جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

الطلاق قبل الدخول

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من تقديم الطالبتين:

- خوجة فاطمة الزهراء
- بولوسخ أماني

تحت إشراف:

أ.د: منصور رحماني

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ رواق آمال	أستاذ محاضر	رئيسا
أ.د/ منصور رحماني	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا
د/ بن مشيرح محمد	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جويلية2021

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى أله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

نشكر الله الذي أنعم علينا بنعمة العقل والدين وأعاننا على إتمام هذه الرسالة فله الحمد وله الشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه وانطلاقا من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من لا يشكر الناس لا يشكر الله}.

نتقدم بجزيل الشكر لكل من نصحنا ووجهنا وأرشدنا وساهم معنا في إعداد هذا البحث بإيصالنا للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله ونخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور "رحماني منصور" لقبوله الإشراف على هذه الرسالة ولكل ما قدمه لنا من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستنا في جوانبها المختلفة فنسأل الله أن يجزيه خير الجزاء.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة المؤقرة فضيلة الدكتورة "رواق آمال" والدكتور "بن مشيرح محمد" الذين تكبدوا عناء ومشقة تقييم وتقويم هذا البحث فجزاهم الله كل خير.

كما نشكر إدارة كلية الحقوق من أساتذة وعمال والقائمين على المكتبة، بما يسدونه من خدمات لطلبة العلم.

أهدي تخرجي هذا وثمرة جهدي وتعبي وفرحتي التي انتظرتها، إلى تلك الأيادي التي رعتني بكل حب وتعبت من أجلي طوال هذه السنين، إلى من ربوني وعلموني أسس الحياة من مبادئ وأخلاق، إلى من دعموني بجهودهم ودعواتهم وتضحياتهم ونصائحهم في كل خطوة خطوتها في سبيل النجاح والتقدم نحو الأفضل، إلى والدي الحبيبين وأعز ما أملك "عبد الوهاب" و"بردودي وردة"، أشكرهما على جهودهما وأتمنى أن يجزيهما الله أحسن الجزاء وأتمنى أن يديمهما الله تاجا فوق رأسي ليشهدوا لي المزيد من النجاحات إن شاء الله.

كما أهديه إلى أمي الثانية وجدتي " فطيمة " شفاها الله وخفف عليها آلامها. وإلى جدي وأبي الثاني "علي" الذي تمنيت بحرقة حضوره معي في هذا اليوم رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى أختي الحبيبة أسماء وإخوتي فؤاد و رؤوف وإلى زوجة أخي يسرى وإلى كتاكيتي الصغار: قصي، جود وقطر الندى.

إلى من تشاركت معها نفس المقعد وعملت معها بغية إتمام هذا العمل على أكمل وجه، زميلتي "بولوسخ أماني".

إلى رفيقات دربي: رقية بودخانة، إيمان قربوع، ريان بردودي، نجاة باهي ، أسماء قرفي، زغيدة زهرة.

إلى فراشات كلية الحقوق وإلى كل زميلاتي وزملائي بالدفعة، وإلى كل من ساعدني في إتمام هذا العمل من قريب أو بعيد.

خوجة فاطمة الزهراء

الإهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى ماما "حبيبة محقون" سعادتي وقرة عيني و جنتي حفظها الله و رعاها وأدامها تاجا فوق رأسي.

إلى من سعى وشقا لأنعم بالراحة والذي لم يبخل علي بشيء لأجل دفعي في طريق النجاح إلى الذي علمني حب الحياة على شدائدها وعلمني أن الحياة مدرسة أستاذها الزمن ودروسها التجارب إلى مثلي الأعلى إلى حبيبي وأبي الغالي "حسين" أطال الله في عمره ليراني في أعلى المراتب.

إلى إخوتي: محمد وأحمد سنداي في الحياة.

إلى من كانت بمثابة الأخت الصغيرة "إيمان بوشهدة" وفق الله خطاها وسددها.

إلى من رافقتني بدعائها وحنانها جدتي "تونس".

إلى كل العائلة الكريمة من صغيرها وكبيرها.

إلى من سرنا ونحن نشق معا الطريق نحو النجاح والإبداع إلى من تكاتفنا يدا بيد لنحصل ثمار هذا البحث صديقتي وأختي وحافظة أسراري "خوجة فاطمة الزهراء".

إلى صديقاتي: نور الهدى، حياة، راوية، موني، أنفال.

إلى زملائي في تخصص قانون الأسرة وأخص بالذكر: زهرة، دينا، أسامة، محمد علي.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث وخاصة "مجيد" .

بولوسخ أماني

قائمة المختصرات:

ق أ = قانون الأسرة

ق أ ج = قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ = قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق إ م = قانون الإجراءات المدنية

ق م = القانون المدني

ق م ج = القانون المدني الجزائري

ق ع ج = قانون العقوبات الجزائري

ق ح م = قانون الحالة المدنية

ق ح م ج = قانون الحالة المدنية الجزائري

م م ع = مجلة المحكمة العليا

م.ع.غ.أ.ش = المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

م.ق = المجلة القضائية

م = المادة

ج = الجزء

ط = الطبعة

ط.د= دون طبعة

ص = الصفحة

د م ج = ديوان المطبوعات الجزائرية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

لقد كرم الله الإنسان على سائر المخلوقات ولم يتركه لما تمليه عليه غرائزه ونزواته الشخصية، فشرع له الزواج من أجل تكوين أسرة تعتمد في حياتها على المودة والرحمة وتحقيق الترابط والتكافل بين الزوجين، لقوله تعالى: "**وَمِنَ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً، إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَات لِّقَوْمٍ يَّتَفَكَّرُونْ**"[1]. كما نظم الشارع علاقة الزوج بزوجته تنظيماً محكماً يقوم على أقوم المبادئ لضمان سعادة الأسرة واستقرارها، وأضفى عليها قدسية خاصة توجب الالتزام بما شرعه الله من أحكام حدد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين، ووصف العقد الذي يربط بينهما بالميثاق الغليظ فقال: "**وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**"[2].

ولكن قد يصادف هذا الزواج بعض العراقيل التي تؤدي إلى اشتداد الخلاف بين الزوجين وتفاقم النزاع بينهما، فيتحول الحب إلى كره والتعاون إلى مكائد والرحمة إلى حقد وبغض، فيفقد الزواج معانيه ويصبح دوام العشرة الزوجية شيئا مستحيلا وصعبا، لكن الشريعة الإسلامية جعلت لهذه المشكلة حلا، فأحلت الطلاق لإنهاء هذه الرابطة التي لم يُقدر لها الاستمرار كما جاء في قوله تعالى: "**وَإِن يَّتَفَرَّقَا يُغْنِ الله كُلاًّ مِنْ سعَتِه**"[3].

ورغم تشريع الإسلام للطلاق إلا أنه وضع له بعض القيود سواء كان هذا الطلاق من الزوج أو من الزوجة. ورغم كل تلك القيود إلا أننا لاحظنا تزايدا كبيرا في حالات الطلاق في الآونة الأخيرة خاصة في المجتمع الجزائري حيث بلغ نسبة 68 ألف حالة سنويا في السنوات الخمس الأخيرة، وارتفع بنسبة تفوق 50 بالمائة في حالات الطلاق قبل الدخول والسبب يعود دائما إلى سوء اختيار الشريك وعدم معرفته معرفة صحيحة أثناء فترة الخطوبة ويعود أيضا إلى عدم قدرة الزوجين على حل المشاكل التي تحدث بينهما، بسبب أيضا عدم قدرة الزوج على إتمام إجراءات الزواج لظروف مادية، أو بسبب أيضا الفوارق الاجتماعية والاقتصادية بين الزوجين، أو بسبب فارق العمر خاصة عندما يكون الفارق بينهما

[1] سورة الروم، الآية: 21.

[2] سورة النساء، الآية: 21.

[3] سورة النساء، الآية: 130.

كبير جدا، وعدم تقدير رابطة الزواج واعتبارهم أن الطلاق هو الحل لكل المشاكل، كما يرجع السبب أيضا إلى الخيانة وخاصة في مواقع التواصل الاجتماعي، وهذا الأخير هو السبب الأكبر في تزايد حالات الطلاق في عصرنا هذا بشكل عام وخاصة في بداية العلاقة الزوجية الغير مكملة بالدخول وغيرها من الأسباب.

إذا فموضوع بحثنا هو الطلاق قبل الدخول.

أسباب اختيار الموضوع:

- الحاجة العلمية لمثل هذه الدراسات الدقيقة والتي تتطلبها مسيرة البحوث الأكاديمية ورغبتنا في إثراء المكتبة القانونية بهذا النوع من الدراسات.
- رغبتنا الشديدة في الاطلاع على هذا الموضوع وإثراء معلوماتنا حوله وذلك بسبب ما رأيناه من تزايد في حالات الطلاق قبل الدخول في الآونة الأخيرة مقارنة بالسنوات الماضية.

أهداف الموضوع:

- أولا: توضيح الأحكام المتعلقة بالطلاق.
- ثانيا: بيان معنى الطلاق قبل الدخول وأحكامه والآثار المترتبة عليه.
- ثالثا: بيان أنواع التفرقة قبل الدخول.
- رابعا: بيان إجراءات التقاضي قي دعوى الطلاق قبل الدخول.
- خامسا: ذكر بعض الاجتهادات القضائية فيما يخص هدا الموضوع.

الصعوبات:

إن الصعوبات التي واجهتنا في طريق إتمام هذه المذكرة وإخراجها في أحسن صورة من الناحية العلمية هي كثيرة نذكر منها:

- قلة التجربة في إنجاز هذا النوع من البحوث العلمية التي تتطلب الكثير من الجهد والسهر والمراجعة إلى درجة "الهوس" في تحري الحقيقة حول كل كلمة كتبت.
- ضيق الوقت المخصص للبحث.

- قلة المراجع المتخصصة التي عالجت هذا الموضوع بجوانبه.
- صعوبة تقسيم هذا البحث من حيث الخطة وتوازنه من حيث المضمون من الناحية العلمية.

أهمية هذا الموضوع:

- تعد دراسة هذا الموضوع من الدراسات الهامة التي تحتاج إلى المزيد من البحث الجاد والعميق.
- يثير هذا الموضوع مشاكل قانونية عديدة، وذلك لكثرة القضايا المتعلقة بالطلاق في بداية العلاقة وخاصة قبل الدخول.

المنهج المتبع:

يقوم هذا البحث على المناهج التالية:

- الوصفي والتحليلي: نظرا لطبيعة البحث وما يقتضيه.
- المقارن: ويكمن في تحديد أوجه الاختلاف والتشابه بين الطلاق وأنواع التفرقة الأخرى.
- الاستقرائي: الرجوع إلى المصادر المعتمدة لكل مذهب من المذاهب لأخذ كل قول من مصدره ما أمكن، وذكر موقف المشرع الجزائري، وتوثيق الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وأيضا الرجوع إلى معاجم اللغة والفقه، والتعريف بالمصطلحات الغربية الواردة بالبحث.

الدارسات السابقة:

- في عام 1997 قامت الأستاذة سمر محمد أبو يحيى بتأليف كتاب أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي بحيث تحدثت فيه عن الخلوة وما يترتب عنها من أحكام وآثار.
- في عام 2009 قامت الطالبة أمال عبد الله لافي عابدين، بإعداد مذكرة ماجستير في الإرشاد النفسي والتربوي حول الأسباب النفسية والاجتماعية لحالات الطلاق قبل الدخول وسنة أولى زواج، حيث أنها تطرقت إلى الأسباب المؤدية للطلاق قبل الدخول والإحصائيات فقط.
- في عام 2011 قام الطالب نازك مسار محمد حنني بإعداد مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع حول أحكام الطلاق قبل الدخول، بحيث تناول فيه ما تناولناه تقريبا في موضوع بحثنا.

- وفي عام 2011 صدر كتاب بعنوان أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي لعثمان محمد عبد الحق إدريس، فكانت رسالته متمحورة حول الشروط الواجب توافرها في المعقود عليها والأحكام الثابتة لها بعد العقد وآثار الخلوة عليها وأحكام الفرقة قبل الدخول.
- أما في عام 2019 فقد تعرضت الطالبة بوصبيع فتيحة ومسيل نسرين لموضوع الطلاق قبل الدخول بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

طرح الإشكالية:

ومن خلال ما سبق يمكننا طرح التساؤلات التالية:

- ما هي الأحكام التي تحكم الطلاق بصفة عامة والطلاق قبل الدخول بصفة خاصة؟
- ما هي الضوابط القانونية للطلاق قبل الدخول؟ وما هو دور الاجتهاد القضائي فيها؟

وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا لتقسيم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: الأحكام العامة للطلاق

المبحث الأول: الطلاق وأنواعه

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأركانه

المطلب الثاني: أنواع الطلاق

المطلب الثالث: تمييز الطلاق عن أنواع الفرقة الأخرى

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق قبل الدخول وأنواع التفرقة

المطلب الأول: مفهوم الطلاق قبل الدخول وحكمه

المطلب الثاني: أنواع التفرقة قبل الدخول

الفصل الثاني: أحكام الطلاق قبل الدخول وإجراءات رفع الدعوى

المبحث الأول: أحكام الطلاق قبل الدخول والآثار المترتبة عنه

المطلب الأول: أحكام الطلاق قبل الدخول

المطلب الثاني: آثار الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة

المبحث الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق قبل الدخول

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الطلاق في عقد الزواج الموثق

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق في عقد الزواج الغير موثق

الفصل الأول

الفصل الأول:الأحكام العامة للطلاق

إنَّ استقرار الحياة الزوجية غاية يحرص عليها الدّين الإسلامي من خلال أقدس الروابط ألا وهي رابطة الزواج التي تتسم بالديمومة والاستمرارية، وتُبنى على أسس ألا وهي المودة والمحبة والرحمة، لقوله تعالى : " **خَلَقَ لَكُم مِّنَ أنفُسِكُم أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّودَّةً وَرَحْمَةً** "[1]. ولكن قد تتخلل هذه العلاقة بعض المشاكل تؤدي إلى انهيار تلك الأسس، مما يخلق مشاكل وعوائق تجعل من استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا أو صعبا لكل من الزوجين أو لأحدهما، وهنا أباح الإسلام الطلاق ويعتبر هذا الأخير إحدى صور انحلال الرابطة الزوجية.

وسنتطرق في هذا الفصل إلى الطلاق وأنواعه في المبحث الأول ومفهوم الطلاق قبل الدخول وأنواع التفرقة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الطلاق وأنواعه

إنَّ الطلاق هو من أهم المحاور التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية وأخضعتها لقواعد خاصة تضبطها وتنظمها، وهو الأمر الذي لم يغفل عنه المشرع الجزائري وغيره من المشرعين خاصة في الدول العربية، من خلال وضع قوانين تتعلق بالأسرة والأحوال الشخصية. ونظرا للاهتمام الكبير حول هذه المسألة خصصنا لدراستها ثلاثة مطالب، المطلب الأول جاء لتوضيح المقصود بالطلاق وحُكمه والأدلة المشرعة وأركانه، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى أنواع الطلاق، ثم في المطلب الثالث سنوضح الفرق بين الطلاق وغيره من أنواع الفرقة الأخرى.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأركانه

سنتناول في هذا المطلب، تعريف الطلاق في الفرع الأول وحكمه في الفرع الثاني، وبيان مشروعيته في الفرع الثالث والحكمة من تشريعه في الفرع الرابع وأركانه في الفرع الخامس.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

سنتطرق لتعريفه اللغوي والفقهي ثم نتطرق للتعريف القانوني كالتالي:

أولا: التعريف اللغوي للطلاق

[1] سورة الروم، الآية: 21.

- الطلاق لغة من الطَلْق والطلْق[1]،وأطلق الشيء أي حلَّه وحرره.
- الطلاق هو حل القيد والإطلاق، ومنه ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق أي حل قيده وخلي عنه[2].
- الطلاق هو الترك والمفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها وفارقها، وطلقت القوم أي فارقتهم وتركتهم[3].
- وفي تعريف آخر الطلاق من طَلَقَ طَلُوقًا وطَلاقًا، أي تحرره من قيده، والمرأة من زوجها طلاقا أي تحللت من قيد الزواج وخرجت عن عصمته[4]. ورجل مطلاق ومطليق أي كثير التطليق للنساء لقوله صلى الله عليه وسلم: لعن الله كل ذواق مطلاق .
- الطلاق والإطلاق لغة هو رفع القيد سواء كان هذا القيد حسيا أو معنويا، فيكون حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير ويكون معنويا كقيد النكاح وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين، أما الفرق بين الطلاق والإطلاق هو أن الطلاق يكون في القيد المعنوي والإطلاق يكون في القيد الحسي وهذا ما جرى به العرف، فيقال: طلق الرجل زوجته، لا أطلق الرجل زوجته[5].

ثانيا: التعريف الفقهي للطلاق

لقد اختلفت التعاريف التي أوردها الفقهاء من حيث الصياغة والدقة، لكنها اتفقت في كون الطلاق حل للرابطة الزوجية، ومن هذه التعاريف التي سوف نتناولها هي تعاريف المذاهب الأربعة المتمثلة في المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي:

1المذهب الحنفي:

- عرف الطلاق في هذا المذهب بأنه:"إزالة النكاح الذي هو قيد معنى"[6].

---

[1]ابن منظور محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري لسان العرب، مادة طلق، ج 10، ط1، بيروت، ص 225.

[2]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، د ط، دار الفكر العربي، لبنان، 1992، ص 356.

[3]أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق والخلع، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 12.

[4]إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة طلق.

[5]عريبي فراح، طرق انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس–مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2019، ص4.

[6]ابتسام محاتفي، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف–المسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017، ص7. الناقلة عن علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني

- عرفه أيضا بأنه:"رفع قيد النكاح في الحال (بالبائن) أو في المال (بالرجعي) بلفظ مخصوص (وهو ما اشتمل على الطلاق)"[1]، فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون في الطلاق البائن فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أو لم تنته، وفي المال يكون عند العدة أي بالطلاق الرجعي ولكن تحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته. واللفظ المخصوص هو الصريح الذي يدل على الطلاق دون حاجة إلى نية، أما اللفظ الكنائي المحتمل معنى الطلاق فهو بحاجة إلى نية، أي أنه إذ لم ينو المتلفظ باللفظ الكنائي للطلاق فلا يقع هذا الأخير.

2المذهب المالكي: عرفه فقهاء هذا المذهب بأنه : "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج لزوجته، موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم"[2]، فقد جعل الطلاق صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته، باعتبار المتعة أهم آثار عقد النكاح، بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره، ومعناه أن حلها له لا يرتفع إلا بتطليقها ثلاثا.

وعرف أيضا بأنه: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص"[3].

3المذهب الحنبلي: عرفه بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه"[4]، وعرفه ابن قدامة: "الطلاق حل قيد النكاح"[5].

4المذهب الشافعي: عرفه بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"[6].

الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، كتاب الإيمان، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 182.

[1]مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، باب الطاء مادة أطلق، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص563.

[2]فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، الطلاق قبل الدخول بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماستر، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج –البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2019، ص8.الناقلان عن عمر عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق و فقهه و أدلته، دار الضياء، مصر، 2000، ص 152.

[3]ابتسام محاتقي، مرجع سابق،ص7. الناقلة عن الشيخ محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات و المعاملات و الميراث، دار الندوة، 2001، ص81.

[4]كشاف القناع في متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997، ص205.

[5]أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة والقانون–بحث مقارن، ط 1، دار المعارف، مصر، 1967، ص12.

[6]فتيحة بوصبع و نسرين مسيل ، مرجع سابق، ص9.

ثالثا: التعريف القانوني للطلاق

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق بشكل مفصل، فقد اكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حسب ما جاء في المادة 47 ق أ ج "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة"، وكذلك عدد صور الطلاق التي قد تكون بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة وهذا حسب المادة 48 من ق أ ج الأمر 05\02 "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"[1].
وخلافا للمشرع الجزائري هناك من القوانين التي أعطت تعريفا للطلاق، كمدونة الأسرة المغربية[2] ومجلة الأحوال الشخصية التونسية[3] ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية[4].

فالمشرع المغربي بعدما نص في المادة 71 من مدونة الأسرة على الصور التي قد ينحل بها عقد الزواج والمتمثلة في كل من الوفاة، الفسخ، الطلاق، التطليق، والخلع. ثم جاء بعد ذلك في نص المادة 78 من المدونة ليعرف لنا الطلاق صراحة: الطلاق هو حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت رقابة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة. وجاء المشرع التونسي بتعريف الطلاق أيضا في الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية على النحو التالي: الطلاق هو حل عقد الزواج. كما اتبع المشرع الموريتاني نفس النهج المتبع من طرف نظيره المغربي والتونسي في التصريح بتعريف الطلاق من خلال مدونة الأحوال الشخصية الخاصة به، وهذا طبقا لنص المادة 83 التي تقضي بأن الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج...الخ.

الفرع الثاني: حكم الطلاق

قبل أن نتطرق إلى حكم الطلاق، سنتكلم أولا حول أن الأصل في الطلاق يكون بيد الرجل ثم نتكلم عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق أهو الحظر أو الإباحة.

---

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] القانون رقم 70-03 المؤرخ في 5 فبراير 2004 المتضمن مدونة الأسرة، المعدل بالقانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103-10-1 المؤرخ في 16 يوليو 2010.

[3] القانون رقم 56-13 المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المنقح بالقانون عدد 74-1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993.

[4] القانون رقم 01-052 المؤرخ بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية.

أولا: الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل

يقع الطلاق بيد الرجل وهو حق أصيل له وهذا الحق وارد في الشرع ومن الآيات القرآنية الدالة على هذا الحق، قوله تعالى: " **لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمُ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء...**" وقوله أيضا: " **إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ". والطلاق وإن كان مشروعا وبيد الرجل إلا أنه لا يجب عليه أن يتعسف في استعماله ولا يقصد به إضرار الزوجة لقوله تعالى: " **وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ...** "[1]. والشارع الحكيم وإن كفل العصمة الزوجية بالزوج وحده، فلأنه الأحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها المال فهو الذي يدفع المهر وهو المسؤول عن الأسرة من سعي، والقيام بواجباتها وهو نفسه من يتحمل الخسارة التي تلحقه بسبب الطلاق فيدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة ومتعة الطلاق وإذا ما تزوج مرة أخرى فيحتاج إلى إنفاق مثل ما أنفق في الزواج الأول، وبالتالي نجد أن الزوج في هذه الحالة يكون أكثر مسؤولية وأكثر صبرا وأكثر حكمة وأكثر تحملا للمشاكل التي تحدث داخل أسرته فنجده لا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها بل يصبر ويتحمل في سبيل الحفاظ على الرابطة الزوجية التي أنفق لأجلها المال الكثير فلا يكون الطلاق حلًّا لَهُ إلا عند الضرورة وحين تنقطع سبل الوفاق والإصلاح بينهما،على عكس المرأة فهي ليس عليها من النفقات ما على الرجل فهي لا تخسر ماديا بالطلاق، كما أن المرأة تحكمها العاطفة وتلك ميزتها وفضيلتها، والعاطفة إذا سيطرت على الأمور الخطيرة قد تضر، فالمرأة سريعة التأثر والغضب فهي تثور لأتفه الأسباب وتنفعل لأوهى الأمور فنجدها تنهار عند أول مشكلة تعترض حياتها الزوجية فتظن أنها النهاية وأنه لا يوجد سبيل للمواصلة فتفكر في الانفصال فورا وقد يرجع هذا إلى ما يعتريها من أعراض جسمية ونفسية في فترات معينة، " كفترة الحيض مثلا تكون متقلبة المزاج وسريعة الاهتياج وقليلة الاحتمال، كما تكون في فترة الحمل أكثر حساسية من أي وقت مضى وتزداد الاضطرابات النفسية في مرحلة انقطاع الطمث..."[2]، و كل هذا من دون شك سيؤدي دوره في التأثير على تصرفات المرأة وقراراتها، فلو جعل الطلاق في يدها ما نظرت إلى عواقبه قط، فكان من الحكمة ألا تملك أمر الطلاق حتى لا تتصرف به حسب عاطفتها.

[1] سورة الطلاق، الآية: 6.

[2] آمال لوشن، الأحكام المختصة بالمرأة دون الرجل في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة –1– بكلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2016، ص 240.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فيتبين من خلال ما جاء في المادة 48 ق أ: (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...) بحيث يتبين لنا أن للزوج الحق في الطلاق متى شاء ذلك فهو غير ملزم بتقديم الأسباب، فقط عليه تحمل مسؤولية الطلاق والآثار المترتبة عليه.

وقد جاء قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1984/12/31 ملف رقم 35346 و فيه:(من المقرر شرعا، أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) ومن ثم، فإن القضاء بإبقاء الرابطة الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية، ومتى كان أن خالف قضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار تلقائيا من المجلس الأعلى)[1]. وفي قرار آخر مؤرخ في 1986/01/13 ملف رقم 39989 وفيه:(حيث أن لشريعة الإسلامية قررت، بأن العصمة بيد الزوج يحلها متى شاء وأراد، وبالتالي لا يسوغ لأحد رد قصده مهما عزم على ذلك)[2]. والقرار المؤرخ ب1986/05/05 ملف رقم 41651 وفيه:(حيث أن الزوج غير ملزم بتبرير الطلاق، باعتبار أن العصمة بيده طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي طبقها المجلس تطبيقا صحيحا)[3].

وبما أن الطلاق هو أمر خطير ولا يلجأ إليه إلا للضرورة فلهذا ينبغي أن لا يُقدَّم فيه إلا من تكون له قدرة على التروي والتبصر في هذا الأمر ولا شك أن الرجل أولى بالتقديم فيه لأنه الأحرص على إبقاء الزوجية، فالشارع الحكيم أعطى حق إيقاع الطلاق للرجل وحده دون المرأة، ولكن قيد هذا الحق بقيود وضوابط تسمو به عن الإساءة والظلم. كما أعطى الشارع للمرأة حق الالتجاء للقضاء في الحالات التي لا تستقيم فيها الحياة الزوجية.

ثانيا: الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة

لقد اختلف الفقهاء في الطلاق فمنهم من قال أن الأصل في الطلاق الإباحة ومنهم من قال أن الأصل في الطلاق هو الحظر ولكل فريق حججه.

---

[1] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة وأربعين سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010، ص 206.

[2] المرجع السابق، ص 207.

[3] المرجع السابق، ص 210.

1. فالذين قالوا بأن الأصل في الطلاق هو الإباحة، استندوا لقوله تعالى : " **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِن** "[1]، وقوله: " **لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُم إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** "[2]، فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق، والأدلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلَّق زوجته حفصة أم المؤمنين رضي الله تعالى عنها حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل المحظور[3]، والأدلة من الإجماع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم عاصم، وطلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه زوجته تماضر. ومن أقوال الفقهاء التي تدعم هذا الرأي: هو قول القرطبي في تفسيره: (فدل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح)[4].

2أما الذين قالوا أن الأصل في الطلاق هو الحظر فقد استندوا إلى قوله تعالى: " **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلَا** "[5]، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة هو ظلم وهذا ممنوع ومحظور في الإسلام، والأدلة من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال وكل ذواقة من النساء "[6]. ومن أراء الفقهاء في هذه المسألة: جاء في الفتاوى الكبرى: (والطلاق في الأصل مما يبغضه الله وهو أبغض الحلال إلى الله، وإنما أباح منه ما يحتاج إليه الناس كما تباح المحرمات للحاجة)[7].

ومنه فإن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولا[8].

ثالثا: حكم الطلاق

فبالرغم من اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق أهو مباح أو محظور، إلا أنهم اتفقوا على أن الطلاق تعتريه خمسة أحكام وهي: الوجوب، الندب، الحرمة، الكراهة والإباحة وسنقوم بتوضيح كل عنصر على حدا كما يلي:

---

[1]سورة الطلاق، الآية:1.

[2]سورة البقرة، الآية: 236.

[3]شفيقة حابت، طرق الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، 2018، ص 68.

[4]شفيقة حابت، مرجع سابق، ص 68.

[5]سورة النساء، الآية: 34.

[6]ابن أبي شيبة محمد بن ابراهيم– المصنف –الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة ، ط 1، 2008، كتاب الطلاق باب من كره الطلاق من غير ريبة ، حديث رقم 19523، مجلد6، ص568.

[7]شفيقة حابت، مرجع سابق، ص 71.

[8]محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 14 و 15.

1الوجوب: هو فك الرابطة الزوجية لسبب قوي يستدعيه، فإذا عجز الحكمان على الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحصين. " كما يكون الطلاق واجبا إذا فات الإمساك بالمعروف ولم يمكن أن يقيم الزوجان حدود الله تعالى سواء كان من قبله أو من قبلها "[1].

2الندب: ويكون ذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو كانت الزوجة سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله[2].

3الحرمة: في حال الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه، ولقد اتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراما ويعتبر فاعله آثما، فلقد ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام، فسأل عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"[3].

4الكراهة: لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله وهذا إذا كان الطلاق بدون سبب جدي ولا حاجة تدعو إليه[4].

5الإباحة: يكون مباح لحاجة مثلا: لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.

الفرع الثالث: مشروعية الطلاق

تظهر مشروعية الطلاق الدينية في الكتاب والسنة والإجماع، أما المشروعية القانونية فتتجلى من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون.

أولا: المشروعية الدينية

1. من القرآن:

---

[1]شفيقة حابت، مرجع سابق، ص 64.

[2]ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 62.

[3]البخاري محمد بن اسماعيل– صحيح البخاري– دار ابن كثير – دمشق بيروت الطبعة الأولى 2002 – كتاب الطلاق باب قول الله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء.." حديث رقم 5251 ص1338.

[4]محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 34.

- قوله تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانْ**"[1]. هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات وتقدر بثلاث طلقات، ويجوز الرجعة في اثنين ولا تجوز في الثالثة[2].
- لقوله تعالى: "**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**"[3]. أي أنه إذا طلق الرجل امرأته طلقة ثالثة بعد ما أرسل عليها الطلاق مرتين، فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره، أي حتى يطأها زوج آخر في نكاح صحيح، فلو وطئها واطئ في غير نكاح، ولو في ملك اليمين لم تحل للأول لأنه ليس بزوج، وهكذا لو تزوجت ولكن لم يدخل بها الزوج لم تحل للأول[4].
- لقوله جل جلاله: "**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** "[5]. ودلالة الآية أنه لا إثم عليكم أيها الرجال إن طلقتم النساء قبل المسيس (الجماع) وقبل أن تفرضوا لهن مهرا، فالطلاق في هذه الحالة غير محضور إذا كان لمصلحة أو ضرورة.
- ثم قال تعالى: " **وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلًّا مِنْ سِعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** "[6]. وهذه هي الحالة الثالثة، أي حالة الفراق، ولقد أخبر الله تعالى أنهما إذا تفرقا فإن الله يغنيه عنها ويغنيها عنه، بأن يعوضه بها من هو خير له منها ويعوضها عنه بمن هو خير لها منه (وكان الله واسعا حكيما) أي واسع الفضل عظيم المن، حكيما في جميع أفعاله وأقداره وشرعه[7].
- لقوله أيضا: "**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا العِدَّةَ**"[8].

2.من السنة:

وفي تشريع الطلاق من السنة أحاديث كثر، نذكر منها :

- عن عمر رضي الله عنه قال: طلق الرسول صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها.

---

[1] سورة البقرة، الآية: 229.

[2] الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، ج 1، ط1، دار ابن حزم، ص 611.

[3] سورة البقرة، الآية: 230.

[4] الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، مرجع سابق، ص 622.

[5] سورة البقرة، الآية: 236.

[6] سورة النساء، الآية: 130.

[7] الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، مرجع سابق، ص 432.

[8] سورة الطلاق ، الآية: 1.

- وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جِدُّهنَّ جِد وَهَزلُهُنَّ جِد النِّكاح والطَّلاق والرَّجعة"[1]. ومعنى الحديث أنه لو تلفظ الشخص بهذه الكلمات ثم قال كنت أمزح فلا ينفعه قول هذا، لأنها تكون نافذة بمجرد لفظها إذا فالتراجع عنها لن يفيد صاحبها.
- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم زوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[2]. والمقصود به أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج، الذي له أن يأخذ بساق المرأة ولو كان عبدا تحت سيده فليس للسيد أن يطلق عليه زوجته.

3.الإجماع والقياس:

- لقد أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق، بحيث يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعا.
- والقياس أيضا لا يأبه فإن العشرة إذا فسدت بين الزوجين، ولم يكن في الاستطاعة دوامها يكون من العبث بقاء الزواج وإمساك الزوج زوجة لا يطيق معاشرتها لما في هذا الإمساك من تفويت للمقصود من الزواج وتضييع للمصالح المنشودة والتي شرع لأجلها.

ثانيا: المشروعية القانونية

إنَّ المشرع الجزائري لم يعط تعريفا خاصا للطلاق بل ذكره على أنه صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية التي تتم إما بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجين معا أو بطلب من الزوجة الذي قد يكون إما بالتطليق حسب المادة 53 ق أ، أو بالخلع حسب المادة 54 من نفس القانون.

وقام بوضع نصوص خاصة تنظم الطلاق بصفة عامة في الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج في الفصل الأول منه تحت عنوان الطلاق. ومن هنا يتضح لنا أن للطلاق مشروعية قانونية.

الفرع الرابع: الحكمة من مشروعيته

[1]حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، كتاب الطلاق (باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا).
[2]المرجع السابق، كتاب الطلاق (باب طلاق العبد).

من المعلوم أن الله تعالى شرع الزواج لتحقيق مقاصد سامية، تحدث فقد إذا حسنت العشرة بين الزوجين وعمت بينهما المحبة والمودة وترابطت قلوبهما، ولقد حث سبحانه على دوام هذا الحال بينهما فدعا في كثير من آياته كلا الزوجين إلى حسن المعاشرة وطالب بعدم مسايرة النزاعات النفسية ونهى عن الاسترسال فيها، ولكن قد يعجز كل من الزوجين على الإصلاح ويشتد الخصام بينهما، فإن الطلاق في هذه الحالة هو الحل الأصلح لهما. ولم يكن الإسلام شغوفا بالطلاق وإنما شرعه على بغض له، علاجا للحياة الزوجية وإنهاء للخلاف الحاصل بين الزوجين، فبه تنتهي العداوة ويقضى على النزاع نهائيا. وكذلك شرع حلا وسطا لتحقيق الرغبات ومثال ذلك: إذا كانت الزوجة عقيمة وأراد زوجها الحصول على أولاد، فيأخذ هذا الزوج في ظلم زوجته وافتعال الأسباب لفراقها وقد يتعدى حدود الله في ذلك، ففتح الشرع أمامه طريقا للخلاص ويكون بالطلاق وله بعد ذلك ما يريد، فإن ابتغى بعد ذلك الزواج من امرأة أخرى ولودا تنجب له ولدا تقر به عينه فله ذلك.

الفرع الخامس: أركان الطلاق

للطلاق أركان ولكل ركن شروط يجب توافرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أو المطلق، وبعضها يرجع إلى ما يقع عليه الطلاق وهي الزوجة أو المطلقة، وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي الصيغة، وسنتناول كل ركن على حدا.

أولا: ركن المطلق

وحتى يقع طلاقه لابد من توافر جملة من الشروط هي:

1. أن يكون زوجا أو وكيلا عنه:

أي أن يكون بينه وبين الزوجة عقد زواج صحيح وهو الذي يملك حق إيقاع الطلاق، كما له " أن يوكل غيره في إيقاع الطلاق لأن القاعدة الشرعية تقول: (من ملك تصرفا يملك الإنابة فيه، إن كان قابلا للإنابة) وقد تكون الإنابة في الطلاق للزوجة نفسها "[1]. وبالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى أحكام ق إ م إ[2] في المادة 13 منه والتي تشترط الصفة في من يرفع الدعوى. أن يرفعها طالب الطلاق نفسه أو أحد ممثليه قانونا سواء كان محاميا أو وكيلا أو وليا لمن لم يبلغ سن الرشد[3]. وقد جاء هذا في

[1] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص292.

[2] القانون رقم 08– 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، الجزائر، 1980، ص285.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1984/05/14 ملف رقم32786 الذي جاء فيه:(من المقرر شرعا، أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره...)[1].

كما يشترط أن يكون هذا الزوج مسلما وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث منع ق أ ج في المادة 30 منه زواج المسلمة بغير المسلم وبالتالي لا يمكن تصور طلاقها منه وحتى وإن افترضنا أنه كان مسلما وارتد فزواجهما يفسخ.

2. أن يكون بالغا:

يشترط البلوغ في المطلق وهذا ما ذهب إليه الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ، "فطلاق الصبي لا يقع، وإن كان مميزا لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه، ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا"[2] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"[3]. بينما خالف الحنابلة هذا الرأي وقالوا أنه: يقع طلاق الصبي المميز الذي يعرف ما الطلاق وما يترتب عليه من تحريم زوجته ولو كان دون العشر سنين ويصح له أن يوكل غيره بأن يطلق عنه[4].

والقول الراجح في شرط البلوغ، هو أنه "لا اعتبار لطلاق الصبي الذي لم يبلغ سواء كان يعقل الطلاق أو لم يعقله وسواء كان مراهقا قارب البلوغ أو لم يكن مراهقا، لأن الطلاق تصرف خطير والأصل فيه الحظر وجوازه للحاجة المعتبرة شرعا والحاجة لا يقدرها الصبي ولا يستطيع إدراكها على وجه كاف يباح معه الطلاق، فيبقى الطلاق على أصله من الحظر فلا يقع طلاق الصبي"[5].

3. أن يكون عاقلا:

---

[1] م.ع.غ.أ.ش، 1984/05/14، ملف رقم32786، م.ق، عدد2، ص66.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 288.

[3] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 7، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 365.

[4] هنان مليكة، محاضرات في مقياس أحكام الطلاق في التشريع الإسلامي، المركز الجامعي نور البشير البيض، معهد الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020.

[5] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص362.

فيشترط في طلاق الرجل أن يكون عاقلا، "فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه[1] لعدم إدراكهما وجه المصلحة ولأن شرط التصرفات كلها الإدراك"[2]، وبالتالي لا يقع طلاق المجنون لأن العقل هو أداة التفكير ومناط التكليف وهو غير متحقق فيه كما أن المجنون ليس له قصد أصلا والطلاق من التصرفات التي تعتمد على القصد الصحيح، وإذا طلق المجنون زوجته أثناء إفاقته وكان إدراكه صحيحا وقع طلاقه[3].

كما أجمع أهل العلم على أن من زال عقله لجنون أو إغماء أو نوم أو شرب دواء أو أكره على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله وهو لا يعلم أنه مزيل للعقل، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق[4].

- **طلاق السفيه:** أما بالنسبة لطلاق السفيه[5] فإن طلاقه واقع لأنه يملك الزواج فيملك إنهاءه، ولأنه وإن كان يحجر عليه، إلا أن ذلك في التصرفات المالية وليس الزواج موضعا للحجر، فصح أن يقع منه الطلاق[6].
- **طلاق المريض:** هو نوعان[7]:

- إن كان مرضه يذهب عقله ويجعله مجنونا أو ملحقا به، فإن طلاقه لا يقع، ففي فقه المالكية: طلاق فاقد العقل ولو بنوم لغو، والمعتوه والمجنون، وكذلك المريض إذا ذهب عقله من المرض. وفي فقه الحنفية: وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته. فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله.
- وإن كان مرضه لا يؤثر في عقله، بل ظل سليم الإدراك كما كان قبل مرضه فهذا يقع طلاقه.

- **طلاق المريض مرض الموت:** إذا كان مرضه لم يؤثر على عقله، بل ظل سليما فإن طلاقه يقع[8].أما إذا كان يقصد بطلاقه حرمان زوجته من الميراث فيرد عليه قصده، وقد أخذ بهذا قانون

---

[1] المعتوه هو الشخص الذي يكون مختلطا في كلامه فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 288.

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج و الطلاق)، ج 1، دار النهضة العربية، بيروت، ص 313.

[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 363.

[5] السفيه: هو خفيف العقل الذي لا يحسن التصرف في ماله.

[6] بدران أبو العينين بدران، ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2، دار التأليف، مصر، 1961، ص 220.

[7] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 367.

[8] المرجع السابق، ص 367.

الأسرة الجزائري بأن طلاق مريض الموت يقع إلا إذا كان ينوي بطلاق زوجته حرمانها من الميراث فيعامل بنقيض قصده. وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ ب 1993/12/21 فصلا في الطعن رقم 101444 الذي جاء فيه: (... أما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان طلاقا بائنا، ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين: الطلاق أو الوفاة)[1].

- **طلاق السكران:** والسكران هو الذي لا يعي ما يقول وما يفعل أثناء سكره، ولا يتذكر بعد صحوه من السكر ما صدر منه من قول أو فعل. فقد فصل المذهب الحنفي فيه لاختلاف سببه، فإن إذا كان سكره باختياره من غير ضرورة ولا حاجة فإن طلاقه يقع، أما إن كان السكر لسبب مباح كمن يتناول شيئا للتداوي فيسكر منه أو تناوله إكراها فسكر ثم طلق امرأته فطلاقه غير واقع وحججهم في ذلك أن السكران مكلف فهو مأخوذ بما ينطق به وإن كان الذي ذهب بعقله محرما فالمحرم لا يسقط المسؤولية[2]، ولذا لو قذف محصنة كان عليه حق القذف. أما في قول المالك والشافعي وأحمد أن طلاق السكران لا يقع، ولو كان سكره بمعصية وحجج هؤلاء أن السكران لا قصد له وأنه لا يعني ما يقول فطلاقه إذا غير معتبر[3]. ودون الغوص في آراء الفقهاء، فالقول الراجح هو "عدم وقوع طلاق السكران سواء كان سكره بطريق محظور أو غير محظور"[4].

4. أن يكون مختارا:

والمقصود بكون المطلق مختارا كونه غير مكره على الطلاق من قبل الغير، لأن الإكراه يفسد الاختيار ويعدم الرضا، فلا يقع الطلاق به، وهذا حسب ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه؛ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ليس لمجنون ولا لسكران طلاق"[5] .

طلاق المكره:

[1] م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1993/12/21، ملف رقم 101444، م.ق، عدد 2/1996، ص 73.

[2] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 219.

[3] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 289.

[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 373.

[5] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج 1، ط 3، د م ج، قسنطينة، 2015، ص97.

أما إذا كان الزوج أُكرِه على إيقاع الطلاق بقتل أو بإتلاف مال أو غير ذلك مما لا تحتمله نفسه ولم يكن قادرا على دفع هذا الأذى وطلق فطلاقه لا يقع وهذا لأنه لم يقصد الطلاق بل قصد دفع الأذى عن نفسه وهذا حسب رأي جمهور من الفقهاء، كما جاء في قوله عليه الصلاة والسلام: {رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه}، وذهب الحنفية إلى أن طلاق المكره يقع لأنه يتلفظ بالطلاق وهو قاصد ومختار إلا أنه غير راض عما يترتب عليه وهو التطليق وعدم رضاه لا أثر له في وقوع الطلاق[1].

والرأي الراجح يقول بأن طلاق المكره لا يقع.

5. أن يكون قاصدا:

القصد إلى الشيء: هو التوجه إليه وإرادته عامدا فالمراد بكون المطلق قاصدا للطلاق هو كونه ناويا إيقاعه وعازما عليه.

- **طلاق الهازل:** أما فيما يتعلق بطلاق الهازل[2] فالمجتمع عليه أن طلاقه يقع وهذا استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: {ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق}، والسر في أن طلاق الهازل يقع هو راجع لأمرين: أولا من أجل زجر الهازل عن اللعب بأحكام الشريعة وثانيا من أجل سد الباب في وجه من يحاول الرجوع عن الطلاق والفرار من تحمل تبعاته[3].
- **طلاق المخطئ:** أما بالنسبة للمخطئ[4]فحكم طلاقه أنه واقع قضاء ولا يقع ديانة (يكون بينه وبين الله تعالى) لأن القضاء يكون على الظاهر ولأنه يحتمل أنه لم يكن مخطئ وزعم ذلك بعد أن صدر منه الطلاق، ورفع الأمر على القاضي ثم ادعى أنه أخطأ ولا يقصد الطلاق رغبة في التخلص من تبعاته[5].
- **طلاق المدهوش والغضبان:** فحكم طلاق المدهوش[6]أنه لا يقع طلاقه فهو كالمجنون والمعتوه والمغمى عليه. أما طلاق الغضبان، فإن وصل به الغضب إلى درجة لا يدري فيها ما يقول

[1]بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 316.

[2]الهازل: هو من يقصد التلفظ بلفظ الطلاق فاهما معناه ويعي ما يقول، ولكنه يلهو ويلعب ولا يريد حكم هذا اللفظ.

[3]بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 318.

[4]المخطئ: هو الذي يريد أن يقول كلاما فيسبق لسانه إلى غيره دون قصد.

[5]المرجع السابق، ص 318.

[6]المدهوش: هو الذي لا يدري ما يقول بسبب صدمة عصبية أصابته فغاب عقله وضعفت قوة تفكيره.

ويفعل وينسى ما قاله بعد ذهاب غضبه فلا يقع طلاقه، أما في حالة الغضب الخفيف الذي لم يصل بالشخص إلى نفس الحالة السابقة فلا يمنع وقوع الطلاق، وقد قسم ابن القيم من الحنابلة الغضب إلى ثلاث أقسام[1]:

- ما يزيل العقل ولا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع.
- ما يكون في مباديه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ويقصده فهذا يقع طلاقه.
- أن يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال الغضب، فهذا محل نظر، وعدم وقوع طلاقه في هذه الحالة هو القوي.

- **طلاق الملقِّن:** هو من لقن عبارة الطلاق وهو لا يفهمها كالأعجمي يلقن كلمة الطلاق ليقولها لزوجته غير عالم بمعناها فيقولها لزوجته، فالطلاق لا يقع لعدم قصده إيقاع الطلاق بتلفظه كلمة الطلاق ولعدم علمه بمعناها وعدم قصده طلاق زوجته[2].

موقف المشرع الجزائري:

ذكر المشرع صور الطلاق في المادة 48 ق أ ولم يتطرق إلى التفاصيل الأخرى ولم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق، مما يتوجب علينا الأخذ بالمادة 222 من نفس القانون حيث جاء فيها أن: {كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية، ماعدا ما يتعلق بالأهلية المادة 7 ق أ}، أي بلوغ 19 سنة فلا يسمح للرجل أن يجري عقد الزواج قبل هذا السن إلا بموافقة القاضي وبالتالي لا يمكنه أيضا إيقاع الطلاق إلا بإجازته إن كان في ذلك مصلحة له، وأيضا نصت المادة 437 ق إ م إ على أنه إذا كان الزوج ناقص الأهلية يقدم طلبه باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة، وأيضا نصت المادة 85 ق أ على أنه: {تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه}. وعن الحالة الصحية للزوج في الطلاق فقد ذهبت المحكمة العليا أن الطلاق يمكن أن يقع في مرض الموت إلا إذا تبين أن القصد منه هو حرمان الزوجة من الميراث فجاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/03/17: (الشريعة: إن المرض مهما كانت

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 314.

[2] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص387.

خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث...)[1].

ثانيا: ركن المطلقة

طلاق الرجل لا يقع إلا على زوجته سواء كانت الزوجة قائمة أو كانت في عدة من طلاق رجعي، وحتى يقع عليها الطلاق يجب توفر عدة شروط:

- أن تكون علاقة الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة حتى ولو لم يدخل بها أو تكون معتدة من طلاق رجعي أو بائن لم يكمل الثلاث[2]، فهذه الأخيرة هي من يسري عليها طلاق ثاني لأنها في العدة فتسري عليها بعض أحكام الزوجة فتكون كالزوجة حكما ولأن الزوج يملك رجعتها بإرادته المنفردة فيجوز له أن يطلقها ثانية بإرادته المنفردة.
- يقع الطلاق على المعتدة من فرقة تعتبر طلاقا، كالفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام والفرقة بسبب الإيلاء[3]، وكذلك المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا لم ينقض العقل من أساسه ولم يزل الحل كالفرقة بسبب ردة الزوجة "وذلك لأن الفسخ في هذه الحالة يعتبر إنهاء لعقد الزواج لا يلغي أحكامه السابقة فكان كالطلاق فيوجب ما يوجبه"[4].

أما النساء اللاتي لا يقع عليهن الطلاق فهم:

- المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا أنقض العقد من أصله كالفرقة لخيار الإدراك وعدم الكفاءة، أو المعتدة من فسخ أزال الحل كأن يكون منه أو منها بأحد أصوله أو فروعه[5] (حرمة مصاهرة)، فلا يقع عليها طلاق آخر وهي في العدة لأنها لم تعد زوجته أصلا.
- المطلقة لغير العدة وهي المطلقة قبل الدخول، فلا يقع عليها الطلاق ثانية لأنها تبين بينونة صغرى من الطلقة الأولى.
- المرأة الأجنبية غير المعقود عليها.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش، 1998/03/17، الملف رقم179696، م.ق، عدد خاص لسنة2001، ص 98 وما يليها.

[2] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 221.

[3] الإيلاء: هو أن يحلف الزوج على ترك معاشرة زوجته بيمين لمدة تزيد عن أربعة أشهر.

[4] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 293.

[5] المرجع السابق، ص 293.

- المرأة التي انتهت عدتها فهي تصبح أجنبية ولا يقع عليها الطلاق.
- المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى أي المكمل للثلاث طلقات.

ثالثا: ركن الصيغة

وهي اللفظ المعبر عن الطلاق، ويقع سواء كان لفظا أو بالكتابة أو بالإشارة وسواء أكان باللغة العربية أم بغيرها. فلا يقع الطلاق بالأفعال فمن غضب على زوجته فأخذها إلى بيت أبيها أو بعث بجهازها دون أن يتلفظ بالطلاق لا يعد مطلقا وكذا من نوى الطلاق أو حدث نفسه به دون التلفظ به وكذا من وسوست له نفسه بطلاق زوجته لا يكون مطلقا لأنه لا عبرة بالنية في التصرفات لقوله صلى الله عليه وسلم: إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به[1].

أما الطلاق بالكتابة فقد اتفق الفقهاء على وقوعه حتى ولو كان الكاتب قادرا على النطق والتلفظ بما يفيد الطلاق. والكتابة نوعان كتابة مستبينة وكتابة غير مستبينة، فهذه الأخيرة لا يقع بها الطلاق لأنه لا يبقى لها أثر كالكتابة مثلا في الهواء أو الماء فهي لا تقوم مقام اللفظ وهذا بإجماع الفقهاء، أما الكتابة المستبينة هي الكتابة الظاهرة التي يبقى أثرها ظاهرا كالكتابة على الورق وهذا النوع ينقسم بدوره إلى كتابة مستبينة مرسومة[2] وكتابة مستبينة غير مرسومة[3] لكن هنا يظهر الاختلاف عند الفقهاء:

- الحنفية قالوا بأن: الكتابة تقوم مقام اللفظ بشرطين: أن تكون الكتابة مستبينة فإذا كانت غير ذلك فإنها لا تعتبر طلاقا حتى ولو نوى بها الطلاق وهذا ما ذهب إليه أيضا المذهب الحنبلي. وإذا كانت مستبينة مرسومة فطلاقه حينئذ يقع بمجرد كتابتها سواء نوى بها أو لم ينوي لأنه قام مقام اللفظ الصريح فلا يحتاج إلى نية، كما أنها تطلق بمجرد أن يصل إليها الكتاب سواء قرأته أم لم تقرأه، أما إذا كانت غير مرسومة فلا يقع طلاقه إلا إذا نوى ذلك لأنه يحتمل أن يكون قد كتب ذلك ليسلى بكتابته أو ليحسن خطه[4].
- المالكية قالوا بأنه: بمجرد كتابته للطلاق فهو يلزمه سواء نواه أو لم ينوه[5].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص323.

[2] الكتابة المستبينة المرسومة: هي التي تكتب باسم الزوجة وتوجه إليها كما توجه الرسائل.

[3] الكتابة المستبينة الغير مرسومة: هي التي لا تكتب باسم الزوجة ولا عنوانها ولا توجه إليها كما توجه الرسائل.

[4] الجزيري عبد الرحمن، الفقه في المذاهب الأربعة، ج4، ص 301 و302.

[5] المرجع السابق، ص303.

- الشافعية: كتابة الطلاق تقوم مقام اللفظ ولكي يقع الطلاق يجب توفر ثلاث شروط هي: أن تقترن بالنية، وأن يكون المكتوب عليه مما تثبت عليه الكتابة كالورق أو اللوح، أما الشرط الأخير هو أن يكتب الزوج الطلاق بنفسه فلو أمره الغير بذلك حتى ولو نوى هو بكتابته الطلاق فلا يقع طلاقه[1].

أما بالإشارة فلقد أجمع فقهاء المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي على عدم صحتها من القادر على الكلام أما بالنسبة للأخرس فاختلفوا في آرائهم وسنبين هذا في ما يلي:

- المذهب الحنفي والشافعي: إن ولد وهو أخرس أو يكون الخرس قد عرض له، فإن كانت له إشارة مفهومة يفهم بها طلاقه ونكاحه وبيعه فإن طلاقه يعتبر، أما إذا لم تكن له إشارة معروفة فلا يعتبر له طلاق، وإن كان يعرف الكتابة فإن طلاقه بالإشارة لا يصح[2].
- المذهب الحنبلي: إن كانت إشارته واضحة يفهمها كل أحد كانت كاللفظ الصريح وإن كان يفهمها البعض فقط كانت كالكناية بالنسبة إليه بحيث يبين أنه نوى الطلاق[3].
- وخالف المالكية ذلك بقولهم الإشارة تقوم مقام اللفظ من الأخرس ومن السليم القادر على النطق فإن حصل من الأخرس تكون كالطلاق الصريح وإن حصلت من القادر تكون كالطلاق الكنائي، فإن لم تفهمها الزوجة لا تقع طلاقا حتى ولو نوى بها الطلاق، أما إذا جرى العرف بأن تكون هذه الإشارة تعبر عن الطلاق فتعتبر طلاقا[4].

المطلب الثاني: أنواع الطلاق

تتعدد أنواع الطلاق بتعدد الاعتبارات التي يقوم عليها، أولا من حيث الطبيعة كالطلاق الواجب والجائز والمحرم والمندوب والمكره فلقد تناولناه مسبقا في حكم الطلاق، ويبقى تصنيفه من حيث اللفظ والأثر والصفة ومن حيث وقت وقوعه وسنقوم بدراستهم على النحو التالي:

الفرع الأول: الطلاق من حيث اللفظ

اللفظ الذي يستعمل في الطلاق، قد يكون صريح وقد يكون كنائي.

---

[1] المرجع السابق، ص 305.

[2] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص301.

[3] المرجع السابق، ص 306.

[4] المرجع السابق، ص 302.

أولا: الطلاق الصريح

- الحنفية قالوا بأن: "الصريح نوعان: صريح رجعي وصريح بائن"[1]. فالطلاق الصريح الرجعي هو أن يطلق امرأته بعد الدخول بها حقيقة بلفظ مشتمل على حروف الطلاق من غير أن يقترن طلاقه بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصا ولا إشارة ولا يكون موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة ولا مشبه بعدد أو صفة تدل على البينونة. والطلاق الصريح البائن بخلاف ذلك وحكمه إن كان ثلاثا فإنه يقع ثلاثا أما في الصريح الرجعي تقع به طلقة واحدة وإن نوى أكثر من واحدة.
- المالكية قالوا بأن: الطلاق الصريح تنحصر ألفاظه في أربعة، طلقت، أنا طالق منك، أنت طالق أو مطلقة مني، الطلاق علي لازم أو مني أو لكي. وحكمه أنه " يعتبر طلقة واحدة ولكن إذا نوى بها ثلاثا فإنه يلزمه ما نواه "[2] خلافا للحنفية الذين يقولون أن الطلاق الصريح لا نية فيه.
- الشافعية قالوا بأنه " ينقسم إلى صريح بنفسه وبغيره "[3]، فالأول مأخوذ من مادة الطلاق، كقوله: أنت طالق، ومادة السراح كقوله: سرحتك، ومادة الفراق كقوله: فارقتك. والحاصل أن الصريح بنفسه عندهم ما اجتمع فيه أمران: أن يرد ذكره في القرآن مكررا وأن يشتهر استعماله في الطلاق، وحكمه أنه يقع به طلقة واحدة رجعية. أما الثاني أي الصريح بغيره فهو ما اشتق من لفظ الخلع أو المفاداة بشرط أن يضاف إلى المال لفظا أو نية، كأن يقول: خالعتك أو افتديت منك على كذا، فحكمه أنه يقع به طلقة بائنة سواء نوى فيهما الطلاق أو لم ينوي وإذا نوى بها أكثر من واحدة فإنه يقع ما نواه.
- أما الحنابلة فقالوا بأن: حد الطلاق الصريح هو مالا يحتمل غيره بحسب الوضع في العرف[4].

إذا فالطلاق الصريح يتم بالألفاظ الصريحة التي تستعمل لحل الرابطة الزوجية كلفظ الطلاق ومشتقاته، مثل: أنت طالق، أو أنت مطلقة، أو طلقتك. أو يقول: امرأتي طالق، أو طلقت زوجتي، أو باستعمال الألفاظ الدالة عرفا على الطلاق مثل: أنت محرمة، أو أنت علي حرام[5]، فإن كان عرف الناس

[1] المرجع السابق، ص 329.

[2] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص331.

[3] المرجع السابق، ص 333.

[4] المرجع السابق، ص 333.

[5] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص326.

جاريا على أنهم يستعملون هذه الألفاظ للدلالة على الطلاق فحينئذ تكون هذه الألفاظ من الألفاظ الصريحة.

ويدخل في الصريح أيضا ما جاء به القرآن من طلاق وسراح وفراق، لقوله تعالى: " **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** "[1]، وقوله: " **فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** "، ولقوله أيضا: " **أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** " ولا يختلف استعمال هذه الألفاظ للمدخول بها أو غير المدخول بها، فلو قال لزوجته يا مطلقة يقع عليها الطلاق ثم قال إني لا أقصد الطلاق لا يصدق. ولو قال لها أنت طالق ثم قال أردت طلاقا من وثاق أو قال سرحتك ثم قال أردت تسريحا من اليد أو قال فارقتك ثم قال فراقا بالجسم، لم يقبل منه كل ذلك ويقع الطلاق.

ثانيا: الطلاق الكنائي

يكون اللفظ غير دال صراحة على إرادة الطلاق، فهو يحتمل معنى الطلاق وغيره، كأن يقول لها " أمرك بيدك فقد يحتمل أن يكون ذلك لأنه طلقها أو إرادة أنها تتصرف في أمورها كيفما شاءت "[2]. وحتى يقع الطلاق بألفاظ الكناية كان للفقهاء آراء وشروط مختلفة:

- عند الحنفية والحنابلة: يرون أن لفظ الكناية يقع طلاق بالنية أو بالقرينة، لأن الكنايات قد تحتمل إما الطلاق أو غيره، فالقرينة ترجح أحد المعنيين اللذين يحتملهما اللفظ، وقد قسم الحنابلة الكنايات إلى قسمين: الكنايات الظاهرة وهي الألفاظ الموضوعة للبينونة وتتمثل في: (أنت خلية، أنت بائن، أنت حرة، تزوجي من شئت، أعتقتك، أمرك بيدك...)، والكنايات الخفية والتي هي أخفى في دلالتها عن الطلاق من الأولى وهي: (أخرجي، اذهبي، تجرعي، خليتك، لست لي امرأة، اعتدي، استبرئي رحمك، الحقي بأهلك، لا حاجة لي فيك...)[3].
- عند المالكية والشافعية: يرون أن الطلاق بألفاظ الكناية يتوقف على النية فقط ولا عبرة عندهم بدلال الحال، بحيث يشترط الشافعية في الكناية التي يقع بها الطلاق أن تكون محتملة بحيث يكون اللفظ دالا على الفرقة بدون تعسف[4].

---

[1] سورة الطلاق، الآية:1.

[2] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 327.

[3] الجزيري عبد الرحمن، مرجع سابق، ص346.

[4] المرجع السابق، ص 343.

الفرع الثاني: الطلاق من حيث الأثر

وينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن.

أولا: الطلاق الرجعي

هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته المدخول بها للمرة الأولى أو كانت مسبوقة بطلقة واحدة، بحيث أنه يستطيع إعادة زوجته إلى عصمته دون موافقتها ودون حاجة إلى مهر وعقد جديدين مادامت في العدة.

قال تعالى: " **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا**"[1].

ومن الأحكام التي يترتب عليها الطلاق الرجعي[2]:

- الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يزيل الحل مادامت العدة قائمة، بل يكون من حق الزوج أن يراجعها في العدة في أي وقت شاء، ومعنى الحل هو كون المرأة حلالا له أن يتزوجها، ومعنى الملك هو الحقوق الزوجية الثابتة لكل واحد منهما على صاحبه، فإذا انتهت العدة زال الملك ولكن يبقى الحل فله أن يتزوجها ولكن بعقد ومهر جديدين.
- الطلاق الرجعي ينقص في عدد الطلقات التي يملكها الزوج والمقدرة بثلاث طلقات، فله أن يرجعها في الطلقة الأولى والثانية فقط أما الثالثة فتحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره.
- لا يمنع التوارث إذا مات أحدهما في فترة العدة.
- المطلقة رجعيا قبل انتهاء العدة حكمها كحكم الزوجة، فلا يحق للزوج أن يتزوج بمحارمها.
- لا يحل بالطلاق الرجعي مؤجل المهر، لأن هذا الطلاق لا ينهي الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة، وقبل ذلك تكون العلاقة الزوجية ثابتة لا تنقطع، وبالتالي فمؤجل الصداق يحل إلا بعد انتهاء العدة من غير مراجعة لأن ذلك وقت انقطاع الزوجية وصيرورة المرأة بائنا.
- وجوب نفقة المعتدة من طلاق رجعي وثبوت نسب ولدها وإمكان إيقاع طلاق آخر عليها في فترة العدة[1].

[1] سورة البقرة، الآية: 228.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 312.

ثانيا: الطلاق البائن

ويكون في الأحوال التالية[2]:

- إذا طلقت المرأة قبل الدخول، لأنه لا توجب العدة لها في هذه الحالة وبالتالي لا يمكن له أن يراجعها.
- أن يكون لفظ الطلاق مقرونا بعوض أو مقرونا بعدد الثلاث نصا وإشارة.
- أن يكون الطلاق مكملا للثلاث فإنها تثبت بينونة كبرى.
- أن يكون الطلاق موصوفا بصفة تشعر بالبينونة أو تدل عليها...

أما حكم الطلاق البائن فيتمثل في[3]:

- يحل به مؤخر الصداق إذا كان مؤجلا لأقرب الأجلين (الطلاق والوفاة) لأن به يتم الانفصال.
- أنه يزيل الملك الثابت بالزوجة، فتنقطع حقوق الزوجة على زوجته بمجرد حصوله ولا يبقى للزوجة حق إلا النفقة زمن العدة والمكث في بيت الزوجية مدتها، وليس له أن يعيدها إليه إلا بعقد ومهر جديدين إذا كان الحل لا يزال باقيا.
- لا يرث أحدهما الآخر إذا حدثت الوفاة قبل انقضاء العدة، إلا في حالة ظن أن الطلاق من الزوج وقع فرارا من الإرث فحينذاك يعامل بنقيض مقصوده.
- إذا كان مكملا للثلاث أزال الحل، وإذا لم يكن مكملا للثلاث يحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

وينقسم البائن إلى قسمان: البائن بينونة صغرى والبائن بينونة كبرى. فالطلاق البائن بينونة صغرى هو"الطلاق الغير مكمل للثلاث كالطلاق على مال والطلاق قبل الدخول، فهو يزيل الملك ولا يزيل الحل فله أن يعقد على المطلقة ثانية بعقد ومهر جديدين"[4] ولكن يتوقف هذا على رضائها فإن أبت أن ترجع له فلا يستطيع إرجاعها. أما الطلاق البائن بينونة كبرى هو "الطلاق المكمل للثلاث فهو يزيل الملك

---

[1]بدران أبو العينين بدران، أحكام الطلاق والزواج في الإسلام، مرجع سابق، ص 241.

[2]المرجع السابق، ص 242.

[3]بدران أبو العينين بدران، أحكام الطلاق والزواج في الإسلام، مرجع سابق، ص 243.

[4]المرجع السابق، ص 244.

والحل معا"[1] ولا يمكن للزوج أن يرجع مطلقته إلا بعد أن تتزوج زواجا صحيحا برجل غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها فينتظر حتى تنتهي عدتها، فبعد ذلك يصح له أن يتزوج بها من جديد بعقد ومهر جديدين، " ... على عكس الطلاق الثالث الذي يمنع الرجعة، بشكل أبدي وحتى إذا حصل بعدها الزواج ثم الطلاق، أو وفاة الزوج، بشكل طبيعي فلا يسمى رجعة بل يعتبر زواجا بشروطه وأركانه "[2].

الفرع الثالث: الطلاق من حيث الصفة

ينقسم إلى طلاق سني وبدعي.

أولا: الطلاق السني

هي الطريقة التي أمر الله بها في إيقاع الطلاق. ولقد أجمع فقهاء المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي على أن يكون الطلاق السني مقيد بشروط هي: أن تكون المرأة مدخولا بها، أن يطلقها وهي في طهر لم يجامعها فيه ولم يجامعها في حالة الحيض الذي قبله، أن يطلقها طلقة واحدة رجعية، وانفرد المذهب الشافعي بذكر شرط آخر هو أن لا تكون حبلى من زنا أو من وطء بشبهة. ووجد عند الحنفية بأن الطلاق السني ينقسم إلى سني حسن وسني أحسن، فالحسن يكون بأن يطلقها طلقة واحدة رجعية وهي في طهر لم يجامعها فيه ولم يجامعها في حالة الحيض الذي قبله والحسن يتكرر في ثلاث أطهار، أما الأحسن هو بعينه السني الحسن مع زيادة شيء آخر وهو بعد أن يطلقها طلقة واحدة رجعية يتركها ولا يطلقها ثانية في العدة[3].

ثانيا: الطلاق البدعي

هو الطلاق المخالف للمشروع، أي مخالف لطلاق السنة، وحكمه أنه يقع لكن مع الإثم وهذا ما أجمع عليه فقهاء المذاهب الأربعة.

- الحنفية: قالوا بأنه: عكس السني الحسن والأحسن.

[1] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 316.

[2] علي بودفع، يقين المسلم في الميراث والزواج والمثلية الجنسية وقضايا المرأة، دار الهدى، الجزائر، 2020، ص 26.

[3] الجزيري عبد الرحمن، مرجع سابق، ص309 و310.

- المالكية: قسموه إلى حرام ومكروه. فالحرام يتحقق في المرأة المدخول بها بثلاث شروط: أن تكون حائض أو نفساء، أن يطلقها ثلاثا في آن واحد سواء كانت في حيض أو طهر فإن كانت في حيض له إثمان مرة بطلاق الحيض ومرة بالطلاق الثلاث، أن يطلقها بعد طلقة أو يطلق جزء منها. أما المكروه فيتحقق بشرطين: أن يطلقها في طهر جامعها فيه وأن يطلقها طلقتين في آن واحد[1].
- الشافعية والحنابلة: يكون عكس السني، إلا أنهم يرون بوجود نوع ثالث لا هو سني ولا بدعي، فالحنابلة حصروه في طلاق الصغيرة واليائس من الحيض والحبلى التي ظهر حملها، أما الشافعية فحصروه في أن تكون المرأة غير مدخول بها وأن تكون يائسة من الحيض أو صغيرة لا تحيض أو كانت حاملا بوطء العقد الصحيح أو طالب أن يخالعها وهي حائض فإن طلاقها لا يوصف بكونه سنيا ولا بدعيا[2].

ولقد اختلف الفقهاء في مسألة إيقاعه فنجد أن محمد أبو زهرة يقول أن: الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة، كأن يقول: طلقتك ثلاثا أو اثنين أو يشير بأصابعه ثلاثا أو اثنين فلا تقع إلا واحدة.

الفرع الرابع: الطلاق من حيث وقت وقوعه

ينقسم إلى الطلاق المعلق والمضاف والمنجز.

أولا: الطلاق المعلق

كما يفهم من اسمه هو ذلك الطلاق الذي يعلق ويرتبط وقوعه بحصول ما تم اشتراطه في المستقبل وذلك باستعمال أداة شرط مثل: إن وإذا ولو...، ومثاله قول الزوج لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق أو إذا سافرت فأنت طالق. ويسمى هذا بالتعليق اللفظي، أما التعليق الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة يسمى بالتعليق المعنوي أو ما يعرف أيضا بطلاق اليمين؛ وهو ما يقصد به تقوية العزم على فعل شيء في المستقبل أو تركه كقول الزوج: علي الطلاق أو الطلاق يلزمني لا أسافر غدا أو عليَّ الحرام، فأداة الشرط وإن لم تذكر صراحة في الصبغ السابقة إلا أنها مذكورة المعنى لأن معنى الطلاق يلزمني لا أسافر غدا: أنه إن سافر لزمه الطلاق فهو بمنزلة قوله: إن سافرت غدا فزوجتي

[1] المرجع السابق، ص312.

[2] الجزيري عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 320 و317.

طالق[1].

وحكم التعليق اللفظي هو أنه يقع متى علقه الزوج على شرط معين وحصل هذا الشرط باتفاق جمهور الفقهاء؛ ومتى توافرت فيه الشروط المعروفة في إيقاع الطلاق، وهي أن يكون المطلق أهلا للطلاق وقت صدوره منه، وأن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها وقت حلول الشرط الذي علق عليه الطلاق، وأن يكون الشرط الذي علق عليه الطلاق غير موجود وقت التلفظ به وإلا كان الطلاق منجزا غير معلق، إلى جانب كونه ممكن الوقوع في المستقبل غير مستحيل، أما الشرط الأخير فهو وجود ارتباط بين الشرط والجزاء المتمثل في الطلاق[2]. أما التعليق المعنوي فلا يقع ممن صدر منه إلا متى حنث في يمينه عند جمهور الفقهاء.

ثانيا: الطلاق المنجز

هو كل طلاق قصد الزوج إيقاعه في الحال وفورا دون تعليقه على أي شرط أو إضافته إلى زمن غير معلوم، ومثاله قول الزوج لزوجته أنت طالق أو طلقتك[3]. والطلاق المنجز هو الأصل في الطلاق، وعلى هذا ليس هناك خلاف بين الفقهاء في حكمه، إذ أنه يقع ويكون صالح لترتيب جميع آثاره في الحال بمجرد التلفظ به متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وكانت الزوجة أهلا لذلك.

ثالثا: الطلاق المضاف

ويراد به ذلك الطلاق الذي أضيف وقوعه إما إلى زمن مستقبل بحيث لولا هذا الزمن لوقع الطلاق في الحال، وكمثال عنه قول الزوج أنت طالق غدا أو أنت طالق بداية الشهر الفلاني أو بداية السنة المقبلة، أو إلى زمن ماضي كقول الزوج أنت طالق أمس. وحكم الطلاق المضاف أنه يقع عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق، أما قبل ذلك فلا يقع، لأن المطلق إنما قصد وقوع الطلاق عند مجيء الزمن الذي أضافه فيعامل بقصده، ولكن يشترط لوقوع الطلاق المضاف عند حلول الوقت المضاف إليه أن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق وأن يكون الزوج أهلا لإيقاعه[4].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 331.

[2] سمية بوحادة، الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية–أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014، ص 23.

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 329.

[4] المرجع السابق، ص 330.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق في قانون الأسرة إلى الطلاق المعلق والمنجز والمضاف وهذا ما يوحي بإحالتهم إلى مبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له حسب المادة 222 ق أ.

المطلب الثالث: تمييز الطلاق عن أنواع الفرقة الأخرى

إن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بيد الرجل، يوقعه بإرادته المنفردة متى أراد ذلك، باعتبار أن العصمة الزوجية بيده، ولكن في نفس الوقت لم تهدر حق المرأة في الطلاق إذا لحق بها ضرر سواء كان ماديا أو معنويا وذلك عن طريق التطليق أو ما يعرف عند الفقهاء بالتفريق القضائي، كما أباح لها الإسلام أيضا ما يسمى الخلع. وبالتالي فقد أصبح للمرأة الحق في مفارقة زوجها برغبتها وباختيار منها، ولكن عن طريق القضاء، وهذا وفقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادتين 53 و54. ومن جهة أخرى قد يصبح الزواج المبرم منتقضا بسبب ظهور حالات طارئة على العقد تتنافى مع الزواج، مما يلزم بفسخه.

وبالتالي فكل من التطليق والخلع والفسخ يعتبران من أنواع الفرقة ولتمييز الطلاق عنهم سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الفرع الأول نتناول فيه الفرق بين الطلاق والفسخ، والفرع الثاني نتناول فيه الفرق بين الطلاق والتطليق، ثم في الفرع الثالث نتطرق فيه إلى الفرق بين الطلاق والخلع.

الفرع الأول: الفرق بين الطلاق والفسخ

من حيث تبيان أوجه التشابه والاختلاف.

أولا: أوجه التشابه

- كلاهما يحلان الرابطة الزوجية.
- ثبوت النسب، حسب المادة 40 ق أ: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".
- وجوب الاستبراء، والاستبراء هو الأجل التي تضربه المرأة من أجل التأكد من خلوها من الحمل ولإزالة ما بقي من النكاح ومدة الاستبراء هي كفترة العدة فالمرأة تبقى متربصة سواء من زواج صحيح أو زواج فاسد. فمن آثار الطلاق وجوب العدة طبقا لنص المادة 58 ق أ، أما المادة 34 ق أ فتنص على وجوب الاستبراء في حالة فسخ الزواج.

ثانيا: أوجه الاختلاف

- الطلاق هو إنهاء العقد بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك وبقاء الحل كما في الطلاق الرجعي أو زوال الملك والحل معا كما في الطلاق البائن بينونة كبرى. أما الفسخ فهو" نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه، فالفسخ هو رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن، وهو لا يكون إلا لأسباب قانونية وشرعية محددة، فإن فسخ عقد الزواج قد يكون بسبب خلل شاب العقد وقت إنشائه وقد يكون السبب طرأ على العقد بعد تمامه "[1].
- الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تجعل منه عقدا فاسدا كردة الزوجة أو إبائها الإسلام أو طروء حرمة مصاهرة وإما بسبب حالات مقارنة مثل خيار البلوغ أو عدم الكفاءة. أما الطلاق فيكون بناءا على عقد صحيح لازم فهو من حقوق الزوج فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج أو يسبب عدم لزومه.
- فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، أما عدة الطلاق فيقع فيها طلاق آخر.
- الفسخ لا ينقص عدد الطلقات أما الطلاق فينقصها.
- الفسخ قبل الدخول لا يوجب مهر للمرأة على عكس الطلاق الذي يوجب للمرأة غير الدخول بها نصف المهر إن كان مسمى فإن لم يكن مسمى استحقت المتعة.

الفرع الثاني: الفرق بين الطلاق والتطليق

من حيث تبيان أوجه التشابه والاختلاف.

أولا: أوجه التشابه

- تنتهي الحياة الزوجية في كلا الحالتين.
- شرعهما القانون الجزائري ونظم أحكامهما في الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج في ق أ.
- إجراء محاولة الصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج.
- جواز الطلاق قبل الدخول والتطليق قبل الدخول بحيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 2014/07/10 فصلا في الطعن رقم 0952658 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 2/2014، ص 282) وقد جاء فيه: يحق للزوجة طلب التطليق قبل

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج، ج 1، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص295.

الدخول بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج[1].

ثانيا: أوجه الاختلاف

- الطلاق يكون بيد الزوج وبإرادته المنفردة ورضاه. أما التطليق فيكون بطلب من الزوجة وإرادتها ولا يشترط فيه رضا الزوج.
- يكون الطلاق بسبب أو من غير سبب، فللزوج الحرية في إيقاعه متى شاء ذلك. أما التطليق يكون إلا بسبب وقد ذكرهم المشرع على سبيل الحصر في المادة 53 ق أ ج.
- يجوز للزوج في الطلاق إرجاع زوجته بعد الطلقة الأولى والثانية دون عقد جديد سواء كان بقبولها أو رفضها. أما في التطليق فلا يجوز له إرجاعها إلا بعقد جديد وبقبولها.
- الطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج. أما التطليق فلا ينقصها.
- يوجب الطلاق قبل الدخول على المرأة نصف الصداق المسمى[2]. أما التطليق قبل الدخول فيسقط عنها ذلك الحق[3].
- بما أن العصمة بيد الرجل وحده فإنه الطلاق يقع بمجرد لفظه ويكون حكم القاضي في هذه الحالة كاشف[4] وليس منشئ[5] للطلاق. أما التطليق فيكون بطلب من الزوجة نتيجة لتضررها من أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق أ، ويقع عاتق القبول على القاضي، فيكون في هذه الحالة منشئ وليس كاشفا له.

الفرع الثالث: الفرق بين الطلاق والخلع

من حيث تبيان أوجه التشابه والاختلاف.

أولا: أوجه التشابه

---

[1] جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 147-148.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص130.

[3] المرجع السابق، ص132.

[4] الحكم الكاشف هو الحكم الذي يظهر إلى الوجود القانوني حقا كان مختفيا أو غير ظاهر فكشف عنه أو غير مستقر فأكده و أقره.

[5] الحكم المنشئ هو الحكم الذي يظهر إلى الوجود القانوني التزاما لم يكن قبل الحكم موجودا، بحيث يعتبر هذا الحق قد ولد مع الحكم لا قبله وتسري آثاره من تاريخ الحكم.

- إنهاء العلاقة الزوجية.
- يحكم بالخلع والطلاق حتى ولو كان بدون سبب.
- إجراء محاولة الصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج في كل من الطلاق والخلع.

ثانيا: أوجه الاختلاف

- الطلاق يكون بإرادة الزوج المنفردة. أما الخلع فهو من حق الزوجة وتوقعه بإرادتها المنفردة مقابل إرجاع الصداق للزوج.
- في الطلاق لا تدفع الزوجة مالا للزوج مقابل تطليقها بل كفل لها الإسلام حقوقها من مؤخر ومتعة ونفقة. أما الخلع فتدفع المرأة فيه مقابل للرجل من أجل تطليقها أو تقوم بالتنازل عن حقوقها.
- الطلاق يتم بإرادة الزوج فقط. أما الخلع فيكون إما باتفاق الزوجان على مال تدفعه للزوج، فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة بالمخالعة فما عليها إلا أن ترفع أمرها للقاضي فيفرق بينهما بمقدار لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم[1].
- الطلاق قد يقع قبل البناء أو بعده. أما الخلع فيكون بعد الدخول فقط وهذا وفق ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/06/14 فصلا في الطعن رقم 258613 (م.ق، العدد 2/2006، ص 424) وقد جاء فيه: إن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور، يتعذر معه مواصلة المعاشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال[2].

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق قبل الدخول وأنواع التفرقة

لقد أصبح الطلاق حدثا عاديا يحدث بين كل من استحال عليهم العيش سويا، إلا أنه في أيامنا هذه ظهرت ظاهرة أخرى جديرة بالذكر وتسمى بالطلاق قبل البناء أو قبل الدخول، وهذا النوع من الطلاق أصبح منتشرا بصورة مرعبة في كل المجتمعات وخاصة في المجتمع الجزائري، بحيث أصبحت

[1] عبد الرزاق يعقوبي، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 108.

[2] العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص278.

العلاقة الزوجية تبوء بالفشل في مرحلة جد متقدمة. ولدراسة هذه الظاهرة سنقسم مبحثنا إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول مفهوم الطلاق قبل الدخول وحكمه ثم أنواع التفرقة قبل الدخول في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق قبل الدخول وحكمه

ويتضمن تعريف الطلاق قبل الدخول والأدلة المشرعة له وحكمه، بحيث سنقسمه إلى ثلاث فروع وكل فرع يتضمن عنصر.

الفرع الأول: تعريف الطلاق قبل الدخول

لقد عرفنا سابقا الطلاق بأنه حل قيد النكاح، أما في ما يخص جزئية (قبل الدخول) فقبل تعريفها علينا أولا تعريف الدخول بالزوجة لنستنتج في الأخير ما هو الطلاق قبل الدخول.

الدخول عكس الخروج، ورجل دخل بإمرته كناية عن الجماع كما ذكر أهل العلم، ويطلق هذا اللفظ على الوطء الحلال ويقال: المرأة المدخول بها، فقال أبو حنيفة: الدخل إذا أضيف إلى النساء بحرف الباء (الدخل بالنساء) يراد به الجماع[1]. وفي حاشية العدوي قوله: قال البيضاوي: (دخلتم بهن) أي دخلتم معهن الستر وهي كناية عن الجماع، وفي كتاب مجمع الأنهر قوله: والدخول كناية عن الجماع. والدخول إما حقيقي أو حكمي، فالدخول الحقيقي: هو الاتصال الجنسي بين الزوجين أما الدخول الحكمي فهو من صور الخلوة الصحيحة ويتم باجتماع الزوجين بناءا على عقد زواج صحيح في مكان يأتمنان فيه من اطلاع أحد عليهما، دون أن يكون هناك مانع من الدخول الحقيقي[2].

ففي قوله تعالى: "**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[3]والمس هو الجماع وهذا يعني إذا تزوج الرجل امرأة، ثم بدا له أن يفارقها أي لا رغبة له بالعيش معها، فلا بأس أن يطلقها قبل أن يمسها. وقوله تعالى: "**لَا جُنَاحَ**" أي لا حرج عليكم في طلاقكم من نسائكم وأزواجكم قبل المسيس حتى ولو كان الطلاق في الحيض مادام قبل الدخول. وقد نزلت هذه الآية لأن الرسول صلى الله عليه

[1] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص43.

[2] المرجع السابق، ص 43.

[3] سورة البقرة، الآية : 236.

وسلم كان ينهى عن الطلاق فكان السامع يظن أن في الطلاق قبل الدخول إثما، فنزلت هذه الآية لنفي الإثم "**مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ**" التي هي كناية عن الجماع.

الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية الطلاق قبل الدخول

من خلال تبيان المشروعية الدينية والقانونية.

أولا: المشروعية الدينية

1. من القرآن:

- قوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ المُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا** "[1]. وفيها دلالة لإباحة طلاق المرأة قبل الدخول.

2. من السنة:

في صحيح البخاري، عن سهل بن سعد وأبي أسيد ; أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج أميمة بنت شراحيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكأنها كرهت ذلك، فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقيين[2].

ثانيا: المشروعية القانونية

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 16 من ق أ ج على موجبات الصداق، فيتأكد الصداق كاملا بالدخول الحقيقي بوفاة الزوج وبالخلوة الصحيحة ويتأكد نصفه إذا لم يتم الدخول.بحيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1987/03/09 فصلا في الطعن رقم 45301 (المبدأ: من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا إذا توفي الزوج قبل الدخول ولم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد. ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج استرجاع نصف الصداق لوفاة ابنه

[1] سورة الأحزاب، الآية : 49.

[2] صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق (باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق).

قبل الدخول طبقوا المادة الفقهية تطبيقا صحيحا)[1]. وفي قرار آخر المؤرخ ب 1986/01/27 فصلا في الطعن رقم 39022 وقد جاء فيه:(المبدأ: متى كان من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإن فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر)[2]. وفي قرار آخر المؤرخ في 1991/06/18 فصلا في الطعن رقم 74375 وقد جاء فيه:(المبدأ: من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول...)[3].

وأيضا جاءت المادة 17 من نفس القانون، بحلول لبعض الصور المحتملة لنزاع الزوجين حول الصداق ففرقت بين النزاع الحاصل قبل الدخول والنزاع الحاصل بعد الدخول، لما يكون النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/06/05 الملف رقم 54198[4].

الفرع الثالث: حكم الطلاق قبل الدخول

إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول بها، فإنه يترتب على طلاقه هذا مجموعة من الأحكام هي:

- يقع الطلاق بائنا ببينونة صغرى فتبين الزوجة من مطلقها بمجرد تلفظه بالطلاق فلا حاجة إلى تكرار لفظ الطلاق لأنها لم تعد زوجة له.
- إذا سمى لها مهرا في عقد الزواج فإنها تأخذ نصف المهر لأنه لم يتم الدخول بها.
- إذا لم يسمي لها مهرا فتجب لها المتعة.
- لا تجب عليها العدة.
- يجوز له أن يطلقها وهي حائض لأن المرأة قبل الدخول لا تعتد.

طلاق البكر ثلاثا:

[1] م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1987/03/09، ملف رقم، 45301، م.ق، عدد 3/1992، ص 60.
[2] م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1986/01/27، ملف رقم 39022، م.ق، عدد 1/1989، ص105.
[3] م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1991/06/18، ملف رقم 74375، م.ق، عدد 1/1993، ص 59.
[4] م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1989/06/05، ملف رقم 54198، م.ق، عدد 4/1990، ص 80.

قال ابن تيمية: " فقول عمر بن الخطاب: (إن الناس قد استعجلوا فيأمر كانت لهم فيه أناة، فلو أنفذناه عليهم، فأنفذه عليهم). هو بيان أن الناس أحدثوا ما استحقوا عنده أن ينفذ عليهم الثلاث.."[1].

قال ابن سريج: يمكن أن يكون هذا الحديث في نوع خاص من الثلاث، وهو أن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فإن كان قصده الإيقاع بكل لفظة، تقع الثلاث، وإن كان قصده التوكيد والتكرار، فلا يقع إلا واحدة، فكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد أبي بكر والناس على صدقهم وسلامتهم لم يظهر فيهم الحب والخداع، كانوا يصدقون أنهم أردوا بها التوكيد، فلما عمر في زمانه أمورا ظهرت، وأحوالا تغيرت، ألزمهم الثلاث[2].

أما إذا كانت غير مدخول بها فتقع عليها الطلقة الأولى إذا أوقع المطلق الطلاق متفرقا متتابعا بقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، لأن الثانية والثالثة جاءت وهي أجنبية لأنها لا عدة عليها[3]. أما إذا أوقع عليها الثلاث مجتمع بلفظ واحد كأن يقول: أنت طالق ثلاثا، فالثلاث تقع عليها عند أكثر فقهاء الجمهور، وهو قول جماعة من أصحاب ابن عباس وهو مذهب إسحاق بن راهويه[4].

المطلب الثاني: أنواع التفرقة قبل الدخول

سنتطرق في هذا المطلب إلى التفرقة من قبل الزوجة في الفرع الأول، بعدها نتطرق إلى التفرقة من قبل القاضي في الفرع الثاني وأخيرا إلى التفرقة من قبل الشرع في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التفرقة من قبل الزوجة.

سنتناول في هذا الفرع الحديث عن الخلع وعن تفويض المرأة بالطلاق.

أولا:الخلع

1. تعريفه: الخلع لغة هو: مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه، تقول: خلعت الثوب، أخلعه خلعا. وخلع الوالي يخلع خلعا وخالعت المرأة زوجها وقد اختلعت، أي افتدت نفسها منه بشيء تبذله فهي

[1] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج 8، ص87.

[2] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص 47.

[3] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 230.

[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج 8، ص 88.

خالع[1]. واصطلاحا: هو مأخوذ من خلع الثوب أي أزاله،لأنّ المرأة لباس الرجل والرجل لباس المرأة، لقوله تعالى: "**هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ**"[2] ومنه فالمعنى الاصطلاحي للخلع هو إزالة الزوجية، ولقد عرف الفقهاء الخلع بأنه:

- عند الحنفية هو: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"[3]. والقبول هنا يدل على أن الخلع يكون ببدل لذلك لزم قبولها.
- عند المالكية هو:"الطلاق بعوض أو لفظه" والقول (بعوض) أي مقابل عوض مالي و بقوله: (أو لفظه) أي الخلع أو ما في معناه[4].
- عند الشافعية هو: " هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"[5]، كقول الرجل للمرأة: طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل.
- عند الحنابلة فالخلع هو:"فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة"[6].
- وعرّف الظاهرية الخلع بأنّه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألاّ توفيه حقّه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقّها، فرأت أن تفتدي. وهو طلاق رجعي إلاّ أن يطلقها ثلاثا[7].

والتعريف الجامع: الخلع هو إزالة ملك النكاح بناء على طلب المرأة أو قبولها، بلفظ الخلع أو ما في معناه، مقابل عوض تدفعه.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الخلع، إلاّ أنه أشار إليه في المادة 54 ق أ ، ومن خلال هذه المادة يظهر أن للزوجة أن تتبع إجراء الخلع لتخلص من علاقتها الزوجية إن استدعى الأمر ذلك، على شرط أن يكون هناك اتفاق بينها وبين زوجها، وفي عدم الاتفاق يتدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع الذي يعتبر معياره صداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى.

2. حكمه:

[1]أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 2، ص 209.

[2]سورة البقرة، الآية : 187.

[3]عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص 49.

[4]عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص 50.

[5]المرجع السابق، ص50.

[6]عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص 51.

[7]آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص 299.

إن الخلع ثابت بنص الكتاب والسنّة وهو نوع من أنواع الطلاق. وقد ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: أبغض الحلال عند الله عزّ وجلّ الطلاق. كما يوصف الطلاق بالجواز وبالوجوب وبالتحريم وبغير ذلك من الأحكام، إلاّ أنّ الأصل فيه المنع من الكراهة عند بعضهم الأخر ما لم تقض الضرورة للفرقة. وكذلك يوصف الخلع بما يوصف به الطلاق رغم أنّه يقع صحيحا. كما أن الخلع حسب الفقهاء قد يكون مباحا وقد يكون مكروها، وقد يكون مندوبا، كما قد يكون محرما. بحيث يكون الخلع مباحا بالنسبة للزوجة إذا كرهت زوجها لسوء خُلقه أو دمامة في خَلقه أو لنقص في دينه أو ضعفه أو كبره... وخافت ألاّ تُؤدي الحقوق الزوجية فتكون عاصية لأمر الله[1]. ويكون مكروها إذا لم يكن للمرأة عذرا مما سبق أو مصلحة ما ويكون مكروها إذا اختلعا والأحوال ملتئمة والأخلاق مستقيمة[2]. ويكون حراما بالنسبة للزوج إذا ضيّق على زوجته ومنعها حقوقها أو بعض منها قصد افتداء نفسها بمال وذلك لقوله تعالى:"**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا أَتَيْتُمُوهُنَّ...**"، وفي ذلك نهى على دفع المرأة إلى افتداء نفسها لأخذ مالها وفي هذا يأثم الزوج لأنّ ما فعله محرم رغم أن الخلع يقع. كما يكون محرما إذا طلبته الزوجة من غير سبب لقوله صلى الله عليه وسلم: " كل امرأة سألت زوجها الطلاق من غير سبب فحرام عليها رائحة الجنة "[3]. ويكون مندوبا عند الحاجة إليه.

3. دليل مشروعيته:

1) من الكتاب:

- قال تعالى: " **وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا أَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَّخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمُ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** "[4] ، جاء في هذه الآية أن الأصل الأصل ألاّ يأخذ الزوج شيئا مما أعطاه للزوجة، ولا يجوز أن يضيق عليها لكي تفتدي نفسها بما أعطاه لها، ولم يجز الله للزوج أن يأخذ مما أعطاه إلاّ برضاها.

[1] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، 68.

[2] المرجع السابق، ص 69.

[3] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص 68.

[4] سورة البقرة، الآية: 229.

- وقال أيضا: " **فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ** "[1]، وقوله كذلك: " **لَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضِلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَّأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ** "[2].

أي إذا ساءت العشرة بين الزوجين وأرادت الزوجة أن تختلع بالتنازل عن مهرها ليطلقها الزوج فلا إثم عليه في أخذه ولا إثم على الزوجة في بذله. يفيد معنى الآية أيضا أنّه لا يحلّ للرجل أن يسترد شيئا من صداق أو نفقة أنفقها أثناء الحياة الزوجية في مقابل تسريح المرأة إذا لم تصلح حياته معها، إلاّ إذا وجدت هي أنّها كارهة له لا تطيق عشرته لسبب يخص مشاعرها الشخصية، وتحس أن نفورها من زوجها وكراهيتها له سيقودها إلى الخروج عن حدود الله الخاصة ففي هذه الحالة يجوز لها أن تطلب الطلاق وأن تعوضه عن ذلك برد صداقها أو نفقاته عليها ويجوز له تقبل ذلك. وفي هذا دليل على أن الإسلام راعى جميع الحالات، وراعى أيضا مشاعر القلوب الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها. فلا يجبر الشرع المرأة على العيش مع شخص لا تتحمله، وفي نفس الوقت لا تضيع على الرجل ما أنفق بلا ذنب منه.

2) من السنة: ورد في السنة النبوية أحاديث كثيرة منها: ما رواه البخاري وغيره من أئمة الحديث، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله: إنّي ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال لها رسول الله: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، فقال رسول الله : إقبل الحديقة وطلّقها تطليقة[3].

3) الإجماع:

أجمع جمهور الفقهاء والعلماء على أن الخلع جائز للأدلّة السابقة وقد قال ابن رشد في ذلك: "فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء، والأصل في ذلك الكتاب والسنّة[4].

4) المعقول:

[1] سورة النساء، الآية: 4.

[2] سورة النساء، الآية: 19.

[3] صحيح البخاري { كتاب الطلاق } باب الخلع وكيف الطلاق فيه.

[4] آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص 1399.

الطلاق بيد الزوج، إلا أن المرأة قد ترغب في الخلاص من زوجها فقد أجاز لها الشرع أن تتفق مع زوجها على مقدار من المال تدفعه له مقابل حريتها فإذا رضي به تم الخلع. أما إذا كان الخلع قبل الدخول فالأقوال عند الفقهاء تختلف وسنأتي بيانها كالتالي[1]:

- عند الحنفية: إذا خالعت المرأة زوجها قبل الدخول وكان المهر مسمى فإن عوض الخلع ما يجب لها فيما لو طلقها قبل الدخول، وهو نصف المهر، وإذا لم يكن المهر مسمى في العقد فإن عوض الخلع هو المتعة.
- عند المالكية: إن عوض الخلع إذا كان المهر مسمى وتم فيه القبض فيكون العوض، المهر المدفوع كاملا ويجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها وإذا كان الزوج ظالما لزوجته مضيقا عليها رد عليها مالها ولا يأخذ منه شيئا ويقع بالخلع طلقة بائنة لا رجعة له فيها وتعتد عدة المطلقة.
- وعند الشافعية: إذا خالع الزوج زوجته قبل الدخول واتفقا على أن يكون عوض الخلع غير الصداق، يتم الخلع والزوج يستحق المتفق عليه ونصف الصداق، وإذا خالعها على الصداق صح في نصيبها وهو النصف المسمى، وإذا خلعها على ألا تبعة لها عليه ،صح الخلع وجعل عوض الخلع على ما بقي لها منه وهو نصف المهر.
- عند الحنابلة: إن الزوج إذا خالع زوجته قبل الدخول على أن يكون العوض نصف صداقها، صح الخلع الصداق كله له نصفه بالطلاق قبل الدخول، ونصفه عوضا عن الخلع، وإن خالعها على ألا تبعة لها عليه أو كانت لم تقبض المهر وخالعها على ما يسلم لها من صداق صح الخلع وبرئ الزوج من المهر كاملا.

ثانيا : تفويض المرأة بالطلاق:

تفويض المرأة في طلاق نفسها جائز عند الفقهاء مستدلين بالحديث الوارد عن الرسول صلى الله عليه وسلم، فقد روي أن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أنهم أثقلن عليه مرة وطالبنه بما ليس عنده من نفقة وبسط عيش فغضب منهن وحلق ليهجرهن شهرا ومكث تسعا وعشرين ليلة لا يلم بواحدة منهن حتى نزلت أية التخيير في الآيتين 28و29 من سورة الأحزاب. فبدأ صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال

[1] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص 109 و110.

لها: إني أريد أن أعرض عليك أمرا أحب ألا تعجلي فيه حتى تستأمري أبويك، قالت: وما هو يا رسول الله؟ فتلا عليها أية التخيير فقالت أفي هذا أستأمر أبي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم خير نساء فقلن مثل ما قالت عائشة[1]. فقد بنا جمهور من الفقهاء على هذا الحديث جواز تخيير المرأة وتمكينها من تطليق نفسها. فذهب الحنفية إلى أن إنابة المرأة في طلاق نفسها تعتبر تمليكا، لأنها تعمل بمقتضى هذه الإنابة لنفسها فتكون تملكا وليس للزوج أن يرجع عنه من غير رضاها، وبإنابته لها كأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيكون تعليقا لا يصح الرجوع عنه، وإذا رفضت الزوجة الإنابة لا يتم التفويض ويجوز أن يتقيد التفويض بمدة معلومة أو أن يكون مطلقا من غير تقييد فيكون للزوجة حق تطليق نفسها مادامت الزوجية، وإذا طلقت المفوضة نفسها يقع طلاقا بائنا، لأن التفويض يكون في البائن لأنها به تملك نفسها، وعند الحنابلة إذا طلقت نفسها يقع طلقة واحدة رجعية وإذا فوضها بأكثر من واحدة يقع أكثر من واحدة. كما يرى المالكية أن للزوج أن ينيب عنه زوجته بالطلاق تفويضا لا يملك الرجوع فيه، أو توكيلا يملك الرجوع فيه، وتبطل الإنابة بردها لها أو بما يدل على إعراضها عنه وإذا تعلقت الإنابة بمصلحة الزوجة، كقول الزوج لها: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فليس للزوج أن يرجع ولا تتقيد الزوجة في مجلس العقد بل يثبت حقها في الاختيار حينما يتزوج عليها، وقد تكون الإنابة مقيدة بمدة معينة أو غير مقيدة أي إنابة مطلقة في جميع الأوقات ويسقط حقها في تطليق نفسها بمضي المدة المعينة أو بما يدل على سقوطه. وذهب الشافعية إلى أن تفويض المرأة بالطلاق يعد تمليكا، لأنه لا يتم بعبارة الزوج وحده بل لابد من موافقة المرأة في المجلس نفسه ويجوز للزوج أن يرجع عنه قبل موافقتها لأنه تمليك يفتقر إلى الموافقة كالبيع، وتفويضها بالطلاق يجوز أن يكون مقيدا بوقت معلوم فإذا طلقت الزوجة نفسها متى شاءت فقد اختلفت أراء فقهاء المذهب الشافعي فبعضهم قال يجوز أن تطلق نفسها متى شاءت والبعض الأخر قال تتقيد في مجلس التفويض. وإذا فوض الزوج امرأته بالطلاق واختارت نفسها أي أوقعت الطلاق فإنه يقع طلقة رجعية، ما لم ينو تفويضها بثلاث طلقات فإذا نوى ثلاث وقعت ثلاث. أما إذا اختارت المفوضة تطليق نفسها قبل الدخول فإن الطلاق يقع بائنا ببينونة صغرى[2].

الفرع الثاني: التفرقة من قبل القاضي

سنتناول في هذا الفرع التفريق بسبب الشقاق وبسبب العسر وبسبب العيب وأخيرا الغيبة.

[1] صحيح مسلم {كتاب الطلاق } باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية.

[2] فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، مرجع سابق، ص59 و60.

أولا: التفريق للشقاق

1. تعريفه: لغة: الشقاق، غلبة العداوة والخلاف، يقال: شاقه مشاقة وشقاقا أي خالفه مخالفة. والشقاق: العداوة بين الفريقين في شق غير شق صاحبه. وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكأن كل واحد من الفريقين يحرص على ما يشق على صاحبه[1]. لم يعرف الفقهاء الشقاق في الاصطلاح ولكنهم ضمنوه معناه اللغوي.

2. معالجة نشوز الزوجة:

إذا نشزت الزوجة وخرجت عن طاعة زوجها ولم تُؤدِ حقوقه مما أدى إلى الخلاف والشقاق، فعلى الزوج أن يسعى في إصلاح حال زوجته وتخليصها من هذا الذي وقعت فيه، فيبدأ الزوج معها بالموعظة الحسنة وبتخويفها من سخط الله عليها إن استمرت في نشوزها وشقاقها، فإن لم ينفع ذلك معها يهجرها في المضجع، فإن لم ينفع ذلك معها ضربها ضربا غير مبرح قاصدا إصلاحها ومنعها من النشوز والشقاق[2].

إذا لم تمنع الوسائل السابقة الذكر حصول الشقاق بين الزوجين، فإن الإجراء اللاحق الذي ينبغي فعله هو ما جاء في قوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا** "[3]، وهو التحكيم بين الزوجين للشقاق، ويشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين لوروده في الآية الكريمة، كما يشترط أن يكونا بالغين عاقلين، وزاد المالكية فاشترطوا أن يكونا رشيدين مسلمين عدلين، ويكون عندهم من الفقه ما يمكنهما من القيام بمهمتهما من الجمع بين الزوجين أو التفريق بينهما، وقال بعض الحنابلة يشترط كون الحكمين حرين وهو مذهب الشافعي[4].

يكمن عمل الحكمين في تحقيق غرضين هما[5]:

---

[1] عبد الكريم زيدان، ج8، مرجع سابق، ص 408.

[2] المرجع السابق، ص 412.

[3] سورة النساء، الآية: 35.

[4] عبد الكريم زيدان، ج8، مرجع سابق، ص 419 و420.

[5] المرجع السابق، ص 423 و424 و426.

- إصلاح ذات البين بين الزوجين: ويكون ذلك باستقصاء مسببات الشقاق ومعالجتها معالجة حاسمة تقضي عليها حتى يأتي الإصلاح ما بين الزوجين سليما وصحيحا، ثم يجتمع الحكمان وحدهما ويبحثان في أسباب الشقاق ويحددان مسؤولية كل واحد من الزوجين في الشقاق الذي حصل والمسبب له وسبيل معالجته ثم يعود كل حكم إلى صاحبه ليبين له مدى مسؤوليته في حصول الشقاق وما يجب عليه شرعا لرفعه وإزالته طاعة لله تعالى وحفاظا على الرابطة الزوجية من الانقطاع.
- التفريق بين الزوجين: فإذا استعصى أمر الإصلاح على الحكمين ولم يقدرا عليه، ورأى الحكمين إصرارهما على الفراق وإنهاء الرابطة الزوجية ففي هذه الحالة ينتقل الحكمين إلى التفريق، فيحكمان بالطلاق وينفذ حكمهما ظاهرا وباطنا حتى وإن لم يرض الزوجان به أو الحاكم، ويطلق الحكمان طلقة واحدة بائنة بلا خلع إذا كانت الإساءة والشقاق من الزوج، أما إذا كانت من الزوجة فالتفريق يكون عن طريق الخلع مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، هذا إذ كان حكم الحكمين باتفاقهما فإن اختلفا فيه فلا يؤخذ برأي ولا واحد منهما فالقاضي يختار غيرهما للنظر في الشقاق ويشترط الاتفاق على الحكم حتى يكون نافذا.

كما نص المشرع الجزائري على أن الشقاق المستمر بين الزوجين يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق، وذلك في الفقرة الثامنة من نص المادة 53 ق أ. هذا وقد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا والتي قضت بالتطليق بناءا على استفحال الشقاق بين الزوجين، ومثال ذالك الاجتهاد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 24/ 09/ 1996 فصلا في الطعن رقم 139353 والذي جاء فيه: (من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا ولما كان – في قضية الحال– أن المطعون ضدها ما تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، وطبقوا صحيح القانون)[1]. كما ذهبت المحكمة العليا إلى نفس الاتجاه في اجتهاد قضائي آخر صادر بتاريخ 15/ 06/ 1999 جاء فيه:(من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع

[1] م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1996/09/24، ملف رقم 139353، م.ق، عدد 1/2009، ص 279.

الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون)[1].

ثانيا: التفريق بسبب العسر

يكون العسر في دفع المهر أو بالنفقة.

1. التفريق للعسر في المهر:

ويكون في ثلاث حالات: أن يكون الإعسار قبل الدخول أو يكون الإعسار بعد الدخول، وإما أن يكون الإعسار قبل أن يسلم شيئا منه أو بعد التسليم. سنقتصر الحديث عن الحالة الأولى فيما لو أن الزوج أعسر عن دفع المهر قبل الدخول، فإذا أعسر الزوج عن دفع مهر زوجته قبل الدخول بها وقبل أن يسلمها شيئا منه فقد اختلفت أقوال الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

فيرى فقهاء الحنفية أن الزوجة إذا طالبت زوجها بمهرها الحال قبل الدخول وأثبت الزوج إعساره عن دفع ما استحق لها من المهر، فإنه ليس من حقها أن تطلب التفريق لعسره عن دفع المهر.أما المالكية فقالوا أن للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول لعسر زوجها عن دفع المهر. وعند الشافعية: إذا أعسر الزوج عن دفع مهر زوجته قبل الدخول، يثبت للزوجة حق فسخ عقد النكاح والحاكم يعطيه أجل ثلاث أيام لدفع المهر فإن لم يدفع يحكم بالفسخ والفرقة هنا تكون فرقة فسخ لا طلاق. أما الحنابلة فقالوا أنه: لا يجوز طلب التفريق بسبب العسر في دفع المهر[2].

والقول الراجح أنه لا يجوز التفريق بإعسار الزوج بالمهر لأن المهر ليس هو المقصود الأصلي في النكاح، وإنما المقصود الأصلي فيه هو تحقيق أغراضه من إيجاد النسل وتحقيق الشهوة وعفاف النفس وصيانتها من الزنا[3].

2. التفريق للعسر بالنفقة:

[1] كريمة محروق، مرجع سابق، ص 89.

[2] عبد الكريم زيدان، ج 8، مرجع سابق، ص 501 و502.

[3] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 503.

تعتبر النفقة على الزوجة من أهم وأبرز مظاهر القوامة والحقوق الزوجية المادية الواجبة على الزوج اتجاه زوجته، كما وقد أوجب المشرع الجزائري النفقة على الزوج اتجاه زوجته في المادة 74 ق أ " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بالبينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، وباستقراء نص هذه المادة نستخلص بعض الشروط لوجوب النفقة وهي: أن يكون عقد الزواج صحيح مكملا لأركانه وشروطه حسب نص المادتين 9 و9 مكرر من نفس القانون، وأن تسلم الزوجة نفسها لزوجها تسليما حكميا أو حقيقيا. ولكن قد تجب النفقة للزوجة الغير مدخول بها في حالة قيامها بدعوته إلى الدخول وقام هو بتأجيلها إلى وقت آخر لسبب ما، فتجب عليه النفقة من يوم الدعوة. وطبقا لنص المادة 53 فقرة 1 ق أ، ليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، وصيرورة هذا الحكم نهائيا وتكليفه بالوفاء طبقا لإحكام المادة 323 من ق إ م إ. كما أن هذه المادة اشترطت ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق والسؤال المطروح هنا على من يقع عبء إثبات الإعسار فهل يقع على الزوج أم الزوجة؟ إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممتلئة وأن الإعسار هو حالة طارئة وتبعا لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا، وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا وكانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره، والإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة، وتجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخولاته وموارد رزقه وذلك ما حددته المادتين 78و 79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها[1].

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج؟ أم له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

حسب رأي الدكتورة كريمة محروق: فإن إذا أثبت أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر الذي سيلحق بالزوجة ليس جسيما فمن الأفضل أن يمهله مدة معينة بدلا من أن يحطم حياته الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة والأبناء، أما إذا رأى بأن الضرر الذي أصاب

[1] كريمة محروق، مرجع سابق، ص78.

الزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيما وأحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطليقها.

ثالثا: التفريق بسبب العيب

1. مشروعيته:

إن أي شخص يتزوج امرأة بها عيب من جنون أو جذام أو برص، ويدخل بها غير عالم بهذا العيب فلها صداقها كاملا ولزوجها غرم على وليها إذا كان وليها الذي أنكحها هو أباها أو أخاها أي أنه عالم بما بها من عيب، أما إذا كان وليها الذي أنكحها من العشيرة أو ممن لا يعلم بعيبها فليس لزوجها عليه غرم وترد ما أخذته من صداقه، ويترك لها قدر ما تستحل به لئلا يخلو البضع عن صداق[1]. كما قد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 ق أ (العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج)، والملاحظة الأولى على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل أشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق. كما يمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط أم أن العيوب الأخرى كالبرص مثلا تكون سببا لطلب التطليق بالإضافة إلى أنه لم يبين إن كان علم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج مسقط لحقها في طلب التطليق أم لا؟ كما أنه لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب وهل على القاضي الحكم بالتطليق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهل الزوج مدة للعلاج.

2. أقسام العيوب الزوجية:

تنقسم إلى قسمين: عيوب جنسية تمنع من الدخول كالجب[2] والعنة[3] والخصاء[4] والاعتراض[1] في الرجل، والرتق[2] والقرن[3] في المرأة. وعيوب جسدية لا تمنع من الدخول لكنها أمراض منفرة أو ضارة

[1] فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، مرجع سابق، ص 61.

[2] الجب هو فاقد الذكر بكامله أو ما دون ذلك.

[3] العنة هي العجز عن الوطء بسبب صغر الذكر، بحيث لا يأتي معها إتيان النساء.

[4] الخصاء هو من سُلَّت خصيتاه ونزعتا.

كمرض السيدا والإيدز والجنون والجذام[4] والبرص[5]. وبالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج وما إذا كان ذلك مسقط لحقها في طلب التطليق، فقد ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية إلى اشتراط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل العقد حتى يحق لها طلب التطليق ما عدا العنة فإنه يثبت للمرأة حق المطالبة بالتطليق وإن كانت تعلم بعنة الزوج قبل العقد. لكن إذا حدث العيب بعد إبرام عقد الزواج فقد قال الشافعية والحنبلية أن حصول الخيار للعيوب يثبت إن كانت العيوب حادثة قبل العقد أو بعده أما المالكية والحنفية فقالوا أن العلل الحادثة بعد الزواج لا يثبت معها خيار أي لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ظهرت العلل بعد إبرام عقد الزواج. ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذ به الشافعية والحنبلية لأن وقت حدوث العيب ليس هو أساس طلب التطليق بل أساسه هو الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج وعدم رضا الزوجة بالعيب وتضررها منه، وهو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات العربية كالمشرع المصري في المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية. والمشرع اللبناني في المادة 129 من قانون حقوق العائلة والمشرع الأردني في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية[6].

قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 19/ 11/ 1984 : (متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي أستقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية...)[7]، وما ذهبت إليه المحكمة العليا موافق لأحكام الشريعة الإسلامية فقد جاء في كتاب المنتقى شرح الموطأ: (من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فإنه يضرب له أجل سنة، فإن مسها وإلا فرق بينهما،... ويضرب له الأجل من يوم إلى ترافعه

---

[1]الاعتراض هو عدم القدرة على الوطء مع سلامة العضو ظاهرا.

[2]الرتق هو انسداد مدخل الذكر من الفرج فلا يمكن ذلك من الجماع.

[3]القرن فهو شيء يبرز في الفرج كقرن الشاة.

[4]الجذام هو داء يؤدي إلى تآكل في الأطراف ويؤدي إلى تساقطها، و الأجذم هو مقطوع اليد أو الأنامل.

[5]البرص هو مرض جلدي يصيب الجسم كله فيحدث فيه قشرا أبيض و يسبب للمريض حكا مؤلما، وهو من الأمراض الجلدية المزمنة غير معروفة السبب.

[6]كريمة محروق، مرجع سابق، ص 80 و 81.

[7]م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في 1984/11/19، ملف رقم 571213، م.ق، 2001، ص 119 وما يليها.

إلى السلطان)[1]، بحيث نجد أن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفاءه والعيب الذي لا يرجى شفاءه فإذا ثبت أن العيب يستحيل شفاءه أو أن شفاءه يستغرق زمنا طويلا فإن القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أن العيب يمكن شفاءه فإنه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرق بين الزوجين ومثال ذلك العنة، فإذا أدعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الاتصال وأصرت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك أما الجب فهو من العلل التي لا يرجى شفائها والقاضي يحكم بالتطليق فورا دون منح الرجل أجل السنة لأنه ميئوس منه ولا معنى للانتظار[2].

رابعا: التفريق للغيبة

الغائب حسب نص المادة 110 ق أ هو من منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود. حيث نص المشرع الجزائري على غياب الزوج كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الخامسة من المادة 53 ق أ والتي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة وأن يكون هذا الغياب بدون عذر وحتى يحكم القاضي للزوجة بالتطليق فعليها أن تثبت أن غياب زوجها دام أكثر من سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، وأن يكون هذا الغياب دون عذر شرعي ولا نفقة، "فلا تقبل دعوى التطليق من زوجة ثبت أن زوجها موجود في إطار خدمة عامة أو وطنية"[3].

إن المشرع لم يبين المقصود من العذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطليق زوجته عليه. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق أ، أوجدنا أن المالكية والحنابلة أجازوا التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب وهذا ما ينطبق مع النص الفرنسي للفقرة الخامسة من المادة 53 من ق أ، وبما أن المشرع لم يحدد نوع الضرر فقد جعل السلطة في يد القاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا ومبررا لغيابه أم لا، فغياب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة يعتبر مبررا شرعيا أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبرر شرعيا للغياب وهكذا فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع[4].

---

[1] حمال نجيمي، مرجع سابق، ص 141.

[2] كريمة محروق، مرجع سابق، ص 82.

[3] عبد الرزاق يعقوبي، مرجع سابق، ص 102.

[4] كريمة محروق، مرجع سابق، ص 85.

الفرع الثالث: التفريق من قبل الشرع

منها ما يعود إلى ردة أحد الزوجين ومنها ما يعود لفعل الزوج أو الزوجة بأصول أو فروع الطرف الآخر ما يوجب حرمة المصاهرة.

أولا: التفريق لردة أحد الزوجين

1. التعريف اللغوي والاصطلاحي للردة: لغة هي من الارتداد وهو الرجوع عن الشيء إلى غيره سواء تحول عنه إلى ما كان عليه أو لأمر جديد، يقال: ارتد عنه ارتدادا أي تحول ويقال: ارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه[1]. أما اصطلاحا فهي الرجوع عن الإسلام أي ترك التصديق به، والرجوع عنه قد يكون بالفعل كالسجود للأصنام أو إهانة المصحف كرميه بالقذر أو السحر أو ارتكاب الحرام واستحلاله...الخ، وبالقول كسب الذات الإلهية أو الرسول عليه الصلاة والسلام أو الاستهزاء بالله ورسوله وتحليل ما حرم الله وتحريم ما أحله...الخ، وتقع الردة أيضا باعتقاد وجود خالق مع الله تعالى أو إنكار وجود الله أو يوم القيامة أو الملائكة...الخ.

2. التفريق بين الزوجين للردة قبل الدخول:

إن التفريق بين الزوجين للردة أمر واجب، لأنه لا يجوز الاستمرار في النكاح بين الزوج المرتد أو الزوجة المرتدة، لأن النكاح الذي بينهما يصبح باطلا ويجب فسخه وهذا باتفاق الفقهاء. ولقد اتفق الفقهاء على أنه إذا ارتد أحد الزوجين أو كلاهما عن دين الإسلام قبل الدخول فإن الفرقة تقع بينهما حالا، ولقد استدلوا بقوله تعالى: " **وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ**"[2] وقوله أيضا: " **فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ** "[3]وبكون الردة تنافي العصمة فلذلك لا يجوز للكافر أن يستولي المسلمة، وأن المرتد حكمه مثل حكم الميت وعليه فإنه لا يجوز أن يزوج فالفرقة لا بد أن تكون بينه وبين زوجته في الحال وأن النكاح قبل الدخول يكون غير متأكد فالردة تؤثر فيه فالفرقة تجب فيه حالا فلقد اختلف الفقهاء حول نوع الفرقة الحاصلة بين الزوجين قبل الدخول، فمنهم من اعتبرها فرقة فسخ ومنهم من اعتبرها فرقة طلاق. فالمالكية صرح أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول، يفرق بينهم بإيقاع

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج 3، ص 172.

[2] سورة الممتحنة، الآية: 10.

[3] سورة الممتحنة، الآية 10.

طلاق بائن فإذا كانت الزوجة هي المرتدة لا مهر لها وإذا ارتد الزوج لها نصف المهر.أما الشافعية والحنابلة قالوا بأنه: إذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول فرق بينهما وكانت الفرقة فسخا للعقد[1].أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف: تكون الفرقة فسخا للعقد لأن الردة بمنزلة الموت وفرقة الموت لا تعتبر طلاقا[2].

والرأي الراجح أن الفرقة بين الزوجين قبل الدخول للردة تكون فرقة فسخ وليس طلاق وذلك للأسباب التالية[3]:

- أن الزوجان مغلوبان على الإسلام ومجبوران عليه فإن ارتد أحدهما انفسخ النكاح مباشرة بهذا الفعل دون حاجة إلى فاسخ.
- أن المرتد حكمه مثل حكم الميت ولذلك يجب أن تكون الفرقة بينه وبين زوجه في الحال.

وأنه إذا كان الزوج هو المرتد فإنه يجب عليه نصف المهر وأما إذا كانت الزوجة هي المرتدة فإن لا مهر لها وهذا بإجماع الفقهاء[4].

ثانيا: فعل الزوج أو الزوجة بأصول أو فروع الطرف الأخر ما يوجب حرمة المصاهرة

المحرمات بالمصاهرة أربع: بنات الزوجات، أمهات الزوجات، زوجات الآباء، زوجات الأبناء وسنأتي بذكرهم كالتالي:[5]

– بنات الزوجة: وهي المسماة بالربيبة، سميت بذلك لكونها تربى في حجر زوج أمها وتحرم كذلك بنات الربائب وبنات أولادهن وإن نزلن وشرط تحريمهن أن يدخل بالأم، فإذا عقد على أمها ولم يدخل بها فلا تحرم عليه البنت.

[1]فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، مرجع سابق، ص 77.

[2]المرجع السابق، ص 76.

[3]ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، الجامعة الإسلامية– غزة، كلية الشريعة والقانون قسم القضاء الشرعي، 2010، ص 43.

[4]ماجد توفيق حمادة سمور، مرجع ، ص 44.

[5]بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 80 و 81.

ودليل تحريمهن قوله تعالى: " **وَ رَبَائِبُكُمُ التِي فِي حُجُورِكُم مِّنْ نِّسَآئِكُمُ التِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاح عَلَيْكُمْ** "[1].

– أم الزوجة وكذلك أم أمها وأم أبيها وإن علت نسبا ورضاعا سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل، متى كان العقد صحيحا وهذا رأي جمهور الفقهاء.

وجاء رأي بن ثابت مخالفا فقال: لو حصل فراق البنت عن طلاق قبل الدخول تحل له الأم وإن كان الفراق بسبب الوفاة فلا تحل لأن الفراق بالموت كالفراق بعد الدخول يثبت المهر كاملا[2]. فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا بأس أن يتزوج ابنتها و أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا يحل له أن يتزوج أمها "[3].

– زوجة الأب وكذلك الجد وإن علا، سواء دخل بها الأب أو لم يدخل ودليل تحريمها قوله تعالى: " **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ النِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ** "[4]، فإنه يتناول منكوحة الأب وطأ وعقد صحيحا وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد.

– زوجة الابن وإن نزل متى كان الابن صلبيا، فتحرم زوجة الابن وابن الابن وإن نزلوا على الأب والجد وإن علا سواء دخل بها الابن أو لم يدخل، لقوله تعالى: " **وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ** "، وذكر الأصلاب في الآية لإسقاط تحريم زوجة الابن المتبنى فهي لا تحرم على من تبناه.

اختلف الفقهاء في مسألة فعل الزوج الفاحشة وارتكاب الزنا بأصول وفروع الطرف الآخر على قولين[5]:

القول الأول: هو قول الحنفية والحنابلة بأن من زنى بأم زوجته وبنتها، حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة ويفرق القاضي بينهما إذا لم يفترقا من تلقاء نفسيهما، وأضاف الحنفية بأن هذه الحرمة تكون بالزنا سواء

[1] سورة النساء: الآية: 23.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 70.

[3] المرجع السابق، ص 81.

[4] سورة النساء، الآية 22.

[5] نازك سالم محمد خنني، مرجع سابق، ص 134 و135.

تم بالوطء أو بمقدماته كالمس والتقبيل والنظر إلى الفرج ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها، بينما اشترط الحنابلة حدوث الوطء فعليا ولم يفرق الحنفية والحنابلة بين حدوث الزنا قبل الزواج أو بعده. ولأن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة، فإذا فعل أحد من الزوجين بأصول أو فروع الطرف الأخر حرم عليه زوجه، ويفرق بينهما فإذا كان فعل قبل الدخول بالزوجة يفرق بينهما ويسقط المهر كاملا ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما .

القول الثاني: هو قول المالكية والشافعية بأن: الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة فلا تحرم بالزنا أصول أو فروع المزني بها، ولا تحرم المزني بها على أصول الزاني أو فروعه، وإذا زنا الزوج بأم زوجته أو بنتها لا تحرم عليه زوجته وقالوا محتجين: سئل الرسول صلى الله عليه وسلم عن الرجل ينكح المرأة حراما أينكح ابنتها؟ أو البنت حراما أينكح أمها؟ : فقال عليه الصلاة والسلام: " لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان بنكاح حلال "[1].

[1] المعجم الأوسط للطبراني باب العين من اسمه : عبيد حديث رقم 4959.

الفصل الثاني

أحكام الطلاق قبل الدخول وإجراءات رفع الدعوى

الفصل الثاني:أحكام الطلاق قبل الدخول وإجراءات رفع الدعوى

لقد أصبحت ظاهرة الطلاق منتشرة وبصورة كبيرة داخل المجتمع الجزائري وبأشكال مختلفة بحيث وصلت لدرجة الانفصال بعد العقد المدني وقبل الدخول الشرعي الذي يبقى في حقيقة الأمر صمام الأمان الذي يحفظ للزوجة حقوقها الكاملة.

يخلف الطلاق قبل الدخول انعكاسات وأضرارا نفسية وبسيكولوجية على الفتيات خصوصا باعتبارهن الضحية الأولى والأخيرة جراء هذا الانفصال حيث تنتهي حياتهم الزوجية قبل أن تبدأ بالإضافة إلى إلزام قانون الحالة المدنية كتابة كلمة(مطلقة) على هامش شهادة ميلادهم، الأمر الذي سبب حرجا لبعض النساء اللواتي يرين أن الوسط الاجتماعي لا يرحم زيادة على ذلك مجموعة من الأحكام والآثار المترتبة على هذا النوع من الطلاق، الذي يكسبها حقوقا ويسقط عنها أخرى.

ولدراسة هذا الفصل سنقسمه إلى مبحثين، سنتناول أحكام الطلاق قبل الدخول والآثار المترتبة على الخلوة الصحيحة في المبحث الأول، ثم سنتناول إجراءات رفع دعوى الطلاق قبل الدخول في الزواج الموثق والغير موثق في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أحكام الطلاق قبل الدخول وآثار الخلوة الصحيحة

لقد أعطت الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة لأحكام الطلاق قبل الدخول وأحاطت بكل التفاصيل التي تتمحور حوله فميزته عن الطلاق بعد الدخول بوقوعه بائنا لا رجعة فيه إلا بعقد ومهر جديدين وغيرها من الأحكام الأخرى والتي سنتطرق لها في هذا المبحث. وسنقسم ذلك الأخير إلى مطلبين، مطلب أول نتناول فيه أحكام الطلاق قبل الدخول ومطلب ثاني نتناول فيه آثار الخلوة الصحيحة على الطلاق قبل الدخول.

المطلب الأول: أحكام الطلاق قبل الدخول

سنقسم هذا المطلب إلى خمسة فروع سنتناول في الفرع الأول مهر المطلقة قبل الدخول وفي الفرع الثاني متعة المطلقة قبل الدخول، وفي الفرع الثالث عدة المطلقة قبل الدخول، وفي الفرع الرابع رجعة المطلقة قبل الدخول وأخيرا ميراث المطلقة قبل الدخول في الفرع الخامس.

الفرع الأول: مهر المطلقة قبل الدخول

سنتناول فيه تعريف المهر ومشروعيته ومهر المطلقة قبل الدخول على النحو التالي:

أولا: تعريف المهر

يقال في اللغة مهرت المرأة إذا أعطيتها المهر ومنهم من يقول أمهرتها إذا زوجتها من رجل على مهر[1] ويطلق على المهر ثمانية أسماء هي: الصدقة، النحلة، الأجر، الفريضة، العلائق، العقر، الحباء[2]. وفي الشرع: ما أوجبه الشارع من المال أو ما يقوم مقامه حقا للمرأة على الرجل في عقد الزواج في مقابلة الاستمتاع بها[3].

ثانيا: دليل مشروعية المهر

1. من الكتاب: لقوله تعالى: "**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**"[4]وقوله تعالى أيضا: "**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَالِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**"[5]. قال أبو عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرضها الله تعالى. وقيل: النحلة تعني الهبة؛ لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض وقال تعالى:"**وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالمَعْرُوف**" وأجورهم أي مهورهم[6].

2. من السنة: في حديث صحيح عن الرسول صلى الله عليه وسلم جاء فيه أن عبد الرحمن بن عوف قال: يا رسول الله إني تزوجت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أصدقتها أي ما أعطيتها مهرا، قال: وزن نواة ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بارك الله لك أولم ولو بشاة[7].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 139.

[2] عبد الكريم زيدان، ج7، مرجع سابق، ص 49.

[3] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 139 و140.

[4] سورة النساء، الآية: 4.

[5] سورة النساء، الآية: 24.

[6] عبد الكريم زيدان، ج7، مرجع سابق، ص50.

[7] حاشية السندي، مرجع سابق، كتاب النكاح (باب الوليمة).

3. من الإجماع: لقد ثبتت مشروعية المهر بإجماع المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا.

ثالثا: مهر المطلقة قبل الدخول

إذا طلقت المرأة قبل الدخول وقبل الخلوة فيجب لها نصف المهر وكان المهر مسمى تسمية صحيحة في نفس العقد الصحيح، وأيضا في حالة الفرقة قبل الدخول أو الخلوة، إذا كانت بسبب من جهة الرجل كالفرقة بسبب الإيلاء أو اللعان أو إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته لا الفرقة بسبب بلوغه ودليل ذلك قوله تعالى: "**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمُ**"، ولأن الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ ويشبه الإبطال، وشبه الفسخ يقتضي سقوط كل المهر، وشبه الإبطال يقتضي ألا يسقط شيء من المهر، فينتصف توفيرا لحكم الشبهين[1].

إن الرجل وإن طلق زوجته قبل الدخول وكان قد سمي لها مهرا، فإن الواجب للمرأة المطلقة في هذه الحالة نصف المهر وليس كله. فالدخول يمنع تنصيف المهر، وحيث أن الخلوة الصحيحة كالدخول في تأكيد المهر وعدم تنصيفه، وعليه فإن المرأة تستحق نصف المهر المسمى إذا طلقها قبل الدخول أو قبل الخلوة. بشرط أن تكون الفرقة من قبل الزوج أو بسببه[2].

موقف المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة 16 ق أ على: تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. بحيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/01/27 الملف رقم 39022 (م.ق، 1989، عدد1، ص105) على: " من المقرر شرعا، أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر"[3]. وجاء في قرار آخر المؤرخ في 1993/07/13 ملف رقم 92714 (م.ق، 1995، عدد1، ص128) على: "لا تستحق الزوجة نصف

[1] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 156.

[2] عبد الكريم زيدان، ج 7، مرجع سابق، 104.

[3] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلق عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 75.

الصداق، إلا عند الطلاق قبل الدخول (المادة 16 ق أ) ولما ثبت– من قضية الحال– أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج، وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده، بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن"[1].

الفرع الثاني: متعة المطلقة قبل الدخول

سنتناول فيه تعريف المتعة ومشروعيتها وحكمها على المطلقة قبل الدخول وتقديرها.

أولا: تعريف المتعة

لغة هي: المنفعة، لقوله تعالى: "**مَّتَاعًا إِلَى الحَوْلِ غَيرَ إِخْرَاجٍ**"[2]، وقوله أيضا: " **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى المُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالمَعْرُوفِ**"[3].

ومن المعاني المجازية للمتعة:

نكاح المتعة: هو أن يتزوج رجل امرأة لأيام معدودة ثم يُخلي سبيلها، أي أن يقول الرجل للمرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال أو متعيني نفسك عشرة أيام بكذا من المال، وينقضي بانتهاء المدة المتفق عليها[4].

متعة الحج: بمعنى المتعة بالعمرة إلى الحج؛ وهو أن يُحْرِم المُحْرِم في أشهُر الحج بعُمرة، فإذا وصل إلى البيت وأراد أن يُحِلَّ ويستعمل ما حَرُم عليه، فسبيلُه أن يطوف ويسعى ويُحِلَّ، ويُقيم حلالاً إلى يوم

[1] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، مرجع سابق، ص 78.

[2] سورة البقرة، الآية: 240.

[3] سورة البقرة، الآية: 236.

[4] فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، مرجع سابق، ص 24. الناقلة عن محمد مرتضى الحسين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج22، دار الهداية، مصر، ص182.

الحج، ثم يُحْرِم من مكة بالحج إحْرامًا جديدًا، ويقف بعرفة، ثم يطوف ويسعى ويُحِلّ من الحج، فيكون قد تمتَّع بالعُمرة في أيام الحج، لقوله تعالى: " **فَمَن تَمَتَّعَ بِالعُمْرَةِ إِلَى الحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ**"[1].

متعة المطلقة: المتاع في اللغة هو كل ما ينتفع به ويرغب في اقتنائه كالطعام وأثاث البيت والسلعة والمال[2] وأمتع الرجل مطلقته أي أعطاها المتعة بعد الطلاق، وفي الاصطلاح هي ما يعطيه الزوج لزوجته عند طلاقها، تطييبا لنفسها عما يرد عليها من ألم.

ثانيا: مشروعية المتعة

1. من القرآن:

لقوله تعالى: " **وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى المُتَّقِينَ**"[3]. فتدل هذه الآية على أن الله سبحانه وتعالى أوجب المتعة للمطلقات سواء المدخول بهن أو غير المدخول بهن، سواء سمى لهن مهر أو لم يسمى لهن لأن المطلقات لفظ عام، والجنس يقيد الإستعراف وقد أضاف سبحانه وتعالى المتعة للمطلقات بلام الملك وجعلها على المتقين وكل إنسان مأمور بالتقوى[4].

وقوله أيضا: " **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ**". وفي هذه الآية دليل على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول.

2. من السنة:

روى البخاري في صحيحه (5255) عَنْ أَبِي أُسَيْدٍ رضي الله عنه قال: "خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَائِطٍ يُقَالُ لَهُ الشَّوْطُ ، حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى حَائِطَيْنِ ، فَجَلَسْنَا بَيْنَهُمَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ

[1] سورة البقرة، الآية: 196.

[2] عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، 2011، ص 233.

[3] سورة البقرة الآية 241.

[4] فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، مرجع سابق، ص25. الناقلان عن أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، ج 2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2008، ص 160.

صلى الله عليه وسلم: اجْلِسُوا هَا هُنَا. وَدَخَلَ وَقَدْ أُتِيَ بِالْجَوْنِيَّةِ، فَأُنْزِلَتْ فِي بَيْتٍ فِي نَخْلٍ فِي بَيْتٍ أُمَيْمَةُ بِنْتُ النُّعْمَانِ بْنِ شَرَاحِيلَ، وَمَعَهَا دَايَتُهَا حَاضِنَةٌ لَهَا، فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: هَبِي نَفْسَكِ لِي. قَالَتْ: وَهَلْ تَهَبُ الْمَلِكَةُ نَفْسَهَا لِلسُّوقَةِ. قَالَ: فَأَهْوَى بِيَدِهِ يَضَعُ يَدَهُ عَلَيْهَا لِتَسْكُنَ. فَقَالَتْ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ. فَقَالَ: قَدْ عدت بمعاد. ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا، فَقَالَ: يَا أَبَا أُسَيْدٍ اكْسُهَا رَازِقِيَّتَيْنِ وَأَلْحِقْهَا بِأَهْلِهَا".

ثالثا: حكم المتعة للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر وتقديرها

1. حكم المتعة: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يقر بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول التي لم يسمى لها مهر، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنبلية والظاهرية وبعض من المالكية من هم الإمام القرطبي[1]، واستدلوا بما جاء في القران في قوله: "**وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[2] أن لفظ المتعة في قوله تعالى:"**وَمَتِّعُوهُنَّ**" وقوله: "**فَمَتِّعُوهُنَّ**"[3] جاء بصيغة الأمر والأمر يقتضي الوجوب ولا ينصرف إلى الندب إلا بدليل وقوله: "**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**"[4]، أن اللام في قوله تعالى: "**لِلْمُطَلَّقَات**" هي لام التمليك، أي أنه جعل المتعة حقا للمطلقة بدليل لام التمليك ولفظ المطلقات عام يشمل كل مطلقة سواء طلقت قبل الدخول أم بعده، سمي لها مهر أو لم يسمى[5].

القول الثاني: يقر بأن المتعة لا تجب للمطلقة قبل الدخول الذي لم يسمى لها مهر بل هي مستحبة، واليه ذهب المالكية في المشهور من مذهبهم[6]، واستدلوا بما جاء في سورة البقرة الآية 236 والآية 241، 241، إن ختم الآيتين بقوله تعالى:"**حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**" وقوله: "**حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**" هي تقييد يفيد أن

[1] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 238.

[2] سورة البقرة، الآية: 236.

[3] سورة الأحزاب، الآية: 49.

[4] سورة البقرة، الآية: 241.

[5] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 239.

[6] المرجع السابق، ص 238.

المتعة تجب فقط على المحسنين أو المتقين، فلو كانت واجبة على الكل لأطلقها على جميع الخلق دون تقييد[1].

القول الراجح: هو رأي جمهور الفقهاء حيث يقرون بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول للتي لم يسمى لها مهر، فتقوم المتعة مقام نصف المهر فهي تعتبر كتعويض للمرأة بسبب ما لحقها من ضرر للفرقة التي جاءت من طرف الزوج دون أن يكون لها دخل فيها.

موقف المشرع الجزائري: يظهر من خلال الاجتهادات القضائية، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/12/29 الملف رقم 43860: "من القواعد المقررة شرعا، أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة"[2]. وأيضا القرار المؤرخ في 1986/01/27 الملف رقم 39731 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقضاء، أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه"[3].

2.تقدير المتعة:

اختلف الفقهاء في تحديد مقدار معين للمتعة وسبب اختلافهم هو أن المسالة لم يرد فيها نص صريح يحدد مقدار المتعة، إلا أن الفقهاء ضبطوا تقدير المتعة باعتبارات وأحوال معينة فمنهم من ضبط المتعة باعتبار حال الزوج ومنهم من اعتبرها بحال الزوجة ومنهم من اعتبرها بحال الزوج والزوجة معا فكان لهم في ذلك ثلاثة أقوال[4]:

القول الأول: المعتبر في المتعة حال الزوج فقط، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنبلية واستدلوا على قولهم بما جاء في سورة البقرة الآية 236: "**عَلَى المُوسِعِ قَدْرُهُ وَ عَلَى المُقْتِرِ قَدْرُهُ**"،إن الخطاب في الآية جاء بعد الحديث عن وجوب المتعة، فهو موجه إلى الأزواج كل حسب

[1] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 240.

[2] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، مرجع سابق، ص 204.

[3] المرجع السابق، ص 203.

[4] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 234، 235، 236.

قدرته ولأن الزوج هو المسؤول عن دفع المتعة، "فلا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها، فإذا كان معسرا وكانت موسرة وكلف أن يكسوها بما يليق بمثلها فقد كلف مالا يطيق وذلك ما ينزه عنه الشارع الحكيم"[1].

القول الثاني: المعتبر حال الزوجة فقط، وإليه ذهب الحنفية في رواية والشافعية في رواية أخرى واستدلوا في قولهم هذا على المعقول فقط، حيث أن المرأة تستحق المتعة بدل البضاعة وتطييبا لخاطرها فهي كالمهر كما لو سمي قبل الدخول فإن هذا تستحق نصفه.

القول الثالث: المعتبر حال الزوج والزوجة معا وإليه ذهب الشافعية والحنفية في رواية واستدلوا بقولهم على ما جاء في سورة البقرة الآية 236 والآية 241.

القول الراجح: إن الزوج إذا كان موسرا أو معسرا فإنه لا يجوز بأي حال إجباره على الزيادة في متعة المرأة التي طلقت قبل الدخول والتي لم يسمى لها مهر عن نصف المهر، ولا يجوز أيضا أن تقل عن نصف مهر المثل[2].

رابعا: أنواع الفرقة التي توجب نصف المهر المسمى أو المتعة قبل الدخول الحقيقي والحكمي:

1. الطلاق بكل أنواعه سواء كان على مال أم لم يكن وسواء أوقعه الزوج بنفسه أم بإيقاع القاضي (إذا ثبت له ما يوجب التطليق، كالتفريق للعيوب أو للضرر أو لعدم الإنفاق لأن طلاق القاضي في هذه الأحوال يتولاه بالنيابة القانونية عن الزوج لرفع الظلم، لأنه من المفروض على الزوج أن يطلق في تلك الأحوال ولأنه لم يفعل ذلك قام القاضي مقامه لرفع الظلم والحكم بالتطليق كالمدين الذي يتماطل عن دفع ديونه فالقاضي يقوم ببيع ماله لأداء ديونه بدلا عنه) فالطلاق في هذه الحالة يوجب المتعة أو نصف الصداق المسمى وقت العقد.

2. كل فرقة اعتبرت طلاقا كإباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة.

3. كل فرقة اعتبرت فسخا ولم تحتسب من عدد الطلقات ولكن بمعصية من الزوج.

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 202.

[2] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 237.

الفرع الثالث: عدة المطلقة قبل الدخول

سنتناول فيه تعريف العدة ومشروعيتها وحكمها على المطلقة قبل الدخول.

أولا: تعريف العدة

هو أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الزوج وزوجته فإن هذه الفرقة لا تفصم عروة الزوجية من جميع الوجوه بمجرد حصول الفرقة بل تنتظر المرأة فلا تتزوج زوجا غيره حتى ينتهي الأجل الذي حدده الشارع[1].

أما المشرع الجزائري فلم يعطي تعريفا للعدة ولكنه أشار إلى أحكامها في المواد من 58 إلى 61 ق.أ. والمادة 30 من نفس القانون: (يحرم من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة)، وبهذا يحيلنا المشرع الجزائري في تعريف العدة إلى الفقه الإسلامي حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: مشروعية العدة والحكمة من تشريعها

1. المشروعية:

تظهر في قوله تعالى: "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**"[2]. والقرء عند أبي حنيفة وأحمد هو الحيضة، وفي مذهب مالك والشافعي هو الطهر[3]. وقوله أيضا: "**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا العِدَّةَ**"[4]. وقوله:"**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا**"[5]. وقوله: "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** "[6].

---

[1] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط1، دار الفكر العربي، 1984، ص356.

[2] سورة البقرة، الآية: 228.

[3] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 361.

[4] سورة الطلاق، الآية: 1.

[5] سورة الطلاق، الآية: 4.

[6] سورة البقرة، الآية 234.

2. الحكمة من تشريعها: شرعت العدة للاحداد على الزوج السابق ولاستبراء الرحم والتأكد من ذلك، حتى إذا أقدمت على الزواج بعد العدة يكون فراغ الرحم مؤكدا[1]. وفترة العدة هي بمثابة فرصة للزوج ليراجع زوجته فيها.

ثالثا: حكم العدة في الطلاق قبل الدخول

لا تجب العدة في الفرقة قبل حصول الدخول أو الخلوة[2]، وذلك استنادا لقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا** "[3]. لأن الأصل في وجوب العدة أنها وجبت لأجل إبراء الرحم والتأكد من الحمل وهذه الحالة غير متحققة في المطلقة قبل الدخول.

موقف المشرع الجزائري: يظهر من خلال ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1996/06/18 ملف رقم 137571 (م.ق، 1997، عدد2، ص93) على: "من المقرر شرعا، أنه: تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها..."[4].

الفرع الرابع: رجعة المطلقة قبل الدخول

لقد عرفنا سابقا الطلاق الرجعي وبينا أحكامه وشروطه، أما هنا سنتطرق لتعريف الرجعة وحكمها على المطلقة قبل الدخول.

أولا: تعريف الرجعة

يعرف الحنفية الرجعة بأنها استدامة النكاح في أثناء عدة الطلاق، ويعرفها الشافعي بأنها إعادة أحكام الزواج في أثناء العدة بعد الطلاق[5]. أما المشرع الجزائري فلم يقم بتعريف الرجعة ولكنه نص

[1] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 356.
[2] المرجع السابق، ص 356.
[3] سورة الأحزاب الآية 49.
[4] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، مرجع سابق، ص 309.
[5] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 313.

عليها في المادة 50 من ق أ: (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد). والمادة 51 من ق أ: (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلى بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء).

ثانيا: حكم الرجعة للمطلقة قبل الدخول

إن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي ولا يكون الطلاق رجعيا إلا على امرأة مدخول بها دخولا حقيقيا في نكاح صحيح، وبالتالي فالمطلقة الغير المدخول بها لا رجعة لها لأن طلاقها يقع بائنا ، ولكنه يستطيع إرجاعها بعقد ومهر جديدين. وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/02/10 ملف رقم 39463 (م.ق، 1989، عدد1، ص115) ونص على: "من المتفق عليه فقها وقضاء، في أحكام الشريعة أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق. أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها..."[1]. ويعود السبب في عدم تمكين الزوج في مراجعة زوجته إذا طلقها قبل الدخول إلى ما يلي[2]:

- عدم وجود دافع للعودة إليها والرغبة بها.

- إن الرجعة تعقب الطلاق في ملك متأكد أما قبله فلا تكون رجعة ولا يتأكد الملك إلا بالوطء في الفرج.

- الرجعة لا تكون إلا في العدة والمطلقة قبل الدخول لا عدة لها باتفاق العلماء.

الفرع الخامس: ميراث المرأة المطلقة

سنتناول تعريف الميراث ومشروعيته وأحكامه على المطلقة قبل الدخول.

أولا: تعريف الميراث

[1] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، مرجع سابق، ص 203.

[2] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص 62.

في اللغة هو من الإرث، وهو: بقيه الشيء أو الأمر القديم توارثه الآخر عن الأول، أو انتقال الشيء من شخص إلى شخص أو من قوم إلى قوم[1]. واصطلاحا هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالا أم عقارا أم حقا من الحقوق الشرعية[2].

ثانيا: مشروعية الميراث

1. من القران: في قوله تعالى: "**يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ**"[3].وقوله أيضا: "**وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ...**"[4]. بحيث بينت هذه الآيات نصيب كل وارث من الميراث ومن ضمنهم الأزواج، فيرث كل زوج زوجه الآخر.

2. من السنة: عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأولى رجل ذكر"[5]، وما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"من ترك مالا فلورثته"[6].

3. من الإجماع: جمعت الأمة على مشروعيه الميراث[7].

ثالثا: حكم توريث المطلقة قبل الدخول

لا يتوارث الزوجان في حالة الطلاق قبل الدخول لأنه يقع بائنا لا عدة فيه ولا رجعة فيه، ودليل ذلك قوله تعالى: "... **مِنْ قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَالَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**"[8]. أما إذا وقع الطلاق قبل

[1]عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 171.
[2]المرجع السابق، ص 171.
[3]سورة النساء، الآية: 11.
[4]سورة النساء، الآية: 12.
[5]البخاري– المرجع السابق – كتاب الفرائض– باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لا نورث حديث رقم 6732 ص 1668.
[6]مسلم بن الحجاج النيسابوري – صحيح مسلم – كتاب الفرائض باب من ترك مالا فلورثه.
[7]عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 173.
[8]سورة الأحزاب، الآية: 49.

قبل الدخول وكان الزوج مريضا مرض الموت، فقد اختلف الفقهاء في حكم توريث المرأة في ذلك على قولين[1]:

القول الأول: يجيز توريثها وذهب إليه المالكية والحنبلية، والدليل على قولهم أن: عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته وهو مريض فورثها عثمان بن عفان رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدتها.إن المطلق إذا قصد أمرا فاسدا في الميراث وهو حرمان زوجته منه فيعامل حين إذن بنقيض قصده ولذلك قالوا:(من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه) والزوج قد استعجل الطلاق لحرمان الزوجة من الميراث فيعاقبه هنا بمنعه من تحقيق مقصده، وقياسا على المعتدة من طلاق بائن فالجمهور أكدوا على توريثها ما دام كان قصده الإضرار بها.

القول الثاني: لا يجوز توريثها وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية واستدلوا بأن: الميراث في النكاح هو بقاء الزوجية، وإذا وقع الطلاق قبل الدخول فلا يبقى للزوجية أثر بدليل أن الطلاق الواقع قبل الدخول هو طلاق بائن.

موقف المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري في م 130 ق أ على: (يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء)، كما نص في م 132 منه على: (إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث)، ومن خلال استقرائنا لهذه المواد لاحظنا أن المشرع لم ينص على حكم المطلقة قبل الدخول في الميراث وبالتالي فلا يجوز توريثها، إلا في حالة الطلاق في مرض الموت وكان الزوج يقصد بطلاقه حرمان زوجته من الميراث فحينئذ يعامل بنقيض قصده وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا المبين سابقا (الفصل الأول).

المطلب الثاني:الآثار المترتبة عن الخلوة الصحيحة

بعدما تطرقنا إلى أحكام الطلاق قبل الدخول من حيث وجوب نصف المهر المسمى وفي حالة عدم التسمية توجب المتعة للزوجة كتعويض لها، بحيث لا توجب عليها العدة والرجعة والميراث بسبب راجع لكون الطلاق الواقع قبل الدخول هو طلاق بائن.

[1] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 175 إلى 177.

أما في حالة الخلوة الصحيحة بين الزوجين فالأحكام تتغير وسنبين هذا من خلال دراستنا لهذا المطلب بحيث سنقسم هذا الأخير إلى ستة فروع، سنتناول في الفرع الأول مفهوم الخلوة وتمييزها عن الدخول ثم نتناول في الفرع الثاني أثر الخلوة على المهر، وفي الفرع الثالث أثر الخلوة على العدة، وفي الفرع الرابع أثر الخلوة على الميراث، وفي الفرع الخامس أثر الخلوة على المتعة، وأخيرا أثر الخلوة على الرجعة في الفرع السادس.

الفرع الأول: الخلوة وتمييزها عن الدخول

سنتناول فيه تعريف الخلوة ومشروعيتها وشروطها والألفاظ التي لها علاقة بها وأخيرا تمييزها عن الدخول.

أولا: تعريفها

لغة: خلا المكان والشيء يخلو خلوا وخلاء إذا لم يكن فيه أحد ولا شيء فيه. يقال: خلا بنفسه، وخلا إليه، وخلا معه:انفرد، والخلوة مكان الانفراد بالنفس أو بغيرها[1]. واصطلاحا: الخلوة بالمعقود عليها لا تخرج عن معناها اللغوي من حيث أنها اجتماع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح منفردين في مكان يأتمنان فيه من دخول الغير عليهما ولم يكن هنالك مانع حقيقي أو شرعي أو طبيعي يمنعهما من الوطء[2].

ثانيا: شروط الخلوة[3]:

- حصول الخلوة بعد العقد.
- أن يكون الزوجين بالغين ومطيقين للوطء.
- أن تكون المدة التي يختلي فيها الرجل بالمرأة مدة كافية لحصول الوطء أو إمكانية حصوله.

[1] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 203.
[2] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص172.
[3] عثمان محمد عبد الحق إدريس، مرجع سابق، ص 203 إلى 207.

– أن يسمح لهما هذا المكان بالاختلاء وحدهما على انفراد يأمنان فيه من اطلاع غيرهما عليهما، فالخلوة في الأماكن العامة أو في الطرقات لا اعتبار

– انتفاء موانع الخلوة،وهي المانع الشرعي كأن يكون أحدهما أو كلاهما محرما بحج أو عمرة أو صائما في رمضان أو كون المرأة حائض أو نفساء. والمانع الطبيعي ويقصد به وجود شخص ثالث معهما، فوجوده يمنع حصول الانفراد بالزوجة. أما المانع الحسي فيقصد به وجود عيب في أحد الزوجين يمنع من حصول الوطء ولقد ذكرناكم سابقا في التفرقة بسبب العيب.

ثالثا: ألفاظ لها علاقة بالخلوة[1]

الانفراد: معناه الانقطاع لكنه لا يخرج من معنى الخلوة لأن المنقطع يكون مختلي بنفسه.

والانفراد بالغير يكون مباحا بين الرجل والرجل أو المرأة والمرأة إذ لم يحدث ما هو محرما شرعا.

الستر: ومعناه التغطية والاختفاء ولا يخرج عن معنى الخلوة لأن المختفي في مكان خال يكون مستور من أعين الناس.

العزلة: الاعتزال ،وهي طلب العزل وهي الإنفراد عما شأنه الاشتراك. والاعتزال: تجنب الشيء عمالة أو إمارة أو غيرهما بالبدن أو القلب.

الاعتكاف الشرعي: هو المواظبة والملازمة وحبس النفس في المسجد عن التصرف العادي بالنية.

رابعا: تمييز الخلوة عن الدخول الحقيقي

1. أوجه الاتفاق[2]:

[1] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص 78 و79.

[2] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 176 و177.

تأكيد المهر: عند فقهاء الحنفية يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي كما هو الحال بالنسبة للخلوة الصحيحة فيتأكد المهر كله بعدها. أما عند الشافعية فإن المرأة لو طلقت قبل الدخول وبعد الخلوة في نكاح فيه مهر مسمى فالواجب نصف المهر أما إذا كان غير مسمى فلها المتعة فقط.

وجوب العدة: تجب العدة على المرأة المختلي بها خلوة صحيحة لأن الخلوة مع عدم وجود مانع للوطء يكون مظنة لحدوثه، ولأن العدة حق الله تعالى فيحتاط في إتيانها وهذا رأي الحنفية أما الشافعية فقد خالفوهم و اعتبروها غير واجبة. يترتب على ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة أن نفقة العدة تجب للمطلقة حال العدة "بأنواعها الثلاثة من طعام ومسكن وكسوة"[1] ويحرم الجمع بين المطلقة ومحرم لها حال العدة لأن الجمع بينها ومحرم لها كعمتها أو خالتها أو أختها غير جائز في النكاح وفي العدة. ويحرم كذلك الزواج بخامسة وهي في العدة إن كان المطلق معددا وكانت المطلقة مكملة للأربع زوجات.

ثبوت النسب: إن الزوج إذا اختلى بزوجته خلوة صحيحة ثم أتت بولد يثبت نسب الولد له، كما لو أتت به بعد الدخول الحقيقي بها.

2. أوجه الاختلاف[2]:

الإحصان: حد الزنى للمحصن من رجل أو امرأة هو الرجم وحد غير المحصن هو الجلد مائة جلدة، والإحصان المقصود في حد الزنى يكون بالزواج مع الدخول الحقيقي، أما الخلوة الصحيحة فلا يتحقق بها شرط الإحصان في حد الزنى وعلى ذلك فمن زنى بعد الدخول بزوجته كان حده الرجم ومن زنى بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول ولم يكن دخل بامرأة أخرى في زواج صحيح قبل ذلك فإن حده الجلد مائة

حرمة البنات: فمن طلق امرأة بعد أن اختلى بها خلوة صحيحة فقط، يجوز له أن يتزوج من فرع لها لأن الذي يحرم البنات هو الدخول بالأمهات لا الخلوة بهن.

الرجعة: الطلاق بعد الدخول يكون رجعيا أما قبل الدخول فيقع بائنا وعلى ذلك فليس له حق مراجعتها حتى ولو كانت في العدة.

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 191.

[2] عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 177 و178.

الميراث: فمن طلق زوجته بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما وهي في العدة فإنه لا توارث بينهما بسبب الزوجية التي انقطعت بالطلاق البائن عكس الدخول فالطلاق يكون رجعيا كما يجوز التوارث بينهما وهي في العدة.

حل المطلقة ثلاثا لمطلقها[1]: فإنها لا تحل إلا بعد أن يتزوجها آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها وتنتهي عدتها ولا تقوم الخلوة مقام الدخول الحقيقي، لأن نصوص الشارع صريحة في اشتراطه.

الفرع الثاني: أثار الخلوة الصحيحة على المهر

لقوله:"**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**"[2].

والإفضاء هو الخلوة بين الزوجين كما قال الفراء سواء دخل بها أو لم يدخل ومأخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض وهو المكان الخالي، فكان المعنى: وقد خلى بعضكم إلى بعض وعلى هذا تستحق المرأة كل المهر بحكم هذه الآية لتحقق الإفضاء وهو الخلوة الصحيحة بين الزوجين[3].

والقول الراجح هو اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كالدخول من جهة أن المهر المسمى يتأكد ويستقر بها لما احتج به القائلون[4].

إن الرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول وكان قد سمي لها مهر فالواجب للمرأة المطلقة في هذه الحالة النصف أما بالدخول فيمنع تنصيف المهر وحيث أن الخلوة الصحيحة كالدخول فيثبت لها المهر كاملا، أما إذا لم يسلم الزوج المهر إلى زوجته قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة وكان المهر نقودا أو من المثليات ولم تحصل فيه زيادة ولا نقصان عاد ملك الزوج على نصف المهر المسمى بمجرد وقوع

[1] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 191 و192.

[2] سورة النساء، الآية: 20 و21.

[3] عبد الكريم زيدان، ج 7، مرجع سابق، ص 92.

[4] المرجع السابق، ص 95.

الفرقة بالطلاق، أما إذا كان المهر عينا من الأعيان القيمية كأرض أو حيوان، وحصلت الزيادة في هذا المهر فإذا كانت الزيادة متولدة من أصل المهر سواء كانت متصلة به كالثمرة في الشجر والزرع في الأرض، أو كانت منفصلة كالصوف بعد فصلها عن الحيوان أو الثمر بعد قطفه أو الزرع بعد حصاده فإن فهذه الزيادة تنتصف مع الأصل لأنها تابعة لها، ففي هذه الحالة يكون لكل من الزوج والزوجة النصف من الأصل والنصف أيضا من الزيادة.أما إذا كانت الزيادة غير متولدة كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع التنصيف كالأرض إذا بني عليها بناء وعلى الزوج نصف قيمه الأصل للزوجة لأن هذه الزيادة ليست من المهر لا بالقصد ولا بالتبع لأنها لم تتولد منه. أما إذا كان المهر المسمى الذي قبضته الزوجة نقودا أو مالا مثليا وطلقها قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة فعليها رد نصف المهر المقبوض[1].

يسقط المهر إذا كانت الفرقة بين الزوج والزوجة جاءت من قبل الزوجة قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة، فإن المهر المسمى كله يسقط بهذه الفرقة[2].

موقف المشرع الجزائري: يظهر من خلال ما جاء في قرار المحكمة المؤرخ ب 1984/11/19 ملف رقم 35107 (م.ق، 1990، عدد2، ص55) الذي ينص على: "من المتفق عليه فقها، أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى..."[3].

الفرع الثالث: أثر الخلوة الصحيحة على العدة

بالنسبة للعدة فإذا حصلت الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح ووقعت بعدها الفرقة بين الزوجين بموت الزوج أو بمفارقتها بالطلاق ونحوه وجبت عليها العدة، لأن الخلوة الصحيحة لما أوجبت المهر فلأن توجب العدة أولى لأن المهر خالص حق العبد وفي العدة حق الله تعالى فيحتاط فيها. فالخلوة الصحيحة كالدخول بالنسبة لوجوب العدة إذا وقعت الفرقة بعدها وهذا قول القائلين باستقرار المهر وتأكده بالخلوة، ولكن إذا كانت الخلوة فاسدة بسبب مانع حقيقي أو حسي فالعدة هنا لا تجب لأنه

[1] المرجع السابق، ص 107 و108 و109.

[2] عبد الكريم زيدان، ج 7، مرجع سابق، ص 112.

[3] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، مرجع سابق، ص74.

لا يتوقع حصول الوطء في هذه الحالة، وإن كان المانع من الوطء شرعيا فالعدة تجب لأن الوطء مع وجود هذا النوع من المانع ممكن، فتجب العدة عند وقوع الفرقة احتياطيا. ويترتب على العدة بعد الفرقة وبعد الخلوة الصحيحة ما يترتب من آثار وأحكام على العدة بعد الفرقة بعد الدخول، فيثبت نسب الولد وتجب النفقة للزوجة، كما لا يجوز للزوج أن يتزوج إحدى محارم زوجته التي فارقها ما دامت في العدة كما لا يجوز له أن يتزوج أربعا ما دامت في العدة[1].

الفرع الرابع: أثر الخلوة الصحيحة على الميراث

قال الحنفية بأنه إذا أوقع الزوج على زوجته طلقة رجعية بعد أن اختلا بها خلوة صحيحة ومات وهي في عده الخلوة لم ترثه وكذا لو ماتت هي في عدة الخلوة لم يرثها وهذا بخلاف ما لو طلقها بعد الدخول بها طلاقا رجعيا فالحكم هو وجوب التوارث بينهما. ولقد قال هذا القول الإمام ابن عابدين تعليقا على ما جاء في (الدر المختار) من أن الخلوة الصحيحة لا تكون كالدخول في الميراث بين الزوجين[2]. أما الحنابلة فيرون بجواز التوارث بين الزوجين إذا طلقها بعد الخلوة طلقة رجعية ومات أحدهما وهي فالعدة لأنهم يرون وجوب العدة على المطلقة بعد الخلوة ولم يستثنوا التوارث بين الزوجين إذا طلقها الزوج بعد الخلوة ومات أحدهما وهي في عدة الخلوة[3]. وما ذهب إليه الإمام محمد أبو زهرة: " السبب في عدم ثبوت الميراث إذا حصلت الوفاة في عدة الطلاق بعد الخلوة الصحيحة أن ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط، والميراث حق مالي لا يثبت إلا إذا وجد سببه ولا يثبت للاحتياط ولأنه لو ثبت لها يترتب على ذلك نقص حق الورثة الآخرين أو بعضهم؛ ولا ينزع من أحد الورثة حقه إلا بسبب قاطع ملزم، فلا ينزع بأمر وجب للاحتياط"[4].

الفرع الخامس: أثر الخلوة الصحيحة على المتعة

[1] عبد الكريم زيدان، ج7، مرجع سابق، ص 99.

[2] المرجع السابق، ص 101.

[3] المرجع السابق، ص 102.

[4] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص192.

اختلف الفقهاء حول متعة المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة[1].

فيرى الحنفية أنها مادامت تستحق كامل المهر بالخلوة فالمتعة مستحبة في حقها لأن حالها حال من طلقت بعد الدخول أما إذا طلقها بعد الخلوة الفاسدة، فلها نصف المهر، كما لو طلقها قبل الدخول، فلا اعتبار للخلوة عندهم والمتعة إما مستحبة أولا متعة لها مطلقا.

بينما يرى المالكية أن المرأة إذا طلقت قبل الدخول وقد فرض لها مهرا فلها نصفه ولا متعة لها، سواء اختلى بها أم يختل إلا إذا اختلى بها وأطال المقام يتلذذ بها فإنها تستحق المهر كاملا ولا متعة لها، وإذا طلقها قبل الدخول ولم يفرض لها مهرا فلها المهر فقط، واستدلوا بقوله تعالى: "**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى المُتَّقِينَ**" وفي قوله أيضا: "**حَقًّا عَلَى المُحْسِنِينَ**" إن المتعة مندوبة، ولو كانت واجبة لأوجبها على الخلق أجمعين.

أما الشافعية فيرون أن للمطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة نصف المهر فقط إذا كان المهر مسمى وإذا لم يسم له مهرا فإنها تستحق المتعة وتكون واجبة هذا في الفقه الجديد، أما في القديم فتستحق كاملا لمهر على اعتبار أنه استقر بالخلوة الصحيحة ولا متعة لها.

ويرى الحنابلة أن المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة سواء صحيحة أم فاسدة، تستحق كامل المهر، لأن الخلوة عندهم كالدخول فهي كالمطلقة بعد الدخول أما المتعة فهم يرون أنها واجبة وفي رواية ثانية أنها مستحبة وهذا قول، وفي قول آخر لهم أنها كالمطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر والمتعة لها حكمان إما مستحبة أو واجبة.

الفرع السادس: أثر الخلوة الصحيحة على الرجعة

قال الحنفية باختلاف الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي في حق الرجعة للزوج فإذا طلق امرأته طلاقا رجعيا واختلا بها في العدة لم تكن هذه الخلوة رجعة ولكن لو وطأها في العدة يصير مراجعا لأن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل وكذلك لو اختلى رجل بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها حقيقة طلقة واحدة رجعية لم تثبت له الرجعة عليها وإن ثبتت عليها العدة احتياطا ولكن لو دخل بها

[1] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص 100 و 101.

دخول حقيقيا وطلقها طلاقا رجعيا لثبتت له الرجعة ما دامت في العدة وهذا أيضا مذهب الشافعية والمالكية فلا تثبت عندهم الرجعة لمن طلق زوجته بعد الخلوة الصحيحة ولكن دون حصول دخول حقيقي بها[1]. وهذا ما ذهب إليه الإمام محمد أبو زهرة: " إن الرجعة إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي هو الأول أو الثاني ولم يكن على مال، إذ يكون الطلاق رجعيا أما بعد الخلوة فإنه لا تثبت الرجعة، لأن الطلاق يكون بائنا قبل الدخول الحقيقي في كل الأحوال"[2].

المبحث الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق

الدعوى من مفردات القضاء وهذا الأخير هو الطريق لتحصيل الحقوق واستردادها، إذا فالدعوى هي الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه والمطالبة به، بحيث تتبين مشروعيتها في قوله تعالى: "**وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُم مُّعْرِضُونَ** "، وشرعها القانون الجزائري أيضا وذلك حسب ما جاء في المادة 3 ق إ م إ: " يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته " وقد أوضح القانون أن الدعوى حق وبين معالمها ونطاقها.

وبالتالي سنتطرق في هذا المبحث إلى إجراءات رفع دعوى الطلاق في الزواج الموثق في المطلب الأول، وإجراءات رفعها في الزواج الغير موثق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الطلاق قبل الدخول في الزواج الموثق.

سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص في الفرع الأول، وإلى أداة رفع الدعوى في الفرع الثاني، وإلى إجراء الصلح والتحكيم في الفرع الثالث، وإلى صيغة الحكم وطرق الطعن في الفرع الرابع.

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص

سنتناول في هذا الفرع شروط قبول الدعوى من صفة ومصلحة، وإلى الاختصاص الإقليمي والنوعي.

---

[1] نازك سالم محمد حنني، مرجع سابق، ص100.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص192.

أولا: شروط قبول الدعوى

1. الصفة: هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي[1]. ويقصد بالصفة هي أن يكون صاحب الحق أو المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها، أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي[2] فإن رفعت الدعوى على غير صفة فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى، والمفروض أن الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حقه، غير أنه قد يوجد هذا الشخص في استحالة مادية أو قانونية تمنعه من استعمال حقه في مباشرة الدعوى أمام القضاء، ولذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني، في هذه الحالة تثبت للممثل القانوني ما تعرف بالصفة الإجرائية. ونجد أنه في حالة تخلف الصفة الإجرائية يترتب عليها بطلان الإجراءات، كما أن زوال الصفة في الدعوى يؤدي إلى انقضائها، في حين أن زوال الصفة الإجرائية يؤدي إلى انقطاعها. والصفة في دعاوى إثبات الطلاق معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، بمعنى أنه يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسهما أو أحد ممثليهما قانونا[3]ويشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة ضرورة تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية، فإذا أرادت الزوجة مثلا أن ترفع ضد زوجها طلب الطلاق أو النفقة أو السكن فيجب عليها تقديم نسخة من عقد الزواج مرفقة بعريضة افتتاح الدعوى فإذا لم تقدم هذه النسخة فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى، وهذا ما أكدته المادة 5 من القانون رقم 224/63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 تقضي بأنه: لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار، إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل ومقيد في سجلات الحالة المدنية[4].

2. المصلحة:

[1] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص34.

[2] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006/2005، ص 243.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 243.

[4] قانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963، يحدد سن الزواج الأدنى، جريدة رسمية، عدد 44، صادر في 1963/07/02.

هي المنفعة أو الفائدة التي تعود على المدعي من الحكم له قضائيا بطلباته كلها أو بعضها. إن السبب في اشتراط المصلحة لقبول الدعوى هو أن المحاكم لم توجد لتقديم الاستشارات القانونية للمتقاضين أو لتسليتهم وإنما تجب المصلحة لدخول باب القضاء فلا دعوى بدون مصلحة، إذا فالمصلحة هي المعيار لضمان جدية الدعوى وشرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم، ومن هنا فإن الشخص الذي لا يعد طرفا في الحكم لا يحق له ممارسة طرق الطعن فيه سواء العادية أو غير العادية.

بحيث يشترط في المصلحة أن تكون قانونية، قائمة وحالة أو محتملة، شخصية مباشرة.

- فالمصلحة القانونية هي: أن تكون المصلحة مستندة إلى حق أو مركز قانوني تهدف إلى الاعتراف بذلك الحق أو حمايته، وقد تكون المصلحة مادية كالمطالبة بدين من النقود وقد تكون أدبية كالمطالبة بالتعويض عن السب أو التعويض عن الضرر النفسي،وبالتالي لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق أو مركز قانوني.
- المصلحة القائمة والحالة هي: أن تكون المصلحة القانونية موجودة وقت رفع الدعوى وأثناء مباشرتها، بمعنى أن يكون الحق الذي تحميه الدعوى موجود ومستحق الأداء، وبالتالي فإذا علق وجود الحق على شرط واقف فلا تقبل الدعوى قبل تحقق الشرط الواقف لأن الحق في هذه الحالة محتمل الوجود وليس محققا، فالضابط هنا لتحقق شرط المصلحة القائمة والحالة هو وقوع الاعتداء ذلك أنه لا حاجة لصاحب الحق أو المركز القانوني في أن يلجأ إلى القضاء إذا لم ينازعه أحد في حقه أو مركزه القانوني.
- المصلحة المحتملة هي: لا تستند إلى اعتداء وقع بالفعل على حق أو مركز قانوني وإنما تستند إلى ما يؤدي إلى وقوع الاعتداء، كما أن المصلحة في حماية حق لا تتمثل حتما في المطالبة بذات الحق قد تتمثل في الاحتياط لعدم فقدانه.

- المصلحة الشخصية المباشرة هي: أن يقيم المدعى وفي حدود الصفة التي اختصم بها الدليل على أن ضررا واقعيا قد لحق به، إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت إلا في حالة التمثيل[1].

أما المقصود من المصلحة في الطلاق هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة أو العكس هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة مشروعة وشرعية وإقرارها وهو الطلاق، وإلا لن تقبل الدعوى[2].

ثانيا: قواعد الاختصاص

لقد نظم المشرع الجزائري قواعد الاختصاص في الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 47، ويعتبر الاختصاص القضائي سلطة الجهة القضائية في الفصل في المنازعات المعروضة عليها نوعا ومكانا[3]. كما نجده ينص على الاختصاص النوعي والإقليمي في المواد من 423 إلى 426 من نفس القانون، وذلك سواء في القواعد العامة أو في النصوص المتعلقة بقسم شؤون الأسرة، بالإضافة إلى أن المشرع منح قاضي شؤون الأسرة بعض صلاحيات قاضي الاستعجال.

1. الاختصاص النوعي: يقصد به ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوي، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية على أساس نوع الدعوى، بعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيها جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى[4]. فالمادة 32 فقرة 3 من ق إ م إ تنص على: (تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية و التجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا). والاختصاص

[1] محمد ملاحي، دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-01-، كلية الحقوق، 2016/2015، ص 25.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص329.

[3] بلغيث عمارة، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم، الجزائر، 2002، ص 37.

[4] عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص74.

النوعي لقسم شؤون الأسرة يتضمن جميع المواضيع المنصوص عليها في تقنين الأسرة من مسائل الخطبة، الزواج، النسب، الطلاق، التطليق، الخلع، الحضانة، العدة، النفقة وغيرها وهذا بموجب نص المادة 423 ق إ م إ.

2. الاختصاص الإقليمي: هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعوي المرفوعة أمامها إسنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي[1]. بحيث تشير المادة 426 ق إ م إ إلى المحكمة المتخصصة إقليميا في قضايا شؤون الأسرة كل حسب موضوع النزاع، إما بمكان وجود موطن المدعي عليه في قضايا العدول عن الخطبة وموضوع إثبات الزواج، وإما بمكان وجود موطن المدعى في المواضيع المتعلقة بالنزاع حول الصداق، وإما بمكان إقامة أحد الزوجين في القضايا المتعلقة بالطلاق بالتراضي وبالنسبة لمواضيع الطلاق والرجوع فيكون الاختصاص بمكان وجود مسكن الزوجية وغيرها من المواضيع التي تم ذكرها في نص المادة السالفة الذكر، أما بالنسبة للقضايا التي لم يرد ذكر محل اختصاصها فيتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة للاختصاص[2]، حسب ما جاء في م 37 من ق إ م إ على أنه: (يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

الفرع الثاني: أداة رفع الدعوى إلى المحكمة

أولا: العريضة

ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة وفقا للطرق المنصوص عليها في المادة 14 من ق إ م إ، وذلك بإيداع عريضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، وتُعرَّف العريضة بأنها: "ذلك الطلب المكتوب والموجه للقاضي والذي يعرض خلاله العارض ادعاءاته وطالباته ودفوعه من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى سواء بتقرير حق أو حماية مركز قانوني أو جبر ضرر ما عن

[1] عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص83.

[2] المادة 46 ق إ م إ: يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختص إقليميا.

طريق التعويض ويعتبر إيداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى، كما تختلف العرائض بحسب موضوع الدعوى وطبيعة الطلب أما البيانات الأساسية فيها فلا تختلف"[1]، وتودع هذه العريضة بأمانة الضبط، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، أي يجب أن تكون عريضة افتتاح دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، مكتوبة وموقعة ومؤرخة بعدد أطراف الدعوى، وحسب نص المادة 8 فقرة 1 ق إ م إ: (يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية لمن عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول)، وبالتالي يجب أن تكتب عريضة افتتاح الدعوى باللغة العربية، ويوقع عليها من طرف المدعي(الزوج) وتاريخ إيداعها، والتاريخ الذي يحسب من الناحية القانونية، هو تاريخ تسجيل العريضة أما تحريرها فليس له قيمة قانونية[2] وحسب ما جاء في الم 15 من ق إ م إ أنه يجب على المدعي تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا والجهة القضائية المختصة نوعيا للفصل في الدعوى الطلاق، كما يجب أن تتضمن عريضة الطلاق اسم ولقب المدعي وعنوانه، وكذلك اسم ولقب وعنوان الزوج الآخر وكذلك يجب تحديد موضوع الطلب، ويكون ذلك بعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

ويترتب على عدم احترام البيانات المنصوص عليها قانونا، جزاء يتمثل في عدم قبول وهذا عريضة افتتاح الدعوى شكلا، أما قيد عريضة افتتاح الدعوى ودفع الرسوم القضائية فإن المشرع الجزائري نص عليهما في المادتين 16 و17 ق إ م إ[3].

ويشترط في دعوى الطلاق تقديم نسخة من عقد الزواج، تثبت قيام العلاقة الزوجية، وذلك لإثبات صفة التقاضي التي تعد شرط من شروط قبول الدعوى طبقا لنص المادة 429 الفقرة الأخيرة من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص أنه: (يجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين). يتبين من خلال هذه الإجراءات أن تقديم عريضة مكتوبة إلى القاضي هي في الحقيقة تعبر عن إرادة الزوج في الطلاق بحيث لا يطلب منه أن يقدم أو يبين الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1968/03/27:

---

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات أمين، الجزائر، 2015، ص52 و53.

[2] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهادات المحكمة العليا، مطبعة الطالب، الجزائر، 2008/2007، ص 41.

[3] راجع المادتين 16 و17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(ليس الطلاق إلا عبارة عن الإرادة المنفردة للزوج في جعل حد للحياة الزوجية. وليس بقضاة الموضوع عند ثبوته، إلا الإشهاد به، والتصريح به، دون البحث هل الوقائع التي ادعاها المطلق مؤسسة أو غير مؤسسة)[1].

ثانيا: التبليغ

تبلغ العريضة إلى الزوجة المدعى عليها حتى تكون على علم بالدعوى المرفوعة ضدها وحتى تتمكن من تقديم دفوعها وطلباتها بصفة شخصية أو عن طريق توكيل محامي، فيلجأ المدعي إلى المحضر القضائي فيسلمه نسخة من العريضة المؤشر عليها من قبل أمانة الضبط تحمل تاريخ الجلسة ورقم القضية على أن يكون هذا التبليغ قبل عشرين يوما وتحديدا قبل الجلسة المحددة[2].

الفرع الثالث: إجراءات الصلح والتحكيم

أولا: إجراء الصلح

أوجب قانون الأسرة اللجوء إلى بعض الإجراءات الأولية في مسائل الأحوال الشخصية، والنزاعات الناشئة بين الزوجين قبل الشروع في موضوع النزاع وإصدار الحكم بشأنه، وتتمثل هذه الإجراءات في إجراء الصلح المستمد من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَو إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَّصَّالَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**"[3].

فمحاولة الصلح هو" عبارة عن إجراء يهدف إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج، حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى المبتغى والهدف المنشود ألا وهو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق، بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة خلال مدة العدة دون حاجة إلى إبرام عقد جديد ودفع مهر جديد"[4]. فهو إجراء على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، بحيث إذا لم يتم هذا

[1] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 193.

[2] محمد ملاحي، مرجع سابق، ص 46.

[3] سورة النساء، الآية: 128.

[4] عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص19 و20.

الإجراء يكون الحكم بالطلاق باطلا، وعليه فإن الصلح يعتبر مبدأ أساسيا وجوهريا في قضايا الطلاق لغرض معالجة النزاع بالطريق الودي، وهو في الأصل من مبادئ الشريعة الإسلامية.

لقد نص المشرع على محاولات الصلح في قانون الأسرة في المادة 49 منه، التي جاءت بما يلي: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد بعدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة). كما نظمه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 431 و439 و448 منه.

اعتبر الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا أن محاولة الصلح " إلزامية للقاضي وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة 49 ق أ لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم و الذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري فلا بد منها قبل النطق بالحكم"[1].

ويرى الأستاذ عبد الفتاح تقية أنه " تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية و مهمة وجوهرية في الطلاق فقد أكد المشرع في المادة 439 ق إ م إ أن محاولة الصلح وجوبية وأنها مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق"[2].

والدليل على وجوبيته هو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1968/07/03 عن المحكمة العليا: " التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"[3]. فعلى القاضي المختص بالنظر في الدعوى أن يستدعي الزوجان معا إلى مكتبه مع حضور رئيس كاتب الضبط، ويحدد لهما جلسه سرية وفي تاريخ محدد علما أن جلسات محاولة الصلح وجوبيه حسب نص المادة 439 ق إ م إ: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية". يستمع القاضي إلى مزاعم كل من الزوجين تجاه الآخر ثم يحاول أن يصلح بينهما

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص197.
[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 153.
[3] عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 65.

بإظهاره مساوئ النزاع و مضار الفرقة ويبين لهم محاسن الألفة والتفاهم والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة، كما يمكنه الأخذ بكل الإجراءات التي يراها مناسبة لحل هذا النزاع[1].

ثانيا: التحكيم

التحكيم هو اتفاق بين متنازعين على فض النزاع الذي بينهما عن طريق غير القضاء من قبل محكم أو هيئة تحكيم يختارها الطرفان.أما التحكيم في المنازعات الأسرية هو وسيلة يلتجئ إليها القاضي في حالة أنه لم يتمكن من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين[2].

وإذا كان التحكيم جوازيا واختياريا في المواد المدنية كقاعدة عامة فإنه وجوبي وإلزامي في مسائل الأحوال الشخصية ولاسيما ما يتعلق منها بدعاوي الطلاق والرجوع إلى محل الزوجية وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام ويتفاقم النزاع بين الزوجين ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك وعليه إذا توافر شرط تفاقم النزاع واشتداده بين الزوجين وتوفر شرط عدم ثبوت الضرر لأحدهما فانه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم[3].

ويرى الأستاذ عبد الفتاح تقية أنه " تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية ومهمة وجوهرية في الطلاق فقد أكد المشرع في المادة 439 ق إ م إ أن محاولة الصلح وجوبية وأنها مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق"[4].

والدليل على وجوبيته هو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1968/07/03 عن المحكمة العليا: " التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"[5].

---

[1] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 203.

[2] المرجع السابق، ص 210.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 347.

[4] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، مرجع سابق، ص 153.

[5] عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 65.

أما بالنسبة لتعيين الحكمين في القانون فإن القاضي المطروح أمامه النزاع هو المكلف بتعيين حكمين من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون أو بناءا على طلب واختيار الزوجين وأن يراعي قرابتهم للزوجين، بحيث يعين واحد منهما من بين أهل الزوجة مثل العم والخال والجد ويعين الثاني من بين أهل الزوج مثل الأخ أو ابن العم أو الجد ولا يجوز للقاضي أن يعين شخصا ليس له مع أحدهما صفه القرابة الشرعية[1]، إلا في الحالة التي يتعذر فيها العثور على من له قرابة أو مصاهرة مع أحد الزوجين ممن يقبلون بالقيام بمهمة التحكيم مع الإشارة إلى ذلك في الحكم، وإن مهمة الحكمين محددة من القاضي وينحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وظروفه وملابساته وتحديد مسؤولية كل منهما في النزاع، وفي حالة محاولة إزالة الخلاف بين الزوجين ومحاولة الصلح والتوفيق بينهما بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا، وسواء توصل الحكمين إلى إيجاد عامل مشترك لحسم النزاع أم لم يتوصلا له، فإنه يجب عليهما أن يقدما تقريرا إلى القاضي الذي عينهما خلال أجل مدته شهرين كاملين من تاريخ تعيينهما على أن يشتمل على النتائج التي جمعاها وعلى اقتراحاتهما لحسن الخلاف[2]. وعلى الحكمين القيام بإجراء تحقيق نزيه في الموضوع وتحديد الناشز أو المتخلي عن واجباته، وتحديد الضرر والمتسبب به إن وجد وإن وجدت صعوبات فعليهما أن يطلعا القاضي بما يعترض مهمتهما من إشكالات أثناء تنفيذهم للمهمة حسب م 474 ق إ م إ، أما إذا عجز الحكمان عن إجراء الصلح فإن القاضي يقوم بإنهاء مهامهما تلقائيا ويعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة حسب م 449 ق إ م إ.

الفرع الرابع: صيغة حكم الطلاق وطرق الطعن

أولا: طبيعة حكم الطلاق

لكي نعرف طبيعة الحكم المثبت للطلاق لابد أولا أن نتطرق إلى أنواع الأحكام القضائية التي تنقسم إلى:

[1] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 216.

[2] المرجع السابق، ص 226 و227.

الحكم الكاشف أو المقرر: هو الذي يصدر مقررا ومؤكدا لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل دون أن يتضمن إلزام أحد الخصمين بأداء معين، لذلك فإن الحكم المقرر لا يرمي إلا لتأكيد رابطة قانونية معينة وبصورة تحقق الحماية القانونية الكاملة[1].

أحكام منشئة: هي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو انتهاء مركز قانوني قائم وبصدور الحكم يتم إنشاء رابطة جديدة، فيتحقق بصدور كامل الحماية القانونية[2].

أحكام الإلزام: هي الأحكام التي يرد فيها التأكد عن حق الإلزام، أي على حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال، ولا يحقق الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى نقده[3].

ونستخلص من كل ما سبق أن القضاء الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية بواسطة الطلاق هو قضاء أو حكم كاشف بحيث يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج فالحكم هنا لم يأتي بشيء جديد، إنما كشف عن حكم الطلاق الذي صدر بإرادة الزوج المنفردة «لا يثبت الطلاق إلا بحكم.....» يتبين أن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية وما الحكم إلا كاشف عن نفس النية أو الرغبة.

ثانيا: طرق الطعن

قبل التطرق إلى الطعن في أحكام الطلاق يتطرق أولا إلى التعرف على طرق الطعن العادية والطرق غير العادية.

وتعرف طرق الطعن على أنها الوسائل القضائية التي ينظمها القانون لمراقبة صحة الأحكام ومراقبتها وهي تهدف إلى كشف أخطاء الحكم المطعون فيه سواء تعلقت بالقانون الموضوعي أو الإجراءات. وعرفت أيضا على أنها الوسائل القانونية التي أتاح المشرع من خلالها ضمن أجال زمنية

[1] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص154.

[2] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص176.

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص154.

من النظام العام للمحكوم عليه من إعادة النظر في الحكم الصادر ضده سواء بتقديم الطلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو جهة قضائية من درجة أعلى. والعلة في تقرير الطعن في الأحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه، فقد يخطئ القاضي أو هيئة المحكمة في حكمها مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق.

وقد عالج ق إ م إ طرق الطعن في الأحكام القضائية من المادة 313 إلى397 وحدد طرق الطعن العادية في المادة 313 (المعارضة والاستئناف) وطرق الطعن الغير عادية هي (الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر).

1. طرق الطعن العادية:

المعارضة: هي إحدى الطرق العادية التي يمارسها الخصم المتغيب تمس الحكم أو القرار الغيابي للنظر في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الغيابي الصادر إما عن محكمة أو مجلس قضائي بناء على نص المادة 327 ق إ م، باستثناء قرارات المحكمة العليا التي لا تقبل فيها المعارضة حسب نص م379 ق إ م إ[1]. ترفع المعارضة بعريضة تودع لدى أمانة الضبط، بنفس الأشكال التي قررها المشرع لعريضة افتتاح الدعوى، مرفقة بنسخة من الحكم المعارض فيه تحت طائلة البطلان للمادة 328 ق إ م.

الاستئناف: هو آخر طريق من طرق الطعن العادية، يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، يتم مباشرته أمام الدرجة الثانية من درجات التقاضي أي أمام المجلس القضائي الواقعة في دائرة اختصاصه المحكمة المصدرة للحكم المراد استئنافه، مبينا عدم رضاه بما حكمت به المحكمة طالبا إعادة النظر فيه من جميع جوانبه الموضوعية والقانونية وهذا تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين إلا ما استثناه بنص صريح وهذا ما كرسته المادة 332 ق إ م إ[2] .

[1] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق. ص246.

[2] محمد ملاحي، مرجع سابق، ص 80.

وبالرجوع إلى المادة 57 ق أ "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" وفي المادة 433 ق إ م إ "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف"، ولقد جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2012/06/14 ملف رقم 692661 (م.م.ع، 2012، عدد1، ص318) على: "إن حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف، حتى في جوانبه المادية. غير أنه يجوز الطعن بالنقض في حكم الطلاق بالتراضي"[1].

2. طرق الطعن الغير عادية:

الطعن بالنقض: يكون أمام المحكمة العليا من أجل تقرير المبادئ القانونية السليمة ومراقبة مدى تطبيق القانون[2] ونص على الطعن بالنقض المواد 348 إلى 379 والمواد 557 إلى 583 ق إ م إ.

الاعتراض الخارج عن الخصومة: يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر ألاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 380 ق إ م إ. وبناء على نص م381 ق أ م إ: "يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة".

التماس إعادة النظر: يهدف إلى مراجعة الأمر ألاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي فيه وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون حسب م 390 ق إ م إ ومنح اختصاص النظر في الطعن بالالتماس لنفس الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه[3]. ونصت المادة 391 ق أ م إ على أنه: «لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر إلا ممن كان طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر وتم استدعاؤه قانونا».

وبعد التعرف على طرق الطعن يمكن القول أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائيا ونهائيا ما عدا في جوانبها المادية التي تصدر ابتدائيا فقط وبالتالي يمكن الطعن فيها بجميع طرق الطعن وفقا لنص م 57 ق أ.

---

[1] العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، مرجع سابق، ص304.

[2] المرجع السابق، ص172.

[3] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص283.

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق قبل الدخول في الزواج الغير الموثق

هي نفسها إجراءات رفع دعوى الطلاق في الزواج الموثق مع زيادة إجراء وحيد وهو تسجيل عقد الزواج العرفي أو الزواج الغير موثق. ولدراسة هذا المطلب علينا أن نقسمه إلى فرعين، في الفرع الأول سنتناول فيه تعريف الزواج الغير موثق وطرق إثباته، أما في الفرع الثاني سنتناول فيه الإجراءات.

الفرع الأول: تعريف الزواج الغير موثق وطرق إثباته

أولا: تعريف الزواج الغير موثق والزواج العرفي

لقد عرفه الفقهاء بأنه زواج غير مسجل سواء على يد مأذون شرعي في محكمة الأحوال الشخصية أو في الشهر العقاري[1] ، أو هو الزواج الذي لم يسجل في المحكمة الشرعية ولم يجر على يد مأذون ولم تصدر فيه وثيقة زواج[2]. ويفهم من هذه التعاريف أن عقد الزواج الغير موثق هو عقد بين رجل وامرأة دون أن يتم توثيقه وتسجيله لدى الموظف المؤهل قانونا لذلك. وتجدر الإشارة أن هذا الزواج له تسميات متعددة فقد يكون دون شهود ويسمى زواج السر وقد يقصد منه التمتع ويسمى بزواج المتعة وقد يكون دون صداق ويسمى نكاح الشغار وقد يكون مكتمل الأركان والشروط ويسمى بالزواج العرفي وهذا الأخير هو موضوع دراستنا وسنقوم بتعريفه ثم نتطرق إلى حكمه.

1. تعريف العرف: لغة هو من عرف العرفان أي العلم ورجل عروف وعروفة، يعرف الأمور وعريف القوم سيدهم وعرف بذنبه عرفا، واعتراف والمعروف ضد المنكر[3]. وفي الاصطلاح عرفه عبد الوهاب خلاف بقوله: "هو ما تعارف الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك"[4].

2. تعريف الزواج العرفي: عرفه يوسف القرضاوي بأنه: زواج مستكمل الأركان والشروط وكل ما في الأمر أنه غير موثق، فالزواج العرفي هو زواج الرجل من امرأة بإيجاب وقبول وبشهادة الشهود وبرضا

[1] فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج الرسمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 17.

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس، بيروت، دت ، ص 175.

[3] كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، دار هومة، الجزائر، د.س.ن، ص 128.

[4] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط9، الكويت، 1970، ص 99.

الأولياء وبمهر بغية الاستقرار في الحياة الزوجية وإنجاب الأولاد. كما عرفه حسن حسن منصور بأنه: " عقد زواج صحيح لا غبار عليه، ولكن أفرغ في ورقة عرفية ولم يتدخل الموظف العام المختص في تحريرها "[1]. ومنه نستنتج أن الزواج العرفي هو زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية للزواج من رضا وولي الزوجة وشهود والإعلان وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله واصطلح عليه بالزواج العرفي لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس مند عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

3. حكم الزواج العرفي: الأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية فإنه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواء للزوج والزوجة والأولاد، ولكن أجمع الفقهاء المعاصرون على أنه زواج مكروه كراهة اجتماعية وقانونية و قد علل الفقهاء حكمهم هذا بالحجج والأدلة التالية[2]:

- أن الزواج العرفي عرضة للإنكار ويؤدي إلى ضياع حقوق الزوجة.
- أن فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، وطاعته واجبة، فيما ليس بمعصية ويحقق مصلحة للعباد لقوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ** ". ومادام ولي الأمر قد أمر بتوثيق عقد الزواج حرصا على الحقوق وحماية لجميع الأفراد وصيانة للذمم التي ذب فيها الفساد، فلا بد أن يلتزم الأفراد بتوثيق عقود زواجهم وإلا كان امتناعهم إثما كبيرا وكبيرة من الكبائر.

الفرع الثاني: طرق إثبات الزواج الغير موثق

الإثبات هو إقامة الحجة أو الدليل أمام القاضي بإتباع طرق وإجراءات حددها الشرع والقانون على وجود أو صحة واقعة متنازع فيها، وعندما يكون الزواج هو الواقعة المتنازع حولها فالقانون ومعه الشرع قد أجازوا ثلاث طرق لإثباتها، وهي الإقرار والبينة واليمين.

[1] كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص 129.

[2] المرجع السابق، ص 131.

أولا: الإقرار

1. تعريفه[1]: لغة هو من القر وهو البرد، والقرور من النساء التي تقر به والقرار مستقر الماء في الروضة. والإقرار ضد الجحود وذلك أنه إذا أقر بحق فقد أقره قراره. واصطلاحا: عرفه وهبة الزحيلي بأنه إخبار عن ثبوت حق الغير عن نفسه.

كما عرفه أحمد عبد الرزاق السنهوري بأنه: اعتراف شخص بحق عليه سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد . كما عرفته المادة 341 ق م ج بأنه: " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "[2].

والإقرار بالزوجية: هو اعتراف كل من الزوجين بأنه زوج للآخر.

2. ألفاظه:

الإقرار إما يكون باللفظ الصريح كأن يقول رجل على امرأة بأنها زوجته فتقر المرأة بذلك أو إذا ادعت المرأة بأنه زوجها فأقر لها بذلك، وإما يكون باللفظ الضمني وهو الإقرار بلفظ يدل على الالتزام بالشيء ضمنيا أو دلالة، كأن تقول المرأة لزوجها طلقني أو اخلعني بمال فهذا إقرار منها بالنكاح لأنها طلبت منه مالا يصح شرعا إلا بعد صحة النكاح، فيكون ذلك منها بمنزلة الإقرار بالنكاح وهذا لأن الطلاق للإطلاق عن قيد النكاح فكأنها قالت: أطلقني عن قيد النكاح الذي لك علي[3].

3. شروطه[4]:

- الأهلية والعقل: فلا يصح إقرار المجنون والصبي، ولا يصح إقرار المحجور عليه يصح الإقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه.
- الطوعية والاختيار: فلا يصح إقرار المكره وكذا السكران والسبب بيناه في شروط المطلق.

---

[1] كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص 266 و267.

[2] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3] عبد الكريم زيدان، ج7، مرجع سابق، ص 332 و333.

[4] كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص 269 إلى 271.

- عدم التهمة وسلامة الحواس: يشترط ألا يكون المقر متهما في إقراره، فإن اتهم في إقراره كأن أراد ملاطفة امرأة لا تحل له بطل إقراره، كما يشترط أن يكون الإقرار بالتلفظ أما إذا كان المقر أخرس فيكون إقراره بالإشارة.
- أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية، وأن يكون محل الإقرار لا يكذبه الواقع، كأن تقر امرأة بأنها زوجة لرجل توفي قبل أن تولد.
- أن يكون غير مخالف للنظام والآداب العامة، كإقرار الرجل بأن هذه المرأة خليلته فلا يثبت زواجه بهذا الإقرار كما لا يثبت نسب الولد الناتج عنه.
- أن يكون الإقرار أمام مجلس القضاء حسب م 431 ق.م.ج، فإن كان أمام جهة رسمية كالموثق فإنه لا يعتد بهذا الإقرار.

موقف المشرع الجزائري: من خلال تقصي جل قرارات المحكمة العليا وجدنا أنها لا تعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج غير الموثق، ولعل السبب يعود لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته لاسيما فيما يتعلق بآثاره الخطيرة والتي لا تتوقف عند أحد الزوجين بل تتعداهما إلى النسل الناتج عنهما، كما أنه لو اكتفى القضاء بإثبات الزواج بإقرار الزوجين فإن هذا لا يؤدي إلى ذيوعه وشيوعه، ويحول دون تحقيق القاضي من توافر أركان الزواج ومدى إشهاره وإعلانه[1].

ثانيا: البينة

1. تعريفها[2]: لغة: من البيان وهو ما يبين الشيء من الدلالة وغيرها. واصطلاحا هي: الحجة والدليل والبرهان سواء كانت منفردة أو مجملة. أما قانونا فنجد أن المشرع الجزائري لم يعرف البينة، غير أنه من تقصي النصوص القانونية نصل أنه يقصد بها الشهادة، حيث نضمها في الفصل الثاني بعنوان الإثبات بالشهود في الباب السادس من ق م ج.

ويمكن تعريفها بأنها أقوال شهود معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عينوه أو سمعوه من وقائع.

[1] كريمة محروق،عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص273.

[2] المرجع السابق، ص275 و276.

2. أنواعها[1]: والبينة نوعان بينة خطية قد تكون رسمية أو عرفية وبينة شخصية. فالبينة الخطية الرسمية هي الوثائق والشهادات المحررة لدى موظف رسمي مختص ومؤهل لذلك كوثيقة الزواج الرسمية، أما البينة الخطية العرفية فهي ورقة عرفية يحررها الأطراف ويوقعان عليها دون تسجيلها لدى موظف رسمي مختص. أما البينة الشخصية فيقصد بها الشهادة وهي أنواع ، الشهادة المباشرة (أي أن حدوثها تم تحت سمعه وبصره وتسمى بالشهادة من الدرجة الأولى)، والسماعية (هي أن يدلي الشاهد بما نقله عن شخص آخر يكون قد عاين الواقعة المشهود بها والمراد إثباتها، تسمى بالشهادة على الشهادة)، والشهادة بالتسامع (هي التي تنصب على الرأي الشائع في جماهير الناس عن هذه الواقعة)، والشهادة بالشهرة العامة (هي ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي هو الموثق تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة)، وشهادة الأبداد (وتسمى شهادة المتفرقين، وهو ألا يجتمع الشهود على شهادة المتناكحين والولي إذا عقدوا النكاح وتفرقوا ويقول كل واحد لصاحبه أشهد من لقيت ويشترط أن يكون شاهدان على الزواج وشاهدان على الولي وبها قال الملكية).

3. شروطها[2]:

- أن يكون كامل الأهلية أي بلوغ سن 19 سنة ووفقا للمادة 33 ق ح م ج : " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغين 19سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم..."[3].
- يشترط في الشاهدين أن يكونا ذكرين أو ذكر وأنثيين، ذلك أنه لا تقبل شهادة شاهد واحد ولا تجوز شهادة امرأتين لإثبات عقد الزواج، ودليل ذلك قوله تعالى: "**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**"[4]، وهذا أيضا ما قررته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، ومنها القرار الذي جاء فيه: (من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها

---

[1] كريمة محروق،عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص276 إلى 278.

[2] سيد علي محمدي، إشكالات إثبات الزواج العرفي وانحلاله، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية–، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2016/2015، ص17 و18.

[3] الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

[4] سورة البقرة، الآية: 282.

أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أي حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة في فهم أنواع الشهادات في الفقه، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).

- الإسلام: لقوله تعالى: " **لَا يَتَّخِذِ المُؤمِنُونَ الكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ المُؤمِنِينَ** "[1].
فطبقا لهذه الآية لا تجوز شهادة الكافر على المسلم.
- يشترط في الشاهد أن يكون عدلا غير متّهم والعدل هو من يقوم بالفرائض والواجبات والسنن ويجتنب المحرمات من كبائر وصغائر، لأنها لا تثبت ولا تقبل شهادتهم، لقوله تعالى: " وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ".
- عدم التهمة[2]: والتهمة هي أن يجلب الشاهد إلى المشهود له نفعا أو يدفع عنه ضررا.

ومن خلال استقرائنا للمادة 64 ق إ م نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز شهادة الأقارب دون الأبناء لانتفاء التهمة، وهذا الاتجاه أكدته المحكمة العليا في قرار لها 1998/03/17 ملف رقم 188707 : من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق.

4. شروط ترجع إلى الشهادة[3]:

لفظ الشهادة: يتعين على الشاهد لفظ الشهادة فيصرح أشهد أنه أقر بكذا أو نحوه، ولو قال أتيقن أو أعرف لم يعتد بها، لأن الشهادة من مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها لأن فيها معنى لا يحصل في ذلك من غيرها وهذا ما أجمع عليه الفقهاء.

موافقة الشهادة: للدعوى فإن خالفتها لا تقبل الشهادة.

---

[1] سورة آل عمران، الآية: 28.

[2] كريمة محروق، مرجع سابق، ص283 و284.

[3] المرجع نفسه، ص284 و285.

مكان أداء الشهادة: أمام المحكمة أو مجلس القضاء.

5. حكم الرجوع في الشهادة[1]:

حسب الشريعة الإسلامية يجوز للشاهد الرجوع عن شهادته، ورجوعه صحيح بشرط أن يكون في مجلس القضاء، وتبرير ذلك بالرجوع إلى ما أدلى به إن كان كذبا هو عودة إلى الحق، وإذا رجع الشاهد عن شهادته في مسألة الزواج العرفي فنميز بين حالتين: الأولى: إذا كان رجوع الشاهد عن شهادته قبل صدور الحكم بتثبيت الزواج العرفي يستبعد القاضي شهادته ولا يقضي بها لبطلانها بتراجعه، ويمكن تصحيح الوضع على مستوى درجات التقاضي الأخرى. والثاني:إذا كان الرجوع بعد صدور الحكم النهائي فإن موقف المحكمة العليا استقر على أنحكم القاضي بإثبات واقعة الزواج لحجة مؤقتة، على خلاف بقية الأحكام التي لها حجية مؤقتة وذلك من خلال قرارها المؤرخ في 1998/12/15 الذي جاء فيه: حيث أن إثبات واقعة الزواج ليس لها حجية الشيء المقضي فيه حسب مفهوم المادة 338 ق م، باعتبار واقعة الزواج العرفي لها حجية مؤقتة.

ثالثا: اليمين

1. تعريفه: اليمين قسم أو حلف بالله وأسماءه ولا يجوز بسواها، يلتزم بأدائها المدعى عليه متى طلبها المدعي ويترتب عليها ثبوت الحق في ذمته إن حلفها.

2. إثبات الزواج باليمين في القانون: إن موقف القضاء حيال اليمين هو عدم اعتباره وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي[2]، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وتوافر عناصره وفقا للشريعة الإسلامية.وهو الأمر الذي استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/09/22 ملف رقم 204254 الذي جاء فيه: " حيث إذا كان إثبات الزواج بعد موت أحدهما تصبح الدعوى قضية مدنية في

[1] سيد علي محمدي، مرجع سابق، ص21.

[2] كريمة محروق،عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص299.

خصوص الإرث والصداق وفقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة " لا نكاح بعد موت " وبالتالي تقبل فيها سماع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شاهد ويمين..."[1].

3. حكم اليمين الكاذبة: إذا حلف المدعى عليه وكان كاذبا في حلفه، فقد ارتكب إثما كبيرا والحلف الكاذب من الكبائر لأن الله تعالى وعد فاعله بالعذاب الأليم، لقوله تعالى: "**الذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولئكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ القِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ** "[2]. كما رتب القانون على من يؤدي اليمين الكاذبة عقوبة جزائية بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار جزائري وهذا ما نصت عليه المادة 240 ق ع ج[3].

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق في الزواج الغير موثق

الزواج العرفي هو الزواج الذي يكون مستوفي كل الأركان والشروط المنصوص عليها في م 9 و9 مكرر ق أ ج، إلا أنه اختل فيه عنصر التسجيل ولإتمام هذا العنصر يستوجب إثبات الزواج وذلك بإتباع إجراءات التسجيل الزواج العرفي وهو بحد ذاته ينقسم إلى قسمين: أولا في حالة عدم وجود نزاع وثانيا في حالة وجود نزاع ثم نتعرض إلى حالة اقتران دعوى إثبات الزواج بدعوى الطلاق العرفي وهذا ما سنتعرض إليه في هذا الفرع.

أولا: إجراءات تسجيل الزواج العرفي في حالة عدم وجود نزاع:

1. إجراءات تسجيل الزواج العرفي في حالة عدم وجود نزاع داخل التراب الوطني:

لتقديم الطلب: يقوم أحد الزوجين بتقديم طلب إلى وكيل الجمهورية التابع للمحكمة التي أبرم الزواج الغير موثق في دائرة اختصاصها الإقليمي مرفقا بالإثباتات، ويتم هذا الطلب عن طريق تقديم عريضة مكتوبة على ورقة عادية متضمنة لجميع البيانات التالية: شهادة ميلاد الزوجين، شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية، شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين، شهادة طبية بحمل أو عدم حمل الزوجة، نسخة

[1] كريمة محروق،عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص300.

[2] سورة آل عمران، الآية: 77.

[3] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

من بطاقة الحالة المدنية للزوجين، إحضار شاهدين بالعين عاقلين ممن حضروا مجلس العقد أو حفل الزفاف وتحرر شهادتهما في محضر رسمي.

يقوم وكيل الجمهورية بإعداد عريضة مرفقة بالوثائق المذكورة أعلاه، تقدم إلى رئيس المحكمة يلتمس فيها بإصدار أمر تسجيل الزواج[1].

إجراءات تحقيق واقعة الزواج: ويتم هذا الإجراء من طرف القاضي لأنه الشخص المكلف بالتحقيق، ويتم ذلك عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توافر كافة الشروط والأركان وسماع الشهود ثم يقوم القاضي بإصدار حكم إثبات عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية. يرسل وكيل الدولة منطوق هذا الحكم مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية التي أبرم فيها عقد الزواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص لتدوين عقود الزواج في تاريخ إبرام الزواج فعليا وليس من تاريخ صدور الحكم[2].

ونصت المادة 41(القانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014) ق ح م على: " يرسل وكيل الجمهورية فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات الحالة المدنية للسنة الجارية وكذا على الجداول إلى: رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المكان الذي سجلت فيه العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيها. وكتابة ضبط الجهة القضائية التي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات". كما نصت المادة 42 من ق ح م إلى الإشارة بصفة ملخصة إلى الحكم في هامش السجلات وفي محل تاريخ العقد.

إلا أن الأمر الصادر بتسجيل الزواج أمرا غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف ولكنه قابل للمراجعة أمام نفس القاضي إذا وقع فيه خطأ[3].

2. إجراءات سجل الزواج العرفي المبرم في حالة عدم وجود نزاع خارج التراب الوطني:

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص166.

[2] المرجع السابق، ص 166.

[3] مريم عماري، الزواج العرفي في التشريع، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولجاج البويرة، في القانون الخاص فرع قانون أسرة، 2012، 2013 ص، ص65-66.

فيما يخص الإجراءات الواجب اتخاذها لتسجيل الزواج العرفي الذي أبرم خارج الوطن بين جزائريين أو جزائريين وأجانب ولم يتم تسجيلها لدى الجهات الرسمية سنتناول الجهة المختصة قضائيا ثم الإجراءات المتبعة لتسجيل هذا الزواج.

الجهة المختصة: رئيس محكمة مدينة الجزائر هو المختص قضائيا في النظر لطلبات إثبات عقود الزواج وهذا ما جاءت به م 99 ق ح م « إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فإنه إما يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو يتم استصدار حكم من رئيس أي محكمة عبر التراب الوطني يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية بناء على طلب المعني مباشرة أو عبر المركز الدبلوماسي أو القنصلي ».

الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي: تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية لدى محكمة الجزائر العاصمة مرفق ببعض الوثائق منها: شهادتي ميلاد الزوجين، وشهادة شاهدين بالغين ممن حضر مجلس العقد.

ثم يأتي دور وكيل الجمهورية إذ يقوم بإعداد عريضة يقدمها إلى نفس رئيس المحكمة وهذا الأخير يقوم بإجراء التحقيقات اللازمة حول واقعة الزواج، ويتم ذلك عن طريق سماع الزوجين والتأكد من توفر جميع أركان وشروط الزواج، سماع الشهود والولي وبعدها يقرر إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدينة بالقنصلية أو بالسفارة الجزائرية، كما يقوم وكيل الجمهورية بنفس المحكمة بإرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية، وهذا ما أكدته المادة 60 ق ح م والتي نصت « إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام»[1].

ثانيا: إجراءات تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه

[1] مريم عمارى، المرجع السابق، ص66.

إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج بين زوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا وقانونا، والأخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه وصحته فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة.

1. الجهة المختصة قضائيا: بالرجوع إلى قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية فإن الزواج عبارة عن واقعة مادية وفي حالة إنكارها من أحد الطرفين فما على الطرف الأخر إلا رفع دعوى إثبات عقد الزواج بكل طرق الإثبات أمام قسم شؤون الأسرة لدى المحكمة المنعقدة في دائرة اختصاصها عقد الزواج العرفي.

2. الإجراءات المتبعة لتسجيل الزواج العرفي: يرفع طلب إثبات عقد الزواج العرفي في حالة النزاع على شكل عريضة أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة وذلك بإيداع عريضة مكتوبة من أحد الزوجين أو وكيله، مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط بالمحكمة وإما بحضور أحد الزوجين، وفي هذه الحالة يقوم كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط بتحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر أنه لا يستطيع التوقيع م12 ق.إ م[1]. وتتضمن العريضة البيانات التالية: اسم ولقب المدعي وموطنه، اسم من يمثله ووظيفته وصفته وموطنه، اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته وموطنه وذكر وقائع الدعوى وطلبات المدعي أسانيده وتوقيعه أو وكيله، ذكر تاريخ تقديم العريضة وهو تاريخ إيداعها في قلم وكتابة الضبط وقيدها. وبعدها يقوم كاتب الضبط بتقييد العريضة حالا في سجل خاص حسب الترتيب الوارد مع بيان أسماء الأطراف، رقم القضية، تاريخ الجلسة، ويقدم للأطراف وصلا بدفع مصاريف الدعوى م12 ق إ م. بعدها يتم تبليغ العريضة للمدعى عليه من طرف المحضر القضائي بواسطة التكليف بالحضور م 26 ق إ م[2].

والمشرع الجزائري لم يقم بتحديد ميعاد لرفع دعوى إثبات الزواج أي أنه يجوز رفعها في أي وقت على اعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما أيضا.

[1] الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966/06/08.

[2] كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص328.

3. إجراء تحقيق حول واقعة الزواج العرفي: بعد تبليغ الأطراف يقوم القاضي بسماع أقوال الخصوم أو محاميهم حضوريا والشهود وولي الزوجة. فيبدأ القاضي في التحقيق في مكتبه بمساعدة أمين الضبط فيقوم أولا بالتأكد من هوية الخصوم وولي الزوجة والشهود من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم ودرجة القرابة بينهم، ثم يقوم بسماع الشهود كل على حدا مع توجيه اليمين القانونية ثم يكتب كاتب الضبط محضرا بذلك ثم يستفسر عن واقعة الزواج بكل تفاصيلها (من تولى عقد القران، التاريخ، مقدار المهر المقدم،...)، ثم يوقع الشاهد والقاضي وأمين الضبط على محضر التحقيق وبعد انتهاء ذلك يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى. ثم يقوم قاضي الأحوال الشخصية بتقدير الأدلة وله السلطة في الأخذ بها أم رفضها حسب قناعته الشخصية[1].

4. الحكم القاضي بتثبيت الزواج: بعد قبول الدعوى شكلا وموضوعا يصدر قاضي الأحوال الشخصية حكم بإشهاد على عقد الزواج الغير موثق أو حكم برفض التثبيت.

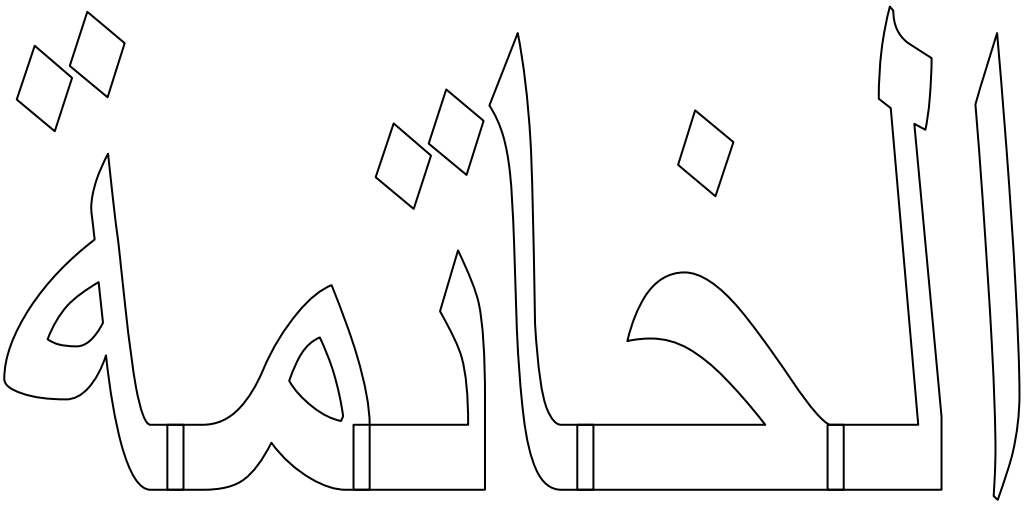
إن طبيعة الحكم المثبت لواقعة الزواج العرفي ليس له حجية الشيء المقتضي فيه حسب مفهوم المادة 338 ق م، باعتبار أن واقعة الزواج لها حجة مؤقتة يمكن إثباتها متى توفرت الأدلة الكافية.

ثالثا: اقتران دعوى إثبات الزواج العرفي بدعوى الطلاق

ذهبت المحكمة العليا في قرار لها أنه يجوز أن يحكم بالطلاق العرفي في نفس الحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون[2].

[1] كريمة محروق،عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، مرجع سابق، ص 329.

[2] المرجع السابق، ص330.


الخاتمة

بعد دراستنا لهذا الموضوع، سنستخلص النتائج التالية:

- تطرق المشرع الجزائري في المادة 16 من ق أ إلى أن الزوجة المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر وتستحقه كاملا بالدخول الحقيقي، وهو ما يتماشى مع الشريعة الإسلامية.
- لم يتطرق المشرع الجزائري لأحكام الطلاق قبل الدخول فيما يخص متعة ورجعة وعدة المطلقة قبل الدخول، لذلك وحسب المادة 222 من ق أ ج فهي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية. فحسب أراء فقهاء الشريعة الإسلامية تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول بينما لا عدة ولا رجعة ولا ميراث لها.
- حسب الاجتهاد القضائي تعتبر الخلوة كالدخول الحقيقي بالنسب للأحكام والآثار المترتبة عن الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة وبالتالي تستحق المرأة المطلقة قبل الدخول المهر كاملا وتثبت لها العدة.
- يعتبر الصلح إجراء جوهري وأساسي في قضايا الطلاق، والتحكيم مبدأ استثنائي يأخذ به القاضي في حالة فشل إجراء الصلح.

من خلال النتائج المتوصل إليها نوصي بمايلي:

- على المشرع الجزائري الإحاطة أكثر بموضوع الطلاق قبل الدخول وذلك بسن مواد يبين من خلالها مختلف الأحكام والآثار المترتبة عنه.
- نوصي بوضع مادة قانونية تمنع إبرام العقد الشرعي إلا بناءا على وثيقة العقد الرسمي

وترتيب جزاء على من يخالفها.

- تعديل المادة 16 ق أ بحيث على المشرع أن يبين من خلالها هل الخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي في ثبوت كامل الصداق.

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: القوانين

1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 05-2005 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

2) الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966/06/08.

3) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

4) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

6) القانون رقم 70-03 المؤرخ في 5 فبراير 2004 المتضمن مدونة الأسرة، المعدل بالقانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103-10-1 المؤرخ في 16 يوليو 2010.

7) القانون رقم 56-13 المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المنقح بالقانون عدد 74-1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993.

8) القانون رقم 01-052 المؤرخ بتاريخ 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية.

9) القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

10) قانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963، يحدد سن الزواج الأدنى، جريدة رسمية، عدد 44، صادر في 1963/07/02.

ثالثا: الكتب

1) ابن أبي شيبة محمد بن ابراهيم، المصنف، ط1، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 2008.

2) ابن منظور، لسان العرب، ج 3.

3) ابن منظور محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، لسان العرب، ج 10، ط1، بيروت.

4) أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة والقانون-بحث مقارن، ط 1، دار المعارف، مصر، 1967.

5) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق والخلع، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

6) الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، ج 1، ط1، دار ابن حزم.

7) الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
8) البخاري محمد بن اسماعيل، ط1، دار ابن كثير، بيروت، 2002.
9) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2، دار التأليف، مصر، 1961.
10) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)، ج 1، دار النهضة العربية، بيروت.
11) بلغيث عمارة، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم، الجزائر، 2002.
12) الجزيري عبد الرحمن، الفقه في المذاهب الأربعة، ج4.
13) جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016.
14) حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت.
15) عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
16) عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018.

17) عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

18) عبد الرزاق يعقوبي، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة، الجزائر، 2018.
19) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء(الزواج)، ط1، دار الفكر العربي، 1984.

20) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، الجزائر، 1980.

21) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.
22) عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011.

23) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 7، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
24) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 8، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
25) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط9، الكويت، 1970.
26) عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، 2011.

27) العربي بلحاج، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلق عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، الجزائر، 2018.

28) العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة وأربعين سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

29) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج، ج 1، ط 7، د م ج، الجزائر.
30) علي بودفع، يقين المسلم في الميراث والزواج والمثلية الجنسية وقضايا المرأة، دار الهدى، الجزائر، 2020.

31) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس، بيروت
32) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج 1، ط 3، د م ج، قسنطينة، 2015.
33) فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج الرسمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

34) فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات أمين، الجزائر، 2015.
35) فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهادات المحكمة العليا، مطبعة الطالب، الجزائر، 2008/2007.
36) كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، ط1، منشورات ألفا للوثائق، 2019.
37) كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، دار هومة، الجزائر.
38) كشاف القناع في متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997.
39) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
40) محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
41) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري أبو الحسين (صحيح مسلم)، المجلد الرابع.
42) ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
43) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، د ط، دار الفكر العربي، لبنان، 1992.

رابعا: المعاجم اللغوية

1) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط.
2) أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 2.
3) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
4) المعجم الأوسط للطبراني

خامسا: المحاضرات

1) هنان مليكة، محاضرات في مقياس أحكام الطلاق في التشريع الإسلامي، المركز الجامعي نور البشير البيض، معهد الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020.

سادسا: المذكرات الجامعية:

(أطروحة دكتوراه)

1) آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.

2) شفيقة حابت، طرق الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، 2018.

3) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006/2005.

(مذكرة ماجستير)

1) آمال لوشن، الأحكام المختصة بالمرأة دون الرجل في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة -1- بكلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2016.

2) سمية بوحادة، الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية-أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014.

3) ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية-غزة، كلية الشريعة والقانون قسم القضاء الشرعي، 2010.

4) محمد ملاحي، دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-01-، كلية الحقوق، 2016/2015.

5) نازك سالم محمد حنني، أحكام الطلاق قبل الدخول، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا قسم الفقه والتشريع، 2011.

(مذكرة ماستر)

1) ابتسام محاتفي، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف–المسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017.

2) سيد علي محمدي، إشكالات إثبات الزواج العرفي وانحلاله، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية–، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2016/2015، ص17 و18.

3) عريبي فراح، طرق انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس– مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2019.

4) فتيحة بوصبيع ونسرين مسيل، الطلاق قبل الدخول بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماستر، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج –البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2019.

5) مريم عماري، الزواج العرفي في التشريع، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولجاح البويرة، في القانون الخاص فرع قانون أسرة، 2012، 2013.

سابعا: المجلات القضائية

- المجلة القضائية، عدد 2، 1996.
- المجلة القضائية، عدد 3، 1992.
- المجلة القضائية، عدد 1، 1989.
- المجلة القضائية، عدد 1، 1993.
- المجلة القضائية، عدد 4، 1990.
- المجلة القضائية، عدد 1، 2009.
- المجلة القضائية، عدد 4، 1993.
- المجلة القضائية، عدد 2، 2010.
- المجلة القضائية، 2001.

الفهرس

مقدمة.....1

الفصل الأول: الأحكام العامة للطلاق.....6

المبحث الأول: الطلاق وأنواعه.....6

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأركانه.....6

الفرع الأول: تعريف الطلاق.....6

الفرع الثاني: حكم الطلاق.....9

الفرع الثالث: مشروعية الطلاق.....13

الفرع الرابع: الحكمة من المشروعية.....15

الفرع الخامس: أركان الطلاق.....16

المطلب الثاني: أنواع الطلاق.....24

الفرع الأول: الطلاق من حيث اللفظ.....24

الفرع الثاني: الطلاق من حيث الأثر.....26

الفرع الثالث: الطلاق من حيث الصفة.....28

الفرع الرابع : الطلاق من حيث وقت وقوعه.....30

المطلب الثالث: تمييز الطلاق عن أنواع الفرقة الأخرى 31

الفرع الأول: الفرق بين الطلاق والفسخ.....32

الفرع الثاني: الفرق بين الطلاق والتطليق.....33

الفرع الثالث: الفرق بين الطلاق والخلع.....34

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق قبل الدخول وأنواع الفرقة 35

المطلب الأول: مفهوم الطلاق قبل الدخول وحكمه.....35

الفرع الأول: تعريف الطلاق قبل الدخول 35

الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية الطلاق قبل الدخول.....36

الفرع الثالث: حكم الطلاق قبل الدخول.....38

المطلب الثاني: أنواع التفرقة قبل الدخول.....39

الفرع الأول: التفرقة من قبل الزوجة.....39

الفرع الثاني: التفرقة من قبل القاضي..... 44

الفرع الثالث: التفرقة من قبل الشرع.....51

الفصل الثاني: أحكام الطلاق قبل الدخول وإجراءات رفع الدعوى.....55

المبحث الأول: أحكام الطلاق قبل الدخول وآثار الخلوة الصحيحة.....55

المطلب الأول: أحكام الطلاق قبل الدخول.....55

الفرع الأول: مهر المطلقة قبل الدخول.....56

الفرع الثاني: متعة المطلقة قبل الدخول..... 58

الفرع الثالث: عدة المطلقة قبل الدخول.....63

الفرع الرابع: رجعة المطلقة قبل الدخول..... 64

الفرع الخامس: ميراث المطلقة قبل الدخول..... 65

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الخلوة الصحيحة.....67

الفرع الأول: الخلوة وتمييزها عن الدخول.....68

الفرع الثاني: آثار الخلوة الصحيحة على المهر.....71

الفرع الثالث: آثار الخلوة الصحيحة على العدة.....72

الفرع الرابع: آثار الخلوة الصحيحة على الميراث..... 73

الفرع الخامس: آثار الخلوة الصحيحة على المتعة 73

الفرع السادس: آثار الخلوة الصحيحة على الرجعة.....74

المبحث الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق.....75

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الطلاق قبل الدخول في الزواج الموثق.....75

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص.....75

الفرع الثاني: أداة رفع الدعوى إلى المحكمة..... 79

الفرع الثالث: إجراءات الصلح والتحكيم.....81

الفرع الرابع: صيغة حكم الطلاق وطرق الطعن.....84

المطلب الثاني: إجراءات رفع الدعوى الطلاق قبل الدخول في الزواج الغير موثق.....88

الفرع الأول: تعريف الزواج الغير موثق وطرق إثباته 88

الفرع الثاني: طرق إثبات الزواج الغير موثق.....89

الفرع الثالث: إجراءات رفع دعوة الطلاق في الزواج الغير موثق.....95

الخاتمة.....100

قائمة المراجع والمصادر.....101

الفهرس.....107

الملخص

تمحور موضوع بحثنا محل الدراسة حول "الطلاق قبل الدخول" بحيث تطرقنا إلى الأحكام العامة للطلاق في الفصل الأول وتناولنا فيه مفهوم الطلاق من تعريف ومشروعية وحكم وأركان الطلاق وأنواعه وفرقنا بين الطلاق وغيره من أنواع التفرقة الأخرى (خلع، فسخ، تطليق) وهذا ما جاء به المبحث الأول، ثم تناولنا مفهوم الطلاق قبل الدخول من تعريف ومشروعية وحكم وأنواع الفرقة قبل الدخول وهو ما جاء به المبحث الثاني. ثم تطرقنا إلى أحكام الطلاق قبل الدخول وإجراءات رفع الدعوى في الفصل الثاني وتناولنا فيه حكم الطلاق قبل الدخول على المهر والمتعة والعدة والرجعة وعلى الميراث ثم بينا أثر الخلوة الصحيحة عليهم في المبحث الأول، ثم تناولنا إجراءات رفع الدعوى في الزواج الموثق وغير الموثق من تحديد شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص وأداة رفع الدعوى وإجراء الصلح والتحكيم وصيغة الحكم وطرق الطعن وطرق إثبات الزواج العرفي وإجراءات تسجيله في المبحث الثاني. بحيث قمنا بشرح كل جزء بدقة حتى يتسنى للقارئ الاستفادة من هذا الموضوع، بفهمه ومعرفة رأي الشرع والقانون حوله.

Abstract :

The topic of our research under study centered on « divorce before entering » so that we touched on the general provisions of divorce in the first chapter and dealt with the concept of divorce from the definition, legality, ruling and pillars of divorce and its types.

The first topic brought it, then we dealt with the concept of divorce before entering from the definition, legality, judgment and types of division before entering which is what the second topic brovisions of divorce before entering and the procedures for filing a lawsuit in the second chapter, in which we dealt with the ruling on divorce before entering into the dowry, the pleasure, the waiting period, the return, and the inheritance.

The case, the rules of jurisdiction, the tool arbitration procedure, the judgment formmula, the methods of appeal, the methods of proving customary marriage and the procedures for registering it in the second topic therefore we have explained each part carefully so that the reader can benefit from this topic, by understanding it and knowing the opinion of Sharia and the law about it.

Résumé :

Le thème de notre recherche a été «Le divorce avant l'entrée», où nous avons abordé les dispositions générales du divorce dans le premier chapitre, où nous avons abordé la notion de divorce, la définition et la légalité du divorce, les conditions et les types de divorce, et la distinction entre le divorce et les autres formes de séparation (déchéance, dissolution, divorce). Nous avons ensuite abordé les dispositions relatives au divorce avant l'entrée et la procédure d'action en justice au chapitre II, où nous avons abordé la question du divorce avant l'entrée dans la dot, le plaisir, le retour et l'héritage, puis nous avons expliqué l'effet de la succession correcte sur eux dans le premier article, puis nous avons abordé la procédure d'action dans le mariage authentifié et non authentifié, la détermination des conditions d'admission, les règles de compétence, l'instrument de poursuite, la procédure de conciliation, l'arbitrage, la formule du jugement, les voies de recours, les moyens de preuve du mariage coutumier et les procédures d'enregistrement dans le deuxième article. Nous avons donc expliqué chaque section avec précision de sorte que le lecteur puisse bénéficier du sujet, comprendre le droit et la situation dans le projet.