكنت إليه واستأنست به، والسَّكْنُ: أهل الدار وسكانها، والمسْكَنُ: مكان السُّكْنَى، وتساكُنُوا في الدار: سكنوا فيها جميعاً<sup>1</sup>.

-**التعريف الاصطلاحي للسكن:** هو المكان الذي يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة، وتُراعى في ذلك حالة الزوج من يسار وإعسار ووضعها الإجتماعي<sup>2</sup>.

-**المقصود بمسكن الزوجية:** هو البيت الذي كانت تسكنه الزوجة رفقة زوجها قبل مغادرته والإقامة فيه مع ممارسة كافة لحقوقها وواجباتها المعتادة<sup>3</sup>.

-**المقصود بمسكن الحضانة:** هو المكان الذي تقيم فيه الحاضنة، فإن كانت زوجة لأبيه ففي بيت الزوجية، وإن كانت معتدة ففي مكان العدة<sup>4</sup>، أو هو مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة والإنفصال، وما يترتب عليه الانتقال منه وتغييره من نتائج وآثار ومدى تأثيرها على المحضون أو على كلا الأبوين أو أحدهما<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 440.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 455.

<sup>3</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 3.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الصابوني، الفرقة بين الزوجين، ج2 (ط: 5؛ دمشق: المطبعة الجديدة، 1978)، ص 258.

<sup>5</sup> محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون. (د. ط؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 158.

-التعريف القانوني لسكن ممارسة الحضانة: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده لا يعرف السكن، ولكن وبالبحث في قوانين التشريع الجزائري لوجدنا تعريفاً للسكن في قانون العقوبات في المادة 355 منه بنصها (يعد منزلاً مسكوناً كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقلاً متى كان معداً للسكن وإن لم يكن مسكوناً وقت ذلك وكافة تابعة مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والاسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياح خاص داخل السياج أو السور العمومي).

-تقدير نفقة السكن: تجب السكنى على الزوج لزوجته؛ لأن النفقة تشمل السكنى؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾ [الطلاق: 6]، ومعنى الآية: أسكنوهن من حيث سكنتم من طاقتكم، أي مما تطيقونه، سواء أكان ملكاً أم إجارة أم عارية. وتقدير نفقة السكنى يكون كما بين في أساس تقدير النفقة في المذاهب؛ لأن السكنى جزء من النفقة:

ففي المذهب المالكي: النفقة قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة، وتعتبر العادة بقدر وسع الزوج وحال الزوجة<sup>1</sup>.

وفي المذهب الشافعي: يجب لها مسكن، ويكون المسكن على قدر يساره وإعساره وتوسطه؛ كما قيل في النفقة<sup>2</sup>.

وفي المذهب الحنبلي: يجب لها مسكن، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما<sup>3</sup>. أما قانون الأسرة الجزائري لم يبين قيمة نفقة السكن، إلا الذي نقوله أن السكن يوفره الزوج ويكون سكوناً يليق بحاله. فإن كان مثله لا يسكن إلا في قصر فلا تسكن إلا فيه، وإن كان مثله يسكن في حجرة يكون المسكن الشرعي لها حجرة لها غلق تأمين فيه على متاعها، ويكون لها مرافق شرعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أبي البركات أحمد الدريد، المرجع السابق، ج2، ص 731-732.

<sup>2</sup> أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ص 163.

<sup>3</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 236.

<sup>4</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 238.

## -الطبيعة القانونية للحق في سكن الحضانة:

حق المحضون في السكن باعتباره مقرراً له قانوناً يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار اسناده إياه يعتبر حقاً شخصياً وليس حقاً عينياً، نظراً لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على شيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إذا كان مالكاً للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون إعتراض من القائم بالحضانة<sup>1</sup>، وعلى هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار شريطة أن لا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون من حقه.

## الفرع الثاني: مواصفات مسكن ممارسة الحضانة

يجب أن تتوفر في المسكن الشرعي المواصفات والشروط الآتية:

1- أن يكون المسكن المهيو مناسباً لحال الزوج المادية؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾ [الطلاق: 6]، وبناء على هذا ينبغي أن يكون المسكن مناسباً لحال الزوج، حسب قدراته المادية وأوضاعه الإجتماعية، بحيث يستطيع الزوج معاشرته زوجته فيه بالوجه الشرعي، وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومتاعها، هذا في حالة المسكن الزوجي<sup>2</sup>، ونفس الحكم ينطبق على مسكن ممارسة الحضانة، بأن يكون مسكناً مهياً حسب يسر وعسر الزوج.

2- أن يكون المسكن يحتوي باباً له غلق، وأن يكون محتوياً المنافع الضرورية، وأن يشمل كل اللوازم الشرعية للسكنى من مرافق وأثاث وفراش وأدوات منزلية، تطلبها مقتضيات السكن، وذلك حسب حال الزوج.

ومما تجدر الإشارة إليه: أن المسكن ينبغي أن يكون له مرافق ضرورية وهي التي تلزم للسكنى، بأن تتوفر فيه كل ما يحتاج إليه من فراش وأثاث ومرافق أخرى، وإذا كان حال الزوج فقيراً لا يساعده دخله على مسكن منفرد يجوز أن يكون المسكن شرعياً من غرفة واحدة

<sup>1</sup> عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011، ص 41.

<sup>2</sup> أحمد محمد علي داود، لمرجع السابق، ج1 و2، ص 287.

مع مرافقتها ولا يشاركه فيها أحد، ولا يعتبر المسكن شرعياً إذا كان منقطعاً عن الناس أو مخيفاً ولو توافرت فيه جميع الشروط إلا إذا أحضر لها الزوج مؤنس كخادم أو امرأة كبيرة<sup>1</sup>.

3- أن لا يسكن المسكن أحد من أهله وولده وغيرها، إلا إذا كان طفلاً غير مميز، وعليه أن يسكنها في دار منفردة، ليس فيها أحد من أهله، إلا أن تختار ذلك، وإن كان له ولد من غيرها، بحيث يفهم الجماع، فليس له أن يسكن معها<sup>2</sup>.

4- يشترط في المسكن أن يكون له جيران، والبيت الذي ليس له جيران ليس مسكناً شرعياً، فإذا أسكنها في بيت له وحشة لبعده، أو لخلوه من الساكنين، ولم يكن عندها من يدافع عنها إذا خشيت من اللصوص أو أهل الفساد أو سواهم، فيلزم الزوج عند ذلك أن يأتيها بامرأة تؤنسها.

5- إذا كان للزوج دار بها بيوت، وكان للزوجة أحد هذه البيوت ما يتحقق معه استقلالها، وكان يعيش في البيوت الأخرى والدا الزوج فليس لها الإمتناع عن العيش معهما، إلا إذا تحقق الإيذاء<sup>3</sup>.

#### -موقف المشرع الجزائري:

أقر قانون الأسرة الجزائري بإلزامية الزوج توفير سكن ملائم للطفل المحضون لممارسة الحضانة، سواء أكان هذا السكن ملكاً له كسكن مستقل، فإن تعذر عليه ذلك يدفع بدل الإيجار، ويسري بدل الإيجار من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة، والملاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد مواصفات السكن الملائم مما يؤدي في بعض الأحيان إلى إشكالات في التنفيذ، حيث نصت المادة 72 ق.س (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار...)، ويلاحظ من المادة أن نفقة المحضون يدخل فيها توفير سكن للطفل لممارسة الحضانة عليه، ويجب ذلك على الأب.

<sup>1</sup> أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 3؛ سوريا: المكتبة القانونية، 1994)، ص 198.

<sup>2</sup> عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ص 95.

<sup>3</sup> محمد سمارة، المرجع السابق، طبعة: 2010، ص 255.

والملاحظ أن المشرع تكلم عن توفير السكن أو أجرته في حالة التعذر، ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم أم يتضمن النص أيضاً ما لو كانت تسكن مع والديها؟ فهل يجب عليه دفع الأجرة أم لا؟<sup>1</sup>.

وبالنظر إلى النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لمماسة الحضانة، أو يدفع بدل الإيجار في حال سكن الأم الحاضنة عند أهلها، ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصاً إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه لأن توفير السكن المستقل، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها.

أما فيما يخص الفقرة الثانية من المادة 72 ق.س والتي نصت (...وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)، وهو ما أقره الإجتihad القضائي الذي جاء فيه "تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم الناطق بحقها"<sup>2</sup>، والهدف من ذلك هو ضمان توفير السكن للمحضون وعدم تركه دون مأوى في الفترة بين صدور الحكم وتنفيذه.

إلا أنه لا يتصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بمسكن الحضانة، وذلك أن الزوجة إما أن تكون خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، وذلك لأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يُطَقَّ الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع<sup>3</sup>، وهذا ما أقره الإجتihad القضائي حيث جاء فيه "من المقرر شرعاً أن إبقاء المطلقة بمنزل مطلقها يخل بمقصد الشرع، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الشرعية.

<sup>1</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 327.

<sup>2</sup> قرار رقم 684955، بتاريخ 2011/04/14، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2011، ص 179.

<sup>3</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 330.



ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف قضوا بإبقاء المطلقة ببيت في السكن الذي سكن فيه مطلقها وقد صارت عنه أجنبية، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

وهو القرار الصائب الذي يحقق الحكم الشرعي، لأن الزوجة التي صدر في حقها حكم قضائي بالطلاق أصبحت أجنبية عن زوجها فلا يحل لها أن تبقى في بيت الزوجية الذي يضم الزوج، أما الحكم الشرعي الذي يلزم الزوجة بالبقاء في بيت الزوجية رغم وجود الطلاق، هو في حالة الطلاق الرجعي، فالزوجة مازالت في عصمة الزوج، فيحل لها أن تبقى في بيت زوجها لعله يراجعها، وهذا يمكن أن نترجمه في قانوننا هو بقاء الزوجة في بيت زوجها بعد رفع دعوى الطلاق وأثناء محاولات الصلح وقبل صدور حكم بالطلاق، أما بعد صدور حكم الطلاق فالزوجين أجنبيين عن بعضهما، ونفس الحكم إذا طلق الزوج زوجته خارج ساحة القضاء، فيجب على الزوج أن يوفر سكناً ملائماً للحاضنة لممارسة الحضانة.

ومن جهة أخرى لا يشمل تنازل الأم الحاضنة عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار طبقاً للمادتين 72 و78 ق.س بإعتبارها حقوقاً لصيقة بهم قانوناً<sup>2</sup>.

#### -الشروط القانونية لإستحقاق الحاضنة سكن ممارسة الحضانة:

بما أن الحضانة تعتبر أثراً من آثار الطلاق، فالسكن يعتبر كذلك من آثار الطلاق، فهو جزء يكمل أحكام ممارسة الحضانة، وقد عالج قانون الأسرة موضوع السكن في المادة 72 منه ورتب في حالة الطلاق على الأب إلزام توفير سكنٍ ملائمٍ لمن أسندت له الحضانة لممارسة حضانة الولد، وإلا عليه دفع بدل الإيجار كبديل عن توفير السكن.

ومن فحوى المادة 72 تتضح مجموعة من الشروط التي لا بد من توفرها لتطبيق المادة

<sup>1</sup> قرار رقم 33130، بتاريخ 14/05/1984، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1990، ص 57.

<sup>2</sup> قرار رقم 384529، بتاريخ 11/04/2007، صادر عن المحكمة العليا ق ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2008، ص 291.

تطبيقاً سليماً نوجزها فيما يلي<sup>1</sup>:

1- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بقطع النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر؛

2- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمّة مثلاً لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمّة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحضانة.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلّقه لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: حق الزوجة في متاع البيت

قد يحصل الخلاف بين الزوجين حول متاع البيت سواء أكان خلال الحياة الزوجية أم بعد الطلاق، فيدعي كل واحد منهما ملكية ذلك المتاع، سواء أكانت لهما بينة أم لا، فيثور الإشكال حيال ذلك في مدى أحقية الزوجية في متاع البيت، وهو ما سيتم توضيحه في هذا الفرع، وفق ما هو موضح أدناه.

### أولاً: تحديد معنى متاع البيت

- **المتاع لغةً:** كل ما انتفع به فهو متاع<sup>3</sup>، كالطعام وأثاث البيت والسلعة، والأداة، والمال، وأمتع الرجل مطلقته: أعطائها المتعة بعد الطلاق<sup>4</sup>.

- **المتاع اصطلاحاً:** هو ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت، وما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل المتاع أثاث البيت والأدوات المنزلية التي يحتاجها الزوجين في حياتهما اليومية.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 145.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 146.

<sup>3</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج46، ص 4127.

<sup>4</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 852.

**قانوناً:** إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف "متاع البيت" تعريفاً صحيحاً وواضحاً، وأن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال، ومع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا، فنقول: أن "متاع البيت" هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الأغطية والأفرشة وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل، وقاعة الجلوس، وغرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك<sup>1</sup>.

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات، والملبوسات الشخصية، وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل الكتب والأدوات المستعملة لممارسة مهنة الطب والهندسة...، ومثل بندقية الصيد والسيارة لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، وبالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة 73 ق.س بشأنها، وإنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني.

### **ثانياً: مسألة ماهو معتاد للنساء أو الرجال**

إن مسألة التفريق بين ماهو ملك للزوج عادة وعرفاً، وبين ماهو ملك للزوجة عادة وعرفاً مسألة لا يحكمها ولا ينظمها معيار محدد متفق عليه، وإنما هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع إستناداً للتقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين.

لهذا يجب على قاضي الموضوع أثناء الفصل في قضية النزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ماهو للنساء عادة، وما هو للرجال عادة، ولا يجوز له أن يعتمد اعتماداً على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوجة، أو من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقاً للمادة 73 ق.س، ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عمّن ينكر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 148.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 149.

## ثالثاً: النزاع في متاع البيت

قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنان فيه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما، فيدعي كل منهما ملكيته وفيه ما يصلح للرجال فقط كثيابه وأدوات الرسم والزوج رسام أو أدوات الهندسة أو الطب والزوج مهندس أو طبيب، وما يصلح للنساء فقط كالحلي والملابس التي تلبسها المرأة وأدوات الزينة، وما يصلح لهما معاً كالمفروشات والكراسي والأواني ففي هذه الحالة يعتبر كل منها مدعياً، وعلى المدعي إقامة البينة على دعواه، فإن أقام أحدهما البينة حكم له بها وإن أقام كل منهما البينة رجعت بينة من يدعي خلاف الظاهر والظاهر هنا ما يصلح للرجال فقط فيكون للزوج وما يصلح للنساء فقط يكون للزوجة<sup>1</sup>.

### -موقف الفقه في ملكية متاع البيت:

إختلف الفقهاء حول ملكية متاع البيت لعدة أقوال نوجزها كالآتي:

#### -مذهب المالكية<sup>2</sup>:

إذ اختلف الزوجان في متاع البيت، فأدعى كل واحد منهما أنه له، ولا بينة لهما، ولا لأحدهما نظر: فما كان من متاع النساء؛ كالحلي، والغزل، وثياب النساء، وخمرهن، حكم به للمرأة مع يمينها، وما كان من متاع الرجل؛ كالسلاح والكتب وثياب الرجال، حكم به للرجل مع يمينه، وما كان يصلح لهما جميعاً؛ كالدنانير والدرهم، فهو للرجل مع يمينه.

#### -مذهب الحنفية<sup>3</sup>:

الاختلاف إما أن يكون في حياة الزوجين، وإما أن يكون بين ورثتهما بعد مماتهما، وإما أن يكون في حياة أحدهما وموت الآخر.

فإن كان الاختلاف في حياتهما ينظر إلى المتاع، فإن كان من الأشياء التي تصلح للرجال فقط؛ كالبندقية، والسيف، والعمامة، والقلنسوة، وغيرها، ترجح بينة الزوجة، وإن عجز

<sup>1</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 157 - 158.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية. (ط: 2؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1989)، ص 215.

<sup>3</sup> علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسني، ج4. (د. ط؛ بيروت: دار الجيل، 1991)، ص 546 - 551.

كلاهما عن البينة، فالقول فيه قول الزوج بيمينه، يعني إذا حلف الزوج بأن تلك الأشياء ليست لزوجته، يحكم بأنها له؛ لأن الظاهر شاهد له.

وإن كان من الأشياء التي تصلح للنساء فقط؛ كالخمار، والملحفة، والمغزل، والحلي، وألبسة النساء ونحوها، ترجح بينة الزوج، وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين، يعني إذا حلفت أن تلك الأشياء ليست لزوجها، يحكم بأنها لها؛ لأن الظاهر شاهد لها.

إلا أن يكون أحدهما صانع الأشياء الصالحة للآخر، أو بائعها، فالقول له مع اليمين على كل حال، فالقرط حلي مخصوص بالنساء، ولكن إذا كان الزوج صائغاً فالقول له بيمينه. وإن كان الاختلاف بين الزوجين في الأشياء التي تصلح لكل منهما؛ كالأواني والمفروشات، والدراهم، والدنانير، والعروض، والحبوب، ونحوها، فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ذلك:

قال أبو حنيفة ومحمد: القول فيه قول الزوج، وقال أبو يوسف: القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكل، والقول قول الزوج في الباقي، وقال زفر في قول: المشكل بينهما نصفان، وفي قول آخر، وهو قول الشافعي: الكل بينهما نصفان، وقال ابن أبي ليلى: القول قول الزوج في الكل، إلا في ثياب بدن المرأة، وقال الحسن القول قول المرأة في الكل، إلا في ثياب بدن الرجل<sup>1</sup>.

#### -موقف القضاء وقانون الأسرة في مسألة النزاع في متاع البيت:

إذا وقع النزاع بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، أو بعد التطليق أو الخلع حول أمتعة البيت الزوجي (كالأثاث والأفرشة والأغطية والأدوات المنزلية والتجهيزات وغيرها...)، فإن المحكمة العليا إستقر إجتهادها على أنه في هذه الحالة يجب الرجوع في الفصل بينهما للقواعد العامة للإثبات، فعلى من يدعي من الزوجين ملكية شيء من الأشياء داخل بيت الزوجية أو خارجه أن يثبت تلك الملكية بكافة الوسائل المقررة شرعاً (كالكتابة وشهادة الشهود وإقرار الطرف

<sup>1</sup> علي حيدر، المرجع السابق، ص 550 - 551.

الأخر والنكول عن اليمين وغيرها...) <sup>1</sup>، وفقاً للحديث النبوي الشريف "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، إلا في القسامة" <sup>2</sup>.

وأما إذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت، فإدعى كل واحد منهما لنفسه ولا بينة لأحدهما، يجب إعمال قرينة بسيطة نصت عليها المادة 73 من ق.س وهي ما للرجال عادة يأخذه الزوج بيمينه (كملابس الرجال وبنديقية الصيد ومستلزمات عمله أو حرفته...)، وما للنساء عادة تأخذه الزوجة بيمينها (كملابس النساء والحلي وأدوات الزينة، وما يخص عملها أو وظيفتها إن كانت تعمل...) <sup>3</sup>، أو من الأشياء التي جلبتها معها إلى بيت الزوجية وكانت قد إشترتها من مالها الخاص، أو أنها تشكل جزءاً من جهازها الذي حملته معها من بيت أبيها إلى بيت زوجها وليس لها دليل كافٍ لمليتها له فإنها تحلف اليمين القانونية وتأخذه، وأما المشتركة بين الزوجين، فإنها تقسم بينهما بالتساوي، بعد يمينها عيناً كانت أو نقداً (كالمفروشات والأدوات والأسرة والأواني وغيرها...).

وهذا ما نصت المادة 73 ق.س (إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة، أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركة بينهما يقتسمانها مع اليمين)، والملاحظ أن هذا الموقف نجده عند الملكية بنفس أحكامه، فقط خالف المشرع موقف الملكية في الأمور المشتركة بين الزوجين حيث قال الملكية أن الأمور التي تصلح لهما يأخذها الزوج مع يمينه، وذكر قانون الأسرة أنه يتقاسمها الزوجين بالتساوي مع اليمين.

### -شروط تطبيق المادة 73 ق.س:

أولاً: أن يكون محل النزاع بين الزوجين هو متاع البيت؛

<sup>1</sup> بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. (د. ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014)، ص 177.

<sup>2</sup> أخرجه: ابن حبان في صحيحه ت 739هـ، تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله بن عبد العزيز بن ناصر الخباني، ج 4 (ط: 1؛ الرياض: أضواء السلف، 2007)، باب إذا انتقل الذمي إلى دين، ص 508، رقم الحديث (2937).

<sup>3</sup> بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 178.

ثانياً: أن يكون سبب النزاع منصباً على حق إحداهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له؛  
ثالثاً: لا يكون لأحدهما حجة كتابية لإثبات ما يدعيه<sup>1</sup>.

### -طريق العمل باليمين قضاء:

تناول القانون المدني اليمين الحاسمة في المادة 343 وما يليها، وسميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع، ويجوز لكل من الخصمين توجيهها إلى الخصم الآخر، غير أنه من حق القاضي منع توجيهها إذ تبين له تعسف الخصم في ذلك، ولمن وجهة إليه اليمين أن يردّها إلا إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان<sup>2</sup>.

كما لا يجوز توجيه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام، ويجوز أن توجه للمرة الأولى في الاستئناف وهو ما ذكرته المادة 343 من القانون المدني، ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها، الرجوع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين، كما لا يجوز للخصم إثبات ما يخالف اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو رُدت عليه.

أما عند ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي، فاللخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض، دون إخلال بحقه في الطعن في الحكم الصادر ضده بناء على اليمين الكاذبة، وهو ما ذكرته المادة 345 ق.م، كما يجوز توجيه اليمين في كافة النزاعات الواردة على المطالبة بالحقوق الممكن التخلي عنها، ومن بينها حالة إنكار الزوج لوجود متاع زوجته عنده<sup>3</sup>.

وإذا وجه أحد المتخاصمين اليمين إلى خصمه فهذا الأخير إتخاذ أحد المواقف الثلاث:

- 1- إما أن يحلف اليمين الموجهة إليه ويربح دعواه؛
- 2- إما أن يرفضها ويعد هذا الرفض بمثابة إقرار قضائي، ويستفيد منه المتقاضي الذي وجه اليمين إلى خصمه؛
- 3- يمكن أن يتبنى موقفاً ثالثاً بأن يرد اليمين على المتقاضي الذي وجهها إليه، وبإستطاعة

<sup>1</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 159.

<sup>2</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 587.

<sup>3</sup> المرجع والموضع نفسه.

هذا الأخير إما أن يحلف اليمين ويربح دعواه، أو يرفضها ويخسر دعواه.

مع العلم أن اليمين الحاسمة لا يوجهها القاضي إلى المتخاصمين، بل أحدهما إلى الآخر، وتعتبر اليمين الحاسمة ملزمة للقاضي وتملي على القاضي في حالة أدائها ذلك الحل الواجب اتباعه.

والملاحظ أن قانون الأسرة سكت عن مكان وكيفية توجيه اليمين في حالة النزاع بين الزوجين مما أدى ذلك إلى تباين الاجتهادات القضائية في ذلك، فمنهم من يصدر حكماً لا يشير إلى مقرر الحكم الآخر وخالياً من صيغة اليمين، والصحيح أن يؤدي اليمين بالجلسة وبحضور الخصم الآخر بعد تبليغه بتاريخ ومكان الجلسة وأن تحدد صيغة اليمين.

ومن الاجتهادات القضائية التي بينت مكان وطريقة تأدية اليمين في حال النزاع في متاع البيت نذكر:

- "من المقرر قانوناً أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو رُدّت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه بالجلسة.

ومتى تبين في قضية الحال أن القاضي الأول قد حدد مكان تأدية اليمين بالمسجد الكبير وهو ما جعل المطعون ضدها تتراجع على مستوى الاستئناف عن طلب المتاع محل الإنكار من طرف الطاعن، مع أن اليمين في حالة الإنكار توجه للمدعى عليه وهو الطاعن في هذه القضية وتسمى يمين النفي طبقاً للقاعدة العامة في الإثبات، فإن القرار المنتقد لما أيد الحكم المستأنف بخصوص أداء اليمين بالمسجد الكبير فيما يتعلق بالمتاع من طرف المطعون ضدها رغم إنكار الطاعن أغلبية المتاع ودون مناقشة سبب تراجع المطعون ضدها عن طلب المتاع قد خالف القانون. مما يستوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص اليمين"<sup>1</sup>.

- "من المقرر قانوناً أنه إذا وقع نزاع حول أثاث البيت فإن توجيه اليمين يجب أن يكون وفق

---

<sup>1</sup> قرار رقم 163381، بتاريخ 10/06/1997، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 239.



القواعد العامة للإثبات مع ذكر الأثاث في منطوق الحكم<sup>1</sup>.

-من المقرر شرعاً أن النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي الأشياء التي كانت ببيت الزوجية في حياته، نزاع يتعلق بمتاع البيت والخلاف حوله بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معاً، فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، ونفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال، فإن كان مما يصلح لهما معاً فيحلف كل منهما ويتقاسمانه، ولا يختلف الأمر إلا في كيفية الحلف، فالزوجان يحلفان على البيت والورثة يحلفون على العلم، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الشرعية وتشويهاً لوقائع النزاع.

لما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها تمكينها من أثاثها الباقي لها ببيت الزوجية، وحققها من زوجها، فإن قضاة الإستئناف بتأييدهم للحكم المصادق على تقرير الخبرة تضمن حصر مخلفات الهالك المنقولة وقسمتها على الورثة، مع إلزام الطاعن بإعطاء حق المطعون ضدها وبمعالجتهم للنزاع على هذا النحو، هو خروج عن القواعد الشرعية والخطأ في فهم طلبات الزوجة وإخراجها من معناها الحقيقي إلى معنى بعيد عنه. ومتى كان كذلك استوجب نقض، وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار تلقائياً من المجلس الأعلى بمخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي<sup>2</sup>.

-من المقرر قانوناً أنه إذا حكم القاضي بأداء اليمين في مكان ما، فإن عليه أن يحدد ذلك المكان ولا يكفي النص في الحكم على أن أداء اليمين يكون بمسجد الجمعة لتعدد المساجد، بل لابد من تحديد المسجد المقصود بأداء اليمين فيه، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف المبدأ يعد خرقاً للقانون.

<sup>1</sup> قرار رقم 330950، بتاريخ 2005/05/18، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 66، لسنة 2011، ص 307.

<sup>2</sup> قرار رقم 32131، بتاريخ 1984/11/05، صادر عن المجلس الأعلى غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1990، ص 78.

إذا كان ثابتاً في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين يتمثل في مطالبة المطعون ضدها بتسليم أمتعة، وأن الطاعن حكم عليه بتسليم كل المتاع الذي تطالب به المطعون ضدها مع الإشهاد عليه بأنه قد نكل عن أداء اليمين التي وجهت له بمقتضى حكم (لم يبلغ له) فإن قضاة الإستئناف بمصادقتهم على حكم غير شرعي كان قرارهم هو الآخر غير شرعي. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

- من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأن الزوج طالب بتوحيد اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي، فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من ق.س فإنهم خرقوا القانون وأخطوا في تطبيقه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

والقانون لم يخرج بهذا عن نطاق الفقه الاسلامي في قضية الفصل في متاع البيت:

- فالشافعي رحمه الله يقول: "إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد ائترقا أو لم يئترقا، أو مات، أو مات أحدهما، فأختلف ورثتهما، أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء، والمتاع إذا كان ساكناً البيت في أيديهما معاً فالظاهر أنه في أيديهما، كما تكون الدار في أيديهما، أو يد رجلين، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفوا جميعاً، فالمتاع بينهما نصفان لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، فلما كان هذا ممكناً، وكان

<sup>1</sup> قرار رقم 32171، بتاريخ 1984/02/06، صادر عن المجلس الأعلى غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1990، ص 54.

<sup>2</sup> قرار رقم 134417، بتاريخ 1996/07/09، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1998، ص 72.

المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه لا بهذا ولا بذاك<sup>1</sup>.

-أما ماجاء عن الإمام مالك في المدونة مايلى: "قلت رأيت إذ تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعاً، وقد طلقها أو لم يطلقها، أو ماتت أو مات هو قال: قال مالك ما كان يعرف أنه من متاع الرجال، فهو للرجل وما كان يعرف أنه من متاع النساء، فهو للنساء وما كان يعرف أنه يكون للرجال وللنساء، فهو للرجل، لأن البيت بيت الرجل وما كان من متاع النساء وتولى شراءه الرجل، وله بذلك بينة فهو له، ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه ما إشتهر لها، وما إشتهر إلا لنفسه، ويكون أحق به، إلا أن يكون لها بينة أو لورثتها أنه إشتهر لها، قلت: رأيت ما كان في البيت من متاع الرجال أقامت المرأة البينة أنها إشتهرت، قال: هو لها"<sup>2</sup>.

والقانون لم يخرج عن هذا النطاق، فما أتى به التقنين في النزاع في متاع البيت هو ما يجب أن يكون عليه القضاء، لأنه عادل في حكمه، مادام ليس بمستحيل ولا بالغريب أن يملك الرجل متاع المرأة، أو تملك المرأة متاع الرجل.

#### رابعاً: إشكالات تسليم الأثاث والمسوغات الذهبية

**1- تسليم الأثاث:** يقوم المحضر القضائي بتكليف الزوج المطلق بقائمة الأثاث ضمن محضر التكليف أي مع التنفيذ ككل ومنح له الأجل القانوني، وبعد إنتهاء الأجل ينتقل عادة المحضر القضائي رفقة المطلقة إلى مكان تواجد الأثاث وهذا من أجل تسليمه للمعنية وحضورها هنا من أجل التعرف على أثاثها لأن المسألة هنا متعلقة بأشياء مثلية.

والإشكال الذي يثور في هذه المسألة هو إما عدم وجود الأثاث، أو وجوده ولكن غير مطابق إما للحكم أو لوصف المعنية، أما في حالة عدم وجوده فهنا يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر عدم وجود الأثاث المدون في الحكم أو وجود بعضه فقط، ويسلم المعنية المحضر من أجل القيام بالإجراءات القانونية اللازمة، أما الحالة الثانية وهي وجود الأثاث كما هو منصوص عليه في الحكم إلا أنه غير مطابق للأثاث الذي تريده المطلقة بمعنى نفس الاسم لكنه ليس هو الأثاث المطلوب، مثلاً وسادة أو حذاء لكن ليس هو أثاث المطلقة

<sup>1</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> الإمام مالك، المرجع السابق، ج3، ص 116-117.

فتفرض إستلامه لعدم مطابقته لأثاثها، وهناك حالة أخرى وهي وجود الأثاث لكن يكون قديماً أو متسخاً، وهنا تقر المطلقة بأنه أثاثها لكنه أصبح قديماً أو متسخاً فتفرض أيضاً إستلامه، وتطلب من المحضر القضائي تحرير محضر امتناع، ويطلب المحضر القضائي تحرير محضر تنفيذ، لأنه وفي بالتزامه، ومن الناحية المنطقية كلا الطرفين مؤسس، على اعتبار أن المطلقة لا يمكنها إستلام أثاث قديم أو متسخ، ومن جهة أخرى المطلق غير مسؤول عن الأثاث طيلة فترة التقاضي التي قد تأخذ سنة أو أكثر، وأمام غياب النص في مثل هذه الحالة يتم تحرير محضر من طرف المحضر القضائي الذي يدون فيه تصريحات الطرفين ويصف الحالة وصفاً دقيقاً فيه ويسلمه للمعنيين<sup>1</sup>.

**2- تسليم المصوغات الذهبية:** نادراً حقيقة وأن يتضمن حكم الطلاق تسليم مصوغات ذهبية، لأنه في الغالب تقوم المطلقة بأخذه قبل خروجها من بيت الزوجية لخفة وزنه وغلاء ثمنه، وفي حالات نادرة يحكم القاضي بالتزام المطلق بتسليم المصوغات الذهبية، وأهم إشكال يعترض المحضر القضائي في تنفيذ هذا الإلتزام هو مطابقة المصوغ الذهبي، أي عدم تزييفه وإحضار مصوغ آخر مشابه لكنه مقلد وغير ذهبي، والمسألة هنا تقنية تحتاج إلى أهل الخبرة، فلا يمكن للمحضر القضائي اعتبار المصوغ المسلم من طرف المطلق مصوغ ذهبي ثم يتبين أنه غير ذلك، فيتحمل المحضر القضائي المسؤولية، خاصة أن يكون في بعض الأحيان قيمة المصوغ الذهبي محل التنفيذ باهض الثمن، كما أنه لا يمكن للمحضر القضائي الإستعانة بخبير من تلقاء نفسه، وهذا منطلقاً من نقطتين، أولاً القانون لا يخوله فعل ذلك، ثانياً مصاريف الخبير من يتحملها، وأمام عدم وجود نص قانون ينظم هذه الحالة يلجئ المحضر القضائي إلى عرض المصوغ على المطلقة، فإن هي تعرفت عليه وأقرت بأن المصوغ الذهبي هو نفسه المذكور في الحكم دون ذلك في المحضر مع إمضائها وبصمتها على تصريحها، وإن هي لم تتعرف عليه وصرحت بأنه ليس هو حرر المحضر القضائي محضراً بالواقعة وسلمه للأطراف من أجل الأخذ بالتدابير القانونية اللازمة، كما يلجئ بعض المحضرين

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 16.

القضائيين إلى عملية تسليم المصوغ إلى المطلقة لكن دون وصفه بالمصوغ الذهبي وإنما بإستعمال مصطلح "معدن أصفر" وهذا تقادياً لمشكل عدم مطابقته للذهب وبالتالي تحمل المسؤولية، وحل هذه المسألة بسيط جداً وتقادياً للعودة إلى المحاكم من جديد يكفي أن ينص القاضي في نفس الحكم على أنه في حالة نزاع في مطابقة المصوغ يعين خبير يفصل في ذلك<sup>1</sup>.

### 3- التدابير المتعلقة بالأشياء الخاصة بالزوجة:

إذا كانت المادة 57 مكرر قد ذكرت النفقة والحضانة والمسكن والزيارة دون سواهم فإننا نعتقد أن ذلك لم يكن سوى على وجه المثال، وليس على وجه الحصر أو التحديد، وبناء عليه فإننا نعتقد من جهة أخرى أن كل تدبير من شأنه أن يحمي مصالح الزوجين أثناء الخصام وأثناء إجراءات دعوى الطلاق، ومن شأنه أن يضمن المحافظة على حقوق أي واحد منهما يمكن ويجوز أن يكون محل دعوى استعجالية، تتبع بشأنها إجراءات القضاء المستعجل، ومن ذلك مثلاً أنه يجوز للزوجة التي تترك محل الزوجية بسبب ما نشأ بينها وبين زوجها من خصام، أن تطلب إصدار أمر استعجالي يلزم الزوج بأن يمكنها ويسلم إليها ملبوساتها والأدوات الضرورية وغيرها من الأشياء الشخصية اللازمة للاستعمال اليومي أو الاستعمال المهني، كلما أثبتت أنها تركتهم في منزل الزوجية، من غير أن يلتبس ذلك بالنزاع حول متاع البيت<sup>2</sup>، ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع حول أمتعة البيت الزوجي.

### الفرع الرابع: إشكالات مسكن ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

مما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه جاء مقتضياً جداً في أحكام سكن ممارسة الحضانة، مما جعل هذا يكثر التأويلات وتختلف الاجتهادات القضائية في تفسير المواد، وكذا في الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي إستناداً لأحكام الشريعة الإسلامية، مما أدى إلى ظهور العديد من الاشكالات القانونية، ففيما تتمثل؟ وما هي الحلول المقترحة لها؟.

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 159 - 160.

-المقصود بسكن ممارسة الحضانة: وهو سكن مستقل عن سكن الزوج، وليس المقصود به مسكن الزوجية الذي يجمع الزوجين، وإنما يجب أن تكون الحاضنة بعيدة عن أب الطفل المحضون في سكن خاص لها لممارسة الحضانة، لوجود الطلاق وبه فكت الرابطة الزوجية بين الزوجين.

-وقت إسناد السكن للحاضنة: إذا أسندت الحضانة للزوجة فمن حقها المطالبة بالسكن لممارسة حضانتها على أولادها، وبمجرد صدور الحكم القضائي بالطلاق يكون في منطوقه إسناد الحضانة والزامية الزوج بتوفير سكن ممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، وهو ما أخذ به القضاء حيث جاء في القرار التالي: " إن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق وبالحضانة"<sup>1</sup>.

#### -إشكالات مسكن الزوجية:

بما أننا تكلمنا عن موضوع سكن ممارسة الحضانة فلا بأس أن نتكلم عن بعض إشكالات السكن الزوجي في النقاط الآتية:

-كثيراً ما يستجيب القضاء لطلب المرأة في جعل السكن من الحقوق الواجبة للمرأة، ومن النوادر الحكم عليها بالرجوع إلى السكن المعتاد وبسعي من الزوج، فقد نرى أن الرجل يسكن برفقته والديه فقط، ويحكم القاضي بالسكن المنفرد أو المستقل، وبهذا فقد وضع الحجر الأساس للإنفصال، فلا يمكن للرجل (الزوج) عادة وشرعاً التخلي عن والديه وخاصة حين الكبر، فيضحي بزواجه وأطفاله من أجلهما، وهذا من البر، رغم ما فيه من ضرر له ولزوجته وأطفاله، فعلى القاضي النظر إلى هذه الحالات بعين الحكيم لا بعين القاضي<sup>2</sup>، وهذا على إعتبار أن قانون الأسرة مستمد أساساً من أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أثبتته المادة 222 منه (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، والشريعة الإسلامية تحث على البقاء على تماسك الأسرة وليس تفرقتها هذا من

<sup>1</sup> قرار رقم 24148، بتاريخ 1980/12/02، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 1، لسنة 1981، ص 83.

<sup>2</sup> مقابلة مع: مخلوفي عامر، محضر قضائي، في مكتبه الكائن ب: بريكة، بتاريخ: 14 أبريل 2019.

جهة، ومن جهة أخرى البر والإحسان للوالدين من أساسيات الحياة وخاصة حينما لا يكون لهما معيل أثناء كبرهما سوى إبنيهما، وهذا وارد في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ٢٣﴾ [الإسراء: 23]، فحق الزوجة في سكن مستقل هو حق مكفول شرعاً، لكن ترك الوالدين لوحدهما وإبعاد إبنيهما بحجة السكن المستقل وتنفيذ الحكم هذا ليس من باب الإحسان للوالدين وليس من باب طاعتهم في كبرهما إذا لم يوجد من يبقى معهما في حياتهما إلا هذا الإبن، فعلى القضاة مراعاة مثل هذه الحالات قبل إصدار الأحكام القضائية للبقاء على تماسك الأسرة، ولكي لا يلجأ الزوج بالتضحية بأسرته الصغيرة لأجل والديه.

-أما في حالة السكن المستقل أثاثاً ومعاشاً، أي أن الزوج كان يسكن مع ذويه وحكم القاضي بالإنفصال عنهم من حيث السكن دون إعتبار لحالة الزوج المادية، وكذا أين يجد السكن المستقل أثاثاً ومعاشاً في ظل الظروف وإن وجدت فإن بدل الإيجار قد يفوق راتبه الشهري، وخاصة في المدن الكبيرة، والمقصود بالأثاث وهو ما يتطلبه السكن من أثاث كالأفرشة والأغطية ومستلزمات المطبخ وغيرها، أما معاشاً هو الشيء المأكل أي الذي يطيب به العيش وهذا الإشكال أيضاً واقع على من حكم عليه بعد تدخل أهل الزوج في شؤون الزوجة<sup>1</sup>.

-المسكن المستقل الذي يليق بحال الزوج بجواره مسكن فيه ضررتها أو أحد أقاربه:

إذا وفر الزوج لزوجته سكناً مستقلاً حسب القدرة المادية للزوج يتوفر على ظروف العيش الملائمة، إلا أن هذا السكن موقعه بجوار الزوجة الثانية أو بجوار أحد أقارب الزوج، فهل يعد هذا السكن مستقلاً؟.

يقول الشيخ أبو زهرة: "الظاهر من عبارات الفقهاء والمتون أنه يعتبر مسكناً شرعياً مادام هو الذي يليق بحاله، لأنها قد أمنت على متاعها، ولا شريك لها في مسكنها إلا إذا آذوها بجوار، فيكون الإمتناع لا لنقصان المسكن وعدم كفايته، بل لأنها بين جيران غير صالحين، ومن المقرر أن المسكن إذا كان بين جيران غير صالحين يكون على الزوج أن ينقلها إلى

<sup>1</sup> مخلوفي عامر، المرجع السابق.

غيره أياً كان هؤلاء الجيران، وعلى ذلك إذا كان يسكنها شقة في منزل، وذلك مسكن من هو في مثل حاله، وفي الشقة الأخرى ضررتها أو بعض أهله، يعتبر المسكن شرعياً، لأن الشقة مستوفية لكل المرافق الشرعية، فتعتبر كأنها منزل قائم بذاته، وعبرة المتون تجعل الشقة التي لها غلق مسكناً شرعياً، ولو كان بجوارها غرفة ضررتها أو حماتها، فأولى أن تكون الشقة كذلك، إلا إذا آذوها بالقول أو الفعل إيذاءً بيناً قام الدليل عليه<sup>1</sup>.

### -المسكن المستقل أثاثاً ومعاشاً:

يعد القضاء بتوفير سكن مستقل أثاثاً ومعاشاً من الأمور التي يقضي بها القاضي بعد أن تطلبه الزوجة، وهذا دفعاً ودرءاً للشقاق المستمر بين الزوجين، والذي يكون في أغلب الأحيان سببه الأهل، فيقدر القاضي أن البيت المستقل أثاثاً ومعاشاً هو الحل الوحيد من أجل المحافظة على الأسرة وعلى استمراريتها، فيقضي به مع الإلزام المتضمن الرجوع إلى بيت الزوجية<sup>2</sup>.

فالسكن المستقر أثاثاً ومعاشاً لا يرتبط بآثار الطلاق وإنما يكون نتيجة الشقاق المستمر بين الزوجين في حياتهما الزوجية، فيدفع بالقاضي في ذلك بإصدار حكم يتضمن إلزام الزوج بتوفير سكن مستقل أثاثاً ومعاشاً للحفاظ على العلاقة الأسرية، أما سكن ممارسة الحضانة هو شيء آخر، ويعد أثراً من آثار فك الرابطة الزوجية، وسبب كُرنًا للسكن المستقل أثاثاً ومعاشاً هو معالجة جزئية من الاشكالات المتعلقة به ونحن في صدد معالجة سكن ممارسة الحضانة.

**1-المقصود بالبيت المستقل أثاثاً ومعاشاً:** هو البيت الذي لا تربطه صلة مع بيت آخر، لا من حيث المدخل؛ أي عدم إشتراكهما في مدخل واحد ولا بهو واحد، بمعنى أن البيتين غير مفتوحين على بعضهما البعض، ولا من حيث وسائل العيش كثلاجة واحدة ومطبخ واحد...<sup>3</sup>.

**2-إجراءات تنفيذ الحكم المتضمن توفير السكن المستقل أثاثاً ومعاشاً:** بعد أن يكون الحكم أمهر بالصيغة التنفيذية أي أصبح قابلاً للتنفيذ، يحرر المحضر القضائي المحاضر الخاصة بالتنفيذ، وهي محضر التكليف بالوفاء (الإلتزام)، ومحضر تسليم التكليف بالوفاء، ومحضر

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 256 - 257.

<sup>2</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 5.

<sup>3</sup> ممدوح عزمي البكري، دعوى النفقة. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، د. ت)، ص 29.



تبلغ السند التنفيذي، وللزوج مهلة 15 يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي للتكليف لتنفيذ الحكم بتوفير السكن المستقل أثاثاً ومعاشاً، وبعد إنتهاء الأجل المخصص للتكليف بالوفاء (15 يوماً)، ينتقل المحضر القضائي رفقة الزوج من أجل معاينة المسكن المستقل أثاثاً ومعاشاً، مع ملاحظة توفير كل مستلزمات الحياة، فلا يعقل توفير مسكن مستقل وهو لا يصلح للعيش، كما أنه من الضروري أن يكون مستقلاً عن أي مسكن آخر، بمعنى لا يوجد أجزاء مشتركة مع مسكن آخر مخصصة وضرورية كبهو مثلاً وقنوات الصرف الصحي..، ولا ينسحب الأمر هنا على الأجزاء المشتركة بحكم البناء كالجدران أو السقف أو مدخل العمارة.

وبعد التأكد من توفير المسكن المستقل أثاثاً ومعاشاً ومن توفره على كل الشروط المطلوبة يتم عرضه على الزوجة من أجل الإنتقال إليه والسكن فيه، كل هذا أمام المحضر القضائي الذي يعاين العملية ويحرر محضراً بذلك يبين فيه إلتزام الزوج بمضمون الحكم<sup>1</sup>.

### 3-الإشكالات المتعلقة بالبيت المنفصل أثاثاً ومعاشاً:

الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها في السكن المستقل أثاثاً ومعاشاً، ونفس الشيء بالنسبة للحكم القضائي لانجد في منطوقه الشروط الواجب توافرها في السكن وهو ما يؤدي أحياناً إلى ظهور إشكالات أثناء عملية التنفيذ وهو ما سنوضحه أدناه.

بعد معاينة المسكن المستقل أثاثاً ومعاشاً الذي ألزم الزوج بتوفيره للزوجة، وبعد عرضه على الزوجة قد ترفضه لأسباب تظن هي أنها جدية ويرى الزوج أنها أسباب واهية وغير مؤسسة لرفضها، ومثال ذلك حال قيام الزوج بإحداث مدخل آخر في نفس البيت وبناء جدار يفصل ويقسم مسكن العائلة الأول إلى قسمين يخصص جزءاً منه كمسكن لتنفيذ الإلتزام، فتطلب الزوجة من المحضر القضائي تحرير محضر يتضمن أن المسكن الذي وفره الزوج ليس مستقلاً على اعتبار أنه يمكنها سماع الساكنين في المسكن المجاور لها، وأن الحال بقي على ما هو عليه ولم يتغير شيء، وأن أسباب طلب البيت المستقل مازالت قائمة، وفي الجهة

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 6.

المقابلة يطلب الزوج أيضاً تحرير محضر رفض الزوجة للمسكن المستقل أثاثاً ومعاشاً رغم تزوده بالمواصفات المطلوبة<sup>1</sup>.

يقف المحضر القضائي هنا موقف الحائر خاصة أمام غياب النص القانوني الذي يحدد الشروط الواجب توافرها في المسكن المستقل، وأمام أيضاً حالة سكوت القاضي في حكمه على الشروط والمواصفات المطلوبة في السكن المستقل، وأمام طلب الزوجين تحرير محضر الامتناع لكل منهما فيلجئ المحضر القضائي في مثل هذه الحالة إلى تحرير محضر يصف فيه الحالة بدقة، أي وصف المسكن الذي وفره الزوج وكذا أسباب رفض الزوجة لهذا المسكن ويسلمها المحضر القضائي (نسخة لكل طرف)، من أجل العودة إلى المحكمة للفصل في المسألة بأكثر دقة ووضوح.

الحال نفسه أيضاً في حالة توفير مسكن مستقل أثاثاً ومعاشاً لكنه غير لائق للعيش؛ وهنا نميز بين حالتين، حالة يكون فيها المسكن المستقل لا يحتوي على ضروريات العيش اللازمة والتي من المتعارف عليها أنها من أساسيات العيش، فلا يمكن إستغلال المسكن في غياب الكهرباء والماء والنوافذ، وفي هذه الحالة يحرر المحضر محضراً بعدم التنفيذ بالنسبة للزوج إن هو وفر مسكناً غير لائق باتفاق العرف والعادة، أو يحرر محضر عدم قبول المسكن المستقل ضد الزوجة رغم كونه لائقاً للعيش، وفي حالة صعوبة الأمر وتداخله وعدم معرفة ماهو من اللائق وغير اللائق حرر المحضر القضائي محضراً يصف فيه الحال بدقة ويسلم منه نسخة للمعنيين من أجل العودة للمحكمة والاحتكام إليها من أجل الفصل في هذه المسألة<sup>2</sup>.

#### 4- الاشكالات المتعلقة بتوفير مواصفات المسكن الملائم للحضانة:

إن من بين الاشكالات التي تطرؤ على المحضر القضائي أثناء تأدية مهامه فيما يتعلق بتوفير مسكن مخصص لممارسة الحضانة هو المعايير التي ينبغي أن تتوفر في المسكن المخصص لممارسة الحضانة، وفي غياب النص القانوني الذي يحدد الشروط الواجب توافرها في المسكن واكتفاء القاضي بذكر مصطلح "مسكن ملائم لممارسة الحضانة" في منطوق

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 6.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 7.

الحكم، تطرح المسألة إشكاليتين رئيسيتين هما:

**1-المسكن غير اللائق لممارسة الحضانة:** غالباً ما يلجأ المطلق إلى توفير مسكن غير لائق وهذا بطبيعة الحال لأن ثمنه قليل مقارنة بمسكن آخر، ويقوم بعرضه على المحضر القضائي، الإشكال الذي يطرحه هو المعايير المعتمدة في تحديد ما إذا كان المسكن لائقاً أو غير لائق، وهنا يلجأ المحضر القضائي في غياب النص وضبابية الحكم القضائي محل التنفيذ إلى تحكيم العرف والعادة، أي إعتبار المسكن الذي يتوفر على الماء والكهرباء بالإضافة إلى كونه مؤمناً من حيث الأبواب والنوافذ والجدران اعتباره مسكناً لائقاً لممارسة الحضانة، إلا أن الحاضنة قد ترفضه لعدم وجود البلاط مثلاً أو المطبخ أو غير مؤثث... وغيرها من الأسباب التي قد تكون جدية في وقتنا هذا والتي يعيشها أغلب الناس، فتطلب الحاضنة تحرير محضر بتوفير المسكن، والحل هنا ينتهي غالباً من طرف المحضر القضائي بتحرير محضر معاينة للمسكن وإن إقتضى الأمر إرفاق صورة فوتوغرافية له وتدوين ذلك في محضر التنفيذ رفض الحاضنة للمسكن مع ذكر أسباب ذلك، وتعاد القضية إلى المحكمة مرة أخرى<sup>1</sup>.

**-دور القاضي في تحديد أوصاف سكن الحضانة الملائم:** إن تقدير ملائمة المسكن للحضانة يخضع لتقدير قاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة المسكن المهيأ، ولا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره ومصطلح الملائمة على الرغم ما يحمله من معانٍ إنما قصد به أن يكون المسكن مناسباً للحضانة والمحضونين وفي حدود يسر الأب ووضعه الاجتماعي، وعلى أن لا يكون اختياره قصد الإضرار بالحاضنة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحيحة، والمسكن لا يكون ملائماً لممارسة الحضانة إلا إذا كان مستوفياً للشروط الشرعية، كأن لا يكون بعيداً عن العمران أو غير آمن أو غير مستوفٍ للمرافق الشرعية<sup>2</sup>.

**-دور القاضي في تحديد بدل الإيجار:** أقر القضاء على أن أجره مسكن الحضانة مسألة من مسائل الواقع، وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فالقاضي عندما يطرح

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 7.

<sup>2</sup> أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة. (د. ط؛ مصر: دار الفكر القانوني، 2009)، ص 213.

النزاع أمامه، وفي حالة التأكد من تعذر الأب على توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أن يحكم عليه ببديل الإيجار، وأن يحدده مراعيًا في ذلك جملة من الظروف حسب تقديره تتمثل في الحالة المادية للأب وموقع السكن، إضافة إلى الأخذ بتعدد المحضونين<sup>1</sup>.

أ-المعيار المادي (الحالة المادية للأب): فيجب أن تتناسب أجرة السكن ودرجة يسار الأب، أي في حدود طاقته، ولا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه إثراء للحاضنة والمحضون على حساب الوالد<sup>2</sup>.

ب-موقع السكن: عند تقدير أجرة مسكن الحضانة يجب مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يوجد به مسكن الحضانة، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان الموجود به المسكن، فمثلاً المسكن يوجد بوسط المدينة أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بقرية نائية، كما أنه يأخذ بعين الاعتبار عدم إنعزال مسكن الحضانة، بحيث لا يحسن أن يكون منقطعاً أو بعيداً عن مرافق الصحة والتعليم<sup>3</sup>.

ج-معيار تعدد الأولاد المحضونين: فهناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفي لسكنى صغيرين أو ثلاث قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين عن خمسة مثلاً<sup>4</sup>.

2-المسكن البعيد عن أهل المطلقة: يصدر في حكم الطلاق بتوفير السكن لممارسة الحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ويحدد القاضي مقداره، وهنا يلجؤ الزوج المطلق إلى التحايل وهذا من أجل التضييق على المطلقة من أجل التنازل على المسكن المخصص لممارسة الحضانة كما يسقط حقها في بدل الإيجار، وأغلب الحيل التي يستعملها

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 259.

<sup>2</sup> حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014-2015، ص 93.

<sup>3</sup> بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003-2004، ص 110.

<sup>4</sup> عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 1984)، ص

المطلقون هو توفير مسكن بعيد عن الأهل وأحياناً حتى خارج المنطقة التي يعيش فيها أهل المطلقة، فتضطر المطلقة إلى عدم قبوله فتكون بذلك متخلية عن مسكن ممارسة الحضانة، إلا أنه يمكن للمطلقة أن ترفع دعوى قضائية ضد طليقها من أجل إبطال المسكن الذي وفره وإلزامه حرفياً بتوفير مسكن بالقرب من أهلها، ورغم أنه يعد حلاً لهذا الإشكال إلا أنه وفي نفس الوقت يثقل كاهل المطلقة بالدعاوى القضائية، خاصة في المناطق المحافظة أين يعد ذهاب المرأة إلى العدالة نوعاً من عدم الاحترام والخروج عن العادة، ناهيك عن المصاريف القضائية، لذا يستحسن أن يتضمن الحكم ابتداءً هذا التوضيح في مسألة قرب المسكن المخصص لممارسة الحضانة لتفادي إرهاب المطلقة والمحافظة على حقوق المحضونين<sup>1</sup>.

#### - من الاجتهادات القضائية التي تتحدث عن السكن المستقل نذكر:

- "من المقرر فقهاً وقضاءً أن إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب زوجها حقاً من حقوقها، وأن تمادي الزوج في رفض طلب توفيره لها لا يخول له الشرع إجبارها على العودة إلى السكن الذي يسكنه أقاربه وخاصة مع الضرر ولو لم تثبت الضرر لها بمشاجرة أو نحوها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ فيه في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض.

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف قضوا بالطلاق تحت مسؤولية الزوج ويطلب من الزوجة تأسيساً على تمادي الزوج في رفض إسكان زوجته نتيجة الضرر الذي لحق بها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

- "متى كان من المقرر شرعاً أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيداً عن أهل الزوج، فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالياً، بل يجري عليه ما يجري على النفقة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيقها في غير

<sup>1</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> قرار رقم 39390، بتاريخ 13/01/1986، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1990، ص 62.

محله يستوجب رفضه.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيداً عن أهلها، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زفت فيه ورفض الطلبات الأخرى اعتماداً على إظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقاً أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً صحيحاً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

- "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزاً، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفاً في حقها وتستحق التعويض جبراً للضرر.

إن رفض الفصل في مسألة الحضانة في حالة الطلاق على الحال يعد بمثابة امتناع عن الحكم وإضراراً بيناً للمحضون.

في حالة إنكار الزوج لوجود الأمتعة المدعى بها من طرف الزوجة يجب أن تطبق عليه القاعدة العامة للإثبات، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون"<sup>2</sup>.

- "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعاً. ومتى تبين -من قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوجة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>.

- "من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف

<sup>1</sup> قرار رقم 44994، بتاريخ 1987/02/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1990، ص 58.

<sup>2</sup> قرار رقم 251682، بتاريخ 2000/11/21، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 2001، ص 290.

<sup>3</sup> قرار رقم 224655، بتاريخ 1999/06/15، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 129.

المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون"<sup>1</sup>.

- "إشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع لا يشكل نشوزاً"<sup>2</sup>.

- "توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار"<sup>3</sup>.

- "من المقرر قانوناً أن نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلقاً على شرط توفير سكن مستقل لم يتحقق"<sup>4</sup>.

- "لا يعد نشوزاً إمتناع الزوجة عن الرجوع، في حالة عدم توفير الزوج المسكن المستقل، المحكوم به قضاء"<sup>5</sup>.

### المطلب الثالث

#### حق الزوجة في الزيارة

بعد صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية يحكم القاضي بالحق في الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما، وبالمقابل يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، والزيارة تمثل حقاً شديداً الأهمية لما له من دور في حياة كل من المحضون وصاحب الحق في حضانته، فقد تسند الحضانة للأب فمن حق الزوجة أن يحكم لها بحق الزيارة، فما هي أحكام الزيارة؟ وفيما تكمن أهم إشكالاته؟.

---

<sup>1</sup> قرار رقم 189226، بتاريخ 1998/04/21، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 144.

<sup>2</sup> قرار رقم 339353، بتاريخ 2005/10/12، صادر عن المحكمة العليا غ شأ، نشرة القضاة، عدد 63، لسنة 2008، ص 339.

<sup>3</sup> قرار رقم 566381، بتاريخ 2010/09/16، صادر عن المحكمة العليا غ شأ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2010، ص 268.

<sup>4</sup> قرار رقم 315314، بتاريخ 2004/09/22، صادر عن المحكمة العليا غ شأ، نشرة القضاة، عدد 65، لسنة 2010، ص 311.

<sup>5</sup> قرار رقم 653323، بتاريخ 2011/11/10، صادر عن المحكمة العليا غ شأ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2012، ص 234.

## الفرع الأول: التعريف بحق الزيارة

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة، لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطاً بأبويه<sup>1</sup>، تجعل حياة الطفل مستقرة إجتماعياً وعاطفياً، مما يحقق له الديمومة والاندماج في المجتمع، فمن خلال هذا الفرع نحاول التعريف بحق الزيارة وأهميتها من خلال النقاط الآتية:

-**تعريف الزيارة لغةً:** الزيارة في اللغة القصد، وزاره زيارة وزوراً: قصده، فهو زائر ومزور، وفي العرف: قصد المزور إكراماً له، واستثناساً به.

-**الزيارة اصطلاحاً:** زيارة المحضون: أي قصد المحضون من حاضنه لرؤيته، والاطمئنان عليه، والاستثناس به مدة محددة<sup>2</sup>.

### - حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يعرف الزيارة، وإكتفى بعبارة واحدة تلزم القاضي بإسناد الزيارة لأحد الوالدين، إذ نصت المادة 64 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية (على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)، وعليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق، فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائياً للأب بحق زيارة المحضون، وذلك في أوقات، وأماكن محددة، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة، وفي أوقات، وأماكن محددة.

والملاحظ أن المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 64 ق.س أنه قد حصر موضوع حق الزيارة في مادة فقط وبعبارة وحيدة، مما يجعل الزيارة وجميع ما تعلق بها وبتنظيمها واقعاً على القاضي للاجتهاد فيها بسلطته التقديرية، ولعل ذلك مرده كون الحق في زيارة الصغير مثله مثل جميع توابع وأحكام الحضانة الأخرى من صميم مصلحة المحضون<sup>3</sup>، فلم يعط

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 258.

<sup>2</sup> عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 7.

<sup>3</sup> أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 418.



للقاضي توجيهات فيما يخص مدة الزيارة وعددها والأماكن التي تقام فيها، مما يحتم على القاضي بأن ينفق جهداً كبيراً بالبحث والتقصي في الدعوى المعروضة أمامه في موضوع حق الزيارة بما يحقق مصلحة المحضون وتوفير الرعاية اللازمة له، وبهذا فسنعتمد في دراستنا لموضع الزيارة -باعتباره حقاً قد يُسند للزوجة حال فك الرابطة الزوجية- على الإجتهدات القضائية للبحث عن أهم الأحكام المنظمة لحق الزيارة في التشريع الجزائري.

ومن الملاحظ على المادة 64 في فقرتها الثانية أن المشرع إستعمل مصطلحاً فيه دلالة على الوجوب بقوله "... وعلى القاضي"، مما يمكن إستنتاج مايجب على القاضي في موضوع الزيارة مايلي:

1- أن المشرع حينما رتب الحاضنين خول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس الجواز والاختيار؛

2- أمر المشرع القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيباً إذا نطق بإسناد الحضانة دون النطق بالحق في الزيارة، وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من قاعدة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ومنطلق ذلك ليس من مصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عن أهله نهائياً، فهذه المصلحة هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم من تلقاء نفسه.

3- أن حق الزيارة المنصوص عليه في المادة لم يكن حصرياً للأب أو الأم ممن تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو العمة أو الجدات... أو إلى أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة

به<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2008)، ص 90.

## -أهمية الحق في الزيارة:

تعتبر زيارة المحضون ذو أهمية بالغة لتنشأته، وهي حق مقرر شرعاً ومكفول قانوناً، وتعتبر من باب صلة الأرحام بين الوالد وولده، وبها تتحقق مصلحة المحضون التي ناشدها قانون الأسرة في أغلب مواد الحضانة، فالحضانة هي رعاية من الحاضن، والزيارة تعزز هذه الرعاية من الطرف الثاني الذي لم يحظ بحضانة الطفل.

وزيارة المحضون واجبٌ له أهميته على المستوى العملي، فهو يدخل ضمن مقومات الحماية التي تفرضها طبيعة هذا الحق الذي تتشابه فيه المصالح وخاصة مصلحة المحضون، بإعتبارها الأجر بالريعية والحفظ<sup>1</sup>، ولا خلاف في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده وزيارته إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، وعلى أن للأم حق رؤية ولدها وزيارته، إذا كان بيد أبيه، أو من يقوم مقامه من العصابة، لما في ذلك من الصلة والمودة، ولأن للأب حق تعهد المحضون وتأديبه وإحاقه بالتعليم وهو لا يمكن من أداء ذلك كله إلا بزيارته والوقوف على حاله، وعلى من يريد منهما رؤية ولده أن يذهب إليه، في المنزل الآخر حيث لا خلوة محرمة ولا ريبة، بل بحضور محرم أو امرأة ولا يطيل أحدهما مع الآخر أو ينسبط فيه، لأن الفرقة بينهما مانعة من تبسط أحدهما في منزل الآخر، فإذا لم يؤمن الخلوة أو كان ثمة ريبة في حصول الزيارة في منزل من بيده المحضون، كانت الزيارة في منزل أحد الأقارب أو الأصدقاء<sup>2</sup>.

وبهذا فحق الزيارة ذو أهمية كبيرة تُكْمِلُ رعاية الطفل المحضون، وبهذا فحق الزيارة يحقق مصلحة المحضون من مسألتين إثنين:

<sup>1</sup> عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والإجتهد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 1، جامعة زيان عاشور الجلفة، جانفي 2018، ص 271.

<sup>2</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 603-604.

1- أن في تمكين أصحاب الحق في الزيارة منه ضمان للإشراف على الصغير ورقابته ورعايته نظراً لضعفه وحاجته إلى من يتدبر أحواله وينظم شؤونه من غير حاضنة، لأن إستفراد الأخير بالصغير لا يحقق الرعاية الكاملة له<sup>1</sup>.

2- حق الزيارة والرؤية أداة لتقوية العلاقات والروابط الأسرية، ومنح الطفل المحضون من كل العطف والرعاية التي هو في أمس الحاجة إليهما، فهي لا تقف على رقابة الصغير وتولي أمره، بل فيها كذلك تحقيقاً للصلة والمودة ووقوفاً على أحواله الشخصية، وبالتالي فهي تساهم في تكوين شخصية المحضون وتوثيق علاقته بوالديه، وكذلك الأمر بالنسبة لأقارب المحضون الذي تضمن الزيارة بقاء روابط القرابة والمودة والصلة بينهم وبين الصغير<sup>2</sup>.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أولى لحق الزيارة أهمية كبيرة، وخاصة حينما أجاز اللجوء للقضاء الاستعجالي لإتخاذ التدابير اللازمة، مراعاة لمصلحة المحضون وإعطاء حقه في الزيارة قبل الفصل في الموضوع، وهو ما نصت عليه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة حيث جاء فيها (يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن)، وبهذا قصد المشرع ضمان مصلحة المحضون وعدم ضياع الولد طيلة فترة سير الدعوى لأن إجراءات الدعوى قد تطول.

وبهذا فبموجب أمر على ذيل عريضة من المدعي، ويكون الأمر الصادر مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون طبقاً للمادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حالة الضرورة القصوى يجوز الأمر بالنفذ المعجل بموجب المسودة قبل القيد وقبل التسجيل، وهو غير قابل لمعارضته وخاضع للاستئناف، ولكونه أمراً مؤقتاً فإن مفعوله يزول إذا صدر حكم نهائي في الموضوع، غير أن آثاره تبقى قائمة بشأن الفترة الممتدة من صدوره لغاية الفصل

<sup>1</sup> نواف خالد ونشوان زكي سليمان، مشاهدة المحضون، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 15، ج1، جامعة كركوك، 2015، ص 400.

<sup>2</sup> حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة التقني، المجلد 24، عدد 10، هيئة التعليم التقني، العراق، 2011، ص 155.

في الموضوع وعلى الخصوص بشأن النفقة والحضانة وتوابعها<sup>1</sup>، ويجب تنفيذ الأمر الإستعجالي في أجل ثلاثة أشهر من يوم صدوره تحت طائلة السقوط<sup>2</sup>، كما أن عدم فصل قضاة الموضوع في حق الزيارة رغم المطالبة بها يعتبر حالة من حالات إلتماس إعادة النظر وليست وجهاً من أوجه الطعن<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: تنظيم حق الزيارة وتنفيذ رؤية المحضون

إن حق الزيارة إنما شرع لمصلحة المحضون، وحتى تتحقق هذه المصلحة لابد من تنظيم الزيارة من حيث أوقاتها بتحديد مدتها وزمانها بالتوقيت الزمني وتحديد اليوم الذي تتم فيه الزيارة، كما أنه لابد من تحديد مكان للزيارة كي يحس الطفل المحضون بنوع من الإستقرار، فلا يتأذى الطفل ولا الوالدين فتستقر حياة الطفل المحضون بالتقليل من أثر الفرقة من خلال تنظيم الحضانة، وهو ما سنوضحه أكثر أدناه.

### أولاً: طريقة تنظيم الزيارة

يتم تنظيم الزيارة بطريقتين إثنين، إما ودياً بالإتفاق بين والدي الطفل المحضون، وفي حالة الإختلاف يتم تنظيمها قضاء وفق مايلي:

### 1- تنظيم حق الزيارة ودياً:

لما كان عقد الزواج من العقود الرضائية فإنه بالمقابل في حالة الطلاق فإنه متى اتفق صاحب حق الزيارة مع الحاضن على تنظيم حق الزيارة بطريقة ودية مراعاة لمصلحة المحضون، فإنه لا يبقى سوى تنفيذ هذا الإتفاق وبالتأكيد أن هذا الأمر يتم تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة، فيتم تنظيم هذا الأمر من حيث مكان إلتقاء صاحب حق الزيارة بالمحضون وكذلك من حيث الزمان بتحديد الوقت، وكذلك إمكانية المبيت من عدمه، فمن شأن هذه

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً تطبيقاً، المرجع السابق، ص 72-73.

<sup>2</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 196.

<sup>3</sup> قرار رقم 158842، بتاريخ 1997/04/08، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد53، لسنة 1998، ص 61.

الطريقة أن تمنح المحضون جواً أقرب إلى ما كان عليه ولو أن والديه منفصلان<sup>1</sup>.

## 2-تنظيم الزيارة قضائياً:

متى لم يتفق الحاضن وصاحب الزيارة في الأمور المتعلقة بحق الزيارة ودياً، فإن قاضي شؤون الأسرة يتدخل وينظمها بنفسه وفقاً لسلطته التقديرية التي تتم بناء على مصلحة المحضون، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حينما تناول مصطلح مصلحة المحضون فإنه لم يُعرّفه بل ترك أمر تقديرها لسلطة القضاء، فلا يوجد نص صريح يتناول كيفية تنظيم حق الزيارة وإنما توجد قرارات للمحكمة العليا التي جرى العرف على إتباعها<sup>2</sup>.

### ثانياً: تنفيذ رؤية المحضون

يتم تنفيذ رؤية المحضون من خلال تحديد زمان الزيارة ومكانها، ليتمكن صاحب حق الزيارة من تنفيذ رؤية المحضون، وذلك وفق مايلي:

#### 1- أوقات الزيارة:

الأصل في أوقات رؤية وزيارة الولد المحضون مسألة مبنية على المرونة والتوسعة بين أصحاب الشأن بما يحقق مصلحة الصغير، وبعد تحقق ذلك يصير الأمر إلى يد القاضي الذي خوله المشرع الفصل في جميع المسائل المتعلقة بالزيارة، ويستعين في ذلك بما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية لغياب النص القانوني في الموضوع، كما هو منصوص عليه في المادة 222 من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

وتتم الزيارة في المعتاد مرة في كل أسبوع للأبوين وأقل من ذلك بالنسبة لغيرهما، ولايحق إعطاء الحق في الزيارة لأحد الأبوين لأقل من مرة في الأسبوع لأنه فيه إضراراً بمصلحة المحضون، حيث جاء في القرار القضائي "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بالزيارة، فإنه من الواجب أن يكون

<sup>1</sup> بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، سبتمبر 2019، جامعة عمار ثليجي الأغواط، ص 287.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>3</sup> نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018، ص 492.

ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للأقارب، فإن لهم الحق في زيارة الطفل المحضون، لكن الزيارة تختلف في المدة عن زيارة الوالدين، كأن يكون مرة كل شهر، هذا ويجب أن تكون الزيارة في أوقات مناسبة، فلا تكون ليلاً أو في أوقات متأخرة، لأن الليل وقت سكون وراحة. وتجدر الإشارة إلى أن مدة الزيارة وزمانها يختلفان باختلاف سن المحضون وحالته الصحية، بحيث لو كان مميزاً كان من الجائز له المبيت عند كلا أبويه وزيارتهما، ولا يُمنع من ذلك لأن فيه تحريضاً على العقوق وقطيعة الرحم وهو الأمر المحظور شرعاً<sup>2</sup>.

## 2- مكان الزيارة

مكان الحضانة يجب أن يكون ملائماً لا مضرة فيه على الولد أو نفسيته<sup>3</sup>، كما يجب كذلك أن يكون قريباً، لأن الزيارة إذا لم تحقق غرض رقابة الولي على الصغير، فقد تكون سبباً لإسقاط الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، والمسافة التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة قدرتها المحكمة العليا بستة برود، أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة وولي المحضون<sup>4</sup>، وهذه المسافة كبيرة تضر بمصلحة المحضون، إذ قد تجعل من له الحق في الزيارة يبعد فترة الزيارة لبعد المسافة ومشقة السفر كل أسبوع ومصاريف التنقل، وهذا فيه إضرار للطفل المحضون، وبالتالي المسافة لا بد أن تكون أقل من ذلك.

ومن شروط تحديد مكان الزيارة لا بد أن لا يكون فيه تضيق وتقييد مما قد يضر

<sup>1</sup> قرار رقم 59784، بتاريخ 16/04/1990، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1991، ص 126.

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 425.

<sup>3</sup> عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، المرجع السابق، ص 27.

<sup>4</sup> قرار رقم 43594، بتاريخ 22/09/1986، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، الإجتهد القضائي، عدد4، لسنة 1992، ص 41.

بمصلحة الطفل المحضون والوالدين، حيث جاء في قرار المحكمة العليا "من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر إستعماله على النحو الذي يراه دون تضيق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحالة- أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز إختصاصه وقيود حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>، وبهذا فلا بد أن يكون تحديد مكان الزيارة بالتوافق بين الوالدين مع مراعاة مصلحة المحضون ومما يحقق له الإستقرار العاطفي والمعيشي.

كما أن من شروط تحديد مكان الزيارة أن لا تكون في المسكن الذي تقيم فيه المطلقة، لأنها أصبحت أجنبية عن طليقها فلا يحق أن يقربها بأي شكل من أشكال التقرب، لأن ذلك قد يدفع الريبة والشك وقد يؤدي بالوقوع في المحذور، حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا يمنع ذلك "من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة"<sup>2</sup>، إلا أنه وإعمالاً لمصلحة المحضون فيمكن إجازة زيارة المحضون إستثناءً بمسكن الحضانة، مراعاة

<sup>1</sup> قرار رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1992، ص 55.

<sup>2</sup> قرار رقم 214290، بتاريخ 1998/12/15، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 194.

لمصلحة المحضون متى كان ممن يصعب نقله عند الزيارة كأن يكون صغير السن، لا يستطيع الإستغناء عن أمه ولا يحتمل إبعاده عنها، كحال الرضيع<sup>1</sup>، أو يكون الطفل المحضون به حالة مرضية تجعله عاجزاً عن التنقل إلى مكان الزيارة البعيد عن مكان ممارسة الحضانة، أو كانت ظروفه الصحية لا تسمح بذلك، فكل هذه الأسباب وغيرها تجعل إمكانية أن يكون مكان الزيارة في مسكن ممارسة الحضانة، مع التحلي بالضوابط الشرعية أثناء الزيارة، كحضور محرم للأم الحاضنة أثناء زيارة أب الطفل المحضون.

### -متابعة تنفيذ حق الزيارة:

تعتبر مصلحة المحضون أساساً لتعديل نظام الزيارة، إذ أن المشرع قد أولى لها أهمية كبيرة إذ ذكرها 5 مرات، كما أن المشرع إستعمل مصطلح مصلحة المحضون ولم يتعرض لتعريفها، وترك أمر تقديرها لسلطة القضاء وفقاً لما يحقق مصالح القانون، ومن بين المسائل التي تحتم على القاضي استحضار هذه المصلحة، الطلبات الرامية إلى تعديل نظام الزيارة، لذلك يمكن لمن له المصلحة طلب مراجعته وتعديله بما يتلائم وما استجد من ظروف، لأن هذا التعديل يراعي مصلحة المحضون متى إقتضت الضرورة لذلك.

ومن الأسباب التي تستدعي تغيير وقت الزيارة تزامنها مع الفترة التي يكون فيها الطفل المحضون مرتبطاً بمواعيد الدراسة، بالإضافة إلى تعديل الزيارة قد تستدعيه دوافع موضوعية، منها كون المكان المحدد للزيارة يسبب ضرراً للمحضون، لا سيما حينما يتعلق الأمر برضيع تم تحديد مكان زيارته خارج بيت حاضنته، الأمر الذي يشكل ضرراً له، مما يستوجب تعديل المكان في هذه الحالة، بجعله عند حاضنته الأم لحاجته إلى الرعاية باستمرار، وبهذا فالظروف التي تستدعي تغيير وقت الزيارة ومكانها أو تغييرها معاً تعد من أمور الواقع التي يستقر بتحديد قضاة الموضوع وفقاً لسلطتهم التقديرية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نوال بنت عبد العزيز، حقوق المحضون، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 40.

<sup>2</sup> عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه، المرجع السابق، ص 274-275.



## -ملاحظات على قانون الأسرة الجزائري:

نصت الفقرة الثانية من المادة 64 على أنه "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" ويلاحظ على هذا النص مايلي<sup>1</sup>:  
**الملاحظة الأولى:** أنه لم يحدد مكان ممارسة حق الزيارة، هل هو المنزل الذي يقيم فيه المحضون مع حاضنه أو حاضنته، أو في مكان آخر، تاركاً ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي في ذلك العرف والعادة.

**الملاحظة الثانية:** أنه لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الحضانة، أي ساعة واحدة أو عدة ساعات وكذا عدد الأيام، وترك المشرع ذلك للقاضي الذي يراعي العرف والعادة، ولقد جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية، وكذا الأعياد الدينية والوطنية، وكذا في أيام العطل المدرسية، إن كان المحضون متمدرساً، فالعطل المدرسية يتم تقاسمها بالنصف بين الحاضنة وأب المحضون متى كان النزاع بينهما وهو الأكثر شيوعاً، أما المناسبات الدينية والأعياد الوطنية فاليوم الأول يقضيه المحضون مع حاضنه، أما اليوم الثاني فيمنح لأب المحضون، أما بالنسبة لعطلة آخر الأسبوع فيقضيها مع الأب، وأما زمن الزيارة فهو التاسعة صباحاً إلى غاية الرابعة مساءً، غير أنه إذا كان الطفل المحضون رضيعاً، فإن الزيارة تكون أقل من ذلك.

وبالنسبة لمكان ممارسة الزيارة تجب التفرقة بين حالتين<sup>2</sup>:

**-الحالة الأولى:** إذا كان الطفل رضيعاً أقل من عامين في عمره، فإنه لا يعقل أن يمارس حق الزيارة خارج المنزل، بأن يبقى طالب الزيارة خارج البيت، وهذا حماية للطفل من أحوال الطقس من حر وبرد وحاجته الفورية إلى أمه، فلا بأس أن تتم الزيارة داخل البيت.

**-الحالة الثانية:** إذا كان الطفل غير رضيع، فباستطاعة طالب الزيارة رؤيته خارج البيت، بأن يأخذه أبوه أو أمه إلى مكان عمومي للإنفراد به، أو إلى بيته إن كان قريباً، بشرط أن يكون مبيته عند حاضنته أو حاضنه، وقد يقع الإتفاق على خلاف ذلك، خاصة إذا كان الطفل

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 519 - 520.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 520.

متمدرساً، على أن يقضي عطلة نهاية الأسبوع أو جزءاً من العطلة الصيفية أو الشتوية أو عطلة الربيع عند صاحب حق الزيارة، وفي حالة عدم الإتفاق بإستطاعة من يهمله الأمر اللجوء إلى القاضي لتحديد حق الزيارة، بالنسبة لأيام الزيارة وكذا مكان ممارسة الزيارة، وإن كان بالأخذ والرد، وكذا الإقامة عنده لبضعة أيام أثناء العطل المدرسية.

أما إذا كان الطفل قد بلغ سن التمييز أي 16 سنة ميلادية، طبقاً للمادة 42 من القانون المدني فبإستطاعته زيارة والده أو والدته، ولا يمكن أن يمنعه الحاضن أو الحاضنة من ذلك.

### الفرع الثالث: إشكالات حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري

إن أول مشكل يظهر بعد افتراق الأبوين هي محاولة إستئثار من بيده الحضانة بالمحضون وإبعاده عن الآخر قدر الإمكان، أنانيةً وإنتقاماً من الطرف الآخر، مما يجعل المحضون محور هذا التنازع ويعرضه لكثير من الانعكاسات التربوية والنفسية.

والقصور التشريعي في موضوع الزيارة في قانون الأسرة قد زاد من الإشكالات القضائية لتعدد التفسيرات والإجتهادات في المسائل التي يوجد فيها الفراغ التشريعي، ومن خلال هذا الفرع نبرز منهما وفق مايلي:

### أولاً: الإشكالات التي يطرحها أصحاب الحق في الزيارة

بالرجوع إلى المادة 64 ق.س قد رتبت الأشخاص الحاضنين وهو على الترتيب الآتي: الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة، لكن بالمقابل لم يبين من له الحق في الزيارة.

الإشكال الذي يطرح هنا: هل نعتبر أصحاب حق الزيارة هم الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر أم أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟.

المادة 64 من قانون الأسرة هي ليست مادة صريحة تخص أصحاب الزيارة، وإنما نستشف منها فقط الأشخاص طالما أن لهم حق الحضانة، كما أنه تجدر الإشارة أنه بإمكان القاضي تخويل حق الزيارة لكل شخص يرى أن من مصلحة المحضون لقائه بما يملكه من

سلطة واسعة في هذا المجال<sup>1</sup>، وبما أن المادة قد عدت أصحاب الحق في الحضانة فمن باب أولى يكون لهم حق الزيارة، مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، مع بقاء سلطة القاضي الواسعة في إعطاء حق الزيارة لكل من يرى أنه يحقق مصلحة للطفل المحضون وهو محتاج إليها.

والحل الذي يقترح لهذا الإشكال أن على المشرع أن يعدد الأشخاص الأوائل من لهم الحق في الزيارة كأصل عام، ومن باب أولى يكون هم أصحاب الحق في الحضانة بنفس الترتيب لهم حق الزيارة، ويكون الذكر على سبيل المثال، والإبقاء على سلطة القاضي التقديرية في منحه لهؤلاء أو لغيرهم الزيارة ولكن من يحقق مصلحة المحضون.

### ثانياً: الإشكالات التي تطرحها أوقات زيارة المحضون

بما أن قانون الأسرة لم ينص على توقيت مدة الزيارة، فهذا يدفع بالقاضي إلى أعمال سلطته التقديرية في تحديدها، مما يجعل الأحكام تختلف من قضية إلى أخرى، كونها مسألة شخصية تراعى فيها مصلحة المحضون، إلا أن هذا قد يظهر إشكالات نوجز أهمها فيما يلي:  
- الأب حين يستعمل حقه في الزيارة باعتبار أن الحضانة تمنح في الغالب الأعم للأم باعتبارها الأولى برعاية المحضون نجد أن بعض الأمهات يقمن بدافع الانتقام من الزوج بمنع المحضون من رؤية الولي، فيصبح استخدام المحضون كوسيلة إنتقام وإيذاء متبادل بين الزوجين، فالأم تحرم الأب من رؤية المحضون والأب يحاول أن يضم المحضون إلى حضانتها، وبالتالي يعيش المحضون تجربة نفسية قاسية تترك في وجدانه إنطباعاً سيئاً عن الجو الأسري، والعلاقات الزوجية فيحدث تمزق عاطفي للمحضون فضلاً عن فقدته الشعور بالأمان نتيجة الاضطرابات والتفريق الذي حل بالأسرة.

هنا لابد من خلق رقابة جدية على هذا الأمر واقعياً، لأن القيام بهذا الأسلوب راجع إلى عدم وجود ثقافة ووعي بأن العلاقة الزوجية انتهت ولا بد أن تبقى علاقة طيبة من أجل

<sup>1</sup> بوزيتونة لينة، المرجع السابق، ص 290.

المحضون وإلا يصبح المحضون ضحية سوء الوعي<sup>1</sup>.

-بالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل والأعياد، إلا أنه كان عليه أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير وتشمل أيضاً حق إستضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما<sup>2</sup>، حفاظاً على شعور الطفل بالجو الأسري والشعور العاطفي ونوع من الألفة التي يتطلبها الطفل لكي يعيش طفولته، دون إقصاء نفسي أو تهيمش أسري، فوجود الوالدين إلى جانب الطفل يدفع في نفسه الاندماج الأسري مما يجعله عنصراً فاعلاً في المجتمع.

-قد يحكم القاضي بالزيارة للأب مع تحديد مدتها، إلا أن الإشكال الذي يطرح أن سن الطفل المحضون في تزايد، وقد تكون حاجته للزيارة أكبر حينما يزداد في سنه أكثر من قبل، فهل تتغير مدة الزيارة وعدد مرات الزيارة تبعاً لتغير سن المحضون؟.

بما أنه لا يوجد نص قانوني ينظم هذا، فيكون للسلطة التقديرية للقاضي الدور الكبير، وقد تختلف الآراء في ذلك، فمنهم من يزيده تدريجياً مع سن المحضون ومنهم من يباعد بين زيادة هذه المدة، وللشخص المخول له حق الزيارة أن يرفع دعوى تعديل مواقيت الزيارة<sup>3</sup>.

-قد يتعذر على الأب زيارة الطفل المحضون في أوقات معينة نظراً لظروف عمله، التي تحتم عليه البقاء لمدة طويلة في العمل لكي يعود لبيته، كأن يكون يعمل في الجنوب الجزائري كالشركات البترولية التي يكون العمل مستمر مدة شهر لكي يسمح للعامل بالراحة للشهر الموالي أو أسبوع أو أسبوعين، مما يحتم على الأب نقل الطفل المحضون خلال عطلة راحته أو خلال العطل المدرسية، حتى يتسنى للأب الإطلاع على أحوال الطفل المحضون بشكل سليم، وإعطاء حقه في إستضافته الكافية بما يتطلب حق الوالد على ولده، كونه يتعذر زيارته أسبوعياً، فتمنح له حق الزيارة والاستضافة أطول من المعتاد لهذا الظرف، فعلى المشرع الجزائري إضافة مادة تنظم مثل هذه الحالات مراعاة لمصلحة المحضون.

<sup>1</sup> بوزيتونة لينة، المرجع السابق، ص 291.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 259.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 292.

## رابعاً: إشكالات تنفيذ حق الزيارة

يعد التنفيذ مطلباً أساسياً يبتغيه المتقاضى من وراء لجوئه إلى القضاء، وهذا للحصول على حكم يحمي حقوقه، وعليه فإن التنفيذ يكتسي أهمية كبيرة على مستويات كثيرة فتكمن أهميته القانونية في إعطاء طابع سمو والسيادة للأحكام التي تصدر مطابقة للقانون، فيكون تنفيذ الأحكام القضائية بتحقيق الحقوق على أرض الواقع هو السبيل للحفاظ على هيبة القانون ونجاعته.

ويقصد بالسندات التنفيذية هي كل عمل قانوني يتخذ شكلاً معيناً ويتضمن تأكيد حق الدائن الذي يريد الإقتضاء الجبري<sup>1</sup>.

### -حالة تنفيذ حق الزيارة:

وهو أحد مشتقات حكم الطلاق، أين يقع على المطلقة واجب تسليم الأولاد لأبيهم إمتثالاً لحق الزيارة تحت طائلة المتابعة الجزائية، وهنا لا يتطلب الأمر من الزوج المطلق الاستعانة بمحضر قضائي من أجل القيام بحق الزيارة إلا في حالة عدم تسليمهم من طرف الزوجة المطلقة، ولإثبات ذلك من طرف الزوج المطلق لابد عليه الاستعانة بمحضر قضائي من أجل إثبات الواقعة، والإشكال الذي يثور هنا؛ هو أن حق الزيارة غالباً ما يكون في أيام العطل وعليه يتعين على المطلق إحضار أمر قضائي لأن المسألة متعلقة بالعمل خارج أوقات العمل وهذا قبل يوم العطلة، والمطلقة تلتزم بطبيعة الحال لأن الأمر يتعلق بمتابعة قضائية، إلا أنها تعاود الكرة في حالة عدم وجود أمر، ويبقى الحال كما هو عليه من إرهاق للمطلق، ناهيك عن عدم ذهاب الأولاد مع أبيهم وهذا بإيعاز من أمهم، وهو ما يتسبب في حدوث نزاعات بين المطلقين تمتد أحياناً إلى الأطفال<sup>2</sup>.

### -التدابير المتعلقة بحق الزيارة:

قبل إضافة المادة 57 مكرر إلى قانون الأسرة بموجب التعديل الصادر سنة 2005 كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ. (د. ط، الجزائر: دار هومة، 2012)، ص 96.

<sup>2</sup> لجلط فواز، المرجع السابق، ص 15.

الآخر الذي لم تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقاً لمضمون المادة 64 ق.س، أما اليوم وبعد هذا التعديل فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة، ويودعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة التي تنتظر في موضوع دعوى الطلاق، فيطلب الحكم له بحقه في حضانة أحد أو بعض أبناء الزوجين المتخاصمين بصفة استعجالية ومؤقتة، طوال الفترة الممتدة ما بين تاريخ رفع دعوى الطلاق أو التخليق من أحد الزوجين، وما بين تاريخ صدور حكم قطعي بشأن موضوع دعوى الطلاق بشأن الحضانة والزيارة<sup>1</sup>.

وفي هذه الحالة يجوز لقاضي الأمور المستعجلة الذي يكون عادة هو رئيس المحكمة بعد أن يتحقق من مبررات الطلب، ومن وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام نفس المحكمة بقصد استصدار حكم قضائي بالطلاق أن يصدر أمراً استعجالياً مؤقتاً بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته ولا في حضانته المؤقتة.

---

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 158.

## خلاصة الفصل الثاني

كما أن للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية، سواء أكان بطريق التطليق أم بالخلع، لها حق آخر يرتبط بهذا الحق وهو الآثار المترتبة على التطليق والخلع، ومن بينها النفقة والعدة والحضانة والسكن وحق الزيارة، وقد عالجنا في هذا الفصل هذه الآثار بإستثناء أثر النفقة الذي كنا قد عالجنه في الباب الأول فلتجنب التكرار لم نُعد معالجته، ومن أهم النقاط التي استخلصناها من هذا الفصل نذكر:

-العدة حق شرعي للزوجة محمي بموجب قانون الأسرة شُرِّع صونا لإختلاط أنساب الزوجة، وصوناً لعرض الزوجة ومراعاة لشعورها في الفراق أو وفاة زوجها.

-نظم قانون الأسرة العدة وضبط أحكامها في المواد من 58 إلى 61، إلا أنه لم ينص على عدة المرأة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، وعدتها 3 أشهر في حالة الطلاق، ولعل عدم ذكر ذلك كون أن قانون الأسرة إشتراط سن الزواج 19، ولكن مادام أنه أجاز الترخيص بالزواج قبل ذلك السن قد نجد حالات تكون فيها الزوجة غير بالغ فعدتها بالأشهر.

-العدة على ثلاثة أنواع بالقرء والأشهر وبوضع الحمل، وكل الحالات نظمها قانون الأسرة بما فيهم زوجة المفقود فعدتها بالأشهر وهي عدة الوفاة بعد صدور الحكم بالفقد أي أربعة أشهر و10 أيام من تاريخ صدور الحكم المعايين بالفقد.

-أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء حينما حدد للزوجة المتوفى عنها زوجها الحامل بأن عدتها وضع حملها، ولا تطبق عليها عدة الوفاة.

-لم يتكلم قانون الأسرة على عدة بعض النساء، كعدة المرأة المستحاضة فأختلف فيها الفقهاء والرأي الذي أخذناه هو رأي الجمهور فإذا كانت مميزة لدم الإستحاضة أو لها عادة عمّلت ذلك، فإن لم يكن لها ذلك فتعتد بتسعة أشهر إحتياطاً وهو أحد أقوال الشافعية.

-أعطت المادة 61 ق.س حكماً هو أن الزوجة المطلقة تبقى في فترة عدتها في بيت زوجها لكن هذا حكم عام، قد لا ينطبق على عدة المرأة المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى، فلا يحل لها أن تبقى في بيت زوجها فترة عدتها، لأنها أجنبية عنه.

-المشرع الجزائري في مسألة العدة أوجد إشكالية قانونية بسبب نص المادة 49 ق.س وهو إشكالية إثبات الطلاق العرفي، حيث أوجدت المادة نوعين من العدة، عدة شرعية تبدو من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أمام زوجته، وعدة قانونية تبدو من تاريخ التصريح بالطلاق، والحل الذي توصلنا إليه، أن على الزوج إثبات الطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء بكل طرق الإثبات كشهادة الشهود أو الإقرار وغيرها، وبعد إثبات الطلاق العرفي ما على القاضي إلا إصدار حكم بإثبات هذا الطلاق دون الحاجة لمحاولات الصلح، لأن الطلاق وقع وانتهى، ومحاولات الصلح تكون قبل وقوع الطلاق، وبهذا تكون إشكالية ازدواجية العدة قد حلت، وهذا الرأي بعد البحث وجدنا بعض الاجتهادات القضائية تعمل به، بإثبات الطلاق العرفي وعدم العمل بنص المادة 49، 50، في حالة الطلاق العرفي.

-كما أن الحضانة تعتبر حقاً من حقوق الزوجة بعد حكم الخلع أو التطليق، إذ تعد الحضانة أثراً من آثار فك الرابطة الزوجية، فإذا صدر حكم بذلك فأولى الناس بالحضانة هي أم الطفل المحضون.

-من بين الاشكالات في التنفيذ هو تسليم الطفل المحضون، فقد يكون الأولاد لدى الأب فيخرج المحضر القضائي لتسليمهم للأم فيرفض الأولاد فيثيرون حالة من الصراخ والبكاء التي تمنع المحضر القضائي من القيام بمهامه، ويمنع قانوناً على المحضر القضائي تسليمهم بالقوة لأهمهم، وحل هذا الإشكال على المحضر القضائي تحرير محضر حول هذه الوضعية وتسليم نسخة لكلا الزوجين، وإحالة النسخة للقضاء، للقيام بلقاءات ودية بين الزوجين لحل المشكل، أو يقترح الحضور أثناء تسليم الأطفال المساعد الإجتماعي لتسهيل عملية التسليم بمعية المحضر القضائي والزوجين.

-إذا لم يطلب من لهم الحق في الحضانة ممارسة الحضانة يبقى الطفل المحضون دونها، مما يجب على المشرع تدارك ذلك بإسناد الحضانة بموجب حكم الطلاق، مع أن القانون لا يجيز أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، إلا أنه مراعاة لمصلحة المحضون لابد من تدارك ذلك.



-يعتبر سكن ممارسة الحضانة حقاً من حقوق الزوجة متى أسندت لها الحضانة، فعلى أب الطفل المحضون أن يوفر سكناً ملائماً حسب حالته المادية، وإن تعذر ذلك له أن يدفع بدل الإيجار.

-في حالة النزاع في متاع البيت بين الزوجين، وجب إعمال قرينة بسيطة في المادة 73 للفصل فيه، والملاحظ أن قانون الأسرة قد أخذ بقول المالكية في ذلك، وخالفهم في جزئية الأمور المشتركة بينهما فقال المالكية يأخذها الزوج مع اليمين، ونص قانون الأسرة أنها تقسم بين الزوجين بالتساوي مع اليمين.

-بعد الحكم بالتطليق أو الخلع قد يقع إشكال تسليم المصوغات الذهبية، فقد يقدم الزوج مصوغات على أنها ذهبية لكنها مزيفة أو تم تبديلها، فإذا حرر المحضر القضائي محضر التسليم فقد يتحمل المسؤولية، ومادام المحضر ليس خبيراً في ذلك فلا بد من تعيين خبير، لكن ليس من صلاحيات المحضر تعيين خبير، وكذلك من يتحمل أتعاب الخبير، فهذا مما يحتم على المحضر تحرير محضر يسمي فيه المصوغات الذهبية بمعدن أصفر كي لا يتحمل المسؤولية، أو يقوم المحضر القضائي بعرض هذه المصوغات على الزوجة فإن تعرفت عليها يحرر محضراً يدون فيه تصريحها مع الإمضاء والبصمة، وإن لم تتعرف حرر المحضر القضائي محضراً بذلك وسلمه للطرفين لاتخاذ الإجراءات اللازمة، وبالتالي كان على المشرع من باب أولى تنظيم هذه الإشكالية وإيجاد حل لها مثلما قدمناه أو يكون أكثر تفصيلاً.

- حق الزيارة من أهم حقوق الصغير المحضون والمحضون له، وعلى الرغم من أهميته إلا أن المشرع لم يفردُه بنصوص قانونية تحكمه، فيكون بذلك تنظيم الزيارة زماناً ومكاناً يخضع في جميع جزئياته لسلطة القاضي التقديرية، ومرجعه في ذلك دائماً هو مصلحة المحضون.

-إذا أسندت الحضانة للأب فمن حق الأم المطالبة بحق الزيارة، وحتى ولو لم تطلبها يحكم القاضي بحكم الزيارة مراعاة لمصلحة المحضون وخروجاً عن القاعدة العامة بسبب ذلك، وقد أقر المشرع هذا الحق، لكنه لم ينظم أحكامه، فلم يحدد مدة الزيارة وزمانها ومكانها.

-لم ينظم قانون الأسرة أحكام حق الزيارة، وبالتالي تنظيمه يخضع للقضاء، فقد يكون تنظيم حق الزيارة ودياً بين الزوجين بالاتفاق وتحت إشراف قاضي شؤون الأسرة، فإن لم تتجح

بالاتفاق، يتدخل القضاء ويتم تنظيم حق الزيارة قضائياً، وفق السلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة مصلحة المحضون، فيحدد وقت الزيارة وتكون مرة على الأقل كل أسبوع، وفي أوقات مناسبة حسب سن المحضون وحالته الصحية، كما يجب تحديد مكان الزيارة ويشترط أن يكون المكان قريباً، وأن لا تتم الزيارة في مسكن الحاضنة تجنباً للريبة فالزوجين أجنيين عن بعضهما، ويجوز استثناء إذا كانت حالة الطفل لا تسمح بنقله للمكان المحدد للزيارة، كالطفل الرضيع حديث الولادة، أو المعاق، أو لديه ظروف صحية تمنعه من التنقل، فتكون الزيارة في مسكن الحاضنة مع محرم.

-تحديد وقت الزيارة ومكانها يخضع للتراضي بين الوالدين، وإذا حصل نزاع يتم تحديدها من طرف القاضي.

-يراعى في إسناد حق الزيارة مصلحة المحضون وجعلها فوق كل إعتبار، وهذا كان نتيجة للإطلاع على الكثير من الإجهادات القضائية المتعلقة بموضوع الزيارة، والتي أرفقنا أهمها في موضوع الأطروحة.

## خاتمة

كنا قد عالجتنا في هذه الأطروحة موضوع حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، ونخلص إلى أن الزوجة قد كفل لها الشرع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حقها في فك الرابطة الزوجية بالتطليق أو الخلع، متى توفرت أسبابها وقامت لها ضوابطها، كما كفل حقها في الآثار المترتبة عن التطليق والخلع، فارتكزت الدراسة على بيان كيفية ممارسة الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية، وذكر أحكامها وإجراءاتها شرعاً وقانوناً وقضاءً، وبالمقابل التعرض للإشكالات المتعلقة بهذا الموضوع محل الدراسة ومحاولة الإجابة عنه، ومن خلال ما تقدم كنا قد خلصنا إلى مجموعة من النتائج ومجموعة من الإقتراحات تكون في مجملها إجابة على إشكالية الأطروحة التي إنطلقنا من خلالها في موضوع البحث، نوجزها فيما يلي:

- على المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة المنظمة لموضوع الطلاق قد ضَمِنَ للزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية، بمنحها الحق في التطليق المنصوص عليه في المادة 53، وحقها في الخلع المنصوص عليه في المادة 54، إلا أنه بعد البحث تبين أن هاتين المادتين غير كافيتين لتنظيم أحكام الفرقة من جانب الزوجة، فتبين وجود العديد من الإشكالات القانونية والقضائية، دفع بنا إلى معالجة أهمها ضمن هذه الأطروحة.

-أجاز قانون الأسرة للزوجة التطليق بسبب إخلال زوجها بالالتزامات الزوجية أو الشقاق المستمر بينهما وكذا بسبب العيوب التي تحول دون حصول الهدف من الزواج، أو بسبب مخالفة بعض الأحكام المنصوص عليها قانوناً.

-أجاز قانون الأسرة للزوجة أن تطالب بالتطليق بسبب غياب زوجها عنها لمدة سنة كاملة، وكان غيابه غير مبرر فكان دون عذر ولم يترك لها نفقة تعيش بها في تلك الفترة.

-الملاحظ أن المشرع لم يتكلم عن حق الزوجة في التطليق لغياب الزوج دون عذر مع وجود النفقة، فهنا يمكن أن نكيف هذا الفعل الذي قام به الزوج أنه حالة الهجر في المضجع، لأن

غياب الزوج عن زوجته فوت عنها فرصة المعاشرة الزوجية التي تحصن بها الزوجة نفسها، رغم أن الزوج ترك لها النفقة لكن هذا لا يعوض لها حقها في المضاجعة.

-قد تكون الزوجة عالمة بالعيب في الزوج ورضيت بالزواج، فلا يحق لها المطالبة بالتطليق للعيب لأنها أسقطت حقها في الاستمتاع، ولا يمكن تظلم الزوج نتيجة ذلك، فكان على المشرع إضافة هذا في فقرة العيب فتصبح (العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن عالمة به وقت العقد)، فيسقط حقها في التطليق نتيجة سوء تقديرها للضرر، إلا أنه يبقى حقها في الخلع، متى تبين لها استحالة استمرار الحياة الزوجية.

-على المشرع الجزائري تعديل أو إضافة مرسوم إلى جانب المرسوم التنفيذي رقم 154/06 يلزم الزوجين الكشف عن الأمراض الأكثر خطورة وإنتشاراً بين الزوجين لأنها من النظام العام كالإيدز والزهري وغيرها سواء جنسية أم جسدية، ويكون ذكرها على سبيل الحصر، وتكون بالمجان، للكشف المبكر عن هذه العيوب قبل تقدم الزوجين لإبرام عقد الزواج، وبهذا الإجراء نكون قد جنبنا الزوجين من فك الرابطة الزوجية قبل وقوعها، وهذا لا يعني حرمان الزوج المريض من العلاقة الزوجية، بل المنع من التدليس فيها من جهة، وحماية الطرف الثاني الذي قد لا يرضى إذا علم بالمرض، وبالتالي إخضاع العلاقة الزوجية للرضا، وكذا تجنب حالة من حالات الطلاق وبالتالي تخفيف الضغط على المحاكم ويحدث نوع من الاستقرار في المجتمع، كما أنه أيضاً من جهة أخرى قد يُلْقَى هذا الطرف المريض من يرضى بزواجه مع وجود العيب فيه، وبالتالي نكون قد أعملنا القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار.

-أعطت الفقرة 7 من المادة 53 للزوجة حقها في التطليق بسبب ارتكاب زوجها فعل الفاحشة المبينة، إلا أن التساؤل الذي تبادر إلى أذهاننا، لماذا أخرج المشرع الجزائري جريمة الفاحشة المبينة في فقرة لوحدها منفصلة عن الفقرة 4؟، والتي اعتبرت ارتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة من أسباب التطليق، مع أن جريمة الفاحشة أيضاً تمس بشرف الأسرة، فالذي قلناه أنه كان على المشرع أن يكتفي بالفقرة 4 وتكون جريمة الفاحشة المبينة من ضمنها، فإذا أبقينا على الفقرة 7 فالتفسير الأقرب للصواب هو ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري في

المادة 337 مكرر والذي إعتبر الفعل الوحيد الذي سماه بالفاحشة الميينة هو زنا المحارم، وبالتالي فإذا زنى الزوج بأحد محارمه يحق للزوجة المطالبة بالتطليق نتيجة هذا الفعل الشنيع البشع، وكذا وجدنا أن شرب الخمر من الفعل الفاحش كونه غير معاقب عليه وبالتالي لا تنطبق عليه الفقرة 4 فيمكن أن نعتبره ضمن الفقرة 7، وللقاضي السلطة التقديرية في تكييف الأفعال بالفقرة 4 أو 7.

-هناك سبب آخر تحدث عنه قانون الأسرة في المادة 45 مكرر يتعلق بحق الزوجة اللجوء للتلقيح الإصطناعي كطريق علاجي لحصول الولد، ومادام أن هذا الحق مكفول شرعاً قانوناً، فإذا إمتنع الزوج عن منح زوجته هذا الحق لإنجاب الذرية، فيحق لها المطالبة بالتطليق نتيجة الضرر الذي حصل لها وهو فقدانها نعمة الأولاد بسبب إمتناع زوجها اللجوء للطريق العلاجي لحصول الولد، وبهذا نقول أن رفض الزوج لجوء زوجته للتلقيح الإصطناعي للعلاج وحصول الولد سبباً من أسباب التطليق للضرر المعتبر شرعاً المنصوص عنه في الفقرة 10 من م53 ق.س.

-ترك المشرع الجزائري للزوجين حرية الإتفاق على مقابل العوض في الخلع، وفي حالة الإختلاف يحكم القاضي بقيمة لا تتجاوز صداق المثل في عقد الزواج، لكن صداق المثل قد يقع فيه ظلم للزوج أو الزوجة، فقد يُظلم الزوج فيه إذ تعتمد الزوجة الرفض لأنها تعلم أن زوجها أعطاها أكثر من مهر المثل، وقد تُظلم الزوجة إذا تعمد الزوج عدم الرضا بما قدمته الزوجة من عوض لأنه يعلم أنه أعطاها أقل من مهر المثل وقت الزواج، وبالتالي يكون الحل لهذا الإشكال هو إعطاء للقاضي سلطة تقديرية أوسع بتحديد قيمة العوض وفق معايير معينة، بحيث يتم تقدير العوض مع مراعاة مبلغ الصداق المدفوع في الزواج، وفترة الزواج، وأسباب الخلع، والحالة المادية للزوجة، وهذا الذي يحقق المصلحة للطرفين فلا ضرر ولا ضرار.

-نرى أنه على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في مبدأ الرضائية في الخلع، الذي جعله بإرادة الزوجة الحرة، وبالتالي قد تكون متعسفة فيه، ونسبة الخلع في المحاكم التي هي في تزايد مستمر وبشكل خطير دليل على ذلك، فيمكن أن نأخذ بموقف تشريع الأحوال الشخصية

لدولة الإمارات، التي أخذت بمبدأ الرضائية في الخلع كأساس في تشريع الخلع، واستثناءً خرج التشريع الإماراتي عن هذا المبدأ إذا تبين تعنت الزوج وكان ظالماً لزوجته ومضياً لحقوقها فمن باب أولى رفع الضرر عن الزوجة متى تبين للقاضي أثره من الزوج على زوجته، فيستجاب لخلعها رغم رفض الزوج له، فيتحقق بذلك مصلحة الزوجين من الخلع.

-ذكرت المادة 52 ق.س حالة تعسف الزوج في طلاق زوجته، لكنه لم يتناول حالة تعسف الزوجة في الخلع، وكان من باب أولى أن يركز على هذه الحالة أيضاً، فكثير من حالات الخلع أسبابها تافهة جداً لا تحتاج لفك الرابطة الزوجية، وإنما تحتاج لإصلاحها، كما أن الزوج قد يكون رجلاً صالحاً يقوم بواجباته الزوجية إلا أن الزوجة أرادت أن تخالعه لأسباب ذاتية أو تحريرية، رغم تمسك الزوج بها، إلا أنها تطالب بمخالعته، فتكون متعسفة في ذلك، فنرى أنه إذا ثبت تعسف الزوجة في الخلع كأن تلجأ إلى هذا السلوك أنانية منها ولدوافع ذاتية وأن هناك أضراراً عظيمة قد لحقت به وبأسرته أن يطالب بالتعويض إلى جانب مقابل الخلع، كي لا تلجأ للخلع إلا من لها مسوغ شرعي، فلو وجد هذا الضابط لقلت حالات الخلع في المجتمع الجزائري، وتكيف هذه على أنها دعوى تعسف في استعمال الحق التي تختلف شكلاً وموضوعاً عن دعوى الخلع.

-لم يفرق قانون الأسرة في العدة بالقرء هل هو الحيض أو هو الطهر، فإذا كان المقصود بالقرء هو الحيض فإذا طلقت الزوجة في حيضها لا يحسب لها قرء، وإنما يشترط ثلاث أقراء كاملة، فتتقضي عدتها بالحيضة الثالثة دون احتساب الحيضة التي طلقت فيها، وإن كان المقصود بالقرء هو الطهر، فإن العدة تنقضي برؤيتها الدم من الحيضة الثالثة، إن طلقها في طهر، وإن طلقها وهي حائض انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة.

-المشرع الجزائري أعطى الحق في الحضانة مع توفر مجموعة من الشروط في الحاضن، إلا أنه قد وضع شرطاً لا يحقق مصلحة الطفل المحضون، وهو أن تتم تربية الطفل المحضون على دين أبيه، بمعنى يمكن أن تسند الحضانة إلى شخص لا يدين بدين الإسلام، وإتحد الدين بين الحاضن والطفل المحضون شرط أساسي لمصلحة الطفل المحضون، وهو ما

اشترطه أغلب الفقهاء، لأن الطفل لا يفرق بين المسلم وغير المسلم والصالح من الفاسد، والطفل يتأثر بحاضنة لكثرة ملازمته إياه، مما يؤدي إلى مخالفة المقصد الشرعي من تشريع الحضانة، مما يستوجب على المشرع الجزائري مراعاة ذلك، بإشتراط إتحاد الدين بين الحاضن ومحضونه.

-لم يتكلم قانون الأسرة حول موضوع تجزئة الحضانة، فلو أسندت حضانة الأولاد للأب، ويوجد من بين الأولاد طفل رضيع، فنرى أن من باب أولى إسناد حضانته لأمه، مما يجعلنا نقترح إضافة فقرة في المادة 64 تجيز تجزئة الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، مع أن المادة الحالية تسند الحضانة كاملة لشخص واحد.

-لم ينص قانون الأسرة على حق الزوجة في الأشياء الخاصة بها التي تحتاجها في حياتها اليومية أو المهنية، والتي تركتها في محل الزوجية وخرجت بعد الخلاف الذي حصل لها مع زوجها، أو بعد رفع دعوى الخلع أو التطليق، وكانت هذه الأشياء ثابتة لا تتعلق بالنزاع في متاع البيت، ففي هذه الحالة يحق لها أثناء سير دعوى التطليق أو الخلع أن تطلب إصدار أمر استعجالي يلزم الزوج بأن يمكنها ويسلم إليها ملبوساتها والأدوات الضرورية وغيرها، مراعاة لمصلحة الزوجة وعدم تعطيل شؤونها، مما يستوجب على المشرع الجزائري مراعاة ذلك، بإضافة فقرة للمادة 73 ق.س تتكلم عن هذا الحكم المنظم للأشياء الخاصة للزوجة التي تخرج عن النزاع في متاع البيت.

-لم يوضح قانون الأسرة مواصفات المسكن الملائم لممارسة الحضانة، مما قد يحدث إشكالات أثناء التنفيذ، فقد يوفر الزوج سكناً ملائماً لكن الزوجة تحتج بأنه ليس كذلك، مما يجعل المحضر القضائي في حيرة من أمره مما يحتم عليه تحرير محضر يبين فيه أوصاف ذلك السكن مع إمكانية إرفاقه بصورة فوتوغرافية للسكن ويدون في المحضر رفض الحاضنة السكن مع ذكر الأسباب ويسلم نسختين للطرفين لإعادة القضية للمحكمة مرة أخرى ويفصل فيها القضاء، وبالتالي كان على المشرع الجزائري من باب أولى أن يبين الحد الأدنى لشروط السكن الملائم، وأن يكون موافقاً للحالة المادية للزوج، ذلك لتجنب إرجاع الزوجين للقضاء.

- جاء المشرع الجزائري مقتضياً جداً لتنظيم موضوع الزيارة إذ حصرها في مادة واحدة التي تم تضمينها ضمن موضوع الحضانة في المادة 64، وهي غير كافية نظراً لتعدد أحكام الزيارة من جهة وكثرة الاشكالات القضائية من جهة أخرى، ونظراً للأهمية البالغة لموضوع الزيارة وحاجة الطفل المحضون لها من غيره، مما يتطلب على المشرع إضافة مواد تنظم أحكام الزيارة، ومن الأمور التي لم ينص عليها المشرع متابعة تنفيذ الزيارة، إذ قد تطرؤ ظروف على الطفل المحضون مما يجعل المكان المحدد للزيارة ووقته لا يتناسب مع مصلحة المحضون، مما يحتم تعديل مكان الزيارة ووقتها، بسبب مرض الطفل أو مزاولته للدراسة، وغيرها من الأسباب التي تسمح بتعديل حق الزيارة مراعاة لمصلحة المحضون.

- لا يوجد نص قانوني يعطي لصاحب الحق في الزيارة تعديل مدة الزيارة وعدد مراتها، وبالتالي مراعاة لمصلحة المحضون وتبعاً لتغير سن الطفل المحضون، يحق لصاحب الزيارة رفع دعوى قضائية للمطالبة بتعديل الزيارة قضاء.

- بالرجوع للاجتهادات القضائية نجد أن وقت الزيارة يكون نهاراً وليس ليلاً، وتكون مرة على الأقل كل أسبوع وتكون في مواعيد دورية كالعطل الأسبوعية الأعياد والمناسبات وتكون في مكان مناسب يتلائم مع مصلحة المحضون، وكل هذا لم نجده في قانون الأسرة، مما كان على المشرع تنظيم الحد الأدنى على الأقل لهذه المسائل المهمة، مع ترك الأولوية للتراضي في تحديدها بين الطرفين.

- أعطى قانون الأسرة حق الزيارة لكن كان عليه أن يوسع في مفهومها لتشمل حق الإستضافة، أي مبيت الولد لدى والده أو والدته من أسندت له الزيارة خلال العطل الفصلية والسنوية حفاظاً على شعور الطفل بالجو الأسري والشعور العاطفي ونوع من الألفة التي يتطلبها الطفل لكي يعيش طفولته، ولكي لا يحس بالفرقة بين والديه.

## ثانياً: الإقتراحات

قد ذكرنا في النتائج بعض الإقتراحات المتعلقة بتعديل بعض المواد كونها متعلقة بتلك النتيجة، ونضيف إقتراحات أخرى من خلال ما يلي:



-تحديد شروط الخلع المتعلقة إما بالزوج أو الزوجة.

-إعطاء الزوج الحق في التعويض إضافة إلى البديل إذا ثبت التعسف الحقيقي في الخلع، عملاً بمبدأ المساواة بين الزوجين حيث تمنح للزوجة التعويض في الطلاق التعسفي والتطليق للضرر.

-إعادة النظر في مادة الخلع رقم 54 من قانون الأسرة بوضع أسباب جدية لقبول خلع الزوجة.

-إضافة مواد أخرى بجانب نص المادة 54 كونها غير كافية، لكي يحضى الخلع بأحكامه الشرعية المعروفة والثابتة، على غرار باقي التشريعات العربية، كالمشرع المغربي بـ 6 مواد، والمشرع السوري بـ: 9 مواد، والمشرع الأردني بـ: 8 مواد، والمشرع القطري بـ، 4 مواد، والمشرع الكويتي بـ: 9 مواد، وهذا لوضع حد لزيادة حالات الخلع بجعل القانون صمام أمان للأسرة الجزائرية.

-إعادة شرط قبول الزوج للخلع في حالات معينة إذا لم يكن سبب الخلع جدياً، أو كانت الزوجة متعسفة فيه.

-لنجاعة محاولات الصلح سواء أكان في التطليق أم الخلع أم حتى في طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، لا بد أن يكون القاضي المكلف بإجراء الصلح قاضياً متخصصاً في ذلك، وذا كفاءة شرعية وقانونية، بحيث تسند إليه هذه المهمة دون توكيله بمهام أخرى من شأنها تشتيت تركيزه لتطبيق هذا الإجراء والوصول إلى نتائج مرضية اتجاه ما عرض عليه، لأن القاضي الذي لا يترك له الوقت الكافي لدراسة ملف الزوجين والتفرغ التام له يجعل القاضي يجري الصلح بشكل عابر، كإجراء قانوني دونما العمل على إقناع الطرفين الكافي للوصول إلى اتفاق وبذل جهد الوافي لذلك.

-إضافة مواد في قانون الأسرة تنظم أحكام الزيارة، ليقدر مرتين على الأقل في الأسبوع إذا كان صاحب الحق فيه هو أب أو أم المحضون، حماية للأخير من الأثر السلبي الذي يكون معرضاً له متى صدر حكم بتقرير زيارته من قبل والديه لأقل من ذلك، إضافة إلى وجوب

الفصل في مسألة بعد مكان الحضانة تجنباً للتضارب الذي تعانيه اجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن.

-التزايد الرهيب لحالات الخلع والتطليق في المحاكم يدعو للنظر في دور الزوجين في معرفة حقيقة الحياة الزوجية ومحدودية الثقافة الزوجية، مما يحتم علينا إقترح إلزامية القيام بدورات تكوينية عن الحياة الزوجية وكيفية بناء الأسرة قبل الزواج للمقبلين على الزواج في المساجد باعتبارها أكثر قربة للمواطن وتأثيراً في علاقاته الاجتماعية، أو أن تشرف عليها وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، وجعل هذه الدورة التكوينية في شكل وثيقة رسمية من شروط إبرام عقد الزواج المدني.

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

ثانياً: كتب التفسير

- 1- أبو جعفر الطبري ت 310هـ، تفسير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج12 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000).
- 2- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج14. (د. ط؛ د. م: دار الفكر، 1984).
- 3- إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1. (ط: 11؛ مصر، المكتبة الوقفية، 2013).
- 4- أبو بكر الرازي الجصاص ت370هـ، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994).
- 5- محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، ج1 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت).

ثالثاً: كتب تخريج الحديث

- 6- أبو القاسم الطبراني ت 360هـ، المعجم الصغير للطبراني، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمير، ج2 (ط: 1؛ بيروت: المكتب الإسلامي- دار عمار، 1985).
- 7- أبو بكر البيهقي ت 458هـ، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7 (ط: 3؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2003).
- 8- أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود الطيالسي، تحقيق: محمد ابن عبد المحسن التركي، ج2، ج4 (ط: 1؛ مصر: دار هجر، 1999).
- 9- أبو السعد ابن الأثير ت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، ج7 (ط: 1؛ د. م، مكتبة الحلواني، 1972).
- 10- أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ج1، ج9، ج10، ج11، ج19، ج26، ج28، ج30، ج33، ج37، ج42 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).
- 11- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، إشراف: محب الدين الخطيب، تعليق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ج9 (د. ط؛ مكة المكرمة: المكتبة السلفية، 1399هـ).
- 12- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت 275هـ، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج2 (د. ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، د. ت).
- 13- أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت303هـ، السنن الكبرى للنسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ج8 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).

- 14- الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد ت 405هـ، المستدرک علی الصحیحین، ج 2 (ط: 1؛ الرياض: مطبعة النصر الحديثة، 1990).
- 15- الحمیدی ابن أبي نصر ت 488هـ، الجمع بین الصحیحین البخاری ومسلم، تحقیق: علی حسین البواب، ج 4 (ط: 2؛ بیروت، دار ابن حزم، 2002).
- 16- سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ت 360هـ، المعجم الكبير، تحقیق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج 18 (ط: 2؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د. ت).
- 17- عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ت 597هـ، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقیق: عبد المعطي أمين قلعجي، ج 9 (ط: 1؛ القاهرة: دار الوعي العربي، 1998).
- 18- علاء الدين علي بن بلبان ت 739هـ، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقیق: شعيب الأرنؤوط، ج 13 (ط: 1؛ بيروت، مؤسسة الرسالة، 1988).
- 19- علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقیق: شعيب الأرنؤوط، ج 3، ج 4 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004).
- 20- محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، الجامع الصحيح المختصر، تحقیق: مصطفى ديب البغا، ج 1 (ط: 3؛ بيروت: دار ابن كثير، 1987).
- 21- محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري، تحقیق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 1، ج 7 (ط: 1؛ لا. م: دار طوق النجاة، 1422هـ).
- 22- محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975).
- 23- محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1، ج 2 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).
- 24- محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، الأدب المفرد، ج 1 (ط: 3؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1989).
- 25- محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقیق: عبد القادر الأرنؤوط، ج 11 (ط: 1؛ لا. م: مكتبة الحلواني، 1972).
- 26- محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، ج 2. (د. ط، د. م: دار الكتاب العربي، د. ت).
- 27- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، صححه وعلق عليه: محمد محرز سلامة، ج 3 (د. ط؛ الرياض: مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د. ت).

رابعاً: كتب الفقه

أ- الفقه المالكي

- 28- أبو البركات أحمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحقيق: كمال وصفي، ج2 (د. ط؛ مصر: دار المعارف، 1991).
- 29- أبو الوليد بن خلف سليمان الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك. (د. ط؛ مصر: مطبعة السعادة، 1910).
- 30- أبي البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3. (د. ط؛ لبنان: مؤسسة الرسالة، د. ت).
- 31- أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عيش، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).
- 32- أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4 (د. ط؛ بيروت: دار صادر، د. ت).
- 33- أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج4 (د. ط؛ مصر: دار المعارف، د. ت).
- 34- الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح الموطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999).
- 35- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2008).
- 36- صالح عبد السميع الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).
- 37- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج2 (د. ط؛ مصر: مكتبة ابن تيمية، 1993).
- 38- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 (د. ط؛ بيروت: مطبعة المنار، 1248هـ).
- 39- محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية. (د. ط؛ بيروت: مطبعة النهضة، د. ت).
- 40- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1997).
- 41- محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج4 (ط: 3؛ بيروت: دار الفكر، 1992).
- 42- محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995).
- 43- محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).
- 44- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ج3 (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1398هـ).

45-الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5. (ط: 1؛ د. م: مطبعة السعادة، 1323 هـ).

46- سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا. (ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1999).

#### ب-الفقه الحنفي

47-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986).

48-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003).

49-أبو عبد الله محمد الطرابلسي، شرح مختصر خليل، ج3 (ط: 3؛ د. م: دار الفكر، 1992).

50-بدر الدين العيني، البناء شرح الهداية، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000).

51-زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، ج4 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت).

52-عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت).

53-علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2. (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994).

54-عثمان بن علي الزييلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج1. (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة للنشر، د. ت).

55-عثمان بن علي البارعي الزييلي، تبين الحقائق، ج3 (ط: 1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ).

56-عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج3 (ط: 4؛ مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1961).

57-علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، ج2 (د. ط؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د. ت).

58-كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج4 (ط: 1؛ مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1970).

59-كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، ج6 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت).

60-محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج5 (د. ط؛ الرياض: دار عالم الكتب، 2003).

61-محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج19 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 1406هـ).

62-محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج4 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت).

63-محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج5 (د. ط؛ القاهرة: مطبعة السعادة، د. ت).

64-محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994).

65- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2 (ط: 2؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1987).

66- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1992).

67- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1993).

68- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج6، ج11 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت).

### ج-الفقه الشافعي

69- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المغني، ج8. (د. ط؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي، 1958).

70- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج8 (د. ط؛ د. م: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، د. ت).

71- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).

72- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج3 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت). شافعي

73- إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني على هامش الأم، ج5 (د. ط؛ لا. م: مطبعة الأميرية، 1321هـ).

74- بيجرمي علي الخطيب، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج2. (ط: 1؛ د. م: د. ن، 1951).

75- سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، تحقيق: نصر فريد محمد واصل، ج3 (د. ط؛ القاهرة: المكتبة التوفيقية، د. ت).

76- الرهباني مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، ج5 (د. ط؛ دمشق: المكتب الاسلامي، 1961).

77- زكرياء الأنصاري، فتح الوهاب، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1994).

78- الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت).

79- محمد الدسوقي، الأحوال الشخصية في المذهب الشافعي. (ط: 1؛ القاهرة: دار السلام، 2011).

80- محمد خطيب الشربيني، المنهاج ومغني المحتاج، ج3 (د. ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت).

81- الغزالي أبو حامد، الوسيط في المذهب، تحقيق: محمد محمد تامر، ج5 (ط: 1؛ مصر: دار السلام، 1999).

82- علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مطرجي، ج9 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1414هـ).

83- علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج9 (د. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت).

84- محمد أبو زهرة، الشافعي. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، د. ت).

85- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج1 (د. ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).

86- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1417هـ).

87- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3 (ط: 1؛ لبنان: دار المعرفة، 1997).

88- محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ج6 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1984).

89- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1983).

#### د-الفقه الحنبلي

90- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5. (ط: 7؛ د. م: مؤسسة الرسالة، 1985).

91- أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى، المختصر في الفقه الحنبلي، ج8. (د. ط؛ لا. م: دار الصحابة للتراث، 1993).

92- أبي البركات مجد الدين بن تيمية، المحرر في الفقه، ج2 (د. ط؛ لا. م: مطبعة السنة المحمدية، 1950).

93- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1987).

94- أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج8. (د. ط؛ مصر: مطبعة الإمام، د. ت).

95- تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، تخريج: عمار الجزار وأ نور الباز، مجلد: 16، ج32 (د. ط؛ الرياض: مكتبة عبيكان، 1997).

96- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1405هـ).

97- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2 (ط: 1؛ دمشق، دار المكتب الإسلامي، د. ت).

98- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج9 (ط: 3؛ السعودية: دار عالم الكتب للطباعة، 1997).

99- علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج7 (ط: 1؛ د. م: د. ن، 1955).

100- منصور بن يونس البهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، ج3 (د. ط؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، د. ت).

101- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1982).

102- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج7 (د. ط؛ بيروت: عالم الكتب، 1989).



## هـ-الفقه الظاهري

- 103-علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج1، ج10 (د. ط؛ مصر: مطبعة المنيرة، د. ت).
- خامسا: كتب فقه حديثة
- 104-أبو مبشر الطرازي، المرأة وحقوقها في الإسلام. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1984).
- 105-أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج1 (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).
- 106-أحمد بن مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2 (ط: 10؛ دمشق: دار الفكر، 1968).
- 107-أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2004).
- 108-أحمد سعيد أبو راس، أحكام الزواج في الإسلام - نظرة تقييمية للكفاءة في عقد الزواج. (ط: 1؛ ليبيا: الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1425 هـ).
- 109-أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام. (ط: 1؛ القاهرة: د. ن، د. ت).
- 110-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (د. ط؛ بيروت: الدار الجامعية، 1998).
- 111-أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواضة، الأحوال الشخصية في فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع. (ط: 1؛ عمان: دار المسيرة، 2009).
- 112-أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1 و2 (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 155.
- 113-أحمد محمد كنعان، موسوعة المرأة الطبية. (ط: 2؛ د. م: دار النفائس، 2006).
- 114-أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج2 (ط: 7؛ د. م: د. ن، د. ت).
- 115-السيد سابق، فقه السنة، ج2 (ط: 4؛ مصر: دار الحديث، 2009).
- 116-السيد سابق، فقه السنة، ج2. (ط: 1؛ لبنان: دار الفكر، 1977).
- 117-السيد سابق، فقه السنة، ج3 (ط: 2؛ القاهرة: دار الفتح، 1999).
- 118-السيد عبد العاطي، الأسرة والمجتمع. (د. ط؛ مصر: دار المعرفة الجامعية، 1998).
- 119-الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة. (ط: 8؛ ليبيا: دار ابن حمودة، 2011).
- 120-العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1. (د. ط؛ القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1991).
- 121-الموسوعة الطبية الحديثة، ج5 (ط: 2؛ القاهرة: مؤسسة سجل العرب، 1970).
- 122-بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1 (د. ط؛ لبنان: د. ن، 1967).
- 123-بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1. (د. ط؛ د. م: دار النهضة. د. ت).
- 124-تقي الدين الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام. (ط: 1؛ بيروت: المكتب العربي، د. ت).

- 125-جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ مصر: دار الوفاء القانونية، 2016).
- 126-جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2009).
- 127-جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2009).
- 128-راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- 129-رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار قنديل، 2010).
- 130-رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار قنديل، 2010).
- 131-رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 2001).
- 132-رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق. (ط: 11؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011).
- 133-رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد. (د. ط؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2009).
- 134-زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية. (ط: 4؛ د. م: منشورات جامعة قاريونس، 1978).
- 135-سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن العظيمي، ج2. (ط: 1؛ الهند: الدار السلفية، 1982).
- 136-سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن العظيمي، ج2. (ط: 1؛ الهند: الدار السلفية، 1982).
- 137-سلامة زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة. (د. ط؛ بيروت: الدار العربية للعلوم، 1996).
- 138-شهادة بنت أحمد، العمدة من الفوائد والآثار الصحاح والغرائب في مشيخة شُهدة، تحقيق: فوزي عبد المطلب، ج1 (ط: 1؛ القاهرة: مكتبة الخانجي، 1994).
- 139-شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب. (ط: 1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2010).
- 140-صفوان محمد عضيبيات، الفحص الطبي قبل الزواج. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- 141-عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ بيروت: دار ابن حزم، 1997).

- 142- عامر سعيد نوري الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. (ط: 1؛ لبنان: دار ابن حزم، 1997).
- 143- عبد الحفيظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام. (د. ط؛ بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1980).
- 144- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2 (ط: 5؛ بيروت: المكتبة التجارية الكبرى، 1998).
- 145- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3 (ط؛ 1: مصر، دار المنار، 1999).
- 146- عبد الرحمن الصابوني، الفرقة بين الزوجين، ج 2 (ط: 5؛ دمشق: المطبعة الجديدة، 1978).
- 147- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1 (د. ط؛ دمشق: دار الفكر، د. ت).
- 148- عبد الرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ مصر: دار الكتاب العربي، 1955).
- 149- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ج 6. (ط: 2؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1983).
- 150- عبد الفتاح عايش، تطبيقات السياسة الشرعية. (ط: 1؛ الأردن: دار الإيمان، 1990).
- 151- عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج. (ط: 1؛ بيروت: منشورات المكتبة العصرية الأنصارية، 1982).
- 152- عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار النفائس، 2011).
- 153- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النفط والأجنة. (د. ط؛ القاهرة: دار النهضة، 2001).
- 154- علي بن إسماعيل ابن سيدة، المحكم والمحيط الأعظم، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000).
- 155- علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 8 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998).
- 156- علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج 8 (ط: 1؛ القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، 1957).
- 157- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسني، ج 4. (د. ط؛ بيروت: دار الجيل، 1991).
- 158- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط. (د. ط؛ مصر: دار الجامعة الجديدة، 2005).
- 159- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. (د. ط؛ الأردن: دار النفائس، 1997).
- 160- عمر عيسى الفقي، التطبيق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط؛ مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت).

- 161-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977).
- 162-قاضيخان محمود الأوزجندي، الفتاوى الخانية، ج1. (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1986).
- 163-كمال إبراهيم مرسي، العلاقة الزوجية والصحة النفسية. (ط: 2؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1995).
- 164-كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة. (د. ط؛ القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2003).
- 165-كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ تونس: دار بوسلامة، 1983).
- 166-محمد إبراهيم الربابعة، المخالعة بين الزوجين. (د. ط؛ الأردن: عالم الكتب الحديثة، 2004).
- 167-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ د. م: دار الفكر العربي، 1957).
- 168-محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- 169-محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية. (ط: 2؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1989).
- 170-محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12 (ط: 1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 2006).
- 171-محمد بن عبد الله التمرتاشي، تنوير الأبصار، ج3. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1995).
- 172-محمد بن عبد الله السامري، المستوعب، تحقيق: عبد المالك بن عبد الله بن دهيش، ج2 (ط: 2؛ مكة المكرمة: مكتبة الأسدي، 2003).
- 173-محمد بن عبد الله بن أبي بكر الصردفي الريمي، المعاني البديعة في معرفة إختلاف أهل الشريعة، تحقيق: سيد محمد مهني، ج2. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999).
- 174-محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي. (ط: 2؛ الأردن: دار النفائس، 1999).
- 175-محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 1؛ لبنان: منشورات حلبي الحقوقية، 2006).
- 176-محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج2. (د. ط؛ بيروت: مكتبة النهضة، د. ت).
- 177-محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن. (ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1981).
- 178-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية. (د. ط؛ الأردن: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002).
- 179-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية. (ط: 3؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- 180-محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان. (ط: 1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2011).

- 181- محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي. (د. ط؛ جدة: الدار السعودية، 1987).
- 182- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، ج4 (ط: 2؛ مصر: دار السلام، 2009).
- 183- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. (د. ط؛ الإسكندرية: الدار الجامعية، د. ت).
- 184- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين. (د. ط؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997).
- 185- محمد محمود بن الحسين الاستروشي، جامع أحكام الصغار، ج1. (ط: 1؛ مصر: المطبعة الأزهرية، د. ت).
- 186- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، 2007).
- 187- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية، 1983).
- 189- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية. (د. ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003).
- 190- مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، ج5. (ط: 1؛ مصر: دار ابن عفان، 1999).
- 191- ممدوح عزمي البكري، الزواج العرفي. (د. ط؛ مصر: دار الفكر الجامعي، د. ت).
- 192- ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري. (د. ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013).
- 193- وحيد بن عبد السلام بالي، بداية المتفق. (ط: 1؛ الإمارات: مكتبة الصحابة، 1999).
- 194- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. (د. ط؛ الجزائر: دار الفكر، د. ت).
- 195- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 (ط: 2؛ سورية: دار الفكر، 1985).
- 196- وهبة الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية. (ط: 2؛ بيروت: مكتبة المؤيد، 1994).
- سادسا: كتب قانونية**
- 197- أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون. (د. ط؛ مصر: دار الجمهورية للصحافة، 2003).
- 198- أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة. (د. ط؛ مصر: دار الفكر القانوني، 2009).
- 199- أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية. (ط: 3؛ الإسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1984).
- 200- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010).
- 201- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010).

- 202-أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2012).
- 203-أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان. (د. ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1966).
- 204-أحمد نصر الجندی، الأحوال الشخصية في القانون اليمني. (لا. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2011).
- 205-أحمد نصر الجندی، الطلاق والتطليق وآثارهما. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2004).
- 206-أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2011).
- 207-أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2014).
- 208-أحمد نصر الجندی، شرح مدونة الأسرة المغربية. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2010).
- 209-أحمد نصر الجندی، من فرق الزوجية الخلع والإيلاء والظهار واللعان. (د. ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2005).
- 210-أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 3؛ سوريا: المكتبة القانونية، 1994).
- 211-أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون. (د. ط؛ مصر: دار الإيمان، 2002).
- 212-أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 1999).
- 213-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2008).
- 214-باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2012).
- 215-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2007).
- 216-بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (ط: 2؛ الرويبة الجزائر: منشورات البغدادي، 2009).
- 217-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: د. ن، 2008).
- 218-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005).
- 219-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010).

- 220- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. (د. ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014).
- 221- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2008).
- 222- جمعية المعلومة القانونية والقضائية، دليل عملي لمدونة الأسرة. (العدد: 1؛ المملكة المغربية: مطبعة فضالة، 2004).
- 223- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ. (د. ط؛ الجزائر: دار هومة، 2012).
- 224- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015).
- 225- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1 (لا. ط؛ عين مليلة: دار الهدى، 2011).
- 226- سعد فوضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1. (د. ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986).
- 227- سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات. (ط: 1؛ الأردن: دار النفائس، 2011).
- 228- سليمان ولد خسال، سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ المحمدية الجزائر: دار طليطلة، 2010).
- 229- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2009)، ص 127.
- 230- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة. (د. ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2009).
- 231- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2014).
- 232- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 3، الجزائر: دار هومة، 2011).
- 233- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 1984).
- 234- عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء. (د. ط؛ الأبيار الجزائر: منشورات ثالثة، 2010).
- 235- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية. (د. ط؛ الجزائر: منشورات ثالثة، 2007).
- 236- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- 237- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج 2 (د. ط؛ الجزائر: دار برتي، د. ت).

- 238-عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية. (ط: 1؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2010).
- 239-عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. (د. ط؛ بن عكنون الجزائر: أنسيكلوبيديا للنشر، 2003).
- 240-العربي الشحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية. (د. ط: د. م: منشورات الألفية الثالثة، 2010).
- 241-فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (د. ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008).
- 242-فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد. (د. ط؛ الجزائر: مطبعة طالب، 2008).
- 243-كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع. (ط: 1؛ القاهرة: عالم الكتب، 2001).
- 244-كيرة حسن، المدخل إلى القانون. (د. ط؛ مصر: منشأة المعارف، 1969).
- 245-لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1 (ط: 3؛ الجزائر: دار هومة، 2011).
- 246-لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، ج 1 (د. ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013).
- 247-لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2015)، ص 40.
- 248-لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصحاً وشرحاً. (د. ط؛ عين مليلة: دار الهدى، 2013)، ص 74.
- 249-لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية. (ط: 2؛ الجزائر: دار فسيلة، 2009).
- 250-لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006).
- 251-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار الوعي، 2015).
- 252-محمد الكبشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي. (ط: 5؛ المغرب: د. ن، 2003).
- 253-محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص. (د. ط؛ الإسكندرية: مكتبة الصحافة، 1989).
- 254-محمد سعيد جعفرور، مدخل على العلوم القانونية - نظرية الحق -، ج 2 (ط: 1؛ الجزائر: دار هومة، 2011).
- 255-محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون. (د. ط؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- 256-محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).



- 257-مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الارادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف. (ط: 1؛ العراق: نشر إحسان للنشر والتوزيع، 2014).
- 258-مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964).
- 259-مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية. (ط: 2؛ عمان: جمعية المطابع التعاونية، 1994).
- 260-ممدوح عزمي البكري، دعوى النفقة. (د. ط؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، د. ت).
- 261-منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2008).
- 262-منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2012).
- 263-المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري. (د. ط؛ بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2010).
- 264-نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً. (د. ط؛ الجزائر: دار الهدى، د. ت).
- 265-نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد. (ط؛ 1: بيروت: دار ابن حزم، 2003).
- سابعا: أبحاث ومقالات**
- 266-البندي بنت عبد الله الجليل، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 102، السعودية، دار البحوث، 2014.
- 267-باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، مجلة الحقوق، العدد 3، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، سبتمبر 2009.
- 268-بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد: 17، جامعة الوادي شتاء 2014.
- 269-بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، مجلة نشرة القضاة، العدد 64، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2009.
- 270-بداوي علي، عقود التبليغ الرسمي وآجاله وأثاره القانونية، مجلة نشرة القضاة، العدد 64، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2009.
- 271-بن شويخ الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، المجلد 5، العدد 9، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2005.
- 272-بن شويخ صارة، الجوانب العملية للتراضي حول الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 04، المركز الجامعي تامنغاست، 2019.

- 273-بن هبري عبد الحكيم، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والإجتهاد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، العدد 5، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017.
- 274-بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 2، جامعة عمار ثلجي الأغواط، سبتمبر 2019.
- 275-تسوح حمو، المفقود والغائب والآثار المترتبة عليهما، مجلة الموثق، العدد 12، الغرفة الجهوية للموثقين، الجزائر، 2005.
- 276-جلال إبراهيم، الوضع القانوني للمفقود، مجلة المحاماة، العدد 1، جامعة القاهرة، 1984.
- 277-حبّار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جانفي 2018.
- 278-حسين رجب محمد مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة التقني، المجلد 24، العدد 10، هيئة التعليم التقني، العراق، 2011.
- 279-حمليل صالح و صديقي لخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، العدد 28، جامعة أدرار، الجزائر، 2014.
- 280-داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الاسلامية، المجلد 17، العدد 29، جامعة وهران، جوان 2016.
- 281-دليلة براف، التطبيق للضرر المعتبر شرعاً في الإجهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2011.
- 282-رابح وهيبية، الإجراءات الخاصة المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2، جامعة عباس لغرور خنشلة، جويلية 2014.
- 283-ربيحة إغات، الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون وإجتهادات المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 3، جامعة الجزائر 1، 2009.
- 284-سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، أفريل 2000.
- 285-سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطلاق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017.

- 286-شوقي بنّاسي، الاشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهد القضائي، مجلد 12، العدد 01، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2019.
- 287-شوقي بنّاسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 45، العدد 4، جامعة الجزائر 1، 2008.
- 288-صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الإجتهد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة البليدة 2، 2011.
- 289-عبد الفتاح تقية، الاشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 40، العدد 2، جامعة الجزائر -1-، 2003.
- 290-عبد الله بن سليمان المنيع، بحث في بعض المسائل الخلافية في الطلاق، مجلة العدل، العدد 45، السعودية، د. ن، محرم 1432 هـ.
- 291-عبد الله بن فهد بن إبراهيم الحيد، إشتراط عدم الإنجاب في عقد النكاح، مجلة العدل، العدد: 57، السعودية، د. ن، السنة 15، محرم 1434.
- 292-عبد الله بن فهد بن إبراهيم الحيد، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقي، مجلة القضائية، العدد 6، السعودية، د. ن، السنة 15، جمادى الأولى 1434.
- 293-عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، الدورة الثامنة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، 7-8 أبريل 2006.
- 294-عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، معهد الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جوان 2015.
- 295-عمران أحمد، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في الميزان الشرعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.
- 296-عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 1، العدد: 1، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011.
- 297-عيسى طعيبة، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والإجتهد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 1، جامعة زيان عاشور الجلفة جانفي 2018.

298-غالي كحلة، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 9، جامعة وهران، ديسمبر 2017.

299-كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 20، العدد 39، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، السنة 2015.

300-مباركي توفيق ميلود، إشكالات التنفيذ في القضاء العادي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون، العدد 8، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان، جوان 2017.

301-نظيرة عتيق، أثر الإجتهد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات، العدد 21، معهد العلوم الإجتماعية والإنسانية، قسم الشريعة، جامعة حمه لخضر الوادي، شتاء 2016.

302-نواف خالد ونشوان زكي سليمان، مشاهدة المحضون، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلد: 4، العدد: 15، ج1، جامعة كركوك، 2015.

303-نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018.

304-هشام ذبيح وعبد الرؤوف دبابش، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، العدد 14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2017.

305-هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، مجلة جيل حقوق الانسان، العدد: 14، بيروت، 2016.

#### ثامنا: التقارير الصادرة عن المؤسسات

306-تقرير اللجنة الدوري الثاني للجزائر (CEDAZ/C/DZA/2/667 و668)، في جلستها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون 2005.

#### تاسعا: الملتقيات والندوات

307-عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.

308-لجلط فواز، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، ملتقى وطني بعنوان: إشكالات التنفيذ، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم الحقوق، قاعة النشاطات، المركز الجامعي بريكة، ماي 2017.

- 309- هشام ذبيح، إشكالية الزواج الفاسد والباطل في ظل قانون الأسرة الجزائري، ملتقى وطني حول: المسائل المقترحة تعديلها في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، منظم من طرف: قسم الحقوق، بمقر الكلية، جامعة علي لونيبي -البليدة 2-، يومي 24-25/05/2017
- 310- هشام ذبيح، العلاقة بين التلقيح الاصطناعي واستئجار الأرحام وأثرهما على الاستقرار الأسري، ملتقى وطني حول: تغير الأدوار الوظيفية في الأسرة الجزائرية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، منظم من طرف: مخبر التغير الاجتماعي والعلاقات العامة في الجزائر، بقاعة المحاضرات الكبرى القطب الجامعي شتمة، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 6-7/12/2016
- 311- هشام ذبيح، المرجعية الفقهية لأحكام الأسرة بين الإجتهد القضائي وقانون الأسرة الجزائري وأثر الإتفاقيات الدولية عليها، المؤتمر الدولي حول: الحماية القانونية للأسرة في التشريعات الجزائرية والتركية في المواثيق الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور الجلفة، يومي 10-11 نوفمبر 2018.
- 312- هشام ذبيح، مفهوم ظاهرة الطلاق بين الشرع وقانون الأسرة الجزائري، ندوة وطنية حول: ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، معهد العلوم الإنسانية والاجتماعية، منظم من طرف: قسم العلوم الإجتماعية، بالمدراج A1، المركز الجامعي سي الحواس بريكة، يوم 8/10/2019.
- عاشرا: رسائل جامعية**
- 1- الأطروحات**
- 313- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 314- الصادق فريوي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 1994-1995.
- 315- حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.
- 316- عبد الحليم بن مشري، الجرائم الأسرية، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008.
- 317- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2006-2007.
- 318- محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
- 2- الرسائل والمذكرات**

- 319- أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2009.
- 320- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003-2004.
- 321- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة في ضوء إتفاقيات القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.
- 322- جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- 323- حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015.
- 324- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.
- 325- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة الجزائر -1، 2014-2015.
- 326- صافية بلحواس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1، 2013-2014.
- 327- عامر سعيد نوري الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1986.
- 328- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006.
- 329- عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وإنحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، شعبة: الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2011-2012.
- 330- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011.
- 331- نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
- 332- هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014-2015.

333-اليزيد عيسات، التظليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003.  
334-يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، قسم الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2006-2007.

#### عاشرا: معاجم لغوية

335-إبراهيم مذكور، معجم الوجيز. (ط: 1؛ مصر: دار الهندسية، 1980).  
336-ابن فارس أبو الحسين أحمد ت 395هـ، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق: أبو عمرو شهاب الدين. (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، 1994).  
337-أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، ج 1 (ط: 1؛ د. م: عالم الكتب، 2008).  
338-الفيروز آبادي محمد يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994).

339-الفيروز آبادي محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج 1 (د. ط؛ مصر: مؤسسة فن الطباعة، د. ت).  
340-المنجد الأبجدي. (ط: 8؛ بيروت: دار المشرق، د. ت).  
341-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. (ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004).  
342-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ج 13. (د. ط؛ القاهرة: دار الحديث، د. ت).  
343-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (د. ط؛ لبنان: دار المعاجم، 1989).  
344-محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج 4 (ط: 3؛ بيروت: دار صادر، 1994).  
345-محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج 9 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005).

346-محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج 2 (د. ط؛ القاهرة: دار الفضيلة، د. ت).

#### عاشرا: كتب التراجم

347-أبو الحسين بن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، تحقيق: محمد بن عبد القادر النابلسي، ج 1 (ط: 1؛ دمشق: المكتبة العربية، د. ت).  
348-إسماعيل باشا، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، ج 5 (د. ط؛ تركيا: لا. ن، 1951).  
349-خير الدين الزركلي، الأعلام، ج 8 (ط: 15؛ بيروت: دار العلم للملايين، 2002).  
350-محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 6، ج 7 (ط: 11؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1996).  
351-محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. (ط: 1؛ بيروت لبنان: دار الكتاب العربي، 1928).

352-محي الدين أبي الوفاء، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ج3 (ط: 2؛ لا. م: دار هجر، 1993).

**حادي عشر: القوانين والأوامر**

**أولاً: القوانين**

353-المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 7-9-1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

354-القانون رقم 25 لسنة 1977 والمتضمن: قانون الأحوال الشخصية الأردني. (المملكة الأردنية، الجريدة الرسمية، رقم 01، 1977/6/27).

355-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

356-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فيفري 1985 والمتضمن: قانون حماية الصحة وترقيتها، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 08، السنة 43، 16 فيفري 1985).

357-القانون رقم 06/03 المؤرخ في 14 جوان 2003، المتضمن: الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 37، 2003).

358-القانون رقم 22/04 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 3 فبراير 2004 والمتضمن: مدونة الأسرة. (المملكة المغربية، الجريدة الرسمية، رقم 5184، 5 فبراير 2004).

359-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، والمتضمن: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة 45، 23 أبريل 2008).

360-القانون رقم 01/15 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق لـ: 04 جانفي 2015، المتضمن: إنشاء صندوق النفقة (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 01، 2015).

361-القانون رقم 51 الصادر سنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

362-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، والمتضمن: تحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر المتعلقة بالشهادة الطبية (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 31، السنة 42، 14 مايو 2006).

**ثانياً: الأوامر**

363-الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن: قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بالقانون 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثانية 1438 الموافق لـ: 27 مارس 2017. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 20، 2017).



364-الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن: قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 16-02 المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق لـ 19 يونيو 2016 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 37، 2016).

365-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 18، 2007).

366-الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002، المتضمن: الأحكام المطبقة على مفقودي فياضانات 10 نوفمبر 2001، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15، 2002).

367-الأمر 01/06 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ: 27 فبراير 2006، يتضمن: تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 27 فبراير 2006).

#### ثاني عشر: الاجتهادات القضائية

- 368- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1972.
- 369- نشرة القضاة، العدد 2، لسنة 1972.
- 370- نشرة القضاة، العدد 1، لسنة 1980.
- 371- نشرة القضاة، العدد 1، لسنة 1981.
- 372- نشرة القضاة، العدد خاص، لسنة 1982.
- 373- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989.
- 374- المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1989.
- 375- المجلة القضائية العدد 4، لسنة 1989.
- 376- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1990.
- 377- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1990.
- 378- المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1990.
- 379- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1991.
- 380- المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1991.
- 381- المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1991.
- 382- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1992.
- 383- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1992.
- 384- الإجتهد القضائي، العدد 4، لسنة 1992.
- 385- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1993.
- 386- المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1994.
- 387- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1995.

- 388- المجلة القضائية، العدد 49، لسنة 1996.
- 389- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1997.
- 390- نشرة القضاة، العدد 51، لسنة 1997.
- 391- نشرة القضاة، العدد 52، لسنة 1997.
- 392- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1998.
- 393- نشرة القضاة، العدد 53، لسنة 1998.
- 394- نشرة القضاة، العدد 54، لسنة 1999.
- 395- المجلة القضائية، العدد 55، لسنة 1999.
- 396- اجتهاد قضائي، العدد خاص، لسنة 2001.
- 397- المجلة القضائية، العدد خاص، لسنة 2001.
- 398- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 2001.
- 399- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2002.
- 400- المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 2003.
- 401- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2004.
- 402- مجلة المحكمة العليا العدد 1، لسنة 2005.
- 403- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2006.
- 404- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2006.
- 405- نشرة القضاة، العدد 61، لسنة 2006.
- 406- مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2007.
- 407- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2007.
- 408- مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2008.
- 409- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2008.
- 410- نشرة القضاة، العدد 63، لسنة 2008.
- 411- المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2009.
- 412- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2009.
- 413- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2010.
- 414- نشرة القضاة، العدد 65، لسنة 2010.
- 415- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2011.
- 416- نشرة القضاة، العدد 66، لسنة 2011.
- 417- مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2012.
- 418- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2012.

### ثالث عشر: الأنترنت

419- أحمد رباح، الكفاءة في الزواج، الرابط: [www.ahmadrabah.com](http://www.ahmadrabah.com).

420- سعيد بويزري، نظرات في مواد الطلاق، الرابط: [www.bowzerin.net](http://www.bowzerin.net).

421- محمد بن صالح العثيمين، سلسلة فتاوى نور على الدرب، الشريط الصوتي رقم 154، رابط المقطع

الصوتي: [http://zadgroup.net/bnothemmen/upload/ftawamp3/Lw\\_154\\_07.mp3](http://zadgroup.net/bnothemmen/upload/ftawamp3/Lw_154_07.mp3).

422- محمد راتب النابلسي، مقال: مكارم الأخلاق - الدرس الورع، منشور على شبكة الأنترنت، الرابط:

[www.nabulsi.com](http://www.nabulsi.com)

423- محمد صالح المنجد، الضوابط في مسألة النظر في العورة في العلاج، فتوى رقم: 5693،

<http://islamqa.info/ar/5693>.

424- هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة، مؤتمر جامعة طنطا، مصر، 7-9

أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: [www.iicw.org](http://www.iicw.org).

## فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
ب	الإهداء
ج	شكر وتقدير
د	قائمة المختصرات
1	مقدمة
9	الباب الأول: حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق التطبيق
10	الفصل الأول: ماهية التطبيق وأسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة
11	المبحث الأول: مفهوم التطبيق
11	المطلب الأول: ضبط المصطلحات المتعلقة بالدراسة
15	المطلب الثاني: تعريف التطبيق
15	الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتطبيق
18	الفرع الثاني: المقصود بالتطبيق في قانون الأسرة الجزائري
19	الفرع الثالث: العلاقة بين حق الزوجة في التطبيق وتفويض الطلاق لها
25	المطلب الثالث: دليل مشروعية التطبيق وحكمته
25	الفرع الأول: أدلة مشروعية التطبيق
27	الفرع الثاني: الحكمة من تشريع التطبيق
30	المطلب الرابع: الطبيعة الشرعية والقانونية للتطبيق
30	الفرع الأول: الطبيعة الشرعية للتطبيق
32	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتطبيق
33	المبحث الثاني: أسباب التطبيق في المادة 53 من قانون الأسرة
34	المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية
35	الفرع الأول: التطبيق لعدم الانفاق

47	الفرع الثاني: التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
62	الفرع الثالث: التطلاق لغياب الزوج
66	المطلب الثاني: التطلاق بسبب العيوب وبسبب الشقاق بين الزوجين
67	الفرع الأول: التطلاق للعيوب
83	الفرع الثاني: التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين
88	المطلب الثالث: الأسباب المتعلقة بمخالفة القانون
88	الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة
98	الفرع الثاني: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج بموجب المادة 19 من قانون الأسرة
114	المطلب الرابع: الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها قانوناً
114	الفرع الأول: التطلاق للحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة واستقرارها
117	الفرع الثاني: التطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة
122	خلاصة الفصل الأول
125	الفصل الثاني: أسباب التطلاق التي تدخل تحت الضرر المعتبر شرعاً غير المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة
126	المبحث الأول: مفهوم التطلاق بسبب الضرر المعتبر شرعاً
126	المطلب الأول: تعريف الضرر شرعاً وقانوناً
126	الفرع الأول: معنى الضرر وحكمة مشروعية التطلاق به
127	الفرع الثاني: معيار الضرر وأسبابه وطرق إثباته
132	المطلب الثاني: موقف القانون والفقهاء من التطلاق للضرر
133	الفرع الأول: موقف قانون الأسرة من التفريق للضرر
135	الفرع الثاني: موقف الفقهاء الإسلامي من التفريق للضرر
136	المبحث الثاني: أسباب التطلاق المذكورة في مواد متفرقة من قانون الأسرة

137	المطلب الأول: التطلاق لنشوز الزوج
137	الفرع الأول: التعريف بالنشوز
140	الفرع الثاني: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطلاق لنشوز زوجها
143	المطلب الثاني: التطلاق لرفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد
143	الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأحكامه
147	الفرع الثاني: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطلاق لرفض الزوج اللجوء للتلقيح الاصطناعي
154	المطلب الثالث: التطلاق بسبب فقدان الزوج
155	الفرع الأول: التعريف بالمفقود
157	الفرع الثاني: علاقة فقدان الزوج بحق الزوجة بالمطالبة بالتطلاق لضرر
166	المبحث الثالث: أسباب التطلاق الواردة شرعاً
167	المطلب الأول: التطلاق بسبب الكفاءة في الزواج
167	الفرع الأول: التعريف بالكفاءة في الزواج
170	الفرع الثاني: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطلاق لعدم الكفاءة في الزواج
172	المطلب الثاني: التطلاق بسبب الإعسار في الصداق
172	الفرع الأول: مفهوم الصداق
174	الفرع الثاني: أحكام التفريق للإعسار بالصداق
178	المبحث الرابع: الإجراءات القضائية للحكم للزوجة بحقها في التطلاق
179	المطلب الأول: الإجراءات العامة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية
179	الفرع الأول: إجراءات الدعوى
184	الفرع الثاني: سير دعوى التطلاق
187	المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بالتطلاق وسلطة القاضي في الحكم بها

188	الفرع الأول: الإجراءات الخاصة بأسباب التظليق للإخلال بالالتزامات الزوجية والعائلية
194	الفرع الثاني: الإجراءات الخاصة بأسباب التظليق للعيوب والشقاق بين الزوجين
200	الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بأسباب التظليق المتعلقة بمخالفة القانون
210	الفرع الرابع: الإجراءات الخاصة بأسباب التظليق لارتكاب جرائم معاقب عليها جزائياً
217	خلاصة الفصل الثاني
220	الباب الثاني: حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع وآثاره
221	الفصل الأول: ماهية الخلع وأحكامه
222	المبحث الأول: مفهوم الخلع
222	المطلب الأول: التعريف بالخلع
222	الفرع الأول: التعريف الشرعي والقانوني للخلع
225	الفرع الثاني: حكم الخلع وأدلة مشروعيته
230	الفرع الثالث: حكمة مشروعية الخلع وأسبابه
234	الفرع الرابع: الفرق بين الخلع وطرق فك الرابطة الزوجية الأخرى
237	المطلب الثاني: طبيعة الخلع
237	الفرع الأول: الطبيعة الشرعية للخلع
241	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع
247	المبحث الثاني: أحكام الخلع
247	المطلب الأول: أركان وشروط الخلع شرعاً وقانوناً
248	الفرع الأول: أركان وشروط الخلع فقهاً
261	الفرع الثاني: أركان وشروط الخلع قانوناً
271	المطلب الثاني: الضوابط الشرعية والقانونية للخلع

271	الفرع الأول: حكم مبدأ الرضائية في الخلع بين الشرع والقانون
280	الفرع الثاني: دور القاضي الشرعي في الخلع
283	الفرع الثالث: مدى مسؤولية المختلعة بإساءة استعمال حقها في الخلع
290	المبحث الثالث: الأحكام الإجرائية القضائية للحكم للزوجة بحقها في الخلع
291	المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الخلع
291	الفرع الأول: تقديم عريضة إفتتاح دعوى
295	الفرع الثاني: إجراء الصلح
298	المطلب الثاني: طرق الطعن في أحكام الخلع
298	الفرع الأول: طرق الطعن العادية
302	الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية
305	خلاصة الفصل الأول
308	الفصل الثاني: حق الزوجة في الآثار المترتبة على التطلق والخلع
308	المبحث الأول: حق الزوجة في العدة الشرعية صوتاً لاختلاط الأنساب
308	المطلب الأول: مفهوم العدة
309	الفرع الأول: تعريف العدة
309	الفرع الثاني: حكم العدة وحكمة تشريعها
312	الفرع الثالث: أنواع عدة النساء
320	المطلب الثاني: أحكام العدة
320	الفرع الأول: أنواع خاصة من العدة وما تنقضي به العدد
327	الفرع الثاني: انتقال العدة ووقت احتسابها وتداخل العدد
331	الفرع الثالث: من مقتضيات العدة
333	المطلب الثالث: الإشكالات القانونية للعدة الزوجية والآثار التي ينفرد بها الخلع
333	الفرع الأول: إشكالية ازدواجية العدة في التشريع الجزائري



337	الفرع الثاني: الآثار الخاصة التي ينفرد بها الخلع
340	الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الزواج في فترة العدة
341	المبحث الثاني: حق الزوجة في الحضانة والسكن والزيارة
341	المطلب الأول: حق الزوجة في ممارسة الحضانة
341	الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها وطبيعتها
345	الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة ومدتها
349	الفرع الثالث: أولى الناس بالحضانة ومسقطاتها وحق الرجوع فيها
355	الفرع الرابع: إشكالات التنفيذ المتعلقة بتسليم الطفل المحضون
359	المطلب الثاني: حق الزوجة في سكن ممارسة الحضانة
359	الفرع الأول: التعريف بسكن ممارسة الحضانة
361	الفرع الثاني: مواصفات مسكن ممارسة الحضانة
365	الفرع الثالث: حق الزوجة في متاع البيت
376	الفرع الرابع: إشكالات مسكن ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري
386	المطلب الثالث: حق الزوجة في الزيارة
387	الفرع الأول: التعريف بحق الزيارة
391	الفرع الثاني: تنظيم حق الزيارة وتنفيذ رؤية المحضون
397	الفرع الثالث: إشكالات حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري
402	خلاصة الفصل الثاني
406	خاتمة
414	قائمة المصادر والمراجع
439	فهرس الموضوعات
445	ملخص البحث باللغة العربية
446	ملخص البحث باللغة الأجنبية

## الملخص

تعالج هذه الأطروحة موضوع فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة، تحت عنوان حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، وفيها تم عرض لما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بموضوع التطلق والخلع وآثارهما، وتوضيح موقف قانون الأسرة الجزائري ومناقشته في كل مسألة، وعرض مختلف الاجتهادات القضائية التي تخدم موضوع الأطروحة، التي تعد مفسراً للكثير من المواد القانونية، وتسد الكثير من الأحكام المتعلقة بالموضوعات التي لم ينص عليها قانون الأسرة وتحل الاشكالات القضائية فيها، وتشمل الدراسة كل طرق فك الرابطة الزوجية التي تكون من قبل الزوجة وهي نوعان التطلق والخلع، ثم معالجة الآثار المترتبة على التطلق والخلع، على أساس أنها مرتبطة بحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مع التركيز على أهم الاشكالات القضائية والقانونية، نتيجة لقصور المواد المتعلقة بها، بما فيها إشكالات التنفيذ القضائي التي تعترض التنفيذ والقضاء في موضوع فك الرابطة الزوجية من جانب الزوجة، وإقتراح الحلول لها.

والموضوع مقسم إلى بابين؛ وقد خصص الباب الأول لحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق التطلق، وفيه فصلان الأول ماهية التطلق وأسبابه في المادة 53 ق.س والفصل الثاني نعالج فيه أسباب التطلق التي تدخل تحت الضرر المعتبر شرعاً، على إعتبار أن المشرع الجزائري فتح المجال للزوجة في مطالبتها بحقها في التطلق لأي ضرر شرعي.

أما الباب الثاني الموسوم ب: حق الزوجة في الخلع وآثاره؛ وفيه فصلان؛ الأول ماهية الخلع وأحكامه، والفصل الثاني؛ بعنوان حق الزوجة في الآثار المترتبة على التطلق والخلع.

وفي الأخير جاءت الخاتمة ملخصة لأهم النتائج والاقتراحات، وألحقت الأطروحة بالمراجع والفهرس.

**Abstract:**

This thesis entitled “The Wife’s Right to Dissolve the Marital Relation in the Light of the Algerian Family Code and the Islamic Law” seeks to shed light on the issue of the dissolution of marriage by the wife. We will consider and discuss the effects of divorce and Khula from the perspective of Islamic Law without neglecting the position of the Algerian Family Code and the jurisprudence of the courts in the subject matter. The study covers both the effects of taking the divorce to court by the wife to dissolve the marital relation and Khula which is basically an inherent right of the wife.

The thesis is divided into two parts. The first part, which comes in two sections, deals with the wife’s right to take divorce to court. The first section examines this concept and its causes delineated in Article 53 of the Family Code whereas the second section studies the legal prejudice which may impel the wife to take divorce to court.

The second part entitled “The Wife’s Right to dissolve the Marital Relation via Khula and its Effects” is divided into two sections. The first section deals with the concept of Khula and its provisions whereas the second one deals with the entitlements of the wife resulting from Divorce and Khula.

Finally the main findings and suggestions were included in the Conclusion and a list of references and appendices were underjoined to the thesis.