

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص : أحوال شخصية.

بـعـنـوان:

الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

المشرف : الأستاذ الدكتور بودفع علي.
المشرف المساعد: الأستاذة حاجي كريمة.

من إعداد الطالب(ة) : بودخانة زينب

لجنة المناقشة :

1/ رواق أمال رئيسا

2/ بودفع علي مشرفا ومقررا

3/ حاجي كريمة مشرفا مساعدا

4/ بن عجمية ميلود مناقشا

دورة جوان 2013

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال تعالى :

" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح

بإحسان "

سورة البقرة الآية 229.

شكر :

أشكر الله العلي القدير الذي وفقني لإنجاز هذا العمل كما أتقدم بشكري إلى

أستاذي المشرف بودفع علي والأستاذة المساعدة حاجي كريمة اللذان أفاداني بنصائحهما

القيمة وتوجيهاتهما السديدة فلهما فائق الامتنان والتقدير.

إهداء:

إلى أبي وأمي، أخي أيمن و جميع إخوتي.....

إلى صديقتي ياسمينه بوسنة وكل صديقاتي

وإلى كل من أعانني من قريب أو بعيد

إلى أعزائي وأحبتي.....

مقدمة

مقدمة :

حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على رعاية الرابطة الزوجية، و الحفاظ عليها و الانتفاع بثمراتها بصفة دائمة و مؤبدة، فالرابطة الزوجية هي سنة من سنن الله عز وجل في خلقه، فهي طريقة و كيفية إصطفاها المولى العلي القدير للتكاثر، و التوالد و عمارة الأرض بعد أن هيا كلا الزوجين لأداء دورهما لبلورة الهدف المرجو. و لم يشأ الله سبحانه و تعالى أن يجعل الإنسان كغيره من باقي الكائنات الأخرى كالحيوان و النبات، فيترك غرائزه و شهواته دون ضوابط و لا إدراك، و يترك الاتصال محرما من أي حد بل أنجز لذلك نظاما ملائما يحفظ العرض و يصون الكرامة و الشرف، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيا على الإيجاب و القبول و على الإشهاد، و في ذلك حماية للمرأة و صونا للنسل من الضياع و الهلاك، و هو النظام الذي ارتضاه سبحانه و تعالى و أبقى عليه الإسلام و داس ما سواه.

و إذ خص الله سبحانه و تعالى الزواج برعاية فائقة فذلك من أجل عديد الفوائد و القيم للبشرية جمعاء فلم يترك أبديا لأنه قد يعرف الفشل و لا يحقق أهدافه المرجوة، لذلك شرع الطلاق الذي يعد البديل الأقوم و المنصف لإنهاء أية رابطة زوجية، فهو بذلك تغيير لما حصل قبله في شريعة حمورابي (2000ق.م) فكان من حق الزوج أن

يطلق

زوجته لعقمها، و للمرأة أن تسترد جهازها، كما أن للزوجة حق الطلاق و لكنه كان محصورا في نطاق ضيق.

كما أن قدماء اليونان عرفوا نظام الطلاق كوسيلة لإنهاء عقد الزواج حيث كانت المرأة عندهم تباع و تشتري، إذ يصبح الرجل مالكا لها له أن يعاقبها بالضرب أو بالحبس و كان للزوج حق تطليق زوجته و بالرغم من هذا الحق المطلق ثبت أن الطلاق كان نادر الوقوع.

أو ما يحدث عند المسيحية الكاثوليكية التي تحرم الطلاق تحريما باتا مهما كان السبب و حتى الخيانة الزوجية نفسها، إذ و في هذه الحالة يؤمر بالتفرق الجسدي بين الزوجين مع إعتبار الزوجة قائمة، أما الأرثوذكسية و البروتستانت فيبيحون الطلاق في بعض الحالات أهمها الخيانة الزوجية و لكنهما يحرمان على الرجل و المرأة أن يتزوجا بعد ذلك.

و لقد كان وجود الطلاق عند العرب في الجاهلية من الأمور الواضحة، و كان الطلاق أمرا سهلا يوقعه الرجل لأتفه الأسباب، إنتقاما منها فكان يطلق المرأة متى شاء و يراجعها متى شاء، و إن كانت في عدتها و حتى و لو طلقها مائة مرة. حتى جاء الجواب الشافي و الكافي في القرآن الكريم : " الطلاق مرتان فإمساك بمعرف أو تسريح بإحسان" سورة البقرة 229.

ومن أجل ذلك جاءت الشريعة الإسلامية مؤكدة على وجود الطلاق و لكن راعته

بشروط و آثار على النحو الذي يحفظ كلا الزوجين الكرامة و الشرف.

و الطلاق أو ما يسمى بفك الرابطة الزوجية يحمل من حيث الشرع و القانون عدة صور، تتمثل أساسا في الطلاق بفعل الزوج و الطلاق بالتراضي و التطليق و الخلع، على ذلك فإن عنوان مذكرتي سيكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

و من ذلك فإن الزوج ليس رابطا أبديا يمكن حله بالطلاق و على ذلك فالسؤال

المطروح : ما هي حدود سلطة الزوج في فك الرابطة الزوجية؟ فهل يملك إيقاع الطلاق

على إطلاقه؟ و ما هو موقف المشرع الجزائري من الطلاق؟ و إلى أي مدى ساير رأي

الفقهاء في ذلك؟ فهل وفق فيما ذهب إليه؟ و ما هي الآثار المترتبة على الطلاق بإرادة

الزوج المنفردة؟

أهمية الموضوع :

تكمُن أهمية البحث في موضوع : " الطلاق بإرادة الزوج المنفردة" في أن :

للمحافظة على كيان الأسرة يقتضي معالجة هذه الصورة من صور الطلاق لأن

الأسرة و بناء البيت المسلم هي بداية لخطوة عظيمة للمحافظة على هذا الميثاق

الغليظ :

" و أخذنا منكم ميثاقا غليظا" سورة النساء 21، و التي من خلال هذه الخلية

يمكن زرع الخير و الصلاح داخل المجتمع.

- كما أنه يكمن كنز البيت في المرأة الصالحة أفضل مما يكتنزه من الذهب و

الفضة و أن سعادته تبني عليها، حتى أن الإسلام رفع من قيمة المرأة باعتبارها

زوجة و جعل قيامها بحقوق الزوجية جهادا في سبيل الله، و في المقابل على

الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف و يحسن إليها و يعطف عليها حتى تتحقق

المودة و الرحمة بينهما و بالرغم من ذلك فقد تعترض هذه العلاقة مشاكل تحول

دون تحقيق الهدف المرجو ، لذلك شرع المولى عز و جل الطلاق لفك الرابطة

المقدسة حتى يحفظ لكلا الزوجين كرامتهما و هذه هي الغاية من تشريع الطلاق

الذي جاءت به الشريعة الإسلامية.

أسباب اختيار الموضوع :

يرجع اختياري للموضوع لعدة أسباب، يمكن إجمالها فيما يلي:

- أنه من الموضوعات الأكثر شيوعاً في المجتمعات حيث عرفت انتشاراً واسعاً في هذه الحقبة من الزمن فهو موضوع العصر، الأمر الذي صار يهدد كيان الأسرة و ما ينشأ عنه من فك الروابط الأسرية، و على الرغم من أن الطلاق هو فك و حل الرابطة الزوجية و ليست الأسرية إلا أنه من الناحية الواقعية يحدث العكس حيث ينجر عنه فك أسرو عائلات خصوصاً و أن المتضرر الأول و دائماً من فك هذه العلاقة المقدسة هم الأولاد و ما يصيبهم من تشرد و نقص الرعاية و الاهتمام حيث ينصب إهتمام كلا من الزوجين و عائلاتهم على المشاكل القائمة بينهم و يغفلون و يسهون عن المتضرر الأول و هم الأولاد و هذا هو السبب الأساسي و الرئيسي لاختياري لهذا الموضوع، و تفسيراً لميولي الشخصي لمثل هذه الموضوعات.

- تكميل ما وصل إليه السابقون و ما قاموا به من دراسات في هذا الموضوع ووضع الحدود المفاهيمية للطلاق و الحاجة العملية لمثل هذه الدراسات و التي تتضمنها مسيرة البحوث الأكاديمية في المجال الفقهي و القانوني في الوقت الراهن.

المنهج المتبع :

للإجابة على التساؤلات و كذا الوصول إلى نتائج مقبولة و معقولة ينبغي اتباع منهج من شأنه تحقيق هذا الغرض، و على ذلك فقد اخترت المنهج الاستقرائي الذي يقوم على أساس تتبع الجزئيات المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل و تفصيل كل ما يتعلق بالموضوع و من هنا فإن المنهج المتبع هو الاستقرائي التحليلي.

و سيتم تناول الموضوع وفقا للخطة التالية :

مقدمة : ويتم فيها عرض مختلف جوانب الموضوع و بيان أهمية أهداف الدراسة و الإشكالية المطروحة و المنهجية المتبعة.

و قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث :

المبحث التمهيدي : و يحمل عنوان ماهية الطلاق و يضم مطلبين :

المطلب الأول : و يتم من خلاله تناول مفهوم الطلاق من حيث تعريفه و بيان خصائصه و مشروعيته.

و المطلب الثاني : يتناول أقسام الطلاق و شروطه.

المبحث الأول : و يحمل عنوان حدود سلطة الزوج في فك الرابطة الزوجية و يضم مطلبين :

المطلب الأول : و يتناول أساس الطلاق بإرادة الزوج و مبرراته و طبيعته.

المطلب الثاني : نتحدث فيه عن الطلاق التعسفي.

المبحث الثاني : يحمل عنوان الآثار المترتبة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

و يضم ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : يتناول التعويض عن الطلاق التعسفي و متعة الطلاق.

المطلب الثاني : يعالج العدة و الحضانة.

المطلب الثالث : يتناول النزاع حول متاع البيت و النفقة.

و خاتمة بمثابة خلاصة للبحث و يتم فيها الإجابة عن الإشكالية المطروحة و أهم

النتائج المتوصل إليها و بعض التوصيات المهمة بخصوص هذا الموضوع.

الخطوة :

مقدمة:

المبحث التمهيدي: ماهية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

الفرع الأول: تعريف الطلاق وخصائصه.

أولا: تعريف الطلاق.

ثانيا: خصائصه.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وصفته الشرعية.

أولا: مشروعية الطلاق.

ثانيا: صفته الشرعية.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.

الفرع الأول: أقسام الطلاق.

أولا: أقسام الطلاق من حيث شرعيته .

ثانيا: أقسام الطلاق من حيث أثره.

الفرع الثاني: شروطه.

أولا: شروط المطلق.

ثانيا: شروط المطلقة.

ثالثا: شروط الصيغة.

المبحث الأول: حدود سلطة الزوج في فك الرابطة الزوجية.

المطلب الأول: أساس الطلاق بإرادة الزوج ومبرراته وطبيعته.

الفرع الأول: أساس الطلاق بإرادة الزوج.

الفرع الثاني: مبرراته.

أولا: عدم الكفاءة الجنسية.

ثانيا: فقدان العذرية .

ثالثا: النشوز .

الفرع الثالث: طبيعته.

المطلب الثاني: الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي وطبيعته.

أولا: تعريف الطلاق التعسفي.

ثانيا: طبيعته.

الفرع الثاني: صورته.

أولا: طلاق المريض مرض الموت.

ثانيا: طلاق المرتد.

ثالثا: الطلاق بدون سبب.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق.

الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي.

أولا: تعريف التعويض وطبيعته.

ثانيا: شروطه.

ثالثا: تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها في حالة التعسف.

الفرع الثاني: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

أولا: تعريف المتعة وحكمها.

ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض.

ثالثا: موقف القضاء الجزائري من المسألة.

المطلب الثاني: العدة والحضانة.

الفرع الأول: العدة.

أولا: تعريف العدة وسبب وجوبها.

ثانيا: أنواع العدة وتحولاتها.

ثالثا: بداية العدة ونهايتها.

الفرع الثاني: الحضانة.

أولا :تعريف الحضانة وشروطها .

ثانيا :ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

ثالثا :سقوط الحضانة وعودتها.

رابعا :مدة الحضانة ومسكنها.

المطلب الثالث :النزاع حول متاع البيت والنفقة.

الفرع الأول :النزاع حول متاع البيت.

أولا :تعريف متاع البيت.

ثانيا :الإشكالات القانونية التي تنثيرها مادة 73 من قانون الأسرة الجزائري.

ثالثا :حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع.

الفرع الثاني :النفقة.

أولا :نفقة العدة.

ثانيا: نفقة المتعة.

خاتمة .

المبحث التمهيدي

المبحث التمهيدي :

ماهية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :

تمهيد :

إن الله سبحانه و تعالى لم يترك الإنسان تطغوا عليه غرائزه كباقي الكائنات الأخرى، لذلك جعل العلاقة بين الرجل و المرأة تقوم على رباط متين و مقدس، إلا أن هذه الرابطة المقدسة ليست أبدية يمكن حلها بالطلاق، و اعتبارا لما تقدم فإن ما يهمنا في هذا المقام هو إطار البحث و تحديد نطاقه لذلك ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

المطلب الثاني : أقسام الطلاق و شروطه.

المطلب الأول : مفهوم الطلاق

الفرع الأول : تعريف الطلاق و خصائصه

أولا : تعريف الطلاق

1- تعريف الطلاق في اللغة :

الطلاق في اللغة يدل على الحل و الانحلال، يقال أُطلقت الأسير، إذا حلت إسارة و خيات عنه فانطلق ، أي ذهب إلى سبيله، و من هنا قيل : أُطلقت القول : إذا أرسلته من غير قيد و لا شرط و أُطلقت الناقة من عقالها، و ناقة طلق بضم تين بلا قيد، و ناقة طالق أيضا مرسلة ترعى حيث شاءت و قد طلقت طلوفا من باب قعد إذا انحل وثاقها.(1) و عرف أيضا : الطلاق في اللغة يدل على الإرسال و رفع القيد و المفارقة.

يقال أطلق الأسير إذا أرسله و رفع قيده، و طلق بلده إذا فارقها و طلق زوجته أي فارقها و حل رباط الزوجية، و إن كان العرف يخص الطلاق برفع القيد المعنوي، و الإطلاق برفع القيد الحسي.(2)

(1) أحمد محمد علي داوود، القضايا و الأحكام في المحاكم الشرعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الجزء الأول، ص 477.

(2) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 471.

كما يعني أيضا : هو الترك و المفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها و فارقها⁽¹⁾. والطلاق و الإطلاق في اللغة معناها واحد هو رفع القيد مطلقا.⁽²⁾

2 - تعريف الطلاق في الفقه :

و الطلاق في عرف الفقهاء : رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية و الإشارة.

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

و يكون رفع قيد الزواج الصحيح في الحال بالطلاق البائن لأنه بحصوله يحرم على المطلق الاستمتاع بالمطلقة، و لا يكون له حق المراجعة و إعادتها إليه إلا برضاها وإذنها و بمهر و عقد جديدين، أما رفع القيد في المآل فيكون في الطلاق الرجعي، فإن الزوجية بعده تظل قائمة إلى إنقضاء العدة، فيحل لمن طلق رجعيًا أن يراجع مطلقته ويعيدها إلى عصمته و يتوقف ذلك على رضاها و دون احتياج إلى عقد و مهر جديدين.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، الجزء الأول، ص 207.

(2) فؤاد يوسف نهر، خليل أنطوان خليل، أحكام الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف، المنشورات الحقوقية صادر، 2002، ص 178.

أما بعد انقضاء عدة المطلقة رجعيًا دون مراجعة فيرتفع القيد و يصير الطلاق بائنًا.
و المراد باللفظ الصريح في الطلاق عدم احتمال غير الطلاق بحسب اللغة و العرف و به
يقع الطلاق من غير حاجة إلى نية و المراد باللفظ الكنائي أن يكون اللفظ محتملاً معنى
الطلاق و غيره و يترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحالات التي يفرق فيها
القاضي بين الزوجين.⁽¹⁾

و عرفه فقهاء الحنفية و الحنابلة بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق
من طلق، أو ما معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة، صادر من الزوج أو ممن يقوم
مقامه، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنًا أو في المآل إذا كان رجعيًا.
و عرفه فقهاء المالكية بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه موجباً تكرارها
مرتين زيادة على الأولى للتحريم.⁽²⁾

3 - تعريف الطلاق في القانون:

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

(1) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب
الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ص 302، 303.

(2) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية،
الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م، ص 172.

و استعمل المشرع كلمة "حل" التي تشمل طرق انحلال الزواج وصور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي أو بواسطة الحكم القضائي. وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 44 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقوله: "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي" ويقع الطلاق حسب المادة 46 من نفس القانون باللفظ المفهوم له وبالكتابة ويقع من العاجز عنها بإشارة المعلومة.⁽¹⁾

(1) بلحاج العري، الوجيز، مرجع سابق، ص 208.

ثانيا : خصائصه

الطلاق هو الطريق الطبيعي للفرقة بن الزوجين وهو طريق لا يسلك أو هذا ما ينبغي إلا لضرورة تبيح المحظور وتبرر المكروه.⁽¹⁾ وسوف نتعرض لخصائص الطلاق الإسلامي كما يلي :

1- الأصل في الطلاق المنع أو الإباحة :

أعلم أنهم اختلفوا في إيقاع الطلاق هل هو مباح أو محظور فبعضهم يقول بالأول مستدلا بقوله تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء " سورة البقرة 236 وقوله تعالى: "طلقوهن لعدتهن " سورة الطلاق 01 ولأنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها و وكذا الصحابة رضي الله تعالى عنهم فإن عمر رضي الله تعالى عنه طلق أم عاصم وابن عوف طلق تماضر والمغيرة بن شعبة طلق أربع نسوة والحسن بن علي رضي الله تعالى عنه إستكثر من النكاح والطلاق، وبعضهم يقول بالثاني وهو أن الأصل في المنع لا يباح إلا لحاجة كبرى و ربيية، فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة أخرى فمشروعيته من حيث أن فيه إزالة ملك الزواج عندما تكون هناك داعية إليه و حظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية وهذا القول الصحيح.⁽²⁾ ففي الطلاق كفران النعمة وقطع لهذه المودة والرحمة التي بها مصالح الدين والدنيا ولا تتنافى بين الحظر و المشروعية من جهتين كالصلاة في الأرض المغصوبة لكن جهة الخطر تندفع بالحاجة ككبر أو ربيية أو دمامة خلق او تنافر طباع بينهما أو إرادة تأديب أو عدم قدرة على القيام بحقوق النكاح ونحو ذلك .فالحاجة تتمخض جهة المشروعية وتزول جهة الحضر وبدونها تبقى الجهة الثانية لما فيها من كفران النعمة وإيذاء أهلها وأولاده منه بلا حاجة ولا سبب وإنما كان حلالا باعتبار إباحته في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة إليه ولا يمكن إثبات الإباحة مطلقا

(1)محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة ، دار المعرفة الجامعية، 2005،ص211.

(2) محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الشلبي الحقوقية، 2006، الجزء الأول، ص306.

لمناقضاته إثبات جهة الحظر إذ لا شك في انه بلا سبب أصلا ولا ينبغي الإقدام عليه وينسب فاعله للحمق لما فيه من كفران النعمة و الإيذاء المنهي عنه ولا يمكن أن يحصل طلاق النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله تعالى عنهم ولا يكون صادرا بلا سبب أصلا بأن يكون لغوا وعبثا بل لا بد من سبب معتبر شرعا كالأعذار المذكورة ونحوها.(1)

فالذي ينبغي التعويل عليه أن الشريعة الإسلامية لم تبح الطلاق في أي وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين ، إذا عرفت هذا تعلم أن ما يحصل من إيقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الإسلامية أو هو خروج عما تأمر به فالعيب كل العيب إنما هو على من يدعي أنه متبع للشريعة ولا يدري ما فيها أو يعلمه ولكن لا يعمل به والشريعة بريئة من التقصير و القصور و من أطلع على ما قاله العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر الرائق و الدر المختار أول كتاب الطلاق ظهر له جليا صحة ما قلناه. فالطلاق له محاسن كثيرة منها التخلص به من المكاره إذ لو فرض أنه لم يشرع و أن تزوج امرأة لا يباح لها تطبيقها أصلا و حصل من أحدهما ما ينفر به الآخر و ليست هناك طريقة للفرقة إلا الموت لربما يرتكب أسبابه ليتخلص من صاحبه و منها شرعه ثلاثا لأن النفس كذوبة ربما يظهر لها عدم الحاجة إلى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثا ليحرب نفسه أولا و ثانيا و منها جعله بيد الرجال دون النساء لأنهن يزعجن غالبا فيتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه كثيرا بخلاف الرجال.(2)

2- الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل :

الطلاق بصفة عامة قد يستوعب صوراً مختلفة من الفرقة لكنه في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج بالإرادة المنفردة و قد ذكر محمد بن عبد الرحمن من فقهاء القرن السادس الهجري في كتاب " محاسن الإسلام " إن المرأة سريعة الاغترار

(1) محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص306،307.

(2) المرجع نفسه، ص307،308.

لا روية لها في أمورها، فلو جعل الطلاق إليها لبادرت إلى التخليق عن كل قليل أو كثير فإن رغد عيشها بطرت و إن عسر أمرها ضجرت فمالت عنه فقلما يحصل الدوام على النكاح، فجعل الشرع الطلاق إلى الزوج ليتأمل و يتفكر و يستعمل عقله في هذا، هل الصلاح في المقام معها أو في مفارقتها فهذه حكمة بالغة و رحمة من الله تعالى سابغة.(1)

وهنا يتبادر إلى الأذهان سؤال كثير ما أثاره الذين لا يؤمنون بنظام الإسلام وعظمتهم و سمو حكمته وهو :لما جعل الطلاق بيد الرجل وحده بحيث يتحكم الرجل في بيت الحياة الزوجية متى شاء ؟وكثيرا ما يكون إثر خصام أو حالة من الغضب شديدة ؟ ولماذا لم يجعل للمرأة رأي في ذلك مادامت هي شريكة الرجل في حياته؟(2)

إن الاحتمالات العقلية في هذا الموضوع لا تخلو عن خمسة:

- 1-أن يجعل الطلاق بيد المرأة وحدها.
- 2-أن يجعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معا .
- 3-أن يجعل الطلاق عن طريق المحكمة.
- 4-أن يجعل الطلاق بين الرجل وحده.
- 5-أن يجعل الطلاق بيد الرجل وتعطي المرأة فرصا للطلاق إذا أساء الرجل استعمال حقه فلنناقش كل احتمال منها على حده.(3)

1-لا سبيل لإعطاء المرأة وحدها حق الطلاق لأن فيه خسارة مالية للرجل وزعزعة لكيان الأسرة والمرأة لا تخسر ما ماديا بالطلاق بل تربح مهرا جديدا وبيتا جديدا وعريسا

(1) محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 213.

(2) خالد عبد الرحمان العك، آداب الحياة الزوجية في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الثامنة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001، ص384.

(3) المرجع نفسه، ص384.

جديدا وإنما الذي يخسر هو الرجل الذي دفع المهر للمرأة ويقوم بنفقة البيت والأولاد وقد دفع نفقات العرس وثمان أثاث البيت فإذا أعطيت المرأة حق الطلاق بمجرد إرادتها سهل عليها أن توقعه متى اختصمت مع الزوج نكاية به ورغبة في تغريمه لاسيما وهي سريعة التأثر شديدة الغضب لا تبالي كثيرا بالنتائج وهي في ثورتها وغضبها ولنتصور رجلا اختلف مع زوجته فإذا هي تطلقه وتطرده من البيت وهو صاحبه والمنفق عليه.

2- وجعل الطلاق بيد الرجل والمرأة معا، أمر يكاد يكون من المستحيل إتفاقهم ا عليه إن الإسلام لا يمنع أن يتفاهم الرجل و المرأة على الطلاق و لكنه لا يعلق صحته على إتفاقهما معا، إذ ماذا يكون الحال فيما لو أصبحت حياة الرجل مع امرأته شقاء ليس بعده شقاء و أراد أن توافقه على طلب الطلاق فأبت؟ و كثير من النساء في مثل هذه الحالة يفضلن عذاب الرجل و تعاسته على راحتته و خلاصه، ثم إن المرأة لم تنفق شيئا على البيت و لا دفعت مالا للرجل فلماذا تربط إرادته بإرادتها في إنهاء الحياة الزوجية؟ وكيف يجبره على أن يعيش مع امرأة كرهها ثم أثبت أن توافقه على طلاقها منه؟

3- و جعل الطلاق عن طريق المحكمة كما هو عند الغربيين و قد ثبت أضراره من جهة و عدم جدواه من جهة أخرى، أما أضراره فلما يقتضيه من فضح الأسرار الزوجية أمام المحكمة و المحامين عن الطرفين، و قد تكون هذه الأسرار مخزية من الخير لأصحابها سترها، و لنتصور رجلا اشتبه في سلوك زوجته و تقدم إلى المحكمة طالبا طلاقها لهذا السبب، كم تكون الفضائح في هذا الموضوع؟ و كم يكون مدى انتشارها بين الأقارب و الأصدقاء و الجيران و الصحف التي تتخذ من مثل هذه القضايا مادة للزواج؟(1)

(1) خالد عبد الرحمن العك، مرجع سابق، ص 384، 385.

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

و أبشع من ذلك أن المحاكم في بعض البلاد الغربية لا تحكم بالطلاق إلا إذا ثبت زنى الزوج أو الزوجة، و كثيرا ما يتوطأن فيما بينهما على الرمي بهذه التهمة ليفترقان و قد يلفقان شهادات و وقائع لإثبات الزنا حتى تحكم المحكمة بالطلاق، فأى الحالتين أكرم و أحسن و أليق بالكرامة؟ أن يتم الطلاق دون فضائح أم ألا يتم إلا بعد الفضائح؟

4- و جعل الطلاق بيد الرجل لوحده و هو الطبيعي و المنسجم مع واجباته المالية نحو زوجته و بيته فمادام الذي يدفع المهر و نفقات العرس و الزوجية كان من حقه أن ينهي الحياة الزوجية إذا رضي بتحمل الخسارة المالية و المعنوية الناشئتين عن رغبة في الطلاق. و الرجل في الأعم الغالب أضبط أعصابا و أكثر تقديرا للنتائج في ساعات الغضب و الثورة و هو لا يقدم على الطلاق إلا عن يأس من إمكان سعادته الزوجية مع زوجته و مع علم ما يجره الطلاق عليه من خسارة و ما يقتضيه الزواج الجديد من نفقات، فقل أن يتقدم عليه إلا وهو على علم تام بالمسئولية و على يأس تام من العيش على زوجته.

لذلك نجد أن إعطاء الرجل وحده حق الطلاق الطبيعي و المنسجم مع قاعدة " الغرم بالغنم". (1)

(1) خالد عبد الرحمان العك، مرجع سابق، ص 385، 386.

3-الأصل في الطلاق المتتابع :

الأصل في الطلاق المتتابع و التعدد و لا يقصد التعدد في الألفاظ و إنما التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع و لا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ يقول : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" سورة البقرة 229.

و في قوله تعالى : " الطلاق مرتان" تأويلان :

الأول أنه بيان بعدد الطلاق و تقديره بالثلاث و أن الزوج يملك الرجعة في الاثنتين و لا يملكها في الثالثة و هو قول قتادة و عروة.

و التأويل الثاني: و هو الأرجح لدينا، أنه بيان لسنة الطلاق و أنه موجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعددا في أزمنة محددة فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد و لا يجمع أكثر من طلاق في طهر واحد.⁽¹⁾

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

أ - طلاق السنة مجمع على وقوعه.

ب طلاق مالا سنة فيه و لا بدعة مجمع على وقوعه.

ج- طلاق البدعة : فطلاق البدعة محرم ديانة و يأثم لإيقاعه عند الجميع و اختلفوا في

وقوعه قضاء إلى رأيين :

(1) محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 216.

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

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

و الرأي عندي أن القول بعدم وقوع الطلاق ديانة و قضاء يتفق مع القول بأن الأصل في الطلاق الحظر و يفرض قيودا شرعية على حق الطلاق و يلبي مقاصد الشريعة في النظام الأسري و في كل الأحوال يبدوا واضحا موقف الشريعة الإسلامية من تحريم الطلاق غير المتعدد أو المخالف للسنة التي توجب تفريق الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاثة أطهار. (1)

و في قوله تعالى : " فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان " سورة البقرة 229 تأويلان أيضا:

(1) محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 217، 218.

الأول: أن الإمساك بالمعروف ، الرجعة بعد الثانية و التسريح بال'حسان الطلقة الثالثة و هو قول عطاء و مجاهد.

و التأويل الثاني : أن الإمساك بالمعروف، الرجعة بعد الثانية و أن التسريح بالإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها. (1)

(1) محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 216.

الفرع الثاني : مشروعية الطلاق و صفته الشرعية

أولا : مشروعية الطلاق

الكتاب و السنة و الإجماع هي الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية و لا بد بمشروعية لأي فعل إنساني أن يكون له سند في واحد من هذه الأدلة.

و الأصل في مشروعية الطلاق الكتاب و السنة و الإجماع.

1- القرآن الكريم:

يقول الله تعالى في سورة الطلاق : " يا أيها النبي إن طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " سورة الطلاق الآية 01 ، و هذا و إن كان خطابا للنبي صلى الله عليه و سلم إلا أنه حكم عام فيه و في أمته، فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

و يقول تعالى في سورة البقرة : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"سورة البقرة 229، و هذه الآية الكريمة تنظيم للطلاق، من ناحية عدده و أن ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات، و أحكام الرجعة و متى تجوز و هذا التنظيم القرآني للطلاق دليل مشروعيته.

و قال تعالى : " و لا جناح عليكم إن طلقتم النساء " سورة البقرة الآية 236، و هي آية سورة البقرة تنفي الجناح و الإثم في فعل الطلاق، إذا تم بحدوده الشرعية عددا و هيئة و وقتا.(1)

(1) محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977م، ص 27.

2- في السنة النبوية :

روى حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال : " قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " يقول أحدكم لامرأته قد طلقته قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها" و هذا التنظيم من رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم دليل مشروعية طلاق المسلمين.

و روى محارب بن دثار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق". و الحديث يشير إلى أن الطلاق مشروع و لكنه مشروع لدواعيه و أسبابه. و روى أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق". و روى عنه صلى الله عليه و سلم أنه طلق حفصة ثم راجعها و ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه و سلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام.(1)

و من الحديث أيضا أن ابن عمر كانت تحتها امرأة و كان يحبها، و كان عمر يكرهها فقال له عمر طلقها فأبى عبد الله بن عمر فأتى النبي صلى الله عليه و سلم فذكر له ذلك فقال له النبي صلى الله عليه و سلم " طلقها".(2)

كما طلق زوجاته الأربعة المغيرة بن شعبة، و طلق عمر بن الخطاب أم عاصم و طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر زوجته، و لم ينكر على أحد منهم فرد من الصحابة ، و روي أيضا أن عبد الله بن عمر طلق امرأته و هي حائض، فسأل عمر النبي صلى الله

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 30.

(2) طه طلال عبد العليم، فقه المرأة الميسر على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، ألفا للنشر و التوزيع، مصر، 2011، ص 187.

عليه و سلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم : " مره فليراجعها ثم ليطلقها إذا طهرت، أو و هي حامل".⁽¹⁾

3- الإجماع :

انعقد الإجماع عند عصر الرسول صلى الله عليه و سلم حتى يوم الناس هذا على جواز الطلاق و إجماع الأمة على حكم دليل شرعي تستمد الأحكام منها، و قد ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال : " لا تجتمع أمتي على ضلاله" فإجماعها على إباحة الطلاق دليل مشروعية، يضاف إلى ما جاء في القرآن الكريم و السنة النبوية.

و لم ينفرد الإسلام بإقرار الطلاق و إثبات مشروعيته، و لكنه نظمه و جعله نظاما إنسانيا يحقق مصالح الأسرة و لا يسلب المرأة حقوقها أو حرياتها.⁽²⁾

ثانيا : صفته الشرعية

يقصد بالوصف الشرعي للطلاق ما يثبت له شرعا من جهة كونه مطلوب فعله أو مطلوب تركه فإن كان مطلوب الفعل طلب غير جازم فهو المندوب و إن كان مطلوب الترك طلبا جازما فهو الحرام و إن كان مطلوب الترك طلبا غير جازم فهو المكروه. و الفقهاء متفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية، قال ابن عرفة : " و أعلم أن الطلاق من حيث هو جائز تعتريه الأحكام الأربعة من حرمة و كراهة و ووجوب و ندب".

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 30.

(2) المرجع نفسه ، ص 32.

1-الطلاق الواجب :

يكون الطلاق واجبا أي يَأْتُم الرجل بعدم إيقاعه في حالات كثيرة منها :

أ -في حالة الإيلاء : يرى الجمهور أن الزوج إذا أبى العودة إلى زوجته بعد مدة الإيلاء فيجب الطلاق في هذه الحالة. (1) لأنه إذا آل الزوج إلى زوجته و لم يفئ إليها قصد الإضرار بها.(2) أما الأحناف فإنهم يوقعون الفرقة بالإيلاء بمجرد انتهاء المدة.

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

ج -يكون الطلاق واجبا إذا عاد الزوج عن موضوعه بالنقض و ذلك إذا كان الزوج فاقدا للطاقة الجنسية لا يمكنه تحصين زوجته أو إعفاء امرأة لعدم قدرته على التلاقي، فالتفريق هنا واجب، قال تعالى : " و إن فترقا يغن الله كل من سعته".

و إنما يجب الطلاق في هذه الحالة دفعا للضرر يلحق بكلا الزوجين فعدم الطلاق يضر الرجل و المرأة على حد سواء و رفع الضرر واجب كما قال الرسول صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار". و هذا الحديث إخبار في اللفظ و لكنه نهي في المعنى، أي لا يضر بعضكم بعضا و النهي العاري من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام و حيث لا سبيل لترك هذا الحرام فيما نحن فيه إلا الطلاق يكون الطلاق واجبا. فإن ما لا ترك الحرام إلا به يكون واجبا فالطلاق واجب.(3)

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 32.

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

(3) محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 33.

2 - الطلاق المندوب :

و هو الذي يترجح فعله على تركه و لا إثم في تركه و صورته متعددة :

أ إذا فرطت الزوجة في حق من حقوق الله. (1) او نحو ذلك، قال ابن قدامة و مندوب إليه و هو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل : الصلاة و نحوها و لا يمكنه إجبارها عليها، أو تكون له امرأة غير عفيفة. (2)

ب إذا كانت المرأة سيئة الخلق تؤدي زوجها و أهله و جيرانها بالقول أو بالفعل.

ج إذا طال الشقاق بين الزوجين رغم عدم اليأس من إصلاحه، فالطلاق في هذه الحالة مندوب، إليه حتى يعود الهدوء إلى حياة الطرفين، و يرى البعض أن امتناع المرأة عن حدود الله يجعل الإقدام على طلاقها أقرب إلى الواجب. (3)

3 - الطلاق الحرام :

على معنى أنه طلاق يعاقب فاعله و يثاب تاركه و الطلاق الحرام هو الطلاق البدعي الذي تحدثنا عنه من قبل و أمثلته ما يلي :

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

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 33.

(2) طه طلال عبد العليم، مرجع سابق، ص 188.

(3) محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 33.

ب الطلاق في طهر جامعها فيه : للإشكال في أمرها بين الحمل و عدمه و ما يترتب عن ذلك في أحكام الطلاق في العدة.(1)

4- الطلاق المكروه:

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

و الرأي الذي عليه الجمهور أن هذا الطلاق مكروه خاصة و أن رأي أكثرية الفقهاء أن الإباحة لا تعتري الطلاق لأن الحظر الأصل فيه لأن الأحاديث التي تروى عن الرسول صلى الله عليه و سلم في شأن الدليل على الإباحة و ما نقل عن الصحابة من أخبار ليس فيها أن طلاق الرسول و أصحابه الكرام كانت لغير سبب أو دون حاجة بل إن مقام النبوة و علو شأن الصحابة يدعو إلى تنزيه أفعالهم من العبث أو أن تجيء لغير غاية أو دون سبب.(2)

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 33، 34.

(2) المرجع نفسه، ص35.

المطلب الثاني : أقسام الطلاق و شروطه

الفرع الأول : أقسام الطلاق

في هذا الفرع سوف نتحدث عن أقسام الطلاق بالنظر إلى إحرام الحدود الشرعية و الآثار المترتبة عنه كآتي :

أولا : أقسام الطلاق من حيث شرعيته : ينقسم الطلاق من حيث شرعيته إلى سني و بدعي:

1- الطلاق السني : هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع.⁽¹⁾ و هو أن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يمسه فيها، فإذا أراد المسلم أن يطلق زوجته لضرر لحق بأحدهما و كان لا يدفع إلا بالطلاق، انتظرها حتى تحيض و تطهر، فإذا طهرت لم يمسه ثم يطلقها طلقة واحدة كأن يقول مثلا : **إنك طالق**.⁽²⁾

2- الطلاق البدعي : و هو الطلاق المخالف للشرع.⁽³⁾ و هو أن يطلق الرجل زوجته وهي حائض أو نفساء أو في طهر قد مسها فيه أو يطلقها ثلاثا في كلمة واحدة أو ثلاث كلمات في الحال كأن يقول : **هي طالق، ثم طالق، ثم طالق**.⁽⁴⁾ و قد كان في عصر النبي صلى الله عليه و سلم و عهد الخليفة أبي بكر الصديق و فترة من إمرة الخليفة عمر يقع طلقة واحدة رجعية لصريح الآية : " الطلاق مرتان" سورة البقرة ، الآية 229. بيد أن الخليفة عمر في أواخر أيامه قال: " إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم" فأمضاه عليهم.

(1) الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر و التوزيع، باتنة، الجزائر، 2001م، ص45.

(2) أبو بكر جابر الجزائري، مناهج المسلم، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ص 422.

(3) الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 45.

(4) أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص 422.

هذا في المذهب الحنفي المطبق في لبنان، أما الشيعة فلا يعمل عندهم بالطلاق البدعي.⁽¹⁾

ثانيا : أقسام الطلاق من حيث أثره: و الطلاق بالنظر للآثار المترتبة عليه قسما هو الطلاق الرجعي و البائن.

1 - الطلاق الرجعي : هو الذي يرفع قيد الزواج الصحيح في المآل لا في الحال فتكون الزوجية قائمة بين الزوجين ما دامت المطلقة في العدة فيجوز للزوج أن يعيدها إلى عصمته و دون رضاها و من غير حاجة إلى مهر و عقد جديدين. ⁽²⁾ لقوله تعالى : " و بعولتهن أحق بردهن" - سورة البقرة، الآية 228 و قوله أيضا : " فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا" سورة البقرة، الآية 23 و في ذلك نصت المادة 50 من قانون الأسرة " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح فلا يحتاج إلى عقد جديد..." و بما ان المادة 49 من قانون الأسرة أكدت على أن " الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الإصلاح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر" فهذه المدة تتفق مع المدة التي تعتد فيها الزوجة.⁽³⁾

و يشترط لاعتبار الطلاق رجعيا أن يتلفظ به لأقل من ثلاث و أن يكون دون عوض و بعد الدخول.

و يترتب على الطلاق الرجعي نقص عدد الطلقات و تبقى الزوجية قائمة بين الزوجين و تبقى أيضا الحقوق و الموجبات قائمة بينهما باستثناء حق المعاشرة. فلم يستحق المهر و للمرأة حق النفقة و يبقى حق التوارث بين الزوجين ساري المفعول على ذلك حتى تنتهي

(1) أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية تشريعا و فقها و قضاء، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان 2007م، ص 243، 244.

(2) فؤاد يوسف نهرا، خليل انطوان، مرجع سابق، ص 180.

(3) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 99.

فترة العدة. أم إذا انتهت هذه الفترة دون أن يسترجع الزوج زوجته فيتحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن بما يرتبه من آثار قانونية و أهمها انقطاع العلاقة الزوجية.⁽¹⁾

2 -الطلاق البائن : هو الذي يرفع قيد الزواج في الحال.⁽²⁾ و يصير نهائيا فلا يستطيع الزوج بعده أن يعد المطلقة إلى الرابطة الزوجية إلا بعد عقد جديد مع توفر أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة و في ذلك تقرر المادة 50 في شقها الثاني بأن من راجع زوجته مع صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.⁽³⁾ و الطلاق البائن على نوعين :

أ -الطلاق البائن بينونة صغرى : و هو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها و بعد انتهاء عدتها، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد و مهر جديدين لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة و لذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد و مهر جديد أيضا و يكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى و الثانية فقط.

ب الطلاق البائن بينونة كبرى : و هو الطلاق الذي يكون فيه الزوج قد استنفد جميع الطلقات الثلاث أي يطلقها للمرة الثالثة فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده و يدخل بها فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول و انتهت عدتها جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد و مهر جديدين و ذلك لقوله تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله و تلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون". سورة البقرة 230. و هذا النوع يسمى الطلاق المكمل للثلاث.

(1) فؤاد يوسف نهرا، خليل أنطوان، مرجع سابق، ص 179.

(2) المرجع نفسه ، ص 180.

(3) الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص 100،99.

و قد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائنا أم لا؟ كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق بالثلاث أو أن تلفظ بالطلاق ثلاثة مرات، و رأى جمهور الفقهاء أنه بائن بينونة كبرى، أما الرأي الثاني فيرى بأنه لا يقع إلا طلقة واحدة مهما كان العدد و به أخذت أغلب التشريعات العربية. أما قانون الأسرة الجزائري فالنص غير واضح في الموضوع من خلال المادة 51 : .. لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء." و نرى أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة خصوصا و أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي و لا يثبت إلا من خلاله كما يمكن إقتراح تعديل النص بإضافة فقرة ثانية للمادة على النحو الآتي : " و لفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة".⁽¹⁾ و من آثار الطلاق البائن سقوط واجب المساكنة و التحصن و الطاعة و النفقة و التوارث كما يستحق مآخر المهر.⁽²⁾

الفرع الثاني : شروطه

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

(1) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 177، 178.

(2) فؤاد يوسف نهرا، خليل أنطوان، مرجع سابق، ص 180.

أولاً: شروط المطلق والشروط التي تشترط في المطلق هي :

1- أن يكون زوجاً بلوغاً : والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح وليس أي زوج بل الزوج البالغ.(1)

فلا يصح طلاق الصبي لا مباشرة ولا بتوكيل الغير. (2) فلو كان صبياً لم يبلغ وطلق فلا يعتد به شرعاً ولو كان الصبي قد بلغ سن التمييز لأن الطلاق لا يخلو من ضرب يلحق بالمطلق ولأن الطلاق من التصرفات التي يحتاج إلى الإدراك الكامل والعقل الوافر وهذا لا يتحقق في الصبي وإن كان عاقلاً تقرب هذه باللغو واللعب أما كون بعض الصبيان المراهقين له عقل جيد فلا يعتبر، لأن المدار على البلوغ فإنه لانضباطه يتعلق به الحكم وهذا البعض قليل الأحكام تدور على الكثير الغالب دون الحالات الضرورية وبهذا يبعد ما نقل عن غبن المسبب أن إذا عقل الصبي الطلاق.

جاز طلاقه وكذا أنقل عن ابن عمر والإمام أحمد مثل القول ولكن صاحب فتح القدير الحنفي تشكك في هذا القول وقال : والله أعلم بصحة هذا القول.(3)

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 50.

(2) منذر عبد العزيز الشمالي، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري، شركة الجلال للطباعة،

الإسكندرية، 2006م، ص 67

(3) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 31، 312.

2 - أن يكون عاقلاً : العقل آلة يعرف بها المرء الحق من الباطل والخطأ من الصواب و من الظلم أن يسأل من لا عقل له و من الغبن أن تصح تصرفات غير العقلاء و قد ذهب الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية و عديمها كلاهما لا يعتد بتصرفاته و بالتالي لا يصح طلاقه.(1)

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

ب - طلاق المعتوه : المعتوه كما يقول ابن عابدين هو شخص قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير لكن لا يضرب و لا يشتم بخلاف المجنون و أيضا لا يقع طلاق المعتوه فقها و لا قانونا لفساد العقل الذي هو مناط التكليف و مصدر صحة التصرفات و اعتبارها شرعا و الرأي عندي أن الجنون و العته حالتان مرضيتان لا تثبتان في حق أحد بغير رأي المختص و هم أهل الخبرة في هذا المجال فلا يثبت الجنون بحكم الرجل العادي فقد يدعي الشخص الجنون فيتخلص من المسؤولية عن أفعاله و تصرفاته و من بينها الطلاق فكل إنسان بلغ سن العقل طلاقه واقع نافذ حتى يثبت بالدليل القاطع أنه مجنون أو معتوه أما الصغر فهو واقعة مادية ظاهرة تثبت بواقعة الميلاد.(2)

ج طلاق السكران : السكران هو من لا يعرف المرأة من الرجل و لا السماء من الأرض و لو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي و قيل السكر

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص50،51.

(2) المرجع نفسه، ص52.

الذي يصح به التصرفات أن يصير بحال حيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستحسنه الناس و لكنه لا يعرف الرجل من المرأة. (1) و السكران أيضا هو الذي وصل إلى درجة الهذيان و خلط الكلام و لا يعي بعد إفاقته و ما صدر منه حال سكره، فلا يقع طلاقه باتفاق المذاهب إن سكر سكرًا غير حرام كأن شرب مسكرًا للضرورة أو للإكراه فيعذر لعدم إدراكه و الوعي لديه فهو كالنائم، أما السكران بطريق محرم و هو الغالب بأن يشرب الخمر عالما به مختارا لشربه فيقع طلاقه عند الجمهور. (2)

د طلاق المدهوش : هو الذي اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة مفاجئة. (3) و هو حالة من الانفعال المفاجئ تضرب فيه الأقوال و الأفعال و حكمه في الفقه الراجح عدم وقوع طلاقه و هو ما اختاره مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية. (4)

و طلاق الغضبان : فإن وصل به الغضب إلى درجة لا يدري فيها ما يقول و يفعل و ينسى ما فعله و لا يتذكره بعد ذهاب غضبه فلا يقع طلاقه لأنه في هذه مسلوب الإرادة و الإدراك، شديد الانفعال و الهيجان فهو أشد حالا من المجنون أو أعلى مرتبة منه و كذا إذا وصل به الغضب إلى حالة الهذيان، حتى غلب عليه الاضطراب و حال غضبه عن إدراكه ما يصدر منه لا يقع طلاقه لانعدام الإدراك منه. أما الغضب الخفيف الذي لم يصل بالشخص إلى الدرجة السابقة فلا يمنع وقوع الطلاق و قد قسم ابن القيم من الحنابلة الغضب إلى ثلاثة أقسام :

(1) معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، 2000م، الجزء الأول، ص216.

(2) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة القديمة – الجزائر، 2007م، ص219.

(3) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 313.

(4) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص53.

الأول : ما يزيل العقل و لا يشعر صاحبه بما قال و هذا لا يقع طلاقه بلا نزاع.

الثاني : ما يكون فيه مباديه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول و يقصده فهذا يقع أيضا.

و الثالث : أن يستحكم و يشتد به فلا يزيل عقله بالكلية و لكن يحول بينه و بين نية بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال فهذا محل نظر و عدم وقوع طلاقه في هذه الحالة في الأغلب هو القوي.⁽¹⁾

3 - أن يكون قاصدا مختارا :

و الشرط الثالث من شروط المطلق أن يكون لديه قصد و اختيار، و القصد في اللغة الموجب للفعل من غير إجبار، و هذا الشرط يقتضي عرض موقف الفقه من طلاق المكره و المخطئ و الهازل و السفیه و المريض.

أ طلاق المكره: فالأكره هو إلزام الغير بما يكرهه بالتوعيد فلا يلحق به موضوعا و لا حكما ما إذا وقع الفعل مخالفة لأضرار الغير به على أنه إذا كان الضرر المتوقع به مما يستحقه و المقصود بالضرر ما يعم الضرر الواقع على نفسه و عرضه و ماله و على بعض ما يتعلق به مما لا يتعارف تحمله لمثله تجنباً عن مثل ذلك العمل المكره يعتبر في حكم الإكراه عدم إمكان التقصي عنه بغير التورية.⁽²⁾ وقد ذهب جمهور الفقهاء على أن طلاق المكره لا يقع إلا إذا كان الإكراه شديداً و هذا عن الإكراه بغير حق أما

(1) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص314.

(2) منذر عبد العزيز الشمالي، مرجع سابق، ص63، 64.

الإكراه بحق كأن يجبره القاضي على الطلاق فيقع بالإجماع أما الأحناف فيرون وقوع

طلاق المكره رأي الجمهور هو الأقوى دليلاً و الأرجح منطقاً و قد اختار مشروع

القانون الجديد للأحوال الشخصية فنص المشروع على : " أن طلاق المكره لا يقع".⁽¹⁾

ب طلاق المخطئ : هو الذي أراد أن ينطق بكلام غير الطلاق فيجري على لسانه

الطلاق بغير قصد كأن يقصد القول لزوجته : " أنت لطيفة أو مهذبة " فيجري على لسانه

أنت طالق، فالجعفرية يذهبون لعدم وقوع طلاقه مطلقاً أما الحنفية فيقولون أنه لا يقع

طلاقه ديانة أي بينه و بين الله فيحل له البقاء مع زوجته و لكنه يقع قضاء. ⁽²⁾ وقد ذهب

جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع هذا الطلاق ديانة و قضاء.⁽³⁾

ج طلاق الهازل : الهازل يقصد اللفظ و لا يقصد النتيجة يقصد التلفظ بالطلاق و لا

يقصد وقوعه و قد اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل، فالهازل قصد اللفظ

الذي ربط به وقوع الطلاق فيقع الطلاق بوجوده مطلقاً فالهازل يقصد اللفظ و لا

يقصد الأثر المترتب عنه فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح

المنقول و صريح المعقول.

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 54.

(2) محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، 483، 484.

(3) محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 54.

د - طلاق السفية : السفه كما في موسوعة الفقه خفة في العقل تدعو إلى التصرف على غير العقل و الشرع و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفية لأنه مالك لمحل الطلاق و لأن السفه موجب للحجر على المال و هذا تصرف في النفس و هو غير متهم في حق نفسه فإن نشأ عن طلاق السفية آثار مالية كالمهر " تبع لا أصل" و السفية له أن يزوج نفسه فله أيضا أن يطلق من باب أولى.

ه - طلاق المريض مرض الموت: مرض الموت هو الذي يغلب على صاحبه الهلاك و تتمثل به واقعة الموت و قد رأى الفقهاء في مرض الموت حالة قد تؤثر على القصد و الاختيار و تثير التساؤل حول صحة بعض التصرفات خاصة طلاق المريض مرض الموت ، و الأصل أن طلاق المريض واقع و تصرفه صحيح سواء كان المرض عاديا أو مرض الموت.(1)

و طلاق الناسي و الساهي : و الناسي هو الذي يفعل الشيء غير متذكر له و لكنه إذا ذكر تذكر و الساهي هو الذي يفعل الشيء غير متذكر له و لكنه إذا ذكر لا يتذكره و صورة وقع طلاقهما على رأي الحنفية : أن يعلق طلاق امرأته على دخول الدار مثلا قد يدخلها ناسيا أنه قد سبق منه تعليق أو ساهيا عن التعليق.(2)

أما قانونا فإن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقا للمادة 222 قانون الأسرة الجزائري و يقرر الفقه المالكي

(1) محمد كمال إمام ،مرجع سابق ،ص 54،55.

(2) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص319.

هاهنا بأنه لا يقع طلاق الصبي و لا المجنون و من في حكمه و لا السكران الطافح و لا المكره و لا الغضبان و لا المخطئ و لا الساهي و لا الناسي إذا قامت قرينة تدل على ذلك على أنه إذا طلبت الزوجة التطلق و كان زوجها صبيا أو مجنونا أو مريضا فالقاضي يملك حق التفريق بينهما. و لقد أجاز المذهب المالكي طلاق الولي نيابة عن الصغير أو المجنون إذا دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك. و لقد أشار القانون المغربي إلى هذه الأحكام في المادة 49 من مدونة الأحوال الشخصية بقولها : " لا يقع طلاق السكران الطافح و المكره و كذا الغضبان إذا كان مطبقا أو أشد غضبه" و رغم سكوت المشرع الجزائري عن الشروط الأزمة لإيقاع طلاق الزوج في باب الطلاق فقد نص في المادة 85 قانون الأسرة الجزائري بأنه تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه و غيره، و عليه فإن الأهلية المطلوبة في القانون الجزائري لتوقيع الطلاق هي أن يكون الزوج المطلق متمتعاً بقواه العقلية و غير محجور عليه. (1) و نلاحظ بأن المشرع الجزائري اعتبر في المادة 85 قانون الأسرة الجزائري السفیه عديم الأهلية مما يتناقض مع أحكام المادة 43 قانون مدني جزائري التي تعتبر السفیه ناقص الأهلية فقط و ليس عديمها ذلك لأن السفیه يكون كذلك بالنسبة للتصرفات المالية و لكن بالنسبة للتصرفات الشخصية فإن الفقه الإسلامي يجيز له أن يزوج نفسه أو يقوم بإنهاء الرابطة الزوجية، فطلاقه واقع لأنه يملك الزواج

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 230.

فيملك إنهاءه لان الحجر عليه يكون في التصرفات المالية التي لا تنفذ إلا إذا أجازها القيم و ليس الطلاق موضعاً للحجر، فصح أن يقع منه ذلك.

و من هنا كان المشرع الجزائري لا يسوي بين تصرفات المجنون و السفية الذي يؤثر عليه السفه في التصرفات المالية دون الشخصية و عليه يجب إزالة هذا التناقض بأن تصحح المادة 85 قانون الأسرة الجزائري على نحو المادة 43 قانون مدني جزائري. و قد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل الطلاق يخضع لإشراف القضاء و تحت مراقبة القاضي مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من الشروط الواجب توافرها في المطلق و صحة القصد في الطلاق بكل وعي و إدراك و إرادة و اختيار بعيدا عن التعسف و سوء استغلال حق الطلاق.⁽¹⁾

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

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 230، 231.

الزوجين و نزاعهما و إذا فشل يدرج دعواهما في جلسة مستقبلية و يدعوها لحضورها
ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استنادا إلى تقرير الحكّمين و أحكام القانون و ضميره
القانوني. و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 49 قانون الأسرة الجزائري بأنه لا
يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة
الصلح ثلاثة أشهر، كما انه جعل الحكم بالطلاق حكما نهائيا لا يقبل الطعن فيه بطرق
الاستئناف و هو ما تضمنته المادة 57 بقولها : " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف
ما عدا في جوانبها المادية". و ذلك اعتمادا على أن الطلاق في الفقه الإسلامي لا يقبل
أي تعديل أو مراجعة عندما يكون بالإرادة المنفردة للزوج و بناء على رغبته و
إصراره، و قد أحسن المشرع الجزائري صنعا بالنص على ذلك أي بإعادة الاعتبار إلى
الطلاق و فسخ المجال أمام المتضرر من الحكم بالطعن في جوانبه المادية المتعلقة
بالنفقة أو العدة أو التعويض عن الطلاق التعسفي أو المسائل الخاصة بالسكن و
غيرها. (1)

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 232.

ثانيا : شروط المطلقة

يشترط لصحة الطلاق أن تكون الزوجة محلا للطلاق أي ممن يقع الطلاق عليها و تحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقية أو حكما للمطلق: و الزوجة الحقيقية هي التي ما يزال رباط زواجها الصحيح باقيا و لم يطرأ عليه ما يرفعه في الحال أو المآل. أما الزوجة الحكمية فهي المطلقة رجعيًا مدة العدة و كذلك المطلقة بائنا في مدة العدة و كذلك المعتدة من فسخ الزواج بسبب لا ينقض العقد في أساسه) كالفسخ بسبب ارتداد احد الزوجين طبقا لأحكام المادتين 01 و 23 قانون الأسرة الجزائري مثلا.(1)

و أن تكون طاهرة من الحيض و النفاس فلا يصح طلاق الحائض و لا النفساء و يستثنى من إعتبار الطهر في المطلقة الحالات التالية :

- 1 أن تكون مدخولا بها فيصح طلاقها و إن كانت حائضا.
 - 2 أن تكون مستبينة الحمل فإنه صح طلاقها و إن كانت حائضا.
 - 3 أن يكون المطلق غائبا.
- و يجب أن تكون طاهرة طهرا لم يقاربها فيه و لو بغير إنزال، و يستثنى من ذلك :

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 246.

1 للصغيرة و اليائسة. 2- الحامل المستبين حملها. 3- المسترابة أي التي لا

تحيض و هي في سن من تحيض، و كذلك يجب تعيين المطلقة كأن يقول فلانة

طالق أو يشير إليها بما يرفع الإبهام و الإجمال.(1)

وعلى هذا لا يقع الطلاق على المرأة في الحالات الآتية :

1:المرأة المتزوجة في عقد فاسد، لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح طبقا

لما ورد ذكره في المادتين 47و 48 من قانون الأسرة الجزائري و عليه فلا يقع

في عقد الزواج الفاسد بل يجب التفريق حالا بين الزوجين وفسخ العقد بقوة

القانون سواء أكان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أم غير مؤبدة أم اختلال

في أركانه الأساسية (المادة 31و32و33و34 قانون الأسرة الجزائري) ويشترط

في هذه الحالة لاعتبار المرأة أجنبية انقضاء عدتها بل بمجرد الفسخ تصير أجنبية

بالنسبة للزوج.

2 :المطلقة قبل الدخول بها والخلوة لأنها تصير بمجرد الطلاق قبل الدخول أجنبية عن

الزوج ولذلك تحل للزوج بغيره مباشرة حيث لا عدة لها فلا يلحقها شيء من الطلاق

بعد ذلك لعدم المحل .

3 :المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى والمرأة المطلقة طلاقا مكملا للثلاث ولو كانت

معتدة المادة 51 قانون الأسرة الجزائري.البينونة الكبرى قد انتهت جميع الطلاقات التي

(1) مندر عبد العزيز الشمالي، مرجع سابق، ص65.

يملكها الرجل على زوجته أي استنفاد عدد الطلقات في هذا الزواج وصيرورة المرأة محرمة على المطلق حرمة وقتية المادة 30 ف 02 قانون الأسرة الجزائري.

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

ولقد ذهب جمهور العلماء إلى أن طلاق الزوجة وهي حائض طلاق محرم على أنه طلاق بدعة ولكنه واقع أي أنه لا يجوز ديانة ويقع قضاءه واستدل الفقهاء في هذا الشأن بما ورد ببعض الروايات أنه عليه السلام غضب من تطليق عبد الله بن عمر زوجته حال حيضها وعليه فإن أهمية الطلاق بالنسبة للزوجة يجب أن يتوفر فيها شرطان أساسيان لا تكون بدونهما محلا للطلاق وهي أن تكون زوجة في زواج صحيح لأن الطلاق شرع للزواج الصحيح وأن تكون في طهر لم يمسهما فيه ولا في حيض قبله جماع أو طلاق.

وقد نصت المادة 45 من القانون المغربي للأحوال الشخصية بأن محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا كما أن المادة 47 من نفس التشريع تقتضي بأن محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح أو المعتدة والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلا للطلاق ولو في

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 246، 247.

عدتها ، أما القانون السوري فقد نص على جواز الطلاق في العدة الرجعية فقالت المادة 84 بأن محل الطلاق المرأة في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرها الطلاق ولو معلقاً.(1)

ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائر المادة 222 قانون الأسرة الجزائري غير أن المشرع الجزائري أوضح في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بأن الطلاق هو فرع النكاح الصحيح أو هو محل عقد الزواج الصحيح كم أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة الجزائري .(2)

ثالثاً : شروط الصيغة

نبحث شروط الصيغة في ثلاث نقاط هامة وهي :

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

(1) بلحاج العربي ، الوجيز ، مرجع سابق ، ص 247.

(2) المرجع نفسه ، ص 248.

فالصريح هو لفظ صريحا لم يستعمل إلا لزوجته أنت طالق أو طلقتك أو زوجتي مطلقة
أما الكناية فهي كل لفظ يحتمل الطلاق ولم يغب استعماله عرفا في الطلاق وذلك مثل أن
يقول الرجل لزوجته: أنت بائن ، أنت حرة ،أذهبي إلى أهلك ،إلى غير ذلك .
والألفاظ الكنائية يقع بها الطلاق بائنا بالنية أو بدلالة الحال في الفقه الحنفي خلافا للمالكية
والشافعية فلا يقع الطلاق عندهم إلا بالنية والقصد ولا اعتبار لدلالة الحال عندهم.(1)
وقد أخذ القانون المغربي للأحوال الشخصية في المادة 46 بالمذهب المالكي ونص على
أنه يقع الطلاق باللفظ المفهم له والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة وعليه
فإنه لا يقع الطلاق إلا بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفا للدلالة على
الطلاق وهكذا فلا يقع الطلاق بالأفعال فمن غضب على زوجته فأخذها إلى بيت أبيها أو
بعث إليها بجهازها ومؤخر صداقها دون أن يتلفظ بالطلاق لا يعد مطلقا.(2)
وأخذ القانون المصري رقم 25 الصادر سنة 1929 بمذهب الإماميين مالك والشافعي فنص
في المادة الرابعة على أن كنايات الطلاق هي ما تحمل الطلاق وغيره ولا يقع الطلاق بها
إلا بالنية وهو ما ذهب إليه القانون السوري في المادة 87 و 93 و القانون الكويتي م 1404
أو كما يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة والكناية يقع أيضا بالكتابة كأن يكتب الرجل لزوجته
كتبا يخبرها فيه بطلاقه لها ، ولو كان الكاتب قادرا على النطق ويقع من الأخرس أو
معقود اللسان بالإشارة المعلومة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الخرس

(1) بلحاج العربي ،الوجيز،مرجع سابق ،ص249.

(2) المرجع نفسه، ص249،250.

إذا كان عاجزا عن الكتابة، غير أنه إن كان الطلاق يقع بالكتابة و لو كان الزوج قادرا على النطق، إلا أن الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالإشارة يختلف عنه بالكتابة، حيث إن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ و العبارة إلا في حالة العجز عن النطق بالعبارة كالأخرس ونحوه. (1)

و خلاصة القول يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة كما يقع بالكتابة المفهومة، (المعنى مأخوذ من المادة 10 ف 01، 02 قانون الأسرة الجزائري).

هو تعبير عن الإرادة المادة 48 قانون الأسرة الجزائري فإن التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه المادة 1/60. القانون المدني الجزائري.

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

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14 ماي 1984 بأنه من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ولا يتم ذلك إلا بصفة صريحة وواضحة. (2)

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 250.

(2) المرجع نفسه، ص 251.

2 - عدد الطلقات :

عدد الطلاق الذي يملكه الرجل على زوجته هو طلقة واحدة وإثنتان وثلاث ويحزر للرجل

مراجعة المرأة بعد الواحدة والإثنتين لقوله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو

تسريح بإحسان "سورة البقرة 229 فإذا قال الرجل طلقك أو أنت طالق وقعت طلقة واحدة

عملا بمقتضى الصيغة عند الحنفية ويقع ما نواه عند الجمهور.(1)

لكن إختلف الفقهاء في الطلاق الثلاث ،بلفظ واحد على ثلاثة آراء متباينة .

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

به الطلاق وهو باطل.

ب ما ذهب إليه الصحابة أي البعض منهم وأهل الظاهرية وفقهاء مذهب الإمامية وكذا

ما يراه جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى وقوع هذا الطلاق ثلاثا فإن أقرن

بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات وقع ثلاث طلقات.

وقد أخذت القوانين العربية برأي ابن تيمية ومن وافقه والذي مفاده بأنه يملك الزوج على

زوجته ثلاث طلقات وأن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا طلقة

واحدة وهو ما أشارت إليه المادة 51 من القانون المغربي بقولها : " الطلاق المقترن بعدد

لفظا أو كتابة لا يقع إلا واحدا" و هو ما جاء في المادة 91 من القانون السوري و المادة

109 من القانون الكويتي و المادة 03 من القانون المصري رقم 25 الصادر سنة 1929

(1) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص223.

و المادة 72 من القانون الأردني و المادة 37 من القانون العراقي، و لم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بهذا الشأن غير أنه اعتبر في المادة 51 قانون الأسرة الجزائري الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلاقات متتالية متفرقات، و تعدد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق.⁽¹⁾ و هذا هو الذي يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي في جعل الطلاق دفعات متعددة أي على ثلاث مرات ليحرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى و الثانية و يروضها على الصبر و الاحتمال حتى إذا لم تفده التجارب وقعت الثالثة، على انه ليس في البقاء خير و أن الانفصال البات بين الزوجين أحق و أولى و هو الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا هو رأي محمد بن إسحاق و نقل عن علي و ابن مسعود و عبد الرحمن بن عوف و الزبير و ابن القيم : أنه أكثر الصحابة و رأى بعض أصحاب مالك و رأى بعض الحنفية و رأى بعض أصحاب حنبل.

و قد استقر القضاء العربي في مصر و سوريا و الجزائر على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة طلاقا واحدا و مثله الطلاق المتتابع أو المتكرر في مجلس واحد و ذلك أن المشرع لم يشرع إيقاع الطلاق دفعة واحدة و إنما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حيال الطلاق، و عليه فإن لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة حياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد.

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص251، 252.

و نلاحظ أن ما استقر عليه القضاء العربي عموما و القضاء الجزائري خصوصا هو رأي فضيلة الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة من أن الطلاق المتتابع المتكرر كالطلاق المقترن بعدد لا يقع إلا مرة واحدة.⁽¹⁾

3 - أنواع صيغة الطلاق :

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

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

و حكمة وقوع الطلاق في الحال و بمجرد التلفظ بما يدل على الطلاق متى كان اللفظ صادرا من أهله، مضافا إلى محله.⁽²⁾

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

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 253.
(2) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 329.

و حكمه وقوع الطلاق عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق أما قبل ذلك فلا يقع

لأن المطلق إنما قصد وقوع الطلاق بحلول الزمن الذي أضافه إلى الطلاق فيعامل

بقصده لكن يشترط لحلول الطلاق المضاف عند حلول الزمن المضاف إليه أن تكون

الزوجة محلاً لوقوع الطلاق المضاف عليها عند حلول الوقت و أن يكون الرجل عند

صدور الإضافة منه أهلاً للطلاق.(1)

ت الطلاق المعلق على شرط : هو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سيحصل في

المستقبل بأن رتب على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناه كإن

و إذا و كلما و متى و نحوها، كأن يقول لامرأته: إن سافرت في هذا اليوم فأنت طالق

أو متى حضر فلان لزيارتك فأنت طالق أو كلما خرجت من دون إذني فأنت طالق.

و التعليق نوعان : تعليق لفظاً و معنى و تعليق معنى فقط.

فالأول : ما ربط فيه الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء

كان الأمر المعلق عليه اختيارياً يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري . و

الاختياري قد يكون من أفعال الزوجة نحو: إن خرجت دون إذني أو كلمت فلانا فأنت

طالق، و قد يكون من أفعال الزوج نحو إن سافرت اليوم فأنت طالق و قد يكون من فعل

غيرهما نحو: إن لم يسافر أخوك اليوم فأنت طالق.

و غير الاختياري على النحو: إن أمطرت السماء فأنت طالق أو إن ولدتني أنثى فأنت

طالق، فإن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين سمي تعليقا و يسمى يمينا أيضا لأنه

(1) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 329، 330.

يفيد ما يفيد اليمين من الحمل أو الامتناع عنه، و إن كان الفعل المعلق عليه من فعل غيرهما أو كان أمرا غير اختياري فهو تعليق بالاتفاق و لكنهم اختلفوا في تسميته يمينا. فمن الفقهاء من يسميه يمينا لأنه لا يفيد ما يفيد اليمين و هو الأشبه بالفقه.(1)

و الثاني : هو التعليق في المعنى فقط و هو ما يفهم من التعليق دون ذكر أداة من أدواته نحو قول الزوج : علي الطلاق أو يلزمني الطلاق لأفعل كذا و كذا فإنه في معنى إن فعلت كذا فزوجتي طالق و كقوله : علي الطلاق لأسافر اليوم فامرأتي طالق.

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

و كذلك لو علقه على مشيئة الله عز وجل كأن يقول لها أنت طالق إن شاء الله لأن المعلق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فكان لذلك كالتعليق على المستحيل و أن يحصل المعلق عليه و المرأة محل الطلاق كأن تكون زوجة حقيقية أو حكما و قد وافق الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء.(2)

(1) محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 495.

(2) المرجع نفسه، ص 495، 496.

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

و من هنا فإنه لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا
غير أو استعمل القسم لتأكيد الإخبار لا غير و هو ما ذهبت إليه القوانين العربية منها
المادة 90 قانون سوري و المادة 52 قانون مصري و المادة 92-96 قانون أردني ،
فالحكمة تقتضي الأخذ بما ذهبت به القوانين العربية من أن الطلاق المعلق على فعل
شيء أو تركه لا يقع و كذا اليمين بالطلاق لا يقع و إنما تكون فيه كفارة اليمين عند
الحنث.

إن خطورة الطلاق و آثاره السلبية على الأسر و العائلات جعلت المرأة المسلمة مهددة
على الدوام بالطلاق لا تدري متى يحصل في جو من الفوضى و عدم الاستقرار و عليه
فإن الأصل في الطلاق أن يكون منجزا جديا يعبر عن الإرادة الحقيقية للزوج مما
يقتضي إلغاء الطلاق المعلق و كذا اليمين بالطلاق باعتبارها منبعا للشقاء الأسري و سببا
في تلمس الحيل الفقهية و القانونية.(1)

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 255.

إن اعتياد الرجال على مثل هذه الصيغ المعلقة على شيء من الأشياء و كذا الحلف باليمين أو الحرام دون قصد أو نية، غالبا ما يكون الغرض منها التخويف أو التأكيد على فعل الشيء أو تركه، ففي هذه الحالات لا يقع الطلاق لان صيغته ليست صريحة و تحتمل التفسير و التأويل، و قد قررت محكمة النقض السورية في حكمها الصادر في 21 نوفمبر 1956 بأنه يشترط لوقوع الطلاق غير المنجز أن يدعي المطلق قد قصد الطلاق و إن أثبت إدعائه بيمينه.(1)

و لم يتعرض القانون الجزائري لمسائل الطلاق المعلق و اليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له طبقا للمادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة و على القاضي ضرورة الاجتهاد و البحث و العمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة، بأن الحلف باليمين و الحرام لا يقع به طلاق و أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه و ما في معناه هو طلاق لأنه هو ما أشار إليه ممثل الحكومة للنواب أثناء مناقشة مشروع قانون الأسرة الجزائري في المجلس الشعبي الوطني بقوله بأن سكوت القانون ها هنا يستند على فتوى الشيخ الإمام محمد شلتوت و التي مفادها بأن الحلف بالطلاق بدعة و لا يمكن اعتباره طلاقا .

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص256.

و هذا رأي صائب يساير الشرعية القانونية السياسية التي تفتح للجمهور باب الرحمة و السعادة لمعالجة المشاكل الإجتماعية عن طريق حماية الأسرة و المجتمع و لقد أصبح الناس في عصرنا هذا يحلفون بالطلاق لأتفه الأمور فكان لابد من علاج و من الواجب حماية الأسرة التي هي الخلية الأولى التي يتكون منها بناء المجتمع.

و قد صح عكرمة انه قال : "ليس الحلف بالطلاق شيئاً" و روى عنه شريح قاضي
لأمير المؤمنين علي ابن أبي طالب أنه قال : " أنه لا يلزم بأيمان الطلاق شيء" و بهذا
أخذ الفقه الجعفري و الظاهري و بعض فقهاء الشافعية و بعض أصحاب أحمد بن حنبل
رضي الله عنه.

(1)

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 256، 257.

المبحث الأول

المبحث الأول :

حدود سلطة الزوج في فك الرابطة الزوجية

تمهيد :

الإسلام لم يكن شغوفاً بالطلاق كما يتوهم البعض، و إنما شرعه علاجاً للحياة الزوجية المضطربة و المتفككة، و جعله حق أصيل للزوج لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد كافة طرق العلاج للحفاظ على هذا الرباط المقدس. و بما أننا بينا في المبحث التمهيدي مفهوم الطلاق ووضحنا أقسامه و شروطه، فإننا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: أساس الطلاق بإرادة الزوج و مبرراته و طبيعته.

المطلب الثاني : الطلاق التعسفي.

المطلب الأول : أساس الطلاق بإرادة الزوج و مبرراته و طبيعته

الفرع الأول : أساس الطلاق بإرادة الزوج :

العصمة الزوجية كفلها الشارع الكريم للزوج وحده كونه الأحرص على بقاء الرابطة الزوجية التي أنفق في سبيلها المال ما يحتاج إلى إنفاق مثله أو أكثر منه إذا طلق أو أراد الزواج مرة أخرى و عليه أن يدفع لمطلقته متعة الطلاق أو ما يسمى في المصطلح القانوني التعويض عن إرادته في فك الرابطة الزوجية و عليه أن يدفع لها نفقة عدتها و كذا مؤخر الصداق إن ثبت التزامه بذلك بمقتضى عقله و مزاجه يكون أصبر على ما يكره من المرأة فلا يسارع للطلاق في كل غضبة يغضبها أو سيئة منها يصعب عليه تحملها في حين تظل المرأة أسرع منه غضبا و أقل إحتمالا و صبورا و ليس عليها من تبعات الطلاق و نفقاته مثلما عليه فهي أجدر بالمبادرة إلى الطلاق لأدنى الأسباب. (1) و

المتتبع للنصوص الشرعية الواردة قرآنا و سنة نبوية يجدها تؤكد على أن الزواج بيد الرجل و الطلاق يقع بيده و هو حق أصيل له، و لم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية و الإسلامية الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دونما الرجوع إلى الزوجة، أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني، فالمادة 48 من قانون الأسرة التي أشارت أن

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص12.

الزواج يحل بالطلاق، أكدت الصورة الأولى منه و هي إرادة الزوج و هي العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج وفقا لما ذكرناه سابقا⁽¹⁾.

هذا ما جاء في القرار المؤرخ في 1984/12/31 ملف رقم 35346 في المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثاني في الصفحة 86 أنه: "من المقرر شرعا أنه من حق الزوج الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية العصمة بيد الزوج، و من ثمة فإن القضاء بإبقاء الرابطة الزوجية قائمة بيد الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية. و متى كان قضاة الاستئناف خالفوا تطبيق هذا المبدأ نقض قرارهم المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار تلقائيا من المجلس الأعلى.⁽²⁾

ذلك ان البارز شرعا و قانونا هو ملكية العصمة الزوجية للزوج، فالإسلام فوضه وحده القيام بذلك لأنه الأحرص على بقاء العلاقة الزوجية التي أنفق في سبيلها المال بالشكل الذي يضمن الحياة الكريمة و هو من تلقى عليه المسؤولية تعويض الزوجة إذا ما أقدم على طلاقها و النفقة عليها و في ذلك مشاق و متاعب قد تصل به إلى غياهب السجن في حال التقصير في آدائها و إذا ما أختار الطلاق كحل للمشاكل التي يحيها رفقة

زوجته فالأحرص أن يكون طلبه مبررا تبريرا شرعيا و قانونيا حتى يتصل من تبعات

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص 13.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 35346 المؤرخ في 1984/12/31 نقلا عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004م، ص 25، 26.

لم يخترها هو، غير أن الواقع بالمحاكم الجزائية على غرار ما هو حاصل بباقي الدول العربية و الإسلامية فإن غالبية الأحكام الصادرة بالطلاق يتحمل الزوج تبعاتها و مسؤولياتها و عادة ما يكون طلبه الرامي لفك الرابطة الزوجية ينطوي على كثير من التعسف و بجانبه التبرير الشرعي و القانوني.(1)

إن الحكمة في جعل العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج دون الزوجة إنما لاعتبار الرجل أكثر مسؤولية و أكثر صبرا و أكثر تحملا طالما هو من أخذ بالساق و هو من ينفق و لذلك كان من المفروض الأحرص على الحياة الزوجية المستقرة و لكن الواقع داخل المحاكم يقول غير ذلك و يؤكد بان الزوجة هي الأكثر تحملا و محافظة على الروابط الزوجية رغم ما فيها من اختلال، ذلك لأنها لا تملك أية قدرة على صد إرادة الزوج حينما يقدم على الطلاق و أنها لا ترغب في أي تعويض مهما كان لأنه لا يجبر ضررها في اعتبارها مطلقة و كل ما تحمله الكلمة من آثار نفسية و اجتماعية و حتى اقتصادية. و من جهة أخرى يكون الزوج مسئولا عن فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة حتى وإن كان طلبه ينطوي على مبررات شرعية و أخلاقية لكنها قد لا يكون لها التجسيد الواقعي و المسألة هنا تتمثل في إثبات ما يدعيه الزوج ذلك أن خصوصية العلاقة و قدسيتها تجعل من مسألة إثبات الوقائع و جعلها مبررا للطلاق صعبة للغاية و غالبا ما تنتهي بالفشل و من ثمة تحميل الزوج مسؤولية الطلاق إن حدث. و سنحاول من

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 13.

خلال دراستنا المتواضعة لهذا الأمر أن نحصر بعض المبررات التي نوقشت على مستوى المحاكم و اعتمده المحكمة العليا بشأنها⁽¹⁾.

الفرع الثاني : مبرراته

أولاً : عدم الكفاءة الجنسية

مما لا شك فيه أن الزواج شرع من أجل التحصين النفسي و الجنسي للمرأة و الرجل على حد سواء و على ذلك إعتبرت العلاقة الجنسية و المعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من بين أهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج، فكل من المرأة و الرجل الحق في الإستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر الإستقرار لدى الطرفين سواء بسواء و لذلك فإن اختلالها من جانب أي طرف يشكل صدمة نفسية للطرف الآخر و هنا نكون أمام إحتمالين لا ثالث لهما : فالأول أن يصبر الطرف المتضرر و يجعل من باقي جوانب الحياة الزوجية مبرراً كافياً للإبقاء على العلاقة سيما إذا حصل المانع الجنسي لدى أحدهما بعد فترة طويلة من المعاشرة و أفضت هذه الأخيرة وجود الأبناء. أما الإحتمال الثاني فإن الطرف المتضرر يسارع إلى إنهاء العلاقة لاسيما إن كانت حديثة العهد لإيجاد بديل لذلك⁽²⁾. و المسألة في كلا الإحتمالين فيها ضرر لا يمكن الاستهانة به أو جعله هينا فالمعاشرة الجنسية كمبرر للطلاق أصبحت تطرح نفسها بقوة في المحاكم و

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 14.

(2) المرجع نفسه، ص 14، 15.

الطرف المتضرر أصبح لا يجد مانعا في تبيان هذا المبرر منعا من أن يتحمل عبئ و
مسئولية الطلاق و مع ذلك يبقى هذا الأمر من أصعب الأمور إثباتا، فإذا ما ادعى الزوج
عدم كفاءة زوجته من الناحية الجنسية فالمسألة تظل صعبة الإثبات إلا إذا أقرت الزوجة
ما ادعاه الزوج أما في حالة النفي فيصعب على الطرف المتضرر إثبات ما يدعيه. (1)
فحتى اللجوء إلى الخيرة الطبية للتأكد من عدم الكفاءة الجنسية لا تفضي إلى حقيقة
مؤكدة لأن المسألة نفسية في الأساس و قد يكون العامل العضوي في الزوجة سليما لكن
الجانب النفسي هو الحائل دون الوصول إلى إثبات الأمر. (2)

و لكن غالبا ما يقوم الزوج المتضرر برفع دعوى قضائية محلها الطلاق و التي يؤسسها
على عنصر الخطأ الذي تسبب في ارتكابه الطرف الآخر الذي تكتم على أمر قصوره
الجنسي من منظور فيزيولوجي ننتقل هنا إلى منظور أخلاقي للخطأ، غير أنه إذا فتحنا
باب البطلان و اعترفنا بالغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص كسبب من
أسباب البطلان أو الطلاق فإنه من منظور أخلاقي. ننتقل عندئذ إلى منظور نفسي يتوقف
أساسا على تحليل الإرادات و على ما ينتظره كل طرف في العقد من الطرف الآخر. (3)

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 15.

(2) المرجع نفسه، ص 15.

(3) شتوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان
المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2001 م، ص 149 .

و مهما يكن الأمر فإن من بين تقدير الغلط في مثل هذه الأمور فيمكن الاقتضاء بالمعيار

التجريدي: القدرة على المخالطة الجنسية بين شخصين بالغين في حالة زواجهما إحدى

الصفات التي ينتظرها كل واحد منهما من الآخر، غير أنه إذا كان التقدير هنا أساسا

تقديرًا شخصيًا إلا أن التقدير التجريدي يبقى أمرًا لا مفر منه في ساحة الإثبات.⁽¹⁾

و في ذلك قضت محكمة بوقاعة بمجلس قضاء سطيف بالطلاق بين الطرفين مع تحميل

الزوج تبعة الطلاق، رغم أنه حاول تبرير إقدامه على الطلاق بعدم قدرة الزوجة على

المعاشرة الزوجية كونها لا تريد و لا ترغب في معاشرته و أنها صرحت له بذلك و

طلبت منه إعادة الزواج من امرأة تلبى له رغباته الجنسية غير أن جلسة الصلح التي

عقدتها المحكمة للطرفين كانت مناسبة لأن تنفي الزوجة ما ادعاه زوجها و أكدت أنها

سليمة و أن زوجها عاشرها بصفة عادية و طبيعية فهنا المسألة دقيقة و حساسة و

تفرضها خصوصية العلاقة و اللجوء إلى الخبرة الطبية لا تغير من الأمر شيئًا لأنه و إن

حدث فمرده نفسي لا عضوي من الصعب إدراكه مما يجعل نكران الزوجة لإدعاءات

الزوج كافيًا للقول بان الطلاق التعسفي و التبرير غير مبرر⁽²⁾.

و على نقيض من ذلك اعتبرت المحكمة نفسها في حكم آخر ان ما ادعاه الزوج كون

الزوجة صدته في أول يوم من زفافهما و لم تمكنه من نفسها لأنها لا رغبة لها في

المعاشرة الجنسية و هو ما أقرت به الزوجة نفسها و أنها لم ترغب الزواج و أن زواجهما

(1) تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 149، 150.

(2) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 15.

كان بضغط من وليها و لذلك اعتبر مبرر الطلاق الذي أقدم عليه الزوج شرعيا و محققا بإقرار الزوجة نفسها و هي الحالة الوحيدة التي قد تكون مفيدة للزوج في إيجاد المبرر الشرعي و القانوني و إثباته⁽¹⁾.

ثانياً: فقـدان العذرية

و إذا كانت القدرة و الكفاءة الجنسية عند الزوجين صعبة التأكيد للتحجج بها في إعطاء مبرر لفك الرابطة الزوجية فإن الطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبررا كافيا للزوج في إحداثه فقد يلجأ إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة أن زوجته ليست عذراء و في ذلك مساس للشرف و الكرامة و المسألة هنا متعلقة أيضا بالعلاقة المقدسة بين الزوجين و التي لا يمكن لأي أحد خارج الزوجين معرفتها أو التأكد منها و الأمر كسابقه لا يتحقق إلا بإقرار الزوجة فحسب على اعتبار أن أي طريقة من طرق الإثبات تظل دون جدوى بعد ما تمت الخلوة بين الزوجين.⁽²⁾ بل إن المحكمة العليا ذهبت إلى أبعد من ذلك حينما اعتبرت أن العذرية يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج و أن عدم اشتراطها لا يوقع على عاتق الزوجة و ذلك ما أوضحتها في قرار جاء فيه ما يلي : " إن القرار الذي يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج فإن البناء ينهي كل

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 16.

(2) المرجع نفسه، ص 16.

دفع بعدم العذرية و عليه فإن قضائي الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية

الطلاق و حرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب".⁽¹⁾

و في إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبب جاء ما يلي : " يدعون أن القرار

المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي

للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق حيث انه

بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج لذلك فإن البناء بما

ينهي كل دفع بعدم العذرية و عليه فلا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية

الطلاق أو حرمانها من التعويض و عليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض

القرار جزئيا فيما يتعلق بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق و التعويض دون إحالة".

فالمحكمة العليا في قرارها المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الطرفين و اعتبرت أن

إثبات مسألة العذرية من عدمها عديمة الجدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة و المترامن

مع عدم اشتراط العذرية عند عقد الزواج".⁽²⁾

و أما الحرج الكبير و النزاعات الكثيرة المطروحة في المحاكم حول مسائل متعلقة

بالعذرية و اعتبار كون إثارتها لا يمكن الخوض بها بعد البناء و الدخول و اعتبار

الإثبات بعد الدخول عديم الجدوى و الفائدة و وعيا بالآثار الوخيمة المنجزة عن هذا

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 16.

(2) المرجع نفسه، ص 17.

الأمر و تبعاته الاجتماعية و النفسية على المجتمع بأكمله فإن المشرع الجزائري و أخذاً بكل هذه الاعتبارات في تعديله بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و بالضبط في المادة 07 مكرر ما يلي " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن الثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج".

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف من عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج".⁽¹⁾

و قد أضافت المادة 07 مكرر كفقرة أخيرة أن شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة تحدد عن طريق التنظيم، و حتى التنظيم الصادر لم يشر في حقيقة الأمر إلى تعريف كل هذه الأمراض التي تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، فعدا الأمراض المتنقلة عبر الدم المقصودة مباشرة في هذه المادة فإن باقي الأمراض لم تحدد حصرياً و أن مسألة فقدان العذرية من عدمها قبل البناء لا تدخل ضمن خانة المرض الذي قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج بحسب تفسير المادة.

و الخلاصة أن المادة 07 مكرر من قانون الأسرة و إن شرعت لحماية الزوجين من الوقوع في غلط أو غش أو تدليس بعد الزواج، فإنها بالمقابل لم تلبي بمفرداتها و أسلوبها

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 18.

الحاجة في طلب هذه الحماية، لأن المادة تتحدث فحسب عن الأمراض المشكّلة للخطر المتعارض مع الزواج في الوقت أن واقع المحاكم و مبررات الأطراف في فك الرابطة الزوجية يتعدى ما هو منوه عنه في المادة 07 مكرر إلى جوانب أخرى تبقى في نظرهم بنفس خطورة الأمراض المشكّلة للخطر المتعارض مع الزواج.(1)

ثالثاً: النشوز

الأصل في العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة هو المساواة في الواجبات و الحقوق و منطلق ذلك قوله تعالى : " و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة". سورة البقرة 228، فالآية الكريمة تجعل من المرأة مساوية للرجل من حيث الحقوق و الواجبات فكلما ألزمت بواجب تجاه الزوج يلزم هذا الأخير بمثله، ذلك أن الإسلام ساير الأساس الفطري و الطبيعي في التعامل مع الزوجين، فإذا كان الرجل أقدر على العمل الكدح خارج المنزل فالمرأة أقدر على تدبير شؤون المنزل و تربية الأولاد. فكل يكلف بما هو مناسب له، بل الأمر يتعدى الآن لكون الزوجين في وضع مماثل من حيث الالتزامات داخل البيت و خارجه.

و أما عزوف الزوجة عن القيام بواجباتها و عدم طاعة زوجها و عدم معاشرته أو خروجها من بيته دون إذنه، يعد من الناحية الشرعية نشوزاً. (2) و النشوز في اصطلاح

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 18.

(2) المرجع نفسه ، ص18، 19.

الفقهاء هو معصية الزوجة فيما فرض الله عليها طاعته، مأخوذة من النشز و هو

الارتفاع، فكأنها ارتفعت و تعالت عما فرض الله عليها من طاعته.(1)

و يجد النشوز مصدره في القرآن الكريم بقوله تعالى : " و اللاتي تخافون نشوزهن

فعظوهن و أهجروهن في المضاجع و اضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"

سورة النساء الآية 34، فالآية أعطت الكثير من الحلول أمام نشوز الزوجة بدءا بعصتها

و تذكيرها بالله و تخويفها به و عصيانه.(2)

و هي أولى الخطوات التي ينبغي على الزوج إتباعها إذا ما وقع في نفسه خوف متيقن

من مظاهر نية الإعراض لأن التشريع الإسلامي لا ينظر حتى يقع منها النشوز بالفعل و

تعلن راية العصيان و تسقط مهابة القوامة، فحيث يصل الأمر إلى هذا الوضع لن نجد

العلاج فلا بد من المبادرة في علاج مبادئ النشوز قبل استفحاله و الوعظ يختلف

باختلاف حال المرأة فمنهن من يؤثر في نفسها التهديد و التحذير من سوء العاقبة في

الدنيا كشماتة الأعداء و المنع من بعض الرغائب كالثياب الحسنة و الحلبي و هذه الوسيلة

من الوعظ أخف من غيرها و الرجل العاقل لا يخفى عليه نوع الوعظ الذي يؤثر في

قلب امرأته.(3) ثم الهجر في الفراش أو المضجع.(4) و هي وسيلة أعلى من الوعظ في

(1) علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه و علاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م، ص12.

(2) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 19.

(3) علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص114.

(4) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 19.

إظهار غضبه منها و إعلان قدرته عن الاستغناء عنها إذا استمرت في عصيانه دونما حق.⁽¹⁾ ثم في حالة عدم جدوى العلاج الأول و الثاني فيقع العلاج الثالث و هو الضرب غير المبرح و لا الشديد.⁽²⁾ و قد جمع الفقيه الحنفي الشيخ الكمال بن الهمام صور نشوز الزوجة التي تضرب فيها و قال: "للزوج أن يضرب الزوجة على أربع خصال و ما هو في معنى الأربع: ترك الزينة و الزوج يريد لها، ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه و ترك الصلاة" و في رواية أخرى عنه الغسل و الخروج من البيت.⁽³⁾

و نص قانون الأسرة الجزائري على النشوز في المادة 55 على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و التعويض للطرف المتضرر". و لعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز خصوصا إذا كان من الزوجة إلا ما كان خارج البيت و هو لمقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوجة أو من الزوج العودة إلى بيت الزوجية و القيام بالواجبات الشرعية و لا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده و يعتبره ناشزا و من ثمة يحمله المسؤولية و يقضي بالتعويض عن الضرر للطرف المتضرر بعد الطلاق.⁽⁴⁾ غير أن مسألة نشوز الزوجة كمبرر يقدمه الزوج لفك الرابطة الزوجية بالطلاق يصطدم دائما مع عبء إثباته من لدن الزوج سيما إذا أنكرت الزوجة أنها عصته و خالفت أوامره او فعلت أمورا بغير إذنه، و لما صار

(1) علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 119.

(2) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 19.

(3) علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 128.

(4) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 215..

إثبات حالة النشوز (العصيان و عدم القيام بالواجبات) من الصعوبة بمكان لأنها تبني عادة بادعاءات مقابل ادعاءات في الوقت الذي قد ينعدم الشهود لكون العلاقة مقدسة و لا يمكن لأحد الإطلاع عليها غير أن ذلك لم يمنع القضاء الجزائري من محاولة إيجاد حالات للنشوز ليست مبنية على مجرد التصريحات و الادعاءات و إنما مرجعها الدليل الكتابي، فالنشوز يثبت إذا ما استصدر الزوج حكما بإلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية بموجب حكم نهائي ثم رفضت صراحة الامتثال للحكم و يحزر محضر امتناع، فإن ذلك يعد دليلا على نشوزها و من ثمة يكون الزوج قد برر بعد ذلك وجهته نحو الطلاق غير أن ما تقدم أيضا لا يمكن الاعتماد عليه للقول بنشوز الزوجة، فالاجتهاد القضائي في الجزائر بدل مجهودات جبارة في محاولة نفي النشوز عن الزوجة و جعله في حكم الاستثناء بدلا من القاعدة حتى و لو توافر الدليل الكتابي كما ذكرنا أعلاه. (1)

فامتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية لا يعد نشوزا بصفة آلية حسب الاجتهاد القضائيين و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عديد قراراتها منا المؤرخ في 19/05/1998 و الذي جاء فيه ما يلي : " إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى البيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا، و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق و أن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك و طلب رجوعها من جديد لتجنب مسؤولية الطلاق فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا و عليه فإن قضاء الموضوع لما قضاوا

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 19، 20.

بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطلاق لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارته الطاعنة فبقضائهم بما فعلوا قد خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 55 من قانون الأسرة، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". و في عرض أسبابه أكدت المحكمة العليا أن القرار المنتقد لم يناقش الدفع الذي أثارته الطاعنة من كون المطعون قد سبق له و قد طلب طلاقها على اعتبار أنها مريضة عقليا حسب الحكم الصادر وان طلب الطلاق من طرف المطعون ضده على أساس أن الطاعنة مريضة عقليا يجعل من مطالبته لها بالرجوع لمحل الزوجية طلب غير مجدي مما يجعل امتناعها عن الرجوع بعض تعرضها لهذه الإهانة لا يعتبر نشوزا منها.(1)

و هذا أيضا ما جاء في القرار المؤرخ في 1987/02/09 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا انه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا تحرم من اجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، من المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوج لم يقم بواجب الإسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها و من ثمة فإن قضاة المجلس الذين

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 20.

اعتبروها ممتعة عن الرجوع و مؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شرعا يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القواعد الشرعية".(1)

و يمكن القول عموما أن هذه بعض المبررات المتداولة على مستوى المحاكم لكن يبقى طلب الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة لا يحتاج إلى ذكر المبرر و السبب تجنبنا للخرج أو لأمر أخرى لا يمكن الإفصاح عنها ما دامت العصمة بيده و يجب على القضاة الاستجابة لطلبه و ترتيب المسؤولية عليه إذا ما تعسف في طلاقه و تعويض زوجته و هذا ما جاء في القرار المؤرخ في 15/06/1999م على أنه : من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة و من ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور ليس في محله و متى تبين - في قضية الحال - أن للزوج الحق في تحمل المسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق و ذلك تجنبنا للخرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

و عليه فإن قضاء الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن".(2)

(1) قرار المحكمة العليا ، ملف 45311 المؤرخ في 09/02/1987 نقلا عن أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 74، 75.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 223019 المؤرخ في 15/06/1999م نقلا عن فضيل سعد، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر 2005م ص 47.

الفـرع الثالث : طبيعته

تم التأكيد فيما سبق على أن فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج تعد أوضح الصور وأكثرها انتشارا واقعيا و هناك إجماع على أن الطلاق ينبع من إرادة الزوج المنفردة، فهو حق أصيل له و يستعمله دونما اعتماد على إرادة الزوجة في إحداث هذا الأثر، فأرادته وحدها محل اعتبار دون سواها. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه بالحاح مـا طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق؟ بمعنى آخر هل حق الزوج في إيقاع الطلاق شبيه بالحق القانوني المستمد من القانون من حيث الآثار و النتائج أم يختلف عنه جذريا؟

بعودتنا إلى نظرية الحق في القانون المدني نجد بان تعريفه يتمثل أساسا في سلطة الاستثناء بالشيء، و معنى ذلك أن الشخص إذا ما اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني ما فالأصل أن يمارس حقه بطلاقة و لا يلام على استعماله و لا نحمله مسئولية استعماله انطلاقا من كونه يمارس حقه الطبيعي الذي خوله له القانون.⁽¹⁾

و لهذا المبدأ نجد استثناء مقرر في المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص

على ما يلي : " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 21.

- إذا كان برمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

124 أي أن صاحب الحق المخول له قانوناً إذا ما استعمله في حدود ما ذكر بالمادة

مكرر من القانون المدني، تكون أمام التعسف في استعمال الحق و بالتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه و يلزم بالتعويض.⁽¹⁾ فمسألة الإثبات في إيجاد التعسف تقع على

الطرف المتضرر في التعسف، فإذا ما استعمل (أ) حقه القانوني في إحداث أثر قانوني

فالأصل أنه لا يلام على استعماله لهذا الحق إلا إذا ثبت أنه متعسف للإضرار بالغير و

المتضرر عليه إثبات التعسف سعياً وراء تعويضه و بالتالي فإن (أ) لا نلزمه بإثبات

مبررات استعماله لهذا الحق و من ذلك نكشف الاختلاف فحق الزوج في فك الرابطة

الزوجية و رغم انه مسموح القيام به إلا أن الزوج يعد بصفة آلية متعسفاً في استعمال

الحق تجاه زوجته إلا إذا أثبت هو عكس ذلك.⁽²⁾ فإذا ما كنا أمام نظرية الحق المعروفة

قانوناً فلا يمكن أن نحمل الزوج مسؤولية استعماله لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق و لكن

عندما يكون الأمر كذلك، أي أن الزوج عند استعماله لحقه في الطلاق يتصور أنه

متعسف و قاعدة الإثبات تعكس رأساً على عقب لأن إثبات استعماله لا يقع على الغير

(الزوجة) ، كما أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 21.

(2) المرجع نفسه، ص 21، 22.

للقواعد العامة المنوه عليها في المادة 124 من القانون المدني.⁽¹⁾ و من هنا نقول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ انه من طبيعة خاصة و من مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية و أن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 مكرر و 124 من القانون المدني و إنما مصدره مسئولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا. و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2000/02/22م جاء فيه ما يلي : " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"، و في تأكيدها على هذا المبدأ جاء القرار : " لكن و حيث أن التعويض و النفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسئولية الطلاق و تقدير نفقة الإهمال و هذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسئولية التقصيرية و هي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 124 و 124 مكرر من القانون المدني".⁽²⁾

و بالتالي فلما كان مبلغ التعويض و النفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين، فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وقرارهم يكون سليما غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 22.

(2) المرجع نفسه، ص 22، 23.

التعسف بمفهوم المادة 124 مكرر من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية

التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى

مستقلة و تطلب التعويض مقابل ذلك".

و في ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة

خاصة و هو يختلف عن ذلك المنصوص عنه في القانون المدني.(1)

(1) باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 23.

المطلب الثاني : الطــــــــلاق التعسفي

الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي و طبيعته

أولاً : تعريف الطلاق التعسفي

لم أجد فيما أطلعت عليه من كتب الفقهاء القدامى و المعاصرين و علماء القانون و قوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للطلاق التعسفي و ذلك لأنها اقتصررت على بيان بعض صور التعسف في الطلاق و اجتهاداتهم في ذكر بعض التدابير للحد من التعسف، و من خلال دراستي لها فإنني أستطيع القول بان الطلاق التعسفي هو " مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص".⁽¹⁾

و يمكن تحليل التعريف كما يلي : مناقضة قصد الشارع أي مخالفة و مضادة قصد الشارع في إيقاع الطلاق، وهو الخلاص من الحياة الزوجية التي يعترضها بعض العوارض التي لا تستقيم معها مصالح الأسرة و تستحيل فيها الحياة بين الزوجين فتقلب إلى جحيم لا يطاق و يكتوي بناها كل من الآباء و الأولاد و المجتمع، فكان الطلاق أمراً تحتّمه الضرورة مع ما يترتب عليه من أضرار و ذلك دفعا لضرر أكبر و أشد فكل طلاق قصد المكلف غير قصد الشارع أو قصد به مجرد الإضرار فهو غير مشروع

(1) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009م، ص123.

لمخالفته قصد الشارع . في رفع القيد : يشمل القيد الحسي و المعنوي. قيد النكاح : قيد

خرج به القيد الحسي والمعنوي بغير النكاح كرفع قيد الملك بالعتاق.

"حالاً" قيد يقصد به الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال.

"مآلاً" : قيد يقصد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل أو بعد انتهاء العدة.

بلفظ مخصوص : قيد أخرج به رفع قيد النكاح بالفسخ لأنه لا يحتاج إلى لفظ

مخصوص، و اللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحاً كلفظ الطلاق أو

كناية كلفظ الإطلاق و الحرام.⁽¹⁾

(1) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، مرجع سابق ، ص 123.

ثانيا : طبيعته

إذا كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها مسيئا لسمعتها في بعد الظروف وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب أي أنه كان متعسفا في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول، رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يهدف على تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقاته، وهو ما يسمى بالمتعنة لقول الله تعالى:

"وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين" سورة البقرة 241 وقوله عز وجل " ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، متاعا بالمعروف حقا على المحسنين" سورة البقرة 236، وقوله أيضا "

يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا" سورة الأحزاب 49. (1)

وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون فإنه لا بد من سبب أو حاجة شرعية تدعوا إليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق، ففي هذه الحالة تكون المتعة واجبة على الرجل لمطلقاته أما لو تسببت هي فيما لحقها حتى ألجأت الزوج إلى طلاقها فإنه لا يتسنى للقاضي أن يجبر الزوج على جبر ما لم يتسبب هو فيه ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق وهذا يتفق مع ما ذهب

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 233.

إليه المذهب المالكي من أن المتعة مندوب إليها. (1) وقلنا فيما سبق أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعد الصورة الأوضح والأكثر رواجاً من حيث تطبيقها واقعا معيشيا وتم التأكيد أن حق الزوج في إحداث أثر الطلاق أصيل وله أن يستعمله دونما النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه .

كما سبقت الإشارة أيضا إلى أن طبيعة الإرادة المنفردة في لإيقاع الطلاق وتم طرح سؤال هل حق الزوج في إحداث الطلاق شبيه بالحق القانوني المقرر في القانوني المدني أم هو من طبيعة خاصة وفقا للمشرع الجزائري. (2) نظرية الحق المقررة في القانون المدني تبنى على سلطة الاستثناء بالشئ أي أن الشخص إذا منح له حق أصيل في إحداث أثر قانوني فلا يمكن أن نسأله عن استعماله له لحقه .

ولا نؤتيه بتسليط تعويض عما بدر منه طالما أنه لم يكن متعسفا في استعماله لهذا الحق طبقا لمفهوم المادة 124 مكرر من القانون المدني والتي تقول بثلاث حالات هي :

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

(1) بلحاج العربي، الوجيز ، مرجع سابق، ص 234.

(2) باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، 2008م، ص06.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة. (1) ومسألة إثبات التعسف ملقاة على عاتق منت ادعاه ومن ذلك خلصنا إلى أن مسألة إثبات التعسف في استعمال الحق يكون وفقا لنظرية الحق وعلى عاتق من ادعاه لا يمكن تحميل صاحب الحق مسؤولية استعماله له ولا يمكن اعتباره متعسفا لمجرد أنه لم يقدم تبرير الاستعمال حقه غير أن نظرية الحق في إيقاع الطلاق تختلف اختلافا جذريا عن طريقة الحق في القانون المدني, ذلك أن الزوج إذا ما عبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية, فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي يجعله يلجأ إلى الطلاق بإرادته المنفردة وينبغي أن يكون التبرير منوها عنه شرعا وثابتا بالشكل الذي يجب التعويض عما بدر منه , ذلك أن الزوج حق وان كانت له الأحقية في إبقاء الطلاق, فإن استعمله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعة إرادة الطلاق و مسؤوليتها, فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك وأن مسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتقه وليس على الزوجة تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق. (2)

(1) باديس ديابي , آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 6.

(2) المرجع نفسه، ص 6، 7.

الفرع الثاني : صورته

من صور التعسف في الطلاق ما يلي :

أولاً : طلاق المريض مرض الموت

1 - تعريفه :

أ - تعريف مرض الموت لغة : مرض الموت : مركب إضافي , يفهم معناه اللغوي من

تحليل ألفاظه وتعريفها وهي المرض الموت .

المرض لغة : السقم وهو ضد الصحة ومرض مرضاً فهو مريض ومريض : من به مرض

أو نقص أو انحراف والمرض و الموت .

المرض لغة : السقم وهو ضد الصحة ومرفق مرضاً فهو مريض ومريض : من به مرض

أو نقص أو انحراف والمرض : كل ما خارج بالكائن الحي عن حد الصحة و الإهمال من

علة أو نفاق أو تقصر في أمر أما الموت لغة فهو الموت ضد الحياة ويطلق في لغة العرب

على السكون ومات الحي أي فارقت الحياة ومات يموت و يمات فهو ميت و ميّت و الميت:

الذي فارق الحياة و الميت من في حكم الميت ولم يميت بعد.(1)

(1) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، مرجع سابق، ص200.

ونفهم من ذلك أن مرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان صحته تدريجياً ويعقبها الموت وهو الفناء.⁽¹⁾

ب- تعريف مرض الموت اصطلاحاً : اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومهم لمرض الموت و الحالات المشابهة التي تنتج تحت هذا المفهوم ومن هذه التعريفات: عرفه الحنيفة بأنه احني الشخص وأعجزه عن القيام بواجباته فإما أن يجيء ويذهب بحوائجه ويحم فلا وقيل إن أمكنه بحوائجه في البيت وعجز عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبي حنيفة إذا كان لا يقوم بشدة ويتعذر عليه الصلاة جالسا فهو مريض.

وعرفه المالكية بأنه المرض الذي يكون الشأن فيه الموت لا نحور مد او صداع خفيف كما عرفه الحنابلة بأنه كل ما كان نسبا صالحا للموت من الأمراض أما مرض الموت بالنسبة للمرأة فهو المرض الذي يعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت .

عرفه الشافعية بأنه كل ما يستعد بسببه الموت بالإقبال على العمل الصالح .⁽²⁾

ج- تعريف مرض الموت قانوناً : عرفته مجموعة من التشريعات العربية من بينها :

(1) جميل فخري محمد جانم،التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون،مرجع

سابق، ص 200.

(2) المرجع نفسه، ص 200.

عرف القانون المدني الأردني في الفترة الأولى من المادة 543 حيث نصت أن مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر, تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح, لقد وضع القانون المدني الأردني ضابطاً زمنياً للمرض, أخذ هذا الضابط من المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية احتياطاً قانونياً لترتيب الأحكام الخاصة بالمريض و بورثة ثم ألحق القانون بالمريض حالات أخرى حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 543 على أنه " يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً (1).

هذا التعريف الذي أورده القانون المدني الأردني بشأن المريض مرض الموت أما المشرع الجزائري لم يورد أي تعريف في قانون الأسرة الجزائري وهذا ما يتطلب الأخذ بالتعريف الذي عرفه الفقه المالكي حسب ما أشارت إليه المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

(1) جميل فخري جانم, التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، مرجع سابق، ص201،202.

2/ ميراث المطلقة في مرض الموت:

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا ما يقتضيه صحيحا أو عريضا ما دامت أهليته للتصرف موجودة فإنه لا يحجز عليه في ذلك، هذا قدر متفق عليه بين جماهير الفقهاء في كل عصر. فإذا طلقها طلاقا رجعيا ومات وهي في العدة ورثته بالخلافة لقيام الزوجية حكما التي هي بسبب الإرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض وإذا طلقها طلاقا بائنا بيونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجة فلا ميراث لها مات في العدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت.⁽¹⁾

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فارا من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بتقيض مقصوده وليس في ذلك كتاب ولا سنة

وإنما كان من مواضع اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم. يقول الحنفية إن المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته بائنا ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته لأنه يعتبر فارا من ميراثها فيعامل بتقيض مقصود، كالمقاتل لمورثه الذي حرمه الشارع من ميراثه، أما إذا توفيت هي في العدة فلا ميراث له منها لأنه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق، لكنهم اشترطوا لاعتباره فارا فرارا موجبا للإرث شروطا إذا تحققت تثبت لها الإرث وإذا تحققت كلها أو بعضها لم يكن فارا فلا ميراث لها.⁽²⁾

(1) محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 515، 516.

(2) المرجع نفسه، ص 516.

- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول فلو كان قلبه فلا عدة عليها وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة فإنه وان وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأسباب والميراث
حق مالي لا يثبت احتياطاً.

- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول فلو كان قبله فلا عدة عليها وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة فإنه وان وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب والميراث
حق مالي لا يثبت احتياطاً.

أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته فلو لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق كأن كانت كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته فلا إرث لها حيث لا فرار , أو كانت أهلاً للميراث عند الطلاق ثم زالت تلك الأهلية كأن كانت مسلمة عند الطلاق ثم ارتدت عن الإسلام فلا ميراث أيضاً وإن رجعت إليه قبل وفاته , لأنها بردتها أسقطت حقها في الميراث فلا يعود بإسلامها بهد ذلك , لأن الساقط لا يعود.

- ألا تكون الزوجة راضية بهذا الطلاق , فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو افتقدت نفسها منه بالمال لا ترث لأن رضاها بالفرقة ينفي مظنة فراره من ميراثها. (1)
ألا يكون الزوج مكرهاً على هذا الطلاق لأنه مع الإكراه لا يتحقق رضاه به فلا يكون فاراً.

(1) محمد مصطفى شبلي , مرجع سابق , ص 517.

- أن يموت في مرضه الذي أوقع الطلاق فيه وهي في العدة، فإذا انقضت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها لانعدام سببه (1).

والجعفرية يذهبون إلى أن زوجة الفار تترث منه إذا مات بعد الطلاق بمدة لاتزيد على سنة ما لم تتزوج غيره ولم يبرأ من مرضه الذي طلق فيه ولم يكن الطلاق بطلبها فلو برئ منه قبل مضي سنة من وقت الطلاق أو تزوجت غيره بعد انقضاء عدتها أو مات بعد مدة تزيد عندهم مشروط بشروط أربعة :

1- أن يموت قبل مضي سنة كاملة على طلاقها

2- أن لا تتزوج قبل موته

3- أن لا يبرأ من المرض الذي طلقها فيه

4- أن لا يكون الطلاق بطلب منها ويجعلون ذلك الحكم خاصا بالمريض مريض الموت، أما

غيره ممن ألحقه الحنفية به فيعطون طلاقه حكم الطلاق الصحيح حيث لا يعتبرونه فارا (2)

ما يجري عليه العمل في بعض الدول العربية من بينها : و ما يجري عليه العمل في مصر

بمقتضى القانون رقم 25 لسنة و 1929 و الذي يقضي بعدم وقوع الطلاق بائنا في نظر

القانون مستتبعا للعدة بدون رضا الزوجة كالطلاق المكمل للثلاث بدون طلبها والفسخ من

(1) محمد مصطفى شبلي ، مرجع سابق ، ص 518.

(2) المرجع نفسه، ص 518، 519.

قبله في مرض الموت فلا ارث في الطلاق قبل الدخول الحقيقي ثلاث اعدام العدة ولو بعد الخلوة لأنه وان وجبت فيه العدة لكنها وجبت احتياطاً لأجل المحافظة على النسب . ولا أثر

للطلاق المكره على الميراث من الجانبين لقيام الزوجية بعد حقيقة.(1)

وفي لبنان يجري العمل في المحاكم الجعفرية على مذهبهم السابق بيانه أما المحاكم السنية فإن قانونه فوق الأسرة العائلة لم يعرض لهذه المسألة فيكون المرجع فيها مذهب الحنفية غير أنه و يلاحظ أن هذا القانون نص في المادة 105 على أن الطلاق واقع الإكراه غير معتبرة فيرتفع بذلك ألا يكون مكرهاً.

(1) محمد مصطفى شبلي ، مرجع سابق ، ص 519 .

فإذا أكره المريض على الطلاق البائن ثم مات فإن الزوجين يتوارثان لقيام الزوجية بينهما
لاعتبار لهذا الطلاق بينهما يمنع المذهب الحنفي التوارث من الجانبين بهذا الطلاق في العدة
وبعدها كانتهاء سبب الإرث وعدم الفرار من الزوج (1).

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر مرض الموت هو المرض الذي اتصل به بعد الموت وكان
من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد على سنة. أو هو المرض الذي يعجز
الإنسان عن القيام بمصالحه خارج البيت ويحول دون قيامه بواجباته ويترتب عليه شرعا

تغيير في بعض الأحكام يصاب به حماية للغير من تصرفاته المادة 408 قانون مدني

جزائري. (2) لو لم يطلقها سواء كان مدخولا بها أم لا انقضت عدتها وتزوجت ام لا والحقيقة

ان الفقه المالكي أسرف في فهم سوء قصد المريض مرض الموت لأن المطلقة بعد أن تتزوج

بغيره تكون قد انقطعت الطلاق الزوجية بينهما ولو اقتصر رأي المالكية على ميراثها منه ما

لم تتزوج لكان أوجه وهو ما أشار إليه المشرع في المواد 126 و 130 قانون أسرة جزائري

من ضرورة وجود الصلات الزوجية بين الزوجين كسبب شرعي من أسباب الإرث وأكده في

المادة 32 ق.أ. بقوله : إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في

عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث. (3)

(1) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 519 .

(2) بلحاج العربي ، الوجيز ، مرجع سابق، ص 244 .

(3) المرجع نفسه ، ص 245 .

وخلص القول إن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبر هذا فرارا من ميراث زوجته ، فيرد عليه قصده بتوريثها منه وهذا استنادا للمادة 408 من القانون المدني الجزائري واستنادا إلى آراء كثير من الفقهاء منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد والجعفرية. (1)

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/04/21 حيث: " أن المرض مهما كانت خطورته لا تمنع الزوج من إيقاع الطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث ، فان حق الطباعة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم في العدة والحق في الميراث حتى وان وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه

لها كان بنية حرمانها من الميراث عملا بقاعدة المعاملة بالنقيض . (2)

(1) سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 123 .

(2) قرار المحكمة العليا رقم 41100 المؤرخ في 1986/04/11 نقلا عن احمد لعور، نبيل صقر ، مرجع سابق ص 79 .

ثانيا : طلاق المرتد

1- تعريفه

أ- تعريف المرتد لغة : أصلها رد ردا وتزداد الارتداد وهو الرجوع إلى الكفر بعد الإسلام والمرتد هو الذي كفر بعد إسلامه (1).

ب- تعريف المرتد اصطلاحا : اختلف الفقهاء بضبط مفهوم المرتد على النحو التالي :

حيث عرف الحنيفة الردة بانفء الرجوع عن الإيمان والمرتد عندهم هو والراجع عن الإيمان ودين الإسلام.

وقام المالكية بتعريف الردة على إنها : رجوع المكلف عن الإسلام طوعا إنما بالتصريح بالكفر او باللفظ يقتضيه أو بالفعل ينظمه .

عرفه الشافعية بان الردة : قطع إسلام بنية أو بقول كفر او فعل سواء قاله استهزاء او عنادا .

اما الحنابلة فقامة بتعريف الردة على انه الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر (2).

(1) فخري جميل محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ،مرجع سابق، ص 223.

(2) المرجع نفسه، ص 223 .

حيث انه جاء في المختصر المشتهر في الكتاب للقدوري : إذا ارتد احد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق فان كان الزوج هو المرتد وقد دخل بها فلها كمال المهر وان كان لم يدخل بها فلها نصف المهر وان كانت المرأة هي المرتدة قبل الدخول فلا مهر لها وان كانت الردة بعد الدخول فلها المهر وان ارتدا معا ولم يعلم السابق واسلما معا كذلك فهما على نكاح ولا يجوز أن يتزوج المرتد بمسلمة ولا كافرة ولا مرتدة وكذلك المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر ولا مرتد. (1)

وكان في بداية المبتدأ والهوايية ان وقعت الفرقة بغير طلاق حال ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله إن كانت الردة في الزوج فهي فرقه بطلاق .

وفي الكنز ارتداد احدهما فسخ في الحال .

وفي البحر شرح الكنز : يعني فلا يتوقف على قضاء القاضي وفي الهداية : ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معا فسد النكاح بينهما : لإصرار الآخر على الردة : لأنه مناف كابتدائها. (2)

(1) أحمد محمد علي داوود ، مرجع سابق ، ص 303 .

(2) المرجع نفسه، ص303.

2- ميراث المرتد :

اتفق الفقهاء على أن المرتد لا يرث احد البتة كما انه اذا ارتد احد الزوجين بانت الزوجة ولذلك فالزوج المرتد لا يرث زوجته والزوجة المرتدة لا ترث زوجها ومن المعروف أن الزوج إذا ارتد بانت زوجته وفقدت حقها في الميراث لاختلاف الدين الا أن الفقهاء الحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه فارا بالردة من توريث زوجته فيرد عليه قصده ولذلك فان الزوجة المسلمة ترث زوجها المرتد إذا مات أو قتل على رده وهي في العدة لأنه يصير فارا إن كان صحيحا وقت الردة.(1)

أما الزوجة المسلمة إذا ارتدت وهي في مرض موتها فان زوجها المسلم يرثها اذا ماتت وهي في العدة عند الحنفية لقصدها إبطال حقه فتعامل بنقيض قصدها ولا يرثها زوجها إن ارتدت حال صحتها لأنها بانت بالردة ولم تصر مشرفة على الهلاك ، فلا تكون فارة ولزوجها ان يتزوج بأختها عقب لحاقها بدار الحرب ، لأنه لا عدة عليها كالميتة ولأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه في مالها بالردة بخلاف المرتد . (2)

ولقد ألحق الفقهاء المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبره في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته ، فيرد عليه قصده ، لان من شروط الميراث اتحاد الدين بين الوارث والمورث المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري .

(1) جميل فخري محمد جانم ، تدابير شرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، مرجع سابق، ص 224.

(2) المرجع نفسه ، ص 225 .

ولقد نص الفقهاء على ان المرتد ترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على رده وهي في العدة لأنه يصير فارا وان كان صحيحا وقت رده . وجعلوا حكمه حكم المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بقصد الفرار من ارثها له ومات وهي في عدته. (1)

ثالثا : الطلاق بدون سبب

1- تعريفه :

لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء القدامى و المعاصرين و قوانين الأحوال الشخصية تعريفا للطلاق دون سبب ولذلك فإننا نعرف الطلاق دون سبب بأنه :

" مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل في تطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع ودون حاجة داعية إليه ". (2)

2- التعسف في الطلاق دون سبب :

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق دون سبب ولعل السبب في ذلك عدم وقوعه في عصرهم او ندرته ولذلك لقوت الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت،

(1) بلحاج العربي ، الوجيز ، مرجع سابق ، ص 245.

(2) جميل فخري محمد جانم ، تدابير شرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، مرجع سابق،

ولترفعهم عن إيقاع الطلاق من غير سبب وعن ظلم المرأة . (1)

ولكننا نجد ان عامة الفقهاء قرروا بان الأصل في الطلاق الحضر لا الاباحة لظاهر

النصوص التي تنحدر من الطلاق وتنتهى ان وقوعه لغير سبب مشروع وان فيه كفراننا لنعمة

النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية لا الدنياوية لقوله تعالى : وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ

أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً " سورة الروم 21

وإنما ابيح للحاجة الى الخلاص من الضرر عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء واستفحال

الخلافات ، وعدم اقامة حدود الله تعالى ونحوها من الأسباب فان لم تكن الحاجة المبيحة له

شرعا بقي على اصله من الحضر، لما فيه من إضرار للمطلق وزوجته وأولاده و انعدام

للمصلحة الزوجية لقوله تعالى " فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " سورة النساء 34، أي

لا تطلبوا الفراق مما يدل على أن من طلق زوجته لغير حاجة ودون سبب مشروع . فقد

اضر بزوجته وأهلها و المجتمع وهذا نوع من الفساد لقوله تعالى " والله لا يحب الفساد "

سورة البقرة 205. (2)

(1) جميل فخري محمد جانم ، تدابير شرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، مرجع سابق،

ص 226.

(2) المرجع نفسه، ص 226، 227.

كما انه ناقض قصد الشارع من مشروعية الطلاق وذلك يكون متعسفا في استعمال حق الطلاق . أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى القول بان من طلق زوجته من غير حاجة أو مصوغ شرعي ، فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله بيده لأنه يكون بذلك قد اضر بالزوجة وأهلها وأولادها و المجتمع . والضرر ممنوع كما أنه قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق و المناقضة تعسف ومن اجل ما قيل في هذا الموضوع " يؤخذ من النصوص الشرعية أن من طلق زوجته من غير حاجة على لسان عبد الفاتح عياش عمر قوله " إذا استعمل الزوج هذا الحق المشروع بدون سبب شرعي ولغير حاجة ، يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه. (1)

المذهب الثاني : ذهب بعض الفقهاء المحدثين الى القول بان من طلق زوجته من غير حاجة او سبب مشروع لا يعتبر متعسف في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق اذا كان من غير حاجة او سبب مشروع بناء على ان الأصل في الطلاق الإباحة وانه حق الزوج له حرية الإرادة في التصرف فيه.

(1)جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 227،228.

أما من رأي القانون في المسألة لم يتطرق كل من مشروع الأحوال الشخصية الإماراتي و قانون الأحوال الشخصية السوداني وقانون الأحوال الشخصية العراقي ومدونة الأحوال الشخصية المغربية إلى الطلاق دون سبب ولم تنص على أن هناك تعسفا فيه.

أما مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وقانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحوال الشخصية السوري فقد أخذوا مذهب عامة الفقهاء القائلين بان هناك تعسفا في الطلاق إذا كان بدون سبب حيث اعتبرت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربي للأحوال الشخصية ، الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق لغير سبب معقول كما نصت المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني " على انه إذا طلق الزوج زوجته تعسفا ، كأن طلقها لغير سبب مشروع " وجاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية ما نصته " الطلاق في أصله مكروه شرعا ويكون تعسفا إذا لم يكن لسبب مشروع وفي قرار آخر ما نصه : " إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا ويعتبر طلاقا تعسفا ما لم يكن الطلاق لسبب معقول". (1)

كما نصت المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري على انه " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول"

(1) جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 228.

وجاء في قرار المحكمة النقض السورية " ألا يشترط لاعتبار الطلاق تعسفا أن يقع بلا سبب و يؤدي بالمطلقة الفاقة والاحتياج ".⁽¹⁾

أما عن موقف المشرع الجزائري من المسألة فإنه تطرق في المادة 52 قانون الأسرة الجزائري إلى أنه إذا تعسف الزوج في طلاق زوجته يتوجب عليه التعويض ولم يحم بحصر صورته وجعل الأمر متروك لقضاة الموضوع ولم يتكلم إطلاقاً على الطلاق بدون سبب في أي مادة من مواد القانون الأسرة الجزائري.

3- تطبيق معايير التعسف على الطلاق بدون سبب :

أ- المعايير الذاتية أو الشخصية :

معيار قصد الأضرار : إن الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي ولغير حاجة تدعوه لذلك ولم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق فإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها أو بأهلها للقرينة الدالة على ذلك ، وهي عدم وجود أي مسوغ شرعي يحمله على الطلاق ، فإذا تمغص قصد الإضرار منه يكون متعسفا في استعمال حقه .⁽²⁾

معيار المصلحة غير المشروعة : شرع الله الطلاق ليكون حلا سليما للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين ولم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد ، فإذا

(1) جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 229.

(2) المرجع نفسه ، ص 229.

كان لغير سبب ودون حاجة فإنه يكون تعسفا حيث سعى في نقض مصلحة حفظ الشمل والعرض وناقض الحكمة من مشروعية الطلاق فإذا طلق الزوج زوجته مثلا للزواج من غيرها، فإن المصلحة غير مشروعة ، لأنه يستطيع الزواج دون الحاجة إلى طلاق الأولى ، فكيف إذا طلقها دون أية مصلحة ؟ لاشك أنه يكون متعسفا من باب أولى .(1)

ب- المعايير الموضوعية أو المادية :

معايير اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة : إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول ولا مقبول و لو كان يحقق له مصلحة ضئيلة ، لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق ، فإنه يكون متعسف حسب هذه المعيار لأن الضرر الناجم عن الطلاق أشد و أعظم من بقاء الحياة الزوجية ولو أدى إلى تحقيق تلك المصلحة الضئيلة للزوج ، بالمقارنة بينها وبين الضرر المترتب على الطلاق .(2)

معيار الضرر الفاحش : إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مسوغ شرعي ودون حاجة تدفعه إلى ذلك ، فيه ضرر فاحش بالزوجة ، من فقدان المعيل بعد أن كانت نفقتها على

(1) جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 230.

(2) المرجع نفسه، ص 230.

زوجها و أصبحت فرصة زواجها مرة أخرى ضئيلة وبالتالي ستعاني من آلام الوحدة و
الكآبة بالإضافة إلى النظرة المجحفة في حقها من أفراد المجتمع .(1)

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي في المادة 52 المدلة بموجب الأمر

02/05 بالنص فيها على ما يلي : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم

للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" و هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة

التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أن الزوج قد تعسف في

الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق، أو تبين له بأنه قد طلقها بقصد

الإضرار بها، فهنا لابد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق و المتاع و الأموال

الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي.(2)

و يبدو أن المشرع الجزائري لم ينص على معايير هذا الطلاق التعسفي، و حتى اللجنة

التي قامت بوضع مشروع التعديل لم توضح ذلك في شرحها للمواد و مع ذلك يمكن عده

في الأسباب التالية :

1 أن يقع بلا سبب و يؤدي بالمطلقة إلى الضرر كالفاقة و الاحتياج و يستثنى من ذلك

الطلاق بتراضي الزوجين.

(1) جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 230.

(2) بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 187.

2 أن يكون بلا سبب معقول أو دون مبرر شرعي أو قانوني مقبول (1). و لقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12/11/1982م بأنه " من المقرر شرعا و قانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإنه للمطلة الحق في النفقة و التعويض و سائر توابع العصمة". (2) و يظهر أن للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، و تبدو مهمته في ذلك صعبة للغاية و مع ذلك ستسهل إذا استعان بما يلي :

1 يحكم ضميره المهني، بمعنى أن لا يتعامل معها إداريا فحسب و إنما يتعايش معها لخطورتها.

2 أن يستعين بوكيل الجمهورية الذي أصبح طرفا أصليا في المنازعات الأسرية، كما نصت على ذلك المادة 03 مكرر من الأمر 02/05.

3 أن تستثمر جلسات الصلح التي أصبحت تعقد لمرات عديدة كما جاء في المادة 49 من الأمر 02/05، بحيث يستطيع أن يقدر تعسف الزوج أو عدمه.

4 يمكن له أيضا أن يستعين بتقرير الحكيم و هو ما نصت عليه المادة 56 من القانون رقم 11/84 : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكيم للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكيم حكما من أهله و حكما من أهلها و على هذين الحكيم أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". (3) و تبقى مسألة أخرى ينبغي

(1) سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 120، 121.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 28784 المؤرخ في 12/11/1982م نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 76.

(3) سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 121.

التنبيه إليها و هي أن المرأة قد تجد نفسها مرمية بالشارع بسبب تعسف زوجها في الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها أهل من يقبل عودتها، و لم يكن لها دخل مالي كونها لا تعمل، و هي أكبر مشكلة قد تعانيها الأسر. فمن الوجهة الشرعية لا نستطيع إلزام الزوج بعد الطلاق بالإنفاق عليها إلا في خلال العدة أيضا.

و أما مسألة التعويضات التي يمكن للقاضي أن يحكم بها في حال الطلاق التعسفي، فلا ندري إلى أي حد يكمن أن تصل فقد لا تعطي شيئا بالنسبة لوضعها الاجتماعي.

و هنا لا بد في رأينا من تحديد مدة معينة كافية للزوجة يتحمل الزوج فيها المسؤولية تجاهها بسبب تعسفه بالطلاق، و يقضي لها بالتعويض الذي يغطي نفقة سنتين على الأقل، و لو تدفع بالتقسيم حسب حال الزوج، كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها، و ليس هذا بدعة في المشرع إذا عدل هذا النص بهذا الشكل.

هذا و يثور الجدل حول أساس التعويض ما إذا كان بناء على الخطأ أو التعسف، أم المقياس في ذلك هو الضرر الذي أصاب المرأة، و بمعنى آخر هل التعويض عن فعل الطلاق التعسفي أم عن الضرر الذي أصاب نتج عنه؟ و نرى أن يشمل الحكم الاثنتين معا فعل التعسف و ما نجم عنه من أضرار.

(1)

(1) بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 187، 188.

المبحث الثاني

المبحث الثاني :

الآثار المترتبة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :

تمهيد :

الطلاق حقيقة اجتماعية و شرعية و اقتصادية و أضحي للأسف ممارسة يومية في عالمنا الإسلامي، على غرار باقي العوالم، و من أجل ذلك و حفاظا على حقوق الأزواج و الأولاد، رتب الإسلام آثارا للطلاق تنجم عن حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق و الالتزامات، و تبعا لذلك ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، تتمثل أساسا في :

المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي و متعة الطلاق.

المطلب الثاني : العدة و الحضانة.

المطلب الثالث : النزاع حول متاع البيت و النفقة.

المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق

الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي

أولاً: تعريف التعويض وطبيعته

1- تعريف التعويض :

لم أحد فيما أطلعت عليه من كتب الفقه تعريفاً للتعويض ، ويمكننا أن نعرف بأنه :
عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر ، لما أصابه من
ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع .⁽¹⁾

2- طبيعته :

تبعا لما ذكرناه فإن التعويض المقرر لصالح الزوجة بمناسبة إيقاع الطلاق لا يخضع
للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من القانون المدني ومن هنا نقول أن الحق
المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني ، إذ أنه من
طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساساً من الشريعة
الإسلامية و أن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادة 124 و 124
مكرر من القانون المدني الجزائري و إنما مصدره مسئولية الزوج في الطلاق كونه

(1) جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه
والقانون ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2009 م ، ص 208 .

صاحب العصمة الزوجية ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي :
" إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل
التعويض عن الطلاق".(1)

ثانيا : شروطه

كي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر
شروط نقدرها فيما يلي :

1 - أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين : الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن
طلاق تعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين فلا يمكن أن
يكون عقدا بدون دخول ، بل يجب أن يتم الدخول و المعاشرة الزوجية ومعنى ان تكون
الزوجية قائمة لابد أن تسلم الزوجية نفسها إلى زوجها و أن تمكنه من الاستمتاع فإذا لم
تسلم الزوجية لزوجها أو لم تمكنه من الاستماع بها ففي الحالة لا يكون الحديث عن
موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا.(2)

2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة :

العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج ، فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق
كما ذكر ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم ، وفكرة أحقية بالطلاق بالإرادة المنفردة

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين اميلية، الجزائر ،

2008م ، ص 07.

(2) المرجع نفسه، ص09.

تتطلق من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء بأنها وجبات مالية وأخرى غير مالية ، فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة والواجب الغير المالي يتلخص أساسا في العدل بين الزوجات اذا كان متزوجا أكثر من واحدة ومثلها أيضا عدم الإضرار بالزوجة ، فالبنسبة للمهر جعله الإسلام حقا على الرجل للزوجة وليس لأبيها أو أقرب إليها أن يأخذ شيئا منه إلا في حال الرضا و الاختيار فقد قال الله تعالى : " وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا " سورة النساء 04.

وآتوا النساء مهورهن عطاء مفروضا لا يقابله عوض فإن أعطين شيئا من المهر بعد ما ملكن من غير إكراه ولا حياء ولا خديعة فخذوه سائغا لا إثم معه ، فإذا أعطت الزوجة شيئا من مالها حياء أو خوفا أو خديعة فلا يحل أخذه ، قال تعالى : " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُم إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا " سورة النساء 20، 21. (1)

3- أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق :

يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 10، 11.

الأسرة لم يعطه المشرع تعويضا محددًا ، تاركا المجال للفقه الشرعي و القانون
للخوص في هذا الأمر ، فالتعسف كما أورده القانون المدني الجزائري في مادته 124
مكرر منه عرفته بتحديد صورة الذي عددها بثلاث وهي :

- إذا كان يقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة .
 - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .
 - إذا كان يرمي الحصول على فائدة غير مشروعة .
- وتعد الصورة الأولى أجل و أوضح بالنسبة لموضوع الطلاق فإذا لم يستطيع الزوج أن
يبير طلبه الرامي للطلاق عد ذلك دليلا على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة وتبرير
الطلاق تظل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه .
- والواقع السائد في محاكم الجزائر هو أن الزوج عادة ما يبير طلاقه بعدم قيام الزوجة
بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه ، لا سيما الطاعة وحسن التدبير وعادة
ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية .

وتبعا للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في إيقاع الطلاق كما ذكرنا آنفا فإن كل ما يدعيه
الزوج في محاولة منه لتبرير طلاقه ينبغي أن يؤسسه بدليل و الإثبات القاطع و إلا عد
متعسفا في طلبه الرامي للطلاق.(1)

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 13، 14.

عند تحقيق الشروط الثلاث تكون المطلقة محقة في طلبها الرامي للتعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساسا عن عصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج .⁽¹⁾

ثالثا : تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها في حالة التعسف

للقاضي في القانون الجزائري معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي الواقع يغير سبب معقول المادة 52 قانون الأسرة الجزائري والتعسف في استعمال حق الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته ، كالطلاق في مرض الموت لا بطلان حق الزوجة في الميراث وهو ما يسمى بطلاق الفار وقد سبق الحديث عنه وكذلك كالطلاق من غير سبب معقول ، رغم تنازل الزوجة عن موقفها وتشبثها بالعودة إلى الحياة الزوجية ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب و المتناقض مع قوله تعالى : " فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيْلًا " سورة النساء 34 و 35 .

فالطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء فإن تبين للقاضي أن استعماله كان لغرض غير مشروع أو بدون سبب معقول قضى بالتعويض طبقا لأحكام قانون الأسرة و القانون المدني.⁽²⁾

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 14.

(2) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 237، 238.

وقد أستمد المشرع الجزائري هذا المبدأ القائل بأن الحق يصبح غيره مشروع إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير ، من الفقه الإسلامي ومن التطبيقات العملية التي انتهى إليها القضاة عن طريق الاجتهاد وهذا مع العلم بأن الحقوق الشرعية المترتبة عن عقد الزواج لا تدخل في التعويض الذي يقضي به القاضي عن الطلاق التعسفي .

هذا ولم يوضح المشرع الجزائري في المادة 52 قانون الأسرة الجزائري معيار الطلاق التعسفي ، كما أنه لم يحدد حدا أقصى و لا حد أدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بها ، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق الذي منحه الإسلام له قيود و شروط فيجب أن يعرف كيف يستعمل هذا الحق و متى يكون ، فإذا أساء الاستعمال وجب عليه التعويض لزوجته .

و الحقيقة أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما لم يقيد التعويض ذلك أن الواجب ان يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا بدفع الفقر و الحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف و درجته والحالة المالية للزوج (1).

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/02/24 م على أنه : " إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا غير مألوف بالنسبة لحالتيهما " (2).

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 238.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 39689 المؤرخ في 1986/ 02 /24 بقلا عن بلحاج العربي ، قانون الاسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1994م ، ص 76 .

وخلص القول أن المادة 52 قانون الأسرة الجزائري هي خطوة جريئة خطاها المشرع

الجزائري فأوجب التعويض عن الطلاق التعسفي و الذي يجب أن يتوافر فيه شرطان

أساسيان وهما : أن يثبت للقاضي تعسف الزوج في الطلاق وأن يصيب الزوجة من

جاء ذلك ضرر لاحق ويمكن أن نضيف إلى هذين الشرطين شرطا آخر وهو ألا يكون

الطلاق برضا الزوجة أو بناء على طلبها لأن هذا يعد من الأسباب المعقولة.⁽¹⁾

الفرع الثاني : متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

أولا : تعريف المتعة و حكمها

1 تعريف المتعة:

هي ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها. ⁽²⁾ أي هي ما قدمه الزوج لزوجته

جبرا و ترفيها وتخفيفا لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة بسبب استعمال الرجل حق

الطلاق الذي منه الله إياه على سبيل الاستثناء و حرما إياه. ⁽³⁾ وهي أيضا ما تتمتع به

الزوجة وتعطاه تعويضا عن الفرقة بينهما وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة

(1) بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 243، 244.

(2) نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003م، ص 200. 251.

(3) معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، 2000م، الجزء الثاني، ص 225.

للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض ولدا قال الفقهاء المتعة الثياب التي تكس بها المرأة عند الخروج حسب الفرق و قد تكون المتعة بقيمة ذلك أو ما يعادلها.(1)

2- حكم المتعة :

اتفق الجمهور على أن المتعة ليست واجبة في مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم : هي مندوب إليها وليست واجبة وقال به مالك. (2) فهي عند مالك وأصحابه والقاضي شريح مندوب إليها مستحبة لا وجوب فيها . فهي مندوب إليها لكل زوجة مطلقة قبل الدخول وبعده لان الله عز و جل وصفها في كتابه العزيز بأنها " حقا على المحسنين" البقرة 236 .

أي على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الإجمال و الإحسان ليس بواجب إلا الزوجة غير المدخول بها المسمى لها مهرا فيكفيها نصف ما فرض لها و ليس لها المتعة.(3) والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة : هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى و قال الشافعي : هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ

(1) بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، المعيار، قسنطينة، الجزائر، 2004م، العدد التاسع، ص251 .

(2) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996م، الجزء الثاني، ص95.

(3) بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص253،254.

الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ

وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " سورة الأحزاب 49 فاشتراط المتعة مع عدم المسيس ، وقال

تعالى : " وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

فَرَضْتُمْ " البقرة 237 فعلم أنه لا متعة لها مع التسمية و الطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا

لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمرى مخيل لأنه حيث لم

يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها

شيء. (1)

وعند ابن حزم المتعة فرض كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو آخر ثلاث وطنها

أولم يطأها فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا أن يمنعها و يجيزه الحاكم على ذلك

أحب أم أكره ، و لا متعة على من إنسخ نكاحه منها بغير طلاق و لا يسقط التمتع عن

المطلق مراجعته إياها في العدة و لا موته ولا موتها و المتعة له ا أو لورثتها من رأس

ماله يضرب بها مع الغرماء. (2)

وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى : " وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْعِ

قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ " سورة البقرة :236 على العموم في كل مطلقة إلا التي سمى لها

و طلقت قبل الدخول و أما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم و الجمهور على أن

(1) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ،مرجع سابق، ص 95، 96.

(2) بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 254.

المختلعة لا متعة لها لكونها معطية يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض
الصداق و أهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطى.(1)

ثانيا : أوجه الشبه و الاختلاف بين المتعة و التعويض

1- أوجه الشبه بين المتعة و التعويض : هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن
الطلاق التعسفي يمكننا أن نلخصها في ما يلي :

أ- إن كلا من المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن الذي
يزيل الحل بين الزوجين لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد
انقضاء العدة .

ب- إن كلا من المتعة و التعويض يتفق على مضارها الزواج فان اختلفا قدرها القاضي

ج- اختلف الفقهاء وكذلك القوانين في بيان الحد الأعلى و الأدنى لكل من المتعة و
التعويض

د- إن كلا من المتعة و التعويض وجبا جبر خاطر للمرأة وتخفيف لها من آلامها
وتعويضًا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها .

(1) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق، ص 96.

هـ- إن كلا من المتعة و التعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر و النفقة.(1)

2 أوجه الاختلاف بين المتعة و التعويض : تختلف المتعة عن التعويض بعدة أمور

وبها تمتاز المتعة عن التعويض وهي :

أ- ان المتعة تبنت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القران الكريم والسنة النبوية و الأثر عن الصحابة و التابعين أما التعويض فهو اجتهادي مختلف فيه أستند القائلون به على نظرية التعسف والتي بينت مشروعيتها على أدلة من القران والسنة .

ب- تجب المتعة بمجرد الطلاق ولكن مطلقة إذا أخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة وبينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفا .

ث إن المتعة تجب في جميع حالات الفرق سواء أكانت طلاقا ام فسخا سواء أكان الطلاق من الزوج ام من القاضي ، اما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة وهي ايقاع الزوج الطلاق على زوجته دون مسوغ شرعي .

(1) جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، مرجع سابق، ص 234.

د- ان المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة ، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج ، فقد أوجبت بعض الفقهاء و القوانين التعويض عليها لزوجها.(1)

هـ- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن بيدي المطلق الأسباب التي دفعته الطلاق أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع الطلاق ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه فيذكر الأسباب التي دفعته إلى الطلاق فإن كانت الأسباب معتبرة لم يحكم بالتعويض كما أن في إثارة الأسباب كشف الأسرار الزوجية وتبادلا للتهم بين الزوجين مما قد يترتب عنه أضرار أشد خطرا من المصلحة المراد منها في جبر خاطر المرأة المنكسر بالطلاق وتسليية لها و تخفيف آلامها و إزالة الايحاش و الابتذال ورفع الضرر الواقع عليها بالطلاق.(2)

(1) جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، مرجع سابق، ص 234 ، 235.
(2) المرجع نفسه، ص 235.

ثالثا : موقف القضاء الجزائري من المسألة

لم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسألة واختلطت عليه الأمور ولم يتبين موقفا واحدا ولعل اجتهاده تطبيقا للمادة 222 من القانون الأسرة جعلت المسألة دون واحد واجتهاد موحد.

فالرأي الأول من القضاة اعتبر المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي عمله واحد ومعنى واحدة.⁽¹⁾ مثلما جاء في قرار المحكمة العليا أشتمل على ما يلي : (من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية منه.

وكما كان ثابتا في قضية الحال، أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة و متى كان كذلك أستوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة.⁽²⁾ واضح من القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضا عن طلاق غير مبرر وهو التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان بتظلم المطلق . وذلك مؤكدا بتأسيس القرار الذي خلص إلى إن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر وأنه بما أن القرار المطعون فيه ظلم الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما وان منح المطلقة التعويض

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 24.
(2) قرار المحكمة العليا رقم 39731، المؤرخ في 1986/01/27م، نقلا عن أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 53، 54.

يعرض قرار النقض. (1) وهذا أيضا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في

1985/04/08 على أنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها

زوجها متعة تعطي لها تخفيفا من الم فراق زوجها لها ، وهي في حد ذاتها تعتبر

تعويضا فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة

ويدفع مبلغ آخر كتعويض " (2).

وتأكيد على نفس الاتجاه صدر قرار آخر يؤكد أن المتعة في نفسها التعويض عن

الطلاق التعسفي وأن منح المطلقة التعويض رغم أنها هي من طالبت بالطلاق،

يعد خرقا للقانون وهذا ما أكده القرار الذي جاء فيه : (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 .

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 24، 25.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 35912 المؤرخ في 1985/04/08م، نقلا عن احمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص53.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة أكمة دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله ، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية .⁽¹⁾

القرار هذا يرسخ أن المتعة المتحدث عنها هي التعويض عن الطلاق التعسفي وخلص إلى أنه مادام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة بالتطليق فإن ذلك يعد عقابا للزوج و لا يزداد عليه غيره ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة وهو نفس المبدأ الذي يتحدث فيه عن التعويض الذي لا تستفيد منه المطلقة كونها هي من طالبت بفك الرابطة الزوجية وليس هناك ما يؤكد وجود تعسف الزوج في طلب الطلاق.⁽²⁾

فإن جانبا من القضاء الجزائري يسلك مسلكا آخر باعتماده على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي ، فكل مستقل عن الآخر و له آثاره و أحكامه الخاصة به .⁽³⁾ ذلك ما جسده قضاة المحكمة العليا في قرارها جاء فيه ما يلي : " من الأحكام

الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة إهمال نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم لها من جراء الطلاق التعسفي و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل .

(1) قرار المحكمة العليا رقم 43860 المؤرخ في 1986/12/29 م، نقلا عن احمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص53.

(2) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 25.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي ."

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن الشريعة الإسلامية تقر قانونا للزوجة عدة نفقات هي نفقة إهمال ونفقة العدة و نفقة المتعة وحتى مبلغا على سبيل التعويض .

فالقرار جاء متبنيا لاتجاه آخر يقول فيه أن نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول و ليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي و أن ذلك يعكس ما جاء في القرارات المشار إليها سابقا قبل هذا الأخير.⁽¹⁾

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على المتعة إطلاقا في قانون الأسرة رقم 84- 11 إذ ورد في نص المادة 52 أنه : " إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " و في إطار تطبيق هذه المادة تعارض الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بين قرارات جعلت التعويض والمتعة اسمين لشيء واحد فلا يقضي بمبلغ يسمى تعويضا و بمبلغ آخر يسمى متعة وقرارات أخرى جعلت من حقوق المطلقة التعويض والمتعة كاستحقاقين مختلفين ، نتيجة الطلاق التعسفي لمن أراد زواجها فراقها تغليباً لرأي الشافعية الذي ذكرته سابقا ، كما قررت المحكمة العليا

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 26، 27.

أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها

جزء من المسؤولية. (1)

(1) بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 255.

المطلب الثاني : العدة و الحضانة

الفرع الأول : العدة

أولاً: تعريف العدة وسبب وجوبها

1- تعريف العدة :

هي مدة شهرية تتربصها المرأة عقب وقوع الطلاق بسبب الفرقة فتمتنع عن التزوج فيها و بانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم و العدة على المرأة أبدا ، و لا عدة على الرجل ، و انتظاره حتى ينتهي ارتباطه بمن لا يحل الجمع بينهم في عقد واحد ، من آثار التحريم و ليس صورة من صور الاعتداد.(1)

ومن هنا لماذا لا تجب العدة على الرجل ؟ قد يكون هذا السؤال غريبا بعد أن عرفنا أن العدة تخص المرأة إذا فارقها زوجها بطلاق أو فسخ أو وفاة ، فكيف إذن جاء في تعريفها في " الدر المختار " في فقه الحنيفة بان " العدة شرعا تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه".(2)

و الجواب أن الحنيفة يريدون بهذا التعريف أن الرجل أي زوج المعتدة يلزمه الانتظار مدة العدة فلا يتزوج أثناءها بأية امرأة إذا كانت هذه المتعدة هي الزوجة الرابعة التي

(1) محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص144.

(2) نبيل صقر، قانون الأسرة نسا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006م، ص227.

طلقها أو فسخ نكاحها ، كما لا يجوز لها أن تتزوج هي بأي زوج آخر أثناء هذه العدة وكذلك يلزم الرجل مع المرأة المتعدة ، ولكن مع هذا التشابه بين المرأة المعتدة وزوجها في الانتظار مدة العدة بالتفصيل الذي ذكرته ، هذا التشابه لا يبرر في نظرنا حشر اسم الرجل مع المرأة في تعريف العدة ونفضل أن يبقى تعريف العدة خاصا بالمرأة ومقصورا عليها.(1)

2- سبب وجوبها : تجب العدة على الزوجة إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، سواء كانت بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة .

فإذا كانت العدة بسبب الطلاق أو الفسخ ، فإنها لا تجب إلا إذا كان الزواج صحيحا ، و الزوج قد دخل بالزوجة حقيقة أو حكما ، أو حقيقة فقط إذا كان الزواج فاسدا ، سواء في ذلك الزوجة الحرة أو الأمة ، و المسلمة و الكتابية ، و ذلك لقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا " الأحزاب 49 فدللت الآية على عدم وجوب العدة على غير المدخول بها. (2)

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18/06/1996 م على أنه : " الحكم برفض طلب الفسخ ورجوع الزوجة لصحة الزواج - تطبيق صحيح القانون . (

الشريعة الإسلامية) - من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها و لا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها - ولما كان ثابتا في قضية

(1) نبيل صقر، مرجع سابق، ص 227، 228.

(2) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 456، 457.

الحال - أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول و أعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها ، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزوج الأول و الحكم بصحة الزواج و رجوع الزوجة إلى البيت الزوجي ، طبقوا صحيح القانون،ومتى كان كذلك أستوجب رفض الطعن".(1)

ولان العدة شرعت كما قدمنا للتعرف على عدم حمل المتعدة من الذي فارقتها ولا يمكن أن يكون حمل بلا دخول و إنما أقيمت الخلوة الصحيحة مقام الدخول احتياطاً في العقد الصحيح في وجوب العدة ، لكونها سبباً يفضي إلى الدخول مع عدم وجود المانع منه شرعاً ولما كان هذا لا يوجد في العقد الفاسد لوجود المانع شرعاً من الدخول و هو فاسد العقد الذي يوجب الافتراق بينهما ، رفعا للفساد لم تكن الخلوة صحيحة مع وجود هذا المانع ، ولا يكون هناك وجه لإقامتها مقام دخول لأنها لا تقضي إليه.(2)

ثانياً : أنواع العدة و تحولاتها

1 أنواع العدة :

أ العدة بالأقراء : تكون إذا كانت المرأة ممن تحيض و كانت الفرقة في زواج صحيح بعد الدخول الحقيقي أو حكماً أو في زواج فاسد بعد الدخول حقيقة كما تجب بالوطئ بالشبهة إلحاقاً للشبهة بالحقيقة فيما يجب الاحتياط فيه و هو هنا النسب و دليل

(1) قرار المحكمة العليا رقم 137571 المؤرخ في 18/06/1996م، نقلا عن احمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص77.

(2) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 457.

ذلك قوله تعالى : " و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " سورة البقرة 228. و لما كان القراء لفظا مشتركا يدل على الحيض و على الطهر و يحتملها اختلف في المرد من القروء في الآية فقال الحنفية و الحنابلة أنه الحيض، و قال الشافعية و المالكية و الإمامية أنه الطهر و لكل أدلته على ما ذهب إليه.(1)

لم يوضح المشرع الجزائري في قانون الأسرة المقصود بالقراء في المادة 58 و تمنينا لو بين المقصود منه لأنه يؤثر في حساب العدة و الخطأ في حساب العدة قد يؤدي إلى الوقوع في المحذور.(2)

ب العدة بالأشهر : العدة بالأشهر نوعان و هما :

عدة اليائسة من الحيض : بأن كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت سن خمس عشرة سنة و لم تحض ، أو كانت آيسة أو بلغت سن اليأس و أنقطع عنها الدم و لم تكن حاملا وقت الفرقة فإنها تعدت بثلاث أشهر من تاريخ الفرقة بغير وفاة زوجها و الدليل على ذلك قوله تعالى " و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن " سورة الطلاق : 04 و المعنى ان شككتم في عدة المرأة الآيسة و جهلتم فعدتها ثلاثة أشهر.(3)

(1) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 458.

(2) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 224، 225.

(3) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 460.

و قد نص على عدة اليائسة من المحيض في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري : " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء و اليائس من المحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".(1)

عدة المتوفى عنها زوجها : لقد ورد أيضا في الآية رقم 233 من سورة البقرة في قوله تعالى " و الدين يتوفون منكم و يدرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشرا " و جاء في المادة 59 من قانون الأسرة أن المتوفى عنها زوجها تعدد بأربعة أشهر و عشرة أيام و معنى كل من الآية الكريمة و نص المادة أنه إذا تزوجت امرأة و وقع الدخول بها ثم بعد ذلك توفي عنها زوجها فإنه يجب عليها ألا تتزوج و تنتظر مرور هذه المدة المحددة شرعا و قانونا كما أنه لا يجوز خطبتها خلال هذه المدة كلها و إن تزوجت قبل ذلك أو أوقعت خطبتها فإنها تكون قد ارتكبت خطأ و اقترفت إثما ، غير أنه إذا وقعت وفاة الزوج قبل الزواج فلا عدة و لا موجب لها.(2)

ج- العدة بوضع الحمل :

وهو ما نصت عليه المادة 60 من قانون الأسرة و لا يهم ما إن كانت قد وضعت حملها بعد شهر أو أكثر أو أقل و عليه فمهما كان أمر عدة الطلاق فإن المطلقة و تستحق نفقة كاملة طول مدة العدة التي تعتمدها لأنها تعتبر شرعا و قانونا و مازالت في عصمة

(1) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص225.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة، الجزائر، 1996م، ص287.

مطلقها و أن من حقها أن تبقى في بيت الزوجية خلال مدة العدة ، سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة و ذلك تطبيقا لما ورد النص عليه في المادة 61 من قانون الأسرة التي نصت على أن الزوجة المطلقة لا تخرج من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها إلا في حالت ارتكابها فاحشة مبينة و لها الحق في النفقة خلال عدة الطلاق.(1)

د- عدة زوجة المفقود : لقد ورد النص على عدة زوجة المفقود في الشطر الثاني من المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري و ذلك عندما نصت على أنه يجب أن : " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام و كذلك زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده ، و دل هذا النص على تشابه زوجة المفقود و زوجة المتوفى و خضوعهما لقاعدة واحدة بخصوص مدة العدة ، و لا يختلفان إلا من حيث بداية حساب العدة باعتبار أن عدة المتوفى عنها زوجها يبتدئ حسابها من يوم الوفاة و عدة زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور الحكم بفقده أو وفاته.(2)

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011م، ص136، 137.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 288.

2- تحولاتها :

العدة كما عرفناها أنواع و لكنها قد تتحول من نوع لآخر أحيانا و هذا التحول قد يكون من الأشهر إلى الحيض و قد يكون من الحيض إلى الأشهر و قد تتحول من هذين النوعين إلى وضع الحمل.(1)

أ- تحول العدة من الأشهر إلى الحيض : إذا طلقت الصغيرة أو من بلغت سن اليأس، فشرعت بالعدة بالشهور ثم حاضت قبل انتهاء العدة لزمها الانتقال إلى الأقراء أي الحيض و بطل ما مضى من عدتها، و لا تنتهي عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل عند الحنفية و الحنابلة و ثلاثة أطهار عند المالكية و الشافعية لأن الشهور بدل من الإقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها.(2)

ب- تحول العدة من الحيض إلى الأشهر : إذا شرعت المطلقة في العدة بالأقراء أو الحيض ثم ظهر حمل من الزوج، على رأي المالكية و الشافعية بأن الحامل قد ترى الدم سقط حكم بالأقراء و تعتد بوضع الحمل لأن الأقراء دليل على براءة الرحم في الظاهر، و الحمل دليل على شغل الرحم قطعا فيسقط مرتين، أيست انتقلت عدتها من الحيض إلى الأشهر.(3)

(1) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 465.

(2) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 336.

(3) المرجع نفسه، ص 336، 337.

ج- تحول العدة من الأشهر أو الحيض إلى وضع الحمل : ذلك فيما لو ظهر في

أثناء العدة بالحيض و الأشهر، أو بعدها أن المرأة حامل فالحكم هو أن تتحول العدة حينئذ إلى وضع الحمل، و لا عبرة بما مضى من الحيض إلى الأشهر لأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم من آثار الزوجية التي انتهت.(1)

و لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بتحويلات العدة تاركا الأمر لمبادئ الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر التفسيري له حسب ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 222 قانون الأسرة الجزائري .

ثالثا :بداية العدة ونهايتها

1-بداية العدة :تبدأ العدة في الزواج الصحيح من تاريخ تسجيل دعوى الطلاق أو موت الزوج أما في الدخول بها بناء على زواج باطل مشبه من تاريخ المشاركة ،أو تفريق القاضي أو موت الرجل وفي الدخول شبيهه دون عقد من تاريخ آخر مباشرة جنسية ،أما في حالة القضاء أو بالتفريق أو بالفسخ أو بموت المفقود فتبدأ العدة من حيث صيرورة حكم القاضي حائز لقوة الشيء المقضي فيه.(2)

وعليه لما كان سبب العدة هو الوفاة أو الطلاق أو التفريق كان ابتدائها عقب ذلك مباشرة ،فمتى وقع الطلاق حسب المادة 58 قانون الأسرة الجزائري أو حصلت الوفاة وفقا للمادة

(1) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 467.

(2) نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص 229.

59 قانون الأسرة الجزائري بدأت العدة .ولا يشترط لابتدائها علم الزوجة بالطلاق أو الوفاة

إذا لم تكن على علم بذلك، بل تنقضي العدة وإن كانت تجهل وفاة زوجها أو طلاقه

59 وتبدأ عدة زوج المفقود من يوم صدور الحكم بفقدانه أو وفاته كما نصت المادة

قانون الأسرة الجزائري عليه وتبدأ عدة الزواج الفاسد من يوم المتاركة أو تفريق

القاضي.(1)

2-نهايتها: تنتهي العدة إذا كانت بالأشهر مع غروب الشمس آخر يوم منها ، إذا كانت

بالقروء، فعند من يفسرها بالطهر تنتهي برؤية دم الحيضة الثالثة وعند من يفسرها

بالحيض تنتهي بانقطاع الحيضة الثالثة بأكثر من عشرة أيام، أو بعد الطهر بالفعل إذا

كانت أقل من عشرة أيام.(2)

والسؤال المطروح هنا :هو كيف تحسب العدة ؟ هل تحسب بالشهور وهي ثلاثة ام

تحسب بثلاث حيضات أم تحسب بتاريخ النطق بالطلاق ؟

يقول تبارك وتعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " .سورة البقرة :288

حيث يقول بعض الفقهاء كالمالكية والظاهرية والإباضية أن المراد بالإقراء الأطهار

واستدل أصحاب هذا الرأي يقول السيدة عائشة رضي الله عنها -"بالإقراء إنما الإقراء

الأطهار "

(1) بلحاج العربي ، الوجيز ،مرجع سابق ،ص 374.

(2)محمد كمال إمام ، مرجع سابق، ص 150.

ويرى الفريق الثاني أن المراد بالإقراء، الحيض ، وهذا ما قال به كل من الحنفية والشافعية والحنابلة وقال أبو عمر بن عبد البر لا يختلف أهل العلم بلسان العرب والفقهاء أن القرء يراد به الحيض ، ويراد به الطهر ، وإنما اختلفوا في المراد من الآية ما هو على قولين " (1).

ونص قانون الأسرة الجزائري في مادته 58 على ما يلي : "تعد المطلقة المدخول بها الحامل بثلاثة قروء واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق " ويؤخذ على هذا النص ما يلي :

أولاً: أن القانون الجزائري ذكر لفظين : "قروء" و"ثلاثة أشهر " .

ثانياً : ذكرت المادة أن مدة ثلاثة أشهر بالنسبة لليائسة من الحيض تحسب من تاريخ التصريح بالطلاق. (2).

(1) غنية قري ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون ، الطبعة الأولى، دار طليطلة المحمدية ، الجزائر ، 2011م ، ص 144 .
(2) المرجع نفسه ، ص 145 .

الفرع الثاني : الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة و شروطها

1 - تعريف الحضانة:

هي صيانة العاجز و القيام بمصالحه، و هي عند غيرهم، القيام بتربية الصغير و رعاية شؤونه في نومه و يقظته، أو هي الكفالة و التربية و القيام بأمر الولد⁽¹⁾.

و خلافا لما ألفه و تعود عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة، عرف الحضانة و لم يتركها للاجتهاد القضائي و ذلك بنصه على ما يلي : " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالاً عن التعريف الفقهي للحضانة سوى انه أستغل لفظ الولد بدلا عن الصغير و يبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير و الصغير الذين لم يبلغا بعد.⁽²⁾

(1) عبد الحميد الجياش، الاحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، مكتبة الزهراء، البيضاء ليبيا، 2009م، ص287.
(2) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص50.

2 - شروطها :

أ - الشروط الخاصة بالنساء :

ألا تكون متزوجة بغير محرم للصغير: فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو كانت متزوجة بقريب للصغير و لكنه ليس محرما له فلا حق لها بالحضانة، و إن كانت خالية من الأزواج أو متزوجة بمحرم للصغير كعمه لا يسقط حقها في الحضانة.⁽¹⁾ و جاء في قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في المادة 66: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر، بمصلحة المحضون".⁽²⁾ ألا تقيم بالصغير المحضون في بيت لا يحبه أو يبغضه: و لو كان قريبا له، لأن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون و صيانتهم، و إقامة الحاضنة مع المبغض له يعرضه للأذى و الضياع.⁽³⁾ و هذا ما نوه إليه المشرع الجزائري في المادة 72 من قانون الأسرة عندما نص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة.

ألا تكون قد امتنعت عن حضنته مجانا و الأب معسرا : امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إفسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة.⁽⁴⁾

(1) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2009م، ص271.

(2) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359.

(3) عثمان التكروري، المرجع السابق، ص272.

(4) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص67.

ب الشروط الخاصة بالرجال :

- أن يكون محرماً للمحزون إذا كان أنثى. (1) : فقد اجمع الفقهاء على أن الحزن للأنثى ينبغي أن يكون محرماً لها.

- أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة، فلا صبر و لا قدرة للرجال على أحوال الأطفال كما النساء، فإن لم يكن عند الرجال من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة و هذا شرط عند المالكية. (2)

- إتحاد الدين بين الحاضن و المحزون لأن المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين المسلم و غيره، و ذلك إذا كان المحزون غير مسلم و كان ذو الرحم مسلماً فليس له حق الحضانة. (3)

ثانياً : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

إن الأم أحق بحضانة الولد من حيث الشفقة عليه و العناية به، و بصحته و نظافته، ذكرنا كان أم أنثى، و أكد علماء التربية على أن الأم تفهم أعمال طفلها و تختبر انفعالاته عند الملابس، و تنوعها و تدريجها، و هي الأقدر على تلقين ابنها الكثير من الأمور التي تؤثر في نفسه و يتعود عليها، بما لها من صبر على ولدها، و كذلك الطفل يهتدي بنفسه

(1) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 360.

(2) المرجع نفسه، ص 360.

(3) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 68.

إلى أمه و ذلك راجع إلى اطمئنانه و تفهمه لنظراتها إليه، ومما لا شك فيه أن لا خلاف بين الفقهاء في أن الأم مقدمة على غيرها من النساء في الحضانة لأن حق الحضانة يستفاد من قبل الأم. (1) و إذا لم يوجد للصغير أي محضون قريبة من النساء أهل الحضانة تنتقل إلى الأقارب الذكور و يقدم الأب ثم الجد لأب ثم لأم ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم ثم الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ثم بنو الأخ لأم ثم العم الشقيق ثم العم لأم ثم الخال لأب ثم الخال لأم ثم أولاد من ذكروا بهذا الترتيب، علما أنه إذا تساوى المستحقون في درجة واحدة يقدم أصلحهم للقيام بشؤون الصغير. (2)

و فيما يتعلق بمراتب الحاضنين فإن قانون الأسرة في المادة 64 قبل التعديل أعطى الأولوية للأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة.

أما بحسب التعديل الجديد فقد أعاد ترتيب المسألة على النحو التالي: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العممة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...".

و الملاحظة الأولى التي نبديها هي أن القانون في التعديل الجديد كان أقرب إلى طبيعة المعيشة في المجتمع الجزائري لان السواد الأعظم من الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج، و بصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة. و لهذا عند إسناد

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004م، ص 40، 41.

(2) قدرى عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001م، ص 596.

الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع، فالطفل دائماً بعد الأبوين تجده

وثيق الصلة بجذاته من الجهتين و بالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة

تعذرها أو إسقاطها إلى الجدات هو الأمر المنطقي تماماً.(1)

ومما تجدر الإشارة إليه أن القاضي غير ملزم بالترتيب المذكور في المادة 64 من قانون

الأسرة، فهذا الترتيب الجديد غير إلزامي بالمعنى أن القاضي يراعي مصلحة المحضون،

فإذا كانت المصلحة تقتضي أن يكون المحضون مع الجدة لأب فيحكم بذلك رغم أن

المادة 64 أعطت الأولوية للجدة لام و هذا ما ذكرته المادة نفسها بعد تحديد الترتيب

الإلزامي بقولها : " مع مراعاة مصلحة المحضون".(2)

ثالثاً : سقوط الحضانة و عودتها

1 - **سقوط الحضانة :** تسقط الحضانة بأربعة أسباب عند المالكية وافقهم اغلبهم و

غيرهم و هي:

أ -سفر الحاضن سفر نقله و انقطاع إلى مكان بعيد و هو مقدار ستة برد فأكثر أي

حوالي 132 كلم، فلو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر فللولي أخذ المحضون و

تسقط حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه.

ب -ضرر في بدن الحاضن كالجنون، أو الجذام أو البرص.

ت -الفسق أو قلة الدين بحيث يكون غير مأمون على الولد.

(1)بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 255، 256.

(2)غنية قري، مرجع سابق، ص 149.

ث تزوج الحاضنة و دخولها إلا أن تكون جدة الطفل زوجها لجدّه، او تتزوج الام
عما لهن فلا تسقط لأن الجد و العم محرم للصغير، و كذا تسقط الحضانة عند

الشافعية و الحنابلة بالكفر.(1)

أم عن موقف المشرع الجزائري، فتسقط الحضانة بإحدى الحالات التالية :

أ بالتنازل عنها، و يشترط في هذا التنازل أن يكون من المحكمة المختصة، و ألا
يضر بمصلحة المحضون.(2) و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في

1988/02/19 على أنه : " من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة

أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم، فإن

لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدتها، و من ثمة فإن

القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم

الطلاق بالحضانة بناء على طلبها و لأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه

الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها

و إلزام الأب بأخذهم و هو ليس حاضنا مباشرا لهم بل يحضن بغيره من النساء،

(1) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص360.

(2) سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص154.

زوجته الثالثة) التي ليس هي أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".(1)

ب تسقط أيضا بزواج الحاضنة بأجنبي، أي بغير محرم، و لا تسقط بزواج القريب و هذا ما نصت عليه المادة 66 قانون الأسرة الجزائري ، و عندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها، تقرر منح المحضون إلى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد.(2)

ت يسقط أيضا من بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة، سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية، وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون طبقا للمادة 67 ف 2 قانون الأسرة الجزائري.(3)

ث تسقط الحضانة بقوة القانون ببلوغ المحضون 10 سنوات إذا لم يطلب هذا الأخير الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر كما في المادة 68 من القانون رقم 11/84، فإذا مددت أكثر من ذلك فإنها تنقضي بمدة أقصاها

(1) قرار المحكمة العليا رقم 51894 المؤرخ في 19/12/1988م نقلا عن دلاندة يوسف، قانون

الأسرة، دار هومة، بوزريعة ، الجزائر، 2004م، ص72.

(2) بلحاج العربي، الوجيز ، مرجع سابق، ص388.

(3) سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص154.

16 سنة ، وهذا حسب المادة 65 ف 1 ، والأنثى ببلوغها سن الزواج حسب المادة

65 ف 2 من نفس القانون.(1)

ج وتسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة
بغير قريب محرم المادة 70 قانون الأسرة الجزائري وهنا تعود الحضانة إلى أب الولد
طبقا للترتيب الوالد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.(2)

ح تسقط الحضانة أيضا بالسفر حيث تنص المادة 69 من القانون على أنه إذا أراد
الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي
في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، انطلاقا من قناعة القاضي ومصلحة المحضون
(3).

خ وتسقط الحضانة أيضا حسب المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري إذا لم يطلب من له
الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها. وهذا ما أكدته
المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 /06/ 1984 على أنه : " المبدأ : حسب
الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر
سقط حقه فيها".(4)

(1) سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 155.

(2) بلحاج العربي ، الوجيز ، مرجع سابق ، ص 389.

(3) سليمان ولد خسال ، المرجع السابق ، ص 155.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 33636 المؤرخ في 25 /06/ 1984م نقلا عن نبيل صقر، مرجع سابق، ص 256.

2- عودتها :

جاء في الشرح الكبير للدردير: "إذا أسقطت الحاضنة حقها منها لغير عذر بعد وجوبها لها ، ثم أرادت العودة لها، فلا تعود بناء على أنها - أي الحاضنة - حق للحاضن والمشهور ، وقيل تعود بناء على أنها حق للمحضون ".
وفي "مواهب الجليل" للحطاب" قال ابن القاسم سمعت مالكا قال في امرأة طلقها زوجها وله منها ولد فردته عليه استتقالا له ثم طلبته: لم يكن ذلك لها. وقال ابن رشد : لأنها قد أسقطت حقها في حضانتها إلاّ على القول بأن الحضانة من حق المحضون ، وهو قول ابن الماجشون.

ولو كانت إنما ردت إليه من عذر مرض أو انقطاع لبنها ، لكان لها أن تأخذه إذا صحت أو عاد إليها اللبن، ويفهم من هذه الأقوال أن الحضانة عند المالكية حق للحاضنة على المشهور في مذهبهم (1).

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 71 على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري ، أي أن حق الحضانة سيعود إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقضه وأيدت ذلك المحكمة ، أمّا إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرفات الحاضن بناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة وفقا

(1) نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 259.

لنص المادة 71 سوف لن يعود إليه بعد سقوطه ولقد نصت الفقرة 02 من المادة

57 من الأمر 02/05 أن الأحكام المتعلقة بالحضانة تكون قابلة للاستئناف.⁽¹⁾

رابعاً : مدة الحضانة و مسكنها

1 - مدتها :

تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للصغير متى ظهرت عدم حاجته لخدمة النساء وقدرت

هذه المدة ببلوغه العاشرة ، وتنتهي بالنسبة للصغيرة إذا بلغت مبلغ النساء، والسبب

في انتهاء حضانة متى بلغ الصغير هذا السن واستغنى عن خدمة النساء أنه حينئذ

يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة والأب أقدر من

الأم على ذلك ، أما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة

آداب النساء والعمل في المنزل والتدريب على مهنتها في المستقبل والنساء على

ذلك أقدر من الرجال ، ولهذا كان من الأفضل لها أن تبقى في يد الحاضنة سواء

كانت الأم أم غيرها .⁽²⁾

أمّا عن موقف المشرع الجزائري فقد حددت المادة 65 مدة انقضاء حضانة الأنثى

المسندة للأم عند بلوغ المحضونة سن الزواج، و حددت مدة انقضاء حضانة الذكر

المسندة للأم عند بلوغه سن العشرة (10) و يمكن تمديد هذه المد إلى بلوغه سن التمييز

المحدد بـ 16 سنة إلا أن القانون ربط هذا التمديد بشرط عدم زواج الحاضنة ثانية، و

(1) سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص155.

(2) نبيل صقر ، مرجع سابق، ص252.

في هذه الحالة عند عدم زواجها ثانية فقد تمتد المدة أكثر إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.⁽¹⁾

2 - مسكنها :

في الفقه هناك اختلاف في وجوب مسكن حضانة الصغير على من هو ملزم بالإنفاق عليه و قد أراد عابدين أن يوفق بين القولين بالوجوب و عدمه فرأى في رد المختار أنه كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد و يسكن تبعاً لها لم يلزم المسكن لعدم احتياج الطفل إليه. و وردت عبارته في رسالة الإنابة تنص على عدم اللزوم متى كان للحاضنة مسكن دون التقييد بإمكان سكنها مع الولد فيه. كما اتخذ من وسيلة لعرقلة الفصل في دعاوى نفقات الصغار عند الإدعاء بوجود مسكن للحضانة. و بتمحيص نصوص الفقه الحنفي تبين أن الأوجه فيه هو لزوم أجره مسكن الحضانة و لو كانت الحاضنة تملك مسكناً تسكنه فعلاً هي و الصغير، لأن المسكن من أنواع النفقة الواجبة للولد.⁽²⁾ أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من المسألة فقد أكد على أنه إذا أسندت الحضانة للأم، في حالة الطلاق التزم الأب وفقاً لنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بتوفير مسكن ملائم للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف اتجاه ولدها المحضون، و في حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع قيمة الإيجار لإيجاد مسكن تقطن فيه الوالدة و لدها المحضون ، كما حثت المادة نفسها على بقاء هذه الزوجة

(1) غنبية قري، مرجع سابق، ص 150.

(2) نبيل صقر ، مرجع سابق، ص 263.

المطلقة في البيت الزوجية إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين و توفير السكن أو دفع الأجرة للكرء إلا أنه من حيث الواقع أن المرأة الجزائرية لا تظل في بيت الزوجية إلى غاية توافر أحد هذين الشرطين لسببين أساسين :

السبب الأول : أن الزوج يرفع قضية الطلاق بعد أن تكون الزوجة في بيت أهلها علما كما سبق الذكر أن الزوج في الغالب لا يقوم بتطبيق أحكام الشرع فيما يتعلق بالطلاق في طهر و عدم إجراء عملية الصلح وفقا للنصوص الشرعية.

و السبب الثاني : أن العرف و الشرع لا يسمحان للمرأة المطلقة بعد انقضاء عدتها أن تظل تحت سقف واحد مع زوجها السابق. (1) إضافة إلى ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/05/21 : " العودة بمطالبة الحضانة بعد خمسة سنوات - الحكم برفض الدعوى اعتمادا على مصلحة المحضون من المقرر قانونا أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة مصلحة المحضون، و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الطاعنة قد سلمت البننتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة و لم تطالب بهما إلا في سنة 1993 أي بعد خمسة سنوات فإن القضاة بقضائهم برفض الدعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون (2).

(1) غنية قري، مرجع سابق، ص 151، 152.
(2) قرار المحكمة العليا رقم 134951 المؤرخ في 1996/05/21 نقلا عن أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 88، 89.

المطلب الثالث: النزاع حول متاع البيت والنفقة

الفرع الأول : النزاع حول متاع البيت

أولاً : تعريف متاع البيت : المتاع هو ما كان من لباس أو حشو لفرش أو دثار. وقيل المتاع هو كل ما ينتفع به من حوائج كالطعام وأثاث البيت والأدوات والسلع. وقيل المتاع في اللغة : هو كل ما يُنْتَفَعُ بِهِ من عروض الدنيا كثيرها وقليلها ، سوى الفضة والذهب ، وعرفا كل ما يلبسه الناس ويبسطه.(1)

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجب على الزوج أن يعد المسكن وما يتطلبه من فرش ومتاع وأدوات منزله وغيرها استكمالاً للحاجيات المنزلية ، إذ أن ذلك من النفقة الزوجية الواجبة شرعاً من طعام وكسوة ومسكن .

وليس من مصادر الشريعة الإسلامية دليل على وجوب المتاع أو الجهاز على الزوجة ، ولا على أبيها ، ولا تجبر هي ولا أبوها على إعداده سواء أكانت الزوجة بكراً أم ثيباً، فإذا قامت الزوجة وأبوها بإعداده كانت متبرعة.

وقد جرت عادات الناس منذ القديم على أن المرأة تزف إلى زوجها بجهاز، بل أن أهل الزوجة ينفقون أكثر من مهرها في إعداد جهاز وشراء حلي وملابس. وإذا أحضرت الزوجة عند الزفاف جهاز إلى بيت زوجها فهو ملكا لها ولا يحق للزوج استعماله

(1) قيس عبد الوهاب الجبالي، ملكية أثاث بيت الزوجية ، الطبعة الأولى ، دار الحامد ، عمان ، الأردن ، 2007م ، ص46.

والانتفاع به بغير إذنهما، ولا يمكن للزوج إجبارها على ذلك بل يجب عليه أن يعد لها منزلا ومسكنا شرعيا مستكتملا لكافة مقوماته من أثاث وأدوات... إلخ.⁽¹⁾

وقد يقع خلاف بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما حول ملكية متاع البيت وسوف يأتي تفصيل ذلك فيما يلي.

وإن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف متاع البيت تعريفا صريحا و واضحا. وإن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال.⁽²⁾

ثانيا: الإشكالات القانونية التي تثيرها م 73 ق.أ.ج

1 مكان أداء اليمين :

من الخطأ الشائع أن يصدر حكم بأداء يمين النفي حول المتاع بالمسجد ، ذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها إن اليمين تؤدي بالجلسة وأمام القاضي، ذلك ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار ما يلي : " من المقرر قانونا أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو وردت عليه ، فإن الخصم يقوم يحلف اليمين بنفسه بالجلسة ومتى تبين - من قضية الحال - أن القاضي الأول قد حدد مكان

(1) أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ن دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005م ، الجزء الأول، ص393.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص148.

تأدية اليمين بالمسجد الكبير وهو ما جعل المطعون ضدها تتراجع على مستوى الاستئناف عن طلب المتاع محل الإنكار من طرف الطاعن ، مع أن اليمين في حالة الإنكار توجه للمدعى عليه وهو الطاعن في هذه القضية و تسمى يمين النفي طبقا للقاعدة العامة للإثبات ، فإن القرار المنتقد لما أيد الحكم المستأنف المنصوص بخصوص أداء اليمين بالمسجد الكبير فيما يتعلق بالمتاع من طرف المطعون ضدها عن طلب المتاع، خالف قانون، مما يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص اليمين".(1)

و لا حرج إن حضر جلسة أداء اليمين محامي الخصم بدلا عنه طبقا للمادة 433 من قانون الإجراءات المدنية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1987/12/07م على أنه : "إذا كان مؤدي المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية أنها توجب خلق اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة ، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه يتعين رفضه . ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها أدت اليمين حول الأمتعة طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة بحضور محامي الزوج الطاعن ، فإن قضاة المجلس

(1) باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 100، 101.

حكموا على الطاعن بإرجاع المتعة التي أدت المطلقة اليمين بشأنها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.⁽¹⁾

2 - نكل اليمين :

ماذا لو وجه لأحد الطرفين أداء يمين النفي حول المتاع ثم ينكل عنها ، الإجابة مقررّة في المادة 347 من القانون المدني والتي أكدت المبدأ العام القائل : "كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه " فمن نكل عن أداء اليمين خاسر لدعواه وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانوناً أن الناكل عن اليمين خاسر لدعواه ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقاً لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة على تركها أثاثها و مصوغها في بيت الزوجية ، غير أنها امتنعت عن تأديتها، وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقاً ونكلت عنها خطأ في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص الأثاث المصوغ. " وإن المادة 347 من القانون المدني تعتبر الناكل خاسر لدعواه ، وهو مبدأ

(1) قرار المحكمة العليا رقم 47284 المؤرخ في 07/12/1987م، نقلاً عن دلاندة يوسف، مرجع سابق، ص86.

عام يشمل اليمين الحاسمة والمتممة المنصوص عليها في المادة 348 من القانون المدني، وأن اليمين بمعنى المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري . هي يمين متممة.(1)

3 قاعدة على أن يكون لأحد الزوجين البينة على المتاع:

إذا كان لأحد الزوجين البينة على أي جزء من المتاع فيقضي له بذلك سواء كان من المعتاد من الرجال أو من النساء ، لأن البينة تعد دليلا كاملا يقدم نصف الدليل، فيمكن للزوج أن يقيم الدليل على تملكه لما هو معتاد للنساء ، فقد يملك لباسا نسائيا أو مصوغا أو مواد تجميل ويقدم ما يثبت أنه مالكاها . ويمكن للزوجة أن تقيم الدليل على ما يملكه الرجال أو المعتاد أن الرجال من يشتريه كغرفة النوم ، التلفاز، آلة الغسيل وغيرها من المتاع الذي يبادر به الزوج في بيته . ويعتد بسماع الشهود كإثبات لتملك المتاع ، رغم إمكانية لإقامة الدليل بالفواتير ، لكن غياب هذه الأخيرة تعوضها شهادة الشهود، لكن المحكمة العليا أكدت في قرارها باعتماد شهادة الشهود إن اقتضى الحال في كل ما يلي: "إن الشريعة الإسلامية تسمح بسماع الشهود إن اقتضى الحال في كل مواضع النزاعات وذلك مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته."(2)

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص 102.

(2) المرجع نفسه، ص 103.

ثالثاً: حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع

إذا افتقر كل طرف لأي دليل يثبت به إدعائه ، نكون هنا أمام تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة، والتي أكدت أنه بوقوع نزاع حول متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. فالمادة 73 أعطت ثلاثة حلول سنحاول الخوض فيها حلاً بحل:

1 -القول للزوجة أو رثتها مع اليمين :

لتصور هذه الحالة يجب أن يكون الطرفان متفقين بان المتاع موجود فعلاً وجوداً كاملاً ولا نزاع بينهما فيما يخص ذلك، فإذا ما أدعت الزوجة ملكية الأثاث دون تقديم أي بينة، و كان الأثاث من المعتاد للنساء وجهت لها اليمين مقابل الحكم لها به.⁽¹⁾ و ترسيخاً لذلك فقد أكد قرار المحكمة العليا هذا المبدأ إذ جاء فيه : " من المقرر شرعاً أن النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفى أشياء التي كانت لها ببيت الزوجية في حياته، نزاع يتعلق بمتاع البيت و الخلاف حوله بين الزوجين و هما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معاً، فإن هذا النوع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، و الأمر نفسه يقال فيما يخص المتاع الخاص بالرجال، فإن كان مما يصلح لهما معاً فيحلف كل

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص 104.

منهما و يتقاسمانه و لا يختلف الأمر إلا فيما يخص الحلف، فالزوجان يحلفان على البت و الورثة يحلفون على العن، و من ثمة فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الشرعية و تشويهاً لوقائع النزاع - لما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها تمكينها من أثارها الباقي لها ببيت الزوجية و حقها من زوجها، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم للحكم المصادق على تقرير الخبرة المضمن حصر مخلفات الهالك المنقولة و قسمتها على الورثة مع إلزام الطاعن إعطاء حق المطعون ضدها و بمعالجتهم النزاع على هذا النحو هو خروج عن القواعد الشرعية و الخطأ في فهم طلبات الزوجة و إخراجها من معناها الحقيقي إلى معنى بعيد عنه ، و متى كان ذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسياً على الوجه المثار تلقائياً من المجلس الأعلى بمخالفة هذا المبدأ الشرعي".(1)

2 القول للزوج مع اليمين في المتاع المعتاد للرجال : إذا ادعى الزوج ملكية

المتاع و كان من المعتاد للرجال و لم يقدم بشأنه أي دليل تماماً مثل الزوجة توجه له اليمين للحكم له به. و يثور التساؤل حول ما هو معتاد للرجال، و ما هو معتاد للنساء لاسيما و أن ذلك ليس مذكوراً على سبيل الحصر، و لا يمكن حصره على اعتبار أن

(1) قرار المحكمة العليا رقم 32131 المؤرخ في 1984/11/05م نقلاً عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 139.

هناك من يعتبر أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم يثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكا لها.(1)

و هذا ما تبناه قضاة المحكمة العليا في قرار جاء فيه ما يلي : " من المستقر عليه قضاء و شرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية".

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإن استثنى منها أشياء أدهاها لنفسه، فإن المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء للزوج داخلا في أمتعة زوجته و حكم لها دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل بأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".(2)

3 تقسيم المشتركات مع اليمين : الفقرة الثالثة من المادة 73 من قانون الأسرة

نصت على أن المشتركات بين الزوجين يتقاسمانها مع اليمين باعتبار أن المتاع المشتركة قد يصلح للرجل و يستعمل عادة، كما يصلح للمرأة، فالمادة أوجبت عليها تأدية

(1) باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 105، 106.
(2) قرار المحكمة العليا رقم 52212 المؤرخ في 16/01/1989م، نقلا عن عمر بن سعيد ، مرجع سابق، ص 52.

اليمين و يقسمانها سوياً أو يقسمان ثمنها، المشتركات يقسمانها مع اليمين".⁽¹⁾ و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانوناً أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة المتاع فالقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلى عن عمل يخصه وحده و بقضائه كما فعل خالف القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأمتعة".⁽²⁾

الفرع الثاني: النفقة

النفقة لغة مأخوذة إما من النفوق وهو الهلاك، وإما من النفاق وهو الزواج، وسمى المال الذي ينفقه الإنسان عياله، لأن في انفاقه عليهم إهلاك للمال المنفق أو لأن في الإنفاق زواجا لحاج المنفق عليه، والنفقة عند ابن منظور من قولنا نفق الفرس والدابة وسائر البهائم ينفق نفوقاً : مات ونفق البيع نفاقاً : راج ونفقت السلعة تنفق نفاقاً : غلت ورجب فيها، وأنفقها هو ونفقها، والمنفق : من النفاق وهو ضد الكساد.. والنفقة. ما أنفق، والجمع نفاق ونفدت نفاق القوم ونفقاتهم، إذا أنفقت وفنيت... ورجل منافق أي كثير

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 107.
(2) قرار المحكمة العليا رقم 49302 المؤرخ في 11/04/1988م نقلاً عن نبيل صقر، مرجع سابق، ص 267.

النفقة، ومن باع عرضه أنفق أي من شاتم الناس شتم، والنفاق هو الذي يستر كفرة
ويظهر إيمانه.(1)

فالنفقة هي ما يقدم من طعام وكسوة ومسكن لمن وجب له. (2) فالنفقة في لسان أهل
الشرع: هي الطعام، ثم عطف عليه الكسوة والسكن والمعروف أن العطف يقتضي
المغايرة، غير أنه إذا أطلق لفظ النفقة انتظم الأمور الثلاثة معا: الطعام والكسوة
والسكنى. وقد تكون النفقة بمعنى الإدارة على الشيء بما به يقوم بقاؤه، ولذلك كان
للعرف دخل في تحديد النفقة. فيما تواضع العرف في اعتباره نفقة، فإنه يدخل في
تحديدها. كذلك ما جرت به عادات الناس على اعتباره من النفقة.(3)

وقد نص المشرع الجزائري على النفقة في المادة 78 بأنها تشمل الغداء والكسوة
والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وسند هذه
المشتملات هو الشرع الحنيف فالغداء والكسوة والسكن محل إجماع وأما العلاج فمختلف
فيه، بين قائل بأنه من مستلزمات النفقة ويلزم الزوج وبين مخالف. فعند الحنفية
والشافعية والحنابلة والمشهور في مذهب الإمام مالك لا تجب نفقة العلاج على الزوج
وذهب بعض المالكية إلى أنه يفترض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها
وهي سليمة، من المرض ويرى أبو الحسن الجعفري من فقهاء الشيعة أن الدواء إذا كان

(1) بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 257، 258.

(2) أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 435.

(3) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 111.

من النوع الذي تكثر فيه الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع وتحتاج إلى مال كثير فليست من النفقة في شيء ولا يلزم بها الزوج.⁽¹⁾

وتجب النفقة للمرأة بعد الطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً على خلاف بين الفقهاء في الطلاق البائن، وينقسم هذا الفرع إلى :

أولاً: نفقة العدة :

نريد بنفقة العدة ما تستحقه المعتدة أثناء مدة عدتها من النفقة بأنواعها من نفقة الطعام واللباس والكسوة والسكن.⁽²⁾ وتجب نفقة العدة لكل من المعتدة من طلاق رجعي أو بائن سواء كانت البينونة صغرى أو كبرى ولأن النفقة جزاء الاحتباس، الاحتباس قائم في مدة العدة وكذلك للمعتدة من فرقة، وهي تطليق من القاضي بسبب من قبل الزوج لأن القاضي ينوب عن الزوج في التطليق وأيضا للمعتدة من فرقة هي فسخ لعقد الزواج بسبب من قبل الزوج كردته مثلاً.⁽³⁾

ولا تجب النفقة للمعتدة من وفاة ما لم تكن حاملاً، لأن النكاح قد زال بالموت ومع ذلك فقد أوجب المالكية السكنى للمعتدة من وفاة إذا كان المنزل مملوكاً للزوج أو مستأجراً

(1) بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 258، 259.

(2) نبيل صقر، مرجع سابق، ص 239.

(3) عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011م، ص 85.

وسبق له دفع أجرته ، والمعتمدة من فسخ النكاح الفاسد أو الباطل ، إذ القاعدة أنه لا نفقة في نكاح باطل أو فاسد ولا في عدته ، لأن النفقة إنما هي من أحكام عقد النكاح الصحيح ، ولذا لا تجب النفقة للمنكوح في نكاح فاسد أو باطل في حالة المعاشرة ولا بعد المفارقة ، ولا تجب أيضا للمعتدة فيفسخ النكاح الصحيح بسبب هو معصية وجاء من جهة الزوجة كرتها عن الإسلام.(1)

وبما ان نفقة العدة كنفقة تسقط بالنشوز . (2) متى خرجت المطلقة طلاقا رجعيًا من بيت عدتها دون عذر شرعي ، أو رضا الزوج سقط حقها في النفقة و كذلك معتدة الوفاة تسقط نفقتها بوفاة الزوج . (3) و عليه فإن كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها و يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحددتها إجماليا أو شهريا و تشير إليها في الحكم نفسه الذي تقضي فيه بالطلاق ، فيدفعها المطلق إلى مطلقته وفقا لقواعد إجراءات التنفيذ إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية، و هذا هو المعنى الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 61 من قانون الأسرة حين قالت : " و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق" و نضيف هنا بأن هذا الحق سيسقط

شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية و لم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي سواء كان كليًا أو جزئيا. و تعتبر و كأنها ناشزة و يجب على القاضي أن يراعي حال كل من

(1) محمد أحمد سلاج ، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، 1999م ، ص 274.

(2) علي نديم الحمصي، مجموعة المبادئ و القواعد الشرعية و القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003م، ص 123.

(3) عبد الحميد الجياش، مرجع سابق، ص 180.

الزوج و الزوجة عند تقدير قيمة النفقة، أما المعتدة عن وفاة فلم ينص القانون على حقها في نفقة العدة، و يظهر أنه أخذاً بآراء بعض الفقهاء الذين لا يرون وجوب النفقة للمعتدة من الوفاة، و هذا يعني أن الزوجة المتوفى زوجها ملزمة شرعا و قانونا بأن تعتد عدة الوفاة و ان تبقى في منزل الزوجية طوال مدة العدة دون أن يكون لها حق النفقة لعدتها، مع الملاحظة أن هناك من الفقهاء من يرى أنه ينبغي أن يكون للمتوفى عنها حق النفقة للعدة و ينبغي أن تأخذها من تركة زوجها قبل توزيعها على الورثة باعتبارها ديناً على الزوج نشأ بعد الوفاة و له امتياز على غيره من الديون.⁽¹⁾

ومما تجدر الإشارة إليه أن الزوجة تستحق نفقة العدة في جميع الأحوال، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/10/22 على أنه : " من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به و من ذلك تقرير نفقة عدة الزوجة فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا و انه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 291.

غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة و متى كان ذلك

استوجب رفض الطعن".(1)

ثانياً: نفقة المتعة

المتعة مال يعطيه الزوج للمطلقة زيادة على صداقها لتطبيب نفسها عن الألم الذي قد يلحقها بسبب الفراق بينها و بين زوجها⁽²⁾ و لما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر المطلقة و كذا مواساتها من المروءة التي تطلبتها الشريعة. و كان إيجابها هو مذهب الشافعي الجديد الذي أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها او بسببها، و هو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر، و قول لمالك أيضاً.⁽³⁾ و تكون المتعة مستحقة للزوجة المدخول بها في زواج صحيح لها.⁽⁴⁾ فلا تستحق في الفرقة من طلاق فاسد أو وطئ أو شبهة.⁽⁵⁾ كما أنه إذا وقع الطلاق قبل الدخول أو الخلوة سقط حق المطلقة فيها، و يجب أن يكون الطلاق قد وقع بغير رضاها و لا سبب يرجع إليها و بغير اتفاق بينها و بين الزوج و انه لم يكن بسبب الإساءة من جانبها، كذلك فهي لا تستحق المتعة المفروضة في الطلاق إذا طلقت نفسها.⁽⁶⁾

(1) قرار المحكمة العليا رقم 34327 المؤرخ في 1984/10/22م نقلا عن نبيل صقر ، مرجع سابق، ص270.

(2) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص171.

(3) محمد سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 277.

(4) سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005م، ص229.

(5) ذمحمد سمير عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 278.

(6) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 87، 88.

و لم يورد المشرع الجزائري اي نص يتعلق بنفقة المتعة مما يستوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و خاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائر و هذا ما أقرته المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

و مما تجدر الإشارة إليه أن نفقة المتعة واجبة للمطلقة و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25م على ما يلي : " من المقرر شرعا و قانونا أن توابع انحلال العصمة واجبة للمطلقة قبل مطلقها. و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية. و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتأييد الحكم المستأنف مع عدم الحكم للزوجة المطلقة بالمتعة و النفقة و رد الأثاث المطلوبة منها في مرحلة الاستئناف يكون قضائه كما فعل قد خالف القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". (1)

(1) قرار المحكمة العليا رقم 57752 المؤرخ في 1989/12/25 م، نقلا عن أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص80.

خاتمة

خاتمة :

إجمالاً يمكن القول أن الشريعة الإسلامية أباحت الطلاق و جعلته حق أصيل للزوج و ذلك واضح من خلال التطرق لتعريفه و تبيان أهم خصائصه فهو مشروع كتاباً و سنة و بإجماع الأمة عليه، و لكن الشريعة الإسلامية لما أباحت الطلاق و جعلته بيد الزوج فإنها لم تتركه دون قيود أو ضوابط، بل حددت الشروط و الكيفيات لإيقاعه، لأن الإسلام نظام واقعي و إيجابي يتوافق مع الفطرة الإنسانية و تكوينها، فهو نظام لا يقوم على التطرف المانع و لا المثالية الفارغة.

فالطلاق بإرادة الزوج المنفردة هو طريقة من طرق الطلاق التي تكلم عنها المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري فالأساس أن الزوج لا يلجأ إلى الطلاق إلا عند الضرورة القصوى و بوجود مبرر و عذر شرعي أو قانوني لذلك، و كل ذلك من أجل حفظ كرامته و كرامة زوجته و كي لا يكون مضراً بها.

إلا أنه إذا انعدم المبرر أو السبب الذي دفعه إلى الطلاق أو تبين أنه طلقها لأتفه الأسباب و ألحق بها ضرراً و جب عليه تعويضها عن الألم الذي أصابها من جراء فراقه لها و المساس بحق من حقوقها، وهذا ما أشارت إليه المادة 52 قانون الأسرة الجزائري على أنه إذا كان طلاق الزوج مضراً بزوجه و جب عليه التعويض، فالطلاق هنا سواء

كان مبررا أو تعسفيا فإن ذلك لا يؤثر على كيفية إيقاعه فهو يقع ، و هذا ما سار عليه
المشرع الجزائري و هو بذلك لم يخرج عما جاءت به الشريعة الإسلامية.

و في رأي المشرع الجزائري لما لم يوضح أسباب الطلاق بإرادة الزوج المنفردة
كان صائبا فيما ذهب إليه رفعا للضيق أو الحرج الذي يقع فيه أحد الزوجين إذا ما
أفصح عن السبب الذي دفعه للطلاق.

و الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كغيره من أنواع الطلاق الأخرى تترتب عنه
مجموعة من الآثار تتمثل أساسا في العدة لأنه يجب على المطلقة أن تعتد عدة طلاقها و
الغاية من ذلك التأكد من براءة الرحم حفظا للأنساب و هذا ما ذهبت إليه الشريعة
الإسلامية و ما تبناه أيضا المشرع الجزائري. و كذلك الحضانة إن كان هناك أولاد
لأنهم المتضرر الأول و دائما في أي نوع من أنواع الفراق سواء كان طلاقا أو
فسخا... إلخ.

و أيضا ما يعرف بالنزاع حول ملكية أثاث بيت الزوجية بين ما هو من حق الزوجة
و ما هو من حق الزوج و ما هو مشترك بينهما، و كذلك النفقة لأنه يجب لكل مطلقة في
هذا الإطار نفقة عدة و متعة و هذا منوه عنه في الكتاب و السنة.

و رغم ما تقدم إلا أن قانون الأسرة الجزائري ما زال بعيدا عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية نوعا ما، من حيث إغفاله الحديث عن مجموعة من المسائل ذات الصلة بالحاجة الشخصية للفرد.

حيث أن هناك بعض المآخذ على المشرع الجزائري بخصوص المنهجية التي اتبعها في تحديد الطلاق بالمفهوم الواسع في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري دون الأحالة إلى المادة 55 التي تتحدث عن نشوز أحد الزوجين كسبب من أسباب الطلاق.

أما فيما يتعلق بآثار الطلاق، فالحديث عن العدة كان مقتصرًا بتحديد زمن كل عدة في مواد مقتضبة 58، 59، 60 من قانون الأسرة في الوقت الذي لم يعرف العدة على غرار ما قام به بخصوص الحضانة ولم يحدد بدأ سريان العدة و ترك كل ذلك للفقهاء، الذي لم يكن منسجما مع القانون في هذه النقطة لاسيما و ان الطلاق عندنا لا يكون إلا بحكم، و لا يمكن الحديث عن العدة إلا بصدوره، و في ذلك ضرر للزوجة لأن الحكم الصادر بالطلاق عادة ما يكون تتويجا لخصومة دامت عدة أشهر إن لم نقل سنوات، و هي المدة التي لا يلتقي فيها الزوج مع زوجته بسبب الخصام، و هو ما يجعل المرأة حقيقة معلقة و تزداد تعليقا ببدء العدة بعد النطق بالطلاق، كما أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع تحول العدة أو ما يسمى فقها بطروء عدة على عدة، و ذلك ما يفتح الباب على مصراعيه لنزاعات قد تضيع معها الحقوق.

لم يكن المشرع كذلك موقفا عند تطرقه لموضوع النزاع حول أثار بيت الزوجية، و ذلك باقتصاره على مادة واحدة و وحيدة، فالمادة 73 من قانون الأسرة التي تتحدث عن النزاع حول متاع البيت لا تجيب عن كل الأسئلة و الاستفسارات التي يطرحها النزاع بصفة جدية. و ذلك بإعطائها بعض الحل وليس كله و ترك باب الاجتهاد مفتوحا خلق ممارسة قضائية ليست سليمة، و جعلت من الشراح و المفسرين يثيرون الموضوع تحت تسمية الإشكالات التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة، فكان على المشرع أن يتدخل باكثر من مادة لإعطاء جميع الحلول التي يمكن أن يثيرها النزاع.

أما جانب المتعة التي طرحتها الشريعة الإسلامية و تحدث عنها الفقهاء، فهي مغيبة تماما في قانون الأسرة بلفظها و مدلولها الشرعيين، و ذلك ما جعل القضاة يخوضون بأودية مختلفة، فمنهم من اعترف للمطلقة بالمتعة مستقلة عن باقي الآثار في عدة و تعويض عن الطلاق التعسفي، و منهم من أكد أن حكم المتعة هو نفسه التعويض عن الطلاق التعسفي المنوه عنه في المادة 52 قانون الأسرة الجزائري .

و بقي المشرع الجزائري صامتا حول توضيح المسألة بشكل يوحد العمل القضائي، فبين من يعطي للمطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي فيه نوع من ضربة حظ، و أكيد أن من يحكم لها بالمتعة و العدة و التعويض أفضل بكثير ممن يحكم لها بالتعويض و نفقة العدة فحسب.

و يظل تدخل المشرع الجزائري ضروريا في هذا الموضوع على غرار باقي المواضيع حتى نكون أمام قانون مكتوب متوازن و ليس أمام اجتهاد قضائي مضطرب و غير منسجم، و لا يلتزم بموقف يناقض حرية الإنسان و كرامته، فالقانون هو مرآة التقدم في المجتمع و يجب أن تكون المرآة صافية نقية تعبر عن الحقيقة من غير تزييف.

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً : الكتب

- أبو بكر جابر الجزائري، مناهج المسلم، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، الجزائر .
- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، 1996 م ، الجزء الثاني.
- أحمد لعور ، نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2007.
- أحمد محمد علي داوود ، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الجزء الأول .
- أحمد نصر الجندي ، الحضارة والنفقات في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، 2004.
- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية تشريعاً وفقها وقضاء ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2007.
- الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، باتنة الجزائر ، 2001.
- الغوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2008.

- أنور العمروسي ،موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،2005،الجزء الأول.
- باديس ديابي ،أثار فك الرابطة الزوجية ،دار الهدى للنشر والتوزيع ،عين مليلة ،الجزائر ،2008.
- باديس ديابي ،صور فك الرابطة الزوجية ،دار الهدى للنشر والتوزيع ،عين مليلة الجزائر ،2008.
- بدران أبو العنين بدران ،الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ،دار النهضة العربية، بيروت .
- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2005،الجزء الأول.
- بلحاج العربي،قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون،الجزائر ،1994.
- بن داوود عبد القادر،الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة،المعيار،قسنطينة، الجزائر،2004،العدد التاسع.
- بن شويخ الرشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية،الطبعة الأولى،دار الخلدونية،الجزائر ،2008.
- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2001م.
- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009م.
- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009م.

- خالد عبد الرحمن العك، آداب الحياة الزوجية في ضوء الكتاب و السنة، الطبعة الثامنة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001م.
- دلاندة يوسف، قانون الأسرة، درا هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004م.
- سعيد أحمد شعله، قضاء النقص في الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2010م.
- طه طلال عبد العليم، فقه المرأة الميسر على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، ألفا للنشر والتوزيع، مصر، 2011م.
- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، مكتبة الزهراء البيضاء، ليبيا، 2009م.
- عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.
- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة، الجزائر، 1996م.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011م.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007م.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، 2009م.
- علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه و علاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م.

- علي نديم الحمصي، مجموعة المبادئ و القواعد الشرعية و القانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2003م.
- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004م.
- غنية قـري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، الطبعة الأولى، دار طليطلة، المحمدية، الجزائر، 2011م.
- فؤاد يوسف نهرا، خليل أنطوان خليل، احكام الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف، المنشورات الحقوقية صادر، 2002م.
- فضيل سعد، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2005م.
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001م.
- قيس عبد الوهاب الحيايى، ملكية آثاآ بيت الزوجية، الطبعة الأولى، دار الحامد ، عمان، الأردن، 2007م.
- محمد أحمد سلاج، محمد كمال إمام، احكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، 1999م.
- العربي، بيروت لبنان، 1996م، الجزء الثاني.
- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006م، الجزء الأول.
- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية و قانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977م.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977م.

- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعة، 2005م.
- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، 2000م، الجزء الأول، الجزء الثاني.
- منذر عبد العزيز الشمالي، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2006م.
- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006م.
- نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003م.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات :

الصفحة	
أ	مقدمة.....
1	المبحث التمهيدي : ماهية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....
2	المطلب الأول : مفهوم الطلاق.....
2	الفرع الأول : تعريف الطلاق وخصائصه.....
2	أولا : تعريف الطلاق.....
6	ثانيا : خصائصه.....
14	الفرع الثاني : مشروعية الطلاق وصفته الشرعية.....
14	أولا : مشروعية الطلاق.....
16	ثانيا : صفته الشرعية.....
20	المطلب الثاني : أقسام الطلاق وشروطه.....
20	الفرع الأول : أقسام الطلاق.....
20	أولا : أقسام الطلاق من حيث شرعيته.....
21	ثانيا : أقسام الطلاق من حيث أثره.....
23	الفرع الثاني : شروطه.....
24	أولا : شروط المطلق.....
33	ثانيا : شروط المطلقة.....
36	ثالثا : شروط الصيغة.....
47	المبحث الأول : حدود سلطة الزوج في فك الرابطة الزوجية.....
48	المطلب الأول : أساس الطلاق بإرادة الزوج ومبرراته وطبيعته.....
48	الفرع الأول : أساس الطلاق بإرادة الزوج.....
51	الفرع الثاني : مبرراته.....
51	أولا : عدم الكفاءة الجنسية.....
54	ثانيا : فقدان العذرية.....
57	ثالثا : النشوز.....
63	الفرع الثالث : طبيعته.....
67	المطلب الثاني : الطلاق التعسفي.....
67	الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي وطبيعته.....
67	أولا : تعريف الطلاق التعسفي.....
69	ثانيا : طبيعته.....
72	الفرع الثاني : صورته.....
72	أولا : طلاق المريض مرض الموت.....
81	ثانيا : طلاق المرتد.....

84	ثالثا:الطلاق بدون سبب.
90	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.
93	المبحث الثاني :الآثار المترتبة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.
94	المطلب الأول :التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق.
94	الفرع الأول :التعويض عن الطلاق التعسفي.
94	أولا :تعريف التعويض وطبيعته.
95	ثانيا :شروطه.
98	ثالثا :تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها في حالة التعسف.
100	الفرع الثاني :متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.
100	أولا :تعريف المتعة وحكمها.
103	ثانيا :أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض.
106	ثالثا :موقف القضاء الجزائري من المسألة.
111	المطلب الثاني :العدة والحضانة.
111	الفرع الأول :العدة.
111	أولا :تعريف العدة وسبب وجوبها.
113	ثانيا :أنواع العدة وتحولاتها.
118	ثالثا :بداية العدة ونهايتها.
121	الفرع الثاني :الحضانة.
121	أولا :تعريف الحضانة وشروطها.
123	ثانيا :ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.
125	ثالثا :سقوط الحضانة وعودتها.
130	رابعا :مدة الحضانة ومسكنها.
133	المطلب الثالث :النزاع حول متاع البيت والنفقة.
133	الفرع الأول :النزاع حول متاع البيت.
133	أولا :تعريف متاع البيت.
134	ثانيا :الإشكالات القانونية التي تثيرها مادة 73 من قانون الأسرة الجزائري.
138	ثالثا :حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع.
141	الفرع الثاني :النفقة.
143	أولا :نفقة العدة.
146	ثانيا :نفقة المتعة.
148	خاتمة.
153	قائمة المراجع.
158	فهرس المحتويات.

