

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية

بعنوان:

التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

المشرف: الدكتور منصور رحمانى

من إعداد الطالبة: سارة قارة

المشرف المساعد: الضيف كيفا جى

لجنة المناقشة:

1/ الأستاذ: ميلود بن محمية رئيسا

2/ الدكتور: منصور رحمانى مشرفا و مقروا

3/ الأستاذ: الضيف كيفا جى مشرفا مساعدا

4/ الأستاذ: فارس بو حديد مناقشا

دورة جوان 2013

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر و التقدير إلى أساتذتي الكرام و أخص

بالذكر المشرف على هذه المذكرة

الدكتور منصور رحماني

و المساعد الضيف كيفاجي

إهداء

باسم الحبيب على قلبي الأمين المصطفى هادي الأمة إلى من ليس له منتهى.

إلى قلب رحيم رحمني و رعائي إلى وجه يبتسم إذا رأيته إلى نبع جميل قد سقاني إلى التي من أجلي صبرت إلى التي بفراقي عنها سنوات تحملت "أمي الغالية".

إلى من أعطاني حبه و حرية اختياري و لم يبخل علي بشيء في مشواري إلى "أبي الغالي".

إلى من شاركوني فرحتي و أحزاني و كانوا لي سنداً في هذا الزمان لكم حبي و عطفي و احترامي إخوتي و أخواتي: هدى، مريم، أسماء، ليلى، يسرى، هشام، بلال.

إلى الذي ساعدني بنصائحه و إرشاداته خطيبي العزيز و الغالي "فريد".

إلى شمعة مرحلتي الجامعية و إلى من قاسمني الغرفة و شعرت معها بالولفة إلى منيرة الدرب الحبيبة في القلب ياسمينة .

إلى أساتذتي الكرام و أخص بالذكر اللذان ساعداني في هذا العمل: منصور رحماني و حميد ...

إلى ابن خالتي سفيان و إلى آمال و إلى كل من تذكرهم قلبي و نسيهم قلمي.

سارة

مقدمة

نظرا لما للطلاق من خطورة على الكيان الأسري و بالخصوص على حياة الأطفال ضحايا الطلاق و على المجتمع ككل و مع خطورته و كثرة سلبياته فقد يتعين علاجا للخلافات الزوجية حين لا يقع معها علاج سواه، لذلك جعل الله سبحانه و تعالى الطلاق حق من حقوق الزوج هذا الحق ينسجم مع ما فطر عليه الرجال في الأعم الغالب من الأناة و التفكير و تقدير النتائج في ساعات الغضب و الثورة، إضافة إلى الالتزامات المادية المترتبة في ذمته بسبب عقد النكاح من مهر و نفقة و غيرها فكان من العدل منحه حق الطلاق إذا رضي بتحمل الخسارة المادية و المعنوية الناشئتين عنه، و هنا يثار سؤال إذا كان الشارع قد راعى جانب الزوج و قدر ظروفه حينما منحه هذا الحق فهل راعى أيضا جانب الزوجة و شعورها إن هي كرهت زوجها و لم تطق المقام معه لخلقة أو خلق؟ و نجيب عن هذا السؤال بنعم أي فكما أباح الشارع الحكيم للزوج أن يوقع الطلاق إذا ادعت الحاجة إليه أباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها إن هي كرهته و لم تطق العيش في كنفه، لكن لا تستحق ذلك إلا عن طريق القضاء.

و هناك حالات كثيرة تبيح للمرأة حق الرفع للقاضي لطلب التفريق القضائي بينها و بين زوجها حيث لم تهمل الشريعة حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية، إذا جلبت لها أضرار مادية أو معنوية، بحيث تصبح لا تطيق معايشة زوجها و ترى في استمرارها زيادة في والبغض الكراهية عندئذ فتح لها الشرع بابا لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا أثبت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا و قانونا و ذلك باللجوء للقضاء لطلب التطليق، وإن كان كرهها له لغير سبب منه يخلعها القاضي على مبلغ تدفعه للزوج في مقابل ما أعطاه من مهر حيث هنا تقوم بافتداء نفسها في مقابل مال تدفعه له لطلب التفريق عن طريق الخلع.

إشكالية البحث:

إذا ادعت الزوجة أن ضررا وقع عليها فعليها أن تقدم الإثباتات اللازمة لكي تقنع القاضي بضرورة إصدار قرارا لفك الرابطة الزوجية بينها و بين زوجها، أما إذا لم يكن زوجها مقصرا معها في واجباته الزوجية خاصة المادية منها و مع ذلك فكرهته و لم تعد تستطيع العيش معه فمن حقها أن تخالعه على مال تقدمه له و تطرح الإشكالية التالية:

هل يحق للقاضي أن يستجيب لطلبها و يفرق بينها و بين زوجها بسبب الضرر الذي ألحق بها في قانون الأسرة الجزائري؟ و ما موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟ وهل يحق لها أن تفارق زوجها رغم أنه لم يقصر في جانبها؟ و ما مفهوم الخلع و طبيعته الفقهية و القانونية و ما هي أركانه و شروطه و الآثار المترتبة عليه؟.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أسباب ذاتية و أخرى موضوعية

1- الأسباب الذاتية:

و جدت رغبة و ميلا في نفسي لدراسة المواضيع المتعلقة بالشؤون الأسرية لاسيما ما تعلق منها بأسباب فك الرابطة الزوجية، و خاصة و التفريق القضائي بين الزوجين كسبب من هذه الأسباب بالإضافة عنايتي البالغة لمعرفة تفاصيل موضوع التفريق القضائي بين الزوجين، مما أجد الرغبة الملحة في نفسي لدراسته.

2- الأسباب الموضوعية:

1- قلة الدراسات الأكاديمية في هذا الموضوع، مما جعلني أختاره محل بحث و فق ما تضمنته أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

2- كثرة وقوع حالات الإضرار بالزوجة من طرف زوجها، مما بدفعها لفك الرابطة الزوجية للتخلص من عثرة زوجها و ذلك باللجوء للقضاء لطلب بسبب الضرر بالزوجة، كما لها أيضا الافتداء بسبب كراهيتها و نفورها من زوجها و يكون ذلك بطلب التفريق بسبب الخلع.

3- الواقع الاجتماعي المعيش الناتج عن سوء فهم أحكام و روح قانون الأسرة بخصوص الحياة الزوجية و كيفية الحفاظ على هذه الرابطة المقدسة و استمرارها و إنهائها عند الضرورة.

أهمية الموضوع:

1- إن موضوع التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري من الموضوعات المهمة على الساحة القانونية و التي تحتاج إلى مزيد من البحث و التدقيق على ضوء التشريع الجزائري.

2- إن هذا الموضوع يرسم الحدود الصحيحة التي تجيز للزوجة لطلب التفريق القضائي بسبب الضرر بالزوجة و بسبب الخلع.

أهداف البحث:

إنه و لما كان لكل بحث أكاديمي هدفا أو أهدافا، فإنه و من خلال دراستي لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري أصبو إلى تحقيق أهداف عديدة أذكر منها:

- تسليط الضوء على هذا الموضوع نظرا لقلّة الدراسات و الأبحاث المتخصصة فيه
- وجود نقص فادح في شرح قانون الأسرة الجزائري خاصة بعد تعديله في 2005 و في بعض الأحيان وجود شروحات عامة فهذا البحث يساهم في شرح لبعض النقاط.
- إثراء المكتبة القانونية بهذه المذكرة و سد النقص المتعلق بقلة هذه الدراسات الأكاديمية.

الدراسات السابقة:

من الدراسات السابقة في هذا الموضوع:

أولا: مؤلف بعنوان التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري من تأليف عبد المؤمن بلباقي، سنة 2000.

ثانيا: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير من إعداد الطالبة حفيظة فضلة بعنوان الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

- دراسة مقارنة، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون شؤون الأسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، سكيكدة، سنة 2012.

ثالثا:مذكرة لنيل شهادة الماجستير من إعداد الطالب اليزيد عيسات بعنوان التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي المحكمة العليا، فرع عقود ومسؤولية بكلية الحقوق بن عكنون الجزائر، سنة 2003.

رابعا: مذكرة (رسالة) لنيل درجة الماجستير من إعداد الطالبة ربيحة إغات بعنوان التفريق القضائي بين الزوجين دراسة مقارنة نموذجية للخلع و الظهار و الإيلاء و اللعان، معهد الحقوق و العلوم القانونية و الإدارية الجزائر، سنة 1998.

خامسا:مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير من إعداد الطالبة سميرة صالحى بعنوان الخلع فقها و قانونا و قضاء،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي تخصص الأحوال الشخصية،كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، قسم الشريعة و القانون،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة ، سنة 2008.

المنهج المتبع:

من أهم المناهج التي اتبعناها في هذا البحث: المنهج التحليلي و المنهج المقارن. المنهج التحليلي: يتضح ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث و معرفة مضمونها و محتوياتها بهدف الحصول على ما قصده المشرع من وراء النص. 2- المنهج المقارن: يتضح من خلال إجراء موازنة بين موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من جهة، و كذا موقف الفقه الإسلامي من جهة أخرى.

صعوبات البحث:

من الطبيعي أن يعترض كل باحث مجموعة من الصعوبات و العقبات أثناء انجاز بحثه و التي تتحدد بحسب طبيعة البحث و ظروف الباحث و ما يمكن تسجيله من عقبات اعترضت سبيل بحثي ما يلي:

1- بما أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر قانون الأسرة الجزائري، و كانت المعتمد في هذا البحث و بما أن آراء الفقهاء متشعبة فيما يخص هذا الموضوع، فقد و جدت صعوبة في اختيار الرأي الراجح بين فقهاء المذاهب الأربعة نظرا لوجود عدة آراء في مسألة واحدة

2- نظرا لعدم معرفة الإرادة التشريعية و ما يقصده المشرع الجزائي من وراء السطور في قانون الأسرة، فمن الصعب تحليل المواد القانونية المتعلقة بقانون الأسرة، لأن شراح هذا القانون كل يفسر حسب فهمه و وجهة نظره.

خطة البحث:

سوف أحاول الإجابة على إشكالية البحث عن طريق تقسيمه إلى فصلين الفصل الأول أتناول فيه التفريق بسبب الضرر بالزوجة و أقسمه إلى ثلاثة مباحث، أتعرض في المبحث الأول إلى التفريق بسبب الضرر المادي للزوجة، و في المبحث الثاني، أتطرق إلى التفريق بسبب الضرر المعنوي للزوجة، و أخصص المبحث الثالث للتفريق لكل ضرر معتبر شرعا. أما الفصل الثاني فأتطرق فيه إلى التفريق بسبب الخلع و أقسمه إلى ثلاثة مباحث، أتعرض في المبحث الأول إلى مفهوم الخلع و طبيعته القانونية، و في المبحث الثاني أتطرق إلى أركان الخلع وشروطه و أخصص المبحث الثالث لآثار الخلع.

الفصل الأول : التفريق بسبب الضرر بالزوجة

إن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد مقدس، تضيء عليه كل مظاهر التقدير والإجلال وأن كل دواعي الفرقة التي تؤدي إلى إنهاء الحياة الزوجية ممقوتة مبغوضة، والسبيل إليها يستساغ عند الحاجة فقط⁽¹⁾.

وقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء العلاقة الزوجية، وفي نفس الوقت لم يحرم المرأة من هذا الحق، فلقد شرع لها فك الرابطة الزوجية بالتطليق والمقصود به التفريق عن طريق القاضي، وذلك حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون في هذه الحالة التفريق خير من الإمساك مع الضرر⁽²⁾.

و إن قانون الأسرة الجزائري على غرار بقية القوانين العربية المقارنة واكب هذا الرأي وجعل من مادته الثالثة والخمسين تيسيرا على الزوجة في إمكانية طلاقها ولو لم يرغب الزوج في ذلك⁽³⁾.

ولقد أجازت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب، وقد صاغ المشرع الجزائري هذه المادة انطلاقا مما هو مقرر شرعا لعدة اعتبارات أهمها:

أن الطلاق حق خالص للزوج يملك إيقافه بنفسه لأنه صاحب العصمة ، إلا أن الشريعة الإسلامية راعت جانب الزوجة لرفع الحرج والضرر عنها، حيث فتح لها باب الخلاص وأوجبت على القاضي الاستجابة لطلبها متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين⁽⁴⁾.

و قبل التحدث عن جملة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التطليق نذكر ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. حيث نصت هذه المادة على ما يلي : "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

(1)- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص285.

(2)- حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير، شعبة القانون الخاص تخصص قانون شؤون الأسرة، المشرف: منصور رحمانى قسم الحقوق جامعة سكيكدة 2012، ص27.

(3)- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة 2007 ص30.

(4) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص27.

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد: 78-79-80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق أربع أشهر.
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة .
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعا⁽¹⁾.

(1) - قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .

وسوف نحاول من خلال هذه المادة معرفة حالات الضرر المؤدية للتفريق بسبب الإضرار
بالزوجة ونخصص لذلك ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: التفريق بسبب الضرر المادي للزوجة.

المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر المعنوي للزوجة.

المبحث الثالث: التفريق لكل ضرر معتبر شرعا.

المبحث الأول: التفريق بسبب الضرر المادي للزوجة

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة ماديا في بعض الحالات من الحياة الزوجية، فتصبح حياتها مستحيلة، حيث تتفكك تلك الرابطة المقدسة التي تربطها بزوجها، والتي سماها الله عز وجل في كتابه العزيز بالميثاق الغليظ، فتمحي سمات الألفة والمودة والرحمة بينهما مما يؤدي إلى طلبها التطلاق بهدف رفع الضرر الواقع من طرف القاضي، وهذا الأخير يحكم لها بذلك متى توافرت الأسباب التي تجيز لها ذلك وأثبتت بأي وسيلة من وسائل الإثبات الضرر الواقع عليها⁽¹⁾.

وسوف نحاول من خلال هذا المبحث دراسة حالتين من التفريق بسبب الضرر المادي للزوجة في مطلبين، حيث نتناول في المطلب الأول التفريق بسبب الإعسار عن النفقة والمطلب الثاني التفريق بسبب الغيبة.

المطلب الأول: التفريق بسبب الإعسار عن النفقة

تعد النفقة حق للزوجة تثبت لها بعقد الزواج الصحيح، وتسقط بنشوزها وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية⁽²⁾ وإن النفقة تعتبر أثرا من الآثار المترتبة على عقد الصحيح، المستوفي لجميع أركانه وشروطه، وعليه يترتب حق الزوجة على زوجها بأن ينفق عليها ولو كانت غنية، إن نفقة الزوج على زوجته واجبة، لأن الإنفاق من آثار النكاح⁽³⁾ ولقد نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على وجوب نفقة الزوجة على زوجها كما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه".

ويعتبر ضرر عدم الإنفاق من الأضرار المادية التي تصاب بها الزوجة لهذا سوف أحاول دراسة هذه الحالة عن طريق تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الإعسار عن النفقة ونخصص الفرع الثاني لدراسة: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الإعسار عن النفقة.

(1) - حفيضة فضلة، المرجع السابق، ص 29.

(2) - منصور نور، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 21.

(3) - اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، المشرف عمر بلمامي، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2003، ص 34.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الإعسار عن النفقة

انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات في مسألة التفريق بسبب الإعسار عن النفقة ولكل في حجته من الكتاب والسنة النبوية .

الرأي الأول: مذهب الحنفية

يرى الحنفية عدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها حتى ولو أعلنت عدم رضاها بذلك، وتمردت على الوضع القائم وطلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما، ولا يرون جواز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى ولو لم يكن له مال ظاهر واستدلوا على ذلك من القرآن والسنة والمعقول⁽¹⁾.

أ - أدلتهم من القرآن الكريم:

قال تعالى : {لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسرا}⁽²⁾، يقول أصحاب هذا الرأي أن الآية تفيد وجوب الإنفاق على الزوج المعسر على غيره الذي لا يساويه في اليسار و اقتصرت الآية في مقام البيان على هذين، و الاقتصار في مقام البيان كما يقول علماء الأصول يفيد الحصر، فدل ذلك على أن الرجل إذا أعسر فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تجب عليه، و ترك ما لا يجب لا إثم فيه خاصة و أن الإعسار لا دخل فيه للرجل فلا إضرار منه و بالتالي لا يجب التفريق.

ب - أدلتهم من السنة النبوية:

روى مسلم في صحيحه من حديث "أبي الزبير" عن جابر قال : "دخل أبو بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما - على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالسا وحوله نساؤه واجما ساكنا ، فقام أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر رضي الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها ، كلاهما يقول : تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده ، فقلن والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أبدا ، ليس عنده ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا ولم ينقل عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة⁽³⁾.

(1) - منصور نور، المرجع السابق، ص21.

(2) - سورة الطلاق ، 07.

(3) - محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 1997، ص98.

كما لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمكن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار الزوج⁽¹⁾

ج - أدلتهم من المعقول:

من المقرر شرعا أنه إذا اجتمع ضرران اختير أخفضهما ضررا، فالضرر المترتب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج، أما الضرر المترتب على عدم التفريق يؤدي إلى تأخير حق الزوجة ، وهذه القاعدة تبين لنا أن عدم التفريق هو أخف الضررين⁽²⁾.

كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع، أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التنازل وهو مقصود أصلي من الزواج ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي⁽³⁾.

الرأي الثاني : مذهب مالك والشافعي وأحمد

يرى أنصار هذا الرأي : جواز التفريق بسبب الإعسار ، حيث يذهبون إلى أن للزوجة حق طلب التفريق من القاضي متى امتنع الزوج عن الإنفاق بعجزه أو امتنع ظلما منه مع قدرته⁽⁴⁾. ويستدلون على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول.

أ - أدلتهم من القرآن الكريم:

قال تعالى : {ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا}⁽⁵⁾. وقال أيضا: {فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان}⁽⁶⁾.

إن البقاء الزوجة مع زوجها مع عدم الإنفاق ضرار وإمسك بغير معروف، وكان يجب على الزوج أن يطلق زوجته لما عجز عن الإنفاق عليها، ولما لم يقم بذلك ، فإن القاضي مقامه فيه ويزيل الضرر بفك الرابطة الزوجية التي أصبحت لا مصلحة فيها⁽⁷⁾.

(1) - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون رقم: 09-05 المؤرخ في 04 مايو سنة2005، الطبعة الأولى دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007 .

(2) - محمد كمال إمام ، المرجع السابق، ص 99.

(3) - منصور نور، المرجع السابق، ص23.

(4) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص50.

(5) - سورة البقرة 231.

(6) - سورة البقرة 229.

(7) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1950، ص345، 350.

ب - أدلتهم من السنة:

روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أفضل الصدقة ما ترك غنى اليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني".

دل الحديث، على أن للزوج خيارين لا ثالث لهما فيما يجب لزوجته الخيار الأول: الإنفاق عليهما بالمعروف.

الخيار الثاني: أن يطلقها إذا لم يرد إعطاءها حقها من النفقة، فإن لم يوف بواحد منهما طلق عليه القاضي، وعنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيمن لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما، فالنص صريح في جواز التفريق إذا لم يجد الزوج ما ينفقه على زوجته⁽¹⁾.

ج - أدلتهم من المعقول:

إذا استحقت المرأة أن تفسخ النكاح للجب وللعنة فالعجز عن النفقة من باب أولى، لأن البدن لا تقوم بدونها بخلاف الوطاء.

وقالوا أيضا إن النفقة في مقابل الاستمتاع، بدليل أن الناشز لا نفقة لها فإذا لم يجد ما ينفقه عليها سقط الاستمتاع فوجب الخيار للزوجة⁽²⁾.

الرأي الثالث: وهو مذهب ابن قيم الجوزية

وخلاصة التفارقة بين المرأة التي غرر بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس لها الحق⁽³⁾.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الإعسار عن النفقة

لقد استمد المشرع الجزائري موقفه في شأن التطليق لعدم الإنفاق من موقف جمهور الفقهاء مالك وأحمد والشافعي⁽⁴⁾.

(1) - عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، طبعة 2000، ص 31-32.

(2) - نفس المرجع السابق، ص 33.

(3) - محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 101.

(4) - منصور نور، المرجع السابق، ص 25.

أما فيما يتعلق بعدم الإنفاق، فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 في فقرتها الأولى على ما يلي:

يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة باعتباره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 80/79/78، من هذا القانون".

من خلال تحليل هذه الفقرة من نص المادة 53، نستخلص الشروط الواجب توافرها لكي تطلب الزوجة التطلق تأسيسا على هذه الحالة:

الشرط الأول: امتناع الزوج عن النفقة الزوجية: عمدا أو قصدا وأن تكون الزوجة قد رفعت دعاها من قبل المطالبة بالنفقة، وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم، وأصر على عدم الإنفاق⁽¹⁾.

الشرط الثاني: ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا، فإن كان معسرا، فلا ظلم ولا اعتداء منه لأن العسر بيد الله، فلا يطلق القاضي عليه للعسر، فأما إذا كان موسرا وله مال ظاهر وادعى العجز فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه⁽²⁾.

الشرط الثالث: ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطلق على هذا الأساس، لأنه كان معسرا وتعلم به فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها، وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما⁽³⁾.

أما إن استطاعت الزوجة أن تثبت تقرير الزوج أثناء عقد الزواج بحيث تظاهر أنه غني، والحال أنه فقير، وأن عسره جاء بعد زواجها، وأصر الزوج على الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال⁽⁴⁾.

الشرط الرابع: هو أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطلق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها: وذلك بحسب مدخلاته وموارد رزقه لأنه لا يجوز لها أن تزعم

(1)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، ج1، ص276.

(2)- نفس المرجع السابق، ج1، ص276.

(3)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص32.

(4)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص277.

عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه، عملاً بالمادة 79 ق أ ج حيث أوجب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش، ومعنى ذلك أن حقها في طلب التطلق يسقط إذا وفر الزوج أدنى الضروريات من غداء وكسوة وعلاج ومسكن وغيرها⁽¹⁾

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور (مالك والشافعي وأحمد) في مسألة التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة⁽²⁾، وهو الرأي الراجح لقوة أدلة الجمهور ودفعاً للضرر عن المرأة إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام⁽³⁾.

غير أنه يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك وحالة امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته أو إعساره، كما أنه لم يفرق بين الزوجة الغنية والفقيرة في التفريق للإعسار وأنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر الزوج بها أو امتنع عنها فرق القاضي، بينهما كما أنه لم ينص على أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة أو تاريخ إقامة الدعوى أو طلب التطلق مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتكملة النص⁽⁴⁾.

المطلب الثاني : التفريق بسبب الغيبة

تعد الغيبة حالة من حالات الضرر المادي التي تصاب بها الزوجة، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ولا يترك لها مالا تتفق منه ولا مصدر قوت تعيش منه فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة⁽⁵⁾.

وغياب الزوج عن زوجته إما أن يكون الغرض منه سليماً، كسفره من أجل طلب العلم أو التجارة أو العمل، وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة وذلك ببعده عنها وتركها دون معيل⁽⁶⁾.

(1)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص54.

(2)- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011 ص126.

(3)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص54.

(4)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص279.

(5)- حفيضة فضلة، المرجع السابق، ص40.

(6)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص128.

ولقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلاق بسبب غيبة الزوج متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا، وهذا ما نصت عليه المادة 53 في فقرتها الخامسة وسوف نحاول دراسة هذه الحالة وذلك بتقسيم المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الغيبة ونتناول في الفرع الثاني موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الغيبة.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الغيبة

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة والآخر يحظره⁽¹⁾.

الرأي الأول: ويقول به الأحناف والشافعية والظاهرية والشيعة والزيدية والجعفرية وهو رأي يمنع أن تكون الغيبة سببا في التفريق بين المرأة وزوجها سواء كانت بعذر أو بغير عذر⁽²⁾.
الرأي الثاني: يقول به المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه⁽³⁾.

وقد توسع المالكية في التفريق لغياب الزوج إذا تضررت الزوجة فلم يفرقوا بين غياب بعذر وغياب بدون عذر، بل كل غياب تضررت منه الزوجة كان لها الحق في طلب التفريق⁽⁴⁾، وجعلوا مدة الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد وفي قول ثلاث سنوات⁽⁵⁾.

أما الحنابلة فقالوا إن الغيبة التي تجيز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها هي الغيبة بدون مبرر لها، فإذا كانت الغيبة لها مبررها لا يجوز التفريق بين الزوج وزوجته بسببها، وحد الغيبة عندهم ستة أشهر⁽⁶⁾.

الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الغيبة

-
- (1) - منصور نورة، المرجع السابق، ص39.
 - (2) - محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص127.
 - (3) - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1977، ص607.
 - (4) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص41.
 - (5) - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص282، 283.
 - (6) - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي (تعليق على النصوص)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006، ص286.

لقد نصت المادة 53 في فقرتها الخامسة من قانون الأسرة الجزائري: على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، فهذه الفقرة نصت على أحقية الزوجة المطالبة بالتطلق في حال غياب زوجها مدة سنة بدون عذر ولا نفقة⁽¹⁾.

لذلك فمن خلال تحليل الفقرة الخامسة من المادة 53 نجد أن المشرع الجزائري نص على جملة من الشروط ليتحقق ضرر الغيبة، وهي كما يلي:

الشرط الأول: أن تمضي سنة فأكثر على الغياب: ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاثة سنوات⁽²⁾، لذلك فإن القانون اشترط مرور سنة، قبل رفع الدعوى بطلب التطلق على الزوج للغيبة، وإذا رفعت الدعوى قبل مرور السنة كانت الدعوى غير مقبولة⁽³⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الغياب لغير عذر مقبول⁽⁴⁾.

فإذا كان غياب الزوج بعذر مقبول لطلب العلم أو ممارسة التجارة، أو لكونه يعمل خارج الوطن أو مجندا بمكان بعيد، فإن ذلك لا يعد سببا للتطلق ولا يجوز للزوجة طلب التفريق بينهما⁽⁵⁾. أما الغياب غير المبرر يعني أنه قد تعمد الإضرار بها⁽⁶⁾، كأن يسافر ولم يعد، فيعتبر إنسانا مهملا. لعائلته ومتهربا من واجباته ومخلا بالتزاماته فغياب القدر المقبول والسبب الشرعي في العادة يؤدي إلى الإضرار بها وإيذاءها⁽⁷⁾.

حيث نصت المادة 330 العقوبات الجزائري "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100.000 دج أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية والوصاية القانونية، وذلك بغير

(1)- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص 57، 56.

(2)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 297.

(3) - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية 2008، ص 118.

(4)- نفس المرجع السابق ص 297.

(5)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 46.

(6)- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدوني، القبة القديمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص 201.

(7)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 132.

سبب جدي، ولا تتقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية".

الشرط الثالث: أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته مدة سنة كاملة ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى الأولاد، فلو ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز التطلاق⁽¹⁾.

هذا ويجدر الإشارة إلى هناك ملاحظة حول نص الفقرة 5 من المادة 53 تتجلى في الاختلاف بين النص العربي والنص الفرنسي، فالنص العربي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر ولا نفقة أي أنه يشترط أن يكون الزوج غاب دون مبرر شرعي ولم يترك النفقة حتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطلاق، أما إذا غاب بدون مبرر لكنه ترك النفقة، وعليه فعلى أي النصيين يعتمد القاضي: هل على النص العربي أم على النص الفرنسي؟

هذا و بما أن المادة الثالثة من الدستور الجزائري تنص على أن: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية".

فإنه في حين غياب أي اجتهاد يبقى النص العربي هو المطبق إلى حين صدور أي اجتهاد جديد ينص على ذلك صراحة⁽²⁾.

المبحث الثاني : التفريق بسبب الضرر المعنوي للزوجة

كما رأينا فيما سبق أن الزوجة تتضرر ماديا في بعض الحالات، فإنها في بعض الأحيان قد تتضرر الزوجة معنويا ومن هنا نطرح السؤال ما هي الحالات التي تكون الزوجة فيها متضررة معنويا هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المبحث الذي سنقسمه إلى مطلبين.

حيث نتناول في المطلب الأول: التفريق بسبب العيوب والتفريق بسبب الهجر في المضجع والتفريق بسبب الحكم على الزوج ونخصص المطلب الثاني: لدراسة التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 8.ق.أ التفريق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة والتفريق بسبب الشقاق المستمر والتفريق بسبب مخالفة الشروط المنفق عليها في عقد الزواج.

(1) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص298.

(2) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص48.

المطلب الأول: التفريق بسبب العيوب وبسبب الهجر في المضجع وبسبب الحكم على الزوج

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالات في المادة 53 في فقراتها الثانية والثالثة والرابعة على التوالي، حيث نصت المادة على ما يلي:

المادة 53: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

وسوف نتناول هذه الحالة بالدراسة في الفروع التالية :

حيث نخصص الفرع الأول: نتطرق فيه بسبب العيوب والفرع الثاني: التفريق بسبب الهجر في المضجع. والفرع الثالث: نتطرق فيه إلى التفريق بسبب الحكم على الزوج.

الفرع الأول: التفريق بسبب العيوب

قد يوجد بأحد الزوجين عيباً بدنياً كان أو عقلياً يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، لا استقرار فيها نتيجة عدم إنجاب الأولاد وقد اتفق الفقهاء المسلمون على أن المرأة إذا وجدت زوجها معيباً بعيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. لها الخيار بين الفرقة وبين بقاء عقد النكاح⁽¹⁾.

المراد بالعيب هنا هو ذلك النقصان البدني أو العقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مستمرة⁽²⁾ لذلك فقد يحدث وأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقاء بصاحبه، ويكون صعباً أو مستحيل الشفاء، فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج، فهل يبقى الزوج السليم مع المريض يقاسمه ألم الحياة؟ أم أن على الزوج المعافى طلب التطلق؟⁽³⁾

(1) - منصور نورة، المرجع السابق، ص 45.

(2) - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 567.

(3) - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية و قوانين الأحوال الشخصية العربية و الأجنبية، دار الفكر، الطبعة الثانية، المجلد 2، ص 647.

حيث نتناول في البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب العيوب والبند الثاني: نتطرق فيه لموقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب العيوب.

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب العيوب

أولاً: أنواع العيوب: تنقسم العيوب من حيث المنع من الدخول إلى قسمين:

1- عيوب جنسية تمنع من الدخول : كالجب والعنة والخصاء في الرجل والرتق والقرن في المرأة.

2- عيوب لا تمنع من الدخول: ولكنها أمراض منفرة بحيث يمكن المقام معها إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص⁽¹⁾.

وتنقسم العيوب بين الزوجين إلى ثلاثة أقسام:

1- ما يختص بالرجل من داء الفرج: وهو الجب والعنة والخصاء والاعتراض⁽²⁾.

2- ما يختص بالمرأة من داء الفرج: وهو الرتق والقرن والعفل والإفشاء وبخر الفرج⁽³⁾.

3- ما يشترك فيه الرجال و النساء: وهو الجنون والجذام⁽⁴⁾ ، والبرص⁽⁵⁾.

ثانياً: آراء الفقهاء في التفريق للعيوب

للفقهاء آراء في جواز التفريق بالعيوب:

رأي الظاهرية: قالوا لا يجوز التفريق بأي عيب كان، سواء كان في الزوج أم في الزوجة، ولا مانع من تطليق الزوج للزوجة إن شاء إذا لم يصح في الفسخ للعيوب دليل في القرآن أو السنة أو الأثر من الصحابة.⁽⁶⁾

(1) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص50.

(2) - الجب: قطع الذكر. العنة : العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه. الخصاء: استئصال الخصيتين. الاعتراض: هو حالة الرجل الذي لا يقدر على الوطء.

(3) - الرتق: كون الفرج مسدوداً ملتصقاً بلحم من أصل الخلقة لا مسلك للذكر فيه. القرن: عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر. العفل: رغبة تمنع لذة الوطء. بخر الفرج: رائحة متنة تثور في الوطء. الإفشاء: انحراف ما بين السبيلين أي القبل والدبر من المرأة. الفتق : انحراف ما بين مخرج بول والمني وهو الفتق ويمنع لذة الوطء.

(4) - الجذام: علة يحمر منها العضو ثم يتقطع ويتناثر. البرص : هو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته.

(5) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، طبعة خاصة بالجزائر، الطبعة الرابعة، 1996، ج7، ص514.

(6) - عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق، ص279.

واستدل أصحاب هذا الرأي بحديث سعيد بن عفير قال: حدثني عقيل ابن شهاب قال: أخبرني عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته أن امرأة رفاعة القرطبي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمان بن الزبير القرطبي، وإنما معه مثل الهدية، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتدوقي عسيلته"⁽¹⁾.

وأوجه الدلالة من هذا الحديث غاية ما فيه أن زوجة رفاعة تذكر أن زوجها لم يطأها وأن إحليله كالهديبة لا ينتشر إليها⁽²⁾.

وقالوا إن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم شاكية عيب زوجها فلم يفرق الرسول بينهما ولا ضرب له أج³

أما جمهور الفقهاء: فقد ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب: وإن اختلفوا في مسألتين في العدد الموجب للتفريق، ومن يملك هذا الحق منهما، بمعنى آخر ما هي العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق؟ وهل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط؟.

المسألة الأولى: ثبوت حق التفريق بالعيب للزوجين أو للزوجة فقط :

يثبت حق التفريق بالعيب عند الحنفية للزوجة فقط، لا الزوج لأن للزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق،

لأنها لا تملك الطلاق⁽⁴⁾.

وأجاز الأئمة الثلاثة طلب التفريق بالعيب لكل من الزوجين: لأن كلاهما يتضرر بهذه العيوب، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول، وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى

(1) - صحيح البخاري ، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثا، رقم:5، 5011/5012 ص888.

(2) - سلمان نصر و سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، دار السلام قسنطينة، الجزائر، 2009، ص88.

المصري مبروك ، المرجع السابق، ص333.

(4)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص516.

بالإتفاق، لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب ولا سكنى لها ولا نفقة⁽¹⁾.

المسألة الثانية : عدد العيوب التي تجيز التفريق: اختلف الفقهاء في عدد العيوب المجيزة للتفريق.

فالحنفية قالوا: ليس في النكاح عيوب توجب الحق في طلب الفسخ لا بشرط ولا بغير شرط مطلقا إلا في ثلاثة أمور ، وهي كون الرجل عنيئا، أو مجبوبا أو خصيا وما عدا ذلك فلا يترتب عليه فسخ النكاح، أي أن الحنفية يجيز التفريق بالعيب في ثلاثة عيوب اقتصروها على عيوب الجنسية في الرجل ، وهي العنة والجب والخصاء فقط ، أما ماعدا ذلك من العيوب فلا يجوز⁽²⁾.

أما المالكية قالوا: العيوب التي يفسخ بها النكاح ثلاثة عشر عيبا⁽³⁾.

يشتركان في أربعة: الجنون والجدام والبرص والعذيمة، ويختص الرجل بأربعة وهي: الخساء والجب والعنة والاعتراض، وتختص المرأة بخمسة: الرتق والقرن والعفل والإفشاء والبخر⁽⁴⁾.

والحاصل أن العيوب عند الشافعية والتي يثبت بها حق الفسخ لأحد الزوجين أولها سبعة، ثلاثة مشتركة وهي الجنون والجدام والبرص، واثنان يختصان بالمرأة وهما الرتق والقرن، ولم يذكروا العفل لأنه داخل فيهما، واثنان يختصان بالرجل وهما الجب والعنة⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للحنابلة قالوا: بأن العيوب المجيزة للفسخ ثمانية وهي اثنان يختصان بالرجل وهما الجب والعنة، وثلاثة بالمرأة وهي الفتق والرتق و العفل، و ثلاثة يشتركان فيهما الزوجان وهما الجنون والجدام والبرص⁽⁶⁾.

(1)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 280.

(2)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 662.

(3)- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، المكتبة التجارية الكبرى، طبعة 1969، ص 181.

(4) - حفيظة فضلة ، المرجع السابق، ص 54.

(5) - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 195.

(6) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 55.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب العيوب

نص المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 53 على أنه : "يجوز للزوجة تطلب التطلاق للأسباب الآتية: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخذ بجواز التفريق بالعيوب موافقا بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومخالفا بذلك ما ذهب إليه الظاهرية في منع التفريق بالعيوب⁽¹⁾ لذلك فإن المتأمل لهذه الفقرة يتضح أنها وردت مطلقة بحيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المنشود من الزواج، دون تحديدها بعيوب معينة ويبدو أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله الذي رأى عدم الاقتصار على عدد معين من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين لأن القياس يقتضي أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، ولا يتحقق معه المقصود من الزواج إلا بمشقة أو جب الخيار⁽²⁾.

وعليه إذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصاء والعنة أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور والخوف من أذى وخطورة تصرفات الزوج وغيرها من الأمراض الخطيرة كالجنون والصرع المستمر فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء بطلب التطلاق من زوجها المريض⁽³⁾، وعلى ذلك فإن شروط اعتبار العيب في قانون الأسرة الجزائري هي:

1- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة: لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل هنا، لأنه يملك حق الطلاق في أي وقت يشاء طبقا لإرادته المنفردة من المادة (48 ق أ).

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي، وكذا الأمراض الضارة والمنفردة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على الألفة و المودة⁽⁴⁾.

(1) - نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع عين مليلة الجزائر، 2003، ص125.

(2) - سلمان نصر و سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب و السنة، المرجع السابق، ص92.

(3) - منصور نور، المرجع السابق، ص49.

(4) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص282.

وحسنا فعل المشرع الجزائري، حين لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر وإنما توسع فيها مشترطاً فقط تأثيرها على حياة الزوجين تأثيراً بالغاً⁽¹⁾، وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي، وهو هل العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا⁽²⁾.

لذلك فإن العيوب غير المحققة للهدف من الزواج لاسيما المتعلقة بالجهاز التناسلي تقف حائلاً دون تحقيق هدفين اثنين لهما الأهمية بما كان، أولهما تحصين الزوجة حتى لا تتصرف إلى الانحراف بسبب إهمالها وعدم إشباع غريزتها بما هو منوه عنه شرعاً. ثانيهما الإنجاب وتكوين أسرة. فوجود أي عيب يمس بصلاحية الأمرين المذكورين يجعل حق الزوجة في التطلاق قائماً ومؤسساً من الناحية الشرعية⁽³⁾.

غير أنه وبما أن الزواج ليس هدفه الاستمتاع الجنسي فحسب، بل الحياة الزوجية الهادئة والمستقرة، فإنه يشترط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند العقد، فلو تزوجته وهي تعلم بحاله ليس لها الحق في طلب التطلاق لأن زواجها منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيب وإسقاط لحقها الجنسي، كما لو وجد منها رضا صراحة أو دلالة على العلم بالعيب، ورضيت بالبقاء معه لم يكن لها الحق في طلب التطلاق.

إن العيب الجنسي في الزواج يمكن أن يكون سبباً من أسباب فك الرابطة الزوجية على أساس الغلط في صفة من الصفات الأساسية في التعاقد، وهذا باعتبار القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيسي في التعاقد، كما أن إخفاء العجز الجنسي يخول للزوجة حق التطلاق ويستجاب لطلبها بدون تأجيل⁽⁴⁾.

ويجدر الإشارة إلى أن مسألة إثبات هذا النوع من العيوب أضحت لا تقتصر على إدعاء مقابل إقرار الزوج، لأن الطب الحديث أضحي قادراً على تحديد أي نوع من العيوب المذكورة، فالأمر علمي والعيب عضوي أو خلقي يتضح جلياً من خلال الفحص الطبي أو الأشعة أو حتى التحاليل الطبية في هذا المجال تعد الحد الأقوم⁽⁵⁾.

(1) - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 194.

(2) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 56.

(3) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 36.

(4) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 286.

(5) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 36.

هذا أن العشرة إذا فسدت بين الطرفين لسبب سواء كان موجود ولم يكن في الاستطاعة استمرارها يكون من العبث بقاء العلاقة الزوجية، لما في هذا الاستمرار من عدم تحقيق أهداف الزواج وتضييع للمصالح المنشودة منه⁽¹⁾.

إن المشرع الجزائري قد أجاز للزوجة طلب التطلاق بسبب العيوب، أخذاً بمذهب الجمهور وأنه جاء مخالفاً بذلك ما ذهب إلى الظاهرية في منع التفريق للعيوب ويتضح لنا في هذه الفقرة أنها جاءت شاملة وواسعة وأن المشرع ذهب إلى ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله ، وكما أنه لم يعرف ولم يذكر أنواع العيوب ولم يحدد المهلة التي تنتظرها الزوجة بطلب التطلاق.

الفرع الثاني: التفريق بسبب الهجر في المضجع

يعد الهجر في المضجع حالة من حالات الضرر المعنوي التي تصاب بها الزوجة، والهجر في المضجع وسيلة من وسائل التأديب التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها و إرجاعها إلى طاعته، ولقد أجاز المشرع للزوجة طلب التطلاق من توفر مبرر الهجر وأثبت بأي طريقة من طرق الإثبات الهجر الواقع عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة، وسنقسم هذا الفرع إلى بندين البند الأول نتناول فيه موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الهجر في المضجع، والبند الثاني نخصصه لموقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الهجر في المضجع.

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الهجر في المضجع

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية والمقاربة بينهما وما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج⁽²⁾، قال تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾⁽³⁾. ومقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الاستمتاع بالآخر وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي⁽⁴⁾.

(1)- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2011، ص146.

(2)- محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص92.

(3)- سورة المؤمنون05.

(4)- منصور نورة، المرجع السابق، ص30.

لذلك فقد شرع الله هذه الوسيلة القائمة على هجر الزوج فراش الزوجية مدة، وذلك بأن ينام في حجرة غير التي تبيت فيها زوجته، أو يبيت في فراش آخر غير فراشها، وقد حدد العلماء مدة الهجر في المضجع بما لا يصل إلى مدة الإيلاء أربعة أشهر⁽¹⁾.

لذلك فقد يحدث وأن تتضرر الزوجة معنويا بسبب هجر الزوج فراش الزوجية وإعراضه عنها، ويقصد بالهجر المعنوي للزوجة إخلال الزوج بواجب الرعاية المعنوية للزوجة، وعدم تنفيذه على الوجه الأكمل، ذلك أن رعاية الزوج لزوجته معنويا لا يقل أهميته عن رعايته لها ماديا، فالزوجة كما أنها في حاجة إلى الأمور المادية من إطعام وملبس ومسكن ومصاريف علاج، فإنها في حاجة أيضا إلى الرعاية المعنوية التي تساهم بدورها في التكوين النفسي والعاطفي للشخصية بصورة سليمة وصحيحة بما يحقق التوازن الاجتماعي والخلقي بين رغباتها ومصالح الأسرة والمجتمع، لذلك فلم يهمل الإسلام التعرض لعلاقة الغريزة بين الزوجين فهي أسمى من أهداف الزوال لا ينبغي إغفاله وتجاهله⁽²⁾، لقوله تعالى {هن لباس لكم وأنتم لباس لهن}⁽³⁾.

وعليه فمن الواجب على الزوج أن يحضن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها، لكي يدفع عنها ضرر الشهوة، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما⁽⁴⁾، لهذا قال مالك: "من يريد العبادة و ترك الجماع لغير ضرر ولا علة قيل له: أما وطئت أو طلقت"⁽⁵⁾.

وقال ابن حزم: فرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر وإن قدر على ذلك وإلا فهو عاص الله تعالى⁽⁶⁾.

واستدل بقوله تعالى: {فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله}⁽⁷⁾.

(1)- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، طبعة 1961، ج1 ص447.

(2) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص63.

(3) - سورة البقرة 187.

(4)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص63.

(5) - نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني، قانون الأسرة، نصا وقفها وتطبيقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص179.

(6) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص40.

(7)- سورة البقرة 222.

وذهب جمهور الفقهاء إلى ما ذهب إليه ابن حزم من الوجوب على الرجل إذا لم يكن له عذر⁽¹⁾، بل إن شيخ الإسلام ابن تيمية يجعل ترك الوطء مبررا لفسخ النكاح في كل حال حتى ولو لم يقصد الزوج الإضرار بزوجته، فقد قال رحمة الله تعالى : "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى"⁽²⁾.

وقال الشافعي: لا يجب عليه لأنه حق له، فلا يجب عليه كسائر الحقوق

ونص أحمد: على أنه مقدر بأربعة أشهر، لأن الله تعالى قدره في حق المولى بهذه المدة كذلك في حق غيره.

وقال الغزالي من الشافعية: وينبغي أن يأتيها في كل أربع ليال مرة، فهو أعدل لأن عدد النساء أربعة

والمسألة فيها قصة إذ أن عمر بن الخطاب سمع امرأة وهي تقول:

تطاول هذا الليل و اسود جانبه	وطال عليّ أن لا خليل الأعبه
والله لولا خشية الله وحده	لحرك من هذا السرير جوانبه
و لكن ربي والحياء يكسفني	وأكرم بعلي أن أتوطأ مراكبه

فسأل عنها عمر فقيل له فلانة وزوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقغله (أي أرجعه)، ثم دخل على حفصة فقال يا بنية، كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك فقالت خمسة أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون راجعين شهرا⁽³⁾.

وقال فقهاء الحنفية: إذا كان الرجل متزوجا بامرأة واحدة ولم يبيت عندها لانشغاله بالعبادة أو بجواريه كان لها الحق في طلب المبيت عندها ولا يقدر ذلك بمدة معينة في الأسبوع، وإنما يأمره القاضي بأن يبيت عندها ومن وقت لآخر لكي لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها أما حق المواقعة فليس

(1)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص40.

(2)- نبيل صقر، المرجع السابق، ص179.

(3)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص40.

من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره وإلا كان آثماً⁽¹⁾.

ومن هذا توارت أن الزوجة لا تستطيع الصبر عن زوجها أكثر من أربعة أشهر للأدلة التي ذكرت سابقاً فإذا اثبت أن الزوج هجر زوجته في الفراش لأكثر من أربعة أشهر جاز للزوجة طلب التطلاق الذي لحقها من جراء عدم تحصينها وعبء الإثبات يقع عليها⁽²⁾.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الهجر في المضجع

من الأسباب التي أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطلاق من زوجها ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 53 بقوله : "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للهجر في المضجع".

كثيراً ما يحدث في الواقع العملي حيث يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها موجودة كزوجة بجانبه، وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة نوم الزوجية لينام في فراش آخر أو غرفة أخرى... هذا السلوك من الزوج تجاه زوجته قد يكون قصد تأديبها وهو حق من حقوقه الشرعية ويمنعها من النشوز والعصيان، وقد يكون الهجر في المضجع بقصد الإضرار بها وتعذيبها فلا يؤدي لها حقوقها الشرعية الملازمة لطبيعتها البشرية⁽³⁾.

لهذا يجب عدم الخلط بين الحالات الثلاثة للهجر المذكورة سابقاً، وسوف نحاول دراسة كل حالة على حدى حتى يتسنى لنا التفريق بين هذه الحالات.

أولاً : الهجر في المضجع بقصد التأديب

قد يحدث وأن تعرض الزوجة عن زوجها وتترفع عنه ولا تطيع أمره فيما فرض الله عليها من طاعته، فتعتبر بذلك ناشراً لقوله تعالى : {واللأئي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن}⁽⁴⁾.

فأجاز المشرع للزوج تأديب زوجته وإرجاعها إلى طاعته وذلك بواسطة ثلاث وسائل هي:

(1)- منصوري نورة، المرجع السابق، ص31.

(2)- باديس ذيابي ، المرجع السابق، ص41.

(3) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص102، 103.

(4) - سورة النساء34.

الوسيلة الأولى: النصيحة والموعظة

أي بيان حكم الله في طاعة الزوج ومعصيته، والترغيب في الطاعة والترهيب من معصيته، وتذكيرها بما لزوجها عليها من حق ولفت نظرها إلى ما يلحقها من إثم بالمخالفة والعصيان، ويكون ذلك بلطف ولين⁽¹⁾.

الوسيلة الثانية: الهجر في المضجع، إذا لم تصلح الموعظة الحسنة وهي الأولى، فإن الزوج يلجأ إلى الوسيلة الثانية، وهي الهجر في المضجع، وهي وسيلة أعلى من الوعظ في إظهار غضبه منها، وإعلان قدرته عن الاستغناء عنها إن استمرت في عصيانها دون حق وللعلماء أقوال عديدة للهجر منها أن يهجرها في الفراش نفسه، وأن يوليها ظهره ولا يجامعها⁽²⁾.

الوسيلة الثالثة: الضرب غير المبرح: لا يلجأ الزوج إلى الضرب وهي الوسيلة الثالثة إلا إذا تعذر عليه إصلاحها بالموعظة الحسنة، أو الهجر في المضجع⁽³⁾، حيث تبقى الزوجة مصرة على تمردتها، حيث يكون إعادة المرأة إلى رشدها وهو استخدام الإيذاء الجسدي بالضرب ولا يكون غير شديد ولا مدميا ولا مدمنا وهو الذي يخشى منه تلف عضو أو تشويه أو تلف نفسي، ويكون الهدف من هذه الوسيلة الإخافة دون أن يوجعها، لهذا يعتبر الهجر في المضجع وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته⁽⁴⁾.

ثانياً: الإيلاء. ومعناه في اللغة اليمين، وفي الاصطلاح معناه الحلف على ترك واقعة الزوجة أربعة أشهر فما فوق، وهذا الطلاق في الواقع ليس طريقة من طرق حل الزواج، وإنما حالة إذا أوجد الزوج نفسه فيها كان عقابه حل الرابطة الزوجية.

الإيلاء مصطلح فقهي كان موضوع اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية وقد وردت له تعاريف منها:

عرفه أحمد الدردير على أنه: حق الزوج المسلم الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر".

(1) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص66.

(2) - على محمد على قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطية، الإسكندرية 2004، ص119.

(3) - نفس المرجع السابق، ص128.

(4) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص288.

و عرفه ابن رشد على أن الإيلاء "هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو بالطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك"

و لقد عرفه الدسوقي على أنه يمين شرعا أما لغة: فهو الحلف على الامتناع عن شيء مطلقا كوالله لا أطوك أصلا أو مدة خمسة أشهر.

أما ابن القيم فقد عرفه على أن "الإيلاء في اللغة : اليمين، وخص في عرف الشرع بالامتناع في وطء الزوجة".

نلاحظ من خلال هذه التعريفات أنها جميعها اتفقت على أن الإيلاء يمين أو حلف على ترك وطء الزوجة لكن اختلفت في التفاصيل.

وأرجح التعريف الأول للفقهية الدردير لأنه تعريف دقيق ومركز وليس عام وشامل، والأصل في الإيلاء⁽¹⁾، هو قوله تعالى: {للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم}⁽²⁾

وقال الجزيري للإيلاء حكمان: حكم أخروي وهو الإثم إن لم يفئ إليها، وحكم دنيوي وهو طلاقها بعد أربعة أشهر على الوجه الآتي وقد كان الإيلاء على النساء معروف عند العرب ومستعملا في ترك وطء المرأة وكان حكمه عندهم تحريما مؤبدا⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الإيلاء ينعقد إما بلفظ صريح وإما بلفظ كناية يدل على الامتناع عن الجماع فالألفاظ الصريحة مثل: والله لا أقربك ، والله لا أطوك إن شاء الله إن وطئتك فأنت طالق البتة، عليّ نذر أن لا أقربك ونحوه من كل ما مفيد معنى الوطاء الجماع من الألفاظ الكنائية مثل : والله لا أباشرك ولا أباضعك ،أولا أمسك أو ما شبه ذلك⁽⁴⁾.

أما أركان الإيلاء فهي أربعة: الحالف، المحلوف به المحلوف عليه، المدة.

(1)- أكرم باغي،قوانين الأحوال الشخصية تشريعا وفقها وقضاء، منشورات زين الحقوقية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،2007، ص249.

(2) - سورة البقرة 226،227.

(3) - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص474.

(4) - وهبة الزحيلي،المرجع السابق، ص537.

1- الحالف: هو المولي وهو عند المالكية كل زوج مسلم عاقل بالغ يتصور منه الوقاع، حرا كان أو عبدا، صحيحا كان أو مريضا.

2- المحلوف به: هو الله تعالى أو صفاته بالاتفاق، وكذا عند الجمهور غير الحنابلة كل يمين يلزم عنها حكم كالطلاق والعتق والنذر لصيام أو صلاة أو حج أو غير ذلك .

3- المحلوف عليه: هو الجماع⁽¹⁾ وهو ترك معاشرة الزوجة جنسيا ويشترط فيمن حلف على ترك وطئها أن تكون سالحة لذلك وعليه فلا يصلح الإيلاء من الرتقاء والقرناء والصغيرة وغير المطلقة، وكل مريضة بمرض يمنع جماعها⁽²⁾.

4- المدة: وهي في رأي الجمهور غير الحنفية أن يحلف الزوج ألا يوطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، وفي رأي الحنفية أقل المدة أربعة أشهر فأكثر، فلو حلف على ثلاثة أشهر أو أربعة لم يكن مولى عند الجمهور، ويكون مولى عند الحنفية في أربعة أشهر، لا في أقل منها وسبب الخلاف اختلافهم في الفيء في الآية وهو الرجوع إلى قربان الزوجة هل يكون قبل مضي أربعة أشهر أو يكون بعد مضيها؟.

قال الحنفية: يكون الفيء قبل مضيها، فيكون مدة الإيلاء أربعة أشهر وقال الجمهور الفيء بعد مضيها ، فيكون مدة الإيلاء أزيد من أربعة أشهر⁽³⁾.

هذا وإن الهجر الوارد في قانون الأسرة الجزائري كحالته من حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطلاق يتفق مع الإيلاء الوارد في القرآن الكريم والفقهاء الإسلامي في عدة أوجه كما، أنه يختلف عنها في عدة أحكام أخرى:

أولا أوجه الاتفاق:

1- ترك وطء الزوجة وعدم معاشرتها جنسيا في كلتا الحالتين.

2- مدة كل حالة هي أربعة أشهر فما فوق حسب قانون الأسرة الجزائري حسب رأي مالك

والشافعي وابن حنبل.

(1) - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص300.

(2) - سلمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص146.

(3) - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص300.

3- الزوجة في كلتا الحالتين يلحقها ضرر بالغ بسبب الهجر، حيث تحرم من حق أساسي تملكه بموجب عقد الزواج.

ثانياً: أوجه الاختلاف: الإيلاء بيمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك جماعها، أما الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة الجزائري لا يفيد هذا المعنى بل هو هجر بدون قسم أو حلف.

ويشترط لقيام الإيلاء أن يكون هدفه الإضرار بالزوجة أما إذا كان الهدف منه الإصلاح والتأديب مثل: أن يحلف أن لا يعاشر زوجته حتى تشفى أو إن كانت حامل حتى تلد فلا إيلاء في هذه الحالات لانتهاء نية الإضرار بالزوجة.

أما الهجر الوارد في قانون الأسرة الجزائري، ولمدة تفوق أربعة أشهر فإنه لا يشترط فيه نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج بل يجوز للزوجة طلب التطلاق بوجود الهجر لمدة أربعة أشهر⁽¹⁾.

ثالثاً: الهجر في المضجع بقصد الإضرار بالزوجة

سبق وأن تناولنا حالتين من الهجر والمتمثلين في الهجر في المضجع بقصد التأديب والحالة الثانية الهجر في المضجع المصحوب بالقسم أو اليمين وهو الإيلاء ، نأتي الآن إلى دراسة الحالة الثالثة وهي الهجر في المضجع بهدف وبقصد الإضرار بالزوجة.

والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة موجودة بجانبه، وقد يغادر فراش الزوجية أو غرفة نوم إلى غرفة أو فراش أو منزل آخر، ويتركها عن قصد ودون مبرر شرعي، وذلك لمدة تزيد عن أربعة أشهر حسب رأي المشرع، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، ويقصد الزوج اتجاه زوجته هنا الإضرار بها وتعذيبها فنتضرر أيما ضرر⁽²⁾.

هذا ويشترط في الهجر للمضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطلاق ثلاثة شروط:

1- هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها، وعدم قربانها.

(1) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص118، 119.

(2) - نفس المرجع السابق، ص114.

2- أن يكون الهجر عمديا ومقصودا لذاته وليس هناك ما يبرره من الناحيتين الشرعية والقانونية ، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.

3- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والآخر. أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، أو تعبير للزوج عن غضبه اتجاه زوجته الطائش، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات لأن الهجر شرعي والأسباب معقولة⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم فإن الزوجة التي يهجرها زوجها، وتريد أن تلجأ إلى القضاء بطلب التطليق منه يجب أن تتوفر ثلاثة عناصر أساسية متمثلة أساسا في:

العنصر الأول: يتمثل في العنصر المادي والسلوك اللاشرعي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول ومعقول.

العنصر الثاني: ويتمثل في العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية ومتواصلة غير منقطعة ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بين الزوجين.

العنصر الثالث: ويتمثل في العنصر المعنوي في نية الإضرار بالزوجة، وليس في نيته الإصلاح والتأديب⁽²⁾، فيكون مقصوده نكايه الزوجة وتعذيبها وليس له ما يبرره شرعا وقانونا. وإذا غاب عنصر واحد، سواء العنصر المادي أو المعنوي أو الزمني، ولم تجتمع العناصر الثلاثة لا يجوز للمحكمة أن تحكم للزوجة بالتطليق⁽³⁾.

الفرع الثالث: التفريق بسبب الحكم على الزوج بما أن الزوج بشر يصيب ويخطأ ، ومن الأزواج العاصي والمطيع، والزوج العاصي الذي يرتكب الجريمة ويعاقب عليها، لا ينبغي أن تضار زوجته بجرائمه، خاصة وأن من العقوبات ما يرغب الزوجة على انتظار زوجها السنين

(1) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص289.

(2) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 116.

(3) - نفس المرجع السابق، ص 117.

الطوال، وذلك إضرار بالزوجة ، وهذا ما ينافي مقاصد التشريع، ويوقعها والمجتمع كله في حرج شديد⁽¹⁾.

ولقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلاق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة والعشرة الزوجية، وهذا ما تضمنته المادة 53 في فقرتها الرابعة⁽²⁾، وسوف نحاول في هذا الفرع دراسة هذه الحالة من حالات الضرر المعنوي التي تصاب بها الزوجة، وذلك عن طريق تقسيم هذا الفرع إلى بندين، حيث نخصص البند الأول لدراسة موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الحكم على الزوج، وونتاول في البند الثاني موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الحكم على الزوج.

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الحكم على الزوج

يرى الحنفية والشافعية والجعفرية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال، والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لغيبه الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج⁽³⁾.

كما أنه ليس في مذهب مالك ما يجيز ذلك على وجه صريح، وإنما توجد نصوص في هذا المذهب تدل على تطليق القاضي زوجته الغائب إذا تضررت من بعده عنها سنة فأكثر وكذا زوجة الأسير⁽⁴⁾.

ويذهب الإمام ابن تيمية من الحنابلة في فتاويه إلى أن القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت امرأته فرقتة كالقول من أحكام المفقود، فهو بذلك يقترب من الفقه المالكي⁽⁵⁾.

ولكن المذهب المالكي صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التطلاق.

استدلوا بأن المناط في تطليق القاضي لغيبه الزوج سنة فأكثر عن زوجته هو تضرر الزوج الذي حكم عليه نهائيا بثلاث سنوات فأكثر، بعد مضي سنة فأكثر من تنفيذ حكم الحبس يساوي الغائب سنة فأكثر، فلا تختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر في مقامها

(1) - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعية للطباعة و النشر، ص273.

(2) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص121.

(3) - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص593.

(4) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص448.

(5) - محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق، ص273.

وزوجها بعيدا عنها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف مما تأباه الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب من الحالات.

وبعد عرض الآراء الفقهية فإني أرجح رأي المالكية والحنابلة الذين يجيزون التفريق بسبب الحبس وذلك لقوة أدلتهم وحجتهم⁽¹⁾.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الحكم على الزوج

لقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

من خلال محاولتنا تحليل هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز التطلاق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ولكن إذا توفرت مجموعة من الشروط :

أولاً: صدور حكم قضائي ضد الزوج. يشترط لكي يحكم للزوجة أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائية، وأن يكون هذا الحكم حائز لقوة الشيء المقضي به لم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية أو غير العادية، في جريمة ارتكبتها⁽²⁾.
ثانياً: أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

يثور السؤال حول معنى الجرائم ماسة بشرف الأسرة من نظيرها غير الماسة بشرف الأسرة، ذلك أن القانون الجزائري يصنف الجرائم من حيث طبيعتها إلى عدة أصناف. التصنيف الأول: جرائم العنف والتي تتمثل أساساً في جرائم القتل والضرب والجرح العمدي، وصور أخرى كالقتل والجروح الخطأ⁽³⁾.

التصنيف الثاني: الجرائم الماسة بالعرض والتي تنطوي تحتها تلك المتعلقة بهتك العرض والأفعال العلنية المخلة بالحياء والدعارة والتحريض على الفسق والزنا والفاحشة بين المحارم والاعتداء على القصر.

(1) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 448، 449.

(2) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 294.

(3) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 43.

التصنيف الثالث: يتعلق بالجرائم ضد الأسرة والأطفال منها جرائم الإهمال العائلي كترك الأسرة والتخلي عن الزوجة الحامل والإهمال المعنوي للأولاد وعدم تسديد النفقة، والجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للطفل، والجرائم المتعلقة برعاية الطفل وترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر وخطر إبعاد قصر بدون عنف ولا تحايل.

التصنيف الرابع: فيخص جرائم الاعتبار التي تتمثل أساسا في القذف والسب والإهانة والوشاية الكاذبة وإفشاء الأسرار.

التصنيف الخامس: يخص الجرائم ضد الأموال، وفيها نجد السرقة والاختلاس والتبديد والنصب وجرائم الشيك وخيانة الأمانة والإخفاء⁽¹⁾.

إن المشرع باستعماله لعبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة" قد عمم الوصف وجعل معياره غير دقيق، وبالتالي فإن الجرائم والعقوبات التي تمس بشرف الأسرة يصعب علينا حصرها في عدد معين⁽²⁾، فمن شراح قانون الأسرة الجزائري من فهم على أن المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها⁽³⁾، ومنهم من يعتقد بأن كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره، وهي مرشحة بأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، أما الجرائم غير العمدية والتي لا تشكل مساسا بشرف الأسرة لاسيما فيما يتعلق بالمخالفات أو حتى الجنح غير العمدية (كالقتل الخطأ) مثلا أما ما عداها فهي ماسة بشرف الجاني وكذا أسرته، وإذا تضررت الزوجة من جراء ما قام به الزوج من فعل مجرم كان طلبها اعتمادا على الفقرة الرابعة من المادة 53 ق أ ج. مؤسسا ومستجابا له⁽⁴⁾.

ثالثا: أن تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

ومعنى ذلك أن العلاقات بين الزوجين تتوتر بسبب هذا الحكم والمودة والحب بينهما يصبحان بغض وكراهية ثم تأتي الخلافات الحادة والمستحكمة تحول راحتها إلى فتنة والسعادة

(1) - باديس نياي، المرجع السابق، ص 44.

(2) - منصور نور، المرجع السابق، ص 57.

(3) - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 199.

(4) - باديس نياي، المرجع السابق، ص 44.

تتقلب إلى نقيضها والحياة الزوجية جحيم، فمن هي الزوجة التي تقبل زوجها الزاني، أو ذلك الذي يمارس اللواط⁽¹⁾.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري بالغ في استعماله لمصطلح الاستحالة⁽²⁾، ولكن يمكن أن يبلغ حدا من الكراهية إلى درجة تجعل العشرة متعذرة وليست مستحيلة، ولكن هذا المفهوم لا يخفي علينا أن حقيقة الأفعال القبيحة المستتكرة التي يحرمها الإسلام وترفضها الطبيعة البشرية تجعل الحياة الزوجية حقيقة مستحيلة، فمن الزوجات التي تقبل العيش أو البقاء مع زوج يسير مركز للدعارة وإلى غيرها من الأفعال المخلة بالحياء.

لذلك فمن المتأمل للفقرة الرابعة من المادة 53 ق أج يلحظ إشارتها إلى جواز مطالبة الزوجة بإنهاء الحياة الزوجية إذا قيدت حرية الزوج بحبس ونحوه، وهذا إذا ما توفرت جملة الشروط المذكورة سابقا، وهذا وقد ذهب المشرع مذهب المالكية وابن القيم رحمه الله في جواز التفريق للحبس، وقد ذهب الإمام ابن القيم رحمه الله إلى أن الحبس المجيز للمطالبة بالتفريق هو الحبس الطويل الذي يلحق ضرر جسيم بالمرأة ويتعذر معها انتفاعها⁽³⁾.

والملاحظ أيضا من خلال الفقرة 4 من المادة 53 المعدلة أنها أكثر وضوحا من سابقتها التي كانت صياغتها رديئة نوعا ما على النحو التالي: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"⁽⁴⁾. فالمشرع في هذا التعديل صحح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة 4 قبل التعديل بتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة.

والملاحظ أيضا أنه خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة سابقا، إذ أنه ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى مداها أكثر من سنة، واكتفى بالقول على الزوجة المطالبة بالتطبيق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفاف إلى حجم العقوبة

(1)- اليزيد عيسات ، المرجع السابق، ص 126.

(2) - منصور نور، المرجع السابق، ص 58.

(3) - حفيظة فضلة ، المرجع السابق، ص 78.

(4) - قانون رقم: 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984. يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27

فيفري 2005.

المسلطة عليه، وفي ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطلاق على هذا الوجه⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 8 ق.أ.ج وارتكاب فاحشة

مبينة و الشقاق المستمر و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالات في المادة 53 في فقراتها السادسة والسابعة والثامنة والتاسعة على التوالي حيث نصت هذه المادة على ما يلي:

المادة 53: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

حيث سوف نحاول دراسة هذه الحالات في الفروع التالية:

حيث ندرس في الفرع الأول التفريق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 ق.أ. وفي الفرع الثاني: نتناول فيه التفريق لارتكاب فاحشة مبينة. وندرس في الفرع الثالث التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين. ونخصص الفرع الرابع والأخير لدراسة التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

الفرع الأول: التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 8 ق.أ.

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة الثامنة منه تنص على تعدد الزوجات وكذا الشروط أو القيود التي وضعها المشرع الجزائري للزوج الذي يريد التعدد، وفي حالة مخالفته لهذه الشروط ومحاولة تدليسه على إحدى زوجاته سواء كانت السابقة أو اللاحقة، يجوز لكل منهما رفع دعوى قضائية ضده للمطالبة بالتطلاق، وهذا ما تضمنه المادة 8 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

(1)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص45.

لهذا فيعد مخالفة الشروط الواردة على حق التعدد حالة من حالات الضرر المعنوي التي تصاب بها الزوجة، حيث أجاز المشرع الجزائري لهذه الأخيرة طلب التطليق في حالة مخالفة الزوج هذه القيود كما أشرنا سابقا. وسوف نحاول دراسة هذه الحالة من حالات التفريق عن طريق تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة بنود.

حيث نتناول في البند الأول موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 08 ق.أ.ج، ونخصص البند الثاني لدراسة موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 08 ق.أ.ج

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب مخالفة أحكام

المادة 8 ق.أ.ج

كان تعدد الزوجات مباحا عند نزول القرآن الكريم، وكان العرب وغيرهم من الأقاليم يمارسونه بغير حد وبما شاء الرجل من عدد الزوجات، ولكن بما أن هذا المسلك كان سبيلا إلى الجور والظلم في جهة النساء، نجد أن القرآن الكريم في معرض تنظيم العلاقات الأسرية عموما وتعدد الزوجات تحديدا⁽¹⁾، استهل في سورة النساء بخطاب موجه إلى الناس بقوله تعالى: {وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا}⁽²⁾،

ولقد ورد في شرح هذه الآية: فقوله تعالى: {ما طاب لكم من النساء}. أي ما وقع عليه اختياركم من ذوات الدين والمال والجمال والحسب والنسب، وغير ذلك من الصفات الداعية لنكاحهن.

ثم ذكر الله سبحانه وتعالى العدد الذي أباحه من النساء في قوله {مثنى و ثلاث و رباع}. أي من أحب أن يأخذ اثنين فليفعل، وأربعا فليفعل ولا يزيد عليها، لأن الآية سبقت الامتتان، فلا يجوز الزيادة على غير ما سمي الله إجماعا.

ومع هذا فإنه يباح له ذلك إذا أمن على نفسه الجور والظلم ووثق بالقيام بحقوقهن فإن خاف شيئا من هذا، فليقتصر على واحدة أو ما ملكت اليمين، وقوله سبحانه : {أدنى ألا تعدلوا}.

(1) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 82.

(2) - سورة النساء 03.

أي تظلموا، لذلك من خلال شرح هذه الآية التي ذكرت التعدد نجد أن هناك شروط لإباحة التعدد في الفقه الإسلامي تتمثل في:

أولا شرط الاقتصار على أربع ، لذلك فيحرم على الرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربعة زوجات في وقت واحد، إذ أن الأربعة كافية، وفي الزيادة عليها تفويت الإحسان الذي شرعه الله تعالى لصالح الحياة الزوجية⁽¹⁾.

ثانيا: شرط العدل بين الزوجات. فيجب على الرجل الذي يجمع في عصمته أكثر من زوجة أن يسوي بنص القرآن في الحقوق والواجبات التي يستطيع العدل فيها كالمأكل والمشرب والمسكن وحسن المعاشرة والمبيت، فإن خاف الرجل ألا يعدل بين نسائه في ذلك فلا يحل له شرعا الإقدام على الزواج، ويقتصر على زوجة واحدة⁽²⁾.

ولقد اختلف البعض في فهم العدل المطلوب في التعدد، فمنهم من فهمه على أنه المساواة الكاملة بين النساء ويرجع ذلك إلى اختلافهم في فهم الآية الثالثة والآية 129 من سورة النساء، فالآية الأولى: {فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة}. وفي الآية الثانية يقول سبحانه وتعالى {ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة}⁽³⁾.

حيث نهى سبحانه وتعالى بقوله : {فلا تميلوا كل الميل}.

أي لا تتعمدوا الإساءة بل الزموا التسوية في القسم والنفقة لأن هذا مما يستطيع، أما قوله {فتذروها كالمعلقة}، أي لا هي مطلقة ولا هي ذات زوج⁽⁴⁾.

لقد قال الغزالي ومهما كان الباعث معلوما فينبغي أن يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين النفس فلينظر إليه في الكثرة والقلة". ويشير الغزالي إلى أن التعدد لتحسين النفس أمر مرغوب فيه شرعا، أي مع أخذ النفس بالعدل الواجب بين الزوجات، ويشير إلى أن الذين يعددون زوجاتهم لمجرد الانتقال من ذوق إلى ذوق، دون حاجة إليه في تحسين النفس، وعفتها عن المحرم يعملون عملا تأباه الشريعة، ويمقته أدب الدين⁽⁵⁾.

(1) - حفيضة فضلة، المرجع السابق، ص82،83.

(2) - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1997، ص145.

(3) - سورة النساء 129.

(4) - حفيضة فضلة، المرجع السابق، ص83.

(5) - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1975، ص187.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك تعارض بين الآية 3 والآية 129 من سورة النساء، فالمقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل المادي المتمثل في النفقة والكسوة والسكن والمبيت. أما المراد بالعدل في الآية الثانية فهو العدل القلبي وهو غير مقدور عليه، لذلك فإن العدل المطلوب في التعدد هو العدل الظاهر المقدر عليه أي عدل في الماديات، كذلك لا يجب التسوية في الوطاء والميل القلبي لأن ذلك ليس من اختيار الإنسان من المحبة القلبية وما يترتب عليه من استمتاع، أما ما عدا ذلك من إقامة العدل في المبيت وإعطاء لكل واحدة نفقة مثلها دون جور فإنه يستطيع عليه⁽¹⁾.

ثالثاً: شرط القدرة على الإنفاق. فإذا لم يكن عند الشخص من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق على أكثر من زوجة، فلا يحل له شرعاً الإقدام على الزواج بزوجة أخرى، بل لا يحل له إذا لم يستطع الإنفاق على زوجة واحدة أن يتزوج⁽²⁾.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب مخالفة أحكام

المادة 8 ق.أ.

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة الثامنة على ما يلي :

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

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

كما نصت المادة 8 مكرر: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"

ونصت المادة 8 مكرر 1: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

(1) - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص239، 240.

(2) - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص145.

نستخلص من المواد أعلاه أن المشرع الجزائري قد سمح وأباح الزواج بأكثر من واحدة لكنه وضع شروطا تتمثل فيما يلي :

الشرط الأول : التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية

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

الشرط الثاني : وجود المبرر الشرعي

وهي عبارة عامة ولم تحدد المقصود بالمبرر الشرعي لأن المبررات الشرعية، كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها⁽²⁾، كما أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد ماهية الضرر الشرعي وغير الشرعي⁽³⁾، ولكن المبررات الشرعية المقبولة حالة العقم بيقين علمي، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية. وفي جميع الأحوال فإن الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدم أمامه من ادعاءات.

الشرط الثالث : توفر شروط ونية العدل

بمعنى أن يثبت للزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، قدرته على النفقة وتوفير السكن وغير ذلك من الأمور المادية، ويجب على الزوج تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية، أو عقد الإيجار وكشف الراتب أو السجل التجاري⁽⁴⁾.

حيث أن نية العدل بين الزوجات فهو أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمها إلا الله، ثم أن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالسكن وبالنفقة وبالمبيت ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية الثنائي، وليس قبلها ولا قبل إبرام عقد الزواج، هذا بالنسبة إلى العدل في الماديات أما

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص 68.

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

(3) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

(4) - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 11.

بالنسبة إلى العدل في العاطفيات والميول نحو إحدى الزوجات أكثر من الأخرى فإن الله قد كفانا جدلا في ذلك حين قال : {ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء، ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل} (1).

الشرط الرابع : شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري ويتمثل هذا الشرط في وجوب قيام الزوج بإخبار زوجته السابقة بأنه سيعقد زواجا ثانيا مع امرأة أخرى، وبإخبار زوجته المستقبلية بأنه متزوج مع غيرها زواجا رسميا صحيحا، ويعتبر العلم بهذا الزواج أمر وجوبي، حتى لا تفاجأ الزوجة السابقة أو اللاحقة أوهما معا.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يتطرق إلى الكيفية التي بواسطتها يتم الإعلام أو الإخبار، هل تتم بشكل شفوي أم برسالة، أم تتولى الجهات المراد العقد أمامها إخبار الزوجة بذلك (2).

الشرط الخامس : شرط الحصول على رخصة بالزواج الثاني

إن من الشروط التي تضمنتها المادة الثامنة من قانون الأسرة، من أجل إمكانية الزواج بامرأة ثانية لإضافة إلى زواج سابق ما يزال قائما، هو ما ورد النص عليه في السطر الثاني من الفقرة الثانية من هذه المادة حيث جاء فيها أنه يجب على الزوج أن يقدم طلبا بالترخيص بالزواج إلى المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي. وقدرته على توفير العدل وعلى الشروط الضرورية للحياة الزوجية (3).

إذن من خلال ما سبق ذكره في المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري والتي جاءت مشتملة على مجموعة من القيود والشروط التي يجب على الزوجة مراعاتها عند زواجه بأخرى وفي حالة مخالفته لهذه الشروط رتبت جزاء لهذا العمل ، وهذا ما يتضح من نص المادة 8 مكرر و 8 مكرر 1: حيث إن المادة 8 مكرر 1 تنص : "بفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة أعلاه".

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.

(2) - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 112.

(3) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 90.

ويستخلص من هذين المادتين أن المشرع الجزائري قد رتب جزاء صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة الأولى بأنه⁽¹⁾، مقبل على الزواج بالمرأة ثانية، وبعدم إخبار المرأة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما، ويتمثل هذا الجزاء ليس في معاقبة الزوج المخالف عقوبة جزائية، ولكن في منح كل واحدة من الزوجة السابقة واللاحقة حق رفع دعوى مدنية أمام قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة التي يوجد موطن الزوج ضمن دائرة اختصاصها لتطلب الحكم بالتطليق.

ويرجع سبب فرض هذا الجزاء على مخالفة شرط الإعلام إلى تضرر الزوجة سواء كانت السابقة أو اللاحقة من غش الزوج وليس تدليسه عليها، لأن الغش هو المصطلح الصائب، هذا فيما يخص الجزاء الأول الذي رتبته المشرع من جزاء مخالفة شرط الإخبار.

أما الجزاء الثاني الذي رتبته المشرع الجزائري على مخالفة شرط الحصول على رخصة من رئيس المحكمة بالزواج الجديد هو جزاء الفسخ والمقصود به فسخ عقد الزواج الجديد الذي يكون قد وقع إبرامه وعقده بدون رخصة في حالة ما قبل الدخول، لكن المشرع لم يحدد مخالفة الشرط بعد الدخول، كما أنه لم يحدد وصف الشخص الذي يكون من حقه أو من صلاحيته طلب الحكم بالفسخ ولا من هي الجهة القضائية التي يمكن أن يكون من اختصاصها أن تتلقى طلب الفسخ والفصل في القضية، وهو ما يشكل نقصا في ضرورة اشتمال القانون على وسائل تطبيقية سليما معتبرا واضحا و صريحا⁽²⁾.

الفرع الثاني : التفريق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة معنويا من جراء ارتكاب زوجها فاحشة معينة ذلك ما يؤدي إلى تدهور العلاقة الزوجية وصعوبة مواصلة الحياة والعشرة بينهما فنتمحي سمات المودة والمحبة التي تجمعهما، مما يجعلها تطلب التطليق للضرر ولقد أجاز المشرع الجزائري لها ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 53 في فقراتها السابقة.

وسوف نحاول دراسة هذه الحالة من حالات الضرر المعنوي عن طريق تقسيم هذا الفرع إلى بندين: حيث نتناول في البند الأول موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب ارتكاب فاحشة

(1)- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 91.

(2) - نفس المرجع السابق، ص 93.

مبينة، ونخصص البند الثاني لبيان موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة.

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة

قبل بيان موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب ارتكاب الفاحشة ، يثور التساؤل أولاً عن ماهية الفاحشة؟

أولاً المقصود بالفاحشة لغة: هي مؤنث الفاحش، ما يشتد قبحة من الذنوب والفاحشة كذلك جمع فواحش والفحشاء: الزنا والفاحشة: القبيح السيئ الخلق، يقال : "غبن فاحش إذا جاوزت الزيادة المعتادة ، ويقال رجل فاحش أي معتد في القول والجواب (1) . لذلك فمن الصعب تعريف الفاحشة بدقة ولكن يمكن تعريف الفاحشة من خلال مدلولها اللغوي الشائع وكذلك من خلال ما ورد في القرآن الكريم (2) .

والواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان (3) .

وفي غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن لا يبقى لنا سوى الاستدلال بخير دليل وهو ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالاً يسيراً (4) ، كقوله تعالى : {ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً} (5) .

وقال أيضاً : {ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً} (6) .

وقوله تعالى : {قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغي بغير الحق

(1) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 94 .

(2) - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 59.

(3) - باديس ذبابي، المرجع السابق، ص 47

(4) - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 60.

(5) - سورة الإسراء 32.

(6) - سورة النساء 22.

وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون⁽¹⁾.
وقوله تعالى أيضا : {ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن تأتينا بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه⁽²⁾}.
والفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم التي أقرها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود، وهذه الجرائم هي: الزنا، القذف، السرقة، السكر، الردة والبغي وهي أيضا تسمى بالفواحش⁽³⁾.

ثانيا: صور الفاحشة

من باب إعطاء بعض الصور التي تلحق الفاحشة نتطرق إلى الزنا وشرب الخمر باعتبارهما من الكبائر والفواحش.

1- الزنا: إن الزواج هو نصف الدين وهو أسلم وأصح طريق لتصريف الغريزة الجنسية وإشباعها، وأباح التعدد عند الضرورة ونظم تنظيمًا محكما الزواج من البداية إلى النهاية، بأحكام شرعية راقية مناسبة لطبيعة البشر بهدف الوصول إلى مجتمع مثالي فاضل شريف طيب.

ومن جهة أخرى، فإنه حرم أي اتصال جنسي غير مشروع، وشدد العقوبة إلى أقصى درجة⁽⁴⁾.
واعتبر الزنا من أبشع الجرائم التي ترتكب ضد الشرف والأخلاق والفضيلة والكرامة، بل وضد الأسرة والمجتمع ككل لأنها تفوض بناء المجتمع ككل، لأنها تفتت الأسر وتختلط الأنساب وتقطع العلاقات الزوجية وضياع الأولاد تشردهم بالإهمال⁽⁵⁾.

لذلك فإن الشريعة الإسلامية تعاقب على جريمة الزنا باعتبارها ماسة بكيان الأمة وسلامتها، إذ أنه عدوان على الفرد والمجتمع، ولأن في إيحاء الزنا إشاعة للفاحشة وهذا يؤدي إلى هدم الأسرة ثم إلى إفساد المجتمع وانهلاله، والشريعة الإسلامية حريصة أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية البنين تربط أفرادها روابط متينة من الأخلاق السامية والخصال الحميدة.

ولتطبيق عقوبة الزنا في الفقه المالكي يشترط ما يلي:

-
- (1) - سورة الأعراف 33.
 - (2) - سورة الطلاق: 01.
 - (3) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 48.
 - (4) - اليزيد عيسات، المرجع السابق ص 179.
 - (5) - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب الحدود، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الأولى، ج 5، ص 49.

- البلوغ والعقل والإسلام والاختيار (غير مكره).
- أن يكون الزنا بأدمية فإن أتى بهيمة فلا حد عليه.
- أن يوطأ مثلها فإن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فلا حد عليه ولا عليها.
- أن لا يفعل ذلك بشبهة فإن كان بشبهة سقط الحد .
- أن يكون عالما بتحريم الزنا⁽¹⁾.

أما حد الزنا فقد فرقت الشريعة فيه بين الذي تزوج والذي لم يتزوج⁽²⁾، فحد الزاني البكر هو الجلد لقوله تعالى: {وَالزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ⁽³⁾}. وهذا باتفاق العلماء، لكنهم اختلفوا في النفي (التغريب)، فهل يجمع بين الجلد والتغريب على الزاني البكر أم لا؟. ذهب الحنفية إلى أن حد الزنا البكر الجلد فقط ولا يضم التغريب إليه لأن الله تعالى جعل الجلد هو حد الزنا، فالتغريب يعتبر زيادة على الحد الذي ورد بالنص، والزيادة لا تجوز. أما علماء الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن حد الزاني البكر هو أن يجمع بين الجلد والتغريب لمدة عام، ولكن لا تغرب المرأة وحدها، بل مع زوج أو محرم. وذهب المالكية إلى أن حد الزاني البكر إذا كان رجلاً فالجلد والتغريب معاً، أما المرأة فلا تغرب خشية عليها الوقوع في الزنا بسبب التغريب.

أما حد الزاني المحصن: فلقد اتفق العلماء على أن حد الزاني المحصن هو الرجم لما ثبت في السنة المتواترة وإجماع الأمة الإسلامية والمعقول، ويشترط لإقامة حد الرجم أن يكون الزاني محصناً.

والإحصان لغة: بمعنى المنع.

شرعاً: هو عبارة عن اجتماع صفات في الزاني اعتبرها الشرع عند توافرها موجبة للرجم وهي سبع صفات: العقل والبلوغ والحرية والإسلام والنكاح الصحيح والدخول في النكاح الصحيح على وجه يوجب الغسل، ولو من غير إنزال كون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وقت الدخول فإذا اختلف شرط من هذه الشروط وجب على الزاني حد الجلد⁽⁴⁾.

(1)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 96 .

(2)- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج 5، ص 58.

(3)- سورة النور 02.

(4)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 97 .

وورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"⁽¹⁾.

وورد في الحديث عن مالك عن ابن شهاب: أنه أخبره أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وشهد على نفسه أربع مرات، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجم⁽²⁾.

ويكون الرجم بحجارة متوسطة بقدر ما يرفع الرامي وبحضور طائفة من المؤمنين لقوله تعالى : {وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين}{⁽³⁾.

ويثبت الحد بالاعتراف كما سبق ذكره في الحديث، وبشهادة أربعة شهود أو ظهور الحمل وقد، قال عمر بن الخطاب الرجم إذا أحسن، وإذا قامت البينة، أو كان الحمل والاعتراف. هذا فيما يتعلق بالزنا كفاحشة عظمى في الإسلام، فالعقوبة فظيعة بقدر فظاعة الجرم المرتكب والأصل أن الزوجة لا تطلب التطلق لأن زوجها سيعاقب ونهايته الموت بحكم الشرع ولكن يختلف في ظل القوانين الوضعية.

ثانيا: شرب الخمر ومن بين الصور التي يمكن أن تلحق بالفاحشة المبينة إذا ما أردنا أن نتوسع في مفهوم الفاحشة، تناول الزوج للخمر، وهو ما يسمح للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطبيق إن ما استطاعت أن تثبت بالدليل القوي أن زوجها يتعاطى شرب الخمر بشكل متكرر وبصورة تدفعه إلى ارتكاب حماقات مختلفة وإتيان تصرفات يسيء بها إلى الزوجة والأولاد، وإلى سمعة الأسرة والإضرار باقتصادها وأمنها وراحتها، وقد يؤدي في غالب الأحيان شرب الخمر إلى التخلي عن الواجبات الزوجية، حيث وصفها الرسول صلى الله عليه وسلم أنها أم الخبائث، فهو بذلك مفتاح كل البلايا والانحراف.

فالخمر من أفحش الأعمال وأعظمها خطرا على المجتمع مما ينشأ عندنا ولها شرور وأضرار ومصائب⁽⁴⁾، لذلك نجد القرآن الكريم قد حرم الخمر، مصداقا لقوله تعالى : ليا أيها الذين

(1) - باديس نياي، المرجع السابق، ص48.

(2) - حفيظة فضلة ، المرجع السابق، ص98.

(3) - سورة النور02.

(4) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص184.

آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم
تفلحون⁽¹⁾.

فوصف الله تعالى: الخمر بأنه رجس قد تنفر منه العقول السليمة وهو يدل على منتهى القبح
والخبث ووصف شرب الخمر أنه من عمل الشيطان لأن الشيطان نجس خبيث كافر، لا يدعو إلا
إلى الخبيث.

وقال صلى الله عليه وسلم: "من شرب الخمر خرج نور الإيمان من جوفه". ووصف
الرسول صلى الله عليه وسلم الخمر بأنها أم الخبائث، فقال: "الخمر أم الخبائث". و قد روى ابن
ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مدمن الخمر كعابد
وثن"⁽²⁾.

لقد جعلت الشريعة الإسلامية الخمر من الكبائر والفواحش وجعلت شرب الخمر من الأمور
التي تجب الحد في الحديث: "عن مالك عن ثور بن زيد الديلي، أن عمر بن الخطاب استشار في
الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر،
وإذا هذى وإذا افتري، أو كما قال فجلد عمر في الخمر ثمانين"⁽³⁾.

لهذا فيعتبر إحاق شرب الخمر بالفاحشة، أمر منطقي لما يترتب عن ذلك من أضرار، وربما
تقدم الزوجة إلى المحكمة طالبة التطلاق لهذا السبب، يؤدي إلى تراجع الزوج المدمن عن هذا
السلوك المفلس عندما يلاحظ أنه يفقد الزوجة والأولاد، وإلا فإنه يجب إزالة الضرر الذي يصيب
الزوجة، فالمبدأ المعروف في الإسلام ومن ورائه قانون الأسرة الجزائري لا ضرر ولا ضرار⁽⁴⁾.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 في فقرتها السابعة من قانون الأسرة على أنه
يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة ارتكاب فاحشة مبينة، هذه الفقرة نصت على حالة أخرى
من حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطلاق والمتمثلة في ارتكاب الزوج فاحشة مبينة.

(1)- سورة المائدة 90.

(2)- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج5، ص11.

(3) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص99.

(4) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص186.

من خلال تحليلنا لهذه الفقرة نجد أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري لم يحدد المقصود بالفاحشة، حيث هناك من يرى أن المقصود بالفاحشة هي المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات⁽¹⁾. وبصفة عامة نجد أن المقصود بالفاحشة هي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الإسلامي⁽²⁾.

أما بعض شراح قانون الأسرة الجزائري فقد عرف الفاحشة على أنها الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي⁽³⁾. ويعتقد البعض أن المقصود بالفاحشة تتصرف إلى الخيانة الزوجية والجرائم الأخلاقية⁽⁴⁾. وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة: كالزنا أو الشرك بالله أو الردة، أو الاعتداء على قاصرة، أو انحراف عن الطريق السليم وقيامه بالسلوك الإجرامي الذي ينتافي مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطلاق، وحينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة، وكان الفعل إخلالا جسيما وخطيرا يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يتحدث عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل، وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أم يكفي ارتكاب الزوج للفاحشة خصوصا وأن الزوجة من الناحية القضائية مطالبة بالإثبات⁽⁶⁾.

وعلى ذلك فإن القاضي حين ترفع إليه الزوجة طلب التطلاق بناء على ارتكاب زوجها الفاحشة فإنه لا يجيبها لطلبها إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المرتكب فاحش انطلاقا من سلطته

(1) - منصور نورة، المرجع السابق، ص 61.

(2) - <http://kouissi.hateam.com/t2586>

(3) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 305.

(4) - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205.

(5) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 305، 306.

(6) - الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205.

التقديرية ، والسؤال الذي يفرض هنا نفسه هو ما المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقرر قياسا عليه وعلى ضوءه ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه الزوج فاحش أو غير فاحش؟
للإجابة على هذا السؤال يجب على القاضي تقدير الفعل هل هو فاحش أو غير فاحش وأن يعتمد على ثلاثة عناصر أساسية:

أولاً: نظرة الدين إلى الفعل. يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر.
ثانياً: مقتضى العقل السليم. ومفاده أن العقل يرفض الانحراف ويفر من الخطأ معتمداً في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وظروف المجتمع.

ثالثاً الإدارة الاجتماعية: القاضي ابن بيته، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد وقيم وأعراف وثقافات وعلى نحو يطابق كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالتالي فكل فعل تستكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع العربي، يكون عملاً فاحشاً يبيح للزوجة طلب التطلق⁽¹⁾.

وفيما يلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع استعمل عبارة فضفاضة (فاحشة مبينة) ولم يعطي أمثلة عن ذلك وترك الأمر لتقدير القاضي الأمر الذي يجعل الأحكام متذبذبة بين القضاة فقد يرى قاضي أن حالة معينة قد تشكل فاحشة مبينة في حين يرى آخر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك لهذا كان على المشرع أن يعطي تعريفاً دقيقاً لهذا المصطلح أو على الأقل إعطاء أمثلة عن ذلك للقياس عليها حتى يكون الأحكام مستقرة⁽²⁾.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يوشك أن ينفرد بالنص على الفاحشة كحالة من حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطلق دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى⁽³⁾.

(1)- منصورى نورة، المرجع السابق، ص60، 61.

(2)- <http://kouissi.hateam.com/t2586->

(3)- منصورى نورة، المرجع السابق، ص61.

الفرع الثالث: التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين:

قد يحدث وأن يستحكم العداة والخلاف والخصام بين الزوجين دون أن يعرف من هو المسيئ منهما، والشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعدى هذا الضرر إلى أولادهما بل إلى جميع أفراد الأسرة لما ينشأ من بغض ونفور وعداوة مما يعرض الحياة الزوجية للانهايار والضياع.

ولقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق للضرر وهذا ما جاء في نص المادة 53 في فقرتها الثامنة.

وسوف نحاول دراسة هذه الحالة من حالات الضرر المعنوي التي تصاب بها الزوجة عن طريق تقسيم هذا الفرع إلى بندين. نتناول في البند الأول موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين. ونخصص البند الثاني لبيان موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

الزواج ميثاق غليظ أحاطه الله بعناية من حين قيامه إلى حين انتهائه، سواء بالموت أو بغيره، ولم يتركه للناس يقيمون قواعده و أصوله، ويضعون نظمه وأحكامه، فالزواج عقد يتعلق بذات الإنسان وبه، وعليه سعادته وشقاؤه، والمعاشرة والإمساك بالمعروف من قواعد الزواج التي وضعها الله فإن فاتت هذه القواعد، ودخل الشقاق بين الزوجين وضع الإسلام قواعده للصلح بينهما، وبدأ بتدخل الأهل إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما فإن لم يجد الصلح نفعاً، فقد قال الله تعالى: {وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته}(1).

يقوم الضرر في هذه الحالة على عدم معرفة المتسبب فيه، وذلك بسبب سوء المعاشرة الزوجية كما لو تبين لأحد الزوجين الحياة الزوجية لا يطاق مواصلتها في ظل الخلافات والنزاعات القائمة بين الزوجين(2)، والأصل في إصلاح الشقاق بين الزوجين قوله تعالى: {وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما}(3).

(1) - سورة النساء 130.

(2) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص103.

(3) - سورة النساء 35.

ولقد اختلف الفقهاء في مسألة جواز التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق، فالقول بالتفريق للشقاق هو مذهب مالك وأحمد، ولا يرى أبو حنيفة والشافعي جواز التفريق للشقاق، ومن ثم فإن الحياة الزوجية لا تستقيم مع الشقاق والنزاع، عدا ما في ذلك من ضرر بالغ بتربية الأولاد وسلوكهم، ولا خير في اجتماع بين متباغضين، ومهما يكن أسباب هذا النزاع خطيرا أو تافها فإن من الخير أن تنتهي العلاقة الزوجية بين هذين الزوجين، لعل الله يهيئ لكل واحد منهما شريكا آخر لحياته يجد معه الطمأنينة والاستقرار (1).

لذلك فإذا ظهر بين الزوجين دون أن يعرف من هو المتسبب في ذلك وإذا خيف الشقاق بينهما قبل حصوله، فقد جاء القرآن الكريم بعلاج لذلك بقوله تعالى: {وإن خفتم شقاق بينهما} (2). وسوف نتناول نظام التحكيم في الإسلام كالتالي:

نظام التحكيم: التحكيم هو محاولة للإصلاح بين الزوجين عندما يبلغ الشقاق والنزاع إلى الشدة والذروة، والتحكيم يهدف إلى تحقيق الوفاق والوئام وإرجاع الأمور إلى نصابها (3)، والأصل في التحكيم للشقاق الآية التي ذكرناها سابقا وهي لقوله تعالى {وإن خفتم شقاق بينهما}. وسندرس ثلاث نقاط من خلال هذه الآية هي:

أولاً: من المخاطب بقوله تعالى {فإن خفتم}؟ ثانياً: من هما الحكمان؟ وما هي شروطهما؟ ثالثاً: ما هي مهمة الحكمين؟.

أولاً: المخاطب بقوله تعالى {فإن خفتم}.

قال بعض المفسرين: إن المخاطب بقوله تعالى: {فإن خفتم} هو الحاكم فإذا عرف الحاكم أن شقاق وقع بين الزوجين فيجب عليه أن يرسل حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما لأن الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح الناس، ومن مصلحة المجتمع تقوية الأسرة بعد ظهور الشقاق بين أفرادها (4)، حيث قال: أبو بكر الجصاص: "الأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الزوجين والمانع من التعدي والظلم" (5).

(1)- الشيخ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، ص 144.

(2) - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 753.

(3) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 157.

(4)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 754.

(5)- عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 117.

وقال آخرون: إنما المأمور هو الزوج والزوجة والخطاب موجه إليهما فإذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا الشقاق ، اختار كل منهما حكماً للإصلاح ولمعرفة المخطئ منهما⁽¹⁾ ، ولكن القاضي أبو بكر بن العربي (رحمه الله) ردّ على هذا القول بشدة فقال: "فأما من قال: إن المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله كما قدمنا، وأما من قال إنه السلطان فهو الحق"⁽²⁾.

ثانياً: شروط الحكمين إن الحكم الذي يباشر مهمة التحكيم لا يكون ناجحاً إلا إذا توافرت فيه شروط معينة وتميز بخصال تؤهله للقيام بمثل هذا العمل ومجمل هذه الشروط هي التكليف والإسلام والعدالة والذكورية، وفهم المقصود من مهمتها وكيفية أدائها⁽³⁾.

كما يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن⁽⁴⁾، وسوف نفصل هذه الشروط كما يلي:

أ- الإسلام: إن الحكم في مهمته بمثابة السلطان ويشترط في الحكم أن يكون مسلماً، فلا سلطة لكافر على مسلم لقوله تعالى: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً}⁽⁵⁾.

ب- التكليف: والبلوغ وسلامة الإرادة واكتمال الأهلية، لأن غير البالغ والصبي المميز والمجنون وغيره، لا يعتبر من أهل الرأي وفض النزاعات، خاصة في مثل هذه الأمور التي لا يفقهها ويدرك خباياها، إلا من كانت له خبرة وتجربة في الحياة الزوجية ومشاكلها.

ج- العدالة: لذلك يشترط في الحكم أن يكون عدلاً، لكون الفاسق لا يؤمن جانبه، والفاسق طبعه الفساد، فلا خير يرجى منه في الأصل.

د- الذكورية: وذلك لما يمتاز به الرجال من التأنى والتروي وحسن التدبير والتفكير والمهمة تستدعي ذلك، في حين النساء معروف عنهن قد لا تتوفر لهن مثل هذه المؤهلات.

هـ - أن يكونا الحكمين من أهل الزوجين: وذلك بما نصت عليه آية التحكيم، حكم من

(1) - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق ، ص754.

(2)- نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص129.

(3) - عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص119.

(4)- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009، ص233.

(5)- سورة النساء141.

أهله وحكم من أهلها لأنهما أدري بأمورهما، وحتى لا تتفشى أسرار الزوجين خارج حدود الأسرتين⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد قال ابن عباس رضي الله عنه: "أمر الله عز وجل أن يبعثوا رجلا صالحا. وقال ابن العربي: "الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل، والحكمة في ذلك، أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين، وأقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما، فأحكم الله سبحانه الأمر بأهله⁽²⁾.

وقال ابن حزم: "إذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها". وذكر الدسوقي: أنه لا يجوز بغث أجنبيين مع وجود الأهل⁽³⁾.

والحكمة من بعث الحكمين من أهل الزوجين أن الخلاف المتبادل بين الزوجين المنذر بالشقاق يعرفه أهل الزوجين غالبا، كما وأن هذا الخلاف قد يستتبع إصاق كل من الزوجين عيوباً بالآخر مما قد يمس الزوجين وبالتالي يمتد أولادهما، وأهل كل منهما فكانت حكمة الله أن يجعل نظر هذا النزاع يتولاه حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة سترا لأسرار الزوجين⁽⁴⁾.

ثالثا: مهمة الحكمين: إن الأمر الذي أنيط بالحكمين في هذه المهمة، هو الإصلاح بين الزوجين، فعليهما أن يبدلا قصار جهودهما في رفع الخلاف والشقاق وزرع الائتلاف والوفاق بينهما⁽⁵⁾.

لكن ما العمل إذا وصل الحكمان إلى قناعة تتمثل في استمرار الحياة الزوجية لهذين الزوجين أصبحت مستحيلة، فهل لهذين الحكمين التفريق بينهما؟⁽⁶⁾.

اختلف الفقهاء في صفة الحكمين ومهمتهما، فهل هما وكيلان أم حاكمان؟ وهل يملكان الحق في التفريق بين الزوجين؟ وذلك إلى قولين:

(1) - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص161.

(2) - نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص129.

(3) - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص756.

(4) - قذري عبد الفتاح الشهاوى، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين في التشريع المصري والمقارن، إجراءات التقاضي، صيغ الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص450.

(5) - عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص123.

(6) - نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص130.

القول الأول: الحكمان وكيلان. وهو رأي الحنفية والشافعية، والإمام أحمد في أحد قولييه حيث قالوا: أنهما وكيلان لا يملكان التفريق إلا بإذنهما أي الزوجين.

حيث في مغني المحتاج: "وهما وكيلان في الأظهر". وقال البجيرمي: "فإن اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها لينظر في أمرهما وهما وكيلان لهما لا حكمان من جهة الحاكم. وقال ابن قدامة: اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنهما.

واستدل أصحاب هذا الفريق بأن مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين بما يلي :

أ - بنص القرآن الكريم بقوله تعالى : {إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما}(1).

ولم يقل القرآن الكريم إن يريدوا فرقة، فبعث الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده.

ب- كما استدلو أيضا بما روى محمد بن سيرين عن عبيدة: قال جاء رجل وامرأة إلى علي مع كل واحد منهما فتام، من الناس فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكمين هل تريدان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتم أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي فيه ولي، وقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت والله لا تبرح حتى تقر بما أقرت به(2).

القول الثاني: أنهما حاكمان.

ولهما أن يفرقا بين الزوجين إن عجز عن الإصلاح، وهو قول المالكية وأحمد بن حنبل في رواية وهو أحد قولي الشافعي(3).

وجاء في مغني المحتاج: وفي قول حكمان موليان من جهة الحاكم لتسميتهما في الآية حكمين". وقال ابن قدامة: اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين، ففي إحدى الروايتين أنهما حكمان ولهما أن يفعل ما يريان من جمع وتفريق بعوض وبغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما(4).

(1)- عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص128.

(2)- نفس المرجع السابق، ص129.

(3)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص763.

(4)- عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص125.

واستدل أصحاب هذا الفريق بما يلي

أ - قوله تعالى: {فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها}. قال القاضي عبد الوهاب: " وإنما قلنا إنهما إن رأيا أن يفرقا فرق لا على طريق التوكيل ، بل على وجه الحكم"(1) .
ولقد ذكر الله تعالى الإصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة لأنه الأفضل وليسعى الحكمان للوصول إليه، فليس معنى ذلك الاقتصار عليه، بحيث لا يباح غيره.
وبعد عرض الآراء الفقهية وأدلتها في مسألة صفة الحكامين ومهمتهما أرجح القول الثاني القائل بأن الحكمان حاكمان وليس وكيلان وأن لهما حق التفريق بين الزوجين في حالة عدم توفيقهما في الإصلاح بينهما، وذلك نظرا لقوة الأدلة والحجج والتي استدلت بها الفريق الثاني.
أما فيما يخص نوع الفرقة للشقاق، فكانت هذه المسألة موضوع خلاف بين الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: أن التفريق للشقاق طلاق بائن(2).

وهو رأي المالكية واستدلوا بأن كل طلاق يوقعه القاضي فهو بائن وأن الطلاق وقع لوجود الشقاق، ولو كانت الرجعة جائزة لها الشقاق سابق عهده، ولم يكن ذلك يفيد شيئا.
أما القول الثاني: فقالوا إن التفريق للشقاق طلاق رجعي إذا كانت الفرقة طلاق ، واعتبروه طلاق بائن إذا كانت الفرقة خلعا، وهو مذهب الشافعية والحنابلة(3).
وأرجح القول بأن الفرقة للشقاق طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به، لأنه إذا كان الطلاق رجعيا تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة، والعودة إلى الضرر.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة من التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير أي بموجب الأمر 05 - 02 ، واعتبر المشرع الجزائري أن الشقاق حالة من حالات الضرر المجيز للزوجة طلب التطبيق حيث نصت المادة 53

(1)- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص132.

(2)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 282.

(3) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 529.

في فقرتها الثامنة على ما يلي "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية ... الشقاق المستمر بين الزوجين".

ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى : {وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها}(1).

والشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للضياع والانهيار(2).

للزوجة طلب التطلاق على زوجها للشقاق إذا استمر بينها وبين زوجها، وذلك حماية لها ولأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده شقاق مستمر هذا فضلا عن الإبقاء على الصلة بين أهل الزوجين(3).

والشقاق المعتبر كأساس للمطالبة بالتطلاق هو الناتج عن الخلاف الدائم، ويستحيل معه التوفيق بين الزوجين، وأن هذا الشقاق أو الخصام طال لمدة مما يؤثر سلبا على الحياة الزوجية ويحول دون استمرارها(4)، ويرجع مصدر الفقرة الثامنة من المادة 53 المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 هو الاجتهاد القضائي لاسيما المحكمة العليا، وتجسد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

ومتى تبين في - قضية الحال - أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام وطول مدته بين الزوج وهو المسؤول عن الضرر لأنه لم يتمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة لطول الخصام، وبتطبيق الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون".

هذا الاجتهاد حضي بعناية المشرع وارتقى إلى مرتبة القاعدة القانونية، إذا خصصت له الفقرة الثامنة من المادة 53، وأصبحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا(5).

(1) - سورة النساء 35.

(2) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 50.

(3) - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 121، 120.

(4) - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 60.

(5) - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 51.

لهذا فإذا ما حصل خصام وشقاق بين الزوجين وساعت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى التطلق⁽¹⁾.

وعند تكرار رفع دعوى التطلق وعدم ثبوت الضرر يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكيم من أهل الزوجين بغية الإصلاح بينهما وهذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها : "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكيم حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيم أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

لذلك فاشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة 8 من المادة 53 من نفس القانون، فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر غير معروف المصدر، فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف، فإن لم يفلح يلجأ إلى التحكيم فإن لم يجد في التحكيم نفعاً يحكم القاضي للزوجة بالتطلق.

لذلك فعندما ندقق النظر ونتمعن جيدا في نص المادة 56 من ق.أ.ج نستخلص ملاحظتين أساسيتين:

الملاحظة الأولى: في حالة ثبوت الضرر وجب على القاضي التصريح بالطلاق بعد محاولة الصلح وذلك لرفع الضرر الواقع على الزوجة⁽²⁾، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكيم⁽³⁾.

الملاحظة الثانية: تتمثل في حالة عدم ثبوت الضرر بسبب عجز الزوجة على الإثبات ما تدعيه أمام القاضي، وفشلت في إقناع المحكمة بالضرر الواقع عليها من زوجها، فإن القاضي يعين حكيم حسب نص المادة 56، ولكي يعين القاضي، الحكيم يجب:

1- أن يكون تعيين الحكيم إثر شدة الخصام والنزاع وليس لمجرد رفع الطلب الأول، بل إن المرة الأولى يجب أن تثبت الزوجة ما وقع عليها من ضرر بكل وسائل الإثبات المختلفة، ولكن

(1)- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205.

(2)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 157.

(3)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 527.

عودة الزوجة من جديد وتكرار شكاواها فإن ذلك دليل على شدة الشقاق بين الزوجين، وبالتالي دليل على أن الحياة الزوجية تحولت إلى جحيم لا يطاق والمستقر عليه إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي⁽¹⁾.

2- أن تعجز الزوجة عن إثبات دعواها رغم تعدد طلباتها بالتطبيق حسب نص م 56 ق.أ.ج.

3- أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، أحدهما من أهل الزوجة، وثانيهما من أهل الزوج بهدف كشف الحقيقة وتأدية المهمة المسندة إليهما.

واشترط الحكمين من أهل الزوجين، لأنهما على علم مسبق بأصول وظروف الزوجين، مع الإشارة أنه حالة تعذر الحكمين من أهل الزوجين يمكن اختيارهما من الأجنبي ذوي الخبرة.

وعلى هذين الحكمين أن يقوموا بالمهمة التي كلفا بها وتتمثل في ثلاث أمور أساسية هي: الأمر الأول: المصالحة بين الزوجين ، وتلك المهمة الأولى التي يتطلبها تعيينها من طرف القاضي، حفاظا على الأسرة من الانحلال والتفكك، إذ أن الطلاق مبغوض إلى الله ومكروه شرعا، فالأصل استمرار الحياة الزوجية، والطلاق إلا استثناء يتم اللجوء إليه عند الضرورة القصوى إذا ما تفاقم الضرر والشقاق واستحالت الحياة المشتركة⁽²⁾.

الأمر الثاني: أنهما ملزمين بتقديم تقرير عن مهمة طبقا لما حدده القاضي ، حيث يوضحان بالتفصيل مسعاهما في ذلك، وما اقترحوه على الزوجين، وموقف كل منهما في مواجه الزوج الآخر، وشروطه التي يجب تلبيتها حتى يتحقق الصلح، ويقدم الحكمان اقتراحهما لعلاج الموقف. فإن حدث وأن اقتنع الحكمين بأن الحل الوحيد هو التفريق، يذكر أن ذلك تقريرهما مع التعليل والتسبيب، وللقاضي أن يستدعيهما إلى الجلسة التي يعقدها للفصل في الدعوى لسمع منهما إضافات شفوية لشرح الوضعية وإصدار الحكم المناسب على ضوء جهد الحكمين.

ولقد أوجب القانون حسب ما هو واضح من نص المادة 56 على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما، وتعيين حكمين آخرين، كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا.

(1)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص112.

(2)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 158، 159.

فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الإساءة من الزوج أو من كليهما أو جهل الحال، وثبت الضرر حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين⁽¹⁾.

نلخص ما سبق ذكره أن المشرع الجزائري قد أضاف الشقاق المستمر بين الزوجين كبند مستقل، والذي يعتبر من خلق الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا والذي أثر المشرع تقنيته في قانون الأسرة.

فاستمرار الشقاق بين الزوجين قد يخل بأهداف الزوجية التي يقوم على أسس الرحمة والمودة والمعاشرة والخبرة والاستمرارية، وبالتالي فهو حق يمنح للزوجة تمارسه للحفاظ على الاستقرار النفسي للزوجين والأولاد بدلا من الاستمرار في الخلاف والضرار.

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أورد هذا السبب ببند مستقل في وقت تلحقه بعض التشريعات العربية والإسلامية المقارنة إلى البند العاشر من نفس المادة أي إلى الضرر المعتبر شرعا⁽²⁾.

الفرع الرابع: التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

قد يحدث وأن تشترط الزوجة عند العقد شروطا لتحقيق لنفسها مصلحة خاصة، خوفا من أن الطرف الثاني، الزوج قد يحرمها من هذه الميزة، أو المصلحة إن لم تشترطها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له⁽³⁾.

وفي حالة إخلال الزوج بهذه الشروط ومخالفتها أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التظليق من جراء تضررها بسبب هذا الإخلال، وذلك ما نصت عليه المادة 53 في فقرتها التاسعة.

وسوف نحاول دراسة هذه الحالة من حالات الضرر المعنوي التي تصاب بها الزوجة عن طريق تقسيم هذا الفرع إلى بندين: نتناول في البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. ونخصص البند الثاني: لدراسة موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

(1) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص359.

(2) - حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص113.

(3) - نفس المرجع السابق، ص117.

البند الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

الأصل في كل ما يترتب على عقد الزواج هو من عمل الشارع لا عمل المتعاقدين، حيث يقتصر دور المتعاقدين في إنشاء العقد، ولكن الشارع والقانون هو الذي يترتب ما لكل عقد من حكم وآثار، بالرغم من أن الشارع هو الذي يحدد هذه الآثار ويرتبها فإنه يبقى من حق الزوجين تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها ضرورية لضمان حقوقهما، وخاصة لما للاشتراط من أهمية، بالغة إذ أنه يحقق مصالح شرعية لأحد المتعاقدين أو كلاهما لم تكن موجودة أثناء العقد، كما أن الإسلام أكد على أهمية الشروط التي تقع في أي عقد آخر.

فلقد أبيح الاشتراط في عقد الزواج، غير أن الإباحة ليست على إطلاقها، ومن هنا كان للفقهاء مجال واسع في بحث تلك الشروط، غير أننا يمكن تقسيم آراء الفقهاء بشكل عام في الشروط التي تتراوح بين التضييق والتوسع والمنع على الوجه الآتي:

أولاً: المانعون لهذه الشروط وهم الظاهرية: فالأصل عند الظاهرية أنه لا يجوز اشتراط شيء في العقود إلا ما ورد به نص في الكتاب أو السنة، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال المتعاقدين وإرادتهما.

ثانياً: المجيزون المضيقون وهم الشافعية والحنفية: فالأصل في الشروط عندهم المنع كالظاهرية، إلا أنهم أضافوا صوراً أخرى لاختلافهم على الظاهرية في اعتماد القياس وتعليل الأحكام، وإن لم ينص عليها الشرع ولم يقتضيه العقد⁽¹⁾، ذلك لأن الأحناف قسموا الشروط إلى قسمين:

شروط صحيحة: وهي ما يقتضيه العقد⁽²⁾، أو ردها الشرع بجوازها.
وشروط فاسدة: وهي التي لا يقتضيهما العقد ولم ينص على جوازها ولا تلأئم عقد الزواج، غير أنها تتضمن مصلحة لأحد العاقدين، ويكون العقد صحيح ويلغي الشرط الفاسد.
أما الشافعية فقد قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام وهي .

(1)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص118.

(2)- المصري مبروك، المرجع السابق، ص91.

أ- شروط تخالف مقتضى عقد النكاح، ولا تخالف مقصوده الأصلي، وهو الوطاء كشرط ألا يتزوج عليها فالنكاح صحيح والشرط باطل.

ب- شروط تخالف مقتضى العقد ، كأن تشترط المرأة أن لا يطأها، ففي هذه الشروط يؤدي إلى بطلان النكاح والشرط معا.

ج - شروط توافق مقتضى عقد النكاح ، كأن تشترط المرأة الإنفاق عليها أو معاملتها بالمعروف أو غير ذلك من مقتضيات النكاح، وهذه الشروط جوازية.

ثالثا: المجيزون المتوسطون وهم المالكية: ذهب المالكية مذهباً وسطاً بين المضيقيين و الموسعين فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافياً بمقتضى العقد أو ما أدى إلى الإخلال بأحد الشروط المعتبرة شرعاً لصحة العقد، و قسم المالكية الشروط إلى:

أ- شروط جائزة: وهي الشروط التي يقتضيها العقد، كحسن العشرة، النفقة.

ب- شروط مكروهة: و هي تكون مما لا يقتضيه العقد و لا ينافيه⁽¹⁾، كأن لا يتزوج عليها، أولاً يخرجها من مكان كذا أو من بلدها، فهذه الشروط عندهم لا يفسخ النكاح بها لا قبل الدخول و لا بعده، و إنما يستحب الوفاء بها⁽²⁾، وهذه الشروط مكروهة لما فيها من الحجر على الزوج و الحد من تصرفاته.

ت- شروط منافية لمقتضى عقد الزواج: و هي قسمان:

شروط يفسخ النكاح بها وجوباً، و يثبت النكاح إذا حصل الدخول مثل: أن تشترط المرأة لا يأتيها الرجل إلا ليلاً أو نهاراً أو أن لا ترثه أو نفقتها عليها أو على أبيها

رابعا: المجيزون المتوسعون وهم الحنابلة: يعتبر هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعاً في إجازة الشروط الجعلية ذلك أن الشروط عندهم منها ما يكون صحيحاً ومنها شروط ليست من مقتضيات العقد.

أ- شروط صحيحة، وهي نوعان: وهي ما كانت من طبيعة العقد، ومقتضياته كالنفقة والعشرة بالمعروف فهذه الشروط جائزة ولا تؤثر في العقد.

(1)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 119.

(2)- المصري مبروك، المرجع السابق، ص 91.

ب- شروط ليست في مقتضيات العقد: ولكنها لا تتافيه كأن لا يخرجها من بيتها أولاً يتزوج عليها، فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها، وإلا فللزوجة حق الفسخ وحجتهم في أنها لا تحل حرام ولا تحرم حلالاً.

بعد عرض الآراء الفقهية المتشعبة حول مسألة الاشتراط في عقد الزواج، فإنني أرجح مذهب الحنابلة أي المجيزون المتوسعون، لقوة الحجة التي استندوا إليها، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

البند الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إن المشرع الجزائري استحدث هذه الفقرة بموجب الأمر 05 - 02، حيث نصت المادة 53 في فقرتها التاسعة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:
9 مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وتنص المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى في هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"⁽²⁾.
من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد فتح مجال الاشتراط أمام الزوجين في عقد الزواج ولكنه قيده بشرط عدم مخالفة القانون، فالمشرع من خلال هذه المادة نهج منهج الحنابلة وأخذ برأي المالكية في بعض النقاط في مسألة الاشتراط، وفي الواقع أن ما أورده المادة المعدلة في إيضاح للشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية وهذه العبارة الأخيرة لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو في عمل المرأة، ويبدو أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين على سبيل المثال إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي ومرد كل علاقة زوجية فاشلة⁽³⁾.

(1)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 120.

(2)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 51.

(3)- نفس المرجع السابق، ص 52.

لكنه يأخذ على المشرع أنه أخطأ في الصياغة عندما قال : "شرط عدم تعدد الزوجات"، فكان عليه أن يقول "عدم الزواج عليها" لأنها قد لا تكون هي الزوجة الثانية أو الثالثة، وهذا هو المصطلح الصائب، ومن خلال هذه المادة فإنه يحق للزوجة كطرف في العقد وضع أي شرط يبدو لهما أنه سيحميها من تعسفات الزوج أو قيامه بأعمال تتعكس على حياتها خلال مرحلة قيام علاقتهما الزوجية بشرط ألا يخالف القانون ومثال ذلك حق الزوجة الخروج للعمل وحق السكن بعيدا عن عائلة الزوج كما يمكن لها اشتراط مواصلة دراستها، ويبطل أي شرط يتعارض مع القانون المستمد أساسا من الشريعة الإسلامية، فإذا تم الاتفاق على شرط يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وصيرورته عد باطلا بطلانا مطلق كون المسألة متعلقة لما نصت عليه م32 ق أ "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، فاعتبار شرط عدم الإنجاب باطلا لأنه مخالف لمقتضى عقد الزواج ومخالف لمقاصده وهدفه وهو حفظ النسل وإنجاب الأولاد، وعليه يترتب بطلان العقد

واعتبر شرط عدم الإنفاق أيضا باطلا لكنه لا يؤثر على صحة العقد فيبطل الشرط ويصح معه العقد، وهذا ما نصت عليهم المادة 35 : "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان باطلا والعقد صحيحا".

فمن خلال قراءة نصي المادتين 32 و35 يتضح من أول وهلة أن هناك تناقض بين النصين، لكن في الواقع من خلال التمعن في القراءة، نجد أنه لا يوجد تناقض، لذلك فإن الشرط في المادة 32 تتحدث عن شروط الصحة والمادة 35 تتحدث عن الشروط الجعلية، فهناك فرق بين الاشتمال والاقتران، فالأول داخل في ماهية عقد الزواج ومكوناته، أما الثاني فهو غير داخل في مكوناته بل هو خارج عن عقد الزواج ولكن اقترن به فقط⁽¹⁾.

فالمادة 19 المعدلة تحدثت عن الشروط التي يمكن إرجاعها في عقد الزواج أو في عقد رسمي، وليس عرفيا، أي أمام ضابط عمومي هو الموثق، وذلك في حالة ما إذا أصبح الزواج مستهلكا والزوجية قائما فعليا.

فالمسألة اختيارية في هذه المادة إما أن الشروط يتم الاتفاق عليها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة 53 من نفس القانون، وفي الفقرة التاسعة التي

(1)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص122.

تحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن تتم ذكر عبارة اللاحق؟ أم يعزف عن ذلك تطبيقاً لمبدأ حرفية النص التي تقضي الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق؟.

الاستدراك قد يحصل بموجب اجتهاد قضائي مستقبلي بمناسبة تطبيق هذه الفقرة، وقد يؤكد على سقوط عبارة (العقد الرسمي اللاحق) بمجرد السهو اعتماداً على مبدأ روح القانون المتجه غرضه نحو إعطاء أكثر فرص للزوجة في التخلص من زوجية سببت لها الضرر المعتبر شرعاً⁽¹⁾.

لهذا فإذا تضمن عقد الزواج جملة من الشروط كانت الزوجة قد اشترطتها في عقد الزواج يستوجب على الزوج أن يفي بها ويسعى إلى تنفيذها، فإذا لم يمتثل وخالفها، جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، وإذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد، أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة إلا المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة لذلك مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض فوق ذلك والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة عليه⁽²⁾.

المبحث الثالث: التفريق لكل ضرر معتبر شرعاً

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة بسبب ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل في صورة ضرر ايجابي أو سلبي، ولو لم يكن هذا الضرر منصوص عليه ضمن الحالات التسعة المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

لهذا فقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، هذا ما نصت عليه المادة الثالثة والخمسون في فقراتها العاشرة والأخيرة.

وسوف نحاول دراسة هذه الحالة وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب كل ضرر معتبر شرعاً. ونخصص المطلب الثاني: لدراسة موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب كل ضرر معتبر شرعاً.

(1)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص53.

(2)- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص206، 207.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب كل ضرر معتبر شرعا

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول وهذه مبادئ قررها الإسلام⁽¹⁾، فقد قال عز وجل : { لهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم }⁽²⁾.

وقوله كذلك : { وعاشروهن بالمعروف }⁽³⁾.

لأن من مقتضيات حسن المعاشرة عدم الإضرار بالزوجة بأي صورة من الصور وحرمة الضرر أصل من أصول الإسلام وجرم إضرار الزوج بزوجه وللضرر المحظور بالزوجة يشمل سائر الضرر سواء كان بالقول أو الفعل، سواء كان ضررا ماديا أو معنويا.

فقد جاء في الحديث عن حكيم بن معاوية عن أبيه رضي الله عن قال: قلت يا رسول الله ما حق زوج أحدنا عليه؟ "قال تطعمها إذا أكلت، وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه، ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت". رواه أحمد النسائي و ابن ماجة، وصححه ابن حبان والحاكم.

لهذا سوف أحاول من خلال هذا المطلب، دراسة الضرر المعتبر شرعا والمميز للزوجة طلب التطبيق كما يلي: ويقصد والضرر المعتبر شرعا هنا ، كل أذى يصيب الزوجة وينحصر عند كثير من الباحثين في نوعين: ايجابي وسلبي.

أما الضرر الإيجابي: فهو كل ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذي الزوجة، وتضررها ماديا أو معنويا أو الاثنين معا، ويحدث الشقاق بينهما⁽⁴⁾.

أما الضرر السلبي: فهو هجر الزوج الزوجة ومنعها مما تدعو إليه الناحية الجنسية⁽⁵⁾.

ولقد اختلف الفقهاء في مسألة طلب الزوجة التفريق بسبب الضرر المعتبر شرعا على رأيين نوضحهما في فرعين: نتناول في الفرع الأول: رأي الحنفية والجعفرية والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين و نخصص الفرع الثاني لدراسة رأي المالكية.

(1)- منصور نورة، المرجع السابق، ص64.

(2)- سورة البقرة : 228.

(3)- سورة النساء 19.

(4)- حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص125.

(5)- أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين النصوص والفقه، ومبادئ النقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر

2005، ج2، ص596.

الفرع الأول: رأي الحنفية والجعفرية والشافعية في أحد قولييه وأحمد في إحدى

الروايتين

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه ليس لها طلب التفريق، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تقريره بما يراه رادعا له إن لم يمتنع، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكيمين ليقوما بالإصلاح بينهما عملاً⁽¹⁾، بقوله تعالى: {وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً}⁽²⁾.

الفرع الثاني: رأي المالكية

ذهب المالكية إلى أن للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا ما ضربها بأن أساء معاملتها أو هجرها وأخذ مالها، أو غير ذلك من أنواع الضرر والإيذاء⁽³⁾، فإن أثبت الضرر المشكو منه، وطلبت البقاء معه، زجر القاضي الزوج وضرره بما فيه الفائدة، أما إذا طلبت الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما، أما إذا لم يثبت الضرر وأصررت المدعية على شكوى بعث القاضي الحكيمين للإصلاح بين الزوجين فإن تقدر عليهما ذلك فرقا بينهما، وإما على مال عن كان الضرر من الزوجة أو بدونه إن كان من الزوج. جاء في مواهب الجليل: قال ابن فرحون: من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهة الفراش عنها وإيثار امرأة عليها وضربها ضرباً مؤلماً⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب كل ضرر

معتبر شرعا

نص المشرع الجزائري على أن كل ضرر معتبر شرعا يعد حالة من الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطلق، وذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة.

(1)- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 601.

(2)- سورة النساء 35.

(3)- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 114.

(4)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 768، 769.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بجواز التطليق للضرر الذي يلحق الزوجة و اكتفى بذكره عبارة "كل ضرر معتبر شرعا".

حيث أن هذه العبارة جاءت عامة وشاملة ولم تقيد بضرر معين، حيث أن سلطة تقدير القاضي للضرر سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة، ولا يقيد بها أي قيد ولا تخضع لرقابة المجلس ولا يخضع فيها، القاضي لرقابة المحكمة العليا.

وحسنا فعل المشرع الجزائري نظرا إلى أن ما يعتبر ضرر لزوجته قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، وأن الضرر المعتبر شرعا في زمن وعند جماعة معينة، قد لا يكون كذلك عند جماعة أخرى أو في وقت آخر مع الإشارة إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر نستطيع القول أن العبارة مرنة صالحة التطبيق من طرف القاضي، وسلطته التقديرية لكل حالة تعرض عليه حسب ظروفها وملاستها⁽¹⁾.

هذا ولم يحدد المشرع المعيار الذي بواسطتها يمكننا التمييز بين السلوك الضار، والسلوك غير الضار، إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، وحينئذ فإنه يجب على القاضي الاعتماد على المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة⁽²⁾.

فضلا عن ذلك فإن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" واسعة ويمكنها أن تستغرق كل الحالات التسع التي سبقتها والمذكورة في نص المادة 53 من قانون الأسرة، وأن أحكام هذه الفقرة 10 من قانون الأسرة تبقى مشوبة بالغموض في غياب نص واضح يبين لنا كيفية تطبيقها لأن المعايير المعتمدة تبقى غير واضحة في القانون وهنا يبقى إعمال المادة 222 من قانون الأسرة هو الحل الوحيد لإنارة ما خفي من جوانب الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة.

و سوف نتناول فرعين: نتطرق في الفرع الأول: أمثلة للضرر الذي يجيز التطليق و نخصص الفرع الثاني أحكام خاصة بالضرر المعتبر شرعا.

(1)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص143.

(2)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص303.

الفرع الأول: أمثلة للضرر الذي يجيز التطلاق

1- تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب بشرط ألا يكون الضرب بقصد التأديب وفي الحدود الشرعية لاستعمال هذا الحق، لأنه إذا كان كذلك فإنه لا يتحقق به الضرر الذي يجيز التطلاق.

2- الهجر والمقصود به هنا الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، فهو هجر قصد به الأذى، لأن الهجر من أشد أنواع الضرر، ولأنه يترك الزوجة بلا عشير يؤنسها نثن من الوحدة والوحشة وتبقى كالمعلقة لا هي مطلقة مما يعرضها للفتنة⁽¹⁾.

3- ضبط الزوج في شقة خاصة تدار للقمار، مرتكبا فعلا فاضحا فإن ذلك يعد ضررا معنويا يتعدى أثره إلى زوجته، ينال من شرفها ويخدش كرامتها.

4- ضبط امرأة مع الزوج في منزل الزوجية في حالة سكر بين مما يثير الشك ويبعث في نفس الزوجة التي تركها ريبا وفي ذلك من الإساءة إليها والإضرار بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة⁽²⁾.

5- إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث أو الولد، أي في الدبر، وهو أمر محرم شرعا لقوله تعالى {فأتوهن من حيث أمركم الله}⁽³⁾، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم "ملعون من أتى امرأته في دبرها"⁽⁴⁾.

6- إفشاء سر الزوجية الخاص الذي بينها وبين زوجها لا يكون إلا من زوج بغضها قد أخذ منه، وأصبح لا يبالي بعلاقة الزوجية المقدسة ومن ثم تكون الحياة الزوجية بينهما شقاء يجب إزالته شرعا.

7- تراضي الزوج عمدا في الدخول بزوجته، لأن استتالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة.

(1)- اليزيد عيسات ، المرجع السابق، ص146.

(2)- أنور العمروسي، المرجع السابق، ج2 ص607.

(3)- سورة البقرة 222.

(4)- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج5، ص147.

8- إكراه الزوج زوجته على ممارسة الدعارة السرية⁽¹⁾.

هذه جملة من الأمثلة عن أنواع الضرر التي يمكن أن تلحق الزوجة، والتي تسمح لها طلب التطلاق وهي واردة على سبيل المثال لا الحصر⁽²⁾، إلا أن هناك بعض الأمثلة التي لا تعد ضررا تجيز التطلاق، مثالها إسكان الزوج زوجة أخرى عند التعدد بمسكن الزوجية بعد مغادرة زوجته له اثر خلاف بينهما، مرض الزوج البسيط أي المرض العابر غير المستحكم كالأمراض التناسلية التي يمكن الشفاء منها⁽³⁾.

الفرع الثاني: أحكام خاصة بالضرر المعتبر شرعا

هناك جملة من النقاط تتعلق بالضرر كأحكام نذكر بعضها باختصار

1- وجوب وقوع الضرر من جانب الزوج وبعبارة أخرى فإنه يشترط أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادر من الزوج، ومن غير المعقول أن تطلب الزوجة التطلاق إذا كان مصدر الضرر أجنبي عن الزوج، مثل والدي الزوج وأقاربه.

2- يجب أن يكون الضرر واقعا على الزوجة وتقوم بإثبات ذلك حتى تسمع دعواها في طلب تطلاق، أما إذا وقع من الزوج على والدي الزوجة وأقاربها وغيرهم فلا يجوز لها طلب التطلاق

3- يجب أن يكون الضرر متعمدا، بمعنى آخر أن التصرف الصادر من الزوج يكون مصدرا للضرر مربوط بإرادة الزوج، بحيث قام به عمدا وقصدا سواء بالفعل أو القول، أما الأمور التي تتضرر منها المرأة لكن ذلك خارج إرادة ورغبة الزوج، أو حدث رغما عنه وفوق طاقته فلا يجوز لها طلب التفريق.

4- لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول، فيجوز أن يقع الضرر قبل الدخول⁽⁴⁾، إذ لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التطلاق⁽⁵⁾.

(1)- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص269.

(2)- اليزيد عيسات: المرجع السابق، ص147.

(3)- نفس المرجع السابق، ص149، 150.

(4)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص151.

(5)- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، 2000، ج1، ص522.

5- عدم اشتراط تكرار الضرر⁽¹⁾، فإذا اعتدى الزوج على زوجته مثلا بالضرب أو السب كاف لطلب التطلاق.

6- العبرة في الضرر تحققه أي وقوعه فعلا، وتتضرر منه الزوجة ولا عبرة بإزالته، بل أن إزالته لا يسقط حق الزوجة في طلب التطلاق.

وبمفهوم المخالفة لا يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق متذرة بضرر ممكن الحدوث مستقبلا فالعبرة بالضرر الواقع في الحال وليس المتوقع في المال⁽²⁾.

يظهر من أول وهلة عند قراءة نص المادة 53 بجميع فقراتها أن المشرع الجزائري قد ذكر حالات الضرر التي تجيز للزوجة طلب التطلاق على سبيل الحصر، لكن من خلال التمعن في القراءة نجد أن هذه الحالات المذكورة على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أن العبارة التي وردت في الفقرة العاشرة والأخيرة "كل ضرر معتبر شرعا تشمل وتستغرق جميع الحالات المذكورة سابقا. لهذا فيبدو أن المشرع الجزائري قد أخفق في صياغة نص هذه المادة فكان عليه صياغتها كالتالي : "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا لاسيما الحالات التسع المذكور سابقا"، وهكذا حتى يتسنى للطالب الباحث فهم و تحليل هذه المادة⁽³⁾.

(1)- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص522.

(2)- اليزيد عيسات ، المرجع السابق، ص152.

(3)- حفيظة فضلة ، المرجع السابق، ص131

الفصل الثاني: التفريق بسبب الخلع

فقد يحدث في الحياة الزوجية أن تبغض المرأة زوجها فتضرر من بقائها معه لأنه لا يوفئها حقوقها، أو لا يقوم بمطالب الزواج، فلها أن تلتجئ إلى القضاء بطلب فك الرابطة الزوجية و يعتبر هذا طريقا لإزالة الضرر كما لها أن تتفق مع زوجها على فك العصمة و تسمى الفرقة في هذه الحالة خلعاً، و الخلع الذي جاء به الكتاب والسنة، هو أن تكون المرأة كارهة للزوج تريد فراقه فتعطيها الصداق الذي قدمه إليها فداء نفسها كما يفندي الأسير.

وإذا كانت مبغضة له مختارة فإنها تفندي نفسها منه فتد إلى ما أخذته منه من صداق، و تبرئه مما في نتمته، و لما كانت الزوجية لا تملك الطلاق و كرهت الاستمرار في الحياة الزوجية للإضرار أو غير ذلك من أسباب نفورها من زوجها و ترغب في الخلاص منه، فيرفض الزوج حرصاً على ماله، فتح الشارع للمرأة باب الافتداء لتذليل ما يترتب على الطلاق من عقبات مالية بتعويض الزوج مما انفق عليها⁽¹⁾.

و قبل الحديث عن التفريق بسبب الخلع يجب أن نعرض أولاً إلى ما ورد في نص المادة 54 ق أ ج، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "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".⁽²⁾

وسوف نحاول من خلال هذه المادة معرفة التفريق بسبب الخلع حيث نخصص المبحث الأول: لدراسة مفهوم الخلع و طبيعته القانونية و في المبحث الثاني نتطرق إلى أركان الخلع و شروطه و أخيراً نعرض في المبحث الثالث إلى آثار الخلع.

(1)- ربيحة إغاث، التفريق بين الزوجين، دراسة نموذجية الخلع و الظهار و الإيلاء و اللعان، دراسة لنيل درجة الماجستير في الحقوق و العلوم القانونية والإدارية، المشرف عمار مساعدي، معهد الحقوق و العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، 1998، ص14.

(2)- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 2005/02/27.

المبحث الأول: مفهوم الخلع و طبيعته القانونية

يعتبر الخلع تفريقا بين الزوجين بسبب من قبل الزوجة فإنها تدفع مقابلا ماليا ولهذا يسمى فداء لأن المال والمقابل تدفعه المرأة للزوج مقابل إطلاق سراحها⁽¹⁾، وسوف نحاول من خلال هذا المبحث دراسة ثلاثة مطالب، حيث نتناول في المطلب الأول تعريف الخلع و المطلب الثاني نتطرق إلى مشروعية الخلع و حكمه و حكمته ونخصص المطلب الثالث لدراسة الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع.

المطلب الأول: تعريف الخلع

نتناول في هذا المطلب تعريف الخلع ثلاثة فروع: حيث نتناول في الفرع الأول تعريف الخلع لغة و الفرع الثاني: نتطرق إلى تعريفه شرعا و الفرع الثالث نخصصه لدراسة تعريف الخلع قانونا.

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

تعريفه لغة: يقال الخلع: النزاع و الإزالة، يقال خلع الرجل ثوبه مثل نزعه، و خلع فلان زوجته خلعا و خلعا إذا أزال زوجيتها، و قد خص العرف استعمال الخلع بضم الخاء في إزالة الزوجية⁽²⁾.
خلع: خلع الشيء يخلعه خلعا و اختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة، و سوى بعضهم بين الخلع و النزاع، و خلع النعل و الثوب و الرداء يخلعه خلعا أي جرده⁽³⁾.
هو النزاع و الإزالة و عرف بضم الخاء إزالة الزوجية⁽⁴⁾.
و يطلق لفظ الخلع لغة و يراد به النزاع و التجريد و الإزالة، فالخاء و اللام و العين أصل واحد و هو مزاوله الشيء، الذي كان يشمل به أو عليه.
و ذهب آخرون إلى أن ضم الخاء خلاف للقياس، مع أنه مصدر للتفرقة بين الإزالة الحسية و المعنوية فبالفتح للإزالة الحسية، وبالضم للإزالة المعنوية، و أيضا ذهب آخرون إلى أن الخلع

(1) - محمد باوني، عقد الزواج و آثاره، دراسة مقارنة بين الفقه و القانون، منشورات مكتبية اقرأ، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص121.

(2) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ص391.

(3) - ابن منظور لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى المجلد2، ص297.

(4) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص480.

بالضم هو مصدر سماعي و أنه له شواهد كثيرة منها: الرضا و الشكر⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف الخلع شرعا

عرفه الفقهاء شرعا بتعريفات شتى حسب نظرة و تصور كل فريق لمسألة الخلع و قد اهتم بتحليل و طرح المفاهيم المختلفة لمعنى الخلع شرعا العديد من الفقهاء و أئمة المذاهب الإسلامية الأربعة و غيرهم من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى و سنتعرض لبعض هذه الآراء فيما يلي:
الخلع عند الحنفية هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو في معناه⁽²⁾ وعرف عثمان بن علي الزيلعي الحنفي الخلع بأنه أخذ المال بإزاء ملك بلفظ الخلع.

والخلع عند المالكية: عرفوه بأنه الطلاق بعوض، و قيل هو الطلاق بعوض و لو من غير الزوجية أو بلفظ الخلع، فلا يوجد عندهم فرق بين الخلع و الطلاق على مال فهما شيء واحد و لا يكون الفسخ حسب المذهب بدون عوض، كما أنه لا يختص بلفظ معين، كما يقع بصريح الطلاق، والكناية المقترنة بالنية و يضيف المالكية أنهم يعتبرون الطلاق بلفظ الخلع و على هذا فيكون الخلع عند المالكية ما كان بعوض و هو الكثير، و قد يكون بغير عوض إذا كان بلفظ من أفاظ الخلع، أو ما يفيد معناه مثل المبارأة و المفاداة و الصلح⁽³⁾.

عرفه الخليل من المالكية في مختصره الخلع هو الطلاق بعوض⁽⁴⁾.

الخلع عند الشافعية: عرفوا الخلع بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض و يكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن⁽⁵⁾.
وعرفه النووي من الشافعية في المنهاج: "فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"⁽⁶⁾. و الخلع عند

(1)- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه آثاره، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص37.

(2)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص480.

(3)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص39.

(4)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص495.

(5)- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص495.

(6)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص494.

الحنابلة عرفوه بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة⁽¹⁾.
عرفه البهوتي من الحنابلة في كشف القناع: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذ من امرأته
أو غيرها بألفاظ مخصوصة"⁽²⁾.

الخلع عند الإباضية: قالوا إن الخلع بين الزوجين و ذلك برد المرأة صداقها لزوجها
و قبوله إياه⁽³⁾.

عرفه طفيش من الإباضية في شرح النيل: "فرقة بين الزوجين بردها إليه صداقها و قبوله
إياه"⁽⁴⁾.

الخلع عند الظاهرية: عرفوا الخلع بأنه افتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت ألا توفيه حقه،
أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه، فلها أن تفتدي منه، و يطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو
لا جبرت هي و إنما يجوز بتراضيهما.

الخلع عند الجعفرية: عرفوا الخلع بأنه طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج⁽⁵⁾.
عرفه الشهيد العاملي من الجعفرية في الروضة البهية: "الطلاق بعوض مقصود لازم لجهة
الزوج"⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: تعريف الخلع قانوناً

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على ثلاث طرق لحل عقد الزواج حيث جاء في
نص المادة 48: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي تم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من
الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 فقد نصت المادة 53 على الأسباب التي يجوز
فيها للزوجة أن تطلب بها التطلق أما المادة 54 فقد نصت على الطلاق بالخلع حيث جاء
فيه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق

(1)- أحمد بن محمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، الطلاق و الخلع و الظهار على فقه المذاهب الأربعة و الإمام
طاووس، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2001، ص 131.

(2)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 494.

(3)- منال محمود المشني، المرجع السابق ص 40.

(4)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 495.

(5)- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 240.

(6)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 494.

الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

و أضافت المادة 55 حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين و الذي يحكم به القاضي مع التعويض للطرف المتضرر، و مما نستشفه من نصوص هذه المواد أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع فرقة تتم بطلب من الزوجة، و قد عرف الأستاذ عبد العزيز سعد الخلع بأنه: " عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوما شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم⁽¹⁾ .

ما نلاحظه من خلال هذا التعريف أنه مستمد من نص المادة 54 من القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة و التي جاء فيها يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم لكن بصدور الأمر 02/05 المعدل و المتمم لقانون 11/84، أصبح للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه حتى دون موافقته، فبإمكانها أن تتبع إجراء الخلع لفك الرابطة الزوجية إن رأت ضرورة لذلك فلا يشترط موافقة الزوج من أجل ذلك.

و ما نستخلصه من نصوص المواد السابقة الذكر أن المشرع الجزائري كان يعتبر الطلاق بالخلع هو طلاق بالتراضي إذ تجب فيه موافقة الزوج، وهذا ما كرسته بعض قرارات المحكمة العليا، كما عرف الخلع سابقا بأنه طلاق بإرادة الزوج المنفردة، و لكن بعد تعديل قانون الأسرة نجد أن المشرع اعتبر الخلع نوعا من أنواع الفرقة لحل عقد الزواج يكون بطلب من الزوجة يقع حتى دون موافقة الزوج و هذا كان تكريسا لقرارات المحكمة العليا و الذي سرى عليه القضاء.

و نستطيع القول إن الخلع في معناه القانوني هو أن تفتدي الزوجة من زوجها بمال تبذله له ليطلقها بحكم قضائي و سواء رضي به الزوج أم لم يرضى يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989 ص248، 249.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع و حكمه و حكمته

حيث سنتناول في هذا المطلب فرعين: حيث نتناول في الفرع الأول: مشروعية الخلع و الفرع الثاني: نتناول فيه حكم الخلع و الفرع الثالث نخصه لدراسة حكمة الخلع.

الفرع الأول: مشروعية الخلع

الخلع جائز لا بأس به عند أكثر العلماء، لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق و النزاع و عدم الوفاق بين الزوجين فقد تبغض المرأة زوجها و تكره العيش معه لأسباب جسدية خلقية أو خلقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك و تخشى ألا تؤذي حق الله تعالى في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية لدفع الحرج منها و رفع الضرر عنها ببديل شيء من المال تفتدي به نفسها و تتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها⁽²⁾ .

فقد ثبتت مشروعية الخلع في القرآن الكريم و السنة النبوية و إجماع.

البند الأول: أدلة الخلع من القرآن الكريم

قال الله تعالى: {الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون}⁽³⁾ .

فقد شرع الخلع للزوجة في مقابل حق الزوج في الطلاق، فإذا بغض الزوج زوجته طلقها، و لكن قد تبغض الزوجة زوجها و لا تريد معاشرته و تود الخلاص منه، و يرفض الزوج أن يطلقها لرغبته فيها أو لحرصه على ماله الذي أنفقه⁽⁴⁾، لذلك أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية

(1)- سمية صالح، الخلع فقها و قانونا و قضاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الاجتهاد

القضائي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون، تخصص الأحوال الشخصية، المشرف سعاد سطحي، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية قسم الشريعة و القانون جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2008، ص7، 8.

(2)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص266.

(3)- سورة البقرة 229.

(4)- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص208.

بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية، و له أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها.

وفي أخذ الزوج الفدية عدل و إنصاف إذا أنه هو الذي أعطاها المهر و كذلك تكاليف الزواج و الزفاف و انفق عليها، و هي التي طالبت بالفراق، فكان من الإنصاف أن ترد عليه تبعاته، و إن طلبت الزوجة الفرقة فبيدها الخلع و عليها تبعاته كذلك.

وجاء في تفسير ابن كثير⁽¹⁾، قوله تعالى: { و يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله }⁽²⁾، أنه إذا تشاقت الزوجان و لم تقم المرأة بحقوق الرجل و لم تقدر على معاشرته، فلها أن تقتدي منه بما أعطاها و لا حرج عليها في بذلها له و لا حرج عليه في قبول ذلك منها.

و قال تعالى أيضا: { و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و أتيتم إحداهن قنطار فلا تأخذوا منه شيئا }⁽³⁾.

و هذه الآية تمنع الزوج أن يأخذ مالا من زوجته ليطلقها إذا كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى: { و إن أردتم استبدال... } فالخطاب للزوج و معناه إذا رغب الزوج أن يستبدل زوجه، أو أن يتزوج زوجة أخرى فلا يظلم زوجته الأولى حتى تقتدي نفسها فيطلقها⁽⁴⁾.

و قال الله تعالى أيضا: { و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا و الصلح خير }⁽⁵⁾.

و قال تعالى: { أن يتفرقا يغن الله كلا من سعته }⁽⁶⁾.

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص48.

(2)- سورة البقرة 299.

(3)- سورة النساء 20.

(4)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص498.

(5)- سورة النساء 128.

(6)- سورة النساء 130.

أي فالمرأة إذا خافت من زوجها إعراضاً أو نفوراً أو كراهية بها أو حبا لغيرها، فلا إثم عليها في هذه الحالة أن يصلح بينها و الصلح خيراً، أي خير من الفراق، و لم يذكر الفراق و لكن إذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر استمرار الحياة بين زوجين لا يقيمان حدود الله في معاشرتهما.

دعوى نسخ الخلع:

قال أبو عبد الله بكر بن عبد الله المزني لا يجوز لأن آية الخلع: فإن خفتم ألا يقيما حدود الله منسوخة بآية { و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتم إحداهن قنطار فلا تأخذوا منه شيئاً}. جاء في تفسير الطبري عن عقبة بن أبي الصهباء قال: سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته الخلع فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً قلت: يقول الله تعالى ذكره في كتابه: { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } قال: هذه نسخت قلت: فإنني حفظت؟ قال حفظت في سورة النساء في قول الله تعالى: { و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتم إحداهن قنطار فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً}.

للرد على دعوى النسخ تقول: إن النسخ لا يكون عادة عند وجود تعارض بين حكمين أو آيتين لا يمكن الجمع بينهما، فهل ينطبق على الآيتين السابقتين؟

1- الآية الأولى: تقول: { فإن خفتم ألا يقيما حدود الله... }، فيها إباحة للزوج أن يأخذ من مال زوجته إذا عدت إقامة حدود الله كأن تكون كارهة له أو مبغضة أو تسيء عشرته أو نحو ذلك⁽¹⁾.
2- والآية الثانية تقول: { و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج.. } والخطاب هنا للزوج، أي إذا أراد الزوج أن يستبدل زوجته فالسبب هنا ليس من الزوجة بل من الزوج و لهذا قال بعض الفقهاء لا يجوز للزوج إن كانت الإساءة و الكراهية من جانبه، أن يأخذ عوضاً على طلاقه و قال جمهور الفقهاء يكره أخذ العوض في هذه الحالة.

فالله تعالى أباح الخلع في حال بغض الزوجة و نفورها، و حظره في حال بغض الزوج و نفوره، فهما آيتان لحكمين و حالتين مختلفتين فلا نسخ فيهما، وأن إجماع الصحابة و من بعدهم إلى عصرنا هذا على أن الخلع مشروع غير منسوخ.

(1)- عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص498، 499.

قال الطبري في تفسيره: أما ما قاله بكر بن عبد الله أن هذا الحكم في جميع الآية منسوخ فقول لا معنى له (1).

البند الثاني: أدلة الخلع من السنة النبوية

و فيما يلي نبذة موجزة مما جاء في أحاديث السنة في الخلع باختلاف ألفاظه و تعدد طرق حديثه:

الرواية الأولى: جاء في صحيح البخاري: عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله! ما أنعم على ثابت في دين و لا خلق إلا أني أخاف الكفر: فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: {أفتردين حديثه؟} قالت: نعم، فردت عليه و أمره ففارقها (2).

الرواية الثانية: قال الإمام مالك في موطنه: عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس و أن رسول الله صلى الله عليه و سلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابها في الغسل فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله قال ما شأنك: قالت لا أنا و لا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه و سلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم لثابت بن قيس خذ منها فأخذ منها و جلست في بيت أهلها (3).

و في رواية مالك رحمه الله زيادة مفيدة: وهي أنها لشدة كراهيتها لزوجها لم تنتظر إلى أن يصلي النبي صلى الله عليه و سلم صلاة الصبح، فوقفت عند باب بيته لتعجل بخلاصها ممن تبغضه، و فيه أنها جلست في أهلها، يعني أنها فارقت بيته في الحين، و بقيت عند أهلها و لم تعتد في بيته (4).

(1) - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 500.

(2) - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردر، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، المجلد 3، ص 394.

(3) - مالك بن أنس، الموطأ، دار الريان بالتراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988، ج 1، ص 383.

(4) - تقي الدين الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1983، ص 49.

الرواية الثالثة: قال الحافظ ابن كثير في تفسيره: قال الإمام أبو عبد الله بن بطة، وذكر سنده إلى ابن عباس: أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: و الله ما أعتب على ثابت بن قيس في دين و لا خلق، و لكنني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيعه بغضا، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ ما ساق و لا يزداد، قال ابن كثير بعد ما ذكر أسانيد هذا الحديث: وهو إسناد جيد مستقيم.

الرواية الرابعة: قال الحافظ ابن كثير: و قال ابن جرير و ذكر سنده إلى عبد الله بن رباح، عن جميلة بنت عبد الله ابن أبي سلول: أنها كانت تحت ثابت بن قيس فنشزت عليه فأرسل إليها النبي صلى الله عليه وسلم فقال: {يا جميلة ما كرهت من ثابت} قالت والله ما كرهت منه ديناً وخلقاً، إلا أني كرهت دمامته، فقال لها: {أتردين عليه الحديقة} فقالت: نعم، فردت الحديقة و فرق بينهما.

الرواية الخامسة: قال الحافظ ابن كثير: قال ابن ماجة و ذكر سنده إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكان رجلاً دميماً، فقالت يا رسول الله: و الله لولا مخافة الله إذا دخل علي بصقت في وجهه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أتردين عليه حديقته؟) قالت: نعم فردت عليه حديقته، قال: ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الرواية السادسة: قال القرطبي في تفسيره: روى عكرمة ابن عباس قال: أول من خالغ في الإسلام: أخت عبد الله بن أبي، أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا يجتمع رأسي و رأسه أبداً، إنني رفعت جانب الخباء فرأيتُه أقبل في عدة، إذ هو أشدهم سواداً، و أقصرهم قاماً، و أقبحهم وجهاً، فقال (أتردين عليه حديقته؟).

قالت: نعم وإن شاء زدته، ففرق بينهما⁽¹⁾.

أدلة الخلع من الإجماع: أجمع المسلمون على مشروعية الخلع و لم يخالف إلا بكر بن عبد الله المزني و لكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

(1)- تقي الدين الهلالي، المرجع السابق، ص50.

قال مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة و لم يسيئ إليها و لو لم توت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.

وقال ابن قدامة في الخلع: وهو قول عمر و عثمان و لم نعرف لهم في عمرهم مخالفا: فيكون إجماعاً⁽¹⁾.

قال ابن جعفر في فتح الباري: أجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور⁽²⁾.

و قد ذكر الشوكاني في فتح القدير بعد أن حكى رأي المزني قال: وهو قول خارج عن الإجماع.

و قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحد خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فالإجماع منعقد على مشروعية الخلع⁽³⁾.

الفرع الثاني: حكم الخلع

حكم الخلع شرعا الجواز⁽⁴⁾، بدليل قوله تعالى { فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به }⁽⁵⁾، ففي حالة تشاقق الزوجين و خوفهما ألا يقيما حدود الله و في حالة عدم قدرة المرأة القيام بحقوق الرجل، و أبغضته و لم تقدر على معاشرته أجاز لها الشرع أن تفتدي منه بما أعطاه، و لا حرج على الزوجة في أن تدفع من مالها للحصول على الطلاق تفتدي به نفسها منه⁽⁶⁾، بما بذلته من مال، و لا حرج على الزوج في أن يأخذ ذلك ليطلقها.

أما إذا لم يكن لها عذر و سألت الافتداء منه فقد قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: { أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة. }⁽⁷⁾ في حديث آخر قال عليه

(1)- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص504.

(2)- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، الأزاريطة، 2005، ص264.

(3)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص505.

(4)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص53.

(5)- سورة البقرة 229.

(6)- نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص149.

السلام : {المختلعات هن المنافقات}، ثم قال طائفة كثيرة من السلف و أئمة الخلف أنه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق و النشوز من جانب المرأة، فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية و احتجوا بقوله تعالى: { و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود فإن خفتم ألا يقيما حدود الله}، قالوا فلم يشرع الخلع إلا في هذه الحالة، فلا يجوز في غيرها إلا بدليل، والأصل عدمه، وقال مالك والأوزاعي: لو أخذ منها شيئاً وهو مضار لها و جب رده إليها، وكان الطلاق رجعياً، وقال الشافعي، رحمه الله: يجوز الخلع في حالة الشقاق و عند الاتفاق بطريق الأولى والأخرى (1).

كما أن للخلع أحكاماً كثيرة نذكر أهمها:

1- يقع الخلع في المذهب الحنفي طلاقاً بائناً، سواء ذكر فيه بدل مالي أم لم يذكر، فإن ذكر بدل فالزوجة، تدفع البديل على أساس تخليص نفسها من عصمة زوجها، فيكون لها ذلك بالبينونة. و إن لم يذكر فيه البديل صراحة بل كانت صيغة الخلع لفظاً ينبئ عن وجوب مال على الزوجة، كان الحكم في الحالة السابقة التي صرح فيها المال، ومثال ذلك أن يقول الزوج لزوجته اختلعي مني، و افتدي نفسك مني، وخالعيني، وما إلى ذلك من ألفاظ، فهذا كله يفهم منه وجوب دفع الزوجة لزوجها مالا مقابل طلاقها، فيقع الطلاق هنا بائناً، و في حال كان اتفاق الخلع على المهر المقبوض، و جب على الزوجة أن ترد المهر إلى زوجها لتختلع منه (2).

أما إذا لم يذكر المال و لم تكن صيغة الخلع تبين وجوب دفع الزوجة المال لزوجها و تلفظ الزوج بألفاظ الخلع كأن قال لزوجته: "خلعتك" و قع ذلك طلاقاً بائناً و لو بلفظ من ألفاظ الخلع، و وقوع البائن بألفاظ الخلع لا يحتاج إلى نية متى كان المال مذكوراً في الصيغة أو مفهوماً، كما في الحالتين السابقتين.

ويرى أصحاب المذهب الحنفي أن الزوج إذ نوى بخلعه تطليقه أو اثنتين فهي واحدة بائنة، و إن نوى ثلاثاً فثلاثة.

2- الخلع لا يبطل و إذا كان الشرط فاسداً، كأن تخالع الزوجة زوجها على شرط أن تمسك ابنها (الذكر) عنه بعد انتهاء زمن الحضانة فهنا الشرط باطل، و يقع الخلع بينهما، كما و يجب

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص54.

(2)- نفس المرجع السابق، ص55.

للزوج على زوجته ما تم الاتفاق عليه من بدل الخلع، سواء كان المهر كله أم بعضه، أم شيئاً آخر خلاف المهر الذي اتفق عليه، فهذا الأمر تم الاتفاق عليه بين أئمة الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حكمة الخلع

الأصل أن الطلاق بيد الزوج و قد يعطى للقاضي في بعض الحالات، إلا أن الزوجة بمعزل عن تطبيق نفسها إلا إذا اشترطت ذلك أو فوضت، و لما كان الزواج علاقة دائمة في الإسلام، و كانت الشريعة الإسلامية شريعة خاتمة، فقد أولت مركز المرأة في عقد الزواج عناية فائقة من صورها فتح الباب أمامها متى استحکم النزاع و اشتدت كراهية المرأة للرجل، فأحل لها فك رابطة الزوجية بإرادتها مع تقديم عوض مالي، يجب عليها دفعه، ويحل للزوج أخذه، و كما أشار ابن رشد في بداية المجتهد، فإن في الخلع موازنة بين حقوق الرجل و المرأة بما يبرز على الشريعة الإسلامية و عدالة أحكامها و قواعدها⁽²⁾.

المطلب الثالث: الطبيعة الفقهية و القانونية للخلع

و سوف نتناول في هذا المطلب الطبيعة الفقهية و القانونية للخلع فرعين: حيث نتناول في الفرع الأول: التكيف الفقهي للخلع، و الفرع الثاني: نخصه لدراسة الطبيعة القانونية للخلع.

الفرع الأول: التكيف الفقهي للخلع

اختلف الفقهاء في مسألة التكيف الفقهي للخلع فمنهم من اعتبره يمينا أم معاوضة و منهم من اعتبره فسحا أم طلاق.

البند الأول: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة

أولاً: عرف الفقهاء الطلاق على أنه يمين سواء أوقعه الزوج أو الزوجة، فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان و لا يتم إلا بإرادتهما مجتمعة يعتبر يمينا منهما أم مختلف كل منهما عن الآخر؟.

القول الأول: الأحناف يرون أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج: لأن الزوج الذي يقول لزوجته (خالعتك على مائة دينار) يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة دينار و كأنه

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 56.

(2)- محمود سمير عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 263.

قال لها (إن دفعت لي مائة دينار خالعتك)، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج⁽¹⁾.

أما بالنسبة للزوجة فيعتبر معاوضة، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج، مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية و كأنها قالت له (رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البذل)، و يضيف نفس الرأي أن هذه المعاوضة ليست كباقي المعاوضات فهي ليست معاوضة خالصة، لأن المعاوضات الخالصة يكون البذل فيها مالا أو شيئا يقوم بالمال، و لكن ما يقابل بدل المرأة ليس إلا خلاصا لنفسها وهو ليس بمال ولا في حكم المال.

في حين يذهب جانب من الفقه و في مقدمتهم الظاهرية إلى اعتبار الخلع ليس بعقد بين الزوجين من أجل تقرير مصير الزوجة بخلعها من عدمه، بل هو حق أصيل للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت ومتى أرادت، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال، وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها، وعليه فالقول بأن الخلع عقد بين الزوج والزوجة مستبعد من طرف هذا الرأي⁽²⁾.

ثانيا: الآثار المترتبة على اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة

1- آثار اعتبار الخلع يمينا

أ- إن إيجاب الزوج للخلع لا يبطل بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة بعد قيامه صح الخلع و وقع الطلاق.

ب- ليس للزوج الرجوع عن الخلع قبل قبول الزوجة⁽³⁾، فلو قال الزوج لزوجته خالعتك على مائة دينار، مثلا ثم أراد أن يرجع عن خلعها قبل جوابها، لم يملك ذلك، و لو كان الخلع معاوضة من جانبها، لصح رجوعه قبل قبولها.

ج- لا يصح للزوج أن يجعل لنفسه خيار الشرط، فلو قال الزوج لزوجته خالعتك على أن تبرئيني من مؤخر صداقك على أن لي الخيار ثلاثة أيام، و قبلت الزوجة وقع الطلاق في الحال، و

(1)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص64.

(2)- نفس المرجع السابق، ص65.

(3)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص394.

لزمها المال، لأن اشتراط الخيار للزوج مخالف لمقتضى الخلع، ولو كان معاوضة في حقه لصح خيار الشرط⁽¹⁾.

2- آثار اعتبار الخلع معاوضة

أ- يجوز للزوجة أن ترجع عن الإيجاب قبل قبول الزوج لأن المعاوضة يصح فيها الرجوع عن الإيجاب، فلو قالت الزوجة لزوجها: خلعت نفسي على مبلغ كذا، ثم رجعت عن إيجابها قبل قبول الزوج جاز لها ذلك⁽²⁾.

ب- لا بد للزوجة أن تكون حاضرة بمجلس الخلع و أن تكون عالمة بمعناه، فإن كانت غير عالمة بمعناه و لقنها معنى الخلع بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخالع فلا يقع الطلاق و لا يلزمها المال، و يشترط في المعاوضة العلم ببعض الألفاظ.

ج- للزوجة شرط الخيار لنفسها في مدة معينة، لتفعل أو ترد⁽³⁾، فلو قال لها: خلعتك على مبلغ كذا فقالت قبلت، و لي الخيار ثلاثة أيام، فلها أن تقبل الخلع أو ترده مدة خيار الشرط لأن الخلع من جانبها معاوضة، و المعاوضات يصح اشتراط الخيار فيها⁽⁴⁾.

د- لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع، أو تضيفه إلى زمن المستقبل، لأن الخلع، من جانبها، معاوضة و تمليك، و التمليكات لا تقبل التعليق و لا الإضافة.

هـ- إن بدل الخلع لا يلزم الزوجة إلا إذا كانت أهلا للتبرع، بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة، لأن الخلع و إن كان في معنى المعاوضة، من جانب، إلا أن فيه شبهة بالتبرعات، فإن لم تكن الزوجة أهلا للتبرع لم يلزمها المال إلا بموافقة ولي المال⁽⁵⁾.

البند الثاني: اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا

أولا: اختلف الفقهاء أيضا حول اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.

فالذين قالوا أنه فسخ و منهم أحمد و داود و ابن عباس و عثمان و هم صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم، استندوا إلى قوله تعالى: {الطلاق مرتان}، ثم بعد ذلك ذكر الله الافتداء، إذا قال: {فإن

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص62.

(2)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص395.

(3)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص62.

(4)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص395.

(5)- نفس المرجع السابق، ص395.

طلقها فلا تحل له من بعد حتى تتكح زوجا غيره⁽¹⁾،مكونان الافتداء طلاقا لازداد عدد الطلاقات على ثلاث.

و في نفس الصدد ذكر الإمام بن القيم الجوزية بقوله:(والذي يدل على أن ليس بطلاق،أنه سبحانه و تعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لا يستوفي عدده ثلاثة أحكام،كلها منتفية على الخلع و يعد فسخا لأنه محسوب بين الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد بعد دخول الزوج وإصابته كما أن العدة فيه ثلاثة قروء)،و يضيف ابن القيم قوله:(ومن نظر إلى حقائق العقود مقاصدها دون ألفاظها يعد الخلع فسخا بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق،ومما يدل (حسب الرأي دائما) على أن الخلع فسخ،هو أن النبي صلى الله عليه و سلم أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة، و مع هذا أمرها أن تعتد بحيضة.

أما الذين قالوا أن الخلع طلاق،فإنه روى عن عثمان وعلي و عبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أي الخلع يعد طلاقا و في ذلك قال أبو حنيفة ومالك والشافعي. و هذا الحكم مؤكد سواء كان خلع على مال أو كان بغير ذلك لأن الله شرع الخلع لكي تملك الزوجة نفسها،وهذا ما يتنافى مع الطلاق الرجعي، ومتى اعتبر الخلع طلاقا احتسب من عدد الطلاقات و أدلة الخلع على أنه طلاق⁽²⁾.

حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم (ردي عليه حديثه)،و مفهوم الرد المفارقة و التولية ولا يقع إلا بطلاق.

ما حدث به الباقي: بن مانع قال: حدثنا أحمد بن الحسين عبد الجبار،قال حدثنا أبو همام قال: حدثنا الوليد عن أبي سعيد قال:(جعل رسول الله صلى الله عليه و سلم الخلع تطليقة)⁽³⁾.

ثانيا: الآثار المترتبة على اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا

رتب الفقهاء الآثار على كلا الاعتبارين

1- آثار اعتبار الخلع طلاقا:

أ- يحسب من عدد الطلاقات.

(1) - سورة البقرة 230.

(2)- باديس ذيابي،المرجع السابق،ص66.

(3)- نفس المرجع السابق،ص66.

- ب- يجوز للزوج أن يعدد أكثر من خلع بلفظ واحد، فيقع ما عدده عند من يجيز تعدد الطلقات
ج- عدة المختلعة ثلاث حيضات كما هي المطلقة.
د- لزوم كثير من الأحكام كنفقة العدة و ثبوت النسب، لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل
الحل.

هـ- للزوج أن يراجع زوجته بعقد ومهر جديدين ما لم يكن الخلع مسبقا بطلقتين⁽¹⁾.

2- آثار اعتبار الخلع فسخا :

- أ- لا يحسب من عدد الطلقات، فله أن يراجعها حتى و إن سبق بطلقتين.
ب- لا يقع الفسخ متعددا بل واحد و لو نوى به أكثر من واحدة.
ج- إن عدة المختلعة تكون بحيضة واحدة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع

حيث سوف نتناول ما ذهب إليه المشرع الجزائري الطبيعة القانونية للخلع قبل التعديل و بعده.

البند الأول: الطبيعة القانونية للخلع قبل التعديل

بشأن الخلع كيمين أم معاوضة، ففي قانون 11/84/ المؤرخ في 09 جوان 1984، لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين و على الزوجة المعاوضة، كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج، لأنه يرتبط بالطلاق و يعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، حيث اكتفى في المادة 54 من قانون الأسرة بالقول " أنه يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه...مما جعل بعض شراح القانون المتبنين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج حاولوا شرح المادة 54 على أساس الخلع عقد و بالتالي تبناوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة⁽³⁾ .

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص67.

(2)- نفس المرجع السابق، ص67.

(3)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص67.

و في هذا الصدد يقول الدكتور بلحاج العربي إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت و تم ذلك بإيجاب و قبول سمي هذا {مخالعة}(1).

فالخلع إذن عقد ينعقد بإيجاب و قبول فهو إذن ثنائي الطرف، و يشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق، و الذي يقال في هذا الصدد أن رجال القانون قد أخذوا الحكم أو الصفة التي أضافها فقهاء الإسلام على الخلع(2).

و من هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال، و يعتبر معاوضة لها شبيهة بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من رابطة زوجية(3).

و قد دل المشرع على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا يقيم حدود الله فلا حرج عليها أن تفتدي، كما أنه لا جناح على الزوج أن يأخذ منها ما تفتدي به و إذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة أن تطلبه، لقوله عليه السلام: {أيا امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة}، كما أنه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها أو تبرئه من مؤخر صداقها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا، الحاضر طمعا في أموال زوجاتهم(4).

فالخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل ما تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها بدون مخاصمة و في هذا المعنى أقرت المحكمة العليا مبدأ تضمنه القرار الصادر بتاريخ 1976/02/23 في القضية 1176 أشار فيه أنه: ليس للقاضي أن يصرح بالخلع من تلقاء نفسه بل لا بد فيه من وجود التراضي بين الزوجين، و قررت مبدأ آخر تضمنه القرار الصادر بتاريخ: 1968/03/13 جاء فيه: إن عدم قبول الزوج للعوض الذي تقدمت به الزوجة يجعل الخلع غير صحيح(5).

و قد جاء قرارين في هذا الصدد هما:

(1)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 263.

(2)- ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 63.

(3)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 67.

(4)- ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 63.

(5)- نفس المرجع السابق، ص 65.

- القرار الصادر: 1984/06/11 المجلة القضائية عدد 89/3 ص 38 متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.

- القرار الصادر 1988/11/21 المجلة القضائية عدد 90 /03 ص 72 من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم كان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه⁽¹⁾.

البند الثاني: الطبيعة القانونية للخلع بعد التعديل

لكن الرأي تغير بعدها بتغير عديد الظروف، وفصل المشرع الجزائري في أمر التكييف الفقهي للخلع في التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27/فبراير 2005 الذي عدل القانون 11/84 حينما عدلت المادة 54 منه، ونصت على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي."

و في ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء إليه إن شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية ضربا من المحال، و بذلك فلا حاجة لمجلس عقد، ولا أي إيجاب الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول الزوج⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإن المشرع الجزائري كان واضحا منذ الوهلة الأولى بتبنيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا و ذلك واضح من الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان كنة الطلاق و معنى الفسخ، هو الترتيب الذي دعم هذا الرأي.

فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد و الباطل و ذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه، إذ نص في المادة 32: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع

(1)- ربيحة إلمات، المرجع السابق، ص 63.

(2)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 68.

أو شرط يتتافى و مقتضيات العقد"، و أوضحت المادة 33 منه أيضا على أن ركن الرضا المهم و الأساسي في إقامة الزواج إذا اختل بطل الزواج و المفهوم هنا أن البطلان مطلق، أما الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق الدخول.

والمادة 34 اعتبرت زواج بإحدى المحرمات فاسد يوجب فسخه قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء، و في المادة 35 و هي الأخيرة في الفصل الثالث أكدت على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان صحيحا و الشرط باطلا⁽¹⁾.

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان (انحلال الزواج) وذلك المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة.

ثم تطرق في الفصل الأول المعنون "بالطلاق" من المادة 48 التي نصت على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من نفس القانون و نجد أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق و هو يؤكد التأثير الواضح و تبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بالخلع طلاقا لا فسحا، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد و تمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد و اشتماله على مانع، أو شرط ينافى و مقتضياته بينما الأمر يختلف عليه في الخلع⁽²⁾، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد و إنما نتيجة ظروف و عناصر خارجية عن العقد مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق.

ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي: "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح"⁽³⁾.

(1)- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص68.

(2)- نفس المرجع السابق ص69.

(3)- منصور نور، المرجع السابق، ص114.

المبحث الثاني: أركان الخلع و شروطه

أركان الخلع هي العناصر التي يتكون منها و يتحقق بها وجوده فلكي يكون الخلع صحيحا منتجا لآثاره لا بد من توافر أركانه و سوف نحاول من خلال هذا المبحث دراسة أربعة مطالب حيث نتناول في المطلب الأول المخالغ و أحواله و نتناول في المطلب الثاني المختلعة و أحواله و نتطرق في المطلب الثالث لدراسة الصيغة في الخلع و المطلب الرابع نخصه لدراسة العوض و الخلع.

المطلب الأول: المخالغ و أحواله

الخلع تصرف خطير في نفسه و آثاره ونتائجه ولهذا فهو لا يقع من كل زوج، و لا في كل حال بل لابد لصحة إيقاعه و جوازه شرعا أن يكون من يصدر عنه بالغاء، عاقلا، لأنه بالعقل و البلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات.

و يشترط في المخالغ (الزوج) أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق فهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء و هي: "كل من صح طلاقه صح خلع" لأن الخلع طلاق بعوض، فإذا جاز الطلاق بلا عوض فجوازه بالعوض من باب أولى⁽¹⁾.

حيث نتناول في هذا المطلب فرعين حيث نتطرق في الفرع الأول لدراسة الخلع المحجور عليه و الفرع الثاني نخصه لدراسة الخلع المريض مرض الموت.

الفرع الأول: خلع المحجور عليه

إن المقصود بالمحجور عليه هو الشخص الممنوع من التصرف لانعدام أهلية الأداء في العقود و باقي التصرفات والأعمال القانونية، والحالات التي تتعدم فيها الأهلية هي الجنون، والسفه، أما الصغير فتكون أهلية صاحبه ناقصة لا منعدمة، وسنفضل في هذه المسائل كالاتي:

البند الأول: خلع الصغير

ذكرنا سابقا أن شروط الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق بأن يكون عاقلا بالغاً فخلع الصبي

(1)- عامر سعيد الزبياري أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،

و طلاقه باطل وهذا باتفاق الفقهاء و فيما يأتي بعض نصوصهم⁽¹⁾.

و قال في المبسوط أن: خلع الصبي و طلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره⁽²⁾، إن اعتبار القصد ينبنى على الخطاب والخطاب ينبنى على اعتدال الحال و كذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له و لتحقيق الحاجة إليه و ذلك لا يتحقق في الطلاق⁽³⁾.

و ذكر الإمام مالك بن أنس أن خلع الصبي لا يجوز و يجوز خلع الأب أو الوصي عليه و يكون ذلك تطليقة و قد أجاز ذلك من وجهة النظر للصبي ما دام جوازه قائما فخلعه جائز أيضا و ينوب عنه الأب أو الوصي⁽⁴⁾.

كما قال ابن قدامة أن من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه لأنه ليس أهلا للتصرف فلا حكم لكلامه كالصبي أما عن خلع الأب زوجة ابنه الصغير فعند الحنابلة في ذلك قولان أنه لا يملك ذلك، وقول آخر أنه يملك ذلك لأنه يصح أن يزوجه فصح أن يطلق عليه.

البند الثاني: خلع المحجور عليه لسفه

ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلع السفية و ذلك بناء على صحة طلاقه لأن كل من صح خلعه، و لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من دون أن يحصل على شيء، فلأنه يملكه محصلا للعرض من باب أولى، و يجب أن يسلم العوض إلى الولي، لأن السفية محجور عليه فإن سلم العوض إلى السفية بدون إذن الولي فهو بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه. قال الخرشي: "لو كان الزوج سفية، فالخلع جائز و طلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى".

و قال الدسوقي: "لا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه"

و في المغني: "و ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه و أمواله و هذا بدل الخلع من حقوقه"⁽⁵⁾.

(1)-سمية صالح، المرجع السابق ص45.

(2) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص547،

(3)- سمية صالح، المرجع السابق، ص45.

(4)- ربيحة إغات، المرجع السابق، ص46.

(5)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص102، 103.

البند الثالث: خلع المحجور عليه لجنون

اتفق الفقهاء على أن حكم خلع المجنون كخلع الصبي فلا يصح خلع المجنون لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري في مسألة خلع المحجور عليه فبالرجوع للمادة 54 نجد أنها لم تحدد شروط الزوج المخالغ المحجور عليه (الصغير، السفیه، المجنون)، غير أنه نص في المادة 42 من القانون المدني على تصرفات الصبي والمجنون حيث جاء فيها "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

كما نصت المادة 43 من القانون المدني: كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفیها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". فالمشرع الجزائري اعتبر الصغير المميز و السفیه أو المعتوه ناقصي الأهلية، كما اعتبر الصغير غير المميز و المجنون فاقد الأهلية.

و قد حدد القانون الجزائري سن التمييز بثلاث عشرة سنة وهذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني، و من لم يبلغ هذا السن لا يكون أهلا للقيام بالتصرفات و لمباشرة حقوقه، و ينص قانون الأسرة الجزائري في المادة 82: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

والمقصود بالبطلان في نص هذه المادة هو بطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز بطلانا مطلقا، أي اعتبار تصرفاته منعدمة، وعليه فخلع الصغير غير المميز و المجنون باطل لانعدام أهليتها⁽²⁾.

أما عن الصبي المميز فقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة أن "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيها إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

(1)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 97.

(2)- سمية صالح، المرجع السابق، ص 46، 47.

فالصبي المميز إذا كان تصرفه دائر بين النفع و الضرر يكون قابلا للإبطال لمصلحته و تكون تصرفاته باطلة إذا كانت ضارة به، أما إذا كانت التصرفات نافعة فهي نافذة، وعليه فإذا كان خلعه نافعا له فهو صحيح أما إذا كان ضارا به فهو باطل⁽¹⁾.

أما فيما يخص تصرفات السفية فنجد أن المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، و نجد أحكام هذه المادة تتعارض مع نص المادة 43 من القانون المدني والتي جاء فيها: " كل من يبلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون."

فالقانون المدني يعد كلا من السفية و ذي الغفلة(المعتوه)، في الأصل أنهما ناقصا الأهلية، و قد سوى بينهما وبين الصبي المميز في الحكم وعليه تكون تصرفاته صحيحة إذا كانت نافعة له، وباطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة به ضررا محضا وتكون باطلة نسبيا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

أما قانون الأسرة فنجد أنه اعتبر تصرفات السفية كالمجنون، والواقع أن السفية لا يعتبر عديم الأهلية كما تقضي به المادة 85 من قانون الأسرة فهو يتمتع بكامل قواه العقلية غير أنه لا يحسن التصرف في المال فلا يمكن أن نعهده كالمجنون والمعتوه.

و ما يمكن أن نرجحه هو أن خلع السفية يقع، وذلك إعمالا للقاعدة الفقهية: كل من صح طلاقه صح خلعه، أما عن العوض المقدم له، فلكون السفية مشهود عليه، بعدم القدرة على التصرف في المال بالتبذير و الإسراف، فإن العوض يقدم لمن ينوبه أي لوليه⁽²⁾، لقوله تعالى { ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما }⁽³⁾.

كما يمكن الإشارة إلى أن التصرفات المالية لفاقد الأهلية موقوفة على إجازة الولي أو الوصي القيم وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني حيث جاء فيها: "يخضع فاقدوا

(1)- سمية صالح، المرجع السابق، ص46، 47.

(2)- نفس المرجع السابق، ص48.

(3)- سورة النساء، 05.

الأهلية و فاقدوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة،ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

وعليه فيجب أن يكون الزوج مؤهلا عند مخالعة زوجته،بمعنى أن يكون متصفا بكامل قواه العقلية و غير محجور عليه طبقا لأحكام المادة 85 من قانون الأسرة و إلا وقع تصرفه هذا باطلا(1).

وإن الزوج إذا كان سفيها أو معتوها يفترق إلى الأهلية مند صدور التصرف منه أو إليه يكون تصرفه باطلا ولا ينتج أي أثر،لأن الخلع تصرف قانوني له أثر مالي، فهو بحاجة إلى أهلية التصرف(2)، وبغيابها ينوب وليه،و هذا طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 210(3)،من قانون الأسرة الجزائري لكون الزوج هو الذي يستلم العوض،كما تجدر الإشارة أن المقرر قانونا أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا(4).

الفرع الثاني: خلع المريض مرض الموت

اتفق الفقهاء على جواز الخلع من المريض مرض الموت وأنه نافذ قياسا على طلاقه،فإن من جاز طلاقه جاز خلعه.

يرى المالكية صحة الخلع قضاء،ذهبوا إلى عدم جوازه ديانة،لأنه يؤدي إلى إخراج وارث من الميراث في مرض موته و لكنه إذا أقدم عليه في هذه الحالة صح قضاء.

و قد خالف الإمام مالك الأئمة الثلاثة في مسألة ما إذا خالع الزوج ثم توفي قبل أن يبرأ من مرضه،فإنها ترثه عند مالك خلافا للأئمة الثلاثة،وسواء في ذلك وفاته أثناء عدتها أم بعد(انتهائها، وسواء تزوجت بغيره أم لم تتزوج،وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق، و المدخول بها سواء في هذا الحكم عنده(5).

(1)- ريحة إلغات،المرجع السابق،ص45.

(2)- نفس المرجع السابق،ص46.

(3)- المادة 2/210... "و إذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا "

(4)- سمية صالح،المرجع السابق،ص48.

(5)- عامر سعيد الزبياري،المرجع السابق،ص104.

أما الشافعية: يقول المزني يجوز الخلع في المرض كما يجوز في البيع فإن كان الزوج هو المريض: فخالعها بأقل من مهرها ثم مات فجائز لأن له أن يطلقها من غير شيء⁽¹⁾.
أما الحنابلة: قال ابن قدامة في المغني: أما خلع له لزوجته فلا إشكال في صحته سواء أكان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلق بغير عوض لصح و أجاز الحنفية أيضا خلع المريض مرض الموت.

جاء في البحر الرائق: و لو اختلعت صحيحة و الزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر.

أما الظاهرية فيجيزون الخلع بمرض الموت لأنهم لا يفرقون بين تصرفات مريض مرض الموت أو غيره وقد رد ابن حزم بشدة على من فرق⁽²⁾.
و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يورد أي نص على خلع المريض مرض الموت و إنما ترك ذلك للمادة 222 والتي تنص " كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾.

المطلب الثاني: المختلعة و أحوالها

للزوجة أحوال تحدد أهليتها في صحة خلعها ووقوعه، فالخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي و عليه تتطلب أهلية التبرع لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات.

حيث نتناول في هذا المطلب أربعة فروع، حيث نتطرق في الفرع الأول لدراسة خلع المحجور عليها، المجنونة والصغيرة والسفينة والفرع الثاني نتناول فيه، خلع الحائض و نتطرق في الفرع الثالث لخلع المعتدة من طلاق رجعي و الفرع الرابع نخصصه لدراسة خلع المريضة مرض الموت.

(1)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص549.

(2)- نفس المرجع السابق، ص501، 500.

(3) - سمية صالح، المرجع السابق، ص50.

الفرع الأول: خلع المحجور عليها: المجنونة، والصغيرة و السفية

سبق و أن أشرنا في المطلب السابق أن المحجور عليه هو الشخص الممنوع من التصرف لانعدام أهليته لجنون أو سفه، كما قد تكون أهليته ناقصة لا منعدمة كالصغير. يشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتصرف المالي، أما إذا لم تكن كذلك فينوب عنها وليها في المخالعة.

نجد أن الفقهاء في هذه المسألة كانت آراؤهم كما يلي:

يرى الشافعية و الحنابلة أن خلع المجنونة و الصغيرة باطل مطلقا لأن بدل العوض تبرع، و لا تصح تصرفات المجنونة و لا الصغيرة حتى يصح تبرعها.

أما خلع السفية عند الشافعية و الحنابلة على القول بأنه طلاق فهو صحيح و لكن لا تلتزم بالمال، سواء أذن لها و ليها أم لم يأذن و يقع الطلاق رجعيا، لأن الخلع بدون عوض يعتبر عند الشافعية طلاقا رجعيا، فإقدام الزوج على مخالعة زوجته السفية و هو يعلم أنها لا تلتزم بدفع المال يعتبر كأنه خالعه بدون عوض هذا إذا كان بعد الدخول أما قبل الدخول فيعتبر بائنا⁽¹⁾.

مذهب الحنفية: إن الخلع إذا كان بصيغة تتكون من إيجاب و قبول، فباشره الزوج مع زوجته و هي مجنونة أو صغيرة، لا تميز، فالخلع باطل و لا يترتب عليه طلاق، لأن الخلع حينئذ عقد باشره من ليس أهلا له فكان باطلا⁽²⁾.

أما الصغيرة المميزة و السفية التي تعقل معنى النكاح و الطلاق أي تفهم أن النكاح عبارة عن اجتماع رجل و امرأة و أن الطلاق فراقهما عن بعضهما قالوا يقع الطلاق بالخلع و لكن لا يلزمها المال لأنها ليست من أهل التبرع، أما لو باشر الخلع عنها و ليها فإن كان البدل من مالها لم يجب المال و في وقوع الطلاق روايتان الأولى: الأصح أن الطلاق يقع لأنه معلق على قبول و قد قبل. الثانية: لا يقع لأن الزوج إنما علق طلاقه على استحقاق المال فإذا لم يتحقق اختل الرضا فيجب ألا يقع⁽³⁾.

(1)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص561.

(2)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص113.

(3)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص562.

أما إذا كان البذل من مال الولي، فإن الخلع صحيح و البذل لازم له لأنه التزمه و هو أهل للالتزام و لا يرجع به على الزوجة في مالها.

أما خلع المحجور عليه للسفه فحكمه حكم خلع الصغيرة كما سبق قبل قليل وكذلك إذا خالعا وليها عنها.

قال ابن عابدين: "و لوخالعت المرأة زوجها، وهي غير رشيدة فإنها تطلق، ويلزم الزوجة، المال، وحتى لو كان بلفظ الطلاق، يقع رجعياً"⁽¹⁾.

مذهب المالكية: إن خلع الصغيرة، والمجنونة غير جائز، و يفرق المالكية بين حالتين: الأولى: إذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال إن قبضه.

الثانية: أما إذا علق الخلع على استحقاقه المال فلا يقع الطلاق و لا يجب المال إذا خالع الأب عن ابنته الصغيرة أو السفية فلو كانت في سن تجبر مثيلاتها على الزواج بولاية أبيهم، فالخلع صحيح سواء أكان من ماله أو من مالها، و سواء كان بإذنها أو بدون أذنها.

أما السفية التي ليس له عليها ولاية إجبار:

أولا فإذا كان العوض من ماله فيجوز الخلع و لو لم يكن بإذنها.

ثانيا: أما إذا لم تأذن له و خالعا من مالها ففي ذلك قولان عند المالكية قيل لا يجوز وقيل يجوز و يقع الطلاق رجعياً و إلى هذا ذهب الشافعية⁽²⁾.

مذهب الشافعية: ولا يجوز خلع المجنونة و لا الصغيرة غير المميزة ففيه خلاف، أما السفية والمحجور عليها فلا يصح الخلع عليها و يقع الطلاق رجعياً بدون مال، والسفية بعد الرشد وقبل الحجر يصح تصرفها على الأصح⁽³⁾.

مذهب الحنابلة: لا يجوز خلع الصغيرة غير المميزة والمجنونة، ولا يجوز خلع الولي عنهما من مالهما، و إن قال الولي " طلق بنتي و أنت بريء من مهرها ففعل، وقع الطلاق رجعياً، و لم يبرأ الزوج و لم يرجع على الأب، لأنه لا يملك التصرف في مالها إلا بما لها فيه الحظ، وهذا لاحظ لها فيه بل فيه إسقاط، ولأن مال الخلع تبرع، و لا إذن للولي في التبرعات، و في رواية لهم: إنه يصح

(1) - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 115.

(2) - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 563.

(3) - ربيعة إلغات، المرجع السابق، ص 54.

للولي خلع الصغيرة، إذا كانت فيه مصلحة جاء في الإنصاف" و ليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها، هذا المذهب، فعليه، لو فعل كان الضمان عليه و قيل له ذلك، و يحتمل أن يملك ذلك إذا رأى فيه الحظ و المصلحة قلت: "هذا هو الصواب"⁽¹⁾.

وأما السفهية أو الصغيرة المميزة لا يجوز خلعها بنفسها لأنه لا يصح بذل العوض منها فهي ليست، من أهل التصرفات، و سواء أذن لها الولي أم لم يأذن فلا عبرة بإذنه في التبرعات، و إن خالع المحجور عليها بلفظ يقع به طلاق، فهو طلاق رجعي و لا يتحقق الزوج عوضاً، و إن لم يكن اللفظ بما يقع به الطلاق، كان الخلع بدون عوض، هذا في رواية أن الخلع طلاق.

أما رواية فسح فلا يقع بخلع الصغيرة و السفهية طلاق قط و إذا اختلع ولي السفهية أو الصغيرة بمالها فجائز.

مما سبق نستنتج أن الجمهور ذهب إلى اشتراط أهلية المختلعة لأن الخلع بالنسبة لها عقد معاوضة فيها شوب التبرع، ويرى بعضهم إذا كانت ثمة مصلحة في إقدام الصغيرة و من في حكمها على الخلع بنفسها بإذن وليها فإنه يصح الخلع و الالتزام، و هذا هو رأي المختار عندي مادام الخلع يحقق مصلحة الزوجة في حالة الخوف عليها، أو على مالها من زوجها و ليس بالإمكان دفع ذلك إلا بالخلع⁽²⁾.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل الكلام على خلع المحجور عليها (المجنونة و الصغيرة، و السفهية) فباعثار الخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، فإنه يجب أن تتمتع الزوجة بأهلية التبرع فالخلع من قبيل التبرع لأنه فيه بذل عوض مالي من طرف الزوجة.

و لو رجعنا إلى المادة 186 من قانون الأسرة لوجدنا في نصها أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل، كما تنص المادة 203: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة سنة و غير محجور عليه".

فمن خلال هاتين المادتين نرى أنه يشترط في أهلية التبرع أن تكون كاملة بأن يكون عاقلاً بالغا من العمر تسع عشرة سنة، و غير محجور عليه و عليه فيشترط في الزوجة المختلعة أن تكون

(1)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص117.

(2)- نفس المرجع السابق، ص118.

عاقلة،بالغة من العمر تسع عشرة سنة و غير محجور عليه⁽¹⁾، وتثار مسألة هنا،وهي خلع الزوجة التي لم تبلغ سن الرشد القانوني،فلو رجعنا إلى المادة 07 من قانون الأسرة نجد أنها ترخص للمرأة الأقل من تسعة عشر سنة الزواج و ذلك بعد الترخيص من القاضي،كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات و لم ينص على تصرفات الزوجة القاصر،فلو بلغت الزوجة سن الرشد القانوني فلا إشكال في تصرفاتها، لكن لو كانت الزوجة بالغة من العمر ثمانية عشرة سنة و خالعت نفسها من زوجها، أيعتبر خلعها خلع بالغة رشيدة لأنها قد تجاوزت سن البلوغ الشرعي؟ أم يعتبر خلع محجور عليه لصغر لأن القانون نص في المادة 81 أن "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن... ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"؟ ترى أن الزوجة المختلعة في هذه الحالة تعتبر صغيرة مميزة، أي أن أهليتها تعتبر ناقصة لا منعدمة تماما و إن تصرفات الصغير المميز قد تكون تصرفات نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة أو الوصية فهذه التصرفات جائزة وتقع صحيحة،كما قد تكون التصرفات ضارة به ضرر محضاً كالتبرع مثلاً بماله أو قرضه لغيره فهذه،التصرفات تقع باطلة و غير صحيحة كما تتوقف التصرفات التي تدور بين النفع و الضرر على إجازة الولي أو الوصي،فتكون صحيحة إذا أذن فيها الولي،و باطلة إذا لم يأذن بها الولي أو الوصي،هذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾.

وعليه فإن خلع الصغيرة المميزة يكون متوقفاً على إجازة الولي أو الوصي كما نصت المادة 84 من نفس القانون أن للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و عليه يقع الخلع من الصغيرة المميزة بإجازة الولي أو الوصي أو القاضي.

أما المحجور عليها بجنون أو سفه فقد نصت المادة 85 من قانون الأسرة على أن تصرفات المجنون و المعتوه و السفيفه تعتبر غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه وعليه فالقانون المدني الذي يعتبر السفيفه ناقص الأهلية.

(1)- سمية صالح،المرجع السابق،ص55.

(2)- نفس المرجع السابق،ص55.

وإسنادا للمادة 81 من قانون الأسرة فإن الزوجة المحجور عليها لصغر أو سفه أو جنون إذا أرادت مخالعة زوجها على وليها أو وصيها أو من عينته المحكمة للقيام بالتصرف في أموال المحجور عليه و من يتولى أمره⁽¹⁾.

الفرع الثاني: خلع الحائض

اتفق الجمهور على أنه لا بأس بالخلع سواء كانت الزوجة في الحيض أم في الطهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض عندهم هو من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، و بما أن الخلع يقصد منه إزالة الضرر الذي يلحقها لسوء العشرة و بقاء مع من تكرهه و ترغب في فراقه و ذلك أعظم من ضرر طول العدة، فلا بأس أن يدفع أعلاهما بإذنهما و رضائهما بالخلع دليل على رضائهما بتطويل العدة و لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يسأل زوجة ثابت بن قيس حين خلعها و إليك بعض نصوصهم في ذلك:

قال ابن عابدين من الحنفية: "إن الخلع لا يكره في حالة الحيض بالإجماع".

و جاء في مغني المحتاج: "و يجوز الخلع في الحيض لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يسأل زوجته ثابت بن قيس حين خالعها زوجها⁽²⁾".

واختلف المالكية في الخلع هل يدخله بدعة أم لا نظر لاختلافهم في علة منع الطلاق في الحيض.

فمن قال أن علة المنع هي لعدم تطويل العدة، أي هي حق المرأة قال أنه لا بدعة في الخلع لأن الخلع تم برضاها.

ومن قال أن علة المنع هي للتعبد قال أن الخلع في الحيض لا يجوز لأنه بدعة و لا أثر لرضا الزوجين.

وقال الخرشي: "من قال أن علة منع الطلاق في الحيض هي للتعبد، منع الخلع في الحيض و إن رضيت المرأة لأن الحق لها و لأنها أعطيت عليه مالا و يلزم عليه أن يجبر المطلق على أن

(1)- سمية صالح، المرجع السابق، ص56.

(2)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص119.

يراجعها و إن لم تقم المرأة بذلك" (1).

و نستنتج مما سبق إن الخلع يجوز في أي وقت كان و لا بدعة فيه لأنه يتم برضا الزوجة. أما عن موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بخلع الحائض، فلم يرد النص عليه، و لكن بالرجوع إلى القاعدة العامة نجد أنه لا يصح أي عقد أو أي تصرف إذا كان الرضا ناقصا أو يشوبه أي مانع أو عائق و لم يورد أي نص حول تصرف الحائض، و هذا ما يجعلنا نرجع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة فالذي لم يرد النص فيه في قانون الأسرة يجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: خلع المعتدة من طلاق رجعي

من المعلوم أن الطلاق الرجعي لا يزيل الرابطة الزوجية، فما دامت المرأة في العدة من طلاق رجعي فللمطلق كل حقوق الزوج أن يراجعها في أي وقت شاء من العدة و تكون حاله أي حالاً له، فله أن يتزوجها و تبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على الثاني طوال فترة العدة (2).

و بما أن المعتدة من طلاق رجعي مازالت في حكم الزوجية فهل يصح الخلع أثناء العدة؟. اتفق الفقهاء على جواز صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي لكونها لازالت في حكم الزوجية في كثير من الأحكام، وبما أن الزوج بإمكانه إرجاعها إليه، فقد صح منها بذل المال عوضاً لخلعها، وذهب بعض الشافعية إلى عدم صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي، لعدم الحاجة إلى افتداء لمآل أمرها إلى البيئونة بانقضاء عدتها، و لكنه قول ضعيف و الأصح عندهم هو القول الأول و به يقول الجمهور، و هو القول الراجح، لأن المطلقة طلاقاً رجعياً لازالت تعتبر زوجة في عصمة زوجها فتترتب على هذا الزوج معظم أحكام الزوجية.

و من ناحية أخرى فإن الزوج في الطلاق الرجعي بإمكانه أن يرجع المطلقة إليه، لأجل ذلك فلا مانع كما يبدو و أن تبدل هذه المطلقة الرجعية مالا عوضاً عن طلاقها أو خلعها فلا تبقى للزوج صلاحية إرجاعها (3).

(1)- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص568.

(2)- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص513.

(3)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص122.

و بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة نجد أنه لم يورد الكلام حول هذه المسألة، لكن لو رجعنا إلى نص المادة 54 و المتعلقة بالخلع نجد أنه نص على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها، و الذي يتضح من صياغة هذه المادة أن المشرع خص لفظ الزوجة و الزوج، والذي يدل على وجوب قيام الرابطة الزوجية وقت الخلع، ربما أن الطلاق رجعي و مازلت لم تفك الرابطة الزوجية طوال فترة العدة فله أن يخالعها كما لو كانت زوجته.

الفرع الرابع: خلع المريضة مرض الموت

المريضة مرض الموت أهل لكل التصرفات الشرعية لان المرض لا يوجب الحجر، إلا إذا كان سببا في ضعف العقل، فيحجر على المريض لذلك، لا لذات المرض⁽¹⁾، فإذا خالعت المرأة و هي في مرض الموت صح الخلع عند جمهور العلماء و يلزمها لعوض، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة، و أما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه، لكن اختلف الفقهاء حول مقدار عوض الخلع في هذه الحالة و سنتطرق إلى آرائهم في هذه المسألة⁽²⁾.

ذهب الحنفية إلى أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق، لأنه علق الطلاق قبول المال، و قد وجد القبول صحيحا، و أما ما يستحقه المخالع فهو بدل الخلع بشرط ألا يزيد على ثلث التركة و لا عن نصيبه في الميراث إن ماتت و هي في العدة، لأن موتها في العدة يجعل سبب الميراث قائما من وجه، و يخشى أن يكون القصد من الخلع محاباة الزوج أكثر من ميراثه، فلا يزيد بدل الخلع عليه، ثم بدل الخلع تبرع في مرض الموت فهو في حكم الوصية، و الوصية يجب أن تتقيد بالثلث و لا تتجاوزها، و إذا ما زادت فلا تتفد إلا بإجازة الورثة⁽³⁾، و لذلك فالحنفية يجيبون للزوج الأقل في أمور ثلاثة بدل الخلع و ثلث التركة و نصيبه من الميراث⁽⁴⁾ ثلاثمائة و بدل الخلع خمسمائة و ثلث التركة أربعمائة استحق فقط ثلاثمائة جنيته، و لو كان بدل الخلع هو الأقل استحقه، و إن كان ثلث التركة هو الأقل استحقه فقط، و إن كانت وفاتها بعد إنهاء العدة فقد انقطع بسبب الميراث من كل الوجوه، و على ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع و ثلث التركة، لأن بدل

(1)- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص338.

(2)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص109.

(3)- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص339.

(4)- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص443.

الخلع تبرع و هو في مرض الموت وصية، و لا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة⁽¹⁾.

كما ذهب المالكية: إذا خالعت على مال فإن الخلع يقع و ينطبق الإرث بينهما و لو ماتت في العدة، و ذلك لأن الطلاق البائن يقطع العلاقة الزوجية، و الواقع بالخلع طلاق بائن و يثبت المال، و ينظر في مقداره فإن كان مساويا لميراثه منها أو ناقصا عنه فإنه يثبت المسمى للزوج و يملكه، و أما إن كان يزيد على ارثه منها فإنه لا يستحق الزيادة و عليه ردها إن كان قد قبضها. كما نجد في المالكية خلاف بين مالك و ابن القاسم.

قال مالك: إن "اختلعت منه في مرضها و هو صحيح لم يجز، و لم يرثها" و قال ابن القاسم: وأنا أرى لو اختلعت منه على أكثر من ميراثه لم يجز، و أما على مثل ميراثه منها فأقل فجائز و لا يتوارثان.

و قال بعض فقهاء المذهب: قول مالك (لم يجز) أي يبطل جميعه⁽²⁾.

فالمالكية في مذهبهم هو أن يكون للزوج الأقل من الميراث أو بدل الخلع و سواء في ذلك كانت في العدة أم لا⁽³⁾.

بينما يرى الشافعية يجب ألا يتعدى بدل الخلع ثلث التركة إذا زاد على مهر المثل لأنها تملك حق التصرف في مالها إلا في قضية التبرع فليس لها أن تتبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ بلا خلاف في المذهب، و أما إذا كان أكثر منه فإن الزيادة تعتبر ملغاة شرعا، و إن كانت أقل من الثلث أو أكثر و لكن بإجازة الورثة فله أخذها بدون اعتراض بين فقهاء المذهب، و إن لم يأذن الورثة بأخذ الزيادة، أو كان الثلث أقل من الزيادة، فيجب فسخ العوض المسمى و يرجع عليها بمهر المثل فقط⁽⁴⁾.

أما الحنابلة فعندهم أن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع أو من ميراثه منها، فيجب النظر إلى بدل الخلع فإن ساوى ميراثه منها فإنه ينقد و يستحقه الزوج، و إن كان أكثر من ذلك فإنه لا

(1)- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص339.

(2) - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص111، 110.

(3) - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص550.

(4)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، 111.

يستحق الزائد، لأنه من حق الورثة و خوفا من المحاباة، حيث قال المرداوي: "وان خالعتة في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها، وهذا المذهب".

و يتضح أن الراجح بعد عرض آراء الفقهاء و النظر في استنتاجاتهم تبين لنا أن المختار هو رأي الحنابلة و ما ذهب إليه ابن القاسم من المالكية و هو أن الزوج يأخذ الأقل من بدل الخلع أو من ميراثه حيث لا محل لمراعاة الثلث ما دام أن الزوج قد يرث أكثر منه⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فلا نجد له نصا حول خلع المريضة مرض الموت لكن بالرجوع إلى نص المادة 204 منه نجد أنها تنص على أن: الهبة في مرض الموت و الأمراض والحالات المخفية تعتبر وصية"، حيث يعتبر الخلع تصرف شبيه بالتبرع من جهة الزوجة فهو يأخذ حكم التبرعات الأخرى، و بالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة تنص على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة" و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

و يتضح لنا من خلال المادتين السابقتين 204 و 185 من قانون الأسرة الجزائري أن العوض في الخلع يجب أن يكون في حدود الثلث و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة. و ما نلاحظه أيضا أن المشرع الجزائري لم يقم بوضع نص قانوني خاص لخلع المريضة مرض الموت.

المطلب الثالث: الصيغة في الخلع

تعتبر الصيغة الركن الثالث من أركان الخلع، و الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج و قبوله من الزوجة⁽²⁾.

وسنتناول في هذا المطلب الصيغة في الخلع فرعين حيث نتطرق في الفرع الأول لدراسة ألفاظ الخلع و الفرع الثاني نخصه لدراسة المعطاة في الخلع.

الفرع الأول: ألفاظ الخلع

الفقهاء يرون أنه لا بد أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء و المبارأة و الفداء و الافتداء، فلا بد من لفظ من الألفاظ الصريحة في معنى الخلع أو الكنايات عنه، و ذلك لأن الخلع

(1)- عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص112.

(2)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، ص85.

الشرعي له أحكام خاصة تختلف عن أحكام الطلاق على مال، فكان التمييز بينهما ضروريا في الصيغة حتى لا يحصل الالتباس، فلو قالت الزوجة لزوجها طلقني على أن أدفع لك مائة دينار، فطلقها، كان ذلك طلاقا بائنا و لا يكون خلعا تترتب عليه آثار الخلع الشرعية الخاصة به.

و ترى أن أي لفظ من جانب الزوج سواء بلفظ المخالعة أو الافتداء أو بلفظ الطلاق فإن ذلك يعتبر طلاقا بائنا، فالعبرة ليست بالألفاظ و الدليل على ذلك أن الله تعالى لم يعين لفظا بعينه مقابل الفدية⁽¹⁾، قال تعالى { الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يعتد حدود الله فأولئك هم الظالمون }⁽²⁾.

وتنقسم ألفاظ الخلع إلى صريح و كناية.

فالصريح ما كان من لفظ الخلع كخالعتك و نحوه، و كذلك لفظ المفاداة يكون صريحا في الخلع لأنه قد ورد به القرآن الكريم⁽³⁾، قال تعالى { فلا جناح عليهما فيما افتدت به }⁽⁴⁾، و كذلك لفظ الفسخ يرى من يقول بأن الخلع فسخ أنه صريح فيه، و أما من يرى أن الخلع طلاق فهو يراه كناية عنه. و أما الكناية فهو كل لفظ يفيد الفرقة مع القرينة كقوله بعتك طلاقك بكذا و بعتك عصمتك بكذا، ونحوهما، فلا يقع الخلع به إلا مع النية أو القرينة.

يشترط في الصيغة أن يكون القبول موافقا للإيجاب كأن يقول الزوج مثلا خالعتك بألف مثلا فتقول قبلت، أما إن قالت قبلت بألفين لم يصح، يجب ألا يفصل بين الإيجاب و القبول بكلام أجنبي كثير و إلا بطل الارتباط بينهما و لا يضر الكلام اليسير، و يكون القبول في مجلس الإيجاب، أو مجلس العلم، و ذلك لأن إيجاب الخلع من الزوج في معنى تعليق الطلاق بشرط قبولها، لأن العوض الذي من جانبه في هذا العقد طلاق و هو محتمل التعليق بالشرط و لهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس و يصح منه و إن كانت غائبة حتى إذا بلغها فقبلت في مجلسها ثم و إن قامت من مجلسها

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص58.

(2)- سورة البقرة 229.

(3)- جمال عبد الوهاب الغفار الهلبي، المرجع السابق، ص85.

(4)- سورة البقرة 229.

قبل أن تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيتها، و تملك الأمر منها، لأن تقدر على المشيئة في مجلسها فيبطل بقيامها، فكذلك تقدر، على القبول قبل ذلك⁽¹⁾.

والذي من جانب الزوجة في الخلع التزام المال و هو العوض، فيكون بمنزلة البيع و الشراء لا يحتمل التعليق بالشرط حتى إذا بدأت هي فقالت: اخلعني أو بارئني أو طلقني بألف فإنه يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول الزوج و كذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول.

و يصح الخلع باللغة العربية و اللغة الأعجمية وغيرهما من اللغات لأن المعتبر المعنى، بشرط فهم الطرفين معنى ينطقان به⁽²⁾.

ونجد أن المشرع الجزائري لم ينص على ركن الصيغة في الخلع و على ألفاظ الخلع غير أن المادة 54 نصت في فقرتها الأولى على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها" فالمتمثل لصياغة هذه المادة يجد أن الخلع يشترط أن يكون من الزوجة أي أن الزوجة تتلفظ بالخلع فتخالع زوجها فالخلع يكون بإيجاب من الزوجة، كما قد يحدث بإيجاب من الزوج لأن المشرع عندما استعمل اللفظ "تخالع" و هو من فعل "خالع" و هو فعل مزيد بحرف على وزن "فاعل"، بمعنى "بازل"، وفيه تفاعل الطرفين و توقف حصول الفعل على إرادتهما، فقد تكون الزوجة هي الموجبة و الزوج هو القابل، أو هو الموجب و هي القابلة للخلع.

كما أن المشرع لم يعتبر قبول الزوج شرطاً للخلع، فلفظ الخلع يقع بمجرد إيجاب الزوجة أي بمجرد طلبها للخلع و هذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارات صادرة عنها إذ اعتبرت أن أصل مشروعية الخلع قد وضع كعلاج و مخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشره زوجها وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق، وحيث أن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط قبول الزوج بالمبلغ المالي الذي تعرضه الزوجة على مال، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، المرجع السابق ص86.

(2)- نفس المرجع السابق ص86.

تعرضه الزوجة⁽¹⁾، فقبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا و ذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين⁽²⁾.

وما نلاحظه أن المشرع لم يفصل بين الرضا و الإيجاب و القبول أي الصيغة فكان عليه أن ينص أن الخلع يجب أن يكون بإيجاب و قبول، و أن يحدد الألفاظ التي يقع بها الخلع و صحيح أن ربط الخلع بموافقة الزوج هو تقييد لحق الزوجة في حل الرابطة الزوجية إذا لم يقر لها مبرر أولم يثبت ضرر أو سبب من أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 السابقة الذكر، فحتى لا يتعسف الزوج في تقييد لحق الزوجة في حل الرابطة الزوجية إذا لم يقر لها مبرر أو لم يثبت.

الفرع الثاني: المعاطاة في الخلع

قبل أن نبدأ بتفاصيل الموضوع لا بد من تعريف المعاطاة لأنه الأساس في تقرير المسألة، و قد عرفها العلماء: "مبادلة فعلية تدل على تبادل الإرادتين دون تلفظ بإيجاب و لا قبول"، و صورتها أن تعطي الزوجة لزوجها مالا فيأخذه و يفارقها دون لفظ إيجاب و لا قبول، هذه هي صورتها فهل تعتبر هذه الصورة خلعا؟

اختلف العلماء في المسألة على الوجه الآتي:

فالمالكية ذهبوا إلى جواز المعاطاة في الخلع، إذا كان العرف على أن الفعل الذي صدر عنها يدل على الخلع، و كان عرفهم إيقاع الخلع بالمعاطاة⁽³⁾ و ذلك مثل أن تعطي المرأة زوجها شيئا يفهم منه أنه في نظير خلعها، فيفعل فعلا يدل على قبوله⁽⁴⁾، جاء في شرح الخرشي: "وكفت المعاطاة" أي كأن تعطيه شيئا على وجه يفهم منه أنه في نظير العصمة و يفعل فعلا يدل على قبول ذلك، كأن تكون عادتهم إذا خلعت سوارها من يدها و دفعته له أو خرجت من الدار و لم يمنعها أنه طلاق" وقال الدردير: "وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة⁽⁵⁾.

(1) - سمية صالح، المرجع السابق، ص 68.

(2) - ملف رقم 83603 قرار بتاريخ 1992/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص، الاجتهاد القضائي في الغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص 134/ ملف رقم 151118 بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، العدد 52، نقلا عن أحمد لعور و نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، 2007، ص 68.

(3) - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 144.

(4) - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، المرجع السابق، ص 86.

(5) - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 511، 512.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى عدم جواز المعاطاة في الخلع بأي حال من الأحوال بل لا بد من لفظي الإيجاب و القبول حتى يصح الخلع، و لا يدل الفعل فقط عندهم على تراضيهما بوضوح. وعند الحنابلة خلاف في وقوع الخلع بالمعاطاة:

فقال فريق منهم بجواز المعاطاة في الخلع، قال ابن تيمية: "و لعله هو الغالب على نصوص أحمد، بل لقد نص على أن الطلاق يقع بالقول و الفعل"، و قال آخرون لا يصح الخلع إلا بلفظي الإيجاب و القبول قال صاحب الشرح الكبير: "و لأن الخلع إن كان طلاقاً، فلا يقع بدون صريحة أو كناية و إن كان فسخاً، فهو أحد طرفي عقد النكاح، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد".

و أما عند الحنفية فلم أجد في كتبهم شيئاً أعرف به رأيهم في مسألة المعاطاة في الخلع إلا أنني وجدت في بحثهم عن البيع بالمعاطاة، يذكرون بأنها جائزة في الأشياء الخمسة دون التي لها قيمة كبيرة، ومعنى ذلك أن الخلع لا تجوز فيه المعاطاة لأنه أمر خطير جداً، فهو معاوضة على البضع. والراجح هو عدم جواز الخلع بالمعاطاة في الخلع لأنه أمر خطير جداً، حيث يتوقف عليه تفكك الأسرة، و فراق الزوجين، و لا تكفي الإشارة أو العرف، دون صيغة الإيجاب و القبول فلا بد من الإستثاق منه، و لكون عقد الزواج ميثاق غليظ فمثله لا ينحل بإشارة أو دفع مال دون لفظ يبين القصد⁽¹⁾.

و برجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة 54 لم تنص على مدى جواز المعاطاة بالخلع، غير أن المادة على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع زوجها"، فلقد ذكر المشرع كلمة تخالع، فلو جازت المعاطاة في الخلع لنص المشرع الجزائري عليها حيث يجب التلفظ بالخلع و لا تصح المعاطاة في الخلع.

المطلب الرابع: العوض في الخلع

العوض هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها و الخروج من الزوجية عندما يشد النزاع بينهما و حين تجد الزوجة أن البقاء مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضي الله⁽²⁾. حيث سنتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول نتناول فيه مقدار العوض في الخلع و الفرع الثاني نخصه لصفة المقدار في الخلع.

(1)- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص145، 146.

(2)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص396.

الفرع الأول: مقدار العوض في الخلع

ليس للعوض في الخلع حد أعلى و لا حد أدنى كالمهر، فكل ما يصلح مهرا يصلح عوضا في الخلع و لا عكس⁽¹⁾، ولكن هل يمكن أن يكون مقدار العوض بمقدار المهر أو أكثر منه أو أقل أو مساويا؟.

اختلف الفقهاء في مقدار العوض إلى فريقين.

الفريق الأول: قال به الحنفية و الشافعية و الشيعية و الحنابلة و الأوزاعي و الثوري و الظاهرية على أن العوض في الخلع غير مقدر، و على ذلك قالوا إنه يجوز البذل بأكثر من المهر أو بأقل أو مساوي المهر⁽²⁾. و استدلوا بقوله تعالى { فلا جناح عليهما فيما افتدت به }⁽³⁾.

و قال أبو حنيفة وزفر أبو يوسف و محمد إذا كان النشوز من طرف الزوجة حل له أن يأخذ منها ما أعطاهما ولا يزيد و إن كان النشوز من طرف الزوج لم يحل له أن يأخذ منها شيئا فإن فعل جاز في القضاء، و ذكر أن القاسم بن مالك أجاز أن يأخذ منها في الخلع أكثر مما أعطاهما و يحل له، و إن كان النشوز من قبل الزوج، حل له أن يأخذ مما أعطته على الخلع إذا رضيت بذلك بشرط ما لم يكن في ذلك ضرر منه لها.

و قال الثوري: إذا كان الخلع من قبلها فلا بأس أن يأخذ منها شيئا زيادة على المهر، و إذا كان من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا⁽⁴⁾.

و بإباحة أخذ الزيادة تغري الأزواج بالعضل⁽⁵⁾، قال تعالى { يأبها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها و لا تعضولهن لتذهبوا ببعض ما آتیتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة }⁽⁶⁾. و وجه الدلالة هنا أنه لا يصح الإضرار بالزوجة لتترك صداقها كله أو بعضه أو حقا من حقوقها على الرجل لقهره و إضراره لها⁽⁷⁾.

(1)- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص333.

(2)- تقي الدين الهلالي، المرجع السابق، ص61.

(3)- سورة البقرة، 229.

(4)- تقي الدين الهلالي، المرجع السابق، ص61.

(5)- العضل: اضربها وضيق عليها.

(6)- سورة النساء، 19.

(7)- تقي الدين الهلالي، المرجع السابق، ص65.

و قال البعض من الحنفية إن الخلع يجوز بحكم الزوج أو الزوجة أو حكم الأجنبي فإن كان الخلع على حكم الزوج، فإن حكم بمقدار المهر أو أقل، أجبرت على التسليم إلى الزوج، لأنه حكم بالمستحق، أو حظ بعضه، وهو يملك حظ بعضه لكون حقا له، و إن حكم بأكثر من المهر لم يلزمها الزيادة لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد فلا يصح إلا برضاها.

و أما إن كان الحكم إليها، فإن حكمت بمهر المثل أو أكثر جاز، وأجبر الزوج على القبول، لأنها قضت بالمستحق أو زادت عليه، وهي تملك إيفاء الزيادة، و إن حكمت بأقل من المهر، لم يجز إلا برضاء الزوج لأنها وضعت ما عليها حقا للزوج، وهي لا تملك وضع حق الغير، و أما إذا كان الحكم إلى أجنبي فإذا حكم بمهر المثل جاز، و إن حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة إلا برضاء المرأة، و لا يجوز النقصان إلا برضاء الزوج، لأن الأجنبي لا يملك حق إسقاط حق واحد منها⁽¹⁾.

الفريق الثاني: الإباضية و الزيدية و الزهري و به قال إسحاق و أحمد أنه يجوز أخذ العوض في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به و لا يجوز أكثر من ذلك، لأن الزيادة لا وجهة لها و إذا أخذ زيادة عن مهرها صح مع الكراهية، و هذا ما قاله لبعض من الحنابلة و استدلوا بدليلين:

الدليل الأول حكم من القرآن الكريم:

قال الله تعالى { و لا تحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله} فالآية الكريمة تدل على جواز أخذ الزوج البذل في الخلع بالمقدار الذي أعطاه مهرا لها فإن أخذ منها زيادة على ما آتاها فقد خالف ما جاء في الكتاب العزيز.

الدليل الثاني: من السنة النبوية ما أخرجه الدار قطني من حديث ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم قال لامرأة ثابت بن قيس " أتريدين عليه حديقته؟ قالت: نعم و أزيده، فأمره رسول الله صلى عليه وسلم أن يأخذ حديقته و لا يزيد.

والراجح ومن خلال أدلة الفرقين ما ذهب إليه الفريق الأول بجواز العوض بأكثر أو أقل أو مساويا للمهر، واستدل أن المؤمنين عند شروطهم في الأمور المباحة، وعلى ذلك يجوز أن يكون عوض الخلع ما يلي:

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص73.

1- الخلع على رضاع الولد الصغير و حضانتة و نفقته فإذا مات الولد أو ماتت هي أو امتنعت على الرضاعة كان له الرجوع بقيمة الرضاعة عما بقي من المدة و كذلك الأمر في النفقة و أجره حضانة الصغير.

2- يجوز الخلع في أن تمسك المختلعة ابنتها(الفتاة) بعد تجاوزها سن الحضانة ولا يجوز ذلك للذكر فإن حصل ذلك صحت المخالعة، وبطل الشرط لأن الذكر بعد بلوغ سن الحضانة يحتاج إلى من يعودده عادة الرجال، أما الفتاة فتحتاج إلى من يعلمها عادة النساء فلا يضرها أن تبقى مع أمها⁽¹⁾.

مقدار العوض في قانون الأسرة الجزائري:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص حول مقدار العوض في الخلع و بالرجوع إلى نص المادة 54 نجد أنها نصت على أن للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي، و لم يحدد مقدار هذا المقابل المالي، كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه عند عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم، فقد جعل حدا لمقدار العوض حال عدم اتفاق الزوجين عليه بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم، وهذا يعني أن تقدير العوض في الخلع قد جعل للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في حالة اختلاف المتخالعين في تقديره⁽²⁾.

الفرع الثاني: صفة المقدار في الخلع

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع بماله قيمة مالية معتبرة شرعا، معلومة الصفة والمقدار مقدور على تسليمها، ولكنهم اختلفوا في العوض إذا كان مجهولا كخالغتك على ثوب و لم يحدده أو على ما في بطن البهيمة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول الخلع بالعوض المجهول باطل و ذهب إلى هذا الرأي أبو ثور و ابن حزم الظاهري لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع.

(1) - منال محمود المشني، المرجع السابق، ص74، 75.

(2) - سمية صالح، المرجع السابق، ص82، 83.

المذهب الثاني: يجوز الخلع بالعوض للمجهول و إليه ذهب الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة قد استدلوا على ذلك من القرآن الكريم و المعقول أولا من القرآن الكريم: قوله تعالى { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } وهذا عام يشمل المعلوم والمجهول، قال ابن حزم معترضاً على الاستدلال بهذه الآية "نعم عموم لا يحل عقده و ملكه لا للحرام".

ثانياً المعقول: إن المجهول يصلح أن يملك بالهبة و الوصية فجاز أن يكون بدلاً في الخلع كسائر الأعيان، سبب الخلاف، لعل السبب في هذا الخلاف هو تردد العوض هنا في تشبيهه هل يشبه العوض في البيوع و يلحق بها، أم يشبه الأشياء الموهوبة و الأشياء الموصية بها و يلحق بها، فمن شبهه بالعوض في البيوع اشترط فيه ما يشترط في العوض، فلم يجز العوض المجهول، ومن شبهه بالهبات لم يشترط كونه معلوم، و أجاز العوض المجهول.

و الراجح أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الرأي الراجح، لأن مبنى العقود على التراضي، وهو قد رضي بالخلع المجهول، فيكون جائز ثم إن الخلع يجوز من غير عوض فبالعوض المجهول أولى، ثم إن القائلين بالجواز قد اختلفوا فيما يستحقه الزوج في هذه الحالة على تفصيل في المذاهب⁽¹⁾.

و بهذا يتبين لنا ما يأتي:

أن الحنفية يفرقون بين ما إذا كان من جانب المرأة تغرير أم لا؟ فإن كان من جانبها تغرير ردت إليه ما دفع إليها من صداق، و إن لم يكن تم تغرير فله المسمى أولاً شيء له.

و يرى الشافعية أنه في المجهول يرجع بمهر المثل و يرى المالكية أن له المسمى أولاً شيء له يرى الحنابلة أن له المسمى و في وجه آخر مهر المثل.

و أما إذا خالعه على مجهول القدر فإنه يرجع عليها بأقل ما يقع عليه اللفظ، فإن كان جمعا رجع بثلاثة، وأما أن كان مجهول الصفة فإن المالكية يقولون بأنه يستحق الوسط من جنس المسمى و الحنابلة يقولون بأنه يستحق أقل ما يقع عليه الاسم⁽²⁾.

أما إذا كان عوض الخلع فاسداً:

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، المرجع السابق، ص 95، 96.

(2)- نفس المرجع السابق، ص 100.

إذا خالعت المرأة زوجها على عوض فاسد كخمر مثلا أو ميتة أو نحو ذلك مما ليس بمال معتبر شرعا فقد اختلف الفقهاء فيما يرجع بعد اتفاقهم على وقوع الطلاق به لأن الخلع يجوز من غير شيء على مذهبين:

المذهب الأول لا يرجع بشيء و إلى هذا ذهب الحنفية و المالكية و الحنابلة و ذلك لأن المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يتمكن الغرور منها بهذه التسمية فسارت هذه التسمية وعدمها سواء، و إذا كان الزوج قد رضي بهذا فقد رضي بالخلع من غير عوض فهو جائز كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته.

المذهب الثاني: يرجع بمهر المثل، وإلى هذا ذهب الشافعية في الظاهر عندهم، وذلك لأن الخلع معاوضة بالبضع، فإذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح و الراجح أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح لقوة حجتهم، ولأن الزوج قد رضي بالخلع من غير شيء، لأن تسمية ما ليس له قيمة مالية معتبرة شرعا لغو و هو يعلم ذلك، و كذلك إن مهر المثل لم يقع التراضي عليه فلا يجب، و مهر المثل ليس بقيمة للخمر⁽¹⁾، صفة العوض في قانون الأسرة الجزائري.

لم تحدد المادة 54 المتعلقة بالخلع نوع العوض في الخلع غير أنه جاء في نصها على أن الزوجة تخالع نفسها على مقابل مالي، فهذه العبارة تتصرف إلى كل ماله قيمة مالية سواء كانت نقدا أو عينا أو عقار أو منقولا، و سواء كان مالا أو ما كان يقبل التقويم بالمال، فيصح أن يكون العوض في الخلع بكل ما يصح أن يكون صداق⁽²⁾، و قد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أن الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، فالمتمأل في هذه المادة يجد أن الصداق هو كل ماله قيمة و ما هو مباح شرعا، بمعنى أنه لا يجوز المخالعة على ما هو غير مقوم شرعا و لكن لم ينص المشرع على إذا كان عوض الخلع فاسد.

يقول فضيل سعد و هو من شراح قانون الأسرة الجزائري حول مسألة الخلع على شرط فاسد أو محرم: " أنه عقد لا يتأثر بفساد الشروط المقترنة به كما لو قالت الزوجة لزوجها أخالعك على أن تبقى حضانة ابني عندي لأكثر من عشر سنوات وهو شرط فاسد لأنه مخالف للقانون في المادة 65 والتي تنص: تنقضي مدة حضانة الذكر بلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، فيمكن

(1)- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، ص102، 100.

(2)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص267، 268.

أن يكون عوض الخلع نفقة للمحزون لعدد من السنوات أو نفقة العدة المقررة شرعا أو أن يكون مؤجل صداقها، ولكنه لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج كعوض للخلع لأن الحضانة تعتبر حقا للمحزون و ليس من حقها أن تجعل حق غيرها عوضا للخلع⁽¹⁾.

المبحث الثالث: آثار الخلع

إن الخلع باعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية لطلب من الزوج يرتب آثار منها ما يتعلق بالجانب الإجرائي المتمثل في طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه ومنها ما يتعلق بالجانب الموضوعي المتمثلة في توابع الخلع و نتناول في هذا المبحث: ثلاثة مطالب حيث نتناول في المطلب الأول الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع و نتطرق في المطلب الثاني: لدراسة عدة المختلعة و المطلب الثالث نخصه لدراسة نفقة المختلعة.

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه حيث سوف نتناول في هذا المطلب فرعين ففي الفرع الأول نتناول أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف و الفرع الثاني نخصه لدراسة أحكام الخلع قابلة للاستئناف .

الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استنادا إلى المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية." إضافة إلى ما أورده المادة 48 أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للاستئناف.

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع و انتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا⁽²⁾.

(1) - سمية صالح، المرجع السابق، 96، 95.

(2) - منصور نور، المرجع السابق، ص 147.

وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية.

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 من محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا ،استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء و ليس عقد رضائيا بين الزوجين.

الفرع الثاني: أحكام الخلع قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف،حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى و بعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى اللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة⁽¹⁾.

ونحن نرجح هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما وظروف مؤقتة يجعلها تبغضه و لا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته،إلا أنه و بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تتدم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الانفصال و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة و الرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم: { اقبل الحديقة و طلقها تطليقة } واعتبروها بينونة كبرى لتناقض البذل مع الرجعة حتى و لو اشترط الزوج الرجعة في الخلع،فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع و الشرط يبطل وفي رأينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعة بمهر

(1)- منصوري نورة، المرجع السابق، ص147

وعقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع قابلا للاستئناف، أما البيونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان وكذا الطلاق المكمل للثلاث⁽¹⁾.

المطلب الثاني عدة المختلعة

اختلف الفقهاء في عدة المختلعة على قولين:

القول الأول، إن المختلعة تعد بثلاثة قروء كعدة المطلقة و به قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد في رواية، وروى ذلك عن ابن عمر في أحد قولييه، و هو مذهب ابن حزم الظاهري. القول الثاني: تعدد المختلعة بحيضة واحدة، و يروى ذلك عن ابن عباس و ابن عمر في آخر قولييه، و ذهب إليه ابن تيمية و ابن القيم و هو رواية معتمدة عند أحمد⁽²⁾.

أدلة القول الأول: استدلل الذين ذهبوا إلى أن عدة المختلعة هي نفس عدة المطلقة بما يأتي:

الدليل الأول: قوله تعالى: {والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء}⁽³⁾.

ووجه الدلالة إن الله تعالى بين أن عدة المطلقات ثلاثة قروء، و الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية و يناقش استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول: أن الآية عامة و قد خصصتها الأحاديث التي بينت أن عدة المختلعة حيضة واحدة و القاعدة الأصولية (الخاص مقدم على العام).

الوجه الثاني: على فرض أن الخلع طلاق، فقد تختلف عدة المختلعة عن عدة المطلقة بدون عوض، كما أن المطلق قبل الدخول لا عدة له على مطلقة إجماعاً⁽⁴⁾.

بنص قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها}⁽⁵⁾، مع أن لكل طلاق سواء كان قبل الدخول أو بعده أو بعوض.

الدليل الثاني: قال أبو داود: حدثنا القعني عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال: "عدة المختلعة عدة المطلقة" و نوقش بأنه قد روي عن ابن عمر بإسناد صحيح أنه رجع عن قوله و قال: عثمان

(1)- منصورى نورة المرجع السابق، ص149.

(2)- عامر سعيد الزبيارى، المرجع السابق، ص251.

(3)- سورة البقرة 229.

(4)- عامر سعيد الزبيارى، المرجع السابق، ص252.

(5)- سورة الأحزاب 49.

خيرنا و أعلمنا لما سمع قول عثمان بن عفان أن المختلعة تعتد بحيضة واحدة، فأصبح يفتي بقول عثمان و العبرة بالرواية لا بالرأي.

أدلة القول الثاني: استدل الذين ذهبوا إلى أن عدة المختلعة حيضة واحدة بما يأتي:

الدليل الأول: روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: "إن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تعتد بحيضة" و نوقش استدلالهم بأن الحديث الذي احتجوا به، قد بين الترمذي غرابته، ورجح أبو داود إرساله.

الدليل الثاني، روي عن الربيع بنت معوذ بن غفراء: إن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها و هي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها الرسول صلى الله عليه و سلم فأرسل صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال خذ الذي لك عليها و خذ سبيلها، قال: نعم فأمرها الرسول صلى الله عليه وسلم أن تتربص بحيضة واحدة و تلحق بأهلها

و نوقش استدلالهم بالحديث بأنه لا ملازمة بين كون الخلع فسحا و الاعتداد بحيضة، ومما يوضح لك أن الإمام أحمد بن حنبل يقول بأن عدة المختلعة ثلاث حيض رغم قوله بأن الخلع فسح⁽¹⁾.

الدليل الثالث: إن المختلعة لا رجعة للزوج عليها فكون اعتدادها بحيضة واحدة هو مقتضى القياس، لأنه إستبراء لمجرد العلم ببراءة الرحم فكفت فيه حيضة واحدة كالمسببة و الأمة المشترية و نوقش دليلهم بأن حكمة جعل العدة ثلاث حيضات ليست محصورة في تطويل زمن الرجعة، بل الغرض الأعظم منها: الاحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لم يشتمل على حمل منه و دلالة ثلاث حيض على ذلك أبلغ من دلالة حيضة واحدة⁽²⁾.
ويدل على ذلك أن الطلقة الثالثة لا رجعة بعدها إجماعاً، فلو كان الحكمة محصورة في تطويل زمن الرجعة في العدة لكانت العدة من الطلقة الثالثة حيضة واحدة حيث لا رجعة للزوج على الزوجة.
و الراجح بعد عرض آراء الفقهاء و بيان أدلتهم و مناقشتها تبين أن الراجح هو قول من قال إن عدة المختلعة حيضة واحدة و ذلك لما يأتي:

(1) - عامر سعيد الزبيباري، المرجع السابق، ص253.

(2) - نفس المرجع السابق، ص254.

أولاً: ثبوت ذلك عن كثير من الصحابة مثل ابن عباس و ابن عمر و عثمان بن عفان و الربيع بنت معوذ و كذلك عن كثير من التابعين.

ثانياً: لا غرابة أن يفرق الشارع الحكيم بين الطلاق المجرد و الطلاق بعوض في قدر العدة كما فرق بين الموت قبل الدخول، فأوجب فيه عدة الوفاة، و بين الطلاق قبل الدخول، فلم يوجب فيه العدة أصلاً، مع أن لكل فراق قبل الدخول.

و كذلك فقد جعل الرجعة في الطلاق بدون عوض من حق الزوج إذا لم يكن قبل الدخول أو مكملًا للثلاث، هذا بخلاف الطلاق بعوض حيث لا رجعة فيه لأن المرأة قد ملكت عصمتها⁽¹⁾.
موقف المشرع الجزائري من عدة المختلعة.

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على نص صريح حول عدة المختلعة، و لكن باعتبار ما بيناه فيما سبق من القانون و ما كرسه القضاء هو اعتبار طلاق بائن فإن عدة المختلعة يمكن أن تسقط عليها المادة بعدة المطلقة حيث نصت المادة 58 على أن المطلقة المدخول بها غير الحامل عدتها ثلاثة قروء و عليه فإن المختلعة هي ثلاثة قروء كعدة المطلقة⁽²⁾.

المطلب الثالث: نفقة المختلعة

سنتناول في هذا المطلب نفقة المختلعة فرعين: نتطرق في الفرع الأول لدراسة نفقة العدة و الفرع الثاني نخصه لدراسة نفقة الإهمال.

الفرع الأول: نفقة العدة و نفقة الإهمال

البند الأول: نفقة العدة

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعتها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحدها إجمالياً أو شهرياً إذا طلبت الزوجة ذلك و لم تتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقاً لنص المادة 61 من قانون الأسرة" و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، و على القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين و تجدر

(1)-. عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص253.

(2)- سمية صالح، المرجع السابق، ص129.

الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقط هذا الحق و ليس المطالبة به⁽¹⁾.

البند الثاني نفقة الإهمال.

نصت المادة 47 من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعتها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجة إلى غاية صدور الحكم بالخلع و تقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين وهي شهرية.

الفرع الثاني: الحضانة و نفقة المحضون و حق الزيارة

البند الأول: الحضانة

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا"، ويتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم يليها من هم أحق بالحضانة وبعدها حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة وعلى القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية.

البند الثاني: نفقة المحضون

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه تضمنتها المادة 72 من قانون الأسرة نفقة المحضون و سكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، فإذا كان للمحضون مال خاص به، و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك، يقوم بدفع أجرة السكن حسب مقدور الأب تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا⁽²⁾.

(1)- منصورى نورة، المرجع السابق، ص154.

(2)- نفس المرجع السابق، ص155.

البند الثالث حق الزيارة

في مقابل الحكم للأم بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب تلقائياً دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام، ويحدد في الحكم في أوقات و أماكن الزيارة⁽¹⁾.

(1)-منصوري نورة،المرجع السابق،ص155.

خاتمة

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان و أي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج قد يلحق بالزوجة ضررا أيا كان نوعه إذا فعل ذلك لمجرد إلحاق الأذى بها فلها الحق في طلب التظليق إذا أرادت مفارقتة شريطة أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري كما خول لها المشرع الجزائري مسلك آخر يمكنها اللجوء إليه ألا و هو الخلع بشرط أن تدفع لزوجها مقابل افتداء نفسها منه و هذا طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

و ما يمكن أن نستنتجه في هذه الخاتمة من ملاحظات نختصرها فيما يلي:

أ- إن أحكام الأسرة في الإسلام واسعة، و لا يمكن حصرها ضمن منظومة قانونية عادة ما يطلب فيها الدقة و الاختصار، فأحسن ما فعل المشرع الجزائري، و بهدف سد كل فراغ لجأ إلى الإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد (فيه) بصدده نص طبقا للمادة 222 قانون أسرة جزائري.

ب- إن مذهب الإمام مالك بن أنس هو الأصل التشريعي لقانون الأسرة في الغالب الأعم.

ج- إن المشرع الجزائري قد منح للزوجة حق اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بسبب الضرر اللاحق بها من طرف زوجها و حالات الضرر جاءت في المادة 53 قانون أسرة جزائري كما لها أيضا التفريق بسبب الخلع و جاءت في المادة 54 قانون أسرة جزائري و جاءت حالات المادة 53 كما يلي:

1- أنه يجوز لها طلب التفريق بسبب الإعسار عن النفقة.

يعتبر ضررا ماديا يصيب الزوجة و قد اشترط المشرع الجزائري ضرورة وجود حكم قضائي يوجب الإنفاق، و لم يحدد المدة التي لا ينفق فيها الزوج عمدا و بقصد الإضرار بها، و إذا كان قد ورد ذكرها في المادة 331 من قانون العقوبات.

بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع لم يفرق بين حالتين هما:

أ- حالة عدم الإنفاق مع القدرة عمدا و حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج و إعساره.

ب- لم يفرق المشرع بين الزوجة الغنية و الفقيرة.

2- أنه بخصوص التفريق بسبب العيوب حسنا ما فعل المشرع عند ما أباح لها طلب للزوجة التطلاق لكل عيب يمنع من تحقيق الهدف من الزواج، و لكنه لم يذكر و لو على سبيل المثال عيبين أو ثلاثة و يؤخذ عليه أنه لم يعرف العيب و لم يذكر أنواعه،وكما أن لم يعط مهلة للزوجة تنتظر فيها الزوج من أجل البرء من هذا العيب إذا كان مستعصيا.

3- بخصوص طلب الزوجة للتفريق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر إذا لابد من التأكد من ثلاثة شروط:

أ- الركن المادي،وهو الهجر في المضجع و هو الهجر الحقيقي.

ب- الركن الزمني و هو الهجر لمدة أربعة أشهر متتالية غير منقطعة.

ج- الركن المعنوي و هو نية الإضرار بالزوجة و ليس بنية الإصلاح و تبقى سلطة القاضي التقديرية مطلقة في الهجر لصعوبة الإثبات.

لكن يؤخذ على المشرع أنه لم يفرق بين الهجر في المضجع بقصد التأديب و الهجر بقصد الإضرار.

4- أجاز المشرع للزوجة التفريق بسبب الحكم على الزوج و أحسن المشرع عندما حذف في التعديل الأخير مصطلح العقوبة الشائنة، و لكنه يأخذ عليه أنه حذف مدة السنة و لم يحدد لها مدة معينة،و أصناف أوصاف أخرى و السلطة التقديرية للقاضي تبقى مقيدة بصدور حكم ضد الزوج.

5- أجاز المشرع للزوجة طلب التفريق بسبب الغيبة أي غيبة الزوج لمدة سنة بدون عذروا نفقة و ما يلاحظ على هذه الفقرة أنه هناك تتناقض بين النص العربي و النص الفرنسي، ففي النص العربي " الغيبة لمدة سنة بدون عذر و لا نفقة على خلاف النص الفرنسي:

{ sans excuse valable ou sans pension d'entretien}

فيبقى التساؤل مطروحا على أي نص يعتمد القاضي؟.

6- و أنه بخصوص التفريق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة و بهذا أباح المشرع التعدد و هو مطلب شرعي شرعه الله سبحانه و تعالى و من جهة قيده بشروط و ضوابط فالمشرع في هذه الحالة افترض الضرر رغم أنه يتأكد فيما بعد.

7- أما بخصوص التفريق بسبب ارتكاب الفاحشة المبينة فالمشرع الجزائري انفرد بنصه على هذه الحالة دون غيره من التشريعات العربية، و أحسن صنعا في هذه النقطة، لهذا على القاضي الاعتماد على معيار العقل السليم و نظرة الدين إلى الفعل، و للقاضي هنا سلطة تقديرية مطلقة.

8- أما بخصوص التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين استحدثت هذه الفقرة في التعديل بموجب القانون 09/05 حيث أنها وليدة الاجتهاد القضائي و نظرا لصعوبة معرفة الشخص المتضرر من الطرفين مما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة في التثبت من وقوع الضرر.

9- و أما بخصوص التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فهذه الفقرة استحدثت بقانون 09/05 مصدرها الشريعة الإسلامية و سلطة القاضي هنا مقيدة بمخالفة الشروط الموجودة في العقد، لكن يبقى التساؤل هل يأخذ القاضي بمبدأ حرفية النص و يعزف عن منح الزوجة حق طلب التفريق بسبب مخالفة الزوج للشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟.

10- أما بخصوص التفريق لكل ضرر معتبر شرعا فإن الباب مفتوح للقاضي للبحث في الشريعة الإسلامية لأن الضرر لا يمكن حصره، و يختلف من زمان و مكان حسب الظروف و الأمر تقديري للقاضي و هذه الفقرة تعتبر متنفس له.

و فيما يخص التفريق بسبب الخلع كما جاء في المادة 54 قانون الأسرة الجزائري كما يلي:
- المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم الخلع ليصل إلى إعطائه كحق في يد الزوجة كما يجب أن يبين الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع و آثار كل منهما كما هو الحال في التشريعات الأخرى.
كما أن المشرع الجزائري لم يفصل في العوض من حيث مقداره و صفته وإنما تطرق فيه إلى أنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم لقااضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

من خلال بحثي في هذا الموضوع يمكن تسجيل بعض التوصيات أهمها:

1- تعديل نص المادة 53 من قانون الأسرة، لأن المشرع الجزائري قد أخفق في الصياغة، فكان عليه صياغتها كالتالي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا لاسيما: الحالات المذكورة أعلاه".

و هذا لكي يتضح أن هذه الحالات على سبيل المثال و ليست على سبيل الحصر لأن القارئ لأول وهلة يخيل إليه أن واردة على سبيل الحصر و الواقع خلاف ذلك.

2- تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة، فعلى المشرع الجزائري تعريف الخلع و تبيان الطبيعة القانونية له و تبيان أركان و شروط الخلع و الآثار المترتبة عليه.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

- 1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن ابن منظور إفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، المجلد 2.
- 2- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردربه، صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، المجلد 3.
- 3- أحمد بن محمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، الطلاق و الخلع و الظهار على فقه المذاهب الأربعة و الإمام طاووس، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
- 4- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الإسكندرية، طبعة 1997.
- 5- أحمد لعور و نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- 6- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه و شروطه و أحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2006.
- 7- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي (تعليق على النصوص)، دار الكتب، المجلة الكبرى، مصر، 2006.
- 8- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية تشريعا و فقها و قضاء، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2007.
- 9- أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص و الفقه و مبادئ النقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ج 2.
- 10- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدوني، القبة القديمة، الجزائر، الطبعة الأولى 2008.
- 11- الشيخ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، المكتب الإسلامي الطبعة الخامسة.

- 12- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، ج1.
- 13- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.
- 14- المصري ميروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 15- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، طبعة 1967.
- 16- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة 2007..
- 17- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- 18- تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1983.
- 19- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الأسكندرية.
- 20- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، المكتبة التجارية الكبرى، 1969، ج4.
- 21- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب الحدود، المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الأولى، ج5.
- 22- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية و قوانين الأحوال الشخصية العربية و الأجنبية، دار الفكر، الطبعة الثانية، المجلد2.

- 23- عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989.
- 24- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011.
- 25- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل له رقم، 09/05 المؤرخ في 04 مايو سنة، 2005، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 26- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2000.
- 27- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- 28- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.
- 29- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، دار طليطلة الجزائر، طبعة أولى 2011.
- 30- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، للمسلمين وغير المسلمين في التشريع المصري و المقارن، إجراءات التقاضي، صيغ الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 31- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1950.
- 32- محمد باوني، عقد الزواج و آثاره، دراسة مقارنة بين الفقه و القانون منشورات مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
- 33- محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة.
- 34- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997.

- 35- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت لبنان الطبعة الثانية 1977.
- 36- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، الأزاريطة 2005.
- 37- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة 1975.
- 38- معوض عبد التواب الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية الطبعة التاسعة 2000، ج1.
- 39- مالك بن أنس، الموطأ، دار الريان بالتراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988، ج1.
- 40- منصور نورة، التطلاق و الخلع و فق القانون و الشريعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 41- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.
- 42- نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2003.
- 43- نصر سلمان و سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب و السنة، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، و فق تعديلات الجديدة، دار السلام، 2009.
- 44- نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني، قانون الأسرة، نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى عين مليلة الجزائر.
- 45- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، طبعة خاصة بالجزائر، الطبعة الرابعة، 1996، ج7.
- 46- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011.
- مواقع الانترنت**

47- <http://kouissi hateam.com/2586>

48- <http://kouissi hateam.com/t2586 topic>.

المذكرات و المجالات:

- 1- اليزيد عيسات التطلق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود و مسؤولية،المشرف عمر بلمامي، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر،2003.
- 2- حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، قانون دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،شعبة القانون الخاص تخصص قانون شؤون الأسرة،المشرف:أ.د.منصوري رحمان، قسم الحقوق،جامعة سكيكدة،2012.
- 3- سمية صالح،الخلع فقها و قانونا دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي،مذكرة لنيل شهادة الماجستير و القانون تخصص الأحوال الشخصية،المشرف سعاد سطحي،كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية قسم الشريعة و القانون جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة.
- 4- ربيعة إغات التفريق بين الزوجين،دراسة نموذجية الخلع و الظهار و الايلاء و اللعان،دراسة لنيل الماجستير في الحقوق القانونية و الإدارية، المشرف عمار مساعدي،معهد الحقوق و العلوم القانونية و الإدارية،الجزائر 1989.
- 5-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص،2001.

القوانين

- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984،يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 27 /02 /2005.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
أ	مقدمة.....
1	الفصل الأول: التفريق بسبب الضرر بالزوجة
04	المبحث الأول: التفريق بسبب الضرر المادي للزوجة.....
04	المطلب الأول: التفريق بسبب الإعسار عن النفقة.....
05	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الإعسار عن النفقة.....
07	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الإعسار عن النفقة....
09	المطلب الثاني: التفريق بسبب الغيبة.....
10	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الغيبة.....
11	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب الغيبة.....
12	المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر المعنوي للزوجة
13	المطلب الأول: التفريق بسبب العيوب و الهجر في المضجع و الحكم على الزوج.....
13	الفرع الأول: التفريق بسبب العيوب.....
19	الفرع الثاني: التفريق بسبب الهجر في المضجع.....
27	الفرع الثالث: التفريق بسبب الحكم على الزوج.....
32	المطلب الثاني: التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 8 ق أ و ارتكاب فاحشة مبينة و الشقاق المستمر بين الزوجين و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
32	الفرع الأول: التفريق بسبب مخالفة أحكام المادة 8 ق أ.....
38	الفرع الثاني: التفريق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة.....
46	الفرع الثالث: التفريق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.....
55	الفرع الرابع: التفريق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
60	المبحث الثالث: التفريق لكل ضرر معتبر شرعا.....
61	المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.....
62	الفرع الأول رأي الحنفية و الجعفرية و الشافعي في أحد قوليه و أحمد في إحدى الروايتين.....
62	الفرع الثاني: رأي المالكية.....
62	المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.....

64	الفرع الأول: أمثلة للضرر الذي يجيز التطبيق
65	الفرع الثاني: أحكام خاصة بالضرر المعتبر شرعا
67	الفصل الثاني: التفريق بسبب الخلع
68	المبحث الأول: مفهوم الخلع و طبيعته القانونية
68	المطلب الأول: تعريف الخلع
68	الفرع الأول تعريف الخلع لغة
69	الفرع الثاني: تعريف الخلع شرعا
70	الفرع الثالث: تعريف الخلع قانونا
72	المطلب الثاني: مشروعية الخلع و حكمه و حكمته
72	الفرع الأول: مشروعية الخلع
77	الفرع الثاني: حكم الخلع
79	الفرع الثالث: حكمة الخلع
79	المطلب الثالث: الطبيعة الفقهية و القانونية للخلع
79	الفرع الأول: التكيف الفقهي للخلع
83	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع
87	المبحث الثاني: أركان الخلع و شروطه
87	المطلب الأول: المخالغ و أحواله
87	الفرع الأول: خلع المحجور عليه
91	الفرع الثاني: خلع المريض مرض الموت
92	المطلب الثاني: المختلعة و أحوالها
93	الفرع الأول: خلع المحجور عليها المجنونة و الصغيرة و السفهية
97	الفرع الثاني: خلع الحائض
98	الفرع الثالث: خلع المعتدة من طلاق رجعي
99	الفرع الرابع: خلع المريضة مرض الموت
101	المطلب الثالث: الصيغة في الخلع
101	الفرع الأول: ألفاظ الخلع
104	الفرع الثاني: المعاظة في الخلع
105	المطلب الرابع: العوض في الخلع
106	الفرع الأول: مقدار العوض في الخلع
108	الفرع الثاني: صفة المقدار في الخلع
111	المبحث الثالث: آثار الخلع
111	المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

111	الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف
112	أحكام الخلع قابلة للاستئناف
113	المطلب الثاني: عدة المختلعة
115	المطلب الثالث: نفقة المختلعة
115	الفرع الأول: نفقة العدة و نفقة الإهمال
116	الفرع الثاني: الحضانة و نفقة المحضون و حق الزيارة