

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

قسنطينة في : 2022/07/19

جامعة قسنطينة 1

كلية الحقوق

المجلس العلمي

المرجع 76/م.م.ع/2022

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 2022/ 07/ 13

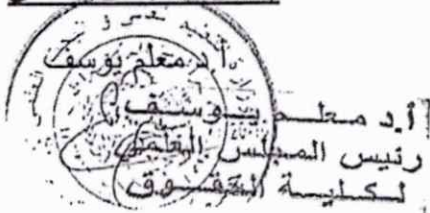
يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 بأن المجلس العلمي في اجتماعه

بتاريخ 13 جويلية 2022 قد صادق على المطبوعة البيداغوجية للدكتور(ة) خوجة سعاد تحت

عنوان : أحكام الطلاق

سلم هذا المستخرج لاستخدامه فيما يسمح به القانون

رئيس المجلس العلمي



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

قسم القانون الخاص

تخصص قانون الأسرة



أ.د. سامي بلعاب
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق

أحكام الطلاق

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة

إعداد: د. سعاد خوجة

مقدمة

من سنن الله في الكون أن تقوم الحياة والنسل على الزواج، وجعله عقدا مقدسا ورباطا وثيقا بين الرجل والمرأة مبني على التواد والتراحم يقول المولى عز وجل في محكم تنزيله "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبيا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم" بهدف، وفي الزواج غايات سامية وأهداف نبيلة، ففيه حفظ للأنساب وفيه التكاثر المطلوب في الشرع وفيه السكينة والاستقرار، ولذلك حث الرسول ﷺ على الزواج قائلا "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء". ولكن الزواج لا يكون دائما مصيره النجاح، فمن الممكن أن يصل الزوجين إلى طريق مسدود، ولا يستطيعان مواصلة الحياة الزوجية لكثرة المشاكل وعدم التوافق، فتضيع مقاصد الشرع في خضم ذلك، فهنا الشرع أجاز وأباح فك قيود الزوجية رفعا للضرر، وإن كان مكروها.

وفك الرابطة الزوجية تتخذ صوراً متعددة، فقد يبادر الزوج بالطلاق بمطلق إرادته المنفردة، وقد تكون الزوجة هي التي تطلب فك الرابطة الزوجية إما بناء على ضرر لحق بها أو مخالعة نفسها أو افتداء نفسها، كما قد يتفق الطرفان على الانفصال بالتراضي.

والمشرع الجزائري اعتد أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيمه لأحكام الزواج والطلاق فيكون من الضروري التطرق إلى كل واحدة من هذه الصور وبيان تفاصيلها في الشريعة الإسلامية أولاً باعتبارها مصدراً للأحكام في قانون الأسرة، ثم بيان المسار الإجرائي للتقاضي في فك الرابطة الزوجية، ومن ثم بيان آثار فك الرابطة الزوجية.

مفردات المقياس:

المحور الأول: صور فك الرابطة الزوجية

-الصورة الأولى: الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية،

- الصورة الثانية: التطلق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية،

-الصورة الثالثة: الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية

المحور الثاني: آثار الحكم بفك الرابطة الزوجية

-النفقة والسكن في العدة

-المتعة والتعويض

-الحضانة ومتاع البيت

-المحور الثالث: التقاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية

- الاختصاص الإقليمي والنوعي في نظر قضايا فك الرابطة الزوجية وأهم دعاوى فك

الرابطة الزوجية

-إجراءات سير دعاوى فك الرابطة الزوجية

-التدابير الاستعجالية والقضاء المستعجل

المحور الأول: صور فك الرابطة الزوجية

أولاً: الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية،

نصت المادة 48 من الأمر 05-02 على أنه: (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة....) فحددت صور فك الرابطة الزوجية كما سبق وذكرنا عن فك الرابطة بناء على تراضي الزوجين أو اتفاق الإرادتين، وتناولت فك الرابطة بناء على الإرادة المنفردة للزوج، ثم الإرادة المنفردة للزوجة، ومن خلال هذه المحاضرة نتطرق إلى الصورة الثانية والمتعلقة بإرادة الزوج منفردة باعتباره صاحب العصمة الزوجية، فهو من يملك توقيع الطلاق.

1-تعريف الطلاق

- الطلاق لغة:

الطلاق مشتق من الإطلاق ويعني الإرسال والترك بعد الإمساك فيقال طلقت البلاد إذا فارقتها وطلقت القوم إذا تركتهم⁽¹⁾، ويقال عبد طليق أي حر، ويقال أطلقت الأسير إذا خليت سبيله ويقال كذلك **تطلعت الخيل إذا مضت دون أن تحبس⁽²⁾**،

والطلاق والإطلاق يطلقان بمعنى واحد وهو رفع القيد سواء كان القيد حسياً أو معنوياً غير أنه شاع استعمال لفظ الطلاق في المعنى الحسي، والحسي كقولهم أطلقت البعير من العقال، والمعنوي كقولهم أطلقت لك الرأي، أي أبحث لك إبداء رأيك⁽³⁾، فالطلاق في كل ذلك يعني التخلي عن القيود، ولكثرة ما يستعمل لفظ الطلاق في رفع قيود الزوجية شاع استعماله فيها⁽⁴⁾.

(1) -مصطفي عبد الغني شيبية: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وآثاره منشورا سبها، 2006، ص15.

(2) -سلمان نصر، سعاد سطحي: مرجع سابق، ص4.

(3) - مصطفي عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص15

(4) - سلمان نصر، سعاد سطحي: مرجع سابق، ص4.

-الطلاق في الاصطلاح:

أورد فقهاء الشريعة الإسلامية الكثير من التعريفات للطلاق نذكر منها:

-عند المالكية: عرفه ابن رشد بأنه: حل العصمة المنعقدة بين الزوجين

-عند الشافعية: قيل في تعريفه "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"

-عند الحنفية هو: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص "

-عند الحنابلة هو " حل قيد النكاح، "

هذه التعريفات كلها تجمع على أن الطلاق هو حل لعقد النكاح، ويركز بعضهم على الألفاظ في إيقاعه، ويركز البعض على كونه في الحال أو في المآل، ولذلك حاول الأستاذ محمد أبو زهرة أن يعرفه بشكل جامع ومانع فقال فيه بأنه " رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ من مادة طلق أو ما في معناه"، ويكون قد جمع كل القيود المشار إليها، فهو بالإضافة إلى طبيعته المتمثلة في كونه حل للنكاح يكون بألفاظ مخصوصة وضعت للطلاق مشتقة من مادة الطلاق وهو إما حالا أو في المآل، والمقصود من كونه حالا الطلاق البائن أما رفع القيد في المآل فيقصد به الطلاق الرجعي لا تنتهي فيه الرابطة الزوجية إلا بعد انتهاء فترة العدة الشرعية⁽¹⁾.

2-الطلاق في الديانات السماوية وعند الحضارات السابقة:

-الطلاق عند اليهود:

الطلاق في الديانة اليهودية مكروه، فلا يباح إلا بمبرر كما هو الحال في العقم أو الزنا، أو فساد الأخلاق، ويطلق الزوج زوجته وجوبا في حال العقم، أما في تطبيقات اليهود المعاصرة فهو مخالف لذلك، فيباح ولو بغير مبرر ولو كان لأسباب واهية، وهو نهائي لا يتم

(1) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص15

الرجوع فيه، والعودة إلى المطلق ولو تزوجت من غير ومات أو طلقها فلا تعود لمطلقها (1).

-الطلاق في الديانة المسيحية:

حكم توقيع الطلاق من طرف الزوج بإراده المنفردة في الديانة المسيحية هو الحرمة، إما إذا طلب أحد الزوجين الطلاق من

فالكاثوليك: عندهم حرمة التطلق مهما كان السبب أو العلة وهذه الحرمة مردها كون الزواج سرا من أسرار الكنيسة المقدسة، فلا يفرق بين المتحدين بنعمة الروح القدس الا الموت، فالزواج عندهم عقد

دائم، والمعروف لديهم أن الزواج من أخرى هو زنا طبقا لما ورد حسبهم في الانجيل (من طلق المرأة إلا لعله زنا، فقد جعلها زانية، ومن تزوج مطلقة فقد زنا).

وعند البروستانت: وهؤلاء لا يعطون للزواج تلك النظرة المقدسة المستمدة، ولا يعتبرون أصلا أن الكهنة ممثلين عن الإرادة الإلهية، وبناء عليه يمكن توقيع الطلاق بطلب من أحد الزوجين حال الزنا، ويمكن توقيع الطلاق إذا غير أحد الزوجين الديانة المسيحية وكان طلب الطلاق من الزوج الآخر.

وعند الأورثودوكس: وهؤلاء يرون في عقد الزواج قدسية، وربطوا انعقاده وفك الرابطة الزوجية فيه بمباشرتها من طرف السلطة الإلهية ممثلة في شخص الكاهن، فهوي تولى ابرام عقد الزواج وهو من يتخذ القرار بفك الرابطة المقدسة بالطلاق، وبالنظر إلى غيرهم من الطوائف المسيحية فإن سلطة الكاهن في توقيع الطلاق هي مقيدة في خمس حالات بالإضافة إلى ما هو متعارف عليه عند البروستانت تتعلق الأولى والثانية وهذه الخمس حالات تتمثل فيما يلي:

1-المرض العارض الذي يصيب أحد الزوجين إذا كان معديا، أو جنونا مطبقا،

(1) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، ط1، 2009، ص21.

2- الاعتداء الجسماني من أحد الزوجين على الآخر،

3- إساءة العشرة الزوجية،

4- ترهب أحد الزوجين،

5- في حال الخوف من الفتنة على الزوجة إذا كان الزوج عنيماً لمدة تفوق ثلاث سنوات،⁽¹⁾

3- الفرق بين الطلاق والفسخ:

الطلاق كما سبق ورأينا هو انتهاء الحياة الزوجية والفسخ هو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد كما لو نشأ العقد غير لازم فللولي أو للزوجة طلب الفسخ، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تاماً وصحيحاً⁽²⁾، فالنكاح المتفق على فساده كنكاح الأخت من الرضاع يفسخ، والنكاح المختلف فيه كما هو عند المالكية اشتراط أن يكون أقل المهر ربع دينار ذهبي فيفسخ لأجله النكاح قبل الدخول بطلاق لا بفسخ⁽³⁾، يقول الأستاذ محمد أبيو زهرة أن الفسخ حقيقة "أنه عارض يمنع بقاء النكاح أو تكون تداركاً لأمر اقترن بالإنشاء جعل العقد غير لازم ومثال الأول ردة أحد الزوجين ومثال الثاني الفسخ بالخيار.."⁽⁴⁾.

والفسخ نوعان:

- يكون فيه نقض للعقد من أصله،

- لا يكون فيه نقض للعقد من أصله

(1) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص وما 21بعدها.

(2) - عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2 الطلاق وآثاره، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق 1978-1979م-1398-1399هـ، ص14.

(3) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص9.

(4) - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 277.

فالأول: ما كان لسبب يتصل بإنشاء الزواج، ومثاله الفسخ لعدم الكفاءة والفسخ لنقص المهر عن مهر مثيلاتها، فهنا يثبت للولي خيار الإدراك الذي يمكنه من تدارك الضرر المصاحب لإنشاء العقد.

- **والثاني:** لا يعتبر نقضا للعقد من أصله والفسخ هنا يكون لسبب عارض يمنع بقاء النكاح، ومثاله أن يدخل الزوج الإسلام وتمتع الزوجة أن تسلم أو تصير كتابية، والسبب هنا لحرمة المصاهرة، ومثاله كذلك ردة أحد الزوجين وهذا السبب هو غير موجود وقت إبرام العقد، ويختلف النوعان فيما يترتب على كل منهما من أثر:

- فالفرقة في الأول غير موجبة للمهر، بخلاف الفرقة في الثاني أم كانت من طرف الرجل أوجبت نصف المهر للمرأة وإن كانت من طرف المرأة قبل أن يؤكد المهر فلا مهر لها

- والفرقة في الأول لا يكون فيها طلاق في العدة فلا ينقص الفسخ من عدد الطلاقات المسموح بها، فالطلاق هو حل للعقد فإذا كان العقد منقوضا فلا يجد الطلاق ما يحل أو يرد عليه من عقد، أما المعتدة من فسخ لا يعتبر نقضا للعقد من أصله فيلحقها الطلاق في العدة، فإذا ارتدت المرأة مثلا وفرق بينهما فسحا للعقد لهذا السبب، فإن طلقها يقع طلاقها في العدة، وإن حدث وعادا إلى الحياة الزوجية مجددا حسب ذلك التفريق طلقة وأنقص من عدد الطلاقات المسموح بها (1).

ويفرق بين الطلاق والفسخ من أوجه عدة منها:

-الطلاق إما يكون رجعيا وإما بائنا وإذا كان رجعيا فإنها تثبت الرجعة في فترة العدة ولا تنتقضي الرابطة الزوجية إلا بانقضاء العدة، وفي حال كان الطلاق بائنا فلا تثبت الرجعة أما الفسخ فنوع الفرقة فيه بائنة، ولا رجعة فيه فهو يقطع الرابطة الزوجية في الحال مثل الطلاق البائن.

(1) - محمد أبو زهرة:، المرجع السابق، ص277.

- في الطلاق تحسب الطلقة مرة وتنقص من عدد الطلقات المسموح بها وهي ثلاث، فإن طلق مرة لا يبقى من حقه إلا طلقتان، أما الفسخ فلا ينقص من عدد الطلقات المسموح بها فإذا ارتد الزوج مثلاً فسخ الزواج لردته، وإن تاب يبقى حقه في ثلاث طلقات قائماً لا علاقة له بالفسخ.

-الطلاق لا يكون إلا من عقد صحيح، أما الفسخ فقد يكون لعقد صحيح وقد يكون لعقد فاسد.

-في الطلاق إذا حدث الطلاق قبل الدخول فإنه يثبت للزوجة نصف المهر، أما في الفسخ فلا يثبت لها شيء منه (1).

-المطلقة يلحقها طلاق في فترة العدة، أما في الفسخ فلا يقع الطلاق في عدته إلا في حالة الردة (2).

وهذا الجدول يوضح أكثر الفرق بين الطلاق والفسخ:

(1) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص14-15.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص9.

الطلاق	الفسخ
-انتهاء للرابطة الزوجية	-نقض لعقد الزواج
-إذا كان رجعيا لا تنتهي به العلاقة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة -إذا كان بائنا فهو يقطع العلاقة الزوجية حالا	-الفرقة فيه بائنة تنتهي العلاقة الزوجية فيه حالا
-ينقص من عدد الطلقات	-لا ينقص من عدد الطلقات
-لا يكون إلا من عقد صحيح	-يكون من عقد صحيح أو من عقد فاسد
-إذا كان قبل الدخول يثبت نصف المهر للزوجة.	-لا يثبت لها مهر

4- حكمة الطلاق ومشروعيته:

يقول المولى سبحانه وتعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: 21]، فالشريعة الإسلامية بحسب هذه الآية شرعت الزواج لمقاصد نبيلة وغايات شريفة فالزواج سبيل إلى التعارف بين الشعوب والمجتمعات وتقوية للعلاقات بينهم وتوطيد لها، وهو أيضا سبيل إلى التنازل والتكاثر، والمقصود من الزواج أيضا أن يكون على الدوام أي حفاظا على استمرار العلاقة الزوجية وتحصيل ما يترتب عن ديمومته من الرحمة والمودة والطمأنينة والأنس والسكينة وغيرها من المعاني التي تسمح بالاستقرار.

ولكن من الممكن أن تطرأ على الحياة الأسرية الهادئة عواصف تكدر الصفو وتعكر المودة بين الزوجين فتتحول المودة إلى خلاف دائم بينهما وشحناء لا تكاد تنتهي، فتتقلب الحياة داخل الأسرة إلى جحيم لا يطاق، ولا يستطيع أحد من الزوجين أن يتفق مع الطرف الآخر فتعيد الأسرة عن المقاصد المرعية وبصير وجودها مضرّة لكليهما أو لواحد منهما، وفي هذه الحال يصر إلى محاولة التوفيق والإصلاح بينهما عسى أن تعود لأمر إلى سابق عهدها، لقوله تعالى فابعدوا حكما من أهلها وحكما من أهله إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما (النساء 35)، وإذا فشلت محاولات التوفيق بينهما وتعاضم الأمر صار المسير إلى فك الرابطة الزوجية هو الحل لهذه المشكلة⁽¹⁾، حتى يغن الله كل منهما من سعته هذه هي نظرة الشريعة الإسلامية للطلاق فهو علاج لعدم التوافق وكثرة الشحناء بين الزوجين.

والطلاق مشروع دلت على مشروعيته أدلة كثيرة نذكر منها:

- من القرآن الكريم:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق 1]

2- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة 229].

3- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236].

- من السنة:

- روى عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها (سن نأبي داود)

- وروي عنه ﷺ أنه قال: أبغض الحلال إلى الله الطلاق (ابن ماجه)

- وفي حديث آخر عنه ﷺ قال: (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق).

- كما ورد في صحيح البخاري أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد

(1) - أحمد محمد مومني واسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 19.

رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ فقال الرسول ﷺ مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله بها النساء (البخاري صحيح)

- من الإجماع:

- ذكر أئمة الفقه من مذاهب الشافعية والحنفية والحنابلة إجماع الأمة على جواز أن يطلق الزوج زوجته.

- من الآثار:

- ورد في الآثار أن من الصحابة من طلق زوجته، فهذا عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، والمغيرة بن شعبة طلق زوجاته الأربع، وطلق عبد الرحمان بن عوف زوجته تماضر ولم يلقى جميع هؤلاء إنكارا من الصحابة على ذلك ولو كان غير جائز لأنكروا عليهم الأمر⁽¹⁾.

5- حكم الطلاق:

يختلف حكم الطلاق بالنظر إلى اختلاف أحوال الناس ف ايقاعه كما هو الحال في الزواج، فتعثره الأحكام التالية:

- الوجوب:

- ويكون في حال كثر الخلاف بين الزوجين وباءت محاولات الإصلاح بين الزوجين بالفشل، فلا يستطيع أحدهما أن يعيش مع الآخر.

-الحرمة:

كأن يطلقها طلاقا بدعيا أثناء الحيض كما سنوضحه لاحقا أو طلاق الثلاث في طهر واحد، وكأن يطلق الزوج زوجته لا لسبب أو ضرورة تستدعي ذلك، لأن في توقيعه الطلاق

(1) - أحمد محمد مومني واسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص24،

مضرة بالزوجة وبأسرته، وربما وقع في الحرام جراء ذلك (1).

- النذب (الاستحباب):

- ويكون الطلاق مندوبا إليه إذا كان بسبب فساد خلق تتصف به الزوجة وانحراف في سلوكياتها بأن تؤدي زوجها وأهله أو جيرانها ولا يقدر الزوج على الزجر أو التأديب، كما قد تكزن الزوجة مقصرة في حقوق ربها كأداء الصلاة والصيام، ولا يتمكن الزوج من إلى جادة الصواب وإلزامها، وهذه الحقوق لا عن طريق الوعظ والإرشاد ولا بطريق الزجر والقوة (2). كما يستحب الطلاق في حق الزوجة إذا غير العفيفة لما ورد في الآثار أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال له أن امرأته لا ترد يد لأمس فقال له ص طلقها فقال الرجل اني أحبها فقال له ﷺ أمسكها (3).

- الكراهة:

- كأن طلق الزوج زوجته بدون سبب وجيه يستحق الطلاق لأجله إذا كانت الزوجة مستقيمة في أحوالها ويتوهم بأنها ليست موثوقا بها، ففي توقيع الطلاق هنا يكزن قد أضر بنفسه وبزوجته وأنكر نعمة الزواج التي أنعم الله بها عليه (4).

- الإباحة:

- وبذلك عندما يكزن الطلاق لعذر مقبول استدعاه الحال كأن تكون الزوجة سيئة العشرة وسيئة الخلق (5).

(1) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص7.

- أحمد محمد مومني واسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص25

(2) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص19

(3) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص7.

(4) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص19

- سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص7.

(5) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص.

6- الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج:

على الرغم من أن كل من الزوج والزوجة كلاهما طرف في عقد الزواج إلا أن الشارع الحكيم جعله كقواعد عامة في يد الزوج لعدة أسباب منها أن الزوجة تغلب عليها العاطفة وعلى العموم الغالب هي في حالة الغضب والتأثر من الممكن أن تنتهي الرابطة الزوجية لأبسط الأمور إن هي ملكت عصمة الأمر على عكس الرجل الذي الذي يكون له النظر البعيد والتقدير لعواقب الأمور وعدم تغليب العاطفة ذلك أنه يكون قد أنفق على هذا الزواج وتحمل تكاليفه من مهر ونفقة وغيره من متطلبات الحياة ناهيك عما ينتظره إن هو طلق من نفقة العدة ومن المتعة على عكس المرأة التي لا تتحمل هذه الأعباء المادية، والمرأة أيضا يمكنها اشتراط أن تكون العصمة بيدها إن قبل الزوج بذلك⁽¹⁾.

7- أركان الطلاق

- والمقصود بالركن عند جمهور الفقهاء هو ما تتحقق به الماهية حتى ولو لم يكن داخل فيه⁽²⁾ وعدد أركان الطلاق في المذهب المالكي أربعة وهي الزوج والقصد العصمة ولفظ الطلاق⁽³⁾، وفي المذهب الشافعي والحنبلي عددها خمسة، وهي المطلق والصيغة والمحل والولاية والقصد، أما الحنفية فذهبوا إلى أن ركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والإرسال، ورفع القيد في الصريح، وقطع الوصلة ونحوه في الكناية، أو شرعا وهو إزالة الحل، أو ما يقوم مقام اللفظ من الإشارة⁽⁴⁾

وسنحاول جمع ما يتعلق منها بمسائل حاصرين إياها في أركان أربع كما تناولها بعض الباحثين المعاصرين وهي الصيغة والقصد والمطلق والمطلقة كما يلي:

(1) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج7، ص361-362..

(2) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص362-363.

(3) - وذكر ابن جزي من المالكية في كتابه القوانين الفقهية للطلاق أركان ثلاث فقط وهي المطلق والمطلق والصيغة.

(4) - وهبة الزحيلي:، المرجع السابق، ص361.

- الركن الأول: الصيغة في الطلاق

لابد للمطلق من التعبير عن إرادته في توقيع الطلاق لتعلم نيته في حل الرابطة الزوجية، فهو يستعمل في ذلك ألفاظا تفيد هذا المعنى أو ما يقوم مقامه، وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح

الصيغة في الطلاق، فهي كل ما يعبر به عن إرادة الطلاق، فلها دلالة على معنى حل الرابطة الزوجية أو حل النكاح، إذ الطلاق يستوجب ما يعبر به عن دلالة إرادته، فإذا كانت نية الزوج في توقيع الطلاق موجودة ولكنه لم يتلفظ به فلا يقع هذا الطلاق لقوله ﷺ إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم (1).

وتتمثل صيغة الطلاق في الألفاظ هي المستعملة في التعبير عن إرادة الطلاق، اللفظ المعبر بع عن الطلاق منه ما هو صريح ومنه ما هو كناية، وإذا تعذر التعبير بالكلام أو استعمال الألفاظ يمكن للكتابة أو الإشارة أن تقوم مقام الألفاظ في التعبير عن الإرادة في توقيع الطلاق، ولذلك نتناول كل واحدة من هذه الدلائل على حده:

1-الألفاظ:وتقسم إلى صريحة وكناية

-واللفظ الصريح:

هو لا يستعمل إلا في معنى الطلاق، لا يحتمل غير هذا المعنى لغة أو شرعا أو عرفاً(2)، بحيث يكون مفهوما بوضوح عند الطلاق بأن الزوج يريد الطلاق، وهو اللفظ المشتق لغة من الطلاق كقوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك، ففي هذه الحالة إذا تلفظ به الزوج يكون حكمه للزوم، حتى وأن ادعى الزوج بأنه لم يكن يقصده، إلا إذا ظهر في كلامه بلفظ الطلاق قرينة دالة على غيره كأن يقول لها أنت طالق من وثاق بأن تكون الزوجة موثوقة وطلبت من زوجها فك وثاقها فيقول لها الزوج هذه العبارة فيون بهذه القرينة قد صرف استعمال اللفظ لما

(1) - مصطفى عبد الغني شيبه: المرجع السابق، ص3.

(2) - أحمد محمد مومني واسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص29،

وضع له (1).

-واللفظ المكني:

في الطلاق هو أن يستعمل المطلق لفظا يحتمل الطلاق ويحتمل معنى آخر غيره (2)، كأن يقول لها حبلك على غاربك، أنت بريء، أمرك بيدك، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الطلاق بألفاظ الكناية في مسألتين تتعلق الأولى بلزوم حكم الطلاق بها بين قائل بوقوعه وقائل بعدم وقوعه بها، وتتعلق الثانية بأثر الطلاق الواقع بها عند من قال بوقوعه إلى ما يلي:

-في مسألة اللزوم ذهب جمهور الفقهاء إلى اللزوم أي وقوع الطلاق بلفظ الكناية إذا توفرت نية الزوج في إيقاعه، واستدلوا في ذلك بما روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن ابنة الجوني لما دخلت على رسول الله ﷺ قالت أعوذ بالله منك فقال عدت بمعاذ الحق بأهلك (3)، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن دلالة الحال معتبرة كذلك كالنية فهي تقوم مقامها فإن تلفظ الزوج بطلاق الكناية في حال خصومة قائمة مع زوجته بعد أن غضب منها، فهذه الدلالة المستتبطة من الحال هي كافية في أن المقصود من أو النية كانت منصرفة إلى إيقاع الطلاق لا غيره دون الخوض في قضية نوى أو لم ينو فالأمر جلي لا يحتاج إلى بيان النية، بينما اكتفى مالك والشافعي بالنية مستدلين في ذلك بما روي عن كعب بن مالك عندما قال لزوجته الحق بأهلك حتى يقضي الله في هذا الأمر، فلعدم النية لم تطلق زوجته منه (4).

- وبالنسبة لما يترتب على إيقاع الطلاق بلفظ الكناية فإن الجمهور من مالكية وحنفية وحنابلة على أن بعض ألفاظ الكناية المشهورة يقع بها الطلاق بائنا، وغيره (5) من ألفاظ الكناية

(1) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص32.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص11.

(3) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص33.

(4) - أحمد محمد مومني واسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص31،

(5) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص27.

يقع بها الطلاق رجعياً، بينما يرى الشافعية أنه يقع بها كلها رجعياً.

والحقيقة أن ألفاظ الطلاق الكنائية هي مختلفة من حيث الزمان والمكان والأشخاص فهي ليست ثابتة فتأخذ حكماً ثابتاً بل هي متغيرة، فيرجع ذلك إلى أعراف الناس (1).

ملاحظة: إذا كان الطلاق بلفظ التحريم " أنت علي حرام "

يقول المالكية أن هذا اللفظ كناية ظاهرة لا تحتاج إلى نية فيلزم بها الطلاق، ويقع ثلاثاً بالنسبة للمدخول بها أو لغير المدخول بها إن لم ينو عدداً معيناً، أما إذا نوى فيلزمه فيها مانوى.

وذهب الشافعي وأحمد في رواية عنه وبعض الصحابة منهم أبو بكر الصديق وزيد بن ثابت وابن مسعود وابن عمر وابن عباس والسيدة عائشة أنه يلزمه كفارة يمين واعتبر ظهاراً في رواية أخرى عن أحمد، وفيه مذاهب للفقهاء كثيرة (2).

2- ما يقوم مقام الألفاظ

وتقوم الكتابة والإشارة مقام اللفظ في الدلالة على إرادة الطلاق، وهو ما سنفصل فيه كما يلي:

- الكتابة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكتابة في الطلاق تقوم مقام اللفظ إذا اقترنت بالنية، لأن الرجل قد يكتب لغرض آخر غير الطلاق (3) وفي المذهب الشافعي لا تكون الكتابة للحاضر بل للغائب.

(1) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 12-13.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 13-15.

(3) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 16.

-الإشارة:

اتفق الفقهاء على أن الإشارة تقوم مقام التلفظ بالطلاق بالنسبة للأخرس لا القادر على الكلام، ويشترط فيها أن تكون مفهومة وواضحة في التعبير عن إرادة المطلق، وغير الأخرس لا تقبل منه الإشارة لعدم الحاجة إليها أو غناه عنها بالكلام⁽¹⁾، ولا تقبل الإشارة كذلك للأخرس القادر على الكتابة فهي أقوى في الدلالة من الإشارة⁽²⁾.

- الركن الثاني: القصد (نية الطلاق)

النية في الاصطلاح هي قصد الشيء مقترنا بفعله، والنية واجبة في كل عمل لقوله تعالى ولا ت... الذين يدعون ربهم بالغداة والعشي يريدون وجهه الأنعام 52، وقوله ﷺ إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، وتوافر نية الطلاق دون إطلاق اللفظ هي غير كافية في وقوعه فمن كان ينوي أن يطلق زوجته دون أن يتكلم بالطلاق فلا يقع طلاقه عملاً بقوله ﷺ إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم⁽³⁾.

وفي سياق الكلام عن ركن النية يكون علينا أن نتطرق إلى طلاق المخطئ الذي زل لسانه بلفظ الطلاق ولا توجد لديه النية في إيقاع الطلاق، والتطرق إلى طلاق الهازل الذي على الرغم من تلفظه للطلاق إلا أنه لم يكن يقصد النتيجة وهي إنهاء الرابطة الزوجية فللفقهاء في هذه المسائل آراء نتعرض لها بالتفصيل التالي:

-طلاق الهازل:

قد ينطق الزوج لفظ الطلاق مختاراً، وهو يقصد بذلك اللفظ ولكنه لا يقصد أثره، وهو وقوع الطلاق كما لو كان هازلاً يلعب بألفاظه، فهل يقع طلاقه وتبين منه زوجته، فالهازل إذن هو

(1) - أحمد محمد مومني واسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص17،

-وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 385.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص15.

-وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 385.

(3) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص33.

الشخص الذي يقصد اللفظ دون معناه، وصورته أن تقول الزوجة لزوجها في معرض الدلالة طلقني فيقول طلقتك، فهل يعتبر طلاقاً (1).

رأى جمهور الفقهاء وقوع الطلاق في هذه الحالة مستدلين في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا﴾ [البقرة: 231]، روى الجصاص في تفسير هذه الآية أن أبا الدرداء رضي الله عنه قال كان الرجل يطلق في الجاهلية ويقول إنما طلقته وأنا لاعب، وكان يعتق وينكح ويقول كنت لاعباً فنزلت هذه الآية، واستدلوا كذلك بقوله رضي الله عنه ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وفي رواية العتاق، وورد عنه في حديث آخر أنه قال ما بال رجال يلعبون بحدود الله يقول أحدهم قد طلقته ثم راجعت (2)، فهذه التصرفات لا يستهان بها فلا تتخذ للعب والعبث بها بينما ذهب المالكية في رأي لهم أن طلاق الهازل لا يقع بسبب أنه لا يقصد ولا ينوي إيقاعه (3).

- طلاق المخطئ:

وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فزل لسانه ونطق بالطلاق من غير قصد أصلاً كأن أراد أن يقول أنت طاهر أو أنت طالبة فقال أنت طالق (4)، والمخطئ اختلف في طلاقه الفقهاء إلى قولين، فالأول هو قول الجمهور، ومقتضاه عدم وقوع الطلاق ديانة وفي الفتوى (أي بينه وبين خالقه) وكذلك قضاء إذا أثبت بأن لسانه سبقه أي يقيم على ذلك البينة، وإذا لم يثبت فيقع طلاقه قضاء، والقول الثاني للحنفية ومقتضاه وقوع طلاق المخطئ قضاء لا ديانة (أي أمام القضاء أما بينه وبين الله تعالى فلا يقع) (5).

(1) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص35.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص17.

(3) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص36.

(4) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص369.

(5) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص42.

والخلاف في الحكم بين المخطئ والهازل واضح إذ أن المخطئ لا قصد له ولا نية في إطلاق لفظ الطلاق ولا في معناه بينما الهازل يقصد إلى إطلاق اللفظ دون معناه أو ما يترتب عليه من أثر فلا يقع الأول ويقع الثاني عقوبة له على الاستخفاف واللعب بأحكام الدين⁽¹⁾.

وتناول الفقهاء أيضا في هذا الركن من أركان الطلاق طلاق الساهي والناسي والنائم، وصوته أن يعتمد الشخص إلى تعليق طلاق زوجته على ترك فعل معين ثم يفعله ساهيا أو ناسيا فهل يلزمه الطلاق في هذه الصور أم لا، فألحقه بعض الفقهاء بطلاق المخطئ في عدم لزومه ديانة لا قضاء والساهي هو الذي إذا ذكر لا يتذكر أما الناسي فهو الذي يتذكر إذا ذكر.

الركن الثالث: المطلق

إن الزوج هو من يملك العصمة الزوجية فهو يملك إيقاع الطلاق، ولا يقع طلاقه إلا إذا توفرت فيه الأهلية لهذا التصرف، وتبعا لذلك ينبغي أن تتحقق فيه الشروط التالية:

-البلوغ: أن يكون بالغا،

-العقل أن يكون عاقلا،

-الاختيار: أن لا يكون مكرها،

1 -الشرط الأول: البلوغ

فطلاق الصبي غير المميز متفق على حكمه عند الفقهاء، فهو لا يلزمه، والاختلاف بينهم فيمن كان مميزا من الصبية، فذهب جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وشافعية إلى إلحاقه بالصبي غير المميز وبالتالي عدم وقوع طلاقه، خالفهم في ذلك أحمد بن حنبل، حيث رأى لزوم طلاقه إذا كان فاهما لمعنى الطلاق بأن تحرم عليه زوجته، والجمهور استدلوا بحديث روي عن النبي عليه الصلاة والسلام يقول فيه كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي

(1) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص370.

والمجنون رواه الترمذي.

واستدلوا كذلك بحديث رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يبلغ وعن المجنون حتى يعقل فلفظ الصبي هنا مجمل غير مفصل لأحوال الصبية من مميز وغير مميز، وكذلك الطلاق فيه إدخال للضرر بالمطلق فيحتاج إيقاعه إلى تمام العقل وكامل الإدراك⁽¹⁾، بينما احتج أحمد بحديث كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله، إذ يرى أن الصبي المميز هو عاقل ومدرك⁽²⁾.

2- الشرط الثاني العقل (التكليف)

اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في المطلق وقت إيقاعه، وعدم توفر هذا الشرط أي غياب العقل فإن الطلاق لا يلزم، ويدخل تحت هذا الشرط طلاق المجنون، والمعتوه والغضبان والسكران، على التفصيل التالي:

- طلاق المجنون:

والمجنون هو من زال عقله بمرض، فيدخل فيه المغمى عليه والمحموم الذي غيبت عقله الحمى، فصار يهذي، ومن زال عقله بسبب صداع شديد⁽³⁾، واتفق الفقهاء على أن المجنون طلاقه لا يقع سواء كان جنونه أصليا أو طارئاً⁽⁴⁾، واستدلوا على ذلك بالأحاديث السابق ذكرها في الصبي.

ويلحق بالمجنون المعتوه في الحكم، والمعتوه هو من اختل عقله وأصبح فاسد التدبير مختلط الكلام قليل الفهم، فإن طلاقه لا يقع وقت العته، فإن أفاق لزمه.

(1) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص 25.

(2) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص 25.

- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 365.

(3) - الجزيري عبد الرحمان: ج 4، ص 251.

(4) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص 26.

ويلحق بالمجنون أيضا في حكمه المدهوش، والمدهوش هو من زال عقله نتيجة الذهول بسبب الخرف بحيث أصبح يغلب عليه الخطأ في أقواله وأفعاله، أو هو من أصيب بصدمة عصبية ذهب بها عقله.

ويلحق به كذلك النائم في الحكم والمغمي عليه، والذي يزول عقله نتيجة دواء تناوله، فهؤلاء جميعا اتفق الفقهاء على أنه لا يقع ولا يلزمهم طلاقهم إن تلفظوا به للأدلة المذكورة أعلاه، ويلحق به في الحكم أيضا الغضبان الذي يكون غضبه شديدا بحيث لا يكون واعيا لما يقوله أو يفعله، واستدل الفقهاء على عدم لزوم طلاقه بقوله ﷺ لا طلاق في إغلاق رواه أحمد وأبو داود (1)، والإغلاق هو كل ما يسد باب الإدراك والوعي والقصد لجنون أو لشدة غضب ولشدة حزن أو نحوها (2).

-طلاق السكران:

والسكران الذي يشرب مسكرا كالخمر أو غيره مما يؤدي إلى الخلط في الكلام وغياب في وعيه لما يقوم به أو ما يقوله، وذكرنا سابقا أن الشخص الذي يشرب ما يذهب العقل لا يقصد به إتيان الحرام، كمن يتداوى بمسكر، وكمن شربه مكرها فلا يقع طلاقه (3)، وأما من شرب المسكر قاصدا إليه مختارا فهذا اختلف الفقهاء في لزوم طلاقه إلى قولين، فالأول مقتضاه وقوع طلاق السكران، وذهب إليه الجمهور من الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد وبعض التابعين (4) مستدلين على ذلك بما يلي:

-قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ [النساء: 43]، فهذه الآية تفيد أن التكليف ثابت للسكير بدليل النهي عن قربان الصلاة (5)، وكذلك حديث لا قيلولة

(1) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص364.

(2) - المرجع ذاته، ص365.

(3) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص25.

- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص366.

(4) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص27-28.

(5) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص28.

في الطلاق.

- أن شرب المسكر إنما هو لمعصية ارتكبتها باختياره⁽¹⁾، والتكليف ثابت له في هذه الحال، إذ هو ملزم بقضاء فوائت الصلوات، ويحد بقذفه، فيلزمه كذلك الطلاق⁽²⁾.

- ويروى في الآثار أن رجلا طلق امرأته وهو سكران فرفع إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشهد عليه أربع نسوة ففرق بينهما⁽³⁾.

والقول الثاني مقتضاه عدم وقوع الطلاق، وذهب إليه بعض الحنفية وأحمد في رواية عنه والمزني من الشافعية وعثمان وعمر بن عبد العزيز لأنه فاقد الوعي⁽⁴⁾ بدليل قوله تعالى يا أيها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون، فهو هنا كالمجنون من حيث عدم وعيه بما يقول، واستدلوا أيضا بقصة ما عر عندما جاء إلى النبي ﷺ يطلب منه تطهيره من الذنب، فسأل رسول الله ﷺ أبة جنون، فأخبر بأنه ليس بمجنون، فقال أشربت خمرًا، فقام رجل فاستكفه فلم يجد منه ريح الخمر والرسول ﷺ إنما سأله هنا ليدرك مدى وعيه بما يقول فيبني عليه أيقبل إقراره أم لا⁽⁵⁾، واستدلوا أيضا بما روي في الآثار عن عثمان بن عباس فالأول روي عنه أنه ليس لمجنون ولا لسكران طلاق، والثاني قال طلاق السكران والمستكره ليس بجائز⁽⁶⁾.

3- الشرط الثالث: أن يكون المطلق مختارا غير مكره

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق المكره الذي طلق زوجته بغير وجه حق، فتلفظ الطلاق وهو لا يقصده، استدلوا على ذلك بحديث إنا الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما

(1) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 366.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 27.

(3) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 27.

(4) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 366.

(5) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص 29، وذكر أن الحديث أخرجه مسلم في صحيحه.

(6) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص 29.

نوى ويقول علي ﷺ لا طلاق لمكره وقول عمر بن الخطاب ليس الرجا أمينا على نفسه إذا أوجعته أو أوثقته (1)، روي أن رجلا يقطع العسل في زمن عمر بن الخطاب جاءته امرأته فوقفت على الحبل فحلفت لتقطعنه أو لتطلقني ثلاثا فذكرها الله والإسلام فأبت إلا ذلك فطلقها ثلاثا، فلما ظهر أتى عمر بن الخطاب فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها فقال ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق (2).

-الركن الرابع: المطلقة-

المحل الذي يرد عليه الطلاق هو المرأة، أو الزوجة سواء كانت مدخولا بها أم لا، فينبغي أن تكون الرابطة الزوجية متحققة بينهما بحسب ما ذهب إليه الجمهور (3) سواء كانت الزوجية حقيقية أو حكما، والحقيقية هي التي لم يرفع قيد الزواج فيها في الحال أو المآل، أو هي "التي لا يزال رباط الزوجية يربط بينها وبين زوجها المطلق بعقد صحيح"، وقيد العقد الصحيح هو لإخراج العقد الفاسد فلا يقع فيه الطلاق بل التفريق، أما الزوجية حكما فهي "المعتدة من طلاق رجعي والمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى" (4).

وبذلك تكون المعتدة من طلاق رجعي في فترة العدة بمثابة الزوجة الحقيقية فتصلح أن تكون محلا للطلاق فالطلاق الرجعي كما هو معلوم تبقى معه الرابطة الزوجية في فترة العدة، ويبقى الطلاق في حالة البائن بينونة صغرى في حكم البقاء ما لم تنته العدة أيضا، فتبقى في بيته على نفقته في مدة عدتها، والزوج في هذه الحالة أيضا مازال لم يكمل حقه في ثلاث طلاقات (5)، كما أنه في هذه الحالة لا يجوز لها أن تتزوج بغيره (6).

(1) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص25.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص25.

(3) - مصطفى عبد الغني شبية: المرجع السابق، ص29.

(4) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص58.

(5) - وذكر الأستاذ سلمان نصر أن هذا الرأي المذكور أعلاه هو رأي الحنفية في المسألة أما رأي الجمهور فمقتضاه أنها ليست محلا للطلاق في هذه الحالة، أنظر:

-سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص25.

(6) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص292.

والمعتدة من كل فرقة تعتبر طلاقاً يترتب عليه احتسابها والإنقاص من عدد الطلقات المسموح بها، ومثاله كمن دخلت الإسلام ورفض زوجها الدخول فيه، فهذه اعتبرها الحنفية مطلقة على الراجح عندهم، ومثاله أيضاً الفرقة في الإيلاء هي طلاق في المذهب بدليل قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾. [البقرة: 227]

وفي حال المعتدة من الطلاق البائن بينونة كبرى تنتهي العلاقة الزوجية فلا محل للطلاق فيها، ومثلها المعتدة من الفسخ لأنه الفسخ موجب للتفريق لا الطلاق الذي يترتب على الزواج الصحيح، ومثاله أن يرتد أحد الزوجين عند الجمهور بخلاف الحنفية.

ولا يقع الطلاق إن طلق الأجنبية عنه التي لا تربطه بها علاقة زوجية، فهي ليست محلاً للطلاق، إلا إذا علق طلاقه بالزواج منها كأن يقول لها أنت طالق إن تزوجتك على ما ذهب إليه الحنفية فيقع الطلاق مباشرة بعد إبرام العقد على خلاف ما قال به الشافعي وأحمد الذين رأياً بأن تعليق الطلاق عندما صدر منه لم تكن زوجته أصلاً وكانت أجنبية عنه فيصير ذلك من لغو الحديث (1).

وعلى ذلك تكون النساء أو الزوجات محلاً للطلاق في الحالات التالية:

-المعتدة من طلاق رجعي،

-المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى،

-المعتدة من كل فرقة تعتبر طلاقاً لا تنقص من عدد الطلقات (لا تزيل الحل)،

-المعتدة من فرقة هي فسخ إذا لم تنقض العقد من أساسه، فما زال الحل معها كالفرقة برودة الزوج، لأن الفسخ هنا هو إنهاء لعقد الزواج وأحكامه السابقة لا تلغى (2) (وهذا عند

(1) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 293.

(2) - المرجع نفسه، ص 292-293.

الحنفية وخلصته أن يقع الطلاق في فرقة الفسخ استثناء في حالة الردة⁽¹⁾.

وتنتفي في الزوجة صفة المحل للطلاق في الحالات التالية:

-المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى،

- المعتدة من الفسخ إذا نقض العقد من أصله، ومثاله ما كان لسبب عدم الكفاءة أو لنقص المهر عن مهر مثيلاتها عند الحنفية فعقد الزواج بالفسخ هنا لم يعد له وجود من أصله، والطلاق لا يتصور بدون وجود الزواج الذي يرد عليه الأثر بالحل⁽²⁾.

-غير المعتدة وهي المطلقة قبل الدخول بها أو الخلوة لأن العلاقة الزوجية تنتهي في هذه الحال بمجرد التلفظ بالطلاق.

-الأجنبية التي لا تربطه بها علاقة الزوجية إلا إذا علق الطلاق على الزواج بها عند الحنفية.

- مسائل متفرقة ذات صلة بالمحل:

1-وبالنسبة لتكرار الطلاق:

فاختلف فيه الفقهاء يقع أم لا يقع، والذين رأوا وقوعه قالوا يصح وقوعه ما دامت العدة لم تنته، بخلاف غير المعتدة وسنذكرها بتفصيل بعد هذه الفقرة، والذين ذهبوا من الفقهاء إلى وقوعه طلقاً واحدة رأوا عدم وقوعه في فترة العدة التي لم يراجع فيها زوجته⁽³⁾.

2-إذا قال الزوج لزوجته غير المدخول بها أنت طالق أنت طالق:

يقع الطلاق الأول طلقاً بائناً هي الأولى التي تلفظ بها، أما الثانية فلا تقع لأن لا محل

(1) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص9.

(2) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص293.ومسألة الفسخ وأثره في إبقاء الحل أو إلغائه هي التي تحدد ما إذا كان الفسخ ينقض أصل العقد ويزيل الحل أم أنه لا ينقض أصل العقد ويبقى على الحل فيعتبر طلاقاً. وهذه المسألة فصلناها في الفرق بين الفسخ والطلاق.

(3) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص58.

لها إذ أنه عند التلفظ بها كان الحل قد زال بالطلقة الأولى فلم تجد محلا ترد عليه (1).

3-ويقع الطلاق على المطلقة إذا أطلق الطلاق عليها جملة دون أن يستثني شيئا منها كأن يقول لها أنت طالق (2)، أما لو أضاف الزوج الطلاق إلى عضو من أعضاء المرأة أو جزء من الزوجة سواء كان اللفظ يدل على الكل كقولهم الرقبة دلالة على الشخص جملة لا جزء الرقبة فقط وهو ما جاء في قوله تعالى: ﴿...فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ...﴾ [المجادلة 3]، وقوله: ﴿ فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ ﴾ [الشعراء: 4]، وقوله تعالى: ﴿ وَيَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ ﴾ [الرحمان: 27] أو لم يكن يدل على الكل عضو أو جزء من أجزاء المرأة كالأصبع أو اليد أو الرجل (3)، فللفقهاء في هذه المسألة تفصيل، وهو كما يلي:

* **المالكية** قالوا بوقوعه مضافا إلى أحد أعضاء المرأة كيد أو رجل أما إذا أضيف إلى كلامها أو روحها أو حياتها فاختلفوا فوقوعه.

* **الشافعية** ميزوا في الإضافة بين ما هو متصل بالخلقة كالأعضاء من يد أو رجل أروح وما هو غير متصل بالخلقة كالريق والعرق، فقالوا بوقوع الطلاق فقط في حالة الإضافة إلى المتصل بالخلقة.

* **الحنابلة** أوقعوا الطلاق إذا أضيف إلى الحياة أو إلى أعضاء خمسة وهي الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج، أما إذا أضيف إلى غيرها كالأسنان والأظافر فلا يقع.

* **أما الحنفية** فإن الطلاق لا يقع إلا بإضافته إلى عضو يعبر به عن سائر الجسد أو مجموعه كالرقبة والرأس.

وبعد الخوض في تفاصيل ما جاء عند فقهاء المذاهب الأربعة أن الطلاق إنما يكون وقوعه بالنية بغض النظر عما أضاف لا إليه الطلاق، بالإضافة إلى أن هذه الصور من

(1) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص293.

(2) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص21.

(3) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص30.

الطلاق لم تعد موجودة في مجتمعاتنا (1).

4- تبعض الطلاق:

أما إذا طلق الزوج زوجته جزءاً من الطلاق نصف تطلقاً أو ربعها أو ثلثها كأن يقول لها أنت طالق نصف تطلقاً أو بعض تطلقاً فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوعه طلاقاً كاملاً لأن الطلاق لا يتجزأ فيكون جزؤه كله وكما يقال "ما لا يقبل التبعض اختيار بعضه كاختيار كله"، وذهب البعض من الفقهاء المالكية إلى اعتباره من الكناية الخفية، وأن قول ذلك لا يأزمه الطلاق إلا إذا كان ينوي الطلاق، فالمعتبر هنا هو النية لا غيرها، واحتج بعضهم بأن ببعض الشيء ليس هو الشيء نفسه وبالتالي فإن نصف تطلقاً ليست هي تطلقاً كاملة فلا يقع بها طلاق (2).

8- أقسام الطلاق وأحكامها

يقسم الطلاق تقسيمات عدة لاعتبارات متعددة منها:

-التقسيم: الثالث يقسم الطلاق إلى طلاق سني وطلاق بدعي،

- التقسيم الثاني: يقسم بحسب صيغته إلى الطلاق منجز ومعلق،

-التقسيم الأول: يقسم الطلاق بحسب إمكانية الرجعة إلى الطلاق الرجعي والطلاق البائن

إلى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى، وفيما يلي تفصيل ذلك:

-التقسيم الأول (فقهي): طلاق رجعي وطلاق بائن

-الطلاق الرجعي:

هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة رضيت بالرجوع أم لم ترض.

(1) - وهو ما ذهب إليه الأستاذ سلمان نصر والأستاذة سعاد سطحي في كتابهما الطلاق في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 21.

(2) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 23.

والأصل في الطلاق هو كونه رجعيا فإذا طلق الزوج زوجته في المرة الأولى والثانية فله الحق في إرجاعها إلى ذمته ما لم تنقض العدة ولا يحتاج في ذلك إلى عقد جديد، فيقول لها راجعتك أو أنت زوجتي⁽¹⁾.

-في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 50 من الأمر 05-07 المعدل لقانون الأسرة لسنة 1983 أن " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد " فالملاحظ على المشرع الجزائري هنا هو أنه ربط الرجعة في الطلاق بفترة الصلح القضائي لا بفترة العدة الشرعية، وفي الواقع يتلفظ الكثير من الناس بالطلاق وتنقضي فترة العدة وبعدها يرفعون دعاوى الطلاق، فتكون المرأة خرجت من عدتها وبانت من زوجها فما جدوى الصلح إذا كان الحل قد زال شرعا، وفي الحقيقة أن إشكالا طرح بهذا الخصوص فيما يتعلق بالأحكام القضائية هل هي كاشفة للطلاق أو هي موقعة له

-الطلاق البائن:

وإذا انقضت فترة العدة ولم يقم الزوج بمراجعة زوجته بانت منه وأصبح الطلاق في هذه الحالة بائنا بينونة صغرى، وما يترتب على هذا الطلاق هنا أن الزوج لا يمكنه أن يراجع من كانت زوجته إلا بعقد جديد.

وإذا طلق الزوج زوجته لمرتين سواء كانت فيهما رجعة أم لا، ثم طلقها الثالثة فهنا تبين منه بينونة كبرى، وما يترتب على ذلك أنه لم يعد في إمكانه مراجعتها ولو بعقد جديد⁽²⁾ حتى تتزوج من غيره زواجا على الديمومة ثم يموت أو تطلق منه، وعلى ذلك يعرف الطلاق البائن بينونة صغرى بأنه " الطلاق الذي لا يستطيع الزوج المطلق بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين"، وعرف الطلاق البائن بينونة كبرى أنه الذي لا يستطيع الزوج

(1) - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص15.

(2) - المرجع ذاته.

المطلق بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج من غيره زواجا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت " وذلك لقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229) فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230) ﴾ [البقرة: 229-230]. ولما روي من حديث عائشة رضي الله عنها أن رفاة القرظي طلق زوجته ثلاثا فتزوجها عبد الرحمان بن الزبي، فأنت رسول الله ﷺ وقالت: إن رفاة طلقني وبث طلاقني فتزوجني عب الرحمان بن الزبير ولم يكن معه إلا كهذبة الثوب، فقال رسول الله ﷺ: أتريدين أن ترجعي إلى رفاة لا حتى تذوقي عسيلته ويدوق عسيلتك (1).

- متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا:

قلنا سابقا أن الأصل في الطلاق يكون رجعيا، وقد يكون بائنا في الحالات التالية، فإذا لم يكن بائنا فهو رجعي:

1- الحالات التي يكون فيها الطلاق بائنا بينونة كبرى:

يكون الطلاق بائنا بينونة كبرى في الحالات الثلاث التالية اتفاقا بين جمهور الفقهاء:

- الطلاق المكمل للثلاث:

حيث أن الزوج إذا طلق زوجته المطلقة الأولى وراجعها، ثم طلقها الثانية وراجعها، فإذا طلقها الثالثة كانت هذه الثالثة مكملة للثلاث سميت طلاقا بائنا بينونة كبرى ويترتب عليها في الشرع تحريم الحل المؤقت، ففي هذه الحالة لا يمكنه الزواج بها حتى تتزوج من غيره على

(1) - الحديث أخرجه البخاري ومسلم والبيهقي أنظر:

- سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص50.

النحو الذي ذكرنا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت فإذا انقضت عدتها من هذا الزوج كان لزوجها الأول أن يتزوج بها ويعقد زواجه بها إن رضيت مصداقا لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ فالمقصود بالطلاق هنا الطلقة الثالثة⁽¹⁾.

- الطلاق بالثلاث:

من المتفق عليه في الشريعة الإسلامية أن عدد الطلقات المسموح بها للزوج هي ثلاث طلقات فيمكنه أن يطلقها ثم يراجعها قبل انتهاء عدتها ط، ويمكنه بعد ذلك أن يطلقها الثانية وله الحق في مراجعتها ما لم تنته عدتها، أما إذا إن طلقها الثالثة فيزول الحل ولا يمكنه أن يتزوج بها إلا إذا تزوجت من غيره ودخل بها دخولا حقيقيا ثم مات أو طلق، ولكن الفقهاء مختلفون بخصوص حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد إما لفظا كما لو قال لها أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وإما بالإشارة كأن يقول لها أنت طالق هكذا ويشير بأصابعه الثلاث مرفوعة.

فذهب جمهور الفقهاء إلى وقوعه ثلاثا وتبين منه بينونة كبرى وفرق بعضهم بين حالين الأولى إذا كانت الزوجة مدخولا بها، ففي الطلقة الأولى أي في حال قيام الزوجية حقيقة، أما في الطلقة الثانية والثالثة فتكون الزوجة في العدة فنقع الطلقتان والزوجية قائمة حكما، وبذلك وجدت الطلقات الثلاث محلا لها، الأولى الزوجة، والثانية والثالثة المعتدة، إلا أنى يكون نواها طلقة واحد فيقع ما نوى⁽²⁾، والثانية الزوجة غير المدخول بها تبين من زوجها إذا طلقها التطبيقية الأولى، أما الطلقة الثانية والثالثة لا تجد لها محلا، إذ هي لا معتدة ولا زوجة فتصير أجنبية بالطلقة الأولى⁽³⁾، وذهب بعض الصحابة والتابعين وأهل العلم إلى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة .

(1) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص53.

(2) - القوانين الفقهية: المرجع السابق، ص150.

(3) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص62.

- الطلاق الثلاث في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 51 من الأمر 05-02 على أنه " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو تموت أو يموت عنها بعد البناء " فالمرجع هنا وافق ما ذهب إليه الشريعة من الأثر المترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى

2-الحالات التي يكون فيها الطلاق بائنا بينونة صغرى: يكون في حال:

-غير المدخول بها:

لأنها لا تعتد، فلا تثبت الرجعة له عليها لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها " الأحزاب 49، والحكم هو ذاته في حال الخلوة الصحيحة فتكون الطلقة بائنة، أما العدة فهي بغرض استبراء الرحم.

-الطلاق على مال:

فإذا افتدت المرأة نفسها فالغرض هو أن تملك أمرها لقوله تعالى " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " الآية من سورة، فلا يكون ذلك إلا بمنع الرجعة والحق في ردها إلى عصمته (1).

-التفريق القضائي:

وهو ما ينشئه القاضي بناء على طلب الزوجة رفعا للضرر عنها من الزواج، فهذا كذلك يقع بائنا، وهو ما نصت عليه المادة 53 من الأمر 05-07 المعدل لقانون الأسرة لسنة 1983 (2).

(1) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 309.

(2) - مصطفى عبد الغني شبيبة: المرجع السابق، ص 53.

-بانتهاء العدة في الطلاق الرجعي: إذا مضت فترة العدة دون أن يراجع الزوج زوجته تبين منه، ولا يمكنه إرجاعه إلا بعقد ومهر جديدين (1).

3-الحالات التي يكون فيها الطلاق رجعيا:

ويكون الطلاق رجعيا إذا لم يكن بائنا بينونة صغرى أو كبرى وهو ما كان من الطلاق بعد عقد زواج ودخول حقيقي، وما كان دون الثلاث طلاقات ولم يكن مقابل عوض مالي (خلع) أو تقريبا من طرف القاضي، يقول تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ويعولتهن أحق بربدهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا " البقرة 288، ويقول كذلك " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف " البقرة 231، ويقول " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان (2).

- أحكام الطلاق الرجعي:

*الطلاق الرجعي لا ينهي الرابطة الزوجية القائمة في الحال، حق الاستمتاع وسائر الحقوق الزوجية(الملك)يبقى طوال فترة العدة والحل كذلك فتبقى الزوجة حلالا له وفي عصمته فترة العدة، وله أن يراجعها متى شاء مالم تنقض العدة حتى لو لم تكن راضية بالرجوع فلا اعتبار لرضاها هنا، فإن راجعها فلا يحتاج إلى مهر وعقد جديد، فهي في ذمته، وبانتهاء العدة يفقد الحل والملك (3).

*الطلاق الرجعي ينقص من عدد الطلاقات المسموح بها، سواء راجعها أو لم يراجعها.

(1) - وزاد الحنفية على ما ذكره الفقهاء أن الزوج إذا وصف الطلاق عند تلفظه به بالبينونة وقع بائنا، وفي حال قرن لفظ الطلاق بما يدل على البينونة من أفعال التفضيل كقوله أنت طالق أشد الطلاق، أو شبه الطلاق تشبيها يدل على البينونة كقوله أنت طالق كالجبل، وعندما يكون الطلاق بلفظ الكناية، وكانت نيته منصرفه إلى الطلاق، وقد سبق وذكرنا المسألة عند الحنفية، وجميع هذه الحالات اعتبر فيها المالكية والشافعية الطلاق رجعيا.

(2) - مصطفى عبد الغني شيبه: المرجع السابق، ص55.

(3) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص312.

* الطلاق الرجعي لا يستحق به مؤخر المهر إذا كان مؤجلاً إلى الطلاق أو الوفاة
* الطلاق الرجعي يبقي الحق في التوارث بين الزوجين طيلة فترة العدة، فإن مات ورثته،
وإن ماتت ورثتها لأن الزوجية ما زالت قائمة في فترة العدة (1).

- أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى:

* الطلاق البائن يزيل في الحال الملك والحل، فتزول الرابطة الزوجية فور حصوله، وتحرم
عليه المرأة حرمة مؤقتة حتى تتزوج غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يموت أو يطلقها
وتتقضي عدتها، وإذا زالت الحرمة المؤقتة تزوجها بمهر وعقد جديدين، وبالطلاق البائن بينونة
كبرى يحل مؤخر الصداق الثابت في ذمته لها.

* الطلاق البائن بينونة كبرى يمنع التوارث بين الزوجين في الحال، إلا أن يكون طلقها في
مرض الموت بغرض حرمانها من الميراث فترث.

* الطلاق البائن بينونة كبرى يوجب العدة استبراء للرحم.

- أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى:

* يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى زوال الملك فلا يمكنه الاستمتاع بها وليست له
كافة الحقوق الزوجية، أما الحل فلا يزول، إذ يمكنه أن يتزوج به بعقد جديد ومهر جديد،
وذلك خلال العدة أو بعدها.

* الطلاق البائن بينونة صغرى ينقص من عدد الطلقات المسموح بها.

* الطلاق البائن يمنع التوارث بين الزوجين، لانقطاع الزوجية وإن لم تنتقض العدة إلا أن
يكون طلقها في مرض الموت لغرض حرمانها من الميراث، فيعامل هنا بنقيض قصدة وتورث
وحتى لو انقضت عدتها.

* يحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق المضاف إلى الطلاق أو الوفاة.

(1) -محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص312-313.

-الرجعة:

ذكرنا أن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية في الحال، فيثبت الحق للزوج في إرجاع زوجته متى شاء في فترة العدة، سنحاول هنا التطرق إلى عدة مسائل تتعلق بالرجعة:

-تعريف الرجعة:

عرفت الرجعة تعريفات عدة نذكر تعريفا من كل مذهب:

فالمالكية عرفوها بأنها " عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد " .

والحنابلة قالوا هي " إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد " .

و الحنفية عرفوها بأنها "استدامة ملك النكاح القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك " .

والشافعية عرفت بأنها " إعادة النكاح الذي أزاله الطلاق ورد المرأة إلى الزواج في أثناء العدة من طلاق غير بائن لقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن " (1).

ويظهر من التعاريف السابقة أن تعريف الحنفية هو الأقرب للصواب، حيث أن التعريفات الأخرى تناولت العودة إلى النكاح بينما ركز الحنفية على الاستدامة ومعناها الإبقاء على العقد ومنعه من الزوال، وهذا يوافق ما ذكرناه من أن الطلاق الرجعي لا يزيل الحل ولا الملك، فهو لا يزال قائما ولا نرده بعد زواله.

-مشروعية الرجعة:

الرجعة مشروعة بأدلة القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة منها:

-قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 228]، وقوله

تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا

تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّعِدُوا﴾ [البقرة: 231]

(1) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص.

- لما روي أن رسول الله ﷺ طلق السيدة حفصة بنت عمر بن الخطاب ثم راجعها، وكذلك لحديث ابن عمر بن الخطاب حين طلق زوجته وسأله عمر بن الخطاب فقال له ﷺ مره فليراجعها.

ولما روي عن عائشة أنه كان الناس والرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة، وإن طلقها مئة مرة أو أكثر حتى قال رجل لامرأته والله لا أطلقك فتبيني ولا آويك أبدا، قالت وكيف ذاك، قال أطلقك فكلما همت عدتك أن تتقضي راجعتك فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي ص حتى نزل القرآن "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" قالت عائشة فاستأنف الناس الطلاق مستقبلا من كان طلق ومن لم يكن طلق (1).

وتبدو الحكمة من تشريع الرجعة واضحة حيث تكون فترة العدة بعد توقيع الطلاق مناسبة ليراجع الرجل نفسه بخصوص فك الرابطة الزوجية ويعيد حساباته ليصل إلى قرار مناسب في هذا الخصوص ويقرر إما استئناف الحياة الزوجية وإما الطلاق، خاصة وأن الرجعة هي من حقه وحده لا يقرر فيها غيره حتى الزوجة فيراجعها وإن كانت غير راضية بذلك.

-طبيعة الرجعة:

ذكرنا في تعريف الرجعة أن الحنفية اعتبروا أن الرجعة هي استدامة ملك النكاح القائم، أما الشافعية فيرون أن الرجعة هي إعادة النكاح الذي أزاله الطلاق، فيطرح هنا الإشكال بخصوص النكاح في العدة هل انقطع أم لا فالحنفية يرون أن العدة تبقى قائما والشافعية يرون أنه انقطع ويعود بالرجعة وكلاهما استدلا على ما ذهب إليه بقوله تعالى "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك" فالشافعية قالوا أن المولى جل وعلا عبر هنا بالرد، والرد هنا الادة ولا تكون إلا بعد الانقطاع، أما الحنفية فأروا أن المولى سبحانه وتعالى سمى المرتجع بعلا والبعل هو الزوج، فلو كان هناك انقطاع للزوجية لما بقي الرجل يسمى الزوج فدل ذلك على عدم

(1) - الحديث أخرجه الترمذي.

انقطاعها أصلاً⁽¹⁾.

شروط الرجعة:

يشترط في الرجعة الشروط التالية:

1- يشترط في صيغة الرجعة أن تكون منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى

المستقبل:

ومثال الرجعة المعلقة على حصول أمر أن يقول لها أرجعت إن أنت أما إضافة الرجعة إلى المستقبل فهو كقوله أرجعتك في الشهر القادم، فهذا مما لا يجوز في الرجعة على ما ذهب إليه الفقهاء، وهي تشبه النكاح ووجه الشبه يكمن في أن كل منهما استباحة للفرج⁽²⁾.

2- أن تكون خلال فترة العدة في الطلاق الرجعي:

ففترة العدة تكون فيها الرابطة الزوجية قائمة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ البقرة 228، فإذا خرجت الزوجة من عدتها سقط الحق في الرجعة، وكذلك لا رجعة من طلاق بائن.

3- أن تكون الزوجة المطلقة مدخولا بها:

على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وشافعية، فقد اشترطوا جميعا في الرجعة أن تكون مدخولا بها، وذلك لقوله تعالى "يا أيها الذين ءامنوا إذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا " الأحزاب 49، فغير المدخول بها لا عدة لها، أما الشافعية فهم يرون أن الخلوة الصحيحة تقوم مقام الدخول، فيترتب عليها صحة الرجعة، فعند الخلوة بها تعتبر مدخولا بها في حكمها.

(1) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص313.

4- لا تحتاج إلى رضا الزوجة أو وليها بها:

فهي حق للزوج بمقتضى قوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن" على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولكن يستحب إخبارها بالرجعة احتياطاً لما قد يحصل أن لم يعلمها بها إذ يمكن لها أن تتزوج بغيره إذا انقضت عنها وهي لا تعلم بإرجاعها فبقع التنازع بينهما لذلك، فإذا أعلمها بالرجعة كانا في غنا عن التنازع (1).

5- الإشهاد على الرجعة:

والإشهاد على الرجعة استحبه جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وفي الجديد من مذهب الشافعية ورواية عن أحمد والرجعة تكون صحيحة بدون إشهاد عليها باعتبار أنه حق خالص للزوج لا نزاع فيه، ويثبت ولو لم ترض الزوجة فلا يحتاج إلى إشهاد، وهم كذلك شبهوا الرجعة بالنكاح فلا تحتاج استدامته وبقاؤه إلى الإشهاد والأمر نفسه في الرجعة، ويستحب أن يشهد على الرجعة حتى لا تستطيع الزوجة أن تنكرها، فالإشهاد عندهم يحتاط به لإثبات حقوق كلا منهما الزوج والزوجة، إذ لم يذكر الشارع جل وعلا اشتراط الإشهاد عليها في الآيات التي تناولت الرجعة.

وذهب رأي آخر في الفقه الإسلامي إلى اشتراطه وهو مذهب الشافعي القديم والرواية الثانية عن أحمد إلى اشتراط الإشهاد، فلا تعتبر الرجعة صحيحة إذا لم يشهد عليها (2)

(1) وهذا بخلاف ماورد في هذا الخصوص للظاهرية الذين أوجبوا إعلام الزوجة لما قد يحصل منها بعد انتهاء العدة من زواج وهي لا تعلم بالرجعة فيكونون على صواب في هذه المسألة ورأيهم كما يبدو هو الأرجح.

- عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص120.

وإذا حصل التنازع بين الزوجين في حصول الرجعة فإما أن يكون الزوج مدعياً بحصولها والزوجة مقرة فلا إشكال، وإما أن يدعي الزوج المراجعة ولا تزال في العدة فلا إشكال أيضاً فهو ما زال يملك العصمة وحقه في الرجعة ثابت، أما إذا ادعى الرجعة وأنكرت هي وانقضت العدة فيقع عليه إثبات دعواه، وألا كان القول قول الزوجة بيمين عند صاحبي أبي حنيفة، وبغير يمين عنده

- عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق، ص123-124.

(2) - مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص62

بم تحصل الرجعة ؟

الرجعة إما أن تكون بالقول أو بالفعل،

- الرجعة بالقول:

اتفق الفقهاء على أن الرجعة تقع بالقول الصريح الدال عليها والذي لا يحتمل معنى آخر غيرها وما يشتق منه كقوله راجعت زوجتي أو ارتجعتك، أو رددت زوجتي إلى عصمتي، وزاد المالكية على ذلك فاشتروا وجود نية الإرجاع مع القول الصريح ديانة لا قضاء، كما تقع بألفاظ الكناية مع وجود النية في ذلك، وألفاظ الكناية هي التي تحتمل معنى الرجعة وتحتمل غيره من المعاني، فإن قال لها أنت عندي الآن كما كنت، أو أنت زوجتي، أو قال أمسكت زوجتي فهنا يحتمل المعنى إرادة الرجعة كما يحتمل معنى آخر ككونك بمثابة زوجتي قبل الطلاق في المثال الأول والثاني ويدور الإمساك في المثال الثالث بين احتمال الرجعة واحتمال إمساكها للإضرار بها (1).

-الرجعة بالفعل:

ويقصد بالرجعة بالفعل أن يفعل ما يدل على الرجعة كالوطء والتقبيل واللمس وما شابه ذلك، وذهب جمهور الفقهاء بخلاف الشافعية إلى وقوع الرجعة بالفعل الدال عليها على تفصيل في آرائهم وخلاصة ذلك أن:

-المالكية قالوا تكون الرجعة بالأفعال الدالة عليها إذا كانت مقترنة بالنية في الإرجاع (2)،

-الحنفية رأوا أنه لا يحتاج إلى نية فالأفعال دالة على النوايا لأنهم يرون أن الرجعة هي استدامة للنكاح، فهو موجود أصلا لم ينقطع.

-الحنابلة رأوا أن الرجعة تكون بالوطء فقط لا بمقدمته.

(1) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص 383.

(2) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص.

أما الشافعية فمذهبهم هو عدم قبول الرجعة بالفعل سواء بالوطء أو بمقدماته نوى أو لم ينو، ويحرم عندهم الوطء أو الاستمتاع بها قبل أن يراجعها باللفظ لأن الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا هي أجنبية عن زوجها، فإن وطئها كان وطء شبهة وترتب عليه إعطاءها مهر مثيلاتها (1).

ومن خلال العرض لآراء الفقهاء يظهر لي أن رأي الشافعية هو رأي مرجوح، إذ الرابطة الزوجية تبقى قائمة في الطلاق الرجعي ولا تنقضي والرجعة تعني استدامة الزواج لا إعادته بعد زواله، والله سبحانه وتعالى يقول " وبعولتهن أحق بردهن " فهذه الآية تدل على بقاء الزوجية في الطلاق الرجعي إذ سمي المرجع بعلا أو زوجا، ويصبح الرجعة بالفعل واقعة شرعا كما قال الجمهور، ولكن يحتاط لها بنية الإرجاع حتى لا يحتمل غيره مما يمكن أن يقع من الأفعال.

-الإشهاد على الرجعة:

وجعله جمهور الفقهاء من حنفية وقول لمالك وأحد قولي الشافعي ورواية عن الحنابلة مستحبا. (2). خالفهم في ذلك الإمام الشافعي في الرأي القديم عنه ورواية عن الحنابلة والظاهرية، فاشتراطه أو أوجبه، وفي المبسوط تلخيص عن آراء الفقهاء " والإشهاد على الرجعة مستحب عندنا وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى شرط لا تصح الرجعة إلا به، وهو قول مالك رحمه الله تعالى، وهذا عجيب لمن مذهبه فإنه لا يجعل الإشهاد على النكاح شرطا ويجعل الإشهاد على الرجعة شرطا لظاهر قوله تعالى " وأشهدوا ذوي عدل منكم " والأمر على الوجوب،....

واستدل الجمهور على استحباب الإشهاد بما يلي:

- أن الرجعة أنها استدامة النكاح والإشهاد متفق على أنه لا يحتاجه النكاح، فكذلك

(1) - عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص 388-389.

الرجعة لا تحتاج إلى إسهاد،

-والجمهور أيضا يرى بأن الرجعة هي حق محض للزوج يستطيع أن يمارسه متى شاء حتى بدون رضا الزوجة إذ لا يحتاج إلى موافقتها، فكيف يشترط الإسهاد على ممارسة هذا الحق،

-و احتجوا أيضا بقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ [الطلاق: 2] تشبيها في الحكم الوارد في قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: 282]، فجمهور الفقهاء متفقون على جواز البيع بدون إسهاد، وهو أولى هنا بالإسهاد إذ الإسهاد في الرجعة هو إسهاد على استدامة النكاح أي على شيء موجود أصلا، أما البيع فأصله غير موجود، فمن باب أولى الإسهاد على البيع.

- أن الله سبحانه وتعالى في ذكره الرجعة لم يقيدها بالإسهاد يقول المولى سبحانه وتعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: 282]، ويقول في مقام آخر ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴾ [البقرة: 230]، وكذلك الأمر في قوله ﷺ: مره فليراجعها، فلم يذكر هنا أيضا الإسهاد فلا يجب.

وأما القائلون بوجوب الإسهاد فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ [الطلاق: 2]، فالأمر هنا للوجوب ولما روي من الأثر عن عمران بن حصين أنه عندما سأله رجل عن طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم وقع بها ولم يشهد فقال طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة، أشهد على ذلك ولا تعد⁽¹⁾، كما أوجبوا الإسهاد في الرجعة قياسا على الإسهاد في الزواج لكونه استباحة بضع محرم.

والراجع عندي وجوب الإسهاد لما فيه من قطع النزاع بين الزوجين

(1) - الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه وصححه الالباني وقال هذا الإسناد صحيح على شرط مسلم.

الرجعة في قانون الأسرة الجزائري: وهو ما سنراه في محاضرة دعوى الطلاق

- التقسيم الثاني (فقهي): إلى طلاق معلق وطلاق المنجز

-الطلاق المنجز:

هو ما تم بصيغة خالية من التعليق عن شرط، أو بالإضافة إلى زمن المستقبل، وكان قصد صاحبه وقوع الطلاق في الحال كأن يقول لزوجته أنت طالق أو طلقتك⁽¹⁾، فالصيغة المنجزة هي التي تفيد وقوع الطلاق وترتيب آثاره في الحال⁽²⁾، وحكم هذا الطلاق أنه يقع حالا، ويرتب أثره مباشرة، أي بمجرد التلفظ به متى توفرت الشروط المطلوبة في كلا من الزوج والزوجة⁽³⁾.

-الطلاق: المضاف إلى المستقبل:

وهو ما اقترنت الصيغة فيه بزمن المستقبل، كأن يقول لزوجته أنت طالق غدا أو بعد سنة⁽⁴⁾، صيغة الطلاق المضافة إلى المستقبل هي التي تفيد إنشاء التصرف في الحال وتؤخر الأحكام إلى المستقبل كعقد إجارة يعقد في الحال غلى أن ينفذ بعد شهرين مثلا، ومثاله أنت طالق غدا أو بعد شهرين.

-الطلاق المعلق:

وصيغة الطلاق المعلق هي التي تفيد وقوع الطلاق عند وجود أمر في المستقبل، كقوله إن دخلت دار فلانة فأنت طالق، فالصيغة على هذا الوضع لا تفيد إنشاء الطلاق في الحال ولكن تفيد إنشاءه عند وجود الأمر المعلق عليه⁽⁵⁾.

(1) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 37.

(2) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 297

(3) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 442.

(4) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 37

(5) - محمد أبو زهرة ا: المرجع السابق، ص 297

ويمكن أن يكون التعليق لفظيا أو معنويا، فإن ذكرت أداة الشرط في عبارة الطلاق بصراحة يكون لفظيا، وإذا لم يصرح بها وظهر تعليق الطلاق من خلال المعنى المفهوم من عبارة الطلاق فهو التعليق المعنوي.

والتعليق إما أن يكون على أمور اختيارية يمكن أن تحدث أو لا كأفعال يمكن للزوج أو الزوجة القيام بها، ويمكن أن تكون أمورا غير اختيارية، أي لا دخل لهما أي الزوج والزوجة أو غيرهما فيها كأن يعلق على المشيئة الإلهية كطلوع الشمس وولادة شخص.....⁽¹⁾

شروط التعليق:

- أن يكون الشرط المعلق عليه محتملا الوقوع: والطلاق بصيغة التعليق ينظر فيه إلى الشرط:

- فإن كان الشرط موجودا أو محققا أثناء التلفظ بالطلاق المعلق كان الطلاق منجزا، أي وقع حالا ورتب أثره،

- وإن كان الشرط غير موجود مع احتمال وجوده في المستقبل:

*فإن كان الشرط مستحيلا فلا يقع به طلاق، ومثاله أن يشترط أن يلج الجمل في سم الخياط،

*وإن كان معلقا على شرط المشيئة الإلهية، كأن يقول لها أنت طالق إنشاء الله، فالطلاق هنا لا يقع على رأي جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وظاهرية خالفهم في ذلك الحنابلة.

- أن يقع الطلاق المعلق على محل وهو المرأة في حال قيام الزوجية الفعلية أو الحكمية فالفعلية

(1) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 297

التقسيم الثالث: يقسم في القانون الطلاق إلى طلاق تعسفي وطلاق بالتراضي

- الطلاق التعسفي: وهو ما سنراه بالتفصيل لاحقاً.

الطلاق بالتراضي:

- والطلاق بالتراضي عرفته المادة 427 من ق إ م إ بأنه " إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة ".

- ففي الطلاق بالتراضي نجد أن كل واحد من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين⁽¹⁾

ويعتبر الطلاق بالتراضي هو أسهل الطرق لفك الرابطة الزوجية بالنظر إلى الاتفاق الموجود بين الزوجين فلا مجال فيه للتنازع، كما أن هذه الصورة من صور فك الرابطة الزوجية غير موجودة في الشريعة الإسلامية، لأن العصمة في الزواج بيد الزوج في الشريعة الإسلامية وهو يملك الحق في فك الرابطة الزوجية بناء على إرادته المنفردة، وهو غير مجبر بتبرير أسباب الطلاق، والتراضي الموجود في أحكام الشريعة الإسلامية إنما هو في الخلع كما سنتطرق إليه لاحقاً. والطلاق بالتراضي نظمت أحكامه المواد من 428 إلى 435 من ق إ م إ وعرفته كما ذكرنا أعلاه المادة 427 من ق إ م إ

- انحلال الزواج بالإرادة المنفردة للزوجة

أعطى المشرع الجزائري للمرأة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق المنصوص عليه في المادة 53 من الأمر 02/05، وكذلك الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من الأمر ذاته، وهو بذلك يوازن بين مركزي كل من طرفي عقد الزواج في إنهائه فكما

(1) - باديس ديابي: صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، 2012، ص 28

للزوج امكانية إنهائه بالطلاق التعسفي انطلاقا من العصمة الزوجية التي يمتلكها فالمرأة هي كذلك يمكنها إنهاء الرابطة الزوجية بطلب التطلاق أو الخلع بأن ترفع أمرها للقاضي، والقاضي له سلطة تقديرية في ذلك:

أولا: التطلاق للضرر

والحالات التي يثبت فيها الحق في طلب التطلاق هي محصورة في قانون الأسرة الجزائري في حالات نصت عليها المادة 53 من الأمر 05-02.

-التطلاق لعدم الانفاق:

النفقة في اللغة: النفقة مشتقة من النفوق تعني الصرف أنفق ماله أي صرفه، وأنفق ماله بمعنى أفناه ومنه يسمى المال الذي ينفق نفقة لأنه يهلك بالصرف

- النفقة في الاصطلاح:

عرفت النفقة في الفقه تعريفات عدة منها ما هو متعارف عليه عند المالكية وهي " ما به قوام معتاد حال الآدمي دون إسراف " (1).

-أدلة مشروعية النفقة على الزوجة:

من القرآن الكريم:

-قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]. ففي الآية دلالة صريحة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وإن كان من المفسرين كابن العربي والزمخشري من رأى بأن معناها ايجاب اجرة رضاع الولد للأم على والده (2)، وإذا كانت

(1) -وعند الشافعية تعني النفقة معاوضة في مقابل التمكين من الاستمتاع،

-وعند الحنابلة هي كفاية من يمونه خبزاً وإداما وكسوة ومسكناً وتوابعها،

-أما عند الحنفية فتعرف النفقة بأنها الإدرار على الشيء بما فيع بقاؤه،

أنظر: تيسير رجب التميمي: الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، ط1، 2009، ص 284.

(2) -سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص67.

النفقة واجبة للمطلقة حقا للرضاع فهي في الزوجات أولى لأنهن في عصمة أزواجهن.

-قوله تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها " الطلاق 7، فقد وضع المولى سبحانه وتعالى قاعدة الانفاق بقدر المستطاع منقبل الأزواج على المطلقات وعلى المرضعات، فكل واحد ينفق بقدر ما يستطيعه، وذلك على سبيل الوجوب المستفاد من صيغة الأمر في لفظ " لينفق "، فيكون المعنى أن الانفاق واجبا على الأزواج، ولكن بقدر الاستطاعة.

-قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 6]، فهنا ورد الأمر بتوفير السكن للمطلقة أثناء العدة، وهذا من باب النفقة فيكون مأمورا بالنفقة، فإذا كان هذا يخص المطلقة المعتدة فهو في الزوجة يكون من باب أولى⁽¹⁾.

-من السنة النبوية الشريفة:

-ورد في صحيح مسلم من حديث جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال في خطبة حجة الوداع قال "اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف.

-ورد في السنن الكبرى عن معاوية القشيري قال قلت يا رسول الله نساؤنا ما نأتي منها أم ما نذر؟ قال أنت حرثك أنى شئت، غير أن لا تضرب الوجه ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت، وأطعم إذا طعمت، واكس إذا اكتسيت، وكيف وقد أفضى بعضكم إلى بعض.

-ورد في صحيح البخاري من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: " أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول: تقول المرأة إما أن تطعمني وإما

(1) -بإلحاح عبد المومن: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، 2000، ص11.

أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني؟ فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ قال لا هذا من كيس أبي هريرة.

-ورد في السنن الكبرى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله عندي دينار فقال "أنفقه على نفسك"، قال عندي آخر قال "أنفقه على ولدك"، قال عندي قال آخر قال "أنفقه على أهلك، وفي حديث "على زوجتك" (1).

-ورد في صحيح البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: أن هذا بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي بالمعروف إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف، فدل ذلك على وجوب نفقة المرأة على زوجها (2).

-الإجماع:

أجمعت الأمة على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها.

- من المعقول:

أن الزوجة في عقد الزواج محبوسة على الزوج، والقاعدة الفقهية تقول أن ما حبس لحق غيره تجب نفقته عليه (3).

(1) -سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص68-69.

(2) -عبد المؤمن بلباقي: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى عين امليلة، 2000، ص12.

(3) -عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق ص12، وفيما يتعلق بنفقة العلاج أو التداوي فقد ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وحنفية إلى عدم وجوبها على الزوج، وقصروا النفقة على الأكل والشرب واللباس والسكن، والظاهر أن العلاج في زماننا أصبح ضروريا في حياة الرجل والمرأة بل إن الحاجة إليه تفوق الحاجة إلى الطعام والشراب، فكيف ينفق الرجل على المرأة بالمعروف على أكلها وشربها ويمتنع عن علاجها، وربما في زمن الأئمة الأربعة لم يكن العلاج أو التداوي حاجة أصلا كما هو الحال في زماننا، لذلك اختلفت نظرتهن إليه ولم يوجبوه على الزوج لزوجته، وهذا ما رجحه القضاوي لقوله ص "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" فتختلف الحاجات الضرورية من زمن لآخر.

- محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص509.

-أنواع النفقة الواجبة (مشمات النفقة) (1):

-في التشريع الجزائري: تناولت المادة 78 من قانون الأسرة مشمات النفقة، حيث نصت على أنه: " تشمل النفقة الغذاء والكساء والعلاج والمسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وبالتالي فإن القاضي في تقديره للنفقة المحكوم بها يراعي هذه المشمات. (2)

- معايير تقدير النفقة (3)

-في التشريع الجزائري: تنص المادة 79 من قانون الأسرة على أنه "يراعى في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"

- حكم التفريق بين الزوجين للإعسار:

إذا أعسر الزوج، بأن صار لا يمكنه القيام بأعباء الانفاق على زوجته فيثور هنا التساؤل هل يجوز التفريق بينهما إذا طالبت به المرأة بناء على ما يرافق الإعسار من الضرر لها؟
اختلف الصحابة ومن بعدهم الفقهاء في حكم التفريق لإعسار الزوج إلى رأيين، فمنهم من رأى جواز التفريق، ومنهم من رأى بأن الزوجة لا يثبت لها هذا الحق فعليها أن تصبر على زوجها على التفصيل التالي:

- المذهب الأول: وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة وجماعة من التابعين واختاره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومقتضاه جواز التفريق للإعسار إذا تضررت الزوجة، ويكون ذلك رفعا للضرر، وحجتهم في ذلك مايلي:

(1) - عبد المومن بلباقي: المرجع السابق، ص13

(2) - عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، 1986، ط3، ص227.

(3) - عبد المومن بلباقي: المرجع السابق، ص20.

- من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، وقد أورد ابن العربي في تفسير معنى الإمساك بالمعروف أن من عجز على الإنفاق أن يطلق زوجته إن لم يطلقها فقد خرج عن المعروف وبطلقها عليه الحاكم، فمن لم يستطع الاتفاق بالمعروف طلق بالإحسان، والمعنى أيضا أن المعسر يكون أمام خيارين اثنين الإمساك مع الإنفاق أو التسريح بإحسان إن عجز عن أحدهما لزمه الآخر.

- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ البقرة 229 هذه الآية صريحة في الدلالة على النهي عن إلحاق الضرر والظلم بالزوجة وعدم الإنفاق عليها هو إضرار بها ينبغي رفعه بتجوز الفرقة إذا طلبتها أو اختارتها (1).

- من السنة النبوية الشريفة:

- ما رواه البخاري من قوله ﷺ " أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني "، ففي هذا الحديث دلالة صريحة على ثبوت حق الزوجة في الفرثة إذا لم ينفق عليها.

- ما رواه الدارقطني والبيهقي من حديثه ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: "يفرق بينهما"،

وهنا كذلك دل الحديث صراحة على حكم التفريق للإعسار وهو الجواز.

-سئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، فقال يفرق بينهما فسئل: سنة؟ قال نعم.

وهذا الأثر في معناه مطابق لما ورد في الحديث قبله في بيان حكم التفريق للإعسار.

(1) -أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص125.

-الإجماع:

ذهب إلى التفريق بالإعسار جمع من الصحابة كما ذكرنا أعلاه منهم عمر وعلي وأبو هريرة، واختاره عدد من التابعين دون أن يخالفهم فيه أحد، فانعقد الإجماع على حكمه بالجواز⁽¹⁾.

القياس:

بالقياس على ثبوت الخيار بالعييب، بل أن الإعسار عن النفقة أولى في ذلك لأن ضرورة الطعام مقدمة على الضرورة الجنسية⁽²⁾.

- المذهب الثاني:

هو ما ذهب إليه الحنفية وداود الظاهري، ومقتضاه عدم جواز التفريق بالإعسار، وعند الحنفية تستدين الزوجة على زوجها، والزهري ذهب إلى أنه يتوجب على المرأة الصبر على زوجها إلى حين زوال إعساره أما عند الظاهرية فقد أوجبوا على المرأة القدرة ماديا في حال إعسار زوجها أن تنفق عليه، ولا يطالب بما أنفقته عليه في إعساره بدليل قوله تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده، وعلى الوارث مثل ذلك، فطالما أن الزوجة تعد وارث، فينبغي أن تتحمل النفقة، وهؤلاء استدلوا بما يلي:

- من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ البقرة 280،

فالأية تضمنت وجوب إمهال المعسر في العموم، ويدخل في هذا العموم نفقة الزوجة قياسا على الدين، بل هو في الزوجة أولى فيتعين عليها أن تمهل زوجها المعسر حتى تتيسر

(1) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 286.

(2) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 115.

أموره.

-قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 279]، فمن الواضح من خلال الآية أن إمهال الزوج المعسر إلى غاية يسره هو المطلوب من الزوجة، لا طلب التفريق لهذا العذر.

-من السنة النبوية الشريفة:

-ما ورد في صحيح مسلم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: دخل رجل يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجد الناس جلوسا ببابه لم يأذن لأحد منهم، قال فأذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجدا النبي جالسا حوله نساؤه واجهما ساكتا، فقال أبو بكر لأقولن شيئا أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقامت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرا.

ويستدل من هذا الحديث على عدم جواز التفريق للإعسار، حيث أن كليهما قاما لضرب ابنته لأجل طلبهما النفقة، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ضربهما فيكون هذا بمثابة الإقرار على موقف أبي بكر وعمر ولم يصدر منه إنكارا لذلك.

-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

- العيب اللغوي: العيب في اللغة هو الوصمة وجمعه عيوب أو أعياب، وورد اللفظ في قوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: 79] والمعني أنه جعلها ذات عيب.

-العيب في الاصطلاح: يعني ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا⁽¹⁾.

(1) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 284.

في الزواج من الممكن أن يجد أحد الزوجين بالآخر عيوباً أو أمراضاً تحول دون تحقيق التماسك في ظل التآلف بين الزوجين كمقصد أو هدف من الزواج، وقد يحصل نفور من الطرف الآخر وعدم قبول لهذا الوضع مما يؤدي إلى عدم الاستقرار في الحياة الزوجية، وقد يطلب فك الرابطة الزوجية لهذا السبب مما يثير التساؤل بشأن حكم التفريق لهذا النوع من للعيوب كما ينبغي معرفة هذه العيوب تفصيلاً وشروط التفريق بسببها.

-أنواع العيوب المعتبرة في الزواج: العيوب التي يمكن أن تكون تقسم إلى:

-عيوب تناسلية أو جنسية: وهي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من المرأة والرجل ، وتتسبب غالباً في منع المعاشرة الجنسية⁽¹⁾، وهذه منها ما يصيب الرجل فقط ومنها ما يصيب المرأة فقط، فالأولى كالجرب والعنة والخصاء والاعتراض، والثانية يمثل لها بالقرن والرتق والعفل والإفشاء والبخر .

-عيوب مرضية ليست تناسلية (العيوب المشتركة بين الزوجين): وهذه الأخيرة يمكن

أن تصاب بها المرأة أو الرجل على حد سواء ويمثل لها بالجنون والجدام والبرص⁽²⁾،

(1) -عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق، ص64.

(2) - مصطفى عبد الغني شبيبة: المرجع السابق، ص122. وهذه العيوب هي على التفصيل:

- العيوب المشتركة بين الجنسين

-الجنون: يسمى المصاب به مجنوناً، وفي اللغة هو الشخص الذي حيل بينه وبين عقله، وفي الاصطلاح يعني زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء.

والبرص: هو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته

-الجدام: هو علة صعبة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر، والخاصة بالرجل هي

-العذيفة: ويعني هذا المرض خروج الغائط من الرجل عند الجماع.

-الجرب: والمجرب هو من قطع ذكره وأنثياه عا أو خلق بدونهما،

-الخصاء: والخصي هو من سلت أنثياه وبقي ذكره،

-الاعتراض: عدم انتشار الذكر، والخاصة بالمرأة فقط، هي:

-الرتق: ويعني انسداد محل الجماع باللحم،

-القرن: هو عظم في الفرج يمنع الجماع،

-العفل: وهو لحم ينبت في قبل المرأة، ويكون بعد الولادة،

الإفشاء: ويعني اختلاط مسلكي الذكر والغائط،

حكم التفريق للعيوب:

للفقهاء في هذه المسألة آراء مختلفة:

-الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء، حيث اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية (الجمهور) على جواز التفريق للعيوب، لأنها من الأضرار التي يفرق واتفق الفقهاء على أن أحد الزوجين إذا علم بصاحبه عيب قبل عقد الزواج أو علم به بعد العقد ثم وجد منه ما يدل على رضاه صراحة أو دلالة، فإنه لا يثبت له طلب التفريق، لذلك العيب أيا كان.

واستدل هؤلاء بالأدلة التالية:

-من القرآن الكريم:

-قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 213]، فإن لم يطلقها الزوج طلقها القاضي لرفع الضرر عنها. (1)

- من السنة النبوية الشريفة:

-ورد في مسند أحمد أن النبي تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها (ما بين الخاصرة إلى الضلع الخفي) بياضا فانحاز عن الفراش، قثم قال خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ مما أتاها شيئا، وفي رواية الحقي بأهلك، وفي الحديث دلالة على أن مشروعية الفرقة لما تنفر منه النفس من العيوب ولا تستقيم معه العلاقة الزوجية(2)، ولكن هذا الحديث قيل أن في سنده جميل، وهو ضعيف.

- الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه قوله ﷺ "لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صغر، وفر من المجدوم فرارك من الأسد أو كما تفر الأسد".

-بخر الفرج: هو نتن في الفرج يثور بالوطء. تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 285.

(1) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 292.

(2) -أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص123.

-عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق، ص66

- من الإجماع:

أجمع الصحابة على ثبوت الخيار بالجذب⁽¹⁾ والعنة عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود، وسمرة بن جندب، والحارث بن أبي ربيعة، والمغيرة بن شعبة، ومعاوية بن أبي سفيان⁽²⁾.

- من الآثار:

-روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: أيما امرأة غر بها رجل، بها جنون أو جذام، أو برص، فلها مهرها بما أصاب منها، وصدّق الرجل من غره.

-روي أن عمر أخته امرأة فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولاً، وعند انقضاء الحول وما زال العيب قائماً، فخيرها، فاخترت الفرقة فطلقها بطلقة بائنة⁽³⁾.

-ويقول علي بن أبي طالب أيضاً "أيما رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسه، إن شا أمسك وإن شاء طلق" وكذلك في الرجل به عيب نقل يعن سعيد بن المسيب أنه قال "أيما رجل تزوج امرأة به جنون أو ضرر فإنها تخير، فإن شاءت فارقته، وإن شاءت قرت"⁽⁴⁾.

-القياس: الزواج هو عقد من عقود المعاوضة كعقد البيع فيقاس عليه، وبالتالي فإن وجود العيب يثبت معه الحق في الخيار في الفرقة لمن وجد العيب، بل الخيار في الزواج أولى⁽⁵⁾.

- من المعقول:

(1) - عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق، ص 66.

(2) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 296-297.

(3) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 123.

(4) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 292.

(5) - عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق، ص 66.

- إن هذه العيوب تحول دون الوصول إلى مقاصد الشرع من الزواج، فمن المنطقي أن يثبت فيه الخيار للزوج المتضرر من العيب (1).

وجمهور الفقهاء وإن كانوا اتفقوا على التفريق للعيب للزوجين على السواء، فيمكن لكليهما أن يطلب فقد خالفهم الحنفية في هذه المسألة فهم يرون أن طلب التفريق للعيب يثبت فقط للزوجة وحثهم في ذلك أنها لا تملك توقيع الطلاق، فيعتبر التفريق هنا دفعا للضرر الذي يلحقها بسبب العيب، أما الزوج فهو يملك الحق في توقيع الطلاق، ولا يحتاج إليه، وهذا على ما يبدو ليس صائبا من حيث كون الزوج يتضرر كذلك من العيوب كما تتضرر الزوجة، فإن استعمل حقه في توقيع الطلاق للعيب بإرادته المنفردة أو فسخ العقد والزوجة غير مدخول بها فإنه يلزمه نصف المهر أو كله، أما إن كان التفريق للعيب فإنه لا يلزمه شيء من ذلك، وبالتالي يترجح هنا رأي الجمهور (2).

- **الرأي الثاني:** وهو رأي ابن حزم الظاهري وهو اختيار الشوكاني في نيل الأوطار، ومقتضاه عدم جواز التفريق بسبب العيوب لأي من الزوجين، واستدل ابن حزم على ذلك بأن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنته ﷺ فقد حرم الله بشرتها وفرجها على كل من سواه، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله بقوله فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه البقرة

وحجة هؤلاء ما رواه عروة بن الزبير عن عائشة في صحيح البخاري من أن رفاة القرظي طلق زوجته فتزوجت من عبد الرحمان بن الزبير فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني كنت تحت رفاة فطلقني آخر ثلاث تطليقات، فتزوجت بعده عبد الرحمان بن الزبير، وإن ما معه والله إلا مثل الثوب، وأخذت بهدبة من جلبابها، فتبسم عليه الصلاة والسلام ضاحكا قال: " لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاة لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق

(1) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 87.

(2) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 123.

عسيلتك"، ففي هذه القصة امتنع النبي عليه الصلاة والسلام من التفريق بينهما لعل العيب الذي يمنع التواصل الجنسي بينهما والذي الذي ادعته واشتكت منه له عليه الصلاة والسلام، فدل ذلك على عدم جواز التفريق للعيب الجنسي عندهم (1).

-الرأي الثالث: وهو مذهب الحنفية، ومقتضاه جواز طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة فقط على اعتبار أن الزوج يملك الحق في الطلاق (2).

- العيوب الموجبة للتفريق:

اختلف الفقهاء في نوع العيوب الجبة للتفريق:

فالمالكية: يرون أن العيوب التي توجب التفريق منها ما هو مشترك بين المرأة والرجل وهي الجنون والجدام والبرص والغذيفة، وبالنسبة للعيوب التي تصيب الرجل فقط هي عندهم الجب والعنة والخصاء والاعتراض، وحصرها ما تصيب المرأة من العيوب في القرن والرتق والعفل والبخر والإفشاء.

-**وعند الحنفية:** فهم يوجبون التفريق للعيوب التي تصيب الرجل فيثبت معها الحق للمرأة بالخيار، وهذه العيوب عندهم الجب والعنة والخصاء والتأخذ والخنوثة.

-**وعند الشافعية:** فيفرقون بسبب الجب والعنة عند الرجل وبسبب الرتق والقرن مما يصيب المرأة أما بالنسبة للعيوب غير التناسلية فيفرقون بسبب الجنون والجدام والبرص.

وعند الحنابلة: يفرقون بسبب الجب والعنة بالنسبة لما يصيب الرجل ويفرقون بسبب الرتق والقرن والعفل (3).

(1) - مصطفى عبد الغني شيبه: المرجع السابق، ص 122.

(2) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 292.

(3) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 290.

ويحصل من ذلك أن جمهور الفقهاء متفقون على ثبوت الخيار بسبب الجنون والجذام والبرص لكلا الزوجين بخلاف الحنفية الذين يرون بأنها لا تؤثر في عقد الزواج فلا يفسخ لأجلها من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر هذه العيوب مؤقتة يمكن البرء منها، فهي قابلة للزوال⁽¹⁾.

-واتفقوا على أن التفريق يكون عند وجود عيب واحد من العيوب الثلاثة وهي: الجُب، والعنة، والخصاء، فإذا وجدت الزوجة زوجها عنيًا أو خصيًا أو مجبوبًا، سواء كان ذلك في أصل الخلقة أو لعارض حدث له، كان لها أن تطلب التطلق بدعوى ترفعها أمام القاضي، ويمهله القاضي مدة سنة كاملة من وقت رفع الدعوى لعله يستطيع الوصول إليها، فإن وصل إليها انتهت الدعوى، واستمرت الزوجية، وإلا فرق القاضي بينهما.⁽²⁾

-شروط التفريق للعيب:

اشترط الفقهاء للتفريق بالعيوب مايلي:

-**عدم العلم بالعيوب:** ألا يكون طالب التفريق يعلم بوجود العيب في الطرف الآخر قبل إبرام عقد الزواج، فإن كان عالما به سقط حقه في الفسخ أو التفريق.

- **عدم وجود رضا بالعيوب:** أن لا يكون طالب التفريق قد بدر منه ما يفيد صراحة أو ضمنا الرضا بالعيوب عند اطلاعه عليه بعد العقد،

- **أن لا يكون حصوله عرضيا أثناء الحياة الزوجية:** أن لا يكون العيب حصل عرضا بعد الدخول، بأن يكون العيب موجودا أثناء العقد وعند الدخول، فإنه في الأولى يسقط الحق في التفريق أو الفسخ،⁽³⁾

-طبيعة الفرقة للعيب (نوع الفرقة)

(1) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص128.

(2) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 292.

(3) - مصطفى عبد الغني شبيبة: المرجع السابق، ص122.

- في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الحاصلة بسبب العيب إلى مذهبين:

- **المذهب الأول:** وهو مذهب الحنفية والمالكية، ويرون بأن الفرقة هنا تكون طلاقه بائنة، ولم تتعلق بفساد العقد في حد ذاته، فهي ليست فسخا بل طلاقه بائنة، واستدلوا على ذلك بكون هذا الحق منح للزوجة رفعا للضرر الذي يصيبها من استمرار العلاقة الزوجية، وما يحقق هذا المقصد إلا كون الفرقة طلاقا بائنا تتخلص المرأة فيه من إمكانية إجبارها على العودة إلى العلاقة الزوجية كما لو كان الطلاق رجعيا وراجعها قبل انتهاء العدة، فلما كان بائنا سقط حقه في مراجعتها (1).

- **المذهب الثاني:** وهو مذهب الشافعية والحنابلة، ويرون أن الفرقة هنا هي فسخ لأن القاضي هو من يوقعها، بخلاف الطلاق، فلا يحتاج فيه إلى القاضي، وهو في ذلك يملك سلطة توقيها التي تبنى على الاجتهاد، ولو تلفظ الزوج بعبارة الطلاق فلا يؤثر ذلك في كونه من توقيع القاضي (2).

- في قانون الأسرة:

بخصوص التفريق للعيب عموما المشرع الجزائري أورد العبارة التالية " العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج " والعبارة خالية من أي تحديد يخص هذه العيوب، فهل المقصود هي العيوب الجنسية أم العيوب غير الجنسية مما يجعل النص غير واضح ومبهم ويحيل القاضي إلى الاجتهادات الفقهية في المسائل (3)، فقد ورد في اجتهادات المحكمة العليا إمهال الزوج مدة سنة حتى يتمكن من معالجة ما به من علة.

- الإيلاء:

(1) - سلمان نصر، سعاد سطحي: المرجع السابق، ص 91.

(2) - عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق، ص 97.

(3) -دليلة آيت شائوش،: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، ، ص 267...

-في الفقه الإسلامي

والإيلاء في اللغة: هو الحلف،

وفي الاصطلاح: يعني " الحلف بالله على ترك قربان الزوجة مدة أربعة أشهر فصاعداً، أو بتعليق ما يستشقه على القربان، ومن الأمثلة على ذلك أن يحلف أن لا يقرب زوجته خمسة أشهر، أو علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة كمن يحلف أن يصوم ثلاثة أشهر أو يتصدق بمبلغ مالي كبير إن قارب زوجته فهذه الصور تعتبر إيلاء، أما حلف ألا يقربها أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء. (1)

والإيلاء كان معروفاً في الجاهلية كان يستعمل إضراراً بالزوجة، إذ يحلف الرجل على عدم إتيانها سنة فأكثر، فإن انتهت المدة المحددة عاود الحلف، فتبقى المرأة معلقة لاهي متزوجة ولا هي مطلقة.

وحكمه أنه إذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته أن تحرم عليه حرمة مؤبدة، واختلف الوضع بمجيء الإسلام ورفع الأذى الذي كانت تتعرض له الزوجة، فللزوجة طلب التطبيق إذا هجرها زوجها لغير عذر مدة أربعة شهور فأكثر، أو حلف أن لا يباشرها هذه المدة لما يحصل للزوجة من ضرر ذلك، قال ابن عباس كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسننتين، وأكثر من ذلك فوقته الله أربعة أشهر (2).

-الحكمة من الإمهال في الإيلاء:

القصد في إمهال الزوج في الإيلاء فترة أربعة أشهر مع تضرر الزوجة والمشقة التي تحصل لها جراء تحملها مسؤولية بيتها لوحدها وع الأولاد بالإضافة إلى الضرر المعنوي المتأتي من الصدود والنفور منها أثناء الهجر هو المحافظة على الحياة الزوجية، فخلال هذه

(1) -بدران أبو العينين بدران:، ص 265..

(2) -رهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص

الفترة يعيد كل منهما النظر في حياته الزوجية ويعيد حساباته، فإذا اشتاق الزوج إلى الرجوع لزوجته، وندم على بدر منه عاد خلال الفترة المحددة بأربعة أشهر ووالا طلق، وكذلك الأمر بالنسبة للزوجة فلربما كانت تصرفاتها سببا في نفور زوجها فتصلح من حالها بعد مراجعة نفسها إذا عاد إليها. (1)

-موقف الفقهاء من التفريق بالايلاء:

ورد الإيلاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (227)﴾ [البقرة: 226-227]،

فهذه الآية تضمنت حكم الإيلاء، وهو يكون في حالين:

-إذا حلف على عدم قران زوجته أربعة أشهر أو اكثر، وعاشرها خلال الأربعة أشهر فهنا يلزمه كفارة الحلف أو اليمين يكفر عنها،

-إذا حلف على عدم القوربان خلال الأربعة أشهر او اكثر ومضت أربعة أشهر من دون ان يعاشرها، فالحكم هنا هو تطليق الزوجة من زوجها، لما في ذلك من ضرر بها وإسقاط لحقها في المعاشرة باعتباره من الحقوق الزوجية لقوله تعالى " فإذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله... "كما هو ثابت في الشرع، ولكن السؤال المطروح هنا هل أنه بمضي مدة الإيلاء تعتبر المرأة مطلقة أم لا ؟

جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة على أنه لا يقع بمضي فترة المهلة، بل يوقعه من يملكه، ولكن بعد الانتهاء المهلة ولم يطلق ولم يعد لزوجته ترفع أمرها إلى القاضي يأمره هو الآخر بأحد الأمرين الفيء أو الطلاق فإن أبى يطلق عليه القاضي زوجته، خالفهم في ذلك الحنفية الذين يرون بأنه بمضي المدة يقع الطلاق بانئا من دون أن يطلقها الزوج أو أن

(1) - بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص266.

ترفع أمرها للقضاء. (1) والفرقة هنا تكون بطلقة بائنة.

واستدلوا على كون الطلقة بائنة بما روي من موقف عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود، حيث لا يكون رفع الضرر عنها إن لم تكن الطلقة بائنة، والفيء أو الرجوع إليها يكون بالجماع في الفرج، فلا يرفع ظلمها إلا به ومادون ذلك فلا تقبل التقبيل واللمس ولو بشهوة، ويكون بالقول عند العجز عن الجماع.

-في التشريع الجزائري: نص عليه المشرع في المادة 53 من الامر 05-02 بقوله " الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر " .

-الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة العشرة في الحياة الزوجية وارتكاب الفاحشة:

-الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة العشرة في الحياة الزوجية

فهنا يشترط لطلب التطلق

-يكون الزوج قد أدين بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

والحقيقة أن تحديد الجرائم الماسة بشرف الأسرة هو أمر ليس محصور في جريمة واحدة أو اثنتين فقط، فالمشرع الجزائري صنف الجرائم إلى جرائم العنف وهي القتل والضرب والجرح....، والجرائم الماسة بالعرض كالأفعال المخلة بالحياء والدعارة والتحريض على الفسق والزنا والفاحشة بين المحارم، والاعتداء على القصر، وصنف آخر يتمثل في الجرائم ضد الأسرة والأطفال جرائم الإهمال العائلي، الجرائم المتعلقة برعاية الأطفال وترك الأطفال وتعريضهم للخطر وخطف أو إبعاد قصر بدون عنف ولا تحايل،

وتصنيف آخر باعتبارها جرائم ضد الأموال كالسرقة والاختلاس والتبديد، وخيانة

(1) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص 417.

الأمانة.... ومنها الجرائم الاقتصادية كتهريب الأموال والمخدرات وكالإرهاب...، فكل ما يسيء إلى شرف المعنى ونزاهته يسيء إلى أسرته، كل هذه الجرائم تمس بشرف الأسرة، فهي كثيرة، يصعب الإمام بها وكان على المشرع أن يحدد على وجه الحصر ما المقصود من الجرائم التي ترتب الحق في طلب التطلاق لأجلها.

- صدور الحكم بالإدانة بشأن الجريمة.

- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة:

- موقف الفقهاء من التفريق للغيبة:

اختلف الفقهاء في التفريق للغيبة إلى رأيين:

-الأول: وهو رأي المالكية والحنابلة، ومقتضاه جواز التفريق بالغيبة فيثبت للزوجة الحق عندهم في طلب التطلاق إذا غاب عنها، ولو كان له مال تنفق منه، إذا تضررت من غيابه، ولم ينقلها إلى البلد الذي يقيم فيه ولم يحضر إليها، ويرى المالكية أن مدة سنة هي مدة كافية لطلب التطلاق كما لا يشترط أن يكون غيابه لعذر، ولو لم يترك لها ما تنفق لطلقت لأجل النفقة، وتكون الطلقة بائنة عندهم، وقصرها الحنابلة على مدة ستة أشهر، وأن تكون لعذر، وتعتبر فسخا لا طلاقا.

- الثاني: وهو مذهب الشافعية والحنفية، ومقتضاه عدم جواز التفريق للغيبة مهما طال

لأنه لا مسوغ لفك الرابطة الزوجية (1).

- موقف المشرع الجزائري:

والمشرع الجزائري أجاز التطلاق للغيبة واشترط فيها أن تكون بعد السنة كما هو الحال في المذهب المالكي واشترط أن تكون بلا عذر ونفقة، وهو ما ذهب إليه الحنابلة والحقيقة أن

(1) -آيت شاوش دليلة: المرجع السابق، ص141.

النفقة لوحدها موجبة للتطليق.

- مخالفة أحكام المادة 8 والمادة 8 مكرر المتعلقة بتعدد الزوجات:

حيث أن المادة 8 من الأمر 05-02 أوجبت على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها بهذا الزواج، فإن لم يخبر الزوجة السابقة بالزواج الثاني، ولم تكن موافقة على زواجه ثبت لها الحق في طاب التطليق لهذا السبب، كما أن عدم تحقيق العدل في الانفاق المطلوب بين الزوجات في حال التعدد أي نص المادة 8 مثبت لحق الزوجة في طلب التطليق.

- ارتكاب فاحشة مبينة:

تعرف الفاحشة المبينة بأنها هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات، "تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين - :الأقارب من الفروع والأصول.

-الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم- .

بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم- .

-الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم

- .والد الزوج أو الزوجة الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر- .

- من أشخاص يكون أحدهم زوجاً لأخ أو لأخت".....

ولم يدرج الزنا (زنا الزوج أو الزوجة) فيها على الرغم أنه تناولها في نص المادة 339 منه، والفواحش في الاصطلاح الشرعي تشمل كل جرائم الحدود وهي الزنا، والسكر والحراقة والسرقعة والبغي (1).

(1) -دليلة آيت شاوش،، الرجوع السابق، ص22.2..

-الشقاق المستمر بين الزوجين:

-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في التطليق للشقاق والضرر:

اختلفوا فيها إلى مذهبين على النحو التالي:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية والشافعية ومقتضاه عدم الذهاب للتطليق للشقاق مهما كان شديداً، فمن منظورهم ان الشقاق موجب لتدخل القاضي بإلزام الزوج بالامتناع عن الإضرار بها ومسكها بالمعروف وبحسن المعاملة معها والإحسان إليها، حفاظاً على الرابطة الزوجية وإذا لم يفعل أدبه على ذلك وإلا انتقل إلى فرض العقوبة التعزيرية والزجر من خلالها واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً النساء35، فمهمة الحكّمين هو الإصلاح وليس التفريق بين الزوجين وهو مذهب الحنفية والشافعية (1).

- **المذهب الثاني:** وهو مذهب المالكية والحنابلة ومقتضاه جواز التطليق بسبب الشقاق المستمر، فالزوجة بالخيار في هذا الأمر إن شاءت بقيت معه وطلبت من القاضي التدخل لرفع الضرر عنها بالتأديب أو الزجر، وإن اختارت الفرقة وأثبتت الضرر طلقها القاضي، ومن الأمثلة التي ساقوها لتوضيح الضرر الناجم عن الشقاق قطع كلامه عنها وضربها ضرباً مؤلماً، أو سبها أو سب أبها كمن يقول لها يابنت الكلب ويا بنت الملعونة (2).

- وفي قانون الأسرة الجزائري:

-في قانون الأسرة 84-11:

أشار المشرع الجزائري إلى التطليق للشقاق بين الزوجين ولكن ليس بصراحة، حيث

(1) - شامي احمد: قانون الأسرة، المرجع السابق ص203

(2) - المرجع ذاته.

نصت المادة 56 منه على ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما."، وببارة "إذا اشتد الخصام بين الزوجين"، ولأن هذه المادة جاءت بعد المادة 55، والتي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما، ولكنها مفهومة بحيث تناول المشرع في المواد 53 و54 و55 الكلام عن حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ولكن لم تكن متضمنة في نص المادة 53 التي تناولت التطلاق فقط، فلم تكن لها بها علاقة.

في الأمر 05-02: تضمنت بموجب التعديل النص صراحة على ان الشقاق المستمر سبب من أسباب التطلاق في نص المادة 53، ولكن المشرع لم يبلغ نص المادة 56الستي تناولت سابقا الموضوع، ويعتبر هنا تأكيدا على حق الزوجة في التطلاق إذا اشتد الخصام ولم تفلح مساعي الحكّمين في الإصلاح⁽¹⁾.

-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

فالمادة 19 أباحت للزوجين أن يشترطا ما يريانه ضروريا فيما لا يتعارض مع قانون الأسرة "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى مع هذا القانون"، والمشرع هنا لم يفصل القول في هذه الشروط فيرجع وما ينبغي قبوله منها، ولم يحدد معايير لقبولها، فيرجع تقديرها إلى السلطة التقديرية للقاضي الذي يعتمد في ذلك على معايير مثل عدم مخالفتها لقانون الأسرة وللطبيعة عقد الزواج.

وأعطى المشرع مثلا باشتراط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، وبناء على ذلك فإن الإخلال بالشروط المتفق عليها يترتب الحق في التطلاق للمرأة شرط أن يكون هذا الشرط مقترنا بالعقد أو متضمنا في عقد رسمي لاحق⁽²⁾.

(1) -دليلة آيت شاوش،: إمرجع سابق ص250

(2) -دليلة آيت شاوش،:، الرجع السابق، ص219.

- كل ضرر معتبر شرعا:

- **الضرر لغة:** من الضر والضرر وهو ضد النفع. وهو الشدة والضييق وسوء الحال. والضرء الشدة ونقيض السوء. وأضره: جلب عليه الضرر. لهذا يقال ضار امرأته، أي أخذ عليها ضرة.

- **الضرر اصطلاحا:** هو إلحاق الأذى بالغير في عرضه وماله ونفسه. وقد عرف "ابتداء الفعل بمعنى: وقوع الضرر على الغير كمنقصان حقه أو إيلامه بإصابة جسمه أو عضو من أعضائه أو سلب ماله (1).

- موقف الفقهاء من التفريق للضرر:

الضرر منهي عنه شرعا فلا يجوز إلحاق الضرر بالغير، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول " لا ضرر ولا ضرار " فالضرر غير جائز ومقابلته بضرر أيضا غير جائز، فهو ممنوع بالوجهين، والزوجة إذا أضر بها الزوج يجب تأديب الزوج على أفعاله، فذلك غير جائز، ولكن السؤال المطروح هنا هو هل يثبت حقها في التظلم للضرر؟ وهو ذاته ما تطرقنا له في مسألة الشقاق المستمر بين الزوجين

- في قانون الأسرة الجزائري:

جعل المشرع الجزائري التظلم للضرر أحد حالات التي نصت عليها المادة 53 من الأمر 02-05، فهذا البند تكلم عن قاعدة عامة في التظلم، هي حصول الضرر أيا كان نوعه ولكنه لم يحدد، وهذا البند يدخل فيه كل الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من الأمر 02-05، وتكون السلطة للقاضي في تقدير الحالات التي تكون فيها الزوجة متضررة وتقبل طلبها بفك الرابطة الزوجية بالتظلم،

ومن تطبيقات القضايا في مسألة وقوع الضرر بسبب الشقاق المستمر واستفحال الخصام

(1) - المرجع ذاته،

وطول مدته باعتباره ضرر شرعا ويكون الزوج هو من تسبب في الضرر كمن لم يمثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة (1).

ثانيا: الخلع

- تعريف الخلع:

- الخلع في اللغة: الخلع في اللغة هو النزع، ولذلك يقال خلعت اللباس إذا نزعته (2)، وخلع امرأته خلعا بالضم وخالعت المرأة بعلمها أرادته على طلاقها ببذل منها له، فهي خالعة (3).

-تعريف الخلع في الاصطلاح (4):

- عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها (المرأة) بلفظ الخلع أو ما في معناه "

- وعرفه المالكية بأنه: " الطلاق بعوض أو بلفظه "

- عرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"

- وعرفه الحنابلة بأنه: "فراق زوجته بعوض يأخذه الزوج من امرأته بألفاظ مخصوصة".

فهذه التعريفات كلها تجتمع في فكرة واحدة هي أن تفتدي الزوجة نفسها بعوض تقدمه للزوج.

أما في قانون الأسرة الجزائري - فلم يتطرق إلى تعريف الخلع فهي مهمة الفقه أساسا، واقتصر في تنظيمه على مادة وحيدة هي المادة 54 من الأمر 05-02، تناولت حكم الخلع

(1) -باديس ديابي: صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص55.

(2) -مصطفى عبد الغني شيبية: المرجع السابق، ص79.

(3) -أحمد شامي: المرجع السابق، ص215

(4) -تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص360 وما بعدها.

وحددت في مضمونها كونه حقا أصيلا للمرأة وليس رخصة يمكن لها أن تفك الرابطة الزوجية بها إن رضا الزوج.

-تمييز الخلع عن الطلاق على مال:

الطلاق على مال هو الطلاق الذي تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، وأجمع الفقهاء في الشريعة الإسلامية على أن الخلع ليس هو الطلاق على مال، خالفهم الحنفية الذين قالوا أن الخلع إذا ورد بلفظ الطلاق عد أو اعتبر طلاقا على مال، فيلزم أن يكون بصيغة الخلع أو المبرأة. (1)

-مشروعية الخلع:

مشروعية الخلع مستفادة من الكتاب والسنة النبوية الشريفة ومن الإجماع على التفصيل التالي:

-من القرآن الكريم:

-قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229].

فهذه الآية تضمنت النهي عن أخذ ما يعطى للنساء والمهر منه فيحرم أخذه، واستثنت الآية بصريح عبارتها حالة ما إذا كانت الزوجة خائفة على نفسها من الامتثال لطاعة المولى لنفورها من زوجها، فهنا يكون الاستثناء بإمكانية أخذ المهر إذا صدر طلب الفرقة من الزوجة بإرادتها افتداء لنفسها فلا حرج فيه.

- قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4].

(1) - ولمزيد من التفصيل حول أوجه الاتفاق والاختلاف للتمييز بينهما يمكن الرجوع إلى: دليلة آيت شاموش: المرجع السابق، ص324 وما بعدها

وهذه الآية أيضا تضمنت الحكم العام بجواز هبة الزوجة لزوجها المهر الذي أخذته منه، والعموم في الخطاب يتضمن الخلع وغير الخلع فليس خاصا به (1).

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19]، فتضمنت الآية أيضا النهي عن مضارة الرجال للنساء ليحصل الافتداء منهم إلا استثناء في حالة الفاحشة المبينة التي يمكن أن تكون الزنا أو النشوز للزوجة مما يقتضي معه إستعادة ما أعطاهما من المال (2).

- من السنة النبوية الشريفة:

- ورد في صحيح البخاري من حديث ابن عباس أن جميلة بنت سلول زوجة ثابت ابن قيس جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت يا رسول الله لا أنا ولا ثابت، ولا ما أعطاني، وسألته أن يطلقها على ما قدم لها من مهر، وهي حديقة من أرض ثابت، فقال له رسول الله ﷺ "خذ الحديقة وطلقها تطليقة" (3).

- من الإجماع:

أجمع الصحابة والتابعيون ومن أتى بعدهم من الفقهاء على مشروعية مخالعة الزوجة زوجها.

(1) - بن صغير محفوظ: المرجع السابق، ص 614.

(2) - تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 367.

(3) - أحمد محمد المومني إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص 81، وفي رواية أخرى للحديث عن ابن عباس ؓ أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت ابن قيس أما إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ "ظأتردين عليه حديقته؟" قالت نعم قال رسول الله ﷺ "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" وفي الحقيقة أن هناك روايات عدة في امرأة اشتكت للنبي ﷺ من زوجها، وفي كل منها معنى مشترك هو إباحة أن تفتدي المرأة نفسها، وبالتالي كانت كلها أدلة على مشروعية الخلع. يمكن الرجوع إلى تفاصيل الروايات الواردة في الاستدلال -تيسير رجب التميمي: المرجع السابق ص 368-369.

-من المعقول:

لما كانت العصمة في يد الزوج، والمرأة لا يمكنها أنتطلق نفسها أعطيت سبيلا لافتداء نفسها بما أعطاها إياه، وتصيب هي حريتها، فتزيل الضرر عن نفسها إذ تكون هنا كارهة للحياة الزوجية وغير راغبة في الاستمرار معه، وفي الوقت ذاته تزيل الضرر عن الزوج غير الراغب في إنهاء الحياة الزوجية بمنحه المقابل، والزوج إنما دفع المهر للزواج وبالفرقة يأخذ البذل.

-الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة:

نصت على الخلع المادة 54 من الأمر 02-05 التي تنص على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي،

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم "

- الحكمة من تشريع الخلع:

أثناء الحياة الزوجية قد يحدث النفور من جهة الزوج لزوجته نتيجة للخلافات وعدم التوافق بينهما فلا يحقق الزواج المقصد منه بإيجاد الرحمة والود والسكينة والعشرة الحسنة داخل البيت، فيكون الحل بعد محاولات الصلح والتوفيق بين الطرفين بإيقاع الطلاق إذا تيقن من استحالة العشرة بينهما طالما أن العصمة بيده، وقد يحدث نفور الزوجة من الزوج، وتكره عشرته، ولا تحب أن تواصل معه الحياة الزوجية وتخشى على نفسها من عدم طاعته وحسن عشرته، دون أن يكون الزوج مقصرا في واجباته مع زوجته واتجاه أسرته، فهنا الشارع الحكيم أعطى للزوجة مكنة الفرقة كما هو الحال بالنسبة للرجل اعتبارا لمشاعرها بأن تخالع زوجها على مال يذهب الضرر الذي قد يصيبه من فك الرابطة الزوجية، فلا ترغب المرأة على القبول بزواج لا تحبه ولا ترغب فيه، بل وتتفر منه، فلا يتضرر الزوج بأخذ العوض ويرفع الضرر

عن الزوجة. (1)

وهذا أيضا يتوافق مع الرضائية التي يبني عليها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، فلا يتم العقد إلا برضا الطرفين، والشارع الحكيم جعل العصمة بيد الرجل لكونه الأقدر على ضبط نفسه ومن ثم الحفاظ على العلاقة الزوجية ومن خلالها الحياة الزوجية، وفي المقابل لم يهضم الزوجة حقها إذا كانت لا ترغب وتكره مواصلة الحياة الزوجية أن تبقى في ذمته فلا ضرر ولا ضرار.

-الطبيعة الفقهية للخلع:

يعتبر الحنفية أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، فالفقهاء يعدون الطلاق يمينا أيا كانت إرادة توقيعه من الزوج أو من الزوجة أو منهما معا، وفي الخلع يكون الزوج قد قام بتعليق الطلاق على قبوله بالعوض، والتعليق هنا يعتبر يمينا⁽²⁾.

أما بالنسبة للمرأة فإن الخلع هو معاوضة لأنها تقبل بالخلع في مقابل الالتزام بدفع العوض افتداء لنفسها لفك الرابطة الزوجية والتحلل من قيود العلاقة الزوجية.

ويرى المالكية أن الخلع هو حق أصيل للزوجة يمكنها استعماله متى شاءت، وهي في ذلك لا تحتاج إلى إيجاب الزوج ولا حتى إلى مجلس العقد⁽³⁾.

وهذا ما اختاره المشرع الجزائري، فأعطى للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة بموجب العصمة الزوجية وفي الجهة المقابلة مكن المرأة من فك الرابطة الزوجية بعوض دون موافقة زوجها، فهو حق أصيل تستعمله متى شاءت إذا رأت استحالة الاستمرار في الحياة

(1) - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 301

- تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص 364

(2) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص 368.

- ادريس ديايي: صور فك الرابطة الزوجية: المرجع السابق، ص 67.

(3) - شامي احمد: قانون الأسرة: المرجع السابق، ص 218.

الزوجية (1).

-الطبيعة القانونية للخلع:

هل الخلع فسخ أم طلاق اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال إلى رأيين:

- **الرأي الأول:** وهو رأي عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وعلي بن أبي طالب من الصحابة وهو ما اختاره المالكية والحنفية ورواية عن أحمد والشافعي، فهو رأي جمهور الفقهاء، ومقتضاه أن الخلع يقع طلاقاً بائناً فلا يراجع الزوج زوجته، ولا ترجع إليه إلا بعقد جديد بدليل قوله ص لقيس بن ثابت " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة " فجاء الحديث هنا بلفظ الطلاق، فيكون ما وقع طلاقاً، ولا يحصل المقصود في الخلع إذا كان الزوج بإمكانه مراجعة زوجته، كما أن الزوجة في الخلع تدفع للزوج مقابل الفرقة، والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها لا تكون فسخاً بل تكون طلاقاً (2).

-**الرأي الثاني:** وهو مذهب ابن عباس وابن عمر، وهو قول عند الشافعي وعند أحمد بن حنبل ومقتضاه أن الطلاق هو فسخ، وبالتالي لا ينقص من عدد الطلاقات، وهؤلاء استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229- 230] ثم يقول المولى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ﴾ [البقرة: 229] ويعقب الآية بقوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]، فجاء في بداية الآية الطلاق مرتان أي تطليقتين، والخلع تطليقة، ثم ذكر عدم جواز الزواج منها حتى تنكح زوجاً آخر، ولو كان الخلع طلاقاً لكان الذي يترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجاً آخر هو الطلقة الرابعة لا الثالثة، فدل ذلك بصراحة على أن الخلع هو فسخ وليس طلاقاً.

(1) -باديس ديابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى عين امليلة، ص71.

(2) -تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص374.

أحمد شامي: المرجع السابق، ص220.

كما أنهم رأوا بأن النبي ﷺ في قصة زوجة ثابت بن قيس في رواية الربيع بن معوذ قال له رسول الله ﷺ خذ الذي لها عليك واخل سبيله، فأمرها ﷺ أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها"، وبالتالي يكون ذلك فسخا بدليل عدم إدراج لفظ الطلاق، وكذلك عدتها بحيضة واحدة⁽¹⁾.

- موقف المشرع الجزائري:

تناول المشرع الجزائري الفسخ في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة، فجعل البطلان أثرا على تخلف ركن الرضا وجعل الفساد في غياب الشاهدين أو الصداق أو الولي ورتب عليه الفسخ قبل الدخول فقط لا بعده، ورتب كذلك الفسخ قبل الدخول وبعده على تخلف شرط عدم الزواج بالمحرمات في نص المادة 34، فالفسخ عند المشرع الجزائري يكون في العقد الذي تخلف فيه شرط من الشروط، ولا يرد على عقد صحيح بركنه وشروطه.

وجاء نص المادة 48 من الأمر 02/15 صريحا في اعتبار أن الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية حيث أدرج صور فك الرابطة الزوجية وعدها على النحو التالي: بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة حسب ما ورد في المادتين 53 و54 من القانون ذاته، وبالتالي فهو طلاق وليس فسخا⁽²⁾.

- شروط الخلع:

1- أن يقع الخلع بعد زواج شرعي صحيح حقيقة أو حكما: فيرد الخلع على المتزوجة، كما يرد على المطلقة طلاقا رجعيا، أما المطلقة طلاقا بائنا فلا يمكن مخالعتها إذ تكون قد خرجت من ذمته أصلا.

(1) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص84،.

(2) - باديس ديابي: المرجع السابق ص71.

2- أن يكون بلفظ مخصوص: أو لديه صيغة خاصة به، فنية الطلاق في الخلع غير كافية لوقوعه، بل يشترط أن تكون له صيغة من الايجاب والقبول، فم غير المتصور قبول أن يقع الخلع بمجرد المعاطاة أي تعطي الفزوجة للزوج المال، وتخرج من داره بدون صيغة الخلع، وتتم المخالعة⁽¹⁾ بلفظ الخلع أو بما معناه كالافتداء أو المبرأة، كأن يقول لها خالعتك على كذا، أو بارأتك على كذا⁽²⁾.

1- الأهلية: أي أن تكون المخالعة ذات أهلية كاملة للتصرف طالما أن المخالعة ستدفع عوضا ماليا لفك الرابطة الزوجية، فهي تحتاج إلى أهلية التصرف، فينبغي أن تكون بالغة وراشدة حتى يكون تصرفها صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، فإذا كانت كذلك وقع تصرفها صحيحا وكانت ملزمة بدفع العوض لم يختلف الفقهاء في حكمها، أما إذا كانت محجورا عليها أو في مرض الموت ففيه كلام⁽³⁾.

وفي خلع الصغيرة اختلف الفقهاء فذهب مالك إلى أنه يقع طلاقها قتبين منه ولا يلزمها العوض، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها تطلق رجعا إذا كانت من أهل القبول، ولا يلزمها العوض كذلك، وذهب الشافعية إلى أنها ناقصة الأهلية وتصرفاتها غير صحيحة فلا يقع طلاقها.

2- رضا الزوج والزوجة: أما رضا الزوجة بالخلع فواضح اشتراطه، ذلك أنها ستدفع عوضا ماليا عن فك الرابطة الزوجية، ومن هنا لا بد من اشتراط رضاها للمخالعة، وفي اشتراط رضا الزوج اختلف الفقهاء إلى مذهبين وأصل المسألة ترجع إلى طرح فكرة هل أن الخلع هو رخصة للمرأة تستعملها للضرورة، أو هي حق أصيل لها:

(1) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص368..

(2) - يمكن الرجوع إلى تفاصيل تتعلق بالصيغة في الخلع عند الفقهاء أحمد شامي: المرجع السابق، ص229 وما بعدها.

(3) - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: المرجع السابق، ص82. ويمكن الرجوع إلى حكم خلع المحجور عليها لسفه في:

- بن صغير محفوظ: المرجع السابق، ص 627.

-الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة، ومقتضاه عدم إجبار الزوج على القبول بطلب الخلع من الزوجة، فقد تطلب الزوجة الخلع ولا يجيبها إليه، واحتجوا بقوله ﷺ سالف الذكر "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة " فهذا الخطاب جاء بصيغة النصح والإرشاد لا الوجوب (1).

الثاني: هو رأي المالكية، ومقتضاه وجوب إجابة الزوجة إلى طلب الخلع، واستدلوا بنفس الدليل السابق، حيث حملوا الأمر كما هي القاعدة على الوجوب، فيكون مأمورا بطلاقها على العوض.

وفي رأيي أن إلزام الزوج بالقبول بالمخالعة فيه فتح باب إفساد عظيم على الأسر والمجتمعات، فالمرأة وإن كانت قد أعطيت حقها في فك الرابطة الزوجية إذا لم تطق العشير، فإن هذه المصلحة غير معتبرة إذا ما قورنت بمفسدة كثرة الطلاق في المجتمعات وما يترتب عنه من تفكك أسري وانتشار الآفات الاجتماعية، وهو ما يشهده المجمع الجزائري كنتيجة طبيعية للتوسع فيه، حيث تشهد المحاكم أعداد كبيرة كن قضايا الخلع المعروضة عليها، ومن ارتفاع عدد أحكام الخلع لأنها تتم بدون موافقة الزوج.

-**العوض في الخلع:** والعوض هو المال الذي تفتدي به المرأة نفسها من زوجها ليطلقها، ويمكن التخالع على ما قدم لها من المهر أو نفقة المحضون لسنوات عدة مثلا، أو تخالع نفسها مقابل نفقة العدة المقررة لها (2)،

وانتفق الفقهاء في العوض أن يكون مالا حلال فلا يصح أن يكون خمرا أو ميتة.

وأجاز المالكية أن يكون العوض هو نفقة العدة والحضانة لأنها أموال فيتحقق فيها معنى العوض المطلوب في الخلع، فيمكن أن يكون العوض هو نفقتها مدة حملها، فلا ينفق

(1) -بن صغير محفوظ: المرجع السابق، ص 627.

(2) -عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، ط2، 1989، ص250.

عليها فقرة عدتها حتى تلد، فإن لم تتمكن من الانفاق على نفسها لعسر أنفق هو عليها، وكان ذلك المال دينا في ذمتها.

ويمكن أن يكون العوض أن يكون هو إسقاط الحضانة، بحيث تتنازل له عن حقها في حضانة ولدها، أو أجرة الرضاع للولد، كما أجازوا أن يكون العوض هو صداقها.⁽¹⁾

وبخصوص مسألة الزيادة عن قسمة المهر في العوض:

اختلف الفقهاء، حيث ذهب المالكية والشافعية إلى انه يجوز أن يكون العوض أكثر من المهر بدليل قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، ولما ورد في قصة الربيع بنت معوذ أنها افتدت نفسها بكل شيء تملكه، أما الحنابلة فذهبوا إلى انه يكره الزيادة على ما أمهرها.

-في قانون الأسرة: جاء في نص المادة 54 من الامر 05-02 مايلى: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي:

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." فالمشرع هنا لم يحدد العوض في الخلع في حالة الاتفاق بينهما على قيمته، أما إذا لم يتم الاتفاق عليه، هنا يرجع في تحديده إلى سلطة القاضي التقديرية وألزمه المشرع بعدم تجاوز قيمة صداق المثل⁽²⁾.

وجاء العمل القضائي على وفق ذلك فنجد مثلا في قرار المحكمة العليا لسنة 1992 ما مضمونه وجوب تدخل القاضي من أجل تحديد قيمة العوض بصداق المثل وقت الحكم دون

(1) -عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص363.

(2) -المرجع نفسه، ص363.

مطروح عدلان: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة دكتوراه في العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 1 بن بلة، 2014-2015، ص296.

الالتفات إلى عدم قبول الزوج باعتبار أن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف " (1).

-سلطة القاضي في الخلع:

طالما ان الخلع هو التراضي بين الزوجين يطرح التساؤل هنا بخصوص حضور القاضي في إيقاع الخلع، فيه وهل يجوز ايقاعه بغير حضوره وعن دوره، وحكم غياب القاضي عند الخلع؟

-في الفقه الإسلامي:

اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين:

-الأول: وهو رأي عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان من الصحابة، وهو ما اختاره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومقتضاه جواز وقوع الخلع بدون حضور القاضي، فيمكن أن يكون في حضور القاضي ولا يشترط حضوره لصحة الخلع لأنه عقد معاوضة مثل باقي عقود المعاوضة كالبيع والنكاح، بقع الالتزام على كل طرف بما ألزم به نفسه به، فيلتزم الزوج بتوقيع الطلاق، وتلتزم الزوجة فيه بإعطاء العوض فلا يحتاج فيه إلى القاضي، وقاسوه أيضا على الطلاق يوقعه الزوج بدون قاضي

وبالنسبة للآية 229 من سورة البقرة فتضمنت إذن ولي لها بالخلع إذا ترافعا إليه لا على سبيل الجبر واللزوم بحيث ينبغي الترافع إليه (2).

-وجاءت الربيع بنت مسعود بنت عفرأ هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان، فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة(3).

(1) - مطروح عدلان: المرجع السابق، ص298..

(2) -شامي احمد: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014، ص238.

(3) -تيسير رجب التميمي: المرجع السابق، ص372.

-الثاني: وهو مذهب الحسن وابن سيرين وسعيد بن الجبير، ومقتضاه وجوب التطلق بحضور القاضي وبعد محاولة الإصلاح استدلوا على ذلك بمايلي:

- بما ورد في سورة النساء 35 في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾. فالخطاب هنا موجه لولاية الأمور، وليس للأزواج، ولو لم يكن لهم دور في الخلع لما كان الخطاب موجها لهم.، وكذلك الأمر في قوله تعالى في سورة البقرة 229. ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ فالخطاب موجه إليهم وهو فرع الترافع إليهم.

وفي قصة ثابت بن قيس اعتبر ما قام به النبي ﷺ هو دور القاضي، حيث جاءته زوجته وعرضت الخلع فأمره النبي ص أن يطلقها ويقبل العوض.

-في قانون الأسرة:

-في قانون الاسرة 1984(القانون 11/84): جاء النص على الخلع في المادة 54 "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."، فجاء النص خاليا من الإشارة إلى مسألة اشتراط رضا الزوج بالخلع، وبعبارة أخرى هل للقاضي إيقاع الخلع بدون رضا الزوج أم لا ؟ وبالتالي وردت العديد من الاجتهادات القضائية في المسألة، وكانت متعارضة مع بعضها، حيث أجاز بعضها الخلع بدون رضا الزوج ولم يجزه بعضها (1).

-في الامر 05-02: أزاح المشرع الجزائري الغموض الذي اكتنف النص في ضل قانون 11-84 فنصت المادة 54 منه على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي:

إذا لم ينفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق

(1) -لمزيد من التفاصيل حول الاجتهادات القضائية في المسألة:

-أحمد شامي: السلطة التقديرية لقاضي الأسرة، المرجع السابق، ص240-241.

-اديس ديابي: صور فك الرابطة الزوجية: مرجع سابق، ص76 وما بعدها.

المثل وقت صدور الحكم ."

فهذا النص تضمن صراحة عدم اشتراط رضا الزوج بالخلع، فسلطة القاضي في توقيع الطلاق غير مقيدة بموافقته.

- آثار الخلع (1):

يترتب على الخلع الآثار التالية:

1- إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع وإلزام الزوج بالطلاق، فإذا كان العوض في الخلع هو النفقة على الأولاد وأعسرت الزوجة انفق عليهم أبوهم وله أن يطالبها بما أنفق عند اليسار، وإن ماتت كان ديناً في تركتها.

2- يتم الفرقة بطلقة بائنة، كما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي في المشهور عنهما، لأنه كما سبق تفصيلاً الأمر كونه رجعيًا لا يحقق المقصد الذي من أجله أجاز للمرأة الخلع لأجله، إذ أنه إذا حصل طلقة رجعية تبقى المرأة أمرها إلى زوجها خلال العدة إن شاء أرجعها وإن شاء طلق، فيتناهى مع المقصد والحكمة من الخلع، أما عند الحنابلة كما ذكرنا فاعتبروا أن الخلع فسخ وليس طلاقاً (2).

وفي التشريع الجزائري لم يتم التطرق في قانون الأسرة إلى نوع الفرقة في الخلع، مما فتح الباب للاجتهاد القضائي الذي اعتبرها طلقة بائنة

3- بانقضاء الزوجية بالطلقة البائنة تسقط الحقوق الزوجية الثابتة بالزواج قبل الخلع، أما حقوقها الثابتة بعد الخلع فلا تسقط كحقها في نفقة العدة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، إلا إذا حصل الاتفاق بينهما على أن إسقاط حق من الحقوق في مقابل الخلع.

(1) -مصطفى عبد الغني شبيبة: المرجع السابق، ص98.

(2) -عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص252.

المحور الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى فك الرابطة الزوجية

- المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق

- الاختصاص النوعي

- الاختصاص الإقليمي

- إجراءات سير دعاوى فك الرابطة الزوجية

- قضايا الاستعجال

- المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق:

- الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة:

حددت المادة 423 من قإ م إ إ الاختصاصات المكلفة لقسم شؤون الأسرة على وجه

الخصوص وليس حصرا، وهي على النحو التالي:

-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية،

وتوابعها حسب محدد من الحالات في قانون الأسرة،

-دعاوى النفقة والحضانة والزيارة،

-دعاوى إثبات الزواج والنسب،

-الدعاوى المتعلقة بالكفالة،

-دعاوى المتعاقبة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقد والتقديم،

وبالتالي تختص قسم شؤون الأسرة بعدد كبير من القضايا منها، استرداد الهدايا بعد

العدول عن الخطبة والتعويض عن العدول، دعاوى فسخ وإبطال الزواج، منح الترخيص في

حالة عدم استيفاء السن القانونية للزواج 19 سنة، والإذن لذوي الإعاقات الذهنية، دعاوى

الصداق، ودعاوى إثبات الزواج والنسب، دعاوى الرجوع لبيت الزوجية، دعاوى النفقة طلبها

وإسقاطها، ومراجعتها.

-دعاوى النشوز، دعاوى فك الرابطة الزوجية الطلاق التعسفي، الطلاق بالتراضي، الخلع، التطليق، دعاوى تتعلق بالحقوق المادية المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، وعداوى إسناد الحضانة وإسقاطها وتسليم المحضون....

- الإختصاص الإقليمي⁽¹⁾:

تنص المادة 37 من ق إ م إ على قاعدة عامة في التقاضي ان الاختصاص الإقليمي ينعقد للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فالمدعي هو من ينتقل إلى المدعى عليه لان الأصل فيه البراءة حتى يثبت العكس، غير أن لهذه القاعدة استثناءات إذا تعلق الأمر بحماية مصالح معينة لفئات هشة تقررت لخصوصية تتميز بها بعض دعاوى شؤون الأسرة، وهذا ما نتناوله تفصيلا في بعض المسائل: ما تناولته المادة

-في مسائل الطلاق والرجوع إلى بيت الزوجية: فإنه ينعقد الاختصاص فيه للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وذلك وفقا لنص المادة 40 من ق إ م إ، وهو اختصاص وجوبي لا يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفته

-في الطلاق بالتراضي: والذي تناوله المشرع في نص المادة 427 من ق إ م إ وتناول أحكامه المادة من 428 إلى 435 من ق إ م، وينعقد الإختصاص فيها إلى محكمة محل إقامة أحد الزوجين،

-في الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للشخص المحضون: وفقا لما ورد في المادة 426 ق إ م إ فإن المحكمة المختصة بالفصل فيها هي محكمة مكان ممارسة الحضانة مع الإشارة إلى أن إستناد الحضانة يكون تابعا لدعوى الطلاق فيحدد في الحكم الصادر بالطلاق، وهنا تكون المختصة إقليميا كما ذكرنا أعلاه هي محكمة موطن بيت

(1) - بوضياف عادل: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية للنشر، 2008، ص432 وما بعدها.

الزوجية، أما إذا كانت دعوى الحضانة المرفوعة منفصلة عن دعوى الطلاق، فإن الاختصاص الإقليمي ينعقد هنا لمحكمة مكان ممارسة الحضانة.

- في موضوع النفقة الغذائية: وفقا لما ورد في نص المادة 426 ق إ م إ فإن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى فهي محكمة الدائن بقيمة النفقة تخفيفا عليه لانه طرف ضعيف.

- في موضوع متاع الزوجية: المحكمة المختصة إقليميا بدعاوى المتعلقة بالنزاع في متاع الزوجية هي محكمة بيت الزوجية باعتبارها المكان الذي يوجد به المتاع وهذا ما تضمنته المادة 426 ق إ م إ.

- في النزاع حول الصداق: وهذه الأخيرة تطبق عليها القاعدة العامة أن الاختصاص ينعقد هنا لمحكمة المدعى عليه، وهذا ما تضمنته المادة 426 ق إ م إ.

- في موضوع الولاية: ينعقد الاختصاص الإقليمي لمحكمة مكان ممارسة الولاية (المادة 9/426 ق إ م إ والمادة 1/ 458 والمادة 462 والمادة 464 ق غ م إ).

- إجراءات سير دعاوى فك الرابطة الزوجية:

تُرفع دعوى الطلاق أمام الجهات القضائية المختصة وفقا للقواعد العامة، وتخضع لنفس الشروط والإجراءات التي تحددها، وفقا لأحكام المادة 13 من ق إ م إ، حيث يشترط فيها كما هو معلوم الصفة والمصلحة وأهلية التقاضي، بالإضافة إلى ما يشترط في قضايا الأسرة من شروط بالنظر لخصوصيتها، فيكون مطلوبا تقديم وثيقة عقد الزواج.

وفقا للمادة 16 من ق إ م إ فإنه يكون مطلوبا من صاحب الدعوى إيداع عريضة افتتاحية مكتوبة مؤرخة وموقعة تسجل لدى أمانة ضبط المحكمة، وهي تكون وفقا للقواعد العامة ولا تخضع لإجراءات خاصة، وتتضمن بيانات معينة حددتها المواد 14 و 15 من ق إ م إ، مع دفع الرسوم القضائية، ويتم تسجيلها فورا من طرف أمين ضبط المحكمة في سجل

خاص متبعا ترتيبا حسب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم، ورقم القضية ويحدد تاريخ أول جلسة، ويسجل في نسخ الخصوم رقم القضية وتاريخ أول جلسة ويستلمها المدعي أو وكيله أو محاميه ليقوم بتبليغها رسميا للخصوم مراعيًا في ذلك أن تكتمل 20 يوما من تاريخ تبليغ التكليف بالحضور إلى تاريخ أول جلسة، أما إذا كان الشخص مقيما في الخارج فإنه تمنح مهلة ثلاثة أشهر.

وبعد ذلك يبلغ الخصم تبليغا رسميا وفقا للقواعد العامة للتقاضي وفقا لما ورد في نص المادة 406 من ق إ م إ وللنيابة العامة وفقا للمادة 438 من ق إ م إ، والتي تعتبر طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة كما نصت على ذلك المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، وهذا الأخير استقر العمل على تبليغه عن طريق أمانة الضبط.

وتبليغ الخصم يكون بالتوجه إلى المحضر القضائي الذي يسلم له المدعي أو من ينوب عنه العريضة الافتتاحية أو عريضة الاستئناف، وهذا الأخير يحرر محضرين الأول هو محضر التكليف بالحضور لجلسة (المادة 18 من ق إ م إ)، والثاني محضر تسليم تكليف بالحضور لجلسة وفقا لنص المادة 19 من ق إ م إ،

وتنعد الخصومة بتبليغ الخصم التكليف بالحضور

- بالنسبة لأهلية التقاضي: حددت المادة 7 من الأمر 05-02 سن 19 سنة كاملة بالنسبة للمرأة والرجل على حد سواء، وأجازت للقاضي أن يرخص قبلها متى كان ذلك لمصلحة أو ضرورة وتحقق من قدرة الطرفين على الزواج من دون تحديد للسن الأدنى.

- والمشرع منح المرخص له بالزواج قبل استيفاء السن القانونية أهلية التقاضي أو الاهلية الإجرائية بخصوص آثار الزواج المتعلقة بالحقوق والواجبات كدعاوى النفقة وإثبات النسب...، ولكن لا يمكنه التقاضي بخصوص فك أو إنهاء الرابطة الزوجية من طلاق بالإرادة المنفردة أو تطليق أو خلع، والمادة 437 من ق إ م إ تطرقت إلى هذه المسألة موضحة أن القاصر لا يمكنه مباشرة دعوى الطلاق باسمه، بل ينوب عنه وليه أو مقدمه حسب

الحالة⁽¹⁾، ولا يجوز للقاصر أيضا رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة لأنها مقدمة لعقد الزواج وليست أثرا له، وفي الطلاق بالتراضي منع أحد الزوجين القاصر الحق في مباشرتها إذا كان تحت وضع التقديم أو

- ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 432 من ق إ م إ.

- إجراء الصلح بين الزوجين:

المقصود من إجراء الصلح أن يحاول القاضي الوصول إلى التوفيق بين الزوجية والإصلاح بينهما ورأب صدع العلاقة الزوجية، فيحاول أن يفهم نقاط الخلاف بينهما حتى يستطيع التركيز عليها في عملية الصلح، وإجرائيا يقوم القاضي بالصلح من خلال جمع الزوجين أمامه في مجلس واحد ومحاولة إقناع الزوج على الرجوع عن طلب الطلاق أو فك الرابطة الزوجية من خلال الوعظ والإرشاد، ولذلك يعرف بأنه " إجراء وقائي يقوم به القاضي وجوبا من أجل تقريب وجهات النظر بين الزوجين المتخاصمين وإيجاد حل ودي للنزاع القائم بينهما من أجل استئناف الحياة الزوجية من جديد إذا كان ذلك ممكنا⁽²⁾.

- ونصت على وجوبه المادة 49 من الأمر 02-05 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجربها القاضي بعد دون ان تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " وكذلك المادة 439 من إ م إ نصت على وجوبه ب" محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " أوجبه المشرع في كل صور فك الرابطة الزوجية سواء الطلاق أو الخلع أو التطليق ونظمت المادة من 439 إلى 445 من ق إ م إ.

(1) - بوضياف عادل: المرجع السابق، ص 439.

(2) - بوعلام عويس: القواعد الإجرائية في شؤون الأسرة، الزواج وانحلاله أنموذجا، دكتوراه ل مد، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2019، ص 181.

- ومن الناحية الإجرائية يتم الصلح يحدد القاضي في اول جلسة تاريخ جلسة الصلح و يبلغ المتقاضين او موكليهما شخصيا بذلك، فإذا تغيب أحد الزوجين بعذر عن حضور الجلسة يعين القاضي تاريخ جديد لجلسة الصلح او يندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، وإذا كان الغياب غير مبرر حرر القاضي محضرا بغيابه.

- والجلسة الصلح تكون سرية بمكتب قاضي شؤون الأسرة يحضرها الزوجين شخصيا إلا إذا طالبا بحضور فرد من العائلة تسهيلا لعملية الصلح، كما يحضرها أمين الضبط، خلالها يسمع القاضي كل واحد من الزوجين على حدة ثم يسمعهما معا.

وقيد المشرع إجراء الصلح بمدة ثلاثة أشهر

- الغياب عن جلسات الصلح: وتناولته المادة 441 ق إ م إ حالاته هي:

-الغياب المبرر لأحد الزوجين: هنا القاضي يعين تاريخ لاحق لجلسة الصلح، أو يندب قاض آخر لسماع الطرف المتغيب بعذر مبرر.

-الغياب غير المبرر لأحد الزوجين: هنا القاضي يثبت في محضر غياب أحد الزوجين رغم تبليغة وتأجيل الجلسة، يسمع الطرف الموجود، ويثبت عدم نجاح الصلح ويناقش موضوع الدعوى ويصدر الحكم مع مراعاة آجال الصلح.

- في الموضوع اجتهادات المحكمة العليا:

- استقرت المحكمة العليا في اجتهادها على اعتبار أن المدعي ملزم بحضور جلسة الصلح شخصيا لجلسة او جلستين حتى يبدي دفوعه وليتأكد القاضي من إرادته في فك الرابطة الزوجية تحت طائلة شطب دعواه وفقا لنص المادة 216 ق إ م إ لعدم حضور الجلسة، أما المدعى عليه تعتبر إجراء الصلح محترما إذا بلغ تبليغا رسميا ولم يحضر، والقاضي هنا يباشر مناقشة الموضوع بعد إثبات غيابه عن جلسات الصلح (1).

(1) - عويس بوعلام: المرجع السابق، ص200.

آثار الصلح:

إذا نجحت مساعي القاضي في الصلح فإنه يحزر محضرا يثبت فيه ذلك ويوقعه كل من الزوجين والقاضي وأمين الضبط ويعتبر سند التنفيذ طبقا لنص المادة 2/433 من ق إ م إ، ولكن إذا كان الزوج قد رفع دعوى الطلاق، وتم الصلح بينهما فالصلح هو بمثابة إقناع الزوج عن الرجعة في الطلاق الرجعي الذي أوقعه، فالصلح هنا لا تنقضي به الدعوى بل أن القاضي يأمر بتسجيل الطلاق الذي تم في سجلات الحالة المدنية حتى يتم احتسابه، والإشهاد على الرجعة إذا كانت العدة لم تنقض بعد بدون عقد أو مهر جديدين، أما لو انتهت العدة فهنا يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى، فيأكد على عدم الرجعة إلا بعقد جديد.

وفي حالة فشله في الصلح فإنه يحزر محضرا بذلك يوقعه مع أمين الضبط والزوجين يضمنه نتائج الصلح، ويحدد جلسة لمناقشة موضوع الدعوى.

- في الطلاق بالتراضي⁽¹⁾:

من الناحية الإجرائية ترفع دعوى الطلاق بالتراضي بإيداع عريضة مشتركة بين الزوجين موقعة من كليهما لدى أمانة ضبط المحكمة، مع ملاحظة أن المحكمة المختصة

بالفصل في هذه الدعوى هي محكمة محل إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، ويكون مطلوبا منهما إيداع مستخرج من عقد الزواج وشهادة عائلية ويدفعا

رسوم، حيث يتم دفع رسم التسجيل، وتقيد في سجل المحكمة،

وينبغي بحسب ما اشترطته المادة 428 من ق إ م غ أن تتضمن المعلومات التالية⁽²⁾:

-بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب

(1) - عويس بوعلام: المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

(2) - بوضياف عادل: المرجع السابق، ص 434.

-إسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلاد هما،

-تاريخ ومكان زواجهما، وعند الإقتضاء عدد الأولاد القصر

-عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق،

-إرفاق شهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج المعنيين.

يحدد تاريخ أول جلسة ويستلما استدعاء لحضورها من طرف أمين الضبط، وفي تاريخ الجلسة يتأكد القاضي من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضاهما، ويحاول إجراء الصلح بينهما يراقب الاتفاق الحاصل بين الزوجين، وإن استدعى الأمر يعدل من الشروط المتفق عليها أو يلغيها إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو تخالف النظام العام.

يثبت القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق.

-الاختصاص الاستعجالي لقضاء شؤون الأسرة في موضوع فك الرابطة الزوجية

وتوابعها:

تطراً للمتقاضين مسائل عاجلة لا تحتمل التأجيل ولا يناسبها انتظار المواعيد والآجال التي يحددها القضاء العادي، فيحتاجون إلى السرعة في الفصل فيها بغية تحقيق حماية مؤقتة وسريعة والمراكز القانونية التي تكون مهددة بخطر ما لبعض المصالح، وفي ظل قانون الأسرة 84-11 فإن رئيس المحكمة هو المخول بالفصل في هذه القضايا المستعجلة باعتباره الأقرب إلى النزاعات المطروحة أمامه، ولكن بموجب الامر 05-02 منح قاضي شؤون الأسرة سلطة اتخاذ بعض التدابير الاستعجالية بموجب أمر على عريضة في نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، وهذه الأخيرة أثارت إشكالا في التنفيذ حيث منحت قاضي شؤون الأسرة الاختصاص بنظر التدابير المستعجلة والامر على عرائض

التي ذكرتها نفس المادة هي من اختصاص رئيس المحكمة، فكيف تكون الإجراءات المتبعة ؟ الأمر الذي اجابت عليه المادة 425 من ق إ م إ التي منحت سلطة الفصل في القضايا المستعجلة لرئيس قسم شؤون الأسرة، فيكون مختصا في اتخاذ التدابير الاستعجالية بموجب أمر على عريضة (1).

-**التدابير المتعلقة بالنفقة:** إذا رفع الزوج فيها دعوى الطلاق فإنه خلال هذه لفترة تستحق الزوجة وأولاد النفقة، وهنا بإمكانها أن تتوجه إلى القضاء لطلب حقها وحق أو لادها في النفقة ريثما يتم الفصل في دعوى الطلاق في محكمة مكان لإقامتها (موطنها)، ويكون ذلك إما برفع دعوى استعجالية او بأمر على عريضة، ويقع على الزوجة هنا أن تقدم الوثائق الثبوتية للحالة المؤقتة للوضع الذي تدعيه كإثبات وجود دعوى لفك الرابطة الزوجية لم يبت فيها بعد، وتقوم بإيداع عريضة مرفقة بأمر لدى كتابة الضبط في مكان إقامتها وترفقها بما تريد إثباته من حالتها، ويتحقق القاضي من مبرراتها لطلب النفقة ويصدر امر على عريضة يتضمن إلزام الزوج بدفع نفقة شهرية للزوجة والأولاد من تاريخ صدوره لغاية صدور الحكم في دعوى الطلاق المرفوعة

- **التدابير المتعلقة بالولاية بممارسة الولاية أو إسناد الحضانة:** نصت عليها المادة 460 من ق إ م إ فأجازت للقاضي مراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية، كما منحه سلطة إسناد حضانة القاصر لأحد الوالدين مؤقتا، أو لأحد الأشخاص المبيينين في قانون الأسرة، وتديل ذلك إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك ويكون ذلك تلقائيا من طرف القاضي بناء على طلب الولي أو القاصر المميز، أو ممثل النيابة العامة، أو أي شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر، ، يفصل فيه القاضي بموجب أمر استعجالي.

(1) - عويس بوعلام: المرجع السابق، ص100 وما بعدها.

- طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت: وهذا ما تضمنته المادة 453 من ق إ م إ، حيث يمكن لأحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة، أو من قبل كل من يهمه الأمر أن يطلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت بدعوى استعجالية (1)

- التدابير المتعلقة بحق الزيارة: ويثبت الحق في الزيارة لأحد الأبوين أو لأحد أفراد العائلة كالجد والجددة عند وفاة الأب والأم للمحضون، أو كان أحد الوالدين مقيما في الخارج والمحضون مقيما في الجزائر، وينعقد الاختصاص بنظر طلب حق الزيارة المؤقتة ريثما يتم الفصل في دعوى الموضوع هنا كما سبق وذكرنا لمحكمة مقر إقامة المحضون.

- التدابير المتعلقة بالحق في المسكن: نصت المادة 57 من قانون الأسرة على أن يثبت للأُم الحاضنة أن تلجئ إلى القاضي الاستعجالي لاستصدار أمر على عريضة يتعلق بتخصيص مسكن ملائم لممارسة حق الحضانة مؤقتا ريثما يتم الفصل في الدعوى المرفوعة في الموضوع،

- التدابير المؤقتة المتعلقة بأمتعة الزوجة أو الزوج: يمكن لأحد الزوجين اللجوء إلى قاضي الاستعجال من أجل تمكينه من متاعه الخاص وأغراضه المتواجدة في بيت الزوجية والتي يحتاجها ولا يمكن تأخير الحصول عليها، ويكون ذلك بموجب أمر على عريضة طبقا لما ورد في المادة 57 من قانون الأسرة.

- التدابير المؤقتة المتعلقة بعدم التعرض للدخول إلى مسكن الزوجية: إذ الأصل أن تبقى المطلقة طلاقا رجعيا والمتوفى عنها زوجها في مسكن الزوجية، ولكن يمكن أن يعتدي الزوج على زوجته ويحاول إخراجها من بيت الزوجية في هذه الفترة، كما قد يحاول ورثة الزوج المست أن يخرجوها من بيت الزوجية، فهنا بإمكانها اللجوء إلى القضاء الاستعجالي، واستصدار أمر استعجالي معجل النفاذ، مضمونه عدم التعرض لها وإخراجها من بيت

(1) - عيسى طعيبة: القضاء الاستعجالي الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية مج8، ع1مارس 2023، ص11.

الزوجية، وقد يكون ذلك بموجب أمر على عريضة طبقاً لما قرره المادة 57 من قانون الأسرة ويكون مشمولاً بالنفاز المعجل.

- مضمون الحكم في دعوى فك الرابطة الزوجية:

- إذا رأى القاضي ضرورة الاستجابة لطلب أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية فإنه يصدر الحكم بناء على ذلك بطلاق أو بالتطليق، وهو ملزم بتسببه فعليه أن يوضح ما بنى عليه الحكم من مبررات وأسباب والنتائج التي توصل إليها من خلال الوقائع من نظر الدعوى لأن الأمر يتعلق ب فك الزواج وله آثار وخيمة على مستويات عدة فيتأثر به الزوجين والأولاد والمجتمع عموماً، ومن ثم فإن مضمون الحكم هنا سيكون فك الرابطة الزوجية.

ولا بد أن يشير القاضي إلى إجراء محاولة الصلح وما ترتب عنها، ومضمون الحكم هو التفريق بطلقة بائنة، وما فرض للزوجة من نفقة إهمال من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم، أو يحكم بها من سنة قبل رفع الدعوى كجد أقصى، ويتضمن الحكم نفقة العدة والمسكن إذا قضى الأمر ذلك، وتعيين من تسند له الحضانة وتنظيم حق الزيارة، وفي حالة حل الرابطة الزوجية من طرف الزوج (طلاق تعسفي) تفرض للزوجة التعويض، وكذلك في التطبيق إذا تطلب الأمر ذلك.

وإذا كانت الدعوى تتعلق بالخلع ينص في الحكم على إلزام المختلعة بدفع مقابل الخلع وفي الأخير يُعين الحكم من يتحمل المصاريف القضائية ويأمر ضابط الحالة المدنية للبلدية التي تم تسجيل الزواج فيها بتسجيل الطلاق في سجلات الحالة المدنية والتأشير بيه على هامش عقدي الميلاد لكلا الطرفين وعلى عقد زواجهما طبقاً للمواد 59، 60 من قانون الحالة المدنية.

والحكم هنا يكون في أول درجة، ونصت المادة 57 من الأمر 02/05 على أنّ الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ولا بد للقاضي من تسبيب الحكم وتكون الأسباب مشتملة على الأساليب والأدلة التي يُبنى عليها الحكم في دعوى الطلاق.

- الحكم في دعاوى فك الرابطة الزوجية (1):

-طبيعة الحكم في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: من الفقهاء من يرى بان حكم

الطلاق هو منشئ للطلاق ومنهم من يرى بأنه كاشف له على النحو التالي:

-الرأي الأول: يرى بعض الباحثين أن الحكم الصادر بالطلاق هو حكم منشئ للطلاق، فالحكم هنا ذو طابع إنشائي مضمونه فك الرابطة الزوجية، فنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم " فدلالة هذا النص على أن الإرادة المنفردة للزوج في توقيع الطلاق هي غير كافية في إنشاء الطلاق، فلا يعتد بالطلاق الذي وقع خارج جهة القضاء،

- الرأي الثاني: يرى البعض الآخر من الباحثين بأن الحكم بالطلاق هو حكم كاشف عن الطلاق الذي يوقعه الزوج وليس منشئاً له، فالطلاق هنا يكون واقعا بإرادة الزوج المنفردة فالطلاق لمن أخذ بالساق كما في حديث رسول الله ﷺ، والعصمة بيد الزوج، وهو لا يسأل عن السبب الذي دعاه إلى التلطف بالطلاق، ويأتي الحكم القضائي ليثبت واقعة الطلاق، على خلاف الأمر في التطليق والخلع أين يكون الحكم الصادر هو المنشئ للطلاق.

ويترجح بالحجج التي ساقها أصحاب الرأي الثاني بنص المادة 49 من قانون الأسرة نفسها التي تكلمت على الإثبات لا على الوقوع.

-طبيعة الحكم بالتطليق:

إن الحكم بالتطليق هو حكم منشئ، لأن الزوجة لا تملك فك الرابطة الزوجية بإرادتها

(1) - عويس بو علام: المرجع السابق، ص 261.

المنفردة، بل تقدم طلبها للقضاء بخصوص فك الرابطة الزوجية وكل الإثباتات والأدلة على وقوع الضرر، ومن ثم يكون للقاضي دورا إيجابيا في موضوع الدعوى ويمكن أن يقبل طلب المدعية بفك الرابطة الزوجية، أو يرفضها لعدم التأسيس، فهو يقوم بإنشاء المراكز القانونية لكلى الزوجين، وهذا ما تبينه المادة 451 من ق إ م إ التي تنص على أنه " يعاين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لقانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي.....".

-طبيعة الحكم في دعوى الخلع: اختلفت آراء الباحثين في تحديد طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع بالنظر إلى كون الخلع اتفاق بين الطرفين على فك الرابطة الزوجية بمقابل تعطيه الزوجة للزوج، فمنهم من قال بأن الاتفاق إن حصل بين الزوجين على الخلع، فإن الحكم سيكون كاشفا، أما إذا لم يتفقا على الخلع كان الحكم منشئا، وذهب البعض إلى الزوجة إنما تطلب من القضاء فك الرابطة الزوجية، ولا يكون ذلك إلا من خلال الحكم الصادر بهذا الشأن، وبالتالي فهو حكم منشيء، وهو ينشئ المراكز القانونية للزوجين.

والقاضي في دعوى الخلع دور إيجابي يتوضح من خلال نص المادة 451 من ق إ م إ التي تنص على أن القاضي يعاين أيضا وكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع وفقا لقانون الأسرة.

-طبيعة الحكم في دعوى الطلاق بالتراضي: وفي هذه الدعوى يتفق الطرفان على توقيع الطلاق، ويكون بالإرادة المشتركة للزوجين، فإن لم يتفقا، فلا مجال للحديث عن الطلاق بالتراضي، فيكون إما طلاقا بإرادة الزوج المنفردة أو يكون خلعا أو تطليقا، وفي هذه الدعوى أيضا اختلفت آراء الباحثين في تحديد هل أن الحكم الصادر فيها هو حكم كاشف أو منشيء.

ذهب البعض إلى اعتباره كاشفا بالنظر إلى الدور السلبي الذي يقوم به القاضي هنا، وذهب البعض إلى أن الحكم هنا منشيء، والتراضي على الطلاق لا محل له في الشريعة الإسلامية إلا في الخلع، فأرادة الطلاق تثبت الزوج والعصمة الزوجية في يده، لا يحتاج

لرضاها للطلاق، ودور القاضي هنا أيضا هو دور إيجابي، حيث يقوم بالتأكد من إرادة الزوجين في الانفصال، ويجري محاولات الصلح بينهما، ويراقب الشروط المتفق عليها وتقرير مدى مخالفتها للنظام العام أو مصلحة الأولاد، وله السلطة في تعديل بنود الاتفاق الحاصل بينهما، ثم يمضي على الاتفاق، فهذا كله يدل على أن الحكم هنا يكون منشئا، تفك الرابطة الزوجية من تاريخ صدور الحكم به.

المحور الثالث: آثار الحكم في دعوى الطلاق

-العدة:

تعريف العدة:

العدة لغة: العدة من العد والإحصاء، فيقال: عد الشيء أي أحصاه إحصاء وعده عدا، وفي القرآن الكريم نجد قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ [التوبة: 36]⁽¹⁾.

-العدة في الاصطلاح:

-**عند المالكية:** هي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم بسبب فسخ النكاح أو موت الزوج، أو طلاقه،

- **عند الحنفية:** تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت ⁽²⁾.

-**حكم العدة:** العدة واجبة على المطلقة المدخول بها، والمتوفى عنها زوجها

(1) -سعادي لعل: الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، ص 330.

(2) - أحمد شامي: السلطة التقديرية...لمرجع السابق، ص 320.

من القرآن الكريم:

-قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228] وغيرها من الآيات التي سيأتي ذكرها في أنواع العدة، والتي يبين فيها المولى مدة العدة.

وجاء في الحديث الذي روته عائشة رضي الله عنها أه " كان الرجل يطلق زوجته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا راجعها وهي في العدة، وإن طلقها مئة مرة أو أكثر، حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني ولا أويك أبدا قالت: وكيف ذلك؟ قال أطلقك فكلما همت عدتك ان تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها، فسكتت حتى جاء رسول الله ﷺ فأخبرته، فسكت النبي ﷺ، حتى نزل القرآن الكريم: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

يدل الحديث أنه قبل مجيء الإسلام كان المجتمع الجاهلي يعرف العدة، ولم تكن محددة على النحو الذي جاء في القرآن وأقرها الشارع الحكيم للفائدة وضبطها بما يحقق ذلك،

الحكمة من تشريع العدة:

إن الحكمة من تشريع العدة تتمثل في التأكد من براءة الرحم، حيث أن المكوث فترة تظهر فيها إن كانت المرأة حاملا أو لا هو حفاظ على الأنساب من عدم الاختلاط، وهذا مما تعم به البلوى فشرعت لتفادي الخصومات في هذا الخصوص مما يحقق الاستقرار والسكينة في المجتمع، أما بالنسبة للمتوفى عنها زوجها فإن العدة مؤازرة لأهل الزوج ومشاركتهم الحزن على زوجها المتوفى ومراعاة لشعورهم والتضامن معهم في هذه المحنة، فهي مأمورة بالحداد على زوجها، فيكون مطلوبا منها خلال مدة العدة إظهار الحزن على زوجها والأسف على زوال نعمة العفاف والستر في ظل زوجها وتمنع من الزينة في بدنها كالكل والخضاب ووفي لباسها كالتزين بالألوان الزاهية،

والعدة عموماً فيها إعطاء فرصة لإعادة النظر وإعادة التفكير في موضوع الزواج، فلربما يمكن إصلاح ما مضى وإصلاح الأخطاء، كما أن العدة فيها إظهار لأهمية الزواج فليس هينا (1).

-أنواع العدة:

-عدة الحائض:

تعدت المرأة التي تحيض ثلاثة قروء مصداقاً لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" البقرة 228.

والقروء جمع للقراء ومعناه الحيض، والفقهاء اختلفوا في مسألة المراد بالقراء أهو الحيض أو الطهر، والمشرع الجزائري لم ينطرق لمدلول القراء إن كان حيضاً أو طهراً عندما تكلم عنه في نص المادة 58 من قانون الأسرة البتي نصت على أنه: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..."

-عدة غير الحائض:

و غير الحائض ممكن أن تكون صغيرة لم تبلغ سن البلوغ، أو كبيرة يائسة من الحيض لانقطاعه بسبب الكبر، أو لم يكن يوجد أصلاً. مصداقاً لقوله تعالى "واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر" الطلاق الآية 4.

في قانون الأسرة:

تناولت المادة 58 من قانون الأسرة تفصيل عدة المدخول بها غير الحامل واليائس من المحيض، حيث نصت على ما يلي: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ التصريح بال3 طلاق".

(1) -أحمد محمد المومني، إسماعيل نواهضة: المرجع السابق، ص159.

- عدة الحامل:

عدة الحامل تكون بوضع حملها سواء كانت المرأة المطلقة الحامل أ والمتوفى عنها زوجها الحامل مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

- عدة المتوفى عنها زوجها⁽¹⁾

أن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشرا ما لم تكن حاملا " لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: 234] في التشريع الجزائري:

و المشرع الجزائري في المادة 59 تناول عدة المتوفى عنها زوجها والمفقود زوجها، فنص على أنه: "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم فقده..".

- غير المدخول بها:

وغير المدخول بها لا عدة لها مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: 49]، أما إذا حصلت بينهما خلوة صحيحة فإنها هنا موجبة للعدة على ما ذهب إليه المالكية والحنفية والحنابلة، وهب الكثير من الفقهاء إلى ان غير المدخول بها في حالة وفاة الزوج فإنها تعد عدة المتوفى عنها زوجها.

و المشرع الجزائري لم يتطرق لعدة غير المدخول بها.

-انتقال العدة من حال إلى حال:

-الانتقال بالعدة من الحيض إلى الأشهر:

إذا طلق رجل زوجته وهي تحيض، ثم مات وهي في العدة، فإن كان الطلاق رجعيا فعليها

(1) - سعادي لعلی: المرجع السابق، ص333.

أن تعدد بعدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرا، فالطلاق الرجعي لا يزيل الحل أو الزوجية، إذا كان الطلاق بائن فإنها تكمل عدة الطلاق الحيض ولا تعدد عدة الوفاة، لأن العلاقة الزوجية انقطعت بينهما، لأن الطلاق البائن يزيل الزوجية، فتكون الوفاة حدثت وهو ليس زوجها.

- في طلاق الفار: وهو الذي يطلق زوجته فرارا من توريثها، ف-إذا طلقها ومات وهي في العدة، فإنها تث على مذهب مالك، ولو خرجت من العدة ولو تزوجت من غيره معاملة له بنقيض قصده،

- إذا حاضت المرأة التي تعدد بالشهور لصغرها أو كبير، فإنها تنتقل إلى العدة بالحيض إن لم تكمل عدتها قبل ان تحيض.

- إذا بدأت الزوجة العدة بالقروء أو بالأشهر، ثم تين حملها، فهي هنا تكمل عدة الحمل،⁽¹⁾

- نفقة المعتدة وسكناها:

لا خلاف بين الفقهاء على ان المطلقة طلاقاً رجعياً لها النفقة والسكن، سواء كانت حاملاً أم لا لأن الزوجية لا تزال قائمة في الطلاق الرجعي لقوله تعالى في سورة البقرة 228 "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا...." واستدلوا كذلك بالحديث الذي رواه مسلم في صحيحه "إنما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة"، ولكن اختلفوا في المطلقة من طلاق بائن (المبتوتة)، فذهب الحنفية إلى القول باستحقاقها النفقة والسكن مثل المطلقة رجعياً، فهي محتسبة لحقه عليها، فتجب لها النفقة، أما الحنابلة فقالوا لا نفقة لها ولا سكن، واستدلوا بحديث رسول الله ﷺ عن فاطمة بنت قيس الذي أخرجه مسلم في صحيحه أن زوجها طلقها البتة فقال لها الرسول ﷺ "ليس لك نفقة ولا

(1) - سعادي لعلی: المرجع السابق، ص 345.

سكنى"، ولأن الزوجية هنا غير قائمة.

أما الشافعية والمالكية فقالوا: لها السكن ولا نفقة لها، إلا أن تكون حاملا فالحامل متفق بشأنها بدليل الآية، وهؤلاء استدلوا بما روي أن عائشة رضي الله عنها وابن المسيب أنكرا على فاطمة بنت قيس حديثها، (1)

-في قانون الأسرة: تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية وذلك ما يظهر من خلال المادة 61 من قانون الأسرة والتي تنص " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من للمطلقة مئة بيت الزوجية ولها الحق في السكن والنفقة "

- الحضانة:

- تعريف الحضانة:

-الحضانة في اللغة:

مصدرها الحضان وهو الجنب، وذلك لأن الحاضنة ترد إليه الصبي، ويقال حضان الصبي يحضنه حضنا وحضانة بمعنى رباه وحفظه، وسميت الحضانة بذلك لما فيها من معاني التربية والحفظ للصبي والقيام على شؤونه(2).

-الحضانة في الاصطلاح:

يذكر في تعريف الحضانة تعريفات عدة نذكر منها:

-الحضانة تعني القيام برعاية وتربية من لا يستطيع الاستقلال بنفسه من قبل من له الحق في ذلك من الأقارب كالأم والأب وغيرهما (3). ويقرب من هذا التعريف وبأكثر تفصيل عرفت الحضانة بأنها "الحضانة تعني تربية وكل من لا يستقل بفعل ما يصلحه ورعايته والقيام

(1) - شامي احمد: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص323.

(2) -سعاد سطحي: مطبوعة في مقياس فقه الأسرة لطلبة السنة الثانية فقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر، 2013-2014، ص 86.

(3) - وهو تعريف صاحب المنهاج نقله مصطفى عبد الغني شيبية: مرجع سابق، ص224.

بجميع شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته ممن له له حق تربيته شرعا⁽¹⁾

-تعريف الحضانة في قانون الأسرة:

وعرف المشرع الجزائري الحضانة في نص المادة 62 من ق أ بأنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، فاتفق هنا المشرع الجزائري في مفهومه للحضانة مع المفهوم الذي اجعت عليه كل التعريفات السابقة هو رعاية الولد وتحقيق مصلحته في أموره كلها،

وفي نظر المشرع الجزائري تشمل الحضانة ما يلي:

-**تعليم الولد:** طالما أن الدولة أتاحت التعليم المجاني، بل وجعلته إجباريا في المراحل الأولى من عمر الطفل

-**تربيته على دين أبيه:** طالما أن دين الدولة الإسلام والأفراد الجزائريون يدينون بدين الحق، فقد أوجب المشرع الجزائري أن يتربى أبناؤهم على أصول الدين الإسلامي وقواعده السمحة لا على دين آخر.

-**السهر على حمايته:** فيحيط الحاضن الطفل المحضون بالرعاية والحماية، فيبذل مجهوده من أجل أن لا يتعرض الطفل المحضون إلى أي خطر من الأخطار.

-**حمايته خلقيا:** وعلى الحاضن أن يرقى بخصال الطفل المحضون الخلقية بتوفير التنشئة السوية والإعداد ليكون فردا صالحا في مجتمعه، ويهييء له كل الظروف التي تسمح بأن يتمتع في شخصه بمكارم الأخلاق.

- **حمايته صحيا:** يقع أيضا الالتزام على الحاضن بتوفير الرعاية الصحية للمحضون بعرضه على الأطباء والقيام بالتلقي المطلوب في المراحل الأولى من عمره، حتى يحضى

(1) - وهو تعريف صاحب البحر الرائق نقله عنه: أحمد شامي: مرجع سابق، ص301.

بجسم سليم ويقع عليه كذلك الإلتزام بصحته النفسية والعقلية، فإن الحماية الصحية تتحقق بهم جميعاً، فلا يقصر في تحصيل كل ذلك.

- الحكمة من الحضانة:

إن الطفل الصغير هو شخص ضعيف لا يملك القدرة الجسدية ولا الإدراك العقلي الذي يميز به بين الأمور خيرها وشرها، ويمكنه من القيام على نفسه ورعايتها، ولذلك فهو يحتاج إلى من يرعاه ويحفظه ويقوم على مصالحه، والله سبحانه وتعالى أسند مهمة القيام على الصغار وحفظهم في أنفسهم بالأمهات وفي أنفسهم وأموالهم بالآباء وبالدرجة الأولى فهم أقرب الأشخاص إلى صغارهم، وأحن عليهم من غيرهم بالفطرة، بدليل:

- ما روي في السنة أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ: أنت؟ أحق بهم الم تتكحي "

- ما روي عن عمر بن الخطاب أنه كان عنده امرأة من الأنصار فولدت له ابنه عاصم، وافترقت عن عمر، فركب عمر يوماً إلى قباء، فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فنازعته جدة الغلام، وتنازعا عند أبي بكر الصديق ف قضى لأمه بالولد ثم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا توله والدته عن ولدها وفي حالة غياب الوالدين بسبب الوفاة أو لأسباب أخرى يتولى القيام بهذه المهمة غيرهم من الأقارب. (1)

(1) - سعد سطحي: المرجع السابق، ص 88.

-ترتيب أصحاب الحق في الحضانة:

- في الفقه الاسلامي (1):

-عند المالكية: الأم هي الأحق بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة ثم العمة ثم الجدة لأب ثم الأب ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت، ويقدم الأصلح منهم،

-عند الحنابلة: الأم ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته تقدم الأقرب فالأقرب، ثم الجد، ثم الأخوات، ثم الخالة.

- في قانون الأسرة:

نصت المادة 64 على ترتيب الحاضنين بقولها: «الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مصلحة المحضون في كل ذلك.

فالمشرع الجزائري تنفيذا لفكرة المساواة بين الزوجين في مؤسسة الزواج أعطى للزوجة الحضانة ثم للزوج ومن ثم الجدة لأب على غرار الجدة لأم وللعمة الحضانة على غرار الخالة ولكن مصلحة المحضون تبقى هي الأساس في كل ذلك يسعى القاضي إلى تحقيقها في إسناد الحضانة.

شروط الحاضنين:

ويشترط في الحاضن:

البلوغ: والحضانة ولاية فلا تعقد الولاية لغير بالغ، فالصغير بحاجة إلى الرعاية ويتولى في شؤونهم من ينوب عنهم بحسب ما نصت عليه المادة 81 ولا يطبق التكليف برعاية الغير. واشترط المالكية زيادة على ذلك الرشد، فلا يمنحون السفيه الحق في الحضانة خوفا من إتلاف مال المحضون،

(1) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص521.

والمشرع الجزائري أعطى المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني بعد، وأعطاهأ أهلية التقاضي بخصوص الزواج وانحلاله، وأعطاهأ الولاية على محضونها القصر ما دامت حاضنة وذلك بموجب المادة 87 من الأمر 05-02، والمشرع هنا يكون ولى قاصرا على قاصر، ويبدو أن المشرع هنا بترشيده للقاصر اعتمد على البلوغ كمعيار لترشيده الحاضنة ناقصة الأهلية (1).

العقل: ففاقد العقل والتميز كالمجنون والصغير والمعتوه لا يستطيع التكفل بالطفل المحضون بل هو في حاجة إلى من يقوم على حاجاته تدبير شؤونه.

-القدرة على التربية:

فالعجز عن القيام بشؤون المحضون والسهر على رعايته لكبر في السن أو مرض يحول دون القيام بالأعباء والالتزامات التي يفرضها واجب الحضانة من الرعاية والتدبير...الخ، لا يحق له حضانة المريض كالأعمى والاخرص، ولا حضانة كذلك لامرأة عجوز مقعدة إلا إذا كان لديها من تعتمد عليه في ذلك (2).

ومن الفقهاء من يرى أن المرأة إذا كانت عاملة ويمنعها عملها من القيام بواجب الرعاية، فلا حق لها في الحضانة، ولكن العمل القضائي في الجزائر في ظل القانون 84-11 الذي لم يتطرق إلى الموضوع ولم يفصل فيه لم يسر على هدي هذا الرأي الفقهي بل خالفه في القرار المحكمة العليا في 2000 بنصه على أن " من المستقر عليه أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة"، إلا ما كان منها فيه إضرار بمصلحة المحضون، بحيث يحدث العمل تقصيرا في الرعاية التي يتلقاها، وهو ما ورد في اجتهاد آخر للمحكمة العليا في سنة 2002 بنصه على أنه " عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم

(1) -باديس ديابي صور فك الرابطة الزوجية: المرجع السابق، ص130.

(2) -سعادي لعلی: المرجع السابق، ص369.

يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية " (1)

ولكن بتعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 أقر صراحة بأن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا لسقوط الحق في الحضانة، ولكن طبعا مع مراعاة مصلحة المحضون.، ومصلحة المحضون هي من النظام العام، لذلك تدخل المشرع هنا وفصل في هذا الموضوع بصريح العبارة.

-الأمانة في الدين:

ينبغي الاحتياط في الحضانة فلا يولها إلا الشخص الأمين على المحضون الذي يحاول بالتزاماته رعاية الطفل وإعطاء المثل في الأخلاق الفاضلة، فلا تعطى الحضانة لمن يصي خالقة ويجاهر بالمعاصي، كفاسق يشرب الخمر ويشتهر بالزنا، ولا تعطى الحضانة لفاسقة ثبت فجورها بفسق أو سرقة، أو كانت تحترف حرفة دنيئة كراقصة مثلا، ف سقط حقها في الحضانة، ففي ذلك انحراف بالمحضون وزج به إلى خطر الانحراف والضياع. (2)

-الإسلام:

اشتراط الشافعية والحنابلة الإسلام في الحاضن لأن الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم والمولى سبحانه وتعالى يقول " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا للنساء141. بخلاف المالكية والحنفية الذين لا يعتبرون الإسلام شرطا لممارسة الحضانة، والمالكية قالوا بإعطاء حق الرقابة في حال الخوف على المحضون تمنح لأحد المسلمين. (3)

أما المشرع الجزائري فنص في تعريفه للحضانة على أن يربى المحضون على دين أبيه، فإن كانت الزوجة غير مسلمة وجب عليها أن تربيته على الإسلام، ولم يشترط الإسلام في

(1) باديس ديابي صور فك الرابطة الزوجية: المرجع السابق، ص131. والقرار الأول صادر في المؤرخ في 18-07-2000

ترقم 245156، أما الثاني فقد صدر في 05-07-2002 رقم 274207.

(2) عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص523.

(3) المرجع ذاته، ص522.

الحاضن، واستقر العمل القضائي على هذا الرأي، حيث جاء في قرار المحكمة العليا " من المقرر قانوناً أن الأم أولى برعاية ولدها، ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه... " (1)

مدة الحضانة:

- في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في مدة الحضانة إلى آراء:

- فالمالكية يرون أن الغلام مدة حضانته تمتد من مولده إلى بلوغه، والأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج،

- والحنابلة يرون أن مدة الحضانة للذكر هي إلى غاية بلوغه سبع سنوات، فهنا يخير ويختار حضانة والده أو أمه، والأنثى تنتقل إلى حضانة والدها إلى غاية زواجها،

- وعند الحنفية: مدتها سبع سنوات بالنسبة للذكر ويختار مع من سيكون، أما الأنثى فبلوغها تسع سنين أي عندما تحيض تختار هي كذلك مع من تكون.

- وعند الشافعية: عند التمييز يختار الطفل مع من يكون ذكراً كان أو أنثى. (2)

-مدة الحضانة في قانون الأسرة:

بالنسبة للذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وقد تمدد للذكر إلى بلوغه 16 سنة إذا كانت الحاضنة هس أمه لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دائماً. فإذا كانت المحكمة قد منحت الأم بموجب حكم قضائي الحق في الحضانة لولد صغير وبلغ عشر سنوات، فهنا يجوز للأُم أن تطلب تمديد الحضانة إلى غاية سن السادسة عشر حتى يستطيع الطفل المحضون الاعتماد على نفسه في رعاية أمه الحاضنة وتحت إشراف أبيه، بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج مع رجل ليس ذي محرم للمحضون، أما لو كانت

(1) - باديس ديابي صور فك الرابطة الزوجية: المرجع السابق، ص135. والقرار صادر في 13-03-1989، رقم 52221.

(2) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص523..

الحاضنة هي مثلا الخالة أو العمة فلا يحق لها التمديد في الحضانة.

وبعد انتهاء مدة الحضانة بما في ذلك التمديد يستطيع المحضون ذكرا كان أو أنثى اختيار محل إقامته مع أبيه أو مع أمه، مع استمرار الإشراف عليه من طرف الأب رعاية ومراقبة ضمانا لحسن تربيتهما (1).

- آثار الحضانة:

نفقة المحضون:

وتكون على والده وهو ما نص عليه المشرع في المادة 75 من الأمر 05-02 بقوله " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

وفي حالة عجز الوالد عن النفقة إلى الأم إذا كانت قادرة عليها، يسار الحاضنة لا يعتبر عذرا لإسقاط نفقة المحضون، فلا يسقط حق المحضون في نفقة والده، وليس لاحاضنة الحق في التنازل عن نفقة المحضون لأنها من حق المحضون وليس لها. (2).

- سكن الحاضنة:

نصت المادة 72 من الأمر 05-02 على أنه " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن "

فقد أعطى المشرع الحق للحاضنة في سكن تمارس فيه مهمة الحضانة، وإذا تعذر ذلك أن يعطيها الوالد بدل الايجار أو أجرته، حتى ولو كان المحضون ولدا واحدا، والشق الثاني ن

(1) - عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 299..

(2) - باديس ديابي: صور فك الرابطة، المرجع السابق، ص 154.

المادة والذي تضمن بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن، فلا أساس له في الشرع طالما أن المطلقة هي تكون قد بانّت من زوجها، فتعتبر أجنبية عنه⁽¹⁾.

إن إقرار المشرع الجزائري للمرأة الحاضنة بالحق في السكن لممارسة حقها في الحضانة على الرغم من أهميته تبقى الحماية منقوصة في شقها الجزائي عندما يعمد الزوج إلى إخفاء ممتلكاته الحقيقية فيموه على القاضي الوضع المادي له، فينبغي على المشرع البحث بجدية عن آليات قانونية من شأنها الكشف عن هذا الموضوع حتى تتاح للقاضي إلزام الزوج المطلق بإسكان المطلقة مع أطفالها المحضونين في مسكن لائق لممارسة الحضانة⁽²⁾.

- حق الزيارة:

إذا أسند القاضي الحضانة إلى أحد الزوجين فإنه يثبت حق الزيارة للمحزون للطرف الآخر وذلك في نص المادة 64 بقولها "و.على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

و عن مكان الزيارة فإنه يمارس حق الزيارة في المكان الذي يتمتع فيه المحزون برعاية زائره، ولو كان ذلك لمدة قصيرة لساعات معدودة فقط، ومكان الزيارة طبعاً لن يكون مسكن المطلقة لأنها تصير أجنبية عنه ويحرم اجتماعهما بخلوة، وهذا ما جرى العمل القضائي وفقه.

ورد في اجتهادات المحكمة العليا العديد المسائل فورد اجتهاد بمنح حق الزيارة إلى شخص يهمله أن يبقى على صلة بالمحزون مراعاة لمصلحته، ولا تقتصر الزيارة على الأب والأم الذين تسند إليهما الحضانة، فمنحت الخالة حق الزيارة باعتبارها يمكن أن تكون حاضنة، ومنح الجد كذلك هذا الحق باعتباره مطالباً بالإفراق لوفاة ابنه،

(1) - باديس ديابي: صور فك الرابطة، المرجع السابق، ص 158.

(2) - بن عيسى لخضر حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، ماجيستير جامعة وهران، 2008_2009، ص 103.

وأكما بخصوص مدة الزيارة فإن المشرع الجزائري لم يحددها، ولكن يراعى في تنظيم ذلك أن يكون مرنا وفقا لما يقتضيه حال الصغار، فمن حق الأب أن يرى أولاده، وكما استقر العمل القضائي على أن تكون في العطل الأسبوعية مرة كل أسبوع حتى يتحقق لهم تعاطف أبيهم ورعايته لهم وفي الأعياد والمناسبات الدينية والوطنية. (1).

مسقطات الحضانة عوارضها:

هي واردة في المواد من 66 إلى 70 من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة:

1- إذا اختل أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 67 سالفة الذكر،

إذا أسندت حضانة الصغير إلى الحاضن، ولم يستطع القيام بواجب الحضانة على الوجه المطلوب بأن أهمل الصغير ولم يَأدِ واجب الرعاية، أو لم يعد أهلا للحضانة، فيإمكان أصحاب الحق في الحضانة التالية في الدرجة أن يطالب بإسقاط الحضانة عنه وإسنادها له، وهنا ينبغي على المحكمة عند الحكم مراعاة مصلحة المحضون في الدرجة الأولى (2).

وجرى العمل القضائي على إسقاط الحضانة للمرأة إذا ارتكبت جريمة الزنا خوفا على المحضون من ضياع أخلاقه وانحرافه ومراعاة لمصلحته في العموم إلا أن يكون الولد صغيرا لا يستغني عن أمه.

ويسقط الحق في الحضانة إذا لم يطلبها صاحبها مدة تزيد عن سنة بدون عذر م68 من الأمر 05-02.

(1) - مطروح عدلان: المرجع السابق، ص406.

- باديس ديابي: صور فك الرابطة، المرجع السابق، ص 160.

(2) - عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص301.

2-يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون م66 من الأمر 05-02،

فجمهور الفقهاء على أن الحاضنة الأم بمجرد العقد عليها يسقط حقها في حضانة أولادها لانشغالها عنهم إذا تزوجت، خالفهم في ذلك المالكية فاشتروا لإسقاط حضانتها أن يتم الدخول بها، لأنه يحدث به الانشغال، ومع ذلك يمكن إسناد الحضانة لها عند الضرورة في الحالات التالية:

-أن لا يقبل المحضون غير الحاضنة،

-أن يقبل الرضيع غير أمه وتأبى هي إرضاعه 'لا في بيتها،

-أن لا يكون للولد حاضن غير أمه المتزوجة. (1)

والمشرع الجزائري كذلك نص في المادة 66 من قانون الأسرة على إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة إذا تزوجت مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه. (2)

ويسقط الحق في الحضانة بالتنازل عنه، فإذا أعلن صاحب الحق في الحضانة عن تنازله عنها بعد أن أسندت له، ولكن ذلك ليس مطلقا بل هو مقيد بشرط أن لا يتضرر المحضون لأن الضابط في الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون، فإذا طلبها غيره وكانت مصلحة المحضون تتطلب أن تسند إليه وتوفرت الشروط القانونية والشرعية للحضانة فلا تسقط عنه، باعتبار أن الحضانة هي حق للحاضن والمحضون كليهما. (3).

من التطبيقات العمل القضائي في هذا الخصوص الحكم بأن إسناد الحضانة للاب بالنسبة لطفلة مريضة بعد تنازل أمها عن الحضانة، وكان مرض الصغيرة يستدعي رعاية

(1) - مطروح عدلان: المرجع السابق، ص345.

(2) - عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص300.

(3) - عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص300.

الآن أكثر من رعاية الأب فاعتبر الاجتهاد القضائي أن هذا يعد خطأ في تطبيق القانون، فلا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون (1) ..

-إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها بدون عذر مدة تزيد عن سنة : كما ورد في نص المادة 68 من قانون الأسرة، ومن خلال اجتهادات المحكمة العليا اعتبرت خطأ إستاد الحضانة للجدة التي سكتت عن المطالبة بالحضانة لمدة 5 سنوات، ثم طالبت بها فأسقطت الحضانة عن الأب وأعطيت لها (في ظل قانون 84، أي قبل التعديل أين صار الأب في المرتبة قبل الجدة)

- إذا سكتت الجدة أو الخالة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم: م70 من الأمر 05-02،

-ويعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، والقاعدة في التعامل في موضوع الحضانة هو مصلحة المحضون، فهي المعيار المعتمد.

-السفر بالمحضون:

-في الفقه الإسلامي:

للفقهاء آراء عدة في المسألة كما يلي:

-فالمالكية يرون ان سفر الحاضنة إلى بلد آخر إن كان لغرض كالزيارة او التجارة فلا يسقط حقها في الحضانة إن كان المكان آمن و، وكذلك إن كان لأقل من مسافة القصر، أما إذا كان البلد غير آمن ولأكثر من مسافة القصر وكان سفر نقلة، فإنه يسقط حقها في الحضانة.

-والشافعية والحنابلة: يرون بأحد الزوجين إذا سافر لحاجة فإن الحضانة تكون للمقيم منهما حفاظا على مصلحة المحضون، أما إذا كان السفر نقلة فإن حضانة الولد تكون لأبيه

(1) ، مطروح عدلان: المرجع السابق، ص346.

مسافرا أو مقيما إلا إذا كانت الأم مسافرة هي كذلك لنفس البلد.

-أما الحنفية: فميزوا بين الحالات التالية:

-أن يكون البلد الذي ستسافر إليه الحاضنة هو بلدها الذي تزوجت فيه، فهنا لا يسقط حقها في النفقة،

-أن يكون البلد هو بلد الزوج، وقد تزوجا فيه، فهنا يسقط حقها في النفقة،

-أن يكون البلد أجنبيا لا هذا ولا ذاك فيسقط حقها في الحضانة. (1)

-في قانون الأسرة الجزائري:

تتص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون "

يظهر جليا من خلال النص بأن المشرع يعتبر أن يبقى المحضون في بلده الذي يقيم فيه هو الأفضل له، وهذا منطقي طالما أن الطفل سيكون في تواصل مستمر مع أهله، وخاصة الأب والأم، وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع منح السلطة التقديرية للقاضي في إسقاط الحضانة بسبب السفر للإقامة بالمحضون، وحدد له معيار مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

وفي قرار للمحكمة العليا في هذا الخصوص اعتبرت في تأسيسها لإسقاط الحضانة عن الأم بسبب سفرها إلى بلد أجنبي، أن بعد المسافة بين بلدي الأب والابن يحول دون ممارسة رقابة والإشراف والتربية لابنه من خلال فقد الحق في الزيارة لهذا السبب.

ويستشف أيضا من خلال العمل القضائي اعتبار إقامة كل من أبوي المحضون في بلد

(1) - عبد الرحمان الجزيري: المرجع السابق، ص523.

أجنبي ليس سببا لإسقاط الحضانة عن الأم (1).

- التعويض والتمتع:

- التعويض في الطلاق التعسفي وفي التطليق:

- التعويض في الطلاق التعسفي:

- تعريف الطلاق التعسفي:

اصطلاح الطلاق التعسفي لا وجود له في الفقه الإسلامي القديم او المعاصر باعتبار ان الفقهاء يعتبرون بان الطلاق هو حق مشروع للزوج، وإيقاع الطلاق مباح دلت على ذلك الآيات والسنن والإجماع وإن كان أبغض الحلال فيمكنه أن يطلقها بلا سبب، وبناء عليه فلا يمكن الكلام عن التعسف هنا، لأنه يمارس حقه المشروع باعتباره صاحب العصمة فيه

التعسف يعني أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيه شرعا على وجه يلحق الضرر بغيره ولا يجوز معاقبة من استعمل حقه إلا إذا تجاوز حدود استعمال هذا الحق أو تعسف فيه (2)

وجدير بالذكر هنا المادة 41 من القانون المدني نصت على أنه " يعتبر استعمال الحق

تعسفيا في الأحوال التالية:

* إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

* إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير،

(1) باديس دياي: صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص162. والقرار الأول هو القرار رقم 273526 الصادر في 26-12-2001، أما الثاني فهو القرار رقم 282033 الصادر بتاريخ 08-05-2002. أما سفر الحاضنة في الإبلد ذاته، فلم ينطرق له المشرع الجزائري إلا انه فيما صدر عن المحكمة العليا في بعض القرارات محدد بمسافة الفصر،

- مطروح عدلان: المرجع السابق، ص380

(2) - عبد العزيز سعد منقول عن جوابي فلة: دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي القانون الأسرة مجلة البحوث والدراسات القانونية، ع12، ص512.

* إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

وهذا متوافق مع ما ورد في الشريعة الإسلامية من منع الإضرار بالغير، فقد روي عنه
ص أنه قال لا ضرر ولا ضرار

فإذا استعمل الحق في هذه الأوجه يكون هناك تعسف في استعمال الحق، ويترتب على
ذلك تحمله التعويض عنه، وبالتالي هنا يكون مطلوباً من الزوج إثبات مبررات استعماله لحقه
في فك الرابطة الزوجية بالطلاق، فعلى الإثبات هنا يتحمله الزوج لا الزوجة، وبالتالي نكون
قد حملناه مسؤولية استعمال حقه الثابت بما له من العصمة الزوجية،
وخلص القول أن توقيع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يترتب عنه تعويض.

-الطلاق غير المبرر:

ورد في اجتهاد المحكمة العليا أن الطلاق يكون تعسفياً إذا كان بغير مبرر أو بغير
سبب جدي، وتكون السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هل ان الطلاق هو طلاق شرعي أو
أنه طلاق تعسفي.

فإذا كان الطلاق بسبب النشوز المنصوص عليه في المادة 55 من قانون الأسرة، أي
نشوز الزوجة مثلاً وأثبت الزوج ذلك من خلال الحكم المتضمن النشوز، أو بمحضر امتناع
الزوجة من الرجوع إلى بيت الزوجية، فلا يعد متعسفاً في توقيع الطلاق⁽¹⁾.

- الطلاق في مرض الموت (الفار):

والمقصود من مرض الموت كما هو في الاجتهاد القضائي " مرض الذي يبطل التصرف
هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتركيزه،
ويجب على القاضي إثبات ذلك قبل التصرف "

(1) -عن جوابي فلة: دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات
القانونية والسياسية، ع12 ص513.

قد يلجأ الزوج إلى الطلاق ليحرم زوجته من الميراث إن كان في مرض موته فيسمى هنا طلاق الفار، وحكم الطلاق هنا أجمع الفقهاء على أنه يقع الطلاق في مرض الموت وإن التوارث يكون في الطلاق الرجعي لا إشكال في ذلك، وفي الطلاق البائن اختلفوا فالحنفية ذهبوا إلى إمكانية توريثها، والمالكية يرون أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت لحرمانها من الميراث تراث ولو انتهت عدتها، ولو تزوجت من غيره.

- شروط الطلاق التعسفي (1):

- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين،
 - أن يكون الزوج طلقها بإرادته المنفردة،
 - أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق
 - أن لا يكون للزوجة دخل فيه، وهذا مستفاد من قرار المحكمة العليا، فإن حقها في المتعة تسقط بتحميلها جزء من المسؤولية في الطلاق
- الجزاء المترتب على التعسف في توقيع الاطلاق:**

جاء في نص المادة 52 من الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

-مقدار التعويض: قدر المشرع الجزائي أن التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة أعلاه يعود للسلطة التقديرية للقاضي حسب درجة التعسف، وحال الزوج المادية ومدة الزواج (2).

(1) -باديس ديابي: آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص8.

(2) - مطروح عدلان: المرجع السابق، ص2030

-التعويض في التطلاق:

نصت المادة 53 مكرر من الامر 02-05 على انه: يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، والملاحظ على هذا النص أنه أجاز للقاضي الحكم بالتعويض عند تطلاق الزوجة والأساس في ذلك هو الضرر الذي لحق بها خلال الحياة الزوجية من الزوج وأثبتت الزوجة وقوعه، وليس بسبب الألم الذي يسببه لها فك الرابطة الزوجية في حد ذاته.

ومقدار التعويض: في التطلاق مسألة موضوعية تخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي، فلم يحدد المشرع معيارا له ولا حدا أعلى أو أدنى (1).

تعريف المتعة:

-تعريف المتعة لغة: المتعة مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمتاع السلعة، وهي أيضا المنفعة وما تمتعت به. (2)

تعريف المتعة اصطلاحا:

-عند المالكية: المتعة هي ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق بقدر حاله.

-عند الشافعية: المتعة مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق أو فيما معناه بشروط (3)

مشروعية المتعة:

مشروعية المتعة مستمدة من القرآن الكريم ومن السنة ومن الآثار على النحو التالي:

(1) - شامي احمد: السلطة التقديرية...، المرجع السابق، ص202

(2) - شامي احمد: نفقة المتعة في التشريعين الجزائري والمصري، ص865.

(3) - مطروح عدلان: المرجع السابق ص199.

من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، فهذه الآية فيها دلالة على وجوب المتعة،

- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236]، ومعناه رفع الحرج عن المطلق إذا طلقها قبل الدخول، فرض لها مهرا او لم يفرض وتستحق المتعة.

-من السنة:

قال أبو أسيد - رض ي هلا عنه- خرجنا مع النبي صلى هلا عليه وسلم فانطلقنا إلى حائط يقال له الشوط؛ حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما، فقال النبي ﷺ: اجلسوا ها هنا، ودخل وقد أوتى بالجونية، فأنزلت في بيت نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي ﷺ قال: "هبي نفسك لي"، قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة؟ قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: "قد عدت بمعاذ، ثم خرج علينا فقال: يا أسيد اكسها رازقين وألحقها بأهلها.

فالنبي ﷺ كسا الجونية رازقين وهي متعتها.

من الآثار:

-عن علي ابن أبي طالب وسعيد بن جبير والزهري أنهم قالوا: لكل مطلقة متعة "

حكم المتعة:

اختلف الفقهاء في حكم المتعة إلى مذاهب:

-المذهب الأول: وهو مذهب ابن عمر وابن عباس من الصحابة، وهو مذهب الحنفية والمشهور عند الحنابلة، ومقتضاه وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض.

- المذهب الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية ورواية عن أحمد، ومقتضاه أن المتعة هي مستحبة لكل مطلقة .

-المذهب الثالث: وهو رواية عن أحمد والظاهرية، ومقتضاه وجوب المتعة لكل مطلقة سمي لها المهر أم لا، مدخولا بها أو لا. (1)

-العلاقة بين المتعة والتعويض:

المتعة في الشريعة الإسلامية والتعويض في القانون كل منهما يعطى للمطلقة باعتبار الضرر الذي لحق بها من الطلاق جبرا لخاطرها وتخفيفا للألم الذي لحقها جراء الطلاق، وكل منهما يجب بالطلاق البائن، وفي الرجعي لا تكون المتعة حتى تبين منه بانتهاء العدة، وتقديره يعود لمحض السلطة التقديرية للقاضي يقدره بحسب حالة الزوج المادية (2).

وتختلف المتعة عن التعويض في عدة نقاط منها:

-مشروعية المتعة أدلتها من القرآن الكريم واضحة الدلالة، أما التعويض فاجتهاد من المشرع مبني على فكرة التعسف في استعمال الحق الذي يجد مصدره في نصوص الشرع من القرآن والسنة.

-المتعة واجبة في كل حالات الطلاق، أما التعويض فلا يجب إلا بالطلاق التعسفي أو الطلاق للضرر.

المتعة في قانون الأسرة:

لا يوجد نص في قانون الأسرة يتناول المتعة لغرض جبر خاطر المطلقة عند الحكم بفك الرابطة الزوجية، فالمشرع لم يتكلم عن المتعة، ولكن طالما أن نص المادة 222 من قانون

(1) - شامي أحمد نفقة المتعة في التشريعين الجزائري والمصري: المرجع السابق، ص 865.

(2) - جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد، ط1، 2009، ص68.

الأسرة يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه فيمكن طرح الإشكال هل المتعة هي نفسها التعويض الذي يعطى عند الطلاق التعسفي ؟

من الناحية النظرية نجد أن المتعة الغرض منها جبر خاطر الزوجة المطلقة بسبب الألم الذي يلحق بها عند الطلاق، أما التعويض فهو يقابل الضرر الذي ألحقه الزوج بزوجه خلال الحياة الزوجية، والذي يبنى على فكرة الخطأ

ومن الناحية التطبيقية وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أنها انطوت على التناقض، فنجد اجتهادات للمحكمة تعتبر أن المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي هما الشيء نفسه حيث نص القرار في هذا الشأن على أن " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ".

وفي المقابل نجد جانب من القضاء فميز بين المتعة والتعويض فنجده يقرر ما نصه " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة العدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي.."، فاعتبر هنا أن التعويض عن الطلاق التعسف شيء والمتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول، وكان أجدر به أن يعطي للمطلقة غير المدخول بها حتى والو لم يفرض لها لأن متعتها ثابتة بدليل (1).

-متاع بيت الزوجية:

من المسائل المهمة والمعقدة المطروحة أمام القضاء مسألة متاع بيت الزوجية، حيث أن الزوجة عاملة أو غير عاملة بمناسبة الزواج وأثناء الحياة الزوجية تقتني أغراضا قد تكون ذات قيمة مالية كبيرة، والزوج كذلك يمارس دوره كرب للأسرة ومسؤول عن البيت ومستلزماته، فعندما يحصل الانفصال بين الزوجين، يطرح موضوع متاع بيت الزوجية

(1) - باديس ديابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 101 وما بعدها.

-النزاع في متاع البيت الزوجية في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في مصير متاع بيت الزوجية إلى آراء عدة منها (1):

-الرأي الأول: وهو رأي الشافعية، ومقتضاه أن النزاع إن حصل في متاع بيت الزوجية، ولم يكن دليل عليه، فإن كلا الطرفين يحلفان ويقتسمانه،

-الرأي الثاني: وهو رأي المالكية والحنفية والحنابلة، ومقتضاه أن ما كان في العادة للنساء كالحلي والحريز فهو للمرأة وما كان في العادة للرجال كالسلاح، والسرراويل والعمامة فهو للرجل هذا إن لم يكن لأحدهما بينة على تملكه لمتاع معين، أما إن أقام أحدهما الحجة على تملكه للمتع فهو له سواء كان من المعتاد للنساء أو للرجال لا فرق بينهما.

أما المتاع المشترك بين الرجل والمرأة: وهو ما يمكن أن يملكه الرجل أو تملكه المرأة للفقهاء فيه رأيين اثنين:

-فالأول: وهو رأي الشافعية والحنابلة وقول عند المالكية، ومقتضاه أنه إذا لم تقم البينة لأحدهما على تملكه يقسم بينهما مع اليمين،

-والثاني: وهو رأي الحنفية والمالكية، ومقتضاه هو إعطاء المتاع ذا الاستعمال المشترك للزوج مع اليمين.

-النزاع في متاع البيت الزوجية في قانون الأسرة:

والمشروع الجزائري تناول موضوع متاع بيت الزوجية في نص المادة 73 من الأمر 02/05 التي نصت على أنه على أنه: «إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسمانه مع اليمين.

(1) - شامي أحمد السلطة التقديرية للقاضي، المرجع السابق، ص 350.

ففي حالة وقوع نزاع بين الزوجين أو ورثته نميز بين حالتين:

-الأولى أن المتاع المدعى به موجودا فعلا، والمدعى عليه يقر بوجوده، فهنا يحق للمدعي أخذ المتاع دون أن يحتاج إلى إثبات ملكيته لا إشكال فيه،

-إذا أنكر المدعى عليه وجود المتاع أصلا ببيت الزوجية، فالقاعدة المطبقة هنا هي قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ففي حالة وجود الدليل أو البينة على تملك أحدهما لمتاع معين هنا له يكون له الحق فيه، فإن أثبت أحد الزوجين ملكيته لمتاع كان له الحق فيه، أما إذا لم يوجد أي دليل على الملكية فإن اليمين هي الفيصل، يوجه يمين النفي للطرف فإذا كان المتاع من المعتاد للنساء حلف الزوجة أو ورثتها، وأخذته، وإن كان المتاع من المعتاد للرجال حلف الزوج أو ورثته.

أما في حالة نكل اليمين الموجهة إلى أحد الطرفين فهنا نطبق ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني "كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه"

والمتاع المشترك بينهما في حال عدم وجود الدليل على ملكيته لأي واحد منهما، فإنه يتعين أن يقتسمانه مع اليمين.

قائمة المراجع:

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

الكتب:

1. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة: الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع.، دار المسيرة، ط1، 2009،
2. باديس ديابي: آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، 2008.
3. باديس ديابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، 2012.
4. بوضياف عادل: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية للنشر، 2008.
5. تيسير رجب التميمي: الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، ط1، 2009
6. تيسير رجب التميمي: الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، ط1، 2009.
7. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر العربي، ج4.
8. جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد، ط1، 2009.
9. سعاد سطحي: مطبوعة في مقياس فقه الأسرة لطلبة السنة الثانية فقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر، 2013-2014.
10. سلمان نصر، سعاد سطحي: الزواج والطلاق
11. عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2 الطلاق وآثاره، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق 1978-1979م-1398-1399هـ



12. عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة ط3، 1986.
13. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ط2، 1950
14. مصطفى عبد الغني شيبية: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق واثاره منشورا سبها، 2006.
15. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج7
الأطروحات:
16. بوعلام عويس: القواعد الإجرائية في شؤون الأسرة، الزواج وانحلاله أنموذجا، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2019
17. عيسى لخضر حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، ماجستير جامعة وهران، ، 2008_2009.
18. محفوظ بن صغير: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009
الدوريات:
19. عيسى طعيبة: القضاء الاستعجالي الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية مج8، ع1 مارس 2023.
20. فلة جواي: دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع12.

فهرس الموضوعات

	مقدمة
	المحور الأول: صور فك الرابطة الزوجية
3	أولاً: الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية
3	1-تعريف الطلاق
4	2-الطلاق في الديانات السماوية وعند الحضارات السابقة
6	3-الفرق بين الطلاق والفسخ
9	4- حكمة الطلاق ومشروعيته
11	5- حكم الطلاق
13	6-الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج
13	7- أركان الطلاق
27	8-أقسام الطلاق وأحكامها
27	-التقسيم الأول (فقهى): طلاق رجعي وطلاق بائن
27	-الطلاق الرجعي
28	-الطلاق البائن
41	التقسيم الثاني (فقهى): طلاق المنجز وطلاق معلق
41	الطلاق المنجز
41	الطلاق المعلق
43	التقسيم الثالث: يقسم في القانون الطلاق إلى طلاق تعسفي وطلاق بالتراضي
43	الطلاق التعسفي

43	الطلاق بالتراضي
43	انحلال الزواج بالإرادة المنفردة للزوجة
44	أولاً: التطليق للضرر
44	-التطليق لعدم الانفاق
50	-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:
58	-الإيلاء
60	-الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة العشرة في الحياة الزوجية وارتكاب الفاحشة
61	-الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة
62	- مخالفة أحكام المادة 8 والمادة 8 مكرر المتعلقة بتعدد الزوجات
62	-ارتكاب فاحشة مبينة
63	-الشقاق المستمر بين الزوجين
64	-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
65	-كل ضرر معتبر شرعا
66	ثانياً: الخلع
66	- تعريف الخلع
67	-مشروعية الخلع
69	-الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة
69	- الحكمة من تشريع الخلع
70	-الطبيعة الفقهية للخلع
71	-الطبيعة القانونية للخلع

72	- شروط الخلع
76	- سلطة القاضي في الخلع
78	- آثار الخلع
المحور الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى فك الرابطة الزوجية	
79	- المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق
79	- الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة
80	- الإختصاص الإقليمي
81	- إجراءات سير دعاوى فك الرابطة الزوجية
83	- إجراء الصلح بين الزوجين
85	- في الطلاق بالتراضي
86	- الاختصاص الاستعجالي لقضاء شؤون الأسرة في موضوع فك الرابطة الزوجية وتوابعها
89	مضمون الحكم في دعوى فك الرابطة الزوجية
المحور الثالث: آثار الحكم في دعوى الطلاق	
92	- العدة
97	- الحضانة
110	- التعويض والتمتع
116	- متاع بيت الزوجية
119	قائمة المراجع
121	فهرس الموضوعات