جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون جنائي

إعداد الطالب :
عميد أسامة

إشراف الأستاذة :
عاشور نصر الدين

موسم الجامعي :2015/2014

شكـر و تقـديـر

الحمد للّه الذي بفضله تتم الصالحات

والحمد للّه الذي أعانني

على أداء هذه الدراسة المتواضعة ووفقني لذلك

ومن هذا المنبر أتقدم إلى كل من ساعدني وساهم معي

من قريب أو من بعيد بالقليل أو الكثير في تذليل ما صادفني من

صعوبات وأخص بالذكر الأستاذ المشرف المحترم عاشور نصر الدين

الذي لم يبخل علي بنصائحه التي كانت عونا وسندا لي لإنجاز هذا البحث.

وإلى كل إخوتي وأصدقائي

إهـــــــداء

إلى روح أبي الغالية ...

إلى روح من رباني وأحسن رعايتي ....

إلى روح من عمل بكد وتعب من أجلي تربيتي ....

إلى روح من علمني الأخلاق وعلمني معنى الكفاح ....

إلى من زرع في معنى أن الدنيا تؤخذ غلابا .....

إلى روح أبي الطاهرة الزكية ... فرحمك الله يا أغلا من هو تحت التراب

....

إلى التي أحسنت تربيتي .....

إلى التي يعتبر فرحي هو فرحها وحزني هو حزنها وألمي ألمها

إليك أنت يا أغلا وأحلا و أحن إنسان في هذا الكون

إليك أنتي يا أمي

عميد أسامة

المقدمـــــة:

الزواج هو ذلك الميثاق الغليظ الذي وضعه الله عز وجل بين الرجل والمرأة ليجوز لكل منهما التمتع بالطرف الأخر لقوله تعالى: (وأخذنا منكم ميثاقا غليظا) سورة النساء. (21) ونجد أن الزواج يقوم أساسا على الشرع كما تمليه الفطرة البشرية وتثبته الديانات السماوية و لكن لهذا الزواج أساس وهو المودة والرحمة ومن هذا المنطلق نستنتج مدى حرص الإسلام على الرابط الزوجية لقوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرن) س.الروم (21).

ولكن إذا ما واجهت الحياة الزوجية مشاكل عديدة و انعدمت هذه المودة والرحمة واستحالت المحبة و الألفة بين الزوجين فإن الله سبحانه و تعالى وضع حدا لهذه الحياة ولهذه العشرة التي أصبحت مستحيلة والتي من المستحسن أن يكون حلها بالموعظة الحسنة أو بالهجر في المضجع أو حتى بالضرب الخفيف أو التحكيم العائلي فإن لم تأتي كل هذه الطرق بنتيجة في حل مشاكل هذه الأسرة التي على وشك الضياع ولم يبقى أي حل أخر فإن السبيل الوحيد هو فك هذه الرابطة الأسرية المقدسة و هنا يتضح لنا أن الإسلام هو الدين الوحيد الذي راع الفطرة الإنسانية والنفس البشرية ومن هنا شرع الطلاق والذي جعله بيد الزوج وذلك للعصمة التي جعلها بيد الزوج كعلاج إنساني ولم يقتصر على الرجل فقط بل جعله أيضا للمرأة الحق في فك هذه الرابطة الزوجية المقدسة ولذلك جعل التطليق أي أن الشارع الحكيم قد أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق باء رادتها المنفردة وهذا إنصافا لها ورفعا للظلم عنها ولكن هذا النوع من الطلاق يتقيد بشروط لا بد من توافرها وكذا فاءن هذا النوع يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إجازة هذا الطلاق أم لا وهذا ما حثا عليه الشارع الحكيم وكذا المشرع الجزائري وهذا ما جاء في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

في حين نجد أن كلا من الشارع الحكيم والمشرع الجزائري أيضا قد خولا للزوجة مسلكا أخر لفك هذه الرابطة المقدسة وبه تفتدي الزوجة نفسها ولكي تتخلص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطاق ولم تأتي بثمارها وكذا دفعا للضرر وذلك لقول النبي صل الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وهذا ما جاء النص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري .

بمعني أن المرأة تستطيع افتداء نفسها بما تقدمه للزوج مقابل أن يطلقها إذا خافت ألا تقيم حدود الله معه وهذا ما جاء في حديث النبي صلي الله عليه وسلم لما أتت امرأة ثابت بن قيس بن شماس تطلب أن تخلع نفسها فأجاز لها النبي صلي الله عليه وسلم ذلك ولكن بعد أن افتدت نفسها بالحديقة التي أعطاها لها ، وكذا نجده صلى الله عليه وسلم قد نهي عن خلع المرأة نفسها بدون عذر شرعي لقوله عليه الصلاة والسلام (أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير بائس فحرام عليها رائحة الجنة) رواه احمد و الترميذي.

الإشكالية:

ومما سبق ذكره تتبادر إلي أذهاننا بعض الإشكاليات الأساسية والتي تتمحور حولها الدراسة وهو ما سنحاول الإجابة والإحاطة عليها في بحثنا هذا وهو:

- ما هي السبل المكفولة للمرأة أثناء توجه إرادتها لفك الرابطة الزوجية ؟
- وما هي الحالات التي منحها المشرع والشارع الحكيم للمرآة لتبني عليها طلبها في التفريق ؟
- وفيما تتمثل الصور الممنوحة للمرأة من الطلاق ؟
- وما هي الآثار الناتجة عن كل صورة مكفولة للمراءة ؟

أهمية الموضوع :

باعتبار موضوعنا هذا محل الدراسة من المواضيع الحساسة والشائكة في ما يتعلق بالأسرة وذلك لأنه يتناول مسألة هامة ولها أثر على الأسرة التي أحاطها الله عز وجل بالرعاية والحماية في كل التشريعات السماوية وهي فك الرابطة الزوجية وبالتالي فك الرابطة الأسرية وخاصة إذا ما كانت بطلب من الزوجة وما ينتج عنه من أثار قد تلحق بالأسرة وبالمجتمع عواقب وخيمة فإننا ارتأينا أن نتطرق لهذا الموضوع ونحاول الإحاطة به وكذا نحاول أن نعطي حلولا وأمثلة في هذا المجال محل الدراسة .

أما خطة البحث فقد قمنا بتقسيم هذه المذكرة إلى فصلين فصل أول ارتأينا أن نجعله لفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وبه مبحثين قمنا من خلالها بالإحاطة بكل جوانب هذه الصورة من صور الطلاق

في حين جعلنا الفصل الثاني لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وبه أيضا مبحثين وحاولنا الإحاطة من خلالهما بكل جوانب الخلع.

تمهيـــــد:

إن التفريق القضائي(التطليق) يختلف عن الطلاق من حيث أن الطلاق يقع باختيار الزوج و إرادته و كذا لأن العصمة الزوجية بيد الزوج فلا يحق لأحد أن يطلق أو يفك الرابطة الزوجية إلا الزوج و ذلك ما فضل به الشارع الحكيم الزوج عن الزوجة بفضل القوامة لقوله تعالى(ِّ جَ الُ ا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) **سورة النساء الآية 34**

- أما التفريق القضائي فيقع بحكم القاضي لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج . إلا إذا لم تؤدي الوسائل الاختيارية إلى حل من طلاق وخلع.
- و هنا جد أن المشرع الجزائري قد نص على الطلاق بطب الزوجة أو التطليق بناءا على إرادتها المنفردة إلا أنه اشترط في التطليق أن يكون بطلب من الزوجة و أمام القضاء أي في المحكمة و أن يكون سبب التطليق من الأسباب الواردة في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

وفيما يلي سنتناول في المبحث الأول ماهية التطليق.

وفي المبحث الثاني الأسباب التي يؤدي للتطليق.

المبحث الأول: ماهية التطليق

سنتناول هنا ماهية التطليق أو بالأحرى التفريق القضائي من جميع جوانبه من تعريفاته المختلفة من التعريف القانوني وكذا الفقهي العام بالإضافة إلى مقارنة مع بعض القوانين العربية في هذا المجال ومن ثم سنتطرق إلى مشروعية التطليق وطبيعته

ولقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وفيما يلي تفصيل ذلك

المطلب الأول : تعريفات التطليق

فمن خلال دراستنا لهذا الموضوع وهو موضوع التطليق أو كما يسميه البعض التفريق القضائي فإننا نجد له تعريفات عديدة وليست مختلفة وهذا ماسنحاول الإحاطة به في هذا المطلب

الفرع الأول : التعريف القانوني:

أ/ من حيث المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري قد منح للزوج حق فك الرابطة الزوجية في أي وقت ومتى شاء دون أن يقيده بقيد معين وذلك لأن العصمة الزوجية بيده، و أما بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و كذا نجده قد أشار للتطليق في المادة 48 من نفس القانون والذي جاء فيها (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه . يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون) [1]

وهنا نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق و لكنه نص على الأسباب القانونية التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق و ذلك حتى و لو كان بناء على إرادتها المنفردة.

وهنا نجد أن هناك تقصير من جانب القانون و المشرع الجزائري فيما يخص التطليق و خاصة من ناحية الماهية و التعريف.إلا أن هذا التقصير تم تداركه ولو نسبيا من طرف المحكمة العليا و التي جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 1984/12/03 على (من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة و ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية) [2]

---

(1)–المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(2)–باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، بدون طبعة،الجز ائر، سنة 2012، ص 35.

رغم أن المحكمة العليا قد بادرت مبادرة حسنة من أجل إعطاء تعريف للتطليق وفك النقص على القانون في هذه المسألة إلا أنها لم توفق في إعطاء تعريفها شاملا ودقيقا و كذا هي أشارت لمصطلح المرأة المتضررة و لكنها لم تبين و توضح المقصود من هذا المصطلح.

ب/ من حيث القوانين المقارنة:

على خلاف المشرع الجزائري الذي يعتبر مقصرا لحد كبير في مسألة التطليق فإننا نجد المشرع المغربي الذي أعطى أهمية كبرى للتطليق و ذلك بتخصيص القسم الرابع من الكتاب الثاني الذي يحمل عنوان انحلال ميثاق الزوجية و آثاره و الذي يحتوي أي القسم الرابع على بابين يحتويان على 20 مادة أي من المادة 94 إلى المادة 113 من مدونة أحوال الشخصية المغربية و التي جاء فيها تعريف التطليق و كذا الأسباب المؤدية للتطليق بالإضافة إلى كيفية رفع دعوى التطليق[1]

وعلى غرار المشرع المغربي نجد أيضا المشرع الإماراتي و الذي أعطى أيضا أهمية للتطليق او كما يسمى التفريق القضائي وذلك بتخصيص له الباب الثالث الذي ينطوي تحت الكتاب الثاني و الذي يحمل عنوان فرق الزواج و كذا فإنه أي الباب الثالث يحتوي على سبعة فصول و التي تحتوي بدورها على 24 مادة سوف كلها للتعريف وا ٍعطاء الأسباب المؤدية لطلب التفريق القضائي أي التطليق و كذا الإحاطة به و هذا كله ضمن المواد السالفة الذكر من مدونة الأحوال الشخصية الإماراتية [2]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي و العام.

أ /**التعريف الفقهي:** وهنا نجد أن الشارع الحكيم قد أراد حماية المرأة من زوجها إذا ظلمها و أساء عشرتها فجعل من حقها اللجوء ورفع أمرها إلى القضاء ليطلقها القاضي ولكن يجب عليها أن تؤسس طلبها على حالة شرعية من الحالات التي سنتناولها في المبحث الثاني وا ٍلا قوبل طلبها بالرفض و كذا لقوله صلى الله عليه وسلم ((أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غيرها ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)) رواه أبو داود و الترمذي وابن ماجة.

---

(1)-مدونة الأحوال الشخصية المغربية المعدلة بالقانون رقم 08/09 الصادر في 16 يوليو 2010

(2)-مدونة الأحوال الشخصية الإماراتية المعدلة في 2005.

و الملاحظ مما سبق لنا ذكره أن كل من فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا القانون الجزائري لم يعطوا تعريفا شاملا ودقيقا للتفريق القضائي أي التطليق و إنما اكتفوا بالإشارة إلى الحالات و الاسباب التي يمكن للمرأة على أثرها اللجوء إلى القضاء بطلب التطليق وكذا للإشارة فإن هذه الحالات التي على إثرها يجوز للقاضي تطليق الزوجة بها هي مستمدة من إجتهاد الفقهاء، حيث لم يرد بها نص صحيح صريح وقد روعي فيها التيسير على الناس .

ب/ التعريف العام:

إن للطلاق ثلاثة أبواب أو ثلاثة أصناف، فالباب الأول يكون مفتاحه بيد الزوج و هو الطلاق أي المعروف عاميا و الباب الثاني يكون مفتاحه بيد الزوجة و هو الخلع و أما الباب الثالث و هو موضوعنا هنا فيكون مفتاحه بيد القاضي و هو التطليق أو كما يسميه البعض التفريق القضائي.

وعليه فالمقصود بالتطليق هو التفريق بمعرفة القاضي فقد جعل التطليق بيد القاضي الذي يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولا يعاشرها بإحسان ولذلك يقال طلق عليه القاضي[1]

و عليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء و بموجب دعوى قضائية وذلك لتمكين المرأة من إنها الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إلا إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع[2].

أي أن إرادة الزوج في إحداث الطلاق لم يبقى على طلاقتلهوا ٍنما توبعت بالتطليق الخلع لكن هنا لا تستطيع الزوجة أن تفك زوجيتها بإرادة منفردة و إنما عن طريق القاضي إذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة.[3]

---

(1)-احمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 167 .

(2)-منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، سنة 2010، ص11.

(3)-باديس ديابي، مرجع سابق، ص 35.

المطلب الثاني : مشروعية التطليق وطبيعته

وفي هذا المطلب سنتناول مشرو عية التطليق وكذا طبيعته وبالتالي فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين وهما كالتالي .

الفرع الأول: مشروعية التطليق:

أ/ مشروعيته:

لقد شرع الشارع الحكيم الطلاق بكل أبوابه وذلك للحفاظ على الهدف الأسمى للزواج و للروابط الزوجية وكذا لفض الخلاف القائم بين الزوجين و هو يجأ إليه عند الحاجة ومع ذلك فإن الله عز وجل أبغضه و أخضعه لإجراءات و ذلك للتقليل من حالاته و هذا رغم مشروعيته فالطلاق بجميع أنواعه شرعه الإسلام إلا في حالات الضرورة و العجز عن إقامة المصالح بينهما أي بين الزوجين أو لضرر يترتب على إستبقاء المرأة في عصمة زوجها.

ورغم أن الإسلام جعل عقد الزواج مؤبدا يعلم أنه إنما يشرع لأناس لهم صفات وعادات مختلفة و كذا لهم حالات متغيرة وخصائص لذا نجد الشارع الحكيم شرع لهم كيفية الخلاص من هذا العقد إذا ضاقت السبل و أصبح العيش والألفة بينهما أي بين الزوجين منعدمة ومستحيلة و إذا فشلت جميع و سائل الإصلاح التي جاءت في الآية الكريمة ﴿﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا (34))) [1]

و هنا نرى أن الشارع الحكيم في هذه المسألة أنه منصف كل الإنصاف لكل من الرجل و المرأة على عكس الديانات الأخرى التي تحرم التطليق إلا في الضرورة القصوى فقط .

ومن سماحة الإسلام أيضا أنه أعطى للمرأة أيضا الحق في فك الرابطة الزوجية و لكن قيدها بشروط.

وهنا يتضح لنا جليا مدى حرص الإسلام على المساوات بين الزوجين و مدى سماحته رغم أنه منح القوامة للرجل على المرأة[2]

---

(1)-الآية 34 من سورة النساء.

(2)-منصوري نورة . مرجع سابق . ص 13.

و التطليق وهو الباب الثالث في الطلاق أو كما يسميه البعض بالتفريق القضائي وذلك لأن مفتاحه لدى القاضي أي هو من يحكم بتطليق الزوجة من زوجها و تلبية طلبها في ذلك أو أن هذا الطلب لا أساس له من الصحة وذلك عدم استناده لحالة من الحالات و الأسباب المؤدية للتطليق وفك هذه الرابطة الأسرية المقدسة.

ب/ أدلة المشروعية:

و يعتبر القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة ومن ثم الإجماع هي الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل أو عمل و هي تعتبر المرجع الرسمي و الأساسي في الحياة اليومية و خير دليل على هذا قوله صلى الله عليه و سلم (إني قد تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما، كتاب الله و سنتي....) رواه أبو داود وقوله تعالى: **وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا.....)** [1] وكذلك قوله صلى الله عليه و سلم لما روي عن إبن عمر (لاتجتمع أمتي على ضلالة) رواه احمد في مسنده والطبراني في الكبير.

1/ أدلة التطليق من الكتاب:

جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: **(لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ)** [2] فهنا نجد أن الشرع الحكيم حث على مشروعية التطليق .

وقوله تعالى: **(الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا....)** [3]

وفي هذه الآية الكريمة نجد الشارع الحكيم أنه حدد ونظم مرات الطلاق و كذا تناول بسبب من أسباب الطلاقة أو التطليق.

وكذلك نجد القول العزيز: **(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا)** [4]

---

(1)-الآية 07 من سورة الحشر.

(2)-الآية 236 من سورة البقرة.

(3)-الآية 229 من سورة البقرة.

(4)-الآية 01 من سورة البقرة.

وهنا نجد الشارع الحكيم قد وجه الكلام إلى النبي صلى الله عليه وسلم و الذي هو في الأصل موجه لأمته.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (49) [1] وهنا أيضا نجد كذلك الشارع الحكيم قد أمر بالإمساك و التعاشر إما بمعروف أو التسريح و يعني به الطلاقة بإحسان أيضا.

2/ أدلة التطليق من السنة:

روى حميد بن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه (يقول أحدكم لإمرأته قد طلقتك قد راجعتك ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها)

وكذا روي محارب بندثار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم قال (أبغض الحلال إل الله الطلاق) و هنا النبي صوات ربي وسلامه عليه أشار إلى أن الطلاق مشروع و لكن بأسبابه و كذلك روي عن النبي صلوات ربي و سلامه عليه قال (ثلاثة جدهن وهزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق)

وكذلك قوله (أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير مابئس فحرام عليها رائحة الجنة)رواه الترمذي وابن ماجه و هنا جاء في هذا الحديث ترهيب للمرأة إذا كان الطلاق في غير عذر

وكذا قوله لما روي عن عبادة بن نسي عن أبي موسى (لا تطلقوا النسا إلا من ريبة فإن الله عز وجل لا يحب الذواقين ولا الذواقات).

و عن إبن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(لاتسأل المرأة زوجها الطلاق في غير كنهة فتجد ريح الجنة ، و إن ريحها ليوجد من مسيرة أربعين عاما))

ومما سبق ذكره يتضح ما مدى حرص الشارع الحكيم وكذا النبي محمد صلوات ربي وسلامه عليه على توضيح مشروعية الطلاق و كذا توضيحه و حتى الترهيب على عدم إتباعه دون أي سبب.

---

(1)–الآية 49 من سورة الأحزاب.

ج/ أدلة التطليق من الإجماع:

و نجد هنا أن إنعقاد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه و سلم حتى اليوم أي على عدم جواز الفرقة إلا لحاجة أو ضرورة و إباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، و تكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين و كذا واجباتهم.

ومعروف عندنا أن التطليق و حالاته مستمدة من إجتهاد الفقهاء حيث أنه لم يرد بها نص صحيح صريح ومما سبق لنا تناوله و في ختام هذا الفرع يتضح لنا أن الطلاق بكل أنواعه المباحة مشروع بإعتباره ضرورة و الضرورة تقدر بقدرها و عند عدم الحاجة فحرام على الزوج القيام به و لا على الزوجة طلبه[1]

الفرع الثانـي: طبيعـة التطليـق

فالتطليق أو بالأحرى التفريق القضائي يعتبر مكنة منحها المشرع و كذا الشارع الحكيم من قبل للزوجة لكي تلجأ من خلالها للقضاء بطلب التفرقة أو إنهاء العلاقة و لكن هذا لا يكون إلا إستنادا لأسباب معينة، و يبقى للقاضي الحرية أي له السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلب هذه الزوجة، حيث يمكننا أن نعتبره أي التطليق رخصة إستثنائية منحها المشرع للقاضي، و لكن ممارسة هذه الرخصة مقيد بعدة قيود و شروط.[2]

وكذا نجد أن الفقهاء قد إتفقوا على أن عقد الزواج قد ينتهي إما بطلاق أو يفسخ إلا أنهم إختلفوا فيما يندرج و يدخل في كل منها ذلك لأن الطلاق يعد إنهاء لعقد زواج صحيح، في حين نجد أن الفسخ هو نقض لعقد الزواج لخلل رافق نشأة هذا العقد أو لشيء طرا على هذا العقد منع بقاؤه بعد نشأته صحيحا.

وكذا فالطلاق لا يكون إلا بناءا عن عقد صحيح لازم وهو من حقوق الزوج يوقعه بإرادته و أما الفسخ فإما أن يكون بتراضي الزوجين أو بواسطة القاضي.

و كذلك هناك إختلاف من حيث الآثار المترتبة و الناتجة عن كل منها، حيث أن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر المسمى و أما الفسخ لا يوجب شيء و الطلاق ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج عكس الفسخ الذي لا ينقص.

---

(1)–ابن باز. الفتاوى الجامعة للمراءة المسلمة، بدون طبعة، بدون سنة، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، الجزء الثاني، ص 666.

(2)–منصوري نورة، مرجع سابق، ص 16.

ونجد أن الفرق التي تعتبر التفريق القضائي أي التطليق فسخا، و هنا نجد الأحناف يرون أن كل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ مثل الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته في حين يرون أن الفرقة بسبب الإيلاء أو الخلع أو اللعان و كذا التفريق لعيب جنسي أو بسبب أباء الزوج الإسلام تعد طلاقا .

وكذا يرون أن التفريق لفساد الزوج وردته ولحرمة المصاهرة هي فسخا[1].

بينما نجد أن الشافعية و الحنابلة اعتبروا أن التفريق الذي يكون نتيجة إرادة الزوج أو نائبه يعتبر طلاقا و غير ذلك فهو فسخا بالنسبة لهم، حيث أنهم يعتبرون تطليق الزوج و كذا الخلع و تطليق القاضي و لكن إذا إمتنع الزوج عن الطلاق بسب الإيلاء هذه الفرق كلها بالنسبة لهم

تعتبر طلاق، و أما ما تمت الفرقة بسببه من وجود عيب في أحد الزوجين أو لإعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته فإن هذه الفرقة تعتبر عندهم فسخا.

في حيث نجد أن المالكية ذهبوا و إعتبروا أن الفرق بين الطلاق و الفسخ يكمن في السبب الموجب لهذه الفرقة فإن كانت من زواج صحيح وكان سببها لا يتوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، و سواء كانت من الزوج أو نائبه أو من الزوجة أو من القاضي إعتبرت طلاقا بالنسبة لهم، و أما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فإعتبروها فسخا.

وهذه هي الفرق التي يعتبروها تنتج طلاقا و هي إما الخلع أو لوجود عيب في أحدهما أو لإعسار الزوج أو بسبب الإيلاء أو لوجود ضرر أو لعدم الكفاءة، و أما اللعان و كذا فساد عقد الزواج أو أباء أحد الزوجين الإسلام فإنهم يعتبرونها تنتج فسخا[2]

وبرجوعنا للمشرع الجزائري نجده قد أخذ بالمذهب المالكي وأعتبر الفسخ هو كل ما ينتج عن النكاح الفاسد و الباطل و هذا ما جاء في نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري والذي جاء فيها (يبطل الزواج . إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد) في حين نصت المادة 33 من نفس القانون على (يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه .

---

(1)–منصوري نورة، مرجع سابق، ص17.

(2)–ابن باز . مرجع سابق . ص 17.

ويثبت بعد الدخول بصداق المثل) وأما المادة 34 نصت على (كل زواج باءحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب . ووجوب الإستبراء)

في حين عرف الطلاق في نص المادة 48 من نفس القانون السالف الذكر أن :(حل عقد الزواج يتم بإرادة الزوج أو بتراض الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (54/53) من هذا القانون والتي تبين الأسباب التي تمنح للزوجة الرخصة لطلب التطليق) [1].

(1)–منصوري نورة . مرجع سابق. ص 18

المبحث الثاني: أ سباب التطليق و آثاره

فبعد أن تناولنا في المبحث الأول كل ما يتعلق بما هية التفريق القضائي أي التطليق من تعريف و مشروعية وحتى طبيعته فإننا في المبحث الثاني هذا سنتطرق للأسباب المؤدية له و الآثار الناتجة عن هذا التطليق.

المطلب الأول: أسباب التطليق:

كما هو متعارف عليه أن أي زو اج شرعي قد ينتج عدد من الواجبات و الحقوق المتبادلة، وأن إخلال أي طرق من الزوجين بإلتزاماته الزوجية قد يؤدي إلى إلحاق الأذى و الضرر بالكيان الأسري، فإن كان هذا الإخلال ناتج من طرف الزوجة فإن للزوج الحق في تطليقها وذلك لأن العصمة بيده، أما إذا كان هذا الإخلال من جانب الزوج وكان من دون أي سبب جدي أو شرعي وهذا ما سنتناوله فيما يلي .

الفرع الأول: التفريق بسبب عدم الإنفاق

أ/ تعريفـه:

تعتبر النفقة حق الزوجة وهي تثبت بمجرد وقوع الزواج أو بالأحرى بإنعقاد عقد الزواج الصحيح وهي أيضا تسقط بنشوزها و تنتهي النفقة بإنتهاء العلاقة الزوجية، ولكن إذا إمتنع الزوج عن أداء هذا الإلتزام إما بسبب الإعسار أو التعسف[1]وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في خضم هذا الفرع.

ب/ الموقف الفقهي:

وهنا نجد أن الفقهاء قد إختلفوا في هذا الشأن

1/ الموقف الأول:

حيث ذهب الإمام مالك و الشافعي و أحمد إلى جواز التفريق لعدم النفقة بحكم القاضي إذا طلبته الزوجة، وليس له مال ظاهر وأدلتهم هي:

---

(1)–منصوري نورة . مرجع سابق . ص 21 .

– أن الزوج مكلف بأن يمسك زوجته بالمعروف أو يسرحها ويطلقها بإحسان وذلك لقوله تعالى: **(فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)**[1] وعدم النفقة ينافي الإمساك بمعروف.

– وكذا أنه لايجوز إلحاق الضرر بالزوجة وذلك لقوله تعالى: **(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا)**[2] والنبي صلوات ربي وسلامه عليه يقول(لاضرر ولا ضرار) وهنا يتضح لنا أنه لا يجود ضرر كعدم الإنفاق على المرأة.

–وا ٍن كان القاضي قد منح الحق في التفريق من أجل عيب في الزوج فإن عدم الإنفاق يعد أشد وأكثر إيذاء وظلما للزوجة.[3]

2/ الموقف الثاني:

وهنا نجد الأحناف أي المذهب الحنفي قد ذهب إلى عدم جواز التفريق بعدم الإنفاق وسوء كان السبب مجرد الإمتناع أو للإعسار وكذا حتى العجز عنها وا ٍستدلو على[4] هذا بي:

(ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)[5]

(1)–الآية 229 سورة البقرة

(2)–الآية 231 سورة البقرة

(3)–سيد سابق. مرجع سابق. ص ص 603،604.

(4)–سيد سابق، نفس المرجع .ص 604

(5)–الآية 07 سورة الطلاق

- وكذا فإن الصحابة كان منهم الموسر والمعسر، لم يثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد فرق بين رجل وا ٍمرأته بسبب عدم النفقة لفقره و إعساره. [1]

3/ شروط التطليق لعدم الإنفاق:

ونجد أنه لكي تطلب المرأة التطليق من بعلها يجب أن تتوفر الشروط التالية و التي حث عليها فقهاء الأمة وهي:

- أن تكون العلاقة قائمة على زواج صحيح شرعا،وذلك لأن الزواج الفاسد موجب للفسخ بذاته دون حاجة لطلب التفريق.

- وكذا أن تكون الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها لأن عقد الزواج قد يكون صحيحا ورغم ذلك لا تستحق النفقة مثل المرأة الناشز [2]

- أن ترفع الزوجة الدعوى طالبة التطليق لعدم الإنفاق ،وذلك لأن ثبوت عدم الإنفاق ، لا يكفي للتفريق بين الزوجين، إنما حكم القاضي هو الذي ينهي العلاقة الزوجية[3].

ج / الموقف التشريعي:

وهنا نجد أن المشرع الجزائري، أيضا قد أخذ بعين الإعتبار هذا السبب وذلك في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1/ عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78-79-8 من هذا القانون) [4]؛ وكذا بالرجوع إلى المو اد المشار لها في الفقرة السالفة الذكر نجدها كلها تتكلم على النفقة من تحديد لقدر النفقة وذلك بالنظر لظروف المعيشة وكذا على ما تشتمل النفقة وكذا متى تستحق النفقة وأعطي للقاضي أن يحكم بإستحقاقها.

---

(1)-سيد سابق، مرجع سابق .ص 604

(2)-أحمد نصر الجندي، مرجع سابق . 176

(3)-باديس ديابي . مرجع سابق . ص 37

(4)-الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فهنا وبالرجوع إلى نص المادة 53 سالفة الذكر وبالأخص لفقرتها الأولى نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للزوجة حق طلب التطليق لعدم الإنفاق ولكن قيد هذا السبب بشرطين وهما:

أولا:أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بحكم قضائي، يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسب للتطليق،لابد لها من إستصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها، قانونيا وفي حالة إمتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق يعني أنه لا يكون هناك علم للزوجة بإعسار بعلها وقت الزواج، فإن كانت عالمة بإعساره وقت الزواج فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس لأنه كان معسرا وتعلم به فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها، وأما مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في إعتماد قول أي منها. [1]

وسعيا من المشرع الجزائري لتوضح هذا الأساس فإنه أصدر القرار المؤرخ في 1987/02/23 تحت رقم 44994 جاء فيه مايلي (متى كان من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج، فليس معنى هذا إنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة...) وبالتالي فإن هذا القرار يعد المصدر لنشوء هذه القاعدة القانونية وذلك لأن تاريخه يرجع لسنة 1987 وكذا نجد أيضا القرار المؤرخ في 1998/07/21 والذي جاء في الفقرة الثانية منه ما يلي(ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب لزوج وطردها وا ٍهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها.) [2]

(1)–باديس ديابي. مرجع سابق .ص ص37.38.39.

(2)–باديس ديابي. نفس المرجع ، ص ص37،38،39

وبالتالي فإننا نرى أن المشرع الجزائري قد كفل للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق وبالتالي فإنه إتبع في ذلك رأي جمهور العلماء و الفقهاء إلا أنه أحاط هذا الحق بشرطين جوهريين وقد سبق لنا التطرقة لهما وشرحها[1]

الفرع الثاني:التفريق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

أ/ تعريفه:

أن أي أسرة تبنا أساسا على التألف والتعاون ومن أسمى أهدافها تنظيم العلاقات الجنسية و إنجاب الأولاد وبناء أسرة منسجمة، ولكن إذا وجد هناك مشكلا أو عيب فقد يقضي على هذه الأسرة وبالتالي يحول دون تحقيق أهدافها التي بنيت عليها أساسا وهذه العيوب تكون إما من الزوج أو الزوجة[2] ولكن في هذا الموضع سنتطرق للعيوب بالمتعلقة بالزوج وهي محل دراستنا. حيث أن العيب الذي يجيز ويعطي للزوجة الحق في طلب التطليق من بعلها هي العيوب التي تمنع الوطء، وذلك باعتباره حقا للزوجة، كما هو أيضا حق للزوج مثل الجب و الخصاء و العنة و كذا العيوب التي توجب نفرة تمنع قربان أحد الزوجين من الآخر، أو العيوب التي يخشى العدوى منها كالحزام أو ما يخاف منه الجناية كالجنون[3]وهذا ما سيتم الإجابة عليه فيما يلي.

ب/ الموقف الفقهي:

وهنا في الموقف الفقهي نجد أن العيوب في مجال التفريق بين الزوجين متنوعة، وكذا للفقهاء فيها أراء وأقوال.

1/ الموقف الأول:

وهنا نجد أن المالكية اعتبروا أن العيوب هي ثلاثة عشر وهي:

أولا: العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة: وهي العيوب التي يحق لكلا الزوجين الانفصال عن الأخر بسببها وهي: الجنون والجزم والبرص والعزيطة (وهي التغوط عند الجماع)

ثانيا: العيوب المتعلقة بالرجل: وهي التي تعتبر في الرجل عيبا وهي:

---

(1)–باديس ديابي.مرجع سابق ، ص ص37،38،39

(2)–منصوري نورة . مرجع سابق . ص 45.

(3)–احمد نصر الجندي . مرجع سابق . ص 184.

ا/ الجب: أي الرجل إذا كان مقطوع الذكر والأنثيين ، وقد يدخل في ذلك المقطوع الأنثيين فقط إذا كان لا يمنى. [1]

ب/ الخصاء:ويقصد بها هو من سل خصيته ونزعها.

ج/ العنة: ويراد بها صغر الذكر، بحيث لا يأتي منه الجماع.

د/الاعتراض: ويقصد به عند انتشار الذكر.

فهذه الأشياء أو بالأحرى العيوب السالفة الذكر إذا كانت في الرجل جاز للمرأة أن تطلب التطليق منه.

2/ **الموقف الثاني:**

وهذا الرأي فانه يتعلق بالمذهب الحنفي حيث إعتبر أبو حنيفة وأبو يوسف بريان أن العيوب المتعلقة بالزوج هي:الجب والخصاء والعنة، إعتبروها هي عيوب التي تؤدي إلى طلب المرأة التطليق من بعلها من أجلها وذلك لأن ضررها دائم وغير قابل للزوال.

في حين ذهب محمد صاحب أبو حنيفة إلى أن العيوب التي يفرق من اجلها لا تقع تحت الحصر.

ومما سبق لنا التطرق له يتبين لنا أن الحنيفة قد اتفقوا على انه من حق كلا الزوجين حل الرابطة الزوجية لوجود عيب في الطرف الأخر إلا أنهم إختلفوا في تحديد العيوب المتعلقة بالزوج والتي من خلالها تستطيع الزوجة اللجوء للقاضي للتفريق بينها وبين بعلها.

3/ **الموقف الثالث:**

في حين نجد أن الشافعية والحنابلة إعتبروا أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها هي: الجب والعنة والجنون والجذام والبرص، فاعن كان في بعلها أحد هذه العيوب كان لها أن ترفع أمرها للقاضي ليفسخ عقد الزواج. [2]

---

(1)–احمد نصر الجندي . مرجع سابق . ص 185.

(2)–منصوري نورة . مرجع سابق . ص 47.

ج/ الموقف التشريعي:

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى حق طلب التطليق للزوجة دون الزوج وهذا ما تجسد في نص المادة 53 في الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على (....2/ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...) [1]، أما الزوج فلا يملك هذا الحق وذلك لأنه يتملك حق طلاق، وكذا فالمشرع لم يعطي تعريفا بكلمة العيب دون تحقيق الهدف من الزواج.

أي متى اكتشفت الزوجة عيبا في بعلها يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وبالأخص هدف الجماع وا ٍنجاب الأولاد فان لها الحق في دفع الضرر على نفسها والتوجه للقضاء لطلب التطليق من زوجها المريض. [2]

وأما القضاء الجزائري فيرى أنه يسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها، كما إن سكوت الزوج عن عيوبه وا ٍخفائها تجعل القاضي يستجيب لطلب الزوجة فانه يمكن للمحكمة أن تتأكد بوجود ما تدعيه من عيوب بواسطة الخبرة، أو بوسائل أخرى مثل الإقرار. [3]

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 1999/02/16 والذي جاء فيه: (من المقرر قانونيا بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وان الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة [4].

الفرع الثالث: التفريق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

ا/ تعريفه:

إن الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها، لان ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له، وقال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته وادني ذلك مرة كل طهر وا ٍلا فانه يعتبر عاص.

---

(1)–الفقرة 2 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2)–عبد القادر بن حرز الله .الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة . الطبعة الأولى . دار الخلدونية للنشر والتوزيع . الجزائر. سنة 2007 . ص 280.

(3)–عبد القادر بن حرزالله . مرجع سابق . ص 280.

(4)–منصوري نورة . مرجع سابق . ص 49.

يَسْأَلُونَكَ لقوله تعالى(الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي
حِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ
اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ)[1]

وهذا ما جاء في القصة التي سمع فيها عمر بن خطاب إمرأة وهي تنظم شعرا وذلك لطول غيبة زوجها عنها للجهاد، فلما سمع ذلك عمر أرسل إلى زوجها فأقفله، ثم ذهب إلى أم المؤمنين حفصة رضي الله عنها فقال.يابنية كم تصبر المراءة عن زوجها ؟ فقالت .سبحان الله أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر .....ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر.....يذهبون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون راجعين شهرا.

ومن هنا توارث أن الزوجة لا تستطيع الصبر عن زوجها أكثر من أربعة أشهر.[2]

وفيما يلي تفصيل ذلك :

ب/ الموقف الفقهي:

وهنا في مسألة الهجر وخاصة في الموقف الفقهي نجد أن الفقهاء اختلفوا في هذا الشأن وسنفصل في ذلك فيما يلي:

1/ الموقف الأول:

وفيه نجد أن المالكية اعتبروا انه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك ولو كان ترك الزوج للجماع بسبب التعب أو لانقطاعه للعبادة، فان رفعت أمرها[3] للقاضيو أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فان للقاضي أن يأمره بمجامعتها ويضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فان رجع إلى معاشرتها فذاك وإ لا حكم لها بالتطليق.

---

(1)–الآية 222 سورة البقرة.

(2)–باديس ديابي . مرجع سابق . ص 45.

(3)–منصوري نورة . مرجع سابق . ص 32.

2/ الموقف الثاني:

وهنا نجد أن الحنفية حيث إعتبروا أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة ولم يضاجعها لإنشغاله بالعبادة أو لإستمتاعه بجواريه فاءنه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها، ولكن لا يقدر الميت لمدة معينة في الأسبوع وا ٍنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من حين لأخر وأما حق المواقعة فليس من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة. [1]

3/ الموقف الثالث:

ففي هذا الموقف والرأي نجد أن الشافعية إعتبروا أن معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبيل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به وأما أحمد بن حنبل قدره في حق المولى بهذه المدة أي مدة أربعة أشهر. [2]

ج/ الموقف التشريعي:

وفي هذا الشأن نجد أن المشرع الجزائري قد تأثر في تقنينه لحالات التطليق حيث أنه لم يهمل هذا السبب وذلك لما له من أضرار ومساوئ وانعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة غير أن مسألة الإثبات والخوض فيها يعتبر أمرأ من الصعوبة وذلك لما يتجلى به من صعوبة ودقة وهذا ما تجلا في الفقرة 3 من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على: (الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر) [3] وكذا فإننا لم نجد على صعيد الاجتهاد القضائي

شيئا ينص صراحة على هذه الفقرة إلا تلميحا وهذا ما نلاحظه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 المتعلق بالتطليق قبل البناء جاء فيما يلي: (من المقرر قانونيا انه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا). [4]

---

(1)–منصوري نورة . نفس المرجع . ص 32.

(2)–باديس ديابي . مرجع سابق . ص 45.

(3)–الفقرة 3 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(4)–باديس ديابي . مرجع سابق . ص ص45.46

الفرع الرابع: التفريق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

ا/ تعريفه:

لقد تناولنا فيما سبق ذكره أنه يحق للزوجة طلب التطليق في حالة عدم الإنفاق وذلك لماله من أضرار على الأسرة ماديا، وكذا في حال وجود عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وكذا قد تلحق أيضا بالزوجة أضرارا معنوية بسبب سلوكيات وتصرفات

زوجها كارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا وقانونا ويهتز لها كيان الأسرة وتؤدي إلى خلق جو من التوتر والتنافر وعدم الانسجام وبالتالي تؤثر على استقرار الحياة الأسرية. [1]

ب/الموقف الفقهي:

ومما يدخل في هذا الباب فنجد عند مالك و أحمد فيباب التطليق لحبس الزوج، حيث ر أو أن حسب الزوج يوقع بالزوجة ضرر، وذلك لبعده عنها فإذا صدر عن ذلك مثلا الحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو أكثر وكان الحكم نهائيا، ونفذ على الزوج، ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه فللزوجة أن تطلب من القاضي الطلاق لوقوع الضرر بها وذلك بسبب بعده عنها، فإذا ثبت ذلك طلقها القاضي طلقة بائنة عند مالك أي المذهب المالكي وأما عند الإمام أحمد أي في المذهب الحنبلي فيعتبر فسخا . [2]

ج/ الموقف التشريعي:

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة الحق في طلب التطليق من بعلها في حالة الحكم عليه في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

وهذا ما تؤكد المادة 53 في الفقرة الرابعة منها من القانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها(...4/الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة جريمة الزوجية.) [3] ولكن بالتمعن في نص الفقرة السالفة الذكر يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد قيد طلب المرأة للتطليق في هذا الشأن بحيث اعتبر طلب تتقدم به الزوجة من أجل فك الرابطة الزوجية بسبب ما جاء في نص الفقرة السالفة لا بد أن يتوفر هذا الطلب على الشروط التالية وهي:

---

(1)–منصوري نورة . مرجع سابق . ص 53.

(2)–سيد سابق . مرجع سابق . ص 606.

(3)–الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

1/ أن يصدر حكما يدين الزوج بعقوبة شائنة.
2/ أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الآسرة.
3/ أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

في حين نجد انه يعاب على المشرع الجزائري في هذا السياق عدم الوضوح حيث انه لم يكن دقيقا كونه تحدث عن الجريمة إلا انه لم يحدد هذه الجريمة الماسة بشرف الآسرة.

وكذا ما يحسب للمشرع الجزائري في هذا الصدد انه في هذا التعديل المؤرخ في 2005/02/27 قد أعطى حالات طلب الزوجة التطليق أكثر وضوحا وأكثر اشتمالا من القانون السابق. [1]

كما انه اكتفى بالقول انه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف والأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه. [2]

ومما سبق لنا التطرق له يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة الحق في طلب التطليق لما ورد في الفقرة4 من المادة53 السالفة الذكر ولكن بشروط.

الفرع الخامس:التفريق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

ا/ تعريفه:

إن أي علاقة زوجية تبنى على أساس المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزواج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها، فان غيابه بدون أي عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيانها فالفراق ضرر يهون إمامه عدم الإنفاق والفرقة به ثابتة حتى ول وكان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن والغذاء والكسوة.

والغائب هو الذي يغادر دون عودة بحيث تكون حياته معلومة، فان جهلت اعتبر مفقودا[3]

وفيما يلي تفصيل ذلك :

---

(1)-باديس ديابي . مرجع سابق . ص ص 47 . 49

(2)-باديس ديابي . نفس المرجع . ص 49.

(3)-منصوري نورة . مرجع سابق . ص 39

ب/ الموقف الفقهي:

وهنا نجد أن الفقهاء الأمة قد انقسموا إلى اتجاهين وهما:

1/ الموقف الأول:

وهنا نجد الحنفية والشافعية ، فقد قالوا أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، ورأ طالت غيبته وذلك لعدم القيام الدليل الشرعي على حق التفريق و لأن سبب التفريق لم يتحقق، ولكن إذا كان موضعه معلوما بعث الحاكم لحاكم بلده,، فيلزم بدفع النفقة. [1]

2/ الموقف الثاني:

وهو اتجاه المالكية والحنابلة واللذين قالوا بجواز التفريق إذا طالت المدة وتضررت المرأة بها حتى وان ترك لها زوجها مالا تنفق منه أثناء الغياب، وذلك لان الزوجة تتضرر من الغيبة ضررا بالغا والضرر يدفع بقدر الإمكان لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار).

وكذا استنادا للواقعة العمرية والتي أمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا. [2].

إلا أنهم أي المالكية والحنابلة اختلفوا في نوع الغيبة والمدة وحتى في وقت التفريق حالا.

ج/ الموقف التشريعي:

فمن بين الحالات التي أجار فيها المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب إلى القاضي التطليق من بعلها إذا غاب عنها لأكثر من سنة وذلك بدون عذر ولا نفقة وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له (...5/ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة) [3] ونفهم من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد استمدها أي هذه الفقرة من مذهب الإمام مالك والذي يوافقه أيضا الإمام احمد.

كما نلاحظ أيضا أن المشرع قد أضاف لغيبة الزوج بدون عذر.النفقة و ألصقها بهذه الفقرة رغم أن الإمام مالك يرى أن للزوجة الحق في تطليق من زوجها إذا غاب عنها حتى ولو كان له مال تنفق منه.

---

(1)-عبد القادر بن حرز الله . مرجع سابق . ص 282.

(2)-سيد سابق . مرجع سابق . ص 606.

(3)-الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ولكن إذا كان غياب الزوج بعذر مقبول كطلب العلم أو لممارسة التجارة أو لكونه يعمل خارج أرض الوطن أو مجند بمكان بعيد، فاءن ذلك لا يعد سببا للتطليق ولا يسوغ للزوجة طلب التفريق بينهما.

وأما مدة السنة التي جاءت في القفرة السالفة الذكر من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري فقد قدرها الإمام مالك ولم تكن محل إجماع، فمنهم كما سبق لنا ذكره من يرى ثلاثة سنين ومنهم من يرى الحد الأدنى ستة أشهر.

كما أن المشرع الجزائري قد إعتبر غياب الزوج لمدة سنة عن زوجته دون عذر وله مال تنفق منه فاءنه لا يجوز لها في هذه الحالة ان تطلب بالتطليق. [1]

وكذا بالرجوع إلى نص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها (الغائب الذي منعته ظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وا ٍدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر مفقودا) [2]ومن هنا يتضح لنا أيضا معنى الغائب.

ومما سبق لنا التطرق له نرى أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب غياب بعلها لأكثر من سنة وذلك بدون عذر ولا نفقة ولكن هذا الحق قد كفله بشروط لكي يؤخذ هذا الطلب بعين الإعتبار من طرق القاضي ويحكم لها بالتطليق.

الفرع السادس: التفريق بين الشقاق المستمر بين الزوجين وكل ضرر معتبر شرعا:

أ/تعريفه:

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج لزوجته في المعاملة ولا أن يؤذها بالقول وهذه مبادئ أقرها الإسلام، فقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [3]وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [4]

(1)-باديس ديابي . مرجع سابق . ص ص 49 . 50.

(2)-المادة 110 من قانون الآسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(3)- الآية 228 من سورة البقرة.

(4)- الآية 19 من سورة النساء.

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل كالضرب المبرح أو الشتم أو أن يحملها على فعل غير مباح شرعا وكذا أن ينازعها كالطعن في كرامتها وشرفها أو هجرها من غير سبب يبيحه. [1]

وفيما يلي تفصيل ذلك :

ب/ الموقف الشرعي :

وهنا نجد أن فقهاء الأمة قد إنقسموا إلى إتجاهين وهما :

1/الموقف الأول :

و نجد هنا المالكية قد أجازوا للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق وذلك بسبب الشقاق المستمر ولما أصابها من ضرر من طرف الزوج ومنعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)، وكذا لكل ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة كالضرب المبرح أو السب أو إيذائها بأي نوع من أنواع الإيذاء التي لا تطاق، أو إكراهها على منكر من القول أو الفعل، فإذا ثبتت دعواها لدى القاضي بإثبات الزوجة أو إعتراف الزوج وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طلقة بائنة وذلك لأنها لو كانت رجعية لتمكن الزوج من مراجعة زوجته في العدة والعودة للضرر، ولكن إذا عجزت الزوجة عن إثبات ذلك أو لم يقر الزوج رفضت دعواها فإذا تكررت منها الشكوى وطلبت التفريق ولم يثبت للمحكمة صدق دعواها عين القاضي حكيمين [2]

بشرط أن يكونا رجلين عدلين راشدين ولهما خبرة بحالها للإصلاح بينهما ومعرفة أسباب الشقاق[3] ودليلهم قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا) [4] وقوله أيضا: (فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) [5]

---

(1)- منصوري نورة، مرجع سابق، ص 64.

(2)- سيد سابق، مرجع سابق . ص ص 604، 605.

(3)- سيد سابق، مرجع سابق .ص ص 604، 605.

(4)- الآية 35 من سورة النساء.

(5)- الآية 229 من سورة البقرة.

وهنا نجد أن أحمد بن حنبل أي المذهب الحنبلي قد إتفق مع الإمام مالك في هذا الأمر في حين إختلف معه في مسألة تطليق الحكمين.

2/ الموقف الثاني:

في حين نجد في هذا الإتجاه أن كل من الحنفية والشافعية لم يجيزوا ولم يعطوا للزوجة اللجوء حق للقاضي من أجل تطليقها لأجل الشقاق وجعلوا لها الحث في رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الزوج بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها وكذا أجازوا للزوجة عدم طاعة زوجها فيما حرمه الله.

في حين ذهبوا إلى أنه ليس للحكمين أن يطلقا وأن يفرقا بين الزوجين إلا أن يجعل الزوج ذلك لهما. [1]

ج/الموقف التشريعي:

وتجسد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه (من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعيا).

ومن ثم حظي هذا الإجتهاد بعناية المشرع لإرتقى لمرتبة القاعدة القانونية وهو ماجاء في الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له.

فإذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى و مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق وهذا ما جاء في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء في الفقرة 8 منها (...8/ الشقاق المستمر بين الزوجين ....) وكذا جاء في الفقرة 10 منها (...10/ كل ضرر معتبر شرعا) [2].

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد استحدث الفقرة 8 بموجب التعديل الأخير و إعتبر المشرع أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى:

---

(1)– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق . ص 281.

(2) -الفقرة 8 و 10 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

ذ ِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) [1]، والشقاق هو إستحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للإنهيار والضياع.

وتجدر الإشارة إلا أن مصدر هذه الفقرة المستحدثة في قانون الأسرة لسنة 2005 هو الاجتهاد القضائي لا سيما المحكمة العلياوتجسد ذلك فعليا في بعض القرارات ولعل أبرزها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه: (من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعيا). [2]

في حين نجد أن المشرع الجزائري فصلا كثيرا في هذه المادة أي المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق ودليل ذلك الفقرة 10 والتي أعطى فيها المشرع الحق للزوجة بطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا على سبيل التوسعة، حيث أنه أعطى للزوجة اللجوء للقاضي في حال تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع

مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج ولكنه لم يتقيد بضرر معين بل ترك للقاضي السلطة التقديرية والموضوعية المطلقة، لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما، قد لا يكون كذلك في نظر أخرى وبالنسبة لجماعة أخرى، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر. [3]

ولو إكتفى المشرع بهذه الفقرة في المادة 53 بدل الفقرات السابقة لكانت كافية وشاملة وذلك لأن كل الفقرات السابقة لهذه الفقرة في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري هي كلها أنواع للضرر رغم إختلافها وهي جاءت لدفع الضرر عن الزوجة وتقديسا وحماية لعقد الزواج وهذا ما جاء في حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) ولقوله تعالى:(وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [4]

(1)- باديس ديابي، مرجع سابق . ص 54.

(2)- باديس ديابي، نفس المرجع . ص 54.

(3)- منصوري نورة، مرجع سابق . ص ص 66، 67.

(4)- الآية 19، سورة النساء.

الفرع السابع: التفريق بسبب إرتكاب فاحشة مبينة:

أ/تعريفه:

وهنا يمكن تعريف الفاحشة من خلال مدلولها اللغوي، فعندما نقول هذا الأمر فاحش وذلك إذا إزداد عن الحد المعقول ونقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة.

وفي غياب أراء الفقهاء في هذا الشأن لا يبقى لنا سوى الإستدلال بخير دليل وهو ما جاء في القرآن الكريم من آيات تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة [1] وهذا ماورد في قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)[2] وكذا قوله تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا)[3] وكذلك قوله تعالى: (قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ) [4].

ومن هنا تتضح لنا نظرة الشارع الحكيم للفاحشة والنهي عن إرتكابها وحتى الإقتراب منها.

وسنفصل في ذلك فيما يلي :

ب/ الموقف التشريعي:

وهنا نجد أن المشرع الجزائر قد أعطى أيضا للزوجة الحق في اللجوء للقاضي من أجل تطليقها إذا إقترف زوجها فاحشة مبينة وكذا فالفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر في جريمة الزنا فقط وا نما تتعداها إلى الجرائم التي أقرها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى بالحدود وهذه الجرائم هي: الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة، الردة، البغي وهي تسمى كذلك بالفواحش[5].

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للمرأة الحق في طلب التطليق وذلك في حالة قيام بعلها بفاحشة مبينة وهذا ما جاء في الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي

---

(1)- منصوري نورة، مرجع سابق، ص 59.

(2)- الآية 32 من سورة الإسراء.

(3)- الآية 22 من سورة النساء.

(4)- الآية 33 من سورة الأعراف.

(5)- باديس ديابي، مرجع سابق ، ص ص 52، 53.

جاء فيها (.... /7 إرتكاب فاحشة مبينة ...) [1]ونجد أن مصطلح الفاحشة هنا جاء بصيغة النكرة وبالتالي فإن المشرع قد ترك الباب مفتوحا لتقدير القاضي أو بالأحرى للسلطة التقديرية للقاضي وذلك لأنه لم يحدد نوع الفاحشة المقصود منها في الفقرة السالفة الذكر.

وحسنا ما فعل المشرع لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بإرتكاب الزوج لفاحشة مبينة دون حاجة لإستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية ولمدة تفوق السنة بل إشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن السنة ولو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها من أجل ذلك . [2]

الفرع الثامن: التفريق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أو أي شرط متفق عليه في عقد الزواج:

أ/تعريفه:

إن أي عقد أو أي شرط متفق عليه بين شخصين فأكثر لابد من الإلتزام به والحرص على تطبيقه وعدم مخالفته ما لم تكن هناك قوة قاهرة تمنع ذلك أو ضرر ناتج عن ذلك وا ٍن منحق الزوجين إحترام والسهر على المحافظة على الشروط الموضوعة في عقد الزواج برضاهم التام وكذا فقد قيد المشرع الرابطة الزوجية بأحكام ولعلى أبرزها ما جاء في نص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري ولكن إذا خالف أحد الزوجين هذه الأحكام وكذا الشروط التي تم وضعها في عقد الزواج فإن هذا ينتج ضررا على العلاقة الزوجية.

وفيما يلي تفصيل ذلك :

ب/الموقف التشريعي :

وهنا نجد أنه في الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له نصت على: (....6/ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه ....) [3] وكذا جاء في الفقرة 9 من نفس المادة السالفة الذكر على: (....9/ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج....) [4]

---

(1)- الفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(2)- منصوري نورة، مرجع سابق ، ص ص 61، 62.

(3)- الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(4)- الفقرة 9 من المادة 53من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

و هنا يتضح لنا أن كل من الفقرتين السابقتين لهما وجهان لعملة واحدة حيث أن كلاهما يعطي الحق للزوجة طلب التفريق وذلك إذا خالف زوجها للشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ونجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 8 من قانون الأسرة على أنه: (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية من وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها أن يقدم طلبا الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ....) [1]، ومما سبق لنا ذكره نجد أن المشرع في المادة 8 قد نوه وحث على أنه من حق الزوجة العلم بزواج بعلها بإمرة ثانية وفي حال عدم علمها بذلك وعدم وجود مبرر شرعي لذلك فإن لها الحق في اللجوء للقضاء من أجل التفريق بينها وبين زوجها المخالف لنصوص المادة السالفة الذكر.

وهذا لما ينجز عن ذلك من أضرار ولو حتى لم يذكر المشرع هذه الفقرة وترك فقرة كل ضرر معتبر شرعا لكانت تغني عنها.

في حين نجد أن الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الأسرة قد تم إستحداثها بموجب التعديل الأخير ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى والتي تنص على: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرياها ضرورية ولا سيما شرط عدم الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون) [2] وهنا نجد أن المادة 19 جاءت مكملة للمادة 08 سالفة الذكر وكلاهما جاء ليوضح الفقرة 9 والفقرة 6 السالفتين للذكر.

في حين يتضح لنا أيضا أن المشرع لم يحدد الشروط الواجبة الذكر في عقد الزواج وا ٍنما تركها على سبيل الإختيار ولكن ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

وكذا جدير بالذكر أن المشرع الجزائري جعل المسألة إختيارية في مسألة الشروط التي يتم الإتفاق عليها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، غير أن ذلك لم يراعا بدقة في المادة 53 من نفس القانون وبالأخص في الفقرة 9 التي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة أوفي عقد رسمي لاحق [3] وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المسألة.

---

(1)- المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2)- المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(3)- باديس ديابي، مرجع سابق . ص 56.

المطلب الثاني: الآثار المنجرة عن التطليق:

إن أي تفرقة تقع بين الزوجين تنجروا عليها أثار فاءذا وقعت هذه التفرقة فاءننا ننتقل إلى أصل قيم قد نادى بها الإسلام وذلك بإعتباره دين تسامح حيث حث على التسريح بإحسان وهو المفارقة بالمعروف، وا ٍنطلاقا من هذا المبدأ نجد أن الإسلام قد نظم أيضا آثار هذه الفرقة بالمعروف فوضع أحكاما إعتبرها الشارع الحكيم حق لا يجوز للزوجين ولا لغيرهما أن يغيروا منها أو يتنازلا عنها، كما أنه ر تب أحكاما جعلها حقا للزوج المفارق وأخرى جعلها حقا للزوجة المفارقة وأحكام من نوع ثالث هي لما بين الزوجين المفارقين من أولاد وهذا ما حث عليه وأخذه بعين الاعتبار المشرع الجزائري أيضا وفيما يلي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: العدة كأثر للتطليق:

أ/تعريفها:

فالعدة في إصطلاح الفقهاء هي أجل ضربه الشارع لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح، بمعنى أنه إذا حصلت الفرقة بين الزوجين لأي سبب من أسباب الفرقة . فالآثار المترتبة على عقد الزواج في الحال وا ٍنما تنتهي بعض الآثار ويبقى البعض الآخر ولذلك يقول الفقهاء إن الفرقة بين الزوجين لا تنتهي العلاقة الزوجية من كل وجه، إذ يترتب على الزوجة أن تتربص حتى تنتهي عدتها من مطلقها على النحو الذي رسمه الشارع[1] .

فالعدة طبقا لما سبق لنا ذكره من تعريف للأحناف هي إسم لأجل ضرب لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح و وَالْمُطَلَّقَاتُ قوله تعالى: بَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ) [2]

كُمْ و وَالَّذِينَ قَوْلُهُ تَعَالَى: جٍ فَلْيَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)[3]

و بُعُولَتُهُنَّ قوله أخرى: بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاَحًا)[4]

أي دل ذلك على فترة التربص التي تعني العدة فإعتبر ذلك أن فترة التربص هي فترة العدة لأن الله أعطى للعدة إسم ومصطلح التربص.

---

(1)- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ، ص 497

(2)- الآية 228 من سورة البقرة.

(3)- الآية 234 من سورة البقرة.

(4)- الآية 228 من سورة البقرة.

وأما المالكية فيرون أن العدة جعلت دليلا على براءة الرحم وذلك إما لفسخ النكاح أو لطلاق الزوجة.

وأما العدة عند الشافعية فيعتبرونها هي مدة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل.

فالعدة هي مصطلح لفعل التربص وهو كذا التثبت والانتظار[1] ، لأن المولى عز وجل قال: ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ [2] فنجد هنا أن المولى عز وجل سمى العدة بالأجل ومعروف أن الأجل هو اسم لزمان مقدر مضروب لانقضاء أمر ما وهو هنا ما بقي من آثار النكاح.

ب/أنواع العدة:

فالعدة لها عدة أنواع وهي:

عدة المر أة التي تحيض وهي ثلاثة حيضات.

-عدة المرأة التي يئست من الحيض وهي ثلاث أشهر.

-عدة المرأة التي مات عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرا ما لم تكن حاملا.

-عدة المرأة الحامل حتى تضع حملها. [3]

وما سنتطرق له هنا هو مسألة وأنواع العدة ككل ماعدا عدة المتوفى عنها زوجها.

فنحن في هذا المقام سنتناول مسألة عدة المرأة المدخول بها لأن الزوجة غير المدخول بها إن طلقت خلال عدة يقول الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[4]

---

(1)- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ، ص ص 497، 498.

(2)- الآية 235 من سورة البقرة.

(3)- سيد سابق، مرجع سابق ، ص 622.

(4)- الآية 49 سورة الأحزاب.

وأما إن مات زوجها فهي تعتد عليه كما لو كان دخل بها، وأما عدة المدخول بها فإن كانت من ذوات الحيض فعدتها ثلاث قرون وهذا للقوله تعالى(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ)[1] والقروء هو جمع قرء والقرء يعني به الحيض وهذا ما جاء عن إبن القيم.

وأما عدة المرأة التي طلقت وهي يائسة من الحيض أي العجوز التي لا تحيض أو كذا المرأة التي قعدت من الحيض فليست هذه من القروء في شيء بل عدتها هي ثلاثة أشهر[2] وهذا ما جاء في القوله جل شأنه:(وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ).[3]

وأما عدة المرأة التي طلقت وهي حامل فأجل إحداهن أن تضع حملها فإن وضعت فقد قضت عدتها ولا أولاد عليها لقوله تعالى(وَإِن كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىَ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ).[4]

ومما سبق لنا التطرق له في هذا المقام يتضح لنا أن الإسلام يعتبر أحرص الأديان على نجاح العلاقة الزوجية وأما في حال فشل هذه العلاقة ووقع الطلاق فقد أوجب العدة على المرأة وذلك لما لها من أهمية عظيمة من إستبراء للرحم وكذا حتى مراجعة كلا الزوجين لحساباتهما وحتى الرجوع عن الطلاق.

ج/نظرة المشرع لمسألة العدة:

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد إعتبر وسن العدة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون بـ: إنحلال الزواج.

---

(1)- الآية 228 سورة البقرة

(2)- سيد سابق، مرجع سابق ، ص 623.

(3)-الآية 04 سورة الطلاق

(4)- سيد سابق، مرجع سابق ، ص 623.

(5)- الآية 04 سورة الطلاق.

فالمشرع قد إتبع الإتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديد عدة كل من المطلقة الحائض والمطلقة غير الحائض وكذا اليائس من الحيض وحتى عدة الحامل وعدة المتوفى عنها زوجها.
ونجد أن المشرع قد خصص لهذه المسألة 4 مواد من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 58 على ما يلي: (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق) [1] ومن هنا نجد أن المشرع الجزائر ي قد إتبع أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة العدة فيما يخص التي طلقها بعلها وهي حائض أو يائس.
في حين نجده نص في المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على (عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل هي عشر 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة) [2] وهنا نجد أن
المشرع قحث على عدة المرأة الحامل وا ٍعتبر عدتها تنتهي بوضع حملها، وا ٍعتبر أقصى مدة لها في الحمل 10 أشهر من وقت وقوع الطلاق.
فالمشرع الجزائري من خلال ما سبق من مواد قانون الأسرة الجزائري نجده قد عدد على سبيل الحصر الزوجات المطلقات الواجب عليهن الإعتداد وذكر المدخول بها غير الحامل والمدخول بها اليائس من المحيض في حين نجده لم يذكر المطلقة غير المدخول بها.
وكذا يعاب على المشرع الجزائري هو أنه لم يذكر الطلاق الرجعي ولم يتبناه من حيث مفهومه وآثاره واكتفى بالطلاق البائن بينونة كبرى والبائن بينونة صغرى، وذلك لأن الطلاق
الرجعي هو أن يراجع الرجل زوجته و ذلك لا يتم بعقد ولا بمهر جديدين، بل تكون مواصلة طبيعية للعشرة الزوجية. [3]

الفرع الثاني: النفقة كأثر للتطليق:

أ/تعريفها:

فالمقصود بالنفقة هنا هو توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وا ٍن كانت غنية،و هي واجبة بالكتاب والسنة وحتى الإجماع [4]

(1)- المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005
(2)-المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005
(3)- باديس ديابي، مرجع سابق ، ص ص 108، 119.
(4)- سيد سابق، مرجع سابق ، ص539.

الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ) [1] ونجد أن المولى عز وجل هنا قد إعتبر الكسوة من أنواع يقصد النفقة وجعلها على عاتق الأب وكذا الرزق ويقصد به الطعام الكافي.

وكذا قوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى [2] وقوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا) [3] وهذه كلها أدلة تثبت وجود النفقة وهي على عاتق الأب أي الزوج بالأخص.

وهذا ما جاء في ما رواه مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع: (فإتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بكلمة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فورشكم أحدا تكرهون فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

وكذا ما رو اه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها: أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه – وهو لا يعلم– قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.

وكذا قال إبن قدامة: إتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن. [4]

---

(1)– الآية 233 من سورة البقرة.

(2)– الآية 06 من سورة االطلاق.

(3)– الآية 07 من سورة االطلاق.

(4)– سيد سابق، مرجع سابق ، ص540.

ومما سبق لنا التطرق له نستخلص أن النفقة هي من حقوق الزوجة أثناء الزواج وهي أيضا من الآثار الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجة وذلك وقت العدة في حين هي من حقوق الأولاد وواجبة على الزوج من ناحية أولاده سواء أكانت أمهم مطلقة أو لا حتى يبلغوا سن الرشد بالنسبة للذكور وحتى يتم الزواج بالنسبة للإناث والله أعلم.

د/نظرة المشرع الجزائري لمسألة النفقة:

ونجد هنا أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة الحق في طلب التعويض عن التطليق أو للقاضي الحق في إعطاء التعويض للزوجة[1]

وهذا ماجاء في نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) [2].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة جاءت في التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ليضع حدا للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها

في حين تبقى مسألة تقديم التعويض موضوعية وهي من إختصاص قضاة الموضوع.

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يفصل كثيرا في مسألة النفقة ولم يعطها أهمية كبرى وخاصة نفقة المرأة المطلقة ماعدا في المادة 80 والتي جاء فيها (تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على سنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى)، وهنا نجد أن المشرع قد أعطى الحق للمرأة التي رفعت دعوى طلاقها الحق في النفقة ولمدة لا تتجاوز السنة. [3]

إلا أن المشرع الجزائري قد توسع ولو نسبيا في مسألة نفقة الأولاد حيث إعتبر في المادة 75 من قانون الأسرة على أن نفقة الولد تجب على الأب مالم يكن له مال وفي حالة عجز الأب جعل نفقة الأولاد تكون على الأم إذا كانت قادرة على ذلك حسب نص المادة 76 في حين المادة 77 إعتبرت ووسعت نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

---

(1)- باديس ديابي، مرجع سابق ، ص93.

(2)- المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(3)- باديس ديابي، نفس المرجع ، ص ص93 ، 94.

وكذا فالمشرع الجزائري أيضا قد إعتبر أن النفقة تجب على الذكور حتى سن الرشد والإناث حتى يتم الدخول بهن وتستمر على الذكور في حالة العجز بآفة إما عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط عنهم بالكسب هذا حسب ما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

ومما سيق ذكره يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يعطي لمسألة النفقة حقها وخاصة نفقة الزوجةفي التشريع والتفصيل رغم أنها تعتبر أهم أثر للطلاق بكل صور ه بعد العدة وكذا لما تكتسبه من أهمية بالغة فكان حقا على المشرع أن يفصل أكثرا في هذه المسألة ولا يكتفي بـ 7 مواد فقط.

الفرع الثالث: الحضانة كأثر للتطليق:

أ/تعريفها:

فالحضانة مأخوذة من الحضن وحضنا الشيء جانباه، وحضن الطائر بيضه إذا ضمته إلى نفسه تحت جناحه، وكذا المرأة إذا ضمت ولدها وعرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة، أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وكذا تربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والإطلاع بمسؤولياتها. (1)

والحضانة تعتبر من نتائج الطلاق بجميع صوره وقد تؤدي إلى المنازعة بين زوجي الأمس ومطلقي اليوم حول لمن تؤول الحضانة وما هي مسؤوليات الأب إتجاه إبنه وحاضنه.

ونجد أنه يشترط في الحاضن أو الحاضنة الذين يتولون تربية المحضون والقيام على شؤونه ما يلي: العقل والبلوغ والقدرة على التربية والإسلام للمحضون المسلم وأن لا تكون متزوجة بالنسبة للمرأة وكذا أن يكون الحاضن حرا. (2)

ب/مقارنة بين المشرع الجزائري والفقه حول ترتيب الحاضنات:

فهنا نجد أن المشرع الجزائري في التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 قد أحدث انقلابا .(3)

---

(1)- سيد سابق، مرجع سابق ، ص 628.

(2)- سيد سابق، نفس المرجع ، ص ص 630، 632.

(3)- باديس ديابي، مرجع سابق ، ص 149.

في المادة 64 والتي نصت على (الأم الأولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة للأم، ثم الجدة للأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة) [1]، فهذا التعديل قد جاء مخالفا لما في القانون السابق وجاء معاكسا لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية.

ومع هذا يمكن القول أن هذا التعديل جاء معالجا للواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية.

فالتعديل هذا الأخير نجده قد خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في ما يخص هذه المسألة، [2] حيث نجد أن في المذهب المالكي قد إعتبروا أن الحضانة مرتبة بحسب الحنان والرفق بالمحضون حيث أعطوا الأولوية للأم على الأب في الحضانة وقراباتها من بعدها أحق من قرابات الأب.

في حين نجد أن الحنابلة قد إعتبروا الأم أولى من الأب في الحضانة ثم تؤول للشقيقات ومن بعدهن الخالة والعمة. [3]

ورغم هذا الإختلاف الذي أحدثه المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للشريعة الإسلامية، إلا أننا نجده قد أثرى في مسألة الحضانة حيث خصها بـ 10مواد تم فيها التعريف بمسألة الحضانة وهذا ما نصت عليه المادة 62 ثم قام بترتيب الحاضنات وهذا حسب ما سبق لنا ذكره في المادة 64 ثم نجده أيضا قد حدد مدة الحضانة في المادة 65 والتي جعلها بالنسبة للذكر 10 سنوات ببلوغه والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى 16 سنة.

في حين جاء في المواد من 66 إلى 70 كيفية سقوط الحق في الحضانة وأما المادة 72 جاء فيها وجوب قيام الأب بتوفير سكن ملائما للحاضنة و المحضون.

---

(1)-.المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2)- باديس ديابي . مرجع سابق . ص 149

(3)- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ، ص ص 625، 627.

تمهيد:

إن الشارع الحكيم كما سبق لنا التطرق له أثناء التعرض لفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق فإنه كما أعطى للزوج الحق في فك هذه الرابطة وهذا الميثاق الغليظ وهو الزواج وبالمقابل أيضا أعطى الحق للزوجة من أجل فك هذه الرابطة كذلك وذلك إما بالتطليق وهو ما سبق لنا التطرق له والإحاطة بكل جوانبه أو كذا بالخلع وهو أيضا حق مشروع وممنوح للزوجة من أجل فك الميثاق الغليظ وهذا ما سنتناوله هنا في هذا الفصل.

حيث سنتناول في المبحث الأول ماهية الخلع

وفي المبحث الثاني الاثار الناتجة عن الخلع كصورة من صورالطلاق

وفيما يلي تفصيل ذلك :

المبحث الأول: ماهية الخلع:

فهنا في هذا المبحث سنتناول كل ما يتعلق بماهية الخلع من تعريف شرعي وقانوني وكذا سنتطرق فيه لحكم الخلع والألفاظ التي يتم بها الخلع وكذلك لمشروعية الخلع بالإضافة إلى أننا سنقوم بمقارنة في مسألة الخلع بين القانون الجزائري والقانون المغربي وكذا الإماراتي أي كل ما يخص ماهية الخلع سيتم التطرق له في هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريفات االخلع:

وهنا سنتناول التعريفات المتعلقة بالخلع من التعريف اللغوي إلى التعريف الشرعي ومن ثم سنمر إلى التعريف القانوني وأيضا ماجاء في كل من القانون المغربي واالإماراتي.

الفرع الأول:التعريف اللغوي للخلع:

يقال الخلع بضم الخاء ونعني به طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها ونقول خلعت الثوب، أخلعه خلعا، وخالعت المرأة زوجها وقد إختلعت أي إفتقدت نفسها منه بشيء تبذله فهي خالع، والخلع هو النزع والتجريد والإزالة. [1]

الفرع الثاني: التعريف الشرعي للخلع:

وهنا نجد أن للفقهاء تعريفات كثيرة وسنتطرق لها فيما يلي:

أ/تعريف المالكية: إعتبروا أن الخلع هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها وبملك به الزوج العوض

ب/تعريف الحنفية: إعتبروا الخلع أخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع

ج/تعريف الشافعية: حيث أنهم إعتبروا أن الخلع هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع.

د/تعريف الحنابلة: ونجدهم إعتبروا أن الخلع هو فراق إمرأته بعوض يأخذه بألفاظ مخصوصة.[2]

---

(1)- أحمد بن محمد أحمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010. ص131

(2)- أحمد بن محمد أحمد كليب، نفس المرجع ، ص 131.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للخلع:

وهنا نجد أن المشرع الجزائري رغم أنه تطرق لمسألة الخلع وذلك في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم). [1]

إلا أن المشرع الجزائري يعاب عليه في هذه المسألة أنه لم يعرف الخلع ولكن نجده قد أعطى جوازية الزوجة بأن تخالع نفسها عن طريق إتفاقها مع زوجها على الطلاق لقاء ما تدفعه له.

فالمشرع الجزائري كان أحرى به أن يخصص للخلع بابا يتم من خلاله إعطاء تعريف للخلع وكذا توضيح شروطه وكذا شروط الزوج المخلع.

في حين نجد أن المشرع المغربي أيضا رغم أنه خص مسألة الخلع بباب وهو الباب الثاني والذي يحمل إسم الطلاق بالخلع من القسم الخامس المنطوي في الكتاب الثاني من مدونة الأحوال الشخصية المغربية وهذا الباب يحتوي على 7 مواد إلا أنه يعاب على المشرع المغربي أيضا أنه لم يتطرق لتعريف الخلع وإنما إعتبره أنه ليس طلاق رجعي وهذا ما جاء في نص المادة 123 والتي جاء فيها: (كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالإتفاق والخلع والمملك). [2]

في حين نجد أن المشرع الإماراتي والذي يعتبر مشرعا حديثا إلا أنه قد أحاط بمسألة الخلع أحسن من المشرع المغربي والجزائري حيث نجده قد خص هذه المسألة بباب يحمل إسم الخلع من الكتاب الثاني فرق الزواج من مدونة الأحوال الشخصية الإماراتية، حيث جاء في نص المادة 110 (1/ الخلع هو عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.

2/يصح من مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم. [3]

(1)- المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2)- المادة 123 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية المعدلة بالقانون رقم 08/09 الصادر في 16 يوليو 2010.

(3)- المادة 110 من مدونة الأحوال الشخصية الإماراتية المعدلة في 2005.

3/إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع وإستحق الزوج المهر.

4/الخلع فسخ)

وكذا المادة 111 من نفس المدونة والتي جاء فيها أيضا: (يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية باذل العوض وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق). [1]

رغم أن المشرع الإماراتي قد خص مسألة الخلع بمادتين فقط إلا أنه قد نجح في الإحاطة بمسألة الخلع وذلك من حيث تعريفه لمسألة الخلع وكل ما يخص جوانب الخلع وكذا إعطاؤها لنوع الفرقة بالخلع وكذلك إعطاء شروط باذل العوض وكذا أهلية الزوج وذلك بغرض وقوع الخلع.

وهنا لا يسعنا الذكر إلا أن المشرع الإماراتي قد وفق في طرحه لمسألة الخلع وذلك بالإحاطة بها وبكل جوانبها عكس المشرع الجزائري و المغربي واللذان يعاب عليهما ذلك.

الفرع الرابع: حكم الخلع:

حكم الخلع هو الجواز وذلك لأن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها. [2]

والدليل على ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ [3]وهنا نجد أنه جاء في الآية الكريمة أنه إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تستطع معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها.

وكذلك قوله أيضا: ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** ﴾[4] وجاء هنا في هذه الآية أنه إذا الزوجة طابت نفسها بتقديم صداقها أي مهرها لزوجها ولكن بعد تسميته فله أن يأكله حلالا طيبا.

---

(1)- المادة 111 من مدونة الأحوال الشخصية الإماراتية المعدلة في 2005.

(2)- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، بدون سنة، ص 149.

(3)- الآية 229 سورة البقرة.

(4)- الآية 4 سورة النساء.

وأما الدليل من السنة النبوية الشريفة فنجد حديث عكرمة عن إبن عباس رضي الله عنهما أن إمرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال عليه الصلاة والسلام: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم: قال صلى الله عليه وسلم إقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

وكذا نجده أيضا جائزا بالإجماع حيث قال الإمام مالك رحمه الله لما أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عندنا عليه وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تؤت من قبله و أحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما إفتدت به كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام[1].

وأيضا نجد أن كل العلماء أجمعوا على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور فإنه قال: لا يحل للرجل أن يؤخذ من إمرأته مقابل فراقها شيئا.

في حين نجد أن أي إمرأة طلبت من زوجها طلاقا أي إختلعت زوجها بدون أي سبب فحرام عليها رائحة الجنة وهذا ما جاء في قولة صل الله عليه وسلم (أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)صححه الألباني في صحيح ابن داوود. ومن هنا يتضح لنا جليا انه لا يجوز للمرأة أن تطلب الطلاق من زوجها إلا إذا كان هناك سبب شرعي .

الفرع الخامس: ألفاظ الخلع :

و نجد هنا إختلاف بين الفقهاء في مسألة ألفاظ الخلع أو بالأحرى الألفاظ التي يقع بها الخلع وهي كالتالي:

1ا: المالكية: حيث إعتبروا أن الخلع يقع بلفظ الخلع والفدية والصلح و المباراة وفي هذا يقول الإمام إبن رشد: كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها.

2: الشافعية: وعندهم يصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق فإن كان بلفظ الطلاق فهو طلاق وان كان بلفظ الخلع والمفاداة والفسخ فإن نوى به طلاق فهو طلاق وإن لم ينوي به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما أنه طلاق، والثاني أنه فسخ، والثالث أنه ليس بشيء ولا يصح الخلع إلا بذكر العوض. [2]

(1)– نصر سلمان وسعاد سطحي، مرجع سابق، ص 150.

(2)– نصر سلمان وسعاد سطحي، مرجع سابق ، ص ص 151، 152.

3: الحنفية: وإعتبروا الخلع يقع صريحا بلفظي الخلع والطلاق الصريح المقترن بعوض وكناية بلفظي المبارأة والبيع.

4: الحنابلة: ويقع عندهم الخلع بألفاظ وقسموها إلى الصريحة والكناية والصريح ثلاثة ألفاظ وهي خالعتك و المفادأة وفسخت نكاحك، وأما الكناية مثل: بارأتك وأبرأتك وغيرها من الألفاظ التي نقصد بها الخلع.

الفرع السادس: نوع الفرقة الواقعة بالخلع:

وهنا في نوع الفرقة الواقفة بالخلع نجد أنه وقع خلاف بين الفقهاء فمنهم من إعتبر هذه الفرقة فسخا ومنهم من إعتبرها طلاقا وهذا ما سنراه فيما يلي:

1/القول الأول:

وهنا نجد فيه جمهور العلماء والذين إعتبروا أن الفرقة للخلع هي طلاق وليست فسخ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[1] وهنا نجد أن المولى عز وجل قد أعطى أيضا للمرأة الحق في أن تفتدي نفسها من عصمة زوجها، أي أنها تدفع البدل وذلك للتخلص من الزوج وهذا لا يكون إلا بوقوع الطلاق البائن.

وكذا إحتجوا أيضا بحادثة ثابت بن قيس وذلك لما خالع الرسول صلوات ربي وسلامه عليه بينه وبين حبيبة حيث قال لها: إعتدي، ثم إلتفت إليه فقال له هي واحدة.

2/القول الثاني:

ونجد فيه إبن عباس رضي الله عنهما وكذا الحنابلة وقول أيضا الشافعية والذين إعتبروا أن الفرقة للخلع هي فسخ وليست طلاقا[2] وإستدلوا على ذلك بقوله تعالى:**(الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ.... ﴾[3]**

(1)- الآية 229 سورة البقرة.

(2)- منال محمود المثني ، مرجع سابق ، ص ص 63-66.

(3)- الآية 229 سورة البقرة.

وقالوا أنه لو كان الخلع طلاقا لكان عدد الطلقات حسب ما ورد في الآية السابقة أربعا، وهذا طبعا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها أما الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر ويدخل بها دخولا شرعيا. [1]

و هنا نقول بأنه للخلاف بين الفقهاء فائدة أو كما يقولون إختلاف الفقهاء رحمة وذلك لأننا لو اعتبرنا أن الفرقة للخلع هي بعدد الطلقات و أما إذا إعتبرناها فسخ فإنها لم تحرم الزوجة على زوجها ولو خالعها مئة مرة.

المطلب الثاني: شروط الخلع وأركانه:

وهنا سنتطرق فيه لشروط الخلع بالاظافة ايضا الى اركانه

الفرع الأول: شروط الخلع:

وهنا نجد أنه لصحة الخلع لابد من توافر جملة من الشروط وهذه الشروط هي التي تؤدي وتعمل على صحة الخلع وهي كالتالي:

1ا: قيام الرابطة الزوجية:

يشترط في الخلع وجود رابطة زوجية فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير زوجية، بل لابد من وجود عقد زواج صحيح فإذا كانت رابطة زوجية فاسدة فإن الخلع لا يقع.

ولو حتى كانت الرابطة الزوجية قائمة ولم يقع دخول أو طلاقه فإن الخلع يقطع هذه الرابطة ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالفة نفسها لأن في هذا النوع من الطلاق تبقى زوجيتها قائمة.

2: صيغة الخلع:

وهنا نجد أنه لا بد للخلع من صيغة، فلا يصح بالمعاملات فقط كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها: " إختلعي على كذا، فتقول له: إخلعني على كذا، فيقول لها: خلعتك على ذلك، فالإيجاب والقبول بالقول لابد منه لكي يقع الخلع.

وأما ما يتعلق بصيغة الخلع وشروطها فقد تم التطرق لها سالفا.

(1)– منال محمود المثني ، مرجع سابق ، ص 64.

3: بدل الخلع:

فالخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها فالعوض يعتبر أساسيا في مفهوم الخلع وبدونه لا يتحقق، فإذا قال الزوج لزوجته: خالعتك، وسكت لم يكن ذلك خلعا، وإن نوى الطلاق كان طلاقا رجعيا وإن لم ينوي شيئا، لم يقع به شيئا وذلك لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية.

وللإشارة فإن بدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة إتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه. (1)

4: أن تكون الزوجة عاقلة راشدة:

وهنا نجد أن الزوجة المختلعة لابد أن تكون بالغة وكذا عاقلة وغير محجور عليها لسلفه أو مرض عقلي وعلى هذا، إذا كانت الزوجة المخالعة على بدل صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وكذا ما يترتب عليه وخالعها زوجها على مقدار من المال وقبلت هي ذلك وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال لأن العوض في الخلع في معنى التبرع وهي ليست أهلا للتبرع في مالها.

وكذا إذا كانت الزوجة كبيرة و محجورا عليها لسفه وقبلت المخالعة على مال من مالها يقع الطلاق وتلزم الزوجة بالبدل لكونها محجورا عليها لسفه والشخص المحجور عليه ليس أهلا للتبرع. (2)

في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لشروط الخلع وهذا ما يعتبر تقصيرا منه في مسألة شروط الخلع وما تعلق به وكما هو معلوم فان المشرع الجزائري لم يعطي لمسالة الخلع عناية كافية .

الفرع الثاني: أركان الخلع:

وهنا كما هو معلوم عندنا أن لأي عقد كان أركان وعقد الخلع له أركان أيضا لابد أن تتوفر هذه الأركان لكي يصح لنا أن نسمي هذا العقد بعقد الخلع وأركانه هي:

---

(1)- منصوري نورة، مرجع سابق، ص ص من 115 إلى 135.

(2)- منال محمود المثيني، مرجع سابق ، ص ص 69، 70.

1/جمال عبد الوهاب عبد الغفار .الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة . بدون طبعة . سنة 2003.دار الجامعة الجديدة للنشر . مصر . ص ص من 57 إلى 67

1: المخالع:

والمخالع هنا المقصود به الزوج أو نائبه ولكن يشترط فيه أن يكون أهلا لكي يقع الطلاق ولا يهم إن كان مسلما أو كافرا أو حرا أو عبدا.

حيث أنه لا يصح الخلع من مجنون أو معتوه وذلك لإنعدام القصد الصحيح منهم.

وكذا لا يصح من الصبي لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل). [1]

وأما السكران فهنا فيه رأيان ولعلا الرأي الراجح والغالب هو أن طلاق السكران واقع وخلعه جائز وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء وهذا ماجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه). أخرجه البيهقي[2]

وكذلك لما جاء في مسألة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما شاور الصحابة في حد الخمر وقال: أرى الناس (قد بالغوا في شربه وإستهانوا بحده، فماذا تريدون؟ فقال علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى إفترى، فأرى أن يحد حد المفترى ثمانين، وحده عمر وعثمان وعلي ثمانين، في حين نجد أن طلاق المكره قد أدى العلماء للإختلاف في شأنه فمنهم من إعتبر طلاقه يقع ومنهم من إعتبر أنه لايقع ولعلا الرأي الأرجح هو الرأي الثاني أي أنه لايقع الطلاق وهذا ما ذهب اليه عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

2: المختلعة:

ونقصد بالمختلعة وهي الزوجة أو وليها ويشترط فيه أن يكون مطلق التصرف في المال صحيح الإلتزام.

فيجوز للزوجة البالغة العاملة الرشيدة أن تخالع نفسها وأما إذا إختلعت المرأة الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها، وذلك لأن الزوج من أهل الإيقاع ويكون إيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما قال لها: إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت ولكن لا يلزمها المال.

---

(1)- منال محمود المثيني، مرجع سابق ، ص ص 69، 70.

1/جمال عبد الوهاب عبد الغفار . مرجع سابق. ص ص من 57 إلى 67

(2)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص ص من 57الى 67.

وكذا لا يجوز مخالعة السفيهة المحجور عليها، لأنها ليست من أهل إلتزام العوض ولو حتى كان ذلك بإذن الولي، لأنه ليس لولي السفيه الحق في الإذن في التبرعات.

في حين نجد أنه يجوز للأب أن يخالع عن إبنته الكبيرة بإذنها وحتى وإن كان بغير إذنها ولكن عليه أن يضمن بدل الخلع من ماله.

وأما إذا كانت الإبنة صغيرة فهنا نجد أن العلماء إختلفوا في ذلك فمنهم من أجاز أن يخالع الأب عن إبنته الصغيرة ولكن يضمن البدل من ماله فهنا الخلع جائز وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء وبالأخص المالكية والذين قالوا أنه يجوز للأب خلع إبنته المجيرة من مالها ولوبجميع صداقها بإذنها أوبغير إذنها، في حين إعتبر العلماء أو بالأحرى فقهاء الأمة أنه لا يجوز خلع الأب لإبنته الصغيرة بمالها. [1]

3: المعوض:

والمقصود بالمعوض هو البضع ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج، فلا يصح مخالعة المرأة البائنة بطلاق أو بخلع لأن الخلع إنما يكون لزوال ملك الزوج مقابل العوض التي تدفعه المرأة وملك الزوج قد زال فلم تبقى المرأة محلا لإيقاع الخلع ولكن إذا كانت أي الزوجة في العدة من طلاق رجعي فإنه يصح، لأن زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح لإمكان مراجعتها.

وكذا للإشارة فإنه يجوز الخلع في الحيض والطهر الذي جامعها فيه.

4:الصيغة:

والمراد بالصيغة هنا هي اللفظ الدال على الإيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة وهذه الصيغة تنقسم إلى صريح وكناية وقد تم التطرق لها سالفا.

5: العوض:

ويقصد بالعوض هنا هو ما تعطيه الزوجة أو وليها أو حتى أجنبي للزوج مقابل خلعها من عصمته.

ويرى الفقهاء أن كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع فيجوز الخلع بكل ماله قيمة مالية معترف بها شرعا معلوما ومملوكا للزوجة أو الذي يريد أن يدفع عنها.

(1)– جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، نفس المرجع . ص ص من 78 إلى 83

في حين نجد أن فقهاء الأمة قد إختلفوا في مقدار البدل الذي يصح أن تخالع المرأة زوجها عليه وإنقسموا إلى رأيين:

رأي يرى أنه يجوز للمرأة أن تخالع زوجهاعلى ما شاء أن تخالع به قل ذلك عن صداقها أو أكثر وذلك بناء على التراضي و هو رأي عثمان بن عفان وعبد الله بن عمروعبد الله بن عباس وكذا ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

في حين يرى أصحاب الرأي الثاني أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة المفتدية أكثر من مهرها وأصحاب هذا الرأي هم طاووس وعمر بن سعيب والزهري. [1]

وأما في مسألة صفة العوض فلا يوجد هنا خلاف بين الفقهاء عليه و إعتبروا أنه يجوز الخلع بماله قيمة مالية معتبرة شرعا.

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص ص من 83 إلى 94.

المبحث الثاني: الآثار المنجزة عن الخلع

إن من المعلوم أن ما يترتب أو ينجر عن الطلاق من آثار تختلف بحسب نوع الطلاق الحاصل هل هو طلاق عادي أو تطليق أي تفريق قضائي أو هو خلع و كذا من المعلوم أيضا أن الطلاق يرتب عادة جملة من النتائج منها ما هو خاص بالزوجين كالنفقة والعدة ومنها ما هو خاص بالأولاد كالنسب والحضانة.

ونحن في هذا المبحث سنتناول مسألة الآثار الناتجة عن الخلع وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين مطلب يتعلق بالآثار العامة أي التي يشترك فيها الخلع مع باقي صور فك الرابطة الزوجية الأخرى ومطلب ثاني يتعلق بالآثار الخاصة أي التي ينفرد بها الخلع وحده عن باقي صور الرابطة الزوجية الأخرى فيما يلي تفصيل ذلك.

المطلب الأول: آثار الخلع العامة:

وهي الآثار المتعلقة بالخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية والتي يشترك فيها مع باقي صور فك الرابطة الزوجية الأخرى وهي:

الفرع الأول: العدة كأثر للخلع:

والعدة كما عرفها الفقهاء هي عدة أحصى أي ما تحصيه المرأة من الأيام والإقراء وهي يقصد بها إسم لمدة معينة تنتظرها المرأة بعد الفرقة دون أن تتزوج [1]

والعدة واجبة على المرأة المطلقة وذلك ما جاء في قولة تعالى **(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)** [2]

وكذا قوله أيضا **(وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا)** [3]

(1)- احمد محمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة . الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع . الطبعة الأولى . سنة2009 . دار المسيرة للنشر و التوزيع والطباعة . الأردن ص 159

(2)- الآية 228 من سورة البقرة.

(3)- الآية 04 من سورة الطلاق.

وأما دليل وجوبها من السنة النبوية فنجد ما جاء عن حفصة بنت سيرين عن أم عطية عن النبي صل الله عليه وسلم قوله (لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها . فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا .لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب . ولا تكتحل ولا تمس طيبا . إلا في أدنى طهرها إذا اغتسلت من محيضها نبذة من كست وأظفار) وكذا ما جاء عن أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر لرسول الله صل الله عليه وسلم فتغيظ فيه الرسول عليه الصلاة والسلام ثم قال :ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر . ثم تحيض . فتطهر . فاءن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله .

ونحن هنا سنتطرق للعدة من باب أنها من الآثار الناتجة عن الخلع وفي هذا الشأن نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في عدة المرأة المختلعة إلى رأيين وهما :

1/ الرأي الأول:

حيث يرى أصحابه أن عدة المختلعة هي نفس عدة المطلقة وهو ما جاء عن علي بن أبي طالب وكذا سعيد بن الميسب و عمر بن عبد العزيز وإبن الحزم. [1]

وإستدلوا على رأيهم هذا يقوله عز وجل: (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) [2] وهنا نجد أن الآية الكريمة قد بينت عدة المطلقة ثلاثة قروء والخلع طلاق.

وكذا نجدهم إستدلوا بقول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: عدة المختلعة عدة المطلقة.

وكما هو معلوم فالطلاق يكون مستوجبا على المرأة العدة إذا كانت مدخولا بها والطلاق إما أن يكون بعوض كالطلاق على مال والخلع وأما أن يكون بلا عوض وهذا حسب رأيهم.

2/ الرأي الثاني:

في حين نجد أن هذا الرأي أصحابه هم عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعثمان بن أبن وإبن تيمية وإبن القيم.

وقد إستدلوا على رأيهم هذا لما رواه سليمان بن يسار عن الربيع بنت معوذ بن عفراء أنها إختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة.

---

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص 166.

(2)- الآية 228 سورة البقرة.

وكذا ما روي عن عكرمة عن إبن عباس أن إمرأة ثابت بن قيس إختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تعتد بحيضة. [1]

وهنا نجد أن أصحاب هذا الرأي ينظرون على أن المرأة المختلعة ليست مطلقة وإنما مختلعة أي أن الخلع هنا فسخ وليس بطلاق والمرأة إنما تعتد لبراءة رحمها فقط ويكفيها من ذلك حيضة. [2]

وأما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده لم يتطرق للعدة كأثر ناتج عن الخلع وإنما تطرق لها من باب أنها من نتائج وأثار الطلاق وهذا ما جاء في نصوص المواد التي جاءت في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة الجزائري.

وبالتعمق قليلا نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر الخلع نوع من أنواع الطلاق. حيث نجد أن المادة 58 من قانون الآسرة الجزائري تكلمت على عدة المطلقة وهي يائس في حين نصت المادة 60 من نفس القانون على عدة الحامل ولكن رغم كل هذه المواد فالمشرع لم يلمح ولم يتطرق لعدة المختلعة وكان أحرى به أن يجعل مواد أو حتى مادة تتكلم عن أثاره فقط دون غيره من أثار فك الرابطة الزوجية الأخرى .

الفرع الثاني: النفقة كأثر للخلع:

والمقصود بالنفقة هو توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وان كانت غنية وهي واجبة بالكتاب والسنة[3] أي هي مفروضة على المقتدر ونحن هنا سنتطرق للنفقة من باب أنها من آثار الخلع وكما هو معلوم عندنا أن الخلع في الراجح هو طلاق بائن.

فإن كانت المرأة المختلعة حاملا فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة لها والكسوة[4] وذلك لقوله عز وجل: (**وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**)[5] وهنا نجد أن الآية الكريمة قد أكدت على ضرورة وجوب النفقة على المرأة الحامل المطلقة طلاق بائن والخلع يعتبر كذلك.

في حين نجد أن فقهاء الأمة قد إختلفوا في شأن المرأة الحائلة هل هي مستحقة للنفقة والسكن أم لا وإختلافهم هذا نتج عنه رأيين إثنيين وهما كالتالي:

---

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص 166.

(2)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص ص 169، 171.

(3)- باديس دبابي .مرجع سابق . ص 108

(4)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص 184.

(5)- الآية 6 سورة الطلاق.

1/ الرأي الأول:

وإعتبر أصحابه أنه يكون للمرأة المختلعة الحائل حق النفقة والسكن ولا يسقط منها شيء بالخلع وهذا ما جاء عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي عنهما وكذا الحنفية والظاهرية[1] وأدلتهم على هذا قوله تعالى: (**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**)[2] وكذا قوله أيضا: (**وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ**)[3] والمضارة هنا والتضييق يكون في السكن والنفقة.

2/ الرأي الثاني:

وإعتبروا أن الخلع يسقط حق المرأة في النفقة والسكن وهذا ما جاء عن عبد الله بن عباس رضي عنهما والحسن البصري وكذا الحنابلة.

ونجدهم إستدلوا على رأيهم هذا بما روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمان في مسألة فاطمة بنت قيس لما طلقها عمر بن حفص طلقة البتة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ليس لكي عليه نفقة.

وكما هو معلوم فالنفقة والسكن يجريان مجرى واحد لإجتماعهما في الوجوب والسقوط وذلك لأنها في حال الزوجية لها النفقة والسكن فإن نشزت سقطت النفقة والسكن وإن طلقت رجعية لها النفقة والسكن وأما إن طلقت مبتوتة أي بائنة فليس لها نفقة فوجب أن لا يكون لها السكن. [4]

وكذا فاءننا نجد أن نفقة الأولاد أيضا تعتبر من نتائج الخلع أو بالأحرى من نتائج فك الرابطة الزوجية بكل صورها وذلك لقولة تعالى (**لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آَتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آَتَاهَا**)[5] .

ومما سبق من الآية الكريمة يتضح لنا مدى حرص الشارع الحكيم على الرابطة الأسرية حتى بعد الانفصال .

---

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص 185.

(2)- الآية 1 سورة الطلاق.

(3)- الآية 6 سورة الطلاق.

(4)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص ص 191، 192.

(5)- الآية 07 من سورة الطلاق .

في حين نجد كذلك أن المشرع الجزائري لم يعطي أية اهتمام لنفقة المرأة المختلعة واعتبارها من أثار الخلع وإنما إعتبرها مثل العدة هي أثار ناتجة عن الطلاق بصفة عامة وهذا ما جاء في نص المادة 80 من قانون الأسرة والتي نصت على (تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على سنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى) [1]

وهنا نجد المشرع أعطى الحق للزوجة في النفقة ولكن ذلك في مدة سير الدعوى وأعطى للقاضي الحق في تقديرها أي انه لم يحدد كمية النفقة . وأما فيما يخص مسالة نفقة الأولاد فنجده قد تعمق فيها وفصل فيها المشرع وهذا ما جاء في نص المواد 75و76 و77 وغيرها من المواد الموجبة النفقة للأولاد والفروع .

الفرع الثالث : الحضانة كأثر للخلع

وأما الحضانة فالمقصود بها القيام على حفظ ورعاية من لا يستطيع الاستقلال بنفسه من قبل من له الحق في ذلك من الأقارب . [2]

والحضانة هي فرض كفاية إذا قام به أحد سقط عن الناس ولكن لا يتعين إلا على الأم في حولي الرضاعة إذا كان الطفل لا يقبل ثدي غيرها[3]. ودليل ذلك قوله تعالى **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)** [4]

وكذا قوله عز شانه **(ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ)** [5]

وكذا قوله تعالى **(وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا)** [6]

---

(1)- المادة 80 من قانون الآسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

(2)- احمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة . مرجع سابق . ص 170

(3)- نصر سلمان وسعاد سطحي . مرجع سابق. ص 205

(4)- الآية 233 من سورة البقرة

(5)- الآية 44 من سورة أل عمران

(6)- الآية 24 من سورة الإسراء

وقولة أيضا **(وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ)** [1]

والحضانة هي من نتائج فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وهي تعتبر أيضا من حقوق الأولاد على أبويهما وهي تقع بالأخص على عاتق الزوج وهذا ما جاء عن الشارع الحكيم في حين نجد أنه إذا خالع الزوج زوجته على أن تسقط حقها في حضانة ولدها كان الخلع صحيحا ولكن لا يسقط حق الأم في حضانة ولدها وإنما ينتقل إلى من له الحضانة بعدها [2]

في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة الحضانة من باب أنها من الآثار الناتجة عن الخلع وإنما اعتبارها كغيرها من الآثار السالفة الذكر واعتبرها من الآثار الناتجة عن الطلاق بجميع صوره وكذا فاءن المشرع أيضا لم يغفل عن مسالة ترتيب الحاضنات رغم انه خالف الشريعة الإسلامية في ذلك وهذا ما جاء في المواد التي خصها المشرع للحضانة وهي من المادة 62 إلى المادة 70 التي قام المشرع من خلالها بتعريف الحضانة وترتيب للحاضنات وتحديد مدة الحضانة ومن ثم وضح كيفية سقوط الحق في الحضانة .

المطلب الثاني: آثار الخلع الخاصة

وهي الآثار التي ينفرد فيها الخلع عن باقي صور فك الرابطة الزوجية الأخرى وهي:

الفرع الأول: أثر الخلع على المهر:

فالمهر أو كما يسميه البعض بالصداق هو ما يلتزم الرجل بدفعه للمرأة وذلك لملك عصمتها وهو أيضا دليل إكرام المولى عز شأنه للمرأة، ونجد أن الشرع الإسلامي لم يحدد قدرا معلوما للمهر وهذا لقوله تعالى: **(وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا)**[3]

---

(1)- الآية 12 من سورة القصص

(2)- عمرو عيسى الفقى . مفكرة دعوى الخلع في الشريعة والقانون .بدون طبعة . بدون سنة . النسر الزثمني للطباعة . مصر. ص43

(3)- الآية 4 سورة النساء.

وأما في مسألة الخلع فإن للخلع أثر على المهر وذلك إذا خالع الزوج زوجته والخلع كما هو معروف يتم بعوض معلوم، فإذا كان هذا العوض يساوي المهر إستحقه الزوج وكذا لو كان العوض أزيد من المهر ولكن إذا كان العوض أقل من المهر فنجد هنا أن الفقهاء قد إختلفوا في شأنه وإنقسموا إلى رأيين وهما.

1/ الرأي الأول:

حيث يرى أصحابه أن الخلع و المبارأة تسقط كل حق للزوجين قبل الآخر في المهر، حتى ولو أن الزوج خالع زوجته بعوض معلوم لم يكن له سوى المسمى ولم يبقى لأحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر أكان مقبوضا أولا وحتى لو كان قبل الدخول بها أي بالزوجة أولا وأصحاب هذا الرأي هم الإمام مالك وأبو حنفية. [1]

وذلك لأن لفظ الخلع يقتضي البراءة من الجانبين أي أنه لم يبقى لكل واحد منهما قبل صاحبه حق.

2/ الرأي الثاني:

في حين نجد أن أصحاب هذا المذهب أو الرأي قد إعتبروا أن الخلع و المبارأة لا يسقطان من حقوق المهر شيء إلا قدر ما سمياه و إتفقا عليه، فإن خالع الزوج زوجته أو أبرآها بعوض فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق التي تتعلق بالمهر فلو كان هذا قبل الدخول فلها نصف المهر وإن كانت قد قبضت المهر كله ردت نصفه وهذا الرأي أصحابه هم الشافعية والحنابلة [2] وذلك لأن الخلع طلاق بعوض وذلك لأن حق الإنسان لا يسقط من غير إسقاطه.

الفرع الثاني: أثر الخلع على الرجعة أثناء العدة

وهنا نجد أنه لا يجوز للرجل أن يراجع المرأة المختلعة أثناء العدة إلا بعقد جديد وذلك إذا لم يصل عدد التطليقات ثلاث، وقد منع الشارع الحكيم الزوج من مراجعة زوجته لأن المرأة إذا خلعت بعلها وأعطت له العوض وملكت أمرها وحصلت على الفرقة وذلك دفعا وإزالة للضرر عنها فإن راجعها في العدة فإن إحتمال رجوع الضرر كبير.

وكذا فكما هو معروف أن الخلع هو طلاق بائن.

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، مرجع سابق ، ص ص 181، 182.

(2)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، نفس المرجع ، ص 183.

وقد قال جمهور الفقهاء من مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم أنه لا مراجعة للمختلعة في العدة إلا برضى منها ونكاح جديد وصداق معلوم.

وقد قال إبن تيمية: أن هذا الخلع تبين به المرأة فلا يحل له أن يتزوجها إلا برضاها وليس هو كالطلاق المجرد فإن ذلك يقع رجعيا له أن يرجعها في العدة بدون رضاها. [1]

والدليل على ذلك قوله تعالى: (**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**)[2]

في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة الآثار المنجرة عن الخلع وإكتفى بجمع كل الآثار المنجرة على صور الطلاق الثلاث رغم إختلاف آثار الخلع عن باقي آثار صور فك الرابطة الزوجية الأخرى وهذا ما جاء في الفصل الثاني المسمى بآثار الطلاق والذي يحتوي على 23 مادة من قانون الأسرة الجزائري وهنا نجد أن المشرع الجزائري يعتبر مقصرا في مسألة الخلع وما ينجر عنه من آثار.

ورغم ذلك إلا أن المشرع قد إستطاع أو بالأحرى حاول التملص من مسؤوليته في التقصير في مسألة الخلع وآثاره ومن كل تقصير منه في أي مسالة أخرى سواء تعلقت بمجال الأسرة أو أي مجال أخر تعرض إما للنسي أو لم ينال مقامه من طرف المشرع الجزائري وأعطى للقاضي الحق في السلطة التقديرية في حال وجود تقصير من ناحية المشرع في مجال التشريع وهذا ما جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي نصت على:

(يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لو يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى العرف ....) [3].

وهنا نرى مدى اعتراف المشرع بان القانون به كثير من النقائص والشوائب ولذلك جعل هذه المادة لكي يضع المسؤولية على عاتق القضاة.

---

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار .مرجع سابق . ص 183.

(2)- الآية 230 سورة البقرة.

(3)-المادة 1 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007

خـاتمـــة

وفي ختام بحثنا هذا المتواضع و الذي تطرقنا فيه لمسألة فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وحاولنا الإحاطة بكل جوانب هذا النوع من الطلاق والذي يضم في طياته صورتان من الطلاق وهما التطليق والخلع، وكذا فإننا عرفنا بأن التطليق لا يكون إلا بطلب من الزوجة ولكن يكون بيد القاضي أي يخضع للسلطة التقديرية له ولا يكون إلا إذا توفرت فيه مجموعة من الشروط ، في حين رأينا بأن الخلع هو صورة ثالثة من صور التطليق ويكون بطلب من الزوجة ولكن بتقديم بدل للزوجة لفك هذه الرابطة المقدسة وقد لا يكون للخلع أي سبب مقنع ولا يشترط ذلك فيه.

وكذلك ما رأيناه خلال معالجتنا المتواضعة لهذا الموضوع والتي من خلالها إتضح لنا أنه رغم أن التطليق والخلع يعتبران وجهان لعملة واحدة أي نلهما يمنحان للمر أة فك الرابطة الزوجية بهما ويضعانها مساوية للزوج في هذه المسالة إلا أنهما يختلفان في بعض الأمور ولعل أبرزها أن التطليق لا يكون إلا بسبب مقنع ولايكون إلا بقبول القاضي ذلك عكس الخلع الذي لايحتاج لسبب مقنع ولا يحتاج حتى لقبول القاضي . وكذا فالتطليق لا يكون ببدل عكس الخلع الذي لا يكون الا ببدل وكذا نجدهما يختلفان في بعض الأثار المنتجة عن فك الرابطة الزوجية بهما وانفراد الخلع ببعض النتائج غير التي يشترك فيها مع باقي صور فك الرابطة الزوجية الأخرى من تطليق وطلاق .

وكذا ما توصلنا إليه خلال معالجتنا لهذا الموضوع إتضح لنا أن المشرع الجزائري قد تطرق إلى مسألة فك الرابطة الزوجية بجميع صورها العامة ولكن بشكل مقتضب وبمواد أكثر ما يقال عنها أنها مختصرة رغم أن هذه المسالة لقيت الاهتمام البالغ من الشارع الحكيم وخير دليل على ذلك كثرة الأيات الموضحة والشارحة للطلاق وأثارها وكذا هناك سورة بالقر أن سميت بالطلاق و أخرى بالتحريم وهذا خير دليل فمن غير المعقول أن لا تلاقى مسألة الطلاق أهمية بالغة من طرف المشرع الجزائري .

فالمشرع الجزائري قد أكد على حق الزوج في الطلاق بإرتادته المنفردة وذلك لأنه يملك العصمة الزوجية التي منحه إياها الشارع الحكيم، في حين أكد أيضا على حق وأحقية الزوجة في فك هذه الرابطة الزوجية والإنفصال عن زوجها الذي كرهت المعيشة معه أو لحقها ضرر من ناحيته.

في حين نجد أن التطليق والخلع يعتبران رخصة منحها الشارع الحكيم للزوجة لدفع الضرر عنها ولكنهما أخذا في الإرتقاء حتى وصلت إلى مرتبة أصبحت فيها متساوية مع الطلاق اللذي هو بيد الزوج.

ومما سبق لنا التطرق له آنفا يتضح لنا جليا كذلك أن المشرع االجزائري يعاب عليه تقصيره في مسألة الآثار الناتجة عن صور فك الرابطة الزوجية ، حيث نجد أنه رغم إختلاف الآثار الناتجة عن هذه الصور إلا أن المشرع قد خصها بمواد مشتركة ولم يفصل فيها.

ونجده قد حاول أي المشرع الجزائري التملصمن مسؤولية هذا التقصير وذلك بقوله وا ٍعطاءه الحرية لسلطة القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل تقصير موجود في القانون.

وكذا ما يعاب على المشرع أيضا أنه قد خالف الشريعة الإسلامية في بعض المسائل التي عالجها في قانون الأسرة وخاصة في مسألة ترتيب الحاضنات وكذا إغفاله مسألة اللعان والظهار واللذان يعتبران أيضا من صور فك الرابطة االزوجية وكذا مسألة الطلاق الرجعي .

إلا أنه ما يحسب للمشرع الجزائري في المسائل المعالجة في مضمون قانون الأاسرة أنه أخذ برأي جميع المذاهب أي أنه لم يتقيد بالمذهب المالكي فقط وذلك حرصا منه على مواكبة التغيرات االطارئة في المجتمع.

وفي الأخير لا يمكننا القول إلا أن قانون الأسرة الجزائري قانون ليس مكتمل وبه عدة نقائص ولابد على المشرع الجزائري إعادة النظر في المسائل المعالجة والمطروحة فيه وحتى المسائل التي أغفلها ولم يتطرق لها وترك الباب مفتوحا أمام السلطة التقديرية للقاضي والإجتهادات الفقهية وذلك لكي يكون القانون الجزائري قانون متوازن ومكتمل ويتطلع لكل الرغبات.

فمن غير المعقول أن يكون المشرع الإماراتي متفوق على المشرع الجزائري رغم أن المشرع الجزائري يعتبر أقدم من المشرع الإماراتي، فمدونة الأحوال الشخصية الإماراتية قد تفوقت ووفقت في معالجتها للمسائل المطروحة بها عكس قانون الأسرة الجزائري والذي يعتبر قانونا ناقصا وليس مكتمل.

قائمة المصادر المراجع:

أولا: قائمة المصادر

1- القرآن الكريم.

2- السنة النبوية الشريفة

3- قانون الأحوال الشخصية الجزائري المعدل والمتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005

4- مدونة الأحوال الشخصية المغربية المعدلة بالقانون رقم08/09 الصادر في16يوليو 2010

5- مدونة الأحوال الشخصية الإماراتية المعدلة في 2005

ثانيا: قائمة المراجع:

1- أحمد بن محمد أحمد كليب: مسائل في الأحوال الشخصية (الطلاق والخلع والظهار)، الطبعة الأولى. سنة 2010، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن.

2- احمد محمد ألمؤمني و إسماعيل أمين نواهضة . الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق و الخلع . الطبعة الأولى . سنة 2009 . دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة . الأردن .

3- أحمد دكار: الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، بدون طبعة، بدون سنة، دار الغرب للنشر والتوزيع . الجزائر.

4-احمد نصر الجندي .الطلاق والتطليق وأثارهما . بدون طبعة .سنة2004 . دار الكتب القانونية . مصر.

5-أماني السكرى . دعوى الخلع على ضوء قانون إنشاء محاكم الأسرة . بدون طبعة. سنة 2009 . دار المجد للنشر و التوزيع . مصر

6-العربي بلحاج: أحكام الزواج في طور قانون الأسرة الجديد وفق آخر تعديل، الطبعة الأولى. سنة 2012، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن

7-باديس ديابي .صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري . الطبعة الأولى .سنة 2012 . دار الهدى . الجزائر.
8-هشام زوين . دعوى الخلع أمام محاكم الآسرة . بدون طبعة . بدون سنة . الناشرون المتحدون مصر
9-سيد سابق. فقه السنة .الجزء الثاني . بدون طبعة .سنة 2010.دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع لبنان
10-بن شويخ رشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى .سنة 2008، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر.
11-جمال عبد الوهاب عبد الغفار: الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)، بدون طبعة، سنة 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.
12-عبد العزيز بن بازه . الفتاوى الجامعة للمرأة المسلمة . بدون طبعة . بدون سنة . دار الفكر للطباعة والنشر. لبنان
13-عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى سنة 1986، دار البعث.
14-عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى،سنة 2007، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر.
15-عمرو عيسى الفقى. مفكرة دعوى الخلع في الشريعة والقانون . بدون طبعة . سنة 2000 . النشر الزثمبني مصر
16-منال محمود المثني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه/آثاره)، الطبعة الأولى. سنة 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
17-نورة منصوري . التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية . بدون طبعة . سنة 2010. دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع . الجزائر .
18-نصر سلمان: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، بدون سنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
19-يوسف دلاند .قانون الأسرة .بدون طبعة.سنة 2014. دار هومه . الجزائر.

الفهـــــرس

مقدمـة أ

الفصل الأول: فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق 03

تمهيد 04

المبحث الأول: ماهية التطليق 05

المطلب الأول: تعريفات التطليق 05

الفرع الأول: التعريف القانوني 05

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والعام 06

المطلب الثاني: مشروعية التطليق وطبيعته 08

الفرع الأول: مشروعية التطليق 08

الفرع الثاني: طبيعة التطليق 11

المبحث الثاني: أسباب التطليق وآثاره 14

المطلب الأول: أسباب التطليق 14

الفرع الاول: التعريف بسبب عدم الإتفاق 14

الفرع الثاني: التفريق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج 18

الفرع الثالث: التفريق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر 20

الفرع الرابع: التفريق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة 23

الفرع الخامس: التفريق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة 24

الفرع السادس: التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين وكل ضرر معتبرا شرعا 26

الفرع السابع: التفريق بسبب إرتكاب فاحشة مبينة 30

الفرع الثامن: التفريق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أو أي شرط متفق عليه في عقد الزواج 31

المطلب الثاني: آثار التطليق 33

الفرع الأول: العدة كأثر التطليق 33

الفرع الثاني: الفرع الثاني: النفقة كأثر للتطليق 36

الفرع الثالث: الحضانة كأثر للتطليق 39

الفصل الثانـي: فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع 41

تمهيد 42

المبحث الأول: ماهية الخلع 43

المطلب الأول: تعريفات الخلع 43

الفرع الأول: التعريف اللغوي للخلع 43

الفرع الثاني: التعريف الشرعي للخلع 43

الفرع الثالث: التعريف القانوني للخلع 44

الفرع الرابع: حكم الخلع 45

الفرع الخامس: ألفاظ الخلع 46

الفرع السادس: نوع اتفرقة الواقعة بالخلع 47

المطلب الثاني: شروع الخلع وأركانه 48
الفرع الأول: شروط الخلع وأركانه 48
الفرع الثاني: أركان الخلع 49
المبحث الثاني: الآثار الناتجة عن الخلع 53
المطلب الأول: الآثار الخاصة 53
الفرع الأول: العدة كأثر للخلع 53
الفرع الثاني: النفقة كأثر للخلع 55
الفرع الثالث: الحضانة كأثر للخلع 57
المطلب الثاني: الآثار العامة 58
الفرع الأول: أثر الخلع على المهر 58
الفرع الثاني: أثر الخلع على الرجعة أثناء العدة 59
الخاتمـة 61
قائمة المراجع 63
الفهرس

الملخص:

إن للتطليق عدة صور منها ما هو متعلق بالزوج أي الزوج هو من يملك مفتاحه ومنها ما يتعلق بالزوجة وهي التي تملك مفتاحه ومنها ما يتعلق بالقاضي وهو الذي بيده يقع هذا النوع من التطليق ونحن في دراستنا هذه قمنا بمعالجة الصورتين الأخيرتين من الطلاق وهو ما تعلق بالقاضي ونقصد به التطليق، ولقد قمنا بمعالجته من جميع جوانبه من ناحية الماهية وكذا الأسباب المؤدية له مرورا بالآثار المنجزة عن هذا النوع من الطلاق.

في حين قمنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة بالإحاطة بكل ما يتعلق بالصورة الثالثة من الطلاق ونقصد بها الخلع من ماهية وآثار منجزة عنه.

وكذا تطرقنافي الختام بإعطاء ملاحظات عن قانون الأسرة وعن مدى معالجته وا ٍحاطته بكل ما يتعلق بصور الطلاق ورأينا مدى تقصير المشرع إتجاه هذه المسألة رغم أنها تعتبر من أهم المسائل التي تتعلق بالأسرة بعد الزواج وكذا أكدنا على أنه لابد من قيام المشرع بتعديل قانون الأسرة وجعله أكثر ملائمة وأكثر إكتمالا وا ٍحاطة بكل ما يتعلق بالمسائل الأسرية وذلك لأن الله قد كفل هذه المسألة وكل ما يتعلق بها وأعطاها أهمية كبرى في حين أن المشرع الجزائري يعتبر مقصرا كثيرا في هذه المسألة وذلك بتخصيص لها مواد قليلة وأكثر ما يقال عنها أنها مختصرة.