الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أمحمد بوقرة - بومرداس-
كلية الحقوق –بودواو-

انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

شعبة: العلوم القانونية والإدارية

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة: اشراف:

بن جناحي أمينة الدكتورة : حساين سامية

أعضاء لجنة المناقشة

أ/د حدوم كمال ، أستاذ بجامعة امحمد بوقرة بومرداس ..... رئيسا.

أ/د حساين سامية، أستاذة بجامعة امحمد بوقرة بومرداس..... مشرفة و مقررة.

أ /د بويزري سعيد، أستاذ بجامعة مولود معمري تيزي وزو ..... ممتحنا.

د/ نعيمي عبد المنعم، أستاذ محاضر "أ" بجامعة الجزائر1..... ممتحنا.

د/ لنقار بركاهم ، أستاذة محاضرة"أ"بجامعةامحمدبوقرة بومرداس..... ممتحنة.

د/ بن بريح أمال، أستاذة محاضرة"أ" بجامعة البليدة 2..... ممتحنة.

السنة الجامعة: 2021-2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر

أشكر الله سبحانه وتعالى أن أنعم علي من فضله فأعانني على إنجاز هذا العمل المتواضع.

أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى للأستاذة المشرفة على هذا العمل الأستاذة الدكتورة **حساين سامية** لتفضلها بقبول الإشراف على هذه الأطروحة وعلى كل ملاحظاتها وتوجيهاتها القيمة، فشكرا أستاذتي المحترمة وجزاك الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقراءة هذا العمل و ما بذلوه من جهد لتقييمه ومناقشته.

و الشكر موصول لكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد :

إلى أغلى ما أملك في الدنيا الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى أخواتي وفقهم الله في حياتهم

إلى كل أفراد العائلة الكريمة

إلى الزملاء و الأصدقاء

إلى كل طالب علم في كل مكان أقدم هذا العمل

بن جناحي أمينة

قائمة المختصرات:

ت أ ج..... تقنين الأسرة الجزائري

ت م ج..... التقنين المدني الجزائري

ت ع..... تقنين العقوبات

ق إ م و إ ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ص..... صفحة

ط.....طبعة

د.ط ..... دون طبعة

د.س.ن..... دون سنة النشر

د. ب.ن .....دون بلد النشر

غ أ ش.....غرفة الأحوال الشخصية

غ ش أ.....غرفة شؤون الأسرة

مقدمة

مقدمة

اهتم الإسلام بعقد الزواج وجعل له مكانة متميزة عن باقي العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، فهو ليس عقدا كسائر العقود وإنما ميثاقا غليظا، لما وضع له من مقاصد يجب أن يحققها، ولما يترتب عليه من آثار اجتماعية واقتصادية وفوائد روحية لا تتحقق من عقد إلا الزواج، بالإضافة إلى أنه أساس تكوين الأسرة والتي إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع، لهذا جعل له أركانا وشروطا لا يتحقق العقد بدونها، كما جعل له مقاصد وغايات إذا روعيت حقق الزواج آثاره في المجتمع، وإذا أهملت تلك المقاصد لم يتحقق المعنى المقصود من الزواج.

من مقاصد الزواج السامية أنه وسيلة إلى تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، يقول الله تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾[1].

حدّدت هذه الآية الكريمة الدعائم التي يبنى عليها عقد الزواج في الإسلام وهي المودة والرحمة والسكن، فإذا انعدمت هذه المودة والرحمة انعدمت معها العلاقة الزوجية، فقد يطرأ أمر ما يعكر صفو العلاقة الزوجية قد يكون سببه أحد الزوجين، أو كليهما، أو قد يكون خارجا عن إرادتهما، فيحدِث الشقاق والتنافر والبغض بين الزوجين إلى حد تصل فيه الحياة الزوجية إلى طريق مسدود لا علاج له إلا الطلاق.

شرّع الطلاق علاجا للخلافات الزوجية حين لا ينفع معها علاج سواه، ونظرا لخطورته وانعكاساته السلبية على الأسرة والمجتمع ككل فقد أسندت الشريعة الإسلامية هذا التصرف إلى شخص واحد وهو الزوج، هذا ما تؤكده جملة من النصوص الواردة في القرآن الكريم إذ نجدها تخاطب الزوج منها قوله تعالى:﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ**

(1): سورة الروم، الآية 21.

فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[1]، وقوله تعالى:﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[2]، وقوله تعالى في سورة الطلاق:﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ** ﴾[3].

من خلال ما ذكرناه من آيات قرآنية يتضح بأن صاحب الحق الأصيل في الطلاق هو الزوج وذلك لأسباب عديدة ترتبط بالقوامة والانفاق وما فطر به الرجل نفسيا وجسميا، كما أن المسؤوليات التي قد تواجهه بعد الطلاق من نفقة ومسكن وما يلزم الأولاد تجعله يتروى ويعمل جاهدا على تجاوز العثرات في سبيل المحافظة على الأسرة وعلى استقرارها.

مثلما أباح الإسلام للرجل أن يطلق ويكون له حق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، فإنه وفي المقابل لم يهمل جانب المرأة بل منح لها حق فك الرابطة الزوجية باللجوء إلى القضاء لطلب التطليق إذا ما ألحق الزوج بها ضررا مهما كان نوعه ماديا أو معنويا.

فضلا عن حق اللجوء إلى التطليق، أجاز الإسلام للمرأة أن تسلك سبيلا آخر لانهاء العلاقة الزوجية بافتداء نفسها منه إذا ما رأت أنها تبغضه ولا تطيق المقام معه، فتخشى على نفسها أن لا توفيه حقه، أو أن تخرج عن الطريق الذي رسمه الشرع في المعاملة، فتقع بذلك في المحظور، ففي هذه الحالة شرّع لها الإفتداء أو ما يعرف بالخلع.

في ضوء ما سطرته الشريعة الإسلامية من أحكام للطلاق، قام المشرع الجزائري بوضع النصوص القانونية نظّم بمقتضاها مسألة الطلاق، إلا أن تشريع الطلاق في الجزائر شهد عدّة مراحل: فقبل الاحتلال الفرنسي للجزائر كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي القانون المعمول به والمطبق في جميع ميادين الحياة العامة، ومنها نظام الأسرة،

---

(1): سورة البقرة، الآية 231.

(2): سورة البقرة، الآية 232.

(3): سورة الطلاق، الآية 01.

وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في كل أنحاء الوطن الجزائري، وإلى جانبه كان يطبق المذهب الحنفي على السكان الأتراك، وكان المذهب الإباضي ينظم علاقة الإباضين بعضهم ببعض.

في الفترة الإستعمارية تم تنظيم الطلاق بموجب الأمر رقم 274/59 الصادر في 4 فبراير سنة 1959[1]، فنصت المادة 06 من هذا الأمر على أن:" الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الوفاة ".

جعل هذا الأمر انحلال عقد الزواج لا يتم إلا بطريقتين وهما: وفاة أحد الزوجين، أو صدور حكم من القاضي.

بينما وردت أسباب الطلاق في المادة 11 من المرسوم رقم 1082/59 المتضمن اللائحة التنفيذية المتعلقة بالأمر رقم 274/59 السالف الذكر، وهذه الأسباب هي: زنا أحد الزوجين، الحكم على أحد الزوجين بعد الزواج بحكم يمس بشرفه واعتباره، القسوة وسوء المعاملة، الإساءة البالغة، بناءً على طلب الزوجين معا في حالة الرضا المتبادل، بناءً على طلب الزوجة في حالة غياب الزوج على الوجه المبيّن في القانون، وفي حالة قيام القاضي المطروح أمامه النزاع بناءً على طلب أحد الزوجين إعمالا للإرادة المنفردة للزوج بحل الرابطة الزوجية بحكم يصدر منه".

لما استردت الجزائر استقلالها وجدت نفسها في فراغ تشريعي، حيث لم تكن هناك مؤسسات تشريعية تقوم بسن القوانين، لذلك اكتفت السلطة أنذاك بإصدار القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 قضت فيه بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية فيما عدا مواده الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

(1): الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والذي خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية، الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11.

رغم عدم صدور قانون خاص ينظم الأحوال الشخصية في تلك الفترة غير أنه كانت هناك نصوص متفرقة تنظم بعض مسائل الزواج منها القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29[1] والذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وتحديد سن الزواج عند الرجل ببلوغ 18 سنة والمرأة ببلوغ 16 سنة كاملة.

استمر الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون المدني[2]، وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من هذا القانون نجدها حددت مصادر التشريع وهي كالآتي:حيث جعل في المرتبة الأولى النص القانوني، وفي المرتبة الثانية مبادىء الشريعة الإسلامية، وفي المرتبة الثالثة العرف، وفي المرتبة الرابعة مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

مادام لم يكن هنالك تشريع خاص ينظم المسائل المتعلقة بالأسرة فإن القانون الواجب التطبيق في مادة الطلاق هي مبادىء الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الجزائري.

بدأت بوادر وضع قانون للأسرة تتجسد ابتداءً من سنة 1982 حينما تم تشكيل لجنة من أجل إعداد مشروع لقانون الأسرة ضمت نخبة من أساتذة مختصين في الشريعة الإسلامية وفي العلوم القانونية إضافة إلى قضاة ومحامين وممثلين عن الاتحاد النسائي، وبعد العمل المتواصل انتهت اللجنة إلى وضع صيغة لهذا المشروع الذي عرض على المجلس الشعبي الوطني في دورته الربيعية لمناقشته، وبتاريخ 1984/05/29 تبنى المجلس قانون الأسرة وأصبح نافذا في 1984/06/09[3].

(1):القانون رقم 224/63 المؤرخ في 29 يونيو سنة 1963،المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، الجريدة الرسمية الصادرة في 02 يوليو سنة 1963، العدد 44، ص 680.

(2): الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78، المعدل و المتمم.

(3):القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 يونيو سنة 1984، العدد 24، السنة 51، ص 910.

اشتمل هذا القانون على 224 مادة تناول فيها المشرع الجزائري عدّة مواضيع تخص الزواج وانحلاله، ففي مجال انحلال الزواج حدّد هذا القانون طرق فك الرابطة الزوجية من خلال المادتين47 و48 من ت أ ج، فجعلت المادة 47 من ت أ ج انحلال الرابطة الزوجية يتم بالطلاق أو الوفاة"، بينما حددت المادة 48 أنواع الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

تعرضت المادة 53 من هذا القانون للتطليق كطريق لانحلال عقد الزواج بطلب الزوجة وحددت أسباب اللجوء إلى التطليق وحصرتها في سبعة أسباب تتمثل في: عدم الإنفاق، التطليق للعيوب، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم بعقوبة شائنة مقيدة للحرية، الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37، ارتكاب فاحشة مبينة.

بينما تناولت المادة 54 الخلع كطريق ثان لانحلال عقد الزواج بطلب الزوجة فنصت على أنه:"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

تعرض القانون رقم 11/84 إلى عدة انتقادات خاصة فيما يخص مركز المرأة القانوني، فقد وُصف بأنه قانون مكرس للتمييز واللامساواة بين الرجل والمرأة، وأنه متسم بالطابع الرجولي، لذلك تعالت الدعوات ولاسيما من قبل أطراف خارجية ودولية المطالبة بتعديله ومراجعة أحكامه بشكل يحقق التوازن بين الرجل والمرأة.

كان للاتفاقيات الدولية تأثير واضح في تغيير الجزائر لمسارها التشريعي، حيث بدأ الاهتمام بتعزيز مكانة المرأة وتقوية مركزها القانوني، ولعل أهم هذه الاتفاقيات هي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المسماة "اتفاقية سيداو"(**CEDAW**)[1]، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 1996/01/22[2].

بمجرد المصادقة على هذه الاتفاقية كان لزاما على الدولة الجزائرية إدخال تعديلات على نصوصها التشريعية لتنسجم مع الأحكام التي نصت عليها الاتفاقية فيما يخص مناهضة كافة أشكال التمييز ضد المرأة، ومن بين القوانين التي تعرضت للتعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84، إذ كان ينبغي تكييفه مع مقتضيات الاتفاقية الدولية، وكانت بوادر هذا التعديل في سنة 2003 وبالضبط بتاريخ 2003/10/26 أين قام وزير العدل بناءً على قرار من رئيس الجمهورية بتشكيل لجنة لمراجعة قانون الأسرة الصادر سنة 1984، ونظرا لخطورة ملف التعديل المقدم من اللجنة لجأت السلطة المعنية إلى إصدار محتوى التعديل في شكل أمر رئاسي وهو الأمر رقم 02/05[3].

---

(1): استمدت هذه الاتفاقية اسمها بربط الأحرف الأولى من جملة (**the convention on climination of all forms of discrimination agents woman**) معاً، والتي تعني باللغة العربية اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية بموجب القرار رقم 180/34 المؤرخ في 1979/12/18 على أنّها مشروع قانون دولي لحقوق المرأة. وتتألف هذه الاتفاقية من مقدمة و30 مادة وضعت لتحديد ما يشكّل تمييزاً ضدّ المرأة، وبعد اعتماد الجمعية العامة للاتفاقية، تمّ التوقيع على الاتفاقية في احتفال عقد في شهر يوليو سنة 1980 ب كوبنهاغن من جانب 64 بلداً، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بعد مرور عام واحد فقط في 3 سبتمبر 1981 بعد أن وصلت إلى النصاب القانوني المشترط في نصوصها وهو تصديق عشرين دولة. أنظر الموقع الإلكتروني التالي: https://mawdoo3.com

(2): المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية، العدد 06، المؤرخة في 24يناير 1996، السنة الثالثة والثلاثون، ص 04.

(3):الأمر رقم05-02 المؤرخ في27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84المؤرخ في9يونيو سنة1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 فبراير سنة 2005،العدد 15، السنة 42، ص 18.

من بين المواد التي مسها التعديل نجد نص المادة 53 و54 من ت أ ج التي تخص التطليق والخلع، حيث استرجعت من خلالها الزوجة حقوقها الأساسية التي كانت محرومة منها في السابق أهمها أن الخلع أصبح لا يحتاج إلى موافقة من الزوج، كما تم توسيع حالات التطليق، بالإضافة إلى بعض التعديلات التي مست آثار الطلاق من نفقة وحضانة ومسكن ساهمت بدورها في تقوية المركز القانوني للمرأة.

كان لهذا التعديل انعكاسات سلبية مست الأسرة الجزائرية والمجتمع ككل،حيث شهدت المحاكم منذ إقرار هذا التعديل تصاعدا ملحوظا في حالات الطلاق والخلع، وهذا ما كشفت عنه الإحصائيات الرسمية، فقد أشارت وزارة العدل أن نسبة الطلاق في تزايد مستمر بالجزائر، فبلغت نسبتها 65 ألف حالة في سنة 2019، لترتفع في سنة 2020 إلى 66 ألف حالة، وتصل نسبتها إلى 44 ألف حالة سجلت خلال السداسي الأول فقط من سنة 2021، كما سجلت حالات الخلع تصاعدا هي الأخرى، فقدرت في سنة 2019 بأكثر من 13 ألف حالة، لترتفع إلى 15 ألف حالة في سنة 2020، لتصل إلى 10 آلاف حالة سجلت خلال السداسي الأول فقط من سنة 2021[1].

هذه الإحصائيات تكشف عن وجود ظاهرة اجتماعية تفرض على كل متخصص في علم الاجتماع أو في القانون دراستها من أجل التوصل إلى وضع حلول قد تساعد في التقليل من خطورتها، وهذا ما سعت إليه هذه الدراسة.

تبرز أهمية الموضوع من جوانب عديدة منها:

- أنه يعالج قضية لطالما أثارت الجدل وهي حقوق المرأة ومساواتها بالرجل، فأظهرت الدراسة الطرق التي تمكّن المرأة من حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة والاختلافات الموجودة بينها، وأهم الحقوق التي تكتسبها المرأة بعد الطلاق من نفقة وتعويض عن الضرر ومسكن الحضانة وغيرها من الحقوق.

(1): الإحصائيات مأخوذة من الموقع الالكتروني الآتي: https://www.independentarabia.com

- إظهار دقة وعدالة القواعد التي تضمنتها الشريعة الإسلامية والتي أنصفت المرأة وجعلتها في مركز قانوني لم تصل إليه المرأة في الكثير من التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إلى في وقت قريب.
- تمكننا الدراسة من تتبع مختلف التعديلات التي مست طرق انحلال الزواج بطلب الزوجة أي تطليق والخلع وأثارهما وتقييمها مع اختيار الأنسب والذي يتوافق مع الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية.
- إن البحث المعمق في الموضوع يمكننا من إيجاد حلول لبعض المشاكل القانونية التي تعتري موضوع الدراسة والتي يمكن أن تثار أمام القضاء وقد يستعين بها المشرع الجزائري في تعديلاته اللاحقة.

أما عن دوافع اختيارنا لموضوع الأطروحة فترجع في الأساس إلى تزايد نسبة الطلاق ولاسيما الخلع في الجزائر وهو ما كشفت عنه الإحصائيات المشار إليه أعلاه، وكما هو معلوم فإن ارتفاع معدلات الطلاق في أي مجتمع هو إشارة واضحة على تفككه، فارتفاع نسبة الطلاق في الجزائر ولاسيما الخلع فيه دلالة واضحة على وجود خلل داخل المجتمع وعوامل ساهمت في زعزعة استقراره، وهو الوضع يستدي لامحال الوقوف عنده وإعادة النظر فيه من خلال البحث عن أسبابه وإيجاد الحلول المناسبة لمواجهته.

ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع كذلك هو النقص في النصوص التشريعية المنظمة لباب التطليق والخلع، فبالرغم من هذا التزايد في نسبة الخلع والتطليق إلا أن المشرع الجزائري اكتفى في تنظيمهما بنصين وحيدين وهما نص المادة 53 و54 من ت أ ج وهذا ما جعلها تثير عدّة إشكالات قانونية أمام القضاء وهوما سنكشف عنه من خلال الدراسة.

كان هدفنا من هذه الدراسة الكشف عن الأسباب القانونية لارتفاع المحسوس لحالات التطليق والخلع في المحاكم الجزائرية وطرح اقتراحات وحلول لمختلف المشاكل المؤدية لذلك قانونا وقضاءً، وذلك بالاستناد لأحكام الشريعة الإسلامية التي ضبطت معظم الأحكام ومنها ما تعلقت بالفرقة بين الزوجين.

بالإضافة إلى ما سبق كان الهدف الرئيسي من هذه الدراسة الإحاطة بقدر الإمكان بكل الجوانب المتعلقة بطرق انحلال الرابطة الزوجية بطلب الزوجة وإزالة النقائص التي تعتريها، وذلك بالرجوع إلى المصدر والمنبع الذي استمد منه قانون الأسرة الجزائري أحكامه وهو الشريعة الإسلامية استنادا على نص المادة 222 من ت أ ج والتي تنص على أن:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

سعينا كذلك لمعالجة الإشكالات القانونية التي تطرحها الآثار المادية والمعنوية التي تترتب عن انحلال الزواج بطلب الزوجة وسد الثغرات التي غفل عنها المشرع الجزائري عند تنظيمه لهذه الآثار، وكل ذلك يجعلنا نطرح الإشكالية التالية:

أمام سعي المشرع الجزائري نحو تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال انحلال الرابطة الزوجية وما يترتب عنها من آثار، هل كانت الأحكام والنصوص القانونية في هذا الشأن كافية لأن تكون موافقة للأحكام الشرعية وحافظة لحقوق المرأة ومحافظة على الأسرة واستقرارها؟

من أجل التوصل لدراسة شاملة للموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي، وهو المنهج المناسب لدراسة المفاهيم النظرية المتعلقة بالتطليق والخلع وآثارهما، كما اعتمدنا على المنهج الاستقرائي لتتبع وتقصي النصوص الفقهية والقانونية والأحكام القضائية المتعلقة بموضوع الدراسة بغرض الإحاطة بعناصر الموضوع بالجملة.

لمعالجة الموضوع اتبعنا الخطوات التالية:

- نستهل كل فصل أو مبحث أو مطلب بتمهيد لبيان علاقته بموضوع البحث لتعرف على المسائل التي سوف تبحث في هذا الفصل أو المبحث أو المطلب.
- باعتبار أن المادة الأولية التي استقى منها المشرع الجزائري في قانون الأسرة أحكامه هي أحكام الشريعة الإسلامية فإن منطلق دراستنا للموضوع كان من خلال عرض آراء فقهاء االشريعة الإسلامية أولا ثم قانون الأسرة الجزائري لنستنتج في الأخير الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في المسألة.
- الرجوع إلى الاجتهادات القضائية الصادرة في الموضوع للاستدلال بها، أو إزالة الغموض الذي قد يسود بعض النصوص القانونية محل الدراسة.

لدراسة موضوع:"انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري" قسمنا البحث إلى بابين:

الباب الأول: انحلال عقد الزواج بالتطليق والخلع.

الباب الثاني: الآثار المترتبة على صدور الحكم بالتطليق والخلع.

الباب الأول

انحلال عقد الزواج بالتطليق والخلع

الباب الأول: انحلال عقد الزواج بالتطليق والخلع

جعل الإسلام العلاقة الزوجية قائمة على المودة والمحبة وحسن المعاشرة بين الزوجين، لقوله تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[1]، فإذا غابت هذه المعاني بين الزوجين وفشلت محاولات الإصلاح بينهما جاز اللجوء إلى آخر الحلول وهو الطلاق.

الأصل في الطلاق أنه ملك للزوج وحقا من حقوقه، فله أن ينهي العلاقة الزوجية بمحض إرادته، لكن قد يحدث أن تلقى المرأة من زوجها ما يصعب عليها تحمله وتتضرر من بقاء الحياة الزوجية واستمرارها، لأنه لا يوفيها حقوقها الشرعية، أو لا يقوم بمطالب الزواج، فإذا حدث ذلك كله وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف، فقد جعل الإسلام للزوجة مخرجا وهو حق الالتجاء إلى القضاء طالبة التطليق.

كما شرّع لها طريقا آخر إذا كرهت زوجها، ووجدت أن حياتها معه لا تجد فيها راحتها واستقرارها، فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه له تعويضا عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر، وهذا الافتداء هو ما يسمى عند الفقهاء" بالخلع".

تعرض المشرع الجزائري إلى طرق فك الرابطة الزوجية من خلال المادتين47 و48 من ت أ ج، إذ نجد المادة 47 تنص على أنه:" **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**"، بينما نصت المادة 48 على أنه: **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**".

يتبين من خلال استقرائنا لنص المادة 47 من ت أ ج أن الرابطة الزوجية تنحل إما لظروف خارجة عن إرادة الزوجين تكون بإرادة الله سبحانه وتعالى والمتمثلة في الوفاة، وإما لظروف تتعلق بالزوجين وإرادتهما معا أو بأحد منهما.

---

(1): سورة الروم، الآية 21.

أما 48 من ت أ ج نجدها حددت طرق الطلاق، فكرّست حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، كما أجازت للزوجين أن يتفقا على الطلاق وينهيان بذلك العلاقة الزوجية بينهما بإرادتهما المجتمعة.

لكن لم يهدر المشرع الجزائري حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية، حيث فتّح لها طريقين أولهما اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق، وثانيهما سلوك باب الخلع، وهما ما سيكونان محل دراستنا في الباب الأول.

نظم المشرع الجزائري أحكام التطليق والخلع من خلال المواد **53 و54** من ت أ ج على التوالي دون التفصيل في شأنهما، لذلك كان لابد علينا الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي للاستنباط من مذاهبه أحكام التطليق والخلع عملا بنص المادة 222 من تأج.

لذا ارتأينا من خلال هذا الباب الوقوف عند كل صورة من صور الطلاق بطلب الزوجة، وسنبدأ بحثنا بالتطليق كطريق لانحلال عقد الزواج بطلب الزوجة، وسيكون تركيزنا على بيان أسبابه في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري **(الفصل الأول)**، ثم ننتقل لدراسة الطريق الثاني لانحلال عقد الزواج بطلب الزوجة وهو الخلع ونتعرف على أحكامه بالرجوع دائما إلى الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة الجزائري مع إلقاء نظرة في النصوص القانونية للتشريعات المقارنة **(الفصل الثاني)** .

الفصل الأول: انحلال عقد الزواج بالتطليق

شرّع الإسلام الطلاق وجعله حقا للرجل، لذلك لم يجز للمرأة أن تطلب الطلاق من زوجها لغير سبب مشروع لقول الرسول ﷺ:" **أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة**"[1]، فإذا كان للمرأة سببا شرعيا ومعقولا يستدعي الطلاق ورفض الزوج أن يلبي طلبها، فإنها تستطيع في هذه الحالة أن تلجأ إلى القضاء ويفرّق بينهما إذا تأكد من جدّية السبب الذي تدعيه، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي "بالتفريق"، والذي يدل على تدخل إرادة خارجة عن الزوجين لإيقاع الطلاق، وعلى نفس الوزن جاءت كلمة "التطليق".

تجدر الإشارة بأن مصطلح التفريق في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من تعبير التطليق قانونا، فالتفريق شرعا قد يكون طلاقا كالتفريق بسبب عدم الإنفاق أو الايلاء أو العلل أو الشقاق بين الزوجين أو الغيبة والحبس، وقد يكون فسخا للعقد من أصله كما هو حال التفريق في العقد الفاسد كالزواج بإحدى المحرمات، أو التفريق بسبب ردّة أحد الزوجين[2]، والتفريق المراد دراسته هو التطليق الذي يقع بحكم القاضي وبناءً على طلب الزوجة لضرر يجب إثباته، والذي تناولته المادة 53 من ت أج فحددت أسبابه.

لتفصيل في أسباب التطليق قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية والتعاقدية.

المبحث الثاني: التطليق لاستحالة العشرة بين الزوجين.

---

(1):أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي السلمي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الحديث: 1187، الجزء 3، ط02، مكتبة ومطبعة مصطفى البالي الحلبي وأولاده، مصر، سنة 1968، ص 484.

(2):آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص11.

المبحث الأول: التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية والتعاقدية

الزواج كغيره من العقود يرتّب حقوقا وواجبات متبادلة يلتزم بها كلا من الزوجين، وقد أشار القرآن الكريم لهذا المبدأ في قوله تعالى:﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾[1]، أي أن للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال على النساء من واجبات.

إلا أن الإسلام جعل الرجل بحكم طبيعة تكوينه هو المهيأ لقيادة الأسرة وتولي مسؤولياتها، ومن بين أهم المسؤوليات الملقاة على عاتق الزوج هو الالتزام بالإنفاق على زوجته وعلى أولاده، ورعاية شؤونهم، وعدم الابتعاد عنهم إلا لعذر شرعي أو لسبب غير إرادي كالفقدان مثلا.

إلى جانب الالتزام بالإنفاق يتوجب على الزوج تنفيذ بعض الالتزامات التي تنشأ بمقتضى عقد الزواج كالشروط التي تشترطها الزوجة في عقد الزواج ذاته، أو في العقد رسمي لاحق.

كما يحدث أن يرغب الزوج في التعدد، وفي هذه الحالة قيده المشرع بمجموعة من الشروط ينبغي عليه مراعاتها لكي لا يلحق ضررا بإحدى زوجاته، ولا سيما شرط العدل بين الزوجات.

فإذا أخل الزوج بهذه الالتزامات وتضررت الزوجة فهل يجوز لها رفع دعوى التطليق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه ضمن هذا المبحث الذي ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة مطالب أساسية: خصصنا المطلب الأول **للتطليق لعدم الإنفاق**، والمطلب الثاني **للتطليق بسبب البعد عن العائلة**،أما المطلب الثالث فخصصناه **للتطليق بسبب الإخلال بالشروط الاتفاقية ومخالفة شروط التعدد**.

(1): سورة البقرة، الآية 228.

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق

يظل الأب ملزما بالإنفاق على ابنته إلى حين زواجها، فينتقل حينئذ هذا الواجب من الأب إلى الزوج، لكن هذا الأخير قد يمتنع عن القيام بهذا الالتزام فتتضرر الزوجة، فهل يكون لها الحق في طلب بالتطليق؟ وهل في جميع الأحوال يستجاب لطلبها، أم أن هناك استثناءات؟

لمعرفة مدى حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق ينبغي علينا التعرض للأحكام المتعلقة بالنفقة الزوجية لاتصالها بالموضوع **(الفرع الأول)**، ثم نبحث عن موقف الفقه الإسلامي من التطليق لعدم الإنفاق**(الفرع الثاني)** لنصل لبيان موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بالنفقة الزوجية

من بين أهم الحقوق المادية للزوجة نجد حقها في النفقة، ولدراسة الأحكام المتعلقة بالنفقة الزوجية نتعرض لتعريفها وأدلة وجوبها **(أولا)** ثم سبب وجوبها وشروط استحقاقها **(ثانيا)** لننتقل إلى تحديد أنواعها وكيفية تقديرها **(ثالثا)**.

أولا: تعريف النفقة وأدلة وجوبها

لتفصيل في نفقة الزوجة نتعرض بداية لتعريفها **(1)** ثم نبين أدلة وجوبها **(2)**.

1- تعريف النفقة

لتعريف النفقة نقوم بتحديد معناها اللغوي **(أ)** ثم الاصطلاحي **(ب)** و القانوني**(ج)**

أ- تعريف النفقة لغة: النفقة لغة مشتقة إما من النفوق وهو الهلاك، يقال:نفقت الدابة أي هلكت، أو من الإنفاق وهو بمعنى صرف المال، يقال أنفق الدراهم، أي صرفها وأفناها،

ومنه قوله تعالى:﴿**إِذًا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ**﴾[1]، أي خشية الفناء والنفاذ، أو من النفاق بفتح النون بمعنى الرواج، يقال: نفقت السلعة نفاقا أي راجت رواجا[2].

ب- تعريف النفقة اصطلاحا:" إسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة. والمراد بنفقة الزوجة:" ما تحتاج إليه لمعيشتها من الطعام والكسوة والسكن والخدمة، وكل ما يلزم من فرش وغطاء وأدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس"[3].

ج- تعريف النفقة قانونا: نظم المشرع الجزائري أحكام النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني المعنون ب :"انحلال الزواج"، وذلك في المواد من 74 إلى 80 من (ت أ ج)، لكن دون أن يعطي تعريفا للنفقة، حيث اكتفى بذكر مشتملاتها فقط في نص المادة 78منه والتي جاء فيها:" **تشمل النفقة:الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**".

من خلال هذا النص يمكن أن نستخلص تعريفا للنفقة الزوجية ونقول بأنها:"ما يلتزم به الزوج نحو زوجته من طعام وكسوة ومسكن وعلاج وغيرها من الضروريات".

2- أدلة وجوب النفقة الزوجية

النفقة الزوجية واجبة بالكتاب(**أ**) و السنة (**ب**) والإجماع (**ج**) والقياس (**د**).

أ-دليل وجوب النفقة من الكتاب: في القرآن الكريم آيات كثيرة تدل على وجوب النفقة للزوجة على زوجهامنها قوله تعالى:﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[4]،

(1):سورة الإسراء، الآية 100.

(2):أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 10، د. ط، دار الصادر، بيروت لبنان، د. س. ن ، ص 257، 258.

(3):بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء 01، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن، ص 232.

(4): سورة البقرة، الآية 233.

والمراد بالمولود له الأب، والرزق في هذا الحكم الطعام الكافي، والكسوة، واللباس، والمعروف المتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط[1].

وقوله في شأن المطلقات: ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ**﴾[2]، فقد أمر الله تعالى الأزواج بأن يسكنوا المطلقات أثناء العدّة على قدر طاقتهم، وإن كانت نفقة المسكن وغيرها واجبة للمطلقة على مطلقها، فتكون نفقة الزوجة التي لا تزال الزوجية قائمة بينها وبين زوجها واجبة على الزوج من باب أولى[3].

ب- دليل وجوب النفقة من السنة النبوية الشريفة

هناك أحاديث كثيرة تأمر بإنفاق الزوج على زوجته منها: قولهﷺ في حجة الوداع:"اتقوا الله في النساء فإنّهن عوان عنكم أخذتموهن بكلمة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[4]، فقوله ﷺ:"ولهن عليكم رزقهن"صريح في وجوب إطعام النساء وكسوتهم بالمعروف، وقوله قبل ذلك:"ولكم عليهن" يدل على وجوب الإسكان، وما النفقة إلا هذه الأمور وتوابعها[5].

عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس

(1):سيد سابق، فقه السنة،المجلد02، ط 04، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 1983، ص147.

(2): سورة الطلاق، الآية 06.

(3):حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 01 لسنة 2000، ط 01، دار الأفاق العربية، مصر، سنة 2001 ، ص 281.

(4): الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مطبوع مع شرح النووي، تحقيق: رضوان جامع رضوان، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث رقم 1218، الجزء 08، ط 01، مؤسسة المختار القاهرة، سنة 2001، ص 167.

(5): محمد أمين الشهير بابن عابدين، الرد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 05، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، سنة 2003، ص 277.

يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لايعلم فهل علي في ذلك من جناح"، فقال ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1]، دلّ هذا الحديث على أن النفقة الزوجية واجبة على الزوجة وعلى الأبناء وإلا لما أمرها الرسول ﷺ بأن تأخذ من ماله[2].

ج- دليل وجوب النفقة من الإجماع: اتفق الفقهاء سلفا وخلفا على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، فقال ابن رشد في هذا الشأن :"واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة، لقوله تعالى:﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾،وقوله ﷺ لهند:"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[3].

د- دليل وجوب النفقة من المعقول: من القواعد المقررة في النفقة أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه كالموظفين لدى الدولة، فهؤلاء العاملون محبوسون من أجل منفعة الدولة، لذا وجبت نفقتهم على من حبسوا لخدمته (الدولة)، فكذلك المرأة فهي محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج، وهذا يمنعها من التصرف والاكتساب، فكان عليه أن ينفق عليها وعليه كفايتها[4] .

أخذ المشرع في قانون الأسرة الجزائري بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وهذا ما تأكده المادة 74 من ت أ ج والتي نصت على أنه:"**تجب نفقة الزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78و79و80 من هذا القانون**".

(1):أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية " باب قضية هند "، حديث رقم 1717، الجزء 02 ، ص 819.

(2): إبن عابدين، الدر المختار على الدر المختار، الجزء 05، ص 277.

(3): إبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، الأردن، سنة 2009، ص 581.

(4): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 07، ط 01 و02، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سنة 1984، 1985، الأحوال الشخصية، ص 787.

ثانيا: سبب وجوب النفقة الزوجية وشروط استحقاقها

إذا كانت نفقة الزوجة واجبة على زوجها فلا بد أن يكون لهذا الوجوب سبب لأن الأحكام الشرعية تناط بأسبابها وتدور معها وجودا وعدما، هذا ما سنتعرف عليه في البداية **(1)** ثم نتناول شروط استحقاق النفقة **(2)**.

1- سبب وجوب النفقة الزوجية

تباينت آراء الفقهاء حول السبب الحقيقي لوجوب النفقة فظهرت ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول أن سبب استحقاق النفقة هو التمكين التام لا العقد، فلو مكّنت زوجها من الاستمتاع بها أو عرضت التمكين عليه، فقد وجبت نفقتها، أما إذا امتنعت عن التمكين أو مكنته تمكينا ناقصا، فلا نفقة لها[1].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن سبب استحقاق النفقة الزوجية هو العقد الصحيح والاحتباس لمنفعة الزوج طبقا للقاعدة الشرعية:" كل من حبس لمصلحة غيره ومنفعته فنفقته واجبة على من كان حبسه لمصلحته ومنفعته"، وبناءا على ذلك فإن الزوجة إذا كانت محبوسة لحق زوجها ومنفعته ولو لم تنتقل إلى بيته إذا لم يطلبها للانتقال إليه، فإنها تستحق النفقة بمجرد العقد[2].

القول الثالث: يرى ابن حزم أن سبب وجوب النفقة هو قيام الزوجية، فيقول:" وينفق الرجل على زوجته من حين يعقد نكاحها دعى إلى الدخول بها أو لم يدع"، وحجته في ذلك قوله ﷺ:"ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، وهذا يوجب لهن النفقة منذ قيام الزوجية، والزوجية تكون من حين العقد[3]، لذلك فسبب وجوب النفقة عنده هو عقد النكاح.

---

(1): جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009 ،ص 227، 228.

(2):المرجع نفسه، ص 228.

(3): محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 01، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، سنة 2002، ص 224.

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور وجعل سبب وجوب النفقة هو الدخول بالزوجة أو دعوتها إليه ببينة وليس العقد، وهو ما تضمنته المادة 74 من ت أ ج بقولها: "**تجب نفقة الزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة...**"، وما يؤكد هذا المبدأ أيضا أن المشرع الجزائري جعل نفقة البنت على أبيها تستمر لحين الدخول بها، وهذا ما أشارت إليه المادة 75 من ت أج بقولها:"**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ... والإناث إلى الدخول...**"، فلم يقل لحين عقد زواجها[1].

2- شروط استحقاق النفقة الزوجية

تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا تحققت مجموعة من الشروط حددها الفقه الإسلامي وذكر المشرع الجزائري البعض منها، هذا ما سنتناوله بالتفصيل:

أ – شروط استحقاق النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي

الشرط الأول :التمكين التام، إما بتسليم نفسها، أو إظهار استعدادها للتسليم، بحيث لا تمتنع عند الطلب سواءا دخل الزوج بها بالفعل أولم يدخل، فلو منعت الزوجة نفسها عن زوجها بدون عذر شرعي اعتبرت ناشزا، وسقط حقها في النفقة.

أما إذا كان الامتناع بعذر شرعي كالامتناع لتسليم المهر المعجل أو الحال، أو لتهيئة المسكن، ففي هذه الحالة تستحق النفقة.

الشرط الثاني: أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية، لأن تخلف هذا الشرط يؤدي إلى عدم تحقيق الهدف من الزواج، وبالتالي النفقة لا تكون واجبة على الزوج.

(1): بن داود عبد القادر، (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري والاشكاليات وحلها)، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 5، العدد 09، سنة 2004، ص 274.

الشرط الثالث: أن يكون الزواج صحيحا، أما إذا كان الزواج فاسدا أو باطلا، فلا تستحق الزوجة بموجبه النفقة، لأن الواجب على الزوجين في النكاح الفاسد الافتراق حالا[1].

زاد المالكية على هذه الشروط شروطا أخرى منها ما هي قبل الدخول، ومنها ما هي بعده، فمن شروط استحقاق النفقة قبل الدخول :**أن يكون الزوج بالغا،** فلو كان الزوج صغيرا ولم يدخل بها، فلا نفقة لها، أما إذا دخل بها فلها النفقة ؛ و**أن لا يكون أحد الزوجين مشرفا على الموت عند الدعوة إلى الدخول،** فإن كان في حالة النزع، فلا نفقة للزوجة لعدم القدرة على الاستمتاع بها، فإن دخل ولوحال الإشراف على الهلاك فعليه النفقة[2].

من شروط استحقاق النفقة بعد الدخول:**أن يكون الزوج موسرا،** وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، فلو كان معسرا لا نفقة عليه مدة إعساره [3].

ب- شروط استحقاق النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

باستقراءنا لنص المادة 74 من ت أج يمكن أن نستخلص شروط استحقاق النفقة الزوجية قانونا والمتمثلة في الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الزواج صحيحا: رغم أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا الشرط صراحة، إلا أنه يستخلص من العبارة الواردة في نص المادة 74 من ت أ ج والتي جاء فيها: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها**"، وبذلك اشترط لوجوب النفقة أن تكون زوجة في

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 07، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 1993، ص156، 157.

(2):عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، ط 01، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 2001، ص 497.

(3):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص 15.

عقد نكاح صحيح، لأن العقد الفاسد أو الباطل لا يكون سببا لوجوب النفقة لكونه لا وجود له في نظر الشرع والقانون[1].

الشرط الثاني:الدخول بالزوجة أو دعوتها إليه ببينة

من خلال نص المادة 74 من ت أ ج يتضح بأن المشرع الجزائري يشترط لوجوب نفقة الزوجة على الزوج الدخول أو دعوتها إليه ببينة، والدخول الذي يعطي الحق للزوجة في النفقة هي الخلوة الصحيحة بالزوجة وتسليمها لزوجها، هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/10/02 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا (بإرخاء الستور) أو (خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها...."[2].

أما الدعوة إلى الدخول فتظهر عندما يتم العقد بصفة رسمية ويتباطأ الزوج بالدخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعي، فتدعوه الزوجة إلى الوفاء بما تم الاتفاق عليه ولا يفعل، ففي هذه الحالة فإن نفقة الزوجة تصبح واجبة على زوجها حتما، وللمحكمة أن تقضي بها إن طلبتها مادام لديها بينة تثبت بها دعواها[3].

الشرط الثالث: أن تكون الزوجة صالحة للاستمتاع بها، ولا يتحقق هذا الشرط إلا ببلوغها السن القانونية للزواج وهي19 سنة، كما يشترط أن لا تكون مصابة بالأمراض التي تمنع الزوج من مخالطتها، ويثبت ذلك من خلال الفحوصات الطبية التي تجرى قبل الزواج.

---

(1): عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، د.ط ، منشورات جامعة باجي مختار،عنابة، سنة 2006، ص 268.

(2):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/10/02، ملف 55116، مجلة القضائية،عدد 01، سنة 1991، ص 34.

(3):عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1996، ص 224.

الشرط الرابع:عدم النشوز

كانت المادة 37 من ت أج قبل التعديل تنص على أنه:" يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه، إلا إذا ثبت نشوزها "، وفقا لهذا النص فإن المشرع الجزائري قيّد استحقاق الزوجة للنفقة بشرط هو عدم نشوزها.

أما بعد التعديل فقد ألغيت هذه المادة ولم يرد ذكر مصطلح النشوز إلا في نص المادة 55 من نفس القانون والتي تنص:"**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**".

ثالثا: أنواع النفقة الزوجية وكيفية تقديرها

نتعرض لأنواع النفقة الزوجية **(1)** ثم لكيفية تقديرها **(2)**.

1 – أنواع النفقة الزوجية

أ- أنواع النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي

النفقة ثلاثة أنواع:الطعام، الكسوة، المسكن، وهناك من يضيف نفقة الخادم والعلاج.

1) نفقة الطعام:اتفق الفقهاء على وجوب إطعام الزوج زوجته بالمعروف، ثم اختلفوا في تقديرها، فقال جمهور الفقهاء من غير الشافعية أنها تقدر بالكفاية، أي بما يكفي الزوجة من الطعام كنفقة الأقارب، بينما قال الشافعية أن النفقة غير معتبرة بكفاية الزوجة بل يراعي فيها حال الزوج لا الزوجة[1].

2) الكسوة: أجمع العلماء على وجوب الكسوة للزوجة على زوجها إذا مكّنته من نفسها على الوجه الواجب، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وقوله

(1):مصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ط ، دار هومه الجزائر، د.س.ن، ص457.

ﷺ في حديث جابر:"ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، ولأن الكسوة لابد منها على الدوام، فلزمته كالنفقة، وهي مقدرة بالاتفاق حتى عند الشافعية بكفاية الزوجة[1].

3) المسكن: يعتبر المسكن من الضروريات التي ينبغي على الزوج أن يعدّه لزوجته، ولا خلاف بين الفقهاء على وجوب توفير مسكن منفرد والمناسب للزوجة، ودليلهم في ذلك قوله تعالى:﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾.

يجب أن يكون المسكن شرعيا، ولا يكون كذلك إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية:

1. أن يكون ملائما لحالة الزوج المالية سواءا كان منزلا أو غرفة في منزل.
2. أن يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكنى من أثاث وفراش وأدوات منزلية، وأن يكون له مرافق ضرورية.
3. أن يكون صالحا لإقامة الزوجين فيه.
4. أن يكون المسكن خاليا من سكن الغير ولو كان من أهل الزوج وأولاده من غيرها، إلا إذا اشترط ذلك في العقد.
5. أن يكون المسكن بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها وفي مكان غير منقطع وغير موحش ومخيف[2].

4) نفقة الخادم:اختلف الفقهاء في مسألة نفقة الخادم هل تلزم الزوج أم لا ؟ فظهر قولان:

القول الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء فقالوا أن المرأة إن كانت ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوات الأقدار، أو كانت مخدومة في بيت أبيها، أو مريضة، فإنه يلزم الزوج أن يهيئ لها خادما وتلزمه نفقته إذا كان موسرا، إلا أنهم اختلفوا في وجوب ذلك على الزوج

(1):محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان الأردن، سنة 2010، ص 133.

(2):طه صالح الجبوري،حق الزوجة في السكنى، دراسة مقارنة، ط01، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2012، ص97.

المعسر، والظاهر من عبارات أكثرهم أن هذه النفقة إنما تجب على الزوج الموسر دون المعسر[1].

القول الثاني:ذهب إليه ابن حزم حيث يرى أنه ليس على الزوج أن يهيأ للزوجة خدما، وذلك لأنه لم يرد أي نص يوجب نفقة خادم للزوجة على زوجها، فإيجاب نفقة الخادم على الزوج ظلم وجور[2].

5) نفقة العلاج والدواء: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين: مذهب يرى عدم وجوب العلاج للزوجة المريضة وهو مذهب جمهور الفقهاء، ومذهب آخر يرى وجوب العلاج للزوجة عند المرض على زوجها وهو رأي أكثر الفقهاء المعاصرين.

الراجح هو اعتبار نفقة العلاج من توابع النفقة الزوجية، فكما أن الطعام يعتبر سببا لحفظ المرأة من الهلاك جوعا، فكذلك الأدوية وأجرة الطبيب تعتبر سببا لإدامة الحياة، كما أن إنفاق الزوج على زوجته المريضة بشراء الأدوية لها وعرضها على الطبيب يعتبر من مظاهر العشرة بالمعروف التي أمر الله سبحانه وتعالى بها الأزواج[3].

ب- مشتملات النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري:

ذكر المشرع الجزائري أنواع النفقة الزوجية في نص المادة 78 من ت أ ج والتي نصت على أنه:"**تشمل نفقة الزوجة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"، فوفقا لهذا النص فإن نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري تشمل نفقة الطعام أو الغذاء إضافة إلى نفقة الكسوة، ويليها في المرتبة السكن إذ يعد من العناصر المكونة للنفقة الزوجية.

---

(1):سلمى بنت محمد بن صالح هوساوي، (الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة والمطلقة)، مقال منشور في مجلة كلية اللغة العربية بالزقازيق، العدد 35 ،سنة 2015، الموقع الإلكتروني: jourmals.ekb.eg ، ص 650، 651.

(2):خالد بن عبد الله المزيني، (نفقة الزوجة في العصر الحاضر)، بحث فقهي مقارن، مقال منشور بتاريخ 15 ديسمبر 2016 عبر الموقع الإسلامي: almoslim.Net، ص15.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق ، الجزء 07، ص 185.

فيما يتعلق بنفقة العلاج، فقد خرج المشرع الجزائري عن الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي، حيث اعتبر نفقة العلاج من مشتملات النفقة من خلال نص المادة 78 السالفة الذكر، ويكون بإضافته لنفقة العلاج قد أحسن صنعا لأنها ضرورية أكثر من ضرورة الطعام والشراب والكسوة.

أما نفقة الخادم فلم يذكرها المشرع صراحة في نص المادة 78، ولكن يمكن اعتبارها من مشتملات النفقة بالاعتماد على معيار العرف والعادة، بشرط أن يكون الزوج موسرا وقادرا على أدائها، أما إذا كان معسرا فهي لا تجب عليه.

2 – تقدير النفقة الزوجية:

إن نفقة الزوجة كما سبقت الإشارة إليها تشمل الطعام والكسوة والعلاج والمسكن وكل ما تحتاجه الزوجة لإقامة حياتها، ولابد أن يؤديها الملتزم بها ويكون ذلك حسب مقادير معينة فكيف تقدر هذه النفقة وما هي المعايير التي يجب مراعاتها عند تقديرها؟

أ – تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي

اختلفت كلمة الفقهاء في تقدير النفقة الزوجية وظهرت ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى بأن النفقة تقدر بالنظر إلى حال الزوجين معا، فإن كانا موسرين فعليه نفقة الموسر، وإن كانا معسرين فالواجب نفقة المعسر، وإن اختلف حالهما وتفاوت فالواجب عليه نفقة الوسط بين الموسر والمعسر، وإلى هذا القول ذهب المالكية والحنابلة، وهو المفتي به عند الحنفية.

القول الثاني:يرى بأن النفقة تقدر بالنظر إلى حال الزوج يسارا وإعسارا، وهو قول الشافعية والظاهرية وبعض الحنفية.

القول الثالث: المعتبر هو حال الزوجة، وهو قول بعض الحنفية[1].

(1):بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر ،سنة 2010 ، ص 169 وما يليها.

ب- تقدير النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

اتجه المشرع الجزائري إلى الأخذ برأي المالكية، حيث أخذ بعين الاعتبار حال الزوجين معا عند تقدير النفقة الزوجية، وقد أشارت المادة 79 من ت أ ج إلى ذلك بقولها: "**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم** ". وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الجزائري، فقضت المحكمة العليا بأنه:"من المقرر فقها وقضاءا أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أوعسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية..."[1].

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التطليق لعدم الإنفاق

علمنا مما سبق أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وأنها لا تسقط إلا إذا خرجت عن طاعته وصارت ناشزا، فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فهل يكون لهذه الأخيرة أن تطلب التطليق؟ لبيان موقف الفقه الإسلامي نتعرض لحكم التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي **(أولا)** ثم نتناول شروط التطليق لعدم الإنفاق **(ثانيا)** ونوع الفرقة الواقعة به **(ثالثا)**.

أولا:حكم التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي

إن عدم حصول المرأة على نفقتها قد يكون بسبب إعسار الزوج بها، وقد يكون بسبب امتناعه عن النفقة عليها مع كونه موسرا، فتوجد حالتان لعدم الإنفاق، ولكل حالة حكمها الخاص في الفقه الإسلامي، لذلك سنتعرض في البداية لحالة إعسار الزوج بالنفقة **(1)** وبعدها ننتقل إلى حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع يساره **(2)**.

(1): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1987/12/09، ملف رقم 44630، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1990، ص 55.

1 –حالة إعسار الزوج بالنفقة

اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة على أنه إذا أعسر الزوج بالنفقة واختارت الزوجة البقاء معه فلها ذلك، لكنهم اختلفوا فيما لو أعسر الزوج ولم ترض زوجته بالبقاء معه، فهل يحق لها طلب التفريق أم لا ؟ ظهرت ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بعدم جواز التفريق عند امتناع الزوج عن الإنفاق إذا كان الزوج معسرا، ولكن يأمر القاضي الزوجة متى ثبت لديه عجز الزوج وإعساره بأن تستدين ثم ترجع على الزوج متى أيسر[1].

استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بمجموعة من الأدلة:

أ – من القرآن الكريم: استدلوا بقوله تعالى:﴿**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾[2]، فقد حكم الله سبحانه وتعالى للمعسر بالانتظار إلى أن يوسر، وهو عام يشمل الزوجة وغيرها، وعليه فهي مطالبة بانتظاره لا طلب الفرقة منه[3]. وبقوله تعالى:﴿ **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آَتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آَتَاهَا**﴾[4].

ب– من السنة النبوية الشريفة

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:"دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله ﷺ فوجد الناس جلوسا في بابه، لم يأذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن، فأذن له، فوجد النبيﷺ جالسا حول نساؤه واجما ساكتا، فقال أبو بكر:

---

(1):عبد الرحمان الصابوني، مدى حق الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية، ط 02، دار الفكر، د. ب .ن، سنة 1968، ص 828.

(2):سورة البقرة، الآية 280.

(3):سليمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الهدى، الجزائر، سنة 2003، ص 114.

(4): سورة الطلاق، الآية 07.

لأقولن شيئا أضحك النبي ﷺ فقال:"يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول ﷺ وقال:"هنّ حولي كما ترى يسألنني النفقة"، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده، فقلن:"والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده" ثم اعتزلهن شهرا أو تسعا وعشرين"[1].

وجه الاستدلال من هذا الحديث أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ضربا ابنتيهما عندما سألتا رسول الله النفقة وهو لا يجدها، فلو كان الطلب حقا ومشروعا لما استنكر الصحابيان الجليلان ما فعلت ابنتاهما، كما أن النبيﷺ اعتزلهن شهرا فدّل ذلك على أن الاعتزال عقوبة لهن على ما طلبن به رسول الله وهو ليس عنده، فلو كان هذا من حقهن لما فعل ذلك رسول الله ﷺ[2].

ج- حال الصحابة: كان غالبية الصحابة في عهد الرسولﷺ معسرين، ومع ذلك لم ترد واقعة يقضي فيها رسول الله ﷺ أو الصحابة بالتفريق لعدم الإنفاق[3].

د- القياس على الدّين: إن الله سبحانه وتعالى أمر صاحب الدَّيْن أن ينتظر المعسر إلى الميسرة، وما النفقة إلا دين للزوجة على زوجها، فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة[4].

هـ- من المعقول: استدلوا بمجموعة من الأدلة الشرعية منها: من المقرر شرعا أنه إذا اجتمع ضرران، ارتكب أخف الضررين، والضرر الذي يترتب على التفريق يؤدي إلى

(1): أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، رقم الحديث 1478، الجزء 02، ص 1104، 1105.

(2): عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 833.

(3):بلقاسم شتوان، (امتناع الزوج عن الإنفاق وحق الزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا)، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية،الأمير عبد القادر،قسنطينة،المجلد01،العدد01، ديسمبر2001، ص152.

(4):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 833.

ضياع حق الزوج بالكلية، بينما الضرر الذي يترتب على عدم التفريق هو تأخير حق الزوجة، وطبقا لهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين.

كما أن بقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع، أما التفريق بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل وهو المقصد الأصلي من الزواج، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي[1].

القول الثاني: مذهب الظاهرية

الظاهرية مثل الحنفية لا يجيزون التفريق لعدم الإنفاق، ولكنهم انفردوا برأي خاص مفاده أن الزوجة إذا كانت غنية وزوجها فقير معسر، فيجب عليها في مثل هذه الحالة الإنفاق دون أن ترجع عليه بما أنفقته، وهذا إذا لم يكن له ولد ولا والد ينفقان عليه[2]، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾[3] ، والزوجة وارثة فعليها نفقته بما هو ثابت في القرآن[4].

القول الثالث: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية إلى القول بجواز التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته وإن كان ذلك لعجزه عن الإنفاق.

استدلوا بجملة من الأدلة منها:

أ- **من الكتاب**:بقوله تعالى:﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[5]، وقوله تعالى:﴿**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾[6]، فالله سبحانه وتعالى في الآية الأولى أمر الأزواج بإمساك

(1):بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة، المرجع السابق، ص 233.

(2): عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 475.

(3): سورة البقرة، الآية 233.

(4): عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 834.

(5): سورة البقرة، الآية 229.

(6): سورة البقرة، الآية 231.

زوجاتهم بالمعروف، فإن تعذر ذلك فما عليهم إلا الطلاق بإحسان، فإذا كان الزوج قادرا على الإنفاق فما عليه إلا أن ينفق على زوجته بالمعروف، أما إذا أعسر وتعذر عليه الإنفاق، فالواجب عليه التسريح بالإحسان[1].

كما نهى الله سبحانه وتعالى من خلال الآية الثانية الأزواج عن إمساك زوجاتهم للإضرار بهن، والذي يتحقق في حالة إبقاء الزوجة مع عدم القدرة على الإنفاق عليها، فإذا لم ترضى الزوجة بالبقاء مع زوجها المعسر،وجب على القاضي أن يرفع عنها الضرر بتطليقها عليه[2].

ب- من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبيﷺ أنه قال:" أفضل صدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة :"إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني"[3].

يفهم من هذا الحديث أن للزوج الخيار إما أن ينفق على زوجته أو يطلق أو يطلق عليه القاضي.

ج- ما روي عن الصحابة: استدلوا بما نقل عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[4].

(1):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 836.

(2):نور الدين ميساوي، (التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الإسلامي)، مقال منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، تصدر عن جامعة الأمير عبد القادر، كلية الشريعة والاقتصاد، العدد1، جوان 2012، ص21.

(3):الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، د.ط، دار الريان للتراث، القاهرة مصر، سنة 1987، ص 500.

(4):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 477.

د- من المعقول: استدل جمهور الفقهاء بالمنطق والمعقول بالقياس على التفريق للعيب، فإذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل من ضرر عدم الإنفاق، فلأن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى، لأن العجز عن الوطء إنما هو فقد لذة الشهوة، ويبقى البدن بدونها[1].

2 – حالة امتناع الزوج عن النفقة مع اليسار

إذا كان الزوج موسرا وامتنع عن الإنفاق على زوجته بخلا أو إضرارا بها،فقد رُخص للزوجة أن تأخذ من ماله ما يكفيها ويكفي ولدها إن كان لها ولد، فإن لم تتمكن من تحصيل نفقتها بنفسها، رفعت أمرها إلى الحاكم فأجبره على الإنفاق عليها، وله حبسه[2].

لكن إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق فهل يجوز للحاكم أن يفرق بينه وبين زوجته؟ اختلف الفقهاء في المسألة وظهرت عدة أقوال:

القول الأول: أن القاضي يطلق عليه حالا إذا لم يدّع العجز، فإن ادعى العجز يطالبه بإثباته، فإن أثبت عجزه كان حكمه حكم المعسر، وإن لم يثبت عسره أُمِر بالإنفاق أو الطلاق، وهو قول المالكية.

القول الثاني: أنه لو امتنع عن الإنفاق أجبره الحاكم على الإنفاق، فإن أبَى حبسه، فإن صبر على الحبس، أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن غُيِبَ ولم يعثر الحاكم له على مال يأخذه، فلها الخيار في الفسخ، وهو قول الحنابلة وبعض الفقهاء المتأخرين.

---

(1): أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الجزء 07 ، ط 03، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2003، ص 772، 773.

(2): صالح بوبشيش، (نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور في مجلة الإحياء، تصدر عن جامعة باتنة1 الحاج لخضر، المجلد 04، العدد 01، سنة 2002، ص224، 225.

القول الثالث: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وكان موسرا، فلا يحق لزوجته فسخ النكاح، لأن الخيار يكون بسبب الإعسار، وهذا غير معسر، وهو قول الشافعية في الراجح وبعض الحنابلة[1].

ثانيا: شروط التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي

وضع الفقهاء القائلين بجواز التفريق لعدم الإنفاق مجموعة من الشروط حتى يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق يمكن إجمالها فيما يأتي:

1- أن يكون النكاح صحيحا مع استحقاق الزوجة للنفقة

يشترط في الزوجة المطالبة بالتفريق أن تكون زوجة بنكاح صحيح تستحق بموجبه النفقة، وهذا ما ذكرناه سابقا، لذلك لا يجوز للزوجة المعقود عليها بعقد فاسد المطالبة بالتفريق لعدم الإنفاق، لأنه عقد يجب فسخه لا الإبقاء عليه.

يمكن أن يكون الزواج صحيحا ولكن الزوجة لا تستحق النفقة لنشوزها، فالمرأة الناشز لا تستحق النفقة وليس لها المطالبة بالتفريق إلا إذا عادت إلى طاعة زوجها.

ب- أن تجهل الزوجة عند إبرام العقد حالة الزوج من حيث فقره وعدم قدرته على الإنفاق، فإن علمت بحالته المالية ورضيت به، فلا يحق لها بعد ذلك أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق، وهذا رأي المالكية.

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم اعتبار علم الزوجة بفقر زوجها وقت العقد مسقطا لحقها في طلب التفريق، وحجتهم في ذلك أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم، فيتجدد لها الحق في طلب التفريق، كما أن علمها بإعساره قبل أن تنكحه أو عند العقد لا يؤثر في حقها في طلب الفسخ ما دام لم ينفق عليها[2].

---

(1): عبد الجبار زين العابدين، أثر عدم الإنفاق في الفرقة الزوجية في الفقه الإسلامي المقارن، مقال منشور في مجلة كلية الأداب، قسم علوم القرآن الكريم، عدد101، جامعة المستنصرية، مصر، د.س.ن، ص 297،298. الموقع الإلكتروني الآتي :www.iasj.net

(2):محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1950، ص 352، 353.

ج- عدم وجود متبرع بالنفقة: ذهب فقهاء المالكية وهم القائلون بهذا الشرط إلى أن وجود من يتبرع على الزوجة بالنفقة يسقط حقها في طلب التفريق، فإذا رفعت الزوجة دعوى طلب التطليق لعدم الإنفاق، وقبل صدور الحكم وجد من يتبرع لها بالنفقة المطلوبة من أقارب الزوج أو من غيرهم، فليس لها إلا قبولها، ويسقط حقها في طلب التطليق.

أما عند الشافعية والحنابلة، فإن حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق لا يسقط بوجود من يتبرع بالنفقة عليها إذا لم تقبله بل يبقى حقها قائما[1].

د- رفع دعوى بالتفريق

يشترط لإيقاع القاضي التفريق بين الزوجين أن ترفع الزوجة أمرها إلى القاضي وتطلب التفريق، لأن التفريق مفتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة والقاضي نائبه، ولا يكفي علم القاضي بأمرها، لأن القاضي لا يحكم بعلمه. فإن لم يوجد القاضي رفعت أمرها إلى العدول من المسلمين لقيامهم مقام الحاكم[2].

هـ- ثبوت الإعسار ومسألة إمهال الزوج

إذا طلبت الزوجة التفريق من زوجها لعسره وعدم إنفاقه، فإنه ينبغي على القاضي أن يتأكد من ما إذا كان عدم إنفاق الزوج راجع إلى إعساره أم لا، ولقد اختلف الفقهاء في وسيلة الإثبات،فقال المالكية أنه لا يثبت الإعسار إلا ببينة أو إقرارها هي به، أما الشافعية فقرروا أنه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، وفي حالة انتفاء البينة أو الإقرار فإنه يمكن للقاضي أن يحكم بعلمه[3].

فإذا ثبت عجز الزوج عن الإنفاق وطلبت الزوجة التطليق فهل يوقعه القاضي بمجرد ثبوت الإعسار أم أنه يمهل الزوج فترة معينة؟ اختلف الفقهاء في ضرورة هذا الإجراء (الإمهال)، فقال الشافعية بأنه إذا عجز الزوج عن النفقة، فإن كان سبب ذلك

(1):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 50.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 491، 492.

(3): منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة،دار الهدى،عين مليلة الجزائر، ط2، سنة 2012، ص 24.

مرض ألّم به وكان يرجى زواله انتظرت الزوجة وصبرت حتى شفائه، أما إذا كان المرض طويل الشفاء، فلها أن تطلب من القاضي الفرقة، أما بالنسبة للفسخ، فقد ظهر قولان: أحدهما أن لها الفسخ في الحال، والثاني أنه يمهل ثلاثة أيام ويفسخ في اليوم الرابع.

بينما قال الحنابلة أن للزوجة الخيار في حق الفسخ، فإن شاءت أن تطلب ذلك فور إعساره كان لها ذلك، وإن شاءت التراخي في الطلب كان لها ذلك.

أما المالكية فقد تركوا السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء مهلة مناسبة للزوج الذي يثبت إعساره، وفرقوا بين الزوج الذي يرجى كسبه ومن لا يرجى منه ذلك، بإعطاء مهلة أكبر للأول مقارنة بالمهلة التي تعطى للثاني،وقدّر بعض المالكية مدة الإمهال بشهر[1].

ثالثا: نوع الفرقة الواقعة بالتطليق لعدم الإنفاق

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة لعدم الإنفاق، فذهب المالكية إلى أن الفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعي وللزوج حق مراجعة زوجته إذا أيسر في العدّة، وليس له حق المراجعة إن بقي معسرا، وهذا قياسا على الإيلاء[2] .

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بأن هذه الفرقة فسخ وليست طلاق، لأن ما يوقعه الحاكم من فرقة يعد فسخا عند الإمام الشافعي، وهو لا يحتسب من عدد الطلقات التي للزوج على زوجته، فإذا فسخ النكاح لعدم الإنفاق وأعاد الرجل امرأته لعصمته بنكاح جديد، فإنها تعود له بعدد الطلقات التي كانت قبل الفسخ[3].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق

اتجه المشرع الجزائري نحو الأخذ بموقف جمهور الفقهاء، حيث منح للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها، وهذا ما توضحه الفقرة الأولى من المادة 53

(1):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 843، 844.

(2): أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004، ص 179.

(3): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 513.

بنصها :"**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج**".

إلا أن هذا الحق قيده المشرع الجزائري بمجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

أ- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل تطالب فيها بالنفقة وصدر حكم من المحكمة يأمره بذلك.

ب-أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه، وطلب منه تنفيذه وفقا للقانون، وثبت امتناعه بموجب محضر رسمي يحرره المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1995/09/22 والذي جاء فيه :"لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك"[1].

ما نلاحظه على هذه المادة أنها لم تبين المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة والتي يمكن بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة، فقد سكت المشرع الجزائري عن بيان هذه المدة، وهذا ما جعل بعض فقهاء القانون يرجعون إلى الأحكام الواردة في المادة 331 من قانون العقوبات[2] ويستنتجون منها بأن المدة هي شهرين متتابعين تبدأ من تاريخ صدور الحكم الذي ألزمه بالنفقة.

---

(1):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 1995/05/22، ملف رقم 118475، نقلا عن منصوري نورة، المرجع السابق، ص 26.

(2):المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية رقم 84، السنة 43، الصادرة في 24 ديسمبر 2006، ص 11، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ونصها كالآتي :"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس...". وبذلك شدد في الغرامة بعدما كانت في ظل الأمر رقم 66/ 156 من 500 إلى 5,000 دج.

أكدت المحكمة العليا بدورها هذه المدّة فقررت:"متى كان من المقرر فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلب التطليق من زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله الزوج إن عجز عن انفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادىء يعد خرقا للقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية"[1].

كما قررت بأنه:" إذا كان مؤدى نص المادة 331 من قانون العقوبات الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاءا لصالح من حكم لهم، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلّغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"[2].

تبقى هذه المدة مجرد استنتاج من نص المادة331 من قانون العقوبات، لكن الواقع العملي يقرر خلاف ذلك، فالمعمول به أمام الجهات القضائية هو تطبيق القواعد العامة للتنفيذ، فبعد إصدار الحكم بالنفقة فعلى الزوجة أن تقوم بتبليغ الحكم للزوج على يد محضر قضائي لتنفيذه في أجل أقصاه 15يوم، وإذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدة يحرّر المحضر القضائي محضر امتناع الزوج عن التنفيذ،وهذا ما تضمنته المادة 612 من ق إ م وإ[3]، ويمكن للزوجة الاستناد على هذا المحضر لطلب التطليق.

---

(1):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/11/19،ملف رقم 34791، مجلة قضائية، عدد03، سنة 1989، ص76.

(2):المحكمة العليا، غ ج، قرار بتاريخ 1982/11/23، ملف رقم 23194، غير منشور، نقلا عن عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2006،2007، ص 98.

(3):القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، السنة 45، مؤرخة في23 أبريل 2008، ص 02.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة 53 من ت أ ج لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك أو ما يسمى بالامتناع العمدي، وحالة عدم الإنفاق لعجز الزوج عن ذلك بسبب المرض أو البطالة أو العجز الجسدي، فلم يفصل بين حالتي الإعسار والامتناع، بخلاف الفقه الإسلامي الذي ميز بين الحالتين وجعل لكل حالة أحكامها الخاصة بها.

ج – ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج، فإذا ثبت العكس وكانت عالمة بإعساره، سقط حقها في المطالبة بالتطليق، لأنها تكون قد رضيت به مع إعساره، ولقد توافق المشرع الجزائري في هذا الشرط مع المذهب المالكي الذي انفرد بهذا الشرط مثلما رأينا .

أما عن نوع الفرقة الواقعة بالتطليق لعدم الإنفاق، فلم يشر إليها المشرع الجزائري صراحة لكن يمكن استخلاص موقفه من النصوص الواردة في ت أ ج والتي اعتبرت أن انحلال الرابطة الزوجية سواءا بإرادة الزوج أو بطلب الزوجة "طلاقا"، وهو ما جسدته المادة 48 من ت أ ج، بهذا الموقف يكون المشرع الجزائري قد تأثر برأي الإمام مالك القائل بأن الفرقة الواقعة بالتطليق لعدم الإنفاق طلاق وليس فسخ، وهو طلاق رجعي يمكن فيه للزوج أن يراجع زوجته في العدّة، لكن يشترط للرجعة تحقق أمرين: أولهما أن يتحقق يسر الزوج ويثبت ذلك أمام القاضي، وثانيهما أن ينفق عليها فعلا، لأنه إذا أثبت يساره فقد وجبت له نفقة العدّة ويجب دفعها لها[1].

(1):عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 98.

المطلب الثاني: التطليق بسبب بعد الزوج

قد يكون إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية راجع إلى بعده عن العائلة، وللبعد أسباب عديدة منها: الغياب، أو الفقدان، أو الحبس، أو ارتكاب فاحشة مبينة، فإذا ما تضررت الزوجة من هذا البعد فهل يجوز لها طلب التطليق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المطلب والذي ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة فروع أساسية، خصصنا الفرع الأول لتطليق بسبب الغياب، والفرع الثاني لتطليق بسبب الفقدان، أما الفرع الثالث فخصصناه لتطليق بسبب الحبس وارتكاب الفاحشة .

الفرع الأول: التطليق بسبب الغياب

قد يغيب الزوج عن زوجته لفترات طويلة وغيابه هذا قد يكون لعذر شرعي كطلب الرزق، وقد يكون دون عذر شرعي كسياحة وما شابه ذلك، وفي كلتا الحالتين قد يلحق الزوجة جراء غيبته هذه ضررا حيث تنتقل إليها جميع المسؤوليات العائلية، وفي غالب الأحيان لا تجد من يساعدها أو يمد لها يد العون، كما قد تخشى الوقوع في الحرام، فهل يجوز لها في مثل هذه الحالة طلب التطليق؟ قبل التعرف على حكم التطليق للغياب، ينبغي معرفة المقصود بالغياب **(أولا)** ثم نتعرض لموقف الفقه الإسلامي من التطليق للغياب **(ثانيا)** وبعدها موقف قانون الأسرة الجزائري **(ثالثا)**.

أولا: تعريف الغياب

لمعرفة مدلول مصطلح الغياب ينبغي تعريفه لغة**(1)** ثم اصطلاحا**(2)** وقانونا **(3)**.

1- تعريف الغياب لغة: من الفعل غَابَ، يغيبُ غَيبًا وغَيْبَةً وغيَابًا وغُيُوباً ومَغيبًا بمعنى بَعُدَ، وأغابت المرأة فهي مُغيب ومُغيبة إذا سافر عنها زوجها أو أحد من أهلها، والغياب يدل على تستر الشيء عن العيون، ومنه غَيبتُ الشيء إذا سترته عن العيون. وبخلاف شهد وحضّر[1].

(1): لسان العرب لابن منظور، المجلد 01، ص 767.

2- تعريف الغياب اصطلاحا: لا يخرج معنى الغياب اصطلاحا عن معناه اللغوي، إذ نجد أن الفقهاء يستعملون كلمة الغياب ويريدون بها المعنى اللغوي، وهم يفرقون بين الغيبة المنقطعة والغير منقطعة، ويريدون بالغيبة المنقطعة حالة فقدان الزوج، أما الغيبة غير المنقطعة فيقصدون بها غيبة الزوج عن زوجته: أي تواريه وبعده عنها، ولكن مكانه معروف ويمكن الاتصال به[1].

3- تعريف الغياب قانونا:عرّفت المادة 110 من ت أ ج الغائب بأنه:"**هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود**". يلاحظ على هذا التعريف أنه أخلط بين الغائب المعروف الحال والذي يمكن الوصول إليه، وبين الغائب المنقطع الغيبة الذي لا تعرف حياته من موته أوما يسمى بالمفقود، وسنأتي لدراسته باعتباره حالة قائمة بذاتها.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للغياب

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للغياب تبعا لاختلافهم في حكم استدامة الوطء هل هو حق للزوجة كما للزوج أم لا ؟ هذا ما سنوضحه في البداية(1) ثم نتعرض لشروط التطليق للغياب التي ذكرها القائلون بجواز التفريق (2) وبعدها نوع الفرقة (3).

1- حكم التطليق للغياب في الفقه الإسلامي

للفقهاء قولان في مسألة التفريق لغياب الزوج: أحدهما يرى جواز التفريق للغياب، وآخر يمنعه، ولكل فريق أدلته هذا ما سنبينه على التوالي:

أ- الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب الغياب

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى القول بأنه لا يجوز للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها بسبب غيابه ولو طالت المدّة، ودليلهم في ذلك أنه لم يرد نص صريح في كتاب الله وسنة رسوله يجيز التطليق بسبب غياب الزوج عن زوجته[2].

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08، ص 460.

(2): المرجع نفسه، ص 464.

كما استدلوا بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه في امرأة المفقود :"أنها امرأته ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق، وتتربص حتى تعلم أهو حي أو ميت"[1]، ولقد ورد هذا الأثر في حق المفقود وهو الغائب غيبة منقطعة، فقرر بأن امرأة المفقود لا يجوز لها طلب التفريق بينها وبين زوجها حتى يأتيها خبره، لذلك لا يجوز التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب غيبة غير منقطعة من باب أولى[2].

قالوا أيضا بأن الوطء حق للزوج وحده ويكفي الزوجة بالمرة الواحدة، فيسقط حقها لمجرد الدخول بها قياسا على العنين، كما أن الطلاق هو حق للرجل وحده فلا ينوب عنه أحد، وإذا قلنا بجواز التطليق بسبب الغياب نكون قد تعدينا على حق مشروع[3].

ب- الرأي القائل بجواز التفريق بسبب الغياب

وهو قول المالكية والحنابلة، إذ يرون جواز التفريق لغيبة الزوج إذا طالت الغيبة وتضررت الزوجة بسببها ولو ترك لها مالا تنفق منه مدة غيبته، واستدلوا بمجموعة من الأدلة منها: قوله تعالى:﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾، وقوله تعالى:﴿**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾.

ووجه الدلالة هنا أن الله سبحانه وتعالى خيّر الأزواج بين الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف ترك الزوجة كالمعلقة[4]، كما أن ترك المرأة بدون

---

(1): الباجي أبو الوليد خلف بن سعد، المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق عبد القادر أحمد عطاء، الجزء 07، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 1990، ص 90 .

(2): عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 08، ص 464.

(3): أحمد خاتري، التطليق بسبب الغياب، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون،جامعة الجزائر1،سنة 2014،2015، ص 106، 107.

(4): عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، سنة 2004، ص 104.

وطء وبدون ونيس قد يلحق الضرر بها ويعرضها للفتنة، لذلك ينبغي رفع الضرر عنها، ولا يكون ذلك إلا بالتفريق بينها وبين زوجها الغائب[1].

استندوا أيضا بما رواه الشافعي أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم يأمرهم أن ينفقوا عليهن أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[2].

2 – شروط التطليق للغياب في الفقه الإسلامي

إذا كان المالكية والحنابلة اتفقوا على جواز التفريق للغياب، إلا أنهم اختلفوا في شروط التفريق بسبب الغياب وتتمثل في الآتي:

أ – أن تكون الغيبة طويلة

اشترط كل من المالكية والحنابلة أن تكون غيبة الزوج طويلة، لكنهم اختلفوا في تحديد المدة، فقال الحنابلة أكثر من ستة أشهر، واستندوا في ذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه وقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا، ويقيمون أربعة أشهر، ويسيرون شهرا راجعين، كما أن مدة ستة أشهر هي أقصى مدة تستطيع المرأة فيها أن تصبر على غياب زوجها[3].

أما المالكية فحددوا مدة الغيبة عند الزوج بسنة فأكثر، فلا تسمع دعواها قبل مضي هذه المدة[4]، بينما فضل قول آخر في المذهب عدم تقدير مدة الغياب، وذلك لأن حق

(1):عدنان علي النجار، المرجع السابق ، ص 104، 105.

(2): عبد الكريم زيدان،المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 477.

(3): سيد سابق، المرجع السابق، ص 250.

(4): أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء 03، د. ط، المكتبة التوفيقية، القاهرة مصر، سنة 2003، ص 406.

الزوجة في التفريق للغياب يقوم أساسا على رفع الضرر عنها وهو أمر لا يمكن أن يضبط بمدة معينة[1].

ب- أن تتضرر الزوجة من غيبته وتخشى على نفسها الزنا: فسّر المالكية الضرر هنا بخشية الوقوع في الزنا وليس اشتهاء الجماع فقط، أما الحنابلة فقد أطلقوا الضرر دون تفصيل منهم[2].

ج – مراسلة الزوج الغائب وإعذاره بالرجوع أو نقل زوجته إليه أو تطليقها

معناه أن يكتب القاضي إلى الزوج يخيّره بين الرجوع إليها أو نقلها إليه أو تطليقها ويمهله مدة مناسبة إذا كان معلوم المكان أو كان له عنوانا معروفا، فإذا انقضت المدة ولم يفعل شيئا فرّق القاضي بينهما، أما إذا كان الزوج في مكان مجهول، فرّق القاضي بينهما بناءا على طلبها في الحال، هذا ما قاله المالكية، أما الحنابلة فقد اشترطوا مراسلة القاضي للزوج الغائب ومطالبته بالرجوع، فإن لم يعد يفسخ النكاح.

د – أن تكون الغيبة لغير عذر

يرى الحنابلة أنه يجوز التفريق للغياب إذا كان بغير عذر، أما إذا كان بعذر كتجارة أو مرض لم يكن للزوجة طلب التفريق، أما المالكية فلا يتقيدون بهذا الشرط فيجوز عندهم التطليق بسبب الغياب لعذر أو لغير عذر[3].

3 – نوع الفرقة للغياب

اتفق الفقهاء القائلون بالتفريق للغيبة على أنه لابد فيها من قضاء القاضي، لكنهم اختلفوا في نوع الفرقة إلى قولين:فذهب المالكية إلى القول بأنها طلاق بائن، لأن كل فرقة

(1): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07 ، ص 533 .

(2): عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص 108.

(3): محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 367.

يوقعها القاضي عندهم تكون طلاقا بائنا، إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فإنه يكون رجعيا، ولأن المراد من التفريق رفع الضرر عن المرأة وهو لا يرتفع إلا بالبينونة.

بينما قال الحنابلة بأن الفرقة للغيبة فسخ لا طلاق، لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة التي تكون من جهة الزوجة تكون عندهم فسخا، ولا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة[1].

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من التطليق للغياب

من بين حالات التطليق المنصوص عليها قانونا نجد حالة التطليق للغياب الوارد ذكرها في الفقرة 05 من المادة 53 من ت أ ج والتي نصت على أنه:"**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:" 5- الغيبة بعد مضي سنة دون عذر ولا نفقة** ".

استمد المشرع الجزائري هذه الفقرة من مذهب الإمام مالك وأحمد، حيث أجاز للزوجة طلب التطليق، وقيده بمجموعة من الشروط وهي:

1- أن يغيب الزوج عنها غيبة طويلة تفوق سنة:

تبدأ هذه المدة من يوم غيابه إلى يوم رفع الزوجة دعوى قضائية ضده، فلا يجوز للزوجة أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كانت مدة غيابه لا تزيد عن سنة، وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة سنة فما فوق.

2- أن يكون هذا الغياب دون عذر شرعي مقبول، فيكون الزوج بذلك متعمدا إضرارها، وهو مبرر كاف لوحده لطلب التطليق أمام القضاء، أما إذا كان غياب الزوج لعذر مقبول كطلب العلم أو ممارسة التجارة أو لكونه يعمل خارج الوطن أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه خارج الوطن لمدة تفوق سنة، فإن ذلك لا يعد سببا للتطليق، فإذا طالبت

(1):عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، سنة 2007، ص 383.

الزوجة بالتطليق في هذه الحالة فإن طلبها يرد بالرفض[1]، ولقد استند المشرع عند ذكره لهذا الشرط بموقف الحنابلة الذين فرقوا بين الغياب لعذر والغياب بغير عذر.

3- ألا يترك الزوج الغائب لزوجته مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها مدة سنة كاملة

إضافة إلى ما تقدم أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر وهو أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها، مما يفهم منه أنه إذا غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة وأكثر بدون عذر إلا أنه ترك لها مالا تنفق منه، ففي هذه الحالة لا يجوز لها أن تطلب التطليق استنادا لنص المادة 53 فقرة 05.

في هذا الصدد وتأييدا لرأي الأستاذ بن شويخ رشيد نقول بأن المشرع الجزائري كان في غنى عن إدراج هذا الشرط ضمن الفقرة 05 من المادة 53، لأنه سبق وأن أشار إليه ضمن الفقرة الأولى من نفس المادة[2]، ولأنه بإدراجه لهذا الشرط يكون قد انفرد برأي مخالف لما ذهب إليه فقهاء المذاهب القائلين بالتفريق للغياب، فالحنابلة لم يشترطوا عدم الإنفاق لصحة التفريق للغياب، أما مذهب المالكية فإنهم اشترطوا للتفريق للغياب أن تكون للزوجة نفقة دائمة، لذلك ينبغي على المشرع الجزائري أن يلغي شرط عدم الإنفاق من نص المادة 53 فقرة 05 ويضيف فقرة جديدة في نص المادة 53 فقرة 01 تتعلق بنفقة الزوج الغائب.

أما عن نوع الفرقة الواقعة بسبب التطليق للغياب في قانون الأسرة الجزائري فهي طلاق بائن عملا بالمذهب المالكي المعتمد في الجزائر.

---

(1): منصوري نورة، المرجع السابق، ص 36.

(2):بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 01 ، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، سنة 2008، ص 200، 201.

الفرع الثاني: التطليق بسبب الفقدان

من خلال ما ذكرناه في التطليق بسبب الغياب غير المنقطع عرفنا بأن الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق فهل يكون لها هذا الحق في غيبة أعظم من الأولى والمتمثلة في الفقدان؟ قبل البحث عن إجابة لهذا التساؤل ينبغي علينا تعريف المفقود **(أولا)** ثم نتعرف على حكم التطليق بسبب الفقدان**(ثانيا)** لنصل في الأخير لدراسة حالة عودة المفقود بعد الحكم بوفاته وأثرها على العلاقة الزوجية **(ثالثا)**.

أولا: تعريف المفقود

لتعريف المفقود نتطرق إلى معناه اللغوي**(1)** والاصطلاحي**(2)** ثم القانوني **(3)**.

1- تعريف المفقود لغة: فَقَدَ الشَيءَ يفقده فَقْداً وفِقْدَاناً وفُقُوداً، فهو مَفْقُودٌ وفَقِيدْ: عَدِمَهُ وأَفْقَدَهُ الله إيَّاهُ، والفَاقِدُ من النساء التي يموت زوجها أو ولدها أو حموها. وامرأة فاقد وهي الثكول، وقيل هي التي تتزوج بعدما كان لها زوج فمات، والعرب تقول:لا تَتَزَوَّجَنَّ فاقداً وتزوج مطلقة، والتَّفَقُّدُ: تَطَلُّبُ ما غاب من الشيء، وافْتَقَدَ الشيءَ طَلَبه[1].

2-تعريف المفقود اصطلاحا: عرّف الفقهاء المفقود بتعريفات مختلفة: فعرفه الحنفية بأنه: "إسم لموجود هو حي باعتبار أوَّلِ حَالِه ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله". وعرفه المالكية بأنه:"من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه"، وعرفه الشافعية بأنه:"هو الذي لم يعرف عدمه ولا حياته "، أما الحنابلة فعرفوه بأنه:" من انقطع خبره فلم تعلم له حياة ولا موت"[2].

(1):لسان العرب لابن منظور، المجلد 03، ص 337.

(2):أبي عبد الله جمال بن عطية الجنيدي، مختصر تيسير الحديث في أحكام المواريث، ط 01، مركز الدراسات والبحوث الإسلامية، مصر، سنة 2017 ، ص 232 .

من خلال ما عرضنا من تعاريف للفقهاء يمكن أن نستخلص تعريفا للمفقود ونقول بأنه:" هو الغائب الذي لم يدر موضعه ولم يدر أحي هو أم ميت".

بهذا المفهوم يتميز المفقود عن الغائب وإن كانا يشتركان في غيبتهما عن موطنهما، فالمفقود هو الشخص الغائب الذي انقطعت أخباره فلا تعرف حياته من مماته، في حين أن الغائب هو شخص معلوم الحياة لا يعرف محل إقامته أو لا يمكن الوصول إليه، لذلك فإن مصطلح الغائب أعم وأشمل من المفقود، فالمفقود هو غائب بالضرورة، ولكن ليس كل غائب مفقودا[1].

3- تعريف المفقود قانونا:عرفت المادة 109 من ت أ ج المفقود بأنه:"**هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم**".

يظهر بأن المشرع الجزائري وافق الفقه الإسلامي، حيث عرّف المفقود بأنه: "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته ولا موته"، وبذلك أخذ بمعيار الجهل بالمكان والحياة في تعريفه للمفقود، لكن ما يعاب عليه أنه لم يميز بين المفقود والغائب، فعرف المفقود بأنه الشخص الغائب، ومن جهة أخرى ألحق الغائب بالمفقود وسوى بينهما من حيث الأحكام، وهذا ما قررته المادة 110 منه التي عرّفت الغائب بأنه:" الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود"، فعبارة "كالمفقود" أكدت بأن المشرع الجزائري اتجه نحو توحيد أحكام الغائب والمفقود، وهذا غير صائب، لأنه إذا كان كل مفقود غائب، فإنه ليس كل غائب مفقود، فالغائب معلوم المكان، إلا أنه قد يتحول إلى مفقود بانقطاع أخباره.

(1):أحمد حسن طه، أحكام المفقود والأسير في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 01، مطبعة دار الرسالة، بغداد، العراق، د.س.ن ، ص 118.

حتى يعتبر الشخص مفقودا في قانون الأسرة الجزائري يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

أ-الغياب عن البلد.

ب-عدم التمكن من معرفة مكان هذا الشخص.

ج -عدم التيقن من حياته.

د - صدور حكم قضائي يقضي بفقدانه، فلا يعتبر الشخص مفقودا طبقا لنص المادة 109 من ت أ ج إلا بعد صدور حكم قضائي يقضي بفقدانه، ولا يصدر هذا الحكم إلا بعد مرور سنة على الأقل من الفقدان، بعد التحري عنه بكافة الوسائل، وقد تم استخلاص مدة سنة من نص المادة 110 المتعلقة بالغائب[1] .

ثانيا: حكم التطليق بسبب الفقدان

تباينت أراء الفقهاء حول حكم التطليق بسبب الفقدان وظهرت عدة أقوال سنتعرف عليها في البداية **(1)** وبعدها نتعرض لموقف المشرع الجزائري **(2)**.

1 – حكم التطليق للفقدان في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم التطليق للفقدان، فهناك من أجازه، وهناك من منعه.

أ-**عند الحنفية:** القاعدة عند الحنفية أن المفقود يعتبر حي في حق نفسه وميتا في حق غيره، ويترتب على ذلك أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله، ولا تبين امرأته، ومن هذا المنطلق قال الحنفية بأنه لا يحق لزوجة المفقود طلب التفريق لفقد زوجها حتى يثبت موته أو طلاقه[2].

(1):محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء 02، دروس في نظرية الحق، ط01 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011، ص 326 ، 327.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 8، ص 443.

استدل الحنفية لتبرير موقفهم بقول الرسولﷺ في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان، والبيان يحصل بطلاقه أو موته، وبما روي عن الإمام علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال في امرأة المفقود:"هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق "، ولأن النكاح ثابت باليقين، والموت في حيز الاحتمال، فاليقين لا يزول بالشك[1].

إذا كان التفريق ممنوعا عند الحنفية بسبب فقدان الزوج، فمعنى ذلك أن الفرقة لا تقع بين المفقود وزوجته إلا بطلاقه إذا عاد أو ثبتت وفاته، والسؤال الذي يطرح هنا في حالة ما إذا لم يعد المفقود ولم تثبت وفاته وظل مفقودا فمتى يعتبر ميتا، إذ لا يمكن اعتباره حيا إلا ما لا نهاية ؟

اختلف الحنفية في تقدير هذه المدة، فمنهم من يقدرها بموت أقرانه، فإذا لم يبقى أحدا من أقرانه حيا حكم بموته، ومنهم من يقدرها بمضي مدة التعمير، واختلفوا في تحديدها فمنهم من حددها بمئتي سنة من يوم ولادته، ومنهم من حددها ببلوغ المفقود مائة وعشرين سنة، وهناك من حددها بإتمامه مائة سنة، وهناك من حددها بتسعين سنة[2].

هناك من يرى أنه يحكم بموته إذا مضت عليه مدة من وقت الغياب، واختلفوا كذلك في تحديدها، فقيل أن تمضي مدة ثلاثين سنة من غيبته، وقيل خمسين سنة، وقيل عشر سنوات، وقيل سبع سنوات، وقيل خمس سنوات[3]، بينما ذهب رأي آخر إلى القول بأنه يفوض أمر تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى الإمام أو القاضي، ويفعل ما يغلب على ظنه ولا يعمل بالتقدير، وهو الرأي الراجح عند جمهور الحنفية[4].

(1):مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011، ص 172.

(2): هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي، ط 01، دار دجلة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010، ص 26.

(3): المرجع نفسه، ص 198.

(4):أحمد خاتري، المرجع السابق، ص 108.

ب- عند المالكية: حكم التطليق بسبب الفقدان عند المالكية يختلف بحسب حالات وظروف فقد الزوج، وقسم المالكية المفقود إلى أربع حالات وهي:

1)**المفقود في بلاد الإسلام:** يحكم بوفاته بعد مضي 4 سنوات ويفرق بينه وبين زوجته.

2)المفقود في قتال بين أهل الإسلام: فرّق المالكية في هذه الحالة بين من حضر المعركة، وبين من خرج مع الجيش، ففي الأولى يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال ويفرق بينه وبين زوجته، أما الثانية وهي حالة مجرد الخروج مع الجيش، فإنه لا يفرق بينه وبين زوجته إلا بعد مرور أربعة أعوام.

3)المفقود في قتال بين المسلمين والكفار: إذا فقّد الزوج في قتال بين المسلمين والكفار، فإن الحاكم يتحرى ويفتش عنه، فإذا يئس من العثور عليه، فإنه يؤجله مدة سنة، وبعد هذه السنة تعتد زوجته عدة وفاة.

4) المفقود في بلاد الشرك والأسير: المفقود في غير بلاد الإسلام والأسير المسلّم عند الكفار تبقى زوجته على نكاحه للتعمير، ومدة التعمير اختلف فيها فقيل سبعون سنة، وقيل ثمانون، وقال بعضهم خمسة وسبعون سنة[1].

ج- عند الشافعية: لا يجيز الشافعية التفريق بسبب فقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه، أو تمضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين والثمانين والتسعين[2].

د- عند الحنابلة: يفرّق الحنابلة في مسألة التفريق بسبب الفقدان بين حالتين:

1)المفقود في حالة ظاهرها الهلاك: كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا أو يخرج لقضاء حاجة قريبة ولا يرجع، أو يفقد بين الصفين في الحرب، أو يفقد في مركب انكسر

(1): أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط03، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، سنة 2002، ص 260، 261.

(2): نصر سليمان، (التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الفقدان والغياب والحبس)، دراسة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية، الأمير عبد القادر، قسنطينة ، المجلد 15، العدد 30، سنة 2012، ص 04.

فغرق بعض أهله، فهذا ينتظر به أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر قسِّم ماله واعتدت امرأته عدّة الوفاة، وحلّت للأزواج.

2)المفقود في حالة ظاهرها السلامة: فإذا فقّد في حالة ظاهرها السلامة مثل السفر للتجارة وطلب العلم، فالمرأة تتربص مدة يغلب على الظن موته بعد مضيها، وقدّر ذلك بتمام تسعين سنة من يوم ولد، لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها، فإن فقّد ابن التسعين اجتهد الحاكم، ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل للأزواج[1].

2 – حكم التطليق بسبب الفقدان في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 112 من ت أ ج على أنه:"**لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون**".

أحالت هذه المادة في جواز طلب زوجة المفقود للتطليق على الفقرة 05 من المادة 53 الخاصة بالتطليق للغياب، وبذلك اشترط المشرع الجزائري لقبول دعوى التطليق للفقدان أن تمر سنة على غياب الزوج وقت رفع الدعوى، وفي هذا الموقف خالف جمهور الفقهاء الذين فرقوا بين الغائب والمفقود واختلفوا في تحديد المدة في المفقود باختلاف حالات الفقدان كما رأينا، ولكن أقل مدة ضربها الفقهاء للمفقود هي أربع سنوات ثم يحكم بوفاته ويفرق بينه وبين زوجته.

كما اشترط أن يكون الغياب بدون عذر، وهذا الشرط لا ينطبق على حالة المفقود، لكون المفقود معذور على كل الأحوال إلى حين عودته، لأن غيبته قد تكون بسبب الحروب والفتن والكوارث والأوبئة، وعليه كان يجدر على المشرع ألا يحيل إلى نص المادة 53 فقرة 05 لاختلاف الوضع بين المفقود والغائب.

تجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري في تحديده للمدة التي يحكم بها بموت المفقود قد تأثر بموقف الحنابلة، وهذا ما يستخلص من نص المادة 113 من ت أ ج والتي جاء

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 8، ص 446.

فيها:"**يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالة التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات**".

ثالثا: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته على العلاقة الزوجية

إذا عاد الزوج المفقود بعد صدور حكم قضائي يقرر موته حكما، فهل يكون له الحق في استعادة زوجته أم لا ؟ سكت المشرع الجزائري على بيان الأثر الذي يرتبه عودة المفقود حيا على العلاقة الزوجية واقتصر على بيان أثر عودته بالنسبة لأمواله، لذلك ينبغي علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن إجابة لهذا التساؤل.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في حكم المسألة تبعا لاختلاف الحالة التي يعود فيها الزوج:

1- عودة المفقود وزوجته لم تتزوج:

اتفق الفقهاء على أن للمفقود الذي ظهرت حياته بعد الحكم بوفاته الحق في استأناف حياته الزوجية مع زوجته إن لم تتزوج بالرغم من الحكم الصادر بالتفريق بينهما دون حاجة إلى إبرام عقد زواج جديد، لأن الرجوع ينقض حكم القاضي لظهوره كونه نافذا في الظاهر دون الباطن فهي زوجته بنكاحه الأول معه.

2 - عودة المفقود بعد أن تزوجت زوجته وقبل الدخول بها:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فقال أبو حنيفة ومالك في الجديد والشافعي في القديم وبعض الحنابلة أن المفقود أحق بزوجته من الثاني ما لم يدخل بها الثاني، فتعود إلى زوجها الأول وينقطع نكاح الثاني. بينما قال الإمام مالك في القديم بأن المفقود لا يستطيع رد زوجته إلى عصمته إذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها عقدا صحيحا بعد انقضاء عدّتها،لأن زواجها بالثاني تم بعقد صحيح، فهذا العقد ينهي العقد الأول، ويستوي أن يكون الزوج الآخر دخل بها أم لم يدخل.

3- عودة المفقود بعد أن تزوجت زوجته وتمّ الدخول:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فمنهم من يرى أن المفقود أحق بزوجته إن لم تتزوج، ويبقى له هذا الحق سواءا دخل بها الزوج الثاني أم لم يدخل.

ذهب المالكية والحنابلة في رواية إلى القول أن الزوجة تكون للزوج الثاني، فدخول الزوج الثاني بها يهدم العقد الأول، ومنهم من قال أن المفقود يخيّر بين إعادة زوجته إلى عصمته، وبين أن يأخذ صداقها الذي أعطاها إياه. بينما قال الحنابلة في رواية أخرى أن الخيار يكون لزوجة المفقود وليس للمفقود ذاته، فتخيّر بين زوجها الأول وزوجها الثاني فأيهما اختارته ردّت على الآخر ما أخذته منه[1].

الفرع الثالث: التطليق بسبب الحبس وارتكاب الفاحشة المبينة

الأضرار التي قد تصيب الزوجة عديدة منها تضررها بسبب حبس زوجها أو ارتكابه فاحشة يعاقب عليها المجتمع، فهل يحق لها طلب التطليق لإزالة هذه الأضرار؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا الفرع وسنبدأ الحديث بالتطليق للحبس **(أولا)** ثم التطليق بسبب ارتكاب الفاحشة **(ثانيا)**.

أولا : التطليق بسبب الحبس

قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون وتقيد حريته لمدة معينة، فهل يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب تضررها من جراء حبس زوجها؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نتعرف على معنى الحبس **(1)** وبعدها مشروعية التفريق بسببه في الفقه الإسلامي **(2)** ثم ننتقل لبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك **(3)**.

(1):عبد الله محمد ربابعة، (الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني)،مقال منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، العدد 01، المجلد 12، سنة 2015، ص. ص. 306، 311.

1- مفهوم الحبس

أ- **تعريف الحبس لغة:** المنع، يقال حبس فلان حبسا:منعه وأمسكه، والحبس ضد التخلية، والحبس والمحبسة بمعنى المكان الذي يحبس فيه[1]، والسجن والحبس في اللغة بمعنى واحد.

ب-تعريف الحبس اصطلاحا:"هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية أو الاجتماعية"[2].

ج- تعريف الحبس قانونا:عرفته المادة 07 من قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين[3] بقولها:"**يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون كل شخص تم إيداعه بمؤسسة عقابية تنفيذا لأمر أو حكم أو قرار قضائي**".

2- حكم التطليق للحبس في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للحبس على عدة أقوال:

القول الأول: عدم جواز التطليق للحبس

لم يرد عن الحنفية والشافعية نص خاص يحكم زوجة المحبوس إلا أنه يفهم من خلال تعرضهم لزوجة المفقود أنهم لا يجيزون التفريق بالحبس مهما طالت مدته، والحنابلة أيضا في رأيهم الراجح يرون عدم التفريق للحبس، لأنهم اشترطوا في التطليق للغياب أن يكون بدون عذر، والحبس بالنسبة لهم غياب بعذر وإن كان سبب العذر في ذاته غير مشروع[4].

---

(1): لسان العرب لابن منظور، مادة (حبس)، المجلد 02، ص 294.

(2): أحمد حميد سعيد النعيمي وإبراهيم شحادة جاسم السلامي، أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، ط 01، دار معتز للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2016، ص 72.

(3): القانون رقم 04/05 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية، عدد 12، سنة 42 الصادرة بتاريخ 13 فبراير سنة 2005، ص 10.

(4):أحمد حميد سعيد النعيمي وإبراهيم شحادة جاسم السلامي، المرجع السابق، ص 72، 73.

القول الثاني: لامرأة الأسير والمحبوس أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق وذلك بعد مرور سنة على حبسه، وهو قول المالكية، واستدلوا بالقياس إذ أن المحبوس كالغائب يشتركان في أن كلا منهما تتضرر زوجته ببعده عنها الأمر الذي يخشى معه تضررها للفتنة، لذلك فإن كانت مدة حبس الزوج سنة فأكثر جاز للزوجة طلب التفريق في مذهب الإمام مالك، ويفرق القاضي بينهما بدون كتابة إلى الزوج أو انظار، وتكون الفرقة طلاقا بائنا[1].

القول الثالث: يجوز لزوجة المحبوس طلب التفريق إلى القاضي وذلك بعد مرور أربع سنوات على حبسه، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية، واستدل لما ذهب إليه بقياس امرأة المحبوس على امرأة المفقود بجامع الضرر اللاحق بكل منهما جراء عدم انتفاعها بزوجها[2].

بعد عرض أقوال الفقهاء نرجح ما ذهب إليه المالكية من جواز التفريق للحبس بعد مرور سنة على حبس الزوج، لأنه لا يمكن قياس زوجة المحبوس على زوجة المفقود، بل ينبغي قياسها على زوجة الغائب ، لأن كلا من الغائب والمحبوس معلوم الحال وحياته متحققة، عكس المفقود المجهول الحال وحياته غير محققة.

3- حكم التطليق للحبس في قانون الأسرة الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري حبس الزوج من ضمن الحالات التي يحق فيها للزوجة طلب التطليق وذلك استنادا للفقرة 04 من المادة 53 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 والتي نصت: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**".

(1):العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2013، ص 108.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 8، ص 467.

من خلال تحليلنا لهذا النص يمكن أن نستنتج الشروط الواجب توفرها حتى تتحصل الزوجة على التطليق وهي:

أ- صدور حكم قضائي نهائي من الجهات القضائية الجزائية حائز لقوة الشيء المقضي به ولم يعد يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، وينبغي على الزوجة أن تقدم نسخة من هذا الحكم كحجة قانونية تدعم بها طلبها أمام المحكمة[1].

ب- أن يكون الفعل جريمة: يلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يحدد نوع الجريمة هل هي جناية أم جنحة أم مخالفة، لكن يمكن أن نستنتج من خلال الشرط الذي يليه أن المشرع قصد أن تكون الجريمة جناية وليست جنحة أو مخالفة، لأن العقوبات المقررة للجنح والمخالفات لا تؤثر بشكل كبير على مواصلة العشرة والحياة الزوجية على خلاف ما هو عليه الحال في الجنايات والتي تكون عقوبته 5 سنوات فأكثر.

ج – أن يكون في الجريمة مساس بشرف الأسرة

يشترط في الجريمة التي ارتكبها الزوج والتي تريد الزوجة التطليق لسببها أن تكون قد مست بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها، بحيث تتضرر الأسرة من جراء هذا الفعل الذي قام به الزوج، ومن أمثلة هذه الجرائم:جريمة الاعتداء على أموال الناس أو أعراضهم بالاغتصاب والهتك وغيرها[2].

د- استحالة مواصلة العشرة الزوجية: معنى ذلك أن تتوتر العلاقة بين الزوجين بسبب هاته الجريمة وتتحول المودة والرحمة بينهما إلى كره وبغض وتنعدم السكينة والاستقرار في الأسرة، وللقاضي في هذه المسألة سلطة تقديرية واسعة، ويستعين للتحقق من ذلك

(1):بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، الزواج والطلاق، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2007، ص 294.

(2): المرجع نفسه، ص 295.

بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه[1].

تجدر الإشارة بأن صياغة الفقرة 04 من المادة 53 قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 كانت على النحو التالي:"**يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:**

4- الحكم لعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

من خلال هذا النص يظهر بأن العقوبة قد استبدلت بالجريمة، ولقد أحسن المشرع صنعا إذ لا يوجد في اصطلاح القانوني ما يسمى بالعقوبة الشائنة، فالعقوبة قد توصف بأنها مشددة أو مخففة، المالية أوغير المالية، فالذي يوصف بالشائن هو الفعل المرتكب من قبل الزوج والذي على أساسه تقررت العقوبة، فالمقصود إذن الجريمة وليس العقوبة[2]، لذلك استجاب المشرع للانتقادات الموجهة واستبدل العقوبة بالجريمة، إلا أنه لم يحدد نوع الجريمة مثلما قلنا.

كما ألغى الشرط الخاص بالعقوبة التي تتجاوز أكثر من سنة واكتفى بالقول أنه على الزوجة التي تطلب التطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المقررة ومقدارها، بذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار حجم الضرر اللاحق بالزوجة وليس مدة العقوبة.

(1):الغوط عبد الكريم، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانيا، سنة 2007، 2008، ص 119.

(2):باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د.ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة 2007، ص 42، 43.

ثانيا: التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة

إلى جانب حالة التطليق للحبس استحدث المشرع الجزائري حالة أخرى تسمح للزوجة بطلب التطليق وهي حالة ارتكاب فاحشة مبينة المشار إليها في الفقرة 07 من المادة 53، قبل الحديث عن موقف المشرع الجزائري من التطليق بسبب ارتكاب الفاحشة نرجع إلى الفقه الإسلامي لنتعرف على موقفه من الفاحشة المبينة ومدى اعتبارها سببا للتطليق **(1)** ثم نتعرض لموقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لارتكاب الفاحشة**(2)**.

1- موقف الفقه الإسلامي من التطليق لارتكاب الفاحشة

لبيان موقف الشريعة الإسلامية من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة ينبغي تحديد مفهوم الفاحشة في الفقه الإسلامي **(أ)** ثم نتناول مدى اعتبارها سببا للتطليق **(ب)**.

أ – مفهوم الفاحشة في الفقه الإسلامي

لتحديد مفهوم الفاحشة ينبغي تعريفها ثم بيان أنواعها.

1) تعريف الفاحشة: تعرّف الفاحشة **لغة** بأنها:" القبيح من القول والفعل وكل ما يشتد قبحه من الذنوب، وجمعها الفواحش:وهي ما قبحت في النفس، والفحشاء:اسم الفاحشة، ورجل فاحش: ذو فحش[1].

أما اصطلاحا، فلا يخرج معنى الفاحشة عند الفقهاء عن معناها اللغوي، قال ابن جرير الطبري رحمه الله:" وأصل الفحش القبح والخروج عن الحد والمقدار في كل شيء، ومنه قيل للطويل المفرط الطول إنه لفاحش الطول، يراد به قبيح الطول خارج عن مقدار المستحسن، ومنه قيل للكلام القبيح غير القصد كلام فاحش، وقيل للمتكلم به أفحش في كلامه إذا نطق بفحش"[2].

(1):لسان العرب لابن منظور، المجلد 06، ص 325.

(2):أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، الجزء 04، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 1994، ص 95.

2)أنواع الفاحشة:من خلال التأمل في آيات القرآن الكريم نجد أن مصطلح الفاحشة وردت فيه عدّة معان ودلالات بيّنها علماء التفسير وهي كالآتي:

أولا– المعصية: منه قوله تعالى: ﴿**وَإِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً قَالُوا وَجَدْنَا عَلَيْهَا آَبَاءَنَا وَاللَّهُ أَمَرَنَا بِهَا قُلْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ**﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿**الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ إِنَّ رَبَّكَ وَاسِعُ الْمَغْفِرَةِ هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَى**﴾[2].

ثانيا– الزنا: تعني:"تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة"[3].

ثالثا– اللواط: وهي كلمة تطلق على الشذوذ الجنسي وذلك بالعملية الجنسية بين ذكرين أي اتيان الذكر في دبره[4]، وهو عمل قوم نبي الله لوط عليه السلام، قال تعالى:﴿**وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ**﴾[5]، وقال تعالى:﴿**إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ**﴾[6].

رابعا– السحاق: وهو اتيان المرأة المرأة[7]، وهو محرم بإجماع العلماء لما روي عن النبي ﷺأنه قال:"إذا أتى الرجلُ الرجلَ، فهما زانيان، وإذا أتت المرأةُ المرأةَ، فهما زانيتان"[8].

---

(1): سورة الأعراف، الآية 28.

(2):سورة النجم، الآية 32.

(3): سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، الجزء 01 ، ط 02 ، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، سنة 2007، ص 422.

(4): المرجع نفسه، ص 670.

(5): سورة الأعراف، الآية 80.

(6): سورة الأعراف، الآية 81.

(7):سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، المرجع السابق، ص 349.

(8): سنن البيهقي ، الحديث رقم 16810، ، الجزء 08، ص 233.

خامسا–زنا المحارم: الزنا بالمحارم أشد إثما عند الله تعالى من الزنا بغيرهن، ويقصد بالمحارم:"النساء اللواتي لا يحل نكاحهن على التأبيد"[1].

من خلال ما سبق ذكره يظهر بأن مصطلح الفاحشة في القرآن الكريم مصطلح واسع المدلول فهو لا يشمل الزنا فقط وإنما يتعداها إلى أفعال أخرى مخلة بالحياء كاللواط وزنا المحارم وغيرها من الأفعال الجنسية المحرمة شرعا. أما مصطلح الفاحشة المبينة فإنه يراد به عند معظم العلماء المفسرين"الزنا".

ب – حكم التطليق لارتكاب الفاحشة في الفقه الإسلامي

لم تجعل الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب التطليق من زوجها بسبب ارتكابه لفاحشة باستثناء الردّة، فقد اتفق الفقهاء على أن الردّة عن الإسلام سواءا حصلت من الزوج أم من الزوجة فإنها تفسخ عقد الزواج ويزول بها الحلّ الذي كان بين الزوجين[2].

أما بالنسبة لزنى الزوج فقد وقع اختلاف بين الفقهاء بشأن وقوع الفرقة بينه وبين زوجته فظهر قولان: **أحدهما** يرى أن عقد الزواج يفسخ إذا فعل أحد الزوجين بأصل الآخر أو فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة بأن زنا الزوج بأم امرأته أو بنتها، أو زنّت المرأة بأب الزوج أو ابنه، وقعت الفرقة بينهما في الحال من غير حاجة إلى قضاء، وهو قول الحنفية والحنابلة، ولا خلاف عندهم في أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، لأن الحرمة مؤبدة لا يتصور عود الحال بعدها.

(1): إسماعيل الشندي،(الزنا بالمحارم وعقوبته المقررة في الفقه الإسلامي)، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 2/30، سنة 2013، ص 08.

(2): محمد أمين الضناوي، أصول المعاشرة الزوجية في الكتاب والسنة، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1971، ص 114، 115.

القول الثاني: ذهب مالك والشافعي إلى أن الزنا ومقدماته لا يترتب عليها شيء ومنها الحرمة بين الزوجين، وبهذا قال سعيد بن المسيب والزهري وأبو ثور وابن منظر، وهو مذهب الزيدية[1].

2- موقف المشرع الجزائري من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة

نصت المادة 53 فقرة 07 من ت أ ج على أنه:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: **7- ارتكاب فاحشة مبينة**".

يلاحظ على هذه الفقرة أنها جاءت مبهمة فلم تحدد المقصود بالفاحشة المبينة، وأمام هذا الغموض نرجع إلى تقنين العقوبات والذي اعتبر من الفواحش زنا المحارم، وهذا ما تضمنته المادة 337 مكرر منه والتي جاء فيها:"**تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:**

1- الأقارب من الفروع والأصول.

2- الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم .

3- بين الشخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه.

4- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو الأرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعه.

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

6 - من أشخاص يكون أحدهم زوجا للأخ أو لأخت... ".

باستقرائنا لنصوص اللاحقة لهذا النص نجد أن المشرع حصر مصطلح الفاحشة على زنا المحارم، فلم يعطي هذا وصف لجرائم أخرى رغم انتشارها كجريمة الشذوذ الجنسي، وكذا جريمة الزنا من الزوج أو الزوجة، والتحرش الجنسي، لكننا نرى بأن المشرع ربط مصطلح الفاحشة بزنا المحارم ليظهر فقط بشاعة هذا الجرم لكونه يقع بين المحارم،

(1):علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدّة ونسب، ط 01، دار الفكر العربي، سنة 1968، ص 174.

لكن هذا لا يعني أن زنا أحد الزوجين أو الشذوذ الجنسي والتحرش لا ينطبق عليهم هذا الوصف بدليل أن المشرع الجزائري ذكرهم مباشرة بعد نص المادة 337 مكرر المتعلقة بزنا المحارم.

على العموم إذا تبين للزوجة أن زوجها قد ارتكب فاحشة مبينة تجعل استمرار الحياة الزوجية بينهما أمرا مستحيلا جاز لها أن ترفع دعوى تطلب فيها التطليق، وعليها تقديم الحجج والأدلة لإثبات صحة دعواها،وللقاضي السلطة التقديرية واسعة في هذا الشأن ويعتمد في تكييفه للفعل على أنه فاحشة على المعايير الثلاثة الآتية:نظرة الدين إلى الفعل، مقتضى العقل السليم، والإرادة الاجتماعية[1].

فإذا ثبت للقاضي بالاعتماد على هاته المعايير أن الفعل الذي ارتكبه الزوج يعد إخلالا جسيما وخطيرا ويؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين قضى للزوجة بالتطليق استنادا على نص الفقرة 07 من المادة 53، والتي نرجو من المشرع أن يعيد النظر فيها في تعديلاته اللاحقة بإدماجها في الفقرة 04 من المادة 53 لكونها تعتبر جريمة معاقب عليها قانونا، أو حذفها والاكتفاء بالفقرة 10 لكون ارتكاب الزوج للفاحشة يشكل ضررا معنويا يصيب الزوجة في سمعتها وشرفها.

المطلب الثالث: التطليق لمخالفة الشروط الاتفاقية والمتعلقة بالتعدد

إلى جانب إخلال الزوج بالتزاماته التي يرتبها عقد الزواج، فقد يخل كذلك بالشروط التي تشترطها الزوجة في عقد الزواج مما قد يشكل ضررا بالزوجة خاصة إذا كان هذا الشرط يتعلق بالعمل أو مواصلة الدراسة. كما قد تتضرر الزوجة بسبب مخالفة الزوج للشروط والقيود التي وضعتها الشريعة الإسلامية والقانون في حالة رغبته بالاقتران بزوجة أخرى فهل يجوز للزوجة أن ترفع دعوى التطليق لإخلال الزوج بهذه الشروط ؟

(1):فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، د.ط، الجزء 01، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1986، ص 296.

الفرع الأول: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

من المعلوم أن الغاية من التعاقد هو إشباع الحاجات البشرية مختلفة، ولما كانت العقود مبنية أساسا على التراضي بين أطرافها، لذلك كانت مراعاة شروط المتعاقد أمرا مهما، لأنه لم يقبل الدخول في العملية التعاقدية إلا لتحقيق مصلحته والتي لا تتحقق إلا بناء على الشروط التي يضعها في العقد ويبني العقد بناءا عليها، ولا يخرج عقد الزواج عن هذا المبدأ السائد في العقود، لكن نظرا لحساسية هذا العقد فإن الشارع هو الذي تكفل بتحديد آثاره، إلا أنه استثناءا أجاز للمتعاقدين تعديل آثار العقد بالزيادة أو النقصان.

لتفصيل أكثر في مسألة الاشتراط ارتأينا أن نتطرق في البداية إلى مفهوم الاشتراط في عقد الزواج ومدى مشروعيته **(أولا)** ثم نبحث عن موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من التطليق لمخالفة الشروط **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج

لتحديد المقصود بالاشتراط ينبغي أن نعرّف الشرط ونحدد أنواعه **(1)** ثم نبين مدى مشروعية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري **(2)**.

1 – تعريف الشرط و بيان أنواعه

في البداية نتعرض لتعريف الشرط **(أ)** ثم نذكر أنواعه **(ب)**.

أ – تعريف الشرط

1) **تعريف الشرط لغة:**"إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ويجمع على الشروط والشرائط، والشرط بفتح الراء معناه العلامة ويجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها[1]، قال تعالى: ﴿**فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ**﴾[2]، ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد

(1): لسان العرب لابن منظور، المجلد 07، ص 372.

(2): سورة محمد، الآية 18.

في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية يتفق عليها الطرفان[1].

2) تعريف الشرط اصطلاحا:"ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجا عن حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء"[2].

3) تعريف الشرط قانونا: لم يعرَّف الشرط في ت أ ج، وبذلك نرجع إلى التقنين المدني والذي نجده تطرق للشرط في نص المادة 203 منه إلا أنه لم يعطي تعرفا دقيقا له، فجاء في نص المادة مايلي:"**يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه**"، فالمقصود بالشرط وفقا لهذا النص أن يعلق وجود أو زوال الالتزام على أمر مستقبل ممكن الوقوع، فإذا تعلق وجود الالتزام بالشرط كان الشرط واقفا، أما إذا تعلق زوال الالتزام بتحقق الشرط كان الشرط فاسخا[3].

ب – أنواع الشروط

قسّم علماء الأصول الشروط إلى عدّة تقسيمات وأهم تقسيم هو تقسيمها من حيث المصدر أو جهة اشتراطها إلى نوعان: شروط شرعية وأخرى جعلية أو عقدية.

1) شروط شرعية: وهي الشروط التي حددها الشارع الحكيم ونصّ عليها كاشتراط الوضوء لصحة الصلاة، واشتراط الاستطاعة لوجوب الحج... الخ .

2) شروط جعلية أو عقدية:وهي الشروط التي يضعها ويشترطها أحد المتعاقدين ويجعلها ملزمة للطرف الآخر مثل أن تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها أو تشترط العمل[4].

---

(1):رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية،دراسة مقارنة، ط 01، دار الفكر العربي للنشر، مصر، سنة 2001، ص 27، 28 .

(2):محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، سنة 1998، ص84.

(3): دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، د.ط، دار العلوم، عنابة الجزائر، سنة 2004، ص 42.

(4): علي أبو البصل، (الشروط العقدية في العقود عامة وفي عقد النكاح خاصة)، مقال منشور عبر الأنترنيت على الموقع الإلكتروني :Www. Alukah . Net

هذا وقد قسم علماء الأصول الشروط الجعلية بدورها إلى أقسام وهي:

- **شرط تعليق:** وهو كل شرط يعلق الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور ويكون بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين الفعلين مثل "إذ وإذا "، وسمي كذلك لأنه جعل وجود التصرف مرتبطا بحدوث هذا الأمر الذي شرطه، كقوله أزوجك بنتي عند طلوع الشمس من مغربها[1].
- **شرط إضافي:** يقصد به تأخير حكم التصرف القولي المنشئ للالتزام إلى زمن مستقبل معين، مثل أزوجك بنتي بعد شهر، وعليه فإن سريان الحكم وترتب آثار العقد تتأخر إلى المدة المحددة وإن كان العقد قد نشأ وتكوّن بمجرد صدور الإيجاب والقبول، ومنها الوصية وهي عقد مضاف إلى ما بعد الموت ولا ينفذ في الحياة.
- **شرط تقييدي:** هو الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته أو يقويها، ومقتضاه التزام لا يوجد في العقد أصلا مثل أن يزوجه بشرط أن لا يخرجها من بلدها، لهذا نجد أن هذا الشرط يعدّل من آثار العقد الأصلية بالتزامات زائدة وضعها المتعاقدان أو أحدهما، وبعض الفقهاء يسميه شرط الاقتران حيث أنه يكون مقترنا بالعقد[2]، وهذا الشرط موضوع الدراسة.

2 – مشروعية الاشتراط في عقد الزواج

من المسائل الفقهية التي أثارت جدلا لدى الفقهاء مسألة الاشتراط في عقد الزواج، حيث اختلفوا فيه بين مضيق وموسع هذا ما سنتناوله في البداية (أ) ثم نتعرف على حكم الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري **(ب)**.

(1):سامي محمد أبو عرجة، (الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي)، مقال منشور في مجلة الأزهر، غزة فلسطين، المجلد 10، العدد 02، سنة 2008، ص 17.

(2): المرجع نفسه، ص 17، 18.

أ – مشروعية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن حرية الاشتراط كانت موضع خلاف بين الفقهاء، فظهرت المذاهب التالية:

المذهب الأول: الأصل في الاشتراط المنع أو الحظر، وهو مذهب الظاهرية الذين يعتبرون أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته سواءا كان بنص أو إجماع[1].

المذهب الثاني: الأصل في الاشتراط الإباحة

يعد هذا الرأي أكثر توسعا في باب الاشتراط، ويمثله الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فهم يعطون لإرادة الإنسان مطلق الحرية في إنشاء العقود والشروط، ولا يحرم أو يبطل من الشروط عندهم إلا أن يحرمه أو يبطله نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس[2].

ب – حكم الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري مسألة الاشتراط في عقد الزواج في نص المادة19 من تأج والتي جاء فيها:"**للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون** ".

كانت المادة 19 قبل تعديلها تنص على أنه:" **يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون**".

(1):محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني، د.ط، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د.س.ن، ص 300، 301.

(2): كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، سنة 1983، ص 28. الطيب بوحالة، فحوصات الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة، طبعة 2010، دار الفكر والقانون المنصورة، القاهرة مصر، سنة 2010، ص 226 ،227.

يتبين لنا من خلال قراءة نص المادة 19 سواءا قبل تعديلها أو بعده أن المشرع الجزائري اعتمد الموقف الفقهي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة لا المنع، ويكون بذلك قد وافق مذهب الحنابلة في حرية الاشتراط، حيث سمح لكل واحد من الزوجين أن يشترط في عقد الزواج ما يشاء من الشروط ليحقق بها مصلحة معينة بشرط ألا تناقض أحكام قانون الأسرة الجزائري ومقاصد الزواج.

الجديد الذي أقرته المادة 19 المعدلة أنها منحت للزوجين فرصة إدراج شروط جديدة لم تكن موجودة عند إبرام عقد الزواج بشرط أن تكون موثقة حتى يسهل اثباتها في حال التنازع بشأنها أمام القضاء.

كما أضافت المادة عبارة "لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة"، فقد أشار المشرع من خلال هذه العبارة إلى نوعين من الشروط هما: شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ولقد ورد ذكرها على سبيل المثال لا الحصر، حيث استعمل المشرع عبارة "لا سيما"، وعليه يمكن أن يقاس على هذين الشرطين شروط أخرى كإتمام الدراسة، والسكن المنفرد وغيرها من الشروط.

لكن المشرع بتخصيصه لشرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة 19 يكون قد وقع في تناقض واضح بين نص المادة المذكورة والمادة 08 الخاصة بالتعدد، وكان في وسعه تجنب هذا التعارض بين النصين لو أنه نص على هذا الشرط في المادة 08 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، فيمنع التعدد إذا وجد شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

ثانيا: الموقف الفقهي والقانوني من التطليق لمخالفة الشروط

نتعرف على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة **(1)** وبعدها نبين موقف المشرع الجزائري **(2)**.

1 – الموقف الفقهي من التطليق لمخالفة الشروط

اختلف موقف الفقهاء في التطليق لمخالفة الشروط تبعا لاختلاف نظرتهم للشروط ومدى إلزامية الوفاء بها، فهناك من الشروط ما يجب الوفاء بها باتفاق الفقهاء، وهي **الشروط الموافقة لمقتضى العقد**، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تقر في بيت الزوجية ولا تخرج منه إلا بإذن منه، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها المهر أو ينفق عليها، فهذه الشروط جائزة ويجب الوفاء بها شرعا سواءا ذكرت في العقد أو لم تذكر.

هناك شروط لا يجوز الوفاء بها باتفاق الفقهاء لأنها **تنافى مقتضى العقد** ومقصوده، كأن يشترط الزوج على زوجته ألا يكون لها مهر، أولا ينفق عليها، أو تشترط عليه ألا يطأها ونحو ذلك من الشروط، فهذه الشروط باطلة باتفاق الفقهاء، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج: فجمهور الفقهاء يرون صحة العقد وبطلان هذه الشروط إذا كانت مقترنة بالعقد ويحرم الوفاء بها لأنها تنافى مقتضى العقد، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح[1].

بينما خالف بعض المالكية رأي الجمهور فقالوا بأن هذا النوع من الشروط لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ويفسد به النكاح، ثم اختلفوا في ذلك فقيل: يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وقيل يفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل ويسقط الشرط، وهذا هو المشهور عندهم[2].

توجد شروط أخرى مختلف فيها وهي تلك الشروط التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر، ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط، كأن تشترط الزوجة

(1):علي محمد علي القاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة مصر، سنة 2005، ص 110.

(2): المرجع نفسه، ص 110، 111.

ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها، أو تشترط الخروج إلى العمل بعد الزواج، فهذه الشروط اختلف الفقهاء في صحتها ولزومها على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، وهو مذهب الحنابلة وبعض الشافعية، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[1].

يسقط خيار الزوجة في فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج بالشرط عند الحنابلة برضاها، سواءا كان هذا الرضا منها بالقول أو بالفعل، بأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط، فإن لم تعلم بعدم وفائه بالشرط ومكنّته من وطئها لم يسقط خيارها[2].

المذهب الثاني: هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها ولا يكون لمن اشترطها خيار الفسخ، وهو مذهب الحنفية وبعض الشافعية، لأن القاعدة عندهم أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد، ولا مؤكدا لمقتضاه، ولم يرد من الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به، فيكون الشرط لاغيا، ولا تأثير له في صحة العقد[3].

المذهب الثالث: يرى المالكية صحة هذه الشروط لكن مع الكراهة، ولا يلزم الوفاء بها ولكن يستحب ما لم يقترن بما يستلزم الوفاء به كاليمين والطلاق والعتاق، فهذه الشروط يكره اشتراطها أثناء العقد عند المالكية، ويستحسن تجنبها لما فيها من تضييق على الرجل ولما فيها من أسباب الخصومات إذا لم يوف بها[4].

---

(1):محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم شريعة، سنة 2008، 2009، ص 459.

(2):علي محمد علي القاسم، المرجع السابق، ص 174، 176.

(3):محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 460.

(4):علي محمد علي القاسم، المرجع السابق، 115، 116.

تجدر الإشارة بأن هذه الشروط المكروهة عند المالكية لا تفسد النكاح ولا تقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده، لأنها لا تخالف مقتضى العقد، ولأن الزوج له أن يوفي بها، وله أن لا يوفي بها إلا إذا اقترنت كما قلنا بيمين أو طلاق أو عتاق فتكون ملزمة.

2 – موقف المشرع الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط

اعتبر المشرع الجزائري مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، حيث جاء في نص المادة 53 في فقرتها 09 ما يلي:"**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج** ".

تعد هذه الفقرة من بين الفقرات التي جاء بها الأمر رقم 02/05، ففي ظل المادة 53 قبل تعديلها كان القضاة لا يحكمون للزوجة بالتطليق بمجرد عدم تنفيذ الزوج للشرط المتفق عليه لعدم وجود نص يقضي بذلك وكانوا يحكمون بناءا على سلطتهم التقديرية، وهذا ما جعل بعض شراح القانون يؤسسون طلب الزوجة للتطليق في حالة عدم الوفاء بالشرط على أساس الإخلال بالالتزام العقدي[1] عملا بنص المادة 119 من ت م ج والتي تنص:" **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...**".

أما بعد التعديل فقد أصبح الأساس المبرر للتطليق هو نص المادة 53 فقرة 09 من ت أ ج، وبذلك يكون المشرع الجزائري أخذ بمذهب الحنابلة الذين يرون وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بالعقد، فإن لم يوف أحدهما بها كان له حق خيار الفسخ.

(1): بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص 140.

اشترط المشرع الجزائري لقبول دعوى التطليق لمخالفة الشروط أن يكون الشرط مكتوبا في وثيقة الزواج، أو في العقد الرسمي اللاحق على إبرام عقد الزواج، حتى يسهل تقديمه كبينة أمام القضاء في حالة التنازع، وهذا ما أشارت إليه المادة 19 من ت أ ج المعدلة بقولها:"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق "، مما يدل على وجوب توثيق الشروط، لكن في حالة عدم توثيق الشروط فكيف يتم إثباتها عند التنازع؟

تضمنت المادة 336 من ت م ج إجابة لهذا الإشكال فنصت على أنه:"**يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دول الحصول على دليل كتابي. إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته**".

انطلاقا من هذا النص يجوز إثبات الشروط بشهادة الشهود إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، والرابطة الزوجية يصح اعتبارها مانعا أدبيا يحول دون أخذ دليل كتابي من طرف أحد الزوجين على الآخر خصوصا الزوجة التي قد تمتنع من توثيق الشروط بسبب حياءها، أو قلة وعيها ونقص ثقافتها القانونية، وبذلك تكون هذه المادة حلا للمشكلات التي قد تطرأ أثناء الحياة الزوجية بسبب عدم توثيق الشروط.

يطرح إشكال آخر يتعلق بالشروط التي يتم إدراجها في العقد الرسمي اللاحق لإبرام العقد، فهل يلحقها نفس الحكم الوارد في نص المادة 53 فقرة 09 خصوصا وأن نص المادة جاء عاما ولم يذكر عبارة " أو في عقد رسمي لاحق "، وهذا ما ينبغي على المشرع توضيحه في تعديلاته اللاحقة.

على مستوى الاجتهاد القضائي نجد أن المحكمة العليا سارت بنفس هذا الاتجاه فأجازت للزوجة أن تشترط في عقد الزواج ما تشاء من شروط، ومنحت لها الحق في المطالبة بالتطليق عند مخالفة زوجها لتلك الشروط، ومن بين القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن نذكر:

– القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03 والذي جاء فيه:"حيث أنه من المقرر فقها وقضاءا جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فائدة بشرط أن لا تحلّل حرام أو تحرّم حلالا، وبشرط أن لا تناقض روح العقد. وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي اسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد"[1].

ـ في قرار آخر الصادر بتاريخ 1988/06/20 قضت بأنه:"من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من تحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[2].

(1):المحكمة العليا، غ ق خ، قرار مؤرخ في 03 /1971/03، نشرة القضاة، العدد 02، سنة 1972، ص 39.

(2): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1988/06/20، ملف رقم 49575، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1991، ص 54.

من خلال عرضنا لهذين القرارين يظهر وجود تناقض بينهما يتعلق بحكم الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيه، فتارة اعتبرتها المحكمة العليا شروطا صحيحة وواجبة الوفاء وأعطت الحق فيها للزوجة بأن تطلب التطليق، وتارة أخرى اعتبرتها مكروهة وغير ملزمة.

وبذلك تكون المحكمة العليا في القرار الأول تأثرت بالمذهب الحنبلي، أما في القرار الثاني فإنها تأثرت برأي المالكية القائل بكراهية مثل هذه الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها لما فيه من تحجير على الزوج والتي لا يجب الوفاء بها وإنما يستحب.

الفرع الثاني: التطليق لمخالفة الشروط المتعلقة بالتعدد

تعرضت المادة 08 من ت أ ج لموضوع التعدد فضبطت أحكامه ووضعت الشروط الواجب على الزوج احترامها للسماح له بالتعدد دون الإضرار بالزوجتين الأولى والثانية، فإذا خالف الزوج هذه الشروط وتضررت الزوجة فهل يمكنها المطالبة بالتطليق بسبب مخالفة هذه الشروط ؟ لمعالجة هذه المسألة نتعرض لنظام التعدد في الشريعة الإسلامية وكذا في قانون الأسرة الجزائري **(أولا)** ثم نبحث عن موقفهم من التطليق بسبب التعدد **(ثانيا)**.

أولا:نظام التعدد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

جاء الإسلام لينظم شؤون المسلمين وليقضي على العادات التي توارثها العرب قديما، ومن هذه العادات الزواج بأكثر من واحدة، فكانت غاية الإسلام إصلاح نظام التعدد وتهذيبه وهذا ما سنتعرض له في البداية**(1)** ثم نتعرف على نظام التعدد في قانون الأسرة الجزائري**(2)**.

1 – نظام التعدد في الفقه الإسلامي

لا شك أن الإسلام لم يكن أول من أباح التعدد بل كان موجودا في الشرائع السابقة، فنجد أن الشريعة اليهودية أباحت التعدد بعدد غير محصور من النساء، أما الشريعة المسيحية فلم يرد فيها نص يمنع التعدد لكن الآباء المسيحيين كانوا يستحسنون أن يقتنع الرجل بالتزوج بامرأة واحدة تغليبا لمصلحة النساء على حسب زعمهم، وظل كذلك إلا أن حرمته الكنيسة في القرن السابع عشر[1]، وفي العصر الجاهلي كان التعدد عند العرب بلا قيد ولا ضابط، حتى جاءت الشريعة الإسلامية فحصرت التعدد في عدد معين.

قبل الحديث عن شروط التعدد ينبغي معرفة دليل إباحة التعدد **(أ)** و أسبابه **(ب)** ثم شروط التعدد **(ج)**.

أ– مشروعية التعدد في الفقه الإسلامي: ثبتت مشروعية التعدد بالكتاب والسنة والاجماع.

1) دليل مشروعية التعدد من القرآن الكريم

أصل مشروعية التعدد قوله تعالى:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا**﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿**وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾[3].

(1): مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط01، دار الوراق،المملكة العربية السعودية،الرياض،سنة1999، ص60.

(2):سورة النساء، الآية 03.

(3):سورة النساء، الآية 129.

2) دليل مشروعية التعدد من السنة النبوية الشريفة

جاءت السنة النبوية الشريفة لتؤكد ما ورد في الآية الكريمة من وجوب الاقتصار على أربع زوجات، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبيﷺأن يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن.

عن قيس بن الحارث رضي الله عنه قال: أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك، فقال النبي ﷺ: اختر منهن أربعا[1].

3) دليل مشروعية التعدد من الإجماع

أجمع الصحابة والتابعون وجميع الفقهاء المسلمين في مختلف العصور على جواز التعدد وعدم الزيادة على أربع، إلا من شذّ منهم وهم بعض الظاهرية الذين زاد بعضهم على حد الأربع نسوة، وسنتطرق لذلك في شروط التعدد.

ب – أسباب التعدد في الفقه الإسلامي

تعدد الزوجات هو أمر استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا عند الحاجة الملحة، فالشريعة الإسلامية لم تفرضه على الزوج بل أباحته لأسباب معينة، ومن هذه الأسباب نذكر:

1) أن تكون الزوجة عقيما وهو يحب الذرية، أو أن تصاب بمرض مزمن أو معد أو منفر بحيث لا يستطيع معه الزوج أن يعاشرها معاشرة الأزواج.

2) اشتداد كراهية الرجل للمرأة، وحتى لا يقع في المحظور من علاقات غير شرعية يكون الحل الأمثل هو تعدد الزوجات.

3) قد يوجد عند بعض الرجال بحكم طبيعتهم النفسية والبدنية رغبة جنسية جامحة بحيث لا تشبعه المرأة الواحدة، فأبيح له أن يشبع غريزته عن طريق المشروع وهو التعدد.

(1): محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 02، ، ط10، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1988، ص 49.

4) كما قد يكون الرجل بحكم عمله كثير الأسفار وتكون إقامته في غير بلدته تستغرق شهورا وهو لا يستطيع أن ينقل زوجته وأولاده معه كلما سافر ولا يستطيع أن يعيش وحيدا في سفره الطويل، ففي هذه الحالة شرّع له أن يتزوج بأخرى[1].

ج – شروط التعدد في الفقه الإسلامي: إذا كان الإسلام لم يحرّم التعدد كما ذكرنا، فإنه لم يتركه بلا شروط أو ضوابط، والتي تتمثل أساسا في: عدم الزيادة على أربع، العدل بين الزوجات، والقدرة على الإنفاق.

الشرط الأول:عدم الزيادة على أربع

مصدقا لقوله تعالى :﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ** ﴾.

بالرغم من أن هذا النص جاء صريحا في تحديده للعدد المباح للتعدد وهو عدم الزيادة على أربع، إلا أن التأويلات كثرت في تفسير العدد المباح للتعدد:فهناك من قال بأن العدد المشار إليه في نص الآية هو ثمانية عشر وفق التحليل الآتي :إن الآية الكريمة:﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾ تحتوي على العدد مثنى الذي نقصد به (2+2) وثلاث (3+3) ورباع (4+4) فالمجموع لكل هذه الأعداد 18 ثمانية عشر.

بينما ذهب البعض الآخر ومنهم أئمة الشيعة والظاهرية إلى القول بأن العدد المباح هو تسع زوجات، فقاموا بجمع كل الأعداد الواردة في نص الآية (مثنى) و(ثلاث) و(رباع) يساوي تسعة، وقد استشهدوا لتدعيم رأيهم بزواج النبي ﷺ بتسع نساء[2].

إن هذه الآراء جميعها مردودة على أصحابها، لأنها مخالفة لما ثبت عن الرسول ﷺ، حيث قال ﷺ لغيلان الثقفي:" أمسك أربعا وفارق سائرهن" .

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، الجزء 07 ، ص 171.

(2):عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، د.ط، د.د.ن، السنة الرابعة 1982،ص 140، 142.

الشرط الثاني:العدل بين الزوجات

يقول الله سبحانه وتعالى:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا**﴾، أفادت هذه الآية الكريمة أن العدل شرط لإباحة التعدد، فإن خاف الرجل من عدم العدل بين زوجاته إذا تزوج أكثر من واحدة، كان محظورا عليه الزواج بأكثر من واحدة.

إن العدل المطلوب هو التسوية بين زوجاته في النفقة والكسوة والمبيت ونحو ذلك من الأمور المادية مما يكون في مقدوره واستطاعته، أما التسوية بين زوجاته في المحبة والميل والقلب ونحو ذلك من الأحاسيس، فهذه الأمور غير مكلف بها[1]، لذلك كان رسول الله ﷺ يقول :" اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"[2].

الشرط الثالث:القدرة على الإنفاق

إذا توافرت نية التعدد لدى الزوج وجّب عليه أن يكون قادرا على الإنفاق على كل زوجاته بصورة عادلة، بحيث لا يحل شرعا الإقدام على الزواج سواءا من واحدة أومن أكثر إلا بتوافر القدرة على الزواج وتكاليفه، والقدرة على الاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج[3].

2 – نظام التعدد في قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري حافظ على نظام تعدد الزوجات وأبقاه كمبدأ عام، ولكنه حاول أن يضع مجموعة من القيود لمن يمارسه حتى لا يتعسف في استعماله، وهاته القيود منها ماهي عامة (أ)، ومنها ما هي خاصة **(ب)**.

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق،الجزء 07، ص 168.

(2):محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة النساء، المجلد 02، الجزء 02، ط 01، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، سنة 2009، ص 298.

(3): وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 168.

أ – **القيود العامة:** وهي ذات القيود الواردة في الشريعة الإسلامية وتتمثل في:

الشرط الأول:عدم تجاوز العدد المرخص به شرعا

أول القيود العامة التي فرضها المشرع الجزائري لكل من يرغب في الزواج بامرأة ثانية هو ضرورة التقيد بالعدد المسموح به شرعا، فلا يجمع في عصمته في آن واحد بين أكثر من أربع زوجات ولو كانت إحداهن في فترة العدّة.

لم يذكر المشرع هذا العدد صراحة حيث اكتفى في نص المادة 08 من ت أج باستعمال عبارة: "في حدود الشريعة الإسلامية"، لكن بالرجوع إلى نص المادة 30 منه نجدها تنص:"**يحرم من النساء مؤقتا المحصنة، والمعتدة من طلاق أو وفاة، والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا**"، وبذلك اعتبر المشرع الجزائري من الموانع المؤقتة للزواج الجمع بين أكثر من أربع نسوة[1]، فلا يجوز للرجل في قانون الأسرة الجزائري الزواج بأكثر من أربع زوجات في وقت واحد، وإلا كان زواجه باطلا لاشتماله على مانع من موانع الزواج عملا بنص المادة 32 من ت أج والتي جاء فيها: "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع من موانع الزواج ...** ".

الشرط الثاني: وجود المبرر شرعي

اشترط المشرع الجزائري لإمكانية التعدد ضرورة وجود المبرر الشرعي للشخص الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة، وهو واضح من نص المادة 08 والتي جاء فيها:" **يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر الشرعي**".

إلا أن ما يعاب عليه هو عدم تحديده للمقصود بالمبرر الشرعي، فعبارة المبرر الشرعي الواردة في نص المادة 08 من ت أ ج جاءت عامة تدخل تحتها حالات عديدة

(1): بوقندورة محمد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري المعدل لسنة 2005، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، الجزائر، سنة 2011، ص 73.

لا حصر لها، وبالتالي تبقى السلطة التقديرية في تحديده لقاضي الموضوع، ومن أمثلة المبرر الشرعي أن تكون المرأة عقيما، أو مريضة مرضا يمتنع معه الوطء، أو تصبح غير قادرة على القيام بشؤون البيت وغير ذلك من الأسباب و المبررات.

الشرط الثالث: توفر شروط ونية العدل

اشترط المشرع الجزائري على الزوج المقبل على الزواج من امرأة ثانية إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته، وهذا ما نصت عليه المادة 08 من ت أ ج والتي جاء فيها: :"**يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل**".

بتأمل في هذا النص نلاحظ بأن المشرع استعمل عبارتين في آن واحد وهي عبارة شروط – شروط العدل– ونية العدل، إلا أنه لم يفسر معنى شروط العدل، ولعلها تفيد شروط العدل المادي أي أن تتمتع كل زوجة ماديا بما تتمتع به الزوجة الأخرى من السكن والنفقة والمبيت، وليس المراد منها التسوية في العاطفة والمحبة والميل القلبي لأن هذا الأمر غير مستطاع لأحد.

أما نية العدل فهي أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمها إلا الله، وهي موكولة بطبيعة الحال لضمير الزوج المقدم على التعدد[1].

الشرط الثالث: توفير الشروط الضرورية للحياة

هذا الشرط تضمنته الفقرة 3 من المادة 08 والتي جاء فيها:" **يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية**"، إلا أنها لم توضح المقصود

(1):عبد الفتاح تقية، (الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 11/84)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، سنة 2003، ص 94.

بالشروط الضرورية للحياة ؟ بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن المقصود بذلك هو القدرة على الانفاق، بأن يكون الزوج قادرا على نفقات الزواج وتكاليفه بصورة دائمة ومستمرة.

ينبغي على الزوج الراغب في الزواج من ثانية أن يقدم كل ما من شأنه أن يثبت قدرته على الانفاق، كأن يقدم سند ملكية شقة بالنسبة لتوفير مسكن منفرد، وأن يقدم كشف الراتب لإثبات إمكانية توفير النفقة[1].

ب– القيود الخاصة: وهي شروط انفرد بها المشرع الجزائري فلم يذكرها الفقه الإسلامي وتتمثل في الآتي:

الشرط الأول:إخبار الزوجة السابقة والمرأة الراغب في الزواج بها

نصت المادة 08 من ت أ ج بأنه:"**يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها**".

يتضح من خلال هذا النص بأن المشرع الجزائري اشترط ضرورة قيام الزوج بإخبار زوجته السابقة بأنه سيعقد زواجا ثانيا مع امرأة أخرى، وإخبار زوجته المستقبلية بأنه متزوج مع غيرها زواجا رسميا صحيحا، فالإعلام هنا ضروري حتى لا تتفاجأ الزوجة الأولى أو الثانية، غير أنه ما يعاب عليه أنه لم يبين الطريقة التي بواسطتها يتم الإخبار،هل يكون هذا الإخبار شفهيا أم مكتوبا أم عن طريق الجهات القضائية المختصة لإبلاغهما بذلك.

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، صدر عن وزير العدل منشور وزاري يحمل رقم 102/84 المؤرخ في 1984/12/23، حدّد هذا المنشور كيفية الإعلام وذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثانية ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضا كل منهما أو اعتراض الزوجة السابقة ليكون ذلك حجة يرجع إليه عند التنازع، فإن تعذر حضور هذه

(1):بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 112 .

الأخيرة يتعين إبلاغها الحضور في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بتاريخ والمكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت واعترضت يسجل الموثق أو ضابط الحالة المدنية اعتراضها، وإن تغيبت أثبتت غيبتها وأبرم العقد.

أما بعد تعديل فيكون إعلام الزوجتين أمام القاضي بحضورهما والتصريح بالقبول أو الرفض.

فإذا امتنع الزوج عن إخبار الزوجة الأولى بأنه سيتزوج عليها، أو لم يفعل ذلك مع الثانية، فإن هذا الأمر يعتبر تدليسا ومن حق المتضررة منهما أن ترفع أمرها إلى القاضي لطلب التطليق بناءا على نص المادة 08 مكرر من ت أ ج والتي جاء فيها:" **في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**".

الشرط الثاني: إذن القاضي في التعدد (الترخيص القضائي)

من الأمور المستجدة في المادة 08 والتي أضافها تعديل 2005 شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة لإباحة التعدد، وهو أمر وجوبي قررته المادة المذكورة حيث نصت بأنه:"**يجب على الزوج أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية**".

ينبغي إذن على الزوج الذي يريد التعدد أن يقدم طلبا خطيا لرئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية يبين فيه نواياه من هذا الزواج، فيذكر الأسباب التي دفعته إلى ذلك، ويثبت المبرر ونيته في إقامة العدل بين الزوجات، وأن يحصل على موافقة الزوجة السابقة واللاحقة.

لا يمنح القاضي الترخيص بالزواج إلا بعد التحقق من توافر الشروط السابقة، ولا سيما شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وحتى يتأكد القاضي من موافقة الزوجتين يقوم باستدعائهما إلى مكتبه والسماع لهما شخصيا ليتأكد من أمر موافقتهما.

يترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق للزواج فسخ الزواج الجديد قبل الدخول وهذا طبقا لنص المادة 8 مكرر 01 **والتي تنص:**" **يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيص من القاضي وفقا لشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه**"، أما بعد الدخول فقد سكت المشرع الجزائري عن تحديد موقفه، لكن يفهم ضمنيا من أحكام هذه المادة أن الزواج الجديد إذا تم فيه الدخول يصبح أمرا واقعا قائما لا يمكن فسخه رغم عدم الترخيص به قانونا[1]، ولا يبقى على الزوجة الرافضة لهذا الزواج سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن اللاحق بها طبقا للقواعد العامة.

الشرط الثالث: عدم وجود شرط من الزوجة بمنع التعدد (شرط عدم التعدد)

إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها و رضي به، فإنه يمنع على الزوج في هذه الحالة ممارسة حقه في التعدد، وفي حالة تأكد هذا الشرط، فعلى رئيس المحكمة أن يمتنع عن منح الإذن بالزواج حتى ولو توافرت شروطه السابقة.

ثانيا: التطليق بسبب التعدد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نتعرف في بادئ الأمر على موقف الشريعة الإسلامية من التطليق بسبب التعدد**(1)** ثم نبين موقف المشرع الجزائري من التطليق بسبب التعدد **(2)**.

1- موقف الشريعة الإسلامية من التطليق بسبب التعدد

تبين لنا أن الإسلام أباح التعدد وجعله أمرا مباحا ومشروع، لذلك فإذا أراد الرجل استعمال حقه في التعدد، وكانت لديه نية العدل بين زوجاته، وتوافرت لديه شروط التعدد، ففي هذه الحالة لا يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق، لأن الزوج استعمل حقه المشروع في التعدد. لكن هذه الإباحة تقابلها قاعدة فقهية هامة وهي قاعدة :" لا ضرر ولا ضرار"، فإذا تضررت الزوجة التي تزوج عليها زوجها بدون علمها من هذا الزواج، وثبت ذلك

(1): عمر صدوق، (دراسة جديدة في تعديل قانون الأسرة)، مقال منشور في مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو، العدد 05، مارس 2007، ص15.

للقاضي ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت لها حق الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها طلقة واحدة بائنة[1].

من صور الضرر الذي يبيح للزوجة طلب التطليق في حالة التعدد عدم احترام الرجل لشروط التعدد الشرعية كعدم العدل بين الزوجات في الأمور الظاهرة، أو عدم قدرته على الإنفاق الذي يشمل الغذاء ومسكن واللباس وغيرها من الضروريات، وكذلك إذا لم تتوفر نية العدل بأن يتزوج الثانية ليضر بالأولى بأن يؤثرها عليها في القسم أو غيره، ففي مثل هذه الحالة يكون التعدد محرما على الرجل ،لأنه قصد من وراءه الإضرار والظلم[2].

أجاز فقهاء الحنابلة كما سبق الذكر للزوجة أن تشترط على زوجها في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، فإذا اشترطت عليه ذلك ثم تزوج بأخرى، فلها أن تطلب فسخ النكاح لمخالفته للشرط الوارد في عقد الزواج.

2- موقف المشرع الجزائري من التطليق بسبب التعدد

جعل المشرع الجزائري من أسباب التطليق مخالفة الزوج للأحكام التي تم النص عليها في المادة الثامنة، حيث نجد أن المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة نصت على أنه:"**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه**".

بالإضافة إلى هذه الفقرة سمحت المادة 08 مكرر للزوجة أن تطلب التطليق في حالة تعرضها للتدليس، والذي يكون في حالة إخفاء الزوج زواجه السابق قصد الحصول على رضا الزوجة الجديدة، أو إخفاءه الزواج الجديد على الزوجة السابقة لكي لا تطالب بالتطليق في حالة عدم رضاها.

(1):بوقندورة محمد، المرجع السابق، ص 107.

(2): مصري مبروك، المرجع السابق، ص 319.

على مستوى القضاء صدرت عدّة قرارات من المحكمة العليا قضت فيها بالتطليق الزوجة بسبب مخالفة الزوج للشروط الواردة في المادة 08، حيث صدر قرار بتاريخ 1995/09/26 والذي جاء فيه:"إن المادة 08 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها،لأن هذا يعتبرضررا أصابها..."[1].

كما اعتبرت المحكمة العليا مخالفة شرط العدل من الأضرار المعتبرة التي تسمح للزوجة بطلب التطليق، ومن القرارات الصادرة في هذا الشأن:القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 قضت فيه بأنه:"عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"[2]. نفس المبدأ اعتمدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/02/11 حيث قضت بأنه:" يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق"[3].

ما نستخلصه من خلال ما ذكرناه من قرارات للمحكمة العليا أنها لم تؤسس طلب التطليق بمجرد الزواج بأخرى،لأن التعدد مباح شرعا وقانونا، وإنما جعلت الأساس في دعوى التطليق للتعدد هو الضرر المعنوي الذي يصيب الزوجة من جراء عدم العدل بينها وبين الزوجة اللاحقة وتمييز هذه الأخيرة عليها خاصة في المبيت، أو عدم علمها بهذا الزواج.

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 122443، نشرة القضاة، العدد 55، ص71.

(2):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2006، ص441.

(3):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480240، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2009،ص 279.

المبحث الثاني: التطليق لاستحالة العشرة بين الزوجين

بعدما تطرقنا من خلال المبحث الأول لأسباب التطليق التي ترجع أساسا لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية، أو إخلاله بالشروط المرتبطة بعقد الزواج، أو المتعلقة بالتعدد، نتعرض من خلال المبحث الثاني لأسباب أخرى لا ترتبط بالإخلال بالالتزامات، وإنما تتعلق أساسا باستحالة المعاشرة بين الزوجين.

من الأسباب التي قد تؤدي إلى استحالة المعاشرة بين الزوجين إصابة أحد الزوجين بعيب يمنع الاستمتاع بينهما، أو هجر الزوج لزوجته، كما قد تسوء العشرة بين الزوجين بسبب احتدام الشقاق والنزاع بينهما، أو لإضرار الزوج بزوجته، كل هذه الأسباب قد تحدث ضررا بالزوجة فهل يحق لها أن تطلب التطليق؟

المطلب الأول: التطليق للعيوب والهجر في المضجع

من أهداف الزواج السامية التناسل وانجاب ذرية صالحة يقوى بها المجتمع ويتماسك، هذا ما أشارت إليه المادة 04 من ت أ ج حينما عرفّت عقد الزواج بأنه:"**عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

لكن قد يوجد مانع يحول دون تحقيق هذا المقصد الشرعي، فقد يصاب أحد الزوجين بعيب أو مرض يمنعه من الوطء والاستمتاع، كما قد يكون هذا المانع سببه إرادي راجع إلى هجر الزوج لزوجته في المضجع، فهل يكون للزوجة في مثل هذه الحالة الحق في طلب التطليق؟ لمعالجة هذه المسألة نتعرض في البداية لتطليق للعيوب **(الفرع الأول)**، ثم التطليق للهجر في المضجع **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التطليق للعيوب

قد يحدث أمرا ما يهز استقرار الحياة الزوجية ويعكر صفوها، فقد تكتشف الزوجة أن زوجها يعاني من مرض أو عيب منفر يمنع تحقيق الهدف الأسمى من الزواج وهو الإنجاب، فهل يحق لها في مثل هذه الحالة أن ترفع دعوى التطليق للعيوب؟ هذا ما سنجيب عليه في هذا الفرع من خلال التعرض إلى موقف الفقه الإسلامي من التطليق للعيوب(**أولا**) ثم نتعرف على موقف المشرع الجزائري من التطليق للعيوب (**ثانيا**).

أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للعيوب

تحت هذا العنوان نتناول عدّة مسائل تعرض لها الفقه الإسلامي عند كلامه عن التفريق للعيوب منها:ما حكم التفريق للعيوب، وما هي أنواع العيوب المجيزة للتفريق، وشروط التفريق للعيوب، ونوع الفرقة الواقعة به، وقبل كل هذا لابد من تعريف العيب.

1: تعريف العيب

ينبغي تعريف العيب لغة (أ) ثم اصطلاحا (**ب**).

أ- **العيب لغة:** بمعنى الوَصْمَةُ، وعَيَّبَهُ تَعْيِيبًا نَسَبَهُ إِلىَ العَيْبِ، وعَيَّبَهُ أيضا جعله ذا عَيْبٍ، وقيل: العيب في اللغة بمعنى النَقِيصَةُ وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة[1].

ب- العيب اصطلاحا: يختلف تعريف العيب باختلاف ما أضيف إليه فهناك عيوب المبيع والإجارة، والذي يهمنا هو عيوب النكاح، والعيب في النكاح:"ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق"، وهو أيضا:"آفة تمنع أو تنقص كمال الاستمتاع بين الزوجين"[2]، وعرفه

(1): لسان العرب لابن منظور، المجلد 01، ص 633.

(2): سيد علي سيد محمد، موسوعة القرائن الطبية المعاصرة وأثرها في إثبات الأحكام الشرعية، د.ط، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 176.

بعض الفقهاء المعاصرين بأنه:" كل نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد النكاح والتمتع بالحياة الزوجية"[1].

2: مشروعية التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للعيوب على مذهبين:

أ – المذهب القائل بعدم جواز التفريق للعيوب

وهو قول الظاهرية ومن بينهم ابن حزم، حيث يرى بأنه لا يجوز التفريق بين الزوجين للعيوب مطلقا، سواءا أكان العيب في الرجل أو في المرأة، وسواءا أكان موجودا قبل الدخول أو وجد بعده، فصرّح قائلا :" لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث، ولا ببرص كذلك، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة، ولا بداء الفرج، ولا بشيء من العيوب"[2]، واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة:

1) من الكتاب: استدلوا بقوله تعالى:﴿ **لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا** ﴾[3]، ووجه الدلالة من هذه الآية أنه من مقاصد الزواج وأهدافه الوطء، فإذا كان الزوج قادرا على الوطء ولم يطء زوجته فهنا لا يجوز ويجب منعه من ذلك، أما إذا كان الزوج لا يستطيع وطء زوجته فلا يجوز تكليفه أكثر مما يطيق[4].

2) من السنة النبوية الشريفة: استدل الظاهرية لمنع التفريق للعيب بما روي عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله

(1): معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء 02، دار المعارف الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص378.

(2): أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، الجزء 09، ط 01، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2003، ص 279.

(3):سورة البقرة، الآية 286.

(4):ابن حزم، المرجع السابق، ص 207.

ﷺ فقالت: "يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبتّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهُدْبَةِ، قال رسول الله ﷺ:" لعلكِ تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته"[1].

وجه الدلالة هنا كما يقول ابن حزم أن زوجة رفاعة جاءت تشكو إلى النبي ﷺعجز زوجها عن وطئها وهي تريد مفارقته فلم يجبها إلى ذلك، ولم يفرق بينهما، ولم يضرب له أجلا .

إذا كان ابن حزم يمنع فسخ عقد النكاح للعيوب، إلا أنه قال بأنه إذا اشترط الزوج في عقد النكاح سلامة الزوجة من العيوب، فوجد بها عيبا، فإن النكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة دخل أو لم يدخل[2].

ب- المذهب القائل بجواز التفريق للعيوب:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز التفريق بين الزوجين للعيوب، إلا أنهم اختلفوا في كونه حقا ثابتا للزوجين معا أم للزوجة وحدها، كما اختلفوا في العيوب التي يتم التفريق بها بين الزوجين، واستدلوا بجملة من الأدلة منها:

1) من القرآن الكريم: استدلوا بقوله تعالى:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[3]، فقد أوجب الله سبحانه وتعالى أحد الأمرين: إما الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان، وليس من الإمساك بمعروف حرمانها من حقها الطبيعي، وهو حقها في الإنجاب، فإذا وجد في الزوج عيب يمنع تحقيق هذا المقصد وجب عليه تسريحها بإحسان، فإن أبى فرق القاضي بينهما[4].

(1): أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء 09، ص 361.

(2):ابن حزم، المرجع السابق، ص 210، 212.

(3): سورة البقرة، الآية 229.

(4): عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 09، ص 15.

2) من السنة النبوية الشريفة: استدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن الرسول ﷺ أنه قال:"وفرّ من المجذوم كما تفر من الأسد"[1]، والفرار من الزوج المجذوم يكون برده وفسخ نكاحه[2].

3) من الأثر: استدلوا بما رواه سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه أنه قال:" أيما امرأة غرّ بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصداق الرجل على من غرّه ". وبما رواه أيضا عن عمر رضي الله عنه أنه قال في العنين:" يؤجل سنة، فإن قدر عليها، وإلا فرق بينهما، ولها المهر، وعليها العدة"[3].

4) من القياس: قياس النكاح على البيع فبما أن البيع يرّد للعيب، فنفس الأمر بالنسبة للنكاح، لأنهما يشتركان في العلة، والعلة في النكاح أخطر من البيع، لذلك فسخ النكاح أولى[4].

5) من المعقول: إن العيوب تمنع المقصود من النكاح وهو الوطء، أو توجب نفرة تمنع قربان أحد الزوجين للآخر، فجاز رفعه لفوات المقصود كالعيوب المؤثرة في البيع[5].

من خلال ما تقدم نقول بأن رأي الجمهور هو الرأي الراجح لضعف أدلة المانعين لكونهم استدلوا بقصة زوجة رفاعة، وهذه الأخيرة لم تأتي لطلب الفسخ مثلما قال ابن حزم، بل فهم منها الرسول ﷺ أنها تريد أن يراجعها رفاعة، فأخبرها بأنها لا تحل لرفاعة حتى تذوق عسيلة عبد الرحمان ويذوق عسيلتها[6]، وما يؤكد ذلك ما أخرجه الإمام مالك في

(1):أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء 10، ص 158.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 09، ص 15.

(3):زكريا بن غلام قادر الباكستاني، ما صح من آثار الصحابة في الفقه، المجلد الأول، ط 01 ، دار الخراز، المملكة العربية السعودية، سنة 2000، ص 1073، 1074.

(4):عبد الكريم زيدان،المرجع السابق، ص 16.

(5): عدنان علي النجار، المرجع السابق ، ص 185.

(6): محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 305، 306.

الموطأ أن عبد الرحمان لم يستطع أن يمسها فطلقها فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول، فجاءت تستفتي رسول الله ﷺ فأجابها بأنها لا تحل له[1].

3:أنواع العيوب المجيزة للتفريق في الفقه الإسلامي

اختلف جمهور الفقهاء في تعيين العيوب التي تجيز التفريق، كما اختلفوا في مسألة هل هذه العيوب واردة على سبيل الحصر أم أنها واردة على سبيل المثال، واختلفوا أيضا في العقم ومدى اعتباره سببا لتفريق.

لتفصيل أكثر في هذه المسائل نبدأ بتعداد أنواع العيوب لدى الفقهاء (أ) ثم نبحث عن مدى حصرها (ب)، وهل العقم عيب يجيز التفريق (ج).

أ–العيوب المجيزة للتفريق لدى الفقهاء

قسم جمهور الفقهاء العيوب المجيزة للتفريق إلى نوعين: عيوب تناسلية، وعيوب منفرة.

- **العيوب التناسلية:** وهي العلل المتعلقة بالأعضاء التناسلية للرجل والمرأة، ويسميها الفقهاء بداء الفرج، وتنقسم إلى عيوب خاصة بالرجال، وعيوب خاصة بالنساء.
- **العيوب التناسلية الخاصة بالرجال:** ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق ثلاثة: الْجَب[2]، والعُنَّة[3]والخصاء[4]، أما المالكية فيرون

(1): محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء 03، ط 01، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 2006، ص 373.

(2):الجب:معناه عند الحنفية والمالكية:قطع عضو التناسل والخصيتين معا سواءا كان ذلك لعارض حدث له أو من أصل الخلقة،وعند الشافعية و الحنابلة:أن يكون الذكر مقطوعا.محمود علي السرطاوي،المرجع السابق،ص307.

(3):العُنَّة:هي الاعتراض لغة، أما عند جمهور الفقهاء ارتخاء العضو يمنع القدرة على المعاشرة والمباشرة الجنسية، ويسمى العنين بهذا الاسم لأن ذكره يعن أي يميل يمينا وشمالا عن فرج المرأة نتيجة مرض أو كبر أو ضعف خلقي. أحمد حميد سعيد النعيمي وإبراهيم شحادة جاسم السلامي، المرجع السابق، ص 65.

(4):الخِصاء: هو سل الخصيتين أو انتزاعهما.عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، الجزء 09، المرجع السابق، ص25.

أن العيوب التناسلية في الرجال أربعة وهي: الْجَب،والعُنَّة، والخصاء، والاعتراض[1]، بينما ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى القول بأنها اثنان فقط: الْجَب والعُنَّة.

- **العيوب التناسلية الخاصة بالمرأة:** وهي عند المالكية خمسةعيوب:الرَّتَق[2]، القَرَن[3]، الإفْضاء[4]،العفل[5]، والبَخَر[6]. وعند الشافعية اثنان فقط وهما:الرَّتَق والقَرَن، أما عند الحنابلة فتتمثل في:الرَّتَق، والقَرَن، والعفل، والفتق.
- **العيوب المنفرة:** هي عيوب قد تصيب الرجل أو المرأة لذلك يسميها بعض الفقهاء" العيوب المشتركة"، وهي ليست خاصة بالأعضاء التناسلية فلا تمنع الجماع، وإنما تؤدي إلى النفرة من المصاب خشية من العدوى.

هناك العيوب متفق عليها وأخرى مختلف فيها، وتتمثل **العيوب المنفرة المتفق عليها** في:الجنون[7]، الجذام[8]، والبرص[9].

---

(1):الاعتراض: وهو مصطلح خاص بالمالكية، وهي بمعنى العُنَّة عند الحنفية والشافعية والحنابلة.

(2):الرَّتَق: هو ضد الفتق، والرتقاء هي المرأة المنظمة الفرج، وعند جمهور الفقهاء هو تلاحم الشفرين وتلاحقهما بحيث يكون الفرج مسدودا بغدة من اللحم فتتعذر معها المعاشرة. أحمد حميد سعيد النعيمي وإبراهيم شحادة جاسم السلامي، المرجع السابق، ص 65.

(3):القَرَن: يطلق لغة على النتوء الموجود أعلى رأس الكبش أو الثور، وقد يكون غدّة غليظة أو لحمة مرتتقة، أما عند جمهور الفقهاء هو لحم أو عظم سميك يشبه قرن الشاة يبرز في الفرج بحيث يمنع دخول الذكر.المرجع نفسه، ص66.

(4):الإفضاء:وهو اتحاد مسلك الغائط والحيض، أو الحيض والبول وهو يمنع لذة الوطء وفائدته، ويعبر عنه عند الحنابلة بالفتق. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 307.

(5):العَفَل:هو نبات لحم في قبل المرأة، وعند جمهور الفقهاء لحم يبرز في قُبل المرأة ينتج رطوبة أو رغوة تمنع الرجل من لذة الجماع. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 07، المرجع السابق، ص 514.

(6):البَخَر: نتن رائحة الفرج عند الجماع. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 307 .

(7):الجنون:هو اختلال يصيب عقل الإنسان فيفقده الإدراك والتمييز بين الأمور الحسنة والقبيحة، ويجعل تصرفاته غير غير سوية لا تنسجم مع تصرفات العقلاء.عبد الباقي بدوي،(التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية– العقم نموذجا–) مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 30، العدد 03، سنة 2016، ص 103.

(8):الجذام: علة يحمر بها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر ويتصور في كل عضو ولكن في الوجه أغلب. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق ، ص 310.

(9):البرص: بياض شديد يظهر بالجلد على شكل بقع. لسان العرب لابن منظور، المجلد01، ص 377.

أما **العيوب المنفرة المختلف فيها:** تتمثل في العَذْيَطَة[1]، الاستحاضة[2]، الباسور والناسور[3]، وغيرها من العيوب.

ب – مدى حصر العيوب

هل العيوب التي ذكرها الفقهاء جاءت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها، أم جاءت على سبيل المثال ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة وظهر رأيان :

1) الرأي القائل بحصر العيوب: قال جمهور الفقهاء الذين أجازوا التفريق للعيوب أن ذكر هذه العيوب جاء على سبيل الحصر، فلا يقاس غيرها عليها خاصة منهم الحنفية الذين حصروا العيوب الموجبة للتفريق في العيوب التناسلية لكونها ثابتة لا تتغير وهي التي تمنع من تحقيق مقاصد النكاح والمتمثلة خاصة في الوطء.

كما اعتبروا حكم التفريق للعيب حكم استثنائي قرّر فقط لفوات المقصود من النكاح، والاستثناء لا يجوز أن يقاس عليه ولا التوسع فيه، ولأن التوسع في تعداد العيوب قد يؤدي إلى إلحاق ضرر بالأسرة إذ يؤدي إلى عدم استقرارها وانهدامها لأدنى عيب[4].

2) الرأي القائل بعدم حصر العيوب: وهو قول مجموعة من الفقهاء منهم: ابن القيم، ابن تيمية، محمد ابن الحسن الشيباني، الزهري، أبو ثور وغيرهم، فهم يرون أن العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين غير محصورة بعدد معين، وأن ما ذكره الفقهاء منها إنما ذكروه

---

(1)العَذْيَطَة: الإخراج الغير الإرادي، يقال رجل عذيوط، وامرأة عذيوطة، وعند جمهور الفقهاء التغوط: التبول عند الجماع، وهي عيب عند المالكية والحنابلة. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 307.

(2):الاستحاضة: وهي الدم الخارج من قُبُلِ المرأة في غير أوقاته المعتادة، والاستحاضة فيها خلاف عند المالكية والشافعية والحنابلة، لكن المشهور عند المالكية والشافعية أنه لا تردّ المرأة بها. عبد الباقي بدوي، المرجع السابق، ص 107.

(3):الباسور والناسور: الباسور مرض يحدث فيه تمدد وريدي دوالي في الشرج على الأشهر تحت الغشاء المخاطي، أو أو هو حلمات نازفة في الغالب تتشكل في الدبر نتيجة توسع بعض الأوردة، وقد تحتاج إلى استئصال بالجراحة. والناسور: قرحة تمتد في أنسجة الجسم على شكل أنبوبة ضيقة الفتحة، وكثيرا ما تكون حول المقعدة.

(4): عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 665، 666.

على سبيل المثال، فكل عيب لا يحصل معه المقصود من النكاح وينفر الطرف الآخر منه، فإنه يثبت الحق في التفريق[1].

ج- التفريق بسبب العقم

قد يكون أحد الزوجين مصابا بالعقم، أي عدم قابليته للنسل، فهل يجوز للطرف الآخر الذي يريد الإنجاب أن يطلب التفريق، وهل يعد العقم عيبا؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول: يعد العقم عيبا من العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين، فيكون للطرف المتضرر حق فسخ النكاح، وهو قول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، والحسن البصري، وابن القيم من الحنابلة، وغيرهم.

ذكر ابن القيم خبرا عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه يؤكد هذا الرأي ويتعلق الخبر برجل عقيم، فقال ابن القيم:" وقد قال أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له، أخبرها أنه عقيم وخيرها"، فهذا صريح على جواز التفريق بسبب العقم، لأن عمر ابن الخطاب أمره أن يعلمها بعقمه ويخيرها[2].

القول الثاني: وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وهذا الموقف جاء تبعا لموقفهم في مسألة حصر العيوب، حيث قالوا كما سبق بيانه بحصر العيوب، والعقم لا يعد عيبا من عيوب الزواج عندهم، وبناءا على ذلك لا يثبت لأحد الزوجين حق طلب التفريق بسبب عقم الآخر[3].

القول الثالث: ثبوت حق التفريق بسبب العقم للزوجة دون الزوج، فإذا كان الزوج عقيما، فللمرأة الخيار في طلب فسخ النكاح، وإن كانت الزوجة عقيما فليس للزوج حق فسخ

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، ج09، ص35 .

(2):المرجع نفسه، ص39.

(3):عبد الرحمان الصابوني، المرجع سابق، ص672.

النكاح،لأنه بيده الزواج بأخرى، وهو الرأي الأستاذ عبد الكريم زيدان، إلا أنه قيد حق الزوجة في التفريق بسبب عقم زوجها بجملة من القيود وهي:

1) أن لا يكون لها ولد من غيره، أو منه قبل أن يصير عقيما، لأنه إذا كان لها ولد، فقد أصبحت أُمًا، وبالتالي قد حققت ما كانت تأمله وهي أن تصير أُمًا، وبالتالي لا يكون عقمه مبررا للتفريق.

2) أن يثبت بالفحص الطبي والتحليلات الطبية عقمه، وعدم احتمال زوال هذا العقم، أو يغلب على الظن ذلك إذا لم يتيسر اليقين، لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين فيما لا سبيل للوقوف عليه.

3) أن يمضي على الدخول مدة لا تقل عن أربع سنوات، وهي فترة كافية للتثبت من عقمه ومن رغبة الزوجة بالتفريق وإصرارها عليه[1].

4: شروط التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي

لا يكفي وجود العيب في أحد الزوجين لوقوع الفرقة بينهما، بل لابد من توافر شروط معينة تتمثل في الآتي:

أ- **أن لا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله:**فإن كان عالما به، فلا يحق له طلب التفريق، لكن المالكية والشافعية استثنوا عيب العنة (الاعتراض عند المالكية) من جملة العيوب، لأن المرأة لو علمت بعنته قبل العقد لها الخيار بعده، فيجوز لها طلب التفريق بعد العقد، لأن العنة ليس عيبا ثابتا، فقد يحدث مع امرأة دون أخرى، أو في ظروف دون أخرى، كما أن العنة أو الاعتراض لا يمكن أن يُتحقق منها إلا بعد الزواج[2].

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، ج09، ص39، 40.

(2):محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 315.

ب- ألا يرضى بالعيب بعد العقد: فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب ثم علم به بعد العقد ورضى به، سقط حقه في طلب التفريق[1] .

ج – أن يكون العيب قديما:

اتفق الفقهاء على جواز التفريق بالعيب القديم السابق على العقد أو المرادف له، ثم اختلفوا في العيوب الطارئة، فقال الحنفية:إذا جنّ الرجل، أو أصبح عنينا بعد الزواج وكان قد دخل بالمرأة ولو مرة واحدة، لا يحق لها طلب الفسخ لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاءا وما زاد عليه فهو مستحق ديانة لا قضاءا.

فرّق المالكية بين عيب الزوج وعيب الزوجة، فقالوا: إن كان العيب بالزوجة فليس للزوج الخيار أو طلب التفريق بهذا العيب، لأنه حدث بالمعقود عليها بعد لزوم العقد فأشبه العيب الحادث بالمبيع، أما إذا كان العيب حدث بالزوج فللزوجة الحق في طلب التفريق إن كان العيب جنونا أو جذاما أو برصا لشدة التأذي بها وعدم صبرها عليها، وليس لها الحق في طلب التفريق بالعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا بجواز التفريق بالعيب سواءا الحادث بعد الزواج أو القائم قبله لحصول الضرر به كالعيب الموجود عند العقد، لكن استثنى الشافعية طروء العنة بعد الدخول، فإنها لا تجيز الفسخ لحصول مقصود النكاح، واستيفائها حقها منه بالمرة واحدة[2].

د – سلامة طالب التفريق من العيب: وفي هذا الشرط تفصيل المذاهب:

– **مذهب الحنابلة:** فرقوا بين حالتين: **الحالة الأولى: اختلاف العيبين في الزوجين:** فإذا وجد أحد الزوجين في الآخر عيبا وكان هو به عيب من غير جنس عيب صاحبه كالأبرص يجد الزوجة مجنونة أو مجذومة، فلكل واحد من الزوجين الخيار في فسخ

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، ج09، ص50.

(2): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 522، 523.

النكاح لوجود سببه، ويستثنى من هذه القاعدة أن يجد المجبوب زوجته رتقاء، فلا يثبت لهما الخيار.

الحالة الثانية: تماثل العيبين في الزوجين، فهنا يوجد وجهين:**الأول** لا خيار لهما، و**الثاني** لكل منهما الخيار لوجود سبب الخيار وهو العيب وإن كان في كل منهما[1].

- **مذهب المالكية:** اختلف فقهاء المذهب في المسألة، فهناك من قال بأنه يثبت خيار فسخ النكاح لكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبا ولو كان هو معيبا أيضا، فعيبه لا يمنعه من طلب الفسخ، وهناك من قال بأنه إذا اطلع كل واحد من الزوجين على عيب في صاحبه مخالف لعيبه بأن تبيّن أن به جنونا وبها جذام، أو برص أو داء فرج، كان لكل واحد منهما القيام بحقه من خيار الفسخ للعيب، وإن كانا من جنس واحد كجذام أوبرص أو جنون صرع، فإن للزوج القيام بحقه من الخيار دونها، لأنه بذل مهرا لزوجة سليمة فوجدها ممن يكون مهرها أقل من ذلك للعيب الذي فيها.

- **مذهب الشافعية:** لا فرق عند أصحاب هذا المذهب في ثبوت الخيار فيما ذكر من العيوب بين أن يجد أحد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيب، وقيل إن وجد مثل عيبه من جذام أو برص قدرا وفحشا، فلا خيار له لتساويهما، أما إذا كان العيب في أحدهما أكثر أو أفحش أو اختلف العيبان في الجنس، فإن الخيار يثبت لكل منهما قطعا[2].

هـ- أن يكون العيب مما لا يمكن شفاؤه، فإن كان يرجى شفاؤه بالتداوي، فلا يثبت التفريق إنما يؤجل حتى يشفى.

و- الفورية في طلب التفريق: إذا كان لأحد الزوجين حق طلب التفريق للعيب فهل يشترط الفورية في طلب التفريق حتى يقع التفريق أم يجوز على التراخي؟ اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من اشترط الفورية في طلب التفريق وإلا سقط الحق في التفريق وهم

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم،المرجع السابق، ج09، ص50، 51.

(2): المرجع نفسه، ص 51، 52.

الشافعية والجعفرية، ومنهم من لا يشترطون الفورية في طلب التفريق للعيب فيجوز طلب التفريق فورا كما يجوز على التراخي، وهو قول الحنابلة والمالكية والحنفية والزيدية[1].

ي- طلب التفريق من الحاكم

اتفق جمهور الفقهاء على أن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم القاضي، إلا أنهم اختلفوا في صاحب الحق في طلب التفريق وذلك على قولين:

القول الأول: يثبت حق التفريق عند أصحاب هذا القول وهم الحنفية والنخعي والثوري للزوجة فقط لا للزوج، لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق[2].

القول الثاني: أجاز الأئمة الثلاثة طلب التفريق بالعيب لكلا الزوجين، لأن كلاهما يتضرر بهذه العيوب[3].

ز- إثبات العيب: تحتاج دعوى التفريق إلى إثبات العيب، ومن وسائل إثبات العيب التي نص عليها الفقهاء: الجس على ثوب منكر الجّب بظاهر اليد، النظر والتفحص في الجذام والبرص، شهادة النساء على بكارة المرأة وأمراضها الجنسية، مطالبة الرجل بإخراج مائه واختباره بعد خلوته بزوجته، أو تفحص مكان الحرث بعد الجماع، فهذه الوسائل تعد من أدوات الكشف والتثبت من صحة الدعوى.

وفي وقتنا الحالي يمكن كشف العيوب عن طريق الفحص الطبي فهو أولى بالاتباع من الوسائل القديمة لما فيه من زيادة الاحتياط، والمحافظة على السرية وكرامة الإنسان[4].

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم،المرجع السابق، ج09، ص 53.

(2):مصطفى السباعي، المرجع سابق، ص 113.

(3):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 517.

(4):عدنان علي النجار، المرجع سابق، ص 200.

5: نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيوب في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بسبب العيوب، فقال الحنفية والمالكية أن هذه الفرقة طلاق بائن ينقص عدد الطلقات، لأن المقصود من التفريق هو رفع الضرر عن المرأة ولا يتحقق إلا بالطلاق البائن الذي يمنع الرجل من مراجعة المرأة في عدّتها من غير رضاها، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدّة لعاد الضرر ثانية.

بينما اعتبر الشافعية والحنابلة الفرقة بالعيب فسخ لا طلاق، لأنها فرقة من جهة الزوجة فتكون فسخا لا طلاقا، كما أن الخيار ثبت لأجل العيب فكان فسخا كفسخ المشتري لأجل العيب[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للعيوب

لبيان موقف المشرع الجزائري نتعرف على شروط التطليق للعيوب قانونا**(1)** ثم نتعرف على طبيعة الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب قانونا **(2)**.

1: شروط التطليق للعيوب قانونا

نصت المادة 53 في فقرتها الثانية على أنه:" **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج** ".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء في جواز التطليق للعيوب مخالفا بذلك رأي الظاهرية الذين منعوا التفريق بالعيوب، ومنح هذا الحق للزوجة دون الزوج، وبذلك يكون قد أخذ برأي الإمام أبو حنيفة الذي أعطى هذا الحق للزوجة فقط دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق، وقيّد هذا الحق بمجموعة من الشروط تتمثل في:

أ – أن يكون العيب موجودا في الزوج فقط دون الزوجة، لأن المشرع قصر حق طلب التطليق للعيوب على الزوجة فقط.

(1):أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارها، المرجع سابق، ص 201، 202.

ب– أن يكون العيب الذي تدعيه من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

وردت هذه العبارة في الفقرة الثانية من المادة 53 والتي جاءت عامة فلم تحدد العيوب التي تمكّن الزوجة من طلب التطليق، ولم تذكر البعض منها ولو على سبيل المثال، مما يدل على أن المشرع الجزائري اختار عدم حصر العيوب مستمدا موقفه هذا من الفقيهان ابن تيمية وابن القيم ومن تبعهم الذين ذهبوا إلى عدم حصر العيوب، وإنما ربطوا الحق في طلب التطليق بكل عيب يعطل تحقيق مقاصد النكاح مهما كان نوعه سواءا كان جنسيا أم غير جنسيا[1].

بهذا الموقف يكون المشرع الجزائري قد ترك السلطة التقديرية للقاضي لتقدير العيب باعتماد معيار موضوعي مفاده مدى مساس العيب بهدف الزواج، والذي حددته المادة 04 من ت أ ج صراحة بقولها:" **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"، فمتى وجدت عيوب في الزوج تحول دون تحقيق هذه الأهداف جاز للزوجة اللجوء إلى القضاء طالبة التفريق بينها وبين زوجها المريض أو المعيب.

لذلك اعتبر القضاء العقم عيبا في الزوجين، فحكم للمرأة بالتطليق لمناقضته للهدف الأساسي من الزواج وهو تكوين أسرة، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي :"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم يُنجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب

(1): باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 37 ، 38.

الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

ج- أن لا تكون الزوجة عالمة بحال زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته وهي عالمة بوجود العيب سقط حقها في طلب التطليق، لأن زواجها منه حينئذ يعتبر بمثابة رضا منها بالعيب وإسقاطا لحقها في طلب التطليق.

د – أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة وسائل الإثبات

إذا رفعت الزوجة دعوى التطليق لعيب في زوجها، فإنه يجب عليها أن تثبت صحة دعواها بمختلف الوسائل بما في ذلك الاستعانة بالخبرة الطبية، كما ينبغي أن تثبت تضررها من هذا العيب، وعلى المحكمة أن تتأكد بدورها من وجود العيب بالاعتماد على أهل الخبرة والعلم، هذا إذا لم يكن هناك إقرار من طرف الزوج.

ينبغي على المحكمة معرفة مدى قابلة الزوج للعلاج، فإذا كان هناك أمل للعلاج وجب على المرأة أن تنتظر المدة التي حددها الفقهاء بسنة يمهل فيها القاضي زوجها من أجل العلاج، فإذا لم يشفى يقضي القاضي بالتطليق[2].

هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/11/19 والذي جاء فيه:"متى كان مقررا في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء، أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب زوجها، وبعد انتهاء هذه المدة ، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ بعد خرقا للقواعد الشريعة الإسلامية"[3].

---

(1): المحكمة العليا ،غ أ ش، قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213571، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة2001، ص 119.

(2): بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01 ،المرجع السابق ، ص 284.

(3): المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1989، ص73.

كما صدر حكم من محكمة تيزي وزو بتاريخ 1995/06/24 قضى بتطليق الزوجة من زوجها بسبب إصابة هذا الأخير بمرض عقلي، وجاء في حيثياته:"حيث أن طلب المدعية المتعلق بالتطليق بين الطرفين على أساس أن المدعي عليه مصاب بمرض عقلي طلب مؤسس قانونا طبقا لأحكام المادة 02/53 من ت أ ج مادام أن المدعي عليه أقر أمام المحكمة أثناء جلسة الصلح أنه مريض عقليا وهذا منذ مدة وبالتالي فهو عيب من العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج مما يتعين الاستجابة لطلبها وبالتالي التصريح بالتطليق بين الطرفين"[1].

ما يلاحظ على هذا الحكم أنه حكم بالتطليق بين الزوجين بمجرد اعتراف الزوج المدعى عليه بأنه مصاب عقليا، في حين كان ينبغي عليه أن يمنح المصاب أجل سنة كاملة للعلاج، وأن يعيّن له خبير مختص لفحص حالته وبعد ذلك إذا لم يشف من مرضه يحكم بالتطليق، وهذا بغية الحفاظ ما أمكن على الأسرة وعلى استقرارها.

2: طبيعة الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب قانونا

لم ينص المشرع الجزائري في المادة 53 على نوع الفرقة الواقعة بالعيب مما يوجب علينا الأخذ بالمذهب المالكي والقول بأن التطليق للعيب هو طلاق بائن.

الفرع الثاني: التطليق بسبب الهجر في المضجع

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين المقاربة بينهما واستمتاع كل منهما بالآخر استجابة للفطرة الإنسانية التي جعل الله عز وجل تحقيقها بالزواج، فإذا أخل الزوج بهذا الالتزام بأن هجر امرأته في المضجع وتضررت بسبب هذا الهجر فهل يكون لها الحق في طلب التطليق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال بيان موقف الفقه الإسلامي من التطليق للهجر في المضجع (**أولا**)، ثم نتعرف على موقف المشرع الجزائري (**ثانيا**).

(1): حكم محكمة تيزي وزو، صادر بتاريخ 1995/06/24، نقلا عن الموقع الإلكتروني : elmouhami.Com

أولا: التطليق بسبب الهجر في المضجع في الفقه الإسلامي

للهجر في الفقه الإسلامي أحوال عديدة ولكل حالة أحكامها الخاصة بها، فقد يكون هجر الزوج لزوجته بقصد تأديبها، وقد يكون الهجر ناتج عن حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر وذلك ما يعرف بالإيلاء، وقد يكون الهجر لازما لما يعرف بالظهار، سنتعرف على كل صور الهجر المذكورة مع بيان مدى مشروعية التفريق بسببها.

1- الهجر في المضجع بغرض التأديب: لتفصيل في هذا النوع من الهجر ينبغي في بادئ الأمر التعريف بالهجر**(أ)**، ثم بيان حكم هجر الزوج لزوجته **(ب)**، وبعدها ما يحصل به الهجر **(ج)**، ومدة الهجر**(د)**، وفي الأخير نبين مدى إمكانية التفريق بسبب هذا النوع من الهجر**(هـ)**.

أ- تعريف الهجر: يراد بالهجر **في اللغة:** مطلق الترك والصد والقطع والاعتزال، يقال هَجَر: أي تباعد عنه، فهو ضد الوصل، ويقال: هَجَرَ الشيء إذا تركه، وهجر الرجل هجراً : إذا تباعد عنه، والهجر من الهُجران وهو ترك ما يلزمك تعاهده، وهما يتهاجران: إذا تقاطعا[1].

أما في الاصطلاح، فلا يخرج عن معناه اللغوي، إذ يعرف بأنه: ترك ما يلزم تعاهده ومفارقة الإنسان غيره إما بالبدن، أو باللسان، أو بالقلب[2]، والمراد بهجر الزوجة في هذا السياق:"مفارقة الزوج لها باللسان، أو بالبدن، أو بكليهما".

(1): لسان العرب لابن منظور، مادة " هجر "، المجلد 05، ص 250.

(2): إسماعيل الشندي ،(أحكام هجر الزوجة في الفقه الإسلامي)، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، المجلد01، العدد 36، سنة 2015، ص 128. الموقع الالكتروني:https://journals.qou.edu/index.php/jrresstudy/article/view/671

ب – حكم هجر الزوجة في الفقه الإسلامي

الأصل أن هجر المسلم لأخيه المسلم من غير سبب محظور لقوله ﷺ:"لا تباغضوا ولا تحاسدوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا، ولا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال"[1]، ويدخل في هذا الإطار هجر الزوجة، فلا يجوز للزوج هجر زوجته إلا إذا وجد سبب يستدعي الهجر، واتفق جمهور الفقهاء بأن السبب وراء هجر الزوج لزوجته هو نشوزها وخروجها عن طاعته.

ثبتت مشروعية الهجر بقوله تعالى:﴿**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ**﴾[2]، فهذه الآية الكريمة منحت للزوج حق تأديب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجب الله عليها من طاعته وصارت ناشزا، وحدّدت له وسائل التأديب فيبدأ بالوعظ، فإن لم ينفع انتقل إلى الوسيلة الثانية وهي هجرها في المضجع، فإن لم ينفع الهجر تحول إلى الوسيلة الأخرى وهي الضرب.

ج- كيفية حصول الهجر

اختلف الفقهاء فيما يحصل به الهجر الوارد في قوله تعالى:﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ إلى عدة أقوال يمكن أن نوجزها فيما يأتي:

القول الأول:يهجرها بأن لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه، وهو قول الحنفية في رواية والمالكية في قول، وابن عباس، وسعيد ابن جبير.

القول الثاني:يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياها لا أن يترك جماعها، لأن ذلك حق مشترك بينهما، وهو قول الحنفية في الأظهر والشافعية في قول.

(1):أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري،صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب الهجرة، رقم 6077، المجلد 08، ط 01، دار التأصيل، مركز البحوث وتقنية المعلومات، القاهرة مصر، سنة 2012. ص 58.

(2):سورة النساء، الآية 34.

القول الثالث:يهجرها بترك مضاجعتها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجته إليها، وهو قول الحنفية في رواية.

القول الرابع:يهجرها بأن لا يجامعها، ويضاجعها على فراشها ويوليها ظهره ولا يكلمها، وهو قول السدّي والضحاك وعكرمة، وابن عباس في رواية.

القول الخامس: يهجرها بأن يترك فراشها ولا يضاجعها، وهو قول الحنفية في قول والمالكية في رواية والشافعية في رواية، والحنابلة، وهو مروى عن جماعة من التابعين منهم: مجاهد، والشعبي وغيرهم.

القول السادس: يهجرها بأن يقول لها هَجْراً أي إغلاظا في القول، وهو رواية عند الشافعية[1].

الراجح من تلك الأقوال أن يهجرها في فراش النوم بأن يوليها ظهره ولا يجامعها ولا يكلمها إلا بالقدر القليل جدا حتى لا يضطر إلى كلامها بعد ثلاثة أيام، لأنه لا يجوز عدم كلامها أكثر من ثلاثة أيام لحديث الرسول ﷺ السالف الذكر .

د- مدة الهجر

اختلف الفقهاء كذلك في مدة الهجر في المضجع فظهر قولان:

القول الأول:يرى أصحاب هذا القول وهم الحنفية والشافعية والحنابلة أن الزوج يهجر زوجته ما شاء حسب ما يراه مناسبا في ردها عن النشوز، ومتى رجعت حرّم عليه الهجر، واستدلوا بقوله تعالى:﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾، حيث لم تحدد الآية الكريمة مدة زمنية للهجر، وقد هجر النبي ﷺ نساءه فلم يدخل عليهن شهرا، فقد أخرج الإمام مسلم والنسائي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال:" اعتزل النبي ﷺ نساءه شهرا"[2].

(1): اسماعيل الشندي، المرجع السابق ، ص 133، 134.

(2): صحيح مسلم، الحديث رقم 1084، الجزء 02، ص 763. النسائي أحمد، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه : حسن عبد المنعم شلبي ، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، حديث رقم 9114، الجزء 08، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 2001، حديث رقم 9114 ، ص 260.

القول الثاني: وهو قول المالكية، فهم يرون بأن الزوج له أن يهجر زوجته شهرا ولا يبلغ الأربعة أشهر، لأنه ببلوغه الأربعة أشهر يصبح موليا ومن ثم تترتب عليه أحكام الإيلاء، واستدلوا في تحديد المدة بشهر بفعله ﷺعند هجره لنساءه شهرا [1].

هـ- مشروعية التفريق للهجر بغرض التأديب

يعد الهجر في المضجع من الأساليب التأديبية التي تهدف إلى إصلاح الزوجة وإعادتها إلى طاعة زوجها، فمتى كان لزوج هذه الغاية كان هجره لزوجته مشروعا ومباح، أما إذا ابتغى من وراء هذا الهجر غير ذلك، أصبح فعله تعسفيا لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها[2]، ومن صور تعسف الزوج في استعمال حق الهجر نذكر:

- **اتخاذ الزوج للهجر وسيلة لإجبار زوجته على ارتكاب معصية** ما كقطع صلتها بأقاربها، أو إرغامها على مشاهدة المحرمات، فهنا يكون متعسفا في استعمال حقه في الهجر.
- **هجر الزوجة لإرغامها على التنازل عن حق من حقوقها المادية** كراتبها الشهري الذي تتحصل عليه من وظيفتها.
- **هجر الزوجة مضارة لها لدفعها للإختلاع:** فقد تسوء العشرة بين الزوجين ولا يرغب الزوج في تطليق المرأة دون استرجاع ما بذله من أموال في مهرها والنفقة عليها، فيتخذ من الهجر وسيلة للإضرار بها ومحاصرتها معنويا لتلجأ لطلب الخلع، فهنا يكون متعسفا، لأنه يقصد الإضرار بالزوجة.

(1):عالية أحمد صالح ضيف الله، العنف ضد المرأة بين الفقه والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، د.ط، دار مأمون للنشر والتوزيع، د.ب .ن ، د. س.ن ، ص 72.

(2):فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 01 ، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 1988، ص 254، 255.

- **الإطالة في مدة الهجر:** ومما يدخل في التعسف في الهجر بإطالة أمده أن يهجر الزوج زوجته حتى إذا قاربت الأربعة أشهر أنهى الهجر لفترة يسيرة ثم يعود إلى هجرها، فهذا لا يجوز لأن فيه تعسف و إضرار بالزوجة [1].

فإذا تجاوز الزوج حدود الهجر الشرعية وضوابطه وتسبب ذلك في الإضرار بالزوجة، كان لهذه الأخيرة الحق في رفع أمرها إلى القضاء طالبة التطليق للضرر الناتج عن هجرها في الفراش.

2 – الهجر المقترن بحلف (الإيلاء)

إلى جانب الهجر الذي يكون دون يمين من الزوج، ويكون الغرض منه تأديب الزوجة في حالة نشوزها، فإنه يوجد نوع آخر من الهجر يطلق عليه اصطلاحا "الإيلاء"، ولتعرف على هذا النوع من الهجر نعرفه ونبين مدى مشروعيته **(أ)** ثم نبحث عن مدى مشروعية التفريق بسببه **(ب)**ونوع الفرقة الواقعة به **(ج)**.

أ – تعريف الإيلاء و بيان مشروعيته

1) تعريف الإيلاء :

لغة:هو الحلف واليمين، وهو مأخوذ من الفعل آلى يولي إيلاء بمعنى حلف، ويجمع على آلايا[2].

اصطلاحا:عرّف الفقهاء الإيلاء بتعاريف متقاربة تدل كلها على الحلف على ترك وطء الزوجة: فعرفه الحنفية بأنه :"يمين على ترك قربان الزوجة مطلقا غير مقيدة بمدة أو مقيدة بمدة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى، أو تعليق القربان على فعل شاق".

(1): صالح بوشلاغم، (التعسف في هجر الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العُماني)، مقال منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عُمان، المجلد 47، عدد 01، سنة 2020،ص89، 90.

(2): لسان العرب لابن منظور، المجلد 01، المرجع السابق، ص 193.

عرفه الحنابلة بأنه:"حلف الزوج يمكنه الوطء بالله تعالى أو صفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، ولو كان الحلف قبل الدخول مطلقا أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها".

أما الشافعية فعرفوه بأنه: "حلف زوج يتصور وطؤه ويصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته التي يتصور وطؤها في قبلها مطلقا فوق أربعة أشهر ".

أما المالكية فالإيلاء عندهم هو:"حلف زوج مسلم مكلف يمكنه أن يجامع النساء على ترك وطء زوجته غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر إن كان حرا وأكثر من شهرين إن كان رقيقا "[1].

2) مشروعية الإيلاء

الأصل في الإيلاء قوله تعالى:﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[2]، وسبب نزول هذه الآية أن إيلاء الجاهلية كان السنة والسنتين، وكان القصد منه إيذاء المرأة والإساءة إليها، فلما جاء الإسلام وقّت الله لهم أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء[3]، والإيلاء في الأصل محظور لما فيه من الضرر والإيذاء للزوجة، ولأنه قد يؤول إلى طلاق[4].

ب- مشروعية التفريق بسبب الإيلاء ونوع الفرقة الواقعة به

أعطت الشريعة الإسلامية للزوج المولي مهلة 4 أشهر ليرجع عما حلف عنه بالفيء، والذي يقصد به الرجوع إلى الجماع الذي يحلف الزوج على عدمه، فإذا انقضت

(1):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 408 وما يليها .

(2):سورة البقرة، الآية 226، 227.

(3): أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء 01، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1994، ص 432.

(4):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 235.

هذه المدة ولم يفىء الزوج لزوجته فقد اختلف الفقهاء فيما ماذا يجب في مثل هذه الحالة؟ فظهر قولان:

القول الأول: وقوع الطلاق بائنا بمجرد انقضاء مدة الإيلاء دون حاجة إلى تطليق الحاكم أو طلاق الرجل، وبه قال الحنفية، وهو المنقول كذلك عن ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وغيرهم، ودليلهم في ذلك: قوله تعالى: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾، فالله سبحانه وتعالى حدّد المدة بأربعة أشهر، فلو كانت الفيئة بعدها لزاد ذلك على مدة الإيلاء المحددة نصا وذلك لا يجوز، بالإضافة إلى أنه لو جامعها قبل انقضاء المدة لوقعت الفيئة وزال الإيلاء، فدّل ذلك على أن الفيئة تكون فيها[1]، فإن لم يفىء إلى زوجته في المدة، فقد عزّم الطلاق، ويعتبر الطلاق طلاقا بائنا بمجرد انتهائها من غير فيء[2].

القول الثاني: عدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء وإنما يوقفه القاضي ويأمره بالفيئة أو الطلاق : وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، ومن أدلتهم :

– أن ظاهر الآية الكريمة أن الفيئة تكون بعد أربعة أشهر لذكر الفيئة بعد المدة (بالفاء) المقتضية للتعقيب، ثم قال تعالى :﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾، فلو وقع الطلاق بمضي المدة لما احتاج إلى العزم عليه، فالآية دلّت على تخيير المولي بين الفيئة والطلاق بعد مضي المدة.

– أن الإيلاء يمين يمنع من الجماع أربعة أشهر، لأن اللفظ يدل عليه فقط ولا يدل على الطلاق، فالقول بوقوع الطلاق بمضي المدة قول بوقوع الطلاق من غير إيقاع، وهذا لا يجوز[3].

---

(1): سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 146.

(2): محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 343.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 275.

– أنه قول أكثر الصحابة، فعن سليمان بن يسار قال :" أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ كلهم يوقف المُولى"، وعن أبي صالح قال :" سألت اثنى عشر من أصحاب رسول الله ﷺ عن رجل يولي، فقالوا :" ليس عليه شيء حتى يمضى أربعة أشهر، فإن فاء وإلا طلق"[1].

الراجح هو قول الجمهور، فالفرقة لا تقع بمجرد مضي مدة أربعة أشهر دون فيئة فيها، وإن الذي يوجب بمضيه هو إمهال الزوج ومطالبته بالفيئة أو الطلاق.

ج– نوع الفرقة الواقعة بسبب الإيلاء

أما نوع الفرقة الواقعة بسبب الإيلاء، فقد اختلف الفقهاء في نوعها، فذهب المالكية والشافعية إلى القول بأن الإيلاء يقع طلاقا رجعيا، غير أن الإمام مالك لا يعتبر الرجعة تامة إلا إذا حصل دخولا فعلا. بينما ذهب الحنفية ورواية عن أحمد إلى القول بأن الإيلاء يقع طلاقا بائنا، لأنه لو كان رجعيا لأمكن الزوج أن يجبرها على الرجعة، لأنها حق له، وبذلك لا تتحقق مصلحة الزوجة، ولا يزول عنها الضرر، فالضرر لا يزول إلى بالطلاق البائن[2].

3 – الظهار

إلى جانب الهجر والإيلاء هناك أسلوب آخر لترك الوطء وهو الظهار، ولتعرف عليه أكثر نتعرض لتعريفه وأصل مشروعيته**(أ)** ثم نبين مدى إمكانية التفريق بسببه **(ب)**.

أ – تعريف الظهار وأصل مشروعيته

لغة: مصدر ظاهر، وهو مشتق من الظهر، وهو كل شيء خلاف البطن، يقال: ظاهرت فلانا إذا قابلت ظهرك بظهره حقيقة، والظهار: قول الرجل لامرأته:"أنت علي

(1): أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 368.

(2): سيد سابق، المرجع السابق، ص 171.

كظهر أمي"[1]، أما **اصطلاحا** هو:"تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد، أو بجزء منها لا يحل له النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ، كأن يقول لها:" أنت علي كظهر أمي، أو بطن أختي، أو عمتي..." [2].

الأصل في مشروعية الظهار قوله تعالى: ﴿**قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ. الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ. وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾[3].

من خلال التأمل في هذه الآيات نجد أن الإسلام حرّم الظهار واستنكره لأنه منكر من القول وفيه إضرار بالزوجة، فهي تحرم على زوجها فلا يحل له قربانها والاستمتاع بها، إلا إذا كفّر عما صدر منه من قول وذلك تأديبا له، فكان جزاءه الكفارة[4]، والكفارة هي :عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، وقد روعي في كفارة الظهار التشديد للمحافظة على العلاقة الزوجية، ومنعا من

(1): لسان العرب لابن منظور، المجلد 04، ص 528.

(2): إقبال عبد العزيز عبد الله المطوع، حقوق المطلقة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، ط01، الإصدار 43، مجلة الوعي الإسلامي" مجلة كويتية شهرية جامعة"، تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، سنة 2012، ص 127، 128.

(3): سورة المجادلة، الآيات 1، 2،3، 4.

(4): أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 451، 452.

ظلم المرأة، فإن الرجل إذا رأى أن الكفارة يثقل عليه الوفاء بها، احترم العلاقة الزوجية وامتنع عن ظلم زوجته[1].

ب – التفريق بسبب الظهار

اختلف الفقهاء في مشروعية التفريق بسبب الظهار وظهر قولين:

القول الأول: إليه ذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وبعض الحنفية والإمامية، ويقضي بأن المرأة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم بعد مضي 4 أشهر، فعلى الحاكم أن يأمره بالتكفير والرجوع إلى زوجته، فإن أجابه فقد انتهى حكم الظهار، وإن امتنع فللقاضي أن يطلق عليه.

ذهب بعض الحنفية والإمامية إلى أنه للقاضي أن يحبس الزوج إذا امتنع عن التكفير والرجوع إلى المظاهر منها ويضيق عليه حتى يكفر ويفيء أو يطلق، ولا يطلق عليه القاضي .

القول الثاني: وإليه ذهب الإمام الشافعي وجمهور الحنفية والأوزاعي، ويقضي بأنه إذا ظاهر الزوج من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر، فلا يطبق عليه حكم الإيلاء، ولا يوقف، لأن الله تعالى حكم على الظهار بخلاف حكمه في الإيلاء، فلا يكون المتظاهر موليا[2].

ثانيا : التطليق للهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري

تعرض المشرع الجزائري للتطليق بسبب الهجر في المضجع من خلال نص المادة 53 فقرة 03 من ت أ ج، فجعل الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من ضمن

(1):علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط 01، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، سنة 2003 ، ص 194 .

(2):المصري مبروك، المرجع السابق، ص 326.

الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، ولكن ينبغي حتى يستجاب لطلبها توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: يمثل العنصر المادي المتمثل في الهجر الحقيقي، بحيث يهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج، وهذا ما قد يلحق بالزوجة ضررا فاحشا لا تقوى على تحمله[1].

الشرط الثاني: يمثل العنصر الزمني، وهو أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية متواصلة غير متقطعة ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال جنسي بين الزوجين[2]، والأساس الشرعي لهذه المُدّة هو قوله تعالى:﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾، أي أن المشرع الجزائري أخذ في تحديده للمدة بأربعة أشهر فما فوق من حكم الإيلاء وإن لم ينص عليه صراحة، لكنه لم يشترط الحلف أو القسم، في حين الإيلاء كما قلنا هو حلف الزوج بعدم قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا.

قد يكون سبب عدم اشتراط الحلف لأنه لا يمكن تصوره داخل المجتمع الجزائري، فالغالب أن يكون هجر الأزواج لزوجاتهن بترك المضجع وعدم الكلام، وقد يكون الهجر لفترات طويلة دون أن يتلفظ الزوج بأية كلمة تشير إلى الهجر، لذلك ومادام المشرع حدّد مدة الهجر بأربعة أشهر فما فوق فإنه قصد الإيلاء.

بناءً على ما سبق فإنه لا يحق للزوجة أن تطلب التطليق إذا كانت مدة الهجر لا تتجاوز أربعة أشهر، لأن النص واضح وصريح بحيث يحدد المدة بما يفوق الأربعة أشهر.

(1): منصوري نورة، المرجع السابق، ص 35، 36.

(2): المرجع نفسه، ص 36.

الشرط الثالث: يتمثل في العنصر المعنوي وهو توافر نية الإضرار بالزوجة لا إصلاحها وتأديبها، أي بمعنى أن يكون الهجر عمديا ومقصود لذاته وليس هناك ما يبرره من الناحية الشرعية والقانونية، وعلى هذا الأساس لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا كان الهجر لعذر شرعي كوجود الزوج في مكان بعيد للقيام بوظيفته، أو أداء الخدمة الوطنية، أو أن يكون في المستشفى، ففي هذه الحالة لا تحكم المحكمة بالتطليق باعتبار أن الهجر فيها شرعي ومعقول[1]، ويمكن للقاضي أن يتأكد من نية الإضرار بمجرد انقضاء المدة المنصوص عليها دون أن يرجع الزوج إلى زوجته[2].

وعليه فإن الزوجة إذا رفعت دعوى التطليق للهجر فإن القاضي لا يستجيب لطلبها إلا بعد تأكده من وجود واقعة الهجر فوق أربعة أشهر بعد مراعاة العنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة، فإذا لم يتأكد لديه توفر هذه الشروط وهذه العناصر مجتمعة، فإنه لا يستجيب لطلب الزوجة ولا يحكم بالتطليق.

يبقى الإشكال مطروحا في مسألة إثبات الهجر، فهو يثير صعوبات كبيرة من الناحية العملية، لأن الهجر يتم في إطار مغلق بين الزوجين ولا يمكن إثباته بمجرد ادعاءه من طرف الزوجة، وهذا ما يفسر قلة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن فهي شبه منعدمة.

من بين القرارات التي تعرضت بصفة ضمنية للتطليق بسبب الهجر نجد القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 المتعلق بالتطليق قبل البناء حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزوج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام

(1):عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 107.

(2):قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2008 ، 2009، ص 89.

المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون"[1].

كما صدر قرار آخر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب هجر هذا الأخير لها وفقا للفقرة الثالثة من المادة 53، وجاء في عرض أسبابه ما يلي: "... وبعد الاطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنفة بالرجوع إلى البيت الأصلي وأنه بعد الاستئناف أصدر المجلس قرارا بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من 4 أشهر، وحيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار وأدّت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08، وبالتالي فإن دفوع المستأنف عليه غير مؤسسة، ويتعين الإشهاد للمستأنفة عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 ومن ثم الحكم بتطليقها"[2].

المطلب الثاني: التطليق لشقاق المستمر بين الزوجين

تقوم الحياة الزوجية في الأساس على المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين، لكن قد يحدث ما يعكر صفو هذه الحياة ويهدم استقرارها، فقد يشتد الخلاف والنزاع بين الزوجين وتتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، ففي هذه الحالة ينبغي الإصلاح بين الزوجين، لكن قد تفشل محاولات الإصلاح في التصدي لهذا الشقاق، حينئذ يكون اللجوء إلى الطلاق أو التطليق هو السبيل الوحيد لإنهاء هذه العلاقة.

لدراسة موضوع التطليق للشقاق نقسمه إلى قسمين نتعرض في الأول لتعريف الشقاق ومشروعية التطليق بسببه**(الفرع الأول)** ثم نتطرق لنظام التحكيم بين الزوجين في دعوى التطليق لشقاق **(الفرع الثاني)**.

---

(1): المحكمة العليا ، قرار مؤرخ في 1999/03/16، نقلا عن باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 43 .

(2): المحكمة العليا، غ أ ش، مجلس قضاء سيدي بلعباس، قرار بتاريخ 2004/12/26، نقلا عن منصوري نورة، المرجع السابق، ص37 ، 38 .

الفرع الأول: تعريف الشقاق ومدى مشروعية التطليق بسببه

نتطرق في البداية لتعريف الشقاق **(أولا)** ثم نتعرف على موقف الفقه الإسلامي من التطليق لشقاق (**ثانيا**) وبعدها نبين موقف المشرع الجزائري(**ثالثا**).

أولا: تعريف الشقاق:

الشقاق لغة يعني: غلبة العداوة والخلاف بين اثنين، وسمي ذلك شقاقا لأن كل فريق من فريقي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه[1]، وفي الا**صطلاح الشرعي** لا يخرج معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي المتمثل في الخلاف والعداوة.

أما الشقاق بين الزوجين فيقصد به:" النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة التي تعرض الحياة الزوجية إلى الانهيار والضياع"[2].

لم يعرف المشرع الجزائري الشقاق بين الزوجين، لكن يمكن أن نستخلص تعريفا له من خلال نص المادة 56 من ت أج والقول بأنه:"ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر".

ثانيا: مشروعية التطليق بسبب الشقاق في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول اعتبار الشقاق سببا في التفريق بين الزوجين، فظهر رأيين:

الرأي الأول:عدم جواز التطليق للشقاق

ذهب الحنفية والشافعية وأحمد في رواية إلى أنه ليس للمرأة طلب التفريق للشقاق، فإن رفعت الأمر إلى القاضي طالبة التفريق للنزاع والشقاق، فعلى القاضي أن يزجره ويمنعه من الظلم، ولا يجيبها إلى طلبها، ويرسل القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما عند استحكام النزاع والشقاق[3].

(1): لسان العرب لابن منظور، المجلد 12، ص 50.

(2): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ، الجزء 07، ص 527.

(3):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 758.

استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾[1]، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة قوله تعالى: ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، فالغاية من بعث الحكمين هو الإصلاح بين الزوجين وليس إيقاع الفرقة بينهما، فلو أرادها الله سبحانه لذكرها، وهنا لم يذكرها، فدلّ ذلك على أنه لم يريدها[2].

استدلوا أيضا بما روي عن علي بن أبي طالب أنه جاءه رجل وامرأة ومع كل واحد منهما فئام (جماعة) من الناس فأمرهم رضي الله عنه أن يبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، فقال للحكمين، أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تفرقا فرقتما،وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل :أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه : كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به[3].

ووجه الاستدلال إنكار علي رضي الله عنه على الرجل ومطالبته بأن يرضى بما يقرره الحكمان، وهذا دليل على أنهما وكيلان عليهما لا حكمان، إذ لو كانا حكمين لما احتاجا إلى إذن الزوج في ذلك، لأن وظيفة الحكّم أن يحكم دون العودة للمتخاصمين عند إصدار الحكم الذي يراه مناسبا[4].

الرأي الثاني: جواز التطليق للشقاق

ذهب المالكية والشافعية في رأي والحنابلة في رواية ثانية إلى القول بجواز التفريق للشقاق منعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق لقوله ﷺ:" لا ضرر ولا ضرار"، وعليه إذا رفعت المرأة أمرها إلى القاضي وأثبتت الضرر، طلقها القاضي منه،

(1): سورة النساء، الآية 35.

(2): المصري مبروك، المرجع السابق، ص 255.

(3):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 761.

(4):محمد أبو زهرة، (إصلاح الأسرة)، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد الأول، السنة 24، 1954، ص 23.

وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كرّرت الادعاء بعث القاضي حكمين :حكما من أهلها وحكما من أهل الزوج لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعوض أو دونه[1].

استدل أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة منها قوله تعالى: ﴿ **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا** ﴾، فالله سبحانه وتعالى حين قال: ﴿ **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا**﴾ دلّ على أنهما حكمان، ولو كانا وكيلين لقال تعالى:"ابعثوا وكيلا عن الزوجة ووكيلا عن الزوج"، ولهذا لا يعتبر رضا الزوجين، لأن الحكَم يحكم بما يراه من مصلحة، فإن وفّق الحكمين في الإصلاح كان خيرا، وإلا فلهما التفريق بين الزوجين[2].

استدلوا أيضا بقول علي رضي الله عنه للحكمين:"إن رأيتما أن تفرقا فرقتما وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما ".

من المعقول: قالوا بأن القاضي له أن يفرق بين الزوجين في عدة حالات، وببعثه للحكمين في هذه الحالة إنما يكون قد فوّض لهما سلطة القضاء والحكم، وهو المفوض بها من طرف ولي الأمر، وبالتالي ما يحكم به الحكمان من الفرقة يكون عنه وعن ولي الأمر[3].

بعد عرض أدلة كل فريق يظهر أن الرأي الذي ذهب إليه المالكية القاضي بأنه إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين كان للحكمين أن يفرقا هو الراجح وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين، فليس من المعقول أن تستمر رابطة يسود فيها النزاع والضرر، بل ينبغي إزالة هذا الضرر بالتفريق الذي يكون من القاضي، أومن الحكمين بتفويض منه.

(1): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ،المرجع السابق ، الجزء 07 ، ص 528.

(2):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 765.

(3):عدنان علي النجار، المرجع السابق ، ص 163.

ثالثا: التطليق بسبب الشقاق في قانون الأسرة الجزائري

تبنى المشرع الجزائري موقف المالكية فأجاز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق وهو ما قررته المادة 53 من ت أ ج في فقرتها 8 والتي جاء فيها: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 8 – الشقاق المستمر بين الزوجين** ".

لم تكن هذه الفقرة موجودة قبل التعديل، فكانت الزوجة تستند في مطالبتها بالتطليق على أساس:"التطليق للضرر"، وكان طلبها يخضع لسلطة القاضي تقديرية الذي كان له سلطة الحكم بطلبها أو رفضه، ثم استحدثت هذه الفقرة بموجب الأمر رقم 02/05، وكان مصدرها الاجتهاد القضائي الذي كان يمنح الزوجة حق طلب التطليق للشقاق المستمر، وتجسد ذلك في بعض القرارات القضائية منها:

1- القرار المؤرخ في 1996/09/24 والذي جاء فيه:"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما،فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون"[1].

2– القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه :"من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر، لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل

(1): المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار بتاريخ 24 /1996/09، ملف رقم 139353، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1997، ص 66 .

الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون "[1].

من خلال عرضنا لهذه القرارات القضائية اتضح لنا بأن المحكمة العليا كرست حق الزوجة في طلب التطليق بسبب تضررها من طول الخصام والشقاق المستمر مع زوجها، لكنها لم تشر إلى ضرورة تعيين الحكمين لتوفيق بين الزوجين بالرغم أن نص المادة 56 من ت أ ج جاء بصيغة الوجوب فنصت على أنه:"**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما** ..."، وتكون بذلك قد خالفت الفقه الإسلامي الذي اشترط ضرورة اللجوء إلى التحكيم كلما نشأ شقاق بين الزوجين، وهذا ما سنتعرف عليه في النقطة الموالية.

الفرع الثاني: التحكيم في دعوى التطليق لشقاق

يعتبر التحكيم أحد أهم وسائل الإصلاح بين الزوجين لما له من أهمية في الحفاظ على الأسرة وعلى استقرارها، ولتفصيل أكثر في نظام التحكيم بين الزوجين نقسم الدراسة إلى قسمين، نخصص القسم الأول لدراسة نظام التحكيم في الفقه الإسلامي **(أولا)** ثم نتعرف على نظام التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: نظام التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي

لدراسة نظام التحكيم ينبغي التعرض إلى عدّة عناصر منها: من يتولى بعث الحكمين، شروط بعثهما، عملهما، وقبل التعرض لكل هذه الأمور ينبغي معرفة معنى التحكيم ومصدر مشروعيته.

(1):المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار بتاريخ 15 /1999/06، ملف رقم 224655، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 129.

1- تعريف التحكيم

أ- **تعريف التحكيم لغة:** من الحكم وهو القضاء في الشيء، والحاكم: هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء، ويطلق الحَكَّم على من يختار للفصل بين المتنازعين، وحكموه بينهم: أمروه أن يحكم، ويقال : حكّمنا فلانا بيننا: أي أجزنا حكمه بيننا، ويقال :حكمته في مالي إذا فوضت الحكم فيه، والمحاكمة : المخاصمة إلى الحكام[1].

ب - تعريف التحكيم اصطلاحا

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح :تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، أو هو تصيير الغير حاكما فيكون الحكّم بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس، وفي حق غيرهما كالمصلح، وركنه اللفظ الدال عليه مثل :احكمْ بيننا أو جعلناك حكما، أو حكمناك في كذا مع قبول الآخر، أي قبول المحكَّم بفتح الكاف[2].

2 - مشروعية التحكيم

ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب و السنة والإجماع وعمل الصحابة.

أ - **من الكتاب:** ثبتت مشروعية التحكيم بقوله تعالى:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾، فهذه الآية دلّت صراحة على مشروعية التحكيم عند الشقاق بين الزوجين حفاظا على سلامة الأسرة، وتعيين الحكمين هنا واجب لقوله تعالى:"فابعثوا "حيث ورد اللفظ بصيغة الأمر، والأصل في الأمر الوجوب مالم تصرفه قرينة إلى غير ذلك[3].

(1): لسان العرب لابن منظور، المجلد 12، ص 142.

(2):عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط 02 ، مؤسسة الرسالة ، مكتبة البشائر، بيروت لبنان، سنة 1989، ص 291.

(3): مصعب صلاح صالح شلالده، التحكيم في النزاع والشقاق بين الزوجين وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل،كلية الدراسات العليا في فلسطين، سنة 2018،ص29.

ب – من السنة النبوية الشريفة

هناك أحاديث كثيرة تثبت مشروعية التحكيم وتحث عليه لما فيه من إصلاح ذات البين منها : ما رواه سليمان بن أبي بوُرَيْدَةَ عن أبيه رضي الله عنه قال : كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال : وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك..."[1].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي ﷺ أوصى أمراء الجيوش والسرايا بقبول التحكيم إذا ما طلبه الأعداء منهم، وهذا تشريع منه ﷺ بإمضاء التحكيم، وكما أجازه النبي ﷺ في باب الجهاد فهو جائز بين الزوجين من باب أولى لرفع ما وقع بينهما من نزاع وشقاق بطريقة ترضي الطرفين وتحقق استقرار الأسرة و تماسكها[2].

ج –الإجماع :نقل كثير من العلماء الإجماع على مشروعية التحكيم، لأنه وقع أمام جمع من الصحابة، ولم يُنْكَر مع شهرته، فكان من قبيل الإجماع السكوتي[3] .

د- عمل الصحابة: هناك آثار عن أصحاب الرسول ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وأبَيْ ابن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم تدل على جواز التحكيم، فسيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لما خاصم أبي ابن كعب في أرض حكّما زيد ابن ثابت فحكم بينهما، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير ابن مطعم ولم يكن قاضيا[4].

(1): صحيح مسلم ، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الأمراء على البعوث، رقم الحديث 1731، ص 720.

(2): شمس الدين السرخسي، المبسوط ، الجزء 21، د. ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 62، 63.

(3):مصعب صلاح صالح شلالده، المرجع السابق، ص 35 .

(4):عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 292 .

3 –تعيين الحكمين

يثير موضوع تعيين الحكمين مسألتين هامتين، أولهما: الجهة التي تتولى تعيين الحكمين، أما الثانية فتتمثل في الشروط التي ينبغي توافرها في الحكمين عند تعيينهما، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل.

أ – المكلف ببعث الحكمين: قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾، اختلف الفقهاء في المكلف ببعث الحكمين في الآية الكريمة إلى اتجاهين: اتجاه يذهب إلى اعتبار الحاكم هو المكلف ببعث الحكمين، واتجاه يرى أن الزوجين هما المكلفين بهذه المهمة.

1) اعتبار الحاكم هو المكلف ببعث الحكمين

يرى أصحاب هذا الاتجاه وهم جمهور الفقهاء، أن المخاطب بقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا**﴾ هو الحاكم، فإذا عرف الحاكم أن شقاقا وقع بين الزوجين وجب عليه أن يرسل حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، لأن الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح العباد، ومن مصلحة المجتمع تقوية الأسرة بعدم ظهورالشقاق بين أفرادها.

2) اعتبار الزوجين المكلفان ببعث الحكمين:ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى القول بأن المخاطب هما الزوجان، فإذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا استمرار الشقاق، اختار كل منهما حكما للإصلاح ومعرفة المخطئ منهما[1].

ب– شروط بعث الحكمين

ينبغي أن يتوفر في المحكّم المبعوث في الشقاق بين الزوجين مجموعة من الشروط تؤهله للقيام بهذا العمل وأهمها :

(1):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 754.

1) الإسلام: المتفق عليه عند أهل العلم أنه يجب أن يكون المحكّم شخصا مسلما، لأن الكافر لا ولاية له على المسلم، ولأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تصح.

2) شرط التكليف: يوجب الشرع الإسلامي أن يكون المحكّم بالغا، عاقلا، لأن البلوغ والعقل مناط التكليف الشرعي، كما أن الصغير أو المجنون لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى ألا يكون مولى على غيره، ولأن غير البالغ لا يعد من أهل الرأي والنظر خاصة في مثل هذه الأمور التي لا يفهمها إلا من عرف أمور الحياة الزوجية[1].

3) شرط العدالة: لابد أن يكون الحكمين عدلين، والعدل هو من لا يأتي بكبيرة ولا يصُر على الصغيرة، ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة. أما العدالة في وقتنا المعاصر فيقصد بها أن يكون الحكمان رجلين مستقيمين من ذوي السمعة الحسنة وذلك حسب الظاهر، لأن السرائر لا يعلمها إلى الله سبحانه وتعالى.

4) شرط العلم: وهذا الشرط انفرد به المالكية، حيث يشترطون في الحَكَم أن يكون فقيها عالما بأحكام النشوز والجمع والتفريق بين الزوجين إن اقتضى الأمر ذلك، أي أن يكون على علم وفقه في المسألة وله دراية وخبرة تؤهله للإصلاح والتوفيق بين الزوجين[2].

5) شرط الذكورة: يرى جمهور الفقهاء من الحنابلة والمالكية ضرورة أن يكون المحكم ذكرا، فلا يجوز عندهم تحكيم المرأة، خلافا للشافعية الذين لا يشترطون الذكورة في الحكمين[3].

6) شرط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين: دلّت الآية الكريمة: ﴿ فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ على أن الحكمين إنما يكونان من أهل الزوجين، لكن هل يجوز تحكيم غيرهم؟ اختلف الفقهاء في مدى جواز تحكيم غيرهم، فالمالكية اشترطوا وجوب أن

---

(1):أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 242، 244.

(2):معوض عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية،ط01،دار الفكر الجامعي، مصر، سنة1997،ص 498.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 421 .

يكون الحكمين من أهل الزوجين،وعدم جواز تحكيم أجنبيين إلا إذا انعدم الأهل أو وجدوا ولم يكن فيهم من يصلح للتحكيم، فيما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يندب أن يكون الحكمان من الأهل، إلا أنه إذا حكّم غير الأهل جاز[1].

4 – عمل الحكمين

لاشك أن المهمة الأساسية من بعث الحكمين أن يقوما ببذل جهدهما للإصلاح بين الزوجين، وذلك من خلال البحث عن أسباب الشقاق ومعالجتها، فالشقاق الذي يحدث بين الزوجين لا يظهر حتما من فراغ وإنما تكون له مسببات وبواعث أدت إلى نشوؤه، ومعرفة هذه الأسباب تعتبر خطوة مهمة للوصول إلى الإصلاح، وهي المهمة الأساسية للحكمين، ويتم التعرف عليها عندما يخلو الحكَم المختار من أهل الزوجة بالزوجة، وينفرد الحكَم المختار من أهل الزوج بالزوج بعيدا عن أنظار الآخرين ويبحث معه عن أسباب الشقاق، ويشعر الحكم من يخاطبه من الزوج أو الزوجة بأنه يريد له الخير وأن مصلحته الحقيقية هي استمرار الحياة الزوجية لا وقفها أو انقطاعها.

ثم يجتمع الحكمان وحدهما ويبحثان أسباب الشقاق في ضوء ما سمعه وعرفه كل منهما من صاحبه، ثم يحددان مسؤولية كل واحد من الزوجين عن الشقاق الذي حصل والمسبب له منهما وسبيل معالجته، ثم يعود كل محكّم لصاحبه ليبين له مدى مسؤوليته في حصول الشقاق وما يجب عليه القيام به لرفع وإزالة هذا الشقاق حفظا للرابطة الزوجية من الانقطاع، ثم يجتمعان الحكمان فيفعلان ما هو صواب شرعا[2].

لكن يحدث أن يفشل الحكمان في الإصلاح بين الزوجين، وهنا ثار اختلاف بين الفقهاء في صلاحيتهما للتفريق، فهناك من اعتبرهما مجرد وكيلان عن الزوجين ولم يمنح لهما صلاحية التفريق، أما من اعتبرهما حكمان، فقد أعطى لهما صلاحية الجمع

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 422.

(2): المرجع نفسه، ص 423، 424.

والتفريق، ولو من غير رضى الزوجين، وحتى دون إذن الحاكم، وهذا ما أشرنا إليه في السابق عندما تعرضنا لمشروعية التفريق للشقاق.

ثانيا : نظام التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

تعرض المشرع الجزائري لنظام التحكيم من خلال نص المادة 56 من ت أ ج وهي المادة الوحيدة التي تضمنت بعض أحكام بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين، فنصت على أنه:"**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين الحكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين**".

إلى جانب هذا النص نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من خلال المواد 446 إلى 449 منه، فنصت المادة 446 على أنه:" **إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة** " .

من خلال استقراءنا لنص المادتين المذكورتين يتضح وجود تناقض بينهما، حيث أن المادة 56 أوجبت على القاضي تعيين الحكمين للتوفيق بين الزوجين كلما اشتد الخصام ولم يثبت الضرر، وهو واضح من خلال عبارة "وجب تعيين الحكمين"، في حين أن المادة 446 من ق إ م وأ نصت على جواز تعيين الحكمين دون أن يكون الأمر وجوبي، وهذا ما يظهر من خلال عبارة "جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما".

إلا أن الفقرة الأخيرة من المادة 446 حسمت الخلاف بعبارة:"حسب مقتضيات قانون الأسرة"، وبذلك أحالت أمر تعيين الحكمين بين الزوجين إلى ت أ ج والذي أقر بوجوب تعيينهما بمقتضى نص المادة 56 السالفة الذكر.

وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فجعل سلطة تعيين الحكمين للقاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 56 في فقرتها الثانية فجاء فيها:"يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة"، لكنه لم يحدد طريقة تعيين الحكمين، وبالرجوع إلى ما جرى به العمل أمام القضاء، فإن تعيين الحكمين يتم بواسطة أمر شبه قضائي يصدره القاضي ويحدد فيه مهمتهما ويعين تاريخ تقديم تقريرهما [1].

لا يلجأ القاضي لبعث الحكمين بناءا على نص المادة 56 إلا في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وتفاقمه مع عدم القدرة على إثبات الضرر، لأنه إذا ثبت الضرر فلا حاجة لبعث الحكمين، ويكون للزوجة حينئذ حق المطالبة بالتطليق للضرر[2]، وتقدير شدة الخصام والنزاع مسألة تقديرية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[3].

أما فيما يخص شروط تعيين الحكمين، فإن قانون الأسرة الجزائري لم يشترط شروطا معينة في الحكمين إلا شرط أن يكونا من أهل الزوجين، لكن ما هو العمل في حالة عدم وجود أهل للزوجين؟ سكت المشرع الجزائري عن بيان ذلك ولم يعطي البديل، لذلك وجب علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي وبالخصوص إلى المذهب المالكي والذي أجاز كما قلنا بعث الحكمين من غير أهل الزوجين عند انعدام أهلهما.

مهمة الحكمين في ت أ ج تتمثل أساسا في الإصلاح بين الزوجين فلا تتعدى إلى التفريق بينهما، وهو ما أشارت إليه المادة 56 بقولها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين الحكمين للتوفيق بينهما"، وهي محددة بمدة زمنية تقدر بشهرين، فإذا توصل الحكمين للتوفيق بين الزوجين، فما على القاضي هنا إلا إثبات الصلح الحاصل بين الزوجين في محضر يصادق عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن[4]، أما إذا فشل الحكمين في مهمتهما، فإن للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا ويعيد القضية إلى الجلسة، وتستمر الخصومة ويحرر محضرا بذلك[5].

---

(1): عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 347.

(2): سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 133.

(3):الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري،د،ط، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،سنة1995،ص245،244.

(4): المادة 448 من قانون رقم 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(5): المادة 449 من قانون رقم 08 / 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المطلب الثالث: التطليق للضرر

جعل الله سبحانه وتعالى للرجل القوامة على المرأة وأسند له مهمة قيادة الأسرة، لكن في المقابل نهى الأزواج من التعسف والجور في معاملة زوجاتهم، فمادامت تطيعه وتقوم بواجباتها الشرعية فلا يحق له الإساءة في معاملتها أو إيذائها بما يحرج مشاعرها عن طريق السب، أو الشتم، أو إيذائها بدنيا بالضرب المبرح، وحتى وإن خرجت عن طاعته وصارت ناشزا فله حق تأديبها بالضرب ولكن الغير المبرح، فإذا ما حدث وأن تجاوز حدود الولاية في تأديبها وألحق ضررا بها فهل يحق للزوجة رفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها بسبب الضرر الذي لحقها؟

قبل الخوض في المسألة ومعرفة موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر لابد لنا من تحديد مفهوم الضرر الموجب للتطليق**(الفرع الأول)** ثم نبحث عن موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم الضرر الموجب للتطليق

لتحديد مفهوم الضرر لابد من تعريف الضرر بصفة عامة،والضرر اللاحق بالزوجة بصفة خاصة **(أولا)** ثم نتناول أنواع الضرر اللاحق بالزوجة **(ثانيا)** وشروطه **(ثالثا)**.

أولا: تعريف الضرر الموجب للتطليق

للوقوف على حقيقة الضرر لابد من تعريفه لغة(1)، ثم اصطلاحا(2)، وقانونا(**3**).

1- تعريف الضرر لغة: الضرر لغة ضد النفع، والمضرة خلاف المنفعة، يقال ضرّه يضره ضراً وضرّ به، إذا أصابه الضرر، وقد يطلق الضرر أو الضُر ويراد منه الأذى والضيق وسوء الحال ونقص يصيب الأموال والأنفس ونحو ذلك[1].

(1):إبن منظور، لسان العرب، المجلد 06، ص 153، 154.

2- تعريف الضرر اصطلاحا: يقصد بالضرر:"كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك"[1]، أو هو:" إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرّم الله والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه "[2].

3- تعريف الضرر قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري الضرر ولم يحدد صوره بل اقتصر على وصفه بأنه:" كل ضرر معتبر شرعا".

ثانيا: أنواع الضرر اللاحق بالزوجة

يمكن تقسيم الضرر المبرر للتفريق بين الزوجين والذي يصدر من الزوج ضد زوجته إلى قسمين أحدهما مادي **(1)** وآخر معنوي أو نفسي **(2)**.

1-الضرر المادي: وهو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة، ومنه ضربها باليد أو بآلة، أو إحداث جرح ببدنها أو كدمة أو كسر ونحو ذلك مما لا يجوز فعله شرعا[3].

من أكثر أنواع الضرر المادي شيوعا وانتشارا هو الضرب، ولقد أقره الإسلام كإجراء وقائي هدفه إصلاح الزوجة، ولم يقصد منه الإيذاء الحسي، فحق الزوج في ضرب زوجته مقيد بضربها ضربا غير مبرح، والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد الذي لا يؤلم ولا يكسر عظما ولا يدمي الجسم، فلا يجوز للزوج أن يخرج عن حدود الضرب غير المبرح، وإلا عدّ فعله اعتداءا لا تأديب ويتعرض للمسؤولية جنائية أو المدنية[4].

(1):عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 437.

(2): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، الجزء 07، ص527 .

(3):عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 438 .

(4):عماد محمد ربيع، (تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية والقانون الجنائي)، مقال منشور في مجلة دمشق، المجلد 18، عدد 02، سنة 2002، ص 50، 51.

هذا ما قضت به المحكمة العليا حيث قررت بأن:"ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"[1].

فضلا عن الضرب والجرح، هناك أضرار مادية أخرى تمس بالزوجة وتدفعها لطلب التطليق منها:إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث أو الولد أي في الدبر، وتحريض الزوجة من قبل الزوج على ارتكاب المحرمات كشرب الخمر وممارسة الدعارة، أو مجالسة الرجال الأجانب، وهي تعد من الكبائر التي حرّم الله القيام بها، ففي هذه الحالة لا تجبر الزوجة على طاعة زوجها لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ويحق لها طلب التفريق حفاظا على سمعتها وشرفها بشرط إثبات ذلك الضرر[2].

2- الضرر المعنوي: الضرر المعنوي أو النفسي هو كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة منه إسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لها ولوالديها، أو تشبيهها بما يعتبر شتما لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والدها بذلك، ومن الضرر المعنوي أيضا ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه حق وهو الهجر الذي تناولناه سابقا[3].

من قبيل الأضرار المعنوية كذلك اتهام الزوج لزوجته بتهمة تمس بكرامتها وشرفها مثل الزنا.

ثالثا: شروط الضرر الموجب للتفريق

يشترط في الضرر الموجب للتفريق:

1- أن يكون الضرر واقعا من جهة الزوج دون غيره، أما إذا كان الضرر واقعا من والدي الزوج أو أحد أقاربه دون اشتراك من الزوج، فلا يجوز للزوجة طلب التطليق.

---

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2002، ص 417.

(2):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 783.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 438.

2- أن يكون الضرر واقعا على الزوجة، أما الضرر الواقع من الزوج على والدي الزوجة أو أحد أقاربها، فلا يجيز للزوجة طلب التطليق[1].

3- أن يكون الضرر محققا: ونعني بالضرر المحقق وقوع ذلك الضرر الذي صدر عن الزوج فعلا، وتحقق الضرر لا يكون فقط خلال الحياة الزوجية، بل يمكن أن يقع قبل الدخول ويكون موجبا للتفريق عملا بمذهب المالكي الذي لا يميز بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها في دعوى التفريق للضرر[2].

هذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا، مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون"[3].

4- أن يكون الضرر متعمدا من الزوج: إن الضرر الموجب للتطليق يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده، أما الأمور التي تتضرر منها الزوجة وتكون خارجة عن إرادة الزوج، أو تكون ناتجة عن خطأ منه، فلا تكون سببا للتطليق، ولو ترتب عليها ضرر بالزوجة[4].

---

(1): حسن حسانين، المرجع السابق ، ص288.

(2): قويدري خيرة، المرجع السابق ، ص 173 .

(3): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار المؤرخ في 1999/03/16، ملف رقم 217179، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، سنة 2001 ، ص 122 .

(4): قويدري خيرة، المرجع السابق ، ص 173، 174 .

5- ألا يستطاع دوام العشرة بين الزوجين بسبب هذا الضرر

الضرر المعتبر شرعا هو ذلك الضرر الذي ينتج عنه استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين، وعلى هذا فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية وقامت بإثبات دعواها يطلق القاضي طلقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما[1].

الفرع الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من التطليق للضرر

نتعرض لموقف الفقه الإسلامي من التفريق للضرر **(أولا)** ثم نتعرف على موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر **(ثانيا)**.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للضرر

اختلف الفقهاء في التفريق للضرر وظهر رأيان:

1 – عدم جواز التفريق للضرر

هو رأي الحنفية والشافعية والحنابلة ومعهم الزيدية والشيعة والجعفرية، حيث يرون بأن الضرر ليس سببا للفرقة بين الزوجين، لأن دفع الضرر عن الزوجة حسب رأيهم يمكن بغير الطلاق وذلك عن طريق رفع الأمر إلى القاضي الذي يتولى مهمة رفع الظلم عن المظلوم، بحيث يأمر الزوج بحسن المعاملة زوجته وعدم إيذائها في أول مرة، فإذا لم يمتثل عزّره بحسب حاله، وإذا حدث وأن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وتكررت الشكوى، فلابد من بعث الحكمين للتوفيق والإصلاح بينهما دون التفريق[2].

2 – جواز التفريق للضرر

يرى المالكية أن للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق إذا ادعت إضرار الزوج بها إضرارا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها كضربها أو سبها أو إيذائها بأي نوع من أنواع الإيذاء الذي لا يطاق، أو إكراهها على منكر من قول أو فعل.

---

(1):بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 02، المرجع السابق، ص 302.

(2):أحمد الغندور، (التعليق على حكم المحكمة الكلية الصادر بتاريخ 1974/1/16 في قضية رقم 1973/2525)، مقال منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، سنة 1978، ص 331.

إذا رفعت المرأة أمرها للقاضي واستطاعت إثبات الضرر كان لها أن تطلب من القاضي تأديبه وزجره للكف عن إيذائها، هذا إذا اختارت البقاء معه، أما إذا رأت أنها لا تستطيع أن تستمر في العيش معه بسبب ذلك فعليها أن تطلب من القاضي تطليقها، ويجب على القاضي التفريق بينهما[1].

فإن استطاعت الزوجة إثبات دعواها طلقها القاضي طلقة بائنة، أما إذا عجزت عن إثبات دعواها ورفضها القاضي، ثم عادت وكرّرت دعواها وعجزت مرة أخرى عن إثباتها، عيّن القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها للإصلاح بينهما وإزالة أسباب الخلاف، فإن وفّقا في الإصلاح بينهما رفعا الأمر للقاضي بما اتفقا عليه، وإن عجزا عن الإصلاح بينهما وقررا أن الإساءة من الزوج، فرّق القاضي بينهما[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر

أخذ المشرع الجز لائري بالمذهب المالكي حيث منح للزوجة حق طلب التطليق من زوجها لأي ضرر يصدر منه نحوها، فنصت الفقرة 10 من المادة 53 من ت أ ج على أنه:"**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:"كل ضرر معتبر شرعا**".

بعدما تناول المشرع الجزائري من خلال الفقرات السابقة أنواع خاصة من الضرر، ذكر في هذه الفقرة وبصيغة عامة بأنه يحق لكل زوجة لحقها ضرر معتبر شرعا أن تطلب التطليق لكن دون أن يذكر أي نوع من أنواع الضرر، ودون أن يحدد درجته من حيث الشدّة والخفة، وبذلك فتح المجال للقاضي من أجل إعمال سلطته التقديرية، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، وهذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل حيث حصر صور الضرر في الحالات التالية وهي: حالة إقدام الزوج على إعادة الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى، حالة عدم الإنفاق عليها وحالة عدم العدل بمناسبة الزواج

(1): رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 539.

(2): المرجع نفسه، ص 540.

بأكثر من واحدة، وهذا ما تضمنته المادة 53 فقرة 6 قبل التعديل والتي نصت على أنه:" **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الضرر المعتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و37 من قانون الأسرة** ".

لكن المشرع الجزائري فضل بعد التعديل عدم حصر الضرر، وحسنا فعل لأن الأضرار عديدة يصعب حصرها، كما أنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر الأخرى، إلا أنه يعاب عليه أنه لم يحدد المعيار الذي بواسطته يمكن التمييز بين السلوك الضار والسلوك غير الضار إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، مما يوجب تدخل القاضي للتمييز بينهما بالاعتماد على معيار الشخصي يقوم أساسا على معطيات اجتماعية وثقافية خاصة بكل زوجة ، لأنه كما قلنا سابقا ما يعتبر ضررا لزوجة ما قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى[1].

يجب على الزوجة التي تطلب التطليق أن تثبت الضرر بكل الطرق القانونية الممكنة وعلى القاضي التحقق من وجود الضرر، وهذا ما أقرته المحكمة العليا حيث قضت بأنه :"من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبّت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلابد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط، وذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطليق"[2].

أما إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وتكررت الشكوى وجب على القاضي الإصلاح ما أمكن ويعين الحكمين ويطلب إجراء تحقيق في الموضوع لإثبات الضرر،

(1): بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، المرجع السابق، ص 303.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 27 /1989/11، ملف رقم 56490، غير منشور، نقلا عن المرجع نفسه، ص 301.

فإذا أثبت الحكمين ذلك قضى للزوجة بالتطليق وألزم الزوج بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة[1].

إذا كان المشرع الجزائري لم يذكر من خلال الفقرة 10 من المادة 53 صور الضرر ولم يعطي أمثلة عنها كما أشرنا، إلا أن القضاء تكفل بإعطاء أمثلة عن بعض صور الضرر التي تجيز للزوجة طلب التطليق، ومن تطبيقات المحكمة العليا في هذا الصدد نذكر:

1- القرار الصادر بتاريخ 1986/01/13 قضت فيه بأن:" التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صارت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد الفقه فيما يتعلق بالطلاق وإثباته"[2].

2-القرار الصادر بتاريخ 1986/05/05 قضت فيه المحكمة العليا بأن:" تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرا، ومع ذلك يحتفظ بها، دليل على أنها لم تكن كذلك، وأن القصد هو تلطيخ سمعتها والطعن في شرفها لا غير، ومن ثم فالحكم بتطليقها هو جزاء شرعي في القضية عما أصابها من ضرر وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرره القواعد الشرعية"[3].

(1): سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 06 ، د.س.ن ، ص 206 .

(2): المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 13 /1986/01، ملف رقم 39025، غير منشور، نقلا عن: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، المرجع السابق ، ص 301 .

(3):المحكمة العليا ،غ أ ش ، قرار بتاريخ 05 /1986/05، ملف رقم 38341، نشرة القضاة، عدد 44، ص 190.

خلاصة الفصل الأول

بعد انتهائنا من دراسة أسباب التطليق الواردة في نص المادة 53 من ت أ ج يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية:

- أخذ المشرع الجزائري بموقف جمهور الفقهاء إذ اعترف صراحة بحق الزوجة في طلب التطليق في حالات محددة وبشروط يجب على القاضي مراعاتها عندما يحكم لها بالتطليق.
- المشرع الجزائري لم يعتمد في تنظيمه لأحكام التطليق على مذهب فقهي معين، وهو المذهب المالكي، بل نجده أخذ بمذاهب مختلفة، وفي بعض الحالات جمع بين مذهبين كحالة التطليق للغياب، حيث جمع بين المذهب المالكي والمذهب الحنبلي مما جعله يقع في تناقض.
- انفرد المشرع الجزائري ببعض الحالات الخاصة لم يذكرها فقهاء المذاهب كحالة التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.
- يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يفصّل في تنظيمه لأحكام التطليق مما أدى إلى وجود عدّة ثغرات تصعب المهمة على القاضي الناظر في الموضوع، وحتى الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا تحل الإشكال بسبب تعدد المذاهب الفقهية وتضارب آراءها مما يزيد في صعوبة المسألة على القاضي.
- لم يبين المشرع الجزائري نوع الفرقة إذا كانت بائنة أو رجعية وهي محل خلاف بين الفقهاء كما رأينا.
- بعد دراسة مختلف أسباب التطليق يظهر بأنها قائمة على أساس الضرر، إذ شرّعت لرفع الضرر عن المرأة سواءا كان هذا الضرر مادي كعدم الإنفاق، أو معنوي كهجرها في الفراش...الخ، لذلك فإن الفقرة الأخيرة من نص المادة 53:" كل ضرر معتبر

شرعا " تلخص كل الأسباب التي سبقتها فهي تشمل كل أنواع الضرر الذي يمكن أن يصدر من الزوج تجاه زوجته.

رغم تقرير المشرع لحق الزوجة في التطليق إلا أنه قيده بضرورة إثبات الضرر، فلا تسمع دعوى الزوجة ما لم تثبت الضرر، وهذا ما قد يشكل لها حرجا ويجعلها في كثير من الأحيان تتراجع عن دعواها لتعذر إثبات الضرر، وأمام هذه الوضعية التي قد تواجه الزوجة أعطى لها وسيلة أخرى لممارسة حقها في فك الرابطة الزوجية وذلك عن طريق الخلع وهو ما سيكون محور دراستنا في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج بالخلع

سعت الشريعة الإسلامية من خلال تشريعها لأحكام الزواج تحقيق الاستقرار في العلاقة الزوجية، لذلك نجدها وضعت مجموعة من الضوابط للوصول إلى هذا المبتغى، إلا أنها وفي نفس الوقت وضعت أحكاما تنظم من خلالها حالات سوء التفاهم والشقاق الذي يحدث في بعض الأحيان بين الزوجين، فشرّع للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وفي المقابل أعطت للزوجة الحق في طلب الطلاق من القاضي إن كان هناك ضرر واقع عليها منه.

فضلا عن تلك الأسباب المادية التي أعطاها الإسلام للزوجة للخلاص من رابطة زوجية، هناك أسباب أخرى نفسية ومعنوية لا مجال لمعرفتها إلا بقول الزوجة التي تشعر بها مثل كراهيتها لزوجها وبغضها إياه مع استحالة دوام العشرة بينهما، ولذلك فقد أباح الإسلام للمرأة طلب الخلع من زوجها بشروط وقيود مقررة شرعا، وكذلك أباح لها المشرع الجزائري طلب الخلع من خلال نص المادة 54 من ت أ ج المعدلة والتي نصت 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 ".

من خلال قراءتنا لمحتوى نص المادة نلاحظ أنها جاءت ناقصة لأنها لم تعطي تعريفا للخلع ولم تبين طبيعته ولا أركانه ولا شروطه، لذلك كان علينا الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي لمعرفة كل هذه المسائل التي أهملها المشرع الجزائري.

لمعالجة هذه المسائل التي غفل عنها المشرع الجزائري ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين نخصص **المبحث الأول** لدراسة مفهوم الخلع، أما **المبحث الثاني** فسنتناول فيه أركان الخلع.

المبحث الأول: مفهوم الخلع

من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للزوجة أنه فتح لها باب الخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها مقابل أن تقدم لزوجها مالا تفتدي به نفسها، وهذا ما يطلق عليه إصطلاحا بالخلع، وقد وضعت الشريعة الإسلامية الأحكام التي ينبني عليها هذا الطريق من طرق انحلال الرابطة الزوجية، ولذلك وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نحاول تحديد مفهوم للخلع وذلك انطلاقا من تعريفه وبيان أدلة مشروعيته **(المطلب الأول)** ثم نبحث عن أسبابه وحكمه والحكمة من تشريعه **(المطلب الثاني)** لنصل إلى دراسة تكييفه الفقهي والقانوني **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: تعريف الخلع وبيان أدلة مشروعيته

حتى نكوِّن فكرة عن الخلع كطريق لحل العصمة الزوجية ينبغي البحث عن حقيقته وجوهره وذلك من خلال البحث عن تعريف له، فالتعريف يعطي المرء تصورا عاما وأوليا عن الموضوع الذي هو في صدد البحث فيه، هذا ما سنتناوله في**(الفرع الأول)**، ثم نبين أدلة مشروعيته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف الخلع

إن الحديث عن الخلع يقتضي منا تعريفه لغة **(أولا)** ثم اصطلاحا**(ثانيا)** وقانونا **(ثالثا)**، وينبغي أيضا تمييزه عن المصطلحات المشابهة له **(رابعا)**.

أولا: تعريف الخلع لغة

الخلع لغة يعني الإزالة، يقال خلع الرجل ثوبه خَلْعًا بفتح الخاء أي أزاله عن جسده، وخلع الرجل زوجه خُلْعًا (بضم الخاء) أي أزال عصمتها[1]، جاء في لسان العرب :"خَلَعَ الشَيءَ يَخْلَعُهُ خَلْعاً واختلَعه :كنزعه إلا أن في الخَلْعِ مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع. وخَلَعَ النعل والثوب والرداء يَخْلَعُهُ خَلْعًا أي جرده، وخَلَعَ امرأته خُلْعًا بالضم

(1):علي أحمد عبد العال الطهطاوي، المرجع السابق، ص 07.

وخِلاَعًا فاختلعت وخالعته :أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، وسمي ذلك الفراق خُلعا، لأن الله سبحانه وتعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباس لهن، فقال تعالى: ﴿**هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ**﴾[1]، فإذا افتدت المرأة نفسها بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه وخَلَعَ كل واحد منهما لباس صاحبه، والاسم من كل ذلك الخُلْعٌ والمصدر الخَلْع"[2].

ثانيا: تعريف الخلع اصطلاحا

تعددت تعاريف المذاهب الفقهية للخلع، ومن هذه التعاريف نذكر :

1 – تعريف المالكية: عرّف المالكية الخلع بأنه:" الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو هو بلفظ الخلع من غير عوض"[3].

يظهر من خلال هذا التعريف أن الخلع عند المالكية نوعان: أولهما طلاق بعوض، وهذا النوع هو الغالب، وثانيهما:ما كان بلفظ الخلع ولم يكن نظير شيء، كأن يقول لها :"خالعتك أو أنت مخالعة"[4].

2– عند الحنفية:عرفه الحنفية بأنه:"إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أوما في معناه"[5]، فقولهم :" إزالة ملك النكاح" خرج به أمور ثلاثة:

(1): سورة البقرة، الآية 187.

(2): لسان العرب لابن منظور، المجلد 06، ص 131، 132.

(3): الدردير أبي البركات أحمد بن محمد، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء 02، طبعة الإمارات العربية المتحدة ، د. س.ن، ص 568.

(4):وهبة الزحيلي،الفقه المالكي الميسر،أحكام الأسرة، الجزء03، ط02، دار الكلم الطيب، دمشق، سنة 2002، ص197.

(5):إبن نجيم، بحر الرائق، شرح كنز الدقائق، المجلد الرابع، الجزء 04، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1997، ص77.

الأول: إذا خالعها في العدّة بعد إبانتها، فإن الخلع لا يصح، وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانتها؛

الثاني: المرتدة، إذا خالعها زوجها وهي مرتدة، فإن الخلع لا يصح، لأن الردّة أزالت ملك النكاح، والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه؛

الثالث: النكاح الفاسد، فإذا نكح إمرأة نكاحا فاسدا ووطئها، فإن المهر يتقرر لها بالوطء، فإذا خالعته على مهرها، فإن الخلع لا يصح.

– قولهم:" المتوقفة على قبولها" يفيد أنه يشترط أن تقبل المرأة بهذا الأمر، لأن الخلع من جهتها معاوضة، فيشترط قبولها.

– قولهم:" بلفظ الخلع" خرج به الطلاق على مال، لأنه غير مسقط للحقوق، بينما الخلع يسقط المهر والنفقة الزوجية ونحوه.

– قولهم:" أو ما في معناه" يدخل فيه لفظ المبارأة والمفارقة والمباينة، فكلها من ألفاظ الخلع"[1].

3– عند الشافعية: يعرف الشافعية الخلع بأنه:" فرقة بعوض مقصود من الزوجة أو غيرها راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع"[2]، فبمقتضى هذا التعريف لا يوجد فرق بين الخلع والطلاق على مال عند الشافعية فهما شيء واحد في اصطلاحهم، ولا يكون الخلع عندهم بلا عوض مثلما قال المالكية، ولا يختص الخلع عندهم بلفظ معين[3].

(1): إبن عابدين، الدر المختار على الدر المختار، الجزء 05، ص440، 441.

(2): شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 06، د.ط، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة 1984، ص 383.

(3):علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط 01، دار الفكر العربي، مصر، سنة 2008، ص 127.

4- عند الحنابلة:عرّف الحنابلة الخلع بأنه:"فراق الزوج زوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"[1].

يلاحظ من خلال هذا التعريف أن الحنابلة اشترطوا في الخلع ألفاظ مخصوصة ولم يقصروا المخالعة على لفظ الخلع، كما اشترط الحنابلة العوض في المخالعة واعتبروه ركنا فيه لا يصح تركه[2].

خلاصة لما ذكرناه من تعاريف يتضح لنا أن جميعها تدور حول معنى مشترك فيما بينها وهو أنه لابد لتحقق الخلع من تراضي الزوجين، وعوض تدفعه الزوجة لزوجها، فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه، بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وبذل الزوجة عوض لزوجها، أما الطلاق فهو تصرف من جهة الزوج وبدون مال تدفعه الزوجة.

في هذا الشأن يقول الأستاذ أحمد نصر الجندي في كتابه من فرق الزوجية :" الخلع عند جمهور الفقهاء عقد رضائي بين الزوجين أي معاوضة بينهما، فيشترط لكي يرتب أثاره أن يرضى به كل من الزوجين، لأنه يترتب عليه سقوط حقوق متبادلة بينهما حقوق الزوج وحقوق الزوجة"[3].

ثالثا: تعريف الخلع قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري الخلع وإنما اكتفى بعرض بعض أحكامه من خلال نص المادة 54 من ت أج، لكن من خلال الصياغة التي جاءت بها هذه المادة يمكن أن

---

(1): موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز، د.ط، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2003، ص 100.

(2): منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيليحي هلال، الجزء 05، د.ط، دار الفكر، مصر، سنة 1982، ص 212 .

(3): أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الظهار، اللعان، الإيلاء)، د.ط ، دار الكتب القانونية ، مصر، سنة 2005، ص 13.

نستخلص تعريفا للخلع على أنه:"طريق لفك الرابطة الزوجية يتم بتراضي الزوجين أو بإرادة الزوجة المنفردة، وذلك بمقابل مالي تدفعه الزوجة والمحدد بالاتفاق بينهما أو من طرف القاضي على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

رابعا: تمييز الخلع عن بعض المصطلحات المشابهة له

يتشابه الخلع مع بعض المصطلحات المتقاربة له في المعنى ولعل أبرزها الطلاق على مال **(1)**، والتطليق **(2)**، وكذا الطلاق بالتراضي **(3)**، ويتشابه أيضا مع طلاق التمليك أو التفويض **(4)**.

1 – الفرق بين الخلع والطلاق على مال

إن كلا من الخلع والطلاق على مال تزول به عصمة الزوج عن زوجته، لذلك فقد اتفقا في بعض الأحكام واختلفا في البعض الآخر:

فأما الأحكام التي يتفقان فيها فهي: أن كلا من الخلع والطلاق على مال تنحل فيه الرابطة الزوجية بين الزوجين، ويشترط قبول الزوجة في كل منهما إذا كانت هي الملتزمة بدفع العوض والذي يكون دينا عليها حتى تؤديه ما لم يضمنه عنها غيرها.

أما الأحكام التي يختلفان فيها والتي ذكرها الحنفية تتمثل في:

أ- إن الخلع في مفهومه عبارة عن إنهاء عقد الزواج نظير عوض من الزوجة أو من غيرها بلفظ الخلع أو ما في معناه، أما الطلاق على مال فإن صيغته لا تكون إلا بلفظ الطلاق أوما في معناه، كأن يقول الزوج لزوجته :"طلقتك على ألف دينار أو أبنتك بألف"[1].

(1):محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 353، 354.

ب–الخلع مختلف في كونه طلاقا بائنا أم فسخا، وهذا ما سنتعرض له لاحقا، أما الطلاق على مال، فلا خلاف في كونه طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات[1].

ج– يرى الحنفية أن الطلاق على مال لا تسقط معه الحقوق الثابتة عند الزوجين على الآخر، لأن لفظ الطلاق لا يُبنى على البراءة منها ولا يظهر أثره المادي إلا بالنسبة لما نص عليها، بخلاف الخلع فإنه يسقط كافة الحقوق المالية المترتبة لأحد الزوجين على الآخر.

د– إذا طلق الزوج زوجته على عوض غير متقوم، بطّلت تسميته، كأن يطلقها على مقدارمن الخمر، فالطلاق واقع ويكون رجعيا، لأنه صريح يقع به الطلاق رجعيا، والزوجة لا يلزمها من ذلك أي شيء. أما في الخلع، فإذا بطل عوضه المسمى يقع الطلاق ويكون بائنا، لأنه كناية والكناية يقع بها الطلاق بائنا، وهذا عند الحنفية[2].

2– الفرق بين الخلع والتطليق

يتشابه التطليق والخلع في كونهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، ولا يثبتان إلا بحكم قضائي، وكلاهما شرّع لرفع الضرر عن الزوجة، إلا أنهما يختلفان في بعض الأمور تتمثل في الآتي:

أ –التطليق يوقعه القاضي بتوفر أحد أسبابه المنصوص عليها في المادة 53 من ت أ ج، بينما في الخلع فإنه يجوز للزوجة بموجب نص المادة 54 أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها القاضي بأية أسباب أو شروط .

ب – الخلع إجراءاته بسيطة وغير معقدة، أما التطليق فإجراءاته معقدة وطويلة نسبيا.

---

(1): منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وأثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2008 ، ص 58 ، 59 .

(2): أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون، دراسة تأصيلية في ضوء أقوال الفقهاء وأحكام القانون واتجاه القضاء، د.ط ، دار الإيمان للنشر والتوزيع ، إسكندرية مصر ، سنة 2002 ، ص 74.

ج – في التطليق تتسع السلطة التقديرية للقاضي، بحيث يتطلب على القاضي إجراء تحقيق ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج حتى يتسنى له الحكم بالتطليق أو رفضه اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من ت أ ج، بينما تضيق سلطة القاضي التقديرية في الخلع بحيث تنحصر في تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

د– بالنسبة للآثار، فإنهما يشتركان في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدّة ونفقتها ونفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، حضانة الأولاد، ونفقتهم وسكناهم، لكن ما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزاماته نحوها عند توافر أحد الأسباب الواردة في نص المادة 53 من ت أ ج، إلى جانب الحكم لها بالتطليق[1].

3– الفرق بين الخلع والطلاق بالتراضي

أباح للزوجين أن يتفقا على الطلاق من خلال ما يعرف بالطلاق بالتراضي، والذي يقصد به: "تمكين الزوجين بناءا على رغبتهما المشتركة أو بناءا على طلب أحدهما وموافقة الأخر أن يتطلّقا بتراضيهما بالإحسان وبدون خصام أو نزاع "[2]. بهذا المعنى يتشابه الطلاق بالتراضي مع الخلع الذي يتم بالاتفاق بين الزوجين، إلا أنهما يختلفان في كون الخلع الاتفاقي يكون بمقابل مال تدفعه الزوجة للزوج، في حين أن الثاني لا يشترط التزامات مالية على عاتق الزوجة[3].

(1): منصوري نورة، المرجع السابق، ص 122،124.

(2): بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، المرجع السابق، ص 259.

(3): FATIMA ZOHRA SAI, le khul'dans le code de la famille Algérien et la moudawwana marocaine, droit de la famille , regards croisés , laboratoire de droit et de nouvelle technologie,faculté de droit , oran,2007,N° 61

4- الفرق بين الخلع والطلاق التمليك أو التفويض

يعتبر الطلاق حقا مملوكا للزوج، وكل من ملك حقا كان له أن يباشره بنفسه أو أن ينيب عنه غيره في مباشرته، فإذا أناب الزوج عنه غيره في تطليق زوجته كان هذا توكيلا، وإذا أناب عنه زوجته في تطليق نفسها منه كان هذا تفويضا، فالتفويض هو:" تمليك الزوج زوجته أن تطلق نفسها منه سواءا أكان هذا التمليك حين عقد الزواج أي مقترنا بإيجابه وقبوله، أم بعده أي في أثناء قيام الزوجية[1].

بالرغم من أن تمليك الطلاق (التفويض) يمنح للزوجة إرادة في فك العصمة الزوجية، إلا أنه يختلف عن الخلع من حيث المفهوم، فالخلع كما قدمنا هو بذل الزوجة مالا لزوجها مقابل حل عقدة النكاح، في حين يراد بتفويض الطلاق: تمليك الزوج زوجته بأن تطلق نفسها منه بدون مقابل.

- يختلفان كذلك من حيث الصيغة التي يقع بها كل منهما، فالخلع يتم بلفظ الخلع أو ما في معناه، عكس الطلاق التمليك أو التفويض فإنه يتم بقول الزوج لزوجته: طلقي نفسك، أو أمرك بيدك...الخ.

- ومن حيث الأساس القانوني، فإن الخلع يجد أساسه في نص المادة 54 من ت أ ج، أما الطلاق التفويض أو التمليك فلم يتناوله المشرع الجزائري في تقنين الأسرة الجزائري[2].

(1): أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، قدم هذا البحث استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، سنة 2009، ص 40.

(2): عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2017، 2018، ص 226، 228.

الفرع الثاني: مشروعية الخلع

بداية نقول بأن الخلع عرف قبل الإسلام حيث أوقعه عامر ابن ظرب لما زوج ابنته من ابن أخيه عامر ابن الحارث بن الظرب، فنفرت منه فشكاها إلى أبيها، فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، فقد خلعتُها منكَ بما أعطيتَها[1]، أما في الإسلام فقد وجد خلاف محدود حول مشروعية الخلع، إذ ذهب جمهور الفقهاء إلى إجازته رغم اختلافهم حول أحكامه وآثاره، وذهب البعض إلى منعه، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل.

أولا: الرأي القائل بجواز الخلع

يرى جمهور الفقهاء أن الخلع جائز ومشروع ، فيجوز للزوجة أن تقدم مالا تفتدي به نفسها من زوجها، ويجوز للزوج قبول ذلك المال الذي بذلته المرأة في نظير الطلاق، وهذا عندما يخافا ألا يقيما حقوق الزوجية، وقد ثبتت مشروعية الخلع من الكتاب **(1)** والسنة **(2)** والإجماع **(3)**والقياس**(4)**.

1 – من الكتاب

ثبتت مشروعية الخلع من الكتاب بقوله تعالى:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** ﴾[2].

هذه الآية الكريمة رفعت ما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام من أن الرجل كان أحق برجعة امرأته وإن طلقها مائة مرة مادامت في العدّة ، فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله عز وجل إلى ثلاث طلقات، وأباح الرجعة في المرة الأولى والثانية،

(1):أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء 09 ، ص 395 .

(2): سورة البقرة، الآية 229.

وأبانها بالكلية في الثالثة، فقال تعالى:﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1].

بعد أن ذكر الله سبحانه وتعالى أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر الله أن أخذ المال من الزوجة محرم ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما[2]، فقال الله تعالى:﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾:أي لا يحل لكم أن تضاجروهن وتضيقوا عليهن ليفتدين منكم بما أعطيتموهن من أصدقة أو بعضه[3]، كما قال تعالى:﴿ **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**﴾[4].

لكن إذا وهبته المرأة شيئا مما أعطاه عن طيب نفس منها فقال تعالى:﴿**فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**﴾[5].

أما إذا ساءت العشرة بين الزوجين وازداد الشقاق، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها، ولا حرج عليها في بذلها ولا عليه في قبول ذلك منها[6]، وفي ذلك يقول تعالى:﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ونفي الجناح هنا يفيد الحل والجواز، فيكون الخلع مشروعا وجائزا.

(1): أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق:سامي بن محمد السلامة، المجلد الأول، د.ط، دار طيبة، د.س.ن، سنة 2002، ص 611.

(2):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 497.

(3):ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 612.

(4): سورة النساء، الآية 19.

(5): سورة النساء، الآية 04.

(6):ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 613، 614.

2 – من السنة النبوية الشريفة

ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع وإن كانت معظمها تدور حول قضية واحدة وهي خلع امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ تشكو زوجها إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث زيادة ألفاظ في بعضها أو اختلاف في سبب شكواها، وسنذكر البعض منها:

أ) عن عكرمة، عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس[1] أتت النبي ﷺ فقالت:" يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ:"أتردين عليه حديقته" قالت:نعم، فقال رسول الله ﷺ:" اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة"[2].

ب) في رواية أخرى عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت الرسول ﷺ فقالت:يا رسول الله لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا، إني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدّة – أي جماعة – فإذا هو أشدهم سوادا، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجها[3].

ج) عن أبي الزُّبَير أن ثابت بن قيس كانت عنده بنت عبد الله بن أبيٍّ ابن سلولَ وكان أصدقها حديقة، فكرهته، فقال النبي ﷺ:" أتردين عليه حديقته التي أعطاك" قالت:نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ:" أما الزيادة فلا، ولكن حديقته"، قالت: نعم، فأخذها له وخلَّى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس بن شماس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ"[4].

---

(1): وهو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس كان خطيب الأنصار ومن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يشهد بدرا وشهد أحدا وبيعة رضوان، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، أعلام النبلاء، الجزء 01، د.ط، مؤسسة الرسالة، سنة 2001، ص224 .

(2): صحيح البخاري، الجزء 05، ص 2021.

(3):أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء 09، ص 400.

(4): رواه البيهقي، الحديث رقم 14849، الجزء 07، ص 514.

د) روى مالك عن يحيى بن سعيد بن عمرة بنت عبد الرحمان أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن الرسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغَلَسِ، فقال لها رسول الله ﷺ: من هذه، فقالت :" أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله "، قال:" ما شأنك "، قالت:" لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها"، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس، قال له الرسول ﷺ:"هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر، فقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس:"خذ منها" وأخذ منها وجلست في بيت أهلها"[1].

دلّت الأحاديث السابقة على مشروعية الخلع، وأنه لا بأس من أن تفتدي المرأة نفسها من زوجها إن هي أبغضته ولم ترد البقاء معه، حيث أذن الرسول ﷺ لثابت ابن قيس في قبول العوض أو في أن يسترد ما أصدقها به ويخالعها بعد أن كرهت معاشرته.

3- من الإجماع

أجمعت الأمة في عصر الصحابة على جواز الخلع، ولم ينكره إلا بكر بن عبد الله المزني الذي قال أنه لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئا، وانعقد الإجماع بعده على اعتباره. جاء في المغني: قال بن عبد البر: ولا نعلم مخالفا إلا بكر بن عبد الله المزني، فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى:﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾[2].

(1): مالك ابن أنس، موطأ، الحديث رقم 1198، الجزء 01، مكتبة الفرقان، دبي، د.س.ن ص 424 .

(2): أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المّغني، الجزء 07، ط 01، مكتبة القاهرة، مصر، سنة 1989، ص 324 .

4- من القياس: استدل القائلون بجواز الخلع بالقياس، فقاسوا الخلع على البيع، كما قاسوا النكاح على الشراء، وقالوا أنه لما كان الزوج يملك حق الانتفاع بالبُضْع بعوض، جاز له أن يزيل ذلك الملك بعوض كذلك، كالشراء والبيع[1].

ثانيا: الرأي القائل بعدم مشروعية الخلع

أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكر بن عبد الله المزني[2] الذي اعتبر الخلع غير جائز، واستدل على عدم جواز الخلع بالكتاب**(1)** والسنة **(2)**.

1- من الكتاب: استدل المزني على عدم جواز الخلع من الكتاب بأن الخلع الوارد في قوله تعالى:﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ منسوخ بقوله تعالى:﴿**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا**﴾[3]، فقد نسخت هذه الآية حكم الخلع الوارد في الآية السابقة، فدلّ هذا على أن الخلع كان جائزا ثم نسخ وبقي على نسخه، فيكون غير جائز[4].

2- من السنة النبوية الشريفة: استدل بما روي عن ثوبان أنه قال رسول الله ﷺ:" أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[5]، وكذلك قولهﷺ: "المختلعات هن المنافقات"[6].

---

(1): أحمد خاتري ، المرجع السابق، ص 23.

(2): هو أبو عبد الله بن بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري من التابعين ومن كبار فقهائهم، روى عنه قتادة، توفي سنة 106هـ. عامر سعيد الزيباري،أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان، سنة 1997، ص 59 .

(3):سورة النساء، الآية 20.

(4):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي،الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، سنة 2003، ص 32، 34.

(5): أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي السلمي، سنن الترمذي، رقم الحديث:1187، الجزء 03، ص484.

(6): سنن الترمذي، الحديث رقم : 1186، الجزء 03، ص 483.

مناقشة رأي المزني:

إن ما استدل عليه أبي بكر بن عبد الله المزني من أن الآية وهي قوله تعالى:﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ منسوخة بالآية:﴿**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا**﴾، فلا وجه للنسخ[1] وذلك لأمرين:

الأمر الأول: إمكان الجمع بين الآيتين، ولا نسخ إلا إذا تعذر الجمع، فالآية الأولى تدل على أنه يجوز للرجل أن يأخذ من زوجته مالا إذا كانت كارهة له وتخاف لذلك عدم القيام بالواجبات الزوجية وتطلب الطلاق من غير أن يكون الرجل هو السبب فيه، أما الآية الثانية فهي تدل على النهي من أن يأخذ الزوج من صداق زوجته ليمهر به الثانية، وهذا إثم و بهتان.

الأمر الثاني:لم يثبت أن الآية الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى، وبالتالي فلا نسخ[2].

أما ما استدل عليه من السنة، فليس فيه أي وجه من الصحة، ذلك لأن الحديث الأول ليس فيه ما يفيد منع الخلع، لأن فيه وعيد على من تسأل الطلاق بغير بأس، وليس في البأس أعظم وأشد من أن تخاف المرأة ألا تقيم حدود الله في حق زوجها، أما الحديث الثاني فهو ضعيف ولا يقوى للاحتجاج به[3].

(1): النسخ هو رفع الحكم الشرعي بالدليل الشرعي المتراضي عنه، عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 60.

(2): المصري مبروك، المرجع السابق، ص 266، 267.

(3): جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 36.

المطلب الثاني: أسباب الخلع و حكمه والحكمة من تشريعه

بعد أن تبين لنا مشروعية الخلع وجوازه بصريح الكتاب والسنة وغيرها من المصادر، نستكمل دراستنا لمفهوم الخلع من خلال البحث عن الأسباب التي يقوم عليها الخلع **(الفرع الأول)**، ثم ننتقل لبيان الأحكام التي يوصف بها الخلع**(الفرع الثاني)** وبعدها نتناول الحكمة من تشريعه**(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: أسباب الخلع

من خلال عرضنا للأحاديث السالفة الذكر يمكن أن نستخلص بعض أسباب طلب الخلع والتي تكمن في الآتي:

1- خشية المرأة في تقصيرها في حقوق زوجها: وذلك ظاهر مما ورد في الحديث الأول من قول المرأة لزوجها:" ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام"، تعني أنها لا تريد مفارقته لسوء خُلقه ولا نقصان دينه، ولكنها تخشى إن أقامت عنده كفران العشير والتقصير فيما يجب له، وخافت أن تأتي ما تأثم به.

2- عدم إطاقة المرأة لزوجها.

3- كراهية الزوجة زوجها، دون أن يكون ذلك نتيجة سوء خلق منه، وهو ما ورد في الحديث الثالث الذي رواه أبو الزُّبَير.

4-عضل الزوج لزوجته بحيث يكره الزوج زوجته ولا يريد أن يطلقها، فيجعلها كالمعلقة، فتفتدي منه نفسها بمالها، وإن كان يحرم عليه فعل ذلك.

5 - شدّة الزوج وجفائه في معاملة زوجته وهذا ما يضطرها لطلب المخالعة.

6- دمامة خِلقَتِهِ، وهو ما ورد في الحديث الثاني الذي ذكرناه، حيث صرّحت الزوجة عند طلبها الفرقة من زوجها بدمامة خَلقه[1].

(1):عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، ط01، دار ابن فرحون للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2010، ص 47.

الفرع الثاني: حكم الخلع التكليفي

يختلف حكم الخلع باختلاف السبب المؤدي إليه، وباختلاف الطرف الذي يصدر منه الخلع، فقد يصدر طلب الخلع من الزوجة وهو الغالب، وقد يصدر من جانب الزوج، فما حكم طلبه من قبل كل منهما؟

أولا: حكم طلب الخلع من الزوجة

1- الإباحة :الأصل في الخلع أن يكون مباحا إذا كرهت الزوجة زوجها لخُلُقِه أو خَلْقِهِ أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حق الله تعالى في طاعته، فيجوز لها حينئذ أن تخالعه بعوض تفتدي نفسها منه لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾.

2- الكراهة :يكون الخلع مكروها من جهة الزوجة إذا كانت العلاقة الزوجية بين الزوجين مستقرة وحسنة، ولا يوجد ما يدعو إلى طلبه سوى أن الزوجة كان في نفسها ميل إلى غيره فرغبت في الخلع لتنكح غيره، فهذا الخلع مكروه لقوله ﷺ: "المختلعات هن المنافقات"[1]، أي التي تخالع زوجها لميلها إلى غيره.

3- الحرمة: يكون الخلع حرام إذا كان من غير ما بأس لقوله ﷺ:" أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"، ومن غير ما بأس هنا يعني من غير شدة تلجئها إلى طلب المخالعة، وهذا ما يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، ولأن فيه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة، وهذا لا يجوز شرعا لقوله ﷺ:" لا ضرر ولا ضرار "[2].

(1): أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2004، ص 115، 118.

(2):عبد السلام عبد القادر، (الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة) ، مقال منشور في مجلة الإحياء، تصدر عن جامعة باتنة 01، الحاج لخضر، المجلد 10، العدد 01، سنة 2008، ص 573.

ثانيا: حكم طلب الخلع من الزوج

قد يكون طلب الخلع من الزوج مباحا كما قد يكون حراما.

1 –الإباحة:يباح للزوج طلب المخالعة من زوجته على مال تدفعه له إذا رأى منها ما يدعو إلى ذلك كنشوزها، أو اتيانها بفاحشة مبينة، أو تركها فرض صلاة أو صوم أو نحو ذلك، فالخلع صحيح لقوله تعالى:﴿ **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾[1].

2 –الحرمة:يكون الخلع حراما بالنسبة للزوج إذا عضل زوجته وأضرّ بها لأجل أن تفتدي منه وتطلب الخلع، فهذا الخلع حرام باتفاق الفقهاء لقوله تعالى:﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾[2]، فإن وقع هذا الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء وظهر قولان:

القول الأول: الخلع باطل والعوض مردود، وبه قال ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم ابن محمد وعروة ابن شعيب وغيرهم، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية[3]، واستدلوا بقوله تعالى:﴿ **وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا**﴾، وقوله تعالى:﴿**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾، ولأن عوض أُكرِّهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة [4].

(1):عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 573.

(2): سورة البقرة، الآية 231.

(3):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 47.

(4): ابن قدامة، المّغني، المرجع السابق، الجزء 07، ص 327.

القول الثاني :العقد صحيح والعوض لازم، وهو آثم عاص، وهو قول أبي حنيفة، وذلك لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به، والزوج من أهل الإسقاط، والمرأة من أهل المعاوضة[1].

الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الخلع

تقوم الحياة الزوجية على دعائم وأسس تضمن لها النجاح والصلاح، فإذا تهدّمت تلك الدعائم وتلاشت هذه الأسس، تصبح الأسرة بناءً هشًّا لا يتحقق منه الغاية من الزواج وهي الدوام والاستقرار، فإذا شعرت المرأة ببغضها لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت أن لا تقيم حدود الله في طاعتها لزوجها، مُنِح لها الحق في طلب الخلع، كما منح للرجل الحق في إيقاع الطلاق، فالنساء شقائق للرجال:﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾[2].

شرِّع الخلع إذن لرفع الضرر عن الزوجة ولتمكينها من الخلاص من زوجية انعدمت فيها أسس المودة والرحمة، فالمرأة مثلها مثل الرجل تملك مشاعر وعواطف وتحس مثلما يحس الرجل، فربما تكون هي من تحس بالنفرة من زوجها ومن الحياة معه، لذلك فإن الشارع الحكيم مثلما جعل الطلاق بيد الرجل إذا أحس بنفرته من زوجته، كذلك شرّع الخلع للزوجة لتفتدي نفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له/[3]

في هذا السياق يقول إبن رشد الحفيد في بداية المجتهد :" والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (أبغض) المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"[4].

(1):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 48 .

(2): سورة البقرة، الآية 228.

(3):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 63.

(4):ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 450.

المطلب الثالث: تكييف الخلع

نتعرض من خلال هذا المطلب لمسألة أهملها المشرع الجزائري ولم يوضح موقفه بشأنها ويتعلق الأمر بالطبيعة القانونية للخلع، وسنحاول تحديد هذه الطبيعة من خلال الإجابة على الأسئلة الآتية: هل يعتبر الخلع طلاق أم فسخ، وهل يعتبر عقد يتم بتبادل الإيجاب والقبول أم أنه تصرف انفرادي بيد الزوجة؟ وهل يصنف على أنه عقد من عقود المعاوضة أم لا ؟.

الفرع الأول: تكييف الخلع من حيث كونه فسخا أم طلاق

الأصل في كل فرقة تمت بين الزوجين أن تكون طلاقا، إلا أن الخلع نظرا لما يرافقه من عوض وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي، وأنه غالبا ما يكون بطلب من الزوجة، كل هذه الأمور أدت إلى وقوع اختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة، هذا ما سنتعرف عليه(**أولا**) ثم نوضح موقف المشرع الجزائري (**ثانيا**).

أولا: الموقف الفقهي

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الخلع، فمنهم من قال إن هذه الفرقة طلاق بائن (**1**) ومنهم من قال إنها طلاق رجعي (**2**) ومنهم من قال أنه بائن وينقلب رجعيا(**3**) ومنهم من قال أنه فسخ (**4**) وفي الأخير نتعرف على ثمرة الخلاف وفائدته (**5**).

1 – الخلع طلاق بائن

ذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والحنفية والشافعية ورواية عن أحمد إلى اعتبار الخلع طلاق بائن ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، واستدلوا بمايلي:

أ- بما رواه عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي ﷺ فقالت:" يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: "أتردين عليه حديقته" قالت :نعم، فقال رسول الله ﷺ:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ". ووجه الدلالة أن الرسولﷺ عندما خاطب ثابت ابن قيس قال له:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، مما يفيد أنه ﷺ اعتبره طلاقا لا فسخ[1].

ب- استدلوا بالمعقول فقالوا بأن الخلع طلاق بائن،لأنه من كنايات الطلاق، ولأنه طلاق بعوض، وقد ملك الزوج العوض بقبولها، فلابد أن تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن، فيكون طلاق بائن، ولأنها إنما بذلت العوض لتخلص نفسها من زوجها ولا تتخلص إلا بالبائن [2].

2 – الخلع طلاق رجعي: قال ابن المسيب والزهري أن للزوج الخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له، وبين ردّه وله الرجعة، وبهذا الرأي أخذ الظاهرية فقالوا أن الخلع طلاق رجعي[3]، فقد صرّح ابن حزم قائلا:" وهو طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثا، أو آخر ثلاث أو تكون غير موطوءة، فإن راجعها في العدّة جاز ذلك أحبّت أم كرهت، ويرد ما أخذ منها إليها"[4].

ما يستخلص من قول ابن حزم أن الخلع عنده هو طلاق رجعي، فالطلاق البائن بحسب نظره هو المكمل لثلاث، والذي يتم قبل الدخول، وفيما عداه فهو طلاق رجعي.

(1):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 592، 593.

(2):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 226.

(3):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 596.

(4): المحلى لابن حزم، الجزء 10، ص240.

3 – الخلع طلاق بائن ينقلب رجعيا

قال الزيدية أن الخلع طلاق بائن ولكنه ينقلب رجعيا إذا اختلت بعض شروطه، وإذا اختل قيد من القيود التي اعتبرت في الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه، فإنه يصبح رجعيا، والأمثلة على ذلك كثيرة :كأن يطلقها بغير عوض سواءا كان عمدا أو سهوا، أو أن يكون العوض من غير مال، أو أن يكون العوض من الزوجة وهي غير ناشزة، وأضاف بعض الفقهاء ما إذا خالعها وهي غير صحيحة التصرف فينقلب الخلع رجعيا، وكذلك إذا كان العوض أي بدل الخلع أكثر من المهر[1].

4 – الخلع فسخ وليس طلاق

وهو رواية عن أحمد ابن حنبل والشافعي في أحد أقواله وقول ابن عباس وعكرمة وإسحاق وطاووس وأبو ثور، واستدلوا بالكتاب **(أ)** والسنة **(ب)** والمعقول **(ج)**.

أ– من الكتاب

استدل هذا الفريق لما ذهب إليه من القرآن بقوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾، ثم قال تعالى:﴿**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**﴾[2].

ووجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ"، ثم ذكر بعده الافتداء:" فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"، ثم ذكر الطلقة الثالثة:" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"، فلو كان الخلع طلاقا، لكان عدد الطلقات هنا

(1): إلغات ربيحة، (الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا)، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، سنة 2009، ص 327.

(2): سورة البقرة، الآية 230.

حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعا، وهذا غير صحيح، لأن الطلاق مرتان تحل بعدها المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا غيره، فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها أو توفي عنها، فتحل لزوجها الأول[1].

ب- من السنة النبوية الشريفة

استدلوا من السنة النبوية الشريفة أنه فسخ بما روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها في عهد الرسول ﷺ فأمرها النبيﷺ أن تعتد بحيضة وهذا دليل على أن الخلع فسخ لا طلاق، فلو كان طلاقا لأمرها أن تعتد بثلاث حيضات لقوله تعالى:﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**﴾[2].

استدلوا أيضا برواية عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعيد بن أبي وقاص سأل النبي ﷺ فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها ؟ قال ﷺ:"نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق"[3].

ج – من المعقول:

إن الآثار المترتبة على الخلع تختلف عن أحكام الطلاق، وقد ذكر ابن القيم في زاد المعاد هذه الفروقات فقال:"والذي يدل على أنه ليس بطلاق أنه سبحانه وتعالى رتّب على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام كلها منتفية في الخلع:

الأول: أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

الثاني: أنه محسوب من الثلاث(طلقات)، فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد دخول الزوج وإصابته.

الثالث: أن العدّة ثلاثة قروء.

---

(1): منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 64 .

(2): سورة البقرة، الآية 228.

(3):القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص 133، 134.

وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدّة فيه حيضة واحدة (وهذا أقوى دليل)، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين ووقوع الثالثة بعدها، وهذا ظاهر جدا في كونه ليس بطلاق[1].

5 – ثمرة الخلاف و فائدته

تظهر ثمرة هذا الخلاف بين الفقهاء وفائدته في النقاط التالية:

أ– من قال بأن الخلع فسخ، فإن للرجل المخالع أن يعيدها بعقد نكاح ومهر جديدين وإن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وعلى هذا فهي تعود إليه بعقد نكاح جديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

أما إذا قلنا أن الخلع طلاق بائن، فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها، فإن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعها، ثم عقد بنكاح جديد عليها، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط. وإن لم يكن قد طلقها قبل الخلع، ثم خالعها ثم أعادها بعقد نكاح جديد، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها تطليقتين، لأن مخالعته لها قد اعتبرت تطليقة بائنة أنقصت من عدد الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة، فبقيت له عليها طلقتان، فتعود إليه وهو يملك عليها طلقتين[2].

ب– إن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها، فلا توجب لها أي شيء سواءا كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة.

(1):ابن القيم، عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء 04، ط 02، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان ، د. س.ن ، ص36.

(2): سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 153.

ج- معظم الذين جعلوا الخلع طلاقا قالوا أن عدّة المختلعة هي عدّة الطلاق، ومن جعلوه فسخا قالوا بأن عدّة المختلعة حيضة، إلا الإمام إبن حنبل الذي قال أن عدّة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسخا[1].

بعد التعرض لكل هذه الآراء نرجح الرأي القائل بأن الخلع طلاق بائن وليس فسخ، وذلك لأن حديث الرسول ﷺ جاء صريح حيث استعمل فيه لفظ الطلاق لا الفسخ، كما أن الزوج يملك إيقاع الطلاق وليس الفسخ، وهو ليس بطلاق رجعي، لأن الزوجة بذلت العوض لتخلص نفسها من زوجها الذي باتت تكره العيشة معه، ولا تتخلص منه إلا بالبائن.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من المسألة الخلع طلاق أم فسخ

فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من طبيعة الخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإنه لم يبين موقفه صراحة، ولكن يمكن أن نستخلص موقفه من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري، حيث يظهر بأنه اعتمد رأي الجمهور القائل بأن الخلع طلاق وليس فسخ، إذ نجد أن المشرع الجزائري خصّص الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان:" النكاح الفاسد والباطل"، وذلك من خلال المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه.

بالرجوع إلى نص المادة 32 نجدها تناولت الزواج الباطل وجعلت البطلان يتقرر في حالة إذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وإذا اختل ركن الرضا طبقا لنص المادة 33 فقرة أولى وأن هاته الأخيرة أكدت في فقرتها الثانية على أنه يفسخ عقد الزواج إذا تخلف شرط من شروطه (وهي الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه) إذا لم يتم فيه الدخول ولا صداق فيه، وكذلك الأمر بالنسبة للزواج

(1): منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 67 .

بإحدى المحرمات والذي رتّب عليه المشرع الفسخ سواءا قبل الدخول أو بعده طبقا لنص المادة 34 من ت أج.

لم يدرج المشرع تحت هذا الفصل أي مادة تتحدث عن حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع إذ اكتفى بالحديث عن الفسخ الذي يلحق عقد الزواج الفاسد أو مسألة البطلان في حالة تخلف ركن الرضا.

أما الطلاق فقد نظمه المشرع الجزائري في الباب الثاني تحت عنوان:" انحلال الزواج"، وتطرق لطرق انحلال الرابطة الزوجية من خلال المادة 48 من الفصل الأول المعنون "بالطلاق" والتي تنص:"**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون** ".

نجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ، وهذا هو الصواب، لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد، ويتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف في الخلع إذ يرّد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية[1].

إن اعتبار الخلع طلاق لا فسخ أمر استقر عليه قضاء المحكمة العليا وهو ما جسده القرار الصادر بتاريخ 1969/03/12 والذي قضى فيه المجلس الأعلى بأنه:" ليس

(1):باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 68، 69.

الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين..."[1].

في قرار آخر قضت المحكمة العليا بأنه:" لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا سواءا اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"[2].

الفرع الثاني: تكييف الخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة

نبحث في هذا الفرع عن طبيعة الخلع من حيث كونه يمينا أم معاوضة عند فقهاء الشريعة الإسلامية **(أولا)**، ثم نتناول موقف المشرع الجزائري **(ثانيا)**.

أولا:التكييف الفقهي للخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة

اختلف الفقهاء في صفة الخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة، فاعتبر جمهور الفقهاء الخلع معاوضة **(1)**، بينما اعتبره أبو حنيفة يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة **(2)**.

1 – موقف جمهور الفقهاء

اعتبر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن الخلع معاوضة بين الزوجين، ومقتضى ذلك أن الحكم فيه من حيث الإيجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات، فيجب أن يكون القبول في المجلس، فإن قامت من مجلسها بطل الإيجاب، وأن يكون الإيجاب موافق للقبول، فإذا قال لها خلعت ثلاثا بألف فقالت قبلت بواحدة بثلث الألف لم يلزم الطلاق[3].

---

(1): المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار الصادر بتاريخ 1969/03/12، مجلة الأحكام، المجموعة الأولى، الجزء 01، ص 170، 172 .

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، القرار الصادر بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 3652444، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2007، ص 467.

(3):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 520.

إلا أن الشافعية قالوا بأن الخلع معاوضة فيها شَوْب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة[1]، فللزوج حينئذ أن يرجع عن إيجابه قبل قبول زوجته لأن هذا شأن المعاوضات، ويشترط في القبول أن يكون بكلام فوري غير منفصل عن الإيجاب بأي كلام آخر أو يفصله عن الإيجاب زمن طويل، وإذا خالف القبول الإيجاب كان لغوا، ولا يحق للزوج الرجوع عن إيجابه إلا في حالة واحدة وهي أن تكون صيغة الخلع بصيغة التعليق[2].

2 – موقف الإمام أبو حنيفة

إن الخلع وإن كان لا يتم إلا بإيجاب وقبول إلا أن أبا حنيفة لم يعطه حكم المعاوضة من الجانبين، بل أعطاه حكم اليمين من جانب الزوج، و حكم المعاوضة من جانب الزوجة.

أ- الخلع يمين من جانب الزوج

يترتب على اعتبار الخلع يمين من جانب الزوج الآثار التالية:

-إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج، فإن قال لها: خالعتك على مائتي دينار، فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوجة، لأن قوله في هذا المعنى تعليق الطلاق، والطلاق المعلق كالمنجز لا يصح الرجوع عنه.

-أنه لو قام من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه، فلو قبلت في مجلسها بعد قيامه تم به الخلع، لأنها مقيدة بمجلسها هي لا المجلس الذي تم فيه الإيجاب.

(1): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، الجزء 07 ، ص 487، 488.

(2):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 523.

– أن للزوج تعليق إيجابه في الخلع على شرط، كما يجوز أن يضيفه في زمن المستقبل، كأن يقول لزوجته خالعتك على مبلغ كذا إن تزوجت عليك، أو يقول لها :خالعتك غدا أو أول الشهر على مبلغ كذا، فإذا قبلت الزوجة صح الخلع .

–لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع كأن يقول لها : خالعتك على كذا على أن لي الخيار ثلاثة أيام، لأن الخلع يمين من جانبه، والخيار لا يكون في الأيمان، في حين لو كان الخلع في جانبه معاوضة يصح الشرط ويكون له ما اشترط[1].

ب– الخلع معاوضة من جانب الزوجة

يترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي :

– للزوجة إذا أوجبت وقالت لزوجها :" خالعت نفسي منك على مبلغ كذا " فلها أن ترجع عن إيجابها قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول.

–لابد من قبول الزوجة في مجلس الإيجاب من الزوج إن كانت حاضرة، أو تقبل في مجلس علمها، أما إن قامت من المجلس بعد سماعها كلمة المخالعة أو بعد علمها به بطل الإيجاب، فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق .

–اشتراط الزوجة لخيار الشرط في إيجابها أو قبولها جائز، فلو قال لها خالعتك على مبلغ كذا، فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام، فقد قال أبو حنيفة أن الخيار شرط يلزم، ويكون لها الخيار ثلاث أي لها حق الفسخ في هذه المدة، وحجة أبو حنيفة أن الخيار شرط يدخل المعاوضات المالية، والتصرف من جانبها معاوضات مالية فلها أن تشترط.

–لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع أو تضيفه إلى زمن مستقبل، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.

(1):محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 330، 331.

-لا تلزم الزوجة ببدل الخلع إلا إذا كانت أهلا للتبرع، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة، لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة ففيه شبه بالتبرعات[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة تكييف الخلع بين اليمين والمعاوضة

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84-11 لمسألة الخلع على أنه يمين أم معاوضة، حيث اكتفى في المادة 54 من ت أ ج بنص على أنه:" **يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه** ... ".

إن هذا الغموض الذي اعترى هذه المادة جعل بعض شراح القانون الذين يميلون إلى اعتبار الخلع عقد لا يتم بدون إرادة الزوج يتبنون موقف الحنفية ويقولون بأن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة[2].

يقول الأستاذ العربي بلحاج في هذا السياق :" إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغ من المال لقاء طلاقها فقبلت، وتم ذلك إيجاب وقبول سمي هذا مخالعة ، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علّق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية"[3].

لكن المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 فصل في أمر التكييف الفقهي للخلع حينما عدّلت المادة 54 منه ونصت على أنه :"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ..."، وبذلك فلا حاجة لمجلس العقد ولا أي إيجاب من الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول من الزوج[4].

(1):بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 395، 396.

(2):أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2010، ص 218.

(3): بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، المرجع السابق، ص 263، 264.

(4): باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 67.

الفرع الثالث: تكييف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيا أم تصرف انفرادي للزوجة

لعل أهم إشكال يطرحه موضوع الخلع والذي ثار بشأنه جدل كبير يتعلق بطبيعته العقدية، بمعنى هل هو عقد رضائي يتم بين الزوجين أم أنه تصرف انفرادي من الزوجة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال معرفة موقف الفقهاء من رضائية الخلع(**أولا**)، ثم نتعرف على موقف المشرع والقضاء الجزائري (**ثانيا**)لنصل لدراسة موقف بعض التشريعات المقارنة من المسألة (**ثالثا**).

أولا:الموقف الفقهي

ذهب غالبية الفقهاء إلى اعتبار الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين يتم باتفاقهما ويتوقف على إيجاب وقبول منهما (**1**) ولم يخرج على هذا الإجماع إلا فئة قليلة من الفقهاء الذين اعتبروا أن الخلع تصرف انفرادي من طرف الزوجة (**2**) في حين منح بعض الفقهاء للقاضي إمكانية جبر الزوج على الخلع (**3**).

1 – الخلع عقد رضائي بين الزوجين

الأصل في الخلع أن يتم بتراضي الزوجين، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، والسبب في اعتباره عقد أنه يتوقف عليه سقوط حق الزوج قبل زوجته لذلك لابد من رضاه، ويترتب عليه أيضا إلزام الزوجة بالعوض المتفق عليه، لذلك لابد من رضاها أيضا، كما أن تسمية الخلع في القرآن الكريم وردت بلفظ "الفدية"، وهذا دليل كما قال ابن القيم على أن فيه معنى المعاوضة، ولهذا يعتبر فيه رضى الزوجين[1].

فإذا طلبت المرأة الخلع فإن الزوج لا يجبر على إجابتها به وإنما يكون ذلك لاختياره ورضاه، لأن الخلع كما قلنا عقد معاوضة يعتمد التراضي بين الزوجين، ولأن

(1):ابن القيم، المرجع السابق، ص 153. شوقي البناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 4، سنة 2008، ص14.

الزوج لما كان ممنوعا من إجبار المرأة على دفع العوض لافتداء نفسها وإجبارها على الخلع، كان الزوج كذلك غير مجبر على قبول العوض[1].

2- الخلع تصرف انفرادي بيد الزوجة

خلافا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ظهر رأي آخر يرى بأن الخلع بيد الزوجة تأسيسا على أن الطلاق بيد الرجل، فإذا كان الرجل يملك الطلاق ويوقعه بصورة انفرادية، فإن في مقابل هذا تملك المرأة الخلع ولها أن توقعه بصورة انفرادية، ولا تحتاج فيه لموافقة الزوج، كما لا يحتاج الزوج إلى موافقتها عند الطلاق[2].

هذا الرأي قال به الفقيه إبن رشد الحفيد، حيث قال في كتابه بداية المجتهد:" والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"[3].

كان هذا القول محل انتقاد عدد كبير من الفقهاء ومنهم المستشار أحمد نصر الجندي، حيث قال في كتابه من فرق الزوجية:"القول بأن الطلاق بيد الرجل والخلع بيد المرأة قول فاسد شرعا، فقد دلّت آيات القرآن الكريم على أن الطلاق بيد الرجل ويستقل به ويطلق بنفسه، فقال الله سبحانه وتعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾[4]، وقال أيضا:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ**﴾[5]، فالآيات القرآنية تخاطب الرجل في شأن الطلاق وجعلت الطلاق لمن نكح، لأن له الإمساك وهو الرجعة، فالطلاق بيد الرجل شرعا وبقيود وضوابط وضعها الله عز وجل .

---

(1): جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص137.

(2) : شوقي البناسي، المرجع السابق، ص 17.

(3): ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 450 .

(4): سورة الطلاق، الآية 01.

(5): سورة الأحزاب، الآية 49.

وقد جاء رجل إلى الرسول ﷺ قائلا:" يا رسول الله سيدي زوجني أمّته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، فصعد رسول الله ﷺالمنبر فقال :" يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمّته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق "، فلم يرد بالقرآن الكريم ولا بأحاديث رسول الله ﷺ ولا بأقوال صحابته أن زوجة أنهت العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها إلا بتفويض منه باعتبار أن الطلاق بيده وليس بيدها، أو بحكم من القاضي ينوب عن الرجل في ذلك..."[1].

3- مدى إمكانية جبر القاضي للزوج على الخلع

إذا لم يحصل الاتفاق بين الزوجين على الفرقة ورفعت الزوجة دعوى إلى القضاء طالبة التفريق لقاء عوض تدفعه للزوج، ورفض الزوج طلبها فهل يمكن للقاضي إجباره على الخلع؟ إن هذا التساؤل كان محل خلاف كبير بين الفقهاء، فمنهم من منع تدخل القاضي لإجبار الزوج على الخلع، بينما أجاز البعض أن يتدخل القاضي ليجبر الزوج على الخلع.

أ - الرأي القائل بعدم جواز إجبار القاضي للزوج على الخلع

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز للقاضي شرعا أن يجبر الزوج على الخلع وإنما يستحب للزوج أن يفارق زوجته إذا رأى أنها تبغضه ولا تطيق العيش معه.

احتج الجمهور الفقهاء بقوله تعالى:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾، فقد بينت الآية الكريمة أنه يحل للزوجين الخلع إذا خافا عدم إقامة حدود الله، فيحل للزوجة دفع المال، ويحل للزوج قبوله، وليس في الآية الكريمة ما يدل على إجبار أحدهما فيما هو له، فلا تجبر الزوجة على دفع العوض، ولا يجبر الزوج على قبول الخلع[2].

(1): أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، المرجع السابق، ص 110، 111.

(2): جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 137 .

استدلوا كذلك من السنة بقوله ﷺ لثابت ابن قيس:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، وأمره ﷺ هنا لثابت بن قيس إنما هو للإرشاد والإصلاح لا للإيجاب والإلزام[1].

من المعقول قاسوا الخلع على الطلاق، فكما أن الطلاق حق للزوج لا يصح أن يكره على إيقاعه، فكذلك الخلع لا يحق لأحد أن يكره الزوج على القيام به، كما أن خلع المكره لا يقع قياسا على أن طلاق المكره لا يقع، بالإضافة إلى أن الخلع فيه معنى المعاوضة، وعقد المعاوضة لابد فيه من رضا الطرفين حين انعقاده، ولذا فلا يجوز إلزام الزوج به دون رضاه[2].

ب – الرأي القائل بجواز إجبار القاضي للزوج على الخلع

قال بعض الفقهاء بأنه يجوز للقاضي بما له من ولاية الحكم بين الناس إلزام الزوج بالمخالعة كلما وجد الشقاق، واستدلوا بقوله تعالى:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾، ومعنى قوله تعالى أنه يجب على الزوج أحد الأمرين:إما الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان، وهنا تعذر الإمساك بمعروف لطلب الزوجة الفراق، فيتعين على الزوج التسريح بإحسان.

كما استدلوا بقول الرسولﷺ لثابت ابن قيس:"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فقالوا أن أمره ﷺ للإيجاب والإلزام، وليس أمر إرشاد وتوجيه كما قال جمهور الفقهاء، وذلك لأن المعنى الأصلي لصيغة الأمر هو طلب المأمور به على سبيل الإلزام والحتم، أما غيره من المعاني فإنه يستفاد من سياق الكلام وقرائن الأحوال، وليس هنا قرينة تصرف الأمر من إيجاب إلى غيره، كما أن النبيﷺ قد أمر ثابتا بتطليقها بكونه قاضيا وحاكما لا بكونه نبيا مرشدا، وإلا لسأله هل ترضى بأن تطلقها، أو قال :" طلقها تطليقة إن شأت"[3].

(1): أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء 09، ص312.

(2):شوقي البناسي، المرجع السابق، ص 15.

(3):رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 526، 527 .

كما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "إذا أرادت النساء الخلع فلا تكفروهن"، وهذا دليل على أنه يجب للزوج أن يستجيب لطلب الزوجة إذا أرادت الخلع[1].

هذا وقد أجاز الإمام مالك إذا ثبت النشوز من قبل الزوجة وقالت أنها لا تطيقه أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة الحكمين على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من مال، فقد قال الإمام مالك في الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل والمرأة، حتى لا تثبته بينهم بينة، ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا في أمرهما واجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، وإلا فرقا بينهما، وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا "[2].

ممن أشار إلى هذا الرأي شيخ الإسلام ابن تيمية، فقد سئل رحمه الله عن امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه، وقالت له :إن لم تفارقني وإلا قتلت نفسي، فأكرهه الولي على الفرقة وتزوجت غيره، وقد طلبها الأول، وقال:إنه فارقها مكرها، وهي لا تريد إلا الثاني؟ أجاب شيخ الإسلام قائلا:" إن كان الزوج الأول أكرّه على الفرقة بحق مثل أن يكون مقصرا في واجباتها، أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة، والنكاح الثاني صحيحا، وهي زوجة للثاني. وإن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة، بل إذا أبغضته وهو محسن إليها، فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل، وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح الفسخ[3].

(1):رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 527 .

(2):محمد أبو زهرة، إصلاح الأسرة، المرجع السابق، ص 22.

(3):ابن تيمية، فتاوى الزواج وعشرة النساء، تحقيق فريد بن أمين الهنداوي، د.ط ، دار الشهاب الجزائر، سنة 1991، ص 249 .

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم يمكن أن نستنتج موطن الخلاف الرئيسي الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء في مدى إمكانية إجبار القاضي للزوج على الخلع، إذ يرجع أساسا إلى اختلافهم في أمرين: اختلافهم في فهم المراد بقوله تعالى:﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾، فهل الخطاب في الآية الكريمة للحكام أم للأزواج؟ فمن فهمه خطابا للحكام قال بمشروعية إلزام الحكام للأزواج بالمخالعة، ومن فهمه خطابا للأزواج قال بوجوب موافقة الزوج على الخلع إذا طلبته المرأة، وأنه لا يجوز للقضاة إيقاع الفرقة إلا إذا رضى الأزواج ووافقوا على ذلك.

واختلافهم كذلك في فهم دلالة الأمر النبوي الوارد في قصة ثابت بن قيس وفيها قوله ﷺ:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فهل هذا الأمر كان للإرشاد والتوجيه، أم للحتم والإلزام، فمن فهم من الفقهاء أن الأمر قد كان توجيها منه وإرشادا اشترط موافقة الزوج لحصول الخلع ولم يجز إيقاع الفرقة عليه دون رضاه أو موافقته، ومن فهمه حتما وإلزاما، قال بجواز إيقاع القضاة للفرقة دون رضا الزوج وموافقته.

ثانيا: موقف المشرع والقضاء الجزائري من مسألة رضائية الخلع

عرف موقف المشرع الجزائري تذبذبا واضحا في تحديده لطبيعة الخلع من حيث كونه تصرف يتم بتراضي الزوجين أم بإرادة الزوجة، وتجسد ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا، حيث تأثر في البداية بموقف جمهور الفقهاء واعتبر أن الخلع عقد رضائي بين الزوجين، وأن موافقة الزوج عليه أمر ضروري، ثم عرف موقفه انقلابا جذريا ابتداءا من سنة 1992، وتجسد ذلك من خلال نص المادة 54 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05، وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة موقف المشرع الجزائري **(1)** ثم نتعرض لموقف القضاء الجزائري**(2)**.

1- موقف المشرع الجزائري من المسألة رضائية الخلع

نظّم المشرع الجزائري الخلع في المادة 54 من القانون رقم 11/84 والتي اتسمت بالغموض في صياغتها، فلم تحدد ما إذا كان الخلع عقدا رضائيا يتطلب رضى الزوجين معا أم تصرفا انفراديا من جانب الزوجة **(أ)**، لكن بعد تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 02/05 فصل المشرع في المسألة وأجاز للزوجة الخلع دون موافقة الزوج **(ب)** .

أ-موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 من القانون رقم 11/84

تناولت المادة 54 من القانون رقم 11/84 مسألة الخلع فنصت على أنه:" **يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم**".

لم يوضح المشرع الجزائري موقفه فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح فيما لو كان لرضى الزوج اعتبار أم لا.

أمام سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع كحق أصيل للزوجة أم عقد رضائي جعل الفقهاء والقضاة يرجعون إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من ت أج التي تنص:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية**"، فتم تفسير النص المذكور بأنه أوجب تراضي الزوجين حول مبدأ المخالعة.

استنتج بعض فقهاء القانون رضائية الخلع ومنهم الأستاذ فضيل سعد وذلك من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة 54 المذكورة ،حيث صرّح قائلا :" عندما نستعمل لفظ خالع، فهو مزيد بحرف على وزن فاعل بمعنى بادل، وفيه تفاعل الطرفين وتوقف حصول الفعل على إرادتهما بأن تكون هي البادئة وهو المكمل أو هو البادئ وهي المكملة، إذ لا حصول للفعل بدون إرادتهما، وعلى هذا فإما أن تكون هي الموجبة وهو القابل، أو هو الموجب وهي القابلة "[1].

(1): فضيل سعد، المرجع السابق، ص 306.

يتفق الأستاذ العربي بلحاج مع فضيل سعد على أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج وموافقته الصريحة، فقد اعتبر بأن :"الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بإيجاب وقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، أو ما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما، فالخلع ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة[1].

كما تبنى الأستاذ عبد العزيز سعد هذا الاتجاه إذ يرى بأن :"الخلع عقد رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناءا على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة.

أضاف قائلا :" ... وبالنسبة إلى تدخل القاضي من أجل الحكم بانحلال الزواج بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها دون توفر موافقة الزوج، فإنه بإمكان أن نقول أن مثل هذا الحكم هو حكم يمكن أن يوصف بأنه حكم تعسفي ومتحيز ولا أساس له في الشرع ولا في القانون ويعتبر من قبيل إجبار الزوج على التطليق دون أي مبرر شرعي ولا قانوني ويعتبر خرقا لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع ومخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية "[2].

إلا أن هناك اتجاه آخر قال بعكس ذلك فأجاز للزوجة اللجوء إلى الخلع دون موافقة الزوج على أساس أن المشرع في نص المادة 54 من ت أ ج ركزّ على أن يكون الاتفاق بين الزوجين منصبا على المال كمقابل للخلع، وفي حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي.

(1):بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، المرجع السابق، ص 298 .

(2):عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 248، 249، 253.

هذا ما صرّح به الأستاذ آث ملويا قائلا :"يلاحظ من المادة 54 أن إزالة عقد النكاح بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة ولا حاجة لصدور قبول من الزوج، حيث أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع لكن بالمال المفتدى به أي مقدار المال الذي تفتدي به الزوجة"[1].

نحن نرى بأن الصياغة التي جاءت بها المادة 54 من القانون رقم 11/84 تجعل من الخلع تصرف بيد الزوجة ولا دخل لإرادة الزوج فيه، لأن المشرع استعمل عبارة :" تخالع نفسها"، وهي تؤكد اتجاه المشرع نحو جعل الخلع حق إرادي للزوجة، أما الاتفاق فهو يخص مقابل الخلع فقط.

ب – موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 المعدلة بالأمر رقم 02/05

من بين المستجدات التي جاء بها الأمر رقم 02/05 هو تعديله لنص المادة 54 من القانون رقم 11/84 بموجب المادة 14 منه وأصبح نصها على النحو التالي:" **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".

حسم المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 المعدلة موقفه بشأن طبيعة الخلع، فجعله يتم بإرادة الزوجة وحدها، حيث أضافت المادة عبارة "دون موافقة الزوج"، هذه العبارة دلالة صريحة على تبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضى الزوج ويمكن للقاضي أن يجبر هذا الأخير على الخلع إذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقول ابن رشد الحفيد

(1): لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء01 ، د. ط ، دار هومه الجزائر، سنة 2005، ص 419.

الذي قرر بأن على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في الخلع متى ما طلبت ذلك ورفض زوجها.

إن هذا التعديل جاء لتكريس اجتهادات المحكمة العليا والتي عرفت تغييرا جذريا منذ سنة 1992، حيث أصبحت تعتبر الخلع حقا للزوجة تستعمله وقت ما تشاء، وبذلك تم تقرير المساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية.

لكن في الحقيقة فإن السبب الرئيسي وراء هذا تغيير في موقف المشرع الجزائري هو مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المسماة :"اتفاقية سيداو"(**CEDAW**)، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96 بتاريخ 22 يناير سنة 1996.

كانت الجزائر قد أبدت في البداية جملة من التحفظات بشأن بعض بنودها الاتفاقية لاسيما نص المادة 16 منها، فجاء نص التحفظ الخاص بالمادة 16 بصيغة التالية:"**تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج وعند فسخه على السواء ينبغي ألا يتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري**"[1].

بالرجوع إلى نص المادة 16 من الاتفاقية نجدها تنص:

"1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية،وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) نفس الحق في حرية عقد الزواج،

(1): مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي بالبويرة، العقيد أكلي محند أولحاج،سنة 2010، 2011، ص 89.

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

(هـ) نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وإدراك للنتائج عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

(د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

(ز) نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة واسم المهنة ونوع العمل،

(ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواءا بلا مقابل أو مقابل عوض.

2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج، و لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا".

إلا أن هذه التحفظات التي أبدتها الجزائر اعتبرتها هيئة الأمم المتحدة تمس بغرض وهدف الاتفاقية وهذا وفقا لنص المادة 28 فقرة 02 من الاتفاقية التي تنص على أنه:" **لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها** ".

في هذا الشأن أصدرت لجنة الاتفاقية بالأمم المتحدة بمناسبة الذكرى الخمسين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان بيانا في شهر جويلية سنة 1997 يمنع التحفظ على

المادتين (2) و(16)، حيث نص على أنه :تعتبر اللجنة المادتين(2) و(16) جوهر الاتفاقية، ولا يجوز التحفظ عليهما بموجب المادة (28فقرة 02) من الاتفاقية التي تحظر التحفظ الذي ينافي موضوع الاتفاقية وغرضها، كما أن التحفظ عليهما يعتبر أيضا منافيا لأحكام القانون الدولي العام، وأن تعارض المواد (2) و(16) مع الممارسات التقليدية، أو الدينية، أو الثقافية لا يمكن أن يبرر انتهاك الاتفاقية، وأن التحفظ على المادة 16 – الخاصة بالأسرة – سواءا أكان لأسباب قومية أو تقليدية أو دينية، فإنه يعتبر منافيا لموضوع الاتفاقية وغرضها، وبالتالي لابد من سحبه..."[1].

هذا ما أبدته اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بمناسبة تعليقها على التقرير الدوري الثاني للجزائر حين قالت :" وتعيد اللجنة تأكيد ما يساورها من قلق إزاء تمسك الدولة الطرف بتحفظاتها على المواد 2 و2/9 و4/15 و16 وتلاحظ اللجنة أن التحفظات على المادتين 2و16 تتعارض مع هدف الاتفاقية ومقاصدها"، وألزمت اللجنة الجزائر بإعادة النظر في كل التحفظات، وذلك من أجل رفعها، وطالبت اللجنة من الجزائر إعادة النظر في جميع تشريعاتها الوطنية التي لا تساوي في الحقوق بين الجنسين[2].

نظرا للالتزامات المتعلقة بالاتفاقية بالإضافة إلى القلق الذي أعربته اللجنة فيما يخص التجسيد الفعلي لمبدأ المساواة بين الجنسين أثناء مناقشة التقرير الدوري الثاني للجزائر، وكذلك الاستياء الذي صدر من مناضلي حقوق الإنسان بالجزائر وبالخصوص الجمعيات النسوية الناشطة في الجزائر طلب رئيس الجمهورية الحكومة اتخاذ الإجراءات

(1):هيشور أحمد، الخلع بين الشريعة والتشريع، دراسة فقهية حقوقية مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون،تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة جيلالي ليابس بلعباس، سنة 2014،2015، ص130.

(2):نظرات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في التقرير الدوري الثاني للجزائر، (CEDAW/C/DZA/2) في جلستيها667 و668 المنعقدتين في 11 كانون الثاني / يناير 2005.

اللازمة لملائمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجاهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية قصد سحبها[1].

بالفعل اقترحت الحكومة مشروع قانون يعدل ويكمل قانون الأسرة، ويكرس المساواة بين المرأة والرجل، فصدر الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 والمتضمن قانون الأسرة، وجاء هذا الأمر ليعزز وضعية المرأة ويقر المساواة بينها وبين الرجل، حتى تنسجم نصوص قانون الأسرة مع ما أقرته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ولاسيما المادة 16 من الاتفاقية.

لعل نص الخلع المستحدث وعلى النحو الذي صيغ به جاء لتكريس الأحكام الواردة في المادة 16 من الاتفاقية بخلقه نوع من التوازن بين مركز الرجل والمرأة في مجال انحلال عقد الزواج، فسمح للزوجة بأن تحل عقد الزواج بإرادتها المنفردة، مثلما عليه الأمر بالنسبة للزوج الذي يسمح له بإنهاء النكاح بإرادته المنفردة عن طريق الطلاق.

وعليه فإن الجدل الفقهي الذي كان سائدا حول مسألة الخلع قد زال حيث أن موافقة الزوج لم تصبح ضرورية خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل، فعلى القاضي إذن الاستجابة بعد عدة محاولات الصلح إلى طلب الزوجة بمخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي يتفق عليه الزوجان، وعند اختلافهما يحدد بدل الخلع بما يعادل صداق المثل وقت صدور الحكم .

2- موقف القضاء الجزائري من مسألة رضائية الخلع

عرف الاجتهاد القضائي تذبذبا إلا أن استقر على إهمال إرادة الزوج في الخلع ابتداءا من سنة 1992، وعلى هذا الأساس سنتعرض لموقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992(أ) وبعدها **(ب)**.

(1): مطاري هند، المرجع السابق، ص 95.

أ- موقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992

سار قضاة على خطى جمهور الفقهاء المسلمين فلم يعتبروا الخلع حقا خالصا للزوجة، بل كان يشترط فيه قبول الزوج، ومن بين القرارات الصادرة في هذه الفترة نذكر:

- القرار صادر بتاريخ 1984/06/11 والذي جاء فيه :"متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع..."[1].

- القرار مؤرخ في 1988/11/21 والذي جاء منطوقه بالشكل الآتي :" من المقرر فقها وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه"[2].

- وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 قضت بأنه:" من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون..."[3].

ب - موقف القضاء الجزائري بعد سنة 1992

غيّرت المحكمة العليا من موقفها السابق القاضي باشتراط رضى الزوج في الخلع فجاءت بقاعدة جديدة تقوم أساسا على جواز النطق بالخلع حتى ولو لم يتراضى عليه

(1):المجلس الأعلى،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/06/11، ملف رقم 33652، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع) ، المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989، ص 38.

(2):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار مؤرخ في1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1990، ص 72.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم 73885، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1993، ص 55 .

الزوجان، بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه إذا أصبحت بينهما عشرة زوجية لا يرضاها الدين الإسلامي، وتجسد هذا التغيير من خلال قراراتها منها:

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي قضى بأنه :"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

وإن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج للخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وقانونا، وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

- في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30 قضت فيه بأن: "الخلع حق للزوجة لوحدها لا يشترط فيه موافقة الزوج- الحكم بحفظ حق الزوج في التعويض تطبيق صحيح للقانون- وجاء في حيثياته :"من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكهم بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا

(1):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 21 /1992/07، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 134 .

مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"[1].

– أكدت المحكمة العليا هذا التوجه في القرار آخر صادر في 1999/03/16 وتتخلص وقائع هذه القضية في أن السيدة (س . ن) كانت قد طلبت التطليق عن طريق الخلع، غير أن محكمة بئر مراد رايس قضت في حكمها الصادر في 1997/02/22 برفض دعوى المدعية مع إلزامها بالرجوع إلى مسكن الزوجية بسبب عدم موافقة الزوج له.

في 1998/07/19 أصدرت نفس المحكمة الحكم بتطليق الزوجة عن طريق الخلع رغم اعتراض الزوج عليه، وهذا ما أيدته المحكمة العليا في قرارها بقولها:"حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي وهو ما عرضته المطلقة على الزوج مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابقا نصا وروحا للمادة 54 من قانون الأسرة الواجبة التطبيق على قضية الحال"[2].

من القرارات المستجدة التي أكدت فيها المحكمة العليا حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج قرارها الصادر بتاريخ 2011/09/15 قضت فيه بأن:" الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج"[3].

(1):المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1996/07/30، ملف رقم 141262، قضية (م – د) ضد (ر – م)، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1998 ، ص 120 ، 122 .

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1999/03/16، ملف رقم 216239، قضية (ب ع م) ضد (س– ن)، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 138 .

(3):المحكمة العليا،غ ش أ ، قرار مؤرخ في 2011/09/15، ملف رقم 656259، قضية (ب . ع) ضد (ط– ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2012، ص 318، 320.

ثالثا: موقف التشريعات المقارنة من طبيعة الخلع

تم الأخذ بنظام الخلع في العديد من التشريعات العربية لكنها اختلفت في شأن طبيعته من حيث أنه عقد رضائي أم تصرف يتم بإرادة الزوجة فظهر اتجاهان :اتجاه يعتبر الخلع عقد رضائي **(1)**، واتجاه آخر أقر الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي **(2)**.

1 – الخلع عقد رضائي

أخذت أغلب التشريعات القانونية العربية بمذهب جمهور الفقهاء، والذي اعتبر الخلع عقدا رضائيا، ومن هذه التشريعات نجد قانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث نصت المادة 111 منه على أن :" الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المبارأة، أو ما في معناها"[1].

في نفس هذا الاتجاه سار قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953[2] في المادة 96 منه بنصها :" لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الآخر"، يفهم من نص هذه المادة أن الخلع عقد يتم بإيجاب وقبول من طرف الزوجين.

تبنى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 الخلع الرضائي وذلك من خلال تعريفه للخلع في نص المادة 46 فقرة 01 بأنه:"الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ

(1):المادة 111 من القانون رقم 51 لسنة 1984، نشر في ج ر، عدد 1570، بتاريخ 1984/07/23، السنة الثلاثون، المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 والقانون رقم 29 لسنة 2004، ج رعدد 664، سنة 50، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 المنشور في ج ر العدد 852، السنة 54. مجموعة التشريعات الكويتية الصادرة عن وزارة العدل، الجزء 08، ط01، سنة 2011، ص 13.

(2):قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية الصادر بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 1953/59 المؤرخ في1953/09/07.

الخلع أو في ما معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي..."، حيث اشترط لانعقاده إيجاب و قبول أمام القاضي[1].

كما تعرض المشرع المغربي للخلع في الباب الثاني من مدونة الأسرة المغربية والمعنون بالطلاق بالخلع، واعتبر الخلع عقدا رضائيا، وهذا ما تضمنته المادة 115 منه بنصها: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه"[2].

2- إقرار الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي

بعدما كان الخلع عقدا رضائيا في معظم التشريعات العربية، تغير هذا الاتجاه في بعض الدول مع مطلع سنة 2000، وتعتبر مصر أول دولة أقرت الخلع القضائي، أو الخلع دون موافقة الزوج وذلك بموجب القانون الصادر بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية[3]، حيث نصت المادة 20 منه على أنه:" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها للحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى وجه المبين في الفقرة الثانية من المادة (18) والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا

(1): أمجد عبد الفتاح أحمد حسن، حسن فلاح موسى فلاح، (الخلع تحت عيني الزوج) ، مقال منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة، المجلد 04، العدد 02، جوان 2018، ص 26.

(2):المادة 115 من القانون رقم 70/03 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2004، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، ج ر رقم 5184، الصادرة بتاريخ 5 فبراير سنة 2004.

(3):الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 4 مكرر بتاريخ 29 يناير 2000.

القانون، وبعد أن تقّر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أونفقتهم أو أي حق من حقوقهم ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن".

يستفاد من هذا النص أن المشرع المصري وضع أصلا عاما في الخلع وهو أن يكون برضى الزوجين، واستثناءا أقر الخلع القضائي عند عدم اتفاقهما عليه، وفي هذه الحالة على الزوجة أن تلجأ إلى المحكمة لطلب الخلع، وحتى تحكم المحكمة بالخلع ينبغي توفر الشروط الواردة في المادة 20 السالفة الذكر وهي:

أ- أن تطلب الزوجة صراحة أن تفتدي نفسها وتخالع زوجها مقابل تنازلها عن جميع حقوقها المالية والشرعية وذلك بسبب بغضها للحياة معه وخشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ب- أن تحاول المحكمة الإصلاح بين الزوجين وأن تعجز عن الوصول إليه بعد أن تبذل جهدا فيه وأن يكون عرض الصلح مرتين على الأقل أثناء نظر الدعوى تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما، ولا تزيد عن ستين يوما إن كان بين الزوجين ولد (المادة 18 من القانون رقم 01 لسنة 2000).

ج- إن عجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين كان عليها أن تعمل على ندب حكمين لموالاة مساعي الصلح بين الزوجين بعد تكليفها كلا الزوجين بتسمية حكم من أهله وحكم من أهلها.

د- أن يقر الزوج أو وكيله بتوكيل يبيح الصلح والإقرار باستلامه مقابل الخلع أو المهر أو ما في حكمه أو أن تعرض الزوجة عليه عرض بموجب إنذار[1].

إلى جانب القانون المصري تبنى قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 الخلع الرضائي في نص المادة 102 منه والتي جاء فيها :" الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها".

إلا أنه اعترف بالخلع القضائي وتناوله في الباب الخاص بالتفريق القضائي وسماه بالتفريق للافتداء، حيث استبدل مصطلح الخلع بمصطلح الافتداء المستمد من القرآن الكريم، وميزّ بين حالتين : فسمح للزوجة من خلال الفقرة (أ) من المادة 114 بطلب التفريق قبل الدخول بشرط أن تردّ ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج، فإذا امتنع الزوج تحاول المحكمة الصلح بينهما، وإذا فشلت يتولى الحكمين أمر الإصلاح بينهما في مدة أقصاها 30 يوما، وفي حالة فشلهما يفسخ العقد بين الزوجين.

أما الفقرة (ب) من نص المادة 114 فإنها تعرضت للخلع بعد الدخول، فأباحت للزوجة طلب التفريق بعد الدخول متى بينت أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردّت عليه الصداق الذي استلمته، وبعد أن تحاول المحكمة الصلح بينهما، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح

(1):عمر عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، المجلد الثاني، ط 01، سنة 2005، ص 138، 141.

بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما[1].

من التشريعات التي تعرضت للخلع وكان لها موقف مغاير نجد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28 وذلك في المادتين 111/110، فجاء في المادة 110 منه:" الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها، يصح من مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم. إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر. الخلع فسخ.

إستثناءا من أحكام البند (1) من هذه المادة إذا ما كان الرفض من جانب الزوج تعنتا وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب"[2].

بعد تناولنا للنصوص الواردة في التشريعات العربية والمتعلقة بالخلع يظهر لنا وجود تباين ملحوظ في مواقفها، فهناك من اعتبرت الخلع عقدا رضائيا بين الطرفين، وهناك من أقرت بالأصل العام وهو رضائية الخلع لكنها اعترفت بالخلع القضائي استثناءا وأجازت للقاضي إيقاع الخلع جبرا على الزوج إما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وإما بعد تأكد القاضي من تعنت الزوج.

أما المشرع الجزائري فقد تبنى بشكل واضح الخلع القضائي عندما أجاز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع زوجها مقابل مال تدفعه له دون أن يقيد ذلك بأية شروط، وكان على المشرع أن يأخذ بالأصل العام وهو رضائية الخلع، ثم يقر استثناءا الخلع القضائي مثلما فعل المشرع المصري والأردني والإماراتي.

---

(1):المادة 102 و114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، نقلا عن الموقع الإلكتروني الآتي:https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets

(2): المادة 110 من قانون الإمارات الاتحادي رقم 28 لعام 2008 بشأن الأحوال الشخصية الصادر في 09 نوفمبر 2005، جريدة رسمية عدد 439 العام 35 الصادرة في 2005/11/14

المبحث الثاني:أركان الخلع

أهمل المشرع الجزائري الحديث عن أركان الخلع فلم يتعرض لها بل اكتفى في نص المادة 54 من ت أ ج بتحديد طبيعة الخلع على أنه تصرف انفرادي بيد الزوجة، وأمام هذا الفراغ القانوني ينبغي علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لأركان الخلع فحددها جمهور الفقهاء بخمسة أركان وهي:المخالع (الزوج)، المختلعة (الزوجة)، الصيغة، العوض، والمعوض. إلا أن أبو حنيفة اعتبر أن للخلع ركن واحد وهو الصيغة أي (الإيجاب والقبول)، ويشترط في كل ركن جملة من الشروط ارتأيت دراستها عند معالجة كل ركن من هذه الأركان.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أساسية نخصص **المطلب الأول** لطرفا الخلع، أما **المطلب الثاني** نتعرض فيه للعوض، وفي **المطلب الثالث** نتعرض لصيغة الخلع والمعوض.

المطلب الأول: طرفا الخلع

أهم الأشخاص في الخلع هما الزوج والزوجة، فلا يتحقق الخلع بدونهما، إلا أنه قد يتولى الخلع شخص ثالث يعين لهذا الغرض قد يكون وكيلا عن الزوج أو الزوجة أوعنهما معا، كما يمكن أن يكون هذا الشخص أجنبي أوفضولي ليست له صفة الوكالة .

على هذا الأساس سنتعرض في البداية لطرفا الخلع وهما:الزوج المخالع **(الفرع الأول)** والزوجة المختلعة (**الفرع الثاني)**، وبعدها نتعرف على موقف المشرع الجزائري **(الفرع الثالث)**، ثم نتحدث عن خلع الأجنبي والوكالة في الخلع **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول: الزوج المخالع

يسمى أيضا الخالع، وحتى يكون الزوج طرفا في الخلع لابد من أن تتوافر فيه شروط معينة تمكنه من إجراء هذا التصرف الخطير، فهو لا يقع من كل زوج بل لابد لصحة إيقاعه شرعا أن يكون من يصدر عنه بالغا، عاقلا، مختارا يملك أهلية التصرف في ماله، وضابطه:"كل من صحّ طلاقه صحّ خلعه".

في هذا الإطار سنتعرض لخلع كل من الصبي والمجنون **(أولا)**، ثم خلع السفيه **(ثانيا)** وخلع المكره **(ثالثا)**، وبعدها خلع السكران **(رابعا)** وصولا إلى خلع المريض مرض الموت **(خامسا)**.

أولا: خلع الصبي والمجنون

يشترط في الزوج المخالع أن يكون بالغا، عاقلا، أما إذا كان صغيرا أو مجنونا، فلا يصح خلع كل منهما، لأنهما من غير أهل القصد الذي يعتبره الشارع، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء[1]، فقال الحنفية أن الأهلية ضرورية في الزوج المخالع، فلا يصح خلع الصبي ولا المجنون ولا المعتوه ولا المعمى عليه، وذلك لأن الصبي ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره، وهذا لأن القصد ينبني على الخطاب، والخطاب ينبني على اعتدال الحال، أما المعتوه والمعمى عليه من مرض فهو بمنزلة الصبي لانعدام القصد[2].

ولا يصح خلع الصبي والمجنون عند المالكية[3]، كما اشترط الشافعية في الزوج أن يكون ممن ينفذ طلاقه، لأن الخلع طلاق، والزوج ركن لا شرط، فلا يصح خلع الصبي والمجنون، كما لا يصح طلاقهم[4].

---

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 96 .

(2):أحمد الشامي، المرجع السابق، ص 224.

(3):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 547.

(4):أبو زكريا يحيى بن شرف النووي،روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاوشي، الجزء 07، د.ط، المكتب الإسلامي، سنة 1991، ص 384 .

هذا ما صرّح به أيضا الحنابلة فقالوا أن الخلع يصح من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق والرشيد والسفيه، وإن كان في خلع المميز وجهان :أحدهما يصح وهو المذهب، والثاني لا يصح، والخلاف مبني على طلاقه[1].

لكن هل يصح للأب أو الولي المخالعة عن الصبي والمجنون؟ اختلف الفقهاء في المسألة وظهر قولان:

القول الأول: يرى بأنه لا يصح خلع الأب ولا غيره عن ابنه الصغير أو المجنون، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية، واستدلوا بحديث عن ابن عباس أن الرسول ﷺ قال: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، فالرسول ﷺ جعل الطلاق للزوج وحده، فلا يجوز لأحد أن يتولاه عنه والخلع طلاق، كما أن الولاية تثبت لمصلحة المحجور عليه لتحقق الحاجة إليها، وهذا لا يتحقق في الخلع والطلاق، كما أن الخلع إسقاط لحق الزوج فلا يملكه إلا المطلق نفسه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص[2].

القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول وهم المالكية وبعض الحنابلة بأنه يصح للأب أن يخلع أو يطلق عن ابنه الصغير، ودليلهم في ذلك أن الأب يجوز له تزويج ابنه الصغير، كما يجوز له أن يخالع عنه أو يطلق[3]، ثم اختلفوا في خلع الأب عنهما بغير عوض، فقال بعضهم أنه لا يصح، والبعض الآخر قال بأنه يصح إن كان في طلاقه عنهما مصلحة، كما لو فسدت أخلاق الزوجة، وهو الظاهر[4].

---

(1):علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الأنصاف، الجزء 08، ط 01، دار إحياء التراث العربي، د. ب .ن، سنة 1975، ص 389،390.

(2):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 99، 100.

(3): المرجع نفسه، ص 100، 101.

(4):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 357 .

ثانيا : خلع السفيه

السفه لغة: سَفَهَ سفها وسفاهة :خفَ وطاش، والسفيه من يسوء تصرفه في ماله، والجمع سفهاء.

أما في الاصطلاح:" فهو الذي يبذر أمواله وينفقها من غير مصلحة لعدم الرشد"[1].

فإذا أراد الزوج السفيه الخلع فإن خلعه صحيح، وهذا ما اتفق عليه الأئمة الأربعة، وذلك لصحة طلاقه، ولأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط[2]، ولأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض فبالعوض أولى[3]، إلا أنه لا يجوز للسفيه قبض العوض المالي لكونه محجور عليه ويجب أن يسلم إلى وليه، فإن حصل وتم تسليمه للسفيه بدون إذن الولي، فيكون بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه[4].

ثالثا: خلع المكره

الإكراه عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو:" الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعا وشرعا، فيقدم على عدم الرضا، ليدفع ما هو أضر"، ولا يكون الإنسان مكرها حتى ينال بشيء من العذاب كالضرب أو الخنق أو الحبس... مع الوعيد [5].

اختلف الفقهاء في خلع المكره، وانقسموا إلى قسمين: أحدهما يرى بأن خلع المكره لا يقع، وروي هذا عن عمر بن الخطاب، وعلي ابن أبي طالب، وعبد الله ابن عمر، وعبد

(1):أحمد محمد أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية، دراسة تأصيلية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2014، ص 162 .

(2):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 354 .

(3):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07 ، ص 490 .

(4):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 102.

(5):أحمد محمد أحمد أبو طه، المرجع السابق، ص 71.

الله ابن عباس وغيره، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري والزيدية[1].

استدل أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة منها قوله تعالى: ﴿**إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ**﴾[2]، فالله سبحانه وتعالى قد أبطل حكم من أكره على الكفر، لأن الكفر قول، فكذلك حكم ما في مثله كالطلاق والخلع[3].

كما استدلوا بما روي عن النبيﷺ أنه قال:"رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"، واستدلوا أيضا بالأثر بما روي عن أبي يزيد المدنى عن ابن عباس أنه قال :"ليس للمكره ولا المضطر طلاق"[4].

أما القول الثاني، فإنه يرى بأن خلع المكره جائز، وبه قال أبو قلابة والشعبي والنخعي والحنفية، واستدلوا بما روي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى فأبتّ، فطلقها ثلاثا، ثم جاء إلى الرسول ﷺ فسأله عن ذلك فقال ﷺ:"لا قيلولة في الطلاق"، فدلّ هذا على وقوع طلاق المكره[5].

روي عن عمر ابن خطاب رضي الله عنه أنه قال: أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة [6].

(1):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص67 ، 68.

(2): سورة النحل، الآية 106.

(3):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 68.

(4):المرجع نفسه، ص 82.

(5):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 103.

(6):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 76.

رابعا : خلع السكران

إذا شرب الإنسان مسكرا كخمر ونحوها فإما أن يكون غير آثم لشربها كأن يشربها مكرها أو يشربها جاهلا بها، فيكون حكمه حكم المجنون ولا يقع خلعه. أما إذا شرب الخمر غير مكره وكان عالما بها، فقد اختلفت الأراء في ذلك وانقسمت إلى قسمين :رأي يرى بأن طلاق السكران واقع وخلعه جائز، وهو رأي الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وعطاء، وحسن البصري، وسعد بن مسيب، وغيرهم، و رأي آخر يرى بأن طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل وهو رأي عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز وغيرهم[1].

خامسا: خلع المريض مرض الموت

يعرف مرض الموت بأنه:" المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل الموت به فعلا ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض"[2]، وقيل علامته ملازمة الفراش وعدم القدرة على الصلاة قائما، كما ألحق بالمريض مرض الموت في الحكم كل من يكون في حال يخشى فيها الموت أو يتوقعه، كمن يحكم عليه بالإعدام أو من يكون على سفينة تلاطمت بها الأمواج وتوقع الغرق[3].

يرى جمهور الفقهاء أن خلع المريض مرض الموت صحيح ونافذ، لأنه لو طلق في مرض موته بغير عوض لصح طلاقه فلئن يصح بعوض أولى بالجواز والصحة.

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص103.

(2):محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1994، ص 216.

(3):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 10 .

لكن المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاءً إلا أنهم ذهبوا إلى منعه ديانة،لأنه يؤدي إلى إخراج وارث من الميراث في مرض موته، لكنه إذا أقدم عليه في هذه الحالة صحّ قضاءً[1] .

بعدها اختلف الفقهاء في مدى حق الزوجة المختلعة في الإرث من زوجها إن مات بعد إجراء الخلع معها، فذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنها لا ترث منه لوقوع البينونة بالفرقة، ولأن الفرقة وقعت بقبولها ورضاها[2].

إلا أن الحنابلة قالوا بأنه لو أوصى لها– بعد مخالعتها– بمثل ميراثها أو أقل، صحّ لأنه تهمة في أنه طلقها ليعطيها ذلك، فإنه لو لم يفارقها عن طريق المخالعة لأخذت ما أوصى لها به عن طريق الميراث، وإن أوصى لها بزيادة على ميراثها فللورثة منع الزائد عنها وتلغى الزيادة [3].

أما المالكية فإنهم يرون أنها ترثه إذا توفي في مرضه الذي خالعها فيه سواءا كانت وفاته أثناء العدّة أوبعد انتهائها، وسواءا تزوجت بغيره أم لم تتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق وذلك غير جائز[4].

الفرع الثاني : الزوجة المخالعة

الزوجة هي الطرف الأساسي في الخلع، فلا نتصور الخلع بدونها، ويعتبر الخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يشترط في الزوجة المختلعة أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع، وحتى تكون كذلك ينبغي أن تكون بالغة،

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص104.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08 ، ص 135.

(3):أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 347.

(4):علي خفيف، المرجع السابق، ص 143.

عاقلة، وغير محجور عليها، كما يشترط فيها أن تكون راضية غير مكرهة، وعالمة بمعنى الخلع. وسنتعرض لهذه الحالات بالتفصيل .

أولا: خلع الزوجة الصغيرة والمجنونة

اختلف الفقهاء في خلع الزوجة الصغيرة والمجنونة وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

1- مذهب الحنفية:يرى الحنفية أن الخلع إذا كان بصيغة تتكون من إيجاب وقبول فباشره الزوج مع زوجته وهي مجنونة أو صغيرة لا تميز، فالخلع باطل ولا يترتب عليه طلاق، لأن الخلع حينئذ يكون قد باشره من ليس أهلا له فكان باطلا.

أما إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة تعقل أن النكاح يترتب عليه ملك الاستمتاع، وأن الخلع قاطع لذلك وموجب للفرقة، فإن عبارتها تكون معتبرة شرعا، فإذا قبلت وقع الطلاق، ولكن لا يلزمها المال، لأن التزامها المال كان في مقابلة ما ليس بمال فكان تبرعا، وهي ليست من أهل التبرع، ولهذا يكون الواقع به طلاقا بغير بدل[1].

وإذا باشر الخلع عن المجنونة، أو عن الصغيرة المميزة أو غير المميزة وليها وكان البدل من مالها، فلا يستحق الزوج بذلك الخلع شيئا ولا يعتبر هذا الطلاق خلعا، لأنه دفع من مال المجنونة أو الصغيرة في مقابل ما ليس يمال، والولي لا يملك ذلك، أما إذا كان البدل من مال الولي، فإن الخلع صحيح والبدل لازم له بالتزامه، لأنه أهل للالتزام ولا يرجع به على الزوجة، لأنه يكون قد تبرع به، ولا يسقط بذلك الخلع مهرها أو شيء من حقوقها[2].

(1):هشام حسن مهدلي، الخلع بين الفقه والقضاء وفقا لقانون رقم 01 لسنة 2000، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، سنة 2003، ص 25، 26.

(2):علي خفيف، المرجع السابق، ص 145.

2 – مذهب المالكية

يرى المالكية بأنه لا يصح للصغيرة أن تخالع الزوج بعوض مالي، فإن خالعت الزوج على مال وقبضه، فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا بإذن الولي، فإن أذن فإنه يصح الخلع ويلزم العوض. أما إذا خالع الزوج زوجته الصغيرة على مال بدون إذن الولي، فإن الطلاق يقع بائنا ولا حق له في العوض، وإذا قبضه وجب عليه ردّه[1].

3 – مذهب الشافعية

لا يصح عندهم خلع الزوجة الصغيرة سواءا كانت مميزة أو غير مميزة، وكذلك لا يصح خلع المجنونة، كما لا يجوز للأب أن يخلع ابنته الصغيرة من الزوج بشيء من مالها، لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع، فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك، أما إذا خالع عنها بماله أو بضمانه وقع الخلع والتزم هو بالمال، لأنهم قالوا بصحة خلع الأجنبي والتزامه ببدل الخلع فالأب أولى[2].

4 – مذهب الحنابلة

قالوا يشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة ولو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وهذا هو المشهور، وقال بعضهم أن الأظهر صحته بإذن الولي إذا كان فيه مصلحة[3].

ثانيا : خلع السفيهة

إذا كانت الزوجة المختلعة سفيهة لا يصح الخلع منها، لأنها ليست من أهل التزام العوض، سواءا كان ذلك بإذن الولي أو بغير إذنه، لأنه ليس لولي السفيهة الحق في

(1):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق ، ص 355 .

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 08، ص 154، 157.

(3):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 358.

الإذن في التبرعات وهذا كالتبرع[1]، وللمالكية قولان بالنسبة لخلع الأب عن البنت السفيهة: الأول، لا يجيز له ذلك إلا بإذنها، والثاني: يجيز له ذلك تنزيلا لها بمنزلة البكر مادامت في ولاية الأب، والقول الأول هو المعمول به وهو أصل المذهب[2].

ثالثا: خلع المريضة مرض الموت

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت، فلها أن تخالع زوجها على مالها كالصحيحة تماما، إلا أنه وقع خلاف بينهم في القدر الذي يجب أن تبذله للزوج مخافة أن تكون راغبة في محاباة الزوج على حساب الورثة، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل:

1 – مذهب الحنفية

يرى فقهاء المذهب الحنفي أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق، لأنه علّق الطلاق على قبول المال، وقد وجّد قبول صحيح منها، أما ما يستحقه الزوج المخالع فهو بدل الخلع بشرط أن لا يزيد عن ثلث التركة، ولا عن نصيبه في الميراث إن ماتت وهي في العدّة، لأن موتها في العدّة يجعل سبب الميراث قائما ويخشى أن يكون القصد من المخالعة إعطاءه أكثر من ميراثه، فلا يزيد بدل الخلع عليه، كما أن بدل الخلع تبرع في مرض الموت فهو وصية، والوصية يجب أن تتقيد بالثلث لا تزيد لذلك له الأقل من هذه المقادير: ثلث التركة، بدل الخلع، نصيبه من الميراث.

وإن كانت وفاتها بعد انتهاء العدّة، فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجوه، وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة، لأن بدل الخلع تبرع، وهو في مرض الموت وصية ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة[3].

(1):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق ، ص 78.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 08، ص 159.

(3):علي أحمد عبد العال الطهطاوي، المرجع السابق، ص 34.

2 – مذهب المالكية

قالوا بأنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة، فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان، ولو ماتت وهي في العدّة، لأن الطلاق البائن يقطع العلاقة الزوجية. أما المال الذي التزمت الزوجة به، فإنه ينظر فيه إذا كان يساوي ميراثه منها يوم الخلع أو ينقص عنه، فإنه يملكه الزوج ولا يتوارثان بعد ذلك، أما إذا زاد على ميراثه، فإن الزيادة لا تكون حقا له ويجب عليه ردها إن كان قد قبضها، ويجب أن لا يتصرف الزوج في المال قبل موتها[1].

3 – مذهب الشافعية

قال الشافعية بأنه يجب أن لا يتعدى بدل الخلع ثلث التركة إذا زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها إلا في قضية التبرع، فليس لها أن تتبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ بلا خلاف في المذهب. أما إذا كان أكثر منه فإن الزيادة تعتبر ملغاة شرعا، وإن كان أقل من الثلث أو أكثر ولكن بإجازة الورثة، فله أخذها بدون اعتراض في المذهب، وإن لم يأذن الورثة بأخذ الزيادة أو كان الثلث أقل من الزيادة، فيجب فسخ العوض المسمى ويرجع عليها بمهر المثل فقط[2].

4 – مذهب الحنابلة

يرى الحنابلة بأنه إذا خالعت الزوجة زوجها وهي مريضة مرض الموت، فإن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع أو ميراثه منها، فيجب النظر إلى بدل الخلع، فإن كان يساوي ميراثه منها فإنه ينفذ ويستحقه الزوج، أما إذا كان أكثر من ميراثه منها، فإنه لا يستحق الزائد لأنه من حق الورثة وكذلك خوفا من المحاباة[3].

(1):أمير محمد مطاوع، المرجع السابق، ص 174.

(2):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 111 .

(3): المرجع نفسه، ص 112.

رابعا: خلع الحائض

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا بأس بالخلع سواءا كانت الزوجة في حيض أم في طهر الذي أصابها فيه، واستدلوا بعموم قوله تعالى :﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، إذ أطلق سبحانه إباحة الافتداء ولم يقيده بزمن، والحكم يجب أن يكون باقيا على إطلاقه إذا لم يوجد ما يقيده[1].

استدلوا أيضا بأن الرسولﷺ لم يسأل امرأة ثابت بن قيس حين طلبت الخلع من زوجها عن حالها بل حكم بالخلع، ولو كان الخلع كالطلاق في تحريم إيقاعه في الحيض والطهر الذي جومعت فيه لسألها عن حالها[2]. كما أن المنع من الطلاق في الحيض عندهم هو من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدّة، وبما أن الخلع يقصد به إزالة الضرر الذي يلحقها لسوء العشرة والبقاء مع من تكرهه وترغب في فراقه وذلك أعظم من ضرر طول العدّة، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما وهي قد رضيت به مما يدل على رجحان مصلحته[3].

بينما ذهب بعض المالكية إلى منع الخلع في الحيض، لأن علة المنع هي التعبد، وقالوا بأنه لا يجوز الخلع في الحيض لأنه بدعة ولا أثر لرضى الزوجين، ومن قال :إن علَة المنع عدم تطويل العدّة قالوا :لا بدعة فيه لأن الخلع قد تم برضاها[4].

(1):علي أحمد عبد العال الطهطاوي، المرجع السابق، ص 36.

(2):أمير محمد مطاوع، المرجع السابق، ص 164.

(3): عادل فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون، دار الذهبية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص22، 23.

(4):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 124 .

خامسا : خلع المكرهة

لا خلاف بين الفقهاء في صحة الخلع إذا كانت الزوجة التي تريد المخالعة بالغة،عاقلة، رشيدة، ومختارة غير مكرهة، أما إذا كانت الزوجة مكرهة على الخلع، فلا يلزمها المال، لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح اتفاقا[1].

إلا أن الفقهاء اختلفوا في وقوع الخلع في حالة الاكراه على قولين :

القول الأول:لا يقع به الطلاق بناءا على أن الخلع يتضمن تعليق الطلاق على استحقاق الزوج ما جعله بدلا عنه من مال، وبما أنه لم يستحق المال فلا يقع الطلاق، لأن الطلاق لا يقع بالإكراه فكذلك الخلع، وبه قال الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وعطاء وابن عباس وغيرهم.

القول الثاني: وبه قال الحنفية، حيث قالوا بصحة الخلع في حالة الإكراه، لأن الطلاق في الخلع معلق على مجرد قبولها وقد قبلت، فيقع طلاقا رجعيا، ويحتمل أن يكون طلاقا بائنا، لأن الخلع من كنايات الطلاق التي يقع بها بائنا[2].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من طرفا الخلع وشروطهما

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها في طرفي العقد ليكون الخلع صحيحا، بل اكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان، وفي حالة عدم اتفاقهما يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل.

لكن بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها، ففيما يتعلق بالأهلية الواجب توافرها في كل من الزوج والزوجة لمباشرة الخلع، فقد نصت المادة 07 من ت أ ج على أنه:" **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام**

(1):أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2011، ص 188.

(2):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 124.

19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

إن كان النص في صياغته قاصرا على إنشاء الزواج لكن هذا لا يمنع من إعماله في مسائل المتعلقة بانحلاله باعتباره حكما من أحكامه، وعليه يشترط في الزوج المخالع والزوجة المختلعة بلوغ سن 19 سنة كاملة شريطة ألا يعتري أهليتهما أي عارض من عوارضها، ولا فرق في ذلك بين الجنون والعته والسفه، وهذا ما أشارت إليه المادة 85 من ت أ ج والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه .

ما يعاب على نص المادة 85 أنها اعتبرت تصرفات المجنون غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، وهذا غير صحيح، لأن تصرفات المجنون تعد باطلة وليست غير نافذة وذلك لانعدام أهليته، بينما العقود الموقوفة تكون عند نقص الأهلية لا انعدامها هذا من جهة[1]، ومن جهة أخرى اعتبرت هذه المادة السفيه عديم الأهلية، إلا أنه في الحقيقة لا يعتبر كذلك، فهو كامل القوى العقلية، فلا يمكن أن يلحق بالمجنون والمعتوه، فكل ما يعيبه هو أنه مبذر وينفق ماله في غير مقتضى العقل والشرع[2]، وعليه نرى ضرورة تعديل هذا النص باعتبار السفيه ناقص الأهلية مثلما عليه الأمر في التقنين المدني الجزائري.

على كل ينبغي أن يكون المخالع والمخالعة راشدين أي مستوفيين لشرط السن وغير محجور عليهما، وإلا وقع تصرفهما باطلا، لكن يمكن أن يخالع عنهما نائب قانوني قد

(1):هيشور أحمد، المرجع السابق ، ص 231.

(2):عبد الفتاح تقية،(عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد 02، سنة 2009، ص 214.

يكون وليا أو وصيا أو مقدما، وعند غياب النائب القانوني يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له[1].

تجدر الإشارة بأنه يمكن للقاضي أن يجيز الخلع الواقع من الزوج والزوجة قبل بلوغ السن القانوني إذا كانت هناك مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، وبالقاعدة القائلة بأن:" كل من صح طلاقه صح خلعه"، فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الخلع إلا بإذن.

أما بالنسبة للمريضة مرض الموت فتخضع لأحكام المادة 204 من ت أ ج والتي تنص:" **الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية**"، فهذه المادة تحيلنا إلى نص المادة 185 من القانون نفسه والتي تنص على أنه:" **تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة** ".

وبالتالي إذا خالعت المريضة زوجها في مرض الموت على بدل معين وهلكت على إثره، عدّ ما بذلته من مال في ذلك سبيل وصية، والوصية لا تنفذ إلا في حدود الثلث وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

الفرع الرابع: خلع الأجنبي والوكالة في الخلع

قد يتولى الخلع شخص ثالث يعينه الزوجان للقيام بهذا التصرف وتكون له صفة إجراء المخالعة عنهما وهو ما يسمى بالوكيل **(أولا)**، كما قد يحدث أن يخالع عن الزوجة شخص ليست له وكالة عنها وليس وليها وهذا ما يعرف بالفضولي وهو الأجنبي **(ثانيا)**.

أولا : الوكالة في الخلع

يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين، ومن أحدهما منفردا، والقاعدة في الوكالة في الخلع:"كل من يصح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله حرا كان أو

(1):عملا بنص المادة 81 من ت أ ج والتي تنص:"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو كافرا"، لأن كل واحد من هؤلاء يجوز أن يوجب الخلع، فيصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه[1].

دلّ على مشروعية التوكيل في الخلع قوله سبحانه وتعالى:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[2]، فقد بيّن الله سبحانه وتعالى في الآية الكريمة بأنه عند الشقاق يجوز إرسال حكمين من طرفهما واحد منهما عن الزوج والآخر عن الزوجة، ويجوز للحكمين أن يخالعا، فكان هذا دليل على جواز التوكيل في الخلع، كما أن الحاجة قد تدعو إليه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح[3].

مما سبق يتضح أن التوكيل في الخلع يصح من الزوج **(1)** أو الزوجة **(2)** كما قد يكون التوكيل من الزوجين**(3)**.

1- التوكيل من الزوج: إذا وكّل الزوج غيره ليخالع عنه فقد يحدد لوكيله العوض الذي يخالع به، وقد يطلق له الوكالة فلا يقيده بعوض معين، ولكل حالة أحكامها، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أ- **حالة تقييد الوكالة:** إذا حدّد الزوج لوكيله في الخلع العوض فخالع به أو بما زاد، صح الخلع ولزم العوض المسمى، لأنه موافق لغرض الزوج وفي مصلحته، أما إذا خالع بأقل منه، ففيه وجهان:أحدهما لا يصح وهو قول الشافعي رحمه الله، لأنه خالف موكله، فلم يصح تصرفه، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض، فلم يصح منه، والثاني يصح ويرجع على الوكيل بالنقص لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع[4].

---

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08، ص 209.

(2): سورة النساء، الآية 35.

(3):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 140، 141.

(4):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 209، 210.

ب- حالة إطلاق الوكالة: إذا وكّل الزوج في خلع امرأته شخصا بوكالة مطلقة أي من غير تقدير العوض، صح التوكيل، فإن خالعها الوكيل بمهرها أو أكثر، صح الخلع ولزم العوض المسمى، لأنه زاد خيرا، وإن نقص الوكيل من المهر رجع الموكل على الوكيل بالنقص وصح الخلع، لأنه عقد معاوضة أشبه بالبيع، ولو خالع الوكيل بلا مال، كان لغوا ولو خالع بنية الطلاق[1].

2 - التوكيل من الزوجة

إذا وكّلت الزوجة من يخالع عنها فيوجد حالتين أيضا، فإما تقيد له العوض أو تطلق الوكالة:

أ- حالة تقييد الوكالة :اتفق الفقهاء على أن الزوجة لو حددت العوض للوكيل فخالعها به أو أقل منه، صح الخلع ونفذ ولزمها المال، لأنه زادها خيرا، أما إذا خالعها بأكثر مما حددت له، صحّ الخلع ولم تلتزم بالزيادة، ولكن الوكيل هو الذي يضمنها، بينما قال الشافعية لا يلزمها إلا مهر المثل، لأنه في هذه الحالة خالف ما سمته فكان ما خالف عليه فاسدا، فيلزمها مهر المثل، لأنه إذا كان بدل الخلع فاسدا لا يلزم إلا مهر المثل[2].

ب- حالة إطلاق الوكالة :إذا أطلقت الزوجة الوكالة ولم تحدد للوكيل مبلغا معينا، فإما أن يخالع الوكيل بمهر المثل فيصح، وإما أن يخالع الوكيل بأقل من مهر المثل، فيصح كذلك، وإما أن يخالع بأكثر من مهر المثل، فلا تلزمها الزيادة ويضمنها الوكيل، وهذا قول المالكية والحنابلة، أما الشافعية فقالوا لا يلزمها إلا مهر المثل، لأن عوض الخلع صار فاسدا، ولا يجب عند فساد العوض إلا مهر المثل[3].

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 209، 210.

(2):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 207، 208.

(3) المرجع نفسه، ص 208.

3- التوكيل من الزوجين معا: أما وكالة الشخص الواحد عن المتخالعين معا، ففي المسألة خلاف بين الفقهاء، حيث ذهب بعضهم إلى القول بعدم جواز ذلك تماما كما هو الشأن بالنسبة للبيع، لأن الخلع ينطوي على معنى المعاوضة فوجب القول بمنع الوكالة فيه قياسا على البيع[1]، ومن بين من قال بمنع الوكالة في الخلع الشافعية، فلا يصح عندهم أن يتولى شخص واحد الوكالة عن الزوجين ويتولى عقد الخلع عنهما بهذه الصفة[2].

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بجواز ذلك ومنهم الحنابلة، فقد جاء في كشاف القناع:"ولو كان وكيل الزوج والزوجة واحد فله أن يتولى طرفي العقد كالنكاح"[3].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فمن بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 02/05 إلغائه لنص المادة 20 من القانون رقم 11/84- بموجب المادة 18 من هذا الأمر- التي كانت تسمح بالوكالة في إبرام عقد الزواج، ومن ثم فلا مجال للحديث عن الوكالة في الخلع من باب أولى.

ثانيا : مخالعة الأجنبي أو الفضولي

الأجنبي الذي يخالع عن الزوجة هو الفضولي أي الذي ليست له صفة تخوله إجراء المخالعة عنها، فهو ليس بوليّ، ولا بوكيل عنها في موضوع الخلع، فهو أجنبي، ومن يباشر عقدا عن غيره دون ولاية له على هذه المباشرة يسمى فضوليا[4].

اختلف الفقهاء في خلع الأجنبي عن الزوجة من زوجها على قولين:أحدهما يجيز خلع الأجنبي **(1)** والثاني لا يجيز **(2)**.

---

(1): هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 196.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 209، 210.

(3):منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص 231، 232 .

(4):عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 146.

1 – صحة خلع الأجنبي

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن خلع الفضولي يقع صحيحا، فإذا باشر الأجنبي هذا العقد عن الزوجة دون ولاية له عليها ولا وكالة منها، فلا يخرج وضعه في ذلك عن فرضين:

– أحدهما أن يضيف البدل إلى نفسه كأن يخالع على شيء معين من ماله الخاص، أو أن يكون ضامنا له إزاء الزوج بأن يضيفه إلى ذمة الزوجة شريطة أن يلتزم بأدائه، فإذا أجاب الزوج وقع الخلع صحيحا ووجب عليه مقدار البدل الذي خالع به، وليس للأجنبي أن يرجع على الزوجة باعتباره متبرعا بالعوض، وينفذ الخلع في هذه الحالة يستوي أن تكون الزوجة راضية به أو مكرهة، لأنها لم تبذل العوض الذي يستوجب رضاها[1].

– أما الفرض الثاني فيتحقق عندما لا يضيف الأجنبي العوض إلى نفسه ولا يلتزم بضمانه كأن لا يجعله في ذمة أحد، أو أن يضيفه إلى الزوجة، أو أن يلزم به غيرها، فشمل ذلك صورتان:

أولهما: أن يوقع الفضولي الخلع على وجه الإطلاق بأن لا يضيف البدل إلى أحد، فيكون حينها عقدا صحيحا ويلزمه أداء العوض من ماله لأنه كان ضامنا له في المعنى وتقوم قرينة طلبه للخلع دليلا على ذلك، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.

في حين يرى الحنفية أن الأجنبي في هذه الحالة لا يكون ضامنا للبدل، بل ينعقد الخلع موقوفا على قبول الزوجة لأنها الأصل فيه، فإن أجازت نفّذ الخلع ولزمها البدل، وإن لم تقبل لم يلزمها شيء.

---

(1): هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 200، 201 .

ثانيهما:أن يضيف الأجنبي العوض إلى غيره ممن هو مالك له فيتوقف الخلع عندها على إجازة من أضيف إليه البدل، فإن أجازه نفّذ ولزمه ما سمي من مال، وإن ردّه لم يقع به شيء، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية، هذا ولا يصح الخلع عند الحنابلة فيما لو أوقعه الأجنبي على مال في ذمة الزوجة أو غيرها دون إذن منهما، ولا بضمان من جانبه في الحالتين[1].

2 – عدم صحة خلع الأجنبي

وهو قول الظاهرية والزيدية والجعفرية والإمام أبي ثور، حيث ذهب الظاهرية إلى القول بعدم صحة الخلع من غير الزوجة سواءا أكان المباشر له في هذا الفرض أبا أو وصيا أو سلطانا، سواءا أكانت المرأة صغيرة أو كبيرة، لأن في ذلك استحلال لمالها بغير وجه حق، فوجب المصير من باب أولى إلى عدم جوازه من الأجنبي وإن انتفى في هذا الفرض بذلها للمال[2]. استدلوا لما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

أ– إن مخالعة الأجنبي ببذله ماله سفه منه، فلا يصح، فهو يبذل عوضا في مقابل ما لا منفعة له فيه، لأن الملك لا يحصل له بهذا الخلع بل يحصل للزوجة، إذ تملك نفسها وتتخلص من قيد النكاح.

ب –إن الخلع من المعاوضات، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب العوض كالبيع، ولأن الله تعالى أضاف الفدية إلى الزوجة دون غيرها في قوله تعالى :﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾، ولأن الأصل بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل له، وحينئذ فلا يملك الزوج البدل ولا يقع الطلاق إن لم يتبع به، فإن اتبع به كان رجعيا[3].

(1):هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 201، 202 .

(2):ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، الجزء 09، ص 526.

(3):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 85، 86 .

المطلب الثاني: العوض (بدل الخلع)

من أركان الخلع العوض أو البدل الخلع، ويقصد به في باب الخلع:"ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها وينعقد عليه الخلع"، و يثير موضوع العوض عدّة مسائل تعرض لها الفقهاء بالتفصيل عند كلامهم عن الخلع سنقتصر على دراسة مقدار العوض **(الفرع الأول)**، ونوعه **(الفرع الثاني)**، لنصل لبيان موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض**(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: مقدار العوض

اختلف فقهاء المذاهب في تحديد مقدار العوض، فقال بعضهم يتحدد العوض بمقدار ما أعطاها **(أولا)**، وقال آخرون يصح بأكثر مما أعطاها **(ثانيا)**.

أولا: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاها

قال بعض الفقهاء بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها، فإن فعل ردّ الزيادة، وإلى هذا ذهب من الصحابة علي بن أبي طالب ومن التابعين الحسن وابن المسيب والشعبي وعطاء والزهري والأوزاعي وغيرهم، واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يأتي:

1- قوله تعالى:﴿ **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا** ﴾، ثم قال تعالى بعد ذلك:﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾، فوجب أن يكون المفتدى به راجعا إلى ما أتاها، وإذا كان كذلك فلا يدخل إلا ما قد أعطاها من المهر[1].

2- من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بما روي عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت:" والله ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال لها النبي ﷺ:أتردين

(1):إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، ط 01، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، سنة 1999، ص 194، 195.

عليه حديقته ؟ قالت :نعم، فأمره الرسول ﷺأن يأخذ حديقته ولا يزداد"، فقد نهى النبي ﷺ في هذا الحديث عن أخذ الزيادة بل أوجب الاقتصار على ما أعطاها لا أكثر منه[1].

3- من المعقول: استدلوا بالآتي:

أ- أن البضع يقابل المهر فلا يجوز أن يأخذ منها أزيد مما ساق بها، لأن الزيادة تقضي إلى الإجحاف بحق الزوجة وإلحاق الضرر بها.

ب- الخلع نظير الإقالة في البيع، فلا يجوز الزيادة فيه عن قدر المهر كالعوض في الإقالة[2].

ثانيا: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بما يتراضى عليه الزوجان

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم وغيرهم إلى القول بأن العوض يتحدد بما يتفق عليه الزوجان في المخالعة سواءا تجاوز المهر أو سواه أو كان أقل منه ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾، فقد أطلق الله سبحانه وتعالى الفداء ولم يقيده بحد فجاز قل أو كثر[3].

2- استدلوا بالأثر بما روي عن كثير مولى سميرة أن عمر رضي الله عنه أتى بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزبل، ثم دعا بها فقال :" كيف وجدت"، فقالت :"ما وجدت الراحة منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي حبستني"، فقال لزوجها :"اخلعها ولو من قرطها"[4]، وبما أخرجه الإمام البخاري في صحيحه أن عثمان ابن عفان رضي الله عنه أجاز مخالعة امرأة بعوض شمل ما دون عقاص[5]رأسها.

---

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء 08، ص 209، 210.

(2):عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 583.

(3):ابن قدامة، المّغني، الجزء 07 ، المرجع السابق، ص 329 ، 330 .

(4):أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، ص 618.

(5): عقاص بكسر المهملة وتخفيف القاف وآخره صاد مهملة جمع عقصة، وهو ما يربط به شعر الرأس بعد جمعه، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 309.

3-إن الخلع معاوضة فوجب أن لا يتقيد بمقدار معين، فكما أن للمرأة أن لا ترضى عند النكاح إلا بصداق كثير، فكذا للزوج أن لا يرضى عند المخالعة إلا بالبذل الكثير[1].

الفرع الثاني: نوع العوض

نتناول في هذا الجزء من الدراسة ما يصح أن يكون عوضا في الخلع أي نوع العوض، والقاعدة أن كل ما جاز أن يكون صداقا، جاز أن يكون عوضا في الخلع، وذلك لعموم قوله تعالى:﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾، فكل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدلا للخلع، والعكس غير صحيح، فليس كل ما يصح أن يكون بدلا في الخلع يصح أن يكون مهرا[2].

لتحديد ما يصح أن يكون عوضا في الخلع نتعرض لعدّة مسائل منها: ما مدى إمكانية الخلع بعوض مجهول **(أولا)** وبالعوض غير متقوم **(ثانيا)** أو غير مقدور على تسليمه **(ثالثا)**، وقد يكون مقابل الخلع في شكل التزام من قبل الزوجة كالتزامها بإرضاع الولد مدة معينة والإنفاق عليه **(رابعا)**، كما قد يحصل أن يكون مقابل تحرر الزوجة من عقدة النكاح تنازلها عن بعض الحقوق الشخصية المتعلقة بها كنفقتها ومهرها **(خامسا)** أو تنازلها عن بعض الحقوق المتعلقة بأطفالها كحق الحضانة **(سادسا)**.

أولا : الخلع بعوض مجهول

اختلف الفقهاء في صحة الخلع على عوض مجهول وظهر اتجاهين، الأول يرى صحة الخلع بعوض مجهول **(1)** والثاني لا يجيز الخلع بعوض مجهول **(2)**.

1- الاتجاه القائل بصحة الخلع بعوض مجهول: يرى هذا الاتجاه أن الخلع بعوض مجهول جائز سواءا كان المجهول موجودا حال الخلع أم غير موجود، وبهذا قال جمهور

(1):عادل فتحي عبد الله، المرجع السابق، ص 21.

(2):أمير محمد مطاوع، المرجع السابق، ص177.

الفقهاء[1]، فقد جاء في مدونة الإمام مالك ما يفيد ذلك لأن الإمام مالك قال في رجل يخالع امرأته على ثمر لم يبد صلاحه أن ذلك جائز ويكون له الثمرة[2].

استدل أصحاب هذا الاتجاه بعموم قوله تعالى:﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

كما استدلوا بالمعقول فقالوا: بأن المجهول يصلح أن يملك بالهبة والوصية، فجاز أن يكون بدلا في الخلع كسائر الأعيان، كما أن الخلع طلاق والطلاق يصح بغير عوض أصلا[3]، والطلاق فيه معنى الإسقاط، لأنه يؤدي إلى سقوط حق الزوج في المتعة، والإسقاطات تدخلها المسامحة، لذا جازت من غير عوض، وإذا جازت من غير عوض، جازت مع جهالته إذ أنها ليست أدنى حالة من عدمه، فصح الخلع مع جهالة البدل[4].

بعدها اختلف الفقهاء فيما يلزم أن يكون بدلا عند جهالة العوض، فقال الشافعية يجب الرجوع إلى مهر المثل عند جهالة العوض، وقال الأئمة الثلاثة :إن الزوجة في هذه الحالة تلتزم بما التزمت به من بدل مجهول، فإن وجدّ دفعته إلى زوجها[5].

2- الاتجاه القائل بعدم جواز الخلع بعوض مجهول

قال بهذا الاتجاه الظاهرية وأبو بكر من الحنابلة وأبو ثور، واستدلوا بأن الخلع معاوضة والمعاوضات تفسدها جهالة العوض، لذلك كان الخلع فاسدا عند جهالة العوض كالبيع[6].

(1):أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، ص 131، 132.

(2):مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، د.ط، د. د.ن ، د. ب.ن ، سنة 2001، ص161.

(3):أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، ص 132.

(4): علي خفيف، المرجع السابق، ص 160.

(5):المرجع نفسه، ص 160، 161.

(6):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 183، 184.

ثانيا :الخلع بعوض غير متقوم

إذا خالع الرجل امرأته على عوض يظنه مالا متقوما فظهر غير متقوم، كأن يخالعها على خلّ فظهر خمرا، فإن الحنابلة والشافعية يرون بأن الخلع في هذه الحالة صحيح، لأن الخلع معاوضة بالبُضع، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح، ويرجع عليها بمثله خلّا،وقال الشافعي يرجع بمهر المثل[1].

أما الحنفية فقد ورد في رد المحتار على الدر المختار "ولو سمت حلالا – أي في عوض الخلع –كهذا الخلّ، فإذا هو خمر، رجع الزوج بالمهر إن كانت الزوجة قد أخذته وإلا سقط عنه"، وعند أبي يوسف ومحمد يجب مثله من خل وسط، لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال[2] .

ثالثا: العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه

صورته كالخلع على الجمل الشارد والفرس التائه، ولقد اتفق جمهور الفقهاء على جواز الخلع في هذه الحالة، إلا أنهم اختلفوا فيما يكون للزوج من عوض: فقال الحنفية على الزوجة أن تسلم للزوج عينه إن استطاعت، وإن عجزت فعليها قيمته ولا تبرأ من الضمان. وقال المالكية: إن استطاعت سلمت المطلوب له، وإلا فلا شيء عليها ويقع الطلاق بائنا، أما الشافعية فقالوا: يرجع الزوج عليها بمهر المثل إذا لم تقدر على تسليم المطلوب له، بينما قال الحنابلة إن استطاعت سلمت المطلوب له، وإلا وجب عليها إرضاؤه، فإن تراضيا وجب له عليها أن تعطيه أقل ما يتناوله العوض المطلوب[3].

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 188، 189.

(2):ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ص 446.

(3):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 192، 193.

رابعا: الخلع على إرضاع الولد وحضانته و نفقته

يصح الخلع على أن ترضع ولدها مدة الرضاع الواجب وهو سنتان، لأن الرضاع مما تصح المعاوضة عنه في غير الخلع ففي الخلع أولى، وهذا ما قاله جمهور الفقهاء[1]، غير أنه هناك فريق يرى بأنه لا يصح الخلع على إرضاع الولد، وذلك لأن قدره غير معلوم وقد يزيد وينقص، ولأنه لم يجب لها بعد – الإرضاع – فمخالعتها بما لا تملكه باطل وظلم فلا يجوز، وهو قول الظاهرية[2].

يصح أيضا أن يكون بدل الخلع نفقة ابنه الصغير منها كقوله لها :"خالعتك على أن تنفقي على إبني حتى يبلغ سبع سنين"، فتقول :" قبلت "، فيلزمها الإنفاق عليه في المدة المحدودة، فإذا لم تقم بالإنفاق بسبب وفاة الولد أو وفاتها أو امتناعها، كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة أو ما بقي منها، وتؤخذ من تركتها في موتها، وإن أعسرت أنفق الزوج عليها ويرجع بالنفقة إن أيسرت[3].

يجوز كذلك أن يكون بدل الخلع حضانة ابنه مدة حضانته بلا أجر، لأن حضانتها الصغير في مدة الحضانة منفعة متقومة يستحق في مقابلتها المال كإرضاعه، فإذا لم تقم بحضانته لوفاته أو وفاتها أو امتناعها، رجع عليها بقيمة الحضانة في المدة، أو فيما بقي منها، وهناك من المالكية من ذهب إلى القول بسقوطها عما بقي من المدة إذا توفي الولد أثناءها، وقيل أن ذلك مشروط بما إذا لم يكن من عاداتهم الرجوع، وإلا رجع[4].

لو اختلعت المرأة على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ، صح الخلع إذا كان الولد أنثى، أما الابن فلا يصح، لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، فإذا طال مكثه عند الأم تخلق بأخلاق النساء[5].

---

(1): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 499.

(2):هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 262.

(3):إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص 196.

(4):علي خفيف، المرجع السابق، ص 163.

(5):أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 396.

في حين أجاز المالكية اشتراط بقاء الابن مع الأم إلى بلوغ، لأن مدة حضانة الابن عندهم إلى البلوغ والبنت إلى أن تتزوج ويدخل الزوج بها[1].

خامسا : الخلع على نفقة المختلعة ومهرها

يصح أن يكون العوض في الخلع نفقة ماضية وجبت للزوجة في ذمة زوجها، كما يصح أن يكون العوض نفقة المختلعة في العدّة، وبهذا صرّح الفقهاء، فقد أجاز الحنفية الخلع على نفقة العدّة والمتعة، ولكن يشترط لإسقاط النفقة أن ينص عليها في الخلع، وذلك لأن الخلع يسقط عن الزوجين حقوق الزوجية الثابتة لكل منهما وقت الخلع، أما المتعة فإنها تسقط بدون ذكر.

هذا ما صرّح به الشافعية كذلك، فيصح الخلع عندهم على نفقة العدّة والحضانة ونحوهما، لأنه مال مقصود يصح به الخلع، أما إذا خالعته على السكنى فإنها لا تسقط، وذلك لأنها ملزمة شرعا بالسكنى في البيت الذي طلقت فيه وإذا سكنت في غيره ارتكبت معصية، وحينئذ تكون السكنى حق الشرع فلا يصح إسقاطها[2].

كما يصح الخلع عند المالكية بنفقة الحمل- أي بنفقتها على نفسها مدة حملها- إن كان حمل أي على تقدير وجوده، أما إذا كان الخلع على نفقة ما تلده من الحمل، فلها نفقة فترة الحمل، لأنهما حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فيبقى الآخر[3].

يصح الخلع أيضا على المهر المؤجل، فهو يصلح أن يكون عوضا في الخلع، لأنه دين في ذمة الزوج والدين مال حكمي أي أن له حكم المال[4].

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 501.

(2):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 360 .

(3):وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص 203.

(4):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، الجزء 08، المرجع السابق، ص 199.

سادسا : الخلع على إسقاط الحضانة

أجاز المالكية الخلع على إسقاط الحضانة، فإذا قالت له:"خالعني على إسقاط حقي في حضانة ولدي منك"، فقال:"خالعتك على ذلك"، فإنه يصح وتبين منه ويسقط حقها في الحضانة وينتقل إلى الأب، ولو كان هناك من يستحقه غيره، ولكن يشترط أن لا يخشى على الولد المحضون ضرر بمفارقة أمه، أويكون الأب لا يستطيع حضانته، وإلا وقع الطلاق ولا تسقط الحضانة بالاتفاق.

وبعضهم يقول إذا خالعت على إسقاط حضانتها لا تنتقل الحضانة للأب، ولكن تنتقل لمن لها حق الحضانة بعد الأم، وهذا هو الذي عليه العمل، وإذا كان الأول وهو انتقاله إلى الأب هو المشهور، وإذا خالعته على إسقاط الحضانة ومات الأب، ففي هذه الحالة تعود الحضانة للأم[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض

تعرض المشرع الجزائري إلى العوض في الخلع في نص المادة 54 من ت أ ج والتي سمحت للزوجة بأن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، وإذا لم يتفقا على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

لم توضح هذه المادة ما يصح أن يكون بدلا للخلع، وقد استعمل المشرع مصطلح:" المال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال كما هو معلوم يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة داخل الوطن، ويمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن، كما يمكن أن يكون من الأشياء التي يمكن تقويمها بمال[2].

(1):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 363.

(2): منصوري نورة، المرجع السابق، ص 140 .

إن الحديث عن ما يصح أن يكون بدلا للخلع في قانون الأسرة الجزائري يقودنا إلى طرح الإشكال الآتي:هل يجوز أن تتنازل الزوجة عن حضانة أولادها للزوج وتجعلها مقابلا للخلع؟ كانت هذه القضية محل جدل كبير بين فقهاء القانون والقضاة، فمن جانب الفقه الجزائري أو المقارن ظهرت ثلاثة أراء:

الرأي الأول: يرى صحة الخلع وبطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير ومساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع للنظام العام.

الرأي الثاني:يرى بأنه لا يجوز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها، لأن حق الحضانة هو حق الولد وبقاءه عند أمه أنفع له، فضلا على أنه ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه".

الرأي الثالث: خلافا للرأيين السابقين ظهر رأي آخر يجيز للزوجة أن تتنازل عن الحضانة للتحرر من عقدة النكاح، واستندوا في ذلك على قول المالكية الذين أجازوا إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها للأب بتوافر شروط ذكرناها سابقا[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتناول هذه المسألة في المواد المتعلقة بالحضانة ومع ذلك يمكن أن نستخلص حكمها من الفقرة الأولى من المادة 54 المعدلة والتي نصت على أنه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي ... " .

بتحليلنا لهذا النص يتضح بأنه لا يجوز في التشريع الجزائري أن يكون التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، لأن المشرع اشترط في المقابل أن يكون مالي لاستعمال كلمة" مال" وهي تأكد بأن المخالعة لا تجوز ولا تصح إلا إذا كان مقابلها مالا، ومن ثم كل ما

(1): زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 41، العدد 2، سنة 2003، ص 15، 16 .

لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل الخلع، والحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بأمور شخصية لا مادية للطلاق[1].

أما التشريعات المقارنة فقد تأثرت أغلبها بالرأي الأول القائل بصحة الخلع وبطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة، فنصت المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه:"إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ".

جاء في فقرة الثالثة من المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 المصري ما يلي:"لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم ".

في مدونة الأسرة المغربية يمكن أن نستخلص موقف المشرع المغربي من خلال المادتين 118، 119 الفقرة الأولى من المدونة اللتان تنصان على الترتيب: "كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة. ولا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة ".

بالرجوع لنص الفقرة الأولى من المادة 118 يظهر بأن المشرع المغربي لم ينفي التنازل عن الحضانة كمقابل للإختلاع لاستعمال عبارة " شرعا " لتحديد بدل الخلع، لكن بالانتقال لنص المادة 119 نجد عكس ذلك، حيث حسمت المدونة موقفها بعدم جواز الإختلاع بالتنازل عن حضانة الأطفال[2].

(1):زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص17.

(2):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، سنة 2004، 2005، ص 484، 485 .

فيما يتعلق بمقدار بدل الخلع فقد ترك المشرع الجزائري أمر تحديده لتراضي الزوجين سواءً كان العوض مثل مقدار المهر أو أقل أو أكثر، وبذلك يكون قد تبنى رأي جمهور الفقهاء، أما في حالة عدم اتفاق الزوجين على تحديده فقد أعطيت السلطة التقديرية في ذلك للقاضي على أن لا يتجاوز ما يحكم به صداق المثل وقت صدور الحكم، ويقصد بصداق المثل:"الصداق الذي يدفع عند زواج أمثالها من أقاربها حسب العرف والعادة وما جرى به العمل في تلك المنطقة وخلال تلك المرحلة"[1].

إن اعتماد معيار صداق المثل قد يكون فيه إجحاف بالنسبة للزوجين، فقد يتضرر الزوج من مبلغ الذي يحدده القاضي بالاعتماد على هذا المعيار إذا كان الصداق الذي دفعه يفوق بكثير صداق المثل، ومن جهة أخرى قد تتضرر الزوجة إذا كان المبلغ الذي تدفعه يفوق بكثير الصداق المدفوع من طرف الزوج.

لرفع الضرر عن الزوجين نرى اعتماد الاقتراح الذي قدّمه الأستاذ بن شويخ رشيد بإعادة صياغة المادة على الشكل الآتي:"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم. وإذا تبين للقاضي أن صداق المثل يقل عن المهر المقدم استكمل للزوج الفرق بينهما، وإذا تبين للقاضي أن الزوج فرض على الزوجة مبلغا يخرج عن المألوف قضى بإنقاص المبلغ إلى الحد المعقول على أن لا يقل عن الصداق المدفوع أو عن صداق المثل وقت الحكم"[2].

أكد الاجتهاد القضائي بدوره سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق بين الزوجين من خلال عدّة قرارات منها: القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1968/05/22 والذي جاء فيه:" من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع

(1):عيسى حداد، المرجع السابق، ص 184، 185.

(2): رشيد بن شويخ، المرجع السابق ، ص 212 .

وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءا على الصداق المعجل، وما يثبت لهم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق "[1]، يلاحظ أن هذا القرار اعتمد لتحديد بدل الخلع على الصداق المعجل، كما كيَف الخلع بأنه فسخ لعقد الزواج وليس طلاقا.

عن ذات المجلس صدر قرار بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709 جاء فيه :"من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيدا لهذا يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغ 50000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى طلب الخلع وطلبهما معا"[2].

من بين القرارات المستجدة للمحكمة العليا ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 2015/12/17 والذي جاء فيه:"... في حالة عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي للخلع فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم بمعنى أنه ليس مجبرا على الحكم برد كل الصداق، وقضاة المجلس بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أعطوا قرارهم التسبيب الكافي مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس ويتعين رفضه ومن ثم رفض الطعن"[3].

---

(1):المجلس الأعلى، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1968/05/22، مجموعة الأحكام القضائية، الجزء الأول، ص 35.

(2):المجلس الأعلى، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1985/04/22، ملف رقم 36709، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1989، ص 92.

(3): المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار مؤرخ في 2015/12/17، ملف رقم 891903، نقلا عن الموقع الالكتروني https://elmouhami.Com:

المطلب الثالث: صيغة الخلع والمعوض

بعدما تعرضنا إلى طرفا الخلع وهما الزوج والزوجة، وإلى الركن الثاني وهو العوض نستكمل البحث في أركان الخلع ونتعرض من خلال هذا المطلب إلى صيغة الخلع(**الفرع الأول**)، والمعوض أو البضع(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الصيغة

يراد بصيغة الخلع ما ينعقد به الخلع وذلك بإيجاب من أحد طرفي هذا العقد وقبول من الطرف الآخر، والأصل في صيغة الخلع أن تقع باللفظ، فهل يجوز أن تقع بالفعل أي بالمعاطاة ؟ قبل الإجابة على هذا التساؤل نتعرض للأصل العام وهي صيغة الخلع اللفظية (**أولا**) وبعدها نتناول صيغة الخلع بالمعاطاة (**ثانيا**)، ثم نتعرف على موقف المشرع الجزائري من صيغة الخلع (**ثالثا**).

أولا: صيغة الخلع اللفظية

اختلف الفقهاء حول الصيغة اللفظية التي يقع بها الخلع على النحو الآتي:

1- عند الحنفية: للخلع عند الحنفية ألفاظ خمسة وهي: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، وطلقي نفسك على كذا، ويزداد على هذا لفظ البيع والشراء كبعت نفسك، أو طلاقك على كذا، ويشترط في صيغة الخلع عند الحنفية:

أ- مطابقة الإيجاب بالقبول دون فاصل كلامي أو زمني طويل، فإن قال لها:" أنت طالق أربعا بثلاثمائة"، فقالت :"قبلت ثلاثا"، لم تطلق، لأنه علّق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثا لن يتحقق المعلق عليه، وهو قبولها الأربع.

ب- كما يشترط الأحناف مطابقة الإيجاب والقبول فيما يتعلق بالعوض، فإذا بدأ الزوج فقال لها:"طلقي نفسك ثلاثا بألف"، فطلقت نفسها واحدة، فإنه لا يقع شيء، لأن الخلع يمين معلق على قبول المرأة إذا بدأ به الرجل، وإن المعلق على القبول هو طلاقها ثلاثا،

فإذا طلقت نفسها واحدة، فإنها لم تقبل اليمين المعلق فلا يقع به شيء، بخلاف ما إذا كانت هي البادئة، فإنه من جهتها معاوضة، فإذا عرضت عليه ثلاثا بألف وطلقها واحدة بألف، فإنها تبين منه بثلث الألف. ويبطل الإيجاب بالرفض الصريح أو الضمني دلالة بالإعراض عنه أو القيام من مجلس[1].

2 – عند المالكية: يقع الخلع عند المالكية بلفظه، أي بلفظ الخلع أو بما في معناه، ومن الألفاظ التي في معناه:الفدية أو المفاداة، المبارأة والصلح، وجعلوا لكل لفظ معنى خاص في مقدار البدل المبذول للزوجة، فالخلع يختص عادة ببذل المرأة لزوجها جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثر مما أعطاها، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه[2].

اشترط المالكية في الصيغة ثلاثة شروط:

أ – أن تكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواءا كان صريحا أو كناية، فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون النطق فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف، أوقامت قرينة.

ب– أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علقه الزوج بأداء أو قبض، فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس.

ج – أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها:" طلقتك ثلاثا بألف"، فقالت قبلتها واحدة بثلث الألف لم يلزمه الطلاق، وهذا خلاف ما إذا قالت له:" طلقني ثلاثا بألف"، فطلقها واحدة بألف، فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم[3].

3– عند الشافعية: يرى الشافعية أن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة وكناية، ومن كنايته لفظ الفسخ والبيع، فإذا قال لها: بعتك نفسك بألف ناويا بذلك الطلاق،

(1):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 368، 370.

(2):وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 197، 198.

(3):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 370.

فقالت قبلت، كان خلعا صحيحا تبين منه ويلزمها العوض، ونفس الحكم يتحقق إذا قال: فسخت نكاحك بألف. أما الصريح في الخلع :أن تقول له: طلقني على عشرين، فيقول طلقتك على ذلك، فإنه يكون الطلاق صريحا بائنا بدون نية، وإن نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه [1].

اشترط الشافعية في الصيغة جملة من الشروط وهي:

أ- أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين.

ب-أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق، فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح.

ج-أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام، وأن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف"، فقالت:" قبلت بألفين"، لا يقع شيء، وإذا قال لها:" طلقتك ثلاثا بألف"، فقالت :" قبلت واحدة بألف "، فإن الثلاث تقع بألف، فإنه وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، ولكن وافقه في المال[2].

4- عند الحنابلة: ألفاظ الخلع عند الحنابلة قسمان:صريحة وكناية، أما الصريحة فهي:خلعت، فسخت، وفاديت، فهذه الألفاظ إذا استعملها الزوج وتوافرت فيها جملة من الشروط وذكر فيها العوض ولو كان مجهولا وقبلت الزوجة، صح الخلع وترتب عليه الفراق، وإن لم ينوي الخلع، لأنها صريحة في الخلع ولا تحتاج إلى نية.

إذا لم يذكر العوض، أو ذكره ولم تقبل الزوجة، ففي المسألة روايتان عن أحمد، أولهما أن الخلع جائز مرتب لفرقة الطلاق، أما الثانية فمفادها أن الخلع لا يكون إلا بعوض، إلا أن ينوي به الطلاق فيلزم ما انعقدت عليه النية.

---

(1):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 371.

(2):وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص 198.

أما الكناية في الخلع فهي ثلاثة أيضا: باريتك، أبرأتك وأبنتك، فهذه الألفاظ الثلاثة يصح بها الخلع بالنية أو دلالة الحال[1].

اشترط الحنابلة في صيغة الخلع:

أ-أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعاطاة، ولو نوى به الطلاق، بل لابد فيه من إيجاب وقبول.

ب-أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس، فإذا قال لها خالعتك بكذا، وقام من المجلس قبل قبولها، فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل.

ج-أن لا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها :" خالعتك يدك أو رجلك بكذا "وقبلت كان لغوا.

د-أن لا يعلقه على شرط، فإذا قال لها :"إن بذلت لي كذا فقد خالعتك"، فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه، وإذا اجتمع شرط مع الخلع، فإن الخلع يصح والشرط يبطل[2].

ثانيا : صيغة الخلع بالمعاطاة

اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع بالمعاطاة بأن تقوم الزوجة بفعل معين يدل على رغبتها في إيقاع الخلع ويعتبر ذلك منها إيجابا، ويقوم الزوج بما يدل على قبوله، كأن يتسلم المال منها ولا يمنعها من الخروج من بيت الزوجية[3]، وفي هذه المسألة يوجد اتجاهين:

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 139 .

(2):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 372، 373 .

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 08، ص 164.

1 – الاتجاه الذي يرى جواز الخلع بالمعاطاة

بهذا صرّح المالكية وبعض الحنابلة والزيدية، فقد جاء في الشرح الصغير للدردير في الفقه المالكية :"و كفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق إن جرى بها عرف، كأن يجري عرفهم بأنها متى دفعت له أسورتها أو عقدها فأخذه وانصرفت كان ذلك خلعا، ومثله قيام قرينة"[1].

استند أصحاب هذا القول بالعرف، وهو ظاهر من قول المالكية الذين أجازوا الخلع بالمعاطاة بناءا على جريان العرف بذلك.

كما استدل من قال بهذا القول من الحنابلة بما رواه إسحاق بن منصور قال:" قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال: إذا أخذ المال فهي فرقة، وفي قصة خلع زوجة ثابت بن قيس جاء فيها قول النبي ﷺ لها:" أتردين عليه حديقته "، قالت:" نعم" ففرق النبي ﷺ بينهما وقال:"خذ ما أعطيتها ولا تزداد، ولم يستدعي منه لفظا "[2].

2 –الاتجاه الذي لا يجيز عقد الخلع بالمعاطاة

هو قول الشافعية والحنابلة، فقد جاء في كشاف القناع في فقه الحنابلة:"ولا يصح الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج"[3]، وحجتهم في ذلك أن الخلع تصرف في البضع أي في رفع قيد النكاح بعوض، فلم يصح بدون اللفظ كعقد النكاح وإيقاع الطلاق، ولأن أخذ المال قبض لعوض، فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع. أما حديث قصة خلع جميلة امرأة ثابت بن قيس فقد رواه البخاري:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فهو صريح في اعتبار اللفظ[4].

(1):الدردير أبي البركات أحمد بن محمد، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء 02، ص 446.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق، ، الجزء 08، ص 166.

(3):منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 05 ، ص 219 .

(4):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، ، الجزء 08، ص 166، 167 .

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من صيغة الخلع

إن الحديث عن صيغة الخلع في قانون الأسرة الجزائري أصبح لا جدوى له بعدما أهمل المشرع في تعديله الجديد إرادة الزوج بمنحه للزوجة الحق في مخالعة زوجها دون موافقته، فلا يشترط أن يكون هناك قبول من الزوج.

ولم يقر هذا التعديل تغيب إرادة الزوج في مسألة الخلع فحسب، بل أقر تغيبها أيضا في مسألة مقابل الخلع، حيث ترك المشرع أمر تقديره عند عدم الاتفاق بشأنه بين الزوجين للقاضي يفصل فيه بناءا على سلطته التقديرية، وعليه فلا حاجة لمجلس العقد، ولا أي إيجاب للزوجة في مخالعتها، ولا أي قبول من الزوج[1].

الفرع الثاني: المعوض (البضع)

المعوض وهو البُضْع، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج، وبناءً على ذلك يشترط أن تكون المرأة زوجته شرعا، لأن الغرض من الخلع هو خلاصها من قيد الزوجية، وهذا القيد إنما يكون في النكاح الصحيح حيث تكون الزوجة شرعية، وعليه فلا حاجة للخلع في النكاح الفاسد، لأن المرأة فيه لا تعتبر زوجة شرعية ولا طرفا في رابطة زواج شرعية يحتاج لقطعها الطلاق أو المخالعة[2].

في حديثنا عن المعوض كركن من أركان الخلع نتعرض لمسألتين فرعيتين، نخصص الأولى لخلع المعتدة **(أولا)**، والثانية لخلع غير المدخول بها **(ثانيا)** .

أولا: خلع المعتدة

إن المعتدة لا تخلو من أن تكون معتدة من طلاق بائن أو رجعي، فبالنسبة للمعتدة من طلاق بائن اتفق الجمهور على أن خلع المعتدة من طلاق بائن هو مجرد طلاق لا

(1):عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط02 ، دار هومه ، الجزائر ، سنة 2009 ،ص 130.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 08، ص 140.

يجب به العوض، لأن المقصود من الخلع هو بذل المال من الزوجة لتملك عصمتها، وبما أنها قد ملكت عصمتها بالطلاق البائن السابق عليه وزالت به أسباب الزوجية، فلا يصح أن تدفع مالا فيما هو واقع فعلا ، ويجب على الزوج ردّه منها إن كان قد أخذه.

أما المعتدة من طلاق رجعي فقالوا بصحة الخلع الواقع منها، لكونها لازالت في حكم الزوجة في الكثير من الأحكام، وبما أن الزوج بإمكانه إرجاعها إليه، فقد صحّ منها بذل المال عوضا لخلعها[1].

خالف بعض الشافعية رأي الجمهور وقالوا بعدم صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي لعدم الحاجة إلى الافتداء لمآل أمرها إلى البينونة بانقضاء عدّتها، لكنه قول ضعيف، والأصح عندهم هو القول الأول، وهو الراجح لأن المطلقة طلاقا رجعيا لازالت تعتبر زوجة في عصمة زوجها الذي بإمكانه أن يرجعها إلى عصمته، لأجل ذلك فلا مانع أن تبذل هذه المطلقة الرجعية مالا عوضا عن طلاقها أو خلعها[2].

ثانيا: خلع الزوجة غير المدخول بها

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع قبل الدخول، لذلك نرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية لدراسة هذه المسألة، وبالعودة إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون صحة الخلع قبل الدخول، إلا أنهم اختلفوا في مسألة رد المهر والهدايا إذا تم قبضها من طرف المرأة، وسنذكر أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن:

1- أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في خلع الزوجة غير المدخول بها:

أ- **قول المالكية:** جاء في المدونة الكبرى أن سحنونا سأل ابن القاسم عن رجل تزوج بامرأة على مهر معين وكانت قد قبضت هذا المهر ثم خالعته قبل الدخول بها مقابل

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق ، ص 121.

(2):المرجع نفسه، ص 121، 122.

غُلامِ أي افتدت نفسها بغلام، فهل يرجع عليها الزوج بنصف ما أعطاها من مهر أم لا ؟ فردّ ابن القاسم بأنه يرى أنه على المرأة أن تردّ كامل المهر، واستدل على ذلك بما أجاب الإمام مالك عندما سئل عن رجل تزوج امرأة بمهر مسمى، فافتدت منه بعشرة دنانير تدفعها إليه قبل أن يدخل بها على أن يخلي سبيلها ففعل ثم أرادت أن تتبعه بنصف المهر قال ذلك ليس لها[1]، هذا القول يدل صراحة على أن الخلع يقع قبل الدخول مثلما يقع بعده.

ب- قول الحنفية: للحنفية قولان في المسألة: أحدهما لأبي حنيفة، ومفاده أن المرأة المختلعة قبل الدخول إذا كانت قد قبضت المهر، فلا ترد له شيئا إلا ما اجتعل أي ما خالعها عليه، والقول الثاني لأبي يوسف ومحمد ومفاده أن الزوج يستحق زيادة على ما خالعها عليه نصف المهر الذي يسترده عند الخلع[2].

ج- قول الشافعية: قول الشافعية يوافق قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية، فهم يرون وقوع الخلع قبل الدخول، على أن ترد المرأة للزوج نصف المهر، حيث قالوا :" إذا جرى الخلع قبل الدخول فيتشطر الصداق، والحاصل للمرأة نصف المهر".

د- قول الحنابلة: اتفق الحنابلة مع المالكية في هذه المسألة، حيث تردّ المرأة المختلعة قبل الدخول كامل المهر الذي قبضته، أو تدفع نصف قيمته إذا لم تكن قد قبضته، فقد ورد عندهم:" فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل الدخول بها، صحّ وصار الصداق كله له: نصف بالطلاق، ونصف بالخلع"، أي يستحق نصف المهر بالطلاق، لأن للمرأة قبل الدخول نصف المهر فقط، ويستحق الزوج النصف الآخر كونه العوض الذي يأخذه عوضا عن الخلع، ومن ثم له المهر كاملا.

---

(1):الإمام مالك، المدونة الكبرى، الجزء 04، ص 165.

(2):محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، الجزء 04، ط01 ، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر، سنة 2012، ص 569.

هذا إذا كانت المرأة قد قبضت المهر مسبقا، أما إذا لم تكن قد قبضته، فإن المهر يسقط عن الزوج، فيسقط نصفه بالطلاق، إذ يكون حينها للمرأة أن تطالبه بالنصف فقط، ويسقط النصف الثاني بطريق المقاصة، لأنه يكون في ذمة الزوج نصف المهر بسبب الفرقة قبل الدخول، وفي المقابل يكون نصف المهر في ذمتها بسبب مخالعتها لزوجها، فتكون المقاصة بينهما[1].

نستنتج مما سبق بأن الفقهاء من حيث المبدأ اتفقوا على جواز الخلع قبل الدخول وإن اختلفوا حول بعض التفصيلات المتعلقة برد المهر ومقداره.

2 – موقف المشرع الجزائري من مسألة الخلع قبل الدخول

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع قبل الدخول، وقد خالفته في ذلك بعض التشريعات العربية إذ نجدها نصت صراحة على جواز الخلع قبل الدخول منها القانون الأردني، حيث جاء في نص المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 بأنه:" إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول وأودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك، بذلت المحكمة جهدا في الصلح بينهما، فإن لم يصطلحا أحالت الأمر إلى حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوما، فإذا لم يتم الصلح تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين بعد إعادة ما قبضته الزوجة من مهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج".

(1): سمير شيهاني، قاسي سي يوسف، الخلع نظرة تحليلية لقضاء المحكمة العليا مقارنة بالفقه الإسلامي، مقال منشورفي مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، المجلد 05، عدد1، سنة 2021، ص 18. نقلا عن الموقع الإلكتروني:https://digitalcommons.aaru.edu.jo/aaujbl

أما على مستوى القضاء الجزائري، فإنه يوجد قرار وحيد تعرض للخلع قبل الدخول وهو القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/06/14، قضت فيه المحكمة العليا بأن:" **طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول**".

جاء في حيثيات هذا القرار:"حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال..."[1].

يؤخذ على هذا القرار من حيث اعتبار الخلع قبل الدخول مخالفا للقانون أنه لا أساس له من الصحة لعدم وجود أي نص قانوني يمنع ذلك، بل يوجد ما يشير إلى عكس ذلك، فقد جعل المشرع الجزائري الفرقة بين الزوجين تقع إما بالطلاق (بمعناه العام) أو الوفاة بمقتضى نص المادة 47 من ت أ ج، ثم جعل الخلع ضمن الفصل الأول المتضمن الطلاق، وبما أن المادة 16 من ذات القانون تكلمت عن الطلاق قبل الدخول بمفهوم عام وعن استحقاق المرأة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول، فإن حكمها يمتد ليشمل الخلع لأنه صورة من صور الطلاق[2].

بالإضافة إلى ذلك، فإنه كان ينبغي على القضاة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من ت أ ج عند عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري، وفقهاء الشريعة الإسلامية يرون صحة الخلع قبل الدخول كما قلنا.

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 258613، قرار بتاريخ 2006/06/14، قضية (ب-ح) ضد (ق- ل)، مجلة المحكمة العليا، عدد2، سنة 2006، ص 421.

(2):سمير شيهاني، قاسي سي يوسف، المرجع السابق ،ص 14.

خلاصة الفصل الثاني:

في ختام دراستنا للخلع كطريق لانحلال عقد الزواج بطلب الزوجة نقول بأن الخلع بالرغم من انتشاره الخطير على مستوى القضاء إلا أنه لم يحظى باهتمام المشرع الجزائري، إذ أهمل تنظيمه فتناوله في نص وحيد وهو نص المادة 54 من ت أ ج، لذلك كان هذا النص فقيرا من حيث التنظيم، فلم يعطي تعريفا للخلع، ولم يتعرض لأركانه وشروطه، ولم يحدد نوع العوض وما يصح أن يكون عوضا في الخلع، ولا نوع الفرقة الواقعة به، كما لم يتناول مسألة الخلع قبل الدخول، فكان رجوعنا دائما لأحكام الشريعة الإسلامية من أجل استنباط أحكامه منها.

خلافا للمشرع الجزائري فإن الشريعة الإسلامية اهتمت بمسألة الخلع وخير دليل على ذلك كثرة الآيات والأحاديث النبوية التي كان موضوعها منصبا حول الخلع، وهو ما يؤكد لنا بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فلم تترك مسألة دون تنظيم ومنها الخلع.

فيما يخص الطبيعة القانونية للخلع، فقد شهدنا اختلافا في موقف المشرع الجزائري، ففي ظل المادة 54 من القانون رقم 84-11 اتسم موقفه بالغموض، فلم يوضح طبيعة الخلع هل هو عقد رضائي بين الزوجين أم أنه تصرف إنفرادي للزوجة، وأمام هذا الغموض اتجه الفقه وكذا القضاء الجزائري إلى الأخذ برأي جمهور الفقهاء فقالوا بأن الخلع عقد رضائي بين الزوجين، ولا يقع إلا بموافقة الزوج، وهو موقف أخذت به أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

أما بعد تعديل نص المادة 54 بموجب الأمر رقم 05-02 حسم المشرع الجزائري موقفه فأعلن صراحة على أن الخلع حقا إراديا للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق، وهذا الموقف يجد أصوله في الفقه الإسلامي إذ قاله الفقيه ابن رشد الحفيد، كما اعتمده المالكية لكن بعد عجز الحكمين عن الإصلاح مع عدم ثبوت الضرر.

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يقيد حق الزوجة في الخلع بضوابط معينة كذكر أسباب الخلع وهذا ما ساهم بشكل مباشر في الارتفاع المستمر في نسبة الخلع أمام المحاكم، إذ أصبح يمارس لأتفه الأسباب وبدون ضوابط، لذلك ينبغي تقييد حق الزوجة في الخلع حتى لا تتعسف في استعماله بشكل يؤدي إلى الإضرار بالزوج، والمهمة هنا ملقاة على عاتق القاضي الذي ينظر في الدعوى، إذ ينبغي عليه أن يتحقق من جدية السبب الذي دفع بالزوجة إلى طلب الخلع، وذلك أثناء محاولات الصلح التي يجريها قبل الفصل في الدعوى.

الباب الثاني

الآثار المترتبة على صدور الحكم بالتطليق والخلع

الباب الثاني: آثار المترتبة على صدور الحكم بالتطليق والخلع

كل تصرف شرعي أو قانوني تترتب عنه آثار، وهي عبارة عن حقوق والتزامات مترتبة عن هذا التصرف، فإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بطلاق أو تطليق أو خلع أو وفاة ترتبت عليها آثار لا تخرج عن كونها التزامات أو حقوق قرّرت في الغالب لمصلحة المطلقة.

من الإلتزامات المفروضة على المطلقة التزامها بالعدّة، وبحضانة الأولاد، وفي مقابل ذلك يكون لها جملة من المستحقات المالية يمنحها إياها القانون وهي تعد التزامات ملقاة على عاتق الزوج المطلق، ومن هذه المستحقات المالية نجد النفقة بأنواعها(نفقة العدّة والإهمال)، التعويض عن الضرر حينما تتمكن من إثباته، حقها في السكن أو بدل الإيجار عندما تؤول إليها الحضانة بالإضافة إلى استردادها لأثاث البيت.

نظم المشرع الجزائري هاته الآثار في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان:"آثار الطلاق"، وحصرها في المواد من 58 إلى 80 من ت أ ج.

من خلال هذا العنوان يظهر بأن المشرع الجزائري لم يميز عند ذكره لآثار الطلاق بين صور الطلاق المختلفة، إذ رتّب نفس الآثار باستثناء التعويض الذي يستبعد الحكم به في حالة الطلاق خلعا، أما بقية الآثار فلا فرق فيها بين مختلف صور الطلاق، لكن من الناحية الشرعية نجد بعض الاختلافات عندما يتعلق الأمر بالخلع ستظهر عند الدراسة.

اتسمت الكثير من النصوص المنظمة لهذه الآثار بالغموض في صياغتها وهذا ما جعلها تثير الإشكال أمام القضاء، وسنتعرف على هذه الإشكالات ونحاول إيجاد الحلول لها من خلال هذا الباب والذي ارتأينا تقسيمه إلى فصلين، نخصص الأول للآثار المعنوية التي تترتب على صدور الحكم بالتطليق أوالخلع، أما الفصل الثاني سنتطرق فيه إلى الآثار المادية من نفقة وسكن وتعويض .

الفصل الأول: الآثار المعنوية المترتبة عن التطليق والخلع

بمجرد صدور حكم بالتطليق أو الخلع ينتهي عقد الزواج وتنقطع العلاقة بين الزوجين ويتحول مركزهما القانوني من زوج وزوجة إلى مطلق ومطلقة، وتترتب آثار معينة منها ما هو مالي، ومنها ما هو غير مالي.

تتمحور الأثار غير المالية أو المعنوية أساسا في العدّة والحضانة وثبوت نسب الولد، وإلى جانب هذه الأثار ارتأيت معالجة مسألة أخرى تتعلق بمدى إمكانية الرجعة بين الزوجين بعد صدور الحكم بالتطليق والخلع.

للبحث في هذه المسائل نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض في **المبحث الأول** للعدّة ومدى إمكانية الرجعة بين الزوجين وثبوت النسب، أما **المبحث الثاني** نتناول فيه الحضانة كأثر من آثار انحلال عقد الزواج.

المبحث الأول: العدّة وحق الرجعة وثبوت نسب الولد

من أهم الآثار المعنوية للطلاق أو التطليق أو الخلع نجد العدّة وهي من التزامات الزوجة إذ يجب عليها أن تتربص مدة معينة حددها الشارع وأكدها مشرعنا الجزائري، وترتبط بالعدّة آثار معنوية أخرى كالرجعة وثبوت النسب، لذلك ارتأيت الجمع بين هذه المطالب الثلاث في مبحث واحد، وسنتعرض في البداية للعدّة **(المطلب الأول)** ثم ننتقل لدراسة مدى حق الرجعة **(المطلب الثاني)** لنصل إلى ثبوت نسب الولد **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: وجوب العدّة

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين سواءا بطلاق أو تطليق أو خلع، فإنه يجب على الزوجة العدّة، وهي من التزامات الزوجة وحقوق الله، فلا يجوز الاتفاق على نفيها أو التنازل عنها، ولدراسة موضوع العدّة ينبغي التعرض لمفهومها **(الفرع الأول)** ثم نبين أنواعها وتحولاتها **(الفرع الثاني)** لنصل إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من العدّة وأنواعها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: مفهوم العدة

إن الحديث عن العدّة كأثر من آثار الطلاق يوجب علينا التطرق إلى تعريفها **(أولا)** وبيان أدلة مشروعيتها **(ثانيا)** والحكمة من تشريعها **(ثالثا)**.

أولا: تعريف العدّة

يقتضي تعريف العدّة التعرض إلى تعريفها اللغوي **(1)** ثم الاصطلاحي**(2)**.

1– تعريف العدّة لغة: جاءت كلمة العدّة في اللغة بمعنى: إحصاء الشيء، فيقال: عددت الشيء عدّة، أي:أحصيته إحصاء، وعدّة المرأة: ما تَعُدُه من أيام إقرائها، ويقال أيضا:اعتدت المرأة وانقضت عدتها[1].

2– تعريف العدّة اصطلاحا: تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، أو بعد الوطيء بشبهة أو نكاح فاسد، فإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب، فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لانتظارها[2].

ثانيا: مشروعية العدّة

اتفق الفقهاء على وجوب العدّة، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1– قوله تعالى:﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...**﴾[3]، وقوله تعالى:﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا**﴾[5]، وقوله

(1):لسان العرب لابن منظور، المجلد 03، ص 281، 282.

(2): أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

(3): سورة الطلاق، الآية 01.

(4):سورة البقرة، الآية227.

(5):سورة الطلاق، الآية 04.

تعالى:﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ**﴾[1].

2- قول النبيﷺ:"لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحدُّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"[2].

3- أجمعت الأمة على مشروعية العدّة من عصر الرسولﷺ إلى يومنا هذا دون إنكار من أحد[3].

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري وبالضبط من المادة 58 إلى المادة 61 نجد بأن المشرع الجزائري أخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية من وجوب العدّة للمرأة، سواءً من عدّة طلاق أو وفاة أو حمل، وهذا ما سنوضحه لاحقا.

ثالثا: الحكمة من مشروعية العدّة:

تظهر الحكمة من مشروعية العدّة في أمور كثيرة منها:

1- العلم ببراءة الرحم وأن لا يجتمع ماءُ الواطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد.

2- مراعاة العلاقة الزوجية وما فيها من نعم عظيمة، لذلك شرّعت العدّة عند الفراق لإظهار التأسف على زوال هذه النعمة.

3- إعطاء فرصة كافية للزوج أو الزوجة لمراجعة النفس والعودة إلى الزوجية من جديد.

4- وفي عدّة الوفاة تكمن الحكمة من تشريعها لإظهار حق الزوج والتأسف على فقدانه[4].

---

(1):سورة البقرة، الآية 234.

(2):محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، قدم له واعتنى به وخرج أحاديثه رائد بن صبري ابن أبي عرفة، حديث رقم 2954، د.ط ، بيت الأفكار الدولية، لبنان، سنة 2004، ص 1308.

(3): نور الدين أبو لحية، آثار حل العصمة الزوجية، ط 01، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن ، ص 07.

(4):وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، د.ط ، دار الفكر، دمشق سوريا، سنة 2000، ص 344.

الفرع الثاني: أنواع العدة وتحولاتها

بداية نتعرف على أنواع العدة **(أولا)** ثم نتعرض لتحولاتها **(ثانيا)**.

أولا : أنواع العدة

العدّة في الشرع ثلاثة أنواع: العدة بالأقراء **(1)**، العدة بالأشهر **(2)**، والعدة بوضع الحمل **(3)**، وسنتعرض لكل نوع من هذه الأنواع، ثم نتطرق لعدّة المختلعة **(4)**.

1- العدّة بالأقراء

إذا كانت المرأة من ذوات الحيض وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة أو حكما بسبب غير الوفاة، ولم تكن حاملا وقت الفرقة فعدّتها ثلاث قروء لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**﴾، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، ثم اختلفوا في تحديد معنى القرء، وذلك لأن هذا الأخير في اللغة يطلق على الطهر والحيض معا، فهو من الأسماء المشتركة، ففسره الحنفية والحنابلة بالحيض، أما المالكية والشافعية ففسروه بالطهر.

يترتب على القول الأول أن العدّة تنتهي بانقضاء دم الحيضة الثالثة، ولا يحسب الطهر الذي وقع فيه الطلاق فتبدأ العدة من أول طهر يأتي بعده.

أما عند أصحاب القول الثاني فتنتهي العدّة بمجيء الحيضة الثالثة، أي برؤية الدم من الحيضة الثالثة، ويحسب الطهر الذي وقع فيه الطلاق[1].

أقصى مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضها ثلاث حيضات كاملات هي ستون يوما من تاريخ الفرقة، لأن أقصى مدة للحيض عشرة أيام، وأقل مدة للطهر خمسة عشر يوما، فثلاث حيضات بثلاثين يوما يتخللها طهران بثلاثين يوما، فيكون مجموع أيام العدة ستون يوما[2].

(1):وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، المرجع السابق، ص 345.

(2):عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 02، دار القلم للنشر والتوزيع، سنة 1990، ص 169.

2-العدّة بالأشهر

العدّة بالأشهر قسمان: أشهر قائمة مقام القروء (أ) وأشهر تثبت بالأصل (ب).

أ- **عدة بالأشهر تقوم مقام القروء:**هذه العدّة تكون بالنسبة للمرأة الصغيرة التي لم تبلغ سن الحيض، والمرأة التي لم ترى دم الحيض، أو المرأة التي يئست من المحيض.

والمرأة التي يئست من المحيض هي من بلغت سن اليأس، وقدره بعض الفقهاء ببلوغ المرأة خمس وخمسون سنة، والبعض الآخر ببلوغها خمسون سنة، واختار البعض عدم تقديره[1]، فعدّة هؤلاء ثلاثة أشهر لقوله تعالى:﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ...﴾، فالأشهر الثلاثة الواردة في قوله تعالى قائمة مقام الحيضات الثلاث، لأن المرأة السليمة في جسمها ترى الحيض في كل شهر مرّة، وهي تحيض في عدّتها ثلاث مرات، فكانت الأشهر الثلاث في مقدار الحيضات الثلاث[2].

ب- عدّة بالأشهر التي وجبت أصلا بنفسها (عدة الوفاة):

تكون هذه العدّة في الوفاة من زواج صحيح على أن تكون المرأة غير حامل سواءا كانت الوفاة قبل الدخول أم بعده، وسواءا كانت ممن تحيض أم لا، وسواءا كانت صغيرة أم كبيرة، ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾، وقدّرت عدّة الوفاة بهذه المدة، لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح في العشر فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها حمل[3].

(1):حسن حسانين، المرجع السابق، ص 327، 328.

(2): أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 504.

(3):رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق ، ص 489.

تبدأ عدّة المتوفي عنها زوجها عند جمهور الفقهاء من وقت موت الزوج سواءا علمت الزوجة بموته أو لم تعلم، وخالفهم في ذلك علي رضي الله عنه والظاهرية حيث قالوا تبدأ عدّة المتوفي عنها زوجها من وقت علمها بموته[1].

تجدر الإشارة بأنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا ثم مات عنها وهي في العدّة اعتدّت بعدّة الوفاة لأنه توفي عنها وهي زوجته.

3- العدّة بوضع الحمل

اتفق الفقهاء على أن المرأة إن طلقها زوجها وهي حامل لا تنقضي عدتها إلا بوضع حملها لقوله تعالى:﴿ **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا**﴾، لكنهم اختلفوا في عدّة الحامل الذي توفي عنها زوجها فظهر رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن عدّتها تنقضي بوضع الحمل ولو كان وضع حملها بعد لحظة من وفاة زوجها، وحجتهم في ذلك أن الآية الكريمة :﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ متأخر نزولها عن الآية: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾، فتكون مخصصة لها، بمعنى أن الحامل المتوفي عنها زوجها عدّتها مدة الحمل وتنقضي بوضعه، أما غير الحامل المتوفي عنها زوجها تعتد بمدة أربعة أشهر وعشرا، كما أن العدّة شرعّت في الأصل لمعرفة خلو المرأة من الحمل ووضع الحمل أدل الأشياء على براءة الرحم من الحمل، فوجب أن تنقضي العدة بوضعه[2].

الرأي الثاني: الحامل المتوفي عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين، وهو مروي عن علي ابن أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهما ومن تابعهم، واحتجوا بأن الآيتين الكريمتين فيهما عموم وخصوص، والجمع بينهما أولى، فإذا اعتدت بأقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى

(1): نور الدين أبو لحية، آثار حل العصمة الزوجية، المرجع السابق، ص 31، 32.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 09، ص 167،168.

الآيتين، وإذا اعتدت بوضع الحمل فقد تركت العمل بآية عدة الوفاة، فإعمال النصين معا خير من إهمال أحدهما[1]، وعليه فإن المرأة المتوفي عنها زوجها إن كانت حاملا فوضعت حملها ولم تنتهي مدة الأشهر فعليها أن تبقى معتدة حتى تنتهي المدة، ولكن إن انتهت المدة ولم تضع حملها، فعليها الانتظار حتى وضع الحمل[2].

انتهاء العدّة بوضع الحمل له شرطان:

الشرط الأول: تبين خلقة الجنين

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على قولين:

القول الأول: أن الحمل الذي تنقضي العدّة بوضعه هو ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان ولو كان ميتا، أو مضغة تصورت، ولو صورة خفية تثبت بشهادة الثقات من القوابل، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: أنه إن كان الحمل دم اجتمع، تنقضي به العدّة، وهو قول المالكية والظاهرية والإمامية[3].

الشرط الثاني: أن يكون الحمل منسوبا إلى صاحب العدة، فإن لم يمكن نسبته إلى صاحب العدة كولد الزنا المنفي قطعا فلا تنقضي به العدة[4].

4- عدّة المختلعة

المختلعة إما أن تكون ممن تحيض أو لا تكون كذلك، وقد تكون حاملا، وقد تكون غير حامل، فإن كانت المختلعة من الحوامل فأجلها أن تضع حملها، أما إن كانت غير حامل وكانت ممن تحيض، فقد اختلف الفقهاء في عدّتها تبعا لاختلافهم في تكييف الخلع أهو فسخ أم طلاق، فظهر مذهبين:

(1): رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 493.

(2):أحمد نصر الجندي، عدة الطلاق عقب الفراق والطلاق،د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 1995، ص162.

(3): نور الدين أبو لحية، آثار حل العصمة الزوجية، المرجع السابق، ص 34، 35.

(4):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 636 .

المذهب الأول: عدّة المختلعة هي نفس عدة المطلقة، وهو مروي عن الإمام علي ابن أبي طالب رضي الله عنه، وقال به سعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله، وسليمان بن يسار، والحسن، والشعبي، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، والزهري وقتادة، والليث بن سعد، وابن حزم، وجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب[1].

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب والسنة والأثر والمعقول.

أ- من القرآن الكريم :استدلوا بقوله تعالى :﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**﴾، فقد بينت هذه الآية الكريمة أن عدّة المطلقة ثلاث قروء، والخلع طلاق، والمختلعة لا تخرج عن كونها مطلقة إلا أن طلاقها يكون بعوض، فهي لا تخرج عن أحكام المطلقات[2].

ب- من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا من السنة بما روي عن النبي ﷺ من طريق عكرمة عن ابن عباس في قصة بريرة أنه ﷺ خيّرها، فاختارت نفسها، وفرّق بينهما، وجعل عليها عدّة الحرّة.

وما روي أيضا عن السيدة عائشة في نفس الواقعة أنها قالت:" أن رسول الله ﷺ جعل عدّة بريرة حين فارقها زوجها عدّة المطلقة"[3].

ج- من الأثر:احتجوا بما روى مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمن عثمان ابن عفان فبلغ ذلك إلى عثمان بن عفان فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة.

وروي عن مالك أيضا أنه بلغه أن سعيد بن مسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء[4].

---

(1):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 166، 167.

(2): المرجع نفسه، ص 168.

(3):أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، الجزء 03، ص 347.

(4):موطأ الإمام مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المختلعة(12، 13)،الحديث33-34،الجزء 02، ص 565، 566.

د- من المعقول

إن الطلاق يوجب على المرأة العدة إذا كانت مدخولا بها، والطلاق إما أن يكون بعوض كالطلاق على مال والخلع، وإما أن يكون بلا عوض، وكونه بعوض لا يخرج عن كونه طلاقا فيجب فيه العدّة الكاملة[1].

المذهب الثاني: عدة المختلعة حيضة واحدة، وروي هذا عن عثمان ابن عفان، وعبد الله بن عمر في أحد أقواله، وبه قال عثمان ابن أبان، وإسحاق بن راهوية، وابن المنذر والإمام أحمد في رواية ثانية، وابن تيمية، وابن القيم[2].

استدل أصحاب هذا المذهب على أن المختلعة تعتد بحيضة بالسنة والأثر والمعقول:

أ - من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بما رواه سليمان بن يسار عن ربيع بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد الرسول ﷺ فأمرها النبيﷺ أو أمرت أن تعتد بحيضة. وبما روي عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي ﷺ فأمرها النبي ﷺأن تعتد بحيضة[3].

ب- من الأثر: احتجوا بما ورد عن ابن عمر أنه قال:" عدّة المختلعة حيضة"، وقد ثبت عنه أنه كان يقول:" تعتد ثلاث حيض"، حتى قال عثمان:"تعتد بحيضة "، فكان ابن عمر يفتي به ويقول :عثمان خيرنا وأعلمنا"[4].

وبما رواه الليث بن سعد عن نافع مولى ابن عمر، أنه سمع الربيع بنت معوذ بن عفراء، وهي تخبر عبد الله بن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان ابن عفان رضي الله عنه فجاء عمها إلى عثمان، فقال له:"إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم

(1):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 168، 169.

(2): المرجع نفسه، ص 167.

(3):أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص360.

(4):أمير محمد مطاوع، المرجع السابق، ص 208، 209.

أفتنتقل؟ فقال عثمان: لتنتقل ولا ميراث بينهما، ولا عدّة عليها، إلا أنها لا تنكح حتى تحيض خشية أن يكون بها حبل"[1].

ج- من المعقول:

إن هذا القول موافق لمقتضى الشريعة الإسلامية، لأن العدّة إنما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة، فيتروى الزوج، ويتمكن من الرجعة في مدة العدة، فإذا لم تكن عليها رجعة، فالمقصود مجرد براءة رحمها من الحمل وذلك يكفي فيه الحيضة كالاستبراء[2].

بعد عرض أقوال كل مذهب وأدلته نقول بأن الفقهاء اختلفوا في تحديد عدة المختلعة تبعا لاختلافهم في تكييف الخلع، فمن قال بأن الخلع طلاق، ألزم المختلعة بعدة الطلاق وهي ثلاثة قروء، أما من قال بأنه فسخ، أمر المرأة بأن تعتد بحيضة لتأكد من براءة رحمها فقط، ولعل أرجح الرأيين ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني لقوة أدلتهم.

ثانيا: تحولات العدّة (انتقالها)

قد تبتدىء المعتدة العدّة بنوع من أنواعها الثلاثة السابقة، ثم يحدث أن تتغير حالها فيتغير نوع عدتها ويتغير تبعا لذلك تقديرها، وانتقال العدة يكون من عدة بالأشهر إلى عدة بالقروء **(1)**، أو من عدة بالقروء إلى عدة بالأشهر **(2)**.

1- انتقال العدّة من الأشهر إلى الأقراء

تحول العدّة من الأشهر إلى الأقراء يكون في حالتين :

الحالة الأولى :من كانت عدّتها بثلاثة أشهر لأنها لم تر الدم أصلا إما لصغرها أو لبلوغها سن اليأس وعدم رؤيتها للحيض، فهذه تعتد بالأشهر، فإذا رأت الدم قبل أن تنتهي الأشهر الثلاثة، فإنها تستأنف العدّة من جديد وتعتد بالأقراء، ولو كانت قد قضت أكثر

(1):زكريا بن غلام قادر الباكستاني، ما صح من آثار الصحابة في الفقه، المرجع السابق، ص 1042 .

(2):أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته، المرجع السابق، ص361.

العدة بالأشهر ولم يبقى إلا القليل، وذلك لأن العدة بالأشهر كانت بدلا من الأقراء، فإذا أمكن الأصل زال اعتبار البدل.

الحالة الثانية:حال اللائي يئسن من المحيض فابتدأت عدّتها بالأشهر ثم رأت الدم في أثناء العدّة فإنها تستأنف عدتها من جديد بالحيض ويلغى اعتبار الزمن السابق[1].

2- انتقال العدة من الأقراء إلى الأشهر

تكون في الأحوال التالية :

أ- إذا شرعت المطلقة عدتها بالأقراء، ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم القرء وتعتد بوضع الحمل.

ب- إذا طلقت المرأة التي تحيض، فحاضت مرة أو مرتين ثم آيست، انتقلت عدّتها من الأقراء إلى الأشهر[2].

ج- إذا كانت المطلقة تعتد بالأقراء ثم توفي زوجها في أثناء عدتها، انتقلت عدتها من ثلاثة قروء إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، بشرط أن يكون طلاقها رجعيا وليس بائنا[3]، لأن الطلاق الرجعي لا ينهي الزواج في الحال بل بعد انتهاء العدة، فهي تعتبر في كل الأحكام زوجة، بدليل أنها ترث من زوجها إذا مات وهي في العدّة[4].

أما إذا كان الطلاق بائنا فإنها لا تتحول عدتها، بل تتم عدة الطلاق البائن، لأنها ليست بزوجته، ولا حداد عليها[5].

(1):محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،سنة1992، ص25.

(2):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 645.

(3):محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 26.

(4):محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 378.

(5):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 646.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من العدّة وأنواعها

نظم المشرع الجزائري آثار الطلاق ووضع لها نصوصا تحكمها، وأول أثر تولى تنظيمه هو العدّة وذلك في المواد 58، 59، 60، 61 ونصها كالآتي:

المادة 58:" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

المادة 59:" تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده " .

المادة 60:" عدّة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة حمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ".

المادة 61:" لا تخرج الزوجة المطلقة والمتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

بتحليلنا لهذه المواد نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يعرف العدّة وإنما أقر بوجوبها، واكتفى بذكر أنواعها ومقدار العدة في كل نوع، وبذلك ترك المجال للفقه لتحديد المقصود بالعدّة، ومن بين الاجتهادات القضائية التي أوجبت العدّة على المرأة ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ2006/07/12 والذي اعتبر العدّة من النظام العام فقرر بأنه:" لا طلاق دون عدة ودون نفقة عنها ما دامت من النظام العام"[1].

بالرجوع إلى نص المادة 58 من ت أ ج نجد أن المشرع قد تبنى رأي جمهور الفقهاء القائل بألا عدّة للزوجة غير المدخول بها، ويتضح ذلك من خلال قوله:" تعتد المطلقة المدخول بها"، وهو نفس الاتجاه الذي اعتمدته المحكمة العليا من خلال قراراتها

(1):المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، غ أ ش، الملف رقم 358348، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2006، ص449.

منها القرار الصادر في 1996/06/18 والذي جاء فيه:"من المقرر شرعا أنه تستوجب العدّة للمرأة المطلقة والمتوفي عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها.

ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول، وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم اتمام العدّة من الزواج الأول، والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي عندما جعل عدّة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء، إلا أنه لم يبين المقصود من القرء أهو الحيض أم الطهر، وإن الإحالة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى نص المادة 222 من ت أ ج لا تحل الإشكال نظرا لاختلاف الفقهاء في هذه المسألة، لذلك كان على المشرع أن يوضح موقفه ويبين المقصود منه، لأنه يؤثر في حساب العدة، وأي خطأ في حسابها قد يؤدي إلى الوقوع في المحظور[2].

تطرقت المادة 58 أيضا إلى اليائسة من المحيض والتي تعتد بثلاثة أشهر وهي بدلا من القروء ، إلا أنها أغفلت التعرض لعدّة الصغيرة التي لم تحض، وربما كان ذلك راجعا لأنها في الأصل ليست أهلا للزواج، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 07 من ت أ ج نجدها قد أجازت للقاضي الترخيص بالزواج قبل بلوغ سن 19 سنة لمصلحة أو ضرورة، وعليه فقد يصدر ترخيص من القاضي يجيز للزوجين الزواج قبل بلوغ السن القانوني، وقد يقع الطلاق وهي لم تحض بعد لصغر سنها فهل تعتد أم لا؟ لذلك كان على المشرع الجزائري أن يشير إلى عدة المطلقة التي لم تحض بعد، وتكون عدّتها نفس عدّة اليائسة من المحيض[3].

---

(1):المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1996/06/18،غ أ ش، الملف رقم 137551، المجلة القضائية ، عدد 02، سنة 1997، ص 93.

(2): بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 224.

(3):سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 198.

جاءت المادة 58 عامة فلم تميز بين أنواع الطلاق المختلفة وبالتالي تشمل المختلعة والتي تحصلت على حكم بالتطليق، فتكون عدة كل منهما ثلاثة قروء.

تبدأ عدّة المطلقة المدخول بها وفقا لنص المادة 58 من تاريخ "التصريح بالطلاق"، وهذه العبارة تثير الغموض حين يتعلق الأمر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، لأن في حالتي الخلع والتطليق لا إشكال يطرح، فيبدأ حساب العدّة فيهما من تاريخ صدور الحكم القضائي الذي يقضي بالتطليق والخلع، لأن حكمهما منشئ لحالة جديدة لم تكن موجودة من قبل، على عكس الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة والذي يكون فيه الحكم القضائي كاشفا لواقعة الطلاق لا منشئا لها.

الإشكال يطرح إذن في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهل تحسب العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، أم تاريخ تصريح أو تلفظ الزوج بالطلاق؟

اختلف فقهاء القانون في تفسير هذه العبارة، إذ يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين أن المقصود بهذه العبارة هو تصريح الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من ت أ ج ولم يقصد به تصريح القاضي، فلو قصد تصريح القاضي لاستعمل عبارة "من تاريخ صدور الحكم بالطلاق"[1].

خلافا لهذا الرأي فسّر بعض فقهاء القانون العبارة المذكورة بأنها تعني تصريح القاضي ومنهم الأستاذ فضيل سعد، حيث يرى بأن العدّة تبدأ من تاريخ الحكم، لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق فعلا[2]، ويؤيده في هذا الرأي الأستاذ عمر زودة إذ يرى بأن:العدّة تبدأ من تاريخ الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي[3].

ونحن نؤيد رأي الأستاذ لمطاعي نور الدين، لأن هذا الرأي يتماشى مع رأي الفقه الإسلامي حيث أجمع الفقهاء على أن ابتداء العدّة يكون من تاريخ وقوع الطلاق بشرط أن يكون الزوج حاضرا وعلمت به المرأة.

---

(1): لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط 02، الجزائر، سنة 2009، ص56.

(2):فضيل سعد، المرجع السابق، ص 326.

(3):عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د.ط، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون الجزائر، سنة 2003، ص 34 .

كما أن القول بأن العدّة تبدأ من تاريخ صدور الحكم القضائي يترتب عليه ظاهرة جد خطيرة وهي ظاهرة ازدواجية العدّة، فقد يتلفظ الزوج بالطلاق ويتماطل في رفع دعوى، فمن الناحية الشرعية تبدأ العدّة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، أما من الناحية القانونية فتبدأ العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

لإزالة هذا الإشكال ينبغي القول بأن عدّة المطلقة تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، باستثناء حالة التطليق والخلع كما أسلفنا الذكر.

أما المادة 59 فقد تعرضت لعدّة المتوفي عنها زوجها فجاء فيها:"**تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده**".

استنادا إلى هذا النص فإن عدّة المتوفي عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشرة أيام، وهو نفس الحكم المقرر شرعا، لكن لم توضح هذه المادة إذا كانت المتوفي عنها زوجها حاملا أم غير حامل، إلا أنه وبالرجوع لنص المادة 60 التي تليها يتضح أنها تتعلق بالمتوفي عنها زوجها غير الحامل، لأن المادة 60 شملت عدّة الحامل من طلاق أو وفاة فجاء فيها:" **عدّة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة حمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة** "، وعليه فإن المادة 59 تتعلق بالمعتدة من وفاة الغير حامل.

إلى جانب الوفاة الحقيقة تعرض المشرع الجزائري لحالة الوفاة الحكمية المتعلقة بزوجة المفقود وأخضعها لنفس المدة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، إلا أنه هناك اختلاف من حيث بداية حساب العدة، فعدّة المتوفي عنها زوجها يبتدئ حسابها من يوم الوفاة، أما عدّة زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور حكم بفقدانه.

بذلك ربط المشرع الجزائري بدء سريان مدة عدّة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بفقدانه، وهذا ما يعاب عليه إذا كان من الأجدر أن يربطها بتاريخ صدور الحكم بموت هذا المفقود لا بتاريخ صدور الحكم بفقدانه، لأن القول بأن بداية سريان مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقدان يتعارض مع بعض النصوص التي تعتبر المفقود حي قبل

صدور الحكم بوفاته منها نص المادة 133 والتي جاء فيها:"**إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا**"، وكذا المواد 115و127 منه، فطبقا لهذه المواد لا يعتبر المفقود ميتا ولا يستحق ورثته الإرث إلا بعد صدور الحكم بموته، فقبل صدور هذا الحكم يعتبر المفقود ما زال حيا[1]، لذلك ينبغي على المشرع الجزائري أن يعدل نص المادة 59 من ت أ ج لتصبح على النحو الآتي:"تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته".

أما المادة **60** من ت أ ج تناولت عدة الحامل وجاء فيها:" **عدّة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة حمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة** "، فعدّة الحامل وفقا لهذا النص تنتهي بوضع الحمل، وأقصى فترة للحمل هي عشرة أشهر، وفي هذا الرأي وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي، وكذا رأي الأطباء الذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة.

أما المادة61 تحدثت عن أحكام العدّة ومنها عدم خروج الزوجة من بيت الزوجية إلا لضرورة أو عذر، واستحقاقها لنفقة العدة، وهذا ما سنتعرض له لاحقا.

بعد عرضنا لمختلف النصوص المنظمة للعدّة يظهر بأن المشرع الجزائري أغفل الحديث عن تحولات العدّة، ولم يتعرض لبعض أنواع العدّة كعدّة المستحاضة[2]، والمرتابة[3]، وهذا ما ينبغي تداركه لاحقا.

---

(1):علال ياسين،(عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري) ، مقال منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية، تصدر عن جامعة أحمد درابة أدرار، المجلد 16، العدد 01، سنة 2017، ص 362.

(2): المستحاضة هي من يستمر عليها الدم بلا انقطاع. فإن ميزت بين دم الحيض ودم الاستحاضة عملت به، وكذلك إذا كانت لها عادة أن تحيض في الشهر كذا، هذا عند جمهور الفقهاء، فإن لم يكن لها مرد من التمييز أو عادة أو نسيت، فعند الحنفية روايتين إحداهما تعتد بثلاثة أشهر، وأخرى بسبعة أشهر، أما المالكية فإن لم تكن مميزة فعدتها سنة، أما الحنابلة فالذي عليه جمهورهم أنها إذا كانت ناسية لوقتها أو كانت مبتدئة، فعدتها ثلاثة أشهر كاليائسة، أما الشافعية فعندهم قولان الأول تعتد بثلاثة أشهر،والثاني أنها تؤمر بالتربص إلى سن اليأس أو أربع سنين أو تسعة أشهر. مصري مبروك، المرجع السابق، ص 409، 410.

(3): المرتابة: هي التي ارتفعت حيضتها لسبب غير ظاهر، واختلف الفقهاء في مدتها، فقال المالكية والشافعي في أحد أقواله والحنابلة أنها تعتد بسنة بعد انقطاع الحيض، أما القول الثاني الذي قال به عطاء وطاووس وغيرهم هو أن تكون في عدّة أبدا، حتى تحيض، أو تبلغ سن اليأس. والقول الثالث يرى أنها تعتد بأربع سنوات وثلاثة أشهر وبه قال الشافعي في قول آخر. سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 191، 193.

المطلب الثاني: مدى حق الرجعة

كثيرا ما يحدث بعد الطلاق الندم ويشعر المخطئ من الزوجين بخطئه، وللحفاظ على الأسرة من الضياع الذي قد يعقب الطلاق شرّعت الرجعة، والأصل في الرجعة أن تتم بناءا على قرار من الزوج ورغبة منه دون التوقف على إرادة المرأة على أن تكون أثناء فترة العدّة، فبانقضاء فترة العدة يتحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن، ومن هذا المنطلق هل يمكن أن نتصور وجود رجعة في فرقة حصلت بطلب من الزوجة، وما هي شروطها؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المطلب وسنبدأ حديثنا بتحديد مفهوم الرجعة **(الفرع الأول)** ثم نتناول حكم الرجعة بعد صدور حكم بالتطليق والخلع **(الفرع الثاني)** لنصل لبيان موقف المشرع الجزائري من الرجعة **(الفرع الثالث)** .

الفرع الأول: مفهوم الرجعة

لتحديد مفهوم الرجعة ينبغي التعرض لتعريفها **(أولا)** ثم نبحث عن مدى مشروعيتها **(ثانيا)** لنصل إلى شروط صحة الرجعة **(ثالثا)** وما تحصل به الرجعة **(رابعا)**.

أولا : تعريف الرجعة

1- تعريف الرجعة لغة: الرجعة بفتح الراء وكسرها والفتح أفصح هي المرّة من الرجوع، وفعلها :"رجع" ويستعمل تارة لازما فيتعدى ب"إلى"، ومنه قوله تعالى:﴿ **وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَى إِلَى قَوْمِهِ غَضْبَانَ**﴾[1]، وتارة أخرى متعديا بنفسه، ومنه قوله تعالى:﴿ **فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ إِلَى طَائِفَةٍ مِنْهُمْ...**﴾[2] أي: ردّك، ويقال رجعه إلى أهله وأرجعه إليهم بمعنى ردّه إليهم، ويقال أيضا : ارتجع إلى الأمر أي: ردّه إلي، وارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعا: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة بتشديد الراء مع الفتح والكسر[3].

(1): سورة الأعراف، الآية 150.

(2): سورة التوبة، الآية 83.

(3): ابن منظور، لسان العرب، المجلد 08، ص 115.

2- تعريف الرجعة اصطلاحا:اختلفت تعاريف الفقهاء للرجعة على النحو الآتي:

أ- تعريف الحنفية:عرّف الحنفية الرجعة بأنها:" استدامة الملك القائم من غير عوض يدفعه الزوج لزوجته وذلك قبل انتهاء العدة " .

ب- تعريف المالكية:عرفها المالكية بأنها:"عودة الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد العقد ".

ج - تعريف الشافعية:عرف الشافعية الرجعة بأنها :" رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدّة على وجه مخصوص".

د- تعريف الحنابلة:عرف الحنابلة الرجعة بأنها :" إعادة المطلقة غير البائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"[1].

ثانيا: مشروعية الرجعة

الرجعة مشروعة بكتاب الله عز وجل وسنة النبي ﷺ والإجماع والمعقول.

1-من القرآن الكريم:دلّت آيات كثيرة على مشروعية الرجعةمنها قوله تعالى:﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا** ﴾، وقوله تعالى:﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾[2]، والإمساك بالمعروف هو الرجعة[3].

2- من السنة النبوية الشريفة:هناك أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الرجعة منها :قوله ﷺ:" أتاني جبريل فقال: راجع حفصة- وكان قد طلقها رجعيا- فإنها صوامة قوّامة، وإنها زوجتك في الجنة"[4]، فدلّ الحديث بلفظه ومعناه على مشروعية الرجعة.

(1):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 377، 379.

(2): سورة البقرة، الآية 231.

(3):سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 163.

(4): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق ، الجزء 07، ص 461.

3- من الإجماع: أجمع العلماء على أن الرجل إذا طلق زوجته دون الثلاث له الحق في مراجعتها في العدّة[1].

4- من المعقول:إن الحاجة قد تدعو إلى الرجعة حين يقع الطلاق ثم يندم المطلق على فعله ويرغب في إعادة زوجته إليه، فكانت الرجعة فتحا لباب التدارك وتكميلا للمصلحة بإبطال عمل الطلاق، فلو لم تثبت الرجعة بعد ندم الرجل عليها ولم يمكنه التدارك، حينها لا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا[2].

ثالثا: شروط صحة الرجعة

يشترط في الرجعة لكي تصح وترتب أحكامها مجموعة من الشروط منها:

1- أن تكون الرجعة قبل انقضاء العدّة الشرعية – بأن يكون الطلاق رجعيا، فإذا انقضت العدّة صار الطلاق الرجعي بائنا، وبالتالي لا يكون للمطلق الحق في إعادتها بطريقة الرجعة، بل لابد لإعادة الحياة الزوجية بينهما من عقد ومهر جديدين في حالة البينونة الصغرى، أما في حالة البينونة الكبرى فلا تحل مراجعتها حتى تنكح زوجا غيره[3].

2- أن تكون منجزة، لأنها استدامة للملك، وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع إلا منجزا، فإذا كانت الرجعة مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط فلا تصح، لأن الرجعة وإن لم تكن إنشاء زواج جديد، فهي شبيهة بالزواج من حيث أنها إنشاء لما يفيد دوام الزواج واستمراره .

3- يشترط في الطلاق أن يكون واقعا فعلا متيقنا منه، فلو شك في طلاق امرأته لم تلزمه رجعتها[4].

---

(1): سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 163.

(2): محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 548، 549.

(3): هنان مليكة، بواب بن عامر، (النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري)، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 19، جوان 2018، ص 740.

(4):محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 549، 550.

4- أن يكون الطلاق بعد الدخول، فإن كان قبله فلا رجعة، لأنه لا عدّة على غير المدخول بها ولا تربص في حقها يرتجعها فيه، والرجعة تملك في العدّة.

5- كما يشترط أن يكون الطلاق في نكاح صحيح، فإذا كان النكاح فاسدا لم تثبت فيه الرجعة، لأن الرجعة يراد بها استدامة النكاح القائم ومنع زواله، والنكاح الفاسد واجب الإزالة بحكم الشرع، فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه دخول ووجبت على المرأة العدّة [1].

6- بالإضافة إلى الشروط السابقة، يشترط في الزوج المرتجع أن يكون بالغا عاقلا مختارا غير مرتد وقت مراجعة زوجته، إلا أنه يجوز لولي المجنون مباشرة الرجعة نيابة عنه، لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدّة. وأجاز المالكية والحنفية رجعة الصبي، لأن نكاحه صحيح وهو متوقف على إجازة وليه، فكما صحّ عقده بهذه الحالة صحّت رجعته[2].

لا يشترط إعلام الزوجة بالرجعة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه مستحب ولكن إذا لم يعلمها صحّت الرجعة، خلافا للظاهرية الذين اشترطوا إعلامها بالرجعة وذلك لقوله تعالى:﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ﴾[3]، وعدم إعلامها هو عين المضرة، ولقد سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكا بالمعروف، والمعروف هو إعلامها، وإن لم يعلمها يكون قد أمسك بمنكر لا بمعروف[4].

رابعا:ما تحصل به الرجعة

الرجعة إما أن تكون بالقول أو بالفعل:

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 467.

(2):رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 503، 504.

(3):سورة الطلاق، الآية 06.

(4):سليمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 164.

1- الرجعة بالقول: يجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حصول الرجعة بالقول (أي بلفظ) من المرتجع دون المرتجعة، لكنهم اختلفوا في الصيغة اللفظية للرجعة بالقول فيما إذا كانت صريحة أو كناية.

أ- القول الصريح: وهو الذي لا يحتمل معنى آخر غير الرجعة ولا يفتقر إلى النية، وهناك ألفاظ اتفق الفقهاء على أنها من صريح الرجعة بالقول، وهناك ألفاظ اختلفوا فيها: ومن الألفاظ المتفق عليها: لفظ راجعتك ورجعتك، وارتجعتك وبكل ما اشتق منها. واختلفوا في بعض الألفاظ مثل رددتك وأمسكتك.

ب- الكناية في الرجعة: وهي الألفاظ التي تحتمل معنى الرجعة ومعنى آخر غيرها وتحتاج إلى النية، كأن يقول :أنت عندي كما كنت، أو أنت امرأتي ونوى به الرجعة، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والجعفرية والزيدية إلى وقوع الرجعة بلفظ الكنائي، ومنع ذلك الحنابلة، لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا تحل بالكناية كالنكاح[1].

2- الرجعة بالفعل: اختلف الفقهاء في صحة الرجعة بالفعل ما بين مجيز ومانع، فذهب جمهور الفقهاء المالكية إلى القول بجواز حصول الرجعة بالفعل، إلا أنهم اختلفوا في تحديد طبيعة الفعل الذي تحصل به الرجعة، في حين ذهب الشافعية والظاهرية إلى القول بأن الرجعة لا تصح إلا بالقول، فلا تصح بالفعل مطلقا سواءا كان بوطء أو مقدماته، وسواءا كان الفعل مصحوبا بنية الزوج في الرجعة أم لا [2].

(1):النعمان منذر الشاوي، (الرجعة في الطلاق، أركانها وأحكامها، دراسة في الفقه المقارن)، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 07، العدد 02، سنة 2005، ص 21، 22. نقلا من الموقع الإلكتروني التالي www.iasj.net/iasj/search?query=au:

(2): المرجع نفسه، ص 28، 29.

الفرع الثاني: الرجعة بعد التطليق والخلع

بعد حديثنا في الفرع الأول عن الرجعة في الطلاق الرجعي والذي يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته إلى عصمته دون حاجة إلى عقد جديد بشرط أن تكون الرجعة أثناء فترة العدّة، نتعرض من خلال هذا الفرع إلى مدى إمكانية الرجعة بعد التطليق والخلع ونطرح الإشكالية الآتية:هل يمكن أن تكون هناك مراجعة بين الزوجين في هذا النوع من الفرقة، وما هي شروطها ؟ وستكون دراستنا في البداية للرجعة في التطليق**(أولا)** ثم في الخلع **(ثانيا)**.

أولا : الرجعة بعد التطليق

إن الأصل في الرجعة كما أسلفنا أن تكون بقرار من الزوج ورغبة منه دون التوقف على موافقة المرأة أو رضاها ودون حاجة لتجديد العقد ودفع مهر جديد، فصاحب الحق في الرجعة هو الزوج لقوله تعالى:﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...**﴾.

من هذا المنطلق نقول بأن الزوج لا يملك الحق في إرجاع زوجته مادام التفريق الذي حصل بينه وبينها قد تم بواسطة القضاء، لكن الفقهاء جعلوا للرجعة بعد التفريق حكمان بحسب نوع الفرقة:

1- نوع لا تجوز فيه الرجعة إلا بعقد جديد وبموافقة الزوجة، بمعنى أنه ليس للرجل الحق في إرجاع زوجته بإرادته المنفردة، وهذا الأمر يشمل الفرقة بالفسخ والطلاق البائن، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما يعتبر فسخا أو طلاقا بائنا وهذا ما أشرنا إليه سابقا عند حديثنا عن أسباب التطليق.

2- نوع تجوز فيه الرجعة بين الزوجين وهو ينحصر في التفريق بين الزوجين بطلقة رجعية، والفقهاء اختلفوا في هذا النوع كذلك في أمرين: الأنواع التي تعتبر فرقة الطلاق فيه رجعية، والآخر في كيفية وشروط الإرجاع.

فيما يخص المسألة الأولى انقسم الخلاف فيما يعتبر رجعيا كما يلي:

الحنفية: لا يوجد عندهم تفريق قضائي رجعي فهو إما فسخ للعقد أو طلاق بائن، وعلة أن تكون تطليقة بائنة ليحصل المقصود من التفريق وهو دفع الظلم عن المرأة بملكها نفسها.

المالكية: لا يوجد عندهم التطليق على الزوج رجعي إلا في حالتين، فقال الدسوقي:" كل طلاق أوقعه الحاكم كان بائنا إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة فإنه يكون رجعيا " .

الشافعية:الأصل في تفريق القاضي عندهم هو فسخ إلا ما تم استثناؤه واعتبر طلاقا رجعيا وهو التفريق للإيلاء بطلقة رجعية.

الحنابلة:إن فرقة الحاكم عندهم هو فسخ باستثناء الإيلاء الذي كثرت فيه الأقوال والروايات في المذهب والذي رجحه علماء المذهب أن تفريق الحاكم فيه" الإيلاء "طلقة رجعية، وللزوج إرجاع زوجته متى شاء في العدّة دون شرط الوطء[1].

أما الخلاف في شروط إرجاع الزوج زوجته بعد الحكم بطلاقها طلاقا رجعيا فنوجزه فيما يلي:

الرأي الأول:أن للزوج الحق في إرجاع زوجته بإرادته المنفردة ودون التوقف على إذن أحد ودون التوقف على تحقق أي شرط، كالطلاق الرجعي الصادر من الزوج ذاته بحيث لا يحجر على الزوج في رغبته إرجاع زوجته، وهذا قول الشافعية.

الرأي الثاني:أن الطلاق وإن كان رجعيا يملك الزوج فيه إرجاع زوجته دون عقد أو مهر جديد، إلا أن هذا الحق مقيد بشروط معينة تحقق الغاية التي تم من أجلها إصدار حكم التفريق، فإذا لم تقترن الرجعة بالشروط المقيدة لها فإنها لا تعتبر وتكون بحكم اللغو لا أثر لها، وهذا قول المالكية .

---

(1): أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية ومقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا،الجامعة الأردنية، سنة 2005، ص 182، 183.

أما الشروط الواجب توفرها لصحة الرجعة عند المالكية فهي تختلف من موضوع لآخر ويمكن حصر هذه الشروط في الحالات التالية:

الحالة الأولى: التفريق بطلقة رجعية لعدم الإنفاق سواءا للإعسار عن النفقة أو للامتناع عن أدائها، فإن الشرط الواجب توافره لصحة الرجعة هو الإنفاق الفعلي عن مدة تسبق الرجعة مجتهد في تحديدها بين الفقهاء، والسبب في اشتراط هذا الشرط وتقييد حق الرجل فيما يملك من رجعة تحقيق مقصد الحكم بالفرقة، فالحكم لم يصدر إلا لعدم النفقة، واعتبر رجعيا لإعطاء الزوج فرصة للإنفاق على زوجته خلال العدة، فإن أرجعها دون إنفاق لم يتحقق المقصد الشرعي من الحكم، لذلك لا تصح الرجعة إلا بما يزيل الضرر عن المرأة.

الحالة الثانية: في التفريق بطلقة رجعية للإيلاء لمن اعتبره رجعيا، فالشرط الواجب توفره هنا لصحة الرجعة هو الوطء حقيقة، فلا يخرج من حكم الإيلاء إلا برجعة حقيقة، ولذا فيبقى في حكم المولي حتى يجامع[1].

ثانيا: الرجعة بعد الخلع

اختلف الفقهاء كما وضّحنا سابقا في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الخلع فمنهم من قال إن هذه الفرقة فسخ، وهناك من قال أن هذه الفرقة طلاق بائن، وإن هذا الاختلاف ترتب عليه اختلاف آخر يتمثل في مدى ثبوت حق الزوج في مراجعة المختلعة إلى عصمته أم لا ؟ وهذا ما سنتعرض إليه **(1)** ثم نتعرض لمسألة أخرى اختلف فيها الفقهاء كذلك وهي حكم اشتراط الرجعة في الخلع وأثره على العقد **(2)**.

1- حكم مراجعة المختلعة في العدّة

اختلف الفقهاء في ثبوت الرجعة للزوج بعد اختلاع زوجته على ثلاثة أقوال:

(1):أشرف يحيى رشيد العمري، المرجع السابق، ص 183، 185.

القول الأول: لا يثبت في الخلع الرجعة سواءا كان الخلع فسخا أم طلاق، وهو قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاووس والنخعي والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي واسحاق.

استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى:﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾، فقوله تعالى:" فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" دليل على عدم إمكانية الرجعة، لأن الفداء يكون إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه، وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، واستدلوا من المعقول بأن القصد من الافتداء هو إزالة الضرر عن المرأة، فلو جازت الرجعة لعاد الضرر[1].

القول الثاني: فرقة الخلع تقطع الرجعة إلا أن الزوج يثبت له بالخلع الخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له، وبين ردّه وله الرجعة، وقد روي عن الزهري وسعيد بن مسيب وهو قول ابن حزم[2].

استدلوا لتبرير موقفهم من القرآن الكريم بقوله تعالى:﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**﴾، وبقوله تعالى:﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** ﴾[3]، فهذا أمر الله في الطلاق، فلا تجوز الزيادة عليه، كما أن الزوج أخذ منها العوض كي لا تكون في عصمته، فإذا تخلف حصول مرادها فمالها– الذي بذلته في سبيل ذلك– مردود عليها، إلا أن تكون على بينة من أن الطلقة التي أوقعها الزوج عليها رجعية ورضيت بها، فلا مجال عندئذ للرد[4].

(1): نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، ط 01، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 181.

(2):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 116.

(3): سورة الطلاق، الآية 02.

(4):هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 291.

القول الثالث: يميز هذا المذهب بين فرض حصول الخلع بلفظ الطلاق، وبين إيقاعه بألفاظ الافتداء من خلع ونحوها، فإذا كان الزوج قد خالعها بألفاظ الطلاق فله الرجعة ما دامت في العدّة، وإن كان قد خالعها بلفظ الخلع ولم يذكر الطلاق، فالخلع فرقة ولا يملك الزوج مراجعتها، وإلى هذا ذهب أبو ثور[1]، وحجته في ذلك أن الخلع إذا تم بلفظ الخلع لم يثبت للزوج حق الرجعة ليس لأن الخلع طلاق بائن وإنما لأن الخلع عنده فسخ. أما إذا تم بلفظ الطلاق ثبت للزوج حق الرجعة، لأن الرجعة من حقوق الطلاق، فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق، حيث أن العتق يوجب الولاء، كما أن الطلاق يوجب الرجعة[2].

لكن ماذا لو اشترط الزوج على زوجته الجمع بين العوض والرجعة، كأن يقول لها: خالعتك بكذا، على أن تكون لي الرجعة. اختلف الفقهاء في هذا الشرط وهذا ما سيكون محور دراستنا اللاحقة.

2- حكم اشتراط الرجعة في الخلع

إذا خالع الزوج زوجته واشترط عليها الرجعة فهل تثبت الرجعة ويبطل الخلع، أو يصح الخلع وتبطل الرجعة، أو يصحان معا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يبطل الشرط ويصح الخلع، وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، فقولهم بصحة الخلع فلأنه لا يفسد بالشرط الفاسد، كما لا يفسد بالعوض الفاسد. أما قولهم بعدم صحة الشرط بسبب منافاته للمقصود من الخلع.

المذهب الثاني: يبطل الخلع ويقع الطلاق رجعيا بلا بدل، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة في رواية، واستدلوا على بطلان الخلع وثبوت الرجعة بحجة مفادها أنه لما كان

(1): جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 116.

(2): نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، المرجع السابق، ص 181.

ثبوت الرجعة واستحقاق العوض متنافيين، فيتسقطان ويبقى الطلاق على أصله، وبما أن الأصل في الطلاق عند الشافعية أنه رجعي فيبقى على أصله كأنه لا عبرة بما شرط، لأن الرجعة تثبت بالأصل لا بالشرط[1].

المذهب الثالث: يصح الشرط ويقع الطلاق رجعيا ويجب العوض المسمى، وهذه رواية ثانية عند المالكية، ودليلهم في ذلك أن الطلاق يكون في مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة لأنها لما أجابته إلى ذلك دلّ على أنها على هذا عاوضته (نقصان عدد الطلاق)، فخرج بهذا عن كونه خلعا، وإذا خرّج عن كونه خلعا ثبتت الرجعة[2].

ونحن نرجح رأي جمهور الفقهاء، لأن الخلع فرقة بائنة والحكمة فيها تمليك المرأة عصمتها لتبين من زوجها، ومن هذا المنطلق فإن شرط الرجعة في الخلع لا يبطل الخلع وإنما يبطل الشرط.

الفرع الثالث: مدى إمكانية الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري مسألة الرجعة من خلال المواد 50 و51 من ت أ ج، فنصت المادة 50 على أنه:" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**".

بينما نصت المادة 51 على أنه:" **لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء**".

من خلال نص المادتين المذكورتين يتضح بأن المشرع الجزائري أشار إلى أنواع الطلاق: الرجعي والبائن، فبالرجوع إلى نص المادة 50 في شطرها الأول نجدها قد تحدثت عن الطلاق الرجعي وهو ما يستخلص من عبارة "من راجع زوجته"، فهذه العبارة تستخدم للدلالة على الرجوع الذي يكون بعد الطلاق الرجعي. أما الشطر الثاني من نفس

(1):عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، 243،241.

(2):جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 125 ، 126.

المادة فقد أشار فيه المشرع إلى الطلاق البائن بينونة صغرى عندما نص على أنه:" ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

ثم تعرض بعد ذلك إلى الطلاق البائن بينونة كبرى والذي تناولته المادة51 بنصها:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء".

بالرجوع إلى نص المادة 50 من ت أ ج نجدها لم تنص صراحة على حالات الطلاق الرجعي والبائن، وهذا ما حاول الاجتهاد القضائي توضيحه من خلال القرار الصادر بتاريخ 1986/02/10، والذي فرّق فيه بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن فجاء فيه:"من المتفق عليه فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وأن حكم القاضي به لا يغيّر من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا"[1].

من خلال هذا القرار كيّفت المحكمة العليا الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة بأنه طلاق بائن، ونفس الحكم ينطبق على الخلع، وبالتالي فإن الرجعة هنا لا تكون إلا بإبرام عقد جديد مع ضرورة موافقة الزوجة، وهكذا وافقت الشريعة الإسلامية.

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1986/02/10، ملف رقم 39463، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 115.

بعد هذا القرار أصدرت المحكمة العليا قرارا آخر يتعلق بدعوى تطليق مرفوعة من الزوجة قضت فيه المحكمة العليا بأنه :" من المقرر قانونا بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقا للمادة 6/53 من قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

اعتمد هذا القرار نفس التكييف الذي أقره القرار السابق ذكره، حيث اعتبر الطلاق طلاقا بائنا، إلا أنه استند في تعليله على القاعدة المقررة في نص المادة 50 والتي مفادها أنه أثناء محاولة الصلح وقبل صدور الحكم بالطلاق يمكن للزوج مراجعة زوجته دون عقد جديد، أما بعد صدور الحكم بالطلاق يصبح الطلاق بائنا وبالتالي لابد أن تكون المراجعة بعقد جديد، وهذا ما يعاب عليه إذ كان ينبغي أن لا يؤسس قراره على نص المادة المذكور، لأنه يتعلق بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة لا بطلب من الزوجة وهو واضح من عبارة:" من راجع زوجته"، وهي تتعلق بالطلاق الواقع بإرادة الزوج، لذلك كان عليه أن يؤسس حكمه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية مثلما فعل القرار الذي سبقه، حيث اعتبر الطلاق الذي يحكم به القاضي بطلب الزوجة سواءا كان تطليقا أو خلعا طلاقا بائنا معتمدا في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية.

من هذا المنطلق ينبغي على المشرع الجزائري أن يحدد في تعديلاته اللاحقة حالات الطلاق الرجعي والبائن وينص صراحة على أن الطلاق الذي يقع بإرادة الزوجة سواءا كان تطليقا أو خلع يعد طلاقا بائنا ببينونة صغرى، وبالتالي لا تكون الرجعة بين الزوجين إلا بإبرام عقد زواج جديد ودفع المهر.

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، ملف رقم 239349، قضية (ز م) ضد (و أ)، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 107.

المطلب الثالث: ثبوت نسب ولد المطلقة

يعد موضوع النسب ومسألة إثباته من المواضيع الخطيرة والحساسة لما يترتب عليها من نتائج خطيرة تؤثر على المجتمع وعلى العلاقات الاجتماعية، لذلك عملت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع، وجعلت ثبوت النسب حق للولد يدفع به نفسه من الضياع، وحقا لأمه تدرأ به عن نفسها الفضيحة والفحشاء، وحقا لأبيه يحفظ به نسبه وولده له عن كل دنس و ريبة.

أدرك المشرع الجزائري أهمية النسب وخطورته فوضع من الأحكام ما يكفل صيانة الولد من الضياع ويمنع اختلاط الأنساب، فخصص له المواد من 40 إلى 46 من ت أج، وما يهمنا من هذه المواد هي المادة 43 منه لتعلقها بموضوع الدراسة ونصها كالآتي:"**ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة** ".

من خلال هذا النص يظهر بأن المشرع الجزائري لم يفصّل في مسألة ثبوت نسب الولد بعد الطلاق بمختلف أنواعه، حيث اشترط فقط أن يولد الولد خلال مدة أقصاها 10 أشهر تحسب من تاريخ الانفصال، على عكس الشريعة الإسلامية التي قررت أحكام مختلفة تختلف باختلاف حالات الطلاق.

قبل التعرف على هذه الأحكام ينبغي علينا تحديد المقصود بثبوت النسب**(الفرع الأول)** ثم نتعرض لحالات ثبوت النسب الولد بعد الطلاق مع بيان موقف المشرع الجزائري **(الفرع الثاني)** وبعدها نتعرض لمسألة إثبات النسب بالبصمة الوراثية**(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول:المقصود بثبوت النسب

لتحديد المقصود بثبوت النسب، ينبغي تعريف المصطلح **(أولا)** ثم إبراز أهميته **(ثانيا)**.

أولا: التعريف بالمصطلح " ثبوت النسب "

النسب في اللغة: يقصد به القرابة وسمي كذلك لما بين الأقارب من الصلّة، جاء في لسان العرب:" النَّسَبُ: نَسَبُ القَراباتِ، وهو واحد الأَنْسابِ، والنِّسْبَةُ والنُّسْبَةُ والنَّسَبُ : القَرابةُ، وقيل:هو في الآباء خاصّةً، والجمع النَّسَب أَنْسابٌ. وانْتَسَبَ واسْتَنْسَبَ: ذكر نسبه، ونَسَبَهُ يَنْسُبُهُ ويَنْسِبُهُ نَسَباً: عَزَاه ونَسَبَه:سأله أن يَنْتَسِبَ، ونَسَبْتُ فلانا إلى أبيه أَنْسُبُه وأَنْسِبُهُ نَسْبًا إذا رَفَعْت في نَسَبِه إلى جَدِّه الأكبر [1].

أما النسب في الاصطلاح فإنه يقوم على أساس معناه اللغوي، وهو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم[2].

أما كلمة "ثبوت"، فتعني: ثبُتَ ثَبَاتاً وثُبُوتًا فهو ثَابِتٌ وثَبِيتٌ وثَبْتٌ، وأَثْبَتَهُ هو، وثبَّتَهُ بمعنى وشيء ثَبْتٌ : ثَابِتٌ، الثَبْتُ، الحجَّة والبينة[3].

من خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص مدلول المصطلح المركب" ثبوت النسب" والذي يعني:"وجود صلة قرابة بالأخص في تلك التي تكون بين الآباء والأبناء والحكم عليها بالإسناد بالحجة والبينة"[4].

(1): ابن منظور، لسان العرب، المجلد 02، ص 252.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 09، ص 315.

(3):ابن منظور، لسان العرب، المجلد 02، ص 19.

(4): بوسطلة شهرزاد،(ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية)، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 1 ، العدد 1 ، سنة 2009 ، ص 208 .

ثانيا: أهمية ثبوت النسب

تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية فهي الصلة التي تربط الولد بأبيه أو أمه، وقد اهتم بها الإسلام اهتماما بالغا، ولا أدلّ من ذلك من جعله النسب في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها.

من مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه قام بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ضمانا لسلامة الأنساب، فحرّم كل اتصال جنسي لا يتم على أصول شرعية، وأبطل جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بعض الأمم والشعوب، فقضى على التبني الذي كان شائعا بين العرب في جاهليتهم، حيث كانوا يدعون أبناء غير أبنائهم وينسبونهم إليهم، فقال تعالى:﴿**وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ**﴾[1].

كما نهى الله الآباء عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم وتوعدهم بالعقاب، ودلّ على ذلك قوله ﷺ:" أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه– أي يعلم أنه ابنه– احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق"[2].

و نهى الأبناء من أن ينتسبوا إلى غير آبائهم، وحرّم عليهم رائحة الجنة إن فعلوا ذلك، قال ﷺ:" من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام".

أكثر من هذا فقد حرّم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه، فقال الرسولﷺ:" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته"[3].

مما سبق يظهر تشديد الشارع في مسألة النسب لما له من أهمية على مستوى الأسري، إذ يؤدي إلى تقوية الصلة بين الآباء والأبناء، كما يؤدي إلى تقوية الروابط الاجتماعية داخل المجتمع.

---

(1): سورة الأحزاب، الآية 04.

(2):أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، الجزء 07 ، ص 662 .

(3): المرجع نفسه، ص 662.

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بدورهم بالنسب فتناولوا جميع مسائله بما فيها طرق إثباته سواءا أثناء الحياة الزوجية، أو بعد الفرقة، وهذا ما سيكون محور دراستنا اللاحقة.

الفرع الثاني: حالات ثبوت نسب ولد المطلقة

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بالطلاق بمختلف صوره بما فيها التطليق والخلع، ثم ولدت المطلقة فهل يلحق نسب الولد إلى الزوج أم لا ؟ لم يفصل المشرع الجزائري في المسألة لذلك ينبغي علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي لبيان الأحكام المختلفة في هذا الشأن **(أولا)** ثم نتناول موقف المشرع الجزائري **(ثانيا)**.

أولا:ثبوت نسب ولد المطلقة في الفقه الإسلامي

إذا وقع الطلاق وجاءت المطلقة بولد، فإنه لا ينسب لزوج المطلّق إلا إذا جاءت به في مدة مخصوصة، وهذه المدّة تختلف تبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة، وعدم وجوبها، وتبعا لنوع الفرقة، وتبعا لتقدير أقصى مدة حمل.

قبل التفصيل في هذه الحالات ينبغي علينا التعرض لأقصى مدة حمل لكونها كانت محل خلاف بين الفقهاء.

1- أقصى مدة حمل عند الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا هي ستة أشهر، واستنبط فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك مما ورد في القرآن الكريم، فقد قال الله تعالى:﴿**وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾[1]، كما قال تعالى:﴿**وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**﴾[2].

(1): سورة الأحقاف، الآية 15 .

(2): سورة لقمان، الآية 14.

دلّت الآية الأولى على أن الحمل والفصال ثلاثون شهرا، ودلّت الآية الثانية على أن الفصال أي الفطام عامان، وبإسقاط المدة الثانية من المدة الأولى يبقى الحمل ستة أشهر[1].

أما بخصوص أقصى مدة حمل فلم يرد نص في كتاب الله، ولا في سنة رسوله يدل على أقصى مدة الحمل وهذا ما جعل أراء الفقهاء تتضارب في تحديدها، فمنهم من يرى أن أقصى مدة الحمل سنتين وهم الحنفية، ويستدلون لذلك بقول عائشة رضي الله عنها أنها قالت:" ولا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"[2].

هناك من الفقهاء من يرى أن أقصى مدة للحمل هي أربع سنين وهم الشافعية وظاهر مذهب الحنابلة، وهو القول مشهور عند المالكية. وهناك قول آخر عند المالكية يقدرها بخمس سنوات، ويزيدها البعض إلى ستة أو سبعة سنوات[3]، وقدرها الظاهرية بتسعة أشهر[4]، وهو القول الأقرب للصواب، إذ جرت العادة على أن أغلب مدة للحمل هي تسعة أشهر.

بعد هذا التمهيد عن مدة الحمل عند المرأة ننتقل لتوضيح حالات ثبوت نسب الولد بعد الطلاق أو الفرقة.

2- ثبوت نسب ولد المطلقة غير المدخول بها

القاعدة أن كل مطلقة لم تلزمها العدّة بأن لم تكن مدخولا بها، فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه، وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق، والسبب في ذلك أن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه،

(1):محمد عزمي بكري، النسب فقها وقضاءً، ط01، دار محمود للنشر، القاهرة مصر، سنة 2015، 2016، ص07.

(2): كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام، شرح فتح القدير، الجزء 3، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن، ص 310.

(3):محمد عزمي بكري، المرجع السابق، ص 11.

(4):المرجع نفسه، ص 12.

فكل نكاح من كل وجه زائلا بيقين، وما زال بيقين لا يثبت إلا بيقين مثله، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق، فقد تيقنا أن الحمل وجد في حال الفراش أي في حال قيام الزوجية الصحيحة وأن زوجها وطئها في حال نكاحه، فهي إذن حامل منه إذ لا يحتمل أن يكون حملها بوطء بعد الطلاق، لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فلابد أنه كان من وطء وجد على فراش الزوج، فيكون نسب الولد منه، لأنه حصل بوطئه وهي زوجته [1].

أما إذا جاءت به بعد مضي أقل مدة حمل وهي ستة أشهر لم يكن هناك تيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة لمضي مدة تصلح لتكوين الولد بعد الفرقة، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا لأنه بادعائه قد التزمه ، ويحمل على أنه اتصل بها بناءً على شبهة[2].

3- ثبوت نسب ولد المطلقة المدخول بها

المطلقة المدخول بها قد يكون طلاقها رجعيا، وقد يكون بائنا، فهل يؤثر نوع الفرقة في ثبوت نسب الولد أم لا ؟ اختلف الفقهاء في المسألة وظهر اتجاهان:اتجاه قائم على عدم التمييز بين أنواع الفرقة وهو قول جمهور الفقهاء (أ)واتجاه أخر يميز بين أنواع الفرقة وهم الحنفية **(ب)**.

أ- موقف جمهور الفقهاء

لا يفرق جمهور الفقهاء بين المطلقة الرجعية والبائنة في مسألة النسب، إذ يرون بأنه إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول سواءا كان الطلاق رجعيا أم بائنا، فإنه يثبت نسب الولد من الزوج إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة حمل من يوم الطلاق، وأقصى مدة حمل كما بينا أربع سنين في رأي الشافعية الحنابلة والمالكية، وخمس سنوات في رأي آخر

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 09 ، ص351، 352.

(2):بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 513.

للمالكية، أما إذا ولدته بعد مضي أقصى مدة حمل من يوم الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج [1].

ب – موقف الحنفية

ميّز الحنفية بين الطلاق الرجعي والبائن فقالوا :

1) إن كان الطلاق رجعيا ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها، ثبت نسب الولد من الزوج سواءا ولدته قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو لسنتين أو أكثر، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين اعتبرت حاملا بالولد وقت قيام الزوجية في أول العدة، وإذا جاءت به بعد سنتين أو أكثر اعتبر الحمل مبتدئا في العدة، ويكون ذلك منه مراجعة ويحمل على أن زوجها قد واقعها بعد الطلاق، فيثبت النسب على كل حال[2].

– **أما إذا أقرت بانقضاء العدة**، وكانت المدة تحتمل انقضاءها بأن كانت ستين يوما في رأي أبي حنيفة، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها، فإن كانت ستة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه[3].

2) إذا كان الطلاق بائنا: فإن أقرت بانقضاء العدة، والمدة تحتمل انتهاء العدة فيها، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء العدة وكانت المدة أقل من سنتين من وقت الطلاق.

– أما إذا ولدته بعد إقرارها بانقضاء العدة لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار، فلا يثبت النسب لاحتمال أن الحمل بالولد قد حدث بعد انقضاء العدة[4].

---

(1): أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، دراسة فقهية مقارنة ، ط 01 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، سنة 2010 ، ص 110.

(2):محمد عزمي بكري، المرجع السابق، ص 36.

(3):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 685.

(4):بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 510، 511.

– أما إذا لم تكن المرأة أقرت بانقضاء عدّتها، فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق، لأن أقصى مدة حمل عندهم سنتان، فإن أتت به في هذه المدة وكان هناك احتمال بأنها حملت به من الزوج قبل الطلاق، فيثبت نسبه منه، وأما إن أتت به بعد مضي هذه المدة، لم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة ثبوت النسب بعد الطلاق

تناولت المادة 43 من ت أ ج نسب ولد المطلقة فنصت على أنه:" **ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة** "، وهو ما أكدته أيضا المادة 42 من ت أ ج بنصها:" **أقل مدة حمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر**".

بتحليلنا لهذا النص يظهر بأن المشرع الجزائري اعتمد موقف جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، فلم يميز بين الطلاق الرجعي والبائن فيما يتعلق بثبوت نسب الأولاد، حيث اشترط لثبوت النسب أن يوضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال ولا فرق في ذلك بين طلاق أو تطليق أو خلع.

بتحديده لأقصى مدة حمل بعشرة أشهر يكون قد خالف جمهور الفقهاء الذين تراوحت أقصى مدة حمل عندهم من سنتين إلى خمسة سنوات كما وضحنا، باستثناء الظاهرية الذين حددوا أقصى مدة حمل بتسعة أشهر، وإن موقف المشرع الجزائري هو الأقرب للصواب، لأنه يتماشى مع ما قاله الطب، حيث قرر بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا، ولربما حددت هذه المدة بعشرة أشهر حتى تشمل الحالات النادرة[2].

(1): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص685.

(2): طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، سنة 2006، ص 19.

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يوضح المقصود بمصطلح" الانفصال" الوارد في نص المادة 43 من ت أ ج، فهل يقصد به الانفصال الجسدي ببين الزوجين، أم الانفصال بالطلاق (بصدور حكم بالطلاق) باعتبار أن المطلقة المدخول بها لا تعتبر مطلقة إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك طبقا لنص المادة 49 من ت أ ج .

إن القول بأن الانفصال هو الطلاق قد يطرح الإشكال، فالطلاق كما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري لا يكون إلا بحكم قضائي، وباعتماد هذه الفرضية يبدأ حساب مدة 10 أشهر من يوم صدور الحكم بالطلاق، وهنا قد نكون أمام وضعية يمكن فيها للزوجة المطلقة أن تلد مولودها خلال مدة 10 أشهر من تاريخ صدور حكم بالطلاق وعلى أساسها يثبت النسب للمطلق ويسجل في سجلات الحالة المدنية على اسمه، إلا أنه في الواقع قد يكون الطفل قد أنجب خلال مدة أكثر من عشرة أشهر وهذا ما يتناقض مع المبادئ الأساسية للنسب سواءا شرعا أم قانونا.

لذلك فإن المعنى الأصح للانفصال الذي يتماشى مع أحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين، فكان على المشرع أن يضبط المصطلح ويحدد المقصود بالانفصال.

أمام هذا الوضع تبقى مسألة تفسير كلمة "الانفصال" من اختصاص قاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية في ذلك، ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن نذكر:

1- القرار الصادر بتاريخ 1998/05/19 قضت فيه المحكمة العليا بأنه :" من المقرر شرعا أن الزواج في العدّة باطل، ومن المقرر قانونا أنه أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل وأن الحمل وقع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني اعتمادا على قاعدة

الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة "[1].

2- في قرار آخر قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال – أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة طلاق ولا في حالة وفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43 و60 من قانون الأسرة من ثمة فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه باللعان، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس"[2].

يظهر بأن القرار الثاني المذكور قد اعتد في تفسيره لكلمة الانفصال بالانفصال القضائي أي بموجب حكم بالطلاق، فلم يأخذ بعين الاعتبار مسألة الانفصال الجسدي بين الزوجين، فأثبت نسب التوأمين لأبيهما على أساس أن ولادتهما كانت أثناء الحياة الزوجية، ولم يكن هناك نفي للنسب من طرف الزوج عن طريق اللعان .

خلاصة لما سبق ذكره ينبغي على المشرع أن يوضح رؤيته بخصوص مصطلح الانفصال هل هو الانفصال الفعلي بين الزوجين، أم هو الانفصال بحكم قضائي، وإن كنا نرى بأن المشرع قصد الانفصال الفعلي، لأنه لو كان مقصوده من تاريخ الطلاق لاستعمل مصطلح الطلاق مباشرة وليس الانفصال.

---

(1):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19،قضية (ف – ف) ضد (ف أ – ب ح) و(ف م– بم)، ملف رقم 193825،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 73.

(2):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، قضية (ع – ب) ضد (م – ل)، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 88.

الفرع الثالث: إثبات النسب بالبصمة الوراثية

من الوسائل المستجدة في مجال إثبات النسب ما يعرف بالبصمة الوراثية، فقد أثبتت التجارب العلمية نجاحها الكبير في معرفة الأنساب، ونظرا لكون اكتشافها حديثا فهي لازالت تثير الجدل والنقاش خصوصا فيما يتعلق بمدى مشروعية استخدامها في إثبات النسب، وقد اعتمدها المشرع الجزائري كوسيلة للإثبات بعد تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، حيث أضاف فقرة ثانية لنص المادة 40 أجاز من خلالها للقاضي باللجوء إلى الطرق العلمية والتي يقصد بها البصمة الوراثية من أجل استخدامها في مجال إثبات النسب.

لبيان حقيقة البصمة الوراثية ينبغي علينا أن نتعرض لمفهومها**(أولا)** ثم نتناول موقف الفقه الإسلامي من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب **(ثانيا)** لنصل لبيان موقف المشرع والقضاء الجزائري **(ثالثا)**.

أولا :مفهوم البصمة الوراثية

لتحديد مفهوم البصمة الوراثية نتطرق لتعريفها **(1)** ثم نوضح خصائصها **(2)**.

1- تعريف البصمة الوراثية

أ- **التعريف اللغوي للبصمة الوراثية:** يقصد بالبصمة الوراثية لغة :" العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع وفق قوانين محددة يمكن تعلمها[1].

ب- **التعريف الاصطلاحي للبصمة الوراثية:** باعتبار البصمة الوراثية من الأمور المستحدثة فإنه لا يوجد في الفقه الإسلامي تعريفا دقيقا لها ومن التعريفات التي قيلت في هذا الشأن:

(1):سعد الدين الهلالي،البصمة الوراثية وعلاقاتها الشرعية،ط01، مكتبة الكويت الوطنية،الكويت، سنة2001، ص25.

1) تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،حيث عرفت البصمة الوراثية بأنها:" البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدة البيولوجية، والتحقق من الشخصية وإثباتها..."[1].

2) أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث جاء في دورته السادسة عشر:" البصمة الوراثية هي البينة الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وإنها وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي التي يمكن أخذها من أي خلية بشرية كالدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره "[2].

3) عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها:" تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض الدنا (DNA) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"[3].

ج – التعريف العلمي للبصمة الوراثية

عرفت البصمة الوراثية من الناحية العلمية بأنها:"نمط وراثي يتكون عن طريق التتابعات المتكررة من خلال الحامض النووي مجهول الوظيفة، وهذه التتابعات هي التي تميز كل شخص عن الآخر، وسبب ذلك بعض الانزيمات التي تقوم بتكسير الحامض النووي في أماكن محدودة وغير متغيرة وثابتة"[4].

---

(1): ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المنعقدة من قبل المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر سنة 1988، الجزء 02، سنة 2000، ص 1050.

(2): القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقدة بمكة المكرمة، السعودية، من 05 – 10 / 01 / 2002.

(3): سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 35.

(4):عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، د.ط ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2001، ص290.

د – التعريف القانوني للبصمة الوراثية

قام المشرع الجزائري بإعطاء تعريف للبصمة الوراثية من خلال المادة الثانية من القانون رقم 03/16 المؤرخ في 19يونيو سنة 2016[1]، فنصت على ما يلي:" يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :1- البصمة الوراثية : التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي .

2- الحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين):تسلسل مجموعة من النكليوتيدا تتتكون كل واحدة منها من قاعدة أزوتية الأدنين (A) الغوانين (G) السيتوزين(C) والتيمين (T) ومن سكر ريبوز منقوص الأكسجين ومجموعة فوسفات.

3- المناطق المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي تشفر لبروتين معين.

4- المناطق غير المشفرة في الحمض النووي: مناطق من الحمض النووي لا تشفر لبروتين معين...".

2- خصائص البصمة الوراثية

تتمتع البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها متميزة عن باقي الأدلة الأخرى ومن أهم هذه الخصائص نذكر:

أ – دقة نتائجها:فقد دلّت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمة الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع أي بنسبة 100 %، أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع بنسبة 99 % تقريبا.

ب- إن تحليل البصمة الوراثية يجعل لكل فرد بصمة مختلفة عن غيره وبذلك لا وجود لتشابه أو توافق ما عدا حالة التوائم الناتجة عن انقسام بويضة واحدة مخصّبة.

(1): القانون رقم 03/16 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الاجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية، العدد 37 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2016، ص 05.

ج- قوة الحمض النووي وتحمله ضد التعفن والتغيرات الجوية الأمر الذي يعطيه قابلية المرونة والسهولة لمعرفة أصحاب الأشلاء و الجثث[1].

د- تتميز البصمة الوراثية بتعدد وتنوع مصادرها، إذ يمكن الحصول عليها من جميع خلايا الجسم البشري ما عدا خلايا كريات الدم الحمراء لأنها ليست لها نواة، وهي تستخرج من المواد والأجزاء التالية: الدم، المني، جذور الشعر، العظم، البول، السائل الأميتوزي، خلية من بويضة مخصبة، خلية من الجنين، والكمية الكافية تقدر برأس الإبرة لمعرفة البصمة الوراثية، وهي لا تتغير ولا تتبدل بمرور العمر، فهي ثابتة إلى حد كبير و متطابقة في جميع خلايا الجسم.

هـ -تمتاز نتيجة تحليل البصمة الوراثية بأنها سهلة القراءة في المقارنة بين بصمة وأخرى، كما يمكن الاحتفاظ بها في الحاسوب أو على أفلام إلى أمد غير محدود[2].

ثانيا:موقف الفقه الإسلامي من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

في هذا الصدد نتعرض لعدة مسائل اختلف فيها الفقهاء منها:ما مدى مشروعية العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات**(1)**،وما هي مرتبتها بين طرق الإثبات الأخرى **(2)**،وهل حجيتها مطلقة أم نسبية**(3)**، وفي الأخير نتعرض لحالات اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب **(4)**.

1- مدى مشروعية العمل بالبصمة الوراثية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المعاصرون حول مشروعية استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب على مذهبين:

(1): خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط 01 ، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2006، ص 48.

(2): علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2014، 2015، ص 334.

المذهب الأول: ذهب أصحابه إلى أنه يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، وهو موقف جل الفقهاء المعاصرين و استدلوا على ذلك بعدة أدلة أهمها:

1)القياس: فقالوا بأنه يمكن قياس البصمة الوراثية على القيافة[1] بجامع أن كليهما يعتمد على التشابه في عملية إثبات النسب، وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وكذا الظاهرية قبلوا القيافة طريقا لإثبات النسب شرعا، بالرغم من احتمال وقوع القائف في الخطأ، لأنه يعتمد في حكمه على الحدس وفراسة، فلأن تعد البصمة الوراثية التي لا تخطئ نتائجها في الغالب والتي تعتمد على الأساليب العلمية الدقيقة في إظهار النتائج طريقا لإثبات النسب من باب أولى، وهذا ما يسمى القياس الأولى[2].

3) قاعدة:"الأصل في الأشياء الإباحة"، فإذا كان الأصل في العبادات الحظر حتى يرد نص من الشارع بالطلب، فإن الأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة، فلا يمنع منها شيء إلا ما مُنع بنص صريح الدلالة ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة، والبصمة الوراثية اكتشاف حديث فلم يرد دليل يدل على منعها أو عدم استخدامها، فيجري عليها الأصل العام في الشريعة الإسلامية، وهو أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة[3].

2) المصلحة المشروعة:يكون النظر في حكم ما يستجد من أمور لا نص فيها أو تعذر إلحاقها بمفهوم أو منطوق نصا بناءا على ما يؤول إليه من مصلحة أو مفسدة، فإذا تحقق فيه جانب المصلحة، فإنه يعد جائزا، وإذا تأملنا في موضوع إثبات النسب بالبصمة

(1):القيافة لغة: هي من قاف يقوف قيافة فهو قائف، وهو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه والجمع قافة.ابن منظور، لسان العرب، المجلد11، ص349، أما اصطلاحا: فقد عرفها الإمام الجرجاني فقال: القائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، د.ط، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة مصر ، د.س.ن ، ص 143.

(2):عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط 01، دار الفضيلة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية ، سنة 2002 ، ص 46.

(3):سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 112.

الوراثية نجده يحقق مصلحة مشروعة شهد الشارع لأصلها بالاعتبار، وبالتالي تصلح إذن كوسيلة لإثبات النسب لأنها تحقق مصلحة معتبرة شرعا[1].

3) إن الأمة وضمنها فقهاؤها قد قبلوا في إثبات الهوية الشخصية وسائل مستحدثة أثبتت جدواها علميا مثل الأخذ بنتيجة بصمة الأصابع، والتوقيع الخطي، وكذلك الصورة الشخصية، ولم نسمع أن أحدا من أهل العلم والفقه أنكر العمل بشيء من هذه الوسائل الثلاثة المستخدمة، وكذلك هذه الوسيلة الجديدة – البصمة الوراثية – ينبغي أن تقبل في مجال إثبات النسب[2].

المذهب الثاني: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى عدم جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية متأثرين في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الحنفية الذين قالوا بعدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب،ولأن نتائج البصمة الوراثية ليست واضحة وغير قطعية، فلا يصح الاستناد إليها في إثبات النسب لكونها عرضة للخطأ، ولأنها ليست من البيانات الشرعية[3].

إلا أن هذا الدليل يرد عليه بأنه يناقض أقوال أهل الخبرة والاختصاص الذين أكدوا قطعية أو يقينية نتائج البصمة الوراثية، ومن جهة أخرى فإن ما من طريق من طرق إثبات النسب إلا وهو مظنة لحصول الخطأ فيه، لأن الحكم بثبوت النسب في جميع الطرق المشروعة مبني على الظن الغالب، واحتمال الخطأ في أي منها وارد، ومع ذلك فقد دلّت الأدلة الشرعية على إثبات النسب بالطرق المشروعة حتى مع وجود قرائن

(1):الشبيلي الهادي الحسين:(استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب– نظرة شرعية)،مقال منشور في المجلة العربية للعلوم الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد 18،ع 35، سنة 2003، ص20.

(2):عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص 48.

(3):حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 02، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2011، ص 724.

وعلامات قد تشكك في صحة تلك الطرق المشروعة في حالة من الحالات[1]، لذلك فإن القول بمشروعية البصمة الوراثية أصبح أمرا مسلم به في وقتنا الحالي، فهي تعد من أهم الطرق المعمول بها حاليا في مجال إثبات النسب.

2 – مرتبة البصمة الوراثية بين طرق الإثبات الأخرى

اختلف الفقهاء المعاصرون في تحديد موقع البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب بالنسبة إلى الأدلة الأخرى على قولين:

القول الأول:إن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة بحيث لا تقدم على الأدلة الشرعية المتفق عليها (الفراش والإقرار والبينة) ، وهذا قول فريق من الفقهاء المعاصرين منهم:وهبة الزحيلي، محمد الأشقر، وغيرهم.

القول الثاني:يرى تقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية الأخرى، لأنها تحقق ما تحققه الأدلة الأخرى وزيادة، فإذا حصل تعارض بين البصمة الوراثية وأحد هذه الأدلة تقدم البصمة الوراثية عليه، وهذا قول فريق آخر من العلماء المعاصرين[2].

3– التكييف الفقهي للبصمة الوراثية (حجيتها أمام القضاء)

إن الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بجواز استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب اختلفوا في تكييفها هل هي قرينة قطعية، أم قرينة ظنية، أم بينة مستقلة ؟

الاتجاه الأول:يرى أن البصمة الوراثية قرينة قطعية،وهو رأي جمهور الفقهاء المعاصرين.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن البصمة الوراثية قرينة ظنية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية، لأنها عرضة للخطأ، فهي ليست من الأدلة المعتبرة شرعا في إثبات النسب، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة، لذلك فإن القاضي يبقى حرا في اعتمادها أو رفضها.

---

(1):عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص 61.

(2):عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة الإسلامية بغزة فلسطين، سنة 2012، ص 68.

الاتجاه الثالث: يرى أن البصمة الوراثية بينة مستقلة أو دليل مباشر يثبت بها الحكم نفيا أو إثباتا إذا توفرت الشروط اللازمة، وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين[1].

4 – حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

اتفق العلماء المعاصرون على جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب في الحالات التي يحصل فيها التنازع في النسب، ومن هذه الحالات نذكر :

أ:عند ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الحروب أو الكوارث، ففي هذه الحالة يمكن للبصمة الوراثية تحديد نسب كل واحد منهم، وإلحاقه بأهله.

ب: عند الاشتباه في اختلاط المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال، فقد يحدث ذلك بفعل متعمد من بعض القابلات لغرضٍ ما، أو يتم بطريق الخطأ، أو نتيجة إهمال، أو حصول أمر طارئ في المستشفى كحريق مثلاً أو غيره،وفي هذه الحالة يصعب على الأمهات التمييز بين الابن والأجنبي، فهنا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل طفل وإلحاقه بوالديه.

ج: عند الاشتباه في أطفال الأنابيب: ويحدث ذلك في مراكز التلقيح الصناعي، إما عمداً لغرض ما، أو عن طريق الخطأ، كأن يقوم الطبيب أو مساعده بتلقيح بويضة امرأة في حاجة إلى التلقيح الصناعي بما يظنه ماء زوجها خطأ، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة نسب كل طفل وإلحاقه بوالديه[2].

د:عند انتفاء أدلة الإثبات الشرعية أو تساويها أو تعارضها: ويندرج ضمن هذه الحالة الحالات الآتية:

---

(1):خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص292 ، 299.

(2):بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، سنة2017، 2018، ص 43، 44.

الحالة الأولى: في حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة،أو من النكاح الفاسد، أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها ثم تلد فهل ينسب الولد إلى زوجها الثاني، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة الأب الحقيقي ونسب الولد إليه.

الحالة الثانية: في حالة الاغتصاب والاستكراه لامرأة متزوجة: وقد ولدت مولوداً، ويشك زوجها في نسبته إليه، فيمكن هنا أن يعرض الأمر على البصمة الوراثية لتحديد الوالد لهذا المولود.

الحالة الثالثة:عند الشك في أن الحمل قد جاء في غير المدة المعتبرة شرعاً، ومثال ذلك: أن يطلِّق الرجل زوجته، ثم تلد ولداً، فيدعي الزوج أن الولد ليس منه، لأنه ولد في غير المدة المعتبرة شرعاً، وتنفي الزوجة ذلك، حينئذ يمكن الاحتكام للبصمة الوراثية لتحديد أن الولد من الزوج أو من غيره، وبذلك ينتهي النزاع. وهذه الحالة موضوع دراستنا.

الحالة الرابعة: أن يلحق شخص طفلاً لقيطاً أو ضائعاً لنفسه، ثم يظهر أهله ويطالبون بالولد، فهنا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسبه إلى والده الحقيقي[1] .

ثالثا:موقف المشرع والقضاء الجزائري من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

نتعرف على موقف المشرع الجزائري من مسألة إثبات النسب بالبصمة الوراثية**(1)** ثم ننتقل لبيان موقف القضاء الجزائري**(2)**.

1- موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 كانت المادة 40 منه تنص على أنه:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون**".

نصت المادة 41 منه:"**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**".

(1):عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق، ص 82، 84.

من خلال هاتين المادتين يتضح بأن النسب في القانون الجزائري يثبت بالزواج الصحيح، أو الإقرار، أو البينة، أو بنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، كما يثبت النسب متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، وبالتالي لم يكن هناك أي نص يفيد استعمال البصمة الوراثية.

بعد تعديل 2005 أضاف المشرع الجزائري فقرة ثانية لنص المادة 40 والتي تنص على أنه:" **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"، وبهذه الإضافة أقر المشرع الجزائري إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية والعلوم المتصلة بها.

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد المقصود بالطرق العلمية علما أن البحوث العلمية تميز بين نوعين من الطرق العلمية :طريقة تحليل الدم، وطريقة التحليل الجيني المعروفة بالبصمة الوراثية، والمعروف لدى العلماء أن تحليل الدم يعد كطريقة لنفي النسب لا لإثباته، وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري يقصد بالطرق العلمية البصمة الوراثية.

ما يؤكد هذا التوجه هو ما جاء في المشروع التمهيدي لتعديل 2005، حيث قرر بأنه:"مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكّن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه، أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البينة في حالة إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية"[1].

بخصوص الفقرة الثانية المضافة للمادة 40 نلاحظ بأنها وردت بصيغة التخيير، حيث استعمل المشرع عبارة :" يجوز"، مما يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إصدار أمر بإحالة أطراف الخصومة على المعمل الجنائي لإجراء الاختبارات الجينية

(1):علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 359 ، 360.

على عينات لهم وإرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص، فإن تبين له من خلال ملابسات وحيثيات القضية دواع لإجراء الخبرة الطبية أو تردد اختياره بين النفي والإثبات دون أن تكون لديه أية وسيلة تؤكد ظنه، فله أن يؤكد ظنه بالاستعانة بالوسائل العلمية منها البصمة الوراثية[1].

في الحالة التي يأمر فيها القاضي باللجوء إلى اختبار البصمة الوراثية من تلقاء نفسه، أو بناءا على طلب أطراف الدعوى للكشف عن حقيقة النسب، فله أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة أو يستبعده، ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا، بشرط أن يكون قراره معللا ومبني على أسباب مقبولة[2].

بالنسبة لمرتبة البصمة الوراثية من أدلة الإثبات الأخرى فهي تأتي في المرتبة الأدنى، إذ تسبق الطرق الشرعية عن الطرق العلمية الحديثة، وهو واضح من نص المادة 40 من ت أ ج، حيث قام المشرع الجزائري بترتيب وسائل الإثبات والتي هي ليست على درجة واحدة من القوة، حيث يأتي في مقدماتها الزواج الصحيح، ثم الإقرار، ثم البينة، ولهذه الوسائل الثلاثة قوة ومنزلة لا يمكن تقديم البصمة الوراثية عليها، ولكن في حالات التي تعجز فيها هذه الطرق الثلاثة في إيجاد حل للنزاع المعروض المتعلق بالنسب يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية وتبقى السلطة التقديرية هنا للقاضي المعروض عليه النزاع كما قلنا.

2- موقف القضاء الجزائري من إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية

بالنسبة لموقف القضاء الجزائري لم يكن يأخذ بالخبرة الطبية قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 كدليل لإثبات النسب، وإنما ظل متمسكا بالطرق الشرعية المتمثلة في الفراش

(1): إقروفه زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، سنة 2009،2008، ص 253.

(2): أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبق الأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 193.

والبينة والإقرار، حيث جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي دليل علمي حديث بشأن إثبات النسب، فلم يتم اعتماد نظام تحليل الدم ولا البصمة الوراثية وذلك لغياب نص صريح يتيح ذلك .

تأكيدا لهذا الاتجاه قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/06/15 بأنه :" من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وبالبينة، وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، و33 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون. ومتى تبين أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"[1].

لكن بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أصبح للمحكمة العليا موقف آخر، حيث سمحت بإثبات النسب باللجوء إلى تقنية البصمة الوراثية، ومن قراراتها في هذا الشأن نجد القرار الصادر بتاريخ 2006/03/05 والذي قضت فيه بأنه:"يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ".

جاء في حيثيات هذا القرار :"... ولما كانت الخبرة الطبية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناءا على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 88.

الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به"[1].

من خلال هذا القرار وحيثياته يتضح بأن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا الخبرة الطبية (تحاليل البصمة الوراثية) بمثابة البينة في إثبات النسب بغض النظر عن وجود علاقة زوجية شرعية أو علاقة غير شرعية، فقاموا بإلحاق نسب طفل غير شرعي رغم أنهم أكدّوا في عدّة قرارات أن النسب لا يثبت بالعلاقات غير الشرعية عملا بقاعدة " الولد للفراش".

تأثرت المحكمة العليا من خلال هذا القرار برأي الشيخ ابن تيمية،وابن القيم، وغيرهم الذين يرون أن ولد الزنا يلحق بالزاني إذا استلحقه دون أن يكون هناك فراش شرعي، لأن هذا الطفل متولد من مائه، فهو ابنه قدراً وكوناً، كما لا يوجد دليل شرعي صحيح وصريح يمنع من إلحاق نسبه به.

كان لجمهور الفقهاء رأي مخالف في المسألة فقالوا بأن ابن الزنا لا ينسب إلى الزاني ولو ادعاه واستلحقه به، ولقد استدلوا بقوله ﷺ:" الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ"، ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يجعل ولداً لغير الفراش، كما لم يجعل للعاهر سوى الحجر، وإلحاق ولد الزنا بالزاني إلحاق للولد بغير الفراش، فقولهﷺ: (الولد للفراش) يقتضي حصر ثبوت النسب بالفراش[2].

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2006، ص 469.

(2):تفصيل خلاف العلماء في حكم استلحاق ابن الزنا، فتوى رقم 192131، المصدر موقع الإسلام سؤال وجواب، https://islamqa.info/ar/answers/23036 ، تاريخ النشر، 2015/05/22، تاريخ الإطلاع 2021/01/04.

المبحث الثاني: حق المطلقة في الحضانة

تعد الحضانة من أهم الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج سواءا كان بتطليق أم خلع، وهي تهدف إلى البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام به ورعايته وتولي شؤونه، ومن هنا تعتبر الحضانة مظهرا من مظاهر العناية والرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية للطفل وكذلك المشرع الجزائري الذي تولى تنظيم أحكامها من خلال المواد من 62 إلى 72.

لتعرف على الحضانة وأحكامها نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أساسية، نخصص **المطلب الأول** لتحديد مفهوم الحضانة، أما **المطلب الثاني** نتناول فيه شروط ممارسة الحضانة ومدتها ومسقطاتها، بينما خصصنا **المطلب الثالث** لحق الزيارة لارتباطها بالحضانة.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

لبيان مفهوم الحضانة يجب علينا أن نقوم بتعريفها وتمييزها عما يشابهها من أوضاع **(الفرع الأول)** ثم نبين حكمها وأدلة مشروعيتها والحكمة من تشريعها**(الفرع الثاني)** وصولا إلى تحديد طبيعتها الفقهية والقانونية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: تعريف الحضانة وتمييزها عما يشابهها من أوضاع

نتناول تعريف الحضانة **(أولا)** ثم نميزها عن المصطلحات المشابهة لها **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الحضانة

لتعريف الحضانة ينبغي البحث عن تعريفها اللغوي**(1)** ثم الاصطلاحي**(2)** وصولا إلى تعريفها القانوني **(3)**.

1- تعريف الحضانة لغة: جاء في لسان العرب :"حضن :الحِضْنُ :ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعَضُدان وما بينهما، والجمع أحضان، ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تَحْتَضِنُ المرأة ولدها فتحتمله في أحد سُقَّيْهَا. والحِضْنُ الجَنْبُ، وحِضْنَا الليل :جانباه، وحِضْنُ الجبل ما يطيف به، وحَضَنَ الطائر بيضه وعلى بيضه يُحْضَنُ حضْنًا وحِضَانَةً وحِضَانًا وحُضُنًا:رجن عليه للتفريخ. قال الجوهري:حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمَّهُ إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها"[1].

2- تعريف الحضانة اصطلاحا :عرّف الفقهاء الحضانة بأنها:" عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها"[2].

3- تعريف الحضانة قانونا: عرفت المادة 62 من ت أ ج الحضانة بأنها:"**رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا**".

من خلال هذا التعريف نستنتج بأن المشرع الجزائري عرّف الحضانة من خلال إبراز أهدافها والمتمثلة أساسا في:

أ- تعليم الولد: والمقصود بذلك أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانيته الذهنية والعقلية واستعداده الفطري والنفسي.

ب- تربيته على دين أبيه: يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

(1): ابن منظور، لسان العرب، المجلد13، ص 122، 123.

(2):سيد سابق، المرجع السابق، ص 288. عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 520.

ج- السهر على حمايته: من واجبات الحاضنة السهر على حماية المحضون من كل الجوانب، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال، أو عنف لفظي كتخويفه، أو شتمه، بشكل الذي قد يسبب فيه اضطرابا نفسيا أو عقليا، كما يجب على الحاضنة حفظ الطفل من الناحية الخلقية بتهذيبه وإعداده إعدادا يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا، وكذلك الحفاظ على صحته[1].

لذلك ينبغي على القاضي عندما يصدر حكمه بالطلاق أو التطليق أو الخلع ويفصل تبعا لذلك في حق الحضانة والزيارة أن يراعي جميع هذه العناصر، ويشير إليها في حيثيات حكمه، وإلا كان حكمه معيبا بنقص أو عدم كفاية التسبيب ويتعرض للإلغاء.

ثانيا: تمييز الحضانة عما يشابهها من أوضاع

يختلط مفهوم الحضانة بمفاهيم أخرى قريبة منها كالولاية على النفس **(1)**والكفالة **(2)** والتبني **(3)** والوصاية **(4)**، ولبيان الفروقات الموجودة بين هذه المفاهيم ينبغي التطرق إلى أوجه الاختلاف والشبه بينها.

1- الحضانة والولاية على النفس

أ- أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس:إن الهدف من الحضانة والولاية على النفس هو تحقيق مصلحة الطفل، لأن حمايته من الضياع ورعاية مصالحه تعد سببا لقيام هذين النظامين، وهذا ما يدعو إلى القول بأنها من النظام العام[2].

ب- أوجه الاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس: يوجد تباين واضح بين الحضانة والولاية على النفس، يظهر من عدّة أوجه:

(1): باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي)، د.ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة الجزائر، سنة 2008، ص 51، 54.

(2):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص 90.

- **من حيث مصدرهما:**الحضانة مصدرها الفقه الإسلامي، بينما الولاية على النفس فمصدرها القانون المدني والأسري.
- **من حيث موضوعها:**إن الحضانة ترمي إلى خدمة الطفل بصفة يومية وآنية ماديا بتلبية حاجياته من تنظيف وملبس ومطعم، ومعنويا بضمه إلى الصدر والحديث معه ومداعبته، بينما الولاية على النفس تتضمن العناية بالقاصر وتربيته وتأديبه عن طريق النصح والتوجيه واتخاذ القرارات الحاسمة بالنسبة لمستقبله.
- **من حيث أصحابهما:**الحضانة تسند أساسا للنساء سواءا من جهة الأم أو الرجل، بينما الولاية على النفس فهي من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث هذا في الفقه الإسلامي[1].

أما في القانون الجزائري فإن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة فهو على الشكل التالي: الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة، أما الولاية على النفس تكون أصلا للأب وتحل الأم في حالة وفاته، وأثناء قيام الحياة الزوجية في حالة غيابه أو حصول مانع له، وفي حالة الطلاق فلمن أسندت له الحضانة سواءا كان الحاضن أما أو أبا أو غيرهما[2].

- **من حيث سن الطفل** :تمارس الحضانة على الطفل في مرحلة طفولته الأولى، أي منذ ولادته إلى غاية استغنائه عن خدمة النساء، ثم يضم الطفل إلى ولي النفس، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس شرعا.
- **من حيث شرط اتحاد الدين:** يشترط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة في الدين مع المحضون إذا كان الحاضن امرأة[3].

(1):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص 90، 92.

(2): أنظر المادة 64 و87 من ت أ ج.

(3):زكية حميدو، المرجع السابق، ص 94.

- **من حيث مدة انتهائها:** تنتهي الحضانة والولاية على النفس ببلوغ الذكر وزواج الأنثى، هذا في الفقه الإسلامي، أما في القانون الجزائري تنتهي الحضانة ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى والأنثى ببلوغها سن 19 سنة، بينما تنتهي الولاية على النفس ببلوغ سن الرشد 19 سنة[1].

2- الحضانة والكفالة

عرفت المادة 116 من ت أ ج الكفالة على أنها:" التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

من خلال هذا التعريف يتضح بأن الكفالة هي عبارة عن التزام برعاية الولد الصغير من وجوه عدة ويتم بدون مقابل، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ الأجرة.

- إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين الحضانة غرضها مد الحنان والرعاية وهي الغاية المقصودة للشارع من الحضانة.
- إن الكفالة تصرف قانوني، وتكون أمام الموثق أو المحكمة وتحرر في وثيقة رسمية بعد مصادقة هذه الأخيرة عليها، عكس الحضانة التي تسند بحكم قضائي.
- المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب، أما المحضون يطلق على طفل معروف النسب.
- تنتهي مدة الحضانة مثلما قلنا ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى والأنثى 19 سنة، بينما تستمر الكفالة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما أو التخلي عنهما، وهذا لإنهاء عقد الكفالة[2].

(1): المادة 65 و88 من ت أ ج.

(2):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص 96.

3- الحضانة والتبني: يعرّف التبني بأنه هو:" الذي يضم فيه الرجل طفلا إلى نفسه يعلم أنه ولد غيره، ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها من إباحة الاختلاط وحرمة الزواج واستحقاق الميراث"[1].

يتشابه التبني مع الحضانة في أن كليهما يتطلب رعاية وتربية الطفل باعتباره من حقوق الأطفال والأولاد اتجاه الوالدين، إلا أن هناك بعض الفروقات نجملها في الآتي:

- ❖ إن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب، أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله.
- ❖ إن المحضون يحتفظ بنسبه على خلاف المتبنى الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية.
- ❖ يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث والنفقة مثلا، أما الحضانة فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين[2].

4- الحضانة والوصاية:

الوصاية في اللغة: الأمر، وشرعًا: الأمر بالتصرف بعد الموت، فالوصاية ولاية كغيرها، إلا أنها تثبت بتفويض الغير، أما الحضانة فهي ثابتة بالشرع، وقد يكون الوصي حاضنًا[3].

الفرع الثاني: حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها والحكمة من تشريعها

نتناول في هذا الفرع حكم الحضانة **(أولا)**، ثم نذكر أدلة مشروعيتها **(ثانيا)**، وبعدها الحكمة من تشريعها **(ثالثا)**.

(1):يوسف القرضاوي،الحلال والحرام في الإسلام، ط 11، مطبعة دار التراث العربي، القاهرة، سنة 1997،ص 186.

(2):هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر– الإمارات، سنة 2013، ص 50، 51.

(3):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 110، 111.

أولا: حكم الحضانة

الحضانة واجبة شرعا، لأن المحضون قد يهلك، أو يتضرر بترك الحفظ، فوجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك[1]، فحكمها الوجوب العيني إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وجد ولكن لم يقبل الصبي غيره، والوجوب الكفائي عند تعدد الحاضن[2]، فرعاية مصالح الصغير واجبة، وهذه الرعاية إنما تتحقق بالحضانة وتتم عن طريقها، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فهي فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقين[3].

ثانيا:أدلة مشروعية الحضانة

ثبتت مشروعية الحضانة بالكتاب **(1)** و السنة **(2)** والإجماع **(3)** والمعقول **(4)**.

1- من الكتاب :هناك آيات كثيرة دلّت على مشروعية الحضانة منها:

أ- قوله تعالى:﴿ **وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا**﴾[4].

ووجه الاستدلال من هذه الآية على مشروعية الحضانة أن الله سبحانه وتعالى أمر الأبناء برعاية آبائهم في الكبر، لحاجتهما للرعاية ولمظنة عجزهما، كما قدموه للأبناء في طفولتهم من تربية وحضانة ورعاية[5].

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، الجزء 07، ص 718.

(2): عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، (حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه)، قدّم المقال بمناسبة الندوة التي نظمها مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة 2016، ص 16، 17.

(3): محمد بن هلال المعولي، الحضانة في الفقه الإسلامي، ط 01، مكتبة مسقط، عُمان، سنة 1998، ص 15.

(4): سورة الإسراء، الآية 23.

(5):عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، المرجع السابق، ص 17.

ب–قوله تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾[1]، ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى طلب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة من لوازم الرضاع، فدلّت الآية على مشروعية الحضانة[2].

2– من السنة النبوية الشريفة: عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، أن امرأة قالت: يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله ﷺ:" أنت أحق به ما لم تنكحي"[3].

يدل هذا الحديث على أن الحضانة حق للأم مالم تتزوج، فإن تزوجت سقط حقها في الحضانة.

3– من الإجماع :لا خلاف بين أحد الأئمة على مشروعية الحضانة، ودليل ذلك أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق امرأته أم ابنه عاصم فخاصمها بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه ليأخذ ابنه عاصما منها، فقال أبو بكر:"خل بينه وبينها،ريحها ومسكها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر"[4]، وكان ذلك بحضور كثير من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فدّل ذلك على إجماعهم على مشروعية الحضانة وأنها حق للأم في السنوات الأولى[5].

4– من المعقول: يولد الطفل ضعيفا، لذلك أمر الله أبويه بوجوب رعايته والعناية به بما يحتاجه من رضاع وطعام وشراب وملبس وتعليم وتربية حتى يكبر ويتحمل مسؤولية نفسه، وهذا لا يتحقق إلا بالحضانة، فدلّ ذلك على وجوبها شرعا[6].

---

(1): سورة البقرة، الآية 233.

(2):سيد سابق، المرجع السابق، ص 289.

(3):محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، كتاب النفقات، باب: من أحق بكفالة الطفل، حديث رقم 3001، ص 1331 .

(4):سيد سابق، المرجع السابق، ص 289، 290.

(5): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق،، الجزء 07، ص 721.

(6): أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 92.

ثالثا:الحكمة من تشريع الحضانة

شرّعت الحضانة لرعاية الولد الصغير ومن في حكمه ممن لا يعرف مصالحه كالكبير المجنون والمعتوه، إذ يحتاج إلى من يتولاه ويحافظ عليه بجلب منافعه ودفع المضار عنه، وتربيته التربية السليمة، ولا شك أن الوالدين بدافع الحنان والشفقة هما أدرى الناسب القيام بهذه المهمة، فوكّل إلى الأم تربية طفلها ورعاية متطلباته، ووكّل إلى الأب التصرف في نفسه وولده وماله.

شرّعت الحضانة لهؤلاء رحمة بهم، ورعاية لشؤونهم، وإحسانا إليهم، لأنهم لو تركوا لضاعوا وتضرروا، وديننا الحنيف دين الرحمة والتكافل والمساواة ينهى عن الإضرار بهم ويوجب كفالتهم[1].

الفرع الثالث: طبيعة الحضانة

بعدما تكلمنا عن مفهوم الحضانة ننتقل في هذا الفرع إلى بيان طبيعتها، فهل الحضانة حقا أم واجب، وإذا كانت الحضانة حق، فهل هي حق للحاضن أم للمحضون، أم أنها حق مشترك بينهما؟ سنتعرف على آراء الفقهاء في هذا الشأن **(أولا)** ثم نتناول موقف قانون الأسرة الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: الطبيعة الفقهية للحضانة

اختلفت آراء الفقهاء عند تحديدهم لطبيعة الحضانة فهناك من اعتبرها حق **(1)** وهناك من قال بأنها التزام **(2)**.

1- الحضانة حق: أول ما قيل في تحديد طبيعة الحضانة أنها حق، ولكن اختلف في تكييف هذا الحق فهل الحضانة حق للصغير، أو حق للحاضن، أو حق للحاضن والمحضون معا، وهناك من اعتبرها حقالله تعالى.

(1):عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، المرجع السابق، ص 18 ،19.

أ- الحضانة حق للصغير

يرى بعض الفقهاء أن الحضانة حق للصغير، وليس للأم الحاضنة الامتناع عن حضانة طفلها، بل تجبر عليها، لأن المحضون يهلك بتركها ويضيع، فوجب حفظه عن الهلاك والضياع، ولذا فإن الحضانة حقه[1].

يتفرع على اعتبار أن الحضانة حق للصغير مايلي:

- ليس لأم الصغير أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانته فتتركه عنده مدة، في مقابل عوض تأخذه منه، فلو وقع هذا الصلح بينهما فهو باطل، لما في ذلك من تفويت حق الصغير في الحضانة وإسقاطه، والإنسان يملك إسقاط حقه ولا يملك إسقاط حق غيره.

- إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى عنده ولدها الصغير الذي في سن الحضانة في المدة المقررة لحضانة النساء، فالخلع صحيح والشرط باطل لا يعمل به، لأن بقاء الصغير في يدها مدة حضانة النساء حقا له، فلا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق.

- إذا تعينت امرأة لحضانة الصغير، بأن لم توجد حاضنة سواها من محارمه وامتنعت عن حضانته، أجبرت عليها محافظة على الصغير، وإذا لم تتعين للحضانة فلا تجبر عليها، فلو امتنعت عن حضانته اعتبرت كأنها غير موجودة، ويثبت حق الحضانة لمن تليها في المرتبة من الحاضنات[2].

ب- الحضانة حق للحاضن (الأم أو من يقوم مقامها)

خلافا للقول الأول يرى البعض بأن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه، وإذا تعينت الأم لحضانة الصغير بأن لم يجد غيرها، أولم يكن للصغير أو للأب مال يستأجر

(1):محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 364.

(2):هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 59، 60.

له منه حاضنة، ففي هذه الحالة تجبر الأم على حضانة الصغير، أما غير الأم فلا تجبر على الحضانة وينتقل الحق إلى من تليها من النساء ممن له الحق في الحضانة[1].

يترتب على أن الحضانة حق للحاضنة ما يأتي:

– ليس للأب أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لمن دونها في المرتبة، لما في ذلك من تفويت حقها، إلا بمبرر شرعي، كما إذا كانت من دونها متبرعة بالحضانة، وصاحبة الحق تأبى الحضانة بدون أجرة أو ترضى من دونها في المرتبة بأجر أقل مما تتطلبها صاحبة الحق في الحضانة، ولو كان ما تطلبه أجرة المثل .

– ليس للأب أن ينقل الصغير من البلد مكان الحضانة الذي تقيم فيه صاحبة الحق في الحضانة لما يترتب على ذلك من تفويت حقها في الحضانة.

– لو كانت للصغير مرضعة غير حاضنته يجب عليها أن ترضعه عندها في مكان الحضانة حتى لا يفوت حقها في الحضانة[2].

ج– الحضانة حق مشترك: اعتبر البعض بأن الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة، مع تغليب حق الصغير، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، لذلك يجب العمل بما هو أصلح وأنفع للصغير في باب الحضانة[3].

د– الحضانة حق لله تعالى: ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى القول بأن الحضانة حق لله تعالى، لأنها شرّعت لحفظ النفوس ورعايتها، فلا تسقط إلا بعذر شرعي، إذ تعد ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع وعلى وجه الإلزام، فلا يجوز التحلل منها إلا بإذن من الشارع[4].

(1):محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 363.

(2):هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 60، 61.

(3): المرجع نفسه، ص62.

(4):بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 543، 544.

2- الحضانة التزام: اتجه بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بأن الحضانة باعتبارها ضم وتربية للصغير هي التزام، تعتبر فيه الحاضنة ملتزمة والصغير ملتزما له أو صاحب حق[1]،ومن مؤيدي هذا الاتجاه الأستاذ محمد عليوي ناصر، حيث صرّح قائلا :"للحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقهاء ورجال القانون، إلا أنها واجب أكثر منها حقا، وتتحدد بين الواجب الكفائي والواجب التعييني، فلو وجد الأب أو وجد حاضن غير الأم ولم ترغب هي بالحضانة اكتفينا بهم عن الأم، وإلا تعينت لتعيين الواجب على عاتقها، أما الأب فهي واجب تعييني عليه حتما"[2].

ثانيا: طبيعة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

يمكن أن نستخلص موقف المشرع الجزائري من خلال النصوص المعالجة لموضوع الحضانة، وأول نص يمكن اعتماده لتوضيح موقفه هو نص المادة 66 منه والتي نصت بأنه:"**يسقط حق الحضانة...بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**"، فهذه العبارة جمعت بين حقين: حق الحاضنة، لأن المشرع استعمل صراحة لفظ "حق"، كما سمح لها بالتنازل عن حضانتها، وحق المحضون الذي اشترط أن لا يضر التنازل به وبمصلحته.

في مواد أخرى أكدّ المشرع بأن الحضانة حق للحاضنة كالمادة 67 فقرة ثانية التي نصت على عدم سقوط هذا الحق بسبب عملها، والمادة 68 التي جعل المشرع بمقتضاها مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها، إذ منح حق مطالبتها في ظرف سنة، والمادة 71 منه والتي أكدت على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

(1):هدى عصمت محمد أمين، المرجع السابق، ص 62.

(2): محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2002، ص 284.

لكن بالرغم من تكريس المشرع لحق الأم في الحضانة، إلا أنه لم يهمل حق المحضون، فقد تضمنت جل المواد المنظمة للحضانة عبارة "مراعاة مصلحة المحضون"، أو عبارة "ما لم يضر بمصلحة المحضون"، لذلك نقول بأن المشرع الجزائري اتجه إلى اعتبار الحضانة حق مشترك للحاضن والمحضون، إلا أن حق المحضون أقوى، ومصلحته أولى من مصلحة أبويه، فحق الأم في حضانة ولدها ليس مطلقا وإنما مقيد بعدم المساس بحقوق المحضون ومصالحه.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة ومدتها ومسقطاتها

بما أن تربية الطفل ورعايته تتطلب عناية خاصة وقدرة معينة، لذا من البديهي أن يشترط في الشخص الحاضن جملة من الشروط لابد من توافرها فيه، هذا ما سوف نتناوله في **(الفرع الأول)**، ثم نحدد مدّة ممارسة الحضانة **(الفرع الثاني)**، وبعدها نتعرف على مسقطات الحق في الحضانة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: شروط ممارسة الحضانة

إن الحضانة خلافا لباقي آثار الطلاق ليست حقا خالصا للشخص الحاضن بل هي أصلا حق للمحضون لكونها شرّعت من أجله، لذلك مراعاة لمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون.

المشرع الجزائري خلافا للكثير من التشريعات لم يفصّل في شروط استحقاق الحضانة وإنما أجملها في عبارة واحدة ورد ذكرها في المادة 62 من ت أ ج والتي تنص:" **ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"، وعليه فقد ذكر المشرع شرط الأهلية فقط، ومن أجل الإلمام بشروط الحضانة يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي فصلت في الشروط التي يجب توفرها في الحاضن وهذا ما سنتناوله بالتفصيل.

أولا: الشروط العامة

الشروط العامة هي تلك الشروط المشتركة في من تسند إليه الحضانة سواءا كانت من الرجال أو من النساء ، وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

1- البلوغ: يشترط في الحاضن رجلا كان أم امرأة البلوغ، فلا يثبت حق الحضانة للصغير وإن كان مميزا، لأن الصغير ولو كان مميزا إلا أنه في حاجة إلى من يتولى أمره ويحضنه، فلا يتولى هو أمر غيره[1]، والمراد بالبلوغ هنا بلوغ سن الرشد المحدد ب 19 سنة كاملة طبقا لنص المادة 40 من ت م ج، وعملا بأحكام المادة 07 من ت أ ج والتي حددت سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة ب 19 سنة.

إلا أن المشرع وضع استثناء عن هذه القاعدة أجاز فيه للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ السن القانوني لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ويكتسب الزوج القاصر المرخص له بالزواج أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، ومنه فإن القاصرة المتحصلة على ترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج ويمكنها حضانة أولادها إذا كانت تتوفر فيها باقي الشروط.

2- العقل: فلا حضانة للمعتوه ولا المجنون، فكلاهما لا يستطيع القيام بتدبير نفسه، فلا يفوض له أمر تدبير غيره[2]، لذلك ينبغي على القاضي أن يتأكد من السلامة العقلية للحاضن، وألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء فيه :" إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا

(1):سيد سابق، المرجع السابق، ص 291.

(2):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، الجزء 07، ص 726.

دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون الإحالة "[1].

3- القدرة : يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب والاعتناء بشؤونه، والسهر على سلامته الجسدية والخلقية، فلا تكون الحضانة لمسن عاجز عن القيام بشؤون نفسه أو مصاب بمرض معدي وخطير من شأنه أن يؤذي المحضون كالجذام والبرص ومرض فقدان المناعة، ولو كان بالمحضون نفس المرض، ولو كان للحاضن المريض من يقوم عنده بالحضانة من أهله، لأنه لا يؤمن على الطفل ولو كان مريضا أن تزداد حاله سوءا بمخالطة صاحب المرض المنفر[2].

أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط ضمنيا في نص المادة 62 من ت أ ج، حيث اشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، أي أهلا للسهر على حمايته وحفظه صحة، وهو ما أكده القرار الصادرعن المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 والذي جاء فيه :" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"[3].

---

(1):المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار صادر بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم 265727،المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2004، ص432.

(2):سامية بن قوية، (آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، سنة 2010، ص 142.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921،المجلة القضائية ، العدد 04، سنة 1989 ، ص76.

4- شرط الإسلام:

أكدت المادة 62 من ت أ ج على أن يربى المحضون على دين أبيه والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط أن يكون الحاضن مسلما؟

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة، فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا إسناد للحضانة عندهم لغير المسلمة، لأن الحضانة ولاية فلا تثبت للكافر على المسلم، وهي شبيهة بولاية الزواج والمال، ولأن ترك المسلم لدى أمه الذمية قد يلحق به ضررا كبيرا حيث لا يؤمن أن تفتنه عن دينه وتخرجه عن الإسلام[1].

أما المالكية والحنفية فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطا لممارسة الحضانة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواءا كانت أما أو غير ذلك، لأن مناط الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين[2]، إلا أنهم اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة، فقال الحنفية أنه يبقى عندها إلا أن يعقل الأديان، ببلوغه سن السابعة، أو يتضح أن في بقائه معها خطرا على دينه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها، أو تعوده على شرب الخمر ونحوها من تصرفات دينها.

أما المالكية فقالوا يبقى عندها إلى غاية انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خيف أن تعوده المحرمات كأن تسقه خمرا مثلا، جعلت تحت رقابة أحد المسلمين، أما الحاضن إذا كان رجلا فاشترط الحنفية إسلامه، ولم يشترطه المالكية[3].

ساير المشرع الجزائري المذهب المالكي في توجه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، ودليل ذلك ما ورد في نص المادة 62 من ت أ ج والتي نصت على ما يلي:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على

(1):باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 61.

(2):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 727.

(3):بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 554.

حمايته وحفظه صحة وخلقا"، فعبارة (القيام بتربيته على دين أبيه) تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما يجوز له أن يتزوج بامرأة غير مسلمة، وأن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم، وهو الإسلام، ولا يمكن تصور الأمر معكوسا[1].

أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13 الذي جاء فيه :" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"[2].

5 – شرط الأمانة على الأخلاق:

الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وتتحقق الأمانة في الشخص عندما يقوم بواجبه بصفة كاملة من حيث السهر على مصالح الأشخاص الذين تحت رعايته واجتناب سائر التصرفات المضرة بهم صحة أو خلقا أو تربية، وبمعنى أدق يقصد بها أن يكون من شأن القائم بحضانة الصغير المحافظة عليه وصيانته مما يضر بصحته أو بسلوكه أو يؤثر في نفسيته أو دينه[3].

هذا ما اتفق عليه الفقهاء، فقد اشترط الحنفية في الحاضنة أن لا تكون فاسقة غير مأمون عليها، فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو كانت محترفة حرفة دنيئة كالراقصة مثلا، فإن حقها يسقط، كما اشترط الشافعية العفة فلا حضانة لفاسق، أما المالكية فإنهم قالوا بأنه لا حضانة للفاسق الذي يشرب الخمر والمشتهر بالزنا ونحو ذلك[4].

---

(1):باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 62.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1993، ص46.

(3):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص 266.

(4):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 522.

6 – أمن المكان: بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنا يخشى عليه فيه الفساد، أو ضياع ماله، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون، وقد صرّح بهذا الشرط المالكية[1].

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

إضافة للشروط العامة السابقة اشترط الفقهاء شروطا خاصة إذا كانت الحاضنة امرأة وهي:

1- أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم منه، وهو متفق عليه لدى فقهاء المذاهب الأربعة– وإن كانت هناك أقوال أخرى ترى عكس ذلك سنتناولها لاحقا– لحديث الرسولﷺ :" أنت أحق به ما لم تنكحي"، فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته[2].

2- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا بنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي، لعدم المحرمية، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى[3].

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، فإن كان الأب معسرا وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة، وهذا الشرط عند الحنفية.

4- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون، فإن أقامت الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ويكرهه، ولو كان قريبا سقطت حضانتها، لأن سكناها مع المبغض

(1):عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، المرجع السابق، ص 22.

(2): سيد سابق، المرجع السابق، ص 293.

(3):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 729.

يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدّة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت،إلا إذا انفردت بالسكنى عنها، وهذا الشرط عند المالكية.

5- ألا تكون الحاضنة مرتدة، فالمسلمة الحاضنة التي هي أم إذا ارتدت عن الإسلام لم يكن لها الحق في الحضانة[1].

6- السلامة من الأمراض، حيث ذهب المالكية إلى اشتراط كون الحاضنة سليمة من الأمراض الضارة التي يخشى انتقال عدواها إلى الطفل المحضون كالجذام والبرص، ووافقهم في ذلك الشافعية والحنابلة[2].

الفرع الثاني: مدة الحضانة

إذا أسندت الحضانة للأم أو غيرها، فإنها تمارس لمدة زمنية محددة تختلف حسب جنس الطفل المحضون، وسنتعرف على مدة الحضانة في الفقه الإسلامي **(أولا)** ثم في قانون الأسرة الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي

تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها ففيه تفصيل للمذاهب:

1-عند الحنفية: قال الحنفية بأن الحاضنة أمًّا كانت أو غيرها أحق بالمحضون الذكر حتى يستغني عن خدمة النساء ويستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس والتنظيف، وقدروها ببلوغه سن السابعة، وهناك من حددها بتسع سنين، أما إذا كان المحضون أنثى، فالحاضنة أحق بها حتى تحيض، وهناك من حددها ببلوغها حد الشهوة، وقدّرت بتسع سنين[3].

(1):سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 143، 144.

(2): محمد سمارة ،المرجع السابق ، ص 392.

(3):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 523.

2- عند المالكية: مدة حضانة ذكر عند المالكية تستمر حتى البلوغ، أما الأنثى إلى حين الزواج ودخول الزوج بها[1].

3- عند الشافعية والحنابلة:قالوا بأن الطفل المحضون إذا كان ذكر يبقى في الحضانة حتى يبلغ سبع سنين، وبعد ذلك يخير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فأيهما اختار فهو أولى به. ويكون التخيير بشرطين:

- أن يكون الأبوان أو غيرهما من أهل الحضانة، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة، فلا تخيير.
- أن لا يكون الطفل معتوها، فإن كان معتوها فيعطى للأم ولا يخيّر.

أما الأنثى فقال الشافعية بأنها مثل المحضون الذكر، تخيّر بين أبيها وأمها بعد أن تبلغ السابعة من عمرها، وأيهما اختارت ذهبت معه. بينما قال الحنابلة أنه إذا بلغت الأنثى سبع سنين فأبوها أحق بها ولا تخيّر، لأن ببلوغها هذا السن تكون قد قاربت الصلاحية للتزويج فاحتاجت لمن يصونها ويحفظها، والأب أولى بذلك من الأم التي بذاتها تحتاج لمن يصونها[2].

ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 65 من ت أ ج بأنه:" **تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية،على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**".

يتضح من خلال هذا النص أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات ، وبلوغ الأنثى سن الزواج المحدد قانونا ب 19 سنة وفقا للمادة 07 من ت أ ج،

(1):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 150، 151.

(2):مصري مبروك، المرجع السابق، ص 513، 514.

غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من (10) سنوات إلى (16) سنة، وذلك بتوافر الشروط الآتية:

1- أن يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى.

2- أن يكون الحاضن طالب التمديد هي الأم نفسها، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.

3- أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.

4- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها، سقط حقها في المطالبة بالتمديد.

5- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، وبالتالي يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من ستة عشر سنة وهذا حسبما تتطلبه مصلحة المحضون، ولكن لا يمكن له تجاوزها[1].

الفرع الثالث: مسقطات الحق في الحضانة

الأسباب المسقطة للحضانة كثيرة، لذلك سنقتصر على دراسة أهم الأسباب المذكورة في قانون الأسرة الجزائري، مع بيان موقف الفقه الإسلامي منها.

أولا : إسقاط الحضانة لتزوج الحاضنة بغير قريب محرم

نصت المادة 66 من ت أ ج على أنه: "**يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**".

يفيد هذا النص بأن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة الأولاد، يسقط حقها في هذه الحضانة بمجرد زواجها مع شخص ليس له علاقة

(1):فضيل سعد، المرجع السابق، ص 378.

قرابة مع المحضون، ولعل السبب في إسقاط الحضانة عن الأم عندما تتزوج بغير قريب هو انشغالها بخدمة زوجها، فلا تتفرغ لتربية طفلها ورعايته[1].

قضت المحكمة العليا في هذا الصدد بأنه :"من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمًا فأحرى بغيرها أن تكون خالية من زوج، أما إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[2].

أما في الفقه الإسلامي فقد تضاربت الآراء، فالأئمة الأربعة قالوا بأن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواءا كان المحضون ذكرا أم أنثى، واستدلوا في ذلك بحديث الرسول ﷺ :"أنت أحق به ما لم تنكحي"، فقد قيّد عليه الصلاة والسلام بقاء حق الأم في الحضانة بعدم الزواج، لأن زواج الأم الحاضنة يجعلها تنشغل بحقوق الزوج، فلا تتفرغ للقيام بحقوق المحضون[3].

لكن المالكية وضعوا بعض الاستثناءات عن هذا المبدأ أين تبقى فيها الحضانة للأم المطلقة ولو تزوجت بأجنبي عن طفلها منها:

1- أن لا يقبل الطفل غير أمه.

2- أن يقبل الطفل مرضعة أخرى غير أمه، إلا أن هذه المرضعة تأبى أن ترضعه إلا في بيتها، أو عند أمه.

3- أن لا يكون للصغير حاضن آخر غير أمه التي تزوجت، بأن لم يوجد حاضن أصلا، أو وجد واختل فيه شرط من شروط الحضانة كعدم القدرة وغيره.

---

(1):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 522، 523.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1986/05/05، الملف رقم 40438، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1989، ص 75.

(3):باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص63 ، 64.

4- أن يعلم من يلي الأم في استحقاق الحضانة بزواجها من أجنبي ودخوله بها، ويسكت بعد علمه عن المطالبة بحضانة الصغير لمدة سنة دون عذر، مع علمه بأن زواج الحاضنة بأجنبي مسقط لحضانتها.

أضاف الشافعية حالة أخرى، وهي أن يرضى كل من والد الطفل وزوج أمه ببقائه عند والدته[1]، بينما ذهب الظاهرية والحسن البصري إلى القول بأن المستحقة للحضانة لا تسقط حضانتها بالزواج بأجنبي، قال ابن حزم:" الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا تزوجت أو لم تتزوج"[2].

هناك قول ثالث يرى بأن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون إنما يسقط إذا كان المحضون ذكرا لا أنثى، وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله[3]، واستدل الإمام أحمد في قوله هذا بما روي أن عليا وجعفرا وزيد ابن ثابت تنازعوا في حضانة ابنة حمزة، فقال علي رضي الله عنه :إنها ابنة عمي وأنا أولى بها، وقال جعفر:إنها بنت عمي وخالتها عندي فهي زوجتي،وقال زيد:إنها بنت أخي، لأن النبي ﷺ آخى بيني وبين حمزة، فقال رسول الله ﷺ :" الخالة أم "، وسلّم الصغيرة إلى حمزة، فجعل النبي ﷺ الحضانة لها وهي مزوّجة"[4].

يوجد قول آخر يرى بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، فإن كانت مرعية بقي للحاضنة حقها بالحضانة، وإلا سقط عنها، لا فرق في ذلك بين زواجها بأجنبي عن المحضون وزواجها بقريب محرم منه، والقاضي هو الذي يقرر ذلك[5].

(1):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 129، 130.

(2):ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء 10، المرجع السابق، ص 223.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 10، ص 43.

(4):ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء 04، ص 141.

(5):أعراب بلقاسم، (مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، دراسة تأصيلية)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، سنة 1994، ص 148، 149.

بعد عرض أراء الفقهاء يتضح بأن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء القائل بإسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة بمجرد تزوجها بأجنبي، إلا أنه ما يعاب عليه أنه وضع قاعدة مطلقة تقضي بسقوط الحضانة بمجرد الزواج بأجنبي دون أن يورد عليها أي استثناء، فهناك استثناءات كان ينبغي أن يذكرها ليخفف بها من صرامة هذه القاعدة،وهي التي ذكرها المالكية، وعموما تبقى سلطة التقديرية في ذلك للقاضي وينبغي أن يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضون الجديرة بالحماية.

ثانيا: إسقاط الحضانة لتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة

يسقط حق الحاضن في الحضانة بتنازل عنها، وذلك حسب نص المادة 66 من ت أج والتي نصت على أنه:"**يسقط حق الحضانة... وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون** ".

بناءا على هذا النص فإنه يشترط في التنازل أن لا يضر بمصلحة المحضون، كما يشترط أن يأتي من قبل مستحقي الحضانة، وأن يتم هذا التنازل أمام القضاء، لذلك فإن الحضانة حتى وإن كانت حقا للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها، بل يشترط في هذا التنازل أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة وتتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة.

هذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/12/19 عندما قضى بأنه :"من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها..."[1].

(1): المجلس الأعلى،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1988/12/19، الملف رقم 51894، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1990، ص 75.

يجب للحاضن الذي يريد التنازل عن الحضانة أن يعلن ذلك أمام القضاء، فلا يكفي أن يصرح فقط بتنازله عن الحضانة، وهذا ما استقر عليه القضاء في الجزائر، فقد جاء في إحدى حيثيات القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان في15/ 08/ 1998 بأنه:" بالرجوع إلى ملف الدعوى يتبين أن السند الوحيد الذي يتمسك به الأب من أجل المطالبة بحضانة ابنه هو ذلك التنازل الذي تقدمت به الأم، إلا أن ذلك التنازل لم يتم أمام أية جهة قضائية مما ينفي إبعاده"[1].

تبقى السلطة التقديرية للقاضي في قبول التنازل عن الحضانة من عدمه، ويراعي في ذلك مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/07/03 والذي جاء فيه :" من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[2].

ثالثا: إسقاط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

تنص المادة 68 من ت أ ج على أنه:"**إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها**"، وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في

(1):مجلس قضاء تلمسان، قرار مؤرخ في1998/08/15، قضية رقم 98/598، غير منشور، نقلا عن زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص 468.

(2):المجلس الأعلى، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1989/07/03، الملف رقم 54353، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1992، ص 45.

رعاية وكفالة خالته بعد وفاة أمه، ولم يطالب الأب أو الجدة بحقه في حضانة الطفل ومضى على ذلك سنة فأكثر، يسقط عنه هذا الحق حتما بمضي هذه المدة بشرط أن لا يكون له عذر مقبول، كأن يكون جاهلا لاستحقاقه الحضانة وبأن سكوته عنها مدة سنة يسقط عنه الحق فيها، أو يكون الأب مسافرا خارج الوطن بسبب العمل أو بسبب ظروف حالت دون عودته القريبة لممارسة الحضانة، فسكوته عن المطالبة بالحضانة مدة السنة مع هذا العذر لا يسقط حقه في المطالبة بها بعد زوال تلك الظروف أو تغيرها.

يرجع تقدير توافر هذا العذر إلى القاضي المختص، مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون، وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي فإنه يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها فقضت بأنه: "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية "[1].

في قرار آخر قضت بأنه:" من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن السنة لم تمضي بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها فإن قضاة الموضوع بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة لأب يكون قد خالف القانون"[2].

نستنتج مما سبق أن حق المطالبة بالحضانة يسقط بمضي مدة سنة بدون عذر، فإذا وجد العذر المقبول شرعا وقانونا فإن الحضانة لا تسقط ممن يستحقها بشرط أن يثبت

(1): المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1984/07/09، الملف رقم 32829، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1999 .

(2):المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1990/02/05، الملف رقم 58220، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1993، ص 53.

هذا العذر أمام القضاء، لكن السؤال الذي يطرح هنا متى يبدأ حساب هذه المدة ؟ سكت المشرع الجزائري عن الإجابة عن هذا التساؤل، وباعتباره أخذ هذه المادة من المذهب المالكي، فإن هذه المدة المحددة بسنة يبدأ حسابها من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة[1].

رابعا: إسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62

يتوقف إسناد الحضانة على ضرورة استيفاء الشروط المطلوبة قانونا لذلك فمتى ثبت وقوع اختلال في أحد الشروط أصبح من حق من له مصلحة وصفة المطالبة بإسقاط الحضانة عملا بمقتضيات نص المادة 67 من ت أ ج والتي جاء فيها:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه...".

من الأسباب التي قد تؤدي إلى إسقاط الحضانة بسبب تخلف أحد الشروط المطلوبة لممارستها نذكر:

1- ظهور مرض عقلي أو جسدي في الحاضن

تبين لنا عند دراستنا لشروط الحضانة أن المشرع الجزائري اشترط في الحاضن السلامة العقلية والجسدية، فإذا ما فقد هذه القوى يصبح غير صالح لأن يكون حاضنا، فيسقط حقه في ممارسة الحضانة، لأن الحضانة كما جاء في المادة 62 من ت أ ج هي:" السهر على حماية المحضون وحفظه صحة..."، وأي إخلال بذلك يسقط حق الحاضن فيها.

تتعلق مسقطات الحق في الحضانة هنا بأي شلل جسدي جزئي أو كلي أو ذهاب للقوة العقلية أو مرض معدي أي جميع الأمراض التي تؤثر على قدرة العمل بشكل يعجز معه الحاضن عن العناية بالطفل ورعايته[2]، هذا ما قضى به المجلس الأعلى في قضية تتمحور وقائعها في أن الحاضنة كانت فاقدة البصر، فاعتبر المجلس الأعلى أنه بسبب ذلك يسقط حقها في الحضانة، وقضى بأن:" المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك

(1):أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 150.

(2):زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص 391.

الأعمى والأخرس والمقعد، والحاضنة فاقدة البصر، ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها"[1].

ينبغي على القاضي أن لا ينطق بإسقاط الحضانة إلا بعد اعتماده على الخبرة الطبية التي تثبت عجز الحاضن أو تنفيه، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1979/01/15 عندما عبر بأن قضاة الموضوع قد استنتجوا من الخبرة أن الجدة صحيحة العقل مريضة البدن وهي ليست قادرة على الحضانة [2].

كما أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأن:"إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الأم عقليا دون إثبات هذا المرض، يعد مخالفا للقانون"[3].

2- ظهور سلوك مشين في الحاضن

من بين شروط إسناد الحضانة يكتسي شرط الأمانة والاستقامة في الأخلاق أهمية بالغة في إبقاء الحضانة لمن أسندت إليه، لأن مهمة الحاضنة الأساسية هي تربية الطفل تربية سليمة، ولا يتحقق هذا المبتغى إذا انحرفت وارتكبت سلوكا مشينا مخالفا للأخلاق، فعندئذ حضانتها تسقط حتما، وتؤول لمن يليها في المرتبة.

أكدت المحكمة العليا هذا التوجه التشريعي فقررت إسقاط الحضانة بسبب ارتكاب الحاضنة لفاحشة الزنا، وهذا ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 30 /1997/09 بقولها :" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد

(1):المجلس الأعلى،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/07/09،الملف رقم 33921، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1989، ص 76.

(2):المجلس الأعلى،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1979/01/15، الملف رقم 17481،غير منشور، نقلا عن زكية حميدو، المرجع السابق، ص 394.

(3):المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 2002/02/13، الملف رقم 265727، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2002،ص 432.

حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة..."[1].

في قرار آخر ذهبت إلى أبعد من ذلك فقضت:" بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا"[2].

خامسا: إسقاط الحضانة بسبب استيطان الشخص الموكول له حق الحضانة في بلد أجنبي

إذا انتهت عدّة المطلقة وأرادت الانتقال بالصغير الذي في حضانتها إلى بلد أجنبي غير الذي يقيم فيه أب المحضون فهل يجوز لها ذلك؟ وهل يؤثر هذا الانتقال على الحضانة ويترتب عليه سقوط حق المطلقة فيها ؟ للفقهاء تفصيلات مختلفة في هذا الشأن:

1- مذهب الحنفية: يرى الحنفية بأن المطلقة المنقضية عدّتها لا يجوز لها أن تنتقل بالولد إلى بلد آخر يبعد عن مكان الحضانة بمسافة كبيرة، لما في ذلك من إضرار بالأب لبعد ولده عنه وعجزه عن مراقبته، وللأب أن يمنعها من الانتقال به، ففي هذه الحالة تسقط عنها الحضانة.

أما إذا كان انتقالها إلى بلد قريب بحيث يمكن لوالد المحضون الذهاب لزيارته والعودة في نفس اليوم قبل حلول الليل فجائز، وذلك لانتفاء الضرر والمشقة عن الأب، هذا إذا كانت الحاضنة أمًّا، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فإن حضانتها تسقط بمجرد السفر سواءا كان طويلا أم قصيرا .

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص169، 170.

(2) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 09/ 01/ 1984، ملف رقم 31997، المجلة قضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 73.

ولا يجوز للأب أن ينزع ولده من أمه الحاضنة ليسافر به من مكان الحضانة إلى مكان آخر دون رضاها، لما في ذلك من إضرار بالأم بتفويت حقها في الحضانة، وحرمان للصغير من العيش في أحضان أمه سواءا كان المكان الذي سينتقل إليه قريبا أم بعيد[1].

2- مذهب المالكية :يرى المالكية بأن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى مكان بعيد وقدروه بستة برود فأكثر، وكان سفرها سفر نقلة، أما إذا كان سفرها لحاجة ما كتجارة أو الزيارة، لا تسقط عنها الحضانة، بشرط أن يكون سفرها لموضع مأمون، وأن يؤمن عليها وعلى الولد معها في الطريق[2].

3 - مذهب الشافعية

إذا أرادت الأم الحاضنة السفر فإما أن يكون سفر حاجة أو سفر نقلة، فإذا كان سفرها مؤقتا لغرض ما بقصد العودة كالسفر لزيارة أو تجارة، بقي الولد عند أبيه إلى حين عودتها فتسترده، لأن هذا السفر لا يسقط حقها في الحضانة، أما إذا كان سفرها لغرض النقلة والاستيطان في البلد المقصود، فإن حضانة الأم تسقط وتنتقل إلى الأب إذا كانت شروط الحضانة متوفرة فيه.

4 - مذهب الحنابلة

إذا أراد أحد الأبوين السفر لبلد آخر قصد الإقامة والسكنى في البلد المسافر إليه فالأب أولى بالمحضون عن أمه في أشهر الروايتين عن الإمام أحمد وله أخذه منها، ولكن يشترط أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر، وأن تكون الطريق مأمونة، وتكون البلدة المنقول إليها كذلك، وأن يكون السفر نقلة واستيطان، وأن لا يقصد الأب من

(1):أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 651، 654.

(2):محمد بجاق، (مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية)، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات، تصدر عن جامعة الوادي، المجلد 11، عدد 01، سنة 2014، ص 208.

وراء سفره الإضرار بالأم بانتزاع الولد منها. أما لو سافر الأبوان إلى نفس البلد، فيبقى الولد مع أمه لعدم طروء ما يسقط حضانتها[1].

5 – موقف قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 69 من ت أ ج على أنه:" **إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون**".

يستفاد منه هذا النص بأن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها للشخص الذي يريد الاستيطان في بلد أجنبي، ويراعي في ذلك مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تتطلب عدم نقله إلى بلد آخر كان له أن يمنع الحاضن من السفر به خارج الوطن، وإذا أصرّ هذا الأخير على السفر لجأ القاضي إلى إسقاط حضانته وإعادة إسنادها إلى من هو أهل لها.

هذا ما سارت عليه المحكمة العليا، فقد جاء في إحدى قراراتها :" من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، ومادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي"[2].

---

(1): مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة 2003، ص، 232، 233.

(2): المحكمة العليا،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1993/06/23، الملف رقم 91671، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1994، ص 72.

في قرار آخر اعتبرت المحكمة العليا أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة[1].

من القرارات المستجدة للمحكمة العليا والتي أكدت فيها بأن الأساس في إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون بالدرجة الأولى نذكر القرار الصادر 2013/02/14 والذي جاء فيه :" متى ثبت من القرار المطعون فيه أن الطاعنة تعيش في كندا وليست مستقرة بالتراب الوطني، فإن إسناد الحضانة لها يتعارض مع مصلحة المحضون، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإسقاط حضانة البنت عن الأم وإسنادها للأب على أساس المصلحة ، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"[2].

سادسا: إسقاط الحضانة بسبب سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

هذا السبب تناولته المادة 70 من ت أ ج والتي جاء فيها :" **تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم**" .

إن إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكناها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم أمر منطقي ومعقول، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة يجعله في الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة، وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا، ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم[3].

(1):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار مؤرخ في1995/11/21، الملف رقم 111048، نشرة القضاة، عدد 52، ص102.

(2):المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار مؤرخ في 2013/02/14، الملف رقم 728882، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2014، ص 304.

(3):أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 139، 140.

سابعا:عمل الحاضنة وأثرها على حقها في الحضانة

اتفق جمهور الفقهاء على أن الأصل هو بقاء المرأة في منزلها لرعاية أولادها وإدارة بيتها، إلا أنه استثناءا من هذا الأصل أجازوا خروج المرأة للعمل إن هي احتاجت إلى ذلك أو فرضت ظروف المجتمع ومصالحه عملها كأن تعمل في التعليم أو التمريض، على أن يكون ذلك في إطار شرعي بأن :يكون العمل مشروعا، وأن لا يتنافى مع طبيعة المرأة، وأن تلتزم الأداب الإسلامية في تعاملها مع غيرها، وتتجنب الاختلاط مع الرجال، وأن لا يتعارض عملها مع واجباتها الأخرى، فإن وجدّ تعارض بين عملها ووجباتها كأم، قدّمت تلك الواجبات على العمل[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرّس حق المرأة في العمل في تقنين الأسرة بموجب المادة 19 المعدلة بالأمر رقم 02/05، حيث أجازت للمرأة أن تشترط في عقد الزواج أو في العقد الرسمي اللاحق ما تراه من شروط تخدم بها مصالحها ومنها شرط العمل، وبذلك فإن حق المرأة في العمل مكرس شرعا وقانونا، لكن هل يمكن أن يكون خروج المرأة للعمل سببا في إسقاط الحضانة عنها ؟

قال الفقهاء بأن الحضانة تثبت للأم بعد الفرقة إلا أن تكون مرتدة، أو فاجرة، أو غير مأمونة على المحضون، بأن تخرج من دارها كل وقت وتترك المحضون ضائعا، فلم يذكروا من مسقطات الحضانة كون الحاضنة صاحبة حرفة أو عمل، لأن العمل في حد ذاته جائز شرعا ولا ينقص من أهليتها في حضانة أولادها، فإذا كانت الحاضنة تعمل، وكان عملها هذا لا يؤثر على حقوق أولادها ولا يؤدي بهم إلى الضياع، فلا يمكن القول بأن العمل مانع لها من الحضانة، فلا يعد عمل المرأة في حد ذاته مسقطا لحقها في

(1):ردينا إبراهيم الرفاعي وجميلة عبد القادر الرفاعي، (شرط إذن الزوج لعمل المرأة وما يترتب عليه من أحكام، دراسة فقهية مقارنة)، مقال منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجامعة الأردنية، المجلد 36، ملحق، سنة 2009، ص 730، 731.

الحضانة، وإنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة هو ضياع المحضون وإهماله عند حاضنته[1].

اعتمد المشرع الجزائري هذا التوجه في نص المادة 67 من ت أ ج والتي جاء فيها:"ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

وعليه فإن عمل المرأة بالنسبة لحضانتها يجب أن ينظر إليه على ضوء مصلحة الطفل المحضون، فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الطفل ضائعا، ووفرّت له كل ما يحتاجه من رعاية وحنان، فإن عملها هذا لا يسقط حقها في الحضانة، أما إذا أدى خروجها للعمل وقضائها ساعات طويلة خارج المنزل إلى ضياع الأولاد، فإن حقها في الحضانة يسقط لأنها غير جديرة بها[2].

هذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 29/ 05/ 1969، حيث قرر بأنه :"من المقرر شرعا وقضاءا أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضونين وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى سقوط الحضانة عنها وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط"[3].

وفي قرار آخر صادر في 18 جويلية 2000 ذهبت فيه المحكمة العليا إلى أن عمل المرأة وإن كان مؤسسا لدواعي المطعون ضده إلا أنه لا يعد من مسقطات الحضانة، ومن ثم يقتضي الأمر نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 22 سبتمبر 1999 والقاضي بإسقاط الحضانة الولدين عن الطاعنة بسبب

(1): أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 658، 659.

(2):تشوار حميدو زكية، (عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والاجتهادات الفقهية والقضائية)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 02، سنة 2002، ص 32.

(3):المجلس الأعلى، غ ق خ، قرار المؤرخ في 1969/05/29، نشرة القضاة، عدد 04، سنة 1970، ص 50.

العمل دون أي سبب آخر، إذ أن عمل الحاضنة لا يمنعها من ممارسة الحضانة، كما أنه لا يوجد أي نص يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل[1].

من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بعد تعديل 2005 نذكر القرار الصادر في 2013/04/11 قضت فيه المحكمة العليا بأن :"عمل المطعون ضدها كموظفة في الخطوط الجوية الجزائرية لا يستغرق سوى ساعات قليلة من اليوم، لا يمكنه أن يشكل عائقا لخدماتها من حضانة ابنتها مما يستوجب رفض الطعن "[2].

ما نخلص إليه من خلال دراستنا لمسقطات الحضانة أن المشرع الجزائري وإن كان قد حدّد الأسباب التي تسقط بها الحضانة إلا أنه قيّدها بعبارة:" مراعاة مصلحة المحضون"، وترك سلطة تقديرها للقاضي، وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه نذكر منها: التحقيق والمعاينة، الاستعانة بالخبراء، والاستماع إلى أحد أفراد العائلة[3].

ما تجدر الإشارة إليه كذلك أنه يمكن أن يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري وهذا ما نصت عليه المادة 71 من ت أ ج، وقد استمد المشرع الجزائري مضمون هذه المادة من المالكية الذين فرّقوا في مسألة عودة الحضانة بين حالتين:

الحالة الأولى:إذا كان سبب سقوط الحضانة اضطراريا- أي لعذر- كأن يسافر ولي المحضون سفر نقلة، أم مرضت الأم الحاضنة، ثم زال العذر بأن عاد الولي بالمحضون

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2000/07/18، ملف رقم 245156، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001،ص 188، 190.

(2): المحكمة العليا، غ ش أ ، قرار مؤرخ في 2013/04/11، ملف رقم 742013، غير منشور، نقلا عن :غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2017، 2018، ص 115.

(3):عزيزة حسين، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000/1999، ص 76 إلى 86.

من السفر، وشفيت الأم من مرضها، فإن الحضانة تعود إليها لأنها معذورة بشرط أن لا تترك حقها فيها سنة بعد زوال العذر، وأن لا يألف الولد من انتقلت له الحضانة بحيث يصعب عليه نقله من عنده .

الحالة الثانية:إذا كان سبب السقوط اختياريا، كزواج الحاضنة بأجنبي، فإن الحضانة تسقط ولا تعود بزوال هذا السبب المسقط لها[1].

أما جمهور الفقهاء فإنهم يرون بأن حق الحضانة يعود للحاضنة بعد سقوطه عنها إذا زال سبب السقوط مطلقا سواءا كان اختياريا أو اضطراريا رعاية لحق المحضون في أن يكون عند أقرب حاضنة إليه[2].

المطلب الثالث: حق زيارة المحضون

قد تسند الحضانة للأب، فيكون حينئذ للأم المطلقة الحق في زيارة طفلها المحضون لرؤيته وتفقد أحواله المعيشية والصحية والتربوية.

أشار المشرع الجزائري لحق الزيارة في نص المادة 64 من ت أ ج حينما نصت على أنه:" **وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** "، فقد ربطت هذه المادة حق الحضانة بحق الزيارة، فتحدثت الفقرة الأولى عن أصحاب الحق في الحضانة، أما الفقرة الثانية فتكلمت عن حق الزيارة، فأمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة بمجرد نطقه بإسناد الحضانة وإلا كان حكمه معيبا.

إلا أن المشرع الجزائري غفل عن تنظيم هذا الحق، فلم يحدد مدة الزيارة، ولا مكانها، وأوقاتها، وهي مسائل تطرح بشدّة أمام القضاء، وسنحاول توضيح هذه في هذا المطلب، وقبل كل شيء ينبغي تحديد مفهوم حق الزيارة **(الفرع الأول)**، ثم نتناول تنظيم حق زيارة المحضون **(الفرع الثاني)**.

---

(1):مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 243، 244.

(2):محمد بجاق، المرجع السابق، ص 209.

الفرع الأول:مفهوم حق الزيارة

لا يمكن الحديث عن حق الزيارة دون بيان المقصود بها، وتوضيح ما لها من أهمية وتأثير على حياة الولد المحضون، كما ينبغي علينا تحديد من هم أصحاب الحق في زيارة المحضون، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي.

أولا:التعريف بحق الزيارة

لتحديد المقصود بحق الزيارة ينبغي تعريفها لغة **(1)** واصطلاحا **(2)** ثم قانونا **(3)**.

1-لغة: الزيارة في اللغة القصد، وزاره، وزاره زيارة وزوراً: قصده، فهو زائر ومزور، وفي العرف:قصد المزور إكراما له واستئناسا به[1].

2-اصطلاحا:عرفها بعض الفقه على أنها:"رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون"[2].

3-قانونا: اختلفت التشريعات في تسميتها لهذا الحق فمنهم من أطلق عليه تسمية:"حق الزيارة"، ومنهم من سماه "حق الرؤية"، ومنهم من سماه "حق المشاهدة"، غير أن المشرع الجزائري حسم الجدل بتبنيه لمصطلح حق الزيارة، ولقد أحسن صنعا، لأن مصطلح الزيارة يعتبر أوسع من حيث المعنى لرؤية والمشاهدة التي تقترب من المشاهدة البصرية أو الالتقاء بالمحضون[3].

هذا ما أكدته المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها :" أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره، والزيارة ليست قائمة على

(1):ابن منظور، لسان العرب، المجلد 04، ص 335.

(2): زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 186.

(3): بن عامر يزيد، (زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري)، مقال منشور في مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، تصدر عن المركز الجامعي بتيبازة، المجلد 03، العدد 06، جانفي 2019، ص 155 .

الحاضنة أو الزائر، إنما هي أمر يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أولآخر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون"[1].

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يعطي تعريفا لحق الزيارة، مما يفهم منه أن ترك الأمر للفقه، وفي هذا المقام نجد تعريفا للأستاذ عبد العزيز سعد عرّف فيه الزيارة بأنها:"هي رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية بين يدي حاضنته وليس للزائر أن يأخذ المحضون ويتجول به من حي لآخر"[2].

ثانيا:أهمية الحق في الزيارة

من المتفق عليه فقها وقانونا أن من حق كل من الأب والأم زيارة ولده – ذكرا أو أنثى – إذا كان تحت حضانة الآخر، فإذا كانت الأم هي الحاضنة، فللأب أن يرى ولده، وإذا قام بالأم مانع من موانع الحضانة، وصار الولد تحت حضانة أبيه أو غيره، فليس للأب أو غيره أن يمنعها حقها في زيارة ولدها، لأنه حق من حقوقها، ومنعها من ذلك إضرار بها، يقول الله تعالى :﴿ **لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ** ﴾[3]، وهذا ما كرسّته المادة 64 من ت أ ج، بحيث أوجب المشرع على القاضي أن يضمن حق الزيارة لمن لم تؤل له الحضانة من الوالدين أو غيرهما ممن له مصلحة.

وفي تقرير حق الزيارة للمحضون أهمية كبيرة منها:

1– إبقاء الصلة القائمة بين المحضون من ناحية، وبين كل من أبويه من ناحية أخرى، فالطفل المحضون بحاجة إلى العطف والرعاية من أبويه، كما أن الأبوان بحكم الفطرة يسعون دائما إلى احتواء أبناءهم ومدّهم بالحب والحنان، والبعد والانقطاع عن زيارة

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991،ص 126.

(2): عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 296، 297.

(3): سورة البقرة، الآية 233.

المحضون من قبل أبويه أو أحدهما قد يؤدي إلى إصابة المحضون باضطراب نفسي، ولهذا ثبت حق الزيارة له حال وجوده في حضانة الآخر[1].

2- حق الزيارة والرؤية أداة لتقوية الروابط والعلاقات الأسرية، فالزيارة لا تقف عند رقابة الصغير وتولي أموره، بل هي تساهم كذلك في تقوية علاقة المحضون بوالديه، وكذلك بأقاربه، مما يجعلها أداة تضمن بقاء رابطة القرابة والمودة والصلة بينهم وبين الصغير.

3- تعد الزيارة وسيلة لتفقد أحوال المحضون عن قرب والأنس به والإطمئنان عليه، وهي أداة غير مباشرة لمراقبة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة.

أدرك المشرع الجزائري أهمية حق الزيارة في حياة الطفل المحضون فقرر لها نوع من الحماية واعتبرها من ضمن المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى القضاء الاستعجالي للحصول على تدبير مؤقت فيها إلى غاية الفصل في الموضوع، وهو ما نصت عليه المادة 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 02/05 حيث جاء فيها:" **يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن** ".

وعليه يمكن لأي واحد من مستحقي الحضانة (الأب أو الأم) أن يتقدم إلى قاضي شؤون الأسرة في الفترة التي تلي رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم من أجل استصدار أمر على ذيل عريضة يتم وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها في المادة 311 من ق إ م و إ يطالب فيها بحقه في زيارة الأولاد[2].

---

(1): نورة بنت مسلم المحمادي، (حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية ودور القضاء في إيصالها –حق زيارة المحضون نموذجا)،مقال منشور في مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، المجلد 34، عدد 02، سنة 2016، ص 1257.

(2):طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، ط 1، دار الخلدونية الجزائر، سنة 2009 ، ص 174.

ثالثا: الأشخاص المقرر لهم الحق في الزيارة

من خلال نص المادة 64 من ت أ ج يظهر بأن المشرع الجزائري لم يحدد أصحاب الحق في الزيارة تاركا الأمر مفتوحا أمام سلطة القاضي التقديرية، ولما كان الغالب أن الحضانة تسند إلى الأم، فصاحب الحق في الزيارة هو الأب، وفي حالة غياب الأب أو وفاته يحل محله الجد .

هذا ما قررته المحكمة العليا، فقضت بأنه: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي، كما تجب عليه النفقة، يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

في اجتهاد آخر قررت المحكمة العليا منح حق الزيارة للخالة فقضت بأن :" للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى"[2].

من خلال هذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا يتضح بأن حق الزيارة المشار إليه في نص المادة 64 ليس محصورا في الأب أو الأم، بل يتعدى إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرّر للجد أو الخالة أو العم أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به.

---

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1998/04/21، ملف رقم 189181، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001،ص 192.

(2): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2001/04/21، ملف رقم 258479، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2001، ص 300.

الفرع الثاني:تنظيم حق الزيارة

إن المشرع من خلال نص المادة 64 من ت أ ج أوجب على القاضي عندما يتطرق لمسألة إسناد الحضانة أن يفصل في حق الزيارة، لكنه لم يهتم بتنظيمها، لذلك كان يجب علينا الرجوع للقضاء وما كرّسه من أحكام تتعلق بتنظيم حق الزيارة، وقبل ذلك نتعرف على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة.

أولا: آراء الفقهاء في مسألة تنظيم حق الزيارة

لا خلاف بين الفقهاء في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، على أن للأم حق رؤية ولدها وزيارته إذا كان بيد أبيه، لما في ذلك من الصلة والمودة، ولأن للأب حق تعهد المحضون وتأديبه وإلحاقه بالتعليم ولن يتسنى له ذلك إلا بزيارته والوقوف على حاله.

إلا أن الفقهاء وإن اتفقوا على حق زيارة من لم تسند له الحضانة للمحضون، فإنهم اختلفوا في بعض التفاصيل:

1- المالكية: يرى المالكية أن لكل من الأم والأب الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه، فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، أما إذا كان كبيرا، فلها رؤيته كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق رؤيته والاطلاع عليه من آن إلى آخر، ليتولى تأديبه و تعليمه[1].

كما يجيز المالكية حق الزيارة لأقارب الولد كالجد والجدة والخالة، ولكنهم يختلفون في المدة على الأم التي لها حق الرؤية في كل أسبوع، بينما للأقارب حق رؤية الولد كل شهر، ويكون لهم هذا الحق في حالة وفاة أحد الوالدين أو كلاهما[2].

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق،الجزء 07، ص 740.

(2):غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 136، 137.

2 – الحنفية: ذهب الحنفية إلى القول بأن رؤية الصغير حق ثابت شرعا لكل من الأم والأب،لأن حرمان أحدهما من ذلك يلحق به ضررا بيّنا، وهذا الحق ينبغي أن ينظّم حتى لا يلحق ضررا بمن بيده الحضانة، وعلى هذا فإن الحاضن سواءا أكانت الأم أو الأب لا يجبر على نقل الولد ليراه الآخر، وإنما الواجب هو تمكينه من رؤيته، ويدخل في هذا أن لا يسافر به سفرا بعيدا بحيث يشق على الطرف الآخر أن يراه.

أما عن مدة الزيارة أو الرؤية عندهم فهي كل أسبوع، فللأم أو الأب أن يرى ولدّه مرّة في كل أسبوع، قياسا لرؤية الزوجة لوالديها، ويشترط أن تكون الرؤية نهارا لا ليلا.

3 – الشافعية: يرون أن الولد ذكرا كان أو أنثى إذا كان في فترة الحضانة الأولى، أو كان مجنونا، فإنهما يكونان عند أمهما ليلا ونهارا، ويزورهما الأب ليطمئن على أحوالهما ويقوم بواجب النفقة عليهما وغيرها من الالتزامات.

أما إذا بلغ الولد سن التمييز، فإن كان ذكرا واختار أباه، فليس للأب أن يمنعه من زيارة أمه، أما إذا اختار أمه فإنه يقيم عندها ليلا، ويستلمه أبوه نهارا، ليشرف على تربيته وتعليمه. أما الأنثى فإذا خيّرت فاختارت أباها، فللأب أن يمنعها من زيارة أمّها، حتى لا تعتاد على البروز للناس، وإذا رغبت أمها في زيارتها فليس للأب أن يمنعها من ذلك، أما إذا اختارت أمها فإنها تكون عندها ليلا ونهارا، وليس للأب أن يطلب إحضارها إليه، بل له أن يزورها في موضعها مرّة في اليومين، من أجل أن تألف الستر والصيانة[1].

4– الحنابلة:

الحنابلة كالشافعية قالوا إن اختار المميز أباه، كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع من زيارة أمه، وإن اختارها كان عندها ليلا ، وعند أبيه نهارا ليؤدبه ويعلمه.

(1):عبد العزيز دخان، (حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها)، مقال منشور في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مجلة علمية أكاديمية دورية محكمة، تصدر عن مخبر الشريعة، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، سداسي 02، العدد 10، سنة 2015، ص 110، 111.

أما البنت فتكون عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها إلى حين الزفاف، وللأم الحق في رؤية ابنتها في أوقات خروج الأب، لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية منه لذلك ينبغي عليها أن تتحرى أوقات خروجه إلى معاشه، حتى لا تلتقي به أو يسمع كلامها، وإن مرضت البنت، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، لحاجتها إليه[1].

ثانيا: التنظيم القضائي لزيارة المحضون

حتى تحقق الزيارة الأغراض التي شرّعت من أجلها لابد أن تكون منظمة في جميع جوانبها، أي زمانا ومدة ومكانا، والأصل أن يتم تنظيم هذه المسائل بالاتفاق بين الحاضن وصاحب حق الزيارة، بأن يقوما بتحديد مكان وزمان الزيارة، أما إذا لم يتفقا على هذه الأمور وديا، وجب على القاضي أن يتدخل لتحديد الوقت المحدد لزيارة المحضون **(1)** والمكان المناسب للزيارة **(2)** .

1 – تحديد أوقات الزيارة ومدتها

لم يحدد المشرع الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون هل تستغرق ساعة أو عدة ساعات، وترك الأمر للقاضي الذي يراعي العرف والعادة، وقد جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الدينية والوطنية وفي أيام العطل المدرسية إذا كان المحضون متمدرسا.

حددتها المحكمة العليا بمرة في الأسبوع على الأقل في إحدى قراراتها والتي جاء فيها :"متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغا، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي

(1):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، الجزء 07، ص 741.

بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

أصبح هذا القرار فيما بعد بمثابة المرجع المعتمد لدى جل المحاكم والمجالس القضائية، فقد صدر عن محكمة تلمسان حكما قضت فيه بأنه: "... يبقى للأم حق الزيارة كل خميس وجمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية ابتداءا من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية السادسة مساءا"[2].

في فترة لاحقة ظهر تذبذب في الاجتهادات القضائية، حيث صدر عن محكمة تلمسان بعض الأحكام حادت فيها عن هذا الاجتهاد القضائي السابق، فقضت في إحدى أحكامها:" بإسناد الحضانة للأب ويبقى للأم حق زيارتها مرة في كل شهر قابلة للتعديل"[3].

وعليه ينبغي توحيد الأحكام وقرارات المتعلقة بمدة الزيارة وأوقاتها باعتماد قرار المحكمة العليا الصادر سنة 1990 المشار إليه سابقا فتكون مدة الزيارة مرة في الأسبوع على أن تكون من التاسعة إلى السادسة مساءا، ويعود المحضون لحاضنه في الليل.

2- تحديد مكان زيارة المحضون

مكان الزيارة مثله مثل أوقاتها الأصل فيه أن يحدد بالاتفاق الودي بين الحاضن وصاحب حق الزيارة، وعند عدم الاتفاق يعيّن القاضي مكانا مناسبا، ويراعي في تحديده للمكان مصلحة المحضون من ناحية، ومجموعة من الاعتبارات أخرى من ناحية، وتتعلق

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991،ص 126.

(2): حكم محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1999/03/13، قضية رقم 2798/98، غير منشور، نقلا عن زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 198.

(3):حكم محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، مؤرخ في 05/ 12/ 1998، قضية رقم 98/ 1125، غير منشور، نقلا عن المرجع نفسه، ص198.

هذه الاعتبارات أساسا بكون انحلال عقد الزواج يجعل كل من أبويّ المحضون أجنبيا عن الآخر، لذلك لا يجوز أن يكون مكان الزيارة مسكن المطلقة مثلا .

هذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها ، والذي جاء فيه :" من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة ، ومتى تبين في- قضية الحال- أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة "[1].

لكن يمكن أن تتم الزيارة استثناءا في بيت الحاضنة المطلقة متى كان المحضون ممن يصعب نقله عند الزيارة كأن يكون رضيعا، هذا ما يفهم من قرار للمحكمة العليا جاء فيه :" من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامان فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن البنت المحضونة- تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق زيارة ببيتها وحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

بمفهوم المخالفة لهذا القرار نستنتج بأن المحضون إذا كان رضيعا، فإن مصلحته تستوجب أن تتم زيارته داخل بيت أمه الحاضنة رغم أنها أصبحت أجنبية عن أبيه.

---

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1998/12/15، ملف رقم 214290، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 194.

(2): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم 71727، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1993،ص 47.

يشترط في مكان الزيارة كذلك أن لا يكون فيه تضييق وتقييد مما قد يضر بمصلحة الطفل المحضون والوالدين، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا :" من المستقر عليه فقها وقضاءا أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيّده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على تخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيّد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ينبغي أيضا أن يراعى في مكان الزيارة أن يكون قريبا، لأن الزيارة شرعّت في الأساس لرؤية الصغير من جهة، ومراقبة مدى تحقيق الحاضن أو الحاضنة لأهداف الحضانة المشار إليها في المادة 62 من ت أ ج ، ولا يتسنى للزائر ممارسة دوره الرقابي إلا إذا كانت المسافة بينه وبين المحضون قريبة.

المسافة التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة قدرتها المحكمة العليا بستة برود أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة وولي المحضون[2].

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1990/04/30، ملف رقم 79891، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1992،ص 55.

(2):المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1986/09/22، ملف رقم 43594، المجلة القضائية ، عدد 04، سنة 1992،ص 41.

خلاصة الفصل الأول

من خلال دراستنا للآثار المعنوية التي يرتبها انحلال الزواج بطلب الزوجة (التطليق والخلع) يتبين لنا بأن المشرع الجزائري وضع أحكام عامة تسري على كل مطلقة سواءا كان الطلاق بإرادتها أو بإرادة الزوج وهو ما توضحه التسمية التي جاء به الفصل الثاني من الباب الثاني من ت أ ج إذ ورد تحت عنوان" آثار الطلاق".

أما في تنظيمه لهذه الآثار فنجده أغفل التعرض لبعض المسائل، ففي موضوع العدّة مثلا لم يبين المقصود"بالقرء"، ولم يتعرض لبعض أنواع العدّة كعدّة المرتابة والمستحاضة، وعدّة المختلعة، خلافا للفقه الإسلامي الذي تعرض لمختلف هذه المسائل.

كما نجده لم يحسن صياغة بعض المواد مما جعلها تثير الإشكال وتتعلق أساسا بالمادة 58 والمادة 59، فبالنسبة للمادة 58 لم يوضح المقصود بعبارة "التصريح بالطلاق" هل تعني تصريح الزوج بالطلاق، أم تصريح القاضي بالطلاق.

أثارت المادة 59 الغموض فيما يتعلق بعدّة زوجة المفقود، حيث استعمل المشرع عبارة "من تاريخ صدور الحكم بفقده" وكان ينبغي أن يستبدلها بعبارة: "من تاريخ صدور الحكم بوفاته" ليستوي الأمر خصوصا وأنها وردت في نفس النص المتعلق بعدّة المتوفي عنها زوجها. أو من تاريخ صدور الحكم بالتطليق للفقدان، فتكون عدّتها عدّة الطلاق.

بالنسبة للرجعة لم يبين متى نكون أمام طلاق رجعي، ومتى نكون أمام طلاق بائن، إلا أن القضاء الجزائري ميّز بين الحالتين، فاعتبر الخلع والتطليق الواقع أمام القضاء طلاقا بائنا بينونة صغرى، لذلك يشترط لإمكانية الرجعة موافقة المرأة الصريحة على الرجعة، بالإضافة إلى إبرام عقد ومهر جديدين.

في موضوع النسب اشترط المشرع لإثبات نسب الولد بعد الطلاق أن يولد خلال مدة 10 أشهر من تاريخ الانفصال دون أن يوضح ما المقصود بعبارة الانفصال،هل

الانفصال الفعلي بين الزوجين، أم الانفصال بحكم قضائي وهي مسألة جد خطيرة ينبغي تداركها لتعلقها بنسب الأولاد.

لكن المشرع الجزائري منح للقاضي حلا يمكن أن يلجأ إليه كلما وجد إشكالا في إثبات النسب بالطرق الشرعية وهو اللجوء إلى الطرق العلمية والمقصود بها البصمة الوراثية، إلا أنه لم يحدد الحالات التي يمكن من خلالها اللجوء إلى الإثبات باستعمال البصمة الوراثية ولو على سبيل المثال مثلما فعل الفقه الإسلامي، حتى لا يمنح للقاضي سلطة مطلقة وإنما ينبغي تقييده بذكر بعض الحالات.

أما في موضوع الحضانة فإننا نقول بأن المشرع الجزائري عموما لم يخرج في تنظيمه لأحكام الحضانة عن الفقه الإسلامي، لكن ما يعاب عليه أنه لم يوضح المقصود بعبارة: "مصلحة المحضون" والتي وردت في جميع المواد المتعلقة بالحضانة، فكيف يمكن للقاضي أن يتحقق من وجود هذه المصلحة من عدمها؟ لذلك كان ينبغي على المشرع أن يحدد للقاضي بعض الوسائل التي تساعده في التحقق من وجود مصلحة للمحضون كالاستماع لأحد أفراد العائلة والتحقيق والمعاينة والاستعانة بالخبراء وغيرها من الوسائل.

بالنسبة لحق الزيارة فقد ربطها المشرع كما رأينا بالحضانة وألزم القاضي بضرورة الفصل فيها عند إسناده للحضانة، إلا أنه لم ينظمها، فترك أمر تنظيمها للقاضي الذي يعمل على تحديد أوقاتها ومدتها ومكان ممارستها وهذا ما يعاب عليه، فكان عليه أن يفصل في هذه الأمور التي تثير العديد من الإشكاليات من الناحية العملية خصوصا مع وجود تعنت وتعسف كبير من جانب من تسند له الحضانة وهي الأم غالبا، حيث تسعى جاهدة لمنع الطفل من رؤية والده، لذلك ينبغي التفصيل أكثر في حق الزيارة من طرف المشرع بتحديد أوقاتها ومكانها ومعاقبة كل من يخالف أحكامها أو يعمل على تعطيل تطبيقها.

الفصل الثاني: الآثار المادية المستحقة للمطلقة

إلى جانب الأثار المعنوية توجد تبعات أخرى ذات طابع مالي يرتبها انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة، هذه التبعات هي في الحقيقة عبارة عن التزامات مالية يلتزم الزوج المطلق بأدائها للمطلقة، وقد كرستها الشريعة الإسلامية واستقرت في تشريعنا الجزائري.

تتمثل هذه التبعات أساسا في النفقة بمختلف أنواعها، والتعويض عند الحكم بالتطليق، رد المتاع والأموال المكتسبة، بالإضافة إلى مجموعة من الأثار المرتبطة بممارسة الحضانة والتي تناولها الفقه الإسلامي دون أن يذكرها المشرع الجزائري والمتمثلة في أجرة الحضانة والرضاعة.

كل هذه الآثار سنتناولها بالتفصيل ضمن هذا الفصل والذي ارتأيت تقسيمه إلى مبحثين، خصصنا **المبحث الأول** لدراسة الآثار المالية المستحقة للمطلقة بصفة أصلية، أما **المبحث الثاني** ندرس فيه الآثار المالية المستحقة للمطلقة بصفة تبعية .

المبحث الأول: الآثار المادية المستحقة للمطلقة بصفة أصلية

نتناول في هذا المبحث الآثار المادية التي تستحقها المطلقة بصفة أصلية، حيث نتطرق في البداية للنفقة بمختلف أنواعها(**المطلب الأول**)، ثم ندرس التعويض عند الحكم بالتطليق ونعالج في إطاره مدى إمكانية تعويض الزوج عن الخلع(**المطلب الثاني**)، لنصل لدراسة المنازعات المادية التي تثور بشأن المتاع والأموال المكتسبة(**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: استحقاق النفقة بأنواعها

من المسلم به أن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته طوال الحياة الزوجية، ومن ثم فإنه بمجرد صدور الحكم بالطلاق يفترض انقضاء هذا الالتزام من جانبه، لكن مادام أن الزوجة ملزمة شرعا وقانونا بأن تعتد فترة من الزمن من زوجها، فلها الحق في النفقة طوال مدة العدّة (**الفرع الأول**)، كما تستحق المطلقة نفقة أخرى وهي نفقة الإهمال(**الفرع الثاني**) .

الفرع الأول: نفقة العدّة

علمنا مما سبق بأن الخلع والتطليق يقع بهما الطلاق بائنا ببينونة صغرى، فلا يملك فيه الزوج الحق في مراجعة زوجته إلى عصمته إلا بعقد جديد، وعلمنا أيضا بأن العدّة الواجبة على المطلقة خلعا أو تطليقا هي عدّة الطلاق والمقدرة بثلاثة قروء، فهل يكون لها خلال فترة العدّة الحق في النفقة أم لا؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نتعرف على موقف الفقه الإسلامي من نفقة العدّة **(أولا)** وبعدها نتعرض لموقف المشرع الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: نفقة العدّة في الفقه الإسلامي

نبدأ أولا بعرض حالات استحقاق نفقة العدّة في الفقه الإسلامي**(1)**ثم مسقطاتها**(2)**.

1- حالات استحقاق نفقة العدّة

لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة قبل الدخول لا نفقة لها، لأنه لا عدّة عليها، ولا خلاف بينهم كذلك في أن للمطلقة رجعيا بعد الدخول الحق في النفقة والسكنى أثناء فترة العدّة سواءا كانت حاملا أو حائلا، وذلك لأن الطلاق الرجعي لا يرفع عقدة النكاح، ولا يزيل حل الاستمتاع بها مادامت لم تخرج من عدتها، فتظل للمطلقة الرجعية حقوقها الزوجية كاملة من السكن والطعام والكسوة وغير ذلك من النفقات حتى تقر بانقضاء عدتها[1].

أجمع الفقهاء على وجوب النفقة والسكنى للمطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى:﴿**وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[2]، فالنص صريح في وجوب النفقة على المعتدة الحامل، ولأن الحمل ولده

(1):جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 275.

(2): سورة الطلاق، الآية 06.

والإنفاق عليه دونها متعذر، فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، ولأنها مشغولة بمائه، فهو مستمتع برحمها، فسار كالاستمتاع بها في حال الزوجية [1].

أما إذا كانت المعتدة من طلاق بائن غير حامل، فقد اختلف الفقهاء بشأن استحقاقها للنفقة والسكنى إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية ومعهم الظاهرية إلى أن المعتدة من طلاق بائن وهي حائل (أي ليست حاملا) لها النفقة والسكنى، واحتجوا بقوله تعالى:﴿ **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾[2]، وقوله تعالى :﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾[3]، فقد أوجب الله سبحانه وتعالى للمطلقة النفقة والسكنى ولم يفرق بين الرجعية والبائن.

كما استدلوا بالمعقول فقالوا بأن النفقة تجب للزوجة نظير احتباسها لحق الزوج، وهذا الاحتباس يبقى ثابتا له بعد الطلاق ما دامت في العدّة صيانة لمائه، ولا فرق في ذلك بين كون المطلقة رجعية أو بائنة، وعليه فإن النفقة تبقى واجبة للمرأة بعد الطلاق، كما كانت قبله، ولو لم تجب لها النفقة لكان في ذلك ضرر لحبسها في بيت الزوجية مع منعها من النفقة[4]، والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك في قوله عز وجل :﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ﴾[5].

القول الثاني: يرى المالكية ومعهم الشافعية أن المطلقة بائنا – وهي حائل – لها السكنى دون النفقة فهم يسقطون عنها النفقة، واستدلوا على عدم وجوب النفقة بقوله تعالى:﴿ **وَإِنْ**

(1): محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، طبعة 2010، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2010، ص 182.

(2): سورة الطلاق، الآية 01.

(3): سورة الطلاق، الآية 06.

(4):جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 276.

(5):سورة الطلاق، الآية 06.

كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾، فالآية فيها دلالة على أن المطلقة البائن غير الحامل لا نفقة لها.

أما بالنسبة لوجوب السكنى فاستدلوا بقوله تعالى:﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ**﴾، فقد أوجب الله سبحانه وتعالى السكنى للمطلقة مطلقا سواءا كانت حاملا أم غير حامل.

القول الثالث: ذهب الحنابلة إلى القول بأنه ليس للبائن الحائل نفقة ولا سكنى مستدلين على ذلك بما يأتي:

أ- بقوله تعالى:﴿ **وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾، فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالإنفاق على الحوامل، ومنه فإن غير الحوامل ليس لهن النفقة والسكنى، وبقوله تعالى :﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾، فأوجب أن يكون المسكن حيث وجود الزوج وذلك لا يكون في البائنة[1].

ب- استدلوا من السنة بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أن :" أبا عمرو ابن حفص طلقها البتّة، وهو غائب، فأرسل إليه وكيله بشعير فسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال:"ليس لك عليه نفقة"، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال:" تلكِ امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي عند ابن أم كثوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك، فإذا حللتِ فآذينيني".

قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله ﷺ:" أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، أنكحي أسامة بن زيد، فكرهته، ثم قال:" أنكحي أسامة" فنكحته، فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به"[2].

---

(1):طه صالح الجبوري، المرجع السابق ، ص 60.

(2): أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب " المطلقة ثلاثا لا نفقة لها"، حديث رقم 1480، ص 686.

هذا الحديث فيه تصريح من الرسولﷺ بأن لا نفقة لها، أما بالنسبة للسكنى فإن الرسول ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم كلثوم ولم يأمرها أن تعتد في بيت زوجها الذي كانت تسكنه، فلو كان لها السكنى ما أمرها أن تخرج من بيت زوجها[1].

ج- من المعقول: قالوا بأن الزوجة بالطلاق البائن تصبح أجنبية عن زوجها فتأخذ حكم سائر الأجنبيات، واعتدادها لا يوجب لها النفقة ولا السكنى كالموطوءة بشبهة أو زنا، ولأن النفقة والسكنى إنما تجب مقابل التمكن من الاستمتاع واستمتاعه بها غير ممكن بعد بينونتها[2].

بعد عرضنا لمختلف الآراء الفقهية نرى ترجيح القول الأول وهو مذهب الحنفية القائل بحق المطلقة البائن الحائل في النفقة والسكنى، لأنه يراعي حال المطلقة، فقد تكون معسرة وليس لها من يعيلها أو ينفق عليها في أثناء عدّتها، لذلك يجب على الزوج إسكانها والإنفاق عليها بحكم ما كان يربطه بها من روابط إنسانية، كذلك فإنها في فترة العدة لا يمكنها الزواج بشخص آخر يتولى إسكانها والإنفاق عليها، لذلك يجب على الزوج المطلق أن يتكفل بذلك.

مما تقدم من آراء الفقهاء نخلص إلى القول بأن المختلعة والمطلقة بحكم قضائي (التطليق) يكون لها خلال فترة العدّة الحق في النفقة، تنقضي بانقضاء عدّتها، أو بوضع حملها إن كانت حاملا، ويستوي في ذلك أن تكون حاملا أو غير حامل.

2- حالات سقوط نفقة العدّة

إذا كانت القاعدة تقضي باستحقاق المطلقة (خلعا أو تطليقا) لنفقة العدّة طيلة فترة العدّة، فإن هناك حالات تسقط فيها هذه النفقة:

(1):مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 141.

(2):طه صالح الجبوري، المرجع السابق ، ص 61.

أ- **مضي مدة العدّة من غير إنفاق:** قد تنقضي مدة العدّة دون أن تقبض المطلقة خلالها نفقة عدّتها، فهل تبقى دينا على مطلقها، أم أن مضي المدة يكون سببا في سقوطها ؟ اختلف الفقهاء في المسألة على رأيين:

الرأي الأول: قال به الحنفية، وفرقوا بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى:أن تكون المطلقة خلال عدّتها قد أنفقت على نفسها من مالها، أو بالاستدانة من الغير قبل أن يتم فرض نفقة العدّة لها من طرف القضاء أو بالتراضي عليها من مطلقها، ففي هذه الحالة لا تكون دينا على الزوج المطلق، ومن ثم تسقط بانقضاء العدّة.

الحالة الثانية: أن تكون قد أنفقت على نفسها بعد أن تم فرض النفقة لها، دون أن تستدين أصلا، أو استدانت بغير أمر القاضي ولا الزوج المطلق، وهنا اختلف الفقهاء الأحناف، فمنهم من قال تسقط، ومنهم من قال بعدم السقوط.

الحالة الثالثة :أن يكون القاضي أو الزوج المطلق بعد أن تم فرض نفقة العدّة قد أمر المعتدة بالاستدانة، واستدانت بالفعل، فهنا تصير النفقة المتجمدة لها دينا قويا ولا تسقط بمضي العدّة، فلها المطالبة بها وتأخذها إجابة لطلبها[1].

الرأي الثاني: ذهب إليه الشافعية، فهم يرون بأن نفقة المعتدة لا تسقط بمضي زمن العدّة من غير إنفاق، لأن نفقة العدّة مثل نفقة الزوجية تثبت دينا في ذمة المطلق منذ وجوبها، أي من تاريخ بداية العدّة[2].

ب – نشوز المعتدة: يسقط حق المطلقة المعتدة في النفقة إذا ما نشزت، بأن خرجت من البيت الذي تسكنه بغير عذر شرعي، هذا ما اتفق عليه الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في

(1):مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 187.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء 07، ص 258.

مسألة خروج المطلقة نهارا لقضاء حوائجها كشراء ما يلزمها من الطعام أو زيارة الطبيب ونحوه، فمنعه الحنفية، وأجازه المالكية والحنابلة.

أما الشافعية فقالوا للبائن الحائل أن تخرج نهارا لقضاء حوائجها بشرط ألا تجد من يقضيها لها، أما الرجعية والبائن الحامل، فليس لهما الخروج لغير ضرورة إلا بإذن الزوج المطلق لأن النفقة واجبة عليه، فلا حاجة لهما إلا الخروج[1].

ج – سقوط النفقة إذا كانت عوضا في الخلع

تسقط نفقة العدّة إذا كانت عوضا في الخلع، وهذا ما صرّح به الفقهاء، إلا أن الحنفية اشترطوا لسقوط نفقة العدّة أن ينص عليها في الخلع، وذلك لأن الخلع يسقط عن الزوجين حقوق الزوجية الثابتة لكل منهما وقت الخلع.

يسقط حق السكنى للمعتدة كذلك إذا كان عوضا في الخلع، فقد قال الحنفية: ولو اختلعت على أن لا سكنى لها، فإن مؤونة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، ولا يحل لها الخروج من بيت العدّة[2]، بينما قال الشافعية بأنه إذا خالعته على السكنى فإنها لا تسقط، وذلك لأنها ملزمة شرعا بالسكنى في البيت الذي طلقت فيه، وإذا سكنت في غيره ارتكبت معصية، إذ تعد السكنى حق الشرع لا يصح إسقاطه[3].

أجاز المالكية الخلع على نفقتها مدة الحمل، فإذا كان بها حمل ظاهر أو محتمل وخالعته على نفقة عدّتها، فإنه يصح، وتسقط نفقتها، ولكنها إذا أعسرت في هذه المدة، وجب عليه أن ينفق عليها، وتكون هذه النفقة دينا عليها يأخذه منها إذا أيسرت[4].

د– سقوط النفقة بانقضاء العدّة :العدة هي سبب وجوب النفقة للمعتدة، فإذا انقضت العدّة انعدم سبب وجوب النفقة فتسقط.

---

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق ، الجزء 07، ص 216، 217.

(2): المرجع نفسه، الجزء 07، ص 256، 257.

(3):عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، المرجع السابق، ص 360.

(4): المرجع نفسه، ص 363.

ثانيا: نفقة العدّة في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري نفقة العدّة من خلال المادة 61 من ت أ ج ونصها كالآتي:" **لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدّة الطلاق** ".

عالجت هذه المادة في فقرتها الأولى مسألة سكنى المعتدة، فأوجبت على كل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تمكث في بيت مطلقها طيلة فترة العدّة ولا تغادره إلا في حالة ارتكابها لفاحشة مبينة، إلا أن المشرع لم يحدد معنى الفاحشة المبينة، فهل هي كل معصية كالزنا والبذاء على الأحماء والخروج من مكان العدّة بغير إذن ونحوها[1]، أم هي الزنا فقط؟ فكان على المشرع أن يوضح المقصود بالفاحشة المبينة، وإن كنا نرى بأن المراد بالفاحشة هنا الزنا، أما مغادرتها للمنزل الزوجية أثناء فترة العدّة بدون عذر، فإنه يعد نشوزا منها لا يرتقي إلا مرتبة الفاحشة.

أما الفقرة الثانية تعرضت لنفقة العدّة، فمنحت لكل مطلقة الحق في النفقة من مال زوجها طيلة فترة العدّة، واستثنت المادة المتوفى عنها زوجها، فهي تستحق السكنى دون النفقة.

وعليه تجب نفقة العدّة في قانون الأسرة الجزائري لكل مطلقة سواءا كانت رجعية أم بائنا دون تمييز بينهما، وبهذا التوجه يكون المشرع قد اعتمد صراحة رأي الحنفية الذين منحوا للمطلقة سواءا كانت رجعية أو بائن النفقة والسكنى خلال فترة العدّة.

هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/10/22 والذي جاء فيه :" متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء

(1):مصري مبروك، المرجع السابق، ص 487.

كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء وما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرق للأحكام الشرعية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة الزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

بتحليلنا لهذا القرار يظهر بأن المحكمة العليا اعتمدت قاعدة مفادها بأن نفقة العدّة تمنح لكل مطلقة سواءا كانت ظالمة أو مظلومة، وبتقريرها لهذا المبدأ تكون قد خالفت الفقه الإسلامي، حيث تبين لنا بأن الفقهاء أجمعوا على سقوط نفقة العدّة عن الناشز، وذهب هذا القرار إلى أبعد من ذلك حينما قرر بأن اعتراف الزوجة بارتكاب فاحشة الزنا لا يسقط عنها حقها في النفقة، وهو مخالف كذلك للفقه الإسلامي.

في قرار آخر أكدت المحكمة العليا هذا التوجه واعتبرت العدّة ونفقتها من النظام العام فقضت بأنه:" لا طلاق بدون عدّة وبدون منح نفقة عنها، ما دامت العدّة من النظام العام"[2]، وقضت أيضا بأن:"نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدّة على عاتق الزوج"[3].

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/10/22، الملف رقم 34327، المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1989 ص 69.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2006/07/12، غ أ ش، الملف رقم 358348، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2006، ص 449.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2007/04/11، الملف رقم 390091، المجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2008 ، ص 245.

كما قضت بأن :"مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن علاقة زوجية التي كانت قائمة بين الزوجين، والزوج مسؤول عن هذه المصاريف المادية مما يتعين رفض الدفع لعدم جديته"[1].

يظهر من خلال القرارات السابقة بأن نفقة العدّة تعد من النظام العام، لذلك ينبغي على القاضي أن يحكم لكل مطلقة بنفقة عدتها، وتحدد تبعا لمدة العدّة، فإذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة 03 أشهر، أما إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة 03 قروء، ولكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة 03 أشهر لكلا الحالتين، وتكون مدة نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل[2].

أما بالنسبة لتحديد مقدار نفقة العدّة فإنها مسألة متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، ويجب عليه أن يراعي عند تقديرها حال كل من الزوج والزوجة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 والذي جاء فيه:" إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدّة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"[3] .

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2009/02/11، الملف رقم 478795، المجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2009، ص 269، 273.

(2): عبد المجيد بن يكن، (المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري – دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدر عن جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 04، العدد 02، جوان 2017 ، ص 668.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1991/06/18، الملف رقم 75029، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1994، ص 65.

الفرع الثاني: استحقاق نفقة الإهمال

إلى جانب نفقة العدّة تثبت للمطلقة (خلعا أو تطليقا) نفقة الإهمال، غير أن هذه الأخيرة لا تقضي بها المحكمة تلقائيا، وإنما بناءا على طلب من الزوجة التي ترفع دعوى التطليق أو الخلع، ولتفصيل في نفقة الإهمال لابد من تعريفها **(أولا)** ثم تحديد تاريخ استحقاقها **(ثانيا)** ومقدارها **(ثالثا)**.

أولا: تعريف نفقة الإهمال

إذا كانت النفقة التي تستحقها المطلقة بعد النطق بالطلاق إلى غاية انقضاء عدّتها تسمى بنفقة العدّة، فإن نفقة الإهمال هي:" تلك النفقة التي تستحقها الزوجة خلال الفترة التي تسبق الحكم بالطلاق نتيجة ترك وإهمال الزوج لها"[1].

ففي غالب الأحيان تغادر الزوجة مسكن الزوجية وتبقى مدة زمنية عند أهلها دون إنفاق عليها ثم ترفع قضية طلاق أمام المحكمة، وهنا من حق الزوجة أن تطلب نفقة إهمالها، ومادام أن القاضي لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم ولا يحكم بما لا يطلبه الخصوم، وعليه فيجب أن تتقدم الزوجة بطلب هذه النفقة حتى يحكم لها بها.

ثانيا: تاريخ استحقاق نفقة الإهمال

تنص المادة 80 من ت أ ج على ما يلي:" **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى**".

بناءا على هذا النص فإن المشرع الجزائري حدد تاريخ استحقاق نفقة الإهمال من تاريخ رفع دعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، وهذا هو الأصل المعمول به، إلا أن المشرع أورد استثناء عن هذا الأصل سمح فيه للقاضي بأن

(1): رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2005، 2006، ص 74.

يحكم للزوجة بنفقة الإهمال للمدة التي تدعي الزوجة فيها عدم الإنفاق عليها وتقدم الدليل على ذلك ولكن بشرط هو أن لا تتجاوز تلك المدة سنة قبل رفع الدعوى.

لعل المشرع الجزائري حدد هذه المهلة بسنة لإعطاء الزوجة المهلة الكافية لمطالبة الزوج بالنفقة، وفي حالة امتناعه ترفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق[1]، لكن الإشكال الذي يطرح هنا هو أن المشرع يشترط وجود بينة على عدم الإنفاق حتى يتمكن القاضي من الحكم للزوجة بالنفقة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى، فما هي البينة التي يمكن للزوجة أن تقدمها لتثبت بها ادعائها ؟ فقد يعترف الزوج أنه فعلا لم ينفق عليها وبالتالي لا إشكال يطرح، في حين قد ينكر ذلك ويدعي أنه أنفق على زوجته فكيف لها أن تثبت عدم الإنفاق عليها؟

حاولت المحكمة العليا الإجابة عن هذا الإشكال في إحدى قراراتها فقضت بأنه:"متى كان من المقرر شرعا أن إثبات دفع نفقة الأبناء من المسائل الموضوعية التي تقضي بأنه في حالة الخلاف عليها بين الزوجين، والحال أن الزوج حاضر بالبلد ويدعي الإنفاق على زوجه وأبنائه منها فالقول له بيمينه، وأن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت في قضية الحال أن نفقة الابن حُكم بها على أبيه الطاعن بدون دليل أو يمين رغم ادعائه أنه لم يترك ابنه بدون نفقة طوال فترة الفراق، فإن الحكم بها عليه دون يمينه يعد حيادا عن القواعد الشرعية المتعلقة بإثبات دفع نفقة الأبناء، مما يترتب عليه قبول الوجه المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار فيما قضى به بخصوص نفقة الولد[2].

(1):عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 197.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/01/09، الملف رقم 32158، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1989، ص 53.

يظهر بأن هذا الاجتهاد القضائي اعتمد على اليمين لإثبات أداء الزوج لنفقة أبناءه، ومادام لم يكن هناك أي دليل على أنه لم ينفق على أولاده طيلة الفراق بينه وبين زوجته، ولم يوجه له اليمين، فهو غير ملزم بدفع نفقة الإهمال لها ولأولادها.

غير أن ما جرى به العمل في المحاكم أنها تحكم بنفقة الإهمال بدون توجيه اليمين للزوج ولا للزوجة، إذ نجدها تعتمد على وسائل أخرى للإثبات كشهادة الشهود خصوصا الجيران الذين يشهدون بأن الزوج غادر بيت الزوجية، وأنه لا يسأل عن زوجته وأبنائه، أو أن زوجته عند أهلها منذ مدّة معينة، وأنه لا يسأل عليها ولا يأتي على الإطلاق لترقب حالها.

قد يثبت الزوج عكس ذلك بأن يقدم وصولات بريدية تثبت أنه كان يرسل لها مبالغ مالية أثناء تواجدها في بيت أهلها، لذلك تبقى مسألة الإثبات صعبة، وإذا فقدت البينة، فإن القاضي يجد نفسه مضطرا إلى إصدار الحكم بالنفقة من يوم رفع الدعوى القضائية للمطالبة بالطلاق[1].

تحرم المرأة من نفقة الإهمال إذا ثبت نشوزها، وهذا ما قضت به الحكمة العليا إذ جاء في إحدى قراراتها :" أن نفقة الإهمال لا تدفع للزوجة الناشز..."[2].

ثالثا:مقدار نفقة الإهمال

بالنسبة لنفقة الإهمال فإنه يراعى في تحديدها ما يراعى في تحديد النفقة الزوجية وهو حال الزوجين وظروف المعاش طبقا لنص المادة 79 من ت أج ، وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية نلاحظ تباينا في تحديدها، ففي بعض القرارات قدّرت المحكمة العليا

(1):عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 198.

(2):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1994/04/19، الملف رقم 103793، نشرة القضاة، عدد 51، سنة 1997، ص 96 .

نفقة الإهمال بمبلغ 2.000 دج شهريا[1]، وفي قرار آخر ألزمت المحكمة العليا المستأنف عليه بدفع مبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000 دينار) نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع هذه الدعوى إلى تاريخ صدور حكم الطلاق[2].

ثم رفعت هذا المبلغ في قرار آخر قضت فيه:"بإلزام الطاعن أن يدفع للمطعون ضدها مبلغ مائة ألف دينار تعويضا عن الضرر اللاحق بها ومبلغ ثلاثين ألف دينار عدّة ومبلغ أربعة ألاف دينار نفقة إهمال تسري ابتداءا من شهر جانفي2009 إلى غاية النطق بالحكم..."[3].

بتحليلنا لهذه القرارات يتضح بأن هناك تزايد في مبلغ نفقة الإهمال من 2000 دج إلى 4000 دج، وهو راجع إلى تزايد مستوى المعيشة وتغير الظروف من سنة إلى أخرى.

يلاحظ أيضا أنها حددت جميعها تاريخ استحقاق نفقة الإهمال من تاريخ رفع الدعوى إلى تاريخ صدور الحكم، فلم يكن هناك أي إعمال بالاستثناء الوارد في نص المادة 80 من ت أ ج لصعوبة إثبات الإهمال الواقع لسنة قبل رفع الدعوى كما أشرنا سابقا.

(1):المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 2007/04/11، الملف رقم 390091، المجلة القضائية، عدد 01 ، سنة 2008 ، ص 246.

(2):المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 2009/01/14، الملف رقم 476387، المجلة القضائية، عدد 51، سنة 2009 ، ص 262.

(3):المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 2011/09/15، الملف رقم 654972، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2011 ، ص 295.

المطلب الثاني: استحقاق التعويض عن الضرر

قد ينجم عن وقوع الطلاق أضرارا تلحق بأحد طرفيه، فقد يترتب عن حصول التطليق ضررا بالزوجة، وفي المقابل فإن الزوج بدوره قد يتضرر من الخلع فهل يمكن للمتضرر منهما طلب التعويض، وماهو الأساس الذي تبنى عليه دعوى التعويض؟

لمعالجة هذه التساؤلات ينبغي علينا بداية تحديد مفهوم التعويض**(الفرع الأول)**، ثم نتناول للتعويض عن ضرر التطليق **(الفرع الثاني)**، لنصل لدراسة مدى حق الزوج في التعويض عن ضرر الخلع **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: مفهوم التعويض

لم تعرف المجتمعات القديمة نظام التعويض إلا بظهور القانون الروماني الذي قلّل من فكرة الثأر التي كانت سائدة، بحيث جعل لإرادة الأفراد دور في اختيار طريقة التعويض، وبمجيء الإسلام هذبت شريعته نظام التعويض السائد في النظم السابقة بتشريعه للقصاص والدّية، كما شرّع الضمان في الإتلاف والتعدي، ولتوضيح المقصود بنظام التعويض ينبغي تعريفه **(أولا)**، وبيان أدلة مشروعيته**(ثانيا)**.

أولا: تعريف التعويض

من المهم قبل دراسة نظام التعويض البحث عن تعريف له، ولا يتسنى لنا ذلك إلى من خلال التعرض إلى تعريفه اللغوي**(1)**، ثم الاصطلاحي**(2)**، والقانوني **(3)**.

1- تعريف التعويض لغة: جاء في لسان العرب:"العوض: البدل،والجمع أَعْواضُ،عاضَّه منه وبه، والعَّوْضُ مصدر قولك عاضَّه عَوْضًّا وعِياضًّا ومَعُوضَةً، وعَوَّضَه وأَعاضَه وعَاوَضَه،والاسم المعُوضةُ. تقول: عُضتُ فلاناً وأَعَضْتُه وعَوَّضْتُه إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وتَعَوَّضَ منه، واعْتاضَ:أخذ العوض. واعْتاضَه منه واسْتَعاضَه وتَعَوَّضَه، كله

سأله العِوَض، وتقول اعْتاضَني فلانا:إذا جاء طالبا للعوض، واستعاضني كذلك والمستعمل التعويض"[1].

2- تعريف التعويض اصطلاحا: لم يكن مصطلح التعويض معروفا في الفقه الإسلامي، فعند النظر في كتب الفقهاء نجد أنهم لم يستعملوا لفظ التعويض وإنما استعملوا لفظ الضمان، فجاء لفظ الضمان في استعمال الفقهاء على قسمين:

القسم الأول: من استعمل لفظ الضمان بدل لفظ التعويض، غير أنهم عرّفوا الضمان بمعنى بعيد لا علاقة له بمعنى التعويض وهو:"الكفالة"، فعرفوا الضمان بأنه:"شغل ذمة أخرى بالحق"، أو أنه:"ضم ذمة إلى أخرى"، كما عرّف بأنه :"ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"[2].

القسم الثاني: استعمل لفظ الضمان بمعنى مقارب إلى معنى التعويض، فعرّف الضمان بأنه:" الضمان هو رد مثل الهالك أو قيمته"[3]، وعرّف أيضا بأنه:" إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيميات"[4].

يلاحظ على هذه التعريفات أنها حصرت معنى الضمان على الضرر الواقع على المال فقط دون الضرر البدني والضرر الأدبي، بينما التعويض يشمل جميع هذه الأضرار، ومن التعاريف التي أشارت للضرر بأنواعه المختلفة نجد تعريف للدكتور وهبة

(1):لسان العرب لابن منظور، المجلد 07، ص 192.

(2):وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة، ط 09، دار الفكر دمشق سوريا، سنة 2009، ص 22.

(3):زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي،الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، ط01، دار ابن الجوزي، السعودية، سنة 1994، ص 69.

(4):عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ط01، دار ومكتبة الهلال، بيروت لبنان، سنة 1986، ص 491.

الزحيلي بحث عرّف الضمان بأنه:" التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"[1].

3- تعريف التعويض قانونا: لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض، فكان تركيزهم منصب على بيان طريقة تقديره عند حديثهم عن جزاء المسؤولية، ولعل السبب يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح، فهو يعني عندهم: ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء المسؤولية[2].

أما المشرع الجزائري فنجده أشار إلى التعويض في المواد من 124 إلى 133 من ت م ج دون أن يعطي تعريفا له، ومن تعاريف فقهاء القانون في هذا الشأن نجد تعريفا للأستاذ بن زيطة عبد الهادي، حيث عرّف التعويض بأنه:"الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية"[3].

أَلَمَ هذا التعريف بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكره لعناصر التعويض، ووظيفته (إصلاح الضرر) وطريقة تقديره، ونوع الضرر الموجب للتعويض(مادي أو معنوي).

ثانيا: مشروعية التعويض

ثبتت مشروعية التعويض كوسيلة لحفظ الحقوق وجبر الأضرار بأدلة كثيرة، فمن القرآن الكريم بقوله تعالى:﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾[4]، وبقوله تعالى:﴿**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ**

(1): وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 21، 22.

(2):محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 35.

(3):بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص 35.

(4): سورة البقرة، الآية 194.

الظَّالِمِينَ﴾[1]، وبقوله تعالى:﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾**[2].

أوضح ما دلّ في القرآن الكريم على مشروعية التعويض عن الضرر تلك الحادثة التاريخية التي حكم فيها داود وسليمان عليهما السلام بالتعويض لصاحب الزرع الذي تضرر من نفش الغنم فيه، وقد وردت في القرآن الكريم في قوله عز وجل:﴿**وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ** ﴾[3].

من السنة النبوية هناك أحاديث كثيرة منها:ما رواه أنَسِ رضي الله عنه: أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها، فكسرت القصعة، فضمّها، وجعل فيها الطعام، وقال:"كلوا"، وحبس الرسولﷺ والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة، وحبس المكسورة "[4].

في رواية أخرى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها قالت:"ما رأيت صانعة طعاما مثل صفية، صنعت لرسول الله ﷺ طعاما فبعثت به، فأخذني أفكل[5]، فكسرت الإناء، فقلت:يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال: طعام بطعام وإناء بإناء"[6].

دلّ على مشروعية التعويض أيضا قضاء الرسول ﷺ في ناقة البراء ابن عازب، فقد روى حَرَامِ بن مُحيصَة أن ناقة البراء ابن عازب دخلت حائطا (بستانا) فأفسدت فيه،

---

(1): سورة الشورى، الآية 40.

(2): سورة النحل، الآية 126.

(3): سورة الأنبياء، الآية 78.

(4):أخرجه البخاري في صحيحه، باب في المظالم والغصب، المجلد 03، الحديث رقم 2494، ص 403.

(5):المعنى : أخذتني مثل رعدة الأفكل، وهي الرعدة من برد أو خوف، والمراد هنا أنها لما رأت حسن الطعام غارت، وأخذتها مثل الرعدة. الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الجزء 05، ص85.

(6):علي بن عمر الدارقطني، سنن الدار قطني، كتاب الحدود والديات، الحديث رقم 285، الجزء 03، دار ابن حزم، لبنان، د. س. ن، ص197.

فقضى النبي ﷺ أن:"على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها"[1].

الفرع الثاني: التعويض عن ضرر التطليق

زيادة على حق الزوجة في طلب التطليق للأسباب الواردة في نص المادة 53 من ت أج هل يجوز لها أن تطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، أم أن الحكم القاضي بالتطليق يعتبر بحد ذاته تعويضا لها؟ لبيان مدى إمكانية التعويض عن ضرر التطليق ينبغي معرفة موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من المسألة **(أولا)**، ولابد فيما بعد أن نتطرق لشروط أو ضوابط استحقاق التعويض **(ثانيا)**، ثم كيفية تقديره من طرف القاضي **(ثالثا)**.

أولا: الموقف الفقهي والقانوني من مسألة التعويض عن ضرر التطليق

الضرر الذي قد يصيب الزوجة قد يكون ضرر مادي كضرر عدم الإنفاق، أو ضرر جسماني من ضرب أو جرح، وقد يكون ضررا معنويا يسببه الزوج من قذف وسب لها أو لوالديها، أو ارتكابه جريمة تمس بشرف الأسرة، أو عدم عدله بينها وبين زوجته الأخرى، فهل يمكن للقاضي إذا ثبت له هذا الضرر سواءا كان ماديا أم معنويا أن يحكم لها بالتعويض، أم أن التعويض قاصر على الضرر المادي فقط؟

1 – موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر التطليق

سنتعرف على موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المادي**(أ)**، ثم المعنوي **(ب)**.

(1):الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه، وأحاديثه، وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي ، الحديث رقم 2332، ، الجزء 1، مكتبة دار إحياء الكتب العربية، د. د.ن، د.س. ن، ص 781.

أ- موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر المادي

أجمع الفقهاء على مشروعية التعويض عن الضرر المادي عموما، وما يؤكد ذلك ما ذكرناه سابقا عند حديثنا عن مشروعية التعويض كقضاء الرسولﷺ في ناقة البراء ابن عازب وغيرها من الأدلة.

أما بخصوص التعويض عن ضرر المادي من جراء التطليق، فجاءت أقوال الفقهاء صريحة في أحقية الزوجة في التعويض، فقد ذكر في هذا الشأن في مواهب الجليل:" من ضرب امرأته عمدا قضى عليه بما جرى من حق، وهو يختلف باختلاف البلدان، وسئل أبو محمد عمن ضرب زوجته ثم اصطلحا بعطاء فهو له لازم، فهذا يدل على أن لها حقا..."[1].

نقل في الكواكب الدرية في فقه المالكية:" ولا يضربها ضربا مبرحا ولو علم أنها لا ترجع عما فيه إلا به، فإن وقع فهو جان ولها التطليق والقصاص"[2].

ب- موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر المعنوي

إذا كان التعويض عن الضرر المادي لا خلاف فيه بين الفقهاء، فإن الأمر يختلف بالنسبة للضرر المعنوي، فقد انقسم الفقهاء في شأنه إلى قسمين:

الفريق الأول:القائل بعدم مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي

هو رأي غالبية الفقه الإسلامي، حيث يرى أن التعويض لا يكون إلا عن الأضرار الواقعة التي يمكن تقويمها بمال، أما الاعتداءات المعنوية التي تحدث ضررا معنويا، فلا تعويض عنها طبقا لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وطالما أن التعويض لا يكون إلا

(1):الحطاب أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الجزء 04، ط01، مطبعة السعادة مصر، د. س.ن، ص 15.

(2):محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، الجزء 03، د.ط، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، سنة 2003، ص 178.

بالمال على أساس المماثلة والمعادلة، وجب أن يكون الضرر المقابل ماليا، أما الغير المالي فلا يقوّم بالمال، ولا يعوض عنه بالمال، ومن ثم فلا تعويض عن الضرر المعنوي[1].

كما أن الشريعة الإسلامية لم تترك فعلا من الأفعال التي تستوجب الضمان إلا وقررت له العقوبة الملائمة، ويستوي في ذلك أن يكون الضمان حدا، أو قصاصا أو تعزيرا، فالأضرار الأدبية التي تصيب الشخص في شعوره وعاطفته لا تكون موجبة للتعويض اكتفاءا بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حدى مثل حد القذف، أو التعزير في الاعتداءات التي لا حد فيها[2].

الفريق الثاني:القائل بمشروعية التعويض عن الضرر المعنوي

يرى غالبية الفقهاء المعاصرين أن الضرر المعنوي كالضرر المالي ينطوي على اعتداء على حق، ويمثل فوات مصلحة للمعتدى عليه، لذلك يجب تقرير الضمان له[3].

يستند أصحاب هذا الرأي لتدعيم موقفهم بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع وآثار الصحابة والمعقول، وسنكتفي بذكر أهم هذه الأدلة:

أ– من القرآن الكريم: استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر المعنوي بعموم الآيات القرآنية التي أجازت بإطلاقها ومضمونها التعويض عن الضرر سواءا كان ماديا أو معنويا، ومن هذه الآيات قوله تعالى:﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾[4]، وقوله :﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ**

(1):مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، سنة 1992،ص 64.

(2): أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر المعنوي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، د.ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، سنة 2007، ص 195.

(3):المرجع نفسه، ص 164، 165.

(4): سورة البقرة، الآية 194.

لِلصَّابِرِينَ﴾[1]، وقوله أيضا :﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾**[2].

دلّت هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى أوجب المماثلة في العقاب، فلا ينبغي على الإنسان أن يتجاوز أو يتعدى حدوده في رد الاعتداء الواقع عليه.

ب– من السنة النبوية الشريفة: جاء في حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺقال: " كل مسلم على مسلم حرام دمه وماله وعرضه"[3]، فقد حرّم الرسول ﷺ في هذا الحديث على المسلم أن ينال من أخيه المسلم في دمه وماله وعرضه، ودلّ أيضا على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، حيث عطف العِرض على المال، وبما أن التعدي على المال مضمون، فكذلك فإن التعدي على العرض مضمون أيضا ويجوز التعويض عنه[4].

كما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله ﷺ:" من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم"[5].

ج– من آثار الصحابة:عن عكرمة رضي الله عنه قال :" أن حجاما كان يقص لعمر ابن الخطاب وكان رجلا مهيبا فتنحنح عمر فاحدث الحجام فأمر له بأربعين درهما[6].

دلّ هذا الأثر أيضا على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، لأن الحجام خاف من نحنحة عمر فاحدث، ومن ثم أمر له عمر رضي الله عنه بأربعين درهما تعويضا عن هذا الخوف.

---

(1): سورة النحل، الآية 126.

(2): سورة النور، الآية 04.

(3): صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، حديث رقم 2580، ص 1199.

(4):أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 182.

(5):الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الفتح الباري بشرح صحيح البخاري ،كتاب المظالم ، باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحلّلها له هل يبيّن ظلمته، رقم الحديث 2449، الجزء 05، ص 101.

(6):أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 176.

د– من المعقول : إن الأثر الذي يرتبه الضرر المعنوي في نفس الإنسان قد يفوق بكثير عن ما يرتبه الضرر المادي، بل قد يكون الضرر المادي أهون من الضرر المعنوي، بالإضافة فإن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي قد يؤدي إلى استباحة الناس لأعراض بعضهم البعض وهذا ما نهت عنه الشريعة الإسلامية[1].

مما سبق نرى ترجيح الرأي القائل بمشروعية التعويض عن الضرر المعنوي لعموم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تناولت الضرر، فهي تدعو إلى تحريم الضرر عموما، فلم تقتصر على الأضرار المادية، وبما أن الضرر المعنوي شكل من أشكال الضرر،فهو لا يخرج من نطاق الضمان أو التعويض، وعليه فإن حق الزوجة في التعويض عن الضرر المعنوي حق ثابت شرعا استنادا لما قلناه، فهو لا يختلف عن الضرر المادي بل قد يكون أشد تأثيرا منه لذلك ينبغي جبره بالتعويض.

2 – موقف المشرع الجزائري

ينبغي أن نتعرف على موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر عموما **(أ)** ثم نتناول موقفه من التعويض عن ضرر التطليق **(ب)**.

أ– موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر عموما

نصت المادة 124 من ت م ج على أنه:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

انطلاقا من هذا النص العام ذهب بعض شراح القانون إلى القول بأن المشرع الجزائري لا يتبنى فكرة التعويض عن الضرر المعنوي[2]، لكننا نرى العكس، لأن النص باعتباره جاء عاما فهو يشمل الضرر المادي والمعنوي، وليس مقصورا على الضرر

(1): فرقاني قويدر نور الإسلام، التعويض عن الضرر المعنوي في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، سنة 2017، 2018، ص20 .

(2):مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 131.

المادي فقط، وما يؤكد توجهنا ما جاء في نص المادة 131 من نفس القانون :"**يقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182و182 مكرر...**".

هذه المادة جعلت للقاضي سلطة تقدير التعويض عن الضرر المادي والمعنوي معا، لأن المادة 182 تناولت الضرر المادي بنصها:"**إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ...**".

أما المادة 182 مكرر المستحدثة بموجب القانون رقم 10/05 فقد نصت صراحة على تبني المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي فجاء فيها:" **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة** ".

في قانون الأسرة الجزائري نجد من النصوص ما تدل على تبني المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي منها نص المادة 05 من ت أ ج في فقرتها 02 والتي تنص :" **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض** ".

ب – موقف المشرع الجزائري من التعويض عن ضرر التطليق

بخصوص التعويض عن الضرر في حالة التطليق، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة إلا بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 بإضافته للمادة 53 مكرر والتي نصت على أنه:"**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

ترك المشرع الجزائري من خلال هذا النص للقاضي السلطة التقديرية في تقرير التعويض من عدمه، وهو ما يتضح من عبارة " يجوز" الواردة في النص، فإذا رأى القاضي بأن تطليق المرأة وحده كاف لجبر الضرر، فلا يحكم لها بالتعويض، أما إذا رأى أن تطليق المرأة وحده غير كاف لجبر الضرر حكم لها بالتعويض المناسب.

في ظل القانون رقم 11/84 لم يكن المشرع الجزائري ينص على إمكانية التعويض في حالة الحكم بالتطليق، وهذا ما جعل فقهاء القانون في الجزائر ينقسمون إلى اتجاهين: أحدهما يرى أحقية الزوجة في التعويض في حالة التطليق، وسندهم في ذلك نص المادة 124 من ت م ج، بينما ذهب الاتجاه الآخر إلى القول بعدم أحقية الزوجة في التعويض في حالة الحكم لها بالتطليق وأن منح التعويض لها يعد فهم خاطئ للقانون[1].

على مستوى القضاء لم يكن الاجتهاد القضائي في ظل القانون رقم 11/84 يجيز للزوجة طالبة التطليق الحصول على التعويض، وهو ما جسده القرار الصادر بتاريخ 1986/12/29 حيث جاء فيه:"من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"[2].

(1):بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، المرجع السابق، ص 308.

(2): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1986/12/29، ملف رقم 4386، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1993، ص 41.

في قرار آخر صادر بتاريخ 1988/11/11 قضت بأنه:" من المقرر شرعا أن المتعة شرّعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثمّة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطاعن والحكم بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية[1].

من خلال هذه القرارات يظهر بأن قضاة المحكمة العليا لم يفرقوا في قراراتهم المذكورة بين مصطلح التعويض والمتعة، فاستعملوا مصطلح المتعة للدلالة على التعويض، في حين أن هناك فرق جوهري بين المصطلحين، فالمتعة وإن كانت تتفق مع التعويض في كونها:" مال يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق جبرا لخاطرها وتعويضا لها عما أصابها من ضرر"، إلا أنها تختلف عن التعويض من عدّة نقاط:

– إن المتعة تجد مصدرها الشرعي في القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.

– المتعة حق للمطلقة تستحقها سواءا كان الزوج محسنا أم متعسفا في طلاقه، بينما التعويض يجب في حالة الطلاق التعسفي، والتطليق للضرر.

– المتعة تدفع للمطلقة لجبر ضررها المعنوي فقط، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فهو يدفع لجبر الضرر المعنوي والمادي ويشترط إثباته[2].

(1): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/11/11، ملف رقم 51614، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1990، ص 67.

(2):غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2010، 2011، ص 16.

لذلك فإن مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي لا يطابق مفهوم المتعة في الشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا فيما بعد[1].

ما يمكن استنتاجه كذلك أن القرارات المذكورة اتفقت على عدم منح المطلقة نفقة المتعة لأنها هي التي اختارت فراق زوجها وطلقت نفسها بحكم، وقد أسسوا قراراتهم على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، إذ نجد الفقهاء قسّموا الفرقة التي تكون بين الزوجين إلى قسمين:

القسم الأول: ما كانت الفرقة فيه بسبب من الزوج كاللعان والإيلاء والردّة وغيرها من الأسباب، فتجب المتعة حينئذ للمرأة.

القسم الثاني: ما كانت الفرقة فيه بسبب من الزوجة كالمخالعة والردّة والفسخ بإعسار والعيب، فإنها لا تستحق المتعة حينئذ[2]، ومادام أن الزوجة هنا هي التي طالبت بالفرقة بواسطة التطليق فلا تستحق المتعة.

لكن المحكمة العليا تراجعت فيما بعد عن هذا المبدأ الذي يحرم الزوجة طالبة التطليق من التعويض، فمنحت لها الحق في طلب التطليق والتعويض معا، وهو ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 1998/07/11 والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب

---

(1): قضت المحكمة العليا بأن :" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة المتعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ...". المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1986/04/07، ملف رقم 415601، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1989، ص 69.

(2): أحمد بن صالح آل عبد السلام، (متعة المطلقة)، مقال منشور في الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، ص 43.

التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

في قرار آخر صادر بتاريخ 2000/06/20 تحت رقم 245159 قضت بأنه :" من المستقر عليه قضاءا أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا. ومن الثابت في قضية الحال أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض، لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض[2]".

تأكيدا لهذا الاجتهاد القضائي الجديد قام المشرع الجزائري بإضافة نص المادة 53 مكرر ليجيز من خلالها للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا ما لحق المطلقة ضرر إلى جانب الحكم بالتطليق، ولكن ذلك وفق شروط و ضوابط نتعرض لها في النقطة الموالية.

ثانيا: شروط استحقاق التعويض عن ضرر التطليق

إن القول بمشروعية التعويض عن ضرر التطليق ليس على إطلاقه بل له ضوابط تحكمه إذ ينبغي على الزوجة إثبات الضرر الواقع عليها حتى يمكن أن تتحصل على التعويض(**1**)، ويتحقق القاضي من وجوده فعلا (2).

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/07/11، ملف رقم 222665، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2002، ص 116.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، سنة 2002 ، ص259.

1- إثبات الضرر الموجب للتعويض

كما هو مقرر في القواعد العامة أن كل من يدعي الواقعة عليه إثباتها، فكذلك الشأن بالنسبة للزوجة طالبة التعويض، فينبغي عليها أن تثبت صحة دعواها، وذلك بتقديم الدليل أو الإثبات عن الضرر، وباعتبار الضرر مسألة موضوعية، فإنه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية، ومن هذه الوسائل:

أ- إقرار الزوج بالواقعة المنشئة للضرر الذي لحق بالزوجة كاعترافه بعدم الإنفاق، أو اعترافه بوجود العيب الموجب للتطليق، أو بهجره لزوجته، وغيرها من الأضرار، وفي هذه الحالة تعفى الزوجة من تقديم أي دليل لإثبات ما تدعيه.

ب – الشهادة: ويمكن الإثبات عن طريق الشهادة ما يأتي:

- حالة إعسار الزوج، فقد قرر الإمام مالك والشافعي أنه لا يثبت إلا بالبينة أو الإقرار.

- الزوجة التي تطلب التطليق لهجر زوجها لها تستطيع أن تعتمد على شهادة من يقطن معهم في البيت لتثبت هجر زوجها لها في الفراش.

- الزوجة التي تدعي غياب زوجها وتطلب التطليق على أساسه يمكنها أن تسلك الإثبات عن طريق الشهادة، حيث يعلن الشهود لدى القاضي صحة هذه الواقعة، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بهذه الشهادة من عدم الأخذ بها[1].

- يمكن إثبات العيوب الجنسية في الزوج عند إنكاره بشهادة الطبيب المعالج.

ج – القرائن: القرائن في التشريع نوعين: قرائن قانونية، وقرائن قضائية.

(1):عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، سنة 2006، ص.ص 114، 121.

1) القرائن قانونية: هي ما يستنبطه المشرع تيسيرا للمتقاضين في الأحوال التي يصعب عليهم الإثبات[1]، واعتماد هذا النوع من القرائن في عملية إثبات تضرر الزوجة يظهر في أمرين:

أ- في الحالات التي نص المشرع على أنها موجبة للتطليق كعدم الإنفاق والهجر في المضجع وغيرها مما نص عليه المشرع في كل فقرة خاصة في المادة 53 من أ ت ج، فإن هذه الحالات تعد قرائن قانونية على لحوق الضرر بالزوجة، ولا تطالب فيها الزوجة بإثبات الواقعة التي افترض المشرع وجود الضرر فيها.

ب- في الاعتماد على حجية الشيء المقضي به كأن يصدر ضد الزوج حكم بالإهمال العائلي، فتعتمد الزوجة عليه في إثبات عدم الإنفاق، أو يصدر ضده حكم إدانة بجريمة تمس شرف الأسرة، أو حكم إدانته بضرب الزوجة، فتعتمد الزوجة هذه الأحكام في إثبات تضررها[2].

2) القرائن القضائية:

نصت المادة 340 من ت م ج على أنه:" **يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة**". وعليه فإن تضرر الزوجة – بما هو واقعة مادية – يجوز إثباته بالقرائن كما هو جائز بالبينة، ومن ذلك مثلا استعانة القاضي بالمعلومات الواردة في تقرير الطبيب في حالة العيوب، أو كأن توجد على جسد المرأة آثار التعذيب، أو يسمع الجيران صراخها أو بكاؤها المرتفع دائما عندما يوجد الزوج بالبيت، فهذه كلها قرائن قد يعتمد

(1): عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 216.

(2):عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 117.

عليها القاضي في إثبات تضرر الزوجة، ومن ثم الحكم لها بالتطليق والتعويض إذا رأى ذلك[1].

د – اليمين: يحق للزوجة التي تدعي ضررا ولم تستطع إثباته أن تطلب توجيه اليمين إلى زوجها المنكر، فإذا حلف خسرت الزوجة دعواها، إلا أن تأتي ببينة بعد ذلك.

هـ– الكتابة: يجوز أيضا للزوجة أن تستعين بالكتابة، ويمكن أن نتصور ذلك في حالة واحدة وهي في حالة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فإنه قد يستعان بالكتابة لإثبات تلك الشروط المتفق عليها،لأن الغالب فيها أن تكون مثبتة في ورقة رسمية، ولكنها لا يمكن أن تثبت بها واقعة مخالفتها من طرف الزوج[2].

2– تقدير القاضي للضرر

باعتبار أن الضرر مسألة موضوعية يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، فإنه يخضع تقدير صحته لقاضي شؤون الأسرة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصدار بتاريخ 1999/05/18 بقولها:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون"[3].

(1): ليلى جمعي، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، سنة 1994، ص 182.

(2):عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 122، 123.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص126.

يعتمد القاضي في تقديره لمدى قيام الضرر على معيارين أساسيين وهما:المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، ولابد له من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض، ويستطيع دمج كل هذه العناصر وتقدير تعويض إجمالي عنها مرّة واحدة.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/06/20 حين قضت بأنه:" من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلا. ومن الثابت في قضية الحال أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها جراء الضرب مما يستوجب رفض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض[1].

هذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مؤسسا ومجابا من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض الذي يمكن أن يكون بناءً على كل عنصر على حدى، أو القيام بنشاط ذهني يدخل ضمنه كافة عناصر الضرر، ثم يقضي بتعويض إجمالي من مختلف الأضرار التي أصيبت بها الزوجة[2].

ثالثا: تقدير التعويض

أقر المشرع الجزائري إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق، إلا أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض، كما لم يبين له حد أدنى أو أعلى تاركا ذلك للاجتهاد القضائي، إلا أنه ومادامت مواد قانون الأسرة تكمل بعضها

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2002 ، ص259.

(2): أحمد الشامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2013، 2014، ص 203، 204.

البعض، فإنه يمكن الاستناد على نص المادة 79 من ت أ ج التي ذكرت معايير تقدير النفقة:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة".

بناءا على هذه المادة يمكن استنتاج بعض المعايير التي تساعد القاضي في تقدير التعويض وهي:

1- أن يتناسب التعويض وحالة الزوج المالية يسرا أو عسرا بمراعاة ممتلكاته وأجرته، والزوجة هي التي تثبت يسر الزوج إن ادعى أنه معسر.

2- مناسبته لحالة الزوجة المادية و مكانتها الاجتماعية، لأن المادة ذكرت حال الطرفين، فتعويض الزوجة الفقيرة مثل الغنية أمر مرفوض عادة.

3- مراعاة ظروف المعاش غلاءا و رخصا في الضروريات والحاجيات.

بالرجوع إلى القواعد العامة ولاسيما نص المادة 131 من ت م ج نجدها قد ذكرت عناصر أخرى تدخل في تقدير التعويض وهي:

أ – مراعاة الظروف الملابسة: نصت المادة 131 من ت م ج على أن: "**القاضي يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة...**"، ويدخل في إطار الظروف الملابسة حال المضرور المالية والعائلية، موارده ومصدر رزقه، ومن يتولى الإنفاق عليه، وتبعا لذلك يمكن تحديد ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وما لهذا من أثر عليه وعلى من يعول[1].

ب – مراعاة حسن النية أو سوءها و انتفاء الغش:

فالزوج الذي أخل بواجب الإنفاق وطلقت عليه زوجته، ولم يكن ذلك منه بسوء نية، بل كان لعسره أو لكثرة من يعولهم لا يمكن أن يفرض عليه تعويض بنفس تقدير التعويض على الزوج الذي طلقت منه زوجته لإهماله أو تعنته في عدم الإنفاق مع يساره،

(1): عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 165.

لأنه وإن كان الضرر المادي للزوجة في الحالتين سواء، فإن تضررها المعنوي وهي ترى زوجها الموسر متعنت في الإنفاق عليها غير تضررها المعنوي عندما ترى زوجها لا ينفق عليها لعسره وعدم قصده ذلك، فكان لابد من التمييز بين الحالتين عند تقدير التعويض[1].

ج – مراعاة تغير الضرر: يقصد بالضرر المتغير:"ما يتردد بين التفاقم والنقصان بغير استقرار في اتجاه بذاته، وقد يحدث تبعا لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول الضرر"[2]، فإذا كان الضرر الذي طلقت الزوجة لأجله يتمثل في كسر ساقها الناتج عن الضرب المبرح، وعند مطالبتها بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة، من غير تقصير منها في علاجه، فهذه العوامل يجب على القاضي مراعاتها عند تقدير التعويض الذي يفرضه على الزوج، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة، فالعبرة عند تقدير التعويض تكون بيوم صدور الحكم اشتد الضرر أو خف[3].

في الأخير نقول بأن سلطة القاضي في تقديره للضرر وقيمته مقيدة بضرورة تسبيب الحكم الصادر عنه وهذا ما أكدته المادة 11 من ق إ م و إ والتي جاء فيها:" **يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة** ".

(1):عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 167.

(2):مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص 201.

(3): المرجع نفسه، ص 201، 202.

الفرع الثالث: مدى حق الزوج في التعويض عن ضرر الخلع

إذا كان المشرع الجزائري قد أقر للزوجة المطلقة حقها في التعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق وذلك بموجب المادة 52 والتي جاء فيها:" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"، كما أجاز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، فالسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن للقاضي أن يحكم للزوج بالتعويض إذا ما تضرر من جراء الخلع ؟ وما هو الأساس القانوني في ذلك؟ وهل يمكن اعتبار بدل الخلع بمثابة تعويض عن هذا الضرر؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه بالتفصيل ضمن هذا الفرع.

أولا: أساس استحقاق التعويض

بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية نجد أن أساس التعويض يستمد أصوله من نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي تجد أصولها في الفقه الإسلامي، بحيث تكونت ونشأت في ظله، فلم تعرف التشريعات الوضعية هذه النظرية إلا في أوائل القرن العشرين، لذلك يجب بداية دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي **(1)**، وبعدها في القانون المدني الجزائري **(2)**، ثم نقوم بإسقاط النظرية على الحق في الخلع (3)، وأخيرا نتناول عبء إثبات التعسف **(4)**.

1-التعسف في استعمال الحق كأساس للتعويض في الفقه الإسلامي

كانت الشريعة الإسلامية السباقة في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، فهي أول من قيدت الحقوق باستعمالها فيما يجلب المصلحة ويدرأ المفسدة، وللتعرف على هذه النظرية ينبغي علينا تحديد المقصود بالتعسف في استعمال الحق (أ)، ثم نتناول ضوابط أو معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي **(ب)**.

أ- تعريف التعسف في استعمال الحق

في هذا الإطار نتعرض لتعريف التعسف،ثم نميزه عن بعض المصطلحات المقاربة.

1) تعريف التعسف: لغة: التعسف في اللغة مأخوذ من عسف يعسف عسفا، والعَسْف السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، يقال عَسَف الطريق أي سار فيه على غير هدى ولا جادة، وعَسَف عنه مال وعدل، ويقال عَسَف عن الطريق أي عدل وحاد، وعَسَف في الأمر فعله بلا روية ولا تدبر، وعَسَف فلان فلانا عَسْفًا أي ظلمه، وعَسَفَ السلطان أي ظلم، وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما[1].

اصطلاحا: يعرّف التعسف في الاصطلاح بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[2]، ومعنى مناقضة قصد الشارع أي مضاداة قصد الشارع، وهذه المضاداة لا تخلو إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق بمجرد قصد الإضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق مصالح لا مضار. أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله عليه[3].

قانونا: اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف فظهر قولان: **أولهما:التعسف صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية،** ومن تعريفاتهم نجد تعريف للفقيه :" سالي "، حيث عرفه بأنه:" انتفاء الحق وليس إساءة استعماله"، وأضاف قائلا :" وأن الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلة في نطاق الحق المدعى به"[4].

---

(1): ابن منظور، لسان العرب، المجلد 09، ص 245، 246.

(2):فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 87.

(3): المرجع نفسه، ص 87، 88.

(4):جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 01، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، سنة 2008، ص 147.

القول الثاني: التعسف كصورة مستقلة عن الخطأ

عرّف أصحاب هذا القول التعسف على أنه نظرية مستقلة عن الخطأ، حيث يرتبط بغاية الحق ومدى الالتزام بها أو الخروج عنها، فعرفوا التعسف بأنه:" تخلف غاية الحق أو مناقضتها"، وعرفّ أيضا بأنه:" انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق"[1].

2) تمييز التعسف عما يشابهه من مصطلحات

- **تمييز التعسف عن الخطأ:** أعطى فقهاء القانون عدّة تعريفات للخطأ لعل أهمها: "هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراكه لهذا الانحراف"[2].

يتفق الخطأ بهذا المفهوم مع التعسف في بعض النقاط، لكنه يختلف عنه في أمور عدّة أهمها أن الخطأ يرتكز في أصله على ارتكاب فعل غير مشروع، في حين أن التعسف يرتكز في عمقه على مصلحة مشروعة تجاوز صاحبها الحدود المعقولة وألحق الضرر بالغير[3].

- **تمييز التعسف عن المجاوزة:** يعرف التجاوز بأنه:" الخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون لذلك الحق"[4]كتجاوز المالك حدود ملكه، أما في التعسف فإن الشخص

(1): جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 147.

(2):عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، نظرية الالتزام بوجه عام ،الجزء 01 ، د.ط، دار إحياء التراث العربي، د . س. ن، ص 779 .

(3):عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية ل.م .د، تخصص العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر1، سنة 2017، 2018، ص 60.

(4): بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008، ص 110.

لا يتجاوز نطاق حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها له القانون، ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير.

- **تمييز التعسف عن التعدي**

يعرّف التعدي في اللغة بأنه:" الذنب أو المعصية أو تجاوز الحد"، أما اصطلاحا فيعرف بأنه :" كل فعل ممنوع شرعا أو قانونا سواءا وقع على النفس أو المال أو غيرهما".

يظهر الفرق بين التعسف والتعدي في أن تصرف الشخص واستخدامه لحقه في موضع يؤدي به إلى الإضرار بغيره يعد تعسفا فيمنع مآلا، أما التعدي فهو فعل غير مشروع أصلا[1].

ب- معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري على جميع الحقوق، وهذه الضوابط والقواعد العامة هي المعايير التي يضبط بها استعمال الحق فيظهر إن كان تعسفيا أو غير تعسفي، وتنقسم معايير التعسف في استعمال الحق إلى قسمين:

1) المعايير الذاتية أو الشخصية: تنقسم هذه المعايير إلى معيارين فرعيين:

المعيار الأول: قصد الإضرار: هذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال الحق، وفيها يوجه الشخص إرادته نحو غاية واحدة هي الإضرار بالغير والإساءة إليه[2]، ويشترط لتحقق هذا المعيار شرطان أساسيان:

الشرط الأول: أن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمدا.

(1):عبد المجيد بالطيب، المرجع السابق، ص 60، 61.

(2):جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 163.

الشرط الثاني:أن يتمحض قصده لذلك، أي أن يكون الإضرار هو القصد الوحيد بحيث لا يصحبه قصد إلى شيء آخر من وراء هذا الفعل كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو ضئيلة منه، فإذا صاحب قصد الإضرار بالغير قصد تحصيل منفعة ما ولو تافهة لم يكن الفعل محكوما بهذا المعيار، وإن كان في ذاته يعتبر تعسفا في استعمال الحق، ويحكمه معيار آخر وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير[1].

المعيار الثاني:معيار المصلحة غير المشروعة

مقتضى هذا المعيار أنه لا يكفي أن تكون المصلحة التي ينشدها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه ذات نفع له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة أيضا، لأن الحقوق إنما شرعت لتحقيق غايات نبيلة ومصالح عامة أو خاصة، ولم تشرع لقصد الإفساد وإلحاق الأذى بالغير، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة التي منح الحق من أجلها. وعليه فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة مهما عظمت هذه المصلحة يسيء استعمال حقه ويعد مخطئا خطأ يسبب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر بالغير[2].

2) المعايير الموضوعية أو المادية: تنقسم هذه المعايير إلى معيارين فرعيين كذلك:

المعيار الأول: انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير

مفاد هذا المعيار هو أن يستعمل صاحب الحق حقه بقصد تحقيق مصلحة، فيترتب على ذلك إلحاق ضرر بالغير أعظم من المصلحة المجلوبة له، فينعدم التناسب بين المنفعة المشروعة لصاحب الحق والضرر اللاحق بالغير جراء ذلك، فإذا استعمل صاحب

(1):جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 163.

(2):إسماعيل كاظم العيساوي، (استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير،دراسة مقارنة)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، سنة 2009، ص 76، 77.

الحق حقه قصد تحقيق مصلحة مشروعة لكن لازم ذلك إضرار بالغير سواءا كان مساويا أو كان أكبر من المصلحة المقصودة،اعتبرذلك تعسفا[1].

المعيار الثاني: معيار الضرر الفاحش

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما في العلاقات الجوارية[2].

2-التعسف في استعمال الحق كأساس للتعويض في القانون المدني الجزائري

بعدما تعرفنا على نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، نتعرض لبحثها في نطاق القانون المدني الجزائري، ولدراسة نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري نميز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل 2005

نظم المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال نص المادة 41 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، وأدرجها تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الاعتبارية والطبيعية، في الفصل الأول المتعلق بأحكام الأشخاص الطبيعية، فجاء نصها على النحو الآتي:" **يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة**".

تعرضت هذه المادة لعدّة انتقادات، **فمن ناحية الشكلية** انتقدت لأنها حُشرت بين أحكام الأهلية، وليس هنالك ما يربط بين التعسف وبين أحكام الأهلية، فكان ينبغي وضع النص في الباب التمهيدي مثلما فعلت التشريعات العربية الأخرى .

(1):جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق ، ص 171.

(2):فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 269.

و من ناحية الموضوعية، كان ينبغي على المشرع أن ينص على الأصل العام كما فعلت القوانين العربية الأخرى، وهو أن استعمال الحق استعمالا مشروعا لا تعسف فيه لا يرتب المسؤولية إذا أحدث ضررا للغير، ولكنه اقتصر على إيراد الاستثناءات، والمنطق يقضي بأن الاستثناء يرد على الأصل[1].

بالرجوع إلى نطاق الدراسة يظهر من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيارين الشخصي الذي تضمنته الفقرة الأولى والمتمثل في قصد الإضرار بالغير، والمعيار الموضوعي المتمثل في عدم التناسب بين المنفعة المشروعة مع الضرر اللاحق بالغير، وكذلك عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها.

كما يستنتج من خلال عبارة:"يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية" أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر، وهذا ما يجعل سلطة القاضي مقيدة، فلا يسمح له باستنباط معايير أخرى قد تظهر لاحقا.

المرحلة الثانية: نظرية التعسف في استعمال الحق بعد تعديل 2005

نتيجة الانتقادات الموجهة لنص المادة 41 من ت م ج، قام المشرع الجزائري بإلغاء هذا النص بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005، وغيّر كذلك من موقع نظرية التعسف في استعمال الحق من نص المادة 41 الملغاة إلى نص المادة 124 مكرر، فأعاد صياغتها لتصبح على الشكل الآتي:" **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :**

– إذا وقع بقصد الإضرار،– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناسئ للغير، – إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

(1): علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992، ص 222.

وردت هذه المعايير المذكورة على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يستخلص من خلال استعماله لعبارة " لا سيما ".

3- إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق على الخلع

طالما أن الخلع أصبح بموجب نص المادة 54 من ت أ ج المعدلة حقا للمرأة تملك إعماله كيف ومتى شاءت، فإنه يمكن أن نتصور تعسفها في استعمالها لهذا الحق بدون شك، واعتمادا على ما وضعته الشريعة الإسلامية من معايير للتعسف، وما أكدته المادة 124 من ت م ج يمكن أن نستخلص صور تعسف الزوجة في الخلع والتي تظهر في ثلاثة أوجه:

أ – قصد الإضرار بالزوج

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية، أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله لحقه، وتطبيقا لذلك فإن الزوجة قد تكون متعسفة في استعمال حقها في الخلع إذا كان الباعث الذي يدفع بها إلى طلب الخلع هو مجرد الإضرار بالزوج عن طريق ممارسة ضغوط عليه لقبول البدل نظير فراقها، أو تجعل الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج، فقد تتعمد الزوجة عدم الاتفاق مع الزوج على مقابل الخلع حتى يحكم لها القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم ولو كان الزوج قد دفع صداقا يفوق ذلك بكثير.

وقد يتصور تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع إزاء الغير لا في مواجهة زوجها، ويتعلق الأمر بورثتها ودائنيها عند اختلاعها في مرض الموت، فقد تسعى من وراء الخلع إلى إيثار زوجها أو الانتقام من خلفها العام والخاص من خلال إجراء مخالعة يفوق فيها البدل الذي تلقاه نصيبه في الميراث، فنكون أمام معاوضة أشبه بتبرع منها،

لذلك تنبه الشارع لهذه المسألة واعتبر خلعها لزوجها في مرضها المخوف مشوبا بمضنة إيثارها اياه وإضرارها بغيره، فقرر معاملتها بنقيض قصدها[1].

ب – عدم مشروعية المصلحة التي ترمي إلى تحقيقها

إن الله سبحانه وتعالى حينما شرّع الحقوق شرّعها لحكمة ومقصد معين، فإذا ما خالف صاحب الحق هذه الحكمة المبتغاة يكون متعسفا في استعمال حقه، ولقد ذكرنا بأن الخلع شرّعه الإسلام حينما تخشى الزوجة عدم إقامة حدود الله في طاعتها لزوجها، فإذا باشرت الزوجة الخلع في هذه الحالة فلا تكون متعسفة، ولا تطالب بالتعويض، لأنها استعملت حقها لتحقيق مصلحة مشروعة.

أما إذا باشرت الزوجة حقها في الخلع دون سبب شرعي كأن تميل إلى رجل غير زوجها وترغب في نكاحه، فتفتدي للوصول إلى تلك الغاية وهي الاقتران بمن مالت إليه، فهنا تكون متعسفة بلا شك لانتفاء المصلحة المشروعة من استعمالها للخلع، وتلتزم تبعا لذلك بتعويض زوجها عما أصابه من ضرر.

ج – رجحان الضرر على المصلحة

إذا انعدام التناسب بين المصلحة التي تسعى الزوجة لتحقيقها من وراء الخلع، وهي التخلص من رابطة زوجية لا تريدها، والمفسدة يمكن أن يتخذ كقرينة على قصد الإضرار.

4 – عبء إثبات التعسف

يقع عبء الإثبات التعسف طبقا للقواعد العامة على من يدعي التعسف، فإذا ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع، فإنه يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات أحد معايير التعسف المذكورة ، ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات المقررة قانونا، كأن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة

(1):هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 444.

العادية، إذ أنه لم يدفعها لطلب الخلع إساءة عشرتها وإنما لجأت لاتباع هذا السلوك أنانية منها ولدوافع ذاتية فقط، وأن هناك أضرارا جمة قد لحقت به وباستقرار أسرته، أو يثبت أن طلب الزوجة للخلع كان لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو يثبت تحايل الزوجة في بدل الخلع.

للزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، أو يقضي بأن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له وأنها قد حققت منه فائدة مشروعة، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض[1].

ثانيا: بدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا للزوج

يعد البدل من أهم أركان الخلع لأن الخلع طلاق بعوض، ويقصد ببدل الخلع المقابل الذي تلتزم الزوجة بدفعه لزوجها مقابل خلاصها من الزوجية التي أصبحت لا تريدها، فهل يمكن اعتبار هذا البدل بمثابة تعويض للزوج عن ضرر الواقع به من جراء الخلع ؟

من خلال ما قلناه عند دراستنا لبدل الخلع ومقارنته بما هو وارد في النصوص القانونية التي تعرضت للتعويض عن المسؤولية نجيب عن التساؤل المطروح فنقول بأن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضا وذلك لسببين:

أولهما: أن بدل الخلع هو عبارة عن مقابل يمنحه المشرع الجزائري لكل زوج سواءا لحقه الضرر أم لا، وسواءا تعسفت الزوجة في الخلع أم لم تتعسف، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر التي تقضي بإلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر إذا ما ألحق به ضررا فقط نتيجة لتعسفه في استعمال لحقه، وفقا لنص المادة

(1): مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،سنة 2009، 2010، ص187، 188.

124 مكرر من ت م ج، معتبرة التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري الموجب للتعويض.

ثانيهما: جعل المشرع الجزائري تحديد مقدار بدل الخلع متروك لاتفاق الزوجين، وعند اختلافهما يحدده القاضي بشرط عدم تجاوزه قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وبالتالي قيّد المشرع سلطة القاضي في تقديره وحصر قيمته، وهذا ما يتنافى مع النصوص القانونية التي تعرضت لتقدير التعويض والذي جعلته يخضع إما لاتفاق الطرفين أو للقانون، وإلا فلتقدير القاضي، لكن مع مراعاة مجموعة من العناصر وهي: ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وذلك تطبيقا لنص المادة 131 مع مراعاة المادتين 182 و182 مكرر من ت م ج.

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري قد حرم الزوج المخالع من التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة تعسف زوجته في طلب الخلع، لكون بدل الخلع لا يعد تعويضا حقيقيا للضرر، لذلك كان على المشرع أن ينصف الأزواج فيما يتعلق ببدل الخلع وأن يجعل تقديره غير مرتبط بصداق المثل عند الاختلاف، بل يجعل تقديره خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يستند في تقديره إلى مجموعة من العناصر لاسيما حجم الضرر الذي لحق بالزوج، بالإضافة إلى عناصر أخرى كمبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع، الحالة المادية للزوجة...، مثلما فعل المشرع المغربي في نص المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاء فيها:" **إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة ...** ".

حدد هذا النص للقاضي المعايير التي تساعده في تقدير بدل الخلع وهي في مجملها معايير موضوعية تساعد القاضي في تقدير بدل الخلع، كما منح للقاضي صلاحية إجراء جلسة الصلح في حالة الإختلاف بين الزوجين حول مقدار بدل الخلع، وهذا ما لم يقر به مشرعنا الجزائري في نص المادة 54 من ت أ ج.

لذلك ينبغي إعادة النظر في بدل الخلع وإلغاء معيار صداق المثل إذ كان يشكل إجحافا في حق الزوج حينما يدفع صداقا يفوق بكثير صداق المثل، ونرى اعتماد المعايير التي وضعتها المدونة المغربية باعتبارها قائمة على أسس موضوعية ينبغي أن يستند إليها القاضي عند تقديره لبدل الخلع.

المطلب الثالث: التنازع حول المتاع والأموال المكتسبة أثناء الزواج

تثار العديد من المنازعات بين الزوجين عند الطلاق، ولعل أهمها ما تعلق بمتاع البيت، خصوصا إذا كان هذا المتاع مشتركا بينهما ويدّعي كل واحد منهما ملكيته له.

وقد يكتسب الزوجان أثناء قيام الحياة الزوجية أموالا قد تكون منقولة أو عقارية ويثور بشأنها النزاع، لذلك وجب علينا التعرض لهذه المسائل بالتفصيل، وسيكون التنازع حول متاع البيت محور دراستنا في (**الفرع الأول**)، ثم ننتقل لدراسة التنازع حول الأموال المكتسبة في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التنازع حول متاع البيت

يعد النزاع حول متاع البيت من الأثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية، وقد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو نص المادة 73 من ت أ ج، كما أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في الحديث عن متاع البيت والخلافات المرتبطة به، لذلك سنقسم هذا الفرع إلى مسألتين جزئيتين، نخصص الأولى لدراسة موقف الفقهاء في مسألة النزاع حول متاع البيت **(أولا)** ثم نتعرض للنزاع حول المتاع في قانون الأسرة الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: التنازع حول المتاع في الفقه الإسلامي

وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد تحكم المسائل المتعلقة ببيت الزوجية ومحتوياته سواءا من حيث الانتفاع بها أو التصرف فيها أو التنازع عليها عند انتهاء العلاقة الزوجية، وقد ثار إشكال في هذا الخصوص حول من يقع على عاتقه إعداد بيت الزوجية هل يقع على عاتق الزوج منفردا ؟ أم على عاتق الزوجين معا؟ هذا ما سنحاول توضيحه، ثم نتعرف على موقفهم عند التنازع بين الزوجين في موجودات بيت الزوجية، ولكن قبل كل هذا ينبغي معرفة المراد بمتاع البيت.

1-المراد بمتاع البيت

المتاع لغة:" هو كل شيء ينتفع به، ويتبلغ به، و يتزود به، والفناء يأتي عليه في الدنيا"[1]، **أما اصطلاحا**، فيراد بمتاع البيت:"كل ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة من جهاز أو أدوات منزلية وجدت بعد الزواج"[2]، ويقصد بالجهاز:" الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت، إذا دخل بها الزوج"، فقد جرى العرف على أن تقوم الزوجة وأهلها بإعداد الجهاز وتأثيث البيت وهو أسلوب من أساليب إدخال السرور على الزوجة بمناسبة زفافها[3].

أما قانونا، فلم يخصص المشرع الجزائري تعريفا لمتاع البيت، بل أشار إليه فقط في نص المادة 73 من ت أ ج والتي تناولت التنازع حول متاع البيت ونصها كالآتي:" **إذا وقع نزاع بين الزوجين في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين** ".

(1):ابن منظور، لسان العرب، المجلد 09، ص 329.

(2):بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 230.

(3):سيد سابق، المرجع السابق، ص 145.

2-أراء الفقهاء حول إعداد بيت الزوجية ومحتوياته

للفقهاء آراء مختلفة فيمن يلزم بإعداد البيت وتجهيز كل ما يحتاج له من أثاث، فيرى جمهور الفقهاء من غير المالكية أن تهيئة بيت الزوجية يقع على عاتق الزوج ولا تلزم الزوجة به، ولا بتكوين محتوياته من أثاث والأدوات التي ينتفع بها، لأن النفقة بكل أنواعها تجب عليه بما فيها السكنى ولوازمها.

أما المالكية فقالوا بأن:الزوجة البالغة الرشيدة متى قبضت الحال من صداقها قبل دخول الزوج بها فلزم أن تتجهز به بما يليق بمثلها لمثله- أي زوجها-، وعلى مقتضى العرف السائد حتى لو تطلب التجهيز شراء دار لزمها ذلك، فإن تأخر قبض شيء من المهر حتى دخل زوجها بها لم يكن عليها أن تتجهز بشيء مما تقبضه من بعد، إلا إذا كان ذلك مشروطا أو جرى به العرف[1].

يعتبر المالكية متاع البيت مالا مشتركا من حيث الانتفاع به، فللزوج الانتفاع بمتاع البيت الذي تجهزت به الزوجة ودخلت به، حتى له منعها من بيع ذلك المتاع أو هبته، لأن ذلك يفوت عليه الحق في الانتفاع، هذا إذا كان المتاع من صداقها المقبوض، أما إذا لم تقبض شيئا وكان المتاع قد تجهزت به من مالها، فليس له عليها إلا المنع في حدود الثلث إذا تصرفت به تبرعا[2].

3-موقف الفقهاء من مسألة التنازع بين الزوجين في المتاع

وضع الفقهاء قواعد لحل المنازعات التي تنشأ بين الزوجين عند الافتراق، والتي تنصب حول متاع البيت، ويختلف موقف الفقهاء بشأن التنازع إذا كان المتاع مختص بينهما أو مشترك.

---

(1):عمر صلاح مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والغربية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2010، ص 124، 125.

(2): المرجع نفسه، ص 126، 127.

أ- تنازع الزوجين في المتاع المختص بأحدهما

إذا وقع الخلاف بين الزوجين عند الطلاق بشأن تملك شيء من متاع البيت، وكان الشيء مما يمتلكه الرجال غالبا، أو النساء غالبا، وشهد العرف بذلك، فماذا يكون للنساء من هذا المتاع؟ وماذا يكون للرجال ؟ للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فاختصما، فما يصلح للرجال كالسلاح والعمامة والقميص فهو للرجل، وما يصلح للنساء كالخُمُر والحلي والحرير، فهو للمرأة، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد[1]، واستدلوا لما ذهبوا إليه بما روي عن علي أبي طالب رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال:" متاع النساء للنساء، ومتاع الرجال للرجال"[2].

القول الثاني:إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الذي يسكنانه، ولم يكن لأحدهما بينة، فإنهما يحلفان، فإن حلفا جميعا، فالمتاع بينهما نصفان، وهذا مذهب الشافعي، والثوري، وابن حزم[3].

تجدر الإشارة بأنه إذا ادعى الزوج أو الزوجة شيئا ولو كان مما يختص بالطرف الآخر، وكان له بينة على ذلك، حكم له به، لأن البينة مقدمة على شهادة الظاهر، فوجب اعتمادها، فإن ادعى الزوج أن حلي زوجته من غير صداقها ملك له ، وأقام على ذلك بينة، قضي له بها ،وهذا قول جمهور الفقهاء[4].

(1): رشيد العمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الراشدية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، منشورات جامعة معسكر، العدد 2، جوان 2010، ص 112.

(2): المرجع نفسه، ص 113.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 07، ص 148، 149.

(4): المرجع نفسه، ص 149.

ب- تنازع الزوجين في الأشياء ذات الاستعمال المشترك

إذا كانت هناك أشياء يشترك الرجال والنساء عادة في تملكها وفي استعمالها بحيث لا يستأثر بها الرجال لوحدهم، أو النساء لوحدهن كالفرش والأواني، فقد اختلف الفقهاء فيمن هو أحق بها عند البينة هل الزوج أو الزوجة أو هي بينهما مناصفة:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الأشياء ذات الاستعمال المشترك التي يمكن أن تكون من نصيب الرجل كما يمكن أن تكون للمرأة، يحكم بها للرجل، لأن الأصل أن كل ما في البيت له، فهو صاحب اليد، والزوجة مدعية خلاف الأصل، فيقضى بأن كل ما في البيت من أشياء مشتركة ملك للزوج مع اليمين.

القول الثاني:ذهب الشافعية والحنابلة وهو قول عند المالكية إلى أن المتاع المشترك بين المرأة والرجل يقسم بينهما نصفين بعد أداء اليمين، وهذا عند غياب البينة، لأن الزوجين تساويا في ثبوت يدهما على الشيء المدعى مع عدم البينة من كليهما، فلم يقدم أحدهما على صاحبه[1].

ثانيا: التنازع حول المتاع في قانون الأسرة الجزائري

تعرض المشرع الجزائري للنزاع حول المتاع في المادة 73 من ت أ ج والتي نصها كالآتي:" **إذا وقع نزاع 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 والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين**".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري وضع للقاضي قاعدة يعتمد عليها في تقدير ملكية أثاث البيت، بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم القاضي بمقتضى هذه البينة، أما إذا لم يكن لأحدهما بينة على دعواه، فقد أعطت المادة 73 ثلاثة حلول يعتمد عليها القاضي لحل النزاع وهي:

(1): رشيد العمري، المرجع السابق، ص 121، 122.

1- قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين

لتصور هذه الحالة لابد أن يكون الطرفين متفقين بأن المتاع موجود وجودا كاملا ولا نزاع بينهما فيما يخص ذلك، فإذا ادعت الزوجة ملكية الأثاث دون تقديم أية بينة، وكان الأثاث من معتاد النساء وجهّت لها اليمين مقابل الحكم لها به[1].

قضي في هذا الصدد بأنه :" من المقرر شرعا أن النزاع متعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي بالأشياء التي كانت ببيت الزوجية في حياته، النزاع يتعلق بمتاع البيت والخلاف بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معا، فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها بتمكينها من أثاثها الباقي لها ببيت الزوجية وحقها من زوجها، فإن قضاة الاستئناف بتأكيدهم للحكم المصادق عليه تقرير الخبرة المتضمن حصر ممتلكات الهالك المنقولة وقسمتها على الورثة مع إلزام الطاعن بإعطاء حق المطعون ضدها وبمعالجتهم للنزاع بهذا النحو يكونون قد خرجوا عن القواعد الشرعية واخطأوا في فهم طلبات الزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه ..."[2].

2- قول الزوج أو ورثته مع اليمين

إذا ادعى الزوج ملكيته للمتاع وكان من المعتاد الرجال ولم يقدم بشأنه أي دليل تماما مثل الزوجة يوجه له اليمين للحكم له به.

---

(1):باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق، ص 104 .

(2):المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/11/05، ملف رقم 32131، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1990، ص 78.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه :" من المستقر عليه شرعا وقانونا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكا لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه، فإن المجلس القضائي الذي اعتبر إستثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته وحكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجال يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

3- تقسيم المشتركات مع اليمين

نصت الفقرة الثالثة من المادة 73 من ت أ ج على أن المشتركات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين باعتبار أن المتاع مشتركة، وتطبيقا لهذه الفقرة صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا منها قرار جاء فيه ما يلي :" من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقتسمانها مع اليمين.

ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز والمقياس الذهبي والراديو، لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالفت أحكام المادة 3/73 من ت أ ج مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[2].

---

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1989/01/16، الملف رقم 52212، مشار إليه في كتاب باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 106 .

(2):المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 2002/07/13، الملف رقم 277411، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2004، ص259 .

يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا سواءا كان موجودا بمسكن الزوجية أو غيره من الأماكن، وبذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أي محل إنكار من المدعى عليه بناءا على نص المادة 73 المذكورة أعلاه، كأن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الزوج الآخر، فهنا لابد من إقامة الدليل على هذه القائمة، وإلا توجه يمين النفي للمدعى عليه[1].

أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى ذاكرا بأن المدعية قد تسلمت أمتعتها، فقد انقلب إلى مدعي، وبذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه، ويقصد بالدليل البينة وشهادة الشهود، وعلى القاضي أن يقدر هذه الشهادة ويسجلها في محضر، والدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء[2]،

وعلى القاضي أن يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدى، وإذا اختلف الزوجان في تحديد قيمة الأمتعة المتنازع فيها، فإن المسألة تعود لأهل الخبرة، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 والذي جاء فيه :" تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع و التجار وليس إلى القضاة"[3].

الفرع الثاني: التنازع حول الأموال المكتسبة أثناء الزواج

قد يتوج عقد الزواج باكتساب أموال مهمة يكون قد ساهم فيها الزوجان معا كشراء سكن عائلي أو سيارة وغيرها من الممتلكات الأخرى، وبمجرد الطلاق ينشأ النزاع بين الزوجين حول تلك الأموال المكتسبة خصوصا إذا لم يتم توثيق هذه الأموال.

(1):محمد شمروك، مراد مصمودي وعدلان غربي، المرجع السابق ص 39.

(2): المرجع نفسه، ص 39، 40.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1999/05/18، الملف رقم 222651، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص248.

لذلك ولضمان استقرار الأسرة اهتمت جل التشريعات بالجانب المالي للزوجين، فقامت بتنظيمه، ومنها المشرع الجزائري، حيث تدخل ووضع نص قانوني ينظم الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية وهو نص المادة 37 من ت أ ج، لكن ورغم هذا التنظيم إلا أن نشوء النزاع بين الزوجين حول هذه الأموال أمر حتمي، فهل من آليات وضعها المشرع الجزائري لمواجهة هذا التنازع ؟

لدراسة هذه المسألة ارتأينا أن نتعرض للتنظيم المسطر للأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية **(أولا)**، ثم نتطرق للإشكاليات التي تثيرها الأموال المكتسبة عند فك الرابطة الزوجية وآليات مواجهتها **(ثانيا)**.

أولا: تنظيم الأموال المكتسبة أثناء الزواج

يقصد بالأموال المكتسبة:"مجموع الأموال التي يكتسبها الزوجان خلال الحياة الزوجية من أموال منقولة أو عقارية "، وبالتالي تخرج من هذا نطاق الأموال المتحصل عليها قبل الزواج، فتبقى ملكا خاصا لكل واحد منهما، أما النظام المالي فيراد به:" مجموعة القواعد القانونية التي تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية"[1].

لتنظيم المصالح المالية للزوجين ظهرت عدّة أنظمة مالية اعتمدتها التشريعات المختلفة، ويعتبر التشريع الفرنسي من أولى التشريعات التي اهتمت بتنظيم الجانب المالي للزوجين، وقبل دراسة النظام المالي في التشريع الفرنسي، نتعرض في البداية للنظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي **(1)**، ثم في التشريع الفرنسي **(2)**، ثم نتعرف على النظام المالي السائد في قانون الأسرة الجزائري**(3)**.

(1):حسن بغداوي، (نظام الأموال بين الزوجين، في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني)، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة الحقوق بجامعة عين شمس، مصر، العدد 01، السنة 12، سنة 1970، ص 102.

1 – النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي

أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ استقلالية الذمة المالية للمرأة عن الذمة المالية لزوجها، يقول سبحانه وتعالى :﴿**لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا** ﴾[1]، فالآية الكريمة صريحة في إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين، ذلك لأن الزواج في الإسلام لا يؤثر على أموال الزوجين سواءا كانت منقولة أو عقارية اكتسبت قبل الزواج أو بعده، فالمرأة هي المالكة الوحيدة لكل ما تملكه قبل الزواج وما يؤول إليها بعده من أموال، ولها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه كما تشاء ودون تدخل الزوج[2]، وهذا الحكم ينطبق أيضا على الزوج فهو يتمتع باستقلالية مالية أيضا.

يترتب على نظام انفصال أموال الزوجين نتيجة مفادها عدم وجود سلطة أو ولاية لأي من الزوجين في مال صاحبه، وهذه النتيجة تقررها القواعد العامة في الفقه الإسلامي، ومنها القاعدة الفقهية التي تنص:" لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه"[3].

تأكيدا لهذا المبدأ قرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بأن: "**للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة ولها الحق مطلق في إطار أحكام الشريعة الإسلامية بما تكسبه من عملها ولها ثرواتها الخاصة ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها،ولا تحتاج لإذنه في التملك والتصرف بمالها**"[4].

---

(1): سورة النساء، الآية 32.

(2): حسنين المحمدي البوادى، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، ط01 ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، مصر، سنة 2005، ص 200، 201.

(3):عمر صلاح مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 137 ، 138.

(4): قرار بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة رقم 144 (16/2)، قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة عشرة بدبي الموافق ل 9 – 14 أفريل 2005 ، نقلا عن الموقع الالكتروني: https://iifa-aifi.org/ar/2174.html

يترتب على نظام انفصال أموال الزوجين نتيجة أخرى وهي أن يكون كل من الزوجين مسؤولا عن الديون المترتبة عليه اتجاه الغير، أي أن ذمة كل من الزوج والزوجة هي الضامن لديونه تجاه دائنيه، فلا يلزم الزوج بتسديد ديون زوجته إلا إذا اختار ذلك أو كان ضامن لها طبقا للقواعد العامة، والزوجة كذلك لا تلزم بتسديد ديون زوجها طبقا للقواعد المقررة في نظام انفصال أموال الزوجين[1].

2 – النظام المالي للزوجين في التشريع الفرنسي

اعتمد المشرع الفرنسي أربعة أنواع من الأنظمة المالية يمكن للمقبلين على الزواج تنظيم حياتهم في إطارها أثناء قيام الحياة الزوجية أو بعدها أحيانا، ويندرج في إطار كل نوع عدّة أنظمة أو حالات كما سيأتي:

أ– نظام الاشتراك في الأموال الزوجية: يتصف نظام الاشتراك بوجه عام بوجود مشاركة تتمثل في تكوين مجموعة من الأموال المشتركة تكون مخصصة لتلبية حاجات الأسرة، وتتحمل بعض الأموال ببعض الديون ذات طابع مشترك، أي أن المجموع المالي المشترك الذي يفترض وجوده في هذا النظام يتكون من جانب إيجابي، وآخر سلبي (الديون) .

بالنسبة للأموال فإن نظام الاشتراك يفترض وجود ثلاث مجاميع هي: أموال الزوج المنفصلة، وأموال الزوجة الخاصة المنفصلة، والتي يطلق عليها (les biens propres)، والأموال المشتركة (les biens communs) والتي تمثل الجانب الإيجابي للمجموع المشترك[2].

تشمل حاليا الأموال المشتركة ما يكتسبه الزوجان من أموال أثناء الزواج (لا فرق بين العقار والمنقول) من عملهما وادخارتهما، وثمار وعائدات أموالهما الخاصة.

(1):عمر صلاح مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 144، 145.

(2): G.Marty and P.Raynaud, Droit Civil, T1 Sirey, 1961, P712

أما الأموال الخاصة فتشمل كل ما يمتلكه الزوجان قبل الزواج وما يؤول إليهما عن طريق غير العمل كالميراث والوصية والهبة، فضلا عن تلك التي تترك للنفقات الشخصية، كما تشمل الأموال الخاصة بالتعويضات عن الأضرار المادية والأدبية التي يحصل عليها أحد الزوجين بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية[1].

بالنسبة لإدارة الأموال المشتركة فلكل من الزوجين من حيث المبدأ سلطة القيام بأعمال الإدارة والتصرف بالأموال المشتركة مع مراعاة بعض القيود والاستثناءات.

إلا أن المشرع الفرنسي أجاز للزوجين أن يعدلا تلك القواعد من خلال إدراج شرط الإدارة المشتركة، فيتفقان على إدارة المال المشترك معا، وفي هذه الحالة فإن أعمال الإدارة والتصرف بالمال المشترك لا تكون صحيحة إلا بموافقة الزوجين معا، ويكون تضامن الالتزامات متحققا بقوة القانون[2].

ب – نظام انفصال الأموال الزوجية: أخذ النظام الفرنسي بنظام انفصال الأموال كنظام اختياري في المواد من 1536 إلى 1543 من ت م ف، ويخضع نظام انفصال الأموال كقاعدة عامة في هذا النظام إلى قاعدتين أساسيتين: **الأولى** استقلال كل من الزوجين بما يملكه، فلكل منهما حق الإدارة والانتفاع والتصرف بأمواله المملوكة له دون تمييز بين الأموال الحاضرة (المملوكة لهما وقت الزواج)، أو الأموال المستقبلية التي يتم امتلاكها أثناء الزواج .

– **القاعدة الثانية** هي: أن كل طرف من أطراف العلاقة الزوجية يتحمل الالتزامات والديون الناشئة عن التصرفات القانونية التي يجريها سواءا كانت سابقة على الزواج أم لاحقة له[3]. إلا أن هناك بعض الإستثناءات ترد على قواعد نظام انفصال الأموال منها:

(1):عمر صلاح مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 276.

(2): المرجع نفسه، ص 278، 279.

(3):حسن بغداوي، نظام الأموال بين الزوجين ، المرجع السابق ، ص 172.

الاستثناء الأول: المشاركة في الإنفاق على بيت الزوجية:

إن نظام الزواج في القانون الفرنسي يفترض مشاركة الزوجين في النفقات الأسرية مهما كان نوع النظام المالي الذي اتبعه الزوجان، ففي ظل نظام انفصال الأموال فقد ألزم القانون الزوجين بالمساهمة معا في تحمل أعباء الحياة الزوجية من خلال اتفاق يبرم بينهما لتحديد نسبة مساهمة كل منهما، وعند عدم الاتفاق فإنهما يساهمان في تحمل تلك الأعباء بحسب قدرتهما المالية المتبادلة.

الاستثناء الثاني: ضمان الديون الناشئة عن النفقات المنزلية:

إن الدائنين الذين تترتب لهم حقوق تجاه أحد الزوجين والمتعلقة بالنفقات الأسرية وتعليم الأطفال يمكن أن يستوفوا حقوقهم من خلال التنفيذ على أموال الزوجين ومطالبة الزوج أو الزوجة، لكن لا يجوز لدائني الزوج أن يستوفوا حقوقهم (التي ترتبت لسبب آخر غير النفقات الأسرية) من أموال الزوجة مادام كل منهما مسؤولا عن ديونه[1].

ج – نظام المشاركة في الأموال المكتسبة:

رغبة من المشرع الفرنسي في الجمع بين نظام الاشتراك المالي ونظام الانفصال المالي، استحدث نظام المشاركة في الأموال المكتسبة، أو كما يطلق عليه البعض نظام المشاركة المؤجلة، ويتمتع هذا النظام بخاصيتين، تظهر الخاصية الأولى في استقلال كل واحد من الزوجين بأمواله أثناء الحياة الزوجية، أما الخاصية الثانية وهي مشاركة الزوجين في الأموال المكتسبة أثناء الزواج، فلا تظهر إلا عند انحلال الزواج وتصفية الأموال.

لذلك يوصف هذا النظام خلال فترة الزواج بنظام انفصال الأموال، وعند انحلال الرابطة الزوجية تبرز خاصية المشاركة، حيث يكون لدينا مجموع مالي"ذمة مالية مشتركة" تتكون من جميع الأموال التي اكتسبها الزوجان خلال الزواج، وتقسم بينهما، أو بين أي

(1):عمر صلاح مهدي العزاوي، المرجع السابق ، ص 307،308.

منهما وورثة الزوج على أساس المناصفة، كما يكون هذا المجموع المشترك مسؤولا عن الديون التي نشأت عن عقود أبرمت لمصلحة الأسرة والشؤون المنزلية[1].

د- نظام الاشتراك الاتفاقي: جوهر هذا النظام مؤسس على مبدأ التراضي والاتفاق بين الزوجين، ومقتضاه يمكن للزوجين أن يدرجا عدّة شروط لتغيير نظام الاشتراك القانوني، بحيث تغير من جوهر هذا الأخير، وتؤسس لنظام آخر يطلق عليه نظام الاشتراك الاتفاقي، كأن يتفقا على أن تصبح جميع أموالهما وممتلكاتهما مشتركة بينهما حاضرة كانت أو مستقبلية، وينصان على ذلك في عقد الزواج المحدد للنظام المالي لأموالهما أو مكتسباتهما بعد وأثناء الرابطة الزوجية، كذلك يتم الاتفاق على نقل أموال المتوفي منهما إلى الزوج المتبقي على قيد الحياة وهو ما يسمى "**بالاشتراك الكامل**".

كما يسمح لهما هذا النظام بالاتفاق على الاشتراك في المنقولات والمكتسبات التي يكتسبها كل واحد منهما مهما كان مصدرها (الهبة، الإرث...)، أوالاتفاق على طريقة إدارة الأموال المشتركة، وعلى طريقة التصرف فيها وما يتطلبه ذلك من الخضوع للاتفاق المشترك أو التصرف بإرادة منفردة لأحدهما، وغيرها من الاتفاقات[2] .

3 – النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري

قام المشرع الجزائري بوضع قواعد لتنظيم الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية شأنه في ذلك شأن التشريعات الأخرى، فكرّس مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين، لكنه أعطى للزوجين حرية أكثر في تنظيم شؤونهما المالية وذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له، وسنتعرض للأصل العام (**أ**) ثم الاستثناء (**ب**).

(1): G.Marty and P.Raynaud, op, cit, P713

(2): حسن بغداوي ، المرجع السابق ، ص 109 ، 110.

أ- استقلالية الذمة المالية للزوجين (الأصل العام)

لم يكن قانون الأسرة رقم 11/84 ينص على النظام المالي للزوجين، ولكن وجدت فيه فقرة وحيدة تشير إلى اعتماد المشرع مبدأ استقلالية الذمة المالية، فقد كانت المادة 38 فقرة 2 تنص على أنه:" **للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها**".

لكن بتعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 ألغى المشرع المادة 38، وتطرق لذمة المالية للزوجين من خلال نص المادة 37 المعدلة والتي نصت على أنه:" **لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.**

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 37 يظهر بأن المشرع الجزائري حسم من خلالها مسألة نوع النظام المالي للزوجين، فأقر صراحة أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج الآخر، فالمرأة لها كامل الحق في التملك والانفراد بذمتها المالية التي تبقى مخصصة لمعاملاتها المالية، وهي في ذلك تعتبر مستقلة بذاتها غير تابعة لذمة الزوج.

هذا التوجه الذي سلكه المشرع الجزائري، وهو استقلالية الذمة المالية للزوجين يجد مصدره أساسا في الشريعة الإسلامية التي أكدت على ضرورة إعمال الفصل التام بين الذمم المالية للزوجين، بحيث لا يجوز أن تكون موضوع اختلاط أو تداخل، فكل زوج يحتفظ بذمته المالية مستقلة عن ذمة الزوج الآخر، فلا يحق للزوج أن يأخذ من مال زوجته إلا أن يكون ذلك برضاها، كما يتمتع الزوج في الإسلام بذمة مالية مستقلة منفصلة عن ذمة زوجته، فزواج في الإسلام لا يؤثر على أموال الزوجين سواءا كانت عقارا أو منقولا، وهذا ما أشرنا إليه سابقا.

لكن إذا كان من المقرر شرعا وقانونا استقلال كل من الزوجين بأمواله الخاصة، إلا أنه من الناحية الواقعية لا يمكن تحقيق هذا الانفصال، لأن وجود الزوجين في أسرة واحدة واتصال الحياة بينهما يؤدي إلى وجود علاقات مالية مشتركة لا محالا، وهذا ما تنبه له المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 37 من ت أ ج .

ب- نظام الاشتراك المالي بين الزوجين (كاستثناء)

أورد المشرع الجزائري استثناءا على نص المادة 37 بإضافة فقرة 2 والتي تنص: "...**غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما**".

من خلال هذا النص أعطى المشرع الجزائري الحرية أكثر للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية من خلال اتفاق يبرم بينهما يرد في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق ينظمان من خلاله مصالحهما المالية، فيتفقان على الأموال المشتركة المكتسبة أثناء قيام الحياة الزوجية، وعلى طريقة استثمارها وتنميتها وتوزيعها وتوثيق ذلك رسميا إما في عقد الزواج، وإما في وثيقة خاصة مستقلة عنها لاحقا.

لكن رغم إعلان المشرع لمبدأ جواز الاتفاق على تدبير الأموال المشتركة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، إلا أن خيار الاتفاق الممنوح للزوجين يعاني من نقص في التنظيم،لأنه لم يحدد شكل الوثيقة ولا نوعها، ولم يوضح المقصود بتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما، لذلك كان يستوجب على المشرع الجزائري تنظيم الملكية المشتركة بين الزوجين، وتوضيح حدود اتفاقهما بشأنها، حتى يعلم الزوجان ما هو مباح منها وما هو ممنوع، ذلك لأنه يمنع شرعا أو قانونا أي اتفاق بين الزوجين يؤدي إلى تغيير نظام

النفقات المالية، أو النظام القانوني للإرث، أو حقوق المطلقة والأولاد المحضونين، باعتبارها من الأحكام المرتبطة بالنظام العام[1].

خلافا للمشرع الجزائري وإن كان المشرع الفرنسي قد أعطى للزوجين الحرية في أن يستثنوا أنفسم من النظام القانوني الذي وضعه، إلا أنه قيد هذه الحرية بقيود منها: عدم السماح للزوجين أن يضعوا في مشارطة الزواج[2] ما يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو أن يضعوا شروطا يتنصلان بموجبها عن واجب الأبوة أو الأمومة أو يعدلا من قواعد تنظيم التوارث بينهما.

بالإضافة إلى قيود أخرى شكلية تتعلق بتوثيق مشارطة الزواج أي عرضها على الموثق الرسمي للتصديق عليها وإثبات محتواها، وكذا إشهار مشارطة الزواج في السجل التجاري في الأحوال التي يكون فيها أحد الزوجين أو كلاهما تاجرا[3].

ثانيا: الاشكاليات التي تثيرها الأموال المكتسبة عند انحلال عقد الزواج

لم يعد يقتصر النزاع بين الزوجين حول متاع البيت فقط، بل تعداه ليشمل الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، خصوصا إذا لم يتم الاتفاق حول تنظيم هذه الأموال، وهذا ما يجعلها محلا للنزاع، وأهم الإشكاليات التي تثيرها الأموال المكتسبة عند انحلال

(1): كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة، كلية الحقوق، سنة 2014، 2015، ص 60. بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجديد، مقال منشور في مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 3، العدد 01، سنة 2013، ص 41.

(2): سميت بمشارطة الزواج (Contrat de marriage) تمييزا لها عن عقد الزواج(Act de marriage) وهي وثيقة يبرمها الزوجان يحددان من خلالها ما تم الاتفاق عليه بخصوص أحوالهما المالية والنظام المالي المعتمد في علاقتهما المالية.

(3):عمر صلاح مهدي العزاوي، المرجع السابق ، ص. ص 260،263.

الرابطة الزوجية بطلاق أو تطليق أو خلع تتمثل أساسا في إثبات ملكية هذه الأموال **(1)** وتقسيمها **(2)**.

1- إثبات ملكية الأموال المشتركة المكتسبة خلال فترة الزوجية

لا شك أن من أعقد المشاكل التي تثار بعد انتهاء العلاقة الزوجية إثبات الأموال التي تم تحصيلها أثناء الزواج، حيث يثار نزاع بين الزوجين حول أحقية كل منهما في الأشياء الموجودة داخل بيت الزوجية، وقد يمتد النزاع فيطال ملكية العقارات الموجودة خارج البيت خاصة إذا تم اكتسابها باشتراك الزوجين مما يفتح الباب أمام المدعي لإثبات ملكية ما يدعيه.

أ- إثبات ملكية الأموال المكتسبة في حالة وجود اتفاق

في حالة وجود اتفاق مبرم بين الطرفين حول تنظيم أموالهما المكتسبة يبرمه الموثق في وثيقة رسمية، فإنه يكون لهذا الاتفاق حجية مطلقة في الإثبات عند التنازع بشأن هذه الأموال في حالة حدوث طلاق، أو وفاة، فيرجع إلى هذا الاتفاق لتحديد نسبة كل واحد منهما في تلك الأموال، فقد يتفقان على تقسيمها مناصفة أو إعطاء الزوج أو الزوجة أكثر من ذلك أو أقل، فحينئذ يعمل باتفاقهما ويلزمان بمقتضياته وبنوده[1].

ب- إثبات ملكية الأموال المكتسبة في حالة عدم وجود اتفاق

إذا وقع نزاع بين الزوجين، ولم يوجد اتفاق بينهما، ففي هذه الحالة هل يمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى غير الكتابة، لأن المادة 37 أشارت فقط إلى الكتابة كوسيلة للإثبات؟ إن عدم لجوء الزوجين إلى الكتابة باعتبار أن الزواج رابطة مقدسة لا تقوم على اعتبارات ومصالح مادية يعد مانعا أدبيا، لذلك فإن كل زوج ساهم بأمواله الخاصة في

(1):عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2014، 2015، ص 435.

ممتلكات الأسرة من غير أن يكون لديه عقد أو وثيقة تثبت ذلك يمكنه اللجوء إلى الإثبات بشهادة الشهود عملا بنص المادة 336 من ت م ج ونصها كالآتي:" **يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي**".

2- تقسيم الأموال المكتسبة بين الزوجين

إذا كانت الأموال المكتسبة غير موجودة في بيت الزوجية ويشترك في اكتسابها كل من الزوج والزوجة، كأن يشتركا في ملكية محل تجاري، وغيرها من الأموال المنقولة أو العقارية، فإنه يستبعد تطبيق نص المادة 73 من ت أ ج على هذه الأموال، لأنها لا تعد متاعا للبيت، وبالتالي لا تخضع لأحكام المادة 73 من ت أ ج.

بالرجوع إلى القانون المدني لا نجد أي نص قانوني ينظم هذه الحالة (الملكية المشتركة بين الزوجين خارج بيت الزوجية)، لكن يمكن تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالملكية الشائعة، فإذا امتلك الزوجان شيئا عقارا كان أو منقول، وكانت حصة كل واحد منهما غير واضحة، فإن الأشياء المملوكة بينهما تكيّف على أنها مال شائع وتخضع لنص المادة 713 من ت م ج ونصها كالآتي:"**إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدم دليل على ذلك**"، فقد يتفق الزوجان على قسمة هذا المال الشائع بينهما، وهنا لا يوجد أي إشكال، لكن الإشكال يطرح في حالة تعذر تقسيم هذه الأموال بالاتفاق بين الزوجين، ويرفع أحدهما دعوى أمام القضاء، فكيف يتمكن القاضي من تقسيم هذه الأموال؟

يعتمد القاضي في تقسيم هذه الأموال على طريقتين أساسيتين:

الطريقة الأولى: تقسيم الأموال المكتسبة قسمة عينية

الأساس الذي يعتمده القاضي هنا هو نص المادة 724 فقرة 2 من ت م ج والتي تنص:"...**وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته**"، فإذا اختلف الزوجان في تقسيم المال المشترك بينهما ملكية شائعة بينهما، فعلى من يريد إزالة هذا الشيوع رفع دعوى أمام القضاء على الطرف الآخر من أجل قسمة هذا المال طبقا لنص المادة 724 من ت م ج.

لتقسيم هذا المال يقوم القاضي بتعيين خبير هذا إذا كان المال المراد قسمته عقارا، وعلى ضوء التقرير الذي يقدمه الخبير يقسم القاضي المال الشائع بين الزوجين، ويجب عليه عند تقسيمه أن يبين الحصة التي آلت إلى كل منهما وقيمتها حتى يتم تسجيل هذه الحصة وشهرها وبالتالي إمكانية تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة[1].

الطريقة الثانية: تقسيم الأموال المكتسبة بطريق التصفية

أشار المشرع الجزائري لهذا النوع من القسمة من خلال نص المادة 728من ت م ج بنصها:" **إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع** ".

يظهر من خلال هذا النص أن هذا الطريق هو طريق استثنائي لا يلجأ إليه القاضي إلا في حالة تعذر إجراء القسمة، أو كانت هذه القسمة من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع بين الشركاء، فإذا تبين أن الزوجان كان يكتسبان خلال الحياة الزوجية

(1):عيادة الحسين، بن شويخ رشيد، (دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين)، مقال منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، تصدر عن جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، المجلد 10 ، العدد 02 ، جوان 2018، ص 180 .

مصنعا على الشيوع، ورفع أحدهما دعوى قضائية لقسمة هذا المصنع، فإن القاضي يصدر حكما بإجراء البيع بالمزاد العلني لهذا المصنع الذي استحال عليه تقسيمه عينا، ويباع هذا المصنع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فتتم قسمة هذا المصنع بطريق التصفية ببيعه في المزاد العلني وقسمة ثمن البيع الذي يرسو عليه المزاد على الشركاء (الزوجان) كل حسب حصته في هذا المصنع[1].

المبحث الثاني: الأثار المادية المستحقة للمطلقة بصفة تبعية

إلى جانب الآثار المادية التي تستحقها المطلقة (سواءا بالخلع أو بتطليق) من تعويض ونفقة ومتاع وأموال اكتسبتها أثناء الزواج، هناك آثار أخرى تؤول إلى المطلقة بصفتها حاضنة للأولاد. ولعل أهم هذه الآثار هو مسكن الحضانة أو أجرته **(المطلب الأول)**، وإلى جانب المسكن تستحق المطلقة أجرة الحضانة والرضاع **(المطلب الثاني)**، وارتأينا في مطلب أخير الحديث عن صندوق النفقة لصلته بموضوع البحث **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: الحق في السكن أو بدل الإيجار

شرّعت الحضانة لمصلحة المحضون من أجل رعايته وحفظه صحة وخلقا، ولممارسة الحضانة ينبغي توفير مسكن ملائم تستقر فيه المطلقة وأولادها المحضونين، وهو ما يقع على عاتق الأب إذ يجب عليه تخصيص مسكن ملائم لممارسة الحضانة **(الفرع الأول)**، وإذا تعذر عليه ذلك يدفع بدل الإيجار **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: حق المطلقة الحاضنة في السكن

تعد مسألة السكن من أكثر المسائل تعقيدا على مستوى القضاء خصوصا في المجتمع الجزائري الذي يعاني من مشكلة السكن، إذ نجد أغلب القضايا المطروحة تدور أساسا حول السكن وأجرته، وحتى على المستوى التشريعي فإنه يثير العديد من

(1):عيادة الحسين، بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 180، 181.

الإشكاليات سنتناولها بالتفصيل، بعد أن نتعرف على موقف الفقه الإسلامي من مسألة إسكان المطلقة الحاضنة.

أولا: حق المطلقة الحاضنة في السكن في الفقه الإسلامي

يقصد بمسكن الحضانة المسكن الذي تحضن فيه الحاضنة محضونها، ولقد اختلف الفقهاء فيمن يقع عليه عبء توفير سكن للمحضون، وسنتعرض لمختلف الآراء الفقهية:

1 – موقف الفقهاء المالكية: ظهرت عدّة أقوال لدى فقهاء المالكية:

القول الأول: قال سحنون من المالكية بأن مسكن المحضون على أبيه وعلى الحاضنة فيما يخص نفسها، ويكون توزيع الأجر بين المحضون والحاضنة حسب اجتهاد القاضي، وإذا تعدد المحضون يكون أجر المسكن على قدر الرؤوس.

القول الثاني: سكن الحضانة على الأب وليس على الحاضنة شيء منه.

القول الثالث: مسكن الحضانة التزام يقع على الأب والحاضنة معا، ولا اجتهاد في ذلك.

القول الرابع:إن كراء مسكن الحضانة على الموسر منهما الأب أو الحاضنة، وقيل لا شيء على الحاضنة إذا كان الأب موسرا[1].

2– موقف الفقهاء الحنفية: اختلف فقهاء الحنفية في مسألة مسكن المحضون على قولين:

القول الأول: لا تجب على الأب أجرة المسكن الذي يحضن فيه الصغير إذا كان للحاضنة مسكن، لأن الولد ليس محتاجا إليه، أما إذا لم يكن لحاضنته سكنا، فإنه يفرض لها أجرة مسكن لممارسة الحضانة[2].

القول الثاني:تجب على الأب أجرة المسكن، ولا تستحق عليه إذا ما كان الصغير يقيم صحبة أبويه بمسكن الأب، أو صحبة الحاضنة بمسكن الأب، فالصغير يستحق أجرة

(1): أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 173.

(2): أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008، ص328،329.

المسكن سواءا كان يقيم لدى الحاضنة بملكها الخاص أو بأجر، لأن أجر مسكن الصغير على أبيه شرعا ويلتزم بتوفيره[1].

3- موقف الفقهاء الشافعية و الحنابلة

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على حق الصغير في أجرة المسكن، وهي تجب على أبيه إن كان موسرا، فكما تجب عليه أجرة الرضاع وأجرة الحضانة، فإنه يلزم أيضا بأجرة المسكن، أو إعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، وهذه الأجرة تجب من حين قيام الحاضنة بها، وتكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء، أو بالأداء[2].

ثانيا: حق المطلقة الحاضنة في السكن في قانون الأسرة الجزائري

بعدما تعرفنا على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من سكن الحاضنة، ننتقل لبيان موقف المشرع الجزائري من مسكن الحاضنة، وبالنسبة لتنظيم مسألة السكن في قانون الأسرة الجزائري نميز بين مرحلتين، مرحلة ما قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 **(1)**، وبعده **(2)**.

1- مسكن الحضانة قبل تعديل 2005

كرّس المشرع الجزائري حق المطلقة في السكن من خلال نص المادة 52 فقرة 02 من ت أ ج والتي تنص:" **إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها**".

(1): محمود مجيد كبيسي، (حق المحضون على الحاضن ونفقته)، مقال نشر في إطار ندوة بعنوان" أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، سنة 2015، ص 33.

(2):أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 330، 331.

كما نصت المادة 72 من ت أ ج على أن:" **نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته**".

باستقراءنا لهذه النصوص يتضح بأن المشرع الجزائري قيّد حق المطلقة في المسكن بجملة من الشروط منها ما تتعلق بالحاضنة، ومنها ما تتعلق بالمحضون:

الشرط الأول: أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة

حتى تستحق الحاضنة مسكن للحضانة لابد من صدور حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حكم الحضانة لها، والأصل أن الحضانة تسند إلى الأم، لكن إذا حدث وأن أسندت الحضانة لغيرها من الحاضنات كأم الأم، أو الخالة... فهل يكون لهذه الحاضنات الحق في المسكن أم لا ؟

بتحليلنا لنص المادة 52 من ت أ ج يظهر بأن المستفيد بحق البقاء في المسكن هي أم المحضون دون سواها، وهذا ما نستخلصه من العبارة الواردة في الفقرة 02 من المادة 52 بقولها:" إذا كانت الحاضنة"، وقد جاءت هذه العبارة لتكمل الفقرة الأولى الخاصة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، والمشرع يعني بها المطلقة التي تقررت لها الحضانة، والمطلقة لا تكون إلا أما للمحضون، وبالتالي يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة أسندت لها الحضانة، ولا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم القضاء[1].

الشرط الثاني:أن لا يوجد ولي يقبل إيوائها: بموجب هذا الشرط يقع على عاتق المطلقة إثبات عدم وجود ولي، أو أنه يرفض إيوائها، وعليه متى كان للحاضنة ولي يقبل إيوائها مع محضونها، فلا يلزم الزوج بتوفير المسكن، وإنما يقع على عاتق ولي الحاضنة.

أما إذا لم يقبل وليها إيوائها، فهناك من ذهب إلى القول بتولي المحكمة ذلك، حيث تقوم بإلزامه على إيوائها طبقا لنص المادة 77 من ت أج والتي تنص:"**تجب نفقة**

(1):بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر،سنة 2002، ص 84.

الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"، إلا أن هذا الرأي أنتقد، لأنه من غير المتصور أن تجبر المطلقة وليها على إيوائها رافعة دعوى قضائية عليه، وهذا يرجع إلى طبيعة المجتمع الجزائري وأصوله والتي تأبى أن ترفع المرأة أي دعوى على وليها[1].

هكذا ظلت المرأة مجبرة على إثبات عدم وجود ولي لها يأويها إلى غاية صدور قرار من المحكمة العليا فسّرت فيه فحوى هذا النص، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2002/09/29 بأنه :"... حيث أن الطاعن لم يثبت أن ولي مطلقته قد قبل إيواء ابنته المطلقة ومحضونيها الأمر الذي يجعل القرار المنتقد سليما ولم يخرق القانون ولا المادة 52 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس ويستلزم معه رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن"[2]، ومنه انتقل عبء الإثبات من كاهل المطلقة لكاهل المطلق.

الشرط الثالث: تعدد المحضونين

هذا الشرط تضمنته عبارة:"...يضمن حقها في السكن مع محضونيها..." الواردة في نص المادة 52 من ت أ ج، والتساؤل الذي يطرح هنا هل اشترط المشرع الجزائري من خلال عبارة "محضونيها" تعدد المحضونين لاستحقاق المطلقة الحاضنة للسكن، أم أن طفل واحد يكفي لتمكينها من حقها في السكن ؟

تباينت آراء فقهاء القانون في تحديد عدد المحضونين، فذهب الأستاذ عبد العزيز سعد إلى القول بأنه لا يجب أن يقل عدد المحضونين عن ثلاث أولاد لكي تمنح الأم السكن[3]، واعتبر الأستاذ بلحاج العربي أن حق المرأة في السكن مكفول ولو بوجود طفل

(1):أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، وزارة العدل، المعهد الوطني للقضاء، مديرية التربصات، دفعة 2001، 2004 ، ص 30، 31.

(2): المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار صادر بتاريخ 2002/09/25، غير منشور، منقول عن زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق ، ص 132.

(3):عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 267.

واحد[1]، أما الأستاذ فضيل سعد فذهب إلى ضرورة التشدد في ضمان السكن للمطلقة في حالة كثرة المحضونين[2].

نحن نرى بأن أب المحضون ملزم بتوفير مسكن لإيواء ابنه المحضون ولو كان طفل واحد، فالعبرة ليست بعدد المحضونين، وإن كانت عبارة "محضونين" الواردة بصيغة الجمع تذهب إلى غير ذلك، وتقر بضرورة تعدد المحضونين للاستفادة من السكن.

حتى على مستوى القضاء فإننا نجده لم يحسم الأمر كذلك وتضاربت قراراته، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا:" ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم–المنتقد– على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير مسكن للحاضنة أو تسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة"[3].

في قرار آخر للمحكمة العليا قررت بأن السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة"[4]، وهو ما أكده القرار الصادر في 2002/03/13 قضت فيه المحكمة العليا بأن:"استحقاق الحاضنة لمسكن الحضانة يكفي فيه أن يكون لها طفل واحد"[5]، وهذا التوجه الصحيح في اعتقادنا.

---

(1):بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء 1 ، المرجع السابق ، ص 240.

(2):فضيل سعد، المرجع السابق، ص 336.

(3):المحكمة العليا،غ أ ش ، قرار صادر بتاريخ 1994/11/29، ملف 112705، مجلة القضائية، عدد 01، سنة 1995، ص 140.

(4):المجلس الأعلى، غ ق خ، قرار صادر بتاريخ 1985/10/07، ملف 38095، نقلا عن زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق ، ص 131.

(5):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2002/3/13، ملف رقم 276760، مجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص 274.

الشرط الرابع: قدرة الزوج على ضمان المسكن

حتى يحكم القاضي للمطلقة بالسكن، يجب عليه مراعاة حالة الزوج المطلق يسرا وعسرا، فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام الزوجية بينهما في حدود سعته، فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما أصبحت حاضنة لأولادها منه، لكن ما يعاب على هذه المادة أنها تقرر بمفهوم المخالفة بأن حق الحاضنة يسقط في السكن إذا لم يكن الزوج المطلق قادرا ماديا لضمانه لها، كما أن إطلاق العنان لمعنى"وسع الزوج" قد يجعل الأزواج يتهربون من مسؤولياتهم بدعوى إعسارهم[1].

لذلك ينبغي القول بأن السكن هو من عناصر النفقة وواجب يقع على الزوج، وهو حق مقرر للحاضنة بالتبعية للمحضون، وبالتالي يمكنها مطالبة أب المحضون بتوفيرها السكن، فإذا تعذر عليه ذلك طالبته بأجرته طبقا لنص المادة 72 من ت أ ج.

الشرط الخامس: أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا

اشترط المشرع الجزائري عند تقريره لحق المطلقة الحاضنة في السكن أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا، وهذا ما يستفاد من نص المادة 52 من ت أ ج والتي جاء فيها:"ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية للحاضنة بشرط ألا يكون وحيدا"، بمعنى أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد حتى يمكن إسناده للحاضنة، أما إذا كان بيت الزوجية هو المسكن الوحيد الذي يملكه، فليس من حقها البقاء فيه.

تثير هذه الفقرة الإشكال بخصوص كيفية إثبات بأن الزوج يملك أكثر من مسكن، فقد يدعي هذا الأخير عدم ملكيته لأكثر من مسكن، فهنا بلا شك يقع عبء الإثبات على عاتق الحاضنة، إذ ينبغي عليها إثبات عكس ذلك، وهو الأمر الذي يكون في الغالب مستحيلا، فقد تستعين الزوجة لإثبات ملكية الزوج لأكثر من مسكن بمحضر إثبات حالة

(1): أسماء عيسيو، المرجع السابق ، ص 32.

تثبت من خلاله حيازة الزوج لأكثر من سكن[1]، لكن في غالب الأحيان تعجز عن إقامة دليل يثبت ادعائها مما يفقدها حق البقاء في السكن الزوجي خصوصا وأن الزوج المطلق يسعى دائما للتهرب من هذا الالتزام (الإسكان) حتى بعد صدور الحكم بتخصيصه للسكن للحاضنة ومحضونيها عن طريق التصرف فيه كبيعه بيعا صوريا لأحد أقاربه أو هبته لهم، مما يجعل تحقق هذا الشرط مستحيلا وتعجيزيا بالنسبة للزوجة[2].

يسقط حق المطلقة الحاضنة في السكن إما لعدم توافر الشروط السالفة الذكر، أو وفقا لأحد الأسباب المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 52 وهي:**زواج المطلقة**، ويسقط حق المطلقة الحاضنة في السكن هنا تبعا لسقوط حقها في الحضانة؛ أو **ثبوت انحرافها**، وذلك بأن تستعمل السكن للفسق والفساد، لا لغرض تربية الأولاد ورعايتهم.

2- مسكن الحضانة بعد تعديل 2005

كان نص المادة 52 من القانون رقم 11/84 مجحفا في حق الأم الحاضنة، وفي حق الأطفال المحضونين لما تضمنه من قيود وشروط تعجيزية، فكان ينبغي على المرأة للاستفادة من مسكن لممارسة الحضانة أن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيوائها، كما اشترطت المادة ضرورة تعدد المحضونين، وهو ما يستخلص من صيغة الجمع الواردة في المادة 52 بنصها:"... يضمن حقها في السكن مع محضونيها".

بالإضافة إلى ذلك فإن الفقرة الثالثة من المادة 52 استثنت من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، وهو وضع فيه إجحاف أيضا في حق المرأة، فليس من العدل أن يعفى الزوج المطلق من توفير سكن للحاضنة حتى تتولى تربية ورعاية الأطفال

(1):أسماء عيسيو، المرجع السابق ، ص 32.

(2): المرجع نفسه، ص 33.

المحضونين بحجة أنه يملك سكنا وحيدا، فهذا فيه مساس بمصلحة المحضون ومساس بحق المرأة في ممارسة الحضانة.

أمام هذه الانتقادات الموجهة للمادة 52 من ت أ ج لاسيما في فقرتها 2 و3 قبل التعديل كان لازما على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في هذه المادة، فقام في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 بإلغاء الفقرة 2و 3 و4 من المادة 52، وأدخل بعض التعديلات على نص المادة 72 وأصبح نصها كالآتي:" **في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**".

بالرغم من أن نص المادة 72 من ت أ ج المعدلة كان لها أثرا إيجابيا، فبموجبها تحررت المرأة الحاضنة من جملة القيود التي كان يفرضها المشرع الجزائري لاستحقاق المسكن قبل التعديل، إلا أنها لم تسلم من النقد.

أولى الملاحظات التي يمكن إبدائها على النص المادة المذكورة يتعلق بالفقرة الأولى منها والتي جاء فيها:"**في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة...**"، فعبارة (ممارسة الحضانة) توحي إلى أن الحق في السكن ليس قاصرا على الأم الحاضنة، وإنما هو حق لكل من تمارس حق الحضانة سواءا الأم أو غيرها من الحاضنات التي تليها في المرتبة، لكن عند قراءة عبارة :" **تبقى الحاضنة...**" يتضح بأن المقصود من ممارسة الحضانة هي أم المحضون ليس غيرها من الحاضنات.

لإزالة هذا اللبس ينبغي على المشرع أن يعدّل نص المادة 72 ليصبح :" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر للأم الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

أهم انتقاد وجّه لهذه المادة يتعلق بالفقرة 02 والتي نصت على أنه:"تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، إذ لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية، رغم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بمختلف صوره (طلاقا أوتطليقا أوخلع) يقع به الطلاق بائنا، أي المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم في بيت صارت أجنبية عنه خصوصا وأن المشرع لم يلزم المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها[1].

لكننا نرى بأن المشرع أكد على ضرورة بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن لحمايتها هي وأولادها من الشارع هذا من جهة، ومن جهة أخرى لدفع الأب إلى تنفيذ التزامه بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره، لكن في المقابل ولتجنب الوقوع في الحرام ينبغي على المشرع أن يلزم الأب بمغادرة مسكن الزوجية في فترة وجود المطلقة فيه.

يلاحظ كذلك على نص المادة 72 المعدلة أنها لم تنص على حالات سقوط حق المطلقة الحاضنة في السكن، على عكس ما كانت عليه الفقرة الثانية من المادة 52 قبل تعديلها، إلا أننا نقول بأن حق الحاضنة في الاستفادة بالمسكن مرتبط بحقها في ممارسة الحضانة، ومادامت الحضانة باقية، يبقى الحق في المسكن قائما، أما إذا سقطت، فإن حقها في المسكن يسقط، فإذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم، أو ارتكبت فاحشة، أو تنازلت عن حضانة أولادها، فإن حقها في المسكن يسقط بسقوط الحضانة.

ينتهي حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة بانتهاء مدة الحضانة القانونية وهي بلوغ الأنثى سن الزواج وهو 19 سنة، والذكر ببلوغه 10 سنوات، ويمكن للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج بعد، وبانتهاء مدة الحضانة يسقط حق الحاضنة في السكن بقوة القانون.

(1):باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق، ص 89.

الفرع الثاني:استحقاق بدل الإيجار

القاعدة أنه يجب على الأب أن يوفر للحاضنة سكنا ملائما لممارسة الحضانة، إلا أنه إذا تعذر عليه توفير المسكن، أُلزم بدفع بدل إيجاره، وبخصوص بدل الإيجار ومدى استحقاق المطلقة الحضانة له ارتأينا أن نتناول موقف المشرع الجزائري من المسألة قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 وبعده **(أولا)**، ثم نتعرض لمعايير تقدير بدل الإيجار وزمن استحقاقه **(ثانيا)**.

أولا: تنظيم بدل الإيجار في قانون الأسرة الجزائري

نتناول موقف المشرع الجزائري من بدل الإيجار أو أجرة المسكن قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 **(1)** وبعده **(2)**.

1: بدل الإيجار في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005

كانت المادة 72 من ت أ ج قبل تعديلها تنص على أنه:" **نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيىء له سكنا، وإن تعذر فعليه أجرته**".

قيدّت هذه المادة حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بشروط تكمن في الآتي:

أ- أن يفتقر المحضون للمال حتى يقضى له بأجرة مسكن الحضانة، وذلك بأن لا يكون وارثا أو موهوبا له، أو موصى له بأموال من قبل الأقارب، وهو أمر نادرا ما يحدث، لأن الغالب أن يفتقر المحضون للمال، وعندئذ يلزم الأب بأجرة مسكن الحضانة[1].

ب – أن يتعذر على الأب توفير مسكن الحضانة

الأصل أن ينفذ الأب التزامه عينا من خلال توفير مسكن الحضانة، فإن تعذر عليه ذلك التزم بما يقابله من مال، وتعد أجرة مسكن الحضانة عنصرا من عناصر النفقة الواجبة للولد على أبيه، وهذا ما تضمنته المادة 78 من ت أ ج بنصها:" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

(1):بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، المرجع السابق، ص 387.

أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ فقضت بأن:" أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة، ومنها فإنها من التزامات الأب اتجاه أولاده المحضونين، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك"[1].

2: بدل الإيجار في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005

جاء في نص المادة 72 من ت أ ج المعدلة:"... **يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك، فعليه دفع بدل الإيجار**".

بمقتضى هذا النص يشترط لاستحقاق الحاضنة لبدل الإيجار جملة من الشروط تتمثل في الآتي:

أ – صدور حكم قضائي نهائي بطلاق الحاضنة مع ضرورة إسناد حق الحضانة إليها.

ب– اتحاد صفتا الحضانة والطلاق، أي أن تكون الحاضنة هي المطلقة وأم المحضون، فلو كانت الحاضنة ليست الأم كالعمة أو الخالة، فإنه يمكن نقل المحضون إلى بيتها، وهو الأمر الذي يكون حائلا لطلب سكن الحضانة.

ج – عدم قدرة الأب على توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، الأمر الذي يوجب عليه أن يدفع للأم ما يساوي قيمة إيجار السكن الملائم للممارسة الحضانة[2].

كرست المحكمة العليا حق الحاضنة في بدل الإيجار من خلال العديد من القرارات منها القرار الصادر بتاريخ 2013/03/14 والذي قضت فيه بأنه :" للحاضنة الحق في بدل الإيجار إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة"[3].

---

(1): المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 197739، نشرة القضاة ، العدد 56، سنة 1999، ص 37.

(2): عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 145، 146.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2013/03/14، ملف رقم 0729230، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2013، ص 276.

قضت أيضا بأن:"تخيير الزوج بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة إساءة للتطبيق السليم للقانون"[1].

يكون الأب مسؤولا عن دفع بدل الإيجار حتى ولو كانت الحاضنة تعمل وتتلقى أجرا عن عملها، وهذا ما تضمنه القرار التالي:" من المقرر قانونا أن أجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالحكم ببدل الإيجار للمطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أن أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون"[2].

مادام أن الحق في السكن شرّع في الأساس لمصلحة المحضونين، فلا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار"[3].

قيّدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها حق الاستفادة من بدل الإيجار بأن تكون ممارسة الحضانة في الجزائر، فإذا كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني، فلا يكون الأب ملزما بتوفير سكن أو بدل إيجاره[4]، هذا المبدأ يتناقض مع ما ورد في نص المادة 69 من ت أ ج، والتي منحت القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة للشخص الموكول له ممارستها متى أراد أن يستوطن في بلد أجنبي على أن يراعي في ذلك

(1):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474255، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2009، ص 267 ، 270.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 223834، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001، ص 225 ، 229.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2007/04/11، ملف رقم 384529، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2008 ، ص 291.

(4):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 622754، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2012، ص 304، 308.

مصلحة المحضون، فكيف يجيز القانون ممارسة الحضانة في بلد أجنبي، في حين يحرم القضاء المحضون من حقه في أجرة مسكن الحضانة ؟

ثانيا: المعايير المعتمدة لتقدير بدل الإيجار و زمن استحقاقه

استقر القضاء على أن أجرة مسكن الحضانة مسألة من مسائل الواقع، وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فالقاضي عندما يطرح نزاع أمامه، يجب عليه التأكد من عجز الأب عن توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة، وحينئذ يحكم عليه ببدل الإيجار، وينبغي على القاضي عند تحديده لبدل الإيجار أن يراعي جملة من المعايير تتمثل في الآتي:

1- المعيار المادي: يقصد به مراعاة الحالة المادية للأب، إذ يجب أن تتناسب أجرة المسكن ودرجة يساره دون النظر إلى المقدار الفعلي للأجرة الشهرية، وبذلك يكلّف الأب في حدود طاقته فقط، ولا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه إثراء للحاضنة والمحضون على حساب الوالد حتى لا يكون سببا في الإضرار بأبيه، فعلى القاضي لما يعين الأجر الذي يتحمله ولي المحضون أن يراعي مختلف الظروف.

2- المعيار المكاني: يجب عند تقرير أجرة مسكن الحضانة مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن، مثلا المسكن المتواجد بوسط المدينة (كالعاصمة) أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بقرية نائية.

3- معيار تعدد المحضونين: هناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفي صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين لسكنى على خمسة مثلا[1]، خلافا لهذا القول قرّرت المحكمة العليا بأنه:" يعتبر بدل

(1): أسماء عيسيو، المرجع السابق، ص44،45.

الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون، ولا يمكن أن يقترن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين"[1].

أما بالنسبة لزمن استحقاق الأجرة المسكن أو بدل الإيجار، فقد سكت المشرع الجزائري عن بيان ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى القضاء نجده يحدد زمن استحقاق أجرة الحضانة (بدل الإيجار) من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة، فقد قضت المحكمة العليا بأن:" بدل إيجار سكن المحضون يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة "[2].

في قرار آخر أكدت هذا المبدأ، فقضت بأنه:" تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة"[3].

المطلب الثاني: استحقاق أجرتي الحضانة والرضاع

خصّ التشريع الإسلامي الأولاد بعناية عظيمة، فشرّع لهم الكثير من الحقوق، ومن هذه الحقوق:حق الحضانة والرضاعة، وإن كل من الحضانة والرضاعة بقدر أنهما تكليف بمهمة نبيلة إلى أنهما يتطلبان بذل جهد بدني ونفسي ومالي معا، فهل يكون لهذا الجهد مقابل مالي أو أجرة عنه؟ هذا ما سيكون محور دراستنا في هذا المطلب، وفي البداية نتناول أجرة الحضانة **(الفرع الأول)**، ثم ننتقل لأجرة الرضاع **(الفرع الثاني)**.

(1):المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار صادر بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 254635، نشرة القضاة، لسنة 2006، عدد 57 ، ص 209.

(2):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2005/06/15، ملف رقم 331833، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2005 ، ص 315.

(3):المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 460137، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2009، ص 251 .

الفرع الأول: استحقاق أجرة الحضانة

لاشك أن الحاضنة في رعايتها للطفل تحتاج إلى مجهود مادي ومعنوي يمتد بذله فترة زمنية معتبرة إلى أن يصبح الطفل قادر على رعاية نفسه ويستقل بأمره، والتساؤل الذي يثار هنا هل تستحق تبعا لذلك أجرة كمقابل لحضانتها أم لا ؟ لتفصيل في المسألة ينبغي التعريف بأجرة الحضانة وبيان مدى أحقية الحاضن لها **(أولا)**، ثم نتناول الأحكام المنظمة لأجرة الحضانة (**ثانيا**).

أولا: تعريف أجرة الحضانة ومدى أحقية الحاضنة لها

سنتعرض لتعريف أجرة الحضانة والحكمة من تشريعها **(1)**، ثم نبحث عن مدى أحقية الحاضنة لأجرة الحضانة**(2)**.

1- التعريف بأجرة الحضانة والحكمة من تشريعها

يقصد بأجرة الحضانة:" البدل الذي يتلقاه القائم بأمر الحضانة كعوض عن قيامه بخدمة الطفل والقيام بشؤونه من حفظ وإمساك وغسل وغيرها، وكذلك عن قيامه بتفريغ نفسه لرعاية المحضون وتعهده"[1].

بهذا المفهوم، فإن أجرة الحضانة تتميز عن أجرة الرضاع، لأن هذه الأخيرة هي:"العوض الذي تتلقاه المرأة لقاء قيامها بإرضاع الصغير خلال مدة حولين"، فهي حق خالص للمرضعة تستحقه مقابل إرضاع الولد، بخلاف أجرة الحضانة التي تستحق كمقابل القيام بشؤون الصغير.

تختلف أجرة الحضانة كذلك عن نفقة الصغير،لأن نفقة الصغيرهي:"كل ما يحتاجه من طعام وكسوة وعلاج وغيرها من مشتملات النفقة"، وتعد نفقة الصغير حق خالص للصغير تقبضها الحاضنة من أبيه وبالتالي فهي متميزة عن أجرة الحضانة[2].

(1): رافع عبد الهادي عبد الله الصغير، (أحكام أجرة الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني)، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية، تصدر عن كلية القانون جامعة مصراتة، ليبيا ،السنة الثالثة، العدد 02، أفريل 2016، ص04. تم الحصول على المقال من الموقع الإلكتروني : https://jlr.misuratau.edu.ly

(2): المرجع نفسه، ص 05.

تكمن الحكمة من مشروعية أجرة الحضانة في النقاط التالية:

أ – إن أجرة الحضانة هي عوض مالي عن القيام بعمل، وهو رعاية الطفل وتعهده.

ب– إن الحاضنة قد تفرّغ نفسها لرعاية المحضون وتعهده، فاستحقت أجرة الحضانة، وإلا ستضطر إلى البحث عن عمل، وهذا بدوره سيكون على حساب مصلحة الصغير،فمن مصلحة المحضون إذن أن تستحق الأم أجرة الحضانة خيرا من أن تخرج إلى العمل الذي قد يجعلها تقصر نوعا ما في تربيته ورعايته.

ج – إن الحاضنة تقوم بأمر جليل من خلال ولاءها لطفلها وعنايتها به، وقد يؤدي ذلك إلى هلاكها لذلك استحقت الأجرة[1].

2- مدى أحقية الحاضنة لأجرة الحضانة

إذا كان في تشريع أجرة الحضانة حكمة عظيمة، إلا أن في استحقاقها بعد انحلال الرابطة الزوجية اختلاف فقهي **(أ)**، فما موقف المشرع الجزائري من مسألة استحقاق أجرة الحضانة **(ب)**.

أ– مدى أحقية الحاضنة لأجرة الحضانة في الفقه الإسلامي

من المتفق عليه فقها أن الحضانة واجبة على الأم خلال قيام الزوجية، ولا أجر لها على هذه الحضانة، ولكن إذا تم الفراق بين الزوجين فإن في مسألة تفصيل في المذاهب:

1) مذهب المالكية: يرى المالكية أن الحاضنة لا تستحق أجرة نظير حضانتها، ولا فرق في ذلك بين أن تكون أماً للمحضون أو غيرها، وسواءا كانت غنية أم فقيرة، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة المحضون، ويستثنى من ذلك أن تكون الحاضنة أماً للمحضون وهي معسرة وولدها موسر، فإن نفقتها تجب في ماله بسبب عسرها لا لأجل حضانتها له[2].

---

(1): محمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، (الأحكام المختصة بذات الإنسان – المواريث)، تصنيف محمد زيد الألباني، تحقيق محمد العزازي، د.ط ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، د . س. ن ، ص 867.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 10، ص 61 .

يؤسس المالكية موقفهم بأن الحاضنة قد وصلت إلى حقها بضم المحضون إليها، ولا يستقيم أن تأخذ مع ذلك أجرة، لأن ذلك زيادة على حقها وهو باطل[1].

2) مذهب الشافعية: قالوا بأن أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم، وهي متميزة عن أجرة الرضاع، لذلك إذا كانت الأم مرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت لطلبها، فإذا كان للصغير مالا كانت الأجرة من ماله، وإلا فعلى الأب، أو من تلزمه نفقته[2].

3) مذهب الحنابلة: إن الحاضنة عند فقهاء الحنابلة تستحق الأجرة على حضانتها ولو كانت أماً، ويبدو عندهم أن لها الأجرة على حضانته حال قيام الزوجية وبعدها، قياسا على ما قالوه في الرضاعة ، وإذا كانت الأم تستحق أجرة الحضانة على حضانة ولدها، فغيرها في هذا الاستحقاق أولى .

إذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزمها بالعقد، وإن استؤجرت للرضاع وأطلق العقد لزمتها الحضانة تبعا للرضاع، وقيل لا يلزمها سوى الرضاع، وإن استؤجرت للحضانة وأطلق العقد لم يلزمها الرضاع[3].

4) مذهب الحنفية: فرّق الحنفية بين الحاضنة إذا كانت أماً للمحضون، أو كانت غير أمه:

– **الحاضنة إذا كانت أماً للمحضون:** إذا كانت الحاضنة هي الأم، فقد تكون زوجة أو معتدة لأب ولدها المحضون، وقد تكون أجنبية عنه لطلاقها منه،فإذا كانت الحاضنة هي الأم وهي زوجة لأب المحضون، فإنها لا تستحق أجرة عن الحضانة، لوجوب الحضانة عليها ديانة، نظرا لقيام النكاح، ولأن أجرة الحضانة لها شبه بالنفقة، والزوجة لها النفقة على زوجها، فلا معنى لجمعها بين النفقتين.

(1):رافع عبد الهادي عبد الله الصغير، المرجع السابق، ص 10.

(2):عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق ، ص 528.

(3): المرجع نفسه، ص 529.

إذا كانت الحاضنة هي الأم، وهي معتدة لأبي المحضون من طلاق رجعي، فإنها لا تستحق أجرة عن الحضانة، لوجوب الحضانة عليها ديانة، نظرا لاعتبار النكاح قائما في عدّة الطلاق الرجعي، ولأنها تستحق نفقة العدّة، فلا تجب لها نفقة أخرى مقابل الحضانة، حتى لا تجتمع لها على الأب نفقتان في آن واحد .

إذا كانت الحاضنة هي الأم وهي معتدة لأب المحضون من طلاق بائن، ولم تنقضي عدّتها منه، فهناك قولان في المذهب:

القول الأول: لا يوجب لها في مثل هذه الحالة أجرة الحضانة، وذلك لأن لها نفقة العدّة، فلا تجمع بين النفقة وأجرة الحضانة، وهذا القول عليه الفتوى في المذهب.

القول الثاني: إن لها أجرة الحضانة، لأن زوجيتها قد زالت بمجرد الطلاق البائن فكأنها أجنبية منه.

أما إذا انقضت عدّتها من طلاق بائن، ففي هذه الحالة تستحق أجرة الحضانة، لأنها حبست نفسها لأجل رعاية المحضون والقيام بشؤونه، وكل من حبس نفسه للقيام بعمل يستحق الأجر عليه، فاستحقاق مقابل الحضانة هنا عملا يشبه الأجرة[1] .

- **الحاضنة إذا كانت غير أم المحضون:** إذا كانت الحاضنة غير أم المحضون، فلها أجرة الحضانة، ما لم تكن متبرعة بالحضانة[2].

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء يجدر بنا الإجابة على المسألة الآتية: إذا طلبت الأم أجرة ووجدَّت متبرعة بالحضانة وهي أهل لها، فمن تقدّم هل الأم الحاضنة، أم المتبرعة ؟ ففي هذه المسألة تفصيل بحسب الحال:

1) أن تكون المتبرعة غير محرم، ففي هذه الحالة تقدّم الأم عليها، وتعطى الأم أجرة المثل.

(1): مصري مبروك، المرجع السابق، ص 517.

(2):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 10، ص 57.

2) أن تكون المتبرعة محرما – كعمة – وكان الأب والابن معسرين، قيل للأم: إما أن تمسكه، وإما أن تسلمه للعمة.

3) أن تكون المتبرعة محرما، وكان الأب موسرا، والولد فقيرا، ففي هذه الحالة يسلم الولد للأم لتحضنه بأجرة المثل، لأن في حضانتها نفعا له، ولا ضرر على الأب في دفع أجرة المثل ليساره.

4) إذا كان الأب فقيرا والولد غنيا، أو كان الأب غنيا والولد غنيا (موسرين)، فعند أبي حنيفة: تخيّر الأم بين إمساك الولد وحضانته مجانا، وبين تسليمه للمتبرعة التي هي أهل للحضانة، لأن الأجرة في هاتين الحالتين تجب في مال الصغير المحضون، وحفاظا على مال الصغير يجرى هذا الحكم.

قال أبي يوسف ومحمد: يسلّم الولد إلى الأم تحضنه بأجرة المثل ولو من مال الولد الصغير، لأن الأم الأكثر شفقة عليه من غيرها وأصبر على تربيته وخدمته، والنظر إلى مصلحة تربيته أولى من النظر إلى مصلحته المالية بحفظ ماله بعدم دفع أجرة الحضانة من ماله[1].

ب – موقف المشرع الجزائري من أجرة الحضانة

فيما يتعلق بأجرة الحضانة فلم يرد بشأنها أي نص في قانون الأسرة الجزائري، فعند تحليلنا للنصوص القانونية المتعلقة بالنفقة ومشتملاتها لا نجد نصا يوجب على الزوج المطلق دفع أجرة الحضانة، فنص المادة 72 من ت أ ج نجده يتعرض للسكن كحق من حقوق المطلقة الحاضنة، حيث أوجب على الأب أن يوفر مسكنا ملائما للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة أو دفع أجرته .

في المواد من 75 إلى 78 من ت أ ج لم يتم الإشارة إلى أجرة الحضانة، فبالرجوع لنص المادة 78 نجدها تحدد مشتملات النفقة وهي:الغذاء، الكسوة، العلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، المرجع السابق، الجزء 10، ص 59.

حتى بالنسبة للضروريات في العرف والعادة، فإنه يحكمها معيار وهو تقاليد البلد والمتعارف عليه في المجتمع، ولا يوجد عرف ولا عادة في الجزائر تعرف أجرة الحضانة، وبالتالي تعتبر أجرة الحضانة من المسائل المسكوت عنها قانونا[1].

أمام هذا الوضع يتم الرجوع إلى نص المادة 222 من ت أ ج، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفقهاء الشريعة الإسلامية كما عرفنا ليسوا على قول واحد في هذه المسألة، فالمالكية لم يجيزوا للمطلقة الحاضنة أجرة الحضانة، أما الجمهور وإن اختلفوا في بعض الجزئيات إلا أنهم متفقون على العموم باستحقاق المطلقة الحاضنة لأجرة الحضانة، لذلك يمكن القول بأن المشرع الجزائري سكت عن التعرض لأجرة الحضانة معتمدا في ذلك على الفقه المالكي، فمنع على الحاضنة أجرة الحضانة.

حتى على مستوى القضاء نجد أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يخلو كليا للتعرض لمثل هذه المسألة، ولعل السبب راجع إلى عدم إثارة طلب أجرة الحضانة أمام القضاء.

ثانيا : الأحكام المنظمة لأجرة الحضانة

بعدما استعرضنا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مدى أحقية المطلقة الحاضنة في أجرة الحضانة، نستكمل الحديث عن أجرة الحضانة من خلال تحديد مقدارها **(1)**، وتاريخ بداية استحقاقها **(2)**، وتاريخ انتهائها **(3)**.

1- تقدير أجرة الحضانة

مقدار أجرة الحضانة يتم تحديده بالطرق التالية:

أ- **الاتفاق:** قد يتم تحديد مقدار أجرة الحضانة عن طريق الاتفاق، فإذا اتفق الحاضن والمكلف بأجرة الحضانة على مقدار معين كأجرة للحضانة، فإن هذا المقدار المعين في الاتفاق هو المقدار المستحق للحاضن والذي يلزم المكلف بأجرة الحضانة بأدائه.

(1): بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 276.

ب- أجرة المثل:إذا لم يتم الاتفاق بين الحاضن والمكلف بأجرة الحضانة على مقدار معين كأجرة للحضانة، ففي هذه الحالة يتجه إلى أجرة المثل، فننظر إلى المقدار الذي تأخذه مثيلاتها من الحاضنات، فيكون هذا المقدار هو المستحق كأجرة للحضانة .

ج – حكم القضاء: في حالة عدم وجود اتفاق بين المكلف بأجرة الحضانة نعتمد أجرة المثل، لكن قد يحدث نزاع بين المكلف بالأجرة والحاضن في مقدار أجرة المثل، كأن يقول المكلف بأجرة الحضانة :إن مقدارها كثير يزيد على مقدرته وسعته، أو يقول الحاضن:مقدارها قليل لا يوافي ما يقوم به من عمل، ففي مثل هذه الحالة يكون القضاء هو المرجع، وهو الذي يتكفل بتحديد مقدار أجرة الحضانة المستحق، ويراعي في تقديره:

1) الأمثال: بمعنى أن ينظر القاضي عند حكمه إلى المبلغ الذي تأخذه مثيلاتها من الحاضنات.

2) حال ومقدرة المكلف بأجرة الحضانة: فقد يكون المكلف بأجرة الحضانة في حالة صحية غير جيدة تمنعه من العمل، أو يكون فقيرا بالكاد يتحصل على قوته، وفي المقابل قد يكون صحيحا قادر على الكسب والعمل، أو يكون غنيا ميسور الحال، فهذه الأمور جميعها يراعيها القاضي في تقديره لأجرة الحضانة[1].

2- تاريخ استحقاق أجرة الحضانة

تاريخ استحقاق أجرة الحضانة هو الوقت الذي يكون فيه من حق الحاضنة المطالبة بأجرتها، ويكون فيه المكلف بأجرة الحضانة ملزم بأدائها، وهذا التاريخ قد يكون تاريخ القيام بالحضانة، أو تاريخ الاتفاق على أجرة الحضانة، أو تاريخ الحكم بأجرة الحضانة.

أ- تاريخ القيام بالحضانة: إذا كانت الحاضنة هي الأم، فإنها تستحق أجرتها على الحضانة من وقت قيامها بفعل الحضانة من غير توقف على تراض أو قضاء .

(1):رافع عبد الهادي عبد الله الصغير، المرجع السابق، ص 15، 16 .

ب- تاريخ الاتفاق على أجرة الحضانة: إذا كانت الحاضنة غير الأم، وكان تحديد أجرة الحضانة قد تم بموجب الاتفاق، فإن الأجرة تستحق من تاريخ هذا الاتفاق.

ج- تاريخ الحكم القضائي بأجرة الحضانة: إذا كانت الحاضنة غير الأم، وكان تحديد أجرة الحضانة قد تم بموجب حكم قضائي، فإن تاريخ هذا الحكم يكون هو الوقت الذي تستحق فيه أجرة الحضانة[1].

3- تاريخ انتهاء أجرة الحضانة

تاريخ انتهاء أجرة الحضانة: هو الوقت الذي لا يكون فيه من حق الحاضنة المطالبة بأجرتها، ويكون فيها المكلف بأجرة الحضانة غير ملزم بأدائها، وتنتهي أجرة الحضانة للأسباب الآتية:

أ- انتهاء الزمن المقدّر للحضانة: فإذا انتهت مرحلة الحضانة انتهى تبعا لذلك استحقاق الحاضن لأجرة الحضانة[2] .

ب- انتهاء أجرة الحضانة بسقوط الحضانة: فإذا سقط حق الحضانة على الحاضن لسبب من الأسباب المسقطة لحق الحضانة، فإنه يسقط تبعا لذلك أجرة الحضانة.

الفرع الثاني: استحقاق أجرة الرضاع

إلى جانب أجرة الحضانة، يوجد أثر مالي آخر حال الرضاعة، وهو أجرة الرضاعة، فهل تستحق الأم المرضعة أجرة على رضاعة ولدها الصغير أم لا ؟ للإجابة على هذا التساؤل يقتضي بنا في بادئ الأمر أن نتعرض لتعريف الرضاع وبيان حكم الإرضاع **(أولا)**، ثم نتناول الموقف الفقهي والقانوني من أجرة الرضاعة وأحكامها **(ثانيا)** .

أولا :تعريف الرضاعة وحكم الإرضاع

نتناول في البداية تعريف الرضاعة أو الرضاع **(1)** ثم حكم الإرضاع **(2)** .

(1):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 160، 161.

(2):رافع عبد الهادي عبد الله الصغير، المرجع السابق، ص 21.

1 – تعريف الرضاعة

أ- **الرضاعة في اللغة:** يقال رَضَعَ (مثل ضَرَبَ يضرب)، ورضِع يرضَع (مثل سَمَعَ يسمع)، رَضْعًا ورِضاعًا ورِضاعةً، أي امتص ثديها أو ضرعها، ويقال رضع الثدي أو الضرع، فهو رَاضِعٌ والجمع رُضَّع، والرضيع هو الرَاضع ، وأرضعت الأم الولد: جعلته يرضع فهي مُرضِعة، وامرأة مُرضع أي ذات رضع، أي لها ولد ترضعه، والرِّضاعة (بفتح الراء وكسرها) إسم من الرضاع. واسترضع الولد: طلب له مرضعة[1].

وردت الرضاعة في القرآن الكريم باعتبارها سببا من أسباب التحريم المؤبد في النكاح في قوله تعالى:﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ** ﴾[2]، كما وردت باعتبارها قوتا وغذاء للطفل في قوله تعالى:﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾[3]، وفي قوله تعالى :﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى** ﴾[4].

ب- الرضاعة في الاصطلاح: يقصد بالرضاعة في الاصطلاح الفقهي:"وصول لبن المرأة إلى جوف الطفل بالتقامه ثدي المرأة وامتصاصه اللبن منه، أو ما يقوم مقامه بشروط معينة"[5].

ج- الرضاعة في القانون: لم يرد تعريف للرضاع في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه يمكن لنا استخلاص تعريف له من خلال المادة 29 من ت أ ج والتي تنص :" **لا يحرم**

(1): لسان العرب لابن منظو، المجلد 08، ص 125، 126.

(2): سورة النساء، الآية 23.

(3): سورة البقرة، الآية 233.

(4): سورة الطلاق، الآية 06.

(5):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 09، ص 462.

الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواءا كان اللبن قليلا أو كثيرا "، يفهم من هذه المادة بأن الرضاع:" هو ما يتناوله الرضيع من لبن الحولين أو قبل الفطام ".

2 – حكم الإرضاع

اتفق فقهاء الإسلام على أن الرضاع واجب على الأم ديانة تسأل عنه أمام الله تعالى حفاظا على حياة الولد سواءا كانت متزوجة بأب الرضيع، أم مطلقة منه، واختلفوا في وجوبها عليه قضاءا:

أ- **عند المالكية** :ذهب المالكية إلى أنه يجب على الأم إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي إرضاع ولدها، فلو امتنعت من إرضاعه بدون عذر أجبرها القاضي.

استثنى المالكية من هذا الوجوب المرأة الشريفة لثراء أو حسب فلا يجب عليها الإرضاع إن قبل الولد الرضاع من غيرها، وعللوا استثناءهم هذا بقولهم بأن الإسلام جاء فوجد ذوي الثراء والحسب يفرغون الأمهات من الإرضاع، وذلك بدفع الرضعاء إلى المرضعات، ولم ينكر الإسلام هذه العادة، فكان ذلك دليلا على استثناء الزوجة ذات القدر من عموم الواردات في قوله تعالى:﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾[1].

يستثنى أيضا من وجوب الإرضاع إذا كانت المرأة مريضة أو قليلة اللبن، شرط أن يقبل ولدها ثدي امرأة أخرى غيرها[2].

أما بخصوص المطلقة بائنا لا يلزمها إرضاع ولدها من مطلقها إلا إذا تعينت هي للإرضاع لقوله تعالى:﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى** ﴾ فهذه الآية واردة في المطلقات طلاقا بائنا[3].

(1):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص167.

(2): المرجع نفسه، ص168.

(3): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07، ص 698.

ب- عند الحنفية: يرى الحنفية أن إرضاع الطفل واجب ديانة على الأم، وليس بواجب قضاءا، سواءا كانت الزوجية قائمة أو منقطعة، وإنما يجب عليها الإرضاع إذا لم توجد من ترضعه، أو كان لا يأخذ ثدي غيرها، وأنها أحق من غيرها إذا أرادت إرضاع ولدها بأجرة المثل[1].

ج- عند الشافعية: يرى الشافعية أن على الأم أن ترضع ولدها (اللبأ)، وهو اللبن النازل أول الولادة، لأن الولد لا يعيش بدونه غالبا ومدّته يسيرة، ثم بعد إرضاع اللبأ إن لم يوجد إلا الأم وجب عليها إرضاعه ابقاء للولد ، وإن وجدت أجنبية ترضعه انتفى هذا الوجوب، فلم تجبر الأم على إرضاعه[2].

د- عند الحنابلة: أما الحنابلة فيرون أن إرضاع الولد يتحمله الأب وحده، وليس له إجبار أم الولد على إرضاعه سواءا كانت الرابطة الزوجية قائمة أو كانت الزوجة مطلقة، ولكن إذا اضطر الطفل إلى الارتضاع من أمه، أو يخشى عليه بأن لا توجد مرضعة سواها، أولا يقبل الارتضاع من غيرها، فإرضاعه واجب عليها لأنه حالة ضرورة[3].

ثانيا: مدى استحقاق أجرة الرضاعة وأحكامها

نتطرق في البداية لمدى استحقاق المطلقة لأجرة الرضاعة**(1)** ثم نتناول أحكامها **(ثانيا)**.

1- مدى استحقاق أجرة الرضاعة

يقصد بأجرة الرضاعة: "المبلغ مالي الذي تتقاضاه المرضعة عن الجهد الذي تبذله وهي بصدد قيامها بعملية الإرضاع " والسؤال الذي يطرح هنا ما مدى استحقاق المطلقة خلعا كان أو تطليقا لأجرة الرضاع ؟ في المسألة اختلاف فقهي سنوضحه فيما يلي:

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 09، ص 476.

(2): المرجع نفسه، ص 476.

(3):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 169.

أ- **عند الحنفية:**عند الحنفية لا تستحق الأم أجرة على إرضاع ولدها في حال قيام الزوجية، أو إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، سواءا اتفقت مع أب الولد على إرضاعه بأجرة، أو أرضعته بدون اتفاق، ثم طالبته بالأجرة، وعللوا ذلك بأن إرضاعه واجب عليها ديانة، ولا أجرة على القيام بما هو واجب ديانة.

أما المعتدة من طلاق بائن، فكذلك لا تستحق أجرة على إرضاع ولدها لبقاء النكاح في بعض الأحكام،وعلى رواية أخرى تستحق أجرة على الرضاع لزوال النكاح، أما إذا انقضت عدّتها من الفرقة البائنة، فإنها تستحق أجرة الرضاع لزوال النكاح[1].

ب- عند المالكية: وافق المالكية ما قاله الحنفية، فقرروا بأن الأم لا تستحق أجرة على إرضاع الولد في حال الزوجية، أو أثناء العدّة من الطلاق، هذا إذا كان الإرضاع واجب على الأم، أما إن كان الرضاع غير واجب على الأم كالشريفة القدر، فإنها تستحق الأجرة في حال إرضاعها الولد، ويكون دفع الأجرة من مال الولد إن كان له مال، وإلا فعلى الأب[2].

إذا وجّب على الأم إرضاع الولد، وثبت فقر الأب أو موته، ولم يكن للولد مال، فعلى الأم إرضاع طفلها مجانا، فإن لم تستطع إرضاعه، فعليها أن تستأجر له من يرضعه من مالها، ولا رجوع لها على الأب ، ولا على الولد بما دفعته من أجرة إرضاعه.

أما بخصوص الإرضاع في عدّة الطلاق البائن فإن المالكية يرون وجوب الأجر للأم على الأب إذا أرضعت ولده وهي في عدّتها من طلاقه البائن، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى** ﴾، وإذا انقضت عدّتها، فإنها تستحق الأجرة كذلك[3].

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 09، ص 485.

(2):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي،المرجع السابق، ص 168.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 09 ، ص 486.

ج- عند الشافعية: تستحق الأم أجرة الرضاع عند الشافعية، ولزوجها أن يستأجرها لإرضاع ولده منها في حال قيام الزوجية وبعدها، فقالوا: على الأم إرضاع ولدها اللبأ، ولها أن تأخذ الأجرة إن كان لمثله أجرة. وبعد إرضاعه اللبأ إن لم يوجد من ترضعه إلا الأم وجّب عليها إرضاعه، ولها طلب الأجرة من ماله إن كان له مال، وإلا فممن تلزمه نفقته. وإذا وجدت مرضعة غير الأم، جاز للزوج أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده منها في حال قيام النكاح وبعده[1].

د- عند الحنابلة: يقول الحنابلة أن الأم إذا طلبت إرضاع ولدها بأجر مثلها، فهي أحق به سواءا كان ذلك أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعدها، وسواءا وجدت مرضعة متبرعة أو لم توجد[2]، لأن الإرضاع بأجر عندهم عقد إجارة يجوز للزوجة أن تباشره مع غير الزوج إذا رضي هذا الأخير بذلك، فجاز مع الزوج أيضا كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة[3].

هـ- أجرة الرضاعة في قانون الأسرة الجزائري

أما المشرع الجزائري فإنه لم يشر إلى أجرة الرضاع، كما فعل في أجرة الحضانة، وإن كان قبل التعديل في نص المادة 39 من ت أ ج الملغاة اعتبر إرضاع الأولاد واجب على الأم عند الاستطاعة.

2- أحكام أجرة الرضاعة

لدراسة الأحكام المتعلقة بأجرة الرضاعة نتعرض إلى مقدار أجرة الرضاع **(أ)** ثم مدة استحقاقها **(ب)** وسقوطها **(ج)**.

أ- مقدار أجرة الرضاع: الأجرة التي تستحقها الأم هي أجرة المثل، وأجرة المثل هي تلك الأجرة التي تتقاضاها وتقبل امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها ، وتقديرها متروك للقاضي، فلو طلبت الأم أكثر من أجرة المثل، فإنه يستجاب إلى طلبها[4].

(1):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 09 ، ص 487.

(2):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 172.

(3):عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، المرجع السابق، الجزء 09، ص 487.

(4):وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 07 ، ص 704 .

ب- مدة استحقاق أجرة الرضاع

اتفق الفقهاء على أن مدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط، فمتى أتم الطفل حولين كاملين، لم يكن للمرضع الأم الحق في المطالبة بأجرة الرضاع لقوله تعالى:﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾، فدلّت هذه الآية على أن الأب يلزم بدفع نفقة الرضاع في مدة السنتين فقط .

أما بالنسبة للوقت الذي يبدأ فيه هذا الاستحقاق، فإن المالكية يرون أن الأم إذا كانت هي المرضعة، ولم تكن زوجة ولا معتدة من طلاق رجعي، وقامت بالإرضاع بناء على عقد أو اتفاق بينها وبين أب الولد، استحقت الأجرة من وقت العقد أو الاتفاق، وإذا لم يكن هناك عقد أو اتفاق على الرضاع بالأجر، استحقت الأجر من يوم قيامها بالإرضاع[1].

عند حنفية يوجد رأيان: الأول: تستحق المرضع أجرة الرضاع من يوم قيامها بالإرضاع ولو لم يكن هناك عقد أو اتفاق على الإرضاع بأجر. الثاني: المرضع لا تستحق الأجر على الرضاع إلا من وقت طلبها الأجر[2].

ج- مسقطات الحق في أجرة الرضاع

يسقط حق المرضعة في استحقاق أجرة الرضاع

– في حالة مخالعة المرضعة الأم لأب الصغير على أجرة الرضاع، ما دام أن كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا للخلع.

– انتهاء مدة الرضاع الشرعية وهي مدة حولين سنتين.

–في حالة وجود متبرعة بإرضاع الولد أو امرأة رضيت أن ترضعه بأجر أقل من الأجر الذي تطلبه الأم، يسقط حق الأم بإرضاع الولد، ويسقط حقها في استحقاق الأجرة، فلا

(1):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 169، 170.

(2): المرجع نفسه، ص 170.

تكون الأم أحق بالرضاعة، ولو كان الأجر الذي تطلبه أجر المثل[1] ، لقوله تعالى:﴿**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ** ﴾[2]، فالآية تفيد النهي عن إضرار الوالدة بسبب ولدها، وعن إضرار الوالد بسبب ولده، ومن الإضرار بالوالد إلزامه بما تطلبه الأم مع وجود متبرعة أو من تقبل بأقل من أجرة المثل[3].

المطلب الثالث:صندوق النفقة كأداة لضمان تحصيل النفقة المستحقة للمطلقة

قد تواجه المرأة المطلقة (خلعا أو تطليقا) أثناء تنفيذها للحكم القضائي المتعلق بالنفقة مشكلة امتناع الزوج عن تسديد النفقة المستحقة لها ولأولادها ، وأمام هذا الوضع قد تجد نفسها هي وأولادها بحاجة إلى من ينفق عليهم ومن يعولهم خصوصا إذا كانت المرأة ممن لا تعمل، لمواجهة هذه المشكلة تدخل المشرع الجزائري من خلال إنشاءه لصندوق النفقة، وقد استحدثه بموجب المادة 01 من القانون رقم 01/15[4] المتضمن إنشاء صندوق النفقة، وذلك بنصها:" يهدف هذا القانون إلى إنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من مستحقاته المالية ".

للاستفادة من خدمات الصندوق ينبغي توافر جملة من الشروط والإجراءات ينبغي على المطلقة اتباعها حتى تتحصل على نفقتها المستحقة، وهذا ما سيكون محور دراستنا في هذا المطلب، ولكن قبل ذلك ينبغي علينا التعريف بصندوق النفقة وتحديد موارده والنفقات التي يغطيها(**الفرع الأول**)،ثم نتناول شروط وإجراءات الحصول على نفقة (**الفرع الثاني**).

(1): بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، 541.

(2): سورة البقرة، الآية 233.

(3):أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 172.

(4): القانون رقم 01/15 المؤرخ 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، العدد 01، السنة 52، الصادرة بتاريخ 7 يناير 2015، ص 07.

الفرع الأول: التعريف بصندوق النفقة وتحديد موارده والنفقات التي يتولى دفعها

يعد صندوق النفقة من الآليات القانونية المعتمدة لدى جل التشريعات العربية منها والغربية، والمشرع الجزائري لم يخرج عن هذا الاتجاه، حيث قام بإنشاء صندوق النفقة بموجب القانون رقم 01/15 المذكور، ولتعرف أكثر على هذا الصندوق ينبغي أن نتناول تعريفه **(أولا)**، ثم نبين موارده **(ثانيا)**، وأنواع النفقات التي يتولى دفعها **(ثالثا)** .

أولا: تعريف صندوق النفقة

لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون رقم 01/15 إلى تعريف الصندوق، ولكن يمكن تعريفه بأنه:"عبارة عن حساب تخصيص خاص قيده المشرع تحت رقم 302/142 يفتح لدى مصالح الأمين الرئيسي للخزينة ويقوم بتسييره هذا الأخير وأمناء خزائن الولايات حسب المادتين 10و11 من نفس القانون ويتمتع وزير التضامن الوطني بصفة آمر بالصرف لهذا الحساب"[1]، و يكون مدير النشاط الاجتماعي والتضامن على مستوى الولاية آمرا ثانويا بصرف هذا الحساب حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 107/15 المتعلق بكيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/142 المتعلق بصندوق النفقة[2].

ثانيا: موارد صندوق النفقة

نظرا لحاجة الصندوق للدعم المستمر، فلم يقصر المشرع موارده على مصدر معين، وإنما تعددت مصادره، وتتمثل في الآتي:

(1): مقدم عبد الرحيم، (صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية)، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، تصدر عن جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، المجلد 10، عدد 01، سنة 2015، ص 49.

(2):المرسوم التنفيذي رقم 107/15 المؤرخ في 21 أبريل سنة 2015، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/142 الذي عنوانه "صندوق النفقة "، الجريدة الرسمية العدد 22 الصادرة في 29 أبريل 2015، ص04.

1- مخصصات ميزانية الدولة: وهي مخصصات تقرها الحكومة بموجب قانون المالية لفائدة الصندوق.

2 – المبالغ المالية التي يتم تحصيلها من المحكوم عليهم بالنفقة بعدما يكون الصندوق قد حلّ محلهم في تسديدها واستعمل حق الرجوع ضدهم.

3- الرسوم الجبائية أو الشبه الجبائية تنشأ وفق التشريع المعمول به لصالح صندوق النفقة.

4- الهبات والوصايا التي تقيد من طرف الأشخاص الطبيعية والمعنوية لفائدة الصندوق.

5- كل مورد مالي آخر تحت أي شكل قانوني يوجه لفائدة الصندوق[1].

ثالثا: أنواع النفقة التي يتولى الصندوق دفعها

من خلال استقراء نص المادة 02 ف 01 من القانون رقم 01/15، فإن النفقة التي يغطيها الصندوق تشمل نفقة الطفل المحضون إضافة إلى نفقة المرأة المطلقة:

1- نفقة الطفل المحضون: يتولى صندوق النفقة طبقا لنص المادة 02 من القانون المذكور أعلاه دفع النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة.

الأصل أن نفقة الابن تجب على الأب وهذا ما صرّحت به المادة 75 من ت أ ج والتي تنص:" **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**".

لكن متى امتنع الأب عن أدائها لأي سبب كان، فإن الصندوق ينوب عنه في دفعها لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين الممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون

(1): المادة 10 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 107/15 يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/142.

الأسرة الجزائري، مما يدل على أن الصندوق قد يتولى دفع نفقة المحضون حتى إذا كانت الحاضنة امرأة غير الأم.

كما وسّع المشرع من نطاق استفادة الأطفال المحضونين من الصندوق من خلال عدم الاكتفاء بإدراج الأطفال المحضونين بعد صدور الحكم بالطلاق، بل امتدت الاستفادة لتشمل المحضونين بعد رفع دعوى الطلاق وقبل صدور الحكم، أي خلال الفترة الممتدة بين رفع دعوى الطلاق وصدور الحكم به، وهو ما تقرره المادة 57 مكرر من ت أ ج، فوفقا لهذه المادة يفصل قاضي شؤون الأسرة طبقا للإجراءات المستعجلة في أي تدبير مؤقت كالنفقة والحضانة والمسكن[1].

2- نفقة المرأة المطلقة: ثاني نفقة يغطيها أو يشملها الصندوق هي نفقة المرأة المطلقة وفقا للفقرة 03 من المادة 02 من القانون رقم 01/15، وبالرجوع إلى هذه الفقرة نجدها لم تحدد النفقة المقصودة إن كانت نفقة العدّة أو نفقة الإهمال أو نفقة المتعة، أو كلها مجتمعة ؟ مما يفهم منها أنها تشمل النفقة بوجه عام، وبالتالي فإن نفقة المطلقة التي يغطيها صندوق النفقة هي النفقة التي يحكم بها قاضي شؤون الأسرة بعد حكمه بالطلاق.

بالإضافة لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالمطلقة، هل هي المطلقة بناءا على إرادة الزوج، أم بناء على إرادتها (التطليق، أم الخلع)، وبالتالي يسمح لكل مطلقة مهما كان سبب الطلاق أن تستفيد من خدمات صندوق النفقة.

الفرع الثاني: شروط و إجراءات استفادة المطلقة الحاضنة من خدمات الصندوق

حتى تستفيد المرأة المطلقة من خدمات الصندوق وتتمكن من تحصيل نفقتها المحكوم بها ونفقة أطفالها لابد من توافر جملة من الشروط واتباع الاجراءات المقررة لهذا الغرض.

(1):عيساوي عادل، (صندوق النفقة بين النص والتطبيق)، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 10، عدد 03، سنة 2017، ص 356.

أولا : شروط الاستفادة من خدمات صندوق النفقة

انطلاقا من نص المادة 03 من القانون رقم 01/15 تتمثل شروط الاستفادة من الخدمات المالية للصندوق في الآتي:

1 – صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية

تطبيقا لما تضمنته المادة 02 من القانون رقم 01/15، فإن صدور حكم بالطلاق يعد شرطا جوهريا لاستحقاق النفقة من مخصصات الصندوق، لأن القاضي لا يحكم للمرأة المطلقة بالنفقة إلا بعد صدور الحكم بالطلاق، ويجب أن يكون هذا الحكم نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، ويستوي في ذلك أن يكون الحكم القاضي بالطلاق قد تم بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، أو بالإرادة المنفردة للزوج حسب نص المادة 48 من ت أ ج.

2 – صدور حكم قضائي نهائي أو قرار بإسناد الحضانة ومنح النفقة

إن صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية يستلزم من القاضي بالضرورة أن يتعرض للحضانة والنفقة، فقد يكون الحاضن هو الأم أو غيرها حسب ترتيب أولوية حق الحضانة، فالحاضن أيا كان هو من يمثل الأطفال المحضونين ويقوم بهذه الصفة ليطلب المستحقات المالية للصندوق، والأصل أن القاضي المختص يفصل في إسناد الحضانة ومنح النفقة مع الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، فإذا لم يتضمن الحكم ذلك وجب استصدار حكم أو أمر بإسناد الحضانة ومنح النفقة للأطفال المحضونين.

أما إذا كان طلب الاستفادة من الصندوق قد رفع قبل صدور حكم الطلاق بالنسبة لنفقة الأولاد، فإنه يتطلب هنا ضرورة استصدار أمر مؤقت بالنفقة من القاضي المعروضة عليه الدعوى الأصلية[1].

(1): مقدم عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 59.

3- تبليغ المدين بالنفقة: لا ينشأ حق المطلقة في الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق إلا إذا قدّمت وعن طريق محضر رسمي ما يثبت مسألتين أساسيتين: الأولى تتعلق بإثبات التبليغ الرسمي الصحيح للحكم النهائي، أو القرار المسند للنفقة والحضانة إلى المدين بالنفقة عن طريق محضر يحرر بمعرفة المحضر القضائي، والثانية تتعلق بإثبات عدم تنفيذ المدين (الزوج المطلق) للنفقة لتوافر حالة أو أكثر من حالات التي سنذكرها في الشرط الموالي، ويكون الإثبات دائما بواسطة محضر رسمي يحرر بمعرفة المحضر القضائي[1].

4- يتعين على المطلقة التي تطلب الاستفادة من مستحقات الصندوق أن تثبت وبموجب محضر رسمي عدم تنفيذ المدين كليا أو جزئيا لالتزاماته بسبب توافر حالة أو أكثر من الحالات الآتية:

أ- رفض أو امتناع المدين المحكوم عليه التنفيذ كليا أو بشكل جزئي.

ب- عجز المدين بالنفقة عن السداد وعدم قدرته على ذلك بسبب مرض أو إعاقة أو بطالة.

ج- عدم معرفة موطن أو محل إقامة المدين بالنفقة، وهذا ما يحول أصلا دون تبليغه ابتداءا بالحكم أو القرار الفاصل في النفقة والحضانة[2].

ثانيا : إجراءات الاستفادة من خدمات الصندوق

نظم المشرع الجزائري إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة بمقتضى المواد من 04 إلى09 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، إذ توجد إجراءات خاصة بالمستفيد **(1)** ، وأخرى خاصة بالجهة القضائية الفاصلة في ملف الاستفادة **(2)** .

(1):مقدم عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 60.

(2): المادة 03 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

1- الإجراءات المتبعة من جهة المستفيد

طبقا لأحكام المادة 04 من القانون رقم 01/15 يقوم الدائن المستفيد من النفقة وهم الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة، وكذا المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة بتقديم طلب إلى قاضي شؤون الأسرة المختص مرفقا بملف يتكون من الوثائق المحددة بموجب القرار الوزاري المشترك، وفي هذا الشأن صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 يونيو سنة 2015 يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة[1]، وتتمثل هذه الوثائق التي تشكل ملف طلب الاستفادة في:

يجب أن يكون الطلب المقدم من طرف الدائن بالنفقة وفق نموذج معين حدده التشريع الساري المفعول، وهو متوفر عبر الموقع الالكتروني لوزارة العدل، أو على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، ويضم معلومات عامة تتعلق باسم ولقب المستفيد من النفقة، وعنوانه، واسم ولقب المدين بالنفقة وتحديد عنوانه، وفي حالة عدم معرفة محل إقامته يشار إلى آخر موطن معروف له، وتبيين مهنته، وتحديد طريقة الدفع سواءا عن طريق التحويل البنكي أو بريد أو غير ذلك[2].

يكون هذا الطلب مرفقا بملف يجب إيداعه لدى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا مكون من:

أ- نسخة من الحكم القضائي بالطلاق.

ب- نسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة إذا لم يتضمن حكم الطلاق ذلك، وإذا لم توجد في الملف نسخة من الوثيقتين أمكن للقاضي أن يطلبها من الجهة القضائية التي أصدرتها بكافة الطرق ولاسيما الالكترونية منها.

(1):قرار الوزاري المشترك، مؤرخ في 18 يونيو سنة 2015، يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، الجريدة الرسمية، العدد 35، صادرة بتاريخ 28 يونيو سنة 2015، ص 20.

(2):عيساوي عادل، المرجع السابق، ص 364.

ج- محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو التنفيذ الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك، أو لعدم معرفة محل إقامته.

د- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع[1].

2 - الإجراءات المتبعة من جهة القاضي المختص والمصالح المختصة

بعد إيداع ملف الاستفادة من قبل الدائن بالنفقة لدى قاضي شؤون الأسرة يتولى هذا الأخير مباشرة الإجراءات التالية :

أ- الفصل في هذا الملف في أجل لا يتعدى (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن[2].

ب - يتم تبليغ هذا الأمر الولائي القاضي بتحديد مبلغ النفقة والمستفيدين منها إلى الدائن والمدين والمصالح المختصة عن طريق أمانة الضبط في أجل لا يتعدى ثمان وأربعين (48 ساعة) من تاريخ صدوره ، ولا يتحمل المستفيد مصاريف التبليغ[3].

ج- يتولى قاضي شؤون الأسرة البت في أي إشكال يعترض الاستفادة من المستحقات المالية في أجل أقصاه (3 أيام) من تاريخ إخطاره به[4].

د- تتولى المصالح المختصة (المتمثلة في المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي على مستوى الولاية) الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه خمسة

(1): المادة 02 من القرار الوزاري المشترك، يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

(2): المادة 05 ف 01 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(3):المادة 05 ف 02 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(4):المادة 05 ف 03 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

وعشرون (25 يوما) من تاريخ تبليغ الأمر الولائي المنصوص عليه في المادة 05 من القانون رقم 01/15 ، وذلك عن طريق تحويل بنكي أو بريدي[1].

هـ- تستمر مديريات النشاط الاجتماعي على مستوى الولاية الممثلة في مديرها كآمر للصرف ثانوي في صرف المستحقات المالية للدائن بها شهريا إلى غاية سقوط حقه في الاستفادة منها[2].

و-يتعين على المستفيد و/أو الدائن بالنفقة إعلام القاضي المختص بأي تغيير يطرأ على حالتهما الاجتماعية أو القانونية من شأنه التأثير في استحقاق النفقة وذلك خلال 10 أيام من تاريخ حدوثه، وفي هذه الحالة يفصل القاضي المختص في مدى تأثير هذا التغيير على استحقاق النفقة بأمر ولائي يبلغ إلى المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة،عن طريق أمانة الضبط في أجل أقصاه ثمان وأربعين(48 ساعة) من تاريخ صدوره[3].

تجدر الإشارة بأن جميع الأوامر الولائية التي يصدرها قاضي شؤون الأسرة في القانون رقم 01/15 هي أوامر غير قابلة لأي طعن حسب المادة 12 من نفس القانون.

أما بخصوص طريقة استيفاء ديون الصندوق من المكلف بها (الزوج المطلق)، فإنها تتم على مرحلتين:

المرحلة1:التحصيل الودي للديون: عملية التحصيل الودي تعني توجه المدين من تلقاء نفسه فور تلقيه الاستدعاء من الإدارة المكلفة بتحصيل الديون لدفع أموال المدين بها بنفسه وفي الآجال المحددة.

المرحلة 2: التحصيل الجبري للديون: في حالة عدم تسديد الدين وديا تبدأ عملية التحصيل الجبري، وتبدأ **بالتنبيه بالدفع**، وفي حالة ما إذا لم تجدي هذه الوسيلة نفعا يلجأ

(1):المادة 06 ف 01 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(2):المادة 06 ف 02 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

(3): المادة 07 ف 01و 02 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

المحاسب العمومي إلى **فرض غرامات تهديدية** عن كل يوم تأخير. وعند عدم جدوى هذه الوسائل، فإنه يتم اللجوء إلى **الحجز الإداري** بموجب أمر إداري من رئيس الجهة التي منحها المشرع الحق في إجراءه دون اتباع إجراءات التنفيذ القضائي.

لتنفيذ ديون الصندوق من المدين نميز بين حالتين:

أ) حالة ما إذا كان من ذوي المرتبات أو المعاشات: ففي هذه الحالة يتم اقتطاع مبالغ بقيمة النفقة من مرتبه أو معاشه بشرط أن لا تتعدى نصف مرتبه.

ب) حالة ما إذا كان من غير ذوي المرتبات أو المعاشات: فهنا لتنفيذ دين صندوق النفقة يقوم المحاسب العمومي بوضع أموال المدين تحت يده وبيعه لاستفاء حقوق الخزينة العمومية بموجب قرار من الأمين الولائي للخزينة العمومية (الحجز العقاري على المنقولات أو العقارات)[1].

(1): بوشنتوف بوزيان، (صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ أحكام النفقة الصادرة في مسائل شؤون الأسرة قراءة في نصوص القانون رقم 15-01 الصادر بتاريخ 04- يناير 2015)، مقال منشور جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد 33، عدد 1 ، سنة 2019، ص 340، 343.

خلاصة الفصل الثاني:

بعدما استعرضنا مختلف المستحقات المالية التي تنالها المطلقة بصفة أصلية أو تبعية نستنتج مايلي:

– بالنسبة لنفقة العدّة فتعد في قانون الأسرة الجزائري من النفقات المستحقة لكل مطلقة دون تمييز بين المطلقة الرجعية والبائن، وفي هذا يكون المشرع الجزائري تبنى موقف الحنفية الذين لم يميزوا فيما يخص نفقة العدّة بين المطلقة الرجعية والبائن بخلاف جمهور الفقهاء، إلا أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد مقدارها ولم يضع معيار يستعين به القاضي لتحديدها، كما لم يتعرض لمسقطاتها، ونفس الحكم ينطبق على نفقة الإهمال فلم يحدد المشرع مقدارها مما أدى إلى تضارب القرارات القضائية بشأنها.

– لم يشر المشرع الجزائري لمصاريف وضع الحمل والنفاس بالرغم من أنها تعد من النفقات الضرورية التي يتحملها الزوج المطلق ، لذلك ينبغي على المشرع أن ينص عليها في تعديلاته اللاحقة.

– حرم المشرع الجزائري الزوج من الحصول على تعويض عن الخلع، بالرغم من أن الزوجة قد تتعسف في استخدام حقها الإرادي في الخلع، لذلك ينبغي أن يكون هناك نص قانوني يمنح بمقتضاه المشرع للزوج حقه في التعويض عن الضرر الخلع، ولا يمكن القول بأن بدل الخلع بمثابة تعويض للزوج مثلما رأينا.

– منح المشرع الجزائري للزوجين مطلق الحرية في تنظيم أحوالهما المالية، فجاء باستثناء عن الأصل العام وهو انفصال الذمة المالية للزوجين، فقرر إمكانية الاتفاق بين الزوجين حول أموالهما المكتسبة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لكن دون أن يبين الأحكام العامة المنظمة لهذا الاتفاق من حيث شكل الوثيقة ولا نوعها، ولم يضع قيودا على هذا الاتفاق، لذلك ينبغي تدارك هذا الفراغ القانوني بإدراج مواد إضافية وعدم الاكتفاء بنص المادة 37 من ت أ ج.

– يكون للمطلقة الحاضنة الحق في السكن طوال مدة الحضانة المقررة قانونا، فإذا تعذر على الزوج توفير السكن أوجب عليه المشرع دفع بدل الإيجار لكنه لم يضع معايير يعتمد عليها القاضي لتحديد بدل الإيجار مما يجعلها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهذه الأمور ينبغي تداركها أيضا.

– ينبغي على المشرع الجزائري أن يضيف نص قانوني جديد ينظم فيه أجرة الحضانة والرضاعة ويجعلها من المستحقات المالية للمطلقة.

– بالرغم من كل هذه النصوص التي حددت المستحقات المالية التي تستحقها المطلقة بعد انحلال الزواج إلا أنها قد تبقى مجرد حبر على ورق إذا امتنع الزوج عن تسديدها أو تقاعس في ذلك، ولقد تنبه المشرع الجزائري لهذه المسألة فقام بإنشاء صندوق النفقة يتولى دفع النفقة للمطلقة وأولادها على أن يرجع على الزوج فيما بعد بمبلغ النفقة، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه أهمل في تحديده للفئات المستفيدة من خدمات الصندوق بعض الفئات التي هي في أمس الحاجة للرعاية كفئة الأيتام والأرامل.

كما أن هذا القانون لم ينص على أنه يسري بأثر رجعي، وهذا ما يجعل نسبة كبيرة من المطلقات الحاضنات تحرم من الاستفادة من مبالغ الصندوق.

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن انهينا البحث في موضوع انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة وآثاره وقبل أن نكشف عن نتائج الدراسة ونقدم بعض الاقتراحات ينبغي عليها أن نشيد بعظمة الشريعة الإسلامية وشموليتها، ففي وقت لا تزال فيه التشريعات تعاني من أجل إيجاد نظام سليم متماسك تحقق من خلاله الاستقرار داخل الأسرة وتحفظ به حقوق الزوجين معا، نجد أن الشريعة الإسلامية وضعت نظاما محكما ضبطت من خلاله العلاقة بين الزوجين، فحددت حقوق والتزامات كل من الزوج والزوجة على أساس المساواة، فلم تغلب طرف على الآخر، ومنحت المرأة حقوقا لم تمنحها إياها أية شريعة سموية أخرى.

لم تقتصر الشريعة الإسلامية على تنظيم العلاقة بين الزوجين أثناء الحياة الزوجية فحسب بل حتى عند انحلالها، فقد أدركت الشريعة الإسلامية بأن العلاقة الزوجية قد تكون عرضة للإنهيار والتفكك فوضعت مجموعة من الأحكام تحكم حل الرابطة الزوجية، وجعلت الطلاق يقع بإرادة الزوج، لكنها لم تهمل جانب المرأة ففتحت لها باب اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بسبب الضرر المادي والمعنوي، كما سمحت باللجوء إلى الخلع، ففصّلت في أحكام الخلع والتفريق تفصيلا دقيقا ومحكما لا يحتوي على أية نقائص، وقيّدته بشروط وضوابط حتى لا يكون هناك تعسف فيه.

بالرجوع إلى مشرعنا الجزائري وبعد الدراسة المعمقة في الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

أولا: اتجه المشرع الجزائري في تعديلاته الأخيرة لقانون الأسرة الجزائري إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة وإلى تقوية المركز القانوني للمرأة، ويظهر هذا التوجه من عدّة نقاط نذكر منها:

–سوى المشرع بين الرجل والمرأة في تحديد السن القانونية للزواج من خلال المادة 07 من ت أ ج.

– منحت المادة 19 الحرية للزوجين في الاشتراط بما يريانه ضروريا وجعلت من أهم شروط التي يمكن ادراجها في عقد الزواج شرط عدم التعدد وعمل المرأة.

– سمحت المادة 37 فقرة 02 للزوجين أن يتفقا على تنظيم أموالهما المكتسبة من خلال اتفاق يبرم بينهما يرد في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق ينظمان من خلاله مصالحهما المالية، ويحددان النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما .

– وسّع المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 من ت أ ج من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطليق، فأضاف حالتين جديدتين لم تكن موجودة من قبل وهي حالة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (المادة 53 فقرة 09)، وحالة التطليق لشقاق المستمر بين الزوجين (المادة 53 فقرة 08).

– أقر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 الخلع الذي يتم بإرادة الزوجة كمقابل للطلاق الواقع بإرادة الزوج، فبعدما كان الخلع رخصة تستعملها الزوجة وتحتاج فيها لموافقة الزوج، أصبح بعد تعديل 2005 حق أصيل للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق.

– وفي التعويض أضاف المشرع الجزائري مادة جديدة وهي المادة 53 مكرر، حيث أجاز من خلالها للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض إلى جانب التطليق عن الضرر بشرط أن تثبت الضرر الواقع عليها سواءا كان الضرر مادي أو معنوي.

– فيما يخص مسقطات الحضانة نجد بأن المشرع الجزائري لم يعتبر عمل المرأة سببا مسقطا للحضانة (المادة 67 من ت أ ج) مما يفهم منه أن المشرع اتجه لتكريس حق المرأة في العمل والتسوية بينها وبين الرجل في مجال العمل.

ثانيا: من خلال الدراسة اتضح لنا بأن المشرع الجزائري لم يعتمد على مذهب فقهي معين وهذا ما أدى به إلى الوقوع في التناقض، فبالرغم من أن المذهب السائد في الجزائر هو

المذهب المالكي إلا أننا نجده في بعض الحالات لم يأخذ من المذهب المالكي وإنما من المذاهب الأخرى كالمذهب الحنبلي في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، التطليق للغياب، كما اعتمد المذهب الحنفي في بعض الأحيان، وفي الخلع أخذ برأي انفرد به الفقيه ابن رشد الحفيد فلم يكن محل إجماع بين الفقهاء المسلمين، وإن كان المالكية قد أجازوا للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع عند عجز الحكمين عن الإصلاح بين الزوجين مقابل رد الزوجة ما قبضته من مال.

ثالثا: اتسمت معظم المواد قانون الأسرة الجزائري بالغموض والتعميم، إذ نجد المشرع الجزائري في غالب الأحيان يضع المبادئ العامة لكل مسألة، ثم يترك الجزئيات للقضاء لتفصيل فيها بالرجوع إلى الفقه الإسلامي عملا بنص المادة 222 من ت أ ج التي أحالت كل مسألة لم يرد بشأنها نص لأحكام الفقه الإسلامي، وقد ترتب عن انتهاج هذه السياسة الغموض في بعض المواد والنقص في البعض الآخر:

– عندما تعرض للتطليق لعدم الإنفاق لم يميز بين عدم الإنفاق بسبب الإعسار بالنفقة، وبين حالة الامتناع العمدي عن الإنفاق، كما لم يفرق بين الزوج الحاضر والغائب، ولم ينص على المدة التي يمهل فيها القاضي الزوج بأن ينفق أو يطلق.

– في التطليق للعيوب لم يشر إلى ضرورة ترك مهلة للمريض حتى يشفى قبل الحكم بالتطليق للعيوب، ويستعين في تحديد المهلة بالطب.

– لم يحدد المقصود بالجريمة التي تمس بشرف الأسرة ولم يعطي أمثلة عنها.

– لم يحدد المقصود بالفاحشة المبينة في التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

– في الخلع اكتفى المشرع الجزائري فقط بتحديد وصف الخلع بأنه طلاق يتم بإرادة الزوجة المنفردة، وكذلك قام بتحديد بدل الخلع، وأهمل المسائل كثيرة فلم يعرّف الخلع ولم يتعرض لأركانه وشروطه، ولم يحدد نوع بدل الخلع، ولم ينص على نوع الفرقة هل هي طلاق رجعي أم بائن.

فيما يخص الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج فاتسمت كذلك بالغموض ونقص الصياغة ويظهر ذلك في الآتي:

– بالنسبة للعدّة لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالقرء هل الحيض أم الطهر، ولم يتعرض لبعض الحالات الخاصة في العدّة كالمستحاضة والمرتابة، والصغيرة التي لم تحيض.

– بالنسبة للرجعة لم يحدد المشرع الجزائري متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا.

– لم ينص المشرع الجزائري على مصاريف الوضع والنفاس بالنسبة للمطلقة الحامل.

– لم يقر المشرع الجزائري بتعويض الزوج عن الخلع التعسفي رغم أن الزوجة قد تتعسف في استعمالها لحق الخلع فتلجأ إليه لأتفه الأسباب.

– لم يتعرض المشرع الجزائري لأجرة الحضانة والرضاع.

رابعا: فيما يخص أسباب ارتفاع نسبة الطلاق ولاسيما الخلع فقد ساهمت فيه عدّة عوامل:

- **من الناحية القانونية:** فإن أسباب هذه الزيادة يمكن ردها إلى:

– تضييق سلطة القاضي التقديرية في الخلع، حيث يتدخل القاضي فقط لتحديد بدل الخلع عند الاختلاف فيه، وهذا ما جعل الخلع يمارس لأتفه الأسباب ودون أن يقيد بضابط معين.

– سهولة الإجراءات في الخلع مقارنة بأنواع الطلاق الأخرى.

– عدم فعالية جلسات الصلح في المحاكم فباتت مجرد جلسات شكلية تنتهي بالفشل وبالتالي إيقاع الطلاق.

– عدم اللجوء إلى تحكيم الحكمين من أهل الزوج والزوجة فقد ينجحان في إعادة الوئام بين الزوجين، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء المالكية حينما أجازوا للقاضي بإيقاع الخلع دون موافقة الزوج حيث اشترطوا بعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين أو التفريق.

- **من الناحية الاجتماعية:** تكمن العوامل التي ساهمت في زيادة نسبة الطلاق وبالخصوص الخلع في الآتي:

– عدم نضج الشباب المقبلين على الزواج وافتقارهم لروح المسؤولية ومواجهة عراقيل الحياة الأسرية.

– عدم التوافق الفكري بين الزوج والزوجة وانعدام الحوار بينهم.

– تدني مستوى المعيشة جعل الأزواج غير قادرين على مواجهة صعوبات الحياة الزوجية فيلجأون إلى أسهل الحلول في نظرهم وهو الطلاق.

– الاستقلالية المادية للمرأة الجزائرية جعلها تعتقد بأنها قادرة على تسيير حياتها وتربية أبنائها دون حاجة إلى الرجل.

بعد عرضنا لجملة النتائج المتوصل إليها من خلال الدراسة نقدم بعض الاقتراحات قد تساهم في تدارك بعض النقائص التي اعترت قانون الأسرة الجزائري:

أولا: فيما يخص المادة 53 من ت أ ج:

– إضافة بنود جديدة إلى الفقرة 1 من نص المادة 53:

✓ التفريق بين حالة الإعسار بالنفقة و اليسار.

✓ إمهال الزوج شهرا أو شهرين لينفق أو يطلق عليه القاضي إن رغبت الزوجة في ذلك.

✓ التعرض لنفقة زوجة الغائب وتحديد إجراءات تحصيل النفقة من الزوج الغائب مثلما فعلت التشريعات المقارنة.

– بالنسبة للفقرة 2 من نص المادة 53 يضاف إليها فقرة جديدة توجب على القاضي أن يؤجل كل مريض يرجى برؤه ويستعين في تحديد مدة التأجيل بالطب.

– فيما يخص التطليق للهجر في المضجع على المشرع أن يعتمد أحد الاتجاهين: الأول أن ينص صراحة بأن الهجر المقصود هو الإيلاء، وبالتالي يستبدل عبارة الهجر فوق أربعة أشهر" بالإيلاء" ليستقيم المعنى، أو يلغي المدة المقررة وهي أربعة أشهر حتى لا

يرتبط الهجر بالإيلاء، ويجعل الهجر في المضجع صورة من صور التطليق للضرر ليصبح نص المادة 53 فقرة 10: "التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولا سيما ضرر الهجر في المضجع ".

– في التطليق للغياب ينبغي على المشرع الجزائري أن يلغي شرط عدم الإنفاق من نص المادة 53 فقرة 05 ويضيف فقرة جديدة كما قلنا إلى نص المادة 53 فقرة 1 تتعلق بنفقة زوجة الغائب.

– إضافة فقرة جديدة تتعلق بالتطليق للفقدان.

– إلغاء الفقرة 06 المتعلقة بالتطليق بسبب مخالفة أحكام التعدد بإعادة تنظيمها على الشكل الذي كانت عليه قبل التعديل وإدراجها كصورة من صور الضرر.

– إلغاء الفقرة 07 من نص المادة 53 المتعلقة بالتطليق لارتكاب فاحشة مبينة وإدماجها في الفقرة 04 أو الفقرة 10 من نص المادة.

ثانيا: فيما يخص المادة 54 من ت أ ج:

- ✓ إضافة مواد أخرى بجانب المادة 54 كونها غير كافية تحدد شروط الالتجاء إلى الخلع و أركانه، ووضع قيود حتى لا تستعمله المرأة بدون وجه حق.
- ✓ إعادة النظر في بدل الخلع بإضافة معيار آخر وهو حجم الضرر اللاحق بالزوج، لأن معيار صداق المثل قد يكون فيه إجحاف بالنسبة للزوج إذا كان قد قدّم صداقا يفوق صداق المثل.
- ✓ إضافة فقرة جديدة في نص المادة 54 تجيز للقاضي أن يحكم للزوج بالتعويض إذا تبين له تعسف الزوجة في الخلع.
- ✓ زيادة سلطة القاضي في التثبت من أسباب الخلع والتأكد من وجاهتها لتضييق من حالات اللجوء إلى الخلع و المحافظة على الرابطة الزوجية.
- ✓ إلزام القاضي باللجوء إلى تحكيم الحكمين قبل صدور الحكم بالخلع.

ثالثا: فيما يخص آثار انحلال عقد الزواج:

- ✓ إضافة بنود جديدة إلى نص المادة 58 تتعلق بعدّة المستحاضة والمرتابة وتحديد عدّة المختلعة.
- ✓ ضرورة تعديل الفقرة الأخيرة من المادة 59 الخاصة بعدّة زوجة المفقود وتصبح كالآتي :" تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بوفاته الحكمية".
- ✓ بالنسبة للرجعة ينبغي على المشرع الجزائري أن يحدد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، وأن يربط الرجعة بالعدّة وليس بمحاولة الصلح.
- ✓ ضرورة تحديد ولو على سبيل المثال حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية من أجل إثبات النسب مثلما فعل الفقه الإسلامي المعاصر.
- ✓ ضرورة إضافة مواد جديدة في قانون الأسرة الجزائري تنظم أحكام الزيارة من حيث مدّتها ومكان ممارستها.
- ✓ ينبغي على المشرع الجزائري أن يضيف مصاريف الوضع والنفاس بالنسبة للمطلقة الحامل.
- ✓ ضرورة وضع معيار يستعين به القاضي في تقدير نفقتي العدّة والإهمال حتى لا يكون هناك تناقض في الأحكام القضائية.
- ✓ إضافة مواد جديدة تتعلق بأجرة الحضانة والرضاع وجعلها من المستحقات المالية للمطلقة.

رابعا: لمواجهة ظاهرة التزايد في نسب الطلاق ولاسيما الخلع نقترح على المشرع الجزائري:

- ✓ التشديد في إجراءات الصلح والتحكيم ومراقبة القضاة حينما يقومون بإجراء الصلح بين الزوجين.

- ✓ تكوين قضاة متخصصين في شؤون الأسرة لهم دراية كافية بأحكام الفقه الإسلامي نظرا لارتباط قانون الأسرة به، لكونه المصدر الذي يتم اللجوء إليه عند وجود نقص في القانون طبقا لنص المادة 222 من ت أ ج.
- ✓ تزويد المحاكم والمجالس بمختصين في علم النفس والاجتماع يوضعون تحت تصرف القاضي المختص بشؤون الأسرة.
- ✓ ينبغي على وزارة الشؤون الدينية أن تلزم أئمة المساجد بتوعية المقبلين على الزواج من خلال تعريفهم بحقيقة الحياة الزوجية وكيفية مواجهة صعوباتها وسبل تحقيق الاستقرار داخل الأسرة بالاهتداء بسيرة الرسول ﷺ مع زوجاته.

نأمل من المشرع الجزائري أن يأخذ بعين الاعتبار الاقتراحات المقدمة وأن يعدل في قانون الأسرة الجزائري بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ويحقق التوازن بين طرفي عقد الزواج دون أن ينحاز لطرف على حساب الآخر بل يعمل على رعاية مصالح الطرفين معا.

﴿ تم بحمد الله و عونه ﴾

قائمة

المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

المصادر والمراجع

أولا – النصوص القانونية

1- الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 1979/12/18، وتم التوقيع عليها في شهر يوليو سنة 1980، ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1981.

2- النصوص التشريعية

1. الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والذي خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية، الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11.
2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78، المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 فبرايرسنة 2005، العدد 15، السنة 42، ص 18.

4. القانون رقم 224/63 المؤرخ في 29 يونيو سنة 1963، المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، الجريدة الرسمية الصادرة في 02 يوليو سنة 1963، العدد 44، ص 680.

5. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 يونيو سنة 1984، العدد 24، السنة 51، ص 910.

6. القانون رقم 04/05 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية، عدد 12، سنة 42 الصادرة بتاريخ 13 فبراير سنة 2005، ص 10.

7. القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية العدد 84، السنة 43، الصادرة في 24 ديسمبر 2006، ص 11، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

8. القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية ، عدد 21، السنة 45 ، مؤرخة في23 أبريل 2008، ص 02.

9. القانون رقم 01/15 المؤرخ 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، العدد 01، السنة 52، الصادرة بتاريخ 7 يناير 2015، ص07.

10. القانون رقم 03/16 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الاجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية، العدد 37 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2016 ، ص 05.

3- النصوص التنظيمية

1. المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية، العدد 06، المؤرخة في 24 يناير 1996، السنة الثالثة والثلاثون، ص 04.

2. المرسوم التنفيذي رقم 107/15 المؤرخ في 21 أبريل سنة 2015، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/142 الذي عنوانه "صندوق النفقة"، الجريدة الرسمية، العدد 22 الصادرة في 29 أبريل 2015، ص04.

3. قرار الوزاري المشترك، مؤرخ في 18 يونيو سنة 2015، يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، الجريدة الرسمية، العدد 35، صادرة بتاريخ 28 يونيو سنة 2015، ص 20.

5- قوانين أجنبية

1. قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية الصادر بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 1953/59 المؤرخ في1953/09/07.

2. القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4 مكرر بتاريخ 29 يناير 2000.

3. القانون رقم 70/03 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2004، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية، رقم 5184 الصادرة بتاريخ 5 فبراير سنة 2004.

4. قانون الإمارات الاتحادي رقم 29 لعام 2005 بشأن الأحوال الشخصية الصادر في 9 نوفمبر2005، الجريدة الرسمية عدد 439 العام35 المؤرخة في 2005/11/14.

5. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.

https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets

ثانيا – الكتب

أ- كتب التفسير:

1. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء1، ط1، دارالكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1994.
2. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، الجزء 4، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 1994.
3. أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق:سامي بن محمد السلامة، المجلد الأول، د.ط، دار طيبة،د.ب.ن،سنة 2002.
4. محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة النساء، المجلد الثاني، الجزء 2، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، سنة 2009.

ب- كتب الحديث:

1. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح البخاري، المجلد 08، ط 01، دار التأصيل، مركز البحوث وتقنية المعلومات، القاهرة مصر، سنة 2012.
2. أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي السلمي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء 03، ط02، مكتبة ومطبعة مصطفى البالي الحلبي وأولاده، مصر، سنة 1968.
3. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الجزء 07، ط 03، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2003.
4. الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مطبوع مع شرح النووي، تحقيق: رضوان جامع رضوان، الجزء 08، ط 01، مؤسسة المختار القاهرة، سنة 2001.

5. الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه، وأحاديثه، وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء 1، مكتبة دار إحياء الكتب العربية، د. د.ن و السنة.

6. علي بن عمرالدارقطني، سنن الدارقطني،الجزء03، دار ابن حزم، لبنان، د.س. ن.

7. محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام،الجزء 03، ط 01، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 2006.

8. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، قدم له واعتنى به وخرج أحاديثه رائد بن صبري ابن أبي عرفة، د.ط، بيت الأفكار الدولية،لبنان، سنة 2004.

9. النسائي أحمد، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، الجزء 08، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 2001.

ج- كتب الفقه القديم

1. ابن القيم، عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء 4، ط02، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، د . س .ن.

2. ابن تيمية، فتاوى الزواج وعشرة النساء، تحقيق فريد بن أمين الهنداوي، د.ط، دار الشهاب الجزائر، سنة 1991.

3. إبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، الأردن، سنة 2009.

4. إبن نجيم، بحر الرائق، شرح كنز الدقائق، المجلد 4، الجزء 4، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1997.

5. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاوشي، الجزء 7، د.ط ، المكتب الإسلامي، سنة 1991 .

6. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق:عبد الغفار سليمان البنداري، الجزء 09، ط 01، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2003 .

7. أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 03، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2002 .

8. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المُغني، الجزء 07، ط 01، مكتبة القاهرة، مصر، سنة 1989.

9. الباجي أبو الوليد خلف بن سعد، المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق :عبد القادر أحمد عطاء، الجزء 07 ، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 1990.

10. الحطاب أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الجزء 04، ط01، مطبعة السعادة مصر، د. س.ن.

11. الدردير أبي البركات أحمد بن محمد، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، الجزء 02، طبعة الإمارات العربية المتحدة، د . س .ن .

12. زكريا بن غلام قادر الباكستاني، ما صح من آثار الصحابة في الفقه، المجلد الأول، ط 01 ، دار الخراز، المملكة العربية السعودية، سنة 2000 .

13. زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، ط 01 ، دار ابن الجوزي، السعودية، سنة 1994.

14. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 21، د. ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ن.

15. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 06، د.ط، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة 1984.

16. شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، أعلام النبلاء، الجزء 1، د.ط، مؤسسة الرسالة، سنة 2001.

17. علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الأنصاف، الجزء 8، ط 01، دار إحياء التراث العربي، د. ب .ن ، سنة 1975 .

18. كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن همام، شرح فتح القدير، الجزء 4، د. ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د. س .ن.

19. مالك ابن أنس ، المدونة الكبرى، الجزء 4، د.ط ، سنة 2001.

20. _____، موطأ الإمام مالك، الجزء1، مكتبة الفرقان، دبي، د.س.ن .

21. محمد أمين الشهير بابن عابدين، الرد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 05، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، سنة 2003.

22. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 02، ط10، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، سنة 1988.

23. محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، الجزء 04، ط01، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر، سنة 2012 .

24. محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، الجزء 03، د.ط، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، سنة 2003.

25. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيليحي هلال، الجزء 5، د.ط ، دار الفكر، مصر، سنة 1982.

26. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز، د.ط ، المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2003.

د- كتب الفقه الحديث

1. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، ط01، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، سنة 1999.

2. أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء 03، د. ط، المكتبة التوفيقية، القاهرة مصر، سنة 2003.

3. أبي عبد الله جمال بن عطية الجنيدي، مختصر تيسير الحديث في أحكام المواريث، ط01، مركز الدراسات والبحوث الإسلامية، مصر، سنة 2017 .

4. أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2004.

5. أحمد محمد أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية، دراسة تأصيلية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2014 .

6. أحمد نصر الجندي، عدة الطلاق عقب الفراق والطلاق، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 1995.

7. أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الظهار، اللعان، الإيلاء)، د.ط، دار الكتب القانونية ، مصر، سنة 2005.

8. _____، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006.

9. _____، مسائل الأحوال الشخصية، د.ط، دارالكتب القانونية، مصر، سنة 2008.

10. أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر المعنوي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، د.ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، سنة 2007.

11. أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2011.

12. إقبال عبد العزيز عبد الله المطوع، حقوق المطلقة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، ط01، الإصدار 43، مجلة الوعي الإسلامي" مجلة كويتية شهرية جامعة"، تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، سنة 2012.

13. بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن.

14. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، سنة 2003.

15. حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 01 لسنة 2000، ط01، دار الأفاق العربية، مصر، سنة 2001.

16. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2006.

17. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2007.

18. سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقاتها الشرعية، ط01، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت، سنة 2001 .

19. سيد سابق، فقه السنة، المجلد 02، ط 04، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 1983.

20. سيد علي سيد محمد، موسوعة القرائن الطبية المعاصرة وأثرها في إثبات الأحكام الشرعية، د.ط، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، مصر، د.س.ن .

21. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 1997 .

22. عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، ط 01، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان، سنة 2001 .

23. عبد الرحمان الصابوني، مدى حق الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية، ط 02، دار الفكر، د. ب .ن، سنة 1968.

24. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط02، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر، بيروت لبنان، سنة 1989.

25. _____، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 1993.

26. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 02، دار القلم للنشر والتوزيع، سنة 1990.

27. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2003 .

28. علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، د.ط، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، سنة 1971.

29. _____، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط01، دار الفكر العربي، مصر، سنة 2008.

30. علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدّة ونسب، ط01، دار الفكر العربي، سنة 1968.

31. علي محمد علي القاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة مصر، سنة 2005.

32. عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط 01، دار الفضيلة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، سنة 2002 .

33. عمر عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، المجلد الثاني، ط 01، سنة 2005.

34. عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ط01، دار ومكتبة الهلال، بيروت لبنان، سنة 1986.

35. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط01، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، سنة 1988 .

36. كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، د.ط ، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، سنة 1983.

37. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1950.

38. _____، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، سنة 1996.

39. محمد أمين الضناوي،أصول المعاشرة الزوجية في الكتاب والسنة، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1971 .

40. محمد بن أحمد الصالح ، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الثاني، د.ط، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د.س.ن.

41. محمد بن هلال المعولي، الحضانة في الفقه الإسلامي، ط 01، مكتبة مسقط، عُمان، سنة 1998 .

42. محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، طبعة 2010، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن ، سنة 2010 .

43. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية،ط 01، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2002.

44. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط 01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، سنة 2002 .

45. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، سنة 1998.

46. محمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، (الأحكام المختصة بذات الإنسان– المواريث)، تصنيف محمد زيد الألباني، تحقيق محمد العزازي، د .ط ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، د . س. ن .

47. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان الأردن، سنة 2010 .

48. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011 .

49. معوض عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ط 01، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة1997 .

50. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء 02، دار المعارف الإسكندرية، مصر، د.س.ن.

51. نور الدين أبو لحية، آثار حل العصمة الزوجية، ط01، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن .

52. _____، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، ط01، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن.

53. وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، د.ط، دار الفكر، دمشق سوريا، سنة 2000.

54. _____، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 07، الأحوال الشخصية، ط01 و02، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سنة 1984، 1985.

55. _____، الفقه المالكي الميسر، أحكام الأسرة، الجزء الثالث، طبعة 02، دار الكلم الطيب، دمشق، سنة 2002.

56. _____، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 09، دار الفكر دمشق سوريا، سنة 2009.

57. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 11، مطبعة دار التراث العربي، القاهرة، سنة 1997.

هـ-الكتب القانونية

1. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004.

2. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، دراسة فقهية مقارنة، طبعة 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، سنة 2010 .

3. أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون، دراسة تأصيلية في ضوء أقوال الفقهاء وأحكام القانون واتجاه القضاء، د.ط، دار الإيمان للنشر والتوزيع، إسكندرية مصر، سنة 2002 .

4. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د.ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة 2007.

5. _____، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي)، د.ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، سنة 2008.

6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01، الزواج والطلاق، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 2007 .

7. _____ ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء 02، ط 05 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2007 .

8. بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008 .

9. بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، سنة 2010.

10. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 01، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، سنة 2008.

11. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.

12. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009 .

13. _____، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2008.

14. حسنين المحمدي البوادى، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، ط01 ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، مصر، سنة 2005.

15. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 02 ، دار الفكر الجامعي ، مصر، سنة 2011 .

16. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، د.ط، دار العلوم، عنابة الجزائر، سنة 2004 .

17. رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط01، دار الفكر العربي للنشر، مصر، سنة2001 .

18. سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط 02، الجزء 01، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، سنة 2007.

19. سليمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الهدى، الجزائر، سنة 2003.

20. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، ط1، دار الخلدونية الجزائر، سنة 2009 .

21. طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، دراسة مقارنة، ط01، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2012 .

22. الطيب بوحالة، فحوصات الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة، طبعة 2010، دار الفكر والقانون، المنصورة، القاهرة مصر، سنة 2010 .

23. عادل فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون، دار الذهبية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2000.

24. عالية أحمد صالح ضيف الله، العنف ضد المرأة بين الفقه والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، د.ط، دار مأمون للنشر والتوزيع، د.ب .ن ، د. س .ن .

25. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء 1 ، مصادر الالتزام، د.ط، دار إحياء التراث العربي، د . س ، ن.

26. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1996 .

27. عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 02 ، دار هومه، الجزائر، سنة 2009 .

28. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، طبعة 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، سنة 2007 .

29. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، ط 01، دار ابن فرحون للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2010.

30. عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، د.ط، ودار النشر، السنة الرابعة 1982 .

31. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2013 .

32. عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 2001.

33. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992 .

34. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د.ط، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون الجزائر، سنة 2003 .

35. عمر صلاح مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والغربية، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2010 .

36. عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، د.ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2006 .

37. الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري ، د، ط ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1995.

38. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، د.ط ، الجزء 1، المؤسسة الوطنية للكتاب ،سنة 1986 .

39. لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، د.ط، دار هومه الجزائر، سنة 2005 .

40. لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، طبعة 02، الجزائر، سنة 2009 .

41. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1994.

42. محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، الجزء 02، دروس في نظرية الحق، ط 01، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011 .

43. محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992.

44. محمد عزمي بكري، النسب فقها وقضاءً، ط01، دار محمود للنشر، القاهرة مصر، سنة 2015، 2016.

45. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، سنة 2002.

46. مصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ط ، دار هومه الجزائر، د.س.ن .

47. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط 01، دار الوراق، المملكة العربية السعودية، الرياض، سنة1999 .

48. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، سنة 1992 .

49. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وأثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2008.

50. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، طبعة سنة 2012.

51. هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي، ط01، دار دجلة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010.

52. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر– الإمارات، سنة 2013.

53. هشام حسن مهدلي، الخلع بين الفقه والقضاء وفقا لقانون رقم 01 لسنة 2000، د.ط ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، سنة 2003 .

ثالثا –الرسائل الجامعية

أ– أطروحات الدكتوراه

1. أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية ومقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنيةسنة 2005 .
2. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014 .
3. بوزيد خالد، إثبات النسب بالطرق العلمية في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، سنة 2017 ، 2018 .
4. رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2005 ، 2006 .
5. زبيدة إقروفه، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية نموذجا)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، سنة 2008، 2009 .
6. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، سنة 2004 ، 2005 .

7. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،سنة 2006،2007 .

8. عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، ل.م .د، تخصص العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1،سنة 2017، 2018 .

9. علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2014 ، 2015 .

10. عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017.

11. عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2014 ، 2015.

12. فرقاني قويدر نور الإسلام، التعويض عن الضرر المعنوي ف ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة ، سنة 2017، 2018.

13. قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2008، 2009.

14. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، ، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2014 ، 2015.

15. مبروكة غضبان، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2017، 2018.

16. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم شريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2008، 2009 .

17. مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2009، 2010.

18. هيشور أحمد، الخلع بين الشريعة والتشريع، دراسة فقهية حقوقية مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس بلعباس، سنة 2014، 2015.

19. غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2010، 2011.

ب – رسائل الماجستير

1. أحمد خاتري، التطليق بسبب الغياب، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون ، جامعة الجزائر1، سنة 2014، 2015 .
2. أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، قدم هذا البحث استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، سنة 2009 .
3. بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 2002 .
4. بوقندورة محمد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري المعدل لسنة 2005، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، الجزائر، سنة 2011 .
5. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، سنة 2006 .
6. عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، ، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة الإسلامية بغزة فلسطين، سنة 2012.

7. عبد الكريم الغوط، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانيا ،سنة 2007، 2008.

8. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، سنة 2006.

9. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، سنة 2004 .

10. عزيزة حسين، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1999، 2000.

11. ليلى جمعي، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، سنة 1994.

12. مصعب صلاح صالح شلالده، التحكيم في النزاع والشقاق بين الزوجين وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، فلسطين، سنة 2018 .

13. مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي بالبويرة ، العقيد أكلي محند أولحاج، سنة 2010، 2011 .

14. مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر سنة 2003.

رابعا– المقالات القانونية

1. أحمد الغندور، (التعليق على حكم المحكمة الكلية الصادر بتاريخ 1974/1/16 في قضية رقم 1973/2525)، مقال منشور في مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، سنة 1978.

2. إسماعيل البريشي، (الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية)، مقال منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد الخامس، العدد 4، سنة 2009.

3. اسماعيل الشندي، (أحكام هجر الزوجة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة)، مقال منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، المجلد01، العدد 36، سنة2015. https://journals.qou.edu/index.php/jrresstudy/article/view/671

4. _____ (الزنا بالمحارم وعقوبته المقررة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة)، مقال منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 2/30، سنة 2013.

5. إسماعيل كاظم العيساوي، (استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير، دراسة مقارنة)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، سنة 2009.

6. إلغات ربيحة، (الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا)، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، سنة 2009.

7. أمجد عبد الفتاح أحمد حسن، حسن فلاح موسى فلاح، (الخلع تحت عيني الزوج)، مقال منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة، المجلد 04، العدد 02، جوان 2018.

8. بلحاج العربي، (ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجديد)، مقال منشور في مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 3، العدد 01، سنة 2013.

9. بلقاسم شتوان، (امتناع الزوج عن الإنفاق وحق الزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا)، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية،الأمير عبد القادر ،قسنطينة،المجلد01،العدد01، ديسمبر 2001.

10. بن داود عبد القادر، (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري والاشكاليات وحلها)، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 5، العدد 09، سنة 2004.

11. بن عامر يزيد، (زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري)، مقال منشور في مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، تصدر عن المركز الجامعي بتيبازة، المجلد 03، العدد 06، جانفي 2019.

12. بوسطلة شهرزاد،(ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية)، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 1، العدد 1 ، سنة 2009.

13. بوشنتوف بوزيان، (صندوق النفقة كوسيلة لتفعيل تنفيذ أحكام النفقة الصادرة في مسائل شؤون الأسرة قراءة في نصوص القانون رقم 15-01 الصادر بتاريخ 04-يناير 2015)، مقال منشور جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، المجلد 33، عدد 1 ، سنة 2019، ص 340، 343.

14. تشوار حميدو زكية، (عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والاجتهادات الفقهية والقضائية)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 02، سنة 2002.

15. _____، (الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 41، العدد 2، سنة 2003.

16. حسن بغداوي، (نظام الأموال بين الزوجين، في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني)، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة الحقوق بجامعة عين شمس، مصر، العدد 01، السنة 12، سنة 1970.

17. خالد بن عبد الله المزيني، (نفقة الزوجة في العصر الحاضر)، بحث فقهي مقارن، مقال منشور بتاريخ 15 ديسمبر 2016.عبر الموقع الإسلامي: almoslim.Net

18. رافع عبد الهادي عبد الله الصغير،(أحكام أجرة الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني)، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية، تصدر عن كلية القانون

جامعة مصراتة، ليبيا ،السنة الثالثة، العدد 02، أفريل 2016.
https://jlr.misuratau.edu.ly

19. ردينا إبراهيم الرفاعي وجميلة عبد القادر الرفاعي، (شرط إذن الزوج لعمل المرأة وما يترتب عليه من أحكام، دراسة فقهية مقارنة)، مقال منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن الجامعة الأردنية، المجلد 36، ملحق، سنة 2009.

20. رشيد العمري، (تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت، دراسة مقارنة)، مقال منشور في مجلة الراشدية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، منشورات جامعة معسكر، العدد 2، جوان 2010.

21. سامي محمد أبو عرجة، (الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي)، مقال منشور في مجلة الأزهر، غزة فلسطين، المجلد 10، العدد 02، سنة 2008.

22. سامية بن قوية، (آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، سنة 2010.

23. سلمى بنت محمد بن صالح هوساوي، (الأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة والمطلقة)، مقال منشور في مجلة كلية اللغة العربية بالزقازيق، العدد 35 ،سنة 2015.
journals.ekb.eg

24. سمير شيهاني، قاسي سي يوسف،(الخلع نظرة تحليلية لقضاء المحكمة العليا مقارنة بالفقه الإسلامي)، مقال منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، المجلد 05، عدد1، سنة.2021
https://digitalcommons.aaru.edu.jo/aaujbl:

25. سميرة معاشي، (أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري) ، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 06 ، د.س.ن .

26. الشبيلي الهادي الحسين، (استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب– نظرة شرعية)، مقال منشور في المجلة العربية للعلوم الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد 18، ع 35، محرم 2003.

27. شوقي البناسي، (الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 4، سنة 2008.

28. صالح بوبشيش، (نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور في مجلة الإحياء، تصدر عن جامعة باتنة1 الحاج لخضر، المجلد 04، العدد 01، سنة 2002.

29. عبد الجبار زين العابدين، (أثر عدم الإنفاق في الفرقة الزوجية في الفقه الإسلامي المقارن)، مقال منشور في مجلة كلية الأداب، قسم علوم القرآن الكريم، عدد101، جامعة المستنصرية، مصر، د.س.ن. www.iasj.net

30. صالح بوشلاغم، (التعسف في هجر الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العُماني)، مقال منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عُمان، المجلد 47، عدد 01، سنة 2020.

31. عبد الباقي بدوي، (التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية– العقم نموذجا–) مقال منشور في

مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 30، العدد 03، سنة 2016.

32. عبد السلام عبد القادر، (الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة)، مقال منشور في مجلة الإحياء، تصدر عن جامعة باتنة 01، الحاج لخضر، المجلد 10، العدد 01، سنة 2008.

33. عبد العزيز دخان، (حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها)، مقال منشور في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مجلة علمية أكاديمية دورية محكمة، تصدر عن مخبر الشريعة، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، سداسي 02، العدد 10، سنة 2015.

34. عبد الفتاح تقية، (الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 11/84)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، سنة 2003.

35. عمر صدوق، (دراسة جديدة في تعديل قانون الأسرة)، مقال منشور في مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو، العدد 05، مارس 2007.

36. عبد الفتاح تقية، (عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد 02، سنة 2009.

37. عبد الله بن إدريس أبو بكر ميغا، (حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه)، قدّم المقال بمناسبة الندوة التي نظمها مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة 2016.

38. عبد الله محمد ربابعة، (الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني)، مقال منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 01، المجلد 12، سنة 2015.

39. عبد المجيد بن يكن، (المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري –دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدر عن جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، المجلد 04، العدد 02، جوان 2017.

40. علال ياسين،(عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور بالمجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية، تصدر عن جامعة أحمد درابة أدرار، المجلد 16، العدد 01، سنة 2017.

41. علي أبو البصل،(الشروط العقدية في العقود عامة وفي عقد النكاح خاصة)Www. Alukah..Net

42. عماد محمد ربيع، (تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية والقانون الجنائي)، مقال منشور في مجلة دمشق، المجلد 18، عدد 02، سنة 2002.

43. عيادة الحسين، بن شويخ رشيد، (دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين)، مقال منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، تصدر عن جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، المجلد 10 ، العدد 02 ، جوان 2018.

44. عيساوي عادل، (صندوق النفقة بين النص والتطبيق)، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 10، عدد 03، سنة 2017.

45. محمد بجاق، (مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية)، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات، تصدر عن جامعة الوادي، المجلد 11، عدد 01، سنة 2014.

46. محمود مجيد كبيسي، (حق المحضون على الحاضن ونفقته) ، مقال نشر في إطار ندوة بعنوان" أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة"، نظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، سنة 2015.

47. مقدم عبد الرحيم، (صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة، دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية)، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، تصدر عن جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، المجلد 10، عدد 01، سنة 2015.

48. نصر سليمان، (التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الفقدان والغياب والحبس، دراسة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدر عن جامعة العلوم الإسلامية، الأمير عبد القادر، قسنطينة ، المجلد 15، العدد 30، سنة 2012.

49. نور الدين ميساوي، (التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الإسلامي)، مقال منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، تصدر عن جامعة الأمير عبد القادر، كلية الشريعة والاقتصاد، العدد1، جوان 2012.

50. هنان مليكة، بواب بن عامر، (النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري)، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 19، جوان 2018.

51. النعمان منذر الشاوي، (الرجعة في الطلاق، أركانها وأحكامها، دراسة في الفقه المقارن)، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 07، العدد02،سنة 2005. www.iasj.net/iasj/search?query=au

سادسا- معاجم لغوية

1. أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، د. ط، دار الصادر، بيروت، لبنان، د. س.ن.
2. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، د.ط، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة مصر، د.س.ن.

سابعا- الاجتهاد القضائي

1. المجلس الأعلى،غ أ ش، قرار مؤرخ في 1968/05/22، مجموعة الأحكام القضائية، الجزء الأول، ص 35.
2. المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القرار الصادر بتاريخ 1969/03/12،مجلة الأحكام، المجموعة الأولى، الجزء 01، ص 170، 172.
3. المجلس الأعلى، غ ق خ، قرار مؤرخ في 03 /1971/03، نشرة القضاة، العدد 02، سنة 1972، ص 39.
4. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/01/09، ملف رقم 31997، المجلة قضائية، عدد 01، سنة 1989 ، ص 73 .
5. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/01/09، الملف رقم 32158، المجلة القضائية، عدد 02 ، سنة 1989، ص 53.
6. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/05/14 ، ملف رقم 33275 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، سنة 1990، ص 75 .

7. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/06/11، ملف رقم 33652، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع) المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989، ص 38.

8. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية ، العدد 04، سنة 1989، ص76.

9. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/07/09، الملف رقم 32829، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1999 .

10. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/10/22، الملف رقم 34327، المجلة القضائية، عدد 03 ، سنة 1989 ص 69.

11. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1984/11/05، ملف رقم 32131، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1990، ص 78.

12. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34791 ، مجلة قضائية ، عدد 03، سنة 1989، ص76.

13. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1985/04/22، ملف رقم 36709، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1989، ص 92.

14. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1986/02/10، ملف رقم 39463، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 115 .

15. المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 38341، نشرة القضاة ، عدد 44 ، ص 190.

16. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1986/05/05 ، الملف رقم 40438، المجلة القضائية ، العدد 02 ، سنة 1989 ، ص 75.

17. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1986/09/22، ملف رقم 43594، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1992،ص 41.

18. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1986/12/29، ملف رقم 4386، المجلة القضائية، عدد 02 ، سنة 1993 ، ص 41.

19. المحكمة العليا ،غ أ ش ، قرار بتاريخ 1988/06/20، ملف رقم 49575، المجلة القضائية ، العدد 02 ،سنة 1991، ص 54.

20. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1988/11/21، ملف رقم 51728 ، المجلة القضائية، العدد 3 ، سنة 1990، ص 72 .

21. المجلس الأعلى، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1988/12/19، الملف رقم 51894، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1990، ص 75.

المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية ، العدد 01، سنة 1993، ص46.

22. المجلس الأعلى، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1989/07/03، الملف رقم 54353، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1992، ص 45.

23. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار صادر بتاريخ 1989/11/11 ، ملف رقم 51614 ، المجلة القضائية ، عدد 04 ، سنة 1990 ، ص 67.

24. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1990/02/05، الملف رقم 58220 ، المجلة القضائية، العدد 03 ، سنة 1993 ، ص 53.

25. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1990/03/19، الملف رقم 59140، المجلة القضائية، عدد 04 ، سنة 1991، ص 121.

26. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، عدد 04 ، سنة 1991،ص 126.

27. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1990/04/30، ملف رقم 79891، المجلة القضائية ، عدد 01 ، سنة 1992،ص 55.

28. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم 71727، المجلة القضائية ، عدد 02 ، سنة 1993،ص 47.

29. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1991/04/23، ملف رقم 73885، المجلة القضائية ، العدد 2 ، سنة 1993، ص 55 .

30. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1991/06/18 ، الملف رقم 75029، المجلة القضائية، عدد 02 ، سنة 1994 ، ص 65.

31. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1994/04/19 ، الملف رقم 103793، نشرة القضاة ، عدد 51 ، سنة 1997 ، ص 96 .

32. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 122443، نشرة القضاة ، العدد 55 ، ص 71 .

33. المحكمة العليا ، قرار صادر بتاريخ 1996/06/18،غ أ ش، الملف رقم 137551 ، المجلة القضائية ، عدد 02 ، سنة 1997 ، ص 93.

34. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية، عدد 2 ، سنة 1997 ، ص 66 .

35. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001، ص169 ، 170.

36. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1998/04/21، ملف رقم 189181، المجلة القضائية، عدد خاص ، سنة 2001 ،ص 192.

37. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، قضية (ف – ف) ضد (ف أ – ب ح) و(ف م – ب م)، ملف رقم 193825، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001، ص 73.

38. المحكمة العليا ،غ أ ش ، قرار بتاريخ 1998/05/19، ملف رقم 189324، مجلة الاجتهاد القضائي للأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 147.

39. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/07/11، ملف رقم 222665، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2002، ص 116.

40. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 197739، نشرة القضاة، العدد 56 ، سنة 1999 ، ص 37.

41. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1998/12/15، ملف رقم 214290، المجلة القضائية، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 194.

42. المحكمة العليا،غ أ ش ، قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213571، مجلة قضائية ،عدد خاص ، سنة 2001، ص 119.

43. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213669، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 219 .

44. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار المؤرخ في 1999/03/16، ملف رقم 217179، الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 122 .

45. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1999/03/16 ، ملف رقم 216239، قضية (ب ع م) ضد (س- ن) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 138 .

46. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص126.

47. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1999/05/18، الملف رقم 222651، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص248.

48. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 88.

49. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، المجلة القضائية، عدد خاص ، سنة 2001، ص 129.

50. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 223834، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 225، 229.

51. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، ملف رقم 239349، قضية (زم) ضد (و أ)، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 107.

52. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2002، ص259.

53. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في2000/07/18، ملف رقم 245156، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001 ،ص 188، 190.

54. المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 2001/01/23 ، ملف رقم 258555 ، المجلة القضائية ، عدد 02 ، سنة 2002، ص 417 .

55. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في2001/04/21 ، ملف رقم 258479، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2001، ص 300.

56. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم 265727، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2004، ص432.

57. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2002/3/13، ملف رقم 276760، مجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص 274.

58. المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار صادر بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 254635، نشرة القضاة، لسنة 2006 ، عدد 57 ، ص 209.

59. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2002/07/13، الملف رقم 277411، المجلة القضائية، عدد 02 ، سنة 2004 ، ص259 .

60. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2005/06/15، ملف رقم 331833، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2005، ص 315.

61. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2006، ص 469.

62. المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 258613، قرار بتاريخ 2006/06/14، قضية (ب–ح) ضد (ق– ل)، مجلة المحكمة العليا، عدد2، سنة 2006، ص 421.

63. المحكمة العليا ،غ أ ش، قرار بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2006، ص441.

64. المحكمة العليا،غ أ ش، قرارصادر بتاريخ 2006/07/12،الملف رقم 358348، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2006 ، ص 449.

65. المحكمة العليا،غ أ ش،القرار الصادر بتاريخ2006/10/11،ملفرقم 3652444، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2007، ص 467.

66. المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،قرار مؤرخ في 2007/04/11، الملف رقم 390091، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2008، ص 246.

67. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ2007/04/11، ملف رقم 384529، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2008، ص 291.

68. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار بتاريخ 2008/11/12، ملف رقم 466390، قضية (ع – م) ضد (ب – ك)، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 2008، ص 317.

69. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2009/01/14،ملف رقم 460137، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2009، ص 251 .

70. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474255، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 ، سنة 2009، ص 267، 270.

71. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 2009/02/11، الملف رقم 478795، المجلة المحكمة العليا، عدد 01 ، سنة 2009 ، ص 269 ، 273.

72. المحكمة العليا،غ أ ش ، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480240، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2009،ص 279.

73. المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2011/05/12، ملفرقم 622754، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2012، ص 304، 308.

74. المحكمة العليا، غ ش أ، قرار مؤرخ في 2011/09/15 ، ملف رقم 656259، قضية (ب . ع) ضد (ط – ي)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2012، ص 318، 320.

75. المحكمة العليا،غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2013/03/14،ملفرقم 0729230، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2013، ص 276.

ثامنا – وثائق أخرى

1. نظرات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في التقرير الدوري الثاني للجزائر، (CEDAW/C/DZA/2) في جلستيها667 و668 المنعقدتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005.

2. قرار بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة رقم 144 (16/2)، قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة عشرة بدبي الموافق ل 9 – 14 أفريل 2005. https://iifa-aifi.org/ar/2174.html

تاسعا – مراجع باللغة الفرنسية

Ouvrages

1. FATIMA ZOHRA SAI, le khul'dans le code de la famille Algérien et la moudawwana marocaine, droit de la famille, regards croisés, laboratoire de droit et de nouvelle technologie, faculté de droit, oran, 2007

2. G.Marty and P.Raynaud, Droit Civil, T1 Sirey, 1961.

الفهرس

فهرس المحتويات

مقدمة..... 1

الباب الأول: انحلال عقد الزواج بالتطليق والخلع..... 11

الفصل الأول: انحلال عقد الزواج بالتطليق..... 13

المبحث الأول: التطليق بسبب الاخلال بالالتزامات الزوجية والتعاقدية..... 14

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق..... 15

الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بالنفقة الزوجية..... 15

أولا: تعريف النفقة وأدلة وجوبها.....**15**

1- تعريف النفقة..... **15**

2- أدلة وجوب النفقة الزوجية.....**16**

ثانيا: سبب وجوب النفقة الزوجية وشروط استحقاقها..... **19**

1- سبب وجوب النفقة الزوجية.....**19**

2- شروط استحقاق النفقة الزوجية.....**20**

أ – شروط استحقاق النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي.....**20**

ب- شروط استحقاق النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.....**21**

ثالثا: أنواع النفقة الزوجية وكيفية تقديرها.....**23**

1 – أنواع النفقة الزوجية.....**23**

أ- أنواع النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي.....**23**

ب- مشتملات النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.....**25**

2 – تقدير النفقة الزوجية.....**26**

أ – تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي..... **26**

ب- تقدير النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.....**27**

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التطليق لعدم الإنفاق.....27
أولا: حكم التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي..... 27
1 –حالة إعسار الزوج بالنفقة 28
2 – حالة امتناع الزوج عن النفقة مع اليسار.....32
ثانيا: شروط التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي.....33
ثالثا: نوع الفرقة الواقعة بالتطليق لعدم الإنفاق..... 35
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق..... 35
المطلب الثاني: التطليق بسبب بعد الزوج.....39
الفرع الأول: التطليق بسبب الغياب.....39
أولا: تعريف الغياب.....39
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للغياب.....40
1– حكم التطليق للغياب في الفقه الإسلامي.....40
أ– الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب الغياب.....40
ب– الرأي القائل بجواز التفريق بسبب الغياب.....41
2– شروط التطليق للغياب في الفقه الإسلامي.....42
3– نوع الفرقة للغياب..... 43
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للغياب..... 44
الفرع الثاني: التطليق بسبب الفقدان..... 46
أولا: تعريف المفقود.....46
ثانيا: حكم التطليق بسبب الفقدان 48
1 – حكم التطليق للفقدان في الفقه الإسلامي.....48
2 – حكم التطليق بسبب الفقدان في قانون الأسرة الجزائري.....51

ثالثا: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته على العلاقة الزوجية.....52
الفرع الثالث: التطليق بسبب الحبس وارتكاب الفاحشة المبينة..... 53
أولا : التطليق بسبب الحبس..... **53**
1- مفهوم الحبس..... **54**
2- حكم التطليق للحبس في الفقه الإسلامي.....**54**
3- حكم التطليق للحبس في قانون الأسرة الجزائري.....**55**
ثانيا: التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة **58**
1- موقف الفقه الإسلامي من التطليق لارتكاب الفاحشة..... **58**
أ – مفهوم الفاحشة في الفقه الإسلامي.....**58**
ب – حكم التطليق لارتكاب الفاحشة في الفقه الإسلامي..... **60**
2- موقف المشرع الجزائري من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة..... **61**
المطلب الثالث: التطليق لمخالفة الشروط الاتفاقية والمتعلقة بالتعدد..... 62
الفرع الأول: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..... 63
أولا: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج..... **63**
1 – تعريف الشرط وبيان أنواعه..... **63**
2 – مشروعية الاشتراط في عقد الزواج.....**65**
أ – مشروعية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي..... **66**
ب – حكم الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....**66**
ثانيا: الموقف الفقهي والقانوني من التطليق لمخالفة الشروط.....**67**
1 – الموقف الفقهي من التطليق لمخالفة الشروط **68**
2 – موقف المشرع الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط **70**

الفرع الثاني: التطليق لمخالفة الشروط المتعلقة بالتعدد.....73
أولا:نظام التعدد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....**73**
1 – نظام التعدد في الفقه الإسلامي.....**74**
أ– مشروعية التعدد في الفقه الإسلامي.....**74**
ب – أسباب التعدد في الفقه الإسلامي.....**75**
ج – شروط التعدد في الفقه الإسلامي.....**76**
2 – نظام التعدد في قانون الأسرة الجزائري **77**
ثانيا: التطليق بسبب التعدد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري..... **82**
1– موقف الشريعة الإسلامية من التطليق بسبب التعدد **82**
2– موقف المشرع الجزائري من التطليق بسبب التعدد.....**83**
المبحث الثاني: التطليق لاستحالة العشرة بين الزوجين..... 85
المطلب الأول: التطليق للعيوب والهجر في المضجع.....85
الفرع الأول: التطليق للعيوب.....86
أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للعيوب.....**86**
1: تعريف العيب.....**86**
2: مشروعية التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي.....**87**
3:أنواع العيوب المجيزة للتفريق في الفقه الإسلامي.....**90**
4: شروط التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي.....**94**
5: نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيوب في الفقه الإسلامي..... **98**
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للعيوب **98**
1: شروط التطليق للعيوب قانونا.....**98**
2: طبيعة الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب قانونا..... **101**

الفرع الثاني: التطليق بسبب الهجر في المضجع.....**101**
أولا: التطليق بسبب الهجر في المضجع في الفقه الإسلامي.....**102**
1- الهجر في المضجع بغرض التأديب **102**
2 – الهجر المقترن بحلف (الإيلاء) **106**
3- الظهار **109**
ثانيا : التطليق للهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري **111**
المطلب الثاني: التطليق لشقاق المستمر بين الزوجين.....**114**
الفرع الأول: تعريف الشقاق ومدى مشروعية التطليق بسببه.....**115**
أولا: تعريف الشقاق.....**115**
ثانيا: مشروعية التطليق بسبب الشقاق في الفقه الإسلامي.....**115**
ثالثا: التطليق بسبب الشقاق في قانون الأسرة الجزائري **118**
الفرع الثاني: التحكيم في دعوى التطليق لشقاق..... **119**
أولا: نظام التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي.....**119**
1- تعريف التحكيم.....**120**
2 – مشروعية التحكيم.....**120**
3 –تعيين الحكمين.....**122**
4 –عمل الحكمين.....**124**
ثانيا : نظام التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري **125**
المطلب الثالث: التطليق للضرر.....**127**
الفرع الأول: مفهوم الضرر الموجب للتطليق.....**127**
أولا: تعريف الضرر الموجب للتطليق **127**

ثانيا: أنواع الضرر اللاحق بالزوجة 128
1-الضرر المادي..... 128
2- الضرر المعنوي..... 129
ثالثا: شروط الضرر الموجب للتفريق 129
الفرع الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من التطليق للضرر..... 131
أولا: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للضرر..... 131
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر..... 132
خلاصة الفصل الأول.....135
الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج بالخلع.....137
المبحث الأول: مفهوم الخلع.....138
المطلب الأول: تعريف الخلع وبيان أدلة مشروعيته.....138
الفرع الأول: تعريف الخلع.....138
أولا: تعريف الخلع لغة 138
ثانيا: تعريف الخلع اصطلاحا..... 139
ثالثا: تعريف الخلع قانونا..... 141
رابعا: تمييز الخلع عن بعض المصطلحات المشابهة له..... 142
1 – الفرق بين الخلع والطلاق على مال.....142
2- الفرق بين الخلع والتطليق..... 143
3- الفرق بين الخلع والطلاق بالتراضي.....144
4- الفرق بين الخلع والطلاق التمليك أو التفويض..... 145
الفرع الثاني: مشروعية الخلع.....146
أولا: الرأي القائل بجواز الخلع 146

ثانيا : الرأي القائل بعدم مشروعية الخلع 150
المطلب الثاني: أسباب الخلع و حكمه والحكمة من تشريعه.....152
الفرع الأول: أسباب الخلع..... 152
الفرع الثاني: حكم الخلع التكليفي..... 153
الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الخلع..... 155
المطلب الثالث: تكييف الخلع.....156
الفرع الأول: تكييف الخلع من حيث كونه فسخا أم طلاق..... 156
أولا: الموقف الفقهي.....156
1 – الخلع طلاق بائن 156
2 – الخلع طلاق رجعي 157
3 – الخلع طلاق بائن ينقلب رجعيا..... 158
4 – الخلع فسخ وليس طلاق 158
5– ثمرة الخلاف وفائدته 160
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة الخلع طلاق أم فسخ.....161
الفرع الثاني: تكييف الخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة.....163
أولا:التكييف الفقهي للخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة 163
1 – موقف جمهور الفقهاء..... 163
2 – موقف الإمام أبو حنيفة..... 164
أ– الخلع يمين من جانب الزوج..... 164
ب– الخلع معاوضة من جانب الزوجة.....165
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة تكييف الخلع بين اليمين والمعاوضة.....166

الفرع الثالث: تكييف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيا أم تصرف انفرادي للزوجة 167
أولا:الموقف الفقهي.....**167**
1 – الخلع عقد رضائي بين الزوجين.....**167**
2– الخلع تصرف انفرادي بيد الزوجة..... **168**
3– مدى إمكانية جبر القاضي للزوج على الخلع..... **169**
أ – الرأي القائل بعدم جواز إجبار القاضي للزوج على الخلع..... **169**
ب – الرأي القائل بجواز إجبار القاضي للزوج على الخلع **170**
ثانيا: موقف المشرع والقضاء الجزائري من مسألة رضائية الخلع **172**
1– موقف المشرع الجزائري من المسألة رضائية الخلع **173**
أ–موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 من القانون رقم 11/84..... **173**
ب – موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 المعدلة بالأمر رقم 02/05..... **175**
2– موقف القضاء الجزائري من مسألة رضائية الخلع **179**
أ– موقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992.....**180**
ب – موقف القضاء الجزائري بعد سنة 1992.....**180**
ثالثا: موقف التشريعات المقارنة من طبيعة الخلع.....**183**
1 – الخلع عقد رضائي..... **183**
2– إقرار الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي **184**
المبحث الثاني:أركان الخلع..... **188**
المطلب الأول: طرفا الخلع..... **188**
الفرع الأول: الزوج المخالع **189**
أولا: خلع الصبي والمجنون..... **189**
ثانيا : خلع السفيه **191**

رابعا : خلع السكران 193
خامسا: خلع المريض مرض الموت.....193
الفرع الثاني: الزوجة المخالعة 194
أولا: خلع الزوجة الصغيرة والمجنونة..... 195
ثانيا: خلع السفيهة 196
ثالثا: خلع المريضة مرض الموت..... 197
رابعا: خلع الحائض 199
خامسا: خلع المكرهة 200
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من طرفا الخلع وشروطهما..... 200
الفرع الرابع: خلع الأجنبي والوكالة في الخلع..... 202
أولا : الوكالة في الخلع 202
1- التوكيل من الزوج 203
2 - التوكيل من الزوجة..... 204
3- التوكيل من الزوجين معا 205
ثانيا : مخالعة الأجنبي أو الفضولي 205
المطلب الثاني: العوض (بدل الخلع).....208
الفرع الأول: مقدار العوض..... 208
أولا: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاها..... 208
ثانيا: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بما يتراضى عليه الزوجان..... 209
الفرع الثاني: نوع العوض.....210
أولا : الخلع بعوض مجهول 210
ثانيا :الخلع بعوض غير متقوم 212

ثالثا: العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه.....212
رابعا: الخلع على إرضاع الولد وحضانته ونفقته.....213
خامسا : الخلع على نفقة المختلعة ومهرها.....214
سادسا : الخلع على إسقاط الحضانة 215
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض..... 215
المطلب الثالث: صيغة الخلع والمعوض.....220
الفرع الأول: الصيغة.....220
أولا: صيغة الخلع اللفظية.....220
ثانيا: صيغة الخلع بالمعاطاة 223
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من صيغة الخلع..... 225
الفرع الثاني: المعوض (البضع)..... 225
أولا: خلع المعتدة 225
ثانيا: خلع الزوجة غير المدخول بها 226
1- أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في خلع الزوجة غير المدخول بها..... 226
2 – موقف المشرع الجزائري من مسألة الخلع قبل الدخول 228
خلاصة الفصل الثاني..... 230
الباب الثاني: آثار المترتبة على صدور الحكم بالتطليق والخلع.....233
الفصل الأول: الآثار المعنوية المترتبة عن التطليق والخلع..... 234
المبحث الأول: العدّة وحق الرجعة وثبوت نسب الولد..... 234
المطلب الأول: وجوب العدّة..... 234
الفرع الأول: مفهوم العدة..... 235
أولا: تعريف العدّة..... 235

ثانيا: مشروعية العدّة 235
ثالثا: الحكمة من مشروعية العدّة 236
الفرع الثاني: أنواع العدة وتحولاتها..... 237
أولا : أنواع العدة 237
1- العدّة بالأقراء 237
2-العدّة بالأشهر 238
3- العدّة بوضع الحمل 239
4- عدّة المختلعة 240
ثانيا :تحولات العدّة (انتقالها) 243
1- انتقال العدّة من الأشهر إلى الأقراء 243
2- انتقال العدة من الأقراء إلى الأشهر 244
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من العدّة وأنواعها..... 245
المطلب الثاني: مدى حق الرجعة 250
الفرع الأول: مفهوم الرجعة 250
أولا : تعريف الرجعة 250
ثانيا: مشروعية الرجعة..... 251
ثالثا: شروط صحة الرجعة 252
رابعا: ما تحصل به الرجعة 253
1- الرجعة بالقول 254
2- الرجعة بالفعل 254
الفرع الثاني: الرجعة بعد التطليق والخلع 255
أولا : الرجعة بعد التطليق 255

ثانيا: الرجعة بعد الخلع 257
1- حكم مراجعة المختلعة في العدّة..... 257
2- حكم اشتراط الرجعة في الخلع..... 259
الفرع الثالث: مدى إمكانية الرجعة في قانون الأسرة الجزائري..... 260
المطلب الثالث: ثبوت نسب ولد المطلقة..... 263
الفرع الأول:المقصود بثبوت النسب..... 264
أولا: التعريف بالمصطلح " ثبوت النسب"..... 264
ثانيا: أهمية ثبوت النسب.....265
الفرع الثاني: حالات ثبوت نسب ولد المطلقة..... 266
أولا:ثبوت نسب ولد المطلقة في الفقه الإسلامي..... 266
1- أقصى مدة حمل عند الفقهاء..... 266
2- ثبوت نسب ولد المطلقة غير المدخول بها..... 267
3- ثبوت نسب ولد المطلقة المدخول بها 268
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة ثبوت النسب بعد الطلاق 270
الفرع الثالث: إثبات النسب بالبصمة الوراثية 273
أولا :مفهوم البصمة الوراثية 273
1- تعريف البصمة الوراثية..... 273
2- خصائص البصمة الوراثية 275
ثانيا:موقف الفقه الإسلامي من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب 276
1- مدى مشروعية العمل بالبصمة الوراثية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي.....276
2 - مرتبة البصمة الوراثية بين طرق الإثبات الأخرى 279
3- التكييف الفقهي للبصمة الوراثية (حجيتها أمام القضاء) 279

4 – حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب 280
ثالثا:موقف المشرع والقضاء الجزائري من استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب281
1– موقف المشرع الجزائري من إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية 281
2– موقف القضاء الجزائري من إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية..... 283
المبحث الثاني: حق المطلقة في الحضانة..... 286
المطلب الأول: مفهوم الحضانة..... 286
الفرع الأول: تعريف الحضانة وتمييزها عما يشابهها من أوضاع..... 286
أولا: تعريف الحضانة.....286
ثانيا: تمييز الحضانة عما يشابهها من أوضاع.....288
1– الحضانة والولاية على النفس..... 288
2– الحضانة والكفالة..... 290
3– الحضانة والتبني..... 291
4– الحضانة والوصاية..... 291
الفرع الثاني: حكم الحضانة وأدلة مشروعيتها والحكمة من تشريعها..... 291
أولا: حكم الحضانة 292
ثانيا:أدلة مشروعية الحضانة 292
ثالثا:الحكمة من تشريع الحضانة 294
الفرع الثالث: طبيعة الحضانة.....294
أولا: الطبيعة الفقهية للحضانة..... 294
1– الحضانة حق..... 294
أ – الحضانة حق للصغير..... 295
ب– الحضانة حق للحاضن (الأم أو من يقوم مقامها)..... 295

ج- الحضانة حق مشترك..... 296
د- الحضانة حق لله تعالى..... 296
2- الحضانة التزام 297
ثانيا: طبيعة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري..... 297
المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة ومدتها ومسقطاتها..... 298
الفرع الأول: شروط ممارسة الحضانة..... 298
أولا: الشروط العامة..... 299
ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء..... 303
الفرع الثاني: مدة الحضانة..... 304
أولا: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي..... 304
ثانيا: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 305
الفرع الثالث: مسقطات الحق في الحضانة..... 306
أولا : إسقاط الحضانة لتزوج الحاضنة بغير قريب محرم..... 306
ثانيا: إسقاط الحضانة لتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة 309
ثالثا: إسقاط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها.....310
رابعا: إسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط الواردة في المادة62..... 312
1- ظهور مرض عقلي أو جسدي في الحاضن..... 312
2- ظهور سلوك مشين في الحاضن.....313
خامسا: إسقاط الحضانة بسبب استيطان الشخص الموكول له حق الحضانة في بلد أجنبي 314
سادسا: إسقاط الحضانة بسبب سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.....317

سابعا:عمل الحاضنة وأثرها على حقها في الحضانة..... 318
المطلب الثالث: حق زيارة المحضون..... 321
الفرع الأول:مفهوم حق الزيارة..... 322
أولا:التعريف بحق الزيارة 322
ثانيا:أهمية الحق في الزيارة..... 323
ثالثا: الأشخاص المقرر لهم الحق في الزيارة.....325
الفرع الثاني:تنظيم حق الزيارة..... 326
أولا: آراء الفقهاء في مسألة تنظيم حق الزيارة..... 326
ثانيا: التنظيم القضائي لزيارة المحضون..... 328
1 – تحديد أوقات الزيارة ومدتها..... 328
2– تحديد مكان زيارة المحضون..... 329
خلاصة الفصل الأول..... 332
الفصل الثاني: الآثار المادية المستحقة للمطلقة..... 334
المبحث الأول: الآثار المادية المستحقة للمطلقة بصفة أصلية..... 334
المطلب الأول: استحقاق النفقة بأنواعها..... 334
الفرع الأول: نفقة العدّة.....335
أولا: نفقة العدّة في الفقه الإسلامي..... 335
1– حالات استحقاق نفقة العدّة..... 335
2– حالات سقوط نفقة العدّة.....338
ثانيا: نفقة العدّة في قانون الأسرة الجزائري.....341
الفرع الثاني: استحقاق نفقة الإهمال.....344
أولا: تعريف نفقة الإهمال.....344

ثانيا: تاريخ استحقاق نفقة الإهمال.....344
ثالثا:مقدار نفقة الإهمال..... 346
المطلب الثاني: استحقاق التعويض عن الضرر..... 348
الفرع الأول: مفهوم التعويض.....348
أولا: تعريف التعويض.....348
ثانيا: مشروعية التعويض..... 350
الفرع الثاني: التعويض عن ضرر التطليق.....352
أولا: الموقف الفقهي والقانوني من مسألة التعويض عن ضرر التطليق.....352
1 – موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر التطليق..... 352
أ– موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر المادي..... 353
ب– موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر المعنوي.....353
2 – موقف المشرع الجزائري..... 356
أ– موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر عموما..... 356
ب – موقف المشرع الجزائري من التعويض عن ضرر التطليق.....357
ثانيا: شروط استحقاق التعويض عن ضرر التطليق 361
1– إثبات الضرر الموجب للتعويض 362
2– تقدير القاضي للضرر..... 364
ثالثا: تقدير التعويض..... 368
الفرع الثالث: مدى حق الزوج في التعويض عن ضرر الخلع..... 368
أولا: أساس استحقاق التعويض..... 368
1–التعسف في استعمال الحق كأساس للتعويض في الفقه الإسلامي..... 368
أ– تعريف التعسف في استعمال الحق..... 369

ب- معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 371
2-التعسف في استعمال الحق كأساس للتعويض في القانون المدني الجزائري.....373
3- إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق على الخلع..... 375
4 – عبء إثبات التعسف..... 376
ثانيا: بدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا للزوج..... 377
المطلب الثالث: التنازع حول المتاع والأموال المكتسبة أثناء الزواج..... 379
الفرع الأول: التنازع حول متاع البيت..... 379
أولا: التنازع حول المتاع في الفقه الإسلامي..... 380
1-المراد بمتاع البيت 380
2-أراء الفقهاء حول إعداد بيت الزوجية ومحتوياته..... 381
3-موقف الفقهاء من مسألة التنازع بين الزوجين في المتاع 381
ثانيا: التنازع حول المتاع في قانون الأسرة الجزائري..... 383
الفرع الثاني: التنازع حول الأموال المكتسبة أثناء الزواج..... 386
أولا: تنظيم الأموال المكتسبة أثناء الزواج 387
1 – النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي..... 388
2 – النظام المالي للزوجين في التشريع الفرنسي..... 389
أ- نظام الاشتراك في الأموال الزوجية..... 389
ب – نظام انفصال الأموال الزوجية..... 390
ج – نظام المشاركة في الأموال المكتسبة 391
د- نظام الاشتراك الاتفاقي..... 392
3 – النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري..... 392
أ- استقلالية الذمة المالية للزوجين (الأصل العام)..... 393

ب- نظام الاشتراك المالي بين الزوجين (كاستثناء)..... 394
ثانيا: الاشكاليات التي تثيرها الأموال المكتسبة عند انحلال عقد الزواج 395
1- إثبات ملكية الأموال المشتركة المكتسبة خلال فترة الزوجية..... 396
أ- إثبات ملكية الأموال المكتسبة في حالة وجود اتفاق..... 396
ب- إثبات ملكية الأموال المكتسبة في حالة عدم وجود اتفاق 396
2- تقسيم الأموال المكتسبة بين الزوجين 397
المبحث الثاني: الأثار المادية المستحقة للمطلقة بصفة تبعية.....399
المطلب الأول: الحق في السكن أو بدل الإيجار..... 399
الفرع الأول: حق المطلقة الحاضنة في السكن..... 399
أولا: حق المطلقة الحاضنة في السكن في الفقه الإسلامي..... 400
ثانيا: حق المطلقة الحاضنة في السكن في قانون الأسرة الجزائري..... 401
1- مسكن الحضانة قبل تعديل 2005..... 401
2- مسكن الحضانة بعد تعديل 2005..... 406
الفرع الثاني:استحقاق بدل الإيجار..... 409
أولا: تنظيم بدل الإيجار في قانون الأسرة الجزائري..... 409
1: بدل الإيجار في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005..... 409
2: بدل الإيجار في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005..... 410
ثانيا: المعايير المعتمدة لتقدير بدل الإيجار وزمن استحقاقه..... 412
1- المعيار المادي..... 412
2- المعيار المكاني..... 412
3- معيار تعدد المحضونين..... 412

المطلب الثاني: استحقاق أجرتي الحضانة والرضاع 413
الفرع الأول: استحقاق أجرة الحضانة..... 414
أولا: تعريف أجرة الحضانة ومدى أحقية الحاضنة لها..... **414**
1- التعريف بأجرة الحضانة والحكمة من تشريعها..... **414**
2- مدى أحقية الحاضنة لأجرة الحضانة.....**415**
أ- مدى أحقية الحاضنة لأجرة الحضانة في الفقه الإسلامي..... **415**
ب – موقف المشرع الجزائري من أجرة الحضانة..... **418**
ثانيا : الأحكام المنظمة لأجرة الحضانة **419**
1- تقدير أجرة الحضانة..... **419**
2- تاريخ استحقاق أجرة الحضانة..... **420**
3- تاريخ انتهاء أجرة الحضانة..... **421**
الفرع الثاني: استحقاق أجرة الرضاع 421
أولا:تعريف الرضاعة وحكم الإرضاع **421**
1- تعريف الرضاعة..... **422**
2- حكم الإرضاع **423**
ثانيا: مدى استحقاق أجرة الرضاعة وأحكامها..... **424**
1- مدى استحقاق أجرة الرضاعة..... **424**
2- أحكام أجرة الرضاعة..... **426**
أ- مقدار أجرة الرضاع **426**
ب- مدة استحقاق أجرة الرضاع **427**
ج- مسقطات الحق في أجرة الرضاع **427**

المطلب الثالث:صندوق النفقة كأداة لضمان تحصيل النفقة المستحقة للمطلقة.... 428

الفرع الأول: التعريف بصندوق النفقة وتحديد موارده والنفقات التي يتولى دفعها.. 429

أولا: تعريف صندوق النفقة..... **429**

ثانيا: موارد صندوق النفقة **429**

ثالثا: أنواع النفقة التي يتولى الصندوق دفعها..... **430**

1- نفقة الطفل المحضون **430**

2- نفقة المرأة المطلقة **431**

الفرع الثاني: شروط وإجراءات استفادة المطلقة الحاضنة من خدمات الصندوق... 431

أولا: شروط الاستفادة من خدمات صندوق النفقة **432**

ثانيا: إجراءات الاستفادة من خدمات الصندوق **433**

1- الإجراءات المتبعة من جهة المستفيد **434**

2 - الإجراءات المتبعة من جهة القاضي المختص والمصالح المختصة **435**

خلاصة الفصل الثاني..... **438**

الخاتمة **441**

قائمة المصادر والمراجع **450**

فهرس المحتويات **491**

ملخص الأطروحة:" انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري"

اتجه المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة رقم 84-11 بموجب الأمر رقم 05-02 إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وتجسد ذلك من خلال جملة التعديلات التي مست العديد من مواد قانون الأسرة الجزائري سواءا في مرحلة انعقاد عقد الزواج أو انحلاله وكذا آثاره .

ففي مجال انحلال عقد الزواج قام المشرع بتوسيع حالات اللجوء إلى التطليق المقرر بموجب نص المادة 53 من تقنين الأسرة الجزائري، كما أدخل تعديلا شمل نص المادة 54 ليسمح من خلاله للزوجة أن تطلب الخلع حتى دون موافقة الزوج على أن تدفع مقابلا لذلك (بدل خلع) لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

بمجرد إقرار هذه التعديلات وخاصة نص المادة 54 المنضمة للخلع ونسبة الطلاق بالخلع في تزايد مستمر، وهذا ما جعل الكثيرون ينادون بإلغاء هذا القانون لكونه يشكل خطرا على استقرار الأسرة الجزائرية ويخالف ما قررته الشريعة الإسلامية من مبادىء، لذلك ارتأينا دراسة موضوع "انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري" من أجل التحقق من مدى موافقة النصوص القانونية المنظمة لطرق انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة وآثارهما للأحكام الشرعية المقررة في هذا الخصوص.

قسمنا موضوع الدراسة إلى بابين، خصصنا الباب الأول لدراسة أساليب انحلال الزواج بطلب الزوجة وهما التطليق والخلع، أما الباب الثاني فتناولنا فيه مجمل الآثار المادية والمعنوية المترتبة على صدور الحكم بالتطليق والخلع من عدّة ونفقة وحضانة و تعويض...

أما الخاتمة فقد احتوت على مجموعة من النتائج وبعض الحلول القانونية المقترحة لمواجهة النقائص التي أغفل عنها المشرع الجزائري عند تنظيمه لباب انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة وآثاره.

الكلمات المفتاحية : انحلال الزواج، تطليق، خلع، بدل ، نفقة، تعويض، عدّة، حضانة.

Résumé de la thèse "Dissolution du contrat de mariage à la demande de l'épouse dans le droit de la famille algérien"

Le législateur algérien, en modifiant le code de la famille n° 84-11 en vertu de l'ordonnance n° 05-02, a visé à réaliser le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, ce qui s'est concrétisé à travers un ensemble des modifications qui ont été consignées dans les articles du droit de la famille, tant au stade de la conclusion du contrat de mariage ou de sa dissolution, que de ses effets.

En matière de la dissolution du contrat de mariage, le législateur a élargi les cas de recours de la femme au divorce établis par le texte de l'article 53 du code de la famille algérien, et a également introduit un amendement de l'article 54 pour permettre à l'épouse de demander le khul' même sans le consentement de l'époux sous la condition pour elle de payer une contrepartie (indemnité de khul) n'excédant pas la valeur de la dot de parité au moment du prononcé du jugement.

Dès l'approbation de ces amendements, notamment l'article 54 relatif au khul'a, le taux de divorce par khul'a ne cesse d'augmenter, et c'est ce qui a poussé beaucoup à réclamer l'abolition de cette loi car elle fait peser une menace sur la stabilité de la famille algérienne et est contraire aux principes de la charia islamique.

Aussi, nous avons décidé d'étudier le thème de la « dissolution du contrat de mariage à la demande de l'épouse dans le droit de la famille algérien » afin de vérifier dans quelle mesure les textes juridiques réglementant les modalités de dissolution du mariage à la demande de l'épouse sont compatibles aux dispositions de loi établis en la matière et à leurs effets.

Nous avons divisé le sujet de l'étude en deux chapitres dont le premier est consacré à l'étude des modalités de dissolution du mariage à la demande de l'épouse, à savoir le divorce et le khul'a et le deuxième chapitre traite de l'ensemble des effets matériels et moraux (retraite légale, pension, garde, indemnité….) résultant de dissolution du mariage à la demande de l'épouse.

Quant à la conclusion, elle contient un ensemble de résultats et quelques propositions de solutions juridiques pour faire face aux lacunes que le législateur algérien a négligées en réglementant le chapitre sur la dissolution du contrat de mariage à la demande de l'épouse et ses effets.

Mots-clés : dissolution du mariage, divorce à la demande de l'épouse, khul'a, contrepartie locative, pension, indemnisation, retraite légale ou délai d'attente, garde.

Summary of the thesis "Dissolution of the marriage contract at the request of the wife in Algerian family law"

The Algerian legislator, by modifying the Family Code No. 84-11 under Ordinance No. 05-02, aimed to achieve the principle of equality between men and women, which has materialized through a set of modifications that have been recorded in the articles of family law, both at the stage of the conclusion of the marriage contract or its dissolution, and of its effects.

In terms of the dissolution of the marriage contract, the legislator extended the cases of recourse of the woman to the divorce established by the text of article 53 of the Algerian family code, and also introduced an amendment of article 54 to allow the wife to request khul' even without the consent of the husband under the condition for her to pay a counterpart (khul indemnity) not exceeding the value of the dowry of parity at the time of the pronouncement of the judgment.

As soon as these amendments, in particular article 54 relating to khul'a, were approved, the rate of divorce by khul'a continued to increase, and this is what prompted many to call for the abolition of this law because it poses a threat to the stability of the Algerian family and is contrary to the principles of Islamic Sharia.

Also, we decided to study the theme of the "dissolution of the marriage contract at the request of the wife in the Algerian family law" in order to verify to what extent the legal texts regulating the methods of dissolution of the marriage in the request of the wife are compatible with the provisions of the law established in the matter and with their effects.

We have divided the subject of the study into two chapters, the first of which is devoted to the study of the methods of dissolution of marriage at the request of the wife, namely divorce and khul'a, and the second chapter deals with all the material and moral effects (legal retirement, pension, custody, indemnity, etc.) resulting from the dissolution of the marriage at the request of the wife.

As for the conclusion, it contains a set of results and some proposals for legal solutions to deal with the shortcomings that the Algerian legislator has neglected in regulating the chapter on the dissolution of the marriage contract at the request of the wife and its effects.

Keywords: dissolution of marriage, divorce at the request of the wife, khul'a, rental consideration, pension, compensation, legal retirement or waiting period, custody.