

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

عنوان المذكرة:

المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص.

تخصص: " أحوال شخصية "

تحت إشراف الدكتور:

كمال قودة

من إعداد الطالبة:

صغيري سمية

أعضاء لجنة المناقشة:

- 1- د/ ابراهيم رحمانى، أستاذ محاضر " أ " ، (جامعة الوادي)، رئيسا.
- 2- د/ كمال قودة، أستاذ محاضر " أ " ، (جامعة الوادي)، مشرفا.
- 3- د/ مكي دراجي، أستاذ محاضر " أ " ، (جامعة الوادي)، مناقشا.
- 4- د/ عبد القادر حوبة، أستاذ محاضر " ب " ، (جامعة الوادي)، مدعوا.
- 5- د/ مراد شربي، أستاذ مساعد " أ " ، (جامعة الوادي) ، مدعوا.

السنة الجامعية: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ

مِنْهَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ

عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾

[سورة النساء 01]

شكر و عرفان

الشكر أولا لله ﷻ الذي لولاه لما تم هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل: "كمال قدة"، على إشرافه على هذا العمل وتوجيهه وتقويمه، والذي اعتبر إشرافه علي تكريما وتشريفا لشخصي.

كما أشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث سواء من قريب أو بعيد، وأخص بالذكر بعض أساتذة الحقوق بجامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - ﴿ ساكري-كاملي- بن وارث -فارح- دحدوح....﴾.

كما لا يفوتني أن أتقدم أيضا بأسمى معاني الشكر والعرفان إلى كل أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة وحضورهم للمشاركة في إثرائها.

شكرا للجميع وجزاكم الله عني خير الجزاء.

والحمد لله أولا و آخرا.

إهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار ... إلى من علمني العطاء بدون انتظار...
إلى من أحمل اسمه بكل افتخار... أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى
ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوما اهتدي بها
اليوم وفي الغد... ﴿والدي العزيز﴾.

إلى ملاكي في الحياة ... إلى معنى الحب ... إلى معنى الحنان
والتفاني... إلى بسمه الحياة وسر الوجود... إلى من كان دعاؤها سر
نجاحي... وحنانها بلسم جراحي... ﴿أمي الحبيبة﴾.

إلى توأم روحي ورفيقة دربي... إلى صاحبة القلب الطيب والنوايا
الصادقة... إلى من رافقتي منذ أن حملنا حقائب صغيرة ومعها سرت
الدرب خطوة بخطوة ومازالت ترافقتني حتى الآن... ﴿أختي العزيزة
رميسة﴾.

إلى أخي ورفيق دربي... ﴿أخي العزيز عبد الجليل﴾.
إلى أجمل وردة زرعت بستان الحياة ﴿أختي الصغيرة نورهان﴾.
إلى كل من جمعني بهم القدر إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات
إلى من سأفتقدهم وأتمنى أن يفتقدوني
إلى من جعلهم الله أخوتي في الله و من أحببتهم في الله .

مقدمة

قد اهتمت الشريعة الإسلامية بكل جوانب الحياة، ورسمت لها المنهج السوي والمستقيم، وكان للمرأة الحظ الأوفر في ذلك، فكفلت لها منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرناً، ما تتساوى فيه مع الرجل من حيث الحقوق والواجبات، فراعته في ذلك تحقيق التوازن بين المساواة والعدل. فالشريعة الإسلامية وبعد أن أعطت للمرأة حقوقها معلنة كرامتها وإنسانيتها، جعلت كل الأحكام الخاصة بها منسجمة مع فطرتها، التي فطرها الله عليها، مع عدم تكليف المرأة فوق طاقتها .

ولم تنتبه التشريعات الوضعية الحديثة إلى الاهتمام بالمرأة، إلا في أوائل القرن العشرين مع ظهور المواثيق والإعلانات الدولية، التي عبرت عن ضرورة حماية المرأة والارتقاء بها وتفعيل دورها واكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل انطلاقاً مما تفرضه تلك القوانين العالمية لحقوق الإنسان وليس من مبدأ قانون الشريعة الإسلامية الذي يحكم نظام العلاقة بين الرجل والمرأة على أساس القوامة من أجل توفير الحماية والاستقرار للمرأة مهما كانت صفتها .

ولقد كان للتحويلات العميقة، التي مست المجتمع الجزائري على مدى خمسين سنة من الاستقلال، أثرها البالغ في الأدوار الاجتماعية التي تؤديها المرأة في المجتمع، فتبوأته بفضل المساواة في التعليم والوظيفة، وإقرار القوانين المختلفة لحقها في المساواة مع الرجل - ابتداءً بالدستور - في سائر الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية، مركزاً قانونياً جديداً، تخلصت به من معادلة الإهمال، والتبعية المطلقة للرجل، وقطعت أشواطاً في بناء حماية قانونية لحقوقها.

فكان للتعديلات المدخلة على قانون الأسرة في سنة 2005 بمقتضى الأمر 02-05، أثر بالغ في تأكيد هذه النقلة النوعية للمركز القانوني للمرأة الجزائرية، حيث تمخض هذا التعديل عن إقرار حزمة جديدة من صور الحماية للمرأة باعتبارها فرداً في الأسرة، خاصة عندما منحها حق إنهاء عقد الزواج مساواة مع الرجل . وعكس هذا التحول أيضاً ما قرره

المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من إجراءات تضمن هذا التحول وتحميه، بالإضافة إلى الاجتهادات القضائية في هذا المجال .

فقد جعل تعديل 2005 للمرأة حق الخلع دون موافقة الزوج، كما منحها ولاية مشتركة على الأولاد كما للأب، وصرح بحقها في اشتراط مزاولة عملها في عقد الزواج، ومنع من أن يكون ذلك مانعا يحول دون استحقاقها للحضانة على أولادها....

ولقد اختلفت آراء فقهاء ورجال القانون حول تعديل 2005 فمنهم من اعتبره قانون المرأة بصفة خاصة، ومنهم من لم يقبل اعتباره كذلك لأن ما اكتسبته المرأة في ظل هذا التعديل غير كاف، كونه لم ينسجم كفاية مع طموحات المرأة وما قررته لها المواثيق الدولية.

من هنا يتحدد موضوع البحث : بكونه دراسة للمركز القانوني للمرأة في فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة على ذلك في ظل تعديلات سنة 2005، وذلك بالوقوف على مظاهر هذا التعديل، ومحددات هذا المركز، وبيان منهج المشرع في معالجة هذه المسألة، ومناقشة مدى تحقيقها في الواقع من خلال الممارسات القضائية.

1- أهمية الموضوع : تكمن أهمية الموضوع فيما يلي :

أ- إن موضوع المركز القانوني للمرأة في مجال التطلاق والخلع والآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، يكتسي أهمية بالغة، وذلك لما له من دور فعال في بيان مكانة المرأة، ومدى تمتعها بحقوقها، و تحقيق المساواة بينها وبين الرجل.

ب- تسليط الضوء على قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 خاصة المواد المتعلقة بمركز المرأة عند فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة والآثار المترتبة على ذلك وما طرأ عليه من تعديل .

2- إشكالية الموضوع: تتمثل الإشكالية في مايلي :

تتلخص في تساؤل رئيسي هو: ما مدى فعالية النصوص القانونية في ضمان حقوق المرأة وتثبيت مركزها القانوني في التطلاق والخلع ؟ وماهي سلطة القاضي في تقدير وإقرار هذه الحقوق ؟

وينتج عن ذلك أسئلة فرعية تتبادر حول :

- أ - مدى إقرار حقوق المرأة بموجب تعديل قانون الأسرة عند انتهاء العلاقة الزوجية .
- ب- أهم التحولات التي أحدثها المشرع الجزائري فيما يتعلق بحقوق المرأة .
- ج- مدى مساندة الاجتهاد القضائي لهذه التحولات، وتجسيده للحماية المقررة بموجب التعديل.
- د- موقف القضاء من حق المرأة في فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة على ذلك (حضانة - تعويض عن الضرر- نفقة).
- هـ- المسائل العالقة فيما يخص المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، وما هي الحلول المقترحة لاستدراك القصور؟.

4- أسباب اختيار الموضوع: تتجلى أسباب اختياري لهذا الموضوع فيما يلي :

- أ- طبيعة التخصص في مجال قانون الأسرة .
- ب- الرغبة في الوقوف على الجوانب التي مسها التعديل بشكل عميق وموضوعي في مجال فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة وكذا الآثار الناجمة عن ذلك من حضانة ونفقة.....
- ج- شح الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع بصورة مشابهة على ما هو عليه بحثي من منظور شرعي وقانوني وقضائي.
- د- الرغبة في معرفة مركز المرأة من خلال إقرار حقها في التطلاق والخلع بطلب منها.
- هـ- الرغبة في وضع معالم ثابتة يتم من خلالها إبراز حقوق المرأة المترتبة بعد فك الرابطة الزوجية.
- و- بيان مدى حرص المشرع الجزائري من خلال نصوص قانونية على حماية مركز المرأة في مواضع عديدة.
- ي- إقتراح البدائل التي يمكن أن تكون ضرورية في مواطن القصور والتي أغفلها المشرع الجزائري.

5 - الغرض من موضوع البحث: يكمن الغرض من هذه الدراسة فيما يلي :

أ- تسليط الضوء على المكانة التي حضيت بها المرأة في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005 م عند انحلال عقد الزواج.

ب- تحليل النصوص القانونية التي تهتم بالمرأة عند انحلال عقد الزوج، والتي كرسها التعديل الجديد لقانون الأسرة .

ج- إبراز مدى فعالية المنظومة القانونية الجزائرية متمثلة في قانون الأسرة الجزائري، والاجتهاد القضائي، في تعزيز المركز القانوني للمرأة.

د- الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مع بيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها .

6- الدراسات السابقة : بعد السؤال والاستقصاء و الإطلاع على مجموعة من المواقع العلمية والإلكترونية ومراسلة دوريات الجامعات (باتنة- قسنطينة -...) حول ما له علاقة ببحثي، وجدت أنها كانت مواضيع خاصة تتطرق إلى جانب دون الآخر، فمنها ما اهتم بالجانب المادي لحقوق المرأة، ومنها ما إهتم بجانب أخذ حريتها من زوجها عن طريق ممارسة حقها في طلب الفرقة. دون محاولة جمع حقوق المرأة التي تستعملها في طلب الانفصال مع أخذ باقي حقوقها المترتبة على ذلك. وسأبين صحة موقفي من خلال عرض بعض الرسائل التي تتكلم عن حقوق المرأة كآآتي:

أ - عادل عيساوي،**الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، (مذكرة ماجستير تخصص شؤون الأسرة)، أم البواقي، جامعة العربي بن لمهيدي، ط2010م /2011م، حيث كانت هذه الدراسة مقتصرة على الحق المالي للمرأة بصفة عامة أي سواء كانت مطلقة أو متزوجة أو أرملة، حق الميراث مثلا. دون التطرق لحقها في فك الرابطة الزوجية .

ب- لمياء شافعة ، **حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة -دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة-**(مذكرة ماجستير قانون خاص -شؤون أسرة) ، أم البواقي ، جامعة العربي بن لمهيدي، 2011-2012، حيث

كانت مقتصرة على جانب الحق في فك الرابطة الزوجية دون التطرق للآثار المترتبة على ذلك.

7- صعوبات البحث: واجهتني صعوبات شتى من بينها:

- أ- جمع أمهات الكتب رغم كثرتها مما أخذ مني وقتا كبيرا.
- ب- اختلاف الآراء الفقهية التي قد تصل في بعض الحالات إلى حد يصعب من خلاله الترجيح بين هذه الآراء التي ظاهرها التناقض، مما استدعى الأمر محاولة الجمع بين ذلك من أجل التوصل إلى نظرة يمكن الإعتماد عليها في البحث.
- ت- عدم توافر كتب قانونية تلم بكامل الجوانب القانونية لموضوع حقوق المرأة الطالبة للتطليق أو الخلع والآثار الناجمة عن ذلك.
- ث- عدم تخصيص قانون الأسرة نصوصا خاصة تتطرق للجوانب والمسائل المتعلقة بأحكام التطليق والخلع كونها جاءت عامة، مما استدعى الأمر اللجوء إلى قوانين أخرى كقانون العقوبات، وقانون الإجراءات المدنية والإدائية، وبعض الإتفاقيات والقرارات القضائية.
- ج- هناك دراسات في المسائل المتعلقة بالتطليق والخلع والحضانة و النفقة وغيرها... إلا أن هذه الدراسات كانت تتضمن جوانب عامة تخص الرجل والمرأة على السواء، أي دون تخصيص وتبيان لحقوق المرأة بصفة خاصة ومدققة.
- ح- شح المراجع المكتوبة خاصة في مجال قانون الأسرة التي تتطرق إلى حقوق المرأة المادية والمعنوية عند الفرقة كحق المتعة والزيارة ومتاع البيت...

8- المقاربة في البحث :

يعتمد بحثي أساسا على المنهج الإستقرائي والتحليلي والمقارن.

حيث إنّ طبيعة البحث تقتض مني: تتبع النصوص القانونية التي قررت لأجل حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري، بل يمتدّ إلى تتبع مختلف الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية التي وُجدت في هذا المناخ وتحليلها ، وذلك بقصد رسم نظرية متكاملة حول مفهوم هذه الحماية ووسائلها، قصد نقدها وتقييمها تمهيدا لتقديم اقتراحات بشأنها،

وهو ما يقتضي مني بداهة اعتماد الدراسة الاستقرائية (وذلك باستقراء الآراء الفقهية من أمهات الكتب لبيان الجوانب ذات الصلة بالشريعة الإسلامية في موضوع الدراسة قدر الإمكان، كما استقرأت ما جاء في قانون الأسرة وبعض القوانين ذات الصلة بأحد عناصر الموضوع، وكذلك بعض الإتفاقيات الخاصة بالموضوع، وزيادة عن ذلك قرارات المحكمة العليا التي تثري الموضوع، وذلك للبحث عن الأحكام الجزئية لحقوق المرأة التي تمنح لها ممارسة حق التفريق وما ينجر عنه). غير أن هذا لا يعني الاستغناء عن آليات المنهج التحليلي، عند تحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية، وكذا سائر التطبيقات القضائية. كما استعملت الدراسة المقارنة (وذلك عند عرض آراء الفقهاء والمشرع والقضاة لتبيان الراجح فقها والمنصوص عليه تشريعا والمعمول به قضاء).

9- تقسيم الموضوع: لتحقيق أهداف البحث المرجوة تعين تقسيم البحث إلى فصلين كالآتي:

تضمن الفصل الأول المعنون بالمركز القانوني للمرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق والخلع، والذي ينقسم إلى مبحثين هما: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق (المبحث الأول) وحق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع (المبحث الثاني) وهذين المبحثين ينقسمان بدورهما إلى مطلبين، فقد ضمنت المبحث الأول (مفهوم التطليق، وأسبابه). أما الثاني فتضمن (مفهوم الخلع و تكييفه).

أما الفصل الثاني المعنون بالمركز القانوني للمرأة بعد فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق والخلع والذي بدوره ينقسم إلى مبحثين هما: المركز المالي للمرأة الناشئ بعد انحلال العلاقة الزوجية عن طريق التطليق والخلع (مبحث أول) و المركز القانوني للمرأة في أحكام الحضانة (مبحث ثاني). فينقسم المبحث الأول إلى: (حق المرأة في التعويض، حق المرأة في نفقة المتعة والعدة ومتاع البيت)، والمبحث الثاني إلى: (مرتبة المرأة المطلقة الأم وشروط استحقاقها للحضانة، حق المرأة في الآثار المترتبة عن الحضانة – سكن وزيارة-).

الخطوة:

مقدمة

الفصل الأول: المركز القانوني للمرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق والخلع.

المبحث الأول: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق.

المطلب الأول: مفهوم التطلاق.

المطلب الثاني: أسباب التطلاق.

المبحث الثاني: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

المطلب الأول: مفهوم الخلع.

المطلب الثاني: تكييف الخلع.

الفصل الثاني: المركز القانوني للمرأة الناشئ بعد انحلال العلاقة الزوجية عن طريق التطلاق والخلع.

المبحث الأول: المركز القانوني المالي للمرأة الناشئ بعد فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق والخلع.

المطلب الأول: حق المرأة في التعويض.

المطلب الثاني: حق المرأة في نفقة المتعة والعدة ومتاع البيت.

المبحث الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام الحضانة.

المطلب الأول: مرتبة المرأة المطلقة الأم وشروط استحقاقها للحضانة.

المطلب الثاني: حق المرأة في الآثار المترتبة عن الحضانة.

خاتمة: وفيها أهم النتائج المتوصل إليها وبعض التوصيات.

قائمة المصادر والمراجع.

الفصل الأول

المركز القانوني للمرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التظليق والخلع

ويحتوي هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التظليق.

المبحث الثاني: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

تمهيد

أقرت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته وطبقا لمشيئته لماله من قوامة¹ وعصمة على المرأة، مصداقا لقوله ﷺ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ

أَمْوَالِهِمْ...﴾ [سورة النساء 34]، إلا أنها لم تهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة

الزوجية إذا ما جلبت لها أضرارا مادية أو معنوية. حيث تصبح لا تطبق معاشره زوجها، وترى في استمرار العلاقة زيادة في البغض والكرهية. ففتحت لها بابا لنوع من الطلاق² تتخلص فيه من الرابطة الزوجية، إذا أثبتت ذلك عند توافر الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا. وهو "باب التطليق" أما إذا لم تثبت ذلك فلها باب آخر يسمح لها بافتداء نفسها من زوجها، مقابل مال تدفعه له وهو ما يطلق عليه "الخلع".

1 القوامة اصطلاحا: للقوامة معنى لا يخرج عن المعنى اللغوي وإن كان الفقهاء فصلوا القول في موضوع القوامة، وما تكون فيه وهم وإن لم يضبطوها بتعريف محدد إلا أنه يمكن الخلوص من تناولهم بأنها (قيام الرجل على أمر المرأة بالإنفاق عليها وحمايتها وتقويم ما يطرأ من اعوجاج على سلوكها بالطريق الشرعي، لقوله ﷺ: ﴿لِلرِّجَالِ عَلَى النِّسَاءِ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾

[سورة البقرة 228]. ينظر: حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية- دراسة مقارنة، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 5-6. وينظر: شوقي ضيف، معجم الوسيط، مصر، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004م/1425هـ، ص 768.

2 الطلاق في الشرع: هو إزالة ملك النكاح. ينظر: علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، مصر، القاهرة، دار الفضيلة، ص 89.

المبحث الأول

حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق

لم يهدر حق الزوجة في إنهاء عقد الزواج الذي أصبحت لا تطيق العلاقة الناجمة عنه بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها، وتضررها من ذلك، مما نتج عنه كرهها ونفورها منه، فأقر لها الشرع والقانون حق طلب التطليق، وذلك عند توافر أسباب محددة. و توضيح ذلك قسمت المبحث إلى مطلبين، الأول يشمل: مفهوم التطليق، أما الثاني: فيدور حول أسباب التطليق قبل وبعد التعديل 02/05.

المطلب الأول

مفهوم التطليق

لتبيان معنى التطليق والأساس القانوني الذي يحكمه، لابد من التطرق إلى تعريف التطليق لغة واصطلاحاً وقانوناً (الفرع الأول) ثم دليل مشروعيته والحكمة منه (الفرع الثاني) وأخيراً طبيعة الحكم الصادر بشأن التطليق ومدى حجيته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التطليق

لتعريف التطليق يجب توضيح معناه لغة (أولاً)، اصطلاحاً (ثانياً)، ثم قانوناً (ثالثاً).

أولاً: تعريف التطليق لغة

1- مشتقة من طلق- تطلقاً : طلق امرأته: فصلها عنه وحل عقد الزواج بينهما.¹

1 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، بيروت، لبنان، دار علم الملايين، ط7، مارس 1992، ص524.

2- و التطليق في لسان العرب: هو التخلية والإرسال وحل العقد وهو بمعنى الترك¹.

خلاصة القول أن التطليق من جهة اللغة: لا تختص به الزوجة دون الزوج لأن التطليق والطلاق لغة كيلاهما سواء². أي يمكن أن تطالب به المرأة أو الرجل.

ثانياً: تعريف التطليق اصطلاحاً

يطلق على التطليق عند الفقهاء **التفريق القضائي** ويقصد بالتفريق لغة: فرق يفرق لقوله ﷻ: ﴿ وَقُرْءَانَا فَرَقْنَاهُ ﴾ [سورة الإسراء 106]: بمعنى بيناه³. ومنه فرق الشيء:

بمعنى بينه⁴. أما في اصطلاح الفقهاء⁵ فإنه لم يورد تعريف خاص للتفريق القضائي ويقصد به: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب كالشقاق، والضرر، وعدم الإنفاق.... أو بدون طلب حفاظاً لحق الشرع كما في حالة ردة أحد الزوجين.

فالتفريق القضائي في الفقه الإسلامي هو: جميع الفروق التي يوقعها القاضي سواء كانت طلاقاً كالخلع أو التطليق لإعسار وغيرها على اختلاف بين فقهاء المذاهب في الفرق التي تتوقف على القضاء، ويترتب عليها طلاق أو فسخ⁶ بحسب موجبها¹.

1 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، بيروت، لبنان، دار صادر، مجلد 10، ص 229.
2 سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، بسكرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، ص 202.
3 بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، لبنان، دار المعاجم، 1989، ص 440.
4 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 599.
5 إبراهيم مذكور، معجم الوجيز، مصر، دار الهندسية، ط 1، 1980م/1400هـ، ص 394. **ينظر:** جماعة مختصين، معجم النفائس الكبير، بيروت، لبنان، دار النفائس، المجلد 2، ط 1، 2008م/1428، ص 1163.
6 سيأتي إيراد الفرق بين الطلاق والفسخ فيما بعد خلال الدراسة للموضوع. **وللتفصيل أكثر ينظر:** عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية-، تقديم: محمد أبو زهرة و مصطفى السباعي، دار الفكر، ط 2، 1968، ص 76-77.

ولقد ذكر " وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته " بأن: (التفريق القضائي يختلف عن الطلاق بأن الطلاق باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية)².

يفهم من قوله أن الطلاق يكون من حق الرجل أما التطليق أو التفريق القضائي فهو من حق المرأة.

ثالثا: تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري في الفصل الأول المعنون بالطلاق، نجد (12 مادة)، وبالتطرق إليها نجد أن المشرع لم يورد أي تعريف بخصوص التطليق لكنه اكتفى بذكر أسبابه في المادة 53³.

وعند التمعن في المواد من 48 وما يليها نجد أن المادة 48 نصت على أنه: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون "⁴.

من خلال نص المادة 48 السالفة الذكر ، أتوصل إلى أنها أعطت مفهوم الطلاق وضمت التطليق والخلع تحت مفهوم واحد رغم أن الطلاق يكون بإرادة الزوج أما التطليق والخلع فهو بإرادة الزوجة عن طريق القاضي إذا أثبتت سببا مشروعاً جعل الحياة الزوجية مستحيلة من أجل التيسير على الناس تجنباً للحرَج وتماشياً وروح الإسلام السمحة.

1 محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري (دكتوراه تخصص فقه وأصوله)، باتنة، جامعة الحاج لخضر ، 2008 -2009م/1429-1430هـ، ص 636.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، سوريا، دمشق، دار الفكر، ج7، ط2، 1985م/1405هـ، ص 509.

3 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4 قانون 84-11 المعدل ب02/05 ، المرجع نفسه. والمادتين 53 و54 سأدرسها على التوالي.

وعليه فإن التطليق يكون حقا للمرأة في مقابل حق الطلاق للرجل، فلها رفع دعوى إلى المحكمة تطلب فيها انحلال العلاقة الزوجية لرفع الضرر الذي لحقها بسبب ظلم زوجها¹.

من خلال ما سبق يمكن تعريف التطليق بأنه: "حق شرعي وقانوني يمكن للزوجة المتضررة ماديا أو معنويا من تصرفات زوجها اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية بناء على حكم قضائي". و لقد نص عليه المشرع الجزائري وقصره من جهة الزوجة لأنه يستند على أسباب محددة في القانون ومقيدة لحقها تميزا له عن الطلاق الذي يكون بإرادة الزوج، وذلك بالنص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق والحكمة منه

سأطرق في هذا الفرع إلى دليل مشروعية التطليق من القرآن والسنة (أولا) ثم الحكمة منه (ثانيا).

أولا: دليل مشروعية التطليق

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح، ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين. وبالرجوع إلى كتاب الله وسنة نبيه، نجد أن جميع الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، تستعمل لفظ الطلاق سواء كان من الرجل أو المرأة .

1- دليل مشروعية التطليق من القرآن الكريم

قال ﷻ: ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾

[سورة النساء 130]. بمعنى إذا تفرقا يرزقهما الله زوجا خيرا من زوجه وعيشا أهنا من عيشه².

1 بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي -دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الفجر، ص 238.

2 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، تحقيق: سيد زكريا، مكتبة نزار مصطفى الباز، المجلد 1، ص 254.

قال ﷺ: ﴿ وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة النساء 19]. بمعنى طيبوا أقوالكم لهن

وحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم، كما تحب ذلك منها¹ ، أي النصف في البيت والنفقة² . لأنه من حق المرأة على زوجها أن يعاملها معاملة حسنة وإلا عد من حقها أن تفارقه عن طريق طلب إنهاء عقد الزواج.

2- دليل مشروعية التطلاق من السنة النبوية

قال ﷺ: (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)³. رواه أبي داود. فالمرأة حينما أعطها الشارع ﷺ حق المطالبة بالتطلاق لم يكن إلا لضرورة.

ثانياً: الحكمة من مشروعية التطلاق

إن الإسلام شرع الزواج كعقد أبدي، غايته إنشاء أسرة مستقرة، تنعم بالطمأنينة والمودة⁴، لينشأ في كنفها جيل يحمل لواء الدعوة ويصون المجتمع ويحميه⁵. لكن لم يرض أن يكون سجنًا لا يخرج منه الزوجان إلا بالوفاة⁶.

1 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار طيبة، ج2-آل عمران - النساء، ط2، 1999م/1420هـ ، ص 242.

2 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، المرجع السابق، ص217.

3 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، تحقيق: عصام موسى هادي ، المملكة العربية السعودية، الجبيل، دار الصديق ، ط1، 2013م/1424هـ ، حديث صحيح رقم 2226، ص488. ينظر: أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجة ، لبنان ، بيروت، دار المعرفة، مجلد 2، ط1، 1996م/1416هـ ، حديث رقم 2055، أخرجه أبي داود والترمذي ، ص 518.

4 المادة 04 من قانون 02/05 تنص: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

5 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الأردن، عمان ، دار الفكر، ط3، 2010م/1431هـ ، ص 165.

6 لمياء شافعة ، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة -دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة-(مذكرة ماجستير قانون خاص -شؤون أسرة) ، أم البواقي، جامعة العربي بن لمهيدي، 2011-2012 ، ص 13.

فكما حث الإسلام على الزواج شرع الطلاق بالرغم من أنه أبغض الحلال لقوله ﷺ: (أبغض الحلال عند الله الطلاق)¹ وجعله حقا للرجل، ولم يهمل حق المرأة في هذا الجانب²، فجعل لها حق التطليق الذي يعد علاجا حاسما وحلا نهائيا لما استعصي حله، رفعا للضرر متى توافرت أسبابه واستطاعت إثباتها، وذلك باللجوء إلى القضاء للتخلص من تسلط الزوج واستعماله لحق القوامة على الأسرة.

خلاصة القول: أن الإسلام والقانون أقر بحق الرجل في إنهاء عقد الزواج، كما أقر بحق المرأة في فك رابطة الزوجية، وبالتالي فإن التطليق هو الوجه شبه المقابل للطلاق.

المطلب الثاني أسباب التطليق

إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها بناء على طلب التطليق، وأوجبت على القاضي أن يجيبها على طلبها إذا كان هناك سبب يدعو إلى ذلك³.

ولقد أقر المشرع الجزائري أسبابا للتطليق وردت في نص المادة 53، والتي تعطي الحق للزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها استنادا إلى القانون. وإذا كان القانون قد منح للزوج حق طلب الطلاق دون قيد أو شرط، فإن حق الزوجة مقيد بحالات معينة محددة على سبيل الحصر⁴، متى أثبتت تضررها بأي طريق من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا وقانونا تطليقها من زوجها، حكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها⁵.

1 أبي داود سليمان، سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 2178، ص 478.

2 بلقاسم شتون، الطلاق في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 67.

3 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق-الخلع-حقوق الأولاد-نفقة الأقارب-وفقا لأحدث التشريعات القانونية)، دار الجامعة الجديدة 2004، ص 126.

4 سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 203.

5 بدران أبو العينين بدران، الفقه مقارن للأحوال الشخصية- بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-، لبنان، بيروت، دار النهضة العربية، ج1، ص 429.

من خلال ما سبق وبالرجوع إلى القانون أجد عشرة أسباب موجبة لإيقاع التطليق¹. سأنتظر إليها في فرعين على التوالي: التطليق لعدم الإنفاق، والعيوب، والهجر، والشقاق المستمر، والغيبية (الفرع الأول)، ثم التطليق لمخالفة المادة 08 والشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وارتكاب فاحشة مبينة، والحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وكل ضرر معتبر شرعا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق، والعيوب، والهجر، والشقاق المستمر، والغيبية .

سأدرس من خلال هذا الفرع الأسباب الآتية: عدم الإنفاق، و العيوب، والهجر، والشقاق المستمر، والغيبية. المؤدية لطلب التطليق على التوالي :

أولاً: التطليق بسبب عدم الإنفاق

لقد كرم الإسلام المرأة عندما جعل النفقة حقا لها على زوجها² لارتباطهما بنظام مالي مشترك، ولا تسقط عنه بأي حال من الأحوال³، وذلك حتى لا تضطر إلى العمل

1 تنص المادة 53 من الأمر 02/05 على مايلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و 80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

5- الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه ."

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10- كل ضرر معتبر شرعا."

2 محمد حسن أبو يحيى، حقوق المرأة في الإسلام، عمان، الأردن، دار يافا العلمية، 2012م/ 1432هـ، ص81.

3 لمياء شافعة ، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 17.

في الأماكن التي لا تتفق مع أنوثتها، مما يعرضها إلى الفساد الأخلاقي كما هو موجود في المجتمعات الغربية¹.

فالنظام المالي للزوجين² المقرر في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، يقضي بإلزام الزوج³ بالإففاق على المرأة⁴، فنفتها واجبة على الزوج، لكن هذا لا يمنع من وجود تعنت من قبل بعض الأزواج على زوجاتهم يجعلهن تتضررن من البقاء معهم جراء عدم إنفاقهم عليهن. فمنح لها الشرع والقانون⁵ الحق في رفع الظلم عن نفسها بطلب التطليق وذلك باللجوء إلى القاضي ليأمره بالإففاق وجبره على ذلك⁶ لأنها استحققتها في مقابل حق زوجها في احتباسها لمصلحته. ولمعرفة متى يحق للزوجة طلب التطليق بسبب عدم الإففاق، لابد من التطرق أولاً لمفهوم النفقة (1) ثم سلطة القاضي في إيقاع التطليق (2).

1- مفهوم النفقة : حتى أتمكن من معرفه مفهوم النفقة يتعين التطرق لتعريف النفقة لغة واصطلاحاً وقانوناً، ثم حكمها ودليل مشروعيتها، وأخيراً شروط وجوب النفقة وكيفية تقديرها. كالآتي:

1- أ - تعريف النفقة: سآبين معنى النفقة لغة، و اصطلاحاً، وقانوناً:

- 1 محمد حسن أبو يحيى، حقوق المرأة في الإسلام، المرجع السابق، ص 81.
- 2 النظام المالي للزوجين : هو القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل وبعد الزواج وهو نظام ينشأ بسبب علاقة الزواج **ينظر:** زبيدة إقروفه، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، بجاية، مجلة أكاديمية للبحث القانوني، سنة 3، مجلد5، عدد2012، 1، ص 48.
- 3 عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2010، 1، ص 213.
- 4 باستثناء بعض التشريعات العربية التي عدت الزوجين ملتزمين بالإففاق مثل تونس، **ينظر:** عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين، مرجع سابق، ص 213.
- 5 ملف رقم 43864، بتاريخ 12/01/1987، المجلة القضائية، 1991، عدد01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 179، جاء فيه أنه: "من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تأتي عليها، ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج، يعد خرقاً للقواعد الشرعية " **ينظر:** بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقاً لأحدث التعديلات، ومعلقاً عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010-الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2012، 4، ص 257-258.
- 6 حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوام الزوجية، مرجع سابق، ص 76.

1-أ-1- تعريف النفقة لغة: نفقة من: ينفق نفاقاً. يقال نفقة البضاعة: راجت ورغب فيها. وقيل نفق الشيء: أي نفذ وقل¹. نفق ماله، ودرهمه وطعامه نفقا ونفاقاً: أي نقص وقل².

ويقال أنفق الرجل: افتقر وذهب ماله لقوله ﷺ: ﴿لَأَمْسَكُنَّ حَشِيَةَ الْإِنْفَاقِ﴾ [سورة الإسراء 100]³. والرجل المنفاق: كثير النفقة وهي ما أنفق على نفسه وأهله.

1-أ-2- تعريف النفقة اصطلاحاً: في اصطلاح الفقهاء هي اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، فالمراد بنفقة الزوجة: هو ما تحتاج إليه لمعيشتها⁴ بحسب المتعارف عليه بين الناس⁵ أي هي ما يفرض للزوجة على زوجها من مال مقدر للطعام والكساء والسكن ونحوه مما تقوم به ضروريات الحياة⁶. وهذا التعريف هو تعريف يتماشى والحياة المعاصرة وما تتطلبه النفقة من مشتملات.

1-أ-3- تعريف النفقة قانوناً: بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يأت بتعريف للنفقة على شاكلة الفقهاء، ولكنه أورد الأصناف⁷ التي تجب لهم النفقة وسأهنتم بالزوجة كون مجال دراستي هو دراسة حق الزوجة في النفقة حيث نصت المادة 74 من الأمر 02/05 على ما يلي: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها

1 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 815.

2 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 10، ص 357-358.

3 بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 593.

4 بدران أبو العينين بدران، الفقه مقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 232.

5 المتعارف عليه هو الطعام والكسوة وكل ما يلزم من فرش وغطاء وأدوات منزلية. مرجع سابق، ص 232.

6 يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لبنان، بيروت، دار المنهاج، ج 11، ط 2000، م 1/1421هـ، ص 185.

7 الأصناف هم: الزوجة - الأولاد - الأقارب. ينظر: سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار طليطلة، ط 1، 2010 م / 1432هـ، ص 94.

أو بدعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون" ¹. كما بين حكمها من خلال نفس المادة. بالإضافة إلى تحديد مشتملات النفقة والمتمثلة في: "الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن ² أو أجرته، وما يعتبر من ضروريات الحياة في العرف والعادة" ³. فهذا الأخير (العرف والعادة) قد يضم للنفقة أموراً أخرى، وبهذا التحديد الذي جاء به القانون تجنب للخلافات التي تدور بين الفقهاء في شأن بعض الأمور ⁴.

1-ب- حكم نفقة الزوجة وأدلتها: نفقة الزوجة واجبة على الزوج ⁵ بما لا غنى لها عنه ⁶، فهي حق من حقوق عقد الزواج الصحيح، فتجب النفقة بمقتضى العقد مادامت في طاعته ⁷، سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة، مسلة أو غير مسلمة ⁸ متى سلمت نفسها لزوجها ومكنته من الاستمتاع بها ⁹.

1 ملف 39941 بتاريخ 1986/02/24 مجلة قضائية، 1986، غرفة الأحوال الشخصية، (من أثار عقد الزواج الصحيح وجوب النفقة للزوجة مادامت غير ناشز)، نقلا عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا-، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط2010، ص6، ص340.

2 ملف رقم 554808 قرار بتاريخ 2010/04/15: (نفقة -سكن- بدل إيجار : المبدأ: يعد السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة، لا يكتسي الحكم الصادر إلاحية مؤقتة). مجلة 2010 عدد 01، قسم الأحوال الشخصية، ص241.

3 المادة 78 من 02/05.

4 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الشتات للكتب القانونية، ط2009، ص163.

5 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد حلو، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، ج11، ط3، 1997م/1417هـ ص347.

6 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة و شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة وعلاء الدين أبي الحسن على سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: عبد الله بن محسن التركي، مصر، دار الهجر، ج24، ط1، 1996م/1416هـ، ص287.

7 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط6، 2010، ص341.

8 بدران أبو العينين بدران، الفقه مقارن للأحوال الشخصية- بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-، مرجع سابق، ص233.

9 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مصر، دار هجر، ج5، ط1، 1997م/1417هـ، ص77.

ومن أدلة النفقة الزوجية ما ورد في القرآن والسنة :

1-ب-1- دليل وجوب نفقة الزوجة من القرآن : قوله ﷺ : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ

وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ﴾ [سورة البقرة 233]. أي على والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف¹. ووجه الدلالة أن الآية تدل على أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج لأن المولود له هو أب الطفل، والضمير في رزقهن وكسوتهن يعود على الزوجات².

قوله ﷺ: ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا

يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ۗ ﴾ [سورة الطلاق 07]. ووجه الدلالة أنه على الزوج الإنفاق ما بلغ وسعه وذلك بإتيان ما أمر به من الإنفاق على المطلقة والمرضعة على قدر المستطاع.

1-ب-2- دليل وجوب نفقة الزوجة من السنة النبوية : جاء رجل إلى النبي فقال ﷺ:

ماحق المرأة على زوجها؟ فقال ﷺ: (أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه ، ولا تقبح ، ولا تهجر إلا في البيت)⁴ . ففي الحديث دلالة على أن إطعام الزوجة من أنواع النفقة⁵ الواجبة على الزوج لزوجته.

وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت :يا رسول الله إن أبي سفيان رجل شحيح وليس يطعمني ما يكفني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال (خذي ما يكفيك

1 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ، مرجع سابق، ج1، ص634.
2 محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الأردن، عمان ، ط1، 2011م/1432هـ، ص338.

3 قدر عليه : بمعنى ضيق عليه . ينظر : موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج11، ص347.

4 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، مرجع سابق ،حديث صحيح رقم 2142، ص470.

5 بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي ، مرجع سابق ، ص318.

وولدك بالمعروف) ¹. ووجه الدلالة أن ﷺ أمر هند بأن تأخذ نفقتها وولدها ما يكفيها من مال زوجها ولو بغير إذنه ودون أن يعلم، فلو لم يكن زوجها ملزم بنفقتها لما أذن لها ﷺ بأن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه ودون علمه ².

1-ب-3- دليل وجوب نفقة الزوجة في القانون الجزائري: لقد نص المشرع

على النفقة في المواد من (74 إلى 80) ³. من خلال التطرق لها يستشف أن نفقة المرأة واجبة على الرجل بالدخول أو بدعوتها إليه ببينة ⁴، وتشمل نفقتها نص عليه في المادة (78) ⁵، ويراعى في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش ⁶، وتستحقها من تاريخ رفع الدعوى وذلك بناء على بينة إذا كانت في حالة طلب الفرقة ⁷.

خلاصة القول : أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج وذلك بناء على ما سبق ذكره

من أدلة شرعية وقانونية .

1-ج- شروط وجوب النفقة وكيفية تقديرها:

بعد دراسة تعريف النفقة وبيان حكمها وأدلة مشروعيتها يتعين تحديد شروط

وجوب النفقة، ثم كيفية استحقاقها كالآتي:

1-ج-1/ شروط وجوب النفقة: سأدرس شروط وجوب النفقة شرعا وقانونا على التوالي :

- 1 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري ،الجامع الصحيح ، لبنان، بيروت، دار طوق النجاة، مجلد 4، الجزء7، ط1، 1422هـ، حديث رقم 5364، ص65.
- 2 رعد مقداد الحمداني،النظام المالي للزوجين ، عمان ، الأردن، دار الثقافة، ط2، 2010م/1431هـ، ص96. **ينظر:** بدران أبو العينين بدران،الفقه مقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص234.
- 3 قانون الأسرة الجزائري المعدل ب 02/05.
- 4 سأتي فيما بعد لتحديد معنى الدخول أو الدعوة ببينة .
- 5 قانون الأسرة الجزائري ، المادة 78 سبق ذكرها .
- 6 المادة 79 من 02/05: " يراعى في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " .
- 7 المادة 80 من 02/05: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " .

أ- **شروط وجوب النفقة شرعا:** لقد حدد الفقهاء عدة شروط فاتفقوا في بعضها واختلفوا في البعض الآخر وسأورد بعض الشروط كالآتي:

1- **أن يكون هناك عقد زواج صحيح¹** : فلقد اتفق الفقهاء " المالكية² والحنفية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ " على هذا الشرط ، حيث انه إذا كان العقد فاسدا⁶ أو باطلا⁷، فلا نفقة لها⁸.

2- **أن تمكن الزوجة زوجها من نفسها:** أي تعطيه حقه في الاستمتاع بها .

- 1 محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص343.
- 2 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار إحياء الكتب العربية ، ج2، ص 508.
- 3 محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القُدوري، كراتشي، مكتبة الشيخ ، ج2، 1412هـ، ص75.
- 4 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، حققه : عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، قطر ، ج3، ط1 ، ص 578 وما يليها **ينظر:** شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، بيروت ، لبنان، دار المعرفة ، ج3، ط 1، 1997 م / 1418 هـ ، ص 558 وما يليها .
- 5 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشف القناع عن الإقناع ، المملكة العربية السعودية ، وزارة العدل، ج 13، ط2008/1، 1429، ص 113 وما يليها.
- 6 الزواج الفاسد اصطلاحا: هو ما صلح ركنه من الخلل، وكان محله صالحا لقبول لقبول حكمه ، لكن حصل خلل في بعض أوصافه، **ينظر:** أحمد ابراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، مصر، القاهرة، المطبعة الفنية، 1936 م/1355هـ، ص 94. أو هو: ما كان مشروطا بأصله لا بفصله كما لو نقص شرط من شروط الصحة كالشهود، أما قانونا : فالمشرع لم يعرفه لكن بالنظر إلى المواد (9 مكرر-30-32-33 من الأمر 23-02/05 إلى 29-34-35 من القانون 84-11 أمكن القول بأنه العقد الذي توفر فيه الرضا واختل فيه شرط من الشروط. **ينظر:** سلمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص81-82.
- 7 الزواج الباطل اصطلاحا: هو ما وجد خلل في ركنه أو كان محل العقد غير قابل لحكمه ولا يترتب أثر عليه، **ينظر:** أحمد ابراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المرجع السابق، ص 92-93. أو هو: ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه، كزواج المسلمة بغير المسلم. أما: قانونا: فالمشرع لم يعرفه لكن بالاعتماد على المادة 9 و9 مكرر من الأمر 02/05 يمكن الوصول إلى أنه الزواج الذي اختل فيه ركن الرضا أو أكثر من شرط من شروط الصحة. **ينظر:** سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص85-86.
- 8 كما لو قدم الرجل للمرأة نفقة ولم يتبين العقد فاسد أو باطل (حالة العقد على أخته من الرضاعة) وتم ذلك بأمر من القاضي، فيحق له الرجوع عليها ومطالبتها باسترداد ها. **ينظر:** سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي "أحكام استرداد المال"، الأردن، عمان، دار النفائس، ط1، 2003م/1423هـ، ص 303. **ينظر:** بدران أبو العينين بدران، الفقه مقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 234.

3- أن تكون مطيقة للوطء بلا مانع: أي ليست صغيرة أو مجنونة، فهذا يمنع من حصول المقصود من النكاح باتفاق الفقهاء .

4- أن لا تفوت المرأة على الرجل حق الاحتباس: بدون مبرر شرعي¹ ، وإلا عدت ناشزا² .

5- أن يكون الزوج بالغاً³ : هو شرط لوجوب النفقة حيث أنه عند بلوغ سن الرشد يمكن للزوج الإنفاق على زوجته دون اللجوء إلى وليه .
وبعدما تعرضت لشروط وجوب النفقة على الزوجة شرعا والآن سأتطرق إلى شروط الإنفاق قانونا.

ب- شروط وجوب النفقة قانونا: عند التطرق لنص المادة 74 قانون 02/05 السالفة الذكر بنظرة تحليلية بأنه تجب نفقة المرأة على الرجل إذا توافرت الشروط التالية:

1- أن يكون العقد صحيحا: فيشترط لاستحقاق النفقة من زوجها إبرام عقد مستوفي لركن الرضا (المادة 09)⁴، وكذلك كل الشروط المحددة في المادة (09 مكرر)⁵، و (المادة 18)⁶ وإلا عد العقد فاسدا أو باطلا كما في المواد (32 إلى 35) من قانون الأسرة.

1 المبرر الشرعي : كعدم قبضها معجل الصداق . ينظر: رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين ، مرجع سابق، ص 98.

2 المرأة الناشزة: هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي . ينظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط2002، ص 204.

3 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق، ج2، ص 508.

4 المادة 9 من 02/05: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " .

5 المادة 09 مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :- أهلية الزواج. - الصداق. - الولي. - شاهدان. - انعدام الموانع الشرعية للزواج " .

6 المادة 18 من 02/05: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون .

2- دخول الزوجة أو دعوتها إليه ببينة : أي الخلوة الصحيحة¹ بين الزوجين

سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا أو لم تتم بسبب ضعف الزوج عن المباشرة² ، ذلك أن عدم حصول المخالطة برفض الزوجة للزوج ومقاومتها له يعتبر نشوزا منها، لأن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، واختلاء الزوج بها في بيته، يعتبر دخولا فعليا ويترتب عليه الآثار الشرعية³ لإمكانية الاتصال بين الزوجين ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها الصادر بتاريخ 1989/02/02: (من المقرر شرعا: أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، واختلاء الزوج في بيته، وغلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستور" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ..)⁴.

ولقد نصت المادة 37 فقرة 01 من القانون 84-11 أنه: "يجب على الزوج نحو

زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها⁵ ". فالنشوز⁶ يعد مسقط

1 الخلوة الصحيحة : تكون بأن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان من إطلاع الغير عليهما **ينظر**: محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 115. أو هي : غلق الرجل الباب على منكوحته بلا مانع وطء. **ينظر**: علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مرجع سابق، ص 89.

2 عادل عيساوي ، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري (مذكرة ماجستير تخصص شؤون الأسرة)، أم البواقي ، جامعة العربي بن لمهيدي، ط 2010م / 2011م، ص 167.

3 ملف 55116 بتاريخ 1989/10/02، " تنال الزوجة كامل صداقها ويوجب نفقتها"، **نقلا عن** : العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ط 6، 2010، ص 344.

4 ملف رقم 55116، الصادر بتاريخ 1989/02/02، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 34، **نقلا عن** : عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 167.

5 ملف رقم 466390، قرار بتاريخ 2008/11/12: (يبقى التزام الزوج قائما بالإففاق على زوجته، المقيمة عند أهلها قائما، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي) ، مجلة قضائية، 2008، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، 317.

6 النشوز: هو العصيان الذي يكون من قبل أحد الزوجين ، **وللتفصيل أكثر ينظر** : أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية-فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع- ، الأردن، عمان، دار المسيرة، ط 1، 2009م / 1430هـ، ص 93 وما يليها. **وينظر**: عبد المؤمن بلباقي ، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ط 2000، ص 101 و ما يليها.

من مسقطات حق الزوجة في النفقة. لكن بعد تعديل 02/05 أُلغيت المادة، ونص على النشوز في المادة 55¹ التي بموجبها يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر دون التطرق إلى عدم ثبوت النفقة.

3- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية : بمعنى أن تكون الزوجة قادرة على القيام بواجباتها الزوجية² من أجل تحقيق الهدف من الزواج وهو تكوين أسرة مستقرة. ولقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 07³ بلوغ سن 19 كاملة دون حجر⁴ ، أو الحصول على ترخيص من أجل إبرام عقد زواج شرعي وقانوني ، من أجل معرفة الحقوق والواجبات التي يلتزم بها الطرفين أثناء العلاقة الزوجية.

من خلال ما سبق أجد أن المشرع الجزائري سلك مسلك الفقهاء في تحديد الشروط الموجبة للإنفاق على الزوجة، ومتى توافرت حق للمرأة طلب الإنفاق.

1-ج-2/ تقدير النفقة: يتعين تحديد كيفية تقدير النفقة شرعا، ثم قانونا كما يلي:

أ- **تقدير النفقة شرعا:** لقد اختلف الفقهاء في تقدير النفقة على 03 أقوال⁵ :

1 المادة 55 من 02/05 على أن : " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

2 المادة 36 من 02/05 تنص على أنه : " يجب على الزوجين :1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة. 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم".

3 المادة 07 من 02/05 تنص على أنه : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة".
4 الأمر 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، المادة 40 منه تنص على أن : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " .

5 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2003، ص 110.

1- القول الأول: **المعتبر حال الزوج** : وبه أخذ الشافعية¹ واستدلوا بقوله ﷺ :

﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾ [سورة الطلاق 07] ، أي لينفق كل واحد سواء كان موسرا

أو معسرا ما بلغه وسعه ، يريد ما أمر به من إنفاق على المطلقات².

2- القول الثاني: **المعتبر حال الزوجة**: وقال به بعض الحنفية³ واستدلوا بنفس الآية،

وبحديث الرسول عليه الصلاة والسلام في قوله: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)⁴ ، فالرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر كفايتها دون مراعاة حال الزوج .

3- القول الثالث : **المعتبر حال الطرفين معا** : وبه قال جمهور الحنفية⁵

والمالكية⁶ والحنابلة⁷ والعبارة وقت التنازع لا وقت العقد⁸. واستدلوا بقوله ﷺ : ﴿ لَا يُكْفَى

اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [سورة البقرة 286] . بمعنى لا يكلف أحد فوق طاقته⁹.

1 شمس الدين السرخسي، المبسوط، لبنان ، بيروت ، دار المعرفة ، ج5، ص 182 وما يليها . **وينظر** : علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير ، تحقيق :علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان ، بيروت، دار الكتب العلمية، ج11، ط1، 1994م/1414هـ، ص423. **وينظر**: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق ، ج11، ص 349.

2 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى:مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، مرجع سابق ، ص 1236.

3 محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، بيروت ، لبنان ، دار الفكر، ج5، ط2، 1990 م/1411م، ص 600-601.

4 حديث سبق تخريجه .

5 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق:محمد محمد تامر، مصر ، دار السلام، مجلد6، ط1، 1997م/1417هـ ، ص 204 .

6 علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير ، مرجع سابق ، ص 423.

7 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، المرجع السابق ، ج11، ص 348.

8 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشف القناع عن الإقناع ، مرجع سابق ، ج13، ص 115.

9 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ، مرجع سابق، ص 797.

ب- تقدير النفقة قانوناً: من خلال تحليل نص المادة (79)¹ أجد أن تقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص² أمام الجهة المختصة³ وذلك مع مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يمكن مراجعتها إلا بمرور سنة من الحكم.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن تقدير النفقة هو: أمر موكل لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها⁴، وذكر الوثائق والمستندات المعتمد عليها لتحديد الوضعية المالية والاقتصادية للزوج⁵.

خلاصة القول: من خلال ما سبق ذكره من أسباب تقدير النفقة عند الفقهاء والمشرع الجزائري أجد أنه أخذ بالقول الثالث (المعتبر لحال الزوجين)، وأخذ بالمذهب المالكي عندما أخذ باعتبار (ظروف المعاش) كتغير الأسعار من حيث الزمان والمكان⁶. وبالتالي فالقانون منح للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثمن للنفقة بناء على بيئة ولم يلزمه إلا بتقدير حال طالب النفقة وحال المطالب بها وفق ظروف المعاش الاجتماعية والاقتصادية ولا يمكن تغييرها إلا بمرور سنة من الحكم بها. وهو ما استقر عليه القضاء وأكدته الأحكام: كالحكم الصادر بتاريخ 1987/02/09، جاء فيه بأن: (من المقرر فقها

1 سبق ذكرها، إرجع للهوامش السابق.

2 الأمر رقم 15/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة 425 منه تنص على أن: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال" مصداقاً لنص المادة 57 مكرر من 02/05 التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه استعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة...." وبالتالي فإن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بالفصل في أمر النفقة. **ينظر:** بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، رويبة، منشورات البغدادي، ط2، 2009، ص341.

3 تنص المادة 423 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 2- دعاوى النفقة... ويفهم من ذلك أن النظر في دعاوى النفقة من صلاحيات قسم شؤون الأسرة داخل المحكمة. **ينظر:** سائح شنفوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ج1، ط2011، ص579.

4 ملف 276760، قرار بتاريخ 2002/03/13، مجلة قضائية 2004، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص274.

5 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ط6، 2010، ص349.

6 صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل، بيروت، مكتبة الثقافة، ج1، ص402.

وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية¹ بالإضافة إلى القرار الصادر بتاريخ 1980/12/15 : (إن عدم الإطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري، وإغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار مستوجب النقض)².

4- سلطة القاضي في إيقاع التطليق بسبب عدم الإنفاق : الإنفاق على الزوجة من أهم الآثار التي تترتب على بناء الزوج بها أو على استعدادها له³، ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة⁴، وعدم القيام به ضرر يخولها حق طلب التطليق ما لم تكن الزوجة ناشزا⁵.

ولقد أجاز بعض الفقهاء وبعض المشرعين للقاضي ، بما له من ولاية أن يقوم بالتفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند تحقق ظلمه لزوجته ، لأنه من المعلوم أن الأصل في الطلاق حصوله بيد الزوج لا بيد الزوجة⁶.

فمتى توافرت شروط إنفاق الرجل على المرأة ، مع عدم توافر أسباب تسقط عنها هذا الحق ، أوجب بعض الفقهاء و القانون اللجوء إلى القضاء لرفع الضرر اللاحق بالمرأة.

وفيما يلي توضيح لجواز وعدم جواز قبول التطليق لعدم الإنفاق عند الفقهاء والمشرع الجزائري.(2- أ) ثم نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم الإنفاق شرعا وقانونا (2- ب).

1 ملف رقم 446630، الصادر بتاريخ 1987/02/09، المجلة القضائية، 1990، العدد 03، غرفة الأحوال الشخصية، ص 55. **نقلا عن:** باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ط 2012، ص 78.

2 جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزائر، منشورات كليك ، ج 1، 2013، ص 136.

3 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، سوريا، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1، 2011، ص 294.

4 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، ط 1، 2008م/1429هـ، ص 198.

5 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، المرجع السابق، ص 294.

6 محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 637.

2-أ - حكم طلب التطليق لعدم الإنفاق شرعا وقانونا:

من حسن العشرة واعترافا بالجميل ، إذا كان الزوج على وضعية إعسار وكانت الزوجة غنية ، أو ذات مال ، أن تصل زوجها بشيئ مما تملكه إعانة منها له على نوائب الدهر، أما إذا كانت حالتها كحالاته من الفقر والحاجة¹، فلها حلين: إما أن تصبر وتشاطره فيما هو فيه كما شاطرته في غناه ويساره ، وإما تأبى الصبر معه وهذا الأخير هو مجال الدراسة.

و لذلك سأورد في هذا الجزء حكم طلب التطليق شرعا، ثم قانونا على التوالي:

2-أ-1/حكم طلب التطليق لعدم الإنفاق شرعا: لقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق

إلى قولين² :

أ- القول الأول : عدم جواز التطليق لعدم الإنفاق : ولقد أخذ به فقهاء الحنفية³:

إذ رأوا أن يأمر القاضي الزوجة بالاستدانة⁴ ثم ترجع عليه وذلك نظرة إلى ميسرة فيكون دينا في ذمته⁵ ، لأن الظلم لا يرفع بالظلم⁶. ولقد استدلوا بقوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ

فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۗ ﴾ [سورة البقرة 280]. وجه الدلالة : أن الله تعالى يأمر بالصبر على

1 عبد المؤمن بلباقي ، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 29.
2 حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري - مدعم باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05 ، الجزائر ، دار الخلدونية، ط1، 2009م/1430هـ، ص 110.

3 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص187.

4 محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري ، مرجع سابق، ج2، ص76.

5 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3 ، ص 246. وينظر : عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الأردن ، عمان، دار النفائس ، ط 1997م/1418هـ، ص287.

6 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون ، المملكة العربية السعودية، مكتبة الوراق، ط1 ، 1999م/1420هـ، ص 112.

المعسر الذي لا يجد وفاء¹، وهو معنى عام يشمل الزوجة وغيرها، فهي مطالبة بإنظاره لا الفرقة².

كما استدلوا بالحديث: (عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال: دخل أبو بكر يستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجد الناس جلوسا ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالسا، حوله نساؤه، واجما ساكتا، قال: فقال: لأقولن شيئا أضحك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "هن حولي كما ترى، يسألنني النفقة"، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده،....³ ووجه الدلالة: قالوا أن ضرب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ابنتيهما بحضور النبي صلى الله عليه وسلم، لأجل مطالبتهما له بالنفقة التي لا يجدها، يدل على عدم جواز التفرقة بمجرد الإعسار بها، لأنه إذا كانتا محقتين ما أقرهما صلى الله عليه وسلم على ذلك⁴.

ب- القول الثاني: جواز التفريق لعدم الإنفاق: ولقد أخذ به جمهور الفقهاء⁵ (المالكية⁶ - والشافعية⁷ والحنابلة⁸) و اختلفوا في التفصيلات الجزئية⁹. كما فعل المالكية حينما اشترطوا عدم وجود متبرع لأنه بوجوده يسقط حقها في طلب

1 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص 718.

2 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 114.

3 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح المختصر من السنن، وفي طبعته: غاية الابتهاج لمقتفي أسانيد كتاب مسلم بن الحجاج، السعودية، الرياض، دار طيبة، المجلد 2، ط 1427، 1، حديث صحيح رقم 1478، ص 680.

4 مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 290.

5 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 512 وما يليها.

6 عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفرقة، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، ج 2، ط 1987، 1/م 1408، ص 55.

7 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ج 3، ط 1، 1995/م 1415، ص 154. وينظر: سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البيجرمي على الخطيب "تحفة الحبيب على شرح الخطيب"، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 4، ط 1996، 1/م 1417، ص 482.

8 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج 13، ص 144.

9 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، عمان الأردن، دار الثقافة، ط 1، 2009، ص 221.

التطليق سواء سلم المتبرع النفقة للزوجة رأساً ومباشرة أو سلمها إلى زوجها ويسلمها إلى زوجته¹.

واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة 229].

وليس من الإمساك بالمعروف أن يتركها دون نفقة، فيتعين التسريح².

كما استدلووا بقوله ﷺ بما رواه عنه أبو هريرة قال: (قال النبي ﷺ: أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني)³، فهذا الحديث جعل للمرأة حق طلب الفراق عند الامتناع عن الإنفاق⁴.

2-أ-2/ حكم التطليق لعدم الإنفاق قانوناً: من خلال ما سبق ذكره حول حكم التطليق لعدم الإنفاق عند الفقهاء الذي كان فيه اختلاف إلى قولين، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري أجد في المادة 53 الفقرة 01 السالفة الذكر، أخذ بالقول الثاني الممثل لرأي الأئمة الثلاث "المالكية والشافعية والحنابلة"، وذلك بإقراره جواز فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق متى توافرت الشروط التي يمكن استخلاصها باستقراء وتحليل المادة 53 فقرة 01، ويمكن ذكرها كالآتي:

1- توافر شروط استحقاق المرأة للنفقة: والمتمثلة في وجود عقد زواج صحيح⁵ تأكد بالدخول أو دعوتها إليه بيينة مع صلاحها للمعاشرة .

2-امتناع الزوج عن الإنفاق عمداً وقصداً: بمعنى عدم الإنفاق العمدي، وانقطاع الزوج نهائياً عن أدائها بكل مشتملاتها حسب المادة (78 السالفة الذكر) ،وعليه فالإنفاق

1 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 113.

2 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 144.

3 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج 7، حديث رقم 5355، ص 63.

4 محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية-دراسة فقهية مقارنة، الأردن، عمان، اليازوردي، ط 1، 2010، ص 296.

5 نبيل صقر، قانون الأسرة -نصاً وفقهاً وتطبيقاً-، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ط 2006، ص 168.

الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه، هو إنفاق مثل زوجها على مثلها¹.

3- عدم علم الزوجة بإعسار الزوج وقت العقد: لأن علمها بإعساره يعد رضاء منها بحاله وبالعشرة معه على هذه الحال² ويسقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق، ويقع عبء إثبات علمها على الزوج ، وله إثبات ذلك بكل طرق الإثبات³.

4- اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم⁴ عن طريق رفع دعوى من قبل الزوجة :

فإذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق ، لا بد من استصدار حكم قضائي سابق يلزمه بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا⁵ والمتمثلة في : رفع دعوى إما استعجالية⁶ تلجأ فيها إلى القضاء الاستعجالي لطلب استصدار أمر بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني⁷، أو دعوى نفقة عادية أمام قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية ، التي يوجد مقر الزوجية بدائرة اختصاصها ، ثم ترفقها بنسخة أصلية من الحكم المقرر لحقها في النفقة والقابل للتنفيذ بالإضافة إلى محضر بالامتناع

1 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1: الزواج والطلاق، ط2004، 1، ص 276-277.

2 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 112.

3 طرق الإثبات هي : الكتابة- الشهود- القرائن - اليمين(المواد 323 إلى 350 قانون مدني) و(المواد من 70 إلى 193 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

4 ملف رقم 118475 ، بتاريخ 1995/05/02، نشرة القضاة، العدد49، غرفة الأحوال الشخصية، ص 241، (إن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري قد أجازت للزوجة طلب التطليق في حالة عدم الإنفاق عليها من طرف الزوج بشرط أن يصدر حكم بوجود النفقة وأن تقيم الزوجة الدليل على امتناع الزوج غير المعسر عن دفع النفقة رغم الحكم عليه بها). ينظر: باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 49.

5 باديس ديابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الجزائر ، عين مليلة، دار الهدى، 2007، ص 32.

6 ملف 333042، بتاريخ 2005/01/19: (يجوز للزوجة دعوى أمام القضاء المستعجل، للمطالبة بنفقة وقتية لها...، إلى غاية صدور الحكم الموضوعي)، مجلة قضائية، 2005، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 321.

7 المادة 57 مكرر من 02/05 تنص على أنه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة.....".

محرر من المحضر القضائي القائم بالتنفيذ¹، وعند الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق².

من خلال ما سبق ذكره يمكن أن أستخلص بعض الملاحظات حول النص القانوني تتمثل في أن:

- المشرع وافق جمهور الفقهاء في جواز التفريق بسبب الإعسار عن النفقة، كما وافقهم في أنه لا طلاق إلا بعد الامتناع عن النفقة بعد صدور الحكم³.
- أعطى المشرع الجزائري الحق في التفريق بين الزوجين للقاضي في هذه الحالة، لأن من حق الزوجة رفع أمرها إليه لطلب خلاصها من ضرر عدم إنفاق الزوج عليها.
- القانون أوجب نفقة الزوجة على زوجها وألزمه بأدائها، فإن امتنع عن ذلك عليها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتجبره على ذلك⁴، وبالتالي فإن المادة (53 فقرة 01) منه ألفت بحث شروط استحقاق النفقة على عاتق القاضي الذي يصدر الحكم بوجوب الإنفاق على الزوجة، لأنه بصدور هذا الحكم يكون قد تحقق سبب الاستحقاق، والامتناع عن الإنفاق بعده هو المبرر لطلب الزوجة التطليق⁵.
- المشرع عندما نص على عدم الإنفاق الذي يعتبر سبب يخول للزوجة المطالبة بالتطليق من زوجها، فإنه لم يفرق بين (تعهد الزوج على عدم الإنفاق رغم قدرته وهو ما يسمى "الامتناع العمدي المقرر شرعا وقانونا"، وبين العجز عن ذلك وهو ما يطلق عليه "عدم القدرة المالية على الإنفاق" لأي سبب كان، وبين إعسار الزوج بعد الزواج بسبب الإفلاس أو غيره)، وهذه الحالات لا يمكن أن يكون الحكم فيها واحد .

1 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر، دار هومة، ط4، 2013، ص119.

2 باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص32.

3 مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص293.

4 باقر تشریف القرشي، نظام الأسرة في الإسلام-دراسة مقارنة- لبنان، بيروت، دار الأضواء، ط1، 1988م/1408هـ، (بتصرف)، ص66.

5 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص114.

- لم ينص المشرع عن حالة يسار الزوجة مع إفسار الزوج لسبب قاهر، أو حالة وجود منفق على الزوجة غير الزوج، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يتبين أن الفقهاء لم يعطوها حق الفرقة إذا وجد من ينفق عليها خاصة عند المالكية¹.
- وبالرجوع إلى نص المادة (53فقرة 01) من قانون الأسرة الجزائري يستنتج منها أنه: يتطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور حكم بوجود النفقة، وبالرغم من أن النفقة واجبة بحكم الشرع والقانون²، فمن المفروض عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية مع امتناع الزوج عن الإنفاق، يقوم القاضي مباشرة بتوجيه إعدار للزوج ينذر فيه بأن ينفق على زوجته، أو يحدد له أجلا إن كان معسرا وإلا تعرض للمتابعة لإجباره على الإنفاق، وبإمكان الزوجة أن تطلب التطليق إذا لم ينفق³.
- لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة⁴، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 331 من قانون العقوبات⁵ يتبين أن: "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات، وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج... ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإفسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا⁶ مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال دون الإخلال بالمواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية، وتختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة...". وهو ما استقر عليه

1 مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 298.
2 المادة 37 قانون 84-11 سبق ذكرها وللتوضيح أكثر تعين إعادتها وهي تنص على أن: "يجب على الزوج نحو زوجته:- النفقة الشرعية....."
3 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 189.
4 العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، 2004، ص 278.
5 قانون رقم 66-156 المؤرخ في 11 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري (الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 11-6-1966). المعدل والمتمم بالأمر رقم 11-14 المؤرخ في 2-8-2011 (الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 10-8-2011).
6 ينظر المادة 5/426: "تكون المحكمة المختصة إقليميا :- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

القضاء في اجتهاده ومثال ذلك: الملف رقم 124384 بتاريخ 16/04/1995: (من المقرر قانوناً أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمداً ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عدم الدفع العمدي ما لم يثبت العكس، ومتى ثبت صدور أمر قضائي - استعجالي - يلزم المتهم بدفع النفقة، فإن قضاة المجلس قد خرخوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع)¹ وكذلك القرار رقم 335844 الصادر بتاريخ 18/05/2005 الذي جاء فيه: (من المقرر قانوناً أن اعتبار الزوج ممتنعاً عن الإنفاق على زوجته.... لا يشترط فيه وجود حكم قضائي مدان فيه من أجل ذلك، بل يثبت بكل وسائل الإثبات بعد صدور الحكم بوجوبها)²، وبالتالي قررت المحكمة العليا أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين مع صدور أمر قضائي بذلك، يكون مبرراً لطلبها التطليق من زوجها وفقاً لما نص عليه الفقه المالكي، كما جعل المدة تخضع لسلطة القاضي التقديرية حسب مقتضيات الحال³.

ولا فرق بين عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي: لأن القانون يعاقب كل من يبقى لمدة تتجاوز الشهرين دون الوفاء بكل الإعانات المحددة من طرف القاضي ولا بدفع المقدار الكامل للنفقة، وعلى ذلك فالعقوبة تطبق ولو أمام وفاء جزئي⁴، متى توجه المحكوم له بالنفقة بشكوى إلى وكيل الجمهورية مصحوبة بنسخة تنفيذية⁵.

1 ملف رقم 124384، بتاريخ 16/04/1995، مجلة قضائية، 1995، عدد 02، ص 192، نقلاً عن: نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، مرجع سابق، ص 173.

2 ملف رقم 335844، بتاريخ 18/05/2005، نشرة القضاة، عدد 65، ص 315، نقلاً عن: باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 80.

3 سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، مرجع سابق، ص 203.

4 لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري - الجرائم ضد الأسرة والآداب العامة، الجرائم ضد الأموال -، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 63.

5 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 109.

ويبدأ سريان هذا الميعاد (مدة تتجاوز الشهرين دون الوفاء) من اليوم الذي يصبح فيه الأمر أو الحكم القاضي بالنفقة حائز قوة الشيء المقضي فيه ، ولا يشترط الإعدار ولا الإلزام بالدفع¹ ، لكن في حالة الحكم غيابيا فإن الميعاد لا يبدأ إلا بعد تبليغ الحكم².

وهذه الجريمة (جريمة عدم تسديد النفقة أو الإهمال العائلي) هي جنحة مستمرة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة على المتهم³. كما إن سحب الشكوى أو التنازل عنها، لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة⁴.

يفهم مما سبق ذكره أن: جريمة الامتناع عن تسديد النفقة توجد عند قيام دين غذائي مع صدور حكم قضائي نافذ مما يستوجب توافر أركان تتمثل في: الركن المادي الذي يمثل عدم دفع المبلغ المالي كاملا مع انقضاء مهلة الشهرين. أما الركن المعنوي فيمتمثل في القصد الجنائي وهو الامتناع عن سداد النفقة. وعند توافر هذه الأركان لا بد من قمع الجريمة عن طريق المتابعة، لأنه لا يشترط في هذه الجريمة شكوى المضرور، لأنها تتميز بطابع الاستمرارية، لكن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة⁵، وفي حالة توافر ما سبق يتعين تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المواد 331 و332 من قانون العقوبات⁶.

1 هناك اختلاف بين رأي (لحسن بن شيخ آث ملويا وأحسن بوسقيعة) للتفصيل أكثر راجع: لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، ص 65.
2 لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، المرجع السابق، ص 64.
3 خالف المشرع الفقه حينما فرض سوء نية الزوج في الدفع، وخالف كذلك المبدأ المعمول به وهو 'المجرم بريئ حتى تثبت إدانته' واعتبر عدم الدعم عمدي حتى يثبت العكس، وفي هذا هضم لحق الزوج الذي قد يكون معسرا فعلا. ينظر: عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 181.
4 بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد-وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا-، الأردن، عمان، دار الثقافة، ج 1، ط 2012، م 1/ 1433هـ، ص 464.
5 تنص المادة 331 فقرة أخيرة من قانون العقوبات على: " ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".
6 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزائر، دار هومة، ج 1، ط 10، 2009، ص 159 ومايلها.

فمتى قامت جريمة عدم تسديد النفقة جاز للزوجة طلب التطليق ، ومن هنا يؤخذ على المشرع الجزائري أنه انفرد بهذا الشرط الذي يتمثل في وجوب صدور حكم بعدم الإنفاق، مع توافر امتناع عن التنفيذ لكي يحق للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية ، وهو ما يتعارض مع المبدأ العام الذي يتمثل في " رفع الضرر عن الزوجة " حيث تتحمل الزوجة عبء إثبات عدم الإنفاق ثم تستصدر حكم بذلك ، ثم تنتظر مهلة تتجاوز شهرين لكي تشرع في رفع دعوى جديدة للمطالبة بالتفريق ¹.

2-ب- نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة :

يتم تحديد نوع الفرقة بسبب عدم الإعسار عند الفقهاء أولاً ثم عند المشرع الجزائري وذلك لمعرفة أي فريق اتبع المشرع وهل وفق في ذلك أم لا ؟ وبالتالي يتعين التطرق إلى نوع الفرقة لمعرفة مسلك المشرع كالاتي:

2-ب-1/ نوع الفرقة بسبب الإعسار عند الفقهاء: لقد اختلف العلماء في تحديد

نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق هل هي فرقة طلاق أم فسخ ؟ وانقسموا إلى فريقين كل منهما أعطى قوله في ذلك كما يلي :

أ- القول الأول :الفرقة فرقة طلاق بطلقة واحدة: وبه قال المالكية ² بمعنى

أنه طلاق رجعي ³، فقد جاء في ' حاشية الدسوقي ' : (كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة فهو رجعي) ⁴، وبالتالي هو طلاق ينقص من عدد الطلاقات إذا كانت الزوجة مدخولا بها ، فإذا زال سبب التطليق فله أن يراجعها، مادامت في العدة،

1 محمد حجازي، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ودوره في التأسيس لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في إنهاء الرابطة الزوجية-دراسة نقدية- (في الملتقى الوطني الموسوم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا شؤون الأسرة) بجامعة أم البواقي، 29-30 أبريل 2013، ص 15.

2 صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل، مرجع سابق ، ص 405.

3 الرجعة في الطلاق :هي استدامة القائم في العدة، وهو ملك النكاح ينظر: على بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مرجع سابق، ص 95.

4 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج2، ص 519.

ولا يكتفي بالوعد والاستعداد للإنفاق، بل لابد من دفع النفقة المطلوبة منه في الحال ، فإن لم يدفع لا يحكم بصحة¹ .

ب-القول الثاني:الفرقة فرقة فسخ: وهو ما أخذ به (الشافعية² والحنابلة) حيث جاء في كتاب' المغني': (فإن فرق بينهما الحاكم فهو فسخ لا رجعة فيه)³ وهذه الفرقة لا تنقص من عدد الطلقات)⁴ .

أما الحنفية فقد سبق القول أنهم لا يأخذون بالتفريق بين الزوجين بسبب الإعسار في الإنفاق. فيفهم مما سبق بيانه أن الأئمة اختلفوا في نوع الفرقة بحسب اختلاف المعنى بين الطلاق والفسخ⁵ .

2-ب-2/ موقف المشرع من نوع الفرقة بسبب عدم الإنفاق: المشرع الجزائري

لم يتعرض لهذه المسألة في تشريعه، لكن بالرجوع إلى المادة 48 من الأمر 02/05⁶ . أجد أنه قد جعل طلب حل العقد من قبل الزوجة هو طلاق وليس بفسخ، وبحسب من عدد الطلقات. كما أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية الخاصة بالطلاق في قانون الأسرة

1 رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة - الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ،في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء-،لبنان ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، ص 534.

2 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج10، ط1، 1997، م/1417هـ، ص48-49. ينظر: شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 578.

3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج10، ص360 وما يليها.

4 محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق ، ص 297.

5 الطلاق: "إنهاء لعقد الزواج، قد يكون بائنا أو رجعيًا إذا كان في فترة العدة ، وهو ينقص من عدد الطلقات ، ولا يكون إلا في النكاح الصحيح". أما الفسخ فهو " يكون في نقضا لعقد الزواج متى توافر عارض طرأ عليه فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا، ويعتبر فرقة بائنة لا رجعة فيه، وهو لا ينقص من عدد الطلقات، ويكون في النكاح الصحيح وغير الصحيح". أنظر: عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص76-77.

6 المادة 48 من 02/05 تنص: "ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"

الجزائري (المادة 48 وما يليها) لم تتكلم عن نوع الفرقة الواقعة بسبب طلب الزوجة ذلك لإعسار زوجها، ربما هذا راجع إلى عدم تفريقه بين الفسخ والطلاق¹.

وبالرجوع إلى المادة 222 من 02/05 التي تحيل إلى قواعد الشريعة الإسلامية، وبما أن المذهب السائد في البلاد هو مذهب الإمام مالك، فإن نوع الفرقة هي فرقة طلاق وبالتحديد طلاق رجعي² لا بائن، وهو ما استقر عليه وبينته المحكمة العليا في قرارها رقم 39463 بتاريخ 1986/02/10 بنصها أنه: (من المتفق به فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوجة هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته....)³.

و لقد سكت المشرع عن كل هذا، فكان عليه أن يوضح ذلك بنص حتى يتنافى الإشكال نظرا لاختلاف الآثار المترتبة عن كليهما⁴، تاركا الأمر للقضاة للاجتهاد في هذه المسألة، وذلك باتباعهم المذهب السائد في البلاد والمتمثل في المذهب المالكي القائل بالطلاق الرجعي في هذه الحالة.

ثانيا : التطليق للعيوب.

قد جعل الشرع للمرأة من الأسباب التي تحفظ حقها في التفريق بينها وبين زوجها، ما يمنع من تسلط الزوج عليها، ويحفظ كرامتها وحقوقها فلا تستشعر أن قيد يفرضه زوجها عليها، غير القيود التي تحتمها العشرة الزوجية⁵، ولا شك أن العيوب في أحد الزوجين

1 مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 299.

2 الطلاق الرجعي: يقصد به: إمكانية إرتجاع الزوجة المطلقة غير البائنة إلى النكاح من غير عقد ينظر: عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، طنطا، دار الضياء، ص 290. أو هو: طلاق لايزيل الحل مادامت العدة قائمة. أنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 312.

3 ملف رقم 39463، بتاريخ 1986/02/10، المجلة القضائية، 1989، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 115.

4 مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 299.

5 نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، 2007م/1428هـ، ص 27.

توهن الحياة الزوجية، وقد تقضي على الألفية الزوجين، وهي تؤثر لاشك على مقاصد الزواج¹.

فتعتبر العيوب مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية، ويخول طلب إنهاؤها كل عيب مانع من المعاشرة الزوجية وكل مرض خطير على حياة الزوج الآخر، أو على صحته، ولا يرجى الشفاء منه مدة سنة، بمعنى أن للمرأة الحق في طلب التطليق إذا أصيب الزوج بمرض يعوقه عن استمرار العلاقة الزوجية، غير أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا انقضت مدة سنة من تاريخ علمها بمرضه²، والقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال³.

ولقد نص المشرع عن هذا السبب في المادة 53 فقرة 2 من 02/05: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج". مما يتعين تحديد مفهوم العيوب الموجبة لطلب التطليق (1) وكذلك سلطة القاضي في إيقاعه (2).

1/ مفهوم العيوب الموجبة لطلب التطليق

أحدد في هذا الجزء تعريف العيب، ثم أنواع العيوب ودليل مشروعية التفريق لتوافرها، ثم العيوب الموجبة للتفريق وكذلك الشروط الواجب وجودها لإيقاع التطليق كالاتي:

أ- تعريف العيب لغة واصطلاحاً وقانوناً

1- العيب لغة: عيب و عيبة و عابا: صار ذا عيب⁴، أي نسبه إلى العيب¹، والعباب والمعابة والمعيب² بمعنى الوصمة³. ولقد ورد لفظ العيب في القرآن لقوله ﷻ: ﴿ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾ [سورة الكهف 79]: أي جعلها ذات عيب "السفينة"⁴.

1 محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل في الأحوال الشخصية، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 428.

2 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، مرجع سابق، ص 300-301.

3 محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة-الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء،- دراسة لقوانين الأحوال الشخصية-، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 86.

4 بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 408.

ويفهم من ذلك أن العيب معناه الوصمة فقط في اللغة حيث لا معنى آخر، والوصمة هي المرض ، وتكون في الإنسان وفي كل شئ وتوجب النقصان⁵ .

2- العيب اصطلاحاً: هو علة تعترى أحد الزوجين، بحيث تعيق الاستمتاع المقصود من النكاح، ويتعذر على الزوج السليم أن يعيش مع الآخر الذي يوجد فيه العيب إلا بضرر أو أذى يلحقه⁶ . أو هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها⁷.

3- العيب قانوناً: لم يعطي المشرع الجزائري في قانون الأسرة أي إشارة إلى معنى العيب.

ب- أنواع العيوب ودليل مشروعيتها التطليق بها: أحدد أنواع العيوب الموجبة للتفريق، ثم دليل مشروعيتها التفريق بسببها، وذلك كالآتي:

ب-1/ أنواع العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين: تتمثل في العيوب الجنسية ، والعيوب الجسدية وهي كالآتي:

1 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 569.
2 الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس (مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير)، ليبيا- تونس، دار العربية للكتاب، ص 446.
3 شوقي ضيف، معجم الوسيط، مرجع سابق، ص 639.
4 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، مرجع سابق، ص 648.
5 صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي- السرطان، الإيدز، الالتهاب الكبدي الوبائي-، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط1، 2012م/1433هـ، ص 92.
6 صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 94.
7 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، بيروت، الدار الجامعية، 1983م/ 1403هـ ص 587.

أ- **العيوب الجنسية** : هي عيوب تحول دون الاستمتاع ، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي، فيمتنع الدخول والإنجاب. فمنها ما يصيب المرأة¹ ومنها ما يصيب الرجل كالعنة، والجب، والخصاء².

ب- **العيوب الجسدية**: هي عيوب لا تحول دون الاستمتاع، ولا تمنع الدخول، ولكنها علل منفردة وضارة، تضر صاحبها وغيره، وهذه العلل يشترك فيها الرجل والمرأة³ ومنها: الجنون والجدام والبرص⁴، والأمراض المعدية الأخرى⁵.

1 العيوب التي تصيب المرأة: 1 - الرتق والقرن: وهو انسداد محل الجماع منها في الأول بلحمة والثانية بعظم وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع وإن شقته وأمكن الوطء فلا خيار. **ينظر**: عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص254. **وينظر**: عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقاً لأحدث التعديلات، الأردن ، دار الثقافة، ط1، 2009، ص205.

2 - العفل: بفتح العين والفاء: لحم يبرز في قبلها وقيل أنه رغوطة في الفرج تحدث عند الجماع.. **ينظر**: الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص278.

2 العيوب التي تصيب الرجل: 1- العنة: صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع، أي عجز الرجل عن الوصول إلى النساء بمعنى العجز عن الوطء ويسمى "عنيناً". **ينظر**: الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع نفسه، ج2، ص278. **ينظر**: محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية- شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط2010، م3/1431هـ، ص221.

2- الجب: هو قطع الذكر والأنثيين وكذا مقطوع الأنثيين فقط إذا كان لا يمني وإلا فلا رد به ومثل قطع الذكر قطع الحشفة على الراجح أي هو قطع عضو التناسل ويسمى "مجبوباً". **ينظر**: الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص287.

3- الخصاء: هو قطع الأنثيين. **ينظر**: محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية ، مرجع سابق، ص221. **وينظر**: عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقاً لأحدث التعديلات ، المرجع السابق، ص204.

3 محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص221.

4 العيوب التي تصيب الرجل والمرأة: 1 - الجنون: هو زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء. **ينظر**: عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص253. **وأنظر**: محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص305.

2 - الجدام: علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر. ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في الوجه أغلب. **ينظر**: عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص253.

3- البرص: هو بياض في البدن ويشبه في لونه البهق، والفرق بينهما أن النابت على الأبيض أبيض وإذا نخر البرص بآبرة خرج منه ماء ومن البهق دم. **ينظر**: صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص103. **وينظر**: محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، المرجع السابق، ص305.

5 عبد المؤمن بلباقي ، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص64.

ب-2/ دليل مشروعية التطليق للعيوب: لقد ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية¹ - المالكية²- الشافعية³ - الحنابلة⁴) على جواز التفريق بين الزوجين للعيوب، إلا أنهم اختلفوا في كونه حقا ثابتا للزوجين معا، أم للزوجة وحدها، كما أنهم اختلفوا في عدد العيوب التي يتم التفريق بها⁵. واستدلوا في جواز التفريق بالأدلة الآتية :

ب-2-1/ دليل مشروعية التطليق للعيوب من القرآن الكريم: قوله ﷺ: ﴿فَأَمْسَاكُ

بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة 229]. ووجه الاستدلال أن ﷺ أوجب

على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان . ومن المعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج، ليس من الإمساك بالمعروف في شيء . فيتعين عليه التسريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا ناب القاضي منابه في التسريح⁶.

ب-2-2/ دليل مشروعية التطليق للعيوب من السنة النبوية: عن ابن عمر

رضي الله عنهما : (أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني غفار، فلما أدخلت عليه رأى بكشحا⁷ بياضا فناء عنها، وقال: أرخي عليك، فخلى سبيلها، ولم يأخذ منها شيئا⁸).

1 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ج3، ط2، 2003م/1424هـ، ص 587-588.

2 محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط1418، 1هـ، ص 177-178.

3 سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البيجرمي على الخطيب، مرجع سابق، ج4، ص 181 وما يليها.

4 بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة في شرح العمدة في قفه السنة الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، اعتنى به: خالد محمد محرم، لبنان، بيروت، صيدا، المكتبة العصرية، 1997م/1417هـ، ص 380 وما يليها.

5 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 204.

6 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج3، ص 587.

7 كشح: ما بين الخاصرة والضلوع أو هو الجنب ينظر: شوقي ضيف، معجم الوسيط، مرجع سابق، ص 788.

8 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج7، ط3، 2003م/1424هـ، حديث رقم 14221، ص 348.

ج- العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق : تطرق كل من الفقهاء الأربعة

والمشرع الجزائري إلى التطليق بسبب العيوب وسأذكر آرائهم في ذلك كالاتي :

ج-1/ العيوب الموجبة للتفريق ورأي الفقه في ذلك: سبق القول أن التفريق بسبب

العيوب جائز عند جمهور الفقهاء بالقرآن والسنة، لكن هناك اختلاف بينهم من حيث نوع العيوب التي تجيز التطليق، رغم اتفاقهم على التفريق بسبب بعض العيوب العنة والجب .

أ- الحنفية: ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه لا خيار إلا بالعيوب الجنسية إذا حدث العيب

قبل الزواج وهي: العنة والجب و الخصاء¹ . فقصرُوا حق الرد على المرأة دون الرجل

لأن هذه العيوب خاصة بالرجل² . أما إذا جن الرجل أو أصبح عنيماً بعد الزواج، وكان قد

دخل بالمرأة ولو مرة لا يحق لها طلب الفسخ لسقوط حقها بالمرأة الواحدة قضاء³ .

ب- المالكية: العيوب عندهم (13) ثلاثة عشر عيباً⁴ . ويرد النكاح من أربع عيوب

إذا كان العيب قبل الدخول⁵ هي، عيب الجنون وعيب الجذام وعيب البرص وعيب داء

1 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص97.

2 عبد المؤمن بلباقي ، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 72-73.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص522.

4 العيوب عند المالكية:

- (04) يشترك فيها الزوجين: الجنون والجذام والبرص و العضيطة "التغوط عند الجماع" ينظر:

شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق،

ج 2، ص278.

- (04) خاصة بالرجل: الجب و الخصاء و العنة و الإعتراض "عدم الدخول بالمرأة مع سلامة

الذكر" ينظر: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع

نفسه، ج2، ص278.

- (05) خاصة بالمرأة: الرتق والقرن والعفل والبخر "نتن الفرج" والإفشاء "اختلاط المسلكين-

اختلاف المسلكين حتى يصير المسلك واحد -انحراف ما بين السبيلين القبل و الدبر

وهو 'الفتق' ينظر: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير، المرجع نفسه، ج2، ص277-278. وينظر: عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية

وفقاً لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص204. وينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،

المرجع السابق، ج7، ص514. وينظر: صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها

على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص121.

5 سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى في شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد

عطا، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ط1، 1999م/1420هـ، ص33.

الفرج¹. أما إذا كان العيب طارئاً: فقد فرقوا بين عيب الزوج وعيب الزوجة، فأجازوا للزوجة دون الزوج - إذا كان العيب الحادث للزوج- حق طلب التفريق إن كان العيب جنوناً أو جذاماً أو برصاً. لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها، وليس لها طلب التفريق بالعيوب التناسلية الأخرى "الجب والعنة والخصاء"².

ج- الشافعية: العيوب عند فقهاء الشافعية سبعة هي: الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن والجب والعنة. فمتى وجد العيب في أحد الزوجين ثبت الخيار سواء كان هو الآخر مصاباً به أو لم يكن، لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه³. أما إذا كان العيب طارئاً بعد الزواج فيثبت للمرأة الخيار، لأن كل عيب يثبت لأجله الخيار إذا كان موجوداً حال العقد يثبت لأجله الخيار إذا حدث بعد العقد⁴.

د- الحنابلة: عدد العيوب الموجبة للفسخ عندهم سبعة هي: الجنون والجذام والبرص والجب والعنة والفتق والقرن والعفل⁵. وفي حالة حدوث عيب مفاجئ بعد الزواج ففيه قولان: الأول: إن وجد العيب بعد العقد يثبت الخيار. أما الثاني: لا يثبت الخيار: وهو قول الإمام مالك. لأنه عيب حدث بالمعقود بعد لزوم العقد.

ولقد جاء في 'المغني' أنه: (قال أصحاب الشافعي: إن حدث العيب بالزوج أثبت الخيار، وإن حدث بالمرأة فكذلك، في أحد الوجهين، والآخر، لا يثبت، لأن الرجل يمكنه

1 داء الفرج: ما يقطع لذة الوطء، ويفسر بما ذكره علماء مذهبه، ذلك أن داء الفرج جاء لفظ عام تدخل تحته كل الأصناف السالفة الذكر في هامش 199. **ينظر:** عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 73.

2 العيب في الزوجة لا يثبت لا يثبت للزوج الخيار أو طلب التفريق بهذا العيب لأنه مصيبة نزلت به. **ينظر:** وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 522-523.

3 مصطفى الخن ومصطفى البغا و علي الشريحي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، سوريا، دمشق، دار القلم، ج4، ط3، 1992م/1413هـ، ص 111 - 112.

4 إذا كان العيب في الزوجة فهناك قولان: الأول: لا يثبت الفسخ وهو قول قديم وأخذ به الإمام مالك. أما الثاني: قول حديث يثبت به خيار الفسخ وهو الصحيح. **ينظر:** أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج9، ص 296.

5 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص 55-56.

طلاقها بخلاف المرأة، ولنا، أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقا، فتساويا فيه لاحقا، كالمتابعين) ¹.

خلاصة القول: الواضح في ما سبق ذكره أن المذاهب الثلاثة "المالكية والشافعية والحنابلة" متفقون على كثير من العيوب كما اتفقوا مع المذهب الحنفي في نوعين: الجب والعنة. لكنهم اختلفوا في حالة التفريق بسبب العيب الطارئ بعد الزواج حيث إن المذهب المالكي والحنفي فرقوا بين العيب قبل الزواج وبعده. أما المذهب الشافعي والحنبلي سوا بين العيب قبل الزواج وبعده وبالتالي التفريق على السواء -وهو الرأي الراجح- لتماثيه مع المبدأ العام وهو مشروعية التفريق بين الزوجين للعيب. لأن العلة واحدة وهي تحقيق العدل والإنصاف الذي أقرته الشريعة الإسلامية وأمرت به ².

كما أن ما سبق ذكره بشأن العيوب وحالات التفريق عند وجود العيب قبل أو بعد الزواج، يتبادر طرح الإشكال: هل عيب الخنثى والإيدز والعقم مثلا من العيوب الموجبة للتفريق؟ وللإجابة على هذا التساؤل يتعين تحديد معنى كل العيب على حده ونظرة الفقهاء إليه كالآتي:

أ- **الخنثى:** هو من له ما للرجال والنساء جميعا ³. ففقهاء الحنفية: أوجبوا التفريق بين الزوجين لوجوده ⁴ لأنه عيب فاحش ⁵. أما فقهاء المالكية قالوا: إذا اختار الذكورة فنكح امرأة، أو الأنوثة فنكحت رجلا، فإنه قد تبين خلاف الاختيار، أما إذا اتضح الحال بالعلامات

1 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المرجع نفسه، ج 10، ص 61.

2 عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 84.

3 عبد الحميد حسن الصباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة (ماجستير في القضاء الشرعي)، غزة، كلية الشريعة والقانون، 2008م/1429هـ، ص 8.

4 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 3، ص 595.

5 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، مرجع سابق، ج 5، ص 161.

الدالة على الذكورة أو الأنوثة فلا خيار¹. أما بالنسبة لفقهاء الشافعية فقالوا: لا يرد الزوج إلا بالعيوب 07 المذكورة آنفاً²، وفي رد الخنثى خلاف، فإذا وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان: أحدهما يثبت له الخيار لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص، والثاني لا خيار له لأنه يمكنه الاستمتاع به³. أما الحنابلة فقالوا: إذا وجد أحدهما الآخر خنثى، فلها الخيار لأنه يثير نفرة وفيه نقص وعار⁴.

ب- الإيدز (المرض المعدي القاتل): فهو يعرف بأنه ملازمة نقص المناعة المكتسبة: أي هو مرض يسببه فيروس يدمر الجهاز المناعي في جسم الإنسان فيجعله عرضة للأمراض القاتلة والأورام السرطانية⁵. وبما أن المستقرء لأحكام الشريعة الإسلامية يجد أنها جاءت لرعاية مصالح العباد بتحقيق مصالحهم ودفع المفسد والأضرار عنهم، والزواج من جملة هذه الأحكام⁶، وبه يتحقق الوطء وقضاء الشهوة، ومتى امتنع ذلك بسبب الضرر اللاحق جراء عدم استيفاء المقصود وهو الاستمتاع من أجل الإنجاب، والمعتبر في ذلك هو أن يعطي حق طلب التفريق، وهو ما ينطبق على السيدا مادام العلماء في عجز عن إيجاد العلاج الناجع يقى الأصحاء ودليل ذلك ما قاله "حسن الجواري": (أنه إذا كان جواز الفسخ قد ورد بالنص في جدام أحد الزوجين أو برصهما، وكانت العلة في جواز الفسخ في العدوى بهذين المرضين غير المميتين فيكون جواز الفسخ في هذا المرض المعدي والمميت أولى)⁷، فالقياس يكون على كل داء منفر

1 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، مرجع سابق، ج 8، ص 135.

2 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، لبنان، بيروت، دار الأرقم بن الأرقم، ج 2، ط 1، 1997م/1418هـ، ص 23.

3 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج 2، ص 449.

4 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج 4، ص 296.

5 منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية-دراسة فقهية مقارنة، (ماجستير في الفقه المقارن)، غزة، كلية الشريعة والقانون، ط 2008م/1429هـ، ص 4.

6 منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، المرجع نفسه، ص 15.

7 حسن بن محمد تقي الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، دار النخائر، ص 413-414.

من الاستمتاع¹. بمعنى إذا علمت الزوجة بمرض الزوج بداء الإيدز سواء دخل بها أو لم يدخل ثبت لها حق فسخ عقد النكاح مع اختلاف الفقهاء في ثبوت المهر قبل الزواج أو بعده².

ج- العقم: هو العجز عن الإنسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين. وبالتالي فهو عيب لا يقل أهمية عن سائر العيوب، إن لم يكن من أعظمها شأنًا كون غاية الزواج وهدف الزوجين أسمى من أن يكون متعة جنسية لا ثمرة لها. فوجب التفريق ويستدل على ذلك: (أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السعاية، فتزوج امرأة وكان عقيما، فقال له عمر رضي الله عنه: أعلمتها أنك عقيم؟... قال: لا!... قال: انطلق فأعلمها ثم خيرها)³.

و وجه الاستدلال أن عمر ابن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليسا لا يصح إخفاؤه، فأوجبه إخبارها وتخييرها بين البقاء والفراق. كما أن الفقهاء لم يذكروا العقم من العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين⁴، فلم يحصرُوا العيوب بعدد معين، وذكرُوا من العيوب التي تجيز الفسخ مما هو أقل بكثير من عيب العقم في أحد الزوجين. فالفسخ للعقم أولى من تلك العيوب. وذلك تحقيقا للمصلحة والضرورة والهدف من الزواج، إلا أن 'عبد الرحمان الصابوني' في كتابه حدد مجموعة من الاعتبارات لا بد من مراعاتها شرعا وقضاء وهي كالآتي:

- وجود أولاد لطالب التفريق: كما لو كان متزوجا قبل ذلك وله أولاد، أو طرأ العقم بعد إنجاب عدد من البنين أو عدم وجود أولاد البتة.

1 مبروك المصري، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 339.
2 عاطف محمد ابو هريبيد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام (مؤتمر التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع)، غزة، كلية الشريعة والقانون، 13-14 مارس 2006م/1427هـ، (بتصرف)، ص 21.
3 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 671-672.
4 صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 135.

- التحقق من عقم المدعى عليه، وإلا فلا يكفي مضي 05 سنوات في رأينا - رأي عبد الرحمان الصابوني- على الزواج بدون إنجاب لاعتباره غير قابل للإنسال.
 - مراعاة سن كل من الزوجين وقابليته للإنجاب فيما لو تفرقا¹.
 - وأن لا يكون طالب التفريق عقيما بشكل محقق 'حاليا ما يعرف بالخبرة الطبية'.
- فالإنجاب من الحقوق المقدسة التي كفلتها الشريعة الإسلامية²، لكن هذا لا يعني أن الحياة الزوجية أساس سعادتها الوحيد هو الإنجاب، وإنما بيان مدى ما أعطاه الشارع من حرية تامة لكلا الزوجين في اختيار مسلك العيش الزوجي.

ج-2/ العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق للزوجة في قانون الأسرة الجزائري: نص المشرع في المادة 2/53 على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".بمعنى أن القانون أجاز للزوجة أن تطلب التطليق على الزوج لوجود تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وأهداف النكاح متعددة حددت المادة 04³ بعضها منها، ولقد أكد القضاء ذلك في اجتهاده كما في القرار رقم 269594 بتاريخ 2001/07/18: (إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 04 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون)⁴.

1 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 673.

2 علي خطار الشنطاوي، حق الزوجين في الإنجاب، (مقال)، مجلة الشريعة والقانون، عدد 15، 2001 م/1422هـ، ص 467.

3 سبق ذكره، راجع الهوامش.

4 ملف رقم 269594 بتاريخ 2001/07/18، مجله قضائية 2003، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 349. **نقلا عن:** باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 10.

فالقانون والقضاء أقر بحق المرأة بطلب التطليق للعيب موافقة لما ذهب إليه جمهور الفقهاء¹ لكنهما لم يفرقا بين العيب الجنسي الذي يمنع من الدخول، والذي يعطي للزوجة حق طلب التطليق، وبين العيوب التي تكون في الزوج وقت العقد أو يصاب بها بعده، والتي لا تحول دون تحقيق مقاصد الزواج ولكنها أمراض ضارة أو منفرة، بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر أو فتنة².

كما أنه لم يحدد العيوب على سبيل الحصر كما لو ينص على عيب العقم³ لحيلولته دون إنجاب⁴ أو غيره...، وإنما توسع فيها مشروطا فقط تأثيره على حياة الزوجين تأثيرا بالغاً⁵، وترك المجال واسعا للاجتهاد القضائي والسلطة التقديرية للقاضي في تحديد نوع العيب الموجب للتطليق ومدة انتظار شفاء الزوج منه في نظر القانون والقضاء ودليل ذلك ما جاء في القرار رقم 34784 بتاريخ 1984/11/19: (متى من المقرر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وان الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق...) ⁶ وكذلك القرار رقم 213571 بتاريخ 1999/02/16 الذي جاء فيه: (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،

1 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص125.

2 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط2004، ص286-287.

3 ملف رقم 596191 بتاريخ 2011/01/13: "لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم، مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطليق، عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته عن الإنجاب". مجلة المحكمة العليا 2011، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص270.

4 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، قسنطينة، دار البعث، ط1، 1986م/ 1406هـ، ص228.

5 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص193-194.

6 القرار رقم 34784 بتاريخ 1984/11/19، مجلة قضائية 1989، عدد3، غرفة الأحوال الشخصية، ص73. **نقلا عن:** يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، الجزائر، دار هومة، ط2007، ص61.

وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب (...)¹.

بالإضافة إلى ذلك لم يفرق المشرع بين ما إذا كان المقصود بالعيب الموجود بالزوج الذي يحدث قبل الزواج أو بعده، كما لم يبين النص حدوث العيب قبل الدخول بالزوجة أو بعد الدخول بها² إلا أن المشرع أعطى حلا لتفادي العيوب بالنص على الشهادة الطبية قبل إبرام عقد الزواج وذلك في المادة 07 مكرر³ من قانون الأسرة كالاتي: " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج...." وحدد شروط تطبيق هذه المادة بموجب المرسوم رقم 154/06. خاصة المادة 07 فقرة أخيرة من المرسوم تحل إشكال علم الرجل و المرأة بنصها على انه: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين"⁴.

ومن خلال ما سبق دراسته يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بعمومها⁵، بناء على ما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة، نظرا لدقة هذه الأمور ولأهميتها، ولتشعب الخلاف الفقهي فيها.

د/ شروط التطليق للعيب: هناك شروط يجب توافرها لقبول التطليق للعيب سواء

عند الفقهاء أو في قانون الأسرة وهي:

1 ملف رقم 213571 بتاريخ 16/02/1999، مجلة قضائية 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 119. **نقلا عن:** العيش فضيل، قانون الأسرة -مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا - مع تعديلات 2005، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، ص52.
2 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص115.
3 المادة 7 مكرر مادة تحتاج إلى تحليل وتدقيق في بحث أو مذكرة خاصة.
4 مرسوم تنفيذي رقم 154/06 مؤرخ ربيع الثاني 1427 الموافق ل 11مايو 2006، يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.
5 مبروك المصري، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 344.

د-1/ شروط التفريق للعيب عند الفقهاء: اشترط الفقهاء- دون التطرق لكل مذهب على حده- شرطين لثبوت الحق في طلب التفريق بالعيب هما:

ألا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد: فإن علم به في العقد، وعقد الزواج، لم يحق له طلب التفريق، لأن قبوله التعاقد مع علمه بالعيب رضا منه بالعيب .

و ألا يرضى بالعيب بعد العقد: فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب، ثم علم به بعد إبرام العقد ورضي به، سقط حقه في طلب التفريق. وإن لم يرضى بالعيب، فخير العيب ثابت عند الشافعية على الفور، وعند الحنابلة على التراخي¹.

أما بخصوص **المدة** (المهلة الممنوحة للمريض): هي مدة سنة لمعرفة العلة التي اعترضته²، تبدأ من يوم إقامة الدعوى من الزوجة ضد زوجها، وإلى هذا ذهب المالكية، ولا يفرق بين الزوجين إلا بعد تمام السنة، إذا كان الزوج به مانع³. و لا تحسب من السنة أيام غيبة الزوجة وهذا ما طبقه القضاء الجزائري في القرار رقم 34784 بتاريخ 19/11/1984 السالف الذكر⁴ على أن:.....يضرب أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها...).

د-2/ شروط التفريق للعيب في قانون الأسرة الجزائري: بالرجوع إلى نص المادة 53 فقرة 2: "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "لا يوجد شروط حددها المشرع لا اعتبار هذا العيب موجب للتطليق من عدمه، لكن يمكن اللجوء إلى تحديد بعض الشروط التي يمكن الاعتماد عليها لمنح حق طلب التطليق للزوجة وهي:

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 521-522.
2 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، مصر، دار الكتب القانونية، ط 2006، ص 198.
3 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع نفسه، ص 192.
4 راجع الهوامش. **أوينظر:** باديس دياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 49.

1/ أن يكون بالزوج عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج: لأنه إذا كان العيب بالزوجة فللزوج حق طلب الطلاق طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..." وذلك لعدم تحقق الدخول والاستمتاع. و حسن ما فعل المشرع عندما لم يحدد العيوب، وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

2/ أن يكون العيب مستحكما لا يمكن علاجه¹: أما إذا كان من الأمراض التي يمكن علاجها، ويمكن شفاؤه منها، خلال أجل يراه الأطباء معقولا، فإن على المحكمة أن تمهله وتمنحه أجلا لمواصلة العلاج أملا في الشفاء. مع إمكانية تمديدتها مرة أو مرتين، وعند اليأس يحكم للزوجة بالتطليق من الزوج المعلول².

لكن المشرع لم يفعل حسنا لعدم نصه أو إغفاله على المهلة – حسب رأي سعد عبد العزيز في كتابه -.

3/ رفع دعوى التطليق للعيب من قبل الزوجة: مع تأكد القاضي من وجود العيب بخبرة الخبراء والأطباء المختصين، كما يمكن أن يكون بالإقرار أو غيره من وسائل إثبات العيب. وبهذا يكون الأمر القاطع للشك بأن الزوجة غير راضية بعيب الزوج³، وإلا سقط حقها في المطالبة بالتطليق .

هذا وقد ذهب القضاء في عدة اجتهادات قضائية إلى منح التطليق للزوجة عملا بنص المادة 2/53 من القانون . ودليل ذلك:

- قرار رقم 34784 بتاريخ 1984/11/19⁴.

- قرار بتاريخ 1982/2/8 ، قررت فيه المحكمة العليا بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة بمجرد الإدعاء بها ، بل لابد من معرفة مصيرها ، ومدى قابلية العيب للعلاج،

1 نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 21.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 229.

3 سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 130.

4 سبق ذكره.

ولا يتم ذلك إلا بتقرير الخبرة الطبية، وفي هذه الحالة لا بد من ضرب أجل للمصاب للعلاج، فإن وقع عليه الحكم قبل معرفة ذلك، وضرب أجل للعلاج، ففي ذلك مخالفة للشريعة الإسلامية¹.

- القضية رقم 269594 بتاريخ 2001/7/18: (إن القضاء بتطليق الزوجة، بسبب تضررها من تصرفات الزوج، وعدم تحقيق الهدف من الزواج، طبقا للمادة 4 من 02/05، هو تطبيق سليم للقانون)²

- قرار رقم 34767 بتاريخ 1984/12/17: (من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة طلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير المستمر في حقها من بعلمها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية...)³.

2/ سلطة القاضي في إيقاع التطليق بسبب توافر العيب: أحدد في هذا الجزء كيفية إثبات العيب لإيقاع التطليق، ثم نوع الفرقة الواقعة بسبب توافر العيب في الزوج:

أ/ إثبات العيب الموجب للتطليق: إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق زوجها، فإنه يمكن للمحكمة أن تتأكد من وجود ما تدعيه من عيوب بواسطة الخبرة أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار مثلا⁴.

1 قرار بتاريخ 1982/2/8، نشرة القضاء، 1982، ص 254. **نقلا عن:** محمد حجازي، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ودوره في التأسيس لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 17.

2 ملف رقم 269594 بتاريخ 2001/7/18، مجلة قضائية، 2003، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 349. **نقلا عن:** العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 271.

3 قرار رقم 34767 بتاريخ 1984/12/17، مجلة قضائية، 1990، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 92.

4 عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق- في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 02/05) مرفقة بفتاوى للشيخ أحمد حماني في قضايا من صميم الواقع الجزائري ونماذج من قرارات المحكمة العليا من أرشيف القضاء الجزائري-الجزائر، دار الخلدونية ط1، 2007م/1428هـ، ص 280.

أ-1/ **كيفية إثبات العيب عند الفقهاء:** لقد تحدث فقهاء الحنفية والمالكية¹، وكذلك فقهاء الشافعية² والحنابلة³، على طرق إثبات العيوب المدعى بها، إتباعاً لقوله ﷺ (اليمين على المدعى عليه)⁴، ومن بين هذه الطرق ما يلي:

- إقرار المدعى عليه : والإقرار هو سيد الأدلة .
- شهادة رجلين بالنسبة لعيوب الرجال، وعيوب النساء الظاهرة، أما عيوب النساء الخفية فبشهادة النساء فقط.

- ما يطلع عليه الغير في حق الرجال :فيكتفي لمعرفة باللمس فوق الثياب ارتكاباً لأخف الضررين .

- شهادة أهل الاختصاص والخبرة في العيوب المجهولة والمحتملة.
- تقديم الظاهر على الأصل كحالة بقاء بكاراة الزوجة مع أن الأصل سلامة الزوج من العيوب، فيكون القول حينئذ قول المرأة لقيام القرينة على صدقها⁵.
- اليمين: والحلف على وجود العيب بالزوج.
- البينة من أهل الخبرة والثقة⁶.

هذه بعض الطرق التي يكمن إتباعها لمعرفة إثبات العيب في الفقه لكن هل هي نفسها في القانون الجزائري؟

أ-2/ **كيفية إثبات العيب في القانون:** يثبت العيب في القانون الجزائري بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة مثل: شهادة الشهود، والشهادات الطبية المعتمدة وذلك سواء تعلق

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص520.

2 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص258-259.

3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص58.

4 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج10، حديث صحيح رواه البخاري رقم 211199، ص426.

5 عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص87.

6 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص58.

الأمر بوجود المرض أو بخطورته على الحياة الزوجية، وعلى الزوجة نفسها¹. هذا في حالة ما إذا تم الزواج، لكن قبل ذلك نص المشرع في المادة 07 مكرر السالفة الذكر² على وجوب تقديم الشهادة الطبية والعلم بنتائجها لتفادي الوقوع في إشكالات اكتشاف العيب بعد الزواج.

كما يعتبر سكوت المشرع عن تحديد وسائل الإثبات، بفسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي في الأمر بعرض الزوج على طبيب مختص، في حالة عجز الزوجة عن إثبات ذلك العيب مع عدم قدرة القاضي معرفة الحقيقة، ثم يصدر حكمه إما بالتطليق أم رفضه. أما إذا استطاعت الزوجة أن تثبته بأي وسيلة من وسائل الإثبات القانونية، فلها الحق أن تتوجه إلى محكمة مقر الزوجية، مدعمة بحجج وأدلة إثبات لتحصل على حكم التطليق³، وما على القاضي الذي سيحكم للزوجة بذلك، إلا أن يستند إلى الأدلة المتوافرة لتسبب حكمه تسببها واضحا وجديا وصريحا .

ولقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يوضح حق الزوجة في التطليق لتوافر العيب كما في الملف رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22 أنه: (من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق، استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج: كتنكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية...)⁴.

ب/ نوع الفرقة الواقعة بسبب توافر العيب: لمعرفة نوع الفرقة يتعين اللجوء إلى آراء الفقهاء في المسألة، وإلى ما سلكه المشرع بهذا الشأن وذلك كالآتي :

1 نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2012، ص 52.

2 راجع الهوامش.

3 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 126.

4 الملف رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22، مجلة قضائية 1995، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 92.

ب-1/ نوع الفرقة بسبب العيب في الفقه الإسلامي: لقد اختلف الفقهاء في تكييف الفرقة

التي يوقعها القاضي بسبب العيب الحاصل بأحد الزوجين على رأيين¹ :

أ- **الرأي الأول :** الفرقة بسبب العيب فرقة طلاق بائن² : و به قال الحنفية والمالكية³ . و حجتهم في ذلك: أن الغرض من كونه طلاقا بائنا⁴ هو تخليص المرأة من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها، وهذا لا يحصل إلا إذا كان الطلاق بائنا⁵ ، حتى لا يكون للزوج مراجعتها⁶ .

ب- **الرأي الثاني:** الفرقة بسبب العيب فرقة فسخ: و به قال الشافعية⁷

والحنابلة⁸ : لأن بالفسخ يرفع الضرر عن المرأة ، والطلاق لا يملكه غير الزوج⁹ .

من خلال ما سبق ذكره حول آراء الفقهاء حول نوع الفرقة بسبب توافر العيب يمكن ترجيح الرأي الأول لما فيه من دفاع عن حق المرأة في رفع الضرر عن نفسها دون ترك سلطة الرجل تسود عليها.

ب-2/ نوع الفرقة بسبب العيب في قانون الأسرة الجزائري: يمكن للزوجة أن تطلب

التطليق بينها وبين زوجها، إذا وجدت به عيبا أو مرضا مستحكما ، لا يمكن الشفاء منه،

1 أحمد بخيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما جرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي - دراسة مقارنة -، مصر ، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1 ، 2008/2009م، ص333.

2 وهبة الزحيلي ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، سورية، دار الفكر ، 2000، ص334.

3 عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، بيروت، دار صادر، ج2، ط1 ، 1994، ص311.

4 الطلاق البائن: هو الذي لا يملك الزوج بعده إعادة الزوجة بالرجعة وهو نوعان :

- بائن بينونة صغرى: وهو الذي يستطيع إعادة المطلقة بعده بعقد جديد سواء كان ذلك في العدة أو بعدها.

- بائن بينونة كبرى: وهو الذي لا يستطيع إعادتها إلا بعد تزوجها بزواج آخر ويدخل بها وينتهي زواجها بالطلاق أو الوفاة ينظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون-، مرجع سابق، ص519.

5 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص124.

6 بدران أبو العينين بدران، الفقه مقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص441.

7 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص256.

8 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج10، ص62 وما يليها.

9 وهبة الزحيلي ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، المرجع السابق ، ص334.

ويعتبر الطلاق الذي يوقعه القاضي لعدة من العلل الجنسية أو لمرض من الأمراض الضارة طلاقاً بائناً¹، ويكون لطلبها وحكم القاضي لها، وأحكام الزوجية كلها تكون ثابتة حتى يقع الفراق². وعلى هذا فإن التطليق للعيب لا يكون إلا بحكم القاضي، وهو طلاق بائن في الفقه المالكي، لا يجوز للزوج مراجعة زوجته ولو كانت في العدة، لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدتها بالتطليق. ولم يورد المشرع عبارة أو نصاً تتعلق بحكم الطلاق للعيب مما يوجب الأخذ بمبادئ المذهب المالكي باعتباره المذهب المعتمد في الجزائر والذي يرى بأن التطليق للعيب هو طلاق بائن³.

ثالثاً : التطليق للهجر في المضجع

لتحديد الهجر كسبب من أسباب التطليق يستوجب تحديد مفهوم الهجر (1)، ثم شروط التطليق للهجر وكيفية إثباته في قانون الأسرة الجزائري (2)، وأخيراً نوع الفرقة بسبب الهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري (3).

1/ مفهوم الهجر: يتعين تحديد معنى الهجر فقهاً وقانوناً:

أ- تعريف الهجر لغة: هو هجر الشيء هجراً و هجراً: بمعنى تركه⁴، أي اعتزال الرجل عن زوجته من غير أن يطلقها⁵.

ب- تعريف الهجر اصطلاحاً: لم أقف على تعريف للهجر عند الفقهاء، ولعل السبب في ذلك هو عدم خروج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. وقد جاء معنى الهجر

1 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط2004، ص 285.

2 نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 21.

3 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ط1، 2004، (بتصرف)، ص 285.

4 الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرجع سابق، ص 629.

5 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 833.

في تفسير قوله ﷺ: ﴿وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾ [سورة النساء 34].
أي في المراقد ، بمعنى : لا تداخلوهن تحت اللحف وهو كناية عن الجماع¹ .

ت- تعريف الهجر قانونا : لقد اكتفى المشرع بذكر الهجر كسبب من الأسباب طلب التطليق دون التطرق إلى تعريفه وذلك في المادة 3/53 من الأمر 02/05 بنصه :
"...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر". . ويقصد به (أن يدير الزوج ظهره لزوجته، ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج عن قصد ودون سبب شرعي، وذلك لمدة تزيد عن 04 أشهر كاملة قصد الإضرار بها)² .

ويقصد بالهجر في المادة 3/53: ذلك الهجر المراد به تعذيب الزوجة وليس المقصود منه تأديبها في حالة النشوز لقوله ﷺ: ﴿الَّتِي رَجَالُهَا تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ بِمَا وَهَبَ اللَّهُ عَلَيْهُنَّ مِنَ الْقَوْلِ الْعَرِيفِ وَالصَّغِيرِ الْمَخْتَلِ وَالْمَرْءِ الْقَوِيمِ﴾ [سورة النساء 34]. واعتبره سبب من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق.

وقد يصطحب الهجر في المضجع هجر في الكلام، شريطة أن لا يتجاوز 03 أيام لورود النهي عنه. فعن أنس بن رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال)³. لكن بالتدقيق في كتب الفقه أجد أنهم أشاروا إلى الإيلاء، وهو يتفق مع الهجر في عدة أوجه، كما يختلف معه في أوجه أخرى .

1 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل) ، مرجع سابق، 224.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، (بتصرف)، ص 230.

3 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري ،الجامع الصحيح ، مرجع سابق، ج8، حديث صحيح رقم 6074، ص21.

ويمكن التعرض لمفهوم الإيلاء بشكل مختصر كالآتي:

ت-1/ **تعريف الإيلاء:** يعرف الإيلاء لغة بأنه: الحلف، وهو مصدر آلي يولى ،
ومنه قوله ﷺ: ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ ﴾ [سورة النور 22] ¹ .

أما الإيلاء اصطلاحاً: هو عبارة عن حلف الزوج على ترك معاشرة امرأته أربعة أشهر،
سواء كان الحلف بالله أو بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إتيانه ² .

ت-2/ **أركانه:** للإيلاء أربعة أركان هي: الحالف، والمحلوف به، والمحلوف عليه،
ثم المدة :

ت-2-أ/ الحالف: ويشترط أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على الجماع، وأن يكون
نكاحه صحيحاً.

ت-2-ب/ المحلوف به: اليمين بالله ، أو بصفة من صفاته.

ت-2-ج/ المحلوف عليه: وهو ترك معاشرة الزوجة جنسياً، شريطة أن تكون
الزوجة سالحة لذلك.

ت-2-د/ المدة: وهي أربعة أشهر، وذلك لقوله ﷺ: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ

تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [سورة البقرة 226] ³ .

ت-3/ **شروطه:** للإيلاء شروط لا بد من توافرها وهي :

ت-3-أ/ أن يحلف الزوج بالله تعالى أو بأحد أسمائه أو صفاته أن لا يبطأ زوجته .

ت-3-ب/ أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر.

1 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 14، ص 41.
2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري
والقانون، مرجع سابق، ص 627.
3 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 144-145.

ت-3-ج/ أن يحلف على ترك الوطء المشروع، أي في القبل، فإن ترك الوطء بغير يمين، ولا قصد إضرار، لم يكن موليا .

ت-3-د/ أن يكون المحلوف عليها زوجته لقوله ﷺ: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [سورة البقرة 226] ^ص 1.

ت-4/ نوع الفرقة بسبب الإيلاء :لمعرفة نوع الفرقة بسبب الإيلاء، لابد من معرفة آراء فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة كالاتي :

ذهب الحنفية ² وفي رواية عن أحمد ³ لأنها فرقة لرفع الضرر، لأنها لو كانت رجعية، لم يندفع الضرر.

وذهب المالكية ⁴ والشافعية و في رواية عن أحمد ⁵ إلى وقوع فرقة طلاق رجعي، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا ⁶. يفهم مما سبق أن: الفرقة بسبب الهجر تكون إما طلاقا رجعيا أو بائنا، و الأول أولى، لإعطاء فرصة للزوج لأن يراجع نفسه، ويرجع عن خطئه، حفاظا على مصلحة الأسرة وكيانها ومكانتها .

2/ شروط التطليق للهجر وكيفية إثباته في قانون الأسرة الجزائري: لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق للهجر في المضجع لابد من توافر شروط يتعين توافرها، مما يستوجب إثباتها بغية الحكم لها بذلك كالاتي:

- 1 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، 337-338.
- 2 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، مرجع سابق، ج 6، ص 20.
- 3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 46.
- 4 عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفریع، مرجع سابق، ج 2، ص 91.
- 5 الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 46.
- 6 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 328.

أ- شروط التطليق للهجر في المذجع في قانون الأسرة الجزائري: عند الإطلاع على نص المادة 53 فقرة 3 يمكن أن تستشف مجموعة من الشروط كالآتي:

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

2- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره شرعا وقانونا¹، سوى نكاية بالزوجة².

3- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والآخر، وهذا مما يدل على أن الهجر ليس هدفه الإصلاح³.

ب- كيفية إثبات الهجر في المذجع في قانون الأسرة الجزائري: لقد أهمل المشرع هذا الجزء، وهو يعد أمرا غاية في الأهمية كونه يتعلق بأمور شخصية لا يطلع عليها سوى الزوجين، ولا يمكن لأحد التطرق لها إلا إذا أقر أحد الزوجين وبالأخص الزوج، مما يستوجب توجيه اليمين له، و إذا نكل ردت على زوجته، فإن أدت اليمين على ذلك حكم لها القاضي بالتطليق في الحال، ولكن قد يقوم النزاع بينهما حول فترة الهجر، فهنا نجد فراغا تشريعيًا، وهو ما لا يخدم مصلحة المرأة إذ يصعب الإثبات⁴.

أما إذا ادعت الزوجة أمام المحكمة أن زوجها هجرها في المذجع فوق 04 أشهر، وتمكنت من إثبات ذلك، فإن القاضي حسب ظاهر النص، يمكنه إذا اقتنع بثبوت واقعة الهجر، أن يحكم بالتطليق بين الزوجين دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن توافر نية الإصلاح أو الإضرار بالزوجة، أو عناء البحث عن سبب الهجر أهو شرعي وقانوني أم غير ذلك.

1 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط1، 2004، ص289.

2 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص35.

3 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ط1، 2004، ص289.

4 لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مرجع سابق، ص65.

لكن عندما تطرح عليه أية دعوى تتضمن طلب حكم التطليق، يتعين التأكد مسبقاً من توافر كل من العناصر التالية :

- أ- العنصر المادي اللا شرعي المتمثل في : الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول.
- ب- العنصر الزمني المتمثل في: مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة.
- ج- العنصر المعنوي المتمثل في: نية الإضرار بالزوجة¹.

3/ نوع الفرقة بسبب الهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري: عند التطرق

للمادة 3/53 من 02/05، والتأمل فيها يلاحظ عدم بيان نوع الفرقة بسبب توافر الهجر في المضجع لأكثر من 04 أشهر. و بالرجوع إلى المادة 222 التي تحيلنا إلى الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد نص قانوني فيه. و بالتالي يمكن اعتبار الطلاق الواقع بسبب الهجر في المضجع طلاقاً رجعيًا لما ذهب إليه الإمام مالك وغيره عدى الحنفية. ولقد أكد اجتهاد المحكمة العليا حق الزوجة في طلب التطليق متى توافر ذلك وذلك في القرار رقم 480240 بتاريخ 2009/2/11 أنه: (يعد الهجر في المضجع ، في حالة تعدد الزوجات ،دليلاً على انعدام نية العدل، مما يبزر طلب الزوجة المتضررة التطليق)² .

رابعاً: التطليق للشقاق المستمر

ليست الحياة الزوجية في تناغم وانسجام دائم، فقد تلوح في أفق الأسرة بعض المنغصات التي تحدث خلافاً وعداوة بين الزوجين، يسعى كلاً منهما أو أحدهما لفض هذا الخلاف داخلياً. لكن قد لا يزول هذا التوتر والشقاق مما يستوجب تدخل الغير لحل الخلاف بينهما. ولهذا يلزم تحديد مفهوم الشقاق الذي يستوجب تدخل الغير، ثم التطليق بسبب الشقاق المستمر في الفقه والقانون، وأخيراً نوع الفرقة بسبب توافر هذا السبب.

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 232-233.
2 القرار 480240 بتاريخ 2009/2/11، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 279.

1/ مفهوم الشقاق: سأحدد المقصود بالشقاق لغة واصطلاحاً ثم قانوناً كالآتي:

أ- تعريف الشقاق لغة: مصدر شقق، فيقال: شاقه مشاققة وشقاق أي خالفه. والشقاق: غلبة العداوة والخلاف¹.

ب- تعريف الشقاق اصطلاحاً: إن الأصل الشرعي للتفريق بين الزوجين بسبب الشقاق هو قوله ﷺ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [سورة النساء 35].

فقد قال الفقهاء: إذا وقع الشقاق بين الزوجين، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة، ينظر في أمرهما ويمنع الظالم من الظلم، فإن تفاقم أمرهما وطالت خصومتها، بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة وثقة من أهل الرجل، ليجتمعا وينظرا في أمرهما، كون مسألة الحكمين مسألة نص الله عليها، وحكم بها عند ظهور الشقاق، وهي مسألة عظيمة اجتمعت الأمة على أصلها في البعث². ليفعل ما فيه مصلحة مما يريانه من التفريق أو التوفيق، وتشوق الشارع إلى التوفيق³.

فالمقصود بالشقاق في الاصطلاح الشرعي هو: استحكام الخلاف وسوء العشرة التي سببها كل من الزوجين للآخر، فأضحت الحياة مريرة بما يكفي لإدخال أطراف خارجية لكنها جديرة بالثقة، أي من الأهل أو الأقارب، لأجل تجاوز حالة الشقاق بالتحكيم⁴.

1 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج10، ص 183.
2 تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، لبنان، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1395هـ، ص22.
3 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج2، ص 296.
4 وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية-في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية- (مذكرة ماجستير تخصص شؤون الأسرة)، أم البواقي، جامعة العربي بن مهيدي، 2010-2011م، ص111.

ج- **تعريف الشقاق قانوناً:** لم يبين المشرع المقصود بالشقاق المستمر الذي بموجبه يحكم القاضي للزوجة بالتطليق، إلا أنه أعطى حلاً للقاضي بدل التسرع في قبول طلب الزوجة، التريث واللجوء إلى التحكيم¹ بتعيين الحكّمين للتوفيق بين الزوجين- لا يقبل من الزوجين تكليف حكّمين في دعوى التفريق للشقاق²، بل الاختيار يكون من قبلهما. أما التعيين فيكون من القاضي³، و في حالة عدم نجاعة هذا المسلك يحكم بالتطليق وذلك في المادة 56 من الأمر 02/05 بقولها: "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

يمكن إعطاء تعريف للشقاق بأنه هو: وقوع خلاف ونزاع، وسوء معاشرة بين الزوجين، سواء من أحدهما أو كليهما، فيكون الأمر مفضياً إلى رفع الأمر إلى القاضي لينظر في أمرهما.

2/ التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه والقانون: وفيما يلي

سأطرق للتطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه ثم في القانون كالاتي:

أ- التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه: لقد اختلف الفقهاء باعتبار

الشقاق سبباً للتفريق على مذهبين:

1 التحكيم اصطلاحاً: لقد اتفق الفقهاء على أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين المتنازعين. وذلك بتعيين شخصين من أهليهما ليقتضيا بينهما في تنازعا عليه **ينظر:** ورده بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية- في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية-، المرجع السابق، ص 102-103. **قانوناً:** لم يعرفه المشرع تأكيداً على مهام فقهاء القانون و شراحه . ويقصد به تولية شخصين أو أكثر من أهل الزوجين مهمتهما التوفيق بينهما بحكم ينفذ تحت رقابة القضاء. **وينظر:** بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، لبنان، دار المعاجم، مرجع سابق، ص 130.

2 عبد الله محمد ربابعة ومحمد محمود طلافحة وأسامة علي الفقيير ربابعة ، التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطويره في القضاء الأردني، مجلة الشريعة والقانون، عدد 39، 2009م/1430هـ ، ص 190.

3 سائح شنفوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق، ج1، (بتصرف)، ص 614 وما يليها ..

أ-1/ لم يجز (الحنفية والشافعية¹ و الحنابلة²) التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها³.

أ-2/ أما المالكية⁴ فأجازوا التفريق للشقاق أو الضرر منعاً للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً وبلاءً، لقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)⁵ . وبناء على هذا ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها القاضي منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها. فإن كررت الإدعاء بعث القاضي حكماً من أهلها وحكما من أهل الزوج، ففعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق⁶ .

ب- التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الأمر 02/05 : لقد اعتبر الشقاق المستمر بين الزوجين سبب من الأسباب التي تمنح الحق للزوجة في طلب التطليق ، وقد كان لاجتهاد القضائي أثر كبير في إحداث قاعدة اعتنى بها المشرع لترقى إلى قاعدة قانونية استحدثتها بموجب التعديل 02/05 ، وخصص له الفقرة 08 من المادة 53 بنصها: "... الشقاق المستمر بين الزوجين". في حين جل التشريعات تلحقه إلى البند 10 من نفس المادة: "... كل ضرر معتبر شرعاً"⁷ .

1 محمد بن إدريس الشافعي، الأم- بهامش مختصر الإمام الجليل أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني-، ج5، ص 103.

2 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج3، ص 614. وينظر: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج10، ص 263-264.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 527.

4 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 345. وينظر: أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفريع، مرجع سابق، ج2، ص 87.

5 علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، مصر، مطبعة النهضة، ج9، ص28.

6 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 527-528.

7 سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، مرجع سابق، ص 208.

وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يثبت ذلك ومثال ذلك : القرار رقم 139353 بتاريخ 1996/09/24 : (إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. وأنه لما ثبت أن المطعون ضدها تضررت جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة ما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن قضاة الموضوع قضوا بتطليق الزوجة لهذا السبب طبقوا صحيح القانون)¹. فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام الحياة الزوجية، وقامت بإثبات دعواها يطلقها القاضي إذا عجز عن الإصلاح بينهما. أما إذا رفضت طلب التطليق وتكررت الشكوى، وعجزت عن إثبات الضرر اختارت المحكمة حكمن للتوفيق والإصلاح²، مع تقديم تقرير في أجل شهرين.

وقد نصت المادة 56 السالفة الذكر على وجوب اللجوء إلى تعيين الحكمن، أما بالرجوع إلى المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهي تقضي بجواز تعيين الحكمن إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة³ كآتي: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمن اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة". ومع هذا يلزم أن هناك عدم الرغبة في تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين، ولا على حمل القضاة على تطبيقه⁴، كون المشرع تارة ينص على وجوب تعيين الحكمن، وتارة ينص على جواز ذلك، وهو ما أدى إلى اختلاف الاجتهادات القضائية. ففي القرار رقم 620084 بتاريخ 2011/04/14 : (القاضي غير ملزم بتعيين الحكمن، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت لضرر)⁵، و هناك ما يناقضه حيث جاء في القرار رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25 : (من المقرر قانونا انه لا يثبت

1 قرار رقم 139353 بتاريخ 1996/09/24، مجلة قضائية 1997، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 96. ينظر: باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص49.
2 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط2004، ص303.
3 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 338.
4 وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 129.
5 ملف رقم 620084 بتاريخ 2011/04/14، مجلة قضائية، 2012، عدد01، غرفة الأحوال الشخصية، ص299.

الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون (...)¹.

و بالتالي لا تحكم المحكمة بمجرد وجود شقاق بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام مستفحل بينهما مع طول أمده، مع ضرورة اقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء العلاقة الزوجية قائمة.

3/ نوع الفرقة الواقعة بسبب توافر الشقاق المستمر بين الزوجين: لقد ذهب فقهاء " الأحناف والشافعية والحنابلة " إلى أنه ليس للمرأة طلب التفريق للشقاق من الزوج، بل على القاضي أن يزجره ويمنعه من الظلم ولا يجيبها إلى طلبها كما سبق وذكرت سابقا. أما المالكية فقالوا بأنه للمرأة الخيار في البقاء مع أمر القاضي بحسن العشرة، وأن تطلب التطليق. فإن ثبت الضرر مع طلبها أمره القاضي بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي². وهذا الطلاق هو طلاق بائن³.

بما أن المشرع لم ينص على نوع الفرقة بسبب الشقاق المستمر، يتعين اللجوء إلى المادة 222 من الأمر 02/05 وذلك بانتهاج مذهب الإمام مالك السائد في الجزائر، والذي يبين نوع الفرقة لتوافر هذا السبب على أساس أنها فرقة طلاق بائن .

1 ملف رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25، مجلة قضائية، 1991، عدد3، غرفة الأحوال الشخصية، ص71. **نقلا عن:** يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، مرجع سابق، ص 72.

2 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 299.

3 عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفرع، مرجع سابق، ج2، ص 87.

خامسا: التطليق للغياب والفقْد

الحياة الزوجية تعني الدفاء و الاستقرار، وتعني رب الأسرة ورعايته لها، فإذا غاب الزوج بدون عذر أو فقد، فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى، فتتضرر الزوجة ماديا ومعنويا، مما يستدعي طلب التطليق خشية الفتنة على نفسها مع تضييع أغراض الزواج عليها. و لهذا يجب تحديد مفهوم الغياب والفقْد، وهل يجب طلب التطليق لتوافرهما، وما نوع الفرقة الواقعة بسببها؟ وللإجابة على كل ذلك يتعين الآتي:

1/ مفهوم الغياب و الفقْد: سأحدد تعريف الغياب والفقْد لغة واصطلاحا وقانونا:

أ- تعريف الغياب والفقْد لغة: يعرف الغياب والفقْد كالآتي:

- أ-1- معنى الغياب لغة: غاب يغيب غيبا وغيوبة وغيابا وغيوبا و مغيبا بمعنى: بعد، وابتعد مؤقتا. أي: اختفى¹.
- أ-2- معنى الفقْد لغة: فقد يفقد فقدا و فقودا و فقदानا بمعنى: غاب عنه وضاع منه². ويقال فقدت المرأة زوجها فهو فاقد³.
- للغياب والفقْد نفس المعنى اللغوي .

ب- تعريف الغياب والفقْد اصطلاحا: يعرف الغياب والفقْد اصطلاحا كالآتي:

- ب-1- معنى الغياب اصطلاحا: لقد اكتفى الفقهاء بالمعنى اللغوي للغياب واستعملوه في معنى غياب الرجل وبعده عن زوجته. ورتبوا على ذلك أحكام فقهية منها: حق المرأة في التفريق إذا غاب عنها زوجها⁴.
- و يقصد بالغياب: ابتعاد الرجل عن زوجته في بلد بعيد عن محل إقامتها سنة فأكثر.

1 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 571.

2 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، المرجع نفسه، ص 605.

3 شوقي ضيف، معجم الوسيط، مرجع سابق، ص 697.

4 عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين-دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني-(رسالة ماجستير في القضاء الشرعي) غزة، كلية الشريعة قسم القضاء الشرعي، 2004م/1425هـ، ص 102.

ب-2- **معنى الفقد اصطلاحاً:** يمكن أن يستشف من تعريفات الفقهاء الأربعة¹ بأنه : متى اختفت آثار الزوج، وانقطعت أخباره، وجهل حاله، ولم تعلم حياته من موته، مع إمكان الكشف عنه².

ت- **تعريف الغياب والفقد قانوناً:** يعرف الغياب والفقد قانوناً حسب المواد من (109) إلى (115) كالآتي:

ت-1- **معنى الغياب قانوناً:** بالرجوع إلى نص المادة 110 من الأمر 05/02 عرفت الغائب بأنه:" الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود". أي : هو مغادرة الرجل لمكانه دون عودة، بحيث تكون حياته معلومة ، فإن جهلت اعتبر مفقوداً³.

ت-2- **معنى الفقد قانوناً:** عرفه المشرع في المادة 109 بقوله : "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته ، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم " . ولقد لعبت وسائل الاتصال الحديثة دوراً لم يشهد له من قبل على مر العصور السابقة من سرعة ودقة في الكشف عن المفقود⁴، مما يسهل عملية الحكم على المفقود بالحياة أو الموت .

2/ **التطليق للغياب والفقد في الفقه و القانون:** سآدرس التطليق للغياب والفقد فقها ، ثم قانوناً كالآتي:

2-أ/التطليق للغياب والفقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية: أتطرق للغياب ثم للفقد:

1 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج8، ص 313. وينظر: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق، ج 4، ص 487.

2 مؤمن أحمد ذياب شويدح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي (ماجستير في الفقه الإسلامي)، غزة، كلية الشريعة والقانون-قسم الفقه المقارن-، 2006م/1427هـ، ص 27.

3 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 39.

4 مؤمن أحمد ذياب شويدح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 74.

2-أ-1/التطليق للغياب في الفقه الإسلامي: انقسم الفقهاء إلى فريقين : فقد ذهب (الحنفية¹ و الشافعية²) إلى أنه: ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طالت غيبته، لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق³.

أما (المالكية والحنابلة)فقالوا: بجواز التفريق بسبب الغيبة التي تتضرر منها الزوجة، لأن الزوج بعيدا عنها، يجعلها في وحشة تؤلم نفسها وتضر بها⁴ ولو ترك لها مالا تنفق منه في أثناء الغياب⁵.

ولقد اشترط في كتاب 'حاشية الدسوقي'⁶ شروط لا بد من توافرها لإمكانية إيقاع التفريق تتمثل في: (1- طول مدة الغياب كسنة فأكثر. 2- و خشية المرأة الزنا على نفسها ، وليس مجرد شهوتها للجماع. 3- الإرسال إليه إن علم محله، و أمكن الوصول إليه).

2-أ-2/ التطليق للفقء في الفقه الإسلامي:لقد سبق القول أن الفقهاء انقسموا إلى فريقين في شأن التفريق بسبب الغياب فمنهم المجيز ومنهم المانع للتفريق. وهو نفس الكلام بخصوص التفريق للفقء.

فدليل المانعين للتفريق بسبب الفقء (الشافعية⁷) قوله ﷺ :
(امرأة المفقود امرأته، حتى يأتيها الخبر)⁸.

1 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج8، ص 313.

2 محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، مرجع سابق، ج 5، ص221.

3 عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 282.

4 محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية ،مرجع سابق، ص 330.

5 محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص 309.

6 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق، ج 2، ص 431.

7 عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص160. ينظر: بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 260.

8 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج 11 ، ص 249.

أما دليل المجيزين للتفريق (فقهاء المالكية والحنابلة) :قوله ﷺ: (أيما امرأة فقدت زوجها ، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ،ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل)¹.

2-ب/التطليق للغياب والفقد عند المشرع الجزائري: سأطرق إلى التطليق للغياب وفي الامر 05/02، ثم إلى التطليق للفقد في الأمر 02/05، وذلك كالآتي:

2-ب-1/ التطليق للغياب في الأمر 02/05: من الحالات التي يتدخل فيها القضاء للتفريق بين الزوجين، حالة غياب الزوج غيبة طويلة عن الزوجة ، وقد أعطى المشرع الجزائري الحق للمرأة في طلب التطليق بموجب المادة 53 فقرة 05، وذلك برفع دعوى للقضاء بعد مرور سنة من الغياب².

ويشترط لقبول طلب الزوجة من أجل التطليق توافر الشروط الآتية:

مضي سنة فأكثر على الغياب: وذلك ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عنه، وهذا مستمد من الفقه المالكي.

وأن يكون الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي: إذ يكون بذلك متعمدا إضرارها وإيذائها، ولهذا فقد حث الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج و إنذاره بالعودة، وإلا طلقت زوجته منه³.

وأن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة شمسية كاملة، ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها⁴.

لكن المالكية أجازوا التفريق ولو ترك لها مالا للإنفاق، وهو الأكثر صوابا، لأن الزوج قد يعتمد الإضرار مع ترك المال من أجل الإنفاق.

1 مالك بن أنس، الموطأ - برواياته وزياداته وزوائده واختلاف ألفاظه- حققه: أبو أسامة-سليم بن عيد الهلالي السلفي-،دبي، مجموعة الفرقان التجارية، ج3، حديث رقم (1326-52) باب العدة ، ط 2003 م/ 1424 هـ، ص280.

2 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق ، ص 200.

3 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ج1، ط2004، ص297.

4 سلمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 133.

خلاصة : يجب أن تتوافر الشروط المذكورة آنفا، لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق، وهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

2-ب-2/ التطليق للفقء في الأمر 02/05: لقد سوى قانون الأسرة بين الغائب والمفقود بموجب المادة 112 بقوله: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون". فأعطى الحق للزوجة أن تطلب التطليق بعد مضي سنة دون عذر مبرر قصد الإضرار بها. فتتظر المحكمة في الأمر بما يراه القاضي عدلا و محققا للمصلحة¹.

كما سوي بين الغائب والمفقود عند تحديد أجل سنة من يوم مطالبة من له مصلحة – الزوجة خاصة - . ويمكن إثبات الغياب والفقء عن طريق الشهود، أو الرسائل التي بعثها الزوج من مكان معلوم، والتي يمكن اعتبارها قرينة يستنتج منها حقيقة الغياب أو الفقء².

خلاصة: الغياب يكون في حالة العلم بمكان وجود الزوج مع تحقق أمر حياته وأساس التفريق هو معاقبة الزوج عن فعل الإضرار ، أما المفقود فهو من لا يعرف مكانه، كما لا يعرف حياته من موته ، وأساس التفريق هو دفع الضرر وليس حماية المرأة .

3/ نوع الفرقة بسبب غيبة الزوج أو فقءه: يستلزم تحديد نوع الفرقة بسبب الغياب أو الفقء في الفقه ثم في قانون الأسرة الجزائري:

3-أ/ نوع الفرقة بسبب الغياب أو الفقء في الفقه الإسلامي: لقد أجاز المالكية والحنابلة التفريق بسبب الغياب أو الفقء لكن اختلفا في بعض الأمور:

ففي رأي المالكية: لا فرق في نوع الغيبة سواء كانت بعذر أو لا، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر، ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة ذلك³.

1 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، البصائر، 2010، (بتصرف)، ص 314.

2 محمد حجازي، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ودوره في التأسيس لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص19.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 533.

ويكون الطلاق بائناً¹، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق².

أما الحنايلة: فلا تجوز الفرقة للغيبة إلا لعذر، وحدث الغيبة ستة أشهر فأكثر، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه³. و الفرقة فرقة فسخ⁴، لأن الفرقة من قبل الزوجة عندهم لا تعد طلاقاً.

3-ب/ نوع الفرقة بسبب الغياب أو الفقد في قانون الأسرة الجزائري: لقد اعتمد المشرع الجزائري على المذهب المالكي في تحديد نوع الفرقة بسبب الغياب أو الفقد، باعتباره المذهب السائد في البلاد. ويظهر ذلك جلياً في المواد 53 فقرة 05 و 109 وما يليها واعتبر الفرقة فرقة طلاق بائن حتى لا يتمكن الزوج من مراجعة الزوجة المتضررة فيستمر الذي لجأت للقضاء لإزالته⁵.

لكن الإشكال المطروح حالة عودة الغائب أو المفقود فما مصير حياته الزوجية السابقة؟

1- إذا عاد الغائب أو المفقود و وجد زوجته المطلقة لم تتزوج بعد: يمكن له مراجعتها، لأن الطلاق الذي يوقعه القاضي بموجب المادة 53 فقرة 05 هو طلاق بائن بينونة صغرى، تملك المرأة فيه أمر نفسها، إما قبول الرجعة برضاها وعقد جديد وصادق، وإما عدم قبول الرجعة. ويستدل بقول 'مالك' (إن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها)⁶.

1 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص 608.

2 أحمد بن غنيم بن سالم بن مها النفراوي الزهري المالكي، الفواكه الدواني رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 2، ط 1، 1997م/1418هـ، ص 66.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 533.

4 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 247.

5 نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 22.

6 مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ج 3، حديث برواية مصعب الزهري، ص 280.

2- إذا عاد الغائب أو المفقود و وجد مطلقته قد تزوجت : فلا يجوز له المطالبة بالرجعة، لأنها بمنزلة المرأة الأجنبية، ولا تحل له إلا بطلاقها أو بوفاة زوجها الثاني، مع شرط قبولها الرجعة بعد انقضاء العدة.

الفرع الثاني: التطليق لمخالفة المادة 08، و الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وارتكاب فاحشة مبينة والحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وكل ضرر معتبر شرعا.

سأدرس من خلال هذا الفرع الأسباب الآتية: مخالفة المادة 08، ثم مخالفة الشروط المتفق عليها، ثم ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، ثم الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وأخيرا كل ضرر معتبر شرعا على التوالي :

أولا: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من الأمر 02/05:

لقد نص المشرع في المادة 53 فقرة 06 من قانون الأسرة الجزائري: "على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08...". وهذه الأخيرة: المادة 08¹ تقضي بأنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوافرت شروط ونية العدل.

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

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية". . و بالتالي يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة، مع ضرورة تأكد القاضي من موافقتهم خلافا للمادة 08 من القانون 84-11 التي كانت توجب علم الزوجة السابقة

1 المادة 8 المعدلة بموجب الأمر 02/05 .

واللاحقة فقط، دون اشتراط توافر الموافقة، ليتمكن رئيس المحكمة من إعطاء ترخيص بالزواج الجديد.

وبالرجوع إلى العصور الماضية يتوصل إلى أن الإسلام لم يكن أول من شرع تعدد الزوجات، بل كان سارياً في الأمم القديمة¹. فهو ليس مبدأ خاص بالإسلام²، إلا أن هذا الأخير حدده بأربع، وهو مشروط بشروط معينة .

ومما سبق يتبادر الإشكالات الآتية: ما موقف الشرع والقانون من التعدد والتفريق لتوافره ؟

1- موقف الشرع من التطليق لضرر تعدد الزوجات :

قال ﷺ: ﴿...فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا

تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [سورة النساء 03].

بمعنى: انكحوا ما شئتم من النساء سواهن، إن شاء أحدكم اثنين وإن شاء ثلاثاً، وإن شاء أربعاً، وهذا المقام هو مقام إباحة. وقد قال الشافعي: إن سنة النبي ﷺ المبينة عن الله دلت على أنه لا يجوز لأحد غير رسول الله أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة³. وقد قيد تعدد الزوجات بقيدين:

1-أ/ العدل بين الزوجات: إن من أهم الأمور التي يأمر بها الإسلام، ويحث عليها

هي (العدل)، وقد بدأ الله ﷻ به عند الأمر بالصفات الحسنة التي يجب أن يتخلق بها البشر، فالعدل واجب في العلاقات الفردية والجماعية، ومادام العدل مطلوب في العلاقات العامة بين الناس، فما بالك في العلاقات الزوجية⁴. ودليل ذلك قوله ﷺ: ﴿...فَأِنْ خِفْتُمْ أَلَّا

تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً... ﴾ [سورة النساء 03]. فإن لم يستطع الزوج العدل بين الزوجات حرم

1 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 60.

2 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 65.

3 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج 2، ص 210.

4 محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها- دراسة فقهية تأصيلية-، السعودية، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 2002م/1422هـ، ص 226.

عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر من القسم بين الزوجات أو المساواة بينهما في المعاملة والإنفاق، لا المحبة التي محلها القلب فعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول: (اللهم إن هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك)¹.

ويقصد بالعدل بين الزوجات: (التسوية بينهما في الحقوق التي يمكن فيها المساواة، وإعطاء كل واحدة كفايتها، وعدم هضم حقها، فيما لا تجب فيه التسوية)². فمن حقهن أن يعدل بينهما في الإنفاق والسكنى والمبيت وكل ما يمكن العدل فيه³. وبالتالي فمن بلغت ثقته من نفسه حدا لا يخاف معه أن يجور⁴، وأراد التعدد فله ذلك .

1-ب/ القدرة على الإنفاق في حالة التعدد : هذا الشرط هو أمر طبيعي تقتضيه أولا

المعاشرة بالمعروف، وتنبيه إليه ثانيا الأوامر والوصايا الواردة في التحذير من التقصير في الإنفاق على الأهل⁵، فلا يحل شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة، أو من أكثر، إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه، والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج⁶. لقوله صلى الله عليه وسلم: (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج)⁷. وهذا الشرط ممكن، يستطيع القاضي التأكد منه بالسؤال عن قدرته المالية، ومعرفة دخله وإيراده⁸ فإذا وجده قادرا فلا مانع من السماح له بالزواج .

1 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، مرجع سابق ،حديث رقم 2134 ،ص 469.

2 محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، مرجع سابق، ص 227.

3 محمد بن صالح العثيمين، حقوق دعت إليها الفطرة وقررتها الشريعة، السعودية، الرياض، 1429هـ، ص 27-27.

4 حميد مسرار، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي- رؤية حقوقية-، (مقال)، مجلة الفقه والقانون، عدد 03، يناير 2013، ص 203.

5 عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام- مشكلات الأسرة-، مصر، القاهرة، مكتبة وهبة، ج 6، 2006 م / 1427هـ، ص 87.

6 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 168.

7 أحمد بن شعيب بن علي الشهير ب(النسائي)، سنن النسائي مع أحكام الأبناني(محمد ناصر الأبناني)، اعنتى به: أبو عبيدة المشهور بن حسن آل سلمان، السعودية، الرياض، دار المعارف، ط 1، حديث صحيح رقم 3210، ص 496..

8 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 93.

وفي هذه الحالة: أي حالة إباحة التعدد مقيدة بحالة الضرورة، أو الحاجة ، أو المصلحة المقبولة شرعا¹، مع إعطاء الزوجة حق طلب التفريق كون الزواج الثاني يغلب فيه مضنة الضرر - وليس كل ضرر- لأن كل زواج لا يخلو من ضرر، لما فيه من قيد للزوج والزوجة، ويفرض عليهما واجبات معينة، والعدل مطلوب مع كل زوجة حسب المستطاع. لقوله ﷺ: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً...﴾ [سورة النساء 03].

من خلال ما سبق يمكن استخلاص فكرة حول هذا الحق (حق طلب التطليق للتعدد) أنه انقلاب حول حق الرجل في التعدد. وهذا يؤدي إلى ضرر عام ، أعظم من الضرر الذي يصيب الزوجة المتزوج عنها زوجها . كونه يؤدي إلى تفشي العنوسة ، وكثرة الزواج العرفي، والانحرافات الخلقية... ودليل ذلك أنه بالرجوع إلى كتب الفقه، لم يرد عن الفقهاء أن التعدد في حدود الشرع مضرة للزوجة الأولى أو غيرها.

ولقد اتفق الفقهاء كذلك والمفسرون على أن هذين الشرطين (العدل بين الزوجات - القدرة على الإنفاق) لا بد من توافرها²، لكل من يريد التعدد. وفي حالة عدم توافرها يمكن للزوجة طلب التفريق للضرر اللاحق بها جراء تقصير الزوج في حقها. وفي الأخير يستخلص أن: الإسلام قد أباح التعدد ولم يجعله أصلا لبناء الأسرة، رفعا للخرج و المشقة³، مع اشتراط شروط لا بد من توافرها، وبالتالي في الشريعة الإسلامية اعتراف بتفضيل الزواج الموحد دون القضاء بتحريم التعدد.

2/ موقف المشرع من التطليق للتعدد (مخالفة أحكام المادة 08 من 02/05):

لقد نص المشرع في المادة 53 فقرة 06 على انه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق... مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08... " وبالرجوع إلى المادة 08 المشار إليها

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 181.
2 محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي، ص134.
3 حميد مسرار، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي- رؤية حقوقية-، (مقال)، مرجع سابق، ص 204.

سابقا. يفهم أنه أجاز تعدد الزوجات بحدود الشرع، وفي حالة التدليس¹ يجوز لكل زوجة طلب التطليق². كما أنه يمكن فسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي³ لوجود ضرر لحق إحدى المرأتين .

و بالتالي فإن المشرع قد أباح التعدد وفق شروط معينة، وفي حالة الإخلال يمكن المطالبة بالتطليق أو فسخ الزواج الجديد قبل الدخول. وتتمثل الشروط الواجب توافرها لإمكانية التعدد وفق قانون الأسرة في:

2-أ/ التزام حدود الشريعة الإسلامية: لقد جاء الإسلام فجعل للتعدد حدا أقصى يقف عنده الرجل⁴ وهذه الحدود تتمثل في الاقتصار على أربع زوجات والعدل بينهن⁵. لأن إبرام الزواج بالخامسة أو أكثر حرام مؤقتا شرعا وقانونا⁶.

2-ب/ عدم الإقدام على التعدد إلا إذا وجد مبرر شرعي لذلك: وهذا الشرط هو محل تقدير من القاضي يمكن إثباته بتقديم شهادة طبية⁷. و يلاحظ في هذه الحالة أن المشرع لم يحدد المبررات الشرعية إلا أنه يمكن توقع مرض الزوجة المستعصي الذي يستوجب على الزوج التعدد أو عقمها أو⁸. وهذا الإبهام في القانون قد يؤدي إلى اختلافات متباينة في الأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن.

1 التدليس: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيل والخداع لحمله على التعاقد (الزواج) ولقد نص عليه المشرع في المواد 86 و ما يليها من القانون المدني. ينظر: محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة-الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ط4، 2007-2008، ص176.

2 المادة 08 مكرر: " حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

3 المادة 08 مكرر: " فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

4 عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام- مشكلات الأسرة-، مرجع سابق، ج6، ص 74.

5 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص119.

6 المادة 30 قبل وبعد التعديل: "....يحرم من النساء... التي تزيد عن العدد...."

7 بوجمعة صويلح ، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة ،-مداخلة في مبادرة وزارة العدل لتنظيم أيام المفتوحة على العدالة، أفريل 2006 ، ص 10 .

8 محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 136.

2-ج / أن يكون الجمع أي التعدد بين من يجوز الجمع بينهم من النساء الأجنيات¹:

وهو ما جاء في المادة 30 : "...يحرم مؤقتا : الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها ،سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع ...".

2-د / توافر شروط ونية العدل: و يقصد بالشروط :القدرة المادية والمعنوية للزوج و يمكن الكشف عنها من قبل القاضي. أما بخصوص نية العدل، فهناك عدل معنوي: ويتمثل في العواطف والأحاسيس فإن الله ﷻ حل الإشكال بقوله: ﴿...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا

فَوَاحِدَةً...﴾ [سورة النساء 03]. أما نية العدل المادي: فهي أمر باطني يصعب التحقق منه. ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا حول نية العدل كما في القرار الآتي: ملف رقم 480240 بتاريخ 2009/2/11: (يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات دليلا على انعدام نية العدل،يبرر طلب الزوجة المتضررة التطلاق)².

2-هـ / شرط إعلام الزوجة السابقة واللاحقة والتأكد من موافقتها من قبل القاضي: فقد

علق المشرع حرية الزوج في التعدد بشرط إخبار الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة، مع ضرورة تأكد القاضي من أخذ موافقتها . ودليل ذلك ما جاء في القرار رقم 334060 بتاريخ 2005/1/19 الذي جاء فيه: (... حيث إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج، لأن العلم به شئى و الرضا به شئى آخر ، والمادة 8 من قانون الأسرة، سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة، برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطلاق ، في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني)³. إلا أن المشرع لم يبين مدى علم الزوجة السابقة عامة، و لا علم المرأة الداخلة في التصرف القانوني من إجراءات صالقيام به خاصة.

1 محمد حسن أبو يحيى، حقوق المرأة في الإسلام، مرجع سابق، ص 53-54.

2 سبق ذكره. أنظر الهوامش.

3 الملف رقم 334060 بتاريخ 19 / 1 / 2005، المجلة القضائية 2005، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 328.

كما أنه لم يبين كيف يتم إعلام المرأتين ،هل يكفي الإخبار الشفوي أو الكتابي، أو ضرورة التبليغ وفق ما هو محدد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ . إضافة إلى ذلك لم يبين هل يمكن اعتبار قبول إحدى المرأتين الواقعة تحت الإكراه أو الضغط بسبب ظروفها ككونها يتيمة الأبوين ،أو تعدد الأولاد مما يصعب عليها حضانتهم والإنفاق عليهم لوحدها أو غير ذلك من الظروف

2- و / طلب الترخيص بالزواج: يقدم هذا الطلب إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية ليبت فيه، من اجل تحقيق مراقبة قضائية على الراغب في الزواج² . كما أنه يمكن أن يرخص بالزواج الجديد: متى تأكد من موافقة الزوجة الأولى والمرأة الثانية³ ، مع توافر شرط إثبات الزوج المبرر الشرعي،وكذا الشروط الضرورية للحياة الزوجية ،بعد التأكد من توافر الشروط السالفة الذكر.

ومتى أخل الزوج بهذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق إذا أثبتت ما تدعيه⁴ لرفع الضرر اللاحق بها، و هذه المسألة يقدرها القاضي في النهاية⁵ وفق المادة 53 فقرة 06، لأن المشرع قيد حق التعدد بوجود المصلحة الشرعية مع عدم الإضرار بالزوجة⁶ ...

ومن خلال ما سبق ذكره، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد اخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر شرعا⁷،حالة مخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة ، وجعلها سببا

1 للتفصيل أكثر راجع المواد الخاصة بالتبليغ الرسمي في المواد من 404 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .
2 بوجمعة صويلح ، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة ، مرجع سابق، ص 11.
3 حسين طاهري،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 123.
4 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،مرجع سابق ، ص 204.
5 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،المرجع نفسه ، ص 204.
6 حميد مسرار ، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي- رؤية حقوقية-، (مقال)، مرجع سابق،ص 205.
7 محفوظ بن صغير ،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 641.

مستقلا يعد من الأسباب المبيحة لحق المرأة في طلب التطليق عن طريق رفع دعوى أمام القضاء ، بالنص عليها في الفقرة 06 من المادة 53 من نفس القانون .

كما يلاحظ أنه بموجب الفقرة 06 من نفس المادة، قد أحال إلى المادة 08 من الأمر 02/05 فقط ، دون المواد اللاحقة بها (المادة 08 مكرر- المادة 08 مكرر 1)، وبموجب الالتزام بالأصول القانونية يقتضي الالتزام بالمادة المحال إليها دون سواها، وإلا كان هناك خطأ في تطبيق القانون¹.

ويؤخذ على المشرع الجزائري: إغفال فكرة لجوء الزوج إلى طلاق الزوجة الأولى، والتزوج بالأخرى، مما يفسح المجال لانتشار الطلاق بسبب كثرة العراقيل. وكذلك منح الحق للمرأة الثانية سبب طلب التطليق دون تحديد مدة أو أجل لتقادم هذا الحق أو الدعوى.

كما أن المشرع أخضع حق التعدد لشرط يتمثل في رخصة من القاضي بعد التأكد من موافقة المرأتين، مما يفسح المجال للزواج العرفي² ، حيث يقدم الزوج على الزواج دون تسجيل العقد الثاني ، و عند إنجاب الأطفال يلجأ إلى تسجيل العقد من أجل تسجيلهم وإثبات نسبهم .

ثانيا: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

يعد الزواج في الإسلام الركن الأصيل للأسرة، وهذه الأخيرة هي الدعامة الأولى في بناء المجتمع. وقد منح الإسلام حق الاشتراط في عقد الزواج لكلا الزوجين، مادامت هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله ﷻ، وسنة نبيه ﷺ، لأن الشريعة الإسلامية تنظر إلى مصالح الناس بلا ريب، وتسعى إلى تحقيق مالا يتنافى مع مقاصد الشرع أو مبادئ النظام العام .

كما أولى الإسلام الشروط التي بين الزوجين من المكانة ما يتناسب وقيمة العلاقة الزوجية ذاتها، حتى أن الأمر بالوفاء بها أكثر إلزاما من سائر الشروط التي تقع في أي عقد

1 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 119-120.

2 الزواج العرفي: هو عقد يتم دون شكليات قانونية ويكون صحيحا متى توافرت أركانه الشرعية والقانونية (المادة 09) وكذلك شروطه (المادة 09 مكرر) مع الإخلال بشرط التسجيل الرسمي أمام موظف عمومي مختص (المادة 18).

آخر. فقد يكون للمرأة - مجال الدراسة- مصلحة في اشتراط أمر معين في عقد الزواج وعلى الرجل التزام الوفاء به. لكن هذا لا يمنع من وجود إخلال ببعض الشروط أو كلها، مما يؤدي إلى وقوع نزاعات وخلافات يتعين الحد منها. فما مدى مشروعية الاشتراط في عقد الزواج؟ وما مدى جوازية التطبيق في الفقه والقانون عند مخالفة الشروط المحددة في العقد؟ وللإجابة على ذلك يتعين التطرق لمفهوم الشرط (تعريف الشرط - أنواع الشرط) لمعرفة مدى مشروعية الشرط المقترن بالعقد، ثم طلب التطبيق لمخالفة الشرط في العقد من قبل الزوجة كالاتي :

مفهوم الشرط : يتعين تحديد المقصود بالشرط ، ثم مدى مشروعية الشرط في العقد كالاتي:

أ - المقصود بالشرط مع بيان أنواعه : سأدرس تعريف الشرط ثم أنواعه في عقد النكاح :

1-1: تعريف الشرط لغة و اصطلاحا وقانونا:

1 / يعرف الشرط لغة: هو ما يوضع ليلتزم به في العقد¹، وذلك إذا اشترطت المرأة على زوجها أمرا في عقد النكاح فقد ألزمته بذلك².

2 / المقصود بالشرط فقها: ما لا يتم الشيء إلا به ،ولا يكون داخلا في حقيقته³. أي هو: ما لا يلزم من وجوده المشروط ، ولكن يلزم من عدمه عدم المشروط .

3 / المقصود بالشرط عند الأصوليين: ما يلزم من عدمه العدم ،و لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁴.

4 / المقصود بالشرط قانونا: لم يعرف المشرع الجزائي الشرط تأكيدا على مهام فقهاء القانون و شراحه، واكتفى بقوله في نص المادة 53 فقرة 09 بأنه : " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق...- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج". وهذه الشروط تكون في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق وهذا ما جاءت به المادة 19 بنصها أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ،

1 شوقي ضيف، معجم الوسيط، مرجع سابق، ص 479.

2 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط- دراسة مقارنة - ، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 9.

3 شوقي ضيف، معجم الوسيط، المرجع السابق، ص 479.

4 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 179.

ولا سيما عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وفي حالة اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح وهو ما جاءت به المادة 35 من قانون الأسرة¹.

أ-2 - أنواع الشروط في عقد النكاح : هناك ثلاث أنواع من الشروط : شروط موافقة لمقصود النكاح ومقصد الشارع، وشروط منافية لمقصود العقد أو مخالفة لنص الشارع، وشروط جائزة لم يأمر الشارع بها ولم ينه عنها.

أ-2-أ- الشروط الموافقة لمقصود العقد : فقد اتفق أهل العلم على صحة هذا النوع من الشروط ، كاشتراط الزوجة العشرة بالمعروف ، أو الإنفاق والكسوة والسكنى ، أو تعجيل بعض المهر ،.....².

أ-2-ب- الشروط التي تنافي مقصد العقد: ومن هذه الشروط أن تشتترط المرأة على زوجها أن لا تطيعه ، أو تخرج من غير إذنه، أو ما ينافي المقصد الأصلي للنكاح وهو المعاشرة بالمعروف كأن تشتترط عليه أن لا يطأها وقد اتفق الفقهاء على عدم صحتها لإخلالها بمقصد النكاح³، وهي شروط باطلة في نفسها كونها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده⁴.

الشروط الجائزة: وهي الشروط التي لا تنافي مقصود النكاح، ولا تخالف ما قرره الشرع، كاشتراطها أن لا يتزوج عليها، أو أن تستمر في عملها الذي تبيحه الشريعة ...⁵.

ب - مدى مشروعية الشروط المقترنة بالعقد : سأحدد مشروعية الاشتراط في العقد فقها وقانونا كالآتي:

ب-1- مدى مشروعية الشروط المقترنة بالعقد فقها: لقد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشرط إذا كان مما يقتضيه العقد أو جاء الشرع على جوازه.

1 المادة 35 من الأمر 02/05 : (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح).

2 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 180.

3 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 181 وما يليها.

4 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 14.

5 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 184.

كما اختلفوا في الشروط الجائزة، التي لا تنافي مقتضى العقد ولا تخل بمقصوده ، فذهب الحنابلة¹ إلى وجوب الوفاء بالشرط وإلا كان لها فسخ العقد. واستدلوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (أحق الشروط أن يوفى ما استحللتم به الفروج)². فإن تزوجها واشترطت عليه أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إذا نكل³.

أما باقي الفقهاء(الحنفية والمالكية⁴ والشافعية⁵) فذهبوا إلى أنه لا يجب الوفاء بالشرط حتى يوجد دليل شرعي على اعتبارها⁶. وفي حالة التأكد من مخالفتها، صحة العقد وبطل الشرط⁷. واستدلوا بقوله ﷺ: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط)⁸.

فالمالكية قالوا: بأن النكاح المقترن بشرط ينافي المقصود من العقد، يفسخ قبل الدخول، وإن حصل دخول ألغي الشرط ووجب لها المهر المسمى إن كان حلالاً⁹.

ب-2- مدى مشروعية الشروط المقترنة بالعقد قانوناً: لقد أجاز القانون للزوجين أن يشترطوا في عقد الزواج شروطاً تكون فيها فائدة ، ما دامت لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً، كما أنها لا تنافي أو تتناقض مقاصد الزواج¹⁰، لأن الزوجين أحرار في عقد الزواج، والعقد شريعتهما عند إنشائه في ضوء قواعد النظام العام ، والآداب العامة

1 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج 9 ، ص 483.
2 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم ، المسمى : المسند الصحيح المختصر من السنن ، مرجع سابق، لمجلد 1، حديث صحيح رقم 1418 ، ص 640-641.
3 الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 483.
4 صالح عبد السميع الأبي الأزهرى، جواهر الإكليل، مرجع سابق، ج 1، ص 346.
5 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، مرجع سابق، ج 5، ص 229.
6 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 82.
7 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة (المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية)، مؤسسة الرسالة، ج 6، ط 1، 1993م/ 1413هـ ، ص 137.
8 محمد بن يزيد ابن ماجة الربيعي مولا هم القزويني، السنن ، تحقيق: عصام موسى هادي، السعودية، دار الصديق ، ط 1، 2010م/ 1431هـ، حديث صحيح رقم 2521، ص 421.
9 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص 81.
10 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 123.

التي تحددها المبادئ الزوجية ، والمصالح العليا للبلاد والعباد¹، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده أو القواعد الأمرة للقانون².

ج- **طلب التطليق لمخالفة الشروط المقترنة بالعقد:** قد يتضمن عقد الزواج جملة من الشروط تشترطها الزوجة في عقد الزواج، يتوجب على الزوج الوفاء بها و السعي لتنفيذها، وإلا جاز للزوجة المطالبة بتنفيذها، و في حالة عدم الامتثال حق لها طلب التفريق. ومن هنا ينبغي تحديد مدى أحقية طلب المرأة المتزوجة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها فقها و قانونا ؟ .

ج-1/ **طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج عند الفقهاء:** إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط " مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها " أمر محل خلاف بين الفقهاء. وقد كان (المذهب الحنبلي) أوسع المذاهب الفقهية الإسلامية³. أخذا بمبدأ الحث على الوفاء بالشروط والعقود والعهود⁴ بما فيها الالتزام بما يشترطه أحد الزوجين للآخر⁵.

أما باقي المذاهب (الحنفية والمالكية والشافعية) فقد أجمعوا على وجوب التفريق بين أنواع الشروط مع التأكد من عدم مخالفتها لمقتضى العقد – كما سبق القول - . وقد جاء في كتاب: ' كشاف القناع للبهوتي ' ⁶ أنه: (لا يصح فسخ في خيار الشرط إلا بحكم الحاكم) أي تحت سلطة القاضي. ولا يكون التفريق إلا بعد رجوع الزوج عن الوفاء بالشرط، و أنه لحقها ضرر يتعذر معه دوام العشرة بينهما⁷. برفع أمرها

1 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، مرجع سابق، ص 286.
2 راجع المادة 19 : (..... ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).
3 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 62.
4 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن الإقناع ،مرجع سابق ، ج11، ص363.
5 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص 62.
6 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن الإقناع ، المرجع السابق ، ج11، ص383.
7 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص 69.

إلى القاضي، مع تقديم البينة الشرعية وفقا لقوله ﷺ: (البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر) ¹.

فمتى أثبتت الزوجة أن الشروط لازمة وواجبة الوفاء كاشتراط أن لا يتزوج عليها²، و لم يف به الزوج كان أمرها بيدها أي لها حق فسخ النكاح ³ لأن هذا الشرط صحيح لازم في مذهب مالك و أحمد وغيرهما ⁴. ولهذا قال عمر ﷺ: (مقاطع الحقوق عند الشروط). و قد قال ' ابن تيمية ' معللا حق المرأة في فسخ عقد النكاح لعدم الوفاء بما شرطت لها فيه : باعتبار التراضي في البيع يوجب باعتباره في النكاح من طريق أولى ، لأنه من المعلوم أن المرأة إذا اشترطت شرطا في النكاح ⁵، فإنها لم ترض بإباحة فرجها لزوجها إلا بذلك الشرط مصداقا لقوله ﷺ: (أحق الشروط أن يوفى ما استحللتم به الفروج) ⁶. ومنه يحق للزوجة طلب التفريق متى اشترطت على الرجل شروط في عقد الزواج، وأثبتت عدم إيفاء زوجها بذلك.

ج-2/ طلب التطليق لمخالفة الشروط في قانون الأسرة الجزائري: لقد جاء المشرع

الجزائري واستحدث سببا للتطليق بموجب الفقرة 9 من المادة 53 التي تنص على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج". وبالرجوع إلى نص المادة 19 السالفة الذكر و الذي جاء فيها أنه : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أم في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ". و أعطى في المادة 35 حكم في حالة اقتران العقد بشرط ينافيه كان الشرط باطلا

1 أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: سمير بن أمير الزهيري، ط7، 2003م/1424هـ، حديث برواية البيهقي بإسناد صحيح ، ص 430.

2 تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، تحقيق: محمد عبد القادر عطا الله ، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1 ، 1988م/1408هـ، ص185.

3 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج6، ص 135.

4 تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 185.

5 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، المرجع السابق، ج6، ص 135.

6 سبق تخريجه أنظر الهوامش.

والعقد صحيحا. أما بالرجوع إلى نص المادة 32 الذي جاء بشيء مخالف لنص 35 بنصه على أنه: " يبطل الزواج ، إذا اشتمل على ...أو شرط يتنافى ومقتضى العقد ". ففي حالة اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته يبطل الزواج ككل. و بالتالي المشرع وقع في تناقض حسب المعنى الظاهر بين نص المادتين (32 و 35 من قانون الأسرة) وهو ما جعل القضاء يتأرجح بين الآراء .

و بالرجوع إلى صلب موضوع الدراسة وهو سبب طلب التطليق بموجب الفقرة 9 من المادة 53، يفهم أن القانون أجاز للزوجة اشتراط أي شرط في عقد الزواج (عدم تعدد الزوجات – عمل المرأة...) مادام فيه فائدة لها ولا يتنافى مع مقتضيات العقد . وهو ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا في القرار بتاريخ 1971/03/03: (جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة ،ولا تناقض عقد الزواج ، و لا تحرم أو تحلل، وللقضاء الحرية في تقدير وسائل الإثبات) ¹، وفي حالة امتناع الزوج عن تلبية الشرط منحها القانون حق طلب التطليق . و ذلك باللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم التطليق. وهذا الطلاق يكون طلاقا باننا ².

خلاصة : المشرع سلك مسلك الشرع حينما منح للزوجة الحق في وضع شرط ترى فيه حمايتها من تعسفات الزوج، إضافة إلى إعطائها حق التطليق إذا لم يتم الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها أثناء إبرام العقد . وعلى هذا جاءت حرية المرأة في الاشتراط مطلقة، فلها أن تضع شرط عدم الزواج عليها وتحفظ بحق الطلاق عند المخالفة ³. إلا أنه يؤخذ عليه عدم وجود ترابط بين حكم المادتين (19 و 53 السالفتي الذكر) حيث المادة 53 فقرة 9

1 قرار بتاريخ 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، عدد02، ص99. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص91.

2 سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص138.

3 محفوظ بن الصغير، أثر تعديل قانون أسرة الجزائري 02/05 في ترقية المركز القانوني للمرأة – مقال- ، خنشلة ، جامعة عباس لغرور، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 1، فيفري 2014، ص 111.

تكلمت عن الشروط في العقد فقط، دون العقد الرسمي اللاحق. فهل يؤخذ بهذا العقد الإضافي أو على القاضي التطبيق الحرفي للنص لغياب الدقة المطلوب؟¹.

ثالثا : التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

نص المشرع في المادة 53 فقرة 07 على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق... " لارتكاب فاحشة مبينة " فما مدى تقدير الفاحشة المبينة التي تسمح للزوجة بالتطليق؟ وهل يعتبر الزنا من الفواحش التي يمكن للزوجة فك الرابطة الزوجية بتوافرها؟

1-المقصود بالفاحشة : يتعين تحديد تعريف الفاحشة لغة واصطلاحا وقانونا كالاتي:

1-أ/ تعريف الفاحشة: يمكن تعريف الفاحشة كالاتي :

1-أ-1- الفاحشة لغة: فاحشة و فحش : كل شيء جاوز حده فهو فاحش². والفحش:

هو القبيح الشنيع من قول أو فعل³.

1-أ-2- الفاحشة اصطلاحا: هي الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة، أو جسيمة،

في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، و العرف، و الضمير الاجتماعي⁴.

وقد ورد في القرآن الكريم آيات عدة تصور الفاحشة في مسائل تخل بالسلوك

و الأنظمة إخلالا كبيرا:

قال ﷺ: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ

فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [سورة النساء 22].

1 باديس ديابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ،مرجع سابق ، (بتصرف) ، ص 53.

2 بن عبد القادر الرازي،مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 433.

3 إبراهيم مدكور، معجم الوجيز، مرجع سابق، ص 305.

4 بلحاج العربي،الوجيز في قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق ،ج1، ط2004،1، ص305.

قال ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ^ص وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [سورة الطلاق 01].

قال ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [سورة الإسراء 32].

قال ﷻ: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ...﴾ [سورة الأعراف 33].

1-أ-3- الفاحشة قانونا: لقد ذكر لفظ الفواحش في المادة 53 فقرة 07 السالفة الذكر، لكنه لم يحدد معناها، مما يستدعي اللجوء إلى المادة 337 مكرر من قانون العقوبات¹، والتي تتكلم عن زنا المحارم على سبيل الحصر. لا اعتبارهما قانونين صادرين عن نفس المشرع، لاستخلاص مفهوما للفاحشة كما يلي: "هي العلاقات الجنسية غير الشرعية التي ترتكب من الزوج على غير زوجته والتي بسببها يمكن للزوجة طلب التطليق". ومن الأفعال التي تدخل ضمن الفواحش هي: الزنا، الشرك بالله، شرب الخمر²، البغي، القذف....³

1 " تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

- الأقارب من الفروع أو الأصول.

- الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم .

- بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروع.

- الأم أو الأب و الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروع.

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

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

2 سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، مرجع سابق، ص 206.

3 باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص 48.

1-ب/ **تقدير الفاحشة المبينة:** في حالة ارتكاب الزوج فاحشة يظهر فيها انحراف عن الطريق السليم، جاز للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء من أجل فك الرابطة الزوجية، لاستحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، إذا ما أثبتت. لأنه إذا ادعت حصول الضرر وطلبت التفريق، فلا يقبل قولها إلا إذا أثبتت الضرر الذي أسست عليه دعواها. وإلا رفضت لعدم التأسيس عملاً بالمبدأ الشرعي " البينة على من ادعى " ¹. و عليه يستخلص أن المشرع ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير الفاحشة المبينة وذلك باعتماده على عدة عناصر تتمثل في:

1-ب-1/ نظرة الدين إلى الفعل: ينظر الإسلام إلى الانحراف على أنه خروج عن الفطرة السليمة التي فطرها الله للإنسان عليها، وعصيان على الطبيعة، وتمرد عليها². فيعتبر في الدين كل فعل مخالف للطبيعة البشرية هو فاحشة، وهذه الأخير هي من الكبائر³، والتي تعد من المعاصي التي وضع الله لها حد في الدنيا، ووعيد في الآخرة من أجل محاربتها والحد منها .

1-ب-2/ مقتضى العقل السليم: العقل هو مناط التكليف، و به يفرق المرء بين الأمر الحسن والسيئ، فمن خلاله يرفض الانحراف ويفر من الخطأ، وذلك بالاعتماد على قواعد الشريعة الإسلامية، والعرف وظروف المجتمع⁴ و ميادئ العدالة ليهتدي الإنسان إلى الطريق السليم .

1-ب-3/ لإرادة الاجتماعية: يبني القاضي أحكامه على ما هو سائر في مجتمعه من عادات، وقيم، وأعراف، وثقافات، وذلك على نحو يطابق كتاب الله وسنة نبيه⁵.

1 محمد حجازي، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ودوره في التأسيس لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص21.
2 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ط2، 2003م/1424هـ، ص48.
3 **للتفصيل أكثر ينظر:** محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، الكبائر - يليه منظومة في الكبائر لمجموعة مؤلفين-، الإمارات العربية المتحدة، عجمان، مكتبة الفرقان، ط2، 2003م/1424هـ.
4 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص61.
5 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص61.

و هذا لأنه ابن بيئته، فهو يستنكر الفعل و يجرمه حسب اعتقاداته ومجتمعه، مما يسمح للزوجة طلب التطليق على اعتبار فعل الزوج فاحشة.

يفهم مما سبق أن للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة بخصوص منح حق التطليق للزوجة متى تم التأكد من ارتكاب الفاحشة من قبل الزوج واقتنع القاضي بذلك.

وبالرجوع إلى نص المشرع يستخلص أنه خص جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن يصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية¹ كما كان قبل التعديل²، بل اشترط أن تكون الجريمة من الفواحش، مهما كانت عقوبتها³. وحسنا ما فعل المشرع لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج فاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير⁴. لكن الإشكال يثور حول كيف يتم إثبات أن الزوج ارتكب فاحشة مبينة مادام انه لم يشترط استصدار حكم؟ هل يكفي الإثبات بشهادة الشهود فقط؟.

كما يثور تساؤل آخر يتمثل في: هل المشرع عند صياغته نص الفقرة 07 من المادة 53 من الأمر 02/05 كان يخص بذلك المادة 337 مكر من قانون العقوبات الخاصة بزنا المحارم؟ و حسب مفهومي الخاص: لا. لأن تلك الجرائم تعد جرائم معاقب عليها شرعا قبل قانوننا. و كذلك إذا اعتبرنا أنه كان يقصد تلك الجرائم يكون قد وقع في تكرار لأحكام مع عدم مراعاة الانسجام بين القوانين.

و بالتالي المشرع حسب نظري كان يدرك ما مدى العلاقة بين القوانين كونها صادرة منه، وهو ليس في حاجة إلى إعادة نفس المواد بين القوانين – قانون الأسرة و قانون العقوبات خاصة لأنهما مجال الدراسة – كون قانون الأسرة يهدف إلى ضمان استقرار

1 ملف رقم 258555 بتاريخ 2001/1/23: (إن الضرب المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة التي يستوجب التطليق دون اشتراط حكم جزائي) مجلة قضائية 2002، عدد 02، ص 417.

2 المادة 4/53 من قانون الأسرة: (...لمدة أكثر من سنة...).

3 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، (بتصرف)، ص 62.

4 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص 63.

الأسرة الجزائرية، أما قانون العقوبات فهو يهدف إلى حماية الأسر من الانحراف. مما يتوجب على القضاة مراعاة نظرة المشرع للقوانين. وفي كل الحالات فإن للقضاء السلطة التقديرية لإثبات هذه الأفعال بكل الوسائل القانونية.

ومن هنا يتبادر إلى ذهني التساؤل حول: ما مدى اعتبار جريمة الزنا فاحشة يمكن للزوجة طلب حل عقدة الزواج بتوافرها؟ للإجابة على هذا التساؤل يستوجب تحديد معنى الزنا أولاً.

2- فاحشة الزنا : هي من أعظم الجرائم الاجتماعية ، وذلك لما له من المضاعفات السيئة التي منها تسرب الخيانة إلى الأسرة، مع سلب الاحترام وبالرغم من أن جميع قوانين البشر تعاقب عليها ، إلا أنها أخذت في الانتشار، وزاد مرتكبوها في هذا القرن زيادة كبيرة¹. فالزنا نكسة حيوانية تذهب بجميع معاني الإنسانية، وتمسخ الإنسان ، وتهبط به إلى مستوى سحيق.

أ- تعريف الزنا : يعرف الزنا :

أ-1/ الزنا لغة: زنا، يمد ويقصر، فيقال زنى الرجل يزني مقصور، و زناء ممدودة، وكذلك المرأة. وزنى مزانة: أي تباغي².

أ-2/ الزنا اصطلاحاً: هو عبارة عن وطء مكلف في فرج امرأة مشتبهة، خال عن الملك وشبهته، ويثبت به حرمة المصاهرة، نسبا ورضاعة³.

أ-3/ الزنا قانوناً: المشرع لم يعط تعريفا صريحا لهذه الجريمة بل اكتفى بذكر العقوبة المقررة لها في المادة 339 من قانون العقوبات : " يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة

1 باقر تشريف القرشي، نظام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 29.

2 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج14، ص 359.

3 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج5، ص 48.

الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

يمكن وضع تعريف لهذه الجريمة بأنها: العلاقة الجنسية التي ترتكب من قبل الزوج أو الزوجة مع أي شخص آخر شريطة تقديم شكوى الزوج المضرور¹. وقد خص قانون العقوبات معاقبة الشخص المتزوج فقط دون غيره، و اعتبرها خيانة زوجية.

ب- مدى اعتبارها فاحشة: لقد اشترط لمشرع لقيام هذه الجريمة توافر الأركان التالية:

ب-1 / الركن الشرعي: نص المادة 339 من قانون العقوبات، على وجوب قيام الزوجية فعلا أو حكما، بين المتهم بالخيانة الزوجية وقت وقوعها وبين شخص غيره.

ب-2 / الركن المادي: تشترط معظم التشريعات الوضعية المعاقبة على زنا أحد الزوجين، توافر الوطاء المحرم مع قيام العلاقة الزوجية وقت الوطاء².

ب-3 / الركن المعنوي: يقع متى ارتكب أحد الزوجين الفعل وهو عالم بأنه متزوج، فالمشرع اشترط الإحصان لتوقيع العقاب بهدف حماية الأسرة من التفكك و الانحلال³.

وبالرجوع إلى نص المادة 341 من قانون العقوبات: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي". وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يبين كيفية إثبات جريمة الزنا في الملف رقم 39474 بتاريخ 24 فبراير 1986 أن: (الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه،

1 عبد الحلیم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات، بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 10، نوفمبر 2006، ص 5.

2 عبد الحلیم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات، المرجع نفسه، (بتصرف) ص 6.

3 عبد الحلیم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات، المرجع نفسه، ص 18-19.

أو بحكم جزائي أصبح نهائي، أو بشهادة أربع شهود)¹، هذا الاجتهاد جاء موافقا لنص المادة .

يستخلص مما سبق أن جريمة الزنا :هي جريمة لا تقوم إلا بتوافر أركانها ، و لا يمكن اتخاذ الإجراءات إلا بناء على شكوى المضرور، والدليل المقبول هو ما جاءت به المادة 341 السالفة الذكر .

وعليه فإن الزنا يعتبر من أبشع الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون، كونها جريمة ترتكب ضد الشرف والأخلاق والفضيلة والكرامة، وتؤدي إلى تفويض بناء المجتمع ، وتفتت الأسر، و اختلاط الأنساب ،و قطع العلاقات الزوجية² ، كونها متعلقة بالنظام العام .لذلك اهتم المشرع بتنظيمها، بفرض عقوبات زجرية، وحسنا ما فعل عندما أشار إليها دون ذكرها في المادة 53 فقرة 07 ، لكنه لم يدرجها ضمن الفواحيش محيلا الأمر للشرعية الإسلامية التي اعتبرتها كذلك .

والإشكال الذي يطرح يتمثل في : حالة ما عرض على القاضي هذا الأمر(طلب التطليق لقيام الزوج بالزنا) بماذا سيحكم هل بالقانون أو بالشرعية الإسلامية كون هذه الأخيرة هي التي اعتبرت الزنا فاحشة ؟.

لحل هذا الإشكال يتعين الرجوع إلى القانون المدني³ في نص المادة 01 : " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه...وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...." . وطبقا لمبدأ تدرج القوانين، فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون أولا قبل اللجوء إلى الشريعة الإسلامية⁴ ، أما بخصوص مسألة التكيف فهي مسألة تقديرية ، إذ يمكن للقاضي أن يحكم بالتطليق

1 ملف رقم 39474 بتاريخ 24 فبراير 1986، غير منشور. **نقلا عن:** بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ج1، ط2004، ص306.

2 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص48.

3 الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

4 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص62.

في حالة الزنا أو عن شارب الخمر إذا طلبت الزوجة ذلك. تأسيسا على أحكام الفقرة 07 من المادة 53 من الأمر 02/05 . وذلك بتفسير مضمون الفاحشة بالخمير وغيره دون قصره على الزنا. لأن قانون الأسرة نص خاص ومصدره الشرع، بخلاف قانون العقوبات الذي مصدره التشريع . وبالتالي لا تخصيص بدون مخصص، ومن ثم يمكن الاستناد في تسبيب الحكم على أحكام الشرع بناء على الإحالة الواردة في المادة 222 من القانون وقاضي الموضوع في هذا لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنه بصدد استعمال سلطته التقديرية. وبالتالي لا يتعرض حكمه للإلغاء بالنقض، وهذا التطليق إذا ما تم فإنه يكون بائنا قانونيا¹.

فالمشرع توسع في أسباب طلب التطليق حماية لحقوق المرأة، وأعطاهم الوسائل القانونية التي يمكن بواسطتها دفع الضرر عن نفسها، خاصة وقد كثرت الشكوى في بقاء الطلاق بيد الرجال . ومن هنا كانت فلسفة قانون الأسرة الجزائري هي إقامة التوازن بين الحقوق العائلية، والتوفيق بينها فمنح الطلاق للزوج بموجب المادة 48، كما أعطى للزوجة حق طلب التطليق بحكم قضائي بموجب المادة 53 من الأمر 02/05².

لكن يوجه نقد للمشرع بخصوص الفقرة 07 من المادة 53، وهو كيف يمكن التوفيق بين هذه الفقرة، والفقرة القائلة بالجريمة الماسة بشرف الأسرة و المفضية لعقوبة طبقا لما هو وارد في قانون العقوبات؟³.

1 سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 136.
2 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط2004، ص1،
(بتصرف) ، ص307.
3 باديس ديابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، مرجع سابق، ص 49.

رابعاً: التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون، فنتضرر زوجته، خاصة وأن من العقوبات ما يرغمها على انتظاره السنين الطوال وهذا ما ينافي مقاصد التشريع¹ ولهذا يتعين طرح التساؤل الآتي: ما مدى اعتبار الجريمة المرتكبة من قبل الزوج والتي فيها مساس بشرف الأسرة سبباً مبرراً لطلب التطليق؟ للإجابة سأتطرق إلى موقف الفقه والقانون من ذلك.

1/ موقف الفقه من التطليق للحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة: لقد تطرق الفقهاء إلى هذا العنصر تحت عنوان " التفريق لحبس الزوج"، وهذا الأخير هو محل خلاف بينهم على فريقين:

الفريق الأول: فقهاء الحنفية² و الشافعية³: حيث قالوا بعدم التفريق للحبس⁴. واستدلوا بنفس الأدلة التي استدلوا بها لعدم التفريق بسبب الغيبة أو الفقد⁵.

الفريق الثاني: فقهاء المالكية والحنابلة: فهما يرونه سبباً للتفريق كالاتي:

أ / المذهب المالكي:نصومه لم تكن صريحة في جواز التطليق للحبس، بل كانت صريحة في أحقية زوجة الأسير في طلب التفريق، لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته، سواء كان باختياره أو قهراً عنه، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد،

1 محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة-الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص 107.

2 محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مرجع سابق، ج2، ص 85. وينظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 8، ص313.

3 محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص221.

4 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص 613.

5 أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية-فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، مرجع سابق، ص 113.

وهذا المعنى محقق في زوجة المحبوس¹. ومعيار الضرر : هو الضرر المادي والمعنوي معا²، ونوع الفرقة هي فرقة طلاق بائن³.

ب/ المذهب الحنبلي : لقد قال ابن تيمية: (على هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، ممن تعذر انتفاع امرأته به، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع). ونوع الفرقة عند الحنابلة هي فرقة فسخ⁴.

2/ موقف قانون الأسرة من التطليق للحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة: لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في المادة 53 فقرة 04 من الأمر 02/05: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ". عند تحليل هذه الفقرة يفهم أنه: لقبول هذا السبب كسبب للطلب التطليق، لابد من توافر جملة من الشروط هي:

2 - أ / الشرط الأول: صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز قوة الشيء المقضي به، لم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية⁵ أو غير العادية⁶ في جريمة ارتكبتها⁷. لكن الإشكال يثور عندما يستحيل على الزوجة الحصول على نسخة من الحكم لاستعماله كدليل خاصة إذا كان من الجهات العسكرية؟ الملاحظ في الواقع أن القاضي يلزم الزوجة أن تحضر له ما يثبت مزاعمها، وهناك من النساء من تحصلن على إقرار من أزواجهن

1 أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام- الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، لبنان، بيروت، الدار الجامعية، 1998م، ص 181.

2 كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 450.

3 السيد سابق، فقه السنة، لبنان، بيروت، دار الفكر، مجلد 2، الأجزاء من 6 إلى 10، ط4، 1983م/1403هـ، ص 251.

4 السيد سابق، فقه السنة، المرجع نفسه، مجلد 2، ص 251.

5 راجع المواد من 313 إلى 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. **أنظر:** المادة 313 فقرة 01 (طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة..).

6 راجع المواد من 348 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (طرق الطعن غير العادية: الطعن بالنقض - التماس إعادة النظر.....).

7 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط2004، ص1، ص294.

المتواجدين بالمؤسسة العقابية، مكتوب بخط اليد موقع عليه مفاده: أنهم يعترفون بأنهم محاكمون بجرائم فيها مساس بشرف الأسرة¹ (رغم صعوبة الأمر ، فليس بإمكان كل الزوجات الحصول على ذلك).

لكن حسب رأيي الخاص :كان الأجدر طلب الحصول على نسخة من الحكم من قبل القاضي ، لما له من مركز ودور في المحكمة والقضية ، وهذا لمساعدة وخدمة المتقاضين وتحقيق العدالة.

2-ب/ الشرط الثاني: أن تكون الجريمة المرتكبة من قبل الزوج فيها مساس بشرف الأسرة ، ويبدو أن نوع الجريمة التي تؤثر على مستقبل الأسرة ليست على درجة واحدة، فالأمر يختلف من أسرة إلى أخرى ،غير أن الغالب في هذه الجرائم، تلك المتعلقة بالشرف والخيانة الزوجية و الاغتصاب...وقد تتأثر بعض الأسر بجرائم السرقة والاحتيال ... وعلى هذا فإن المعيار في كل ذلك هو ما يسبب ضررا جسيما بالزوجة وأسرته وعائلتها²، وتحقق معها العداوة والنفور، بحيث تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية³.

و يلاحظ في هذا الشرط أن المشرع استبدل كلمة (عقوبة) وجاء محلها ب(الجريمة) وذلك في الفقرة 04 من المادة 53 من الأمر 02/05.

2-ج/ الشرط الثالث: أن تكون الجريمة المرتكبة من قبل الزوج ،من شأنها أن تؤدي إلى استحالة مواصلة العشرة الزوجية ، لتعذر الاستمرار في الرابطة الزوجية بسبب

1 لمياء شافعة ، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 91.

2 المادة 02 من الأمر 02/05 : (الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من الأشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة).

3 سلمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 133.

ما وصلت إليه¹، من البغض والكرهية والحقْد وخصومات مستحكمة تحول راحتها إلى فتنة، وسعادتها إلى شقاء، وتصبح الحياة الزوجية كلها جحيم لا يطاق².

خلاصة : إن فقدان أحد هذه الشروط يحرم الزوجة من ممارسة حق طلب التطليق، طبقاً للفقرة 04 من المادة 53 من الأمر 02/05، ويخضع هذا التطليق للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه³، والطلاق في هذه الحالة يكون بائناً لما يتركه من وصمة عار .

فيلاحظ بهذا الصدد (المادة 53 فقرة 04) أن المشرع قد أحسن صنعا عندما عدل النص، وذلك بتغيير لفظ (عقوبة إلى الجريمة) لما من شأنها المساس بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها وقيمتها الاجتماعية، وإن كان يصعب حصرها.

و يعاب عليه أنه لم يحدد مقدار العقوبة المقيدة للحرية، حتى يحق للزوجة طلب التطليق⁴.

ولقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ملف رقم 127948 بتاريخ 1996/1/16: (الحكم بتطليق الزوجة على مسؤولية الزوج المادة 53 من قانون الأسرة – طعن بالنقض- لأن الحكم الجزائي المحتج به كان بسبب ضرب الزوج، ولم تكن العقوبة بسبب تهمة فيها مساس بشرف الأسرة كما تنص المادة 53 فقرة 4-6 "حاليا المادة 53 فقرة 4-7-10" من قانون الأسرة. - رفض الطعن – إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا

1 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط2004، ص295.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 235.

3 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ط2004، ص295.

4 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 199.

حسب الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة " الفقرة 10 حاليا ". ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب ¹.

خامسا : التطليق لكل ضرر معتبر شرعا

يبين الشارع الحكيم أن لكل من الزوجين حقوقا لا بد من استيفائها، وأن عليهما واجبات لا بد من أدائها، ورسم لهما سبل السكن و الاستقرار الدائمين،

فقال ﷻ: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ﴾ [سورة النساء19]، وكذلك قوله ﷻ: ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ

الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ﴾ [سورة البقرة 228]. كما حدد الشارع الوسائل الواجب إتباعها

لعلاج ما قد يحدث بين الزوجين من المشكلات، فحول الزوج السلطة في تأديب زوجته

لقوله ﷻ: ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ

ط فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ ﴾ [سورة النساء34]. فإذا أضر الزوج بزوجه

بأن تعدى حسن المعاشرة، والمعاملة بالحسنى، إلى الإضرار بها فيؤذيها بالضرب المؤلم،

أو الشتم المقذع، أو يتعنّت معها فيحملها على فعل محرم². فتتحول المعاشرة والألفة

و المودة التي كانت من عناصر البناء الأخلاقي الأسري إلى بغض وسوء عشرة³.

ومن هنا يطرح التساؤل الآتي: ما مدى إمكانية الزوجة طلب انحلال عقد الزواج للضرر

1 الملف 127948 بتاريخ 1996/1/16، نشرة القضاة، عدد54، ص100. نقلا عن : يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، مرجع سابق، -بتصرف-، ص56.

2 رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة - الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء-، مرجع سابق، ص538.

3 محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة-الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص94..

اللاحق بها جراء الضرب والشتيم...؟! للإجابة على التساؤل لابد من التطرق إلى مفهوم الضرر، ثم معرفة موقف الفقه والقانون من التطبيق للضرر، وسلطة القاضي في إيقاعه كالاتي:

1- مفهوم الضرر: سأتطرق لتعريف الضرر، ثم أنواعه كالاتي:

أ- تعريف الضرر: يقصد بالضرر:

أ-1- **الضرر لغة:** الضر: هو ضد النفع¹، وهو سوء الحال والشدة². والضرر بمعنى: إلحاق مكروه أو أذى بالغير³.

أ-2- **الضرر اصطلاحاً:** لم يعرف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي، وكانهم تركوه لمعناه اللغوي، وإن كان يمكن تعريفه كما جاء في كتاب ' المفصل لعبد الكريم زيدان': (كل ما يلحق الأذى أو الألم بيدن الزوجة، أو نفسها، أو يعرضها للهلاك)⁴. أي: كل ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل بقصد وتعمد، وبدون وجه حق أو مبرر شرعي، وهذا الضرر يختلف أثره وشدته باختلاف النساء والمجتمعات.

أ-3- **الضرر قانوناً:** لم يعرف المشرع الجزائري الضرر المعتبر شرعاً، كما لم يحدد أنواعه، ويمكن توافره إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق شرعاً، أو إهمال النفقة الشرعية، أو إساءة معاشرة الزوجة عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة أو قساوة المعاملة⁵، أو ترك البيت الزوجي وغيرها... حيث لم يتقيد المشرع بضرر معين تاركاً للقاضي السلطة التقديرية في ذلك، مع عدم إخضاعه لرقابة المحكمة العليا⁶.

1 بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 333.

2 جماعة مختصين، معجم النفائس الكبير، مرجع سابق، المجلد 1، ص 1106.

3 إبراهيم مدكور، معجم الوجيز، مرجع سابق، ص 379.

4 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج 8، ص 437.

5 ملف 34767 بتاريخ 1884/12/17، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور. (يجب على الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحقها من زوجها وإساءته لها، وأن يكون هذا الضرر خطير ومستمر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية). **نقلاً عن:**

بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ط 2004، ص 301.

6 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ج 1، ط 2004، ص 301.

ب- أنواع الضرر المبرر للتطليق:

ب-1 / الضرر المادي: هو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة: كالضرب، والكسر، والجرح.....

ب-2 / الضرر المعنوي: هو كل ضرر يلحق الألم في نفس الزوجة: كشتمها باسم قبيح، وسبها، وتشبيهها بأسماء الحيوانات، الهجر في الفراش دون وجه حق...

وبالتالي يفهم مما سبق أنه: لو تضررت الزوجة من معايشة زوجها ضررا ماديا أو معنويا، بعد محاولة التوفيق بينهما بالطرق المعروفة¹ فلها أن تطلب من القاضي التفريق².

2- موقف الفقه والقانون من التطليق لكل ضرر معتبر شرعا: سألنا رأي الفقهاء والمشرع الجزائري حول التطليق لكل ضرر معتبر شرعا كالاتي:

أ / آراء الفقهاء حول التطليق لتوافر ضرر بالزوجة سببه الزوج: قد اختلفت آراء الفقهاء في التفريق للضرر كالاتي:

أ-1 / جمهور من الشافعية والحنفية وأحد قولي الحنابلة قالوا: بعدم جواز التطليق للضرر، لأن الزوجة إذا ادعت الضرر، ورفض الزوج أن يطلقها، فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها، لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق، كون مهمة رفع الظلم عن المظلوم من اختصاص الإمام أو القاضي، و يقتصر على النهي في أول مرة³، بأمره بحسن المعاشرة والنهي عن إيذائها⁴. فإن ساء خلقه¹ وأذى الزوجة بلا سبب، عاقبه بحسب ما يراه كافيا لجزره حتى يمسكها بالمعروف².

1 طرق التوفيق بين الزوجين هي: الصلح- التحكيم ...

2 عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام- مشكلات الأسرة-، مرجع سابق، ج6، ص299.

3 محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، مرجع سابق، ص332.

4 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، مرجع سابق، ص210.

أ-2/ المالكية وأحد قولي الحنابلة قالوا: بجواز التطليق للضرر، إذا تعدى الزوج على زوجته بالسب، أو الشتم، أو الضرب... فقد جاء في ' حاشية الدسوقي ': " ولها: أي للزوجة التطليق على الزوج بالضرر. وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها..."³ فمتى ثبت إضرار الزوج بزوجه بالبينة المعتبرة، مع عدم اشتراط تكراره لطلب التفريق أي يكفي إثبات حصوله مرة واحدة⁴ حكم بتطليقها. فقد جاء في 'حاشية الدسوقي ': " قوله : ولو لم تشهد البينة بتكراره، بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التطليق بها على المشهور "⁵.

وذلك متى استطاعت الإثبات حتى ولو بالقرائن وذلك لما جاء في قول ' الشيخ النفراوي في كتابه الفواكه الدواني ': (للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال)⁶ . أما إذا تكررت شكواها وعجزت عن الإثبات عين لها القاضي حكمن : حكما من أهلها وحكما من أهله يسعيان للإصلاح بينهما، وإذا تعذر ذلك طلقا عليه بلا مقابل⁷ .

وتعيين الحكمين واجب بدليل الآية⁸ لقوله ﷻ: ﴿... فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا

مِّنْ أَهْلِهَا ﴾ [سورة النساء 35]. وذلك لمحاولة الصلح أو التفريق وكيلان أو موليان

1 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 344.

2 نورة منصورى، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 65.

3 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 345.

4 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج8، ص 439.

5 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص 345.

6 أحمد بن غنيم بن سالم بن مها النفراوي الزهري المالكي، الفواكه الدواني رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ص 60.

7 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 345.

8 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، مرجع سابق، ج8، ص 391.

من الحاكم¹، يشترط فيهما التكليف، والإسلام، والحرية، و الحرية، والعدالة، والاهتداء إلى المقصود بما بعث له². ولقد اختلف الفقهاء في مهمتهما (التوفيق أو التفريق)³، ويكون الطلاق بحكم من القاضي بناء على التقرير المقدم من الحكمين طلاق بائن عند المالكية⁴، إذ لو كان رجعيًا لعاد الضرر لما كان عليه سابقًا، ولم يكن للتحكيم فائدة⁵، خلافاً للحنابلة الذين اعتبروه فسخًا، لأن كل طلاق يوقعه القاضي هو فسخ، والحكمان هنا ينزلان منزلة القاضي.

يستخلص مما سبق: أنه متى تضررت الزوجة من معاشرته زوجها بعد محاولة التوفيق بينهما بالطرق المعروفة فلها ان تطلب من القاضي التفريق.

ب/ موقف المشرع من التطليق لتوافر ضرر بالزوجة سببه الزوج: لقد نص المشرع في المادة 53 فقرة 10 أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق... لكل ضرر معتبر شرعاً". هذه الفقرة جاءت عامة، واعتبرت أن أي شيء، أو واقعة، أو وضعا يشكل ضرراً شرعياً يعد سبباً من أسباب التطليق، ويجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها⁶.

فهو بهذه الحالة- المشرع- لم يتقيد بضرر معين⁷، تاركاً الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال، فقد أحسن صنعا في توسعه في مفهوم الضرر، لأن الأضرار عديدة

1 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج2، ص489. وأنظر: شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 345.

2 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص 265. وأنظر: شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 345.

3 محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة- الزواج والفرقة- ص 495.

4 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 345.

5 أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، عمان، الأردن، دار الثقافة، ط1، 2010م/1431هـ، ص170.

6 باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص 46.

7 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 236.

ويصعب حصرها¹، فما يعتبر فيه ضرر لزوجته قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، والضرر المعتبر شرعا في زمن، ولى جماعة معينة، قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى، خاصة وأن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر². ومن هنا تعد هذه الفقرة الملاذ والملجأ المحبذ لقضاة المحاكم، وحتى المحكمة العليا لنشر أي شئ في خانة الضرر المعتبر شرعا، بالرغم من توافر أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري³.

وعلى وجه العموم فإنه يجوز للزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بعمل تجاهها نتج عنه ضرر لها، سواء في معاملته، أو إهانته لها، أو عدم قيامه بواجباته نحوها، بأن ترفع دعاها أمام المحكمة تطلب فيها التطليق دفعا للضرر الذي حل بها، وعلى القاضي تقدير ما تزعمه بناء على وجهة نظر اجتماعية، وثقافية محضة، معتمدا على المعيار الشخصي⁴. ولقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ملف رقم 222134 بتاريخ 1999/05/18: (من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع)⁵.

إلا أنه لإيقاع التطليق لهذا السبب لا بد من توافر شروط يمكن إجمالها في ما يلي:

الشرط 1: وقوع ضرر من الزوج على الزوجة: سواء كان ضرر مادي أو معنوي كالسب، الشتم، الضرب...

الشرط 2: أن يكون الضرر مؤدي إلى ما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية.

1 الرشيدي بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 207.
2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 237.
3 باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 47.
4 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 237.
5 ملف رقم 222134 بتاريخ 1999/05/18، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 126. وينظر كذلك: العيش فضيل، قانون الأسرة - مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا - مع تعديلات 2005، مرجع سابق، ص 52.

الشرط 3: عجز القاضي عن الإصلاح بينهما- الزوجين- بموجب المادة 49 من الأمر 02/05: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..."، أي على القاضي أن يجري عدة محاولات صلح¹ تجنباً للفرقة، كون الصلح إجراء إجباري يجب القيام به في جلسة سرية، لا يجوز النيابة فيه²، وإلا كان الحكم بالطلاق مخالفاً للقانون. وذلك بموجب المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولا يعد غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلاً على توافر الضرر المعتبر شرعاً للتطليق³، وهو ما جاءت به المادة 443 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "...أو تخلف أحد الزوجين..". ويعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً⁴، وبغيابه يعرض الحكم للنقض والإلغاء أمام المحكمة العليا كلما وقع فيه الطعن.

من خلال ما سبق بشأن دور القاضي حول الصلح يفهم أن المادة 49 المعدلة بموجب الأمر 02/05 جاءت شاملة وجامعة لكل أنواع الطلاق بما فيها التطليق والخلع، مع النص على إلزامه القيام الصلح لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى.

2- سلطة القاضي في إيقاع التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً: الحكمة من الزواج إنما هي دوام الألفة والمحبة والإخلاص بين الزوجين، وهذه الحكمة يناقضها وتشهيه الزوج بزوجته⁵ وذلك بضربها، أو شتمها... فتنسوء العشرة بينهما. وقد لا تقلح الوسائط الودية من تحكيم وإصلاح، فلا يبقى بد من اللجوء إلى القضاء للتفريق بهذا السبب⁶

1 الصلح في الشرع : عقد يرفع النزاع. ينظر: على بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مرجع سابق، ص 114.

2 ملف رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16، مجلة قضائية، 2009، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 302.

3 ملف رقم 654972 بتاريخ 2011/09/15، مجلة قضائية، 2001، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 294.

4 سائح شنفوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ج1، ص 611.

5 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 124.

6 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص 334.

مع وجوب إثباته . فما مدى سلطة القاضي في ذلك ؟ للإجابة سأطرق إلى كيفية إثبات الضرر لكي يحكم القاضي بالتطليق للزوجة، مع تبيان نوع الطلاق الذي يحكم به بائن أو رجعي كالاتي:

أ / إثبات الضرر لإيقاع التطليق : إذا تضررت الزوجة من أقوال وأفعال الزوج ضدها، فما عليها سوى رفع دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم بتطليقها، دفعا للضرر الذي حل بها ، وعليها هي بصفقتها مدعية أن تثبت الضرر كما جاء في القرار رقم 102124 بتاريخ 19/04/1994: (إن المطالبة بالتطليق على أساس الضرر المادة 53 من قانون الأسرة يتعين إثباته)¹. و الإثبات يكون بكل الطرق القانونية الممكنة²، وعلى القاضي أن يقدر بعناية واهتمام ما تزعمه من ضرر. و إذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر³ بأن تقدم بين يديه كل الحجج والأدلة المؤيدة لذلك، وعلى القاضي الحكم بتطليقها من زوجها ليس استنادا إلى رغبته وإنما استنادا إلى رغبة الزوجة المدعمة بالقانون⁴.

1 ملف رقم 102124 بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة، رقم 51، ص 89. نقلا عن: بوجمعة صويلح، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة، مرجع سابق، ص 25.

2 ملف رقم 572240 بتاريخ 15/07/2010: (لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط)، مجلة قضائية، 2010، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 278.

3 ملف رقم 52278 بتاريخ 02/01/1989، مجلة قضائية، 1991، عدد 04، غرفة الأحوال الشخصية، ص 95: (من المقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق، لا يعمل به باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فعل الضرب، وإنما يشهد ما يراه على جسم الإنسان، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية..). نقلا عن: يوسف دلاندة، قانون الأسرة منفتح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، مرجع سابق، ص 66.

4 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 237.

لكن إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر اللاحق بها¹، وتكررت شكاياتها، وإدعاءاتها أمام المحكمة² فسيكون من واجب القاضي أن يحاول إصلاح ذات بينهما، ويعين حكيم أحدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة (المادة 56 فقرة 2 من قانون الأسرة) إذا لم يثبت أي ضرر، وهو ما جاء به المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 446 إلى 449. وبالتالي لا يلجأ إلى التحكيم إلا في حالة اشتداد الخصام، مع عدم القدرة على إثبات الضرر.

ولقد وقع المشرع في إشكال اختلاف أو اختلاط المصطلحات " فتارة وجوب تعيين الحكيم - وتارة جوازية تعيين الحكيم "³ وذلك لكي يحاول الإصلاح على أن يرفعا إلى القاضي تقريراً يحكم بمقتضاه إذا اقتنع به. حيث يلاحظ أن القانون لم يجعل للحكيم حق التفريق دون اللجوء إلى القاضي، بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما. وهذا فيه احتياط يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكيم في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية للزوجين⁴.

ب / نوع الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الضرر المعتبر شرعاً: لم يتطرق المشرع إلى نوع الفرقة بسبب الضرر المعتبر شرعاً، مما يتعين اللجوء إلى نص المادة 222 من الأمر 02/05. وبما أن المشرع والمجتمع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي القائل

1 ملف رقم 34767 بتاريخ 1984/12/17، ملة قضائية، 1990، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية: (متى كان من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلمها...) **نقلاً عن:** نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقاً، مرجع سابق، ص 192.

2 ملف رقم 36414 بتاريخ 1985/05/20، مجلة قضائية، 1990، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية: (من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الزوجة لا تطلق جبراً عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سبباً لتطليقها...) **نقلاً عن:** نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقاً، المرجع السابق، ص 190.

3 راجع الهوامش.

4 حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 127.

بأن للزوجة التطليق للضرر طلقة واحدة وتكون بانئة، وبالتالي الطلاق الواقع بسبب الضرر اللاحق بالزوجة من قبل الزوج في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بائن قانونا¹.

المبحث الثاني

حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

لما كان اطراد الحياة الهادئة غير ميسور لكل من يرتبط برباط الزوجية، فقد لا يتفق الزوجان على الدوام بل قد يدب بينهما النزاع والشقاق، إلى حالة لا يمكن معها إصلاح ذات البين، ويكون بقاء رباط الزوجية بينهما على هذه الحالة عبئا ثقيلا عليهما، بل وخطرا على المجتمع الذي يعيشان فيه، ونظرا للمصالح العظيمة والحكم السامية، أحل الله الطلاق مع أنه أبغض الحلال إليه، لتعلقه بيد الزوج المتضرر من النكاح، أما إذا كانت الزوجة هي المتضررة، والراغبة في المفارقة، فليس الطلاق منفذا لها، لأن أمره ليس بيدها، ولما كان بقاؤها زوجة له على هذه الحالة، يؤدي إلى النشوز والشقاق، وعدم القيام بما فرضه الله عليها من حقوق للزوج مثل حسن العشرة والطاعة ... وقد لا تسمح نفس الزوج بطلاقها مجانا، لأنه بذل المال في سبيل النكاح والولاية عليها، وفوق ذلك فإن كرامته المهنية بكرأهتها له قد تدفعه إلى إمساكها إضرارا بها وانتقاما منها...

ولهذا أجاز الشارع الحكيم للزوجة أن تفتدي نفسها منه بالمال، وأجاز له أن يأخذ عوضا عما بذله لترضيه عما لحقه، من أجل أن تسمح له نفسه بطلاقها، ليتخذ من هذا العوض إذا كان معسرا ما يمكنه من نكاح غيرها.

ولقد نص المشرع على هذا المسلك في المادة 54 من قانون الأسرة²، مما يستوجب تحديد مفهومه (المطلب الأول)، ثم تكييفه (مطلب ثاني).

1 سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 139.
2 المادة 54: "يجوز 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".

المطلب الأول: مفهوم الخلع

قد تقع الفرقة بين الزوجين، وتنتقطع الرابطة الزوجية بينهما، عن طريق إرادة الزوج وهو ما يسمى الطلاق، وإما بإرادة الزوجة عن طريق التطليق أو الخلع، وهذا الأخير هو مسلك تسلكه الزوجة في حالة عدم توافر الأسباب التي حددها المشرع في المادة 53 من الأمر 02/05، مما يتعين عليها اللجوء إلى المادة 54 من قانون الأسرة. وذلك عند نفور الزوجة من زوجها مع الرغبة في الخلاص من الزوج، بسبب كرهها وبغضها له لسبب ما، خشية عدم القيام بما أمرها الله به إذا بقيت معه .

ولهذا يتعين تحديد تعريف الخلع مع بيان دليل مشرعيته والحكمة منه (الفرع الأول)، ثم أركانه (الفرع الثاني) كالآتي:

الفرع الأول: تعريف الخلع مع بيان دليل مشرعيته والحكمة منه: كون الخلع صورة من صور انحلال عقد النكاح، يستلزم تحديد تعريفه (أولاً) ثم تحيد مشروعيته (ثانياً) وأخيراً حكمه والحكمة منه (ثالثاً).

أولاً: تعريف الخلع: يعرف الخلع كما يلي:

1- الخلع لغة: خلع - يخلع- خلعا: فيقال خلع الثوب بمعنى نزعها¹، و خلع امرأته: طلقها إذا بذلت له مالا ليطلقها، أي نزعها عن نفسه وطلقها على بدل منها له². ويسمى الخلع خلعا، لأن المرأة تخلع نفسها من زوجها وهي لباس له لقوله ﷻ: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ

وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ [سورة البقرة 187]. كما يسمى **الافتداء:** لأنها تفتدي³ نفسها منه بما تبذله له من عوض⁴.

1 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 342-343.
2 لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب، لبنان، بيروت، المطبعة الكاثوليكية، ط19، ص192.
3 **الافتداء لغة:** هو ما يعطى من المال أو غيره عوض المفدي. **ينظر:** مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 596.
4 أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص10، ص07.

2- الخلع اصطلاحاً: يعرف الخلع عند الفقهاء كالاتي:

2-أ / الحنفية: الخلع عبارة عن أخذ مال لإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع¹ أو ما في معناه². كالطلاق و المباينة و المبارأة و المفارقة³ ...

2-ب / / الشافعية: الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض⁴، بلفظ طلاق أو خلع⁵ فإن وقع بمسمى صحيح لزم، أو فاسد أو بلا عوض وجب مهر المثل⁶.

2-ج / المالكية: الخلع هو طلاق بعوض⁷. والألفاظ عندهم 04 هي: الخلع والفدية والصلح والمباراة كلها تؤول لمعنى واحد⁸.

2-د / الحنابلة: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة⁹ - كلفظ الطلاق أو الخلع أو المفاداة أو ...- أو " هو فراق الزوجة لعوض منها أو من غيرها"¹⁰

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد المرجو و علي محمد عوض، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، ج5، طبعة خاصة، 2003م/1423هـ، ص 83.

2 الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص 343.

3 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، ج5، ص 91.

4 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج4، ص 405. وينظر: أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص 47.

5 زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عبد الرؤوف بن محمد الكمالي، لبنان، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط1، 2003م/1424هـ، ص 130.

6 زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحري تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م/1418هـ، ص 220.

7 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 347.

8 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج2، ط6، 1982م/1402هـ، ص 66.

9 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج12، ص 133.

10 بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن إسباسيرال البعلبي، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، شرحه: عبد الله بن صالح الفوزان، مكتبة الرشد، ط2، ج4، ص 424.

دون تحديد ألفاظه. وهو ما جاء موافقا لرأي ابن تيمية لأن العبرة عنده بالمعنى وليس باللفظ¹.

يفهم من هذه التعاريف أنها تنصّب على معنى واحد مشترك فيما بينها ، ولها صلة قوية مع التعريف اللغوي، فكل خلع بالمعنى الاصطلاحي هو خلع بالمعنى اللغوي ولا عكس لأن الأخص دائما يستلزم معنى الأعم، فالخلع في المعنى اللغوي هو الإزالة والنزع، وفي الاصطلاح هو إزالة ملك النكاح ببذل تبذله المرأة لزوجها² وبالتالي الخلع هو: (وقوع الفرقة بين الزوجين بعوض تقدمه الزوجة لزوجها) فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، لكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف وقوعه على بذل الزوجة مالا لزوجها³، عكس الطلاق الذي يعد تصرف بإرادة الزوج وحده بدون عوض من الزوجة مع إمكانية أن يكون لها .

يستنتج من التعريفات الاصطلاحية في المذاهب الأربعة أنه هناك مذاهب أخذت باشتراط ألفاظ لإيقاع الخلع، ومنهم من لم يشترط، والراجع في ذلك هو رأي ابن تيمية لأن العبرة في العقود بمقاصدها ومعانيها لا بألفاظها . كما انه يتفق مع سعة الإسلام وتيسيره، لأنه لم يذكر تحديد في القرآن والسنة .

كما يستنتج أنه يجب :

- أن يكون ملك المتعة الزوجية قائما- وجود عقد زواج قائم بذاته - حتى يمكن إزالته، لأنه إذا كان النكاح فاسدا انعدم ملك المتعة فيه.
- أن يكون الفراق بلفظ الخلع أو ما في معناه – لأن ألفاظ الخلع تختلف باختلاف الفقهاء والعبرة بالمعنى - مقابل عوض مالي⁴.

1 عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، المملكة العربية السعودية، مجمع الملك فهد، ج32، 200م/1425هـ، ص 301.

2 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1997م/1418هـ، (بتصرف)، ص 52-53.

3 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج8، ص 114.

4 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 53.

ولقد عرف ' أحمد إبراهيم بك' في كتابه ' المعاملات الشرعية المالية' الخلع بأنه: (عقد يكون بين الزوجين على أن يملك الرجل امرأته عصمتها في مقابلة مال يأخذه منها، أو إسقاط مهر أو نفقة، ونحو ذلك)¹.

3- الخلع قانوناً: لقد نص المشرع على الخلع في المادة 54 من الأمر 02/05 أنه: " يجوز 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". وبالرجوع إلى نص المادة 48 السالفة الذكر.

يستتبط أن الخلع هو (هو طريق لحل عقدة النكاح، وذلك عن طريق دفع مبلغ مالي للزوج دون حاجة لموافقته، لكن في حالة الاختلاف في العوض يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم) أو هو (فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة بناء على حكم القاضي مقابل مال تدفعه للزوج دون اشتراط موافقته وفي حالة التنازع على المقابل يحكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم). وبهذا جعل دور القاضي محصور في التدخل من أجل تحديد قيمة العوض المالي فقط وذلك عند عدم اتفاق الزوجين. وبالتالي ارتقى المشرع بالخلع ليجعله حقا أصيلاً للزوجة² دون مراعاة موافقة الزوج، و هو ما أكدته اجتهاد المحكمة في الملف رقم 33680 بتاريخ 2005/07/13³ أعطت معنى للخلع كالآتي: (إن الخلع ليس بعد رضائي، و موافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها . أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعاً للحكم بالخلع". وهو ما جاء موافقاً للمادة 54 المعدلة بموجب الأمر 02/05.

1 أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، مرجع سابق، ص 251.

2 ملف رقم 656259 بتاريخ 2011/09/15: (الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج). مجلة قضائية، 2012، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 318.

3 ملف رقم 336380 بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد 61، ج1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 328. **نقلاً عن:** باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 52.

ولقد كان سابقا بموجب القانون 11/84 في المادة 54 يشترط موافقة الزوج كما يلي: " 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..." فقد كان الخلع رخصة للزوجة وهو ما أكدته اجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم 216239 بتاريخ 1999/03/16 : (الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه...) ¹ .

إضافة إلى ذلك كان يعتبر الخلع طلاق بالتراضي تجب فيه موافقة الرجل ليقع، مما دفع إلى وضع عدة تعريفات تدل على ذلك من بينها (الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين، وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة، مقابل مال كعلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم) ². وهو ما جاء موافقا له في القرار رقم 51728 بتاريخ 1988/11/21 الذي جاء فيه : (من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه...) ³ .

لكن هذا التعريف والاجتهاد يتناقض مع اجتهاد المحكمة العليا في قرارات أخرى ودليل ذلك في الملف رقم 83603 بتاريخ 1992/07/21 حيث جاء فيه: (إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، وأنه في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع، وأن قضاة الموضوع لما بتطليق الزوجة خلعا

1 ملف رقم 216239 بتاريخ 1999/03/16، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 138.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 216.

3 ملف رقم 51728 بتاريخ 1988/11/21، مجلة قضائية، 1990، عدد 3، ص 72. وللتفصيل أكثر راجع: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 402.

دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون) ¹ . وكذلك الملف رقم 216239 بتاريخ 1999/03/16 الذي جاء فيه أن: (الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، وإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون) ² .

الملاحظ في هذا الشأن: أن المشرع حاول التقليل من التناقض الذي حصل عند القضاة عند إصدار أحكامهم، وذلك بتعديل نص المادة 54 والنص بصراحة على عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع تماشيا مع اجتهادات القضاة. إضافة إلى أنه رأى أن في ربط الخلع بموافقة الزوج بأن يكون هناك إيجاب وقبول – بمعنى الصيغة- هو تقييد للحق الممنوح للمرأة في طلب الخلع، وحتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرضا مما يفتح المجال إلى الابتزاز والاستغلال، ويكون في هذا امتياز للزوج كونه يملك حق الطلاق وحق اشتراط موافقته لإيقاع الخلع .

ثانيا: مشروعية الخلع في القرآن والسنة: لقد كان من رحمة الله ﷻ بالزوجة التي تبغض زوجها، ولا تجد في المقام معه ما كانت تنشده، فتشدد كراهيتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه، أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملتها له وهي لا تملك الطلاق، فأخرجها الشارع من هذا الحرج، وشرع لها الافتداء للتخلص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه.

وقد دل على جواز الخلع بالقرآن والسنة كالاتي:

1- **دليل مشروعية الخلع في القرآن الكريم:** لقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع، واستنبطوا القواعد الفقهية، ومما يجدر ذكره أن الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع. قال ﷺ: ﴿ أَلْطَلْقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنِ ۗ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا

1 ملف رقم 83603 بتاريخ 1992/07/21، مجلة قضائية، 1992، غرفة الأحوال الشخصية، ص 134.
2 ملف رقم 216239 بتاريخ 1999/03/16، مجلة قضائية، 1999، غرفة الأحوال الشخصية، ص 138.

حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا إِذَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿ [سورة البقرة 229].

فبعد أن ذكر الله تعالى الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر الله ﷻ أخذ المال من الزوجة مما أعطها محرماً، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة تتمثل في خشية الزوجين عدم إقامة حدود الله فيما بينهما، كبغض المرأة لزوجها، أو سوء سلوكه في البيت أو مع معها... فيحصل الشقاق بينهما، وتصبحت الحياة بينهما لا يراعى فيها أحكام الله التي شرعها للزوجين، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا ليطلقها¹.

وهناك آيات جاءت ببعض أحكام الخلع منها:

قوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا

فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴾ [سورة النساء 20]. بمعنى: إذا أراد أحدكم أن يفارق امرأته ويستبدل مكانها غيرها، فلا يأخذن مما كان أصدق الأولى شيئاً، ولو كان قنطاراً من المال². فهذه الآية تمنع الزوج من أن يأخذ مالا من زوجته ليطلقها، إذا كان النشوز من جانبه، فإذا رغب باستبدال الزوجة أو التعدد، فلا يظلم زوجته الأولى حتى تفقد نفسها من أجل حل عقدة النكاح³.

و قوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ

يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [سورة النساء 128]. بمعنى إذا خافت المرأة من زوجها أن ينفر أو يعرض عنها، فلها، أن تسقط حقها أو بعضه من نفقة أو كسوة

1 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 497.

2 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج 2، ص 243.

3 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 498.

أو غير ذلك من الحقوق، وله أن يقبل ذلك منها، ولا جناح عليها ولا عليه¹ والصلح خير، بمعنى التخيير: إما الفراق أو الإقامة خير من تمادي الزوج بأثرة غيرها عليها².

وقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾

[سورة النساء 130]. فإذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر استمرار الحياة بين زوجين لا يقيمان حدود الله في معاشرتهم³. وهذا فيه زجر لهما كون أحد الزوجين تعالى على الآخر وارتفع عن مستواه فأساء العشرة⁴.

يفهم من هذه الآيات أنه لا يمكن قبول الخلع في حالة رغبة الزوج في التعدد على حساب الزوجة الأولى، وذلك بإجبارها على طلب الخلع من أجل دفع البذل مهرا للزوجة اللاحقة، كما لا يمكن قبوله في حالة قيام النشوز من الرجل، لكن يمكن توقعه في حالة عدم القدرة على الإصلاح بينهما لتنافرهما الشديد.

2- دليل مشروعية الخلع في السنة النبوية الشريفة: لقد جاء في حديث عن ابن عباس

أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ: (فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: أترددين عليه حديثه. فقالت: نعم. قال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقها)⁵. ففيه إشارة واضحة للتراضي في نيل الحرية مقابل أن ترد المهر الذي قدمه لها⁶، وقد ورد أنها كانت تبغضه

1 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج2، ص426

2 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المرجع نفسه، ج2، ص429.

3 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص498.

4 تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، مرجع سابق، ص26.

5 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج7، حديث رقم 5273، ص47.

6 أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية-فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، مرجع سابق، ص81.

أشد البغض وكان يحبها أشد الحب¹، لكن الرسول ﷺ فرق بينهما بطريق الخلع، وكان أول خلع في الإسلام².

والمقصود بالكفر هو كفر العشيرة، لأنها تخاف إن بقيت تحت عصمته ألا يقيم حدود الله في صحبتها، لأنها لا تقدر أن تؤدي واجباتها نحو زوجها، وهذا لا يجوز في الإسلام، فخوفها من ذلك طلبت الفرقة³

و بالتالي يشترط أن يكون الخلع لسبب يقتضيه لأنه يكره لها ذلك⁴، لقوله ﷺ: (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)⁵. فحذر المرأة من الافتداء من غير حاجة، لبغض الطلاق لقوله ﷺ: (ابغض الحلال عند الله الطلاق)⁶. كما أن القرآن يرشد الأزواج إلى مواضع جهلهم بالعاقبة في قوله ﷻ: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة النساء 19].

ثالثاً: حكم الخلع والحكمة منه : الفرقة بين الزوجين تكون بطرق كثيرة: فتارة بالطلاق، وتارة بالتطليق، وتارة بالخلع، فما هو حكم هذا الأخير والحكمة من تشريعه؟ وسأجيب على هذا السؤال كالآتي:

1/ حكم الخلع: الخلع كالطلاق الأصل فيه الحظر، وقد تعتريه الأحكام التكليفية الأخرى :

1 محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة- الزواج والفرقة- مرجع سابق، ص 477.
2 محمود بن أحمد العيني، البناء في شرح الهداية، مرجع سابق، ج5، ص292.
3 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 56.
4 أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام- الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص 134.
5 سبق تخريجه .
6 سبق تخريجه. **ينظر:** أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مرجع سابق، حديث رقم 1080، ص327.

1-أ/ فقد يكون الخلع **واجباً**: إذا علمت الزوجة بمانع شرعي يمنع استمرار المعاشرة الزوجية، والزوج يرفض الطلاق، مع عدم استطاعت المرأة إثباته من أجل مخاصمته أمام القضاء، ومثال ذلك: استفتاء الزوج عدد الطلقات مع إصراره على معاشرتها إضافة إلى إنكاره مع صعوبة إثبات ذلك، فما عليها سوى أن تتخلص منه عن طريق الخلع.

1-ب/ وقد يكون الخلع **مندوباً أي مستحباً**: إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه وغلب على ظنها أنها لا تؤدي حق الله في طاعته، ولن تكون أمينة على بيته.

1-ج/ وقد يكون الخلع **مباحاً**: إذا كانت الحالة بين الزوجين مستقيمة¹، وتراضيا على الخلع لأسباب نفسية².

1-د/ كما يمكن أن يكون **مكروهاً**: إذا لم يكن للمرأة عذرا أو لم يكن هناك سببا يقتضيه، ومع ذلك تطلب من زوجها الخلع. وقد جاء في كتاب ' المبدع شرح المقنع' لابن مفلح الحنبلي: (وإن خالعتة لغير ذلك: أي لغير سبب مع استقامة الحال كره..)³.

1-هـ/ أو يكون **محرمًا**: إذا لم يكن لغير حاجة لأنه إضرار بالأسرة لها من غير داع⁴، أو إذا ما ضيق الزوج على زوجته، ومنعها حقوقها أو بعضها بقصد أن تخالعه⁵. ودليل ذلك ما جاء في كتاب ' المبدع شرح المقنع ابن المفلح الحنبلي: (إن عضلها لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل..)⁶.

1 يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج10، ص8.

2 أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 178.

3 برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج6، ط1، 1997م/1418هـ، ص268.

4 سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، 2002م/1423هـ، ص581.

5 أحمد بخيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما جرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي - دراسة مقارنة -، مرجع سابق، ص 357.

6 برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج6، ص269.

12 الحكمة من تشريع الخلع: الحياة الزوجية أساسها الرحمة والطمأنينة والسكن، وقيام كل من الزوجين بواجباته تجاه الآخر، ولكن قد يحدث كره أحدهما للآخر، فأوصى الإسلام بالصبر ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى الكراهية لقوله ﷺ: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة النساء 19].

لكن قد يشتد الشقاق وتصبح الحياة غير محتملة، وحينئذ رخص الإسلام الحل¹ المتمثل في الخلع، وجعله سبيلا لخلص المرأة إذا كرحت زوجها²، أو وقع ضررا عليها، أو تعرضت لمشاق في عشرتها الزوجية³ وذلك بطلب فك الرابطة الزوجية بإرادتها، من أجل تخلصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها وعقد جديد⁴. مع تحذيرها من المخالعة دون حاجة، أو سبب⁵ لقوله ﷺ: (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)⁶، شريطة تقديم عوض مالي يجب عليها دفعه، ويحل للزوج أخذه، لفوات الغرض المقصود من الزواج⁷، لأن في الخلع موازنة بين حقوق الرجل والمرأة بما يبرر علو الشريعة الإسلامية وعدالة أحكامها وقواعدها⁸.

1 منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية- أحكامه وأثاره- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط1، 2008م/1423هـ، ص56.
2 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 145.
3 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 316.
4 بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن إسبا سيرال البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج4، ص 424.
5 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص145.
6 سبق تخريجه .
7 القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 316.
8 محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة-الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص 115.

الفرع الثاني: أركان الخلع

الإسلام يوصي بالصبر و الاحتمال، وينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية، إلا أن البغض بين الزوجين قد يتضاعف ويشتد الشقاق، و يصعب العلاج، وينفذ الصبر وتصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح حينئذ يرخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه يتمثل في الخلع لكن هذا الأخير يشترط توافر أركانه لكي يتم إيقاعه . وهذه الأركان هي الزوج والزوجة بمعنى توافر قيام العلاقة الزوجية بينهما، ثم بدل الخلع وأخيرا صيغته وسأدرس كل ركن على حده وذلك في الفقه والقانون، وبما أن الخلع كباقي العقود فهو يحتاج إلى إيجاب وقبول كونه تصرف خطير في نفسه ولآثاره ونتائجه، ولهذا فهو لا يقع على كل زوج، ولا في كل الأحوال، بل لا بد لصحة إيقاعه وجوازه شرعا أن يكون هناك :

أولاً: قيام الرابطة الزوجية : يشترط في الخلع قيام العلاقة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها، أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توافر عقد زواج صحيح، قائم بكل أركانه وشروطه (المادة 9 – المادة 9 مكرر) وكذلك المواد من 18 وما يليها. ومتى توافرت الرابطة الزوجية الصحيحة. فالسؤال المطروح يتمثل في: من يصح خلعه؟ بمعنى هل يشترط توافر شروط في الزوج والزوجة من أجل قبول طلب الزوجة في الخلع؟ والإجابة على ذلك ستكون كما يلي :

1- الشروط الواجب توافرها في الزوجين من أجل قبول الخلع هي: سأحدد

الشروط الواجب توافرها فيهما فقها ثم قانونا كما يلي :

1-أ / الشروط الواجب توافرها في الزوج والزوجة من أجل قبول الخلع عند

الفقهاء: هناك قاعدة فقهية اتفق عليها الفقهاء تتمثل في: من جاز طلاقه جاز خلعه، لأن الطلاق يوقعه الزوج بدون عوض، كان خلعه بعوض أولى بالجواز.

1-أ-1 / فيشترط في الزوج: أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغا عاقلا

مختارا¹، فلو خالع الصغير زوجته فلا يصح، لان طلاقه غير واقع فكذا خلعه، ومثله

1 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص197.

الكبير غير العاقل كالمجنون والمعتوه، فلا يصح خلع كل منهما، لكن يصح الخلع من المحجور عليه. وسأورد بعض أقوال الفقهاء في من يجوز خلعه :

أ- الحنفية : (وشروطه - الخلع - كالطلاق : وهو أهلية الزوج وكون المرأة محلا للطلاق)¹ . لما جاء في ' المبسوط ' : (وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا). كما يجيزون (خلع المريض مرض الموت بالمسمى قل أو كثر إذا كانت المختلعة صحيحة والزوج مريض ولا يورثونها منه لأن الفرقة وقعت بقبولها ورضاها)².

ب- الشافعية : وشروط الخلع: زوج يصح طلاقه بأن يكون بالغاً عاقلاً³ مختاراً، فلا يصح من صبي ومجنون ومكره، ويصح من المحجور عليه. فقد جاء في كتاب ' العزيز ' : (قال الغزالي: القابل وشرطه أن يكون أهلاً لالتزام المال)⁴.

ولقد جاء في ' المذهب '⁵ : (ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وبغير عوض. لما روي عن عمر رضي الله عنه قال: إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولأنه طريق الشهوة فلم يدخل في الولاية). لكن الامامان احمد ومالك يخالفان المذهب كل حسب رأيه. فالأول : يجيز الطلاق بعوض وبغير عوض. أما الثاني : فيجيز الطلاق بعوض فقط.

أما بخصوص الخلع في مرض الموت فيصح من الزوجين⁶.

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص 88.

2 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص 178-193.

3 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، لبنان، بيروت، عالم الكتب، ط1، 1983م/141403هـ، ص 171.

4 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرفاعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، مرجع سابق، ج8، ص412.

5 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي بذيل صحائفه، مرجع سابق، ج2، ص489-490.

6 يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج10، ص 10-43.

ج- المالكية : لقد جاء في 'حاشية الدسوقي': (موجبہ : أي موقع طلاق الخلع، زوج مكلف ولو كان سفيها، لأن له أن يطلق يغير عوض فيه أولى، ولا يبرء المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه)¹. بمعنى أن للسفيه أو ولي الصغير أن يطلق عليه بعوض² مع اشتراط قبض البذل من الولي . ويقصد بالمكلف: خروج كل من الصبي والمجنون³ .

أما بخصوص خلع المريض مرض الموت فيصح لما جاء في 'الدسوقي' : (ونفذ خلع الزوج المريض مرضا مخوفا ومن في حكمه)⁴ . فينفذ خلع المريض وترثه دونها ككل مطلقة بمرض موت ولو اختلعت فيه⁵ .

د- الحنابلة: لقد جاء في ' كشاف القناع للبهوتي ' : يصح الخلع من كل مميزا رشيدا أو سفيها، حرا أو عبدا، لأن كل واحد منهم يصح طلاقه فصح خلعه، ولأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض فبالعوض أولى⁶، وإن كان محجورا عليه دفع المال إلى وليه⁷ . وليس للأب خلع زوجة ابنه الصغير والمجنون ولا طلاقها لقوله الطلاق: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)⁸. إلا أنه بالرجوع إلى ما جاء في كتاب ' المغني '⁹ بخصوص الولاية

1 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 352.

2 بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مصر، القاهرة، مركز نجيبويه، ج1، ط1، 2008، م/1429هـ، ص 387.

3 خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، تحقيق: محمد عثمان، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ط1، 2011، ص 7.

4 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص352-353.

5 أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، نيجيريا، كانو، مكتبة أيوب، 2000م/1420هـ، ص 69.

6 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج12، ص 136.

7 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة و شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة وعلاء الدين أبي الحسن على سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، مرجع سابق، ج22، ص15.

8 محمد بن يزيد ابن ماجة الربيعي مولا هم القزويني، السنن، مرجع سابق، حديث حسن رقم 2072، ص 367.

9 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص312.

على الصغير في الطلاق : (وقد توقف أحمد في الطلاق الأب زوجة ابن الصغير وخله إياه، وسأله أبو الصغير عن ذلك. فقال: قد اختلف فيه، وكأنه رآه:

فأحدهما: يملك ذلك لأنه يصح أن يزوجه، فيصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهما¹.
و ثانيهما: لا يملك ذلك، وهو قول أبي حنيفة والشافعي).

كما انه يصح خلع الأجنبي إذا كان قصده مصلحة الزوجين أو أحدهما².

خلاصة: يستخلص مما سبق ما يلي :

- يصح طلاق السفية عند المالكية والحنابلة .

- ولا يصح خلع الصغير والمجنون، لأنه لا يصح طلاقهما، والاختلاف عند الفقهاء يكمن في جواز أو عدم جواز المخالعة من قبل الولي فالحنفية والشافعية لا يجيزونه، لكن المالكية يجيزونه كونهم يرون أن الولي معروف بشفقته على الصغير ورعايته، فكما منح له الحق في الولاية على النكاح يمنح له الحق في الولاية على الفراق، وهو الراجح لتوافر المصلحة.

1-أ-2/ ويشترط في الزوجة : كما سبق وقلت في شروط الزوج أن: كل من صح طلاقه صح خلعه، يقال في المرأة شرط أن يكون عقد الزوجية قائما حقيقة أو حكما. بمعنى أن تكون محلا صالحا لإيقاع الطلاق كونه لا يصح من مطلقة طلاق بائن³.

كما يشترط أن تكون بالغة راشدة لها أهلية التبرع، لم يحجر عليها، فلو كانت كبيرة عاقلة ولكنها غير رشيدة بأن كان محجورا عليها لسفه و اختلعت من زوجها على مال، وقع الطلاق البائن، ولا يلزم المال، أما وقوع الطلاق فلتعليقه على القبول، وقد وجد أما عدم

1 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج8، ص138.
2 بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن إسبائيرال البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج4، ص434.
3 أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية-فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، مرجع سابق، ص 82.

لزوم المال فلأن المحجور عليها لا تملك حق التبرع بشيء من أموالها فألغى لزوم المال هذا بالنسبة للخلع¹.

ويشترط أيضا أن يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها².

وسأورد بعض أقوال الفقهاء في من يجوز خلعها كالاتي:

أ- الحنفية: إذا تولت الخلع بنفسها- زوجة عديمة الأهلية- فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر، أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعها في نظير مال التزم به وقع الطلاق، أما إذا لم يلتزم بدفع البدل وقع الطلاق في الخلع بانئا، ولا يلزم المال الأب لأنه لم يلزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبرع منه³. وكذلك الشأن في حالة الإكراه لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح بالاتفاق أما الطلاق فيقع⁴.

أما بخصوص المريضة مرض الموت فقد جاء في كتاب 'بدائع الصنائع': (ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث لأنها متبرعة في قبول البدل. وإن كان الحكم إلى الأجنبي فإن حكم بقدر المهر جاز)⁵.

ب- الشافعية: لقد جاء في كتاب ' الأم ': (إذا كانت المرأة صبية لم تبلغ، أو بالغا ليست برشيده، أو محجورا عليها، أو مغلوبة على عقلها، فاختلعت من زوجها بشيء قل أو كثر، فكل ما أخذ منها مردود عليها، وما طلقها على ما أخذ منها)⁶. فيصح بذل العوض

1 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 154.
2 محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك- و التنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة-، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، ص 386.
3 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص 561.
4 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، المرجع نفسه، ص 562.
5 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 4، ص 323.
6 محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 181.

في الخلع- أي يصح الخلع- من كل زوجة جائزة التصرف في المال، فإن كانت سفينة لم يجز خلعها¹.

ج- المالكية: لا يصح للصغيرة ولا للسفينة ولا للرقيقة، أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي، إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع².

و جاء في 'جواهر الإكليل': (جاز الخلع وهو طلاق بعوض وبلا حاكم، وبعوض من غيرها إن تأهل، لا من صغير وسفيه وذو رق ورد المال وبانت، وجاز من الأب عن المجبرة بخلاف الوصي، وفي خلع الأب عن السفينة خلاف، وبالغرر كجنين)³.

ويقصد بقوله: (تأهل): أي لا يجوز خلع السفينة⁴، كما لا يصح ولا يجوز العوض من زوجة صغيرة وزوجة سفينة... أو ذات أو وصي أو مقدم قاض يغير إذنه، فإن أذن لها وليها صح وجاز. أما بخصوص الخلع في مرض الموت فقد جاء في 'مختصر العلامة خليل'⁵ : (ولم يجز خلع المريضة وهل يرد).

وجاء في كتاب 'أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك'⁶ : (ولا يجوز خلع المريضة إن زاد على إرثه منها ورد الزائد واعتبر يوم موتها لا توارث).

كما جاء في كتاب 'القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك': (ويجوز خلع المريضة مرض الموت إذا كان قدر ميراثه منها، وقيل لا يجوز مطلقاً⁷، وقيل يجوز مطلقاً)⁸.

1 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص 171.
2 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج 4، ص 355.
3 صالح عبد السميع الأبوي الأزهرى، جواهر الإكليل، مرجع سابق، ص 330.
4 محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك، مرجع سابق، ص 386.
5 خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، تصحيح: أحمد نصر، دار الفكر، طبعة أخيرة، 1981م/1401هـ، ص 135.
6 أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص 69.
7 بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج 1، ص 388.
8 محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك، مرجع سابق، ص 376.

د- الحنابلة: لا يصح الخلع من الصغيرة ولا السفية بحال¹. فقد جاء في ' كشف القناع للبهوتي'²: (يصح الخلع مع الزوجة البالغة الرشيدة، وليس للأب خلع ابنته الصغيرة أو المجنونة، أو السفية، لأنه يملك التصرف بما لها فيه الحظ، وليس في هذا حظ، بل فيه إسقاط حقها الواجب لها. كما يصح الخلع مع الأجنبي الجائز التصرف، بأن يسأل الزوج بخلع زوجته بعوض بذله له).

خلاصة ما سبق ذكره :

لقد جاء فقهاء الحنفية على: عدم جواز خلع الزوج الصبي والمجنون. مع إجازات خلع المريض مرض الموت سواء كانت زوجة أو زوج . كما أجازوا تولي الولي الخلع عن فاقدة الأهلية إذا التزم ببذل العوض.

أما الشافعية: فقد سايروا المذهب الحنفي في عدم جواز الخلع في حالة الصبي(ة) والمجنون (ة)، وكذلك في حالة مرض الموت. أما في حالة الزوج المحجور عليه فأجازوه إذا كان زوج أما إذا كانت زوجة فلا يصح خلعه. و بخصوص خلع الولي فلا يصح ذلك. وبالنسبة لفقهاء المالكية فقد أجازوا خلع الولي سواء كان بعوض أو بدونه، كما أجازوا خلع المريض دون خلع المريضة إذا زاد على ميراثها منه. وأجازوا كذلك خلع السفية . أما بخصوص خلع غير الرشيدة لا يقبل إلا بإذن وليها.

أما فقهاء الحنابلة: فأجازوا الخلع من الأجنبي والمميز والرشيد والسفيه والمحجور عليه مع دفع المال للولي. أما بخصوص خلع الولي فهناك روايتين أحدهما تجيزه إذا كان ولي للزوج، أما إذا كان ولي على الزوجة فلا يجوز خلعه لأنه لا تصرف ليس فيه حظ .

وحسب ما جاء به الفقهاء الأربعة فالراجح حسب تقديري أنه يجوز خلع الولي لما له من تقدير لمصلحة الصغير وهو ما جاء به المالكية، كما أن خلع الأجنبي لا يجوز قبوله حسب رأي كون الآية الكريمة: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [سورة

1 مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومعه النكت والفواكه السنية- لشمس الدين ابن مفلح المقدسي-، مطبعة السنة المحمدية، ج2، 1950م/1369هـ، ص 45.
2 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج12، ص 135-136-138.

البقرة 229]، جاءت بحكم خاص بالزوجين فقط دون فسح المجال للأجنبي، كون الزوجين هما أصحاب المصلحة فلا داعي لتدخل الغير وفرض سلطته على علاقتهما فهما الأدرى بما ينفعهما ويضرهما .

1-ب/ الشروط الواجب توافرها في الزوج والزوجة من أجل قبول الخلع

في قانون الأسرة الجزائري: لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة ذكر الشروط الواجب توافرها في كل من الزوج والزوجة الراغبين في الخلع، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من الأمر 02/05 يمكن أن أستخلص من بعض أحكامها ما يلي:

بما أن الخلع هو تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي تتوفر فيه الإرادة الحرة، بمعنى أنه يشترط توافر الأهلية الكاملة¹. وذلك لما جاء في المادة 07 من الأمر 02/05: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"².

بمعنى أنه إذا كان الزوج أو الزوجة راغبين في الخلع فهما حتما إما لهما أهلية 19 سنة كاملة، أو مرشدين لهما أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات (المادة 07 السالفة الذكر). خاليان من أي عيب من عيوب من عيوب الإرادة (المادة 81 من قانون الأسرة)³، وإلا عدت تصرفات إحداهما أو كلاهما باطلة طبقا لما جاء في المواد من (82 إلى 85 من الأمر 02/05).

1 المادة 40 من القانون المدني : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية...".

2 هو ما جاء موافقا للمادة 15 الفقرة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)، رقم 34/180، ديسمبر 1979، التي تنص على أنه: " تمنح الدول... المرأة... أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل... "، ص 15 – إتفاقية فيها مجموعة من التحفظات -.

3 المادة 81 من الأمر 02/05: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

وبما أن الخلع تصرف قانوني له أثر مالي يتمثل في إعطاء أو قبول بدل الخلع، فهو بحاجة إلى أهلية التصرف والتبرع، وبفقدانها أو نقصانها يناب عنهما (المادة 81، والمادة 210 من الأمر 02/05)¹. لأن العوض المالي في الخلع من قبل التبرعات.

و بهذا يمكن أن استخلص أن المشرع في هذه المواد المتفرقة السالفة الذكر والتي حاولت جمعها يمكن تقديرها على المال كونه في حالة الحجر ينوب الولي أو الوصي أو مقدم من أجل التصرف فيه في حدود النفع فقط. لكن لا نفهم منها ما هي شروط الزوج أو الزوجة المحجور عليهما في حالة الخلع. هل يمكن أن ينوب عنهما الولي أم لا؟.

وتمكن الإجابة حسب رأيي أنه يمكن قبول خلع الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج إذا وجدت فيه مصلحة مراعاة لنص المادة (07من الأمر 02/05) والمذهب المالكي، لأن من لا يمكنه الزواج إلا بإذن لا يمكنه الطلاق إلا بإذن قبل بلوغ سن الرشد. وفقا للقاعدة الفقهية " كل من صح طلاقه صح خلعه " بمعنى يمكن للولي الإنابة من أجل الخلع متى توافرت المصلحة أو دعت إليه الضرورة.

أما بخصوص الخلع في مرض الموت فلا أجد أي نص. مما يتعين اللجوء إلى المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ". وبالتالي يفهم أن بالنسبة لعرض الزوجة المريضة مرض الموت- مجال دراستي- للمخالعة فهو مقبول لأنها أهل للتصرفات المالية كون المرض لا يوجب الحجر إلا إذا كان له تأثير على العقل. وفي حالة وفاتها يكون البديل لازما في حدود الثلث لأن البديل في الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، تطبق عليه أحكام المادة 204 من الأمر 02/05 في هذه الحالة².

1 المادة 210 فقرة 02 من الأمر 02/05 : " إذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

2 المادة 204 من قانون الأسرة: " الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

ثانياً: العوض في الخلع: لقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز للزوج أن يأخذ عوضاً من زوجته أثناء مخالعتها، إذا خيف عدم إقامة الحدود الزوجية فيما بينهما.

ويقصد بالعوض: ما تلتزم الزوجة ببذله إلى الزوج لتفتدي به نفسها و ينعقد عليه الخلع. ويمكن سبب وجود البذل في أن المخالعة لا تكون أصلاً إلا في حالة تعثر الحياة الزوجية، مع عدم إمكانية استمرارها، أو اتفاق الزوجين على إنهاؤها دون أن يعلننا السبب¹. فما مدى مشروعية العوض في الخلع؟ وعلى أي أساس يتم تحديد مقداره؟ وما هي أنواعه وشروطه؟ وللإجابة على التساؤلات السابقة يتعين التطرق إليها كما يلي:

1/ مشروعية العوض في الخلع وكيفية تحديد مقداره: سأحدد مشروعية العوض في الخلع، ثم مقداره:

1-أ / مشروعية العوض في الخلع: مشروعية العوض ثابتة بالقرآن و السنة وذلك كالاتي:

1- أ-1 / دليل المشروعية في القرآن الكريم: قال ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَا فِعَلْتُ بِمَاءٍ﴾ [سورة البقرة 229]. بمعنى لا حرج بما دفعته الزوجة للزوج مقابل أخذ حريتها²، كما يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته ما تعطيه له من غير أن تحصل في مقابله على شيء مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [سورة النساء 04]. فإذا بذلت في مقابل الخلع الذي تصير بسببه مالكة لنفسها كان

1 محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، مرجع سابق، ص 313.
2 أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج 2، 1992م/1412هـ، ص 91.

أولى¹، إلا أنه لا يحل له أخذه في حالة عضله² لقوله ﷻ: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ [سورة النساء19]. وكذلك في حالة كراهيته لها³ أي يكون نشوز من قبله لقوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مِيبِنًا ﴾ [سورة النساء20].

1-أ-2/ دلائل المشروعية في السنة النبوية: ما جاء في الحديث (أتردين عليه حديثه؟)⁴. أي إذا أردت الخلاص من الزوج فما عليك سوى تقديم ما قدم لك، لأنه لا يصح الخلاص إلا بهذا. كون حاجتها داعية إلى الفرقة ولا تصل إليها إلا ببذل ذلك العوض.

1-ب/ أساس تقدير العوض في الخلع: لقد سبق وذكرت جوازية بذل العوض وأخذه. فما هي الأسس التي يعتمد عليها لتحديد فقها، ثم قانونا؟ وللإجابة على ذلك يتعين التطرق إلى آراء الفقهاء ثم موقف المشرع كالاتي:

1-ب-1/ آراء الفقهاء في كيفية تحديد مقدار العوض في الخلع : لقد اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد مقدار العوض الذي تقدمه الزوجة للزوج من أجل افتداء نفسها منه كما يلي:

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص84.
2 عضل: عضل عليه عضلا: ضيق عليه وحبسه ومنعه. ينظر: جماعة مختصين، معجم النفائس الكبير، مرجع سابق، المجلد2، ص1278.
3 أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص92.
4 سبق تخريجه.

أ- الرأي الأول: فبعض الفقهاء ذهبوا إلى أن مقدار العوض يتحدد بما يتفق عليه الزوجان¹ : وذلك لقوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [سورة البقرة 229]. فهذا عموم يشمل ما افتدت به سواء كان قليلا أو كثيرا². وسواء كان مقداره بقدر ما أعطاه الزوج أو أكثر منه أو أقل³. بمعنى لهما الحرية⁴ في تحديد مقدار العوض حتى لو أخذ كل ما تملك⁵. لأن الأصل أنه يستحب للزوج ألا يأخذ منها أكثر مما أعطاه، لكن لو أخذ زيادة مما أعطاه فقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه يجوز أخذ الزيادة، ويصح الخلع عموما لأن بدل الخلع ما هو إلا عوض يشبه سائر الأعواض في المعاملات وهذا يرجع إلى الرضا بين الزوجين وغايته أنه ليس من مكارم الأخلاق⁶.

فقد جاء في 'المهذب': (ويجوز الخلع بالقليل والكثير، والدين والعين، والمال والمنفعة لأنه عقد على منفعة لبضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح)⁷. أي يصح أن يكون العوض قليلا وكثيرا دينا وعينا ومنفعة.

وقد روي عن عثمان أنه جاءته امرأة: "فقلت لزوجي لك كل شئى وفارقني. قد فعلت، فاخذ و الله كل فرشي. فقال عثمان: الشرط أملك، خذ كل شئى حتى عقاص¹

1 بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن إسبائيرال البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج4، ص 424.
2 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص 67.
3 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج8، ص190.
4 محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص 384.
5 عبد الرحمان بن ناصر السعدي، إبهام المؤمنين بشرح منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، تحقيق: أبو يونسعلي بن حسن أبو لوز، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار الوطن للنشر، ج2، ط1، 2001م/1422هـ، ص 79.
6 رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة - الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء-، مرجع سابق،(بتصرف)، ص538.
7 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج2، ص493. وأنظر: شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 351.

رأسها" فقال الإمام مالك : (لم أر أحدا ممن يقتدي به- بعثمان- يمنع ذلك لكنه ليس من مكارم الأخلاق)².

وحجتهم في ذلك أن : النكاح لما جاز على أكثر من مهر المثل ، كذلك يجوز أن تخالع المرأة بأكثر من مهرها لتحصل على حريتها.

ب- **الرأي الثاني:** وبعض الفقهاء قالوا بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاهما : فيجوز للزوج أخذ كل الصداق أو بعضه دون زيادة لما جاء في كتاب ' المحلى ' : (يكره للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاهما)³.

ودليل هذا القول ما جاء في الحديث عن عائشة: (أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس، فضربها فكسر بعضها، فأنت رسول الله ﷺ بعد الصبح فاشتكته إليه، فدعا النبي ﷺ ثابتا فقال : "خذ بعض مالها وفارقها"، فقال : ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال : " نعم" قال: فإني أصدقها حديقتين وهما بيديها فقال النبي ﷺ : " خذهما وفارقها" ففعل)⁴.

ج- **الرأي الثالث:** قالوا أصحاب هذا الرأي بأن مقدار العوض لا يستحب أن يكون أكثر مما أعطاهما⁵ : استنادا لما جاء في الحديث : (عن امرأة أتت النبي ﷺ تشكو زوجها ، فقال أتردين عليه حديقته؟ قالت : نعم وزيادة، قال : " أما الزيادة فلا")⁶.

1 عقاص: خيط تشد به الأطراف، أو هي شعر في مقدم الرأس. **ينظر:** مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 557.

2 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج 5، ص 86.

3 علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 10، ص 240.

4 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 2228، ص 488-489.

5 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج 10، ص 269.

6 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج 7، حديث رقم 14844، ص 513.

فالعوض بدل في مقابلة الفسخ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالإقالة، فإن فعل كره، وصح في قول أكثر العلماء¹، لأنه قد استمتع بها وقد وطئها واستحل فرجها ما يستحل الزوج من امرأته، بمعنى يحل له قدر ما آتاها أي ليس له أن يأخذ أكثر من مهره لها².

د- الرأي الرابع: القائل بإمكانية الخلع دون عوض أصلاً:

ففقهاء الحنفية قالوا: بأن الخلع لا يخلو أن يكون إما ببذل أو بغير بدل كأن. فإن كان لغير بدل كأن يقول (خالعتك) ونوى الطلاق فحكمه أن يقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر³، ولكن لا يسمى خلعاً شرعاً بل طلاقاً بائن غير مسقط للحقوق المتعلقة بالزوجة⁴.

ولقد قال فقهاء الشافعية: لا يصح الخلع بدون عوض⁵ لما جاء في كتاب 'الوجيز في فقه الإمام الشافعي': (فإن كان مجهولاً- العوض - فسد الخلع ونفذت البيونة بمهر المثل)⁶.

أما فقهاء المالكية قالوا بأنه: لا يشترط عندهم ذكر العوض لصحة الخلع، فالخلع يصح بعوض وبغير عوض، والواقع به في الحالتين لما جاء في 'حاشية

1 برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج6، ص 277.

2 عبد الرحمان بن ناصر السعدي، إبهام المؤمنين بشرح منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، مرجع سابق، ج2، ص 280.

3 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص 325.

4 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص 90.

5 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص 171.

6 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص 50.

الدسوقي ' : (إذا نص على الخلع من غير أن يذكر عوضاً فلزمه الطلاق البائن ومثل لفظ الخلع لزم البيونة به ولو بلا عوض)¹.

كما جاء في كتاب ' التفریع ' : (ولو وقصد الخلع على غير العوض كان خلعا)².

وبالرجوع إلى المذهب الحنبلي فإن هناك روايتان عن الإمام أحمد بن حنبل: أحدهما (يصح الخلع لغير عوض لأنه قطع للنكاح). والثانية (لا يكون الخلع بلا عوض)³. لكن الذي استقر عليه فقهاء الحنابلة المتأخرون هو: عدم صحة الخلع بغير عوض لأن العوض ركن في الخلع⁴.

يتوصل مما سبق ذكره إلى أن

العوض في الخلع يقدر حسب اتفاق الزوجين شريطة أن لا يتجاوز المهر المقدم من قبل الزوج وهذا بالتوفيق بين الرأي الأول والثالث. أما في حالة ذكر أو عدم ذكر العوض فحسب رأيي الخاص أن الراجح هو المذهب الشافعي لأنه الأقرب إلى مقصد الشارع من تشريع الخلع. فالخلع الأصل فيه أن المرأة تدفع مبلغاً مالياً مقابل طلاقها فإن فقد البديل أصبح الخلع كناية من كنايات الطلاق⁵.

فالحكمة من وجود البديل تكمن في أن المتفق عليه أن الزوج يمتلك البديل الذي رضيت الزوجة بدفعه، إذا كان التقصير والاعتداء الحامل لها على طلب الخلع من جهتها، سواء كان هذا البديل مماثلاً للمهر أو دونه أو أكثر منه، وسبب ذلك أن الزوجة قد رضيت بدفع العوض المقرر في مقابل موافقة الزوج على إسقاط حقه في الإبقاء عليها.

1 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 351.

2 عبید الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفریع، مرجع سابق، ج2، ص 83.

3 مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومعه النكت والفواكه السنينة- لشمس الدين ابن مفلح المقدسي-، مرجع سابق، ج2، ص 45.

4 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج12، ص 147.

5 مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 273.

1-ب-2/ موقف المشرع في كيفية تحديد مقدار البديل في الخلع: لقد نص

في المادة 54 من الأمر 02/05 على أنه: "يجوز 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". أي أنه في حالة الاتفاق يمكن أن يكون أقل أو مساوي أو أكثر من الصداق. بمعنى أن المشرع لم يحدد مقدار البديل إلا في حالة عدم الاتفاق يحدده القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم بغية منع الابتزاز والتعسف من قبل الزوج .

وتكمن الحكمة في تحديد قيمة البديل في حالة عدم الاتفاق بوقت الحكم في أنه إذا حكم للزوج بصداقها الذي قدمه إياها وقت العقد عليها، فإنه قد لا يكون نصف الصداق المتعامل به وقت الحكم. فلا يمكن للزوج المخلوع أن يكفل مقدار مهر الزوجة المستقبلية بدل التي خلعتة.

وقد جاء في القرار رقم 83603 بتاريخ 1992/07/21 ما يثبت إمكانية تحديد البديل من قبل الزوجان أو القاضي كما يلي: (من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه. فإن لم يتفقا يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه. كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره. وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً...)¹. وكذلك القرار رقم 365244 بتاريخ

1 ملف رقم 83603 بتاريخ 1992/07/21، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 134.

2006/10/11: (لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا)¹.

وبالرجوع إلى حالة الخلع دون ذكر العوض التي تطرق لها الفقهاء. أجد أن المشرع نص في نفس المادة 54 -السالفة الذكر- أنه يوجب ذكر البديل. بمعنى لا يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها دون تقديم العوض آخذاً في ذلك بمذهب الإمام الشافعي. وفي حالة عدم الاتفاق يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في حدود مهر مثيلاتها وقت صدور الحكم.

فقد جاء في الملف رقم 275497 بتاريخ 2001/10/17 ما يثبت ذلك كما يلي: (إن تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع يحدده القاضي وجوباً في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه)².

2- شروط العوض في الخلع: هناك شروط لا بد من توافرها لقبول البديل في الخلع. فما هي هذه الشروط عند الفقهاء؟ وعند المشرع الجزائري؟ وسأجيب على ذلك كما يلي:

2-أ/ الشروط الواجب توافرها في بدل الخلع فقها: القاعدة العامة: هي أن ما يصلح أن يكون مهراً يصلح أن عوضاً في الخلع.

و بناء على هذه القاعدة فإن: العوض المسمى للزوج في عقد الخلع يحق له متى توافرت شروطه وهي:

الشرط1: أن يكون موجوداً وقت الخلع أو قابل للوجود.

الشرط2: أن يكون معلوماً أو مجهولاً جهالة قليلة غير متفاحشة .

1 ملف رقم 365244 بتاريخ 2006/10/11، المجلة القضائية، 2007، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 467.

2 الملف رقم 275497 بتاريخ 2001/10/17، المجلة القضائية، 2004، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص353.نقلا عن: باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص51.

الشرط 3: أن يكون طاهرا يصح الانتفاع به، فلا يصح بالخمير أو بالخنزير و الميتة، لأن هذه الأشياء لا قيمة لها في نظر الشريعة الإسلامية.

الشرط 4: أن يكون مالا متقوما سواء كان نقدا أو عرض تجارة، أو مهرا، أو نفقة، أو أجره رضاعة...

ويقصد بالمال المتقوم : كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على الوجه المعتاد سواء كان قيمي (ما كان له قيمة يضمها متلفة عند الاعتداء عليه) أو مثلي (الأشياء التي تقوم مقام بعضها)¹، في حالة إحرازه أو جواز الانتفاع به شرعا في حالة السعة.

ومن المعلوم أن المنافع تعتبر أموالا عند الجمهور، إذا كانت تقابل بالمال. كسكنى الدار...

وفما يلي سأورد بعض الشروط المحددة عند كل مذهب من المذاهب الأربعة

أ- الحنفية: قالوا بأن كل ما لا يجوز أن يكون مهرا، لحرمة، كالخمير والخنزير والميتة والدم، لا يمكن أن يكون بدلا في الخلع. لكن إذا قبل الزوج ذلك في الخلع، تقع الفرقة بينهما فرقة بائنة²، ويبطل العوض في الخلع³ فلا شئ على المرأة من الخلع، ولا يجب عليها أن ترد من مهرها شيئا⁴.

و بالتالي يفهم أن فقهاء الحنفية يجيزون كل ما يصح مهرا أن يكون عوضا في الخلع، وفي حالة ما إذا كان العوض غير جائز لحرمة وقبله الزوج يقع الطلاق لا الخلع.

1 المادة 686 قانون مدني : " الأشياء المثلية هي التي تقوم مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس، أو الكيل، أو الوزن ".
2 سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجم الحنفي،النهر الفائق شرح كنز الدقائق،تحقيق، أحمد عزو عناية،لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية،ج2،ط1، 2002م/1422هـ، ص 438.

3 محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، مرجع سابق، ج5،ص 301.

4 علاء الدين السمرقندي،تحفة الفقهاء ، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ط1، 1984م/1405هـ، ص 201.

ب- الشافعية: قال بأنه: ينظر إلى كل ما وقع عليه الخلع، فإن كان يصلح أن يكون مبيعا فالخلع به جائز، وإن كان لا يصلح أن يكون مبيعا فهو مردود¹.

كما اشترطوا في العوض أن يكون معلوما متمولا، فإن كان مجهولا فسد الخلع ونفذت البيئونة بمهر المثل. فإن اختلعت بخمر أو مغصوب، لزم مهر المثل في قول، وقيمته في قول آخر².

بمعنى أن مذهب الإمام الشافعي : أخذ بمعيار كل ما يصلح للبيع فهو صالح أن يكون بدلا في الخلع مع اشتراط أن يكون معلوما غير مجهول.

ج- المالكية: اشترط فقهاء المالكية في العوض أن يكون متمولا، ويغترف الغرر كالجنين ببطن البقرة³، ولا يجوز بحرام كالخمر وشبهه اتفاقا، وينفذ الطلاق البائن⁴.

ولقد في كتاب 'التفريع': (لا بأس بالخلع على المعلوم والمجهول، والموجود والمعدوم، وعلى الغرر كله مثل: كالبعير الشارد، والثمر التي لم يبد صلاحها، وإذا خالعتها على شئ من الغرر، كان له ذلك إن سلم، وإن لم يسلم فلا شئ له عليها)⁵.

فعند المالكية يشترط أن يكون البديل مالا حلالا سواء كان معلوما وموجودا أو العكس أو حتى غررا.

د- الحنابلة: قالوا بأن الخلع لا يفسد بالعوض الفاسد⁶. كما قالوا بأن العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع، إن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا، أو مذكورا لم يدخل

1 محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 183.

2 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 2، ص 50.

3 السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، مجلد 2، ص 255.

4 خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج 4، ص 17-18.

5 عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفريع، مرجع سابق، ج 2، ص 82.

6 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج 4، ص 411.

في ضمان الزوج إلا بقبضه، ولا يملك الزوج التصرف فيه إلا بقبضه . ويجوز الخلع عندهم على مجهول¹.

وإن خالعهما بمحرم كالخمر فكخلع بلا عوض إن كانا يعلمانه، وإن كانا يجهلانه صح الخلع وله بدله، لأن الخلع معاوضة البضع فلا يفسد بفساد العوض².

بمعنى أن الحنابلة يشترطون في العوض أن يكون مالا حلالا معيناً، فإذا كان محرماً غير معلوم يقع كالخلع بلا عوض وهم لا يقرون به، كون البديل في الخلع ركن من أركان الخلع.

2-ب/ الشروط الواجب توافرها في بدل الخلع قانوناً: إن المشرع عند نصه في المادة 54 في الأمر 02/05، لم يبين أي شرط يجب توافره سوى مصطلح (المقابل المالي). فالمشرع استعمل هذا المصطلح ليعبر به عن البديل في الخلع.

فالمال يمكن أن يكون: نقود، أو أوراق مالية متداولة، كما يمكن أن يكون عقارا أو منقولاً³، أو كل ما يمكن تقويمه نقداً أو عيناً أو منفعة.

و بالتالي فكل ما هو جائز التعامل فيه شرعاً وقانوناً⁴ جائز أن يكون بدلاً. كما أن كل ما يصلح أن يكون صداقاً يصح أن يكون بدلاً في الخلع مصداقاً لما أجمع عليه الفقهاء.

وقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على أن الصداق يكون من: "... كل ما هو مباح شرعاً". بمعنى أنه لا يجوز أن تكون المخالعة على ما هو غير متقوم شرعاً فيمكن

1 بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة في شرح العمدة في قفه السنة الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مرجع سابق، ص 398-399.

2 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج12، ص 150-151.
3 المادة 683 من القانون المدني: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول..."

4 المادة 682 من القانون المدني: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية..."

أن يكون مؤجل صداقها، أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا¹، لكن لا يمكن أن يكون تنازلا عن حضانة الأولاد كونها حق للمحضون، ليس لها الحق أن تجعل حق غيرها عوضا لخلاص نفسها.

وفي حالة ما إذا وقع الخلع من غير بدل بأن صرح الزوج بنفي المال في هذا الخلع كان طلاقا محضا فقها وقانونا²، لأنها تحيلنا إلى المادة 48 من قانون الأسرة: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"³.

وقد جاء في القرار بتاريخ 1968/05/22 أن: (من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على الخلع، وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل....)⁴.

كما جاء في الملف رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22: (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، باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع. ومن ثم يتعين على القاضي تحديد قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق...)⁵.

ثالثا: الصيغة في الخلع: تعتبر ركن من أركان الخلع. ويقصد بها: الألفاظ الصريحة والكنائية التي يقع بها الخلع. فهل يمكن إيقاع الخلع بكل لفظ يدل عليه؟ أم هناك ألفاظ مخصوصة وضعها الشارع والمشرع لهذا الغرض؟ وهل ينبني على اللفظ أحكام خاصة، أم الاعتبار للنية دون النظر للفظ؟ . سأجيب على هذا وعلى غيره مما قد

1 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 140.

2 سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 142.

3 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 212.

4 قرار بتاريخ 1968/05/22، مجلة قضائية، 1968، غرفة الأحوال الشخصية، ص 111. **نقلا عن:** بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ط 2004، ص 272-273.

5 قرار رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22، مجلة قضائية، 1989، عدد 1. **نقلا عن:** عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 276.

ينشأ في هذا البحث مستعرضة آراء فقهاء المذاهب الأربعة، ثم أرجح ما أظن أنه الأقرب للدليل، ثم أتطرق إلى رأي المشرع بهذا الخصوص.

1- ألفاظ الخلع في الفقه الإسلامي: اختلفت الألفاظ التي يقع بها الخلع عند فقهاء المذاهب الأربعة كالآتي:

1-أ / عند الحنفية: يتوسع فقهاء الحنفية في اعتبار الألفاظ التي يقع بها الخلع، فهي عندهم خمسة، كما لا يفرقون بين صريح وكناية اللفظ، فإذا ذكر البذل في المجلس وقع الطلاق بانئنا بأي لفظ كان.

لكن لهم تفريق لطيف بين ألفاظ الخلع ولفظ الطلاق، فإذا تلفظ بلفظ الطلاق، ولم يذكر بدلا وقع رجعيا. أما إذا تلفظ بالخلع وقع بانئنا على كل حال سواء ذكر البذل أو لا، لأنه يتوقف على النية أو مذاكرة الطلاق¹.

وألفاظه الخمسة هي:

أحدهما: أن تقول المرأة لزوجها طلقني على ألف درهم فطلقها.

والثاني: اخلعني على ألف درهم فخلعها.

والثالث: أن تقول بارئني على ألف درهم فقال بارئتك. والمباراة بمنزلة الخلع في جميع ذلك، لأنه مشتق من البراءة. وهو أدل على قطع الوصلة من الخلع، وإذا جعل الخلع تطليقة بانئنا، فالمباراة أولى. وللمختلعة والمباراة النفقة والسكنى مادامت في العدة².

والرابع: أن تقول بعني طلاقي على ألف درهم فباعه منها.

1 عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ط1، 1997م/1418هـ، ص 121.
2 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج6، ص 172.

والخامس: أن تقول اشتريت منك طلاقي بألف درهم. فإذا أجابها في جميع ما ذكر تطلق، ولزم المرأة الألف¹.

والأمر الجوهري في تفريقهم بين الطلاق والخلع، أن ألفاظ الخلع توقع الطلاق ناجزا في الحال، سواء ذلك البذل أو لم يذكر. وهو ما لا يتحقق في لفظ الطلاق العاري عن البذل.

فالفائدة عندهم في ألفاظ الخلع، تحصيل الطلاق بائنا. حيث يقول ' السرخسي ' في كتابه " المبسوط ": (صريح لفظ الطلاق، إذا كان بغير جعل لا يوجب بينونة، بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع. لأن الواقع به طلاق بائن ويلزمها المال² .

فكل طلاق بجعل فهو بائن، لأن الزوج ملك البذل عليها فتصير هي بمقابله أملك لنفسها، ولن غرضها من إلتزام البذل أن تتخلص من الزوج، ولا يحصل ذلك إلا بوقوع البينونة. فإن قال الزوج لم أعن بالخلع طلاقا، وقد أخذ عليه جعلاً، لم يصدق في الحكم، لأنه أخذ الجعل على سبيل التملك، ولا يملك ذلك إلا بوقوع الطلاق عليها، فكان ذلك أدل على قصده من حال مذاكرة الطلاق³.

وبما أن الخلع عند الحنفية معاوضة من جانب الزوجة ويمين من جانب الزوج، وتطبيق ذلك في مبحث الألفاظ يكون في إذا قالت الزوجة: طلقني على ألف أو نحوه، فإذا قبل الزوج وقع الخلع. أما إذا قال لها اشترى طلاقك على ألف، فإن قبلت وقع الخلع، وإلا كان رجعيًا عندهم. لأنه يمينا من جانبه، وكل هذا التفصيل لم يتوصل إلى أساس يعضده.

والأصل أن يكون متساويا في حق الزوجين، فإذا عرض أحدهما ووافق الآخر وقع الخلع. أما إذا رفضت الزوجة فيقع رجعيًا جبرا على الزوج، لا مستند له.

1 علي بن الحسين بن محمد السغدري، التنف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الأردن، عمان، دار الفرقان، ج1، ط2، 1984م/1404هـ، ص 366.

2 عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص 117.

3 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج6، ص 172.

1-ب/ عند الشافعية: ألفاظ الخلع عند فقهاء الشافعية لفظان صريحان بإجماع علماء المذاهب (فاديت- وخلعت). أما الأول:(فاديت) فلأنه ورد في القرآن الكريم. أما الثاني: (خلعت) لجريان العرف به.

وقد جاء في كتاب ' الأم' للإمام ' الشافعي': (وإذا قال لها قد خالعتك أو فاديتك أو ما أشبه هذا، لم يكن طلاقاً إلا بإرادته الطلاق لأنه ليس بصريح الطلاق)¹. واختلف في الفسخ هل هو من ألفاظ الخلع الصريحة أو كناية؟ و الأشهر عندهم أنه صريح. وقولهم ألفاظ صريحة: أي لا تحتاج إلى نية، فمتى جاء بها فقد خالعت زوجته وبانت منه.

فقد جاء في كتاب ' المهذب': (... قلنا إن الخلع فسخ ففيه وجهان: أحدهما لا يصح، لأنه لم يجب إلى ما سألت فهو كالقسم. والثاني: يصح، وهو المذهب. لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد فأجاب إلى الفرقة ينقص بها العد فحصل لها ما طلبت)².

واختلفت عباراتهم إن لم ينو به الطلاق على ثلاثة أقوال، أجملها صاحب كتاب ' التنبيه في الفقه الشافعي': (وإن لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما أنه طلاق، والثاني: أنه فسخ، والثالث: أنه ليس بشيء ولا يصح)³.

واتفقت عباراتهم إن جاء بلفظ الطلاق فهو طلاق. والخلاف يمكن إذا وقع بألفاظ الخلع دون نية إيقاعه.

أما ألفاظ الكناية مثل: بارأتك، وابنتك. فاشتروا ذكر المال لأنها من الألفاظ الإيحائية تحتاج إلى قرينة، وهو المال في هذه الحالة.

1 محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 197.
2 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج 2، ص 426.
3 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص 171.

فقد جاء في كتاب ' الوسيط في المذهب ': (لا خلاف في أنه لو قالت : أبني. فقال : أبنتك. ونويا الطلاق، ولم يذكر العوض، إن هذا لا يقضي العوض بخلاف لفظ الخلع. فإن لفظ الخلع ينبني عن العوض بخلاف لفظ البيونة)¹.

مما سبق يلاحظ اختلاف الشافعية في الألفاظ والآثار المترتبة عليها، ولعل ذلك راجع إلى اختلافهم في حقيقته. هل هو طلاق أم فسخ؟.

1-ج/ عند المالكية: ألفاظ الخلع عندهم أربعة: الخلع والفدية والصلح والمباراة. ولبعض المالكية تفصيل لطيف انفردوا به في مسألة ألفاظ الخلع، فهم وإن اشتركوا مع غيرهم في أساس اللفظ، إلا أن الأثر المالي المترتب على كل لفظ يختلف على الآخر، فقد جعلوا لكل لفظ معنى خاصا في مقدار البذل المبذول من الزوجة، فالخلع يختص بجميع ما أعطاه والصلح ببعضه، والمباراة بإسقاطها حق لها عليه كدين أو نفقة ونحو ذلك، والفدية بأكثر البذل لا كله.

فيقول ' ابن رشد ' في " بداية المجتهد " : (واسم الخلع، والصلح، والمباراة، كلها تؤول إلى معنى واحد. وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن إسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمباراة بإسقاطها عنه حقا لها عليه، على ما زعم الفقهاء)².

وجعل الإمام مالك رحمه الله، المباراة خاصة بغير المدخول بها فجاء في المدونة المنسوبة إليه : (قال مالك: المرأة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها فتقول خذ الذي لك وفارقني)³.

1 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، مرجع سابق، ج 5، ص 344.

2 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 2، ص 66.

3 مالك بن انس الأصبجي، المدونة الكبرى، مصر، دار السعادة، ج 3-4-5، ص 346.

ولعل ما ذكره ابن رشد من تقسيمه للألفاظ نوع من الاجتهاد الخاص ببعض علماء المذهب، دون تقديم أسباب مقنعة، وبهذا التفصيل، وهو نوع من التمييز بين الألفاظ لا دليل عليه. ولعل عبارة ' ابن رشد ' التي أوردها تعقيبا منه على هذا التقسيم : (على ما زعم الفقهاء)، تضعيف منه لهذا القول، لافتقاره للدليل، ويؤيد ما أورده على هذا التقسيم.

1-د/ عند الحنابلة: للخلع ألفاظ صريحة وأخرى كناية. والألفاظ الصريحة عند الحنابلة تنحصر في ثلاثة: الخلع، والفسخ، والمفاداة. والكناية: بارأتك، وأبريتك، وأبنتك.

واشترطوا أن لا ينوي الطلاق، سواء استخدموا الألفاظ الصريحة أو الكناية. إذ نية الطلاق تجعله طلاقا بائنا. وهم يقولون بالفسخ على المشهور في المذهب.

فقد جاء في كتاب ' دليل الطالب ': (وصيغته الصريحة لا تحتاج إلى نية. وهي: خلعت وفسخت وفاديت، والكناية: باريتك، وأبرأتك. فمع سؤال الخلع وبذل العوض يصح بلا نية، وإلا فلا بد منها. ويصح بكل لغة من أهلها كالطلاق)¹.

وخالف ابن تيمية ورأى أنه يقع خلعا دون التقييد بلفظ معين، إذ العبرة عنده للمعنى وليس للمبنى، حتى ولو نوى به طلاقا، وهو القول الثاني في المذهب.

فقد جاء في كتاب ' الفتاوى الكبرى ': (والمنقول على السلف قاطبة، إنما جعل الخلع فرقة بائنة، وليس طلاق، وإما جعله طلاق، وما رأيت في كلام أحدهم أنه فرق بين لفظ ولفظ، ولا أعتبر فيه عدم نية الطلاق، بل قد يقولون كما يقول أحد الفقهاء: كل ما أجازه المال فليس بطلاق، ونحو ذلك من العبارات. مما يتبين أنهم اعتبروا مقصود العقد لا لفظا معينا، والتفريق بين لفظ ولفظ مخالف للأصول والنصوص)².

1 مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، منشورات المكتب الإسلامي، ط2، 1969م/1369هـ، ص 255.

2 عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، مرجع سابق، ج32، ص301.

وأما كونه يقع طلاقاً إذا استخدم ألفاظ الطلاق أو نيته. فقد ذكر ' ابن المفلح ' في كتابه " الفروع وتصحيح الفروع بحاشية ابن المقدس " : (الخلع أو الفسخ أو الفداء أو باريتهك، وهو بصريح طلاق أو نيته طلاق بائن)¹.

والمعروف في الفقه الحنبلي أنهم اشترطوا ألفاظ خاصة إذ لا بد من تعرية الخلع عن لفظ الطلاق حتى يقع خلعاً، إلا أن ما رآه ابن تيمية أو فق وأقرب للأصول. فلم يرد في المصدرين القرآن والسنة، اشترط لهذه الألفاظ أو غيرها، وإنما جاء الاعتبار للمعنى. وهذا رأي ابن تيمية. وهو الذي يتفق مع سعة الإسلام وغاياته من الأحكام، وأما تقييده بلفظ دون دليل فذلك الذي يحتاج إلى دليل.

الخلاصة: يمكن استخلاص أن الفقه الإسلامي لم يخصص للخلع ألفاظاً معينة، فألفاظ الخلع تختلف باختلاف المذاهب الفقهية، فمنهم من توسع ومنهم من ضيق، ومنهم من لم يقيد الخلع بلفظ، وهو ما يمكن ترجيحه حسب رأيي لأن العبرة في العقد بالمعنى وليس باللفظ.

2- ألفاظ الخلع في القانون الجزائري: المشرع الجزائري لم يتعرض لركن الصيغة في الخلع، تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التي تعتبر مصدراً تفسيريّاً للنص التشريعي تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 54 من الأمر 02/05: " يجوز 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 ". لم يتطرق إلى ألفاظ الخلع كما أنه لم ينص على وجوب توافر تطابق الإرادتين بين الرجل والمرأة عن طريق الإيجاب والقبول.

1 شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي وغيره، كتاب الفروع وتصحيح الفروع ومعه حاشية ابن المقدسي، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج8، ط1، 2003م/1424هـ، ص421.

فلفظ الخلع حسب المشرع يقع بمجرد تقديم إيجاب من الزوجة أي طلبها للخلع دون إلزام الزوج بالرد عن طريق القبول. وهو ما حاول المشرع تفاديه عند إحداث التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، وذلك عندما اعتبرت الخلع مشروعاً بالشرع والقانون. وقد وضع كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق عشرة بعلمها. وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق.

فقد جاء في الملف رقم 336380 بتاريخ 2005/07/13: ¹ (إن الخلع ليس عقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي. أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعاً للحكم بالخلع).

المطلب الثاني

تكييف الخلع

لتشريع الخلع في الإسلام معان ومقاصد سامية يهدف إلى تحقيقها، كإعطاء المرأة حق دفع الضرر عن نفسها، ومنع التعسف الزوج عندما تتأكد من أن بعلمها إنما يمسك بها إضراراً وعدواناً، وليس إحساناً ومودة، فأقيم العدل بينهما بأن جعل للزوج حق الطلاق في مقابله حق الخلع للزوجة. ويكون هذا الخير إما طلاقاً أو فسخاً وهو مجال خلاف فقهي يستوجب التطرق له. كما يثور التساؤل حول هل الحكم الصادر بشأن الخلع كاشف أو منشيء؟ وهل يقبل الطعن بالطرق العادية وغير العادية أم لا؟. وللإجابة على هذه التساؤلات يتعين التطرق لها كالآتي:

1 ملف رقم 336380 بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد 61، ص 328. نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص 1378.

الفرع الأول: نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع: سأحدد فيه نوع الفرقة الواقعة

بسبب الخلع في الفقه الإسلامي، ثم عند المشرع الجزائري وذلك كالآتي:

أولاً: نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع عند الفقهاء الأربعة: لقد اختلف الفقهاء

في هذا الشأن و انقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: فرقة الخلع تعد طلاق: وهو ما جاء به جمهور الفقهاء (الحنفية

والشافعية في الجديد، و المالكية، والحنابلة في إحدى الروايتين) حيث اعتبروا الخلع طلاقاً

بائناً. وسأورد بعض أقوالهم كالآتي:

أ-الحنفية: فقد جاء في ' تحفة الفقهاء ' أن (الخلع طلاق عندنا- عند الحنفية- وقال

الشافعي هو فسخ في أحد القولين)¹.

وفي كتاب ' كنز الدقائق '²: (الخلع هو الفصل من النكاح والواقع به...طلاق بائن³،

ولزمها المال)، فالخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ

بعد تمامه⁴.

ب- الشافعية: يصح الخلع بلفظ الطلاق والخلع، فإن كان بلفظ الطلاق فهو طلاق،

وإن كان بلفظ الخلع والمفاداة والفسخ، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق، وإن لم ينو به

الطلاق ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما أنه طلاق، والثاني أنه فسخ، والثالث أنه ليس بشيء.

ولا يصح الخلع إلا بذكر العوض⁵.

ولقد جاء في كتاب ' تحرير تنقيح اللباب ': (أن هذه الفرقة – فرقة الخلع –

هي فرقة بينونة⁶، ولو بلفظ مفاداة بعوض⁷.

1 علاء الدين السمر قندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص 199.

2 سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجم الحنفي، الفائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج2، ص294.

3 عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ط1، 1998م/1419هـ، ص 102.

4 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج6، ص 172.

5 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص171.

6 زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص 130.

7 زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج2، ص 16.

ج-المالكية: جاء في كتاب ' القوانين الفقهية ' : (تقع بذلك- الخلع – طلاقه بئنة)¹.

وقد فرقة المالكية بين الخلع على مال الخلع دون مال:

فالخلع على مال: حكمه البيونة لأن المرأة إنما أعطته المال على ذلك وهذا هو المعروف. وعكسه الخلع من غير بدل: ثالثا ثلاث. وفيها سئل مالك عن المطلق طلاق الخلع أو احدة بئنة أم رجعية أم البتة؟ فقال : بل البتة. لأنه بئن ولا يكون بئنا إلا بالخلع².

د- الحنابلة: للإمام أحمد روايتان إحداهما تثبت أن الخلع طلاق. فقد جاء في كتاب ' فقه الدليل في شرح التسهيل ' ³ : (الخلع طلاق بئن فليس للزوج عليها رجعة إلا برضاها وعقد جديد، فلو كان لزوجها رجعة في العدة لم يكن لدفع العوض معنى. ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة ، فلو جازت الرجعة لعاد الضرر...وهو مذهب الجمهور ومنهم الحنفية والشافعية في المعتمد والمالكية) .

حجة الفقهاء في أن الخلع هو طلاق من القرآن والسنة:

من القرآن: قوله ﷺ: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا تَحِلُّ

لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا

يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ﴾ [سورة البقرة 229] .

ووجه الدلالة هنا: أن المرأة تفتدي نفسها من عضمة الرجل وسلطانها، فيملك الزوج البذل

1 محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك ، مرجع سابق، ص 375.

2 خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج4، ص4 - 5.

3 بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن إسبائيرال البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج4، (بتصرف)، ص426-427.

وتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، لأن غرضها من دفع البذل هو التخلص من الزوج، وهذا لا يحصل إلا بوقوع الطلاق البائن¹ باتفاق الفقهاء الأمصار².

بمعنى أن الفرقة الواقعة بالخلع تكون طلاق بائن سواء كان الخلع بمال أو بغير مال، وهو يقع وإن لم يأذن القاضي به³ لأن الأظهر أنه طلاق⁴.

من السنة: ما جاء في الحديث السالف الذكر: (...أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)⁵. فالغاية من دفع العوض هو الخلاص من قيد الزوجية، لأنها إنما بذلت المال لتملك عصمتها. والله ﷻ شرع الافتداء وسلك مسلكه نبيه ﷺ، فعن ابن عباس ؓ أن النبي ﷺ: (جعل الخلع تطليقة بائنة)⁶. فلو كان رجعيًا أو فسخا لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، فكان يجوز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة رضيت أو لم ترض⁷.

وتكمن الفائدة من اعتبار الخلع طلاق في أن كيلاهما يقع إذا كان الزواج صحيحاً⁸، قائم بكل أركانه وشروطه .

الفريق الثاني: فرقة الخلع تعد فسخاً: وذهب إليه فقهاء الشافعية في القديم وإحدى روايتي احمد بن حنبل، وابن تيمية. وأجمعوا بأنه فسخ لأن اقترانه بالعوض يخرج من دائرة الطلاق.

1 منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية- أحكامه وآثاره- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 65.

2 أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص 95.

3 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، لبنان، بيروت، مكتبة النهضة، ج2، ص 392-393.

4 الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج2، ص 141.

5 سبق تخريجه.

6 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج7، حديث رقم 14865، ص 518.

7 محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص 379.

8 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 416.

فقد قال ابن تيمية: الخلع لا ينقص من عدد الطلقات ولو وقع بلفظ الطلاق أو نيته¹. كما قال (وهذا القول الذي ذكرناه من أن الخلع فسخ تبين به المرأة بأي لفظ كان هو الصحيح الذي تدل عليه النصوص والأصول) ثم أضاف (فإذا نوى أن يكون - أي الخلع- من الثلاث فقد نوى باللفظ ما لا يحتمله، كما لو نوى بالخلع أن تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره، فنيته هذا الحكم باطل، كذلك نيته أن تكون من الثلاث باطل)².

حجة الفقهاء في أن الخلع هو فسخ وليس طلاق من القرآن والسنة:

أ- من الفرقان: قوله ﷺ: ﴿ أَلْطَلْقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [سورة البقرة 229].

يكنم تعقيب الخلع بعد ذكر الطلقتين يقضي أن يكون طلقة رابعة لو كان الخلع طلاقاً³، لأنه ذكر ﷺ تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها⁴. كما علق ﷺ حكم الخلع بمسمى الفدية ولم يقبده بلفظ معين، فحيث وجد هذا المعنى - وهو الافتداء- فهو خلعا بمعنى الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات⁵.

ب- من السنة : فقد جاء في ' السنن الكبرى ' : (كل شيء أجاز به المال فليس بطلاق)⁶.

1 برهان الدين إبراهيم بن محمد بن أبي بكر ابن أيوب بن القيم الجوزية، المسائل الفقهية من اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: أحمد موافي، المملكة العربية السعودية و مصر، دار ابن القيم وابن عفان، ط1، 2007م/1428هـ، ص22.
2 عايش بن فدغوش بن جزاء الحارثي، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، المملكة العربية السعودية، الرياض، كنوز أشبيليا، ج9، ط1، 2009م/1430هـ، ص22.
3 الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، مرجع سابق، ج2، ص141.
4 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص149.
5 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص329.
6 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج7، ص517.

الترجيح: القول الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم، إذ أن الخلع طلاق بائن. لأن مقتضى الافتداء يجب أن يكون طلاقاً بائناً، كون الزوجة حينما تصرف وتبذل مالها لكي تخلص نفسها من عقد النكاح وقيده الذي لا تطبيق للاستمرار فيه، وهذا القيد لا ينفك إلا بالطلاق البائن.

وفضلاً عن ذلك فإن الباعث الدافع إلى مشروعية الخلع غالباً هو رفع النشوز القائم من الزوجين، مع الحذر من التفسير في إقامة حدود الله. وهذا لا يمكن تحقيقه إلا باعتبار الخلع طلاقاً بائناً يسد الباب بوجه الزوج لمنع الرجعة والدخول في جحيم المأساة مرة أخرى.

وتظهر ثمرة الخلاف في أن أصحاب القول الأول في أنهم: يوقعون به طلاقاً بائناً تحتسب من عدد الطلقات. أما الذين يقولون بأنه فسخ فإنهم: يرون أنها لا تحرم عليه وإن خلعها مائة مرة. كما تترتب آثار مختلفة حسب كل رأي.

ثانياً: نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع عند المشرع الجزائري: بالرجوع إلى نص المادة 54: "يجوز 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". لا أجد على أي لفظ بخصوص نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع. أتعد فرقة طلاق أم فسخ؟ مما يحتم اللجوء إلى مواد أخرى متفرقة من الأمر 02/05. كالمواد 33 فقرة 02 و34¹ اللذين جاءا بحالات الفسخ وهي: حالة قبل الدخول إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، أو حالة الزواج بالمحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.

والخلع ليس من ضمنهما ودليل ذلك ما جاء في المادة 48 من قانون الأسرة: "مع مراعاة أحكام المادة 48 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة

1 المادة 33 فقرة 02 من الأمر 02/05: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول....".

المادة 34 من الأمر 02/05: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.....".

الزوج، أو بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ". فالمشرع اعتبره مسلك من مسالك الطلاق، فلا يتم إيقاعه إلا في عقد زواج صحيح قائم بذاته – يتوافر فيه ركنه و كل شروطه المادة 09 و 09 مكرر- .

و عند التطرق إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.....".

يفهم أن الخلع هو طلاق لا يثبت إلا بحكم بعد إجراء عدة محاولات للصلح كونه إجراء جوهري- سبق التطرق له في التطليق- ومتى تم الحكم بالخلع دون إجراء الصلح كان هذا الحكم معرضا للطعن. وهو ما أثبتته قرار المحكمة العليا رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16 الذي جاء فيه: (من المقرر قانونا أن الطلاق - الخلع- لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة. وأن هذا الإجراء - محاولة الصلح بين الطرفين - لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين، ولا يصح فيه النيابة. ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، وخط في تطبيق القانون)¹ .

فمتى تبين عدم القيام بالصلح في حدود 03 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى المواد من 439 إلى 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون مخالفا للمادة 49 من قانون الأسرة السالفة الذكر. وهو ما أكدته اجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم

1 ملف رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16، مجلة قضائية، 2009، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 302.

477546 بتاريخ 2009/01/14 الذي جاء فيه : (إن القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة)¹.

والصلح الأصل فيه أن يباشر القاضي بنفسه في حدود ثلاثة (03) أشهر بحضور الزوجين كما جاء في الملف رقم 474956 بتاريخ 2009/01/14: (يجب على الزوج الطالب لفك الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه)²، لأن محاولات الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط³. لكن يمكن له أن يسند هذه المهمة إلى حكمين⁴ مصداقا لما جاء في المادة 56 فقرة 02 من قانون الأسرة: " يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

وبالرجوع إلى المادة 50 من قانون الأسرة التي تنص على أن: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ". فهي تتكلم عن الطلاق البائن والرجعي، ويستشف منها أنه عند الحكم بالخلع – على اعتبار أنه طلاق- يكون الطلاق بائنا وليس رجعيا حيث لتتم المراجعة لا بد من إبرام عقد زواج جديد إذا تم إيقاعه بعد إجراء عدة محاولات صلح في مدة لا تتجاوز 03 أشهر.

1 ملف رقم 477546 بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، 2009، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 279.

2 ملف رقم 474956 بتاريخ 2009/10/14، مجلة قضائية، 2009، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 271.

3 ملف رقم 372130 بتاريخ 2006/11/15، مجلة قضائية، 2007، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 463.

4 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 336.

الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر بشأن الخلع: تعد الأحكام القضائية التي يصدرها قضاة المحاكم هي أحكام ابتدائية تقبل الطعن بالطرق العادية وغير العادية المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ويشترط في الحكم الصادر بشأن فك الرابطة الزوجية أن يكون شاملا لكل البيانات ومعللا بالأسباب وموقع عليه وفقا لما جاء في المواد من 275 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا يعدو أن يكون الحكم القضائي: حكما حضوريا (المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، أو حكما غيابيا أو معتبر حضوريا (المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، أو حكما فاصلا في الموضوع (المادة 296 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، أو غير ذلك (المواد من 298 إلى 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)².

فالحكم الحضوري هو: ذلك الحكم الذي يحضره الخصوم شخصا أو ممثلين بوكلائهم أو محاميهم أثناء الخصومة.

أما الحكم الغيابي هو: الحكم الذي لا يحضر فيه المدعي أو وكيله أو محاميه أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور، وهو حكم قابل للمعارضة.

وبالنسبة للحكم المعتبر حضوريا: يكون إذا تخلف المدعي عليه المكلف بالحضور شخصا أو وكيله أو محاميه، وهو حكم غير قابل للمعارضة³.

1 المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة. طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، والتماس إعادة النظر، والطعن بالنقض....."

2 للتفصيل أكثر ارجع إلى المواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3 المادة 295 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالحكم القاضي بالتظليق أو الخلع هو في الغالب حكم حضور، إلا أنه لا يمنع أن يتخذ الأشكال الأخرى.

كما يمكن تقسيم الحكم القضائي إلى حكم كاشف (تقريبي) أو منشئ أو حكم إلزام. فما مدى اعتبار حكم التظليق أو الخلع حكما كاشفاً أو منشئاً؟ وما مدى جوازية قبول الحكم القاضي بالتظليق أو الخلع للطعن؟. وللإجابة على ذلك يتعين التطرق: أولاً (إلى طبيعة الحكم الصادر بشأن التظليق والخلع من حيث أنه كاشف أو منشئ)، ثم ثانياً (مدى قابلية الحكم الصادر بشأن التظليق والخلع للطعن) وذلك كالاتي:

أولاً: طبيعة الحكم الصادر بشأن التظليق والخلع من حيث أنه كاشف أو منشئ:
إن الأحكام القضائية بصفة عامة تنقسم أحكاماً تقريرية، وأحكام منشئة، وأحكام إلزام.

هذه الأخيرة- أحكام الإلزام- يقصد بها كل حكم يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، بهدف تقرير مصدر الإلزام. ويكون أمام هذه الصورة متى كان هناك حق يقابله التزام وهو حكم قابل للتنفيذ الجبري. وهذه الأحكام لا يدخل في نطاقها حكم التظليق والخلع.

أما بخصوص الأحكام الكاشفة (التقريرية) والأحكام المنشئة التي تدخل ضمن الدراسة فيقصد بها على التوالي:

الحكم التقريبي: ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، فبواسطته يتم إبراز الحق، وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبراً عكس الحكم الملزم، لأنه بمجرد صدوره تتحقق الغاية كونه حكم لا يمس بأصل الحق فيغيره، بل يبين وجوده القانوني من عدمه. وبالتالي فإن هذا الحكم – الحكم الكاشف- هو حكم يقرر واقعا أصلا موجود قانونا، ويساهم القضاء في الكشف عنه ومثال ذلك الحكم بصحة أو بطلان العقد.

وهذا النوع من الأحكام لا يعترف له القانون بأية قوة تنفيذية، لأنه يحقق الحماية دون حاجة إلى تنفيذ، لأن الهدف هو تحقيق اليقين بوجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني المدعى به دون إلزام المحكوم عليه بأداء معين.

وبالنسبة للحكم المنشئ¹: هو ذلك الحكم الذي يقوم على إنهاء أو إنشاء حق أو مركز قانوني أو تعديله، فهو حكم قد يغير مراكز أطراف الخصومة، كما أنه مرتبط ارتباطا وثيقا باستعمال الحق الإرادي سواء كان استعمالا حرا وكاملا مرتبا لآثاره بمجرد إيقاعه من صاحبه، أو استعمالا مقيدا لا يرتب أي أثر أو جزء منه إلا إذا استوفى القيد القانوني.

وهذه الأحكام تحقق الحماية القانونية بذاتها بمجرد صدورهما، ودون الحاجة إلى إجراء لتنفيذها لأنها تعتبر سندات تنفيذية.

وتختلف الأحكام التقريرية (الكاشفة) عن الأحكام المنشئة في كون هذه الأخيرة تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة خلافا للأحكام الكاشفة تكون سلطته محدودة.

ومما سبق ذكره: يمكن تحديد طبيعة حكم التظليق والخلع حسب قناعاتي كالآتي:

فبالنسبة لحكم التظليق: هو حكم كاشف لأنه بمجرد صدوره تتخلص الزوجة من الرابطة الزوجية التي كانت قائمة بينها وبين زوجها، لأن القضاء يساهم في الكشف عن رغبة المرأة في تقرير إنهاء الرباط القائم بينها وبين زوجها، لتوافر أسباب محددة، يتبع القاضي إجراءات الكشف عنها، كونها محددة بموجب القانون في المادة 53 منه، خاصة في حالة الضرر والشقاق المستمر والفقء...

1 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، (ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية)، الجزائر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000-2001م/1421-1422هـ، ص 103.

أما بالنسبة لحكم الخلع: فهو حكم منشئ لأن ما ذهبت إليه المحكمة العليا بشأن الخلع وذلك بأنه: (حق الزوجة لوحدها لا يشترط فيه موافقة الزوج)¹ . وكذلك القرار رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22 الذي جاء فيه: (من المقرر شرعا وقانونا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا)².

بهذا يتجسد أن المرأة قد أصبحت تتمتع بحق إرادي يترتب عليه أثر قانوني يتمثل في إنشاء أو انقضاء مركز قانوني لا يترتب إلا لصاحب الحق في مواجهة الطرف الآخر فيصبح هذا الأخير خاضعا للأثر رغم إرادته.

ثانيا: مدى قابلية الحكم الصادر بشأن التطليق والخلع للطعن: بمعنى هل الحكم الصادر بشأن التطليق أو الخلع هل يمكن الطعن فيها أم لا؟ و للإجابة على ذلك يتعين تحديد معنى طرق الطعن، ثم دراسة قابلية الحكم للطعن قبل التعديل (بموجب القانون رقم 84-11) وبعده (بموجب الأمر 02/05) كالاتي:

1/ معنى طرق الطعن : يقصد بطرق الطعن تلك الوسائل التي سمح المشرع من خلالها بمراجعة الأحكام القضائية، وإعادة النظر فيها من حيث الوقائع أو الموضوع أو من حيث الوقائع والموضوع معا. فهي تعد ضمانا لتفادي الأخطاء القضائية.

تنقسم طرق الطعن حسب المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى:

1- أ / طرق طعن عادية: هي طرق أو وسائل تسمح بوقف تنفيذ الحكم خلال أجله، أو أثناء ممارسته³. وهي: المعارضة (المواد من 327 إلى 331 من قانون الإجراءات

1 ملف رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30، مجلة قضائية، 1998، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 120.

2 ملف رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22، مجلة قضائية، 1998، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 120. **نقلا عن:** يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، مرجع سابق، ص 68-69.

3 المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المدنية والإدارية)¹، و الاستئناف(المواد من 332 إلى 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)².

1- ب/ طرق طعن غير عادية: هي مسلك لا يوقف تنفيذ الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك³، وهي مشروطة بشروط خاصة. وهي: الطعن بالنقض (المواد من 349 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، التماس إعادة النظر(المواد من 390 إلى 397 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة(المواد من 382 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

2/ الطعن في حكم التطبيق والخلع قبل تعديل 02/05 وبعده: لمعرفة مدى قابلية الحكم الصادر بشأن التطبيق أو الخلع للطعن بالطرق العادية أو غير العادية، يتعين اللجوء إلى المادة 57 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05 والتي تنص على ما يلي: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية.... "

2-أ/ الطعن في حكم التطبيق والخلع في قانون 84-11: لقد اختلفت آراء الفقهاء ووجهات نظر رجال القانون في مدى قابلية أحكام التطبيق والخلع للطعن فيها بالطريق العادي الموقوف للتنفيذ والمتمثل في الاستئناف. وانقسموا إلى فريقين منهم المجيز ومنهم الرافضين، وسأبين ذلك كالآتي:

الاتجاه الأول: المجيز للطعن في أحكام التطبيق والخلع بالاستئناف: نص المشرع في المادة 57 من قانون 84-11 على أنه: " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية ".

1 المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي...".

2 المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة".

3 المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وبالرجوع إلى نص المادة 48 من القانون 84-11 التي تنص على أن: " الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

فيقصد بأحكام الطلاق ذلك الأثر الذي يترتب على استعمال الزوج لحقه الإرادي، وينجر عنه حل الرابطة الزوجية في المآل ما لم يكن مكملًا للثلاث. أما الفرقة التي لا تكون نتيجة استعمال الحق الإرادي فهي لا يشملها اصطلاح الطلاق، بل يطلق عليها اصطلاح الفسخ¹.

والاستئناف هو إحدى طرق الطعن العادية، يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة(المادة 332 السالفة الذكر) حيث تكون الأحكام في جميع المواد قابلة للاستئناف عندما يفصل في موضوع النزاع، أو في دفع شكلي (المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)²، أو في دفع بعدم القبول(المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)³، أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك(المادة 334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

فهو بهذا يجسد مبدأ أساسي يقوم عليه النظام القضائي ألا وهو التقاضي على درجتين. فالقاعدة العامة: أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى صاحبة الاختصاص العام (المادة 32 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)⁴ حيث تكون جميع أحكامها ابتدائية إلا في حالة عدم تجاوز قيمة الدعاوى 200.000 د ج⁵.

1 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 132.
2 المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "الدفع الشكلي هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقاصها أو وقفها".
3 المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " هو دفع يرمي إلى التصريح بعد قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة، وانعدام المصلحة، والتقدم.....".
4 المادة 31 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام".
5 المادة 33 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ثمة تكون الأحكام الابتدائية قابلة للاستئناف أمام المجالس القضائية التي تختص بالفصل في مثل هذه الأحكام(المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

و بهذا أخذ أنصار هذا الاتجاه رأيهم، فأروا أن التطليق والخلع قابلين للطعن بالاستئناف وبرروا ذلك بأن إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاقاً، وما عدى ذلك هو فسخ، ويترتب على هذا التمييز أن الطلاق هو عمل ولائي، وليس للقاضي فيه إلا دور الموثق، بحيث يكشف عن إرادة الزوج ويكرسها لا غير. باعتبار أن المادة 49 من قانون الأسرة أظنت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي¹.

أما التطليق والخلع فيعدان من صلب عمل القاضي، وبذلك فهي أعمال قضائية بحت يختلف في تقديرها من قاضي إلى آخر. لذلك وجبت رقابة أحكامها من طرف قضاة الاستئناف، وعلى هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق والخلع قابلة للاستئناف.

وبذلك فالأحكام القضائية بحل عقدة النكاح بناء على طلب الزوج أو الزوجة، وبالاعتماد على معيار التمييز بين الطلاق والفسخ هي أحكام قابلة للطعن بالاستئناف. لأنه و بالرجوع إلى المادة 48(السالفة الذكر) يفهم من عبارة : " ويتم بإرادة الزوج " أنها تعود على الحل وليس على الطلاق الذي يقع بناء على إرادة الزوج، في حين التطليق والخلع يعدان أيضاً طريقاً من طرق حل الرابطة الزوجية ويقعان بطلب الزوجة، وهي تعد أحكاماً بالفسخ لا يمكن أن تدخل تحت نص خاص .

ومن ثم تسترجع القاعدة العامة سلطانها وتصبح الأحكام الصادرة بشأن التطليق والخلع قابلة للاستئناف مثلها مثل سائر الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم كدرجة أولى للتقاضي².

1 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 75.
2 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، (بتصرف)، ص 133.

والجدير بالذكر أيضا أن المشرع لو أراد أن يجعل الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية، سواء صدرت بناء على إرادة الزوج أو الزوجة نهائية، كان يجب عليه أن يعدد تلك الحالات كما فعل في نص المادة 48¹.

ودليل ما سبق ذكره في اجتهاد المحكمة العليا ما جاء في الملف رقم 89635 بتاريخ 1993/04/27: (يجوز لقضاة الاستئناف الحكم بقبول استئناف الحكم بالتطليق لعدم شمول هذه الحالة بنص المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص على الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية)².

أما بشأن الخلع فقد صدرت عدة أحكام ابتدائية، تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع الطعن فيها بالاستئناف، انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد بعض القرارات الصادرة من المجالس القضائية، تأييدا لحكم المحكمة، وأخرى لحكم المجالس.

فهي بهذا - المحكمة العليا- قضت ضمنا بجواز الطعن بالاستئناف على اعتبار التقاضي يجري على درجتين³، كما تعتبر الأحكام الصادرة بالخلع، أحكام قضائية تؤسس المبدأ الذي يقضي بقابلية تلك الأحكام للاستئناف، لأنها تصرح بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا.

فقد جاء في الملف رقم 79858 بتاريخ 1991/11/26: (متى كان مقررا قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية).

1 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع نفسه، ص 132.
2 ملف رقم 89635 بتاريخ 1993/04/27، مجلة قضائية، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 53.
نقلا عن: بوجمعة صويلح، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة، مرجع سابق، ص 25.
3 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 151.

فإن قضاة المجلس- في قضية الحال – بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بين الطرفين خلعا، خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة¹.

خلاصة القول: هذا الرأي الذي يجيز الاستئناف في التطليق هو غير مناسب للصواب. لأن دور القاضي في هذه الحالة يتطلب التحقيق الجدي ومطابقة الوقائع على النص، كما يتطلب الموازنة بين طلبات الزوجة و دفعوع الزوج، مع تسبيب الحكم القاضي بالتطليق تسبيبا كافيا اعتمادا على ما له من سلطة تقديرية في التأكد من طلبات الزوجة حتى يكون حكمه أكثر دقة وموافق للشرع والقانون ، وغير معرض للطعن.

أما بخصوص الخلع فهو الراجح (جواز الاستئناف فيه) لأن المرأة تعرف بمجازيتها، فهي في فترة معينة، وفي ظرف معين ومؤقت، تكره زوجها فتصبح لا تطيقه، ولا تطيق عشرته، فتندفع للمخالعة، وبعد زوال تلك الظروف والحوادث تتدارك خطأها وتندم على طلبها، لتفاهة السبب أو لطيبة قلبها وسوء ظنها.....وذلك نظرا لفطرتها الإنسانية وتركيبها البسيكولوجية (الطبيعة النفسية لها) والتي تغلب عليها العاطفة².

الاتجاه الثاني: الراضين للطعن في أحكام التطليق والخلع بالاستئناف: الأصل أن الاستئناف هو طريق من طرق الطعن العادية وبه يتجسد مبدأ التقاضي على درجتين³، لأن الدعوى ترفع بداية إلى المحكمة العليا كدرجة أولى. وفي حالة الخطأ المادي أو الموضوعي أو التكييف الخاطئ للحكم⁴، يعاد طرحها أمام جهة قضائية أخرى

1 ملف رقم 79858 بتاريخ 1991/11/26، مجلة قضائية، 1993، عدد 3، غرفة الأحوال الشخصية، ص 89. **نقلا عن:** بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010-، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 304.

2 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 149.

3 المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4 المادة 315 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تتمثل في المجلس القضائي ليفصل فيها بحكم نهائي، وهكذا يسود مبدأ التدرج والتقاضي على درجتين وهو ما يشكل القاعدة العامة¹.

والاستثناء يكمن في أن يصدر الحكم من الدرجة الأولى ابتدائي نهائي²، وهو ما أخذ أصحاب هذا الاتجاه بحرفية نص المادة 57 الذي جاء فيه: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية....".

فهم لا يجيزون استئناف أحكام التطليق والخلع، بمعنى أنهم لا يفرقون بين الأحكام الصادر بالطلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوج، ولا بالتراضي بين الزوجين، ولا بالتطليق³ أو الخلع، وجعلوها كلها غير قابلة للطعن بالاستئناف مستنديين في ذلك على المادة 48 من قانون الأسرة: " الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ". ويفهم من هذا النص – المادة 48 السالفة الذكر- أنه يقضي أن الأحكام الصادرة بالطلاق غير القابلة للاستئناف هي تلك الأحكام الصادرة بناء على إرادة الزوج أو الزوجة دون اقتصار على إحدهما.

وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا فإنه يستشف منها أنها تعتبر الأحكام الصادرة بشأن التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف. وذلك عندما يطعن في الأحكام الابتدائية القاضية بالتفريق بناء على إرادة الزوجة بالنقض مباشرة. حيث إن الطعن بالنقض (لا يوقف تنفيذ الأحكام)⁴، لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة من المحاكم ابتدائياً ونهائياً⁵. وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة في أحكام المحكمة الابتدائية، الصادرة بشأن

1 عبد الفتاح تقيّة، مباحث قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، 1999-2000م، ص 239.

2 المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 73.

4 المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5 المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التطليق أو الخلع يؤكد أنها تعتبرها أحكاماً نهائية¹. مما يؤكد على أن المحكمة العليا أهملت وظيفتها التي تتمثل في مراقبة احترام القانون الذي يشمل نوعين من القواعد (القواعد الموضوعية والإجرائية).

فالمحكمة العليا بشأن التطليق والخلع اهتمت بالجانب الموضوعي وسهت على تطبيقه في بعض القرارات فاتخذت موقفاً واضحاً فيما يتعلق بحق الزوجة في التطليق والخلع، وأن القاضي ملزم بالاستجابة إلى طلبها بمجرد تمسكها به. في حين أهملت الجانب الإجرائي بالرغم من أهميته فهي لم تحاول بذل جهد لتحديد طبيعة العمل القانونية الصادرة عن القاضي في هذه المناسبة².

ومن قرارات المحكمة العليا بهذا الصدد ما يلي:

1/ ملف رقم 81850 بتاريخ 1992/02/14: (حيث إن المادة 57 من قانون الأسرة لا تفرق بين الطلاق والتطليق عند صدور الحكم بهما، فكلاهما يعبر عنه بالطلاق وهو نهائي في الحالتين. لكن التفريق الذي جاء بينهما، القصد منه معرفة الطرف الذي صدر عنه الطلب، فطلب الزوجة الرامي إلى حل عقد الزواج حسب التعريف الوارد في المادة 48 من قانون الأسرة يسمى تطليقا حسب المادة 53 من نفس القانون)³.

2/ ملف رقم 82143 بتاريخ 1992/05/12: (بالرجوع إلى القرار المنتقد والحكم المستأنف المصادق عليه، يتجلى أنه جاء مؤسسا لأن أحكام الطلاق تصدر نهائية طبقاً لأحكام المادة 57 من قانون الأسرة.

ونظراً لكون الحكم المستأنف قد أغفل القيام بإجراء المصالحة بين الطرفين طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة، فإن هذا يقتصر على المحكمة، وليس للمجلس القيام بإلغاء هذه الأحكام التي أغفلت القيام بذلك الإجراء.

1 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 137.

2 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع نفسه، ص 153.

3 ملف رقم 81850 بتاريخ 1992/02/14، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 231.

وحيث إن ذلك الحكم صدر نهائيا ولم يطعن فيه بطريق الطعن بالنقض، فإنه أصبح نهائيا، و لا يجوز الدفع بهذا الوجه أمام المجالس القضائية لذا جاء القرار المنتقد مؤسسا¹.

2-ب/ الطعن في حكم التطليق والخلع في الأمر 02/05: جاءت المادة 57 من قانون الأسرة المعدلة بما يلي: " تكون الأحكام "، فهذه المادة حددت الحالات التي لا يقبل الطعن فيها وهي: الطلاق، التطليق والخلع. وذلك لما كان لافتا للانتباه بشأن قرارات المحكمة العليا، التي كانت تقبل الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية، الفاصلة في الاستئناف ضد الأحكام التي تصدرها المحاكم الابتدائية في دعاوى التطليق والخلع. مع العلم أن وظيفة المحكمة العليا الدستورية تقتضي منها أن تسهر على توحيد الاجتهاد القضائي²، فكان الأجدر والأصلح لها إما أن:

2-ب-1/ تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم في دعاوى التطليق والخلع أحكاما ابتدائية نهائية. وبالتالي يمنع عن المجالس القضائية أن تفصل في هذين الدعويين لأنها تصبح غير مختصة نوعيا.

2-ب-2/ أو تعتبرها أحكاما ابتدائية غير نهائية، فتصرح بعدم قبولها عند الطعن فيها بالنقض مباشرة³.

كما أنها لم تحاول البحث عن طبيعة هذه الأعمال، هل هي أعمال ذات طبيعة قضائية أو ولائية؟ والخلع يعتبر عمل ولائي- حكم قضائي بالمعنى الفني -⁴، لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية. ولهذا جاء المشرع بنص المادة 57 من قانون 84-11 و عدلها بموجب الأمر 02/05 لتفادي هذه الإشكالات ووضع حد لها. وذلك بالنص على كل لفظ على حده كما فعل في المادة 48 من نفس القانون.

1 ملف رقم 82143 بتاريخ 12/05/1992، نشرة القضاة، عدد48، ص 165. **نقلا عن:** بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010-، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 305.

2 المادة 152 من دستور 1996.

3 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 137.

4 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع نفسه، ص153.

وهذا تماشيا مع الرأي الذي جاء بعدم قبول الطعن في أحكام التطليق والخلع بالاستئناف الذي كان قبل التعديل.

وبهذا يستوجب على المحكمة العليا القيام بوظيفتها، التي تتمثل في احترام تطبيق القانون من الجانب الموضوعي والإجرائي بشأن أحكام التطليق والخلع وطرق الطعن فيها.

ولقد وجه سعد عبد العزيز في كتابه ' قانون الأسرة في ثوبه الجديد ' بقوله :
(إن ما تجدر الإشارة إليه أنه كان من المقبول أن لا يقبل الطعن بالاستئناف في الحكم بالطلاق الصادر بناء على الإرادة المنفردة للزوج، باعتبار أن الزوج لا يلزم بتسبيب طلب الحكم بالطلاق. فليس مفهوما جعل التطليق لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، أو الخلع في المادة 54 من نفس القانون، حكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، خاصة وأن الحكم بالتطليق أو الخلع قد يشتمل على أخطاء مادية وموضوعية، ويحتاج إصلاحها إلى إعادة النظر فيها من جهة قضائية لها صلاحية الفصل في الموضوع من جديد. حيث إن قانون الأسرة يحرم الزوجة أو الزوج من ممارسة حقهما في التقاضي على درجتين وفقا لأحكام المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فهو يعتقد أن هذا الوضع غير سليم، ويستوجب إعادة النظر فيه بقصد الإبقاء على حق المتقاضين في ممارسة إجراءات التقاضي على درجتين)¹.

لكن هذا غير صحيح دائما فحسب رأي الخاص : أنه لا يوجد رجل يتعرض للخلع من قبل زوجته ثم يرغب في الرجوع إليها، إلا إذا كانت نواياه خبيثة كأن يريد أن يرد لها الصاع صاعين وذلك بالانتقام منها عن طريق التعذيب بالضرب والشتيم والحرمان من بعض الحقوق كحرمان من زيارة أهلها أو نقل بيت الزوجية إلى مكان يصعب العيش فيه، أو غير ذلك

1 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 130-131.

كما أنه إذا كان اعتبار أحكام التطليق أو الخلع قابلة للطعن بالاستئناف، فهو يعرض الأسر إلى الاهتزاز، والدخول في إشكالية الحلال والحرام. لأنه متى حكم بالانفصال تبدأ المرأة بحساب العدة، ومتى كان الحكم قابل للطعن فهنا لا تعرف أي مطلقه فتبدأ احتساب العدة، أم أنها مازالت زوجة لا تطبق أحكام العدة عليها.

ضف إلى ذلك إذا كان الحكم قابل للطعن فهو يفوت على المرأة فرصة التزوج مرة ثانية لمدة معينة، أو العكس. فقد تتزوج المرأة معتبرة أن حكم التطليق أو الخلع قد صدر ووجب تنفيذه ثم يأتي زوجها الأول ويطعن بالاستئناف أمام المجلس فيصدر حكم مخالف للحكم الأول أي بإرجاع الزوجة ورفض الفرقة التي جاء بها الحكم الأول فتكون المرأة متزوجة برجلين، وهذا مخالف للشرع والقانون.

فالرأي الذي جاء به المشرع بجانب للصواب لحد ما، فهو بهذا اخذ بمبدأ استقرار الأسر وحمايتها، كما حافظ على حق الرجل والمرأة في البحث عن الاستقرار والطمأنينة والركون.

خلاصة الفصل الأول:

لقد جعل الشرع والقانون للمرأة أسبابا تحفظ حقها في التفريق بينها وبين زوجها ما يمنع من تسلط الزوج عليها، حماية لها ولحقوقها، فلا تستشعر أي قيد يفرضه زوجها عليها غير القيود التي تحتمها العشرة الزوجية. فجعل التطليق والخلع من الحلول التي تساهم في حل العديد من المعضلات الزوجية. حيث أصبح هذين الحلين هما آخر علاج للمشاكل الزوجية المستفحلة بينهما والتي لم يلجأ فيها الزوج إلى الطلاق. فإما أن تثبت المرأة أحد أسباب التطليق لكي يمكن الإستجابة لطلبها، وإما أن تقدم لزوجها شيئا من المال تفندي به نفسها.

بمعنى أنه للمرأة حق إمكانية فك الرابطة الزوجية عن طريق حلين يمثلان حقين لها لا ثالث لهما وهما:

أولاً: عن طريق التطليق: والذي يعد أحد الأمور الشرعية والقانونية التي منحت كحق للمرأة مع اختلاف التسمية فقط (حيث يطلق عليه في الفقه الإسلامي: التفريق القضائي).

فالتطليق يعد من أحد الحلول النهائية للخلاص من الرابطة الزوجية التي تجمع الرجل والمرأة، والتي كانت متكدرة مما يستدعي الأمر، لجوء المرأة إلى القضاء للتخلص من هذه العشرة.

ولقد حدد المشرع 10 أسباب في المادة 53 من الأمر 02/05، يستوجب توافر إحداها لايقاع الفرقة، وذلك متى لجأت المرأة إلى القضاء ومارست حقها. وهذه الأسباب هي على التوالي:

1- **عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت العقد مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون:** حدد الفقهاء والمشرع الجزائري شروطا معينة لاستحقاق المرأة النفقة، كما حدد الفقهاء كيفية تقديرها وسلك المشرع الجزائري جمهور الفقهاء، فأخذ باعتبار حال الطرفين لامكانية التقدير، وهو ما استقر عليه القضاء.

إلا أن المشرع ترك للقضاة السلطة التقديرية في إيقاع الفرقة بسبب عدم إنفاق الزوج على المرأة، لأن الفقهاء كانوا منقسمين إلى فريقين منهم المجيز ومنهم الرافض. والرأي الراجح والمطبق في المحاكم الجزائرية هو قبول تطليق المرأة الطالبة لحقها في ذلك متى أثبتت توافر شروط عدم الإنفاق، وهو طلاق رجعي أخذاً بالمذهب المالكي.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: لم يحدد المشرع عدداً معيناً من العيوب بخلاف بعض الفقهاء الذين حددوا عدد معيناً من العيوب، منها ما اتفقوا عليه ومنها ما لم يتفقوا بشأنه. إلا أنه هناك بعض العيوب كالإيدز والعقم وغيرها... لم يضمنوها ضمن تعداد العيوب الموجبة للتفريق، إلا أنها تعد كذلك.

فالعيوب الموجب للتطليق عند المشرع يشترط فيه التأثير البالغ على حياة الزوجين (وخاصة المرأة مجال الدراسة)، فأعطى للمرأة الحق في طلب التطليق، مع ترك المجال واسعاً للسلطة للقضاة شريطة إثبات العيب، وهو ما كان مواكباً لرأي الفقهاء. وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن أخذاً بالمذهب المالكي.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: ويكون ذلك دون سبب أو مبرر شرعي، لمدة أربعة أشهر قصد الإضرار بالمرأة، مع ضرورة إثباته من قبلها. ورغم صعوبة ذلك، إلا أنه إعطي لها كحق تستطيع المطالب به متى توافر وأثر على الحياة الزوجية. وتكون الفرقة فرقة طلاق رجعي أخذاً بالمذهب المالكي وغيره عدى الحنفية. وهو ما أكدته القضاء في المحاكم.

4- الشقاق المستمر بين الزوجين: ويكون متى اشتد الخلاف بين الزوجين، وهو سبب مستحدث بموجب الأمر 02/05 الخاص بقانون الأسرة الجزائري.

ولقد اختلف الفقهاء في إيقاع التفريق بسبب توافره إلا أن المشرع أعطى للمرأة الحق في طلب التطليق، أخذاً بالرأي المجيز لذلك، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، أو الفقد: تفرق الفقهاء في حالة التطليق للغياب أو الفقد إلى فريقين: منهم المجيز ومنهم الرفض، إلا أن المشرع أخذ بالرأي المجيز للتفريق وذلك بإعطاء الحق للمرأة لطلب ذلك، متى توافرت شروط الغياب أو الفقد. ويبقى ذلك خاضعا للسلطة للقضاء. والفرقة هي فرقة طلاق بائن.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه: كان هذا السبب مدمج في الفقرة 6 من المادة 53 من قانون 84-11: " كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه". إلا أنه بعد تعديل 02/05 وضعت كسبب قائم بذاته.

وإن كان المشرع في المادة 08 يجيز التعدد إلا أنه جاء في المادة 53 وأعطى للمرأة الحق في طلب التطليق إذا كانت هناك حالة تدليس (المادة 8 مكرر). فالمشرع أجاز التعدد بقيود وإلا حق للمرأة طلب التطليق. فيكون في هذا السبب قد افترض الضرر قبل وقوعه عندما اشترط علم الزوجين السابقة واللاحقة. كما أنه فسح المجال للزواج العرفي وهو الشيء الأكثر تدميرا للحياة الزوجية للمرأة.

7- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: هذا السبب هو سبب مستحدث بموجب الأمر 02/05، فللمرأة أن تشتترط في عقد زواجها أو في عقد رسمي لاحق ما تراه ضروري ومناب كالعمل وعدم التعدد شريطة عدم التنافي ومقتضيات العقد. والتفريق لهذا السبب هو محل خلاف بين الفقهاء لاختلاف أنواع الشرط، إلا أن المشرع سلك مسلك بعض الفقهاء فمنح للمرأة حق الإشتراط كما منح لها حق طلب التطليق في حالة مخالفة ما اشترطت. إلا إذا كان شرطها مخالف للعقد.

8- ارتكاب فاحشة مبينة: فقد منح المشرع للمرأة حق طلب التطليق متى توافرت حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة حتى ولو لم يصدر حكم يقضي بالإدانة، وذلك حماية لحق

المرأة من أجل إقامة التوازن بين الحقوق العائلية، والتوفيق بين حق الرجل والمرأة في إنهاء الرابطة الزوجية.

9- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية: هو سبب معدل بموجب الأمر 02/05، ولقد اختلف الفقه في التفريق لهذا السبب، إلا أن المشرع أخذ بالرأي القائل بجواز التفريق وهو رأي المالكية والحنابلة، مع إخضاع الأمر إلى السلطة التقديرية للقضاء، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن.

10- كل ضرر معتبر شرعا: لم يتقيد المشرع في هذه الحالة بضرر معين، تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، ومتى ثبت ذلك حق للمرأة طلب التطليق، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن.

ثانيا: عن طريق الخلع: يعد الخلع المسلك الثاني الذي قد تسلكه المرأة من أجل الحصول على حقها في الفرقة، وذلك متى توافرت أسباب الخشية من عدم إقامة حدود الله وانعدام وجود أحد أسباب التطليق، مقابل فداء تدفعه للرجل.

فقد نص المشرع الجزائري عن الخلع في مادة واحدة وهي المادة 54 من قانون الأسرة (84-11)، التي عدلها بموجب الأمر 02/05، حيث أنه بموجب هذا التعديل لم يعد يشترط موافقة الزوج، وبهذا حاول التقليل من التناقض الذي وقع فيه القضاء قبل التعديل حيث كانوا يحدون من حق المرأة باشتراط موافقة الزوج المتعنت على الخلع. وبهذا التعديل أصبح المشرع مدافعا قويا عن حق المرأة في الإفتكاك من تعنت الزوج منعا للاستغلال والابتزاز الذي قد يمارس عليها.

ولقد ثبتت مشرعية الخلع بالقرآن والسنة، وحكمه تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة فقد يكون حلالا أو مندوبا...

و لإيقاع الخلع يستوجب توافر 03 أركان هي:

(1) قيام الرابطة الزوجية: وتتمثل في العلاقة التي تنشأ بين الرجل والمرأة بموجب المواد (9 - 9 مكرر) و المواد 18 وما يليها من قانون الأسرة. إلا أن المشرع اشترط في الزوجين شروط معينة لامكانية قبول ممارسة المرأة لحقها في الخلع.

(2) العوض: لقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز للزوج أخذ البديل في حدود مهر المثل وقت صدور الحكم طبقا للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما يطبق حاليا في المحاكم عندما تقدم المرأة على طلب الخلع.

(3) الصيغة: وهي الألفاظ الصريحة أو الكناية. فقد اشترط بعض الفقهاء توافر ألفاظ معينة لقبول طلب إيقاع الخلع، رغم اختلاف الصيغ عندهم، ولم يشترطها البعض، إلا أن الراجع هو عدم اشتراطها، وهو ما سلكه المشرع. حيث أنه يعتبر قد أحسن صنعا عندما لم يحدد ألفاظا معينة للإيقاعه، وهذا مذهب ابن تيمية.

والفرقة الواقعة بسبب الخلع هي فرقة طلاق بائن، حسب رأي جمهور الفقهاء، وهو ما أخذ به المشرع والمطبق في المحاكم.

والحكم الصادر بشأن الخلع هو حكم منشئ، لا يجوز الطعن فيه بالطرق العادية إلا في الأمور المادية، وهو ما جاء به بعد التعديل، حيث كان في القانون 84-11 رأين المجيز للطعن والرافض للطعن، مما جعل القضاة يقعون في تناقض الأحكام الخاصة بالتطليق والخلع.

الفصل الثاني

المركز القانوني للمرأة بعد فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق والخلع.

ويحتوي هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: المركز القانوني المالي للمرأة الناشئ بعد انحلال العلاقة الزوجية عن طريق التطلق والخلع.

المبحث الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام الحضانة.

تمهيد

لقد نظم الشارع الحكيم كل أنواع العقود التي تبرم بين البشر، ولكنه احتاط وأولى أهمية خاصة لعقد من تلك العقود، وجعل به كافة الضمانات، وسد الثغرات التي لا يمكن التحايل عليها، هذا العقد هو عقد النكاح أو القران، لما له من أهمية بالغة بين البشر، ولما له من آثار كالميراث والنسب، وتحول صفة الرجل والمرأة من العزوبية والوحدة إلى زوجين مترابطين برباط شرعي تسوده المودة والرحمة .

لكن قد تعترض هذا العقد الذي نظم حياة الشخصين المترابطين برباط شرعي وقانوني، والقائم على الاستقرار والسكينة عواصف أو مشاكل عديدة. قد يكون حلها بالموعظة الحسنة والتحكيم والصلح، كما قد لا تجدي نفعا مما يستوجب حلها بالانفصال (خاصة التظليق والخلع مجال الدراسة). وذلك لعدة عوامل منها: سوء العشرة لضعف الوازع الديني، أو سوء الاختيار، أو إهمال الواجبات الزوجية، أو اختلاف الزوجين في نظرتهم للحياة، أو العامل الاقتصادي و الأخلاقي

وهو ما يؤدي إلى تحول مركز الرجل والمرأة من زوجين إلى مطلقين، ويجر على ذلك عدة آثار منها ما هو لصالح الرجل، ومنها ما هو لصالح المرأة (سأقتصر على ما هو لصالح المرأة).

فعند الفارقة بين الرجل والمرأة يصبح للمرأة الحق في التعويض جراء الضرر الذي لحقها من عقد القران، والرجل الذي كانت تعيش معه معيشة تعيسة، كما يجب عليها تعتد وذلك للحفاظ على الأنساب، ولها الحق في النفقة خلال تلك الفترة، إضافة إلى أمور أخرى كالحضانة ...

المبحث الأول

المركز المالي للمرأة الناشئ بعد انحلال العلاقة الزوجية عن طريق التطليق والخلع.

إن المركز المالي للمرأة ليس مقصوراً على الزوجية والقرابة، بل يمتد إلى أبعد من ذلك. و يتجلى ذلك من خلال استحقاقها للتعويض، ونفقة المتعة والعدة، كما لها الحق في نصيب من متاع البيت الذي كان بيت الزوجية، لأنها أسهمت في بنائه. فالى أي مدى وفق المشرع الجزائري والقضاء في ضمان هذه الحقوق؟.

المطلب الأول

حق المرأة في التعويض.

نعلم أن الزواج هو صلة حميمية بين الذكر والأنثى على أساس المعاشرة في حدود الشريعة الإسلامية والقانون، لتكوين خلية المجتمع ينظمها التشريع والعرف... ومن خلاله يكون لكل من الزوجين حقوق في إطار هذه العلاقة.

ولقد أولى الإسلام عناية فائقة لسلامة الأسرة ودعم هئائها واستقرارها، وجعل الأنفس تنفر من الطلاق لقوله ﷺ: (أبغض الحلال عند الله الطلاق)¹، لما له من آثار وخيمة على النفس البشرية.

ويكمن السر في اعتبار انحلال عقد الزواج شيئاً غير مرغوب فيه، كونه تغيير لما أنعم به الخالق على عباده من حياة الطمأنينة والسكينة، فله مضار وانعكاسات على الأسرة والمجتمع. ولذلك لم يهمل المشرع والقانون ما يترتب عن فك الرابطة الزوجية، من بينها التعويض عن الضرر الذي يلحق بالزوج المضرور.

وبما أن مجال الدراسة يكمن في حق المرأة في التعويض جراء الفرقة. فما هو مجال التعويض؟ وإلى أي مدى وفق المشرع والقضاء في تقديره عند طلب المرأة لحل عقد القران بإرادتها؟

1 سبق تخريجه.

الفرع الأول: مفهوم التعويض : تستحق المرأة حقوقا مالية تبين مركزها المالي بعد الانفصال، وهي تعد امتداد للمركز المالي للمرأة المقرر لها بحكم الشريعة والقانون على اعتبار أن الحقوق المالية تمتد لما بعد انتهاء العلاقة الزوجية، ومن بينها الحق في التعويض.

سأتطرق لتعريف التعويض، ثم دليل مشروعيته، وأخيرا أساس تقديره. كالاتي:

1/ تعريف التعويض: سآبين تعريف التعويض لغة واصطلاحا، ثم قانونا:

1-أ/ التعريف اللغوي للتعويض: يقال عاضه بكذا عوضا: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عاض. ويقال عاوض فلانا بعوض في البيع بالأخذ والعطاء. والعوض هو البديل والخلف¹.

1-ب/ التعريف الفقهي للتعويض: لم يتطرق الفقهاء القدامى له بهذا اللفظ، وإنما استعملوا عوضا عنه لفظ (الضمان²) وقد اختلفوا في استعماله.

فالبعض استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملا للتعويض وغيره كالكفالة، والبعض الآخر عرفه بما لا يدل البتة على التعويض. وسأتطرق إلى قسمين منهم:

القسم الأول: من استعمل لفظ الضمان بدل لفظ التعويض، غير أنهم عرفوا

الضمان بمعنى بعيد، ولا علاقة له بمعنى التعويض بل تدل على معنى الكفالة.

وهذه التعاريف جاءت في كتب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وهي كالاتي:

1- عند الحنفية: الضمان هو ضم ذمة إلى ذمة عند المطالبة³.

1 شوقي ضيف، معجم الوسيط، مرجع سابق، ص 637.

2 الضمان: هو الكفالة. ينظر: مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 512.

3 عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مرجع سابق ج 6، ص 341.

2- عند الشافعية: الضمان لغة هو الالتزام. وشرعا: يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو علة أو عين مضمونة¹.

3- المالكية: الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق².

4- الحنابلة: الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق³.

القسم الثاني: استعمل البعض الآخر من الفقهاء لفظ الضمان بدل لفظ التعويض غير أنهم عرفوا الضمان بمعنى مقارب لمعنى التعويض، وهذا المعنى هو موضوع الدراسة هنا.

فقد عرفه 'الغزالي': (واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة)⁴. هذا التعريف يختلف عن التعويض حيث اقتصر في معنى الضمان على الضرر الواقع على المال فقط، بينما التعويض يشمل الضرر المالي بنوعيه والضرر الأدبي.

عرف كذلك: (الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير)⁵.

كما عرفه 'وهبة الزحيلي' في كتابه ' نظرية الضمان ': (التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي، أو الكلي الحادث بالإنسانية).

1 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج 2، ص 257.

2 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3، ص 329.

3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 71.

4 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 1، ص 353.

5 هو تعريف " الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام ". **نقلا عن** : وهبة الزحيلي، نظرية الضمان - أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة، سوريا، دمشق، دار الفكر، ص 22.

1-ج/ التعريف القانوني للتعويض: لقد نص المشرع على التعويض في المادة 52 من قانون الأسرة: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

و كذلك في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

و المادة 55 من نفس القانون: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

وبالرجوع إلى القانون المدني في نص المادة 124 منه والتي جاء فيها أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".

من هذه المواد يفهم أن التعويض يكون متى كان هناك ضرر بالطرف الآخر. مما يمكن التوصل إلى أن التعويض يكون لجبر الضرر الذي يلحق بالغير سواء كان الضرر ماديا أو معنويا . بمعنى التعويض هو تغطية الضرر الواقع تجاه الغير سواء كان الضرر في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.

و قد ثبت في اجتهاد القضاة أن التعويض عن الضرر يحق للمطلقة متى ثبت تضررها ومن أمثلة ذلك:

أ/ القرار رقم 391655 بتاريخ 2000/06/20: (يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطبيق في حالة ثبوت تضررها فعلا)¹.

ب/ القرار رقم 181648 بتاريخ 1997/12/23: (من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا.

1 الملف رقم 391655 بتاريخ 2000/06/20، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 259.

ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه، متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقوا أحكام المادة 55 من قانون الأسرة تطبيقا سليما¹.

ج/ القرار رقم 192665 بتاريخ 1998/07/21: (من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها.

ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة 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 التطليق والتعويض معا، لثبوت تضررها. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

2/ دليل مشروعية التعويض: إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وعقلا وقانونا و عرفا، جبرا للضرر ورعاية للحقوق، لتوفير الاستقرار وتحقيق العدل.

ولقد دلت مصادر التشريع- قرآن وسنة - على مشروعية التعويض عن الأضرار كالاتي:

1 الملف رقم 181648 بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، 1997، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 49.

2 الملف رقم 192665 بتاريخ 1998/07/21، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 116.

2-أ/ من القرآن الكريم: هناك العديد من الآيات تتطرق للتعويض منها:

قال ﷻ: ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة 194].

قال ﷻ: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۗ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ ﴾ [سورة النحل 126]. ودليل ذلك: أنه إذا صنع بكم صنيع سوء فعاقبوا بمثله ولا تزيدوا عليه¹

قال ﷻ: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۗ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ۗ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ [سورة الشورى 40]. ودليل ذلك: أن الأولى سيئة حقيقة والثانية لا. وإنما سميت سيئة لأنها مجازاة السوء، أو لأنها من تنزل به ولأنه لو لم تكن الأولى لكانت الثانية، لأنها إضرار. وإنما صارت حسنة لغيرها أو في التسمية الثانية سيئة إشارة إلى أن العفو مندوب إليه.

والمعنى انه يجب إذا قوبلت الإساءة أن تقابل بمثلها من غير زيادة².

قال ﷻ: ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ تَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتِ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ۗ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ [سورة الأنبياء 78]. ووجه الدلالة: قيل أنه كرم قد أنبتت

1 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، مرجع سابق، ص 602.

2 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، المرجع نفسه، ص 1075.

عناقيده فأفسدته: قال فقضى داود بالغنم لصاحب الكرم، فقال سليمان: غير هذا يا نبي الله. قال: وما ذال؟ قال: تدفع الكرم إلى صاحب الغنم، فيقوم عليه حتى يعود كما كان. وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها حتى إذا كان الكرم كما كان دفعت الكرم إلى صاحبه، ودفعت الغنم إلى صاحبها¹. هذه القصة صريحة على جواز التعويض .

2-ب/ من السنة النبوية: ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (ما رأيت صانعة طعام مثل صافية، أهدت للنبي صلى الله عليه وسلم إناء فيه طعام، فما ملكت نفسي إن كسرتة، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كفارته. فقال: إناء كإناء، وطعام كطعام)².

وهذا الحديث صريح في مشروعية التعويض عن الضرر، ويتضح أن المتعدي يلزم برد الشيء ذاته إن أمكن، فإن لم استعصى ذلك فقيمه، أو مثله كما في الإناء. وهو ما كرس في القاعدة الفقهية (الضرر يزال)، والتي فيها معنى ودلالة على مشروعية التعويض لصيانة أموال الناس من كل اعتداء وجبر ما فات منها بالتعويض. وبالتالي فإن مشروعية التعويض لم تأت عبثا بل لحكمة عظيمة، تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وتجسيد روحها التي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس. لأن الهدف من التعويض هو جبر الضرر وذلك أعدل وأتم، كون الأصل في التعويض هو إزالة الضرر عينا، وفي حالة التعذر يجب التعويض المثلي أو النقدي³، وهو ما يكون في حالة انفصال الزوجين.

3/ أساس تقدير التعويض: الأصل أن التعويض يكون جراء الإخلال بالتزامات يترتب عنها إضرار بالغير، سواء كان هذا الالتزام ناتج عن العقد أو القانون (المسؤولية المدنية). ويميز الفقهاء بين المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي (مسؤولية عقدية)، والمسؤولية الناتجة عن إخلال بالتزام قانوني (مسؤولية تقصيرية).

1 الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ، مرجع سابق، ج5، ص 355.

2 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 3568، ص 749.

3 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان - أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي-، مرجع سابق، (بتصرف)، ص 88.

ويفترض في الأولى قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضروب. أما الثانية فهي تقوم عندما تنتفي هذه الرابطة. ومتى أخل شخص بالتزام مقرر في ذمته وقع تحت طائلة أحد نوعي المسؤولية المدنية، مما يستوجب تعويض الغير عما لحقه من ضرر. والتعويض قد يقوم به المشرع بالنص الصريح، أو عن طريق تحديد المسؤولية بحد أقصى (التقدير القانوني للتعويض)، وقد يتركه لاتفاق الأطراف حسب الظروف الملازمة (التقدير الإتفاقي للتعويض)، وفي كلتا الحالتين يكون القاضي ملزم بهذا التحديد. كما قد يمنح المشرع حرية مطلقة لتقدير التعويض، وهو ما يسمى (التقدير القضائي للتعويض). فعلى أي أساس يعتمد القاضي في تقديره للتعويض جراء فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة (تظليق- خلع)؟ هل يعتمد على الأساس القانوني أو الإتفاقي أو القضائي؟. و للإجابة على ذلك يتعين التطرق أولاً إلى معرفة الأسس الثلاثة السالفة الذكر، ثم تحديد الأساس الذي يعتمد عليه للتقدير التعويض للمرأة عند طلبها التظليق أو الخلع وذلك كالآتي:

3-أ/ الأسس التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض: للقاضي عدة أسس يمكن الاعتماد عليها إما على أساس المسؤولية المدنية بنوعيتها، وإما على أساس ما حدده المشرع أو الاتفاق أو سلطة القاضي:

3-أ-1/ التعويض على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية:

أ- على أساس المسؤولية العقدية: عقد النكاح من العقود المسماة لكنه غير مالي، فلا مجال لفرض التعويض المالي على فسخه أو إنهائه بناء على المسؤولية العقدية، لأن المسؤولية العقدية هي من إضافة الشيء إلى سببه، أي إن المسؤولية المترتبة على الزواج تكون بسبب عقد الزواج.

وتعتمد المسؤولية العقدية على الإخلال بما تقتضيه طبيعة العقد، أو الإخلال بما يقتضيه الشرط الذي اشترطه أحد المتعاقدين صراحة أو دلالة. بمعنى تكون المسؤولية العقدية لوجود الخطأ العقدي¹، الذي يترتب عليه ضرر مع توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. سواء كان الخطأ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو عن القيام بفعل، و إذا كان هذا

1 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، سوريا، دمشق، دار المكتبي، ط1، 1998م/1418هـ، ص 24-25-26.

المعيار موضوعيا في عقود المعاوضة و العقود المالية، فإن المعيار في الزواج هو معيار ذاتي وشخصي وموضوعي في أن واحد (وإن كانت الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذن فهي تعلم وفت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها).

فالطلاق في الشريعة الإسلامية لا يعتبر إخلالا بطبيعة عقد الزواج. ولذلك لا يمكن الحكم بالتعويض عن الطلاق بناء على المسؤولية العقدية، إلا إذا اشترطت المرأة التعويض عند انحلال عقد الزواج.

و إذا اعتبرنا عقد النكاح من عقود المعاوضة، فإن ذلك محصور في المتعة الزوجية والمهر، ولا يتعدى إلى جعله أساسا للتعويض عن الطلاق. ولذلك أخرج ' السنهوري ' الأحوال الشخصية من الحقوق المالية¹.

ب- التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية: تعتمد المسؤولية التقصيرية على ما اقتصر الإنسان في القيام بما يجب عليه بالشرع، وترتب في تقصيره تلف في نفس أو مال، فيحمل المقصر ما تلف.

وإذا طبقنا هذا المبدأ على حقيقة الطلاق وحكمته، فلا نراه موجبا للتعويض عن الطلاق، لأنه لا يمكن لإنسان عاقل أن يقول : إن كل فشل أو سوء تفاهم بين الزوجين، ويؤدي إلى الطلاق، يكون الرجل المسؤول الوحيد عنه.

وبالتالي فإنه يتحمل التعويض للزوجة عن الأضرار التي لحقها من الطلاق، بحجة أنه قصر بما وجب عليه من المودة والسكن و حسن العشرة، أو أنه أخل بإحدى واجباته. كما أنه ما من فشل أو خلاف أو خصام أو شقاق بين الزوجين، إلا ويكون لكل من الزوجين نصيب فيه، ولو نسبيا. وبالتالي فإن الزواج يفشل وينتهي شرعا إلى الطلاق. فكيف نحمل الزوج تبعات ذلك بفرض التعويض عليه؟².

1 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، المرجع نفسه، ص 24-25-26.
2 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، المرجع نفسه، (بتصرف)، ص 27-28-29.

3-أ-2/ التعويض على أساس (نص القانون- أو الإتفاق- أو تقدير القاضي)

أ- **التقدير القانوني:** الأصل الغالب في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي، غير أنه يمكن أن يكون القاضي عند الحكم بالتعويض ملزماً بمبلغ معين، وذلك نتيجة لوضع المشرع لأحكام وقواعد يسمح تطبيقها بالوصول إلى مبلغ جزافي، يكون هو التعويض.

كما يمكن أن يعتمد المشرع في بعض الأحيان إلى تحديد المسؤولية، فيقوم بوضع أسس لتقديرها، ولو بصفة غير مباشرة، من خلال تحديد الحد الأقصى الذي لا يمكن أن يتجاوزه التعويض المحكوم به. وذلك حتى لو كان الضرر الواقع يتجاوز هذا المقدار لأن القاضي في هذه الحالة يكون أمام تقدير قانوني للتعويض¹.

ب- **التقدير الإتفاقي والقضائي:** لقد أجاز المشرع للمتعاقدين اللجوء إلى تقدير مسبق للتعويض في العقد الذي يرتب التزامات متبادلة. وذلك متى ثبت عدم التنفيذ العيني، أو التأخر يستحق الطرف الآخر التعويض حسب الاتفاق. وهو ما يعرف بالشرط الجزائي. كما يمكن للقاضي تقدير التعويض متى ثبت عدم وجود نص أو اتفاق يحدد ذلك.

ج- **التقدير الإتفاقي:** قد يتبين للمتعاقدين من ظروف وملابسات العقد، ومدى التزاماتهما المتقابلة، أن التعويض الذي يقدر وفقاً للقواعد العامة بمعرفة القاضي عن الإخلال بإحدى الالتزامات التي يربتها العقد، لا يكون عادلاً بالنسبة لهما. فيتفقان على تحديد قيمته مسبقاً بما يتفق مع ما يريانه عادلاً من وجهة نظرهما.

أو قد يعتمد أحدهما اشتراط مبلغ التعويض عند إبرام العقد كأن تشترط المرأة في عقد النكاح أن يدفع لها الزوج مبلغاً معيناً من المال إذا أرادا الفرقة مهما كانت الأسباب، ويوافق الزوج على ذلك².

1 مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق- دراسة مقارنة- (دكتوراه في القانون الخاص)، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009-2010، ص 248.
2 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص 78.

ولقد جاء في المادة 183 وما يليها من القانون المدني¹. وهو اتفاق مسبق وسمي بالشرط الجزائي² لأنه يرد عادة كشرط من شروط العقد الأصلي أو في عقد لاحق، ويرتبه المتعاقدان كجزاء في حالة إخلال الشخص بالتزامه.

ويمكن للقاضي تعديل الشرط الجزائي حسب المادتين 184 و 187 من القانون المدني³ كالآتي:

1 - إذا كان تقدير الشرط الجزائي مفرطاً⁴ ويكون ذلك إذا تحول إلى شرط تهديدي لجبر الطرف الآخر على الوفاء.

2 - في حالة تنفيذ جزء من الالتزام.

3 - في حالة تسبب الطرف الآخر سيئ النية في إطالة مدة النزاع، ويثبت ذلك في حالة استعمال مبدأ التعسف⁵ في استعمال الحق.

1 المادة 183 من القانون المدني: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبيق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أثار الالتزام)، ج2، 2007-2008، ص 898.

3 المادة 184 من القانون المدني: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

المادة 187 من القانون المدني: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

4 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أثار الالتزام)، المرجع السابق، ج2، ص 875.

5 التعسف: أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له- بعوض أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط4، 1988م/1408هـ، ص 46-47.

4 - كما يمكن تعديله بالزيادة¹، ليكون التعويض معادلاً للضرر².

د- التقدير القضائي: إذا لم يحدد المشرع أحكاماً لحساب التعويض أو لم تذهب إرادة المتعاقدين إلى تقديره، فيكون المجال مفتوحاً أمام القاضي ليقدره حسب المادة 124 و 125 من القانون المدني. إلا أنه يتعين على القاضي إتباع بعض الضوابط والإجراءات لتقدير التعويض. فما هي الضوابط التي تحكم القاضي عند تقديره للتعويض؟ وكيف يتم تقديره؟.

أ- الضوابط التي تحكم القاضي عند تقديره للتعويض: ينصب تقدير التعويض على الضرر اللاحق بالمتضرر، لأن الضرر هو مناط تقدير التعويض ومحلّه، فإما يكون مادي أو معنوي أو أدبي. ويقدر القاضي مدى التعويض على أساس المادة 131 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182³ و 182 مكرر⁴ مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يفهم منها أنه على القاضي تقدير التعويض المادي والمعنوي للمضروب مع مراعاة الظروف الملائمة. و يمكن أن يكون تقديره بصفة نهائية، كما يمكن أن لا يكون كذلك مع ضرورة الاحتفاظ للمضروب بحق المطالبة به خلال مدة معينة.

1 المادة 185 من القانون المدني: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً".
2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أثار الالتزام)، المرجع السابق، ج2 ص 878.

3 المادة 182 من القانون المدني: "إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاها ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

4 المادة 182 مكرر من القانون المدني: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ويشترط في الضرر الموجب للتعويض الشروط التالية:

1- أن يكون الضرر محقق شخصي: أي أصاب الشخص المطالب بالتعويض لتوفر فيه المصلحة الشخصية. وفي حالة فك الرابطة الزوجية بإرادتها يلحق المرأة ضرر شخصي خاص بها حيث تتحول من متزوجة إلى مطلقة وغيرها من الأضرار.

2- أن يكون الضرر محقق الوقوع: فلا يمكن التعويض عن ضرر افتراضي، أي يجب أن يكون الضرر قد وقع فعلا أو محتمل الوقوع. وفي انحلال عقد النكاح هناك ضرر واقع وما أعظم ضرر حل عقد الزواج الذي جعله الله ﷻ الميثاق الغليظ.

3- أن يكون الضرر مباشرا: الأصل في التعويض أن يكون في الضرر المباشر ولا يكون في الضرر غير المباشر¹، ويتم ذلك في المسؤولية العقدية، بحيث يشترط أن يكون مبرر ومتوقع، عكس المسؤولية التصويرية فيعوض فيها عن الضرر المباشر المتوقع وغير متوقع².

وعلى القاضي أن يبين كيفية توصله لتقدير التعويض، ويظهر العناصر التي استعملها في ذلك. والتي حددها القانون متوخيا في كل هذا الوصول، إلى التناسب بين الضرر والتعويض³.

ب- كيفية تقدير التعويض: للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مقدار التعويض اللاحق بالغير، حيث إن المشرع لم يبين المقدار اللازم دفعه، ولا طريقة تحديده، أو دفعه جملة أو أقساط حسب مقتضى الحال مع مراعاة حالة يسر أو عسر الزوج من جهة، ومن جهة أخرى مقدار الضرر اللاحق بالزوجة، وظروفها على أن يشمل الضرر بنوعيه المادي والمعنوي⁴. وذلك متى تبين لقاضي الموضوع قيام شوط المسؤولية المدنية

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج2، ص 790.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص 560-561.

3 صالح حمليل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، (مقال)، مجلة الفقه والقانون، عدد 21، يوليو 2014، ص 69.

4 عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 215.

التي تحكم التعويض¹ مع إمكانية الاستعانة بالخبراء²، دون الخضوع لرقابة المحكمة العليا. وهو ما ثبت باجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم 231419 بتاريخ 2000/03/28 الذي قررت من خلاله بأنه: (إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي، باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم والوجدان، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، و أما تقديره فإنه يبقى ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك)³.

وكذلك الملف رقم 368660 بتاريخ 2006/07/12: (تحديد التعويض... يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم)⁴.

ضف إلى ذلك الملف رقم 39689 بتاريخ 1986/02/24: (إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا غير مألوف بالنسبة لحالتيهما)⁵.

فالواضح أن مقدار التعويض مرتبط برأي قضاة الموضوع، وإحاطتهم بجميع الظروف والملابسات الخاصة بالزوجين. لأن المشرع لم يضع الحد الأدنى، ولا الأقصى للتعويض على أن ذلك يخضع لنص المادة 132 من القانون المدني: " يعين القاضي طريقة التعويض

1 مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 260.

2 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان - أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي-، مرجع سابق، ص 89.

3 ملف رقم 231419 بتاريخ 2000/03/28، مجلة قضائية، 2003، عدد خاص، غرفة مدنية، ص 627. **نقلا عن:** مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 261.

4 ملف رقم 368660 بتاريخ 2006/07/12، مجلة قضائية، 2006، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 483.

5 ملف رقم 39689 بتاريخ 1986/02/24، غير منشور. **نقلا عن:** بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 246.

تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

فالتعويض قد يكون عينا أو نقداً، لكن القاضي عادة يقدره بمبلغ من النقود¹، شرطاً أن يكون وفقاً لقاعدتين هما: أن يكون التعويض مساوياً للضرر، وأن لا يزيد التعويض عن الضرر ومقياسه هو الضرر المباشر²

ويجوز للقاضي تعديل التعويض، أو عدم الحكم به أصلاً، وذلك بالاعتماد على نص المادة 177 من القانون المدني التي تنص على: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

كما يمكن للقاضي الاعتماد في تقديره للضرر على الخبراء³، في حالة ما استعصى عليه ذلك بما في⁴ ذلك تحديد جسامته الضرر، ما لم يكن الأمر يتعلق أو يتدخل في سلطته. وللقاضي اختيار طريقة التعويض، من خلال تحديد ما هو ملائم لإصلاح الضرر، معتمداً على نص المادة 132 السالفة الذكر. وله في ذلك سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين، أو مبلغ معين لجبر الضرر، وإنما له كامل الصلاحية مع مراعاة ضوابط معينة، لأن التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج2، 791.
2 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان - أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي-، مرجع سابق، ص92.

3 أنظر المواد من 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
4 صالح حمليل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 62-63.

الاضطلاع بها، استبعاد كل إجحاف أو مغالات¹. فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره².

3- ب/ الأسس التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض لصالح المرأة الطالبة لفك الرابطة الزوجية: يمكن للقاضي تقدير تعويض في كل حالة حسب ما توفر لديه من أدلة وإثباتات، فقد يكون بين الرجل والمرأة إتفاق تم فيه تحديد قيمة وقدر التعويض فيكون تقدير القاضي للتعويض في هذه الحالة على أساس إتفاق الطرفين. أو قد يقوم القاضي نفسه بتقدير التعويض للمرأة الطالبة لفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق لا الخلع، وهذا هو المعمول به في الواقع العملي، إلا أن هذا لا يمنع من وجود باقي الحالات الأخرى المذكورة سالفًا، عدى حالة التعويض المقدر قانونًا فهي حالة غير مطبقة في الجزائر كون المشرع نص عن التعويض دون تحديد قدره.

الفرع الثاني: مدى اعتبار مسألة التطليق والخلع موجبة للتعويض: سأطرق لمسألة اعتبار التطليق موجب للتعويض، ثم للخلع وذلك كالآتي:

1/ مدى اعتبار التطليق موجب للتعويض لصالح المرأة: كثيرة هي الأضرار التي تلحق أحد الزوجين نتيجة ما يقوم به الزوج الآخر في استعماله لحقه، في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق، وما ينجم عن هذه التصرفات من لآثار مادية أو نفسية. ويعتبر هذا النوع من القضايا الأكثر طرحًا أمام قاضي شؤون الأسرة. ولما كان حق حكم التطليق منشأ لمراكز قانونية جديدة هي: مركز المطلق و المطلقة، مما يرتب عن هذا تهديم كيان الأسرة. وقد سبق وبينت أن التطليق يكون بإرادة الزوجة المنفردة، إذا توافرت الأسباب الموجبة لذلك، مع استجابة القاضي لذلك، بإصداره الحجم الفاصل في أمر طلب التفريق. ومتى لحق بالزوجة ضرر حقيقي بسبب فك الرابطة الزوجية. وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الانفصال، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب

1 مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص262.
2 صالح حمليل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مرجع سابق، ص62.

على الزوجة إثباته. وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها، ثم بعد ذلك تم انحلال العقد¹. ومتى ثبت ذلك حق لها التعويض شريطة عدم التعسف في استعمال حقها.

ولقد نص ' فتحي الدريني ' في كتابه ' نظرية التعسف في استعمال الحق ' : (أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق. ومناقضة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل)².

فمتى نالت الزوجة التظليق، ولحقها ضرر، جاز للقاضي الحكم لها بالتعويض. وذلك وفقا لما نص عليه المشرع في المادة 53 مكرر من الأمر 02/05 والتي تنص على أنه: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتظليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ". لأن التظليق يقع من القاضي على الزوج متى ثبت توافر أسبابه، جبرا عن الزوج، بالرغم من عدم توافر إرادته. وهذا جراء مخالفته المعاشرة بالمعروف والإمساك بإحسان. وبهذا التفريق الذي يقوم به القاضي، والذي فيه تملك المرأة لعصمتها كرها على زوجها، ضف إلى ذلك فرض التعويض لها متى ثبت تضررها.

ولقد جاء النص عاما يجيز للقاضي في حالة الحكم بالتظليق، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها وهو ما يفتح الباب أمام إثراء المرأة على حساب طليقها مرتين (امتلاك عصمتها رغما عنه، والحصول على ماله تحت المسمى بالتعويض عن ضرر تدعيه رغم خلاصها من علاقة زوجية أقدمت عليها بإرادتها ورضاهها)³. وهذا رأي مردود عليه.

لكن بالرجوع إلى الواقع العملي قبل التعديل (02/05)، وجد هناك تطبيقات مختلفة لغياب النص القانون الذي يفرض على القضاة الحكم للزوجة بتعويض:

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 266.
2 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 256.
3 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 125.

فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطلاق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك وهو ما ثبت في قرارات المحكمة العليا، منها الملف رقم 53017 بتاريخ 1998/03/27: (... وجاء في هذا القرار أن الحكم بالتطلاق للزوجة والتعويض لها فهم سيئ للقانون)¹. وكذلك الملف رقم 596191 بتاريخ 2011/01/13 الذي جاء فيه: (لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطلاق عن الضرر الحاصل بفعل عدم قدرته على الإنجاب)².

فلقد كانوا يعتبرون أن المشرع قد اعترف للمرأة بحقها في طلب التطلاق، إذا تعسف الزوج أو انتهك حقوقها، إلا أنه من ناحية أخرى حرّمها من حق التعويض عن الضرر الذي يلحقها، ليخرج بذلك التطلاق للضرر عن دائرة الطلاق التعسفي، الذي يكون فيه التعويض، لأن الزوجة عندما تتضرر من المعاشرة الزوجية، وتطلب التطلاق لا يعتبر هناك تعسف من الزوج³.

وهناك من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطلاق⁴، لأنه من حقها أن تتمكن من أخذ عصمتها، مع أن الزوجة المتضررة محقة في طلبها التعويض). تعويضها عن الضرر اللاحق بها جراء ذلك.

ومع هذه الازدواجية في الآراء، تفتن المشرع إلى هذه الحالة مرة تعسفية، ومرة عادلة، وأجاز للقاضي بموجب المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجديد، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، والذي دفعها إلى طلب التطلاق، ورفع بذلك الغبن عنها⁵.

1 ملف رقم 53017 بتاريخ 1989/03/27، مجلة قضائية، 1991، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 56.

2 ملف رقم 596191 بتاريخ 2011/01/13، مجلة قضائية، 2011، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 270.

3 محمد لمين لعويل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، بوزريعة، دار هومة، ط2، 2006، ص 99.

4 نورة منصوري، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 87.

5 بوجمعة صويلح، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة، مرجع سابق، ص 12.

وتدعيما لهذا الرأي الذي يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطبيق:

1/ الملف رقم 181648 بتاريخ 1997/12/23: (من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا.

ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه، متعسفا من طرف الزوج، فإن تطلق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها. فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج، طبقوا أحكام المادة 55 من قانون الأسرة تطبيقا سليما¹.

2/ الملف رقم 224655 بتاريخ 1999/06/15: (إن تطلق الزوجة بتضررها من طول مدة الخصام مع الزوج، وتحميل هذا الأخير المسؤولية عن الضرر الحاصل، لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، يوافق التطبيق السليم للقانون. وأن الزوجة المتضررة محقة في طلبها التعويض)².

3/ الملف رقم 391655 بتاريخ 2007/04/11: (استفادة المطلقة من تعويضات بموجب حكم الطلاق الأول، لا يحرمها من الاستفادة من توابع العصمة في الطلاق الثاني)³.

1 ملف رقم 181648 بتاريخ 1997/12/23، مجلة قضائية، 1997، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 49.

2 ملف رقم 224655 بتاريخ 1999/06/15، مجلة قضائية، 1999، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 129.

3 الملف رقم 391655 بتاريخ 2007/04/11، مجلة قضائية، 2008، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 249.

4/ الملف رقم 356896 بتاريخ 2006/07/12: (لا يعد التعويض المحكوم به لصالح الزوجة، بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق، تعويضين عن واقعة واحدة)¹.

ومسألة حق المرأة في التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة منظمة داخليا بموجب " قانون الأسرة الجزائري "، أما خارجيا فمنظمة بموجب " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " .

وهذه الأخيرة بالرغم من أنها لم تتعرض لهذه الحالة على سبيل التخصيص، إنما جاء النص على مصطلح (الاستحقاقات الأسرية). وهو لفظ عام من خلال الفقرة 01 من المادة 13 من الاتفاقية التي تنص على: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة، في جميع المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية، لكي تكفل لها على أساس تساوي الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

(أ) الحق في الاستحقاقات الأسرية...."². حيث يمكن إدراج حق المرأة في التعويض عن التطلق ضمن هذا البند.

وكذلك نص المادة 16 فقرة 01 حرف (ز): " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة :

نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة والوظيفة"³. لأنه متى كان للزوج وظيفة مرموقة كلما زادت نسبة التعويض لأن وضعية الرجل تدخل ضمن أساس تقدير التعويض: (مراعاة حال الرجل والمرأة عند تقدير التعويض).

1 ملف رقم 356896 بتاريخ 2006/07/12، مجلة قضائية، 2006، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 433.

2 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، - متحفظ عليها-، مرجع سابق، ص 14.

3 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،- متحفظ عليها-، المرجع نفسه، ص 14.

ضف إلى ذلك ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بشأن المساواة بين الرجل والمرأة، لكنه لم يلتفت إلى الآثار المالية التي عنيت بها الشريعة الإسلامية للمرأة. ويمكن ملاحظة ذلك من خلال نص المادة 16 منه. والتي تنص على: " للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية، أو الدين، وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج، ولدى انحلاله."

وهو ما يفتح المجال للمرأة التي طلبت التظليق أن تطالب بالتعويض على أساس الضرر اللاحق بها، وكذلك على أساس مساواة الرجل والمرأة في كل الحقوق المترتبة عن انحلال الزواج، ومن بينها حقها في تعويض الضرر جراء الفرقة.

2/ مدى اعتبار الخلع موجباً للتعويض لصالح المرأة: طلاق المرأة يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية والاقتصادية¹، فالمرأة المطلقة (الخالعة) تحوم حولها جملة من التساؤلات، والمجتمع يقسو على المرأة المطلقة. فضلا العوز والفقر الذي سوف تتعرض له، وقلمما تجد لها زوجا يطلبها للزواج، فتقف حياتها، وتدخل إلى زمرة النساء اجتماعيا، بسبب أنهن مطلقات.

ولقد سبق التطرق إلى موضوع الخلع الذي كان رخصة للزوجة، وبعد تعديل 2005 تحول إلى حق مطلق لها. بحيث لم تصبح موافقة الزوج ضرورية، وما على القاضي إلا الاستجابة بعد عدة محاولات صلح لطلب المخالعة مقابل مبلغ مالي يتفق عليه الزوجان، وعند اختلافهما يحدد بدل الخلع بما يعادل صداق المثل وقت صدور الحكم².

لكن السؤال الذي يطرح هو: هل في إباحة الخلع مطلقا مصلحة للأسرة الجزائرية؟ وهل عند إيقاع الخلع يجوز للمخالعة طلب التعويض؟

الأصل: لا اجتهاد مع صراحة النص. فقد جاءت المادة 54 من الأمر 02/05: " يجوز دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان

1 علي السنوسي، التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري، (مقال)، مجلة الفقه والقانون، عدد 21، ص 90.

2 بوجمعة صويلح، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة، مرجع سابق، ص 12.

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

لكن ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة دور إيجابي في معالجة كل حالة بحكمة وتبصر، سيما وأن المشرع أعطى له تلك الإمكانية أثناء محاولات الصلح (03 محاولات على الأقل) الواجبة قانوناً.

وأن يسعى دون تقييد حق الزوجة في طلب الخلع في الحد من تلك الظاهرة. كما هو الشأن – بطبيعة الحال- بالنسبة لطلب الزوج للطلاق. ويتعين عليه أن يحد من استعمال الخلع استهتاراً بالمعاني، والأهداف السامية للأسرة والنتائج الوخيمة المترتبة عليه. وأن يتوصل رغم ما يكفله الأمر من جهد للتوصل إلى الصلح بين الزوجين، لتراجع الزوجة عن طلب الخلع¹.

أما بالنسبة لجواز طلب المخالعة التعويضية : فنعلم أن المرأة تلجأ لطلب الخلع عندما ترغم الزوجة وتكره على معايشة الزوج الذي تنفر منه إلى درجة قد تؤدي بها إلى معصية، أو إلى أزمات نفسية أو عصبية بالغة الخطورة لا يحمد عقباها، مما يتطلب الأمر منها طلب الفرقة عن طريق الخلع مقابل عوض تفتدي به نفسها. وبهذا لا يمكن لها أن تطلب خلاص نفسها مع التعويض، وهي التي ستعوض بعلمها جراء الاستجابة لطلبها من قبل القاضي. بمعنى لا يمكن توقع إعطاء عوض للزوج مقابل منحها حق عصمتها، ثم تطالبه بتعويض الضرر اللاحق بها، بالرغم من أنه عند حصول المرأة على خلعها تتضرر أضرار مادية، وأخرى معنوية ، إلا أنه لا يحق لها طلب التعويض. لأن المادة 53 مكرر من قانون الأسرة تطرقت للتطبيق دون الخلع كالاتي: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ". إلا أنه يمكن منح التعويض للزوج وهو ما جاء به الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ودليل ذلك: ما جاء في الملف رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22: (من المقرر قانوناً وشرعاً : أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً .

1 بوجمعة صويلح ، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة ،مرجع سابق، ص13.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في - قضية الحال- بفك الرابطة الزوجية خلعا، وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع. فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه¹.

المطلب الثاني: حق المرأة في نفقة المتعة والعدة ومتاع البيت

الخلافاً بين الفقهاء في الفروع من السياسة الحكيمة التي قصدها الله ﷻ، لأن فيه رحمة بالأمة وتوسعة عليها، وهو يتيح لأي مشرع وضعي أن يضع يده على الرأي الذي يناسب البلد والعصر الذي يعيش فيه.

وهو مبدأ عظيم من المبادئ التي تسمح للفقهاء الإسلامي بالتطور وقضاء مصالح الناس، ومن مصالح الناس ما يحتاج التدقيق فيه بالفحص والتحصيص، ومنها ما يجب تقبله مثلما جاء. ومن مثل ذلك الحقوق التي فرضها الله ﷻ لعباده، وأكدها نبيه ﷺ في سنته.

فقد فرض الله ﷻ للمرأة حقوق يتعين لها أن تتمتع بها سواء قبل الزواج أو أثناءه أو بعده، ومن بين الحقوق التي للمرأة التمتع بها بعد انتهاء العلاقة الزوجية، حق نفقة المتعة: التي تعد حق مالي ثابت لها، يمكنها أن تستوفيه، أو تتنازل عنه، كسائر الحقوق الزوجية المالية²، كما لها الحق في التمتع بنفقة العدة، ونيل نصيبها من متاع البيت الذي كانت تحيي فيه حياة الركون والطمأنينة. فما مدى توفيق المشرع في ضمان هذه الحقوق للمرأة؟! للإجابة على هذا التساؤل يتعين التطرق لكل حق على حده على التوالي:

الفرع الأول: حق المرأة في نفقة المتعة: الأصل أن النفقة تلزم من الزوج

على الزوجة مادام ميثاق الزوجية قائماً، أما انحلت هذه العلاقة فإن نفقة المطلقة تستمر خلال العدة، وتقدر بحسب حال الزوجين وظروف المعاش³، وغيرها من المعايير المعتمدة في ذلك.

1 الملف رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22، مجلة قضائية، 1998، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 120.

2 محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، مرجع سابق، ص 255.

3 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، مرجع سابق، ص 339.

ضف إلى ذلك نفقة المتعة التي كرم الشرع بها المرأة تعويضا عن ضرر لحقها¹، فنفقة المتعة من أوضح الصور الشرعية، الأحكام الفقهية لتعويض المرأة عن الفراق. فما هو المقصود بنفقة المتعة؟ وما مدى أحقية المرأة المطلقة عن طريق التطليق والخلع لنفقة المتعة؟

أولاً: مفهوم المتعة: يتعين التطرق في هذا العنوان إلى: تعريف المتعة مع بيان دليل مشروعيتها، ثم حكمها والحكمة منها، وأخيراً مقدارها.

1- تعريف المتعة مع بيان مشروعيتها: سألحد تعريف المتعة (لغة واصطلاحاً)، ثم مشروعيتها بالقرآن والسنة.

أ/ تعريف المتعة: تعرف المتعة كالآتي:

أ- 1/ **التعريف اللغوي للمتعة:** متع - متوع - أمتعة. فيقال: متع الرجل مطلقته: أعطاه المتعة بعد الطلاق². لقوله ﷻ: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [سورة الأحزاب 49].

ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق³، أي هي ما يكتفى به من الزاد القليل، بمعنى ما وصلت به المرأة بعد طلاق من أضرار وملحفة وقميص⁴.

أ- 2/ **التعريف الاصطلاحي للمتعة:** لم أجد لمتعة المطلقة تعريفاً عند الحنفية والحنابلة⁵، مع أنهم قد أفردوا لها باباً خاصاً في الفقه. أما فقهاء المالكية والشافعية فقد عرفوا متعة الطلاق في كتبهم نذكر:

1 محمد حسن أبو يحيى، حقوق المرأة في الإسلام، مرجع سابق، ص 80.

2 إبراهيم مذكور، معجم الوجيز، مرجع سابق، ص 571.

3 الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرجع سابق، ص 565-566.

4 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، مرجع سابق، ص 710.

5 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الأردن، عمان، دار حامد، ط1، 2009م، ص 297.

أ-2-أ- **عند المالكية:** المتعة مستحبة لا واجبة على المشهور، في ظل نكاح لازم أو فاسد يفوت بالبناء لكل مطلقة... فإن ماتت فلورثتها على الأصح¹. ويراد بها ما يعطيه الرجل للمرأة المطلقة زيادة على صداقها لجبر خاطرها.

فالمتعة عندهم مستحبة غير مستحقة، وليس لها قدر مخصوص، وهي لكل مطلقة مدخول بها إلا ثلاث نسوة: الملاعنة - والمختلعة- والمطلقة قبل الدخول بها.

أ-2-ب- **عند الشافعية:** هي مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق، وما في معناه بشروط².

وقد عرفها بعض الفقهاء كالآتي:

يقول " محمد الزحيلي " إن نفقة المتعة هي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق³.

ويقول " أحمد فتحي بهنسي " : نفقة المتعة هي ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة، أو ما يعادلها من مال أو أي عوض⁴.

ب/ بيان مشروعية متعة الفراق : متعة الطلاق مشروعة بالقرآن والسنة :

ب-1/ دليل المشروعية في القرآن الكريم: لقد وردت عدة آيات تدل على مشروعيتها من بينها :

1 بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج1، ص 384.
2 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 317.

3 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص 81.

4 أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، لبنان، بيروت، دار الشروق، ط1، 1988م/1403هـ، ص25.

قوله ﷺ: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا ۗ ۝﴾

عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ ﴿ [سورة البقرة 236]. ووجه الدلالة: أن الله أوجب المتعة للمطابقة قبل

الفرض أو المسيس، لقوله ﷺ: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ ۗ﴾. فالأمر للوجوب، وذلك في حالة عدم تسمية

المهر فعليه بالمتعة. وقوله ﷺ: ﴿ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ۗ﴾ حرف "على"

من أحرف الإلزام والإثبات التي تفيد الوجوب، وهو دلالة على وجوب النفقة¹.

وقوله ﷺ: ﴿ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ ۗ﴾. ففيه دلالة على وجوبها، لأنه ما ليس بواجب

لا يعتبر بحال الرجل، إذ له أن يفعل ما يشاء منه في حال اليسار والإعسار، فلما قدرها بحال الرجل ولم يطلقها دل على وجوبها².

وقال ﷺ: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ ۗ﴾ [سورة

البقرة 241]. ووجه الدلالة: المتعة لجميع المطلقات المدخول بهن وغير المدخول بهن،

المسمى لهن مهر، وغير المسمى لهن مهر، لأن كلمة المطلقات تدل على العموم، و"ال"

هي للجنس تفيد الاستغراق. وإضافة المتعة للمطلقات ب"لام الملك" دليل على الوجوب.

وكذلك جعلها حقا على المتقين، وكل إنسان مأمور بأن يكون من المتقين³.

قال ﷺ: ﴿ يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرَدُّنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا

فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعِكُنَّ وَأُزَوِّجِكُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا ۗ﴾ [سورة الأحزاب 28].

ووجه الدلالة: أن الله ﷻ أمر النبي ﷺ، أن يخير نساءه بين أن يفارقهن فيذهب

إلى غيره ممن يحصل لهن عنده الحياة الدنيا وزينتها، ويعطيهم الرسول ﷺ متعة الطلاق،

1 الألويسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، مرجع سابق، ج2، ص152.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج7، ص129-130.

3 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص298.

وهي لكل مطلقة إلا المفوضة¹. وبين الصبر على ما عنده من ضيق الحال، ولهين عند الله في ذلك الثواب الجزيل، فاخترن رضى الله ورسوله ﷺ، فأرضاهن الله ورسوله والدار الآخرة، فجمع الله لهن بعد ذلك بين خير الدنيا وسعادة الآخرة².

قال ﷺ: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [سورة الأحزاب 49].

ووجه الاستدلال: إن المتعة تجب للتي طلقها قبل الدخول بها، ولم يسم لها مهر دون غيرها. لقوله ﷺ: ﴿وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ أي لا تمسكوهن ضرارا وأخرجوهن من منازلكم إذ لا عدة عليهن³. فالمتعة هنا أعم من أن تكون نصف الصداق المسمى أو المتعة الخاصة إذ لم يكن قد سمي لها⁴.

ففي النصوص القرآنية الدالة على المتعة: تهييج للأزواج على التمتع، كي يدخلوا في زمرة المتقين والمحسنين من جهة، وترهيب من جانب آخر، فالذي لا يمتع ليس بمتق ولا محسن⁵.

ب-2/ دليل المشروعية من السنة: لقد روي عن عائشة ؓ: (أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله ﷺ حين أدخلت عليه، فقال " لقد عدت بمعاذ " فطلقها. وأمر أسامة و أنس، فمتعها بثلاثة أثواب رازقية)⁶.

1 المفوضة: هي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا، ومتعنها واجبة، لأنها بدل عن نصف مهر المثل. أنظر: عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، مرجع سابق، ص 927.

2 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج6، ص 401.

3 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، مرجع سابق، ص 933.

4 إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج6، ص 442.

5 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 272.

6 أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجه، مرجع سابق، مجلد 2، حديث رقم 2037، ص 509-510.

وقد روي عن أسيد رضي الله عنه: قال : (خرجنا مع النبي ﷺ حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط، حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما، فقال النبي ﷺ " اجلسوا ها هنا "، ودخل وقد أتى بالجونية، فأنزلت في بيت نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل، ومعها دابتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي ﷺ قال: هي نفسك لي قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعوذ بالله منك. فقال: قد عدت بمعاذ، ثم خرج علينا. فقال: يا أبا أسيد اكسها رازقتين¹ وألقها بأهلها².

ج / حكم متعة الفراق والحكمة منها: إن الحكم للمرأة بالمتعة لا يتعارض مع حقوق المرأة المالية³، ومن هنا تكمن الحكمة في إقرارها.

ج-1/ حكم متعة انحلال العقد: اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين⁴ :

ج-1-أ/ تجب المتعة للمطقة التي لم يسم لها صداق وكان طلاقها قبل الدخول: وبه قال الحنفية⁵، والشافعية، والحنابلة. ودليلهم في ذلك:

قوله ﷺ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾^ج

1 الرازقية : ثوب من الكتان الأبيض الطويل يكون في داخل بياضه زرقة ينظر: محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص 82. وينظر: جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 229.

2 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج7، حديث رقم 5256، ص 63.

3 محمد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، سوريا، دمشق، دار المكتبي، ج2، ط1، 2009م/1430هـ، ص 63.

4 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص200.

5 أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، مصر، لجنة إحياء المعارف النعمانية، ص 194. وينظر: عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج3، ص257-258. وينظر: سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج2، ص 233.

[سورة البقرة 236]. ووجه الاستدلال: حين قال ﷻ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ معناه: لا طلب لجميع المهر بل عليكم نصف المهر المفروض، لمن فرض لها، والمتعة لمن لم يفرض لها. وقوله ﷻ: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ هي فعل أمر، والأمر للوجوب. وكلمة (حقاً) تدل على الوجوب، فالتقدير واجب على المحسنين¹.

قوله ﷻ: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة 241]. ووجه الدلالة: قوله ﷻ: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ تيدل على وجوب المتعة، وهي الإحسان إلى المطلقات، لأن التقوى واجبة، ولذلك قال بعض الفقهاء أن هذه الآية نزلت مؤكدة للمتعة. فهي تجب للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها صداق².

وقوله ﷻ: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [سورة الأحزاب 49]. ووجه الاستدلال: قوله ﷻ: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾ يدل على أن المتعة تجب للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهر دون غيرها³.

1 محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن- والمبين لما تضمنه من السنة واي الفرقان-، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و محمد رضوان عرقسوسي، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج4، ط1، 2006م/1427هـ، ص 157.

2 محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مرجع سابق، ج2، ص 22.

3 عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، مرجع سابق، ص 933.

ج-1-ب/ تندب المتعة لكل مطلقه قبل وبعد الدخول باستثناء المطلقة قبل الدخول

التي سمي لها المهر: وبه قال المالكية¹. واستدلوا على ذلك بما يلي:

قوله ﷺ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ

فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْحَسَنِينَ ﴿ [سورة البقرة 236].

قوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [سورة

البقرة 241]. ووجه الدلالة: قوله ﷺ: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾. وقوله ﷺ: ﴿لِلْمُطَلَّقاتِ﴾. بمعنى

جميع المطلقات، ولا يستثنى إلا المطلقة قبل الدخول والتي فرض لها الصداق. فهذه المرأة يسقط نصف مهرها المسمى لها بالطلاق. وهو أكد من المتعة. امتنع أن يجب لها شيء

مسأنف، وأن الأمر الوارد في قوله ﷺ: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾ صرف عن الوجوب إلى الندب

بقوله ﷺ: ﴿عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ وقوله ﷺ: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾². فالمتعة غير واجبة قبل

الطلاق، فلا تجب بالطلاق لأنه مسقط لا موجب، ولو وجبت إنما تجب باعتبار ملك النكاح، وبالطلاق قبل الدخول إزاء الملك إلا إلى أثر فكيف تجب المتعة باعتبار الملك³.

هذا الاختلاف في آراء الفقهاء كان إذا حكم بالطلاق وقع من قبل الزوج بإرادته

المنفردة. لكن الإشكال الذي يطرح من خلال دراسة موضوعي الخاص بالمرأة والتمثل

في: هل يمكن تطبيق هذه الأحكام إذا كانت المرأة هي الموقعة للطلاق بإرادتها المنفردة؟

و سنتأتي الإجابة على ذلك لاحقاً.

1 محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مرجع سابق، ج2، ص 22. وينظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج3، ص 531-532.

2 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 201.

3 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص 26-27.

ج-2/ الحكمة من إقرار متعة الفرقة الزوجية: تكمن الحكمة من إقرار متعة الطلاق في:

ج-2-أ/ أن الله ﷻ اشترط في عقد الزواج أن يكون على نية التأييد لا التأييت، ودعا كلا من الزوجين المحافظة على هذا الميثاق الغليظ، وحرص على بقاء الحياة الزوجية بينهما ماداما على قيد الحياة، لذلك شرع الله ﷻ المتعة لتكون رادعا وزاجرا، لمن لا يرتدع بالإيمان والتقوى والخوف من عقاب الله، فتجعله يفكر كثيرا قبل أن يقدم على الطلاق، فلا يوقعه إلا بعد ترو وأناة واستنفاد وسائل الإصلاح الممكنة، لذلك فإن المتعة تعتبر تدبيرا شرعيا للحد من انحلال عقد النكاح، خاصة إذا أضيفت إلى التبعات المالية الأخرى، من مهر ونفقة، فإنها تكون أدعى إلى التروي والتفكير، وبالتالي عدم إيقاع الفرقة.

ج-2-ب/ أن المتعة تعويض للمرأة عما لحقها من ضرر مادي كترك الوظيفة، أو معنوي كفقدانها للطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج، ولذلك رتبت الشريعة الإسلامية على الفرقة أثر يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المرأة المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقاته ويسمى بالمتعة.

ج-2-ج/ أن المرأة قد تمر بحالة صعبة بعد الطلاق، حيث كانت تعتمد في النفقة قبل الطلاق على الزوج، وقد أصبحت في حالة تحتاج فيها إلى المال لسد حاجتها خاصة عند عدم وجود المعيل بذلك، فكانت المتعة مساعدة لها من الناحية المالية في هذه المرحلة الصعبة بعد الطلاق.

ج-2-د/ المتعة هي لجبر خاطر المرأة المنكسر بالطلاق، وتطبيب لنفسها، وتعويضا لها عن ألم الفراق وتسليتها لها عن وحشة الفراق، وإزالة للحزن والكآبة الذي تعيش فيه¹.

ج-2-هـ/ أن المرأة قد تشعر نتيجة الفرقة والأضرار التي قد تلحق بها، بالحق في نفسها، وتجعل الكراهية تنمو في قلبها، والألم يعتصرها، فتشعر بالظلم قد أحاط بها، والإسلام دين العدل والمحبة، يأبى أن يكون في مجتمعه هذه الكراهية والظلم، فكان الشارع الحكيم سابقا في إزالة الحقد وتخفيف الألم عن المرأة المطلقة، فأوجب لها حقا ماديا يخفف عنها وحشة الطلاق ويسليها عن ألم الفراق.

1 مصطفى الخن ومصطفى البغا و علي الشريحي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج4، ص 86.

ج-2-و/إن في تمتيع الزوجة إزالة لإبهام قد يدور في نفوس الكثيرين بأن الفرقة ما كانت لريبة كالخيانة أو الزنا.

ج-2-ك/في المتعة تطيب لقلب المرأة المطلقة عند مفارقتها بيت الزوجية، وتخفيف من استيحاشها بسبب ما يلحقها من مفارقة بعلمها، وكسر حدة الألم والكراهية التي قد يسببها هذا الفراق¹.

ومما سبق ذكره: يظهر أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الفرقة، تخفيفا عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة إذا أخذنا بالمذهب الواسع.

وهذا الحكم لا يتعارض مع حقوق المرأة المالية الأخرى، فيمكن الجمع مثلا بين المتعة والمهر المؤجل كاملا إذا كان الطلاق بعد الدخول².

2/ مقدار المتعة: لتقدير المتعة يجب تعيين معيار لإتباعه، ثم جنسها:

2-أ/ معيار تقدير المتعة: لقد اختلف الفقهاء في تقدير متعة الفرقة على النحو التالي:

المذهب الأول: تقدر المتعة حسب حال الزوج: وهو ما ذهب إليه الحنفية في قول³، والمالكية في المشهور⁴، والشافعية في رواية⁵، والحنابلة في الصحيح⁶، إلى أن المتعة تقدر بحسب حال الزوج. واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ

النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ

1 مصطفى الخن ومصطفى البغا و علي الشريحي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج4، ص 86.

2 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص 87-88.

3 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج3، ص 532 وما يليها.

4 شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، لبنان، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج4، ط1، 1994، ص 450.

5 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 305.

6 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة و شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة وعلاء الدين أبي الحسن على سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، مرجع سابق، ج22، ص 274.

قَدَرُهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿ [سورة البقرة 236] . ووجه الدلالة: أن الله جعل المتعة على حسب حال الزوج في يساره وإعساره.

ويرد على هذا المذهب أنه: إذا اعتبرنا حالة دون غيرها نكون قد خالفنا الكتاب والمعروف.

المذهب الثاني: تقدر المتعة حسب حال الزوجة: وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية¹، والمالكية في قول²، والشافعية في وجه³، والحنابلة في رواية⁴، إلى أن المتعة تقدر بحسب حال الزوجة. واستدلوا بأن المتعة وجبت خلفا عن مهر المثل، وفي مهر المثل يعتبر حالها، فكذلك في المتعة⁵.

يرد على المذهب أنه: فيه مخالفة للنص القرآني: لقوله ﷻ: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْوَعِ

قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾ [سورة البقرة 236] .

كما أنه لو اعتبرنا حال المرأة، وكان مهر مثلها كثيرا، والرجل كان لا يملك شيئا، وألزم بدفع المال لها على حسب حالها، لكان ذلك إلزاما له فوق قدرته واستطاعته، وهذا خلاف للنص القرآني: لقوله ﷻ: ﴿ عَلَى الْمُسْوَعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ الْقَدَرُهُ ﴾

[سورة البقرة 236] .

المذهب الثالث: تفقة المتعة حسب حال الزوجين معا: ذهب الحنفية في قول⁶، والشافعية في الصحيح⁷، والحنابلة في قول¹، إلى أن المتعة تقدر حسب

1 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج6، ص 63 وما يليها.

2 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج2، ص 293 وما يليها.
3 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج2، ص276.

4 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة و شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة وعلاء الدين أبي الحسن على سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، مرجع سابق، ج21، ص 274.

5 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 340.

6 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج4، ص 245.

7 سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البيجرمي على الخطيب، مرجع سابق، ج4، ص 213.

حال الزوجين معا. واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ [سورة البقرة 236]. ووجه الدلالة: أن الله ﷻ اشترط في تقدير المتعة شرطين هما: اعتبار حال الزوج في يساره وإعساره لقوله ﷻ: (عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ)، و أن يكون التقدير بالمعروف. لقوله ﷻ: (مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ).

فلو اعتبرنا حالة الرجل دون حالة المرأة، فقد لا يكون التقدير معروفاً، كما لو تزوج بامرأتين: أحدهما شريفة، والأخرى دنيئة، ولم يسم لها مهراً، وطلقهما قبل الدخول، لوجب أن تكونا متساويتين في المتعة. وهذا لا يتفق مع عادات الناس، ولا وجود للمعروف في هذه الحالة، فيكون ذلك خلافاً للنص².

المذهب الرابع: المتعة الواجبة تقدر حسب حال الزوجة والمتعة المستحبة تقدر حسب حال الزوج: وذهب إليه بعض الحنفية، حيث قالوا: أن المتعة الواجبة تقدر حسب حال الزوجة، والمستحبة حسب حال الزوج. واستدلوا بأن: المتعة الواجبة تعتبر من حال المرأة، وهي بدل عن مهر المثل، ومهر المثل يعتبر من حالها، فكذلك في المتعة³.

ولا دليل عندهم على اعتبار المتعة المستحبة بحال الزوج.

واعترض على هذا القول 'الإمام السرخسي' فقال: (وهذا الذي قاله ليس بقوي، لأن الاعتبار بحاله أو بحالهما فيما يكون واجبا، ويدخل تحت الحكم، وفي المستحب هذا لا يكون، لأن الله ﷻ قال: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ [سورة البقرة 236].

1 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة و شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة وعلاء الدين أبي الحسن على سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، المرجع السابق، ج21، ص 275.

2 أحمد بن على الرازي الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص 136 وما يليها.

3 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 307.

المذهب الخامس: تقدر وسطا لا بغاية ولا بغاية الرداءة: أخذ به بعض الحنفية، حيث قالوا بأن المتعة تقدر وسطا، لا بغاية الجودة، ولا بغاية الرداءة¹.

الترجيح: حسب رأيي: أرى أن المتعة تقدر حسب حال الزوجين معا، وذلك لقوله ﷺ: ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ، وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾. ووجه الدلالة يكمن في أنه: يجب أن يراعى في تقدير المتعة بحال الزوج في اليسار والإعسار، كما يجب أن تكون المتعة بالمعروف، وليس من المعروف إنكار حالة الزوجة، لذلك يجب أن يراعى فيها حال الزوجين معا عملا بالنص.

ولقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا بأن التحديد يخضع للسلطة القضاء، وذلك بموجب ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18: (من المستقر قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة، ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس، برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في المحكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك، شابوا قرارهم بالقصور في التعليل.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)².

وبالرجوع إلى اجتهاد المحكمة في الملف رقم 32779 بتاريخ 1984 /03/02 الذي جاء فيه: (من المقرر شرعا وقانونا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها، يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببهم وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة

1 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 341.

2 ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18، مجلة قضائية، 1994، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 65.

الإسلامية، إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة، مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين، وطبقتها الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، أو غناهما أو فقرهما، أو غبن أحدهما، أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج: كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانية الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شئى غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة¹.

يتضح أن المشرع لم يحدد المعيار الواجب إتباعه في تحديد المتعة. كما أنه يتوصل من خلال هذا الاجتهاد أن المراعى في تقدير المتعة هو حالة الزوج المادية، دون الزوجة، تماشياً مع الآية الكريمة، التي تنص على إعطاء المتعة بحسب حالة الزوج وقدرته المادية من حيث اليسر أو العسر، فعلى القاضي في إطار سلطته التقديرية مراعاة ذلك.

وعند الإطلاع على " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " - متحفظ عليها-، أجد أنها لم تتعرض لهذه الحالة على سبيل التخصيص، وإنما جاء النص على " الاستحقاقات الأسرية " بشكل عام كما سبق وفصلت. من خلال الفقرة 01 من المادة 16 في فقرتها (ج) بنصها: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة :

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه "2.

1 ملف رقم 32779 بتاريخ 1984/03/02، مجلة قضائية، 1989، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 61. **نقلا عن:** عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 223.

2 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، -متحفظ عليها- مرجع سابق، ص 17.

فيتضح أن مهمة هذه الاتفاقية هي الحرص على التسوية بين الرجل والمرأة، بينما حرص المشرع الجزائري من خلال قانونه الخاص بالأسرة بموجب الأمر 02/05 في مادته 222 على ترك المجال للسلطة القضائية للاجتهاد من أجل أفراد حقوق مالية للمرأة تتميز بها عن الرجل، ومثال ذلك المتعة التي تفرض للمرأة دون الرجل. وبالتالي يمكن أن أتوصل إلى أن المشرع الجزائري حافظ على المركز المالي للمرأة المطلقة كونها تمثل عنصرا جوهريا في المجتمع وهي العنصر الضعيف فيه، لأن المجتمع الجزائري هو مجتمع ذكوري.

3- جنس المتعة: لقد اختلف الفقهاء في نوع المال الذي يصح تقدير المتعة به، على النحو التالي:

3-أ / جنس المتعة عند المذهب الحنفي: هي ثلاث أثواب: درع " تلبسه المرأة فوق القميص"، و خمار " ما تغطي به المرأة رأسها"، وملحفة " ما تتلحف به المرأة من رأسها إلى قدميها".

و لا تزيد هذه الأثواب عن نصف مهر المثل، لو كان الزوج غنيا، لأنها بدل عنه، ولا تنقص عن خمسة دراهم، لو كان فقيرا. والمفتى به: أن المتعة تعتبر بحال الزوجين كالنفقة، فإن كان غنيين فلها الأعلى من الثياب، وإن كان فقيرا فالأدنى، وإن كانا مختلفين فالأوسط¹. ويجوز دفع قيمتها عند الحنفية، بل وتجبر على القبول، لأن الأثواب ما وجبت لعينها بل من حيث أنها مال².

واستدلوا بقوله ﷺ: **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا**

لَهُنَّ فَرِيضَةٌ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْحَسَنِينَ ﴿ [سورة البقرة 236].

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 320.
2 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، 335.

وقوله ﷺ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [سورة

البقرة 241]. ووجه الدلالة: أن المتاع اسم للثياب في العرف، وهو المتبادر إلى الفهم¹.

3-ب / جنس المتعة عند المذهب الشافعي: فرق الشافعية في جنس المتعة بين القدر

الواجب، والمستحب². فقالوا أن المتعة الواجبة على وجهين:

الأول: ما يقع عليه اسم المال (أقل ما يتمول به ولا تقدير فيه). أما الثاني:

وهو المذهب يقدرها الحاكم. واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ

تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى أَلْوَسِّعِ قَدْرُهُ وَعَلَى أَلْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَعًا

بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة 236].

أما المتعة المستحبة إما أن تكون خاتماً، أو القاضي مقنعة (ما تستر به المرأة رأسها)،

أو ثوباً، على أن لا تزيد في المتعة عن نصف المهر، ويستحب أن لا تنقص عن ثلاثين

درهماً³. واستدلوا بما روي عن ابن عباس ﷺ: (يستحب أن يمتعها بخادم، فإن لم يفعل

فبثياب)⁴.

3-ج / جنس المتعة عند المذهب المالكي: ليس للمتعة عندهم حد معروف في قليلها

و كثيرها،⁵ وقد اختلف الناس في هذا⁶، لأن هذا هو مقتضى القرآن الكريم في الآية، والله

ﷻ لم يقدرها بل ترك المجال مفتوح، دون تقدير ولا تحديد.

1 إبراهيم مذكور، معجم الوجيز، مرجع سابق، ص 572.

2 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، مرجع سابق، ج 5، ص 269.

3 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج 3، ص 308.

4 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع

سابق، ص 337.

5 محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 4، ص 164.

6 أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 53.

3-د/ جنس المتعة عند المذهب الحنبلي: تختلف المتعة ببسر الزوج وعسره، فأعلاها خادم، وأدناها كسوة تجز بها صلاتها، ويتولى تقديرها الحاكم، وهي متاع بقدر نصف مهر المثل¹. واستدلوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما: (أعلى المتعة خادم، ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة)².

الراجح: يكون بتقديم الرجل للمرأة، ما تكتسي به وتستتر، حسب العرف والعادة، وحسب الزمان والمكان، مع الأخذ في الحسبان حال الزوجين معاً، ويجوز أن تكون نقداً.

ثانياً: العلاقة بين المتعة والتعويض: لقد اهتم الإسلام بالأسرى وأولاه رعاية خاصة، وذلك لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع.

ومن هنا فقد حرص على أن تقوم الأسرة على أسس قوية ومتينة، من العقيدة الإسلامية والأخلاق الفاضلة التي امتازت بها عن غيرها، لما فيها من وازع ديني يردع ويجزر المسلم عن إيقاع الظلم بالآخرين، وإلحاق الضرر بهم، لكي تستمر الحياة الزوجية على المحبة والمودة والتعاون و التكافل، في سبيل تنشئة الأبناء تنشئة إسلامية صحيحة، ليتم تكوين مجتمع سليم نقي من المفاسد والآثام.

ومع ذلك فقد يحدث للأسرة ما يعكر صفوها، من شقاق، ونزاع، وخلاف، قد ينشب بين الزوجين، فيؤدي إلى استحالة الحياة الزوجية بينهما، وإلحاق الضرر بالأبناء والمرأة والمجتمع. وفي هذه الحالة شرع الله ﷻ الطلاق كعلاج أخير وحل ناجح للمشكلات، والخلافات الزوجية بعد استنفاد كل وسائل الإصلاح، فأخر العلاج الكي، لمن إيقاع الضرر ودفع الإيحاش والابتذال.

1 مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومعه النكت والفواكه السنية- لشمس الدين ابن مفلح المقدسي-، مرجع سابق، ج2، ص36.
2 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج4، ص354.

كما شرع الإسلام المتعة تعويضا ماليا للمطلقة، يدفعه الزوج تخفيفا للألم، وتطيبها لخاطرها المنكسر، وتعويضا لما أصابها من ضرر¹.

وهذه المتعة تعتبر أيضا تدبيرا شرعيا رادعا وزاجرا لمن تسول له نفسه تطليق زوجته من غير سبب، أو إيقاع سبب من الأسباب التي تجبرها على طلب ذلك. خاصة إذا أضيف هذا التعويض المالي-المتعة- إلى التبعات المالية الأخرى.

وبما أن التعويض يكون متى لحق ضرر بالطرف المتضرر، ومن ثم إثباته، وهو كذلك يعد من التبعات المالية. فما هي أوجه التشابه والاختلاف بين المتعة والتعويض؟ وهل يمكن حلول المتعة محل التعويض؟. سأجيب على ذلك فيما يلي:

أ / أوجه التشابه والاختلاف بين التعويض والمتعة: للمتعة والتعويض أوجه تشابه وأخرى اختلاف سأحدد بعضها منها:

أ-1/ أوجه التشابه: تتفق المتعة مع التعويض في عدة نقاط:

- أن كلا من المتعة والتعويض يأتیان بعد الفرقة التي تزيل الحل بين الرجل والمرأة. لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض، إلا بانقضاء عدتها.
- أن كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارهما الطرفان المعنيان بالأمر، فإن اختلفا قدره القاضي حسب ظروف كلي المطلقين.
- اختلف الفقهاء وكذلك القوانين في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.²

- أن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا لها، عن الألم وتعويضا عما لحقها من ضرر جراء الفرقة.

- أن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق المالية للمرأة الناتجة عن الفرقة كالمهر المؤجل، والنفقة...

1 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص362.

2 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص354.

أ-2/ أوجه الاختلاف: تختلف المتعة عن التعويض بعدة أمور من بينها:

- أن المتعة تثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن والسنة، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه. لكن بالرجوع إلى النص القانوني فهو واضح بخلاف المتعة.
- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة إذا أخذنا بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إذا كان الطلاق خلعا، لأن إمكانية التعسف فيه مفترضة.

- المتعة تجب في جميع الحالات (طلاق - فسخ - أو حكم القاضي)، أما التعويض فيجب في حالة وقوع الفرقة مع إلحاق الضرر.

- المتعة تجب بمجرد إيقاع الفرقة، أما التعويض فيجب متى لحق ضرر بالمرأة وتمكنت من إثباته¹.

ب / مدى إمكانية حلول المتعة محل التعويض: بعدما تعرضت للتعويض والمتعة فيما سبق، و أثبت أنهما يكونان لجبر الضرر اللاحق بالمرأة المطلقة، وبعدها تطرقت إلى بعض أوجه التشابه والاختلاف. يبقى السؤال المحير: هل يمكن أن تغني المتعة عن التعويض؟. للإجابة سأحدد رأي الفقهاء، ثم المشرع الجزائري وذلك كالآتي:

ب-1/ رأي الفقهاء في إمكانية حلول المتعة محل التعويض: انقسم الفقهاء إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: جمهور الفقهاء المعاصرين: ذهبوا إلى أن المتعة تغني عن التعويض، ومن أقوالهم:

يقول ' الصابوني ' في كتابه " مدى حرية الزوجين في الطلاق " : (ونرى أن يكون هذا التعويض، المتعة التي شرعها الله)².

1 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 354.

2 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 110.

ويقول ' محمد الزحيلي ' في كتابه " التعويض المالي عن الطلاق"¹ : (ومما سبق يظهر بأن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الفرقة، للتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، و أن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع). بل هناك من العلماء من يرون بأن المتعة تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد أقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض، لأن الشريعة الإسلامية العادلة، أرفق بالمرأة و أرحم، وأسبق إلى ما فكروا فيه، فقد أوجبت لها هذا التعويض باسم المتعة.

كما أن ' السرطاوي ' في كتابه " شرح قانون الأحوال الشخصية"² فهو يرى بأن القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض قد تعسف في ذلك، ويرى العدول عن مبدأ التعويض والأخذ بنظام المتعة، حيث تغني عن التعويض ولا تعسف فيها لثبوتها بالقرآن الكريم³.

الاتجاه الثاني: بعض الفقهاء المعاصرين: ذهبوا إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض، خاصة إذا كان هناك تعسف في استعمال الحق. ومن أقوالهم:

قول أحد الفقهاء: (وأرى أن المتعة لا تغني عن التعويض في حالة التعسف في استعمال الحق، ولا تحل محله، لأن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر، وتستحب لغيرها، أما التعويض فيجب لكل مطلقة مادام أنه ثبت هناك ضرر، لأن الفرقة إن وقعت غالباً ما تكون لاختلاف الزوجين فيما بينهم، والمرأة طرف فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الفرقة، تصرفات الزوج اللامسؤولية، مما يترتب عليه ردة فعل الزوجة الراضة، فينشأ الخلاف.

وبذلك يظهر لنا بأن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض، لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض).

1 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص 87.

2 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 185.

3 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 358.

وقال فقيه آخر: (أرى أن المتعة لا تغني عن التعويض والله أعلم)¹.

الترجيح: الذي تطمئن له النفس، ترجيح مذهب جمهور القائل بأن المتعة تغني عن التعويض. لأن الله ﷻ علام الغيوب، الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، يعلم بأن كل فرقة يترتب عنها ضرر يلحق بالمطلقة ويسيئ لها. لذلك فقد أوجب المتعة والتي هي تعويض مالي جبرا للضرر الواقع على المطلقة. لأنه قد يؤدي إيجاب التعويض إلى إلزام الزوجين على التعايش رغم الخلاف والشقاق والنزاع، مما يجعل الحياة بينهما لا تطاق. كل هذا بسبب إرغام الزوج عن التعويض.

أما إذا علم المسلم أن ما طبق عليه من نظام المتعة، هو ما أقره الله تبارك وتعالى، أذعن له وأطاع واستجاب لأمر الله ﷻ. خلافا لما يراه عند تطبيق نظام التعويض عليه، حيث قد يراه عقوبة له بسبب فرقة قد يكون له يد فيها، أو تكون بإرادتها.

ب-2/ رأي المشرع الجزائري في إمكانية حلول المتعة محل التعويض: بالرجوع إلى قانون الأسرة لم أجد نص يتطرق إلى التكلم عن المتعة بالرغم من إيجاد مواد تتطرق إلى التعويض في حالة التظليق والطلاق التعسفي والنشوز.

وفي حالة غياب النص نرجع إلى المادة 222 من الأمر 02/05 والتي تنص: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

ومع وجود نص يتكلم عن التعويض دون المتعة، ربما هذا راجع إلى أن المشرع أراد الأخذ بما جاء عن طرق الاجتهاد دون ما جاء عن طريق القرآن. أو أنه أراد أن يأخذ بما جاء عن طريق الاجتهاد ليكون له وجود قانوني، مع الأخذ بما جاء عن طريق النص الشرعي وذلك عن طريق الإحالة إليه بموجب المادة 222 السالفة الذكر. بمعنى المزوجة بين المتعة والتعويض، وهو ما يؤخذ عليه لعدم وضوح نظرة المشرع في ذلك.

1 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 359.

وبالرجوع إلى اجتهاد القضاة أجد عدة اجتهادات تنص على المتعة من بينها:

ملف رقم 59614 بتاريخ 1988/11/21: (إن المحكمة العليا فيما ذهبت إليه أن حق الزوجة في المتعة يتم لمن فارقها زوجها بإرادته المنفردة، وأنه على العكس من ذلك أن الحق في المتعة، لا يتم لمن تختار فراق زوجها. فالقضاء بالمتعة جاء مخالفا للقواعد الشرعية، مما يتعين قبول هذا الوجه، وعليه يستوجب نقض القرار محل الطعن)¹.

ملف رقم 43860 بتاريخ 1986/12/29: (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 التظليق و استجابت 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 فيما يخص المتعة)².

ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18: (من المستقر قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة، ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس ، برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في المحكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك، شابوا قرارهم بالقصور في التعليل.

1 ملف رقم 59614 بتاريخ 1988/11/21. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص1624.

2 ملف رقم 43860 بتاريخ 1986/12/29، مجلة قضائية، 1993 عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص41.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹. يستشف من هذا القرار أن القضاء أخذ بالمذهب القائل بإمكانية المزاجية بين التعويض والمتعة.

ثانيا: مدى أحقية المرأة المطلقة عن طريق التطلق والخلع للمتعة:

لقد ورد خلاف معروف عند الفقهاء حول وجوب المتعة للمطلقة المدخول بها، وغير المدخول بها إذا سمي لها صداق. والذي أراضه وأختاره، هو وجوبها لكل مطلقة مطلقاً، إلا التي سمي لها مهر ولم يدخل بها. وهو مذهب الشافعية وقول أحمد، واختاره 'ابن تيمية' في كتاب "المهذب الجزء الثاني". لأن المتعة فيها تعويض لما فات على المطلقة من طمأنينة على نظام حياتها في كنف زوجها²، وللقاضي تقديرها حسب الظروف.

ولقد بينت فيما سبق حكم متعة المطلقة بصفة عامة، لكن موضوع الدراسة مخصص حول حق المرأة الطالبة للفرقة للنفقة المتعة. فالسؤال الذي يطرح هو: ما حكم أخذ المفترقات عن أزواجهن برغبتهم عن طريق التطلق والخلع لنفقة المتعة؟.

سأجيب على هذا التساؤل بدءاً بأراء الفقهاء ثم رأي المشرع الجزائري في ذلك كالآتي:

1/ رأي الفقهاء في مدى أحقية المرأة الطالبة للفرقة عن طريق التطلق والخلع

للمتعة: لقد اختلف الفقهاء في حكم المطلقات عن أزواجهن بطلاق لم يوقعه الزوج بإرادته المنفردة على مذهبين:

الاتجاه الأول: ذهب فقهاء الحنفية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵ إلى: وجوب المتعة في كل فرقة حصلت بسبب من جهة الزوج: كالجب والعنة، أما إذا حصلت بسبب من جهتها فلا تجب كالمختلعة.

1 ملف رقم 75029 بتاريخ 18/06/1991، مجلة قضائية، 1994، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، ص 65.

2 أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، (بتصرف)، ص 86.

3 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 6، ص 64.

4 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج 3، ص 308.

5 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 10، ص 137.

ومن بين أقولهم ما جاء في:

كتاب " تحفة الفقهاء " : (المتعة نوعان: واجبة ومستحبة.

فالمتعة الواجبة: لا تكون إلا لمطلقة واحدة، وهي التي طلقها قبل الدخول بها، في نكاح لا تسمية فيه. أما **المتعة المستحبة:** في ثابتة لكل مطلقة لم تستحق بالطلاق جميع المهر، ولا نصفه، إلا أن تكون الفرقة من قبل المرأة: فإنه لا يستحب فيها المتعة مدخولا بها أو لم يكن، لأنها جانية، فكيف يستحب الإحسان في حقها؟¹.

وفي كتاب " مختصر الطحاوي " : (ونفتي المطلق لزوجته بعد دخوله بها، أن يمتعها، ونحثه على ذلك، ولا نجبره عليها)².

وكذلك ما جاء في كتاب " المهذب " : (إذا طلقت المرأة لم يخل: إما أن يكون قبل الدخول أو بعده. فإن كان قبل الدخول نظرت فإن لم يفرض لها مهر، وجب لها المتعة. لقوله ﷺ: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى أَوْسَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى أَمَقَرِّ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [سورة البقرة 236]. لأنه لحقها بالنكاح ابتذال، وقلت الرغبة فيها بالطلاق، فوجب لها المتعة.

وإن فرض لها مهر، لم تجب لها المتعة، لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها، لأنه حصل لها في مقابل الابتذال نصف المسمى، فقام ذلك مقام المتعة.

أما إذا كان بعد الدخول ففيه قولان: الأول: قول قديم: لا تجب لها المتعة لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض فلم تجب لها المتعة، كالمسمى لها قبل الدخول.

1 علاء الدين السمر قندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص 141.

2 أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، مرجع سابق، ص 194.

والثاني: قول جديد: تجب، لقوله ﷺ: ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَّتِعُكُنَّ وَأُسْرِحُكُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا ﴾ [سورة الأحزاب 28]. وكان ذلك في نساء دخل بهن¹.

الاتجاه الثاني: ذهب المالكية² إلى أنه: لا متعة في كل فراق تختاره كامرأة المجذوم والعنين، ولا الفسخ، ولا المختلعة.

2/ رأي المشرع الجزائري في مدى أحقية المرأة الطالبة للفرقة عن طريق التظليق والخلع للمتعة: بالرجوع إلى القانون الجزائري، أجد أنه لم يشر إلى المتعة ونفقتها، لا من قريب ولا من بعيد، ومال كل الميل إلى التكلم عن التعويض بالنسبة للمرأة الطالبة للتظليق دون الخلع. وفي هذا غياب لإحدى الأحكام الشرعية المفروضة بالكتاب والسنة للمرأة المطلقة.

ولقد جاء في كتاب " موسوعة قضايا إسلامية معاصرة " : (أن الإعراض عن متعة الطلاق، وعدم معرفة النساء بها، وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء،... كل ذلك وغيره يسوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القرآن الكريم قد بين ذلك قبل أربعة عشرة قرنا، ثم حذر بعض الأئمة قبل قرون من هذا الإعراض والإغفال عن هذا الحق، ف قيل: أنه ينبغي تعريفهن وإشاعة حكمها ليعرف ذلك)³.

وعند تطبيق ذلك نحافظ على أسرار البيوت وأعراض المسلمين من أن تنالا الألسن، وأن يتحدث بها في ساحات المحاكم، ووفرنا الوقت على القضاء، ولم يستفحل الشر بين البشر⁴.

1 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي،المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه،مرجع سابق،ج2،ص475.

2 مالك بن انس الأصبجي، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج3-4-5، ص 346.

3 محمد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق،ج2، ص 64.

4 محمود علي السرطاوي،شرح قانون الأحوال الشخصية ، مرجع سابق،ص 124 وما يليها.

وبهذا فعلى المشرع أن يتفادى هذا السهو إن صح التعبير، و ينص عليها في تشريعه، ليمنح حق المرأة المطلقة الضائع لعدم النص عليه، هذا والله أعلم.

لأن المتعة ليست عقوبة للمطلق، كون كل فقهاء المذاهب الفقهية أوجبها على المطلق واستحبها له، حيث اعتبرت المتعة من قبيل التسريح بإحسان يدفعها الرجل للمرأة، امتثالاً لأمر الشارع سبحانه وتعالى.

الفرع الثاني: حق المرأة في نفقة العدة:

الإسلام أحرص الأديان على نجاح العلاقة الزوجية، وتكون الأسرة المسلمة في كنف المودة والرحمة والطاعة، ذلك أن الرباط المقدس بين الرجل والمرأة، وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، وفشل علاقة زوجية تعد في الإسلام من أكبر المعضلات المسببة لتشتت المجتمع وتفريقه وتشريده.

و بما أن وقع الفرقة عظيم على كل من الزوجين وخاصة على المرأة، لذلك وجبت العدة عليها، سيما إذا كانت مدخولاً بها، أما إذا لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا عدة لها.

فإذا كانت العدة متعلقة بوفاة الزوج وكان العقد صحيحاً، فإن معظم الفقهاء قالوا بوجوب اعتداد الزوجة غير المدخول بها، عدة وفاة حتى ولو لم يكن هناك دخول مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ

أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝﴾

[سورة البقرة 234]. وفاء له ومراعاة لحقه. وهذا يحتاج إلى تفصيل إلا أنه ليس مجال الدراسة.

أما إذا كانت الفرقة لغير وفاة- وهو مجال الدراسة - فإن العدة لا تجب على الزوجة إلا إذا دخل بها الزوج، أو اختلى بها. فإذا لم يختل بها، فلا تجب عليها العدة¹ مصداقاً لقوله

1 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2012م، ص 107.

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾

﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [سورة الأحزاب 49].

وتكمن أهمية العدة في أنه: بالعدة يمكن التوقف على صحة النكاح الجديد، كما يتوقف على معرفتها بقاء النكاح الأول وانتهائه، كما هو الحال في الرجعي، ضف إلى ذلك أنه يتوقف على العدة حق النفقة والإرث، وبها يمكن التأكد من براءة رحم المرأة من الحمل¹.

من خلال ما سبق إيراده يتعين طرح الإشكال الآتي: ما المقصود بالعدة؟ وما هي أحكامها؟ ومتى تستحق المرأة نفقة العدة؟ وللإجابة على هذه التساؤلات يتعين التطرق إلى: مفهوم العدة (أولاً)، ثم بيان أحكامها (ثانياً)، وأخيراً (استحقاق المرأة المطلقة عن طريق التطليق أو الخلع للنفقة العدة).

أولاً: مفهوم العدة: يترتب على انحلال عقدة النكاح، حقوق مالية للمرأة تكون عوناً لها في تحمل في تحمل وطء الفرقة الزوجية، ومن بين هذه الحقوق: حقها في نفقة العدة، لأن انتهاء الرابطة الزوجية لا يعني انقطاع الأثر المالي كحق يبقى ساري المفعول، وحقها في نفقة العدة من أهم هذه الحقوق.

وللتوصل إلى حق المرأة في نيل نفقة العدة، لابد من معرفة: تعريف العدة مع بيان حكمها والحكمة منها (1)، ثم أسباب العدة وأنواعها (2).

1- تعريف العدة مع بيان حكمها والحكمة منها: العدة من آثار الطلاق والتي في مضمونها تلزم المرأة المطلقة بالمرور بهذه المرحلة، وهذا بغرض التأكد من براءة رحمها. فما المقصود بالعدة؟ وما هو حكمها؟ وهل هناك حكمة من إقرارها؟ وسأجيب على هذا على التوالي:

1 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 328.

1 - أ- تعريف العدة: تعريف العدة كالآتي:

1-1- تعريف العدة لغة: هي من العد: بمعنى إحصاء الشيء، وجمعها: عدد. وقيل:

العدة مصدرها كالعَد¹.

وعدة المرأة: أيام قروئها، وعدتها أيام إحدائها على بعلها، وإساکها على الزينة، شهورا كان أو وضع حمل حملته من زوجها، وقد اعتدت المرأة عدتها من وفاة زوجها، أو طلاقه إياها، وجمع عدتها عدد. وأصل ذلك كله من العد².

وفي "معجم التعريفات": العدة هي: تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد، أو شبهته³.

1-أ-2- تعريف العدة اصطلاحا: عرف الفقهاء العدة كالآتي:

أ- عند الحنفية والشافعية: العدة هي اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح⁴.

ب- عند المالكية: العدة هي: تربص المرأة زمن معلوما، قدره الشرع علامة على براءة رحمها⁵.

ج- عند الحنابلة: العدة هي: اسم لمدة معلومة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها⁶.

كما عرفت العدة بأنها: أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار عقد النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله، لا تنفصم عرا الزوجية من كل الوجوه، بمجرد وقوع الفرقة، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره، حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع⁷.

1 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص 281.

2 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المرجع نفسه، ج3، ص 284.

3 علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مرجع سابق، ص125.

4 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص414.

5 خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج4، ص293.

6 برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج7، ص71.

7 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص372.

د -تعريف العدة قانونا: بالرجوع إلى قانون الأسرة 02/05 ، أجد أن المشرع لم يعرف العدة، بل نص على أنواعها وطريقة انقضاء كل نوع منها، وذلك من خلال نصوص المواد 58-59-60-61.وسأقتصر على حالة الطلاق فقط.

حيث نص في المادة 58 منه على إن: " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ". كما نص في المادة 60 من نفس القانون على إن: " عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

ولقد جاء في اجتهاد المحكمة ما يوافق النص التشريعي وذلك فيما يلي:

الملف رقم 137571 بتاريخ 18/06/1996: (من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة قبل الدخول)¹. والملف رقم 254080 بتاريخ 21/02/2001: (إن عدم التصريح بالحمل، عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة تجاه المطلقة، لحرمانها من نفقة الحمل، لاستحالة أو صعوبة اكتشافه في الشهرين الأوليين له)².

1 - ب- حكم العدة والحكمة منها: إن المتأمل لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء يلمس انضوائها وشمولها على حكم ومصالح متعدد، روعيت فيها أحوال المكلفين وظروفهم، وتوخيت فيها مصالحهم في عاجل أمرهم و آجله، وما تشريع العدة إلا نموذج حي لهذه التشريعات الحكيمة والقوية. فما هو حكم العدة؟ وما هي الحكمة المتوخاة من أقرارها؟.

1 ملف رقم 137571 بتاريخ 18/06/1996، مجلة قضائية، 1997، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 93.

2 ملف رقم 254080 بتاريخ 21/02/2001، مجلة قضائية، 2002، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 444.

1-ب-1/ حكم العدة: العدة واجبة شرعاً، وهي من الثوابت الشرعية التي لا مجال للنظر فيها، حيث دل على وجوبها الكتاب والسنة دلالة واضحة.

أ- دليل الوجوب من الفرقان: لقد وردت عدة آيات تدل على وجوبها من بينها:

قوله ﷻ: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا تَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمَنَّ

مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبِعُولَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ

إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ

حَكِيمٌ ﴾ [سورة البقرة 228]. بمعنى أن النساء اللواتي طلقن بعد دخول أزواجهن بهن،

وإفصائهم إليهن، إذا كن ذوات حيض وطهر، أن يتربصن بأنفسهن عن النكاح ثلاثة قروء¹.

قوله ﷻ: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ

خَبِيرٌ ﴾ [سورة البقرة 234].

قوله ﷻ: ﴿ وَالَّتِي يَبِيسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ

وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ

أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾ [سورة الطلاق 04]. لما بين أمر الطلاق والرجعة في التي تحيض،

وكانوا قد عرفوا عدة نوات الإقراء، عرفهم الله ﷻ في هذه الآية عدة التي لا ترى الدم، وقال عثمان لما نزلت عدة النساء في سورة البقرة، في المطلقة المتوفى عنها بعلمها،

1 محمد بن عبد الرحمان بن محمد بن عبد الله الإيجي الشيرازي الشافعي، جامع البيان في تفسير القرآن ومعه حاشية محمد بن عبد الله الغزنوي، تحقيق: عبد الحميد الهنداوي، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ط1، 2004م/1424هـ، ص 159-160.

قال إبي كعب: يا رسول الله إن ناسا يقولون: قد بقي من النساء من لم يذكر فيهن شيء: الصغار ذوات الحمل، فنزلت ﴿وَأَلَّتْ يَيْسَنَ﴾¹.

ب- دليل الوجوب من السنة:

عن ابن شهاب قال: أخبرني سالم، أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فتغيظ فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال: (ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها طاهرا قبل أن يمسها، فتلك العدة كما أمره الله)². فالحديث دل على أن من طلق زوجته أثناء حيضتها، فهو متعسف في طلاقه، لأنه طلاق بدعي، وعليه أن يراجعها حتى تطهر ولا يمسها، فيطلقها إن شاء للتأكد من براءة رحمها وهو مغزى العدة.

عن فاطمة بنت قيس قالت: طلقني زوجي ثلاثا، فأردت النقلة، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (انتقلي إلى بيت ابن عمك عمرو بن أم كلثوم، فاعتدي عنده)³. حديث فيه دليل على وجوب العدة على المطلقة ثلاثا.

وفي رواية أخرى، حدثنا عن فاطمة بنت قيس قالت: (طلقني زوجي ثلاثا، فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة)⁴.

1 محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج21، ص203 .
2 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج6، حديث رقم 4909، ص155 .
3 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم ، المسمى : المسند الصحيح المختصر من السنن ، مرجع سابق ، المجلد 1، حديث 1480، ص689 .
4 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم ، المسمى : المسند الصحيح المختصر من السنن ، المرجع نفسه، المجلد 1، حديث 1480، ص690 .

1-ب-2 / حكمة العدة: إن الشريعة الإسلامية جاءت لتحافظ على طهر المجتمع

ونقاوته، فشرعت العدة لحكمة هي:

أ- العلم ببراءة الرحم فنتربص المرأة مدة تتأكد خلالها من عدم حملها من الذي كان زوجها، و ذلك تجنباً للوقوع في محذور نهى عنه النبي ﷺ : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسق ماءه ولد غيره)¹. فهذه العدة كافية لتجنب اجتماع ماء الواطئين في رحم واحد، مما يضمن حفظ الإنسان وعدم اختلاطها².

ب- تعظيم عقد الزواج، ورفع قدره، وإظهار شرفه، وأرى أن هذه الحكمة موجودة في عدة الطلاق، وعدة الوفاة أيضاً. ففي الأولى: إشعار بأن الطلاق من أبغض الحلال الذي يؤدي إلى انقطاع ذلك العقد العظيم، فلزمت هذه المدة إعلاماً بتقويت مقاصد النكاح. وفي الثانية: إشعار بالحزن على ذهاب الزوجية وعقد الزواج لا على فقدان الزوج فقط.

ج- في العدة أربعة حقوق: حق الله، حق الزوج المطلق في اتساع زمن الرجعة، وحق الزوجة يتمثل في استحقاقها للنفقة والسكنى مادامت في العدة، وحق للولد: يتمثل في الاحتياط لثبوت نسبه.

د- قضاء حق الزوج في عدة الوفاة: فتعتبر عدة المتوفى عنها زوجها ضرباً من ضروب الوفاء للزوج بعد موته، وإظهاراً لتأثير فقده في الكف عن التزين والتجمل. فقال ' الكساني ': (وأنها- العدة- تجب لإظهار الحزن بفوات نعمة النكاح، إذ الزواج كان نعمة عظيمة في حقها، فإن الزوج كان سبب صيانتها، وعفافها، وإيفائها بالنفقة والكسوة والمسكن، فوجب عليها العدة لإظهار الحزن، لفوات النعمة، وتعريفها لقدرها)³.

هـ- وفي عدة المطلقة ثلاثاً: حكمة أخرى، وهي ردع الزوج عن إيقاع الطلقة الثالثة، فإن علم أنها ستعد ثلاثة قروء، ثم لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره نكاح رغبة

1 محمد بن عيسى بن سورة الترمذي والجامع الكبير، مصر، القاهرة، دار التأصيل، المجلد 4، ط1، 2014م/1435هـ، حديث رقم 1131، ص 327.

2 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص418.

3 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع نفسه، ج4، ص420.

مقصودة لا نكاح بقصد التحليل، ثم يطلقها من تزوج بها، وتعتد ثلاثة قروء أخرى، فإنه سيطول عليه الانتظار، مما يجعله يحجم عن طلاق الثلاث.

2- أسباب العدة وأنواعها: العدة واجبة بالقرآن والسنة وهو ما سبق دراسته، لكن لا يمكن وجود عدة إلا توافرت أسبابها (أ)، وهي تختلف من حالة إلى أخرى - أنواعها- (ب).

أ- أسباب العدة: تجب العدة على المرأة إذا وجد سببها، وسبب وجوب العدة هي:

أ-1- الفرقة من عقد نكاح صحيح، حصل فيه دخول أو خلوة صحيحة¹، وهو السبب الغالب الموجب للعدة، ولا تجب العدة بالفرقة قبل الدخول لقوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا حَمِيلاً﴾ [سورة الأحزاب 49]. وقد جاء ما يثبت هذا السبب في أقوال الفقهاء من بينها:

أ-1- قول الحنفية: إن العدة فيها حق الله، وحق الله يحاط في إيجابه، ولأن التسليم الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة، فتجب لها العدة، كما تجب في الدخول².
أ-1-ب- وكذلك قول الحنابلة: إن الخلفاء الراشدين قضوا أن من أرخى سترا، أو غلق بابا، فقد وجب المهر، ووجبت العدة، وهذه قضية اشتهرت، ولم ينكر فكانت كالإجماع³.

أ-2- موت الزوج حتى ولو لم يدخل بها قبل وفاته، لقوله ﷺ: ﴿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﴾ [سورة البقرة 234].

1 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، (بتصرف)، ص 373.
2 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 4، ص 425.
3 برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج 7، ص 107 وما يليها.

ولا خلاف بين العلماء على وجوب عدة الوفاة على من مات عنها زوجها، صغيرة كانت أو كبيرة، حرة أو أمة، سواء كانت من ذوات الحيض أم من اليائسات منه، لعموم الآية¹.

أ-3- الفرقة بعد الدخول في الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة²، سواء كانت الفرقة حال الحياة بتفريق من القاضي، أو بطلاق من الزوجين، أو بموت الزوج، وذلك لأن سبب وجوب العدة في هذه الحالة هو التأكد من براءة رحم المرأة.

ب- أنواع العدة: تتنوع العدة وتختلف باختلاف النساء المعتدات، فالعدة إما أن تكون بالإقراء، وإما بوضع الحمل، أو بالأشهر.

والمرأة إما تكون حاملا أو حائلا (غير حامل). وغير الحامل إما أن تكون معتادة أي (أن تحيض أياما معلومة من كل شهر)، أو مرتابة (لا تميز دم الحيض من غيره أو تشك أنها حامل)، أو تكون صغيرة (لم تحض)، أو تكون يائسة منه. ولكل صنف من هؤلاء عدة خاصة.

فهي إما تعتد بالأقراء، أو بالأشهر، أو حتى تضع حملها. وسأبين كل واحدة على حدة، كالآتي:

ب-1/ عدة الأقراء: هي تربص المرأة ومكوها ثلاثة قروء³، في حالة الطلاق الرجعي، أو البائن، دون المتوفى عنها زوجها. لقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ

أَزْوَاجًا يَتَرْتَضْنَ بَأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝﴾ [سورة البقرة 234].

1 محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج4، ص125.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 373.

3 القراء لغة: بضم السكون وجمعه أقراء و قروء، ويطلق على الحيض والطهر، كما يقصد بها الوقت مطلقا. ينظر: محمد رواس قلعة جي و حامد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، لبنان، بيروت، دار النفائس، ط2، 1988م/1408هـ، ص 286.

ولقد اختلفت آراء الفقهاء حول اعتبار القرء طهرا أو حيضا، فما هو الرأي الراجح؟ وما موقف المشرع حول ذلك؟

ب-1-أ- آراء الفقهاء: الفقهاء مختلفون في اعتبار القرء حيضا، أو طهرا على رأيين، لأن كلمة القرء في اللغة من الأضداد التي تحمل المعنى وعكسه، فتأتي بمعنى الحيض، كما تأتي بمعنى الطهر، وتبعا لاحتمال كلمة القرء للمعنيين اختلفوا في تحديد مقصوده كالآتي:

الرأي الأول: ذهب إليه كل من الحنفية¹ والحنابلة في الرواية المشهورة عنه²: حيث قالوا أن المراد بالقرء: الحيض، لأن الحيض معرف لبراءة الرحم، وهو المقصود من العدة، الذي يدل على براءة الرحم، وهو المقصود من العدة، لأن ما يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر.

واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿وَأَتَى يَبِسنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ آرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَأَتَى لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [سورة الطلاق 4]. أي ثلاث حيضات، لأن المعهود في الشرع: هو استعمال القرء بمعنى الحيض.

كما استدلوا بما روي عن عكرمة أن: (أم حبيبة بنت جحش أستحيضت، فأمرها النبي ﷺ أن تنتظر أيام قروءها، ثم تغتسل وتصلي، فإن رأت شيئا من ذلك توضأت وصلت)³. وكذلك ما روي عن عائشة ؓ عن النبي ﷺ قال: (طلاق الأمة تطليقتان،

1 أحمد بن محمد البغدادي، مختصر القدوري، تحقيق: عبد الله نزيير أحمد مزري، لبنان، بيروت، مؤسسة الريان، ط1، 2005م/1426هـ، ص 399.

2 عبد القادر عمر الشيباني المشهور بابن أبي تغلب، نيل المأرب بشرح دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد سليمان عبد الله الأشقر، الكويت، مكتبة الفلاح، ج2، ط1، 1983م/1403هـ، ص 273.

3 أبو داود سليمان، سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 305، ص 123.

وقروها حيضتان). وفي رواية أخرى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان)¹.

الرأي الثاني: ذهب إليه كل من المالكية² والشافعية³ وفي رواية عن الحنابلة⁴: حيث قالوا بأن القرء هو الطهر.

واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ

اللَّهُ تَحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [سورة الطلاق 1]. بمعنى طلقهن في الزمان الذي يصلح

للعدة، فاللام في كلمة (لِعَدَّتِهِنَّ) تأتي في اللغة بمعنى (في). ووجه الدلالة من هذه الآية:

أن الشارع الحكيم أمر بالطلاق في الطهر، لا في الحيض، لحرمة بالإجماع، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر، مما يستدل به على أن القرء هو الطهر، والذي يسمى عدة، وتطلق فيه النساء⁵.

كما استدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (إنما الأقرء الأطهار)⁶.

وتكمن المفارقة في اعتبار القرء طهرا، أو حيضا، في المدة التي تعدها المرأة حيث قد تبأ الحساب بالطهر، ثم تحسب طهرا ثانيا وثالثا، الذي هو دليل براءة رحمها وانتهاء عدتها، وأما اعتمادها القرء على أنه حيض، فتحسب ثلاثة حيضات، والأخيرة هي دليل براءة رحمها، لأن الحيض دلالة على عدم الحمل، فيظهر الفارق الزمني بين الطريقتين،

1 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، المرجع نفسه ، حديث رقم 2189 ، ص 233.

2 مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج3-4-5، ص 326.

3 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج3، ص118 و ما يليها.

4 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج11، ص 125.

5 عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية – دراسة مقارنة- ، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2012م/1433هـ، ص 233.

6 أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مرجع سابق، حديث رقم 1124، ص340.

لأن الراجح هو الرأي القائل بأن : القرء هو الحيض، لأن براءة الرحم منوطة به وليس بالطهر، كون الطهر قد يدل على الحمل و ليس على براءة رحمها.

ويشترط في المرأة المعتدة بالقرء شروط تتمثل في:

1/ أن تكون المرأة المطلقة مدخولا بها، لأن غير المدخول بها لا عدة لها¹، لقوله ﷺ:

﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ بِمَا

لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا^ط فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [سورة

الأحزاب49]. سواء كان النكاح الذي اعتدت من طلاقه صحيح أم فاسد، أم مختلفا في فساده، بشرط أن يدرأ الحد، كما لو يتزوج أحد أخته غير عالم بذلك، وفسخ نكاحها².

2/ أن تكون الفرقة بسبب طلاق لا وفاة.

3/ أن تكون المرأة ممن تحضن، أي معتادة الحيض، ولم ينقطع عنها لياس، ولم تكن

صغيرة ولم تحض بعد³.

ب-1-ب- موقف المشرع الجزائري: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 58 فقرة 1

على إن: " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قرء،....". لكنه لم يبين مسلكه

في هذه المسألة، إلا أنه لا يعني ذلك حدوث بعض التجاوزات على أحكام العدة، كالزواج

أثناءها، الأمر الذي يجب الاحتياط منه، ومراعاة البعد الديني قبل أي شيء. لما فيها

من آثار ضارة بالمجتمع ككل.

ب-2/ عدة الأشهر: يعتد بالأشهر نوعان من النساء:

ب-2-أ/ من ليست من نوات الحيض (ما تجب بدلا عن الحيض في المرأة المطلقة):

وهذا إذا كانت المرأة المطلقة صغيرة لم تحض بعد، أو كبيرة يئست من مجيئ الحيض،

1 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 330.

2 بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 274.

3 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 330.

فكلاهما تعدد إذا طلقت بثلاثة أشهر¹. لقوله ﷻ: ﴿وَأَلَّتِي يَيْسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبِتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [سورة الطلاق 4].

لأن الأشهر هنا هي بدل عن الأقراء، والأصل مقدر بثلاثة، فكذلك البديل، وعليه فإن ما يتعلق بسن اليأس محل خلاف بين الفقهاء، وهذا إذا اعتدت بالأشهر، ثم حاضت بعد فراغها، فقد انقضت العدة ولا تلزمها العدة بالأقراء، ولو حاضت في أثناء الأشهر انتقلت إلى الأقراء، ولا يحسب ما مضى قرءا عند جمهور الفقهاء، لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البديل².

ب-2-ب/المتوفى عنها زوجها (خارجة عن مجال الدراسة لكن لا بد من ذكرها): تعدد المرأة المتوفى عنها زوجها غير الحامل بأربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله ﷻ: ﴿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﴾ [سورة البقرة 234].

سواء كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده، بل ولو كانت في عدتها من طلاق رجعي ومات زوجها أثناءها، فإنها تنتقل من العدة بالأقراء، أو العدة بالأشهر (عدة الطلاق) إلى عدة وفاة، أما البائن: فلا تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة، لأنها ليست زوجة. ولو قبل انتهاء عدتها، لأن العلاقة الزوجية قد انقضت بعد الطلاق مباشرة³.

1 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 331.

2 عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 234.

3 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 332.

وقد جاء الحديث دالا على عدة الوفاة لقوله ﷺ: (لا يحل لإمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا)¹.

و جاء في كتاب 'مغنى المحتاج': (لقد قدرت عدة الوفاة بهذه المدة لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم أربعين يوما مضغة، ثم ينفخ فيه الروح في العشر، فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها الحمل)².

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري: فقد نص على ذلك في نص المادة 58 فقرة 2 من الأمر 02/05 على أن تعتد المرأة بثلاثة أشهر متى توافرت أسبابه كاليأس: (... واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق) لكنه لم يتكلم عن حالة الصغيرة ربما هذا راجع إلى أنه لا يعترف بزواج الصغيرة³.

ب-3/ عدة الحمل أو الوضع: العدة بوضع الحمل تكون عندما تفترق المرأة الحامل عن بعلها، سواء كانت الفرقة بينهما بطلاق أو وفاة. لقوله ﷺ: ﴿وَأَتَى يَبِيسَ مِّنَ

الْمَحِيضِ مِّنْ نِّسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَأَتَى لَمْ تَحِضْنَ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ

أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿ [سورة الطلاق 4].

فالنص جاء عاما حيث كان شاملا كل المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين، كما يشمل المعتدات من وفاة الزوج⁴.

و قال ﷺ: (حلت فانكحي من شئت من الأزواج)⁵، حينما ثبت أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر. فبوضع الحمل تنتهي عدة الحامل⁶.

1 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح المختصر من السنن، مرجع سابق، المجلد 2، حديث صحيح رقم 1490، ص 689

2 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج 3، ص 508.

3 راجع المواد 11 و 13 من قانون الأسرة.

4 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 374.

5 الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الشهير ب(النسائي)، سنن النسائي مع أحكام الأبنائي(محمد ناصر الأبنائي)، مرجع سابق، حديث صحيح رقم 3510، ص 545.

6 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، مرجع سابق، ج 9، ص 473.

لكن الخلاف يكمن في ماهية الحمل. هل يقصد به كامل الحمل أو جزء منه؟.

1. **فيرى الحنفية:** أن المراد بالحمل الذي استبان بعض خلقه أو كله، فإن لم يستتب بعضه لم تنقض العدة، لأن الحمل اسم نطفة متغيرة، فإذا كان مضغة أو علقة لم تتغير، فلا يعرف كونها متغيرة يقينا إلا باستبانة بعض الخلق¹.

2. **أما الجمهور:** فقد اشترطوا اكتمال وضع الحمل كاملا لانتهاء العدة بالنسبة للحامل².

3. **أما بخصوص رأي المشرع الجزائري:** فقد نص على أن العبرة في ميلاد الحمل أن يولد كاملا، وينفصل عن أمه، وهو ما نص عليه في المادة 134 من قانون الأسرة: "... يعتبر حيا - الحمل- إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة". إلا أن هذا لا يمنع أن يولد الحمل ميتا ورغم ذلك تنتهي عدة المرأة المعتدة.

كما حدد في المادة 60 من نفس القانون: " عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". بمعنى أن المشرع سلك مسلك الجمهور في تحديد أقصى مدة للحمل، إلا أنه لم يبين أدناها ربما هذا لتحديد ذلك في المادة 42 من القانون السالف الذكر: " أقل مدة حمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".

ثانيا: انتقال العدة و انقضاؤها : إذا كان الزواج صحيحا، فابتداء العدة من وقت حصول الفرقة، سواء كانت بطلاق، أو فسخ، أو وفاة. وتنتهي بانتهاء أجلها، وإن لم تعلم الزوجة بذلك، لأن العدة مدة حددها الشارع، عند وجوب سببها، متى وجد السبب ألزمت المرأة بها، إلا أن هذا الإلزام قد يحدث أمور طارئة تجعله يتحول من عدة إلى أخرى.

فكيف تنتقل العدة من عدة إلى أخرى؟ ومتى يمكن القول بأن العدة انتهت؟.

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص 191.

2 صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص 407. **وينظر:** موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص195. **وينظر:** عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المرجع السابق، ج9، ص 473 وما يليها.

1/ انتقال العدة: سأل ذلك عند الفقهاء ثم عند المشرع الجزائري، وذلك كالآتي:

1-أ/ عند الفقهاء: قد تتحول العدة من نوع إلى آخر بسبب تغير حال المرأة كالآتي:

1-أ-1/ من الأشهر إلى القروء: إذا حصلت الفرقة والمرأة صغيرة لم تحض، ثم جاءها الحيض قبل انتهاء الثلاثة أشهر، فإنها تنتقل من الاعتداد بالإقراء بدل الأشهر. ومثال ذلك: مطلقة صغيرة، أو يائسة، انطلقت عدتها بالأشهر، فلما مضى بعض زمن العدة رأت الدم، فإنها ترجع للاعتداد بالإقراء¹.

1-أ-2/ من الأقراء إلى الأشهر: إذا وقعت فرقة والمرأة من ذوات الحيض، فيجب عليها الاعتداد بالقروء، فإذا انقطع حيضها مدة من الزمن، فإن المرأة تنتظر تسعة أشهر، ثم تعد بثلاثة أشهر، إذا لم يكن لانقطاع الحيض سبب معروف. وتنتقل من الاعتداد بالقروء إلى الأشهر، في حالة وفاة زوج المطلقة طلاقاً رجعيًا قبل انقضاء عدتها لتتحول المرأة من عدة طلاق إلى عدة وفاة².

ومثال هذه الحالة: عندما تكون المطلقة تحيض، فإنها تبدأ الاعتداد بالأقراء، ثم يظهر بأسها ففي هذه الحالة تنتقل لعدة الأشهر، وهي ثلاثة أشهر³.

1-أ-3/ من الأشهر والأقراء إلى وضع الحمل: إذا ظهر على المرأة أثناء اعتدادها بالأشهر أو القروء حمل، فإنها تنتقل من الاعتداد بالقروء أو الأشهر إلى الاعتداد بوضع الحمل، لأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم⁴.

1-ب/ عند المشرع الجزائري: لم يفرد المشرع الجزائري نص أو مادة أو فقرة خاصة بانتقال العدة من نوع إلى آخر، ربما لتنوع هذه المسألة بحسب حال المرأة، تاركاً ذلك للفقهاء والاجتهاد القضائي حسب حال المرأة التي تتغير بتغير حالتها.

1 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 195.

2 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 334.

3 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 195.

4 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 334.

2/ انقضاء العدة في الطلاق: لمعرفة كيفية انقضاء العدة لابد من معرفة كيفية ابتداءها.

فالمراة تبدأ في حساب عدتها من انقطاع الزوجية، مع إلغاء اليوم الذي وقعت فيه الفرقة، ولا يتوقف ابتداؤها على علم المرأة، أو معرفتها بالفرقة، لأن سببها هو الفرقة، فتوجد بوجودها¹.

ففي حال العدة بالقروء فالمرأة في هذا النوع تكون أمام حالتين:

1-أ/ إذا وقع الطلاق وهي حائض، فإن حيضتها التي وقع فيها الطلاق لا تحتسب من العدة، بل من الحيضة التي تليها. لقوله ﷺ: ﴿ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ﴾ [سورة البقرة 228]. وإذا احتسبت من العدة لا يكون هناك مدة كاملة، وليس في هذا اختلاف بين فقهاء أهل العلم².

1-ب/ إذا طلقت وهي في طهر، فإن احتساب عدتها وهي ثلاث حيضات يكون ابتداء من أول حيضة تلي طهرها الذي وقع فيه الطلاق³.

أما إذا كانت العدة بالأشهر فإن المرأة تعدد حسب الأشهر القمرية لا الشمسية، فإذا كان الطلاق في أول الهلال، اعتبرت الأشهر بالأهلة، عملاً وتكريساً لقوله ﷺ: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ ظُهُورِهَا وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنِ اتَّقَى وَأَتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا وَأَتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [سورة البقرة 189].

وعليه حتى لو نقص عدد الأيام لأن الله ﷻ أمرنا في العدة بالأشهر، فقال ﷺ: ﴿وَأَلْتَمِسْ

يَسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ وَأُولَتْ

1 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 354.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج9، ص 177.

3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 200.

الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ^٤ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿ [سورة الطلاق4]. ومنه أيضا قوله ﷺ: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^٥ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ^٦ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ [سورة البقرة234]. فلزم الاعتبار بالأشهر سواء كانت ثلاثين يوما أو أقل¹ عملا بقوله ﷺ في حديثه المشهور والذي قال فيه : (الشهر هكذا، أو هكذا وهكذا، وأشار بأصابعه العشرة مرتين، وهكذا في الثالثة، وأشار بأصابعه كلها وحبس أو خنس إبهامه)².

ولمعرفة كيفية انقضاء العدة فهي تختلف من حالة إلى أخرى: فإذا كانت بالأشهر فإن معرفة انقضاءها شئ ميسور وكذلك إذا كانت بوضع الحمل، بخلاف العدة بالقروء، فإن العلم بها مختص بالمرأة فقط، وقد يحدث تجاحد أو تناكر في أمر ثبوتها بين الأطراف المعنية.

وبالتالي فمتى كانت العدة بالقروء، فإنه يعمل بإخبار المرأة والقول قولها، وتصديق فيما لو ادعت انقضاءها في أمد تنقضي في مثله العدة عادة، أما لو ادعت انتهائها في مدة لا تقع إلا نادرا، كالشهر الواحد، فتصدق إن صدقها النساء في رواية عن مالك، وفي رواية أخرى لا تصدق إلا في شهر ونصف³.

خلاصة ما سبق التطرق له: إن وجوب العدة من الثوابت الشرعية التي لا يجوز للمرأة ترك العمل بها، لأنها ثبتت بالنصوص الصحيحة والصريحة، حتى لو تنازل الزوج عن حقه في العدة، لأن العدة هي حق لله بالأول لا يملك الزوج أو الزوجة إسقاطها، وعليه فترك الاعتداد يعتبر مخالفة تشريعية ليست بالهينة، خاصة عند العلم بها. ومثال ذلك عند

1 عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية – دراسة مقارنة- مرجع سابق، ص 232.

2 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم ، المسمى : المسند الصحيح المختصر من السنن، كتاب النكاح، مرجع سابق، المجلد 1، حديث صحيح رقم 1080 ، ص 482.

3 محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص379.

القول بإنهائها والمدة مازالت قائمة، تداخل الهدد فيما بينها مما يخلط الأمر على المرأة القائمة بذلك، فتعتمد إلى إنهائها قبل أوانها.

والرجوع إلى ما نص عليه المشرع الجزائري بخصوص العدة. فقد نص في المادة 58 من قانون الأسرة على أن : " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ". فهذا النص جاء موافقا لأحكام الشريعة في كيفية الاعتداد إلا أنه جاء بلفظ القراء مبهما. كما أنه أغفل عدة الصغيرة، ربما هذا راجع إلى أنه لا يجيز زواجها ابتداء، وهو ما نص عليه في المادتين 11فقرة 02 و 13 من الأمر 02/05¹.

أما بخصوص المادة 60 من نفس القانون التي تنص على أن : " عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". فهي كذلك جاءت موافقة للشرع كونها قالت بانتهاء عدة الحامل بالوضع، وهو رأي الجمهور. إلا أنه لم يتطرق إلى أقل مدة حمل في المادة. وذلك لتفادي تكرار مضمون النصوص. لأنه نص عليها في المادة 42 من الأمر 02/05 والتي حددها بستة أشهر. وهو ما كان موافقا لما ذهب إليه العلم والطب الحديث، في أن أقصى مدة حمل هي 10 أشهر و أنداها 06 أشهر، وذلك سدا لباب الفساد والفواحش التي تتخر في المجتمع وكيانه، وخليته الأساسية المتمثلة في الأسرة². لأنه لو أخذ بما ذهب إليه اجتهاد الفقهاء في الفقه الإسلامي، حيث حددوا أقصى مدة بسنتين ، وهناك من حددها بأربع أو خمس سنوات. كون المرأة المطلقة لو ذهبت خلال هذه الفترة ستجد الباب موصدا، فترفض دعواها، لأنها ستتهم بالزنا أو ارتكاب الفاحشة بكل أنواعها.

وحسنا فعل المشرع لأنه بهذا الموقف يدعوا إلى تطهير المجتمع من الرذيلة.

1 المادة 11فقرة 2 من الأمر 02/05: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم...."
المادة 13 من نفس القانون: " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة...."
2 نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص199.

ثالثاً: استحقاق المرأة الطالبة للتطبيق أو الخلع لنفقة العدة: إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب من أسباب الفرقة، أو حدثت فرقة بسبب الوفاة، وكانت الزوجة مدخولا بها. وجب عليها أن تنتظر مدة معينة تلتزم فيها ببعض الالتزامات¹، مثل عدم تزوجها برجل آخر غير زوجها قبل انقضاء هذه المدة. كما حق لها بعض الحقوق كتمتعها بنفقة مكوثها تلك الفترة.

فلقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للمرأة في عدة طلاقها، لأنها أمر مقرر بالنص²، والقاضي هو الذي يحدد مقدارها، بحسب حال الزوجين، أو بحسب حال أحدهما على اختلاف المذاهب والقوانين الوضعية. شريطة ضمان ما يسد حاجاتها لمواجهتها ظروف المستقبل الجديد.

وقد ذكر الفقهاء أن العلة في هذه النفقة غالباً هي نفس علة النفقة الزوجية، لأن العدة استمرار للحياة الزوجية أحياناً كالعدة في الطلاق الرجعي. أو هي من أجل النكاح السابق قطعاً، كوجود الحمل أو الحزن على فراق الزوج، أو الاحتياط لمنع اختلاط الأنساب... أو غير ذلك مما يوجب عليها البقاء بغير زواج آخر مع ضمان نفقتها.

والمراد **بنفقة العدة**: ما تستحقه المعتدة أثناء مدة عدتها، من النفقة بكل أنواعها من نفقة (الطعام واللباس والكسوة والسكن). فقد تجب لها النفقة بجميع أنواعها، وقد لا تجب لها مطلقاً، وقد تجب لها بعض أنواعها. وهذا حسب نوع الفرقة، وصحة النكاح الذي وقعت فيه الفرقة، أو عدم صحته، وكون المعتدة حاملاً أو حائلاً³.

ومتى وجبت لها نفقة العدة يتعين على المرأة المعتدة استفاؤها، إذا لم يتوافر سبب مسقط لها. فمتى تستحق المرأة المطلقة نفقة العدة؟ وكيف يتم استفاؤها؟ وما هي مسقطاتها؟.

1 محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، الأردن، عمان، اليازدي، ط 2010، ص 179.

2 محمد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق، ج2، ص 55.

3 محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، الأردن، مرجع سابق، ص 179.

ولالإجابة على ذلك يتعين تحديد حق المرأة من نفقة عدة ناتجة عن طلاق (1)، ثم استثناء نفقة العدة وسقوطها (2).

1- حق المرأة في نفقة العدة الناتجة عن فرقة طلاق (تطليق- خلع): تنتهي العلاقة الزوجية بين الزوجين بموت أحدهما، وكذلك بالطلاق البائن، ونظرا لكون العلاقة الزوجية خلال وجودها تترتب عليها أمور لها تأثير حتى بعد الفراق، كاحتمال وجود الحمل، مما يتعين على المرأة أن تعتد، بحيث لا تفارق مسكنها، وهو ما يعد حجز لها ولمنافعتها، لمصلحتها ومصلحة حملها المحتمل، وكذلك مصلحة زوجها إذا كانت الفرقة غير بائنة. فهل تستحق المرأة النفقة نظير ذلك الحجز؟ خاصة وأنها هي الطالبة للتفريق؟ وللإجابة على هذا سأحدد على التوالي:

1-أ / رأي الفقهاء في استحقاق المرأة المطلقة لنفقة العدة: لقد فرق الفقهاء استحقاق المرأة لنفقة العدة من طلاق بائن بين ما إذا كانت حاملا أو حائلا، سأحدد ذلك كالآتي:

1-أ-1 / استحقاق المرأة المطلقة نفقة العدة وهي حامل: تجب النفقة بجميع أنواعها للحامل، في عدتها من طلاق بائن بالإجماع، لقوله ﷺ: ﴿وَأَلَّتِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ آرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَأَلَّتِي لَمْ تَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [سورة الطلاق 4]. لأنه ابنه فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه ذلك إلا بالإنفاق عليها¹. لأنها مشغولة بمائه، فهو مستمتع برحمها، فصار كالمستمتع بها في حال الزوجية، إذ النسل مقصود بالنكاح، كما أن الوطاء مقصود به².

1 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص420 وما يليها.

2 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج 3، ص 509 وما يليها.

لكن هنا يثور الإشكال: هل النفقة للحمل أم للحامل؟ هناك رأيين¹:

أ- النفقة تجب للحمل: لأنها تجب بوجوده، وتسقط عند انفصاله. فدل ذلك على أنها له.

ب- تجب للحامل من أجله: أي من أجل حملها، لأنها تجب هذه النفقة مع اليسار والإعسار، فكانت لها كنفقة الزوجة قبل وقوع الفرقة. وهذا القول الصحيح عند الشافعية².

1-أ-2/ استحقاق المرأة المطلقة لنفقة العدة وهي حائل: لقد اختلف الفقهاء في هذه

النفقة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لها النفقة والسكن: أي لها نفقة الطعام، والكسوة، والسكن، وهذا قول

الحنفية³. واسئلوا بما يلي:

قوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا

اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ

حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ

أمرًا﴾ [سورة الطلاق1].

وكذلك عن عمر بن الخطاب أنه لما بلغه قول فاطمة بنت قيس، قال ﷺ: (لا تدع كتاب

الله لقول امرأة لعلها نسيت)⁴. وذلك عندما روي أن فاطمة بنت قيس قالت: (طلقني زوجي

ثلاثا، فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة)⁵.

1 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص 267 وما يليها.

2 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج2، ص 156 وما يليها.

3 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص 503.

4 علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد عوض، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج3، ط1، 2001م/1422هـ، ج3، حديث رقم 3893، ص 288.

وأُنظر: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح المختصر من السنن، مرجع سابق، المجلد 2، حديث رقم 1480، ص 686

5 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح المختصر من السنن، المرجع نفسه، المجلد 1، حديث 1480، ص 690.

أن النفقة وجبت قبل الطلاق، لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج، وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة، وتأييد بانضمام حق الشرع إليه، لأن الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج على الخلوص، وبعد الطلاق تعلق به حق الشارع، حتى أنه لا يباح لها الخروج، وإن أذن لها الزوج بالخروج، فلما وجبت النفقة قبل الطلاق فوجوبها بعد الطلاق أولى¹.

ثم إن الأمر بالإسكان للمعتدات هو أمر بالإنفاق عليهن أيضا. لأنها كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج، ولا تقدر على اكتساب النفقة. فلو لم تكن نفقتها على الزوج، ولا مال لها لهلك، أو لضاق الأمر عليها وعسر، وهذا لا يجوز².

القول الثاني: لها السكن ولا نفقة لها: أي لها السكن فقط، ولكن لا تستحق نفقة³ الطعام، ولا نفقة الكسوة. وهذا قول مالك⁴، والشافعي⁵، وفي إحدى الروايتين عن أحمد⁶. واستدلوا بما يلي:

قوله ﷺ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِّرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاَسَرْتُم فَاَسْتَرْضِعْ لَهُنَّ أُخْرَى﴾ [سورة الطلاق 6].

1 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج9، ص 241.
2 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص425.
3 شمس الدين محمد بن قاسم بن محمد الغزي، شرح ألفاظ التقريب أو القول المختار في شرح غاية الاختصار، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 2005 م/1425هـ، ص 255.
4 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص 504.
5 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 520.
6 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج11، ص 270.

دل بمفهومه على أن غير الحامل لا نفقة لها، وإلا لم يكن لتخصيص الحامل بالذكر فائدة¹.
الزوجية بالطلاق البائن تنقطع، فهي تشبه المتوفى عنها زوجها، فلا تجب لها النفقة².

وقال ' مالك ' في قول ﷺ: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ مَنَّ سَكَنْتُمْ وَجَدِكُمْ ﴾ [سورة

الطلاق 6]. يعن المطلقات اللاتي قد بن – أي طلقهن أزواجهن طلاقاً بائناً- ولسن حوامل.
فلهن السكن، دون النفقة والكسوة، لأنها بائن منه. ثم قال ' ابن العربي ' بعد أن : ذكر قول
الإمام مالك وبسط ذلك، وتحقيقه: أن الله ﷻ لما ذكر السكن أطلقها لكل مطلقة، فلما ذكر
النفقة قيدها بالحمل، فدل على أن المطلقة البائن لا نفقة لها³.

القول الثالث: لا نفقة لها ولا سكن: أي لا نفقة طعام، ولا كسوة، ولا سكن⁴.
وهذا قول الحنابلة في إحدى الروايتين⁵. واسـتـدلوا بما يلي:

1) حدثنا عن فاطمة بنت قيس قالت: (طلقني زوجي ثلاثاً، فلم يجعل لي رسول الله ﷺ
سكنى و لا نفقة)⁶.

**2) النفقة تكون للزوجة، والمطلقة طلاقاً بائناً لم تعد زوجة له، فهي في حكم الأجنبية
عنه، ولم يبق إلا مجرد اعتادها منه. وهذا لا يوجب لها عليه نفقة⁷.**

1 شس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح
المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج7، ط3،
2003، م/1424هـ، ص 154.

2 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع
سابق، ج3، ص 523.

3 محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لبنان، بيروت،
دار الكتب العلمية، ج1، ط3، 2003/م/1424هـ، ص 281.

4 (ليس فيه ما يفيد إذ السكنى من النفقة). أنظر: عبد القادر الرافي و ابن عابدين، تقريرات الرافي على
الرد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، ج1،
2003/م/1423هـ، ص 322.

5 علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج10، ص 282.

6 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى : المسند الصحيح المختصر من السنن،
المرجع نفسه، المجلد 1، حديث 1480، ص 690.

7 شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق:
شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج3، ط3، 1998/م/1418هـ،
ص 466 وما يليها.

3 النفقة تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وهذه لا يمكن استمتاعه بها بعد بينونتها، فلا تستحق نفقة عليه، لأن النفقة لو وجبت لها لأجل عدتها، لوجبت للمتوفى عنها زوجها من ماله، إذ لا فرق بينهما البتة. لأن كل واحدة منهما قد بانة عنه وهي معتدة منه¹.

4 إذا وجب لها السكن فقط - كما يقول البعض-، لوجبت لها النفقة أيضا - كما يقول من يوجب النفقة-، فأما أن تجب لها السكنى دون نفقة، فالنص والقياس يدفعه².

1-ب / رأي المشرع في أخذ المرأة المطلقة لنفقة العدة: بالرجوع إلى تحديد مسلك المشرع في الطلاق الموجب لنفقة العدة. أجد أنه يعتبر أن الطلاق البائن يجب أن يصدر بموجبه حكم من القاضي سواء كان طلاق من قبل الزوج أو الزوجة. وهو ما نص عليه في المادة 49 فقرة 01 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح...". وحتى يكون بائنا يجب تطبيق ما جاء في المادة 50 من نفس القانون: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ". بمعنى أن مناط البينونة عند المشرع الجزائري هو صدور الحكم.

إلا أنه لم يفرق بين أنواع الطلاق الموجبة للنفقة، كما فعل في المادة 48 من قانون الأسرة. حيث أنه بموجب هذه المادة يفرق بين الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بإرادة الزوجة، وبين الطلاق بالتراضي. وهو ما يفهم منه أن المشرع يمنح نفقة العدة للمرأة المطلقة سواء كان الطلاق من طرف الرجل، أو المرأة، أو من قبلهما. وهو ما يمكن اعتباره بصمة ايجابية للمشرع اتجاه المرأة. كونه حفظ لها حق نيل نفقة العدة مهما كان نوع الطلاق.

وعند التطرق إلى نص المادة 61 من نفس القانون الذي ينص على استحقاق المطلقة للنفقة والسكن خلال فترة العدة كما يلي: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها

1 شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج3، ص 468.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج9، ص 242.

زوجها، من السكن العائلي، ما دامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

فالمشرع قد سلك مسلك الحنفية، في إعطاء الحق للمعدة في النفقة والسكن، فلا يجوز للزوج المطلق أن يخرج الزوجة المطلقة من بيته¹، وإن كان لم يبين نوع الطلاق كما فعل الفقهاء الذين يفرقون بين الطلاق البائن والرجعي وبين المرأة الحامل والحائل، وإمكانية استحقاق المرأة للنفقة والسكنى.

إلا أنه عند ذكر المادة 50 و 61 من الأمر 02/05، يستخلص أن المشرع يعتبر فقط بالطلاق البائن الناتج عن حكم القاضي. لذلك يجب للمطلقة الحق في نفقة العدة، لأنها تعويض شرعي للمرأة²، تماشياً مع منهج الشارع والمشرع، وأيضاً من خلال اجتهاد المحكمة العليا. وذلك في الملف رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22 الذي جاء فيه: (متى كان من المقرر شرعاً، أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضي به، ومن ذلك تقدير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية، باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعاً إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول. فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقدير نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن³.

وهو ما يوافق القرار رقم 57752 بتاريخ 1989/12/25: (حيث إن كل مطلقة بعد البناء. عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة المحبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته. فالنفقة حق ثابت شرعاً من حقوق الزوجية، يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة، أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال

1 حسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، سوريا، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009م، ص 29.

2 محمد الزحيلي، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق، ج2، ص 57.

3 ملف رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22، مجلة قضائية، 1989، عدد 3، غرفة الأحوال الشخصية، ص 69.

المحددة شرعا، أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، و المجلس له الحق في الحكم بها، إذا أغفلها القاضي الأول. فالوجه سديد ويتعين رفضه¹.

وكذلك الملف رقم 390091 بتاريخ 2007/04/11: (نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج)². فالواضح أن المطلقة تستحق النفقة أثناء فترة العدة، مهما كانت صفتها، وتبقى واجبا على الرجل لحين انقضاء فترة العدة.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى اعتبار أن العدة ونفقتها من النظام العام، وهو ما ثبت في الملف رقم 358348 بتاريخ 2006/07/12: (لا طلاق بدون عدة، وبدون منح نفقة عنها، مادامت العدة من النظام العام)³.

وبما أن حق المرأة المطلقة في نيل نفقة العدة مكفول بالشرع والقانون الداخلي، فإنه ذلك يستدعي وقوف على حقها في القانون الدولي خاصة ضمن " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " - الاتفاقية فيها تحفظات- في المادة 13 منها والتي تنص على: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس تساوي الرجل والمرأة ، نفس الحقوق. ولا سيما:
(أ) الحق في الاستحقاقات الأسرية....).

فهذه المادة جاءت عامة وخاصة في الحقوق المالية، التي فرضها قانون الأسرة الجزائري للمرأة، اقتداء بالشرعية الاسلامية الغراء، ومن هذه الحقوق نفقة المعتدة من طلاق، فهي عكس ما تدعيه-أنها تحرص على المطالبة بحقوق المرأة- كونها في الأصل لم تشر إلى نفقة المعتدة.

1 ملف رقم 57752 بتاريخ 1989/12/25، مجلة قضائية، 1991، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 68.

2 ملف رقم 390091 بتاريخ 2007/04/11، مجلة قضائية، 2008، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 245.

3 ملف رقم 358348 بتاريخ 2006/07/12، مجلة قضائية، 2006، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 449.

2- **حق المرأة في استثناء نفقة العدة وسقوطه:** نفقة العدة هي نفقة الزوجة مدة عدتها، وهي تشمل: نفقة الطعام، والكسوة، والسكن. على النحو الذي بينته سابقاً. وسأطرق في هذا العنصر إلى القاعدة في استثناء نفقة العدة (أ)، ثم إلى مسقطاتها (ب)، وذلك كالآتي:

أ- القاعدة في استثناء نفقة العدة: نفقة العدة إذا وجبت للمعتدة، فهي نفقة الزوجة من حيث أنواع النفقة، ومقدارها، وكيفية الحصول عليها خلال مدة العدة. فالقاعدة في كيفية استثناء المعتدة نفقتها في العدة، هي نفسها في كيفية استثناء الزوجة نفقتها حال قيام الزوجية التي سبق التكلم عنها، مع بعض الفروق، التي تقتضيها أحكام العدة، وطبيعة حال المعتدة، لا سيما فيما يتعلق بالسكن للمعتدة كما سأوضحه الآن:

أ-1/ **فالحنفية:** قالوا على المعتدة أن تعتد في المنزل الذي تسكنه وقت وقوع الفرقة، لأنه المسكن المضاف إليها، والممنوع إخراجها وخروجها منه.

لقوله ﷺ: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [سورة الطلاق 1]. بمعنى أنه لا تخرج المعتدة من البيت إلا لعذر شرعي¹.

وقد جاء في ' المبسوط ': (وإذا كانت الزوجة مع زوجها في منزل مستأجر، فطلقها فيه، فالكراء " الأجرة " على زوجها حتى تنقضي عدتها. لأن السكن عليه، والكراء، ومؤنة السكن، فتكون عليه كما في حال قيام النكاح، فإن أخرجها أهل المنزل، فهي في سعة من التحول)². فعلى الزوج أن يستأجر لها مسكناً لتقضي فيه عدتها، وتعيينه يعود له، كما في حالة انهدام المسكن الذي يملكه وكانت تسكنه، فينقلها إلى غيره الذي يختاره.

1 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج9، ص 249.
2 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج6، ص33.

1. أما الشافعية فقالوا: إذا وجبت السكنى للمعتدة في حال فرقتها في حياة زوجها، فإن سكنها في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة. لقوله ﷺ: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [سورة الطلاق 1].

وكذلك قوله ﷺ: ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [سورة الطلاق 6]. لأن حقها السكن هو حق ليس على سبيل الخلوص،

وإنما فيه حق الله ﷻ. فلا يجوز استفاء هذا الحق في غير مسكنها الذي كانت تقطن فيه¹ إلا لعذر شرعي: كتأذيها من الجيران، أو الخوف من انهياره... فإذا وجد العذر الشرعي لتحويلها من هذا المسكن، فإنها مطلقاً ينقلها إلى أقرب المواضع لهذا المسكن حسب اختياره².

2. وعند المالكية فإنهم قالوا: بأن للمعتدة من طلاق وجوبا على الزوج السكن في المحل الذي كانت فيه. لقوله ﷺ: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [سورة الطلاق 1]. وهذا سواء كان المسكن له أو لا³.

1 نجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني الشافعي، الحاوي الصغير، تحقيق: صالح بن محمد بن إبراهيم الياصب، المملكة العربية السعودية، دار ابن الجوزي، ط 1، 1430 هـ، 536 وما يليها.
2 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، مرجع سابق، ج 7، ص 144.
3 عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفريع، مرجع سابق، ج 2، ص 111.

ومعنى ذلك أن أجرة المسكن الذي تقضي فيه عدتها، تكون على زوجها الذي طلقها، لأن السكنى على الزوج يسكنها حيث أحب بين جيران صالحين¹.

3. أما الحنابلة: إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً، وأراد أن يسكنها في منزله، أو في غيره، مما يصلح لسكنائها، تحصينا لفرشه لزمها ذلك.

فقد جاء في كتاب 'كشاف القناع' : (وإن أراد المبين - أي الزوج المطلق لزوجته طلاقاً بائناً-، إسكان البائن في منزله أو غيره، مما يصلح بها تحصينا لفرشه، ولا محذور فيه، لزمها ذلك، لأن الحق له فيه و ضرره عليه، فكان اختياره كسائر الحقوق)².

موقف المشرع: لم ينص على كيفية استثناء نفقة العدة إلا أنه في نص المادة 61 من الأمر 02/05 السالفة الذكر نص على استحقاق المرأة للنفقة في عدة الطلاق، دون تفصيل.

وبالرجوع إلى المادة 77 من نفس القانون فهي تحدد مشتملات النفقة: " الغذاء والكسوة، والعلاج، والسكن أو أجرته..." تاركاً أمر تحديد كيفية إستفاها للفقه بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بمنح السلطة التقديرية لاجتهاد القضاة.

فالملف رقم 253111 بتاريخ 2000/10/17 الذي جاء فيه: (إن القضاء ببقاء الزوجة في المسكن الزوجي بعد الطلاق، تنفيذاً لبنود عقد الزواج قضاء سليم)³، يثبت أن القضاة يطبقون ما جاء به الفقهاء حول إسكان المطلقة المعتدة في المسكن الزوجي مدة عدتها.

كما أن تحديد النفقة موكل لهم، فلهم الإحاطة بجميع الأمور المادية للرجل من جهة، وحاجيات المرأة من جهة أخرى، وهو ما نص عليه في اجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18: (من المستقر قضاء أن تحديد مبالغ المتعة

1 أحمد بن عمرو بن مهير الخصاف الشيباني، النفقات، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الهند، مطبعة العزيرية شاه على بنده حيدر آباد، ص 36.

2 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج13، ص52.

3 ملف رقم 253111 بتاريخ 2000/10/17، مجلة قضائية، 2003، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 278.

والتعويض، ونفقة العدة، ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل¹. فالواضح من خلال ما سبق أنه على القضاة تسبيب أحكامهم المتعلقة بتحديد النفقة، مع مراعاة حال الطرفين، وظروف المعاش، مع اشتغالها لكل مشتملات النفقة بموجب المادة 78 و 79 من الأمر 02/05.

ب- مسقطات نفقة العدة: إن المقصود من نفقة المتعة كما سبق وقلت: هو ما تستحقه المرأة المعتدة أثناء مدة عدتها من النفقة بأنواعها من طعام وكسوة، ولباس وسكن. فقد تجب لها النفقة بجميع أنواعها أو جزء منها، وقد لا تجب لها مطلقا. وهذا حسب نوع الفرقة، وصحة النكاح الذي وقعت فيه الفرقة، أو عدم صحته. وكون المعتدة حاملا أو حائلا، لكن متى تسقط نفقة العدة؟ بمعنى متى يسقط حق المرأة المطلقة في استحقاق نفقة المتعة؟ وستكون الإجابة كالآتي:

يسقط حق المرأة المطلقة في نفقة العدة في هذه الحالات:

(أ) تسقط بما تسقط به نفقة الزوجة: فلا يسقط ما وجب لها إلا بما يسقط به ما يجب للزوجة².

(ب) تسقط النفقة إذا كانت عوضا في الخلع: ولكن يبقى عليها واجب ملازمة العدة. فقد جاء في كتاب ' البدائع ': (لو اختلعت بنفقة عدتها، فبعض مشايخنا قالوا: يباح لها الخروج بالنهار للاكتساب، لأنها بمعنى المتوفى عنها زوجها. وبعضهم قالوا: لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة باختيارها. والنفقة حق لها فتقدر على إبطاله، فأما لزوم البيت وعدم الخروج منه، فحق عليها، لا تملك إبطاله³.

(ت) تسقط نفقة الحمل بالخلع: فقد جاء في ' المغني ': (إذا اختلعت المرأة زوجها وأبرأته من نفقة حملها وكفالاته، لم يكن لها نفقة⁴.

1 ملف رقم 29 750 بتاريخ 18/06/1991، مجلة قضائية، 1994، عدد 2، ص 95.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج9، ص 256.

3 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4، ص 447.

4 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص 203.

(ث) تسقط بمضي مدة العدة: إذا لم تقبضها ولم يكن مقضيا بها من قبل القاضي، ولا بالتراضي عليها من قبل المعتدة ومطلقها، وأما إذا كان مقضيا بها، أو حصل تراض عليها، ومستدانة بأمر القاضي، أو بأمر المطلق، فلا تسقط النفقة.

وإذا لم تكن مستدانة بأمر أحدهما، فقد اختلف الأحناف في ذلك: فمنهم من قال: تسقط، ومنهم من قال: لا تسقط لأنها صارت ديناً في الذمة بحكم القاضي، أو بالتراضي، وهذا كله عند الحنفية¹.

ويبدو لي بأن نفقة العدة لا تسقط إلا بالأداء من قبل الزوج، أو الإبراء من قبل الزوجة، أو من المعتدة، فلا تسقط بمضي المدة، لأن نفقة العدة مثل نفقة الزوجة، يختلفان فقط في أن الأولى المدة تكون محدودة بوقت وهو زمن العدة، بينما الثانية غير محدودة بزمن بل تبقى ببقاء النكاح.

(و) سقوط النفقة بانقضاء العدة: العدة هي سبب وجوب النفقة للمعتدة، فإذا انقضت العدة انعدم سبب وجوب النفقة فتسقط. لكن يبقى أمر استفائها خلال مدة العدة قائماً، إلا إذا تنازلت عنه. ما عدى حق السكن فهو مرتبط بحق الله ﷻ.

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري بخصوص سقوط نفقة العدة: لم يحدد المشرع مدة لسقوطها إلا أنه في المادة 58 وما يليها من الأمر 02/05 تم فيها تحديد مدة بداية العدة (من تاريخ التصريح بالطلاق)، وهي نفس مدة بداية نفقة العدة، وتنتهي بانتهاء هذه الأخيرة. إلا أنه يمكن أن تسقط بما تسقط به نفقة الزوجية، أو بالتنازل عنها في حالة الخلع مثلاً....

الفرع الثالث: حق المرأة من متاع البيت

إن النتيجة الطبيعية والأثر المباشر لعقد الزواج، هي المعيشة المشتركة ما بين الزوجين، ويستتبع ذلك أن يسكن الزوج إلى زوجته، وتسكن الزوجة إلى زوجها، ويطمئن كل واحد منهما إلى الآخر، وتكون بينهما مودة ورحمة، ويتحقق ذلك باشتراك الزوجين

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج 5، ص 333.

في المساكنة في بيت واحد، وقيام كل واحد منهما بواجباته تجاه الآخر، طبقاً لما بينته الشريعة الإسلامية السمحاء والقانون الوضعي.

ومن الطبيعي أن المعيشة المشتركة ما بين الزوجين، تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث و أدوات منزلية. فما المقصود بمتاع البيت؟ وإلى أي مدى تستحق المرأة المطلقة نصيب من المتاع؟ للإجابة على هذه التساؤلات يتعين التطرق إلى المقصود بمتاع البيت (أولاً)، لإمكانية التوصل إلى معرفة حق المرأة في متاع البيت بعد الفرقة (ثانياً).

أولاً: المقصود بمتاع البيت: سأحدد تعريف متاع البيت (1)، ثم دليل مشروعيته (2):

1- تعريف متاع البيت: يعرف متاع البيت بأنه:

أ-1- لغة: يطلق على متاع البيت: أثاث البيت، والجهاز وغيرها من الأسماء.

فيقصد بالأثاث لغة: المال، والإبل، والغنم، والمتاع الواحد¹. وهو ما يكسبه المرء ويستعمله في الغطاء والوظائف².

أما المتاع فيقصد به: السلعة، وهو أيضاً المنفعة، وما تمتعت به، وقد متع به: أي انتفع به من باب قطع³. لقوله ﷺ: ﴿أَبْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ﴾ [سورة الرعد 17]. أو هو ما ينتفع به من الحوائج، كالصيد و الطعام⁴، وأثاث البيت، والأدوات، والسلع⁵.

يتبين أنه في اللغة: لفظ المتاع أعم وأشمل من كلمة الأثاث. فالمتاع بالمعنى العام: كل ما يتمتع و ينتفع به، فيشمل جميع نعم الله ﷻ التي لا تعد ولا تحصى،

1 بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 4.

2 بطرس البستاني، قطر المحيط، لبنان، بيروت، 1869م، ص 10.

3 بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص 540.

4 بطرس البستاني، محيط المحيط – قاموس مطول للغة العربية، لبنان، بيروت، مكتبة لبنان، 1979م، ص 867.

5 بطرس البستاني، قطر المحيط، المرجع السابق، ص 168.

أما الأثاث (متاع البيت): فيقصد به اسم جمع للأدوات، والأواني التي تستخدم في الدار كالفرش، والأرائك، وغيرها...¹.

1-ب- اصطلاحاً: لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى إعطاء تعريف لمتاع البيت، بل اهتموا بمتاع البيت على سبيل تبيان عناصره، لأن التعريف في عهدهم ليس مدعاة للاهتمام. فكانوا يشيرون إلى بعض التفصيلات التي بها يميزون بين ما هو للنساء وما هو للرجال². فالفقهاء في في زمانهم لم يولون أهمية للتعريف، بقدر ما كانوا يهتمون بما يختلف فيه الزوجان حول المتاع، وتقسيمه إلى ما للرجال وما للنساء.

وبالرجوع إلى الفقهاء المعاصرين، فهم أيضاً لم يعطوا لتعريف المتاع نصيب وافر، وذلك لوضوح معناه بصفة عامة إلا أن بعض الفقهاء وضحو معناه من بينهم: ' وهبة الزحيلي ' حيث قال: (المتاع هو أثاث المنزل وفراشه، وأدوات بيت الزوجية)³، فهذا التعريف جاء عام واضح، لم يخصص فيه أشياء بعينها.

وهو نفس ما جاء به ' علي السيد الشرنباصي ' فقال: (المتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل ذلك الجهاز وغيره من أثاث البيت، والأدوات المنزلية)⁴.

1-ج- قانوناً: المشرع هو الآخر لم يتعرض بصفة مباشرة إلى تعريف متاع البيت، وسائر الفقهاء في معالجة النزاع بين الزوجين حوله، وهو ما وضحه في قانون الأسرة والتي جاء فيها: " إذا وقع نزاع بين الزوجين، أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بيعة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين".

وهو ما تجسد في اجتهاد المحكمة العليا. فقد جاء في الملف رقم 330950 بتاريخ 2005/05/18: (من المقرر قانوناً أنه إذا وقع نزاع حول أثاث البيت، فإن توجيه اليمين

1 قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، الأردن، عمان، دار حامد، ط1، 2008، ص 53.

2 مالك بن انس الأصبجي، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج3-4-5، (بتصرف)، ص 267.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 311.

4 رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 197.

يجب أن يكون وفق القواعد العامة للإثبات، مع ذكر الأثبات في المنطوق¹. فاليمين وفق القواعد العامة، مع اشتراط وجود المتاع المتنازع عليه، وهو ما ذكر في الملف رقم 86097 بتاريخ 1992/10/27: (إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به، يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرق لقواعد الإثبات)².

وبهذا فالأثبات المشترك يتقاسمونه مع توجيه اليمين³، وفي حالة عدم تادية اليمين يمكن الدفع به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى⁴. وعند العجز عن تقديم البينة من قبل المطلقة، يفرض على القاضي توجيه يمين الإنكار للمطلق⁵. ولا يمكن الاحتجاج في مواجهة أحد الطرفين بسبق الفصل عند عدم التمكن من تسليم المتاع⁶. وفي حالة عدم القدرة على تحديد المتاع، أو قيمته يرجع إلى أهل الخبرة، وهو ما جاء في الملف رقم 222651 بتاريخ 1999/05/18: (تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة، من الصناع والتجار، وليس إلى القضاء)⁷.

2- دليل مشروعية متاع البيت: ذكر الله ﷻ المتاع، والمتاع، والتمتع، والاستمتاع، و التمتع في مواضع عديدة من كتابه العزيز، ومعانيها وإن اختلفت فهي راجعة إلى أصل واحد. لأن المتاع في الأصل كل شيء ينتفع به.

-
- 1 ملف رقم 330950 بتاريخ 2005/05/18، نشرة القضاة، 2011، عدد 66، غرفة الأحوال الشخصية، ص 307. **نقلا عن:** جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص 1577.
 - 2 ملف رقم 86097 بتاريخ 1992/10/27، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 233.
 - 3 ملف رقم 277411 بتاريخ 2002/03/13، مجلة قضائية، 2004، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 369.
 - 4 ملف رقم 109595 بتاريخ 1994/07/19، مجلة قضائية، 1994، اجتهاد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، ص 236.
 - 5 ملف رقم 335858 بتاريخ 2005/10/12، نشرة القضاة، عدد 63، غرفة الأحوال الشخصية، ص 335. **نقلا عن:** باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 72..
 - 6 ملف رقم 288525 بتاريخ 2004/05/06، مجلة قضائية، 2004، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 396.
 - 7 ملف رقم 222651 بتاريخ 1999/05/18، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 248.

فقال ﷻ: ﴿...وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَعِنَا ...﴾ [سورة يوسف 17]. وكذلك

قوله ﷻ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا

تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ﴾ [سورة النور 29]. فقد جاء في 'تفسير الطبري': (ليس

عليكم أيها الناس إثم ولا حرج، أن تدخلوا بيوتا لا ساكن بها، بغير استئذان)¹. وجاء في 'تفسير مجاهد': (كانوا يضعون بطريق المدينة أمتعة في بيوت ليس فيها أحد، فأحل لهم أن يدخلوها بغير إذن)².

كما وردت كلمة المتاع بمعناها العام في مواضع عديدة من القرآن، يقصد بها أي شئ بما فيها الأثاث. فقد قال ﷻ: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ

الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا

أَثْنَا وَمَتَعًا إِلَىٰ حِينٍ﴾ [سورة النحل 80] ، وقوله ﷻ: ﴿مَتَعٌ قَلِيلٌ وَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾

[سورة النحل 117]. وقوله ﷻ: ﴿وَإِنْ أَدْرَىٰ لَعَلَّهُ فِتْنَةٌ لَكُمْ وَمَتَعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾

[سورة الأنبياء 111] ، وقوله ﷻ: ﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَمَتَعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا

وَمَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ وَأَبْقَىٰ أَفَلَا تَعْقِلُونَ﴾ [سورة القصص 60].

ثانيا: استحقاق المرأة المطلقة لمتاع البيت فقها وقانونا: متاع البيت هو كل ما تحتاج

إليه الزوجان، فإذا تم عقد الزواج وزفت الزوجة إلى بيت الزوجية، فمن يقوم بإعداد لوازم

هذا البيت، بكل ما تحتاج المرأة هي وزوجها من فراش للنوم، وبسط ونحوه.

وكل ما يحتاجه من لوازم للطبخ وغيرها، مما يندرج تحت مفهوم متاع البيت؟ وعند

1 محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن، تحقيق: بشار عواد معروف و عصام فارس الحرساني، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، مجلد 5، ط1، 1994م/1415هـ، ص 417.

2 مجاهد بن جبر، تفسير الإمام مجاهد بن جبر، تحقيق: محمد عبد السلام أبو النيل، دار الفكر الإسلامي الحديث، ط1، 1989م/1410هـ، ص 491.

الفرقة من يأخذ هذا المتاع هل المطلق أم المطلقة، أم يتقاسمانه؟ وبما أن مجال الدراسة هو المرأة فما مدى إلزام المرأة بتوفير هذا المتاع؟ وهل لها الحق فيه عند النزاع بعد الفرقة؟. للإجابة على ذلك يتعين التطرق إلى: مدى إلزام المرأة بتمتيع البيت (أ)، ثم ملكية المرأة المطلقة لمتاع البيت عند النزاع (ب).

أ - إلزام المرأة بتمتيع البيت: سأحدد موقف الفقهاء، ثم المشرع الجزائري، وذلك على التوالي:

أ - 1/ موقف الفقه من مدى إلزام المرأة بمتاع البيت: لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد تحكم المسائل المتعلقة ببيت الزوجية ومحتوياته، سواء من حيث الانتفاع بها، أم من حيث التصرف فيها، أو من حيث التنازع عليها عند انتهاء العلاقة الزوجية¹، إلا أن الفقهاء تفرقوا حول إلزام المرأة بتجهيز البيت الزوجي إلى فريقين:

الفريق الأول: تمتيع البيت واجب على المرأة: وهو قول المالكية: فالجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من مهر، فإن لم تقبض شيئاً فلا تلزم بشيء، إلا إذا اشترط الزوج التجهيز عليها، أو كان العرف يلزمها به.

ودليلهم في ذلك قوله ﷺ: ﴿ أَلرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ [سورة النساء 34]. يعني بما فضل الله به الرجال على أزواجهم : من سوقهم إليهن مهورهن² الذي تستغلن في تجهيز البيت.

وكذلك قوله ﷺ: (تنكح المرأة لأربع، لحسبها ومالها وجمالها ودينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك)³.

1 عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين، مرجع سابق، ص 124.
2 محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن، مرجع سابق، مجلد 2، ص 451.
3 مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح المختصر من السنن، كتاب النكاح، مرجع سابق، المجلد 1، حديث صحيح رقم 1418، ص 670.

كما استدلووا بأن العرف جرى على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية وتجهيزه بما يحتاج إليه¹، و أن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض، ويلزمها أن تتجهز بالصداق على العادة من حضر أو بدو، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو عرف².

إلا أنهم اشترطوا لإلزام المرأة بتجهيز البيت شروط تتمثل في:

1- أن تقبض مهرها المعجل، فإن دخل بها قبل القبض، فلا يلزمها التجهيز به، إلا إذا اشترط عليها به الدخول، أو كان العرف يقضي بذلك. وإذا أرادت الزوجة أن تتخلص من الجهاز بعد قبض الصداق الحال، فللزوجة مقاضاتها ويقضي له عليها بقبضه لتتجهز به، أما إذا دعاها لقبض الصداق المؤخر الذي لم يحل أجله لتتجهز به فلا يقضى له به، لأنه يكون سلفاً جر نفعاً للزوج، وذلك لأن من عجل ما هو مؤجل يعتبر سلفاً، فإذا قبضته أجبرت على التجهز به.

2- أن لا يسمى الزوج شيئاً غير الذي قبضته للجهاز أو يجري العرف بأن يدفع الزوج شيئاً للجهاز، فإن سمي شيئاً للجهاز فإنه يلزم بما سماه، وكذا ما جرى به العرف أكثر من الصداق أو أقل، وكذا إذا سمي الولي أشياء للزوج ورضي بها، فإنها هي التي تلزم بصرف النظر عن الصداق³.

3- أن يكون الصداق عيناً، فإذا كان عروض تجارة أو كان مما يكال أو يوزن أو كان حيواناً، فإنها لا تلزم ببيعه للتجهز به على المعتمد⁴.

الفريق الثاني: تمتيع البيت ليس واجب على المرأة: بل الزوج هو المكلف بإعداد جهاز الزوجة، أي ما تحتاجه لنفسها من ملابس حسب العادة والعرف، من فراش وغطاء، ومن أثاث البيت، ومتاعه ولوازمه، فلا يلزم الزوجة إعداد شيء من ذلك من مالها الخاص، ولا من مهرها الذي تسلمته، ولا من غيره مما تملكه من أموال، لأن مهرها حق خالص

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 311.

2 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 330.

3 قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، مرجع سابق، ص 64-65.

4 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص 157 وما يليها.

لها استحقتة بحكم الشرع¹، بموجب عقد الزواج، فلا تجبر على إنفاق شئٍ منه، لجهازها ولوازم بيتها، ولا لنفقتها². وهو قول الجمهور (الحنفية³، والشافعية، والحنابلة⁴).

واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [سورة النساء4]. بمعنى وأعطوا النساء مهورهن عطية واجبة، وفريضة لازمة⁵. فهو من حق المرأة لا تلزم بصرفه على التجهيز.

أ - 2/ موقف القانون الجزائري من مدى إلزام المرأة بتمتع البيت: بالرجوع إلى المشرع لم أجد ما يدل على إلزام المرأة بتمتع البيت بما نالته من مهر، حيث ذكر في المادة 14 من الأمر 02/05 أن المرأة تأخذ المهر نحلة لها أن تتصرف فيه كما تشاء وذلك بقولها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة، من نقود أو غيره، من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". بمعنى أن المشرع ترك لها حرية التصرف فيه فإذا أرادت أن تجهز البيت فلها ذلك.

وعند التطرق إلى نص المادة 73 من نفس القانون، والتي خصصها المشرع لمتاع البيت، حيث ذكر فيها حالة النزاع فيه، دون تحديد الملزم بتهيئة البيت بالمتاع. فذكر أنه في حالة النزاع حول متاع البيت يلجأ القاضي إلى اليمين لمنح كل من المرأة والرجل ما هو معتاد لهما، وفي حالة الاشتراك يقسمه بينهما.

فمن خلال المادة 14 و 73 من قانون الأسرة تظهر نزعة المشرع التي سلكها فهو لم يأخذ بمذهب الإمام مالك القائل بالتجهيز من قبل المرأة، ولا بمذهب الجمهور القائل بعدم إلزام المرأة بالتجهيز بل يلزم الرجل، وترك الأمر مفتوح دون إلزام أحد.

1 ابن قيم الجوزية، جامع الفقه، تحقيق: يسري السيد محمد، مصر، المنصورة، دار الوفاء، ج5، ط1، 2000م/1421هـ، ص190.
2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج7، ص145.
3 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج4، ص297.
4 علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج9، ص507.
5 محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل القرآن، مرجع سابق، مجلد2، ص392.

ب - ملكية المرأة المطلقة لمتاع البيت عند النزاع: من القواعد المسلم بها في الشريعة الإسلامية و القانون، أن الذمة المالية للأشخاص منفصلة انفصالا كاملا عن بعضهما¹، وإن هذا الانفصال لا يتأثر بالزواج أو بالقرابة، فلكل شخص ذمة مالية مستقلة ومنفصلة عن الزوج الآخر، فيكون لكل منهما حق التصرف بأمواله بالتصرفات كافة متى كان أهلا لذلك. إلا أن المعيشة المشتركة بين الزوجين تجعل أموال كل منها في مكان واحد وهو دار الزوجية، ويد كل منهما على مال الآخر، لوجود التسامح بينهما، ولما يفرضه الزواج من حقوق وواجبات متبادلة بينهما، ومنها المعاشرة بالمعروف².

ولا يتبادر لأي من الرجل والمرأة ساعة التحضير للارتباط، ولا ساعة قيام الزوجية فكرة الانفصال، تحت أي ظرف من الظروف³، إلا أنه بالمعاشرة واختلاف الطبائع وتأثر كل منهما بالظروف التي تعتري العلاقة الزوجية، والتي قد تجعل الحياة متكدرة، مما يفتح المجال لكثرة الشقاق، والتي بها يتوصل الطرفان إلى الفرقة كحل نهائي للعلاقة، فتظهر عدة إشكالات مترتبة على الطلاق، تعتبر كأثر من آثاره، فمنها ما هو إجرائي يستدعي اللجوء إلى القضاء، ومنها ما هو مادي كطلبات المرأة لحقوقها كحقها في النفقة بكل أنواعها (عدة ومتعة)، وتعويض عن الضرر، وحقها في متاع البيت، والذي يعد من المواضيع التي أخذت حيزا كبيرا في أروقة القضاء، حيث توجد هناك العديد من الدعاوى تقام يوميا في المحاكم، فكان من الواجب أن أسلط الضوء على هذا النوع من القضايا خاصة وأنها تتعلق بموضوع البحث والدراسة.

فما هو موقف الفقه والقانون حول ملكية المرأة المطلقة لمتاع البيت؟

ب - 1/ موقف الفقهاء من ملكية المرأة المطلقة لمتاع البيت: لقد اختلف الفقهاء المسلمون في الحكم بملكية متاع بيت الزوجين في حالة نشوب النزاع بينهما حوله، وخاصة عند عدم تقديم أي منهما بينة لإثبات دعواه.

1 المادة 37 فقرة 01 من قانون الأسرة: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".
2 المادة 36 فقرة 2 و 3 من الأمر 02/05: " يجب على الزوجين: ... 2- المعاشرة بالمعروف.... 3- التعاون على مصلحة الأسرة...".
3 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 163.

أ- فالحنفية قالوا: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما كان للنساء كالدرع، والخمار، والمغازل، وما أشبه ذلك فهو للمرأة، وما كان للرجل كالسلاح والفرس... فهو للرجل، وما كان للرجال والنساء كالخدم والفرش، وغير ذلك... فهو للرجال، في قول أبي حنيفة رحمه الله، و إن مات أحدهما فللباقى منهما أيهما كان¹.

فالمرأة عندهم تأخذ متاع البيت إذا كان مما يعرف من متاع النساء، أو في حالة موت الزوج فتتحول من زوجة إلى أرملة تستحق متاع زوجها.

ب-والشافعية قالوا: إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا، أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء ، والمتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معا، فالظاهر أنه في أيديهما، كما تكون الدار في أيديهما، أو في يد رجلين، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلفا جميعا بينهما نصفان²، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك³.

فالمرأة عندهم تأخذ المتاع مناصفة عندما تحلف هي والرجل، لأنها قد تملك متاع الرجل بالشراء أو غير ذلك.

ج- والمالكية قالوا: إذا تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعا، وقد طلقها أو لم يطلقها، وماتت أو مات هو، فما يعرف أنه متاع الرجال فهو للرجل، وما كان يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه للرجال والنساء فهو للرجال ، لأن البيت بيت الرجل، وما كان للنساء واشتراه الرجل فله أن يحلف ويكون أحق به، إلا أن يكون لها بينة أو لورثتها أنه اشتراه لها، وكذلك الحال إذا اشترت متاع الرجال وثبت ذلك بالبينة فهي أولى به منه⁴.

1 شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص113-114.

2ميرزا حبيب الله الرشتي، كتاب القضاء، تحقيق: أحمد الحسني، المكتبة الإسلامية، ص 299.

3 محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، مرجع سابق، ج 5، ص85.

4 مالك بن انس الأصبجي، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج3-4-5، ص 266-267.

فالمرأة عند المالكية تستحق متاع البيت إذا كان مما ينسب للنساء، أو ثبت شراؤه بالبينة حتى لو كان تصنيفه من متاع الرجال.

د- الحنابلة قالوا: قالوا بأن ما يصلح للرجال والنساء، فهو بين الزوجين مناصفة، فمن أقام بينة منهما كان له ذلك، فإن لم يكن لأحدهما بينة يحلف كل منهما على أن المتاع له خاصة، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين أعطي المتاع للحالف¹. فقد جاء في 'الإنصاف': (وإن تنازعا على دار في أيديهما، فادعاها أحدهما، وادعى الآخر نصفها، جعلت بينهما نصفين، واليمين على مدعي النصف)².

واستدلوا على ذلك: بأن كل واحد من الزوجين فيما يصلح له نوع من الترجيح، حيث أن الظاهر ما يصلح للرجال اتخذه الرجل لاستعماله، و أن ما يصلح للنساء اتخذه المرأة لاستعمالها فيكون الترجيح حسب الصلاحية. أما بخصوص ما يصلح لهما فلا ترجيح لأحدهما على الآخر فيكونان متساويان في سبب الاستحقاق فيكون بينهما مناصفة.

ب - 2/ موقف المشرع الجزائري من ملكية المرأة المطلقة لمتاع البيت: ذكر المشرع في المادة 73 من قانون الأسرة أن: "إذا وقع نزاع بين الزوجين، أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يتقسمانها مع اليمين".

فمن خلال تمحيص هذه المادة المعالجة لحالة النزاع حول متاع البيت، أتوصل إلى أنه قسم الأمر إلى ثلاث حالات تتمثل في: ما هو معتاد للرجال³، وما هو معتاد للنساء، وما هو مشترك بينهما. وسأطرق إلى ما يهم المرأة فقط. وذلك كالآتي:

1 قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، مرجع سابق، ص 98.
2 علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان الماوردي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج11، ط1، 1956م/1375هـ، ص 378.
3 ملف رقم 44858 بتاريخ 1987/12/07: (من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث بيت الزوجية مبدئيا هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك...)، مجلة قضائية، 1990، عدد4، غرفة الأحوال الشخصية، ص 50.

الحالة الأولى: متاع البيت الذي هو معتاد للنساء: لقد نص المشرع في المادة 73 من الأمر 02/05 على أنه: " إذا وقع نزاع بين الزوجين، أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بيعة، فالقول للزوجة...". ويحدث هذا متى ادعت المرأة المطلقة ملكية المتاع، مع ضرورة إثبات أنه من المعتاد للنساء، وذلك بإخضاع الأمور الموضوعية للسلطة التقديرية¹ للقاضي لتصنيفها، شريطة اتفاق الطرفان على أن المتاع موجود. وتوجيه اليمين للزوجة في عدم الحصول على بيعة².

فقد جاء في قرارات المحكمة العليا ما يثبت أن الحكم في المتاع الخاص بالنساء يكون للمرأة، مع توجيه اليمين لها. ففي الملف رقم 41437 بتاريخ 1986/05/05: (من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت، أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسأله العرف، والزوجة أثبتت بفاتورة أنها اشترت جهاز التلفزيون، وأن الزوج اعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه)³.

ونفس الأمر في الملف رقم 134417 بتاريخ 1996/07/09: (في النزاع على الأمتعة بين الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون)⁴.

وكذلك الملف رقم 39775 بتاريخ 1986/01/27: (إذا اختلف الزوجان على متاع البيت، وكان مما يصلح عادة للنساء، يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين...)⁵.

1 لخضر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين – دراسة مقارنة نقدية تحليلية -، (ماجستير في القانون)، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، 2011-2012م، ص 72.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 313.
3 ملف رقم 41437 بتاريخ 1986/05/05، غير منشور، غرفة الأحوال الشخصية. نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010-، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 389.

4 ملف رقم 134417 بتاريخ 1996/07/09، مجلة قضائية، 1998، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 72.

5 ملف رقم 39775 بتاريخ 1986/01/27، مجلة قضائية، 1989، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 108.

فالمرأة تستحق متاع البيت عند ثبوت أنه مما يعتاد للنساء بعد تأدية اليمين، وبهذا فالمشرع والقضاء سايروا الفقه في منح الحق للمرأة في أخذ نصيبها من المتاع عند ثبوته أنه من المعتاد لهن.

الحالة الثانية: متاع البيت مشترك بين الرجال والنساء: نص المشرع في المادة السالفة الذكر 73 الفقرة 2 من الأمر 02/05: "والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين". وهو يثور الإشكال في تكييف ما هو المعتاد للرجال والنساء، فعملت المادة على علاج الوضع من خلال قسمة المشترك بينهما بالسوية.

أما من الناحية العملية فهذه الحالة هي الأكثر صعوبة، سواء بالنسبة للمطلق أو المطلقة، في إثبات ملكية الأثاث المتنازع عليه، وعلى القاضي من أجل الفصل في النزاع، إذ يدعي كل منهما ملكيته لما في البيت من مفروشات وأثاث، وأدوات منزلية مثل: آلة الغسيل، والثلاجة، والتلفاز، وغيرها¹.

ويمكن إرجاع حالة إزدیاد تعقد هذا النزاع إلى أمرين:

1- العرف المعمول به في بلادنا، حيث تقدم الزوجة ليلة زفافها على إحضار مجموعة من الأفرشة، والأغطية...

2- أو تتفق المرأة مع الرجل عند الإقدام على الزواج، خاصة وإن كان له مسكن منفرد وهي عاملة. فتقدم على تهيئة الصالون، أو غرفة النوم، أو غير ذلك. ونفس الأمر بعد الزواج.

وبهذا تكون قد ساهمت في تمتيع البيت، دون أن يكون لها شهود أو وصولات تساعد في الإثبات عند قيام النزاع. كما أن غياب الوازع الديني يجعلها تخسر ما لها من أمتعة. وهو ما يلاقي صعوبة في الإثبات من قبلها، وكذلك على القاضي.

1 لخضر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين - دراسة مقارنة نقدية تحليلية -، مرجع سابق، ص 73.

ولقد جاء اجتهاد القضاة موافقا لما جاء به المشرع، حيث كانوا يقضون في حالة النزاع في المتاع المشتركة، بالمنصفة. ففي الملف رقم 277411 بتاريخ 2002/03/13: (يتقاسم الزوجان في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين)¹. وكذلك الملف رقم 189245 بتاريخ 1998/04/21: (من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين. ومتى تبين - في قضية الحال- أن القرار المنتقد لما أيد حكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين، بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة، والمقياس الذهبي، والراديو، لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل، رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة، قد خالف أحكام المادة 73 فقرة 2...)². فالمشرع والقضاء حاولوا حماية حق المرأة من خلال منحها حق استحقاق متاع البيت، إما منصفة وذلك في حالة اشتراك الرجل والمرأة في استعمال المتاع، أو أخذ ما يعد من المتاع المعتاد للنساء، مع توجيه اليمين لها، وهما في ذلك - المشرع والقضاء- سايروا رأي المالكية والحنفية.

لكن هناك بعض الاجتهادات سلكت مسلك الحنابلة، ففي الملف رقم 52212 بتاريخ 1989/01/16: (من المستقر عليه قضاء وشرعا، أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكا لها، أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية)³.

1 ملف رقم 277411 بتاريخ 2002/03/13، مجلة قضائية، 2004، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 359.

2 ملف رقم 189245 بتاريخ 1998/04/21، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 242.

3 ملف رقم 52212 بتاريخ 1989/01/16، مجلة قضائية، 1991، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 55.

فيستشف مما سبق ذكره أن القضاة عند فصلها في أمر النزاع في متاع البيت خاصة ما يتعلق بالمتاع المشترك، فتارة يأخذون برأي الحنفية والمالكية، وتارة برأي الحنابلة، لأن المسألة مسألة اجتهادية، وقابلة للنظر، ومحملة الاختلاف في الترجيح¹.
وعند إلقاء نظرة على " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " - الإتفاقية فيها تحفظات-، خاصة في المادة 16 فقرة (ح) منها والتي نصت فيها على: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة :

(ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل، أو مقابل عوض ذي قيمة"².
فهي نصت على بعض التفاصيل الخاصة بإدارة الممتلكات، فضمنت للمرأة نفس الحقوق مع الرجل، وهو ما يمكن إدخال تحت جناحه متاع البيت، مما قد يفهم أن لها: أي المرأة نيل نصيبها منه بالمناصفة، وهذا يشبه ما سلكه المشرع في الفقرة 2 من المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني

المركز القانوني للمرأة في أحكام الحضانة

الحضانة من المؤسسات الشرعية التي لا يوجد لها نظير في النظم الوضعية، على الرغم من التطورات الحديثة، فيما يتعلق بحقوق المرأة والطفل، التي ظلت أكثرها توصيات غير محددة المعالم، من حيث طابع الإلزام، و طابع الجهات المكلفة بها. كون هذه المواثيق تسرد حقوق بدون جهات تجب عليها.

1 ريان توفيق خليل، حقوق المرأة المالية المترتبة على عقد النكاح، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، عدد 14، 2001م/1421هـ، ص 341.
2 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،- متحفظ عليها- مرجع سابق، ص17.

وقد كفلت الشريعة الإسلامية حقوق الأفراد والجماعات البشرية، بل وكل الكائنات في هذا الكون، لقوله ﷺ: ﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا إِلَّا بِالْحَقِّ وَإِنَّ السَّاعَةَ لَأَتِيَةٌ فَاصْفَحِ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ ﴾ [سورة الحجر 85].

فإن الله ﷻ اعتنى بالمخلوقات الضعيفة التي تحتاج في المحافظة على وجودها إلى حماية ورعاية، فلم يكتفي بوصايا ونصائح يطبقها من يشاء ويذرهما من يشاء، بل قطنها في نصوص ملزمة يرهاها المجتمع، ويخضع لها، تطبيقاً للأوامر الربانية، وصيانة للكينونة الإنسانية.

ومن بين الفئات التي رعتها الشريعة الإسلامية، حق رعاية المرأة والطفل، فسنت لذلك قواعد عامة وأحكاماً جزئية تفصيلية، ترجع إلى مقاصد العدل والإحسان... وغيرها من الأحكام الناظمة في مجملها للحقوق والواجبات، ومحاسن الأخلاق والمعاملات والعادات.

كما أن الإسلام رفع من مكانة المرأة وأولها أهمية كبرى، سواء كانت المرأة متزوجة أو مطلقة، أو غير متزوجة أصلاً، سواء كانت أم أو لا، فمنح لها حق من أهم الحقوق والمتمثل في حضانة طفلها. إلا أن هذا الحق يطرح إشكالات كثيرة في القانون الوضعي والواقع العملي خاصة إذا كانت المرأة مطلقة. لأن المقصد العام للحضانة¹ هو صيانة الطفل، أما المقصد الخاص هو تكليف المرأة بالحضانة، لما جبلت عليه من الشفقة والرأفة، وذلك تماشياً مع أحكام الطبيعة الفطرية لها.

1 معنى الحضانة اللغوي: لمعرفة معنى اللغوي للحضانة، ينظر: بطرس البستاني، قطر المحيط، مرجع سابق، ص 618. وينظر: بطرس البستاني، محيط المحيط – قاموس مطول للغة العربية، مرجع سابق، ص 176. وينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مع تعليقات: أبو الوفا نصر الهوريني المصري الشافعي، تحقيق: أنس محمد الشامي وزكريا جبار محمد، مصر، القاهرة، دار الحديث، 2008م/1429هـ، ص 375.

ولتبيان مكانة المرأة المطلقة في تولي الحضانة¹ عند الفقة والقانون، يطرح التساؤل المتمثل في: ما مدى أحقية المرأة المطلقة للحضانة؟ وما ينجر عنها سواء كانت مطلقة عن طريق التخليق أو الخلع؟.

وللإجابة على هذا التساؤل، سأطرق إلى: مرتبة المرأة المطلقة الأم، وشروط استحقاقها للحضانة (المطلب الأول)، ثم حق المرأة المطلقة الأم في الآثار المترتبة عن الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مرتبة المرأة المطلقة الأم وشروط استحقاقها للحضانة

إن مسألة الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة عن الطلاق (من طرف الزوج، أو الزوجة- التخليق والخلع-، أو بالتراضي)، وكونها رعاية للولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقاً².

وقد ثبت هذا الموضوع فيما روي أن امرأة قالت: 'يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال ﷺ: (أنتي

1 تعريف الحضانة شرعاً: هناك تعاريف عديدة تصب كلها في مصب واحد يفيد بأن: الحضانة هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه، وتبوير طعامه وشرابه، ولباسه وتنظيفه وقيامه ونومه. ينظر: حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه- مقال-، بسكرة، جامعة محمد خيضر، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 7، ص 20. فقد عرف الحنفية الحضانة: بأنها تربية الولد ممن له حق الحضانة ينظر: محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص 252. وعرفها الشافعية بأنها: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ودفع ما يضره. كما عرفها المالكية بأنها: حفظ الولد في بيته، وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه ينظر: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 526. أما الحنابلة فعرفوها بأنها: حفظ الطفل غالباً عما يضره والقيام بمصالحه ينظر: مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ص 287. وعرفها ابن تيمية: هي حفظ من لا يستقل بنفسه - كصغير ونحوه - عما يضره، وتربيتهما يصلحه ينظر: محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، المملكة العربية السعودية، دار البيان الحديثة، ج2، ط1، 2001م/1422هـ، ص 631. 2 المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

أحق به ما لم تنكح¹. وهو ما يوضح رأي النبي ﷺ حول أحقية المرأة الأم للحضانة من الرجل.

لكن هل هذا الحق محمي بقوة القانون؟ أم بالشرع فقط؟ وإن ثبت حماية هذا الحق، فما مدى تماشي المشرع مع الشرع في اعتبار حق المرأة المطلقة الأم في أخذ الحضانة لصالحها، وما هي الشروط الواجب توافرها فيها لنيل هذا الامتياز؟ للإجابة على هذا كله وأكثر يتعين التطرق إلى: ترتيب المرأة المطلقة الأم كحاضنة ممتازة (الفرع الأول)، ومن ثمة شروط استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ترتيب المرأة المطلقة الأم كحاضنة ممتازة: لما كانت الحضانة تحتاج إلى شيء من الصبر و العطف. جعل الشارع الأولوية في الحضانة للنساء لتوفر جانب الشفقة فيهن أكثر من الرجال. لأن الحضانة عندهم تفتقر إلى الصبر على الأطفال من كثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان، فكانت النسوة أقدر من الرجال في ذلك كله².

فما هو ترتيب المرأة المطلقة الأم لاستحقاقها الحضانة؟ هل هي الأولى أم هناك من يسبقها؟ وهل تأخذ المرأة بأحقيتها للحضانة قبل كل الحاضنين أم لا؟ للإجابة سأحدد موقف الفقه والقانون حول ذلك كالآتي:

أ - أولوية استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة عند الفقهاء: الإناث في الجملة هن الأحق بالحضانة³، وهي الأليق بهن، لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية، والأصبر على القيام بها.

1 ابن الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، المملكة العربية السعودية، مكة المكرمة، دار حراء، ج2، ط1، 1986م/1406هـ، حديث رقم1526، رواه أبو داود، ص 433.

2 عز الدين محمد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، مالطا، فاليتا، منشورات إلغاء، ص 85.

3 محمد بن محمد بن محمد بن عصام الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، مصر، القاهرة، دار الآفاق العربية، ط1، 2011م/1432هـ، ص 57. (حيث قال: وصرفها- الحضانة- إلى النساء أليق * لأنهن في الأمور أشفق).

و أولى الإناث بها : (أم) ، فإذا افترق الزوجان، ولهما ولد طفل فأمه أولى الناس بكفالتة، إذا استوفت شرائط الحضانة فيها. ولا فرق في المحضون أن يكون ذكرا أو أنثى، ولا يعلم في ذلك خلاف¹.

ويستدل على ذلك بما روي أن امرأة قالت: ' يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال ﷺ: (أنتي أحق به ما لم تنكحي)².

كما يستدل بما روي أن أنا بكر الصديق ﷺ: قضى بعاصم بن عمر بن الخطاب لأمه - أم عاصم- وقال لعمر: (ريحها، وشمها، ولطفها خير له منك)³. فالأم أكمل شفقة على إبنها، وهي أشد تعلقا به .

وبالنظر إلى الفقه الإسلامي أجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية راعوا هذا الجانب، بأن جعلوا الحضانة للنساء بداية بالأم⁴، لما فيه من محاسن واحتياطا لمصلحة الأطفال وبالنظر إليهم⁵.

1- فقد قال الحنفية بأن : الحضانة إلى نوات الرحم المحرم، لأن الحضانة تبتنى على الشفقة والرفق بالصغار، وذلك من جانب النساء أوفر، وهن بالتربية أعلم. ويكون الأقرب فالأقرب أولى، والأقرب ها هنا هي الأم، ثم...⁶.

2- وقال الشافعية بأن : تقدم الأم وإن علت- إذا كانت أهلا لها⁷.

1 نزار بن عبد الكريم بن سلطان الحمداني، تخيير الطفل بين والديه في الحضانة -مقال-، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 14، ص 273.

2 سبق تخريجه. ينظر: ابن الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، مرجع سابق، ج2، ص 433.

3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ج11، ص 414.

4 حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مرجع سابق، ص 22.

5 نسرین إناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري (مذكرة ماجستير قانون مقارن)، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، 2008/2009م، ص 42.

6 علاء الدين السمر قندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج2، ص 299.

7 زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص 140. وينظر: زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الطلاب بشرح متن تحري تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص 237.

3- وكذلك المالكية قالوا بأن: الحضانة يستوجبها قرابات الطفل من النساء، بوصفين اثنين:

أحدهما: أن تكن ذوات رحم منه. **والثاني:** أن تكن محرمات عليه. فإن كن على هذين الوصفين، فلا خلاف في ثبوت الحضانة على ترتيب الأقرب، على ما نصف¹. وهو ما يثبت استحقاق المرأة للحضانة.

فقد ثبت حق المرأة المطلقة في استحقاق الحضانة في ' مختصر القدوري ' على النحو : (وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم – أولى بالحضانة²- أحق بالولد)³.

4- و قال **الحنابلة:** الأحق بها، أي الحضانة (الأم)، لأنها أشفق عليه وأقرب⁴.

ففقهاء المذاهب الأربعة رأوا في أن الحضانة يجب أن تمنح للأم (المرأة المطلقة الحاضنة)، لأنها أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به، و أكثرهم صبرا على تحمل مشاق العناية به. ولهذا فإن الأم هي الأحق بالحضانة وذلك ثابت بالإجماع⁵.

ودليل جعل الأم أولى الحاضنات ما جاء في القرآن: ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ

دَافِقٍ ﴾ [سورة طارق6]. فإذا كان المولود خلق من ماء دافق، فقد خرج من صلب الأب

وترائب الأم⁶ " قيل هي عصارة قلباه"، ودور الأم في وجود جنينها دور تنفرد به، ويظهر

1 علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق: أبو الفضل الدميطي أحمد بن علي، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، ج4، ط1، 2007م/1428هـ، ص 141.

2 عبد الله عبد الحكم بن أعين بن الليث القرشي المالكي، المختصر الكبير، تحقيق: محمد بن عبد الكريم نجيب، مصر، القاهرة، مركز نجيبويه، ط1، 2011م/1432هـ، ص 206.

3 أحمد بن محمد البغدادي، مختصر القدوري، مرجع سابق، ص 415.

4 عبد القادر عمر الشيباني المشهور بابن أبي تغلب، نيل المأرب بشرح دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج2، ص 307.

5 أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات – دراسة فقهية ونقدية مقارنة-، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 304.

6 **ترايب:** عظام الصدر، أو ما ولي الترقوتين منه، أو ما بين الثديين والترقتين **ينظر:** مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 186.

ذلك من خلال قوله ﷺ: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ [سورة آل عمران 6]. وقوله ﷻ: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ^ط وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾ [سورة الرعد 8]. وقوله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ^ج وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا﴾ [سورة الحج 5]. وغيرها من الآيات التي تتكلم عن بداية خلق الإنسان، وهذه البداية مكانها أرحام الأمهات¹.

أما الدليل من السنة النبوية، فيما روي أن امرأة قالت: 'يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال ﷺ: (أنتي أحق به ما لم تنكحي)². لأن الأم لها طبيعة فطرية تعطيها امتياز في نيل حق الحضانة فهي وقت الحمل حاضنة، ومكان الحضانة بطنها، وبعد الولادة حاضنة، ومكان الحضانة حضنها، وكل من الحضانتين تقوم بها الأم بفطرتها السوية التي فطرها الله عليها، مصحوبة بسعادة لا حدود لها³.

ب - أولوية استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة عند المشرع الجزائري: ينشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف، ومن أهم هذه المراكز مركز الحاضنة، وحق الأولوية في ممارستها، خاصة على الصعيد القضائي.

1 أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مصر، دار الكتب القانونية، 2006، ص 154.

2 سبق تخريجه. ينظر: ابن الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، مرجع سابق، ج2، ص 433.

3 أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، مصر، دار الكتب القانونية، 2013، ص 23.

فإذا كانت الشريعة الإسلامية كما سبق وتطرقت، أنها أعطت حق الحضانة للنساء والأولوية للمرأة الأم. فهذا اعتراف بدورها في حماية المحضون¹، وتأكيدا على أن دين الإسلام الحنيف يهدف إلى حماية مصلحة المحضون والحاضنة². فظهر ذلك جليا في الآيات القرآنية، وسنة نبي الله محمد ﷺ تكريما للمرأة والطفل لقوله ﷺ: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [سورة البقرة 233].

وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إذ جعل حضانة الصغير في مرحلة الطفولة من شؤون النساء (خاصة الأم) لأنها أرفق به وأهدى إلى تربيته، وحسن رعايته، فهي أقدر من الرجل على التعهد بالصغير والعناية به³. لأن الحاضنة (المرأة المطلقة الأم)، تقوم برعاية الطفل رعاية مادية والتي تتمثل في: القيام بشؤونه وحاجاته اليومية، وحفظه من المخاطر المادية التي لا يدركها لصغر سنه وقصور ميزه، كما تقوم برعايته من تربية وتعليم...⁴ فتكون لها الولاية⁵.

وهو ما جعل المشرع ينص في المادة 64 من الأمر 02/05: " الأم أولى بحضانة ولدها... " وبهذا يكون قد أخذ بالشريعة الإسلامية وإجماع الفقهاء، لأن الرعاية في المراحل الأولى للصغير تتطلب ذلك⁶.

ولقد سائرت الاجتهادات القضائية ما جاء في الشرع والقانون، ويظهر ذلك جليا في: ملف رقم 52221 بتاريخ 1989/03/13: (من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ،

1 محمد بن محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، تحقيق: محمد الأمين بن محمد بيب، المملكة العربية السعودية، مكتبة المناهج، ط3، 1996م/1416هـ، ص 265.
2 محمد لمين لعويل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 109-110.
3 العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، 2004، ص 381.
4 فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، تحقيق: زهير إسكندر، تونس، ص 72-73.
5 المادة 87 فقرة أخيرة من الأمر 02/05: " وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".
6 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 255.

وحضانة الأنثى حتى الزواج. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية)¹.

والملف رقم 476515 بتاريخ 2009/01/14: (إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون)².

و ملف رقم 564787 بتاريخ 2010/07/15: (يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون)³ بمعنى أنه حتى ولو كانت الأم زانية وتوافرت مصلحة المحضون فيها تسند لها الحضانة

والملف رقم 426431 بتاريخ 2008/03/12: (يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم)⁴. فسفر الأم خارج التراب الوطني لا يزيل حق الامتياز في نيل الحضانة شريطة توافر مصلحة المحضون، لأن الشريعة التي منحت الأم الرتبة الأولى في ترتيب الحضانة لم تحصر اهتمامها في ضرورة الحنان على الأولاد بل أنها أرادت أيضاً أن توفر لهم الاعتناء في كل وقت والرعاية التي يستحقونها)⁵.

كما أن عمل المرأة لا يؤثر على حقها في الحضانة وهو ما ثبت في الملف رقم 274207 بتاريخ 2002/07/03: (عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية

1 ملف رقم 52221 بتاريخ 1989/03/13، مجلة قضائية، 1993، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 48.

2 ملف رقم 476515 بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، 2009، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 265.

3 ملف رقم 564787 بتاريخ 2010/07/15، مجلة قضائية، 2010، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 262.

4 ملف رقم 426431 بتاريخ 2008/03/12، مجلة قضائية، 2008، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 276.

5 ملف بتاريخ 1969/05/29، نشرة القضاة، 1970، ص 50. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 68.

والرعاية)¹. وكذلك الملف رقم 295996 بتاريخ 2002/10/23: (أن الحكم برفض دعوى الزوج الرامية إلى إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة، يعتبر تطبيق سليم للقانون)². لأن في مسألة الحضانة تراعى مصلحة المحضون عند إسنادها.

ولقد ثبت أن تنازل المرأة الأم عن حقها دون وجود حاضن آخر، فهي تعامل نقيض قصدها، حيث جاء في الملف رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19: (من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها)³.

الفرع الثاني: شروط استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة: إن الإسلام جاء لرعاية

شؤون الناس، حيث رعى الإنسان جنينا ووليدا وصغيرا وشابا وكهلا، ولما كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجاتهم، جعل الشارع ولاية حفظهم للوالدين⁴، لأنهم الأكثر حرصا عليهم وأحق بهم. فإذا افترقا وبينهما صغير، فكما سبق وذكرنا تكون الأولوية في حضانتهم للمرأة الأم، لما لها من حنان ورأفة...

ونظرا لأهمية الحضانة ودورها في حياة الصغير، فالحاضنة هي القدوة والأسوة للمحضون، فالصغير لبنة طرية باستطاعة من يشرف عليه تكييفه وقولته حسب ما يريد.

ولما كان الإسلام حريصا على نشأة الجيل نشأة صالحة تنتهج المنهج السليم، لذا فقد احتاط في أمور الحضانة باشتراطه شروطا كثيرة في الحاضن ليضمن

1 ملف رقم 274207 بتاريخ 2002/07/03، مجلة قضائية، 2004، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 263.

2 ملف رقم 295996 بتاريخ 2002/10/23، نشرة القضاة، 2006، عدد 57، ص 279. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص 1314.

3 ملف رقم 51894 بتاريخ 1988/12/19، مجلة قضائية، 1990، عدد 4، غرفة الأحوال الشخصية، ص 70.

4 ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط1، 2010م/1431هـ، ص 90.

مصلحة الصغير. فهل هناك شروط تخص المرأة المطلقة الأم الحاضنة لاستحقاقها الحضانة؟ أم هي تأخذها لأنها جبلت عليها منذ حملها للصغير، وهل اعتنى المشرع بهذه الشروط لمنحها حق الأولوية والامتياز؟.

1- شروط استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة عند الفقهاء: بعد أن أجمع الفقهاء على أن المرأة الأم هي الأحق بالحضانة بادئ بدء، نظروا في علة كونها، فرأوا أنها الأعطف والأحن والأرفق والأدرى برعاية الطفل والعناية به، لأن الغرض من الحضانة أن يكون الطفل لبنة صلبة في بناء المجتمع.

فيشترط في الحاضنة التي تتولى تربية الصغير، وتقوم على شؤونه، الكفاءة والقدرة على الاضطلاع بهذه المهمة، وتحقق القدرة والكفاءة بتوافر شروط معينة، فإذا غاب أحدها سقطت الحضانة، وهذه الشروط منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، سأحددها على التوالي:

أ- الشروط العامة لنيل الحضانة: هناك شروط يجب أن تتوفر في الحاضن أو الحاضنة دون استثناء وهي:

1-العقل: فلا حضانة لمجنونة ولا معتوهة، فهي في هذه الحالة هي لا تستطيع القيام بتدبير أمور نفسها، وبذلك يمكن أن يفوض لها أمر غيرها، كون فاقده الشيء لا يعطيه. كما أن المالكية اشترطوا الرشد لمنح حق الحضانة¹.

2-البلوغ: لأن الصغيرة وإن كانت مميزة، فهي في حاجة إلى من يتولى أمرها ويحضرها، فلا يمكنها أن تتولى أمر غيرها².

3-القدرة على التربية: هي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته، فلا حضانة للعاجز لكبر السن، أو مرض، أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان

1 التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزائر، دار الوعي، ج4، ط2، 2010م/1431هـ، ص879.
2 السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، مجلد 2، ص 291.

عملها يمنعها من تربية الصغير، والعناية بأمه، لا تكون أهلا للحضانة، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه، ولا يسقط حقها في الحضانة¹.

وقد نبه المالكية على أن القدرة على القيام بشؤون الحضانة، لا يمكن أن توجد عند الرجال إلا أن يكون عندهم من الإناث من هي قادرة على الحضانة من زوجة² أو غيرها، مما يعطى الأولوية للأم في ذلك.

4- الأمانة والخلق: وبها قال الحنابلة³ والشافعية⁴، فلا حضانة لفاسقة أو مشتهرة بالزنا. أما الحنفية⁵: فرأوا أن الفسق المانع من حضانة الأم لكونه فسقا يضيع به الولد، فيكون لها الحق في الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور، ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه، فينتزع منها، صونا لأخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة عليه.

5- الإسلام: هو شرط عند الشافعية⁶ والحنابلة⁷، فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية له عليه، لأنه ربما فتنة عن دينه.

ولم يشترط الحنفية⁸ والمالكية⁹ إسلام الحاضنة. واستدلوا: بما روي عن رافع ابن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي ﷺ، فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبيهه. وقال رافع: ابنتي. فقال له النبي ﷺ: (اقعدي ناحية)، وقال لها: (اقعدي ناحية).

- 1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص726.
- 2 أسماء بنت محمد بن إبراهيم آل طالب، أحكام المولود في الفقه الإسلامي، السعودية، الرياض، دار الصميعي، ط1، 2012م/1433هـ، ص460.
- 3 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11، ص414.
- 4 أبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، مرجع سابق، ج3، ص169.
- 5 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص253 وما يليها.
- 6 محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص123.
- 7 موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1979م/1399هـ، ص272.
- 8 عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النفسي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص289.
- 9 خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج4، ص445.

قال: (واقعد الصبية بينهما)، ثم قال: (ادعواها)، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ (اللهم إهدها)، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها¹.

ب - الشروط الخاصة بالمرأة المطلقة الأم لنيل الحضانة: هناك شروط يجب أن تتوافر في المرأة المطلقة الأم هي:

ب-1/ أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو غير محرم: وهو محل اتفاق بين الفقهاء لقوله ﷺ: (أنت أحق به ما لم تنكحي)². لاحتمال سوء المعاملة أو انشغال الأم بحق الزوج³.

ب-2/ أن تكون ذات رحم محرم من الصغير: والأم هي رحم الرحم.

ب-3/ عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه: يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير يعرضه للأذى والضياع⁴.

2 - شروط استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة عند المشرع الجزائري

كان المشرع الجزائري مقتضبا جدا في تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوفر في الحاضنة بشكل عام⁵، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 فقرة 2 من قانون الأسرة: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

سأحاول من خلال ما سبق ذكره من شروط عند الفقهاء والمواد التي خصها المشرع للحضانة، تحديد ما يمكن أن يستشف منها، لتحديد ما يريده المشرع الوضعي في هذا الشأن، وذلك كالآتي:

أ- شرط البلوغ: لم ينص صراحة على جعل البلوغ شرطا من شروط الحضانة، لأنه نص في المادة 7 من الأمر 02/05 على أن السن القانوني للزواج هو تسعة عشرة

1 أبو داود سليمان ، سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 2244، ص 491.

2 سبق تخريجه.

3 ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، مرجع سابق، ص 93.

4 زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة (دكتوراه في القانون الخاص)، تلمسان، أبو بكر بلقايد، 2005/2004، ص 50.

5 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، 127

سنة كاملة، مع إمكانية منح الترخيص لمن لم يبلغوا هذه السن متى دعت الضرورة إلى ذلك. كما يلي: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بنام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ". وهو ما يوضح أنه بإمكان المرأة القاصر تولي مهمة الحضانة إذا طلقت، كون المشرع قد سمح لها بتحمل جميع تبعات و آثار الزواج. وهو ما خلق مشكلا يتمثل في حضانة قاصر لقاصر، فالمشرع في هذه الحالة أخذ بالبلوغ الحكمي لمنح الترشيح¹ دون الالتفات إلى جوانب أخرى وتبعات ذلك. وبالرغم من ذلك كله إلا أنه يمكن اعتبار أن المشرع أخذ بشرط البلوغ لتولي الحضانة.

ب- شرط العقل: لم يتطرق لهذا الشرط بصراحة في المواد المعالجة للحضانة، لأن غير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى رعاية الآخرين²، وتطبق عليه أحكام النيابة الشرعية في المواد من 81 وما يليها.

ج- شرط الإسلام: لمعرفة رأي المشرع بهذا الخصوص يتعين الرجوع أولا إلى المادة 30 فقرة 5 من الأمر 02/05 حيث نص فيها على أنه: " يحرم من النساء مؤقتا: زواج المسلمة من غير المسلم ". بمعنى أنه لا يمكن قبول زواج المرأة المسلمة بغير المسلم إلا بعد دخوله الإسلام، لأن الإسلام هو دين الدولة الجزائرية³.

كما أنه نص في المادة 62 من نفس القانون على أنه: عند منح الحضانة لمسلمة أو لغير مسلمة تلزم بتربيته على دين أبيه كما يلي: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...".

بمعنى أن المشرع ضمن إسلام الحاضنة عندما منع المرأة المسلمة من التزوج بغير المسلم، كما ألزمها بتربية المحضون على دين أبيه، أي الإسلام المفترض في الزوج

1 باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 130.

2 العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، 2004، ص 383.

3 المادة 2 من دستور الجزائر، (القانون رقم 02-03 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-19 المتضمن الدستور، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008م).

لما يفهم من نص المادة 30 فقرة 5 السالفة الذكر. إلا أنه لم يضمن شرط الإسلام عند وقوع زواج بين مختلفي الديانة (مسلم مع غير مسلمة)، ربما هذا راجع لإيمانه بقدرة الرجل بفرض سلطته ودينه على المرأة، أو لتبنيه رأي الحنفية والمالكية، أو لسبب آخر مجهول. لكن هذا الأمر يطرح إشكالية: مامدى ضمان تربية الولد على دين الإسلام مادامت الحاضنة لا تؤمن به، وقد تكون لا تعرف دين الإسلام أصلاً؟ وإذا ضمنت الحاضنة تربية الولد على دين الإسلام في مكان إقامة الأب، ثم رغبة في الانتقال إلى دولة أجنبية غريبة لا تدين الإسلام، كيف يمكن ضمان تدين الولد بدين الإسلام؟. وغيرها من الإشكاليات في هذا الجانب.

وحسب رأيي الخاص أرى أن المشرع قد قصر في ضمان تربية الولد على دين الوالد، بعدم إعطاء أساليب ضمان ذلك، كما انه لم يفرض جزاءات عند إخلال الحاضنة بتربية الولد على دين غير دين الوالد.

فالمشرع في هذه الحالة أعطي للمرأة الحاضنة حقا في إمكانية تربية الولد على دين غير دين والده.

د- الأمانة: يمكن إدراج هذا الشرط في المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك من خلال الحرص على هدف الحضانة المتمثل في ضمان مصلحة المحضون، وحمائته صحة وخلقاً.

ه- القدرة على تربية المحضون: يمكن أن أستشفه من المادة 67 فقرة 2 من الأمر 02/05: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ". وهو ما جاء مطابقا لما اشترطه في عقد الزواج وذلك عند ما نص في المادة 19 من نفس القانون: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج...عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ". لأن الزواج هو الخطوة الأولى لترتيب آثار من بينها الحضانة، فالمرأة الأم العاملة في منأى عن إسقاط الحضانة¹.

1 محامدية إيمان و بوطوطن سليمة، المرأة العاملة والعلاقات الأسرية (الملتقى الوطني الثاني: الاتصال وجودة في الأسر)، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، أيام 10/09 أفريل 2013، ص 5-6.

و-أن لا تتزوج بأجنبي عن الصغير أو بغير قريب محرم منه : وهو ما نص عليه في المادة 66 من قانون الأسرة: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...". مع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون خاصة في حال عدم وجود من يحضنه. ي- أن تكون ذات رحم : والأم هي رحم الرحم، فنص في المادة 64 من الأمر 02/05: " الأم أولى بحضانة ولدها".

وعند إلقاء نظرة على اجتهادات المحكمة العليا لمعرفة رأي القضاء في ذلك أجد أنه سائر القانون والشرع عند الفصل في أمر الحضانة والشروط الواجب توافرها في المرأة الحاضنة. وذلك كالآتي:

ملف رقم 52221 بتاريخ 13/03/1989: (من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى الزواج. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية)¹. فالقضاء أخذ بإسناد الحضانة للأم الكافرة مسايرة للفقهاء المالكي والحنفي وكذلك المشرع. و الملف رقم 31997 بتاريخ 09/01/1984: (إن القضاء بسقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها يسقطها عن أمها أيضا لفقد الثقة فيهما معا). فالقضاء هنا لم يأخذ برأي الحنفية الذين يجيزون منح حق الحضانة للأم الفاجرة. والملف 12/05/1968: (من المقرر فقها و قضاء أنه يجب أن تتوافر في الحاضنة الشروط الواجبة في الشريعة الإسلامية)². فيعد زواجها بغير قريب محرم من مسقطات الحضانة³.

1 ملف رقم 52221 بتاريخ 13/03/1989، مجلة قضائية، 1993، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 48.

2 ملف بتاريخ 12/05/1968، نشرة قضائية، 1972، عدد2، ص 58-59. نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 2327.

3 ملف رقم 331058 بتاريخ 18/05/2005، مجلة قضائية، 2005، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 383.

و الملف رقم 252308 بتاريخ 2000/11/21: (حيث جاء في القرار المنتقد، بأن زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة، دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة، من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998. وحيث أن المادة 71 من قانون الأسرة، تقضي بعودة الحق في الحضانة، إذا زال سبب سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا، بل كان بسبب زواج طاعنة رغم علمه بطلاقها، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة)¹. والملف رقم 5433 بتاريخ 1989/07/03: (من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، أو بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون)². والملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02: (من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة...)³.

المطلب الثاني

حق المرأة في الآثار المترتبة عن الحضانة

لقد سبق وبينت أن للمرأة المطلقة الأم الحق الأولوية في حضانة أبنائها، وهذا الحق ينجر عنه حقها في السكن (الفرع الأول)، لكن قد لا تنال هذا الحق لأي سبب فيبقى لها حق الزيارة (الفرع الثاني). وسأبين ذلك كالآتي:

1 ملف رقم 252308 بتاريخ 2000/11/21، مجلة قضائية، 2001، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 285.
2 ملف رقم 54353 بتاريخ 1989/07/03، مجلة قضائية، 1992، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 45.
3 ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02، مجلة قضائية، 1990، عدد 3، غرفة الأحوال الشخصية، ص 74. وينظر:

Benzaim meriem , La garde de l'enfant en cas de divorce issu d'un mariage mixtes , La première émission, fevre 2014 . p 183

الفرع الأول: حق المرأة المطلقة الحاضنة في سكن الحضانة: إن مشكل السكن كما هو معروف لدى الجميع من القضايا التي تعاني منها البلاد، ويطرح بصفة حادة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وذلك في حالة وجود أولاد ينبغي حمايتهم، والسهر عليهم، وتكبد عناء التقليل من الكارثة التي حلت بهم إذا كانوا في سن الحضانة، وليس المشكل هنا متعلق بأزمة السكن بحد ذاتها- رغم الانعكاسات الهامة والمؤثرة- إنما تتعلق بإيواء الأطفال الشرعيين بعد فك عقدت، لحمايتهم من التشرذم والانحراف بعد تفكك الأسرة التي كانت لهم المكان الأمثل الذي يحضون فيه بالدفء العاطفي، وكل ما يحتاجون إليه في ظل الطمأنينة والوثام.

فالانفصال يعتبر كارثة بالنسبة للمرأة وثمره كبدها لانقطاع الصلة بينهم، فتضمحل المودة والرحمة بين أطراف العائلة - الأسرة الصغيرة- فيحرم الأطفال من العيش مع أحدهما¹، كما تحرم المرأة من العيش مع بعلمها الذي يجعل المرأة وأبنائها يشعرون بالقلق وعدم الاطمئنان، كما قد تنجر عن ذلك نتائج مأساوية حتمية تستلزم إيجاد مسكن ثان لإيواء الحاضنة والمحضونين. فما مدى أحقية المرأة لسكن الحضانة؟.

للإجابة على هذا التساؤل يتعين التطرق إلى آراء الفقهاء (أولاً)، ثم موقف المشرع الجزائري في ذلك.

أولاً: حق المرأة المطلقة الحاضنة في سكن الحضانة فقها: لقد اختلف الفقهاء حول أحقية وعدم أحقية الحاضنة والمحضون للمسكن على النحو التالي:

1-الحنفية : فقهاء الحنفية على خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة. فقد جاء في كتاب " رد المختار": (أن عليه السكنى، وقيل: لا تجب في الحضانة أجرة المسكن.

1 عبد الرحمان هرنان، مجلة محطات في القانون الجزائري -بين الماضي والحاضر -، مقال (السكن الزوجي والحضانة والطلاق و أزمة السكن)،الجزائر، منشورات المجلس الأعلى الإسلامي، ص 85-86.

وقال آخرون: تجب إن كان للصبى مال، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته).¹ وفي كتاب "النهر": (وجوب الأجرة لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة)².

وقد قيل أنه: إذا كان للحاضنة مسكن ويسكن الولد تبعاً لها، فلا يقدر لها أجرة المسكن. وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجرة المسكن، لأنها مضطرة إلى إيوائه، وهذا هو الذي ينبغي العمل به³. لأن السكن أو أجرته مبنية على وجوب نفقة الولد، وهذه النفقة واجبة على الأب⁴.

2- أما المالكية : إن الصحيح تقدير السكن باجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين: فإذا كانت موسرة فلا سكن لها على الأب. وإن كانت معسرة وجب عليه لها السكنى⁵.

فقد اتفق فقهاء الحنفية والمالكية على وجوب أجرة مسكن الحاضنة للمحضون، إذا لم يكن لهما مسكن لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه النفقة⁶.

3- أما الشافعية و الحنابلة⁷ : فقد قالوا بأن أجرة السكن تلزم الملتزم بالنفقة. فقد جاء في كتاب " نهاية المحتاج ": (ومؤنتها – ومنها السكن – على من تلزمه نفقتها)⁸.

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص 261.
2 سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج2، ص 500.
3 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص 527.
4 أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام- الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص 293.
5 عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص 527-528. و ينظر: الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، لبنان، بيروت، مؤسسة الريان، ج3، ط1، 2002م/1423هـ، ص 167. و ينظر: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، لبنان، بيروت، لبنان، دار المعارف، ج4، ط2، 2005م/1426هـ، ص 299.
6 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 735-736.
7 عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج10، ص 62.
8 شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، مرجع سابق، ج7، ص 225.

ثانياً: حق المرأة المطلقة الحاضنة في سكن الحضانة قانوناً: نص المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".
تطرح هذه المادة 03 حالات للمطلق يتعين عليه سلك إحداها وهي: توفير سكن، أو بدل الإيجار، أو ترك المرأة الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية توفير البديل، وسأدرس كل حالة على حده كالاتي:

1) توفير مسكن : المسكن هو مكان مستقر المستخدم للإقامة بصفة دائمة أو مؤقتة، فهو ضرورة من ضرورات المعيشة الصحية السوية، لأنه يلبي مجموعة من الحاجات. سواء كانت نفسية أو مادية أو اجتماعية. فهو مكان راحة الأسرة و أفرادها، كونه المحيط الذي تلقى فيه المرأة والطفل استقرارهما، لذلك كان واجبا على الأب أن يوفره¹.

فقد قال ﷺ : ﴿ وَلَنْسَكِّنَكُمْ الْأَرْضَ مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ [سورة إبراهيم] 14.

وقال ﷺ: ﴿...قَالَتْ نَمْلَةٌ يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسْكِنَكُمْ...﴾ [سورة النمل 18].
فالسكن هو المأوى والملاذ الفريد للبشر ويتعين على صاحب السلطة توفيره.

ومن هنا تظهر أن القاعدة العامة هي أن إسكان المحضون تجب على من تجب عليه نفقته. كونه أحد عناصر النفقة التي تجب على الرجل، وهذا الالتزام يبقى قائماً عليه إلى انتهاء الحضانة أو سقوطها أو التنازل عنها.

فالأصل على المطلق توفير السكن عينا، لما جاء في نص المادة 72 من الأمر 02/05: "... يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة... ".
إلا أنه ليس إلزامي كون إشكالية توفير مسكن ضمن هذا الصراع القائم بين الرجل والمرأة،

1 سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، (ماستر: تخصص عقود ومسؤولية)، البويرة، جامعة أولكي محند أولحاج، 2012-2013، ص 66.

وفرضية الكره القائمة بين المطلق وطليقته، وأزمة السكن القائمة في البلاد¹.
قد تؤدي إلى حرمانها من هذا الحق، أو قد تؤدي إلى توفير مسكن غير لائق
وهو ما لم يضمنه المشرع للمرأة.

(2) توفير بدل الإيجار: وهو ما نص عليه المشرع في المادة 72 من الأمر
02/05: " و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار". بمعنى أنه متى عجز الرجل عن تقديم
أو توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة² (سواء استئجار مسكن، أو دفع بدل الإيجار
للمؤجر، أو دفع البديل للحاضنة كي تؤجر بنفسها).

فكما سبق وقلت: الأصل هو التمكين عينا، فإذا تعذر التنفيذ العيني عليه، يلزم بتقديم
بدل الإيجار بغض النظر عن حيازة أو ملكية الحاضنة للسكن من عدمه. لأنه غالبا ما تكون
أجرة السكن المحكوم بها، هي أجرة رمزية لا تكفي لاستئجار مسكن من طرف المطلقة
الحاضنة، أو تكون كافية لاستئجار مسكن غير لائق لممارسة الحضانة، كأن يتواجد
في مكان معزول، وهو ما لم يضمنه المشرع للمرأة الحاضنة³.

ولقد ترك المشرع مسألة تقدير الأجرة إلى سلطة التقديرية للقضاة متى تم اللجوء إليهم
لتحديد أجرة مسكن الحضانة، لأنها مسألة واقع يستلزم عليهم مراعاة الحالة المادية للمطلق،
وموقع السكن، ومستوى المعيشة، وزمن استحقاق الأجرة وغيرها⁴.

وفي هذه الحالة (حالة دفع بدل الإيجار) قد تقوم علاقة تعاقدية بين المؤجر والمستأجر
(سواء كان المطلق نفسه أو المطلقة الحاضنة)، فتنشأ بينهما التزامات تعاقدية يستوجب
مراعاتها، وفي حالة الإخلال يجوز الحكم بإخلاء السكن⁵. وهو ما يطرح
إشكالية: هل يلزم المطلق بتوفير مسكن آخر للإيجار، أم يسقط حق الحاضنة في السكن

1 آث ملويا، مسكن ممارسة الحضانة، مجلة دراسات قانونية، منشورات دار
الخلدونية، عدد2، 2012، ص 22.

2 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 260.

3 آث ملويا، مسكن ممارسة الحضانة، المرجع السابق، ص 23-24.

4 سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، (بتصرف)، ص 68.

5 المادة 119 من القانون المدني: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه،
جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين
إذا اقتضى الحال ذلك ".

أو بدله؟ و هو ما لم يجب عليه المشرع، إلا أنه حسب رأي لا يسقط هذا الحق ويلتزم المطلق بتوفير البديل إلا غاية انتهاء الحضانة.

(3) بقاء المرأة الحاضنة في مسكن الزوجية : لقد أوجب المشرع الجزائري الحاضنة بالبقاء في بيت الزوجية حتى يتمكن المطلق من تنفيذ التزامه وذلك بموجب المادة 72 من قانون الأسرة: " وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ". بمعنى أنه على المطلقة أن تبقى في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الرجل المطلق التزامه المحكوم به.

وعند النظر إلى موقف المشرع الذي أخذ بمبدأ إلزام المطلقة الحاضنة بالبقاء في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الالتزام بتوفير السكن، أو بدل الإيجار. أجد أنه يتعارض مع مبادئ و أحكام الشريعة، ففي هذه الحالة قد تكون انتهت عدتها مما يستلزم خروجها منه، لأنها أصبحت أجنبية عن المطلق، فلا يحل لها البقاء معه في منزل واحد.

ومن المعلوم شرعا وقانونا أن من آثار الطلاق بقاء المطلقة في المسكن الزوجي لقوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [سورة الطلاق 1].

ففي هذه الحالة يكون المسكن مسكن عدة وحضانة، وهو إجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ التزامه بتوفير السكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره¹، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة الحاضنة مكان تلجأ إليه لو بشكل مؤقت ريثما يوفر لها المكلف مسكن للحضانة، إلا أن الإشكال يطرح مرة أخرى بعد انتهاء العدة؟.

ففي كتاب " قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد " : (قال عبد العزيز سعد: أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق، وأن الزوجة

1 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 260.

تبقى في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق، بل إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن. فحسب رأيه وضع كهذا يكاد يكون مستحيلا. لأن الزوجة تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، ولم يعد أحد منهما يطبق الجلوس أو الإقامة مع الآخر¹. لكن هذا الوضع تداركه المشرع حينما جعل أمر مسكن الحضانة من الأمور الإستعجالية²، وذلك لضمان حق المطلق والمطلقة، فتبتعد المطلقة الحاضنة عن طليقها دفعا للحرص والضرر الذي يحتمل وقوعه.

فنص في المادة 57 مكرر من الأمر 02/05 على أنه : " يجوز للقاضي على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ". لأن حق السكن هو حق مؤقت لا يمكن التنازل عنه، ولا التصرف فيه³، كونه حق عيني وشخصي في نفس الوقت.

ولقد اجتهد القضاة ضمن هذا الجزء الخاص بسكن الحضانة فكانوا يعتمدون تارة على ما هو موجود في القانون، و أخرى على ما جاء به الفقهاء وذلك في حالة غياب النص القانوني، فبالرجوع إلى :

الملف رقم 566381 بتاريخ 2010/09/16: (توفير سكن ملائم للأم، لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببديل الإيجار)⁴. بمعنى أنه متى استطاع الرجل توفير الأصل (السكن)، لا يمكن للمرأة مطالبته بالأجرة، وهو مسلك صحيح للقضاة وجاء اجتهادهم موافق للقانون والشرع. فمتى قدم الزوج سكن لا يمكن تخييره بين السكن والبديل وهذا ما ثبت في الملف رقم 474255 بتاريخ 2009/01/14: (القضاء بتخيير الزوج

1 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 146.

2 محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، الجزائر، دار الوعي، ط 2012م/1434هـ، ص 316.

3 فريدة محمدي- زواوي، نفاذ حق السكن الممنوح للحاضنة، (مقال)، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 2، ص 77-78.

4 ملف رقم 566381 بتاريخ 201/09/16، مجلة قضائية، 2010، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 268.

بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة، إساءة لتطبيق القانون)¹.

والملف رقم 481857 بتاريخ 2009/01/14: (يمكن المطالبة ببديل الإيجار المعتبر من مشتملات النفقة المستحقة للمحزون، في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه)². فبديل الإيجار من الأمور التي لا تسقط بمرور وقت المطالبة به. حيث يبدأ سريان مدة المطالبة به من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة³.

والملف رقم 477191 بتاريخ 2009/01/14: (يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة حقيقة مصلحة المحزون)⁴. إلا أنه لا يكون ملزما بتوفيره خارج الإقليم الوطني، فقد جاء في الملف رقم 622754 بتاريخ 2011/05/12: (الحكم ببديل إيجار سكن ممارسة الحضانة، مقيد بممارستها في الجزائر. فلا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني)⁵.

والملف رقم 26997 بتاريخ 1982/02/22: (من المقرر قانونا بأنه: لا يعد خرقا لأحكام المادة 476 من القانون المدني- سابقا- إذا حكم القضاة بتخصيص السكن الزوجي للحاضنة معلقين ذلك على شرط عدم ملكية الزوج للمحل المتنازع عليه، ولا يعد مساسا بالملكية)⁶.

1 ملف رقم 474255 بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، 2009، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 267.

2 ملف رقم 481857 بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، 2009، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 292.

3 ملف رقم 490137 بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، 2009، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 251.

4 ملف رقم 477191 بتاريخ 2009/01/14، مجلة قضائية، 2009، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية، ص 275.

5 ملف رقم 622754 بتاريخ 2011/05/12، مجلة قضائية، 2012، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص 304.

6 ملف رقم 26997 بتاريخ 1982/02/22، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 277. **نقلا عن:** بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 373-374.

والملف رقم 198260 بتاريخ 1998/04/21: (من المقرر قانونا أن أجره السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضاوا بالحكم ببديل الإيجار المطعون ضدها رغم أنها عاملة لكون أجره سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون)¹. بمعنى أن أجره سكن الحضانة على الأب حتى لو كانت الأم عاملة، لأن الإسكان من مشتملات النفقة، كما أن المشرع يؤمن باستقلالية الذمة المالية للزوجين فما بالك عند الانفصال² وبنا لي لا يمكن إلزامها بأجره السكن.

وبالرجوع إلى " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " - الاتفاقية بها تحفظات-، فقد نصت على إستحقاق المرأة لجميع الحقوق المتعلقة برعاية أولادها، أيا كانت وضعيتها الزوجية، سواء كانت متزوجة أو مطلقة، وهو ما جاء من خلال المادة 16 فقرة (د) و (و) اللتين نصتا على أن: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة، في جميع المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية، لكي تكفل لها على أساس تساوي الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

(د) نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.
(و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الإجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة"³.
من الواضح أن هذه الإتفاقية منحت المرأة جميع الحقوق المتعلقة برعاية الأطفال شأنها في ذلك شأن الرجل، ولم تبين حقها في الحضانة بنفس الشكل الذي تميز به قانون الأسرة الجزائري، وهو ما يعكس اهتمام المشرع الجزائري بحق المرأة.

1 ملف رقم 198260 بتاريخ 1998/04/21، جلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، ص 213.

2 المادة 37 من الأمر 02/05: (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر....).

3 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة-، متحفظ عليها- مرجع سابق، ص 17.

الفرع الثاني : حق المرأة المطلقة الحاضنة في زيارة المحضون: أسمى لون من ألوان التربية هو تربية الطفل بين أحضان والديه، إذ ينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبني جسمه، وينمي عقله، ويزكي نفسه، فإذا افترق الأبوان فالحضانة تؤول لمن تتحقق معه مصلحة المحضون، وللأم في هذا الأولوية من الأب كما سبق ووضحت، ما لم يتوافر بها مانع.

ومتى توافرت تلك الأسباب التي تجعل المرأة المطلقة الأم لا تستحق الأولوية لما نص عليه المشرع في المادة 67 من قانون الأسرة: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه...". إلا أن هذا لا يمنعها حق الزيارة، وهو حق لفائدتها عامة وفائدة المحضون خاصة.

ويقصد بحق الزيارة¹ : ذلك الحق الممنوح للأم التي لم يثبت لها حق حضانة الطفل لزيارة طفلها القاصر².

فما مدى حماية هذا الحق في الشرع والقانون؟ للإجابة على هذا التساؤل يتعين تحديد موقف الفقه (أولاً)، ثم المشرع الجزائري (ثانياً) وذلك كالآتي:

أولاً: حق المرأة الأم في الزيارة عند الفقهاء: حق الزيارة أو الرؤية لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعاً باتفاق الفقهاء لضمان صلة الرحم، ولكنهم ذكروا آراءً مختلفة نسبياً بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالدة التي طفلها في حضانة غيره. فمتى سقط حق الأم في الحضانة لأي سبب فلها الحق في الزيارة. وذلك لما جاء في قوله ﷺ : (من فرق بين الوالدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)³.

1 الزيارة لغة : من زار - زيارة بمعنى أتاه بقصد الإلتقاء به. ينظر: لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب، مرجع سابق، ص 310.

2 عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية - دراسة مقارنة- مرجع سابق، (بتصرف)، ص 249.

3 الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، مرجع سابق، ج2، حديث رقم 1217، ص 224.

1/ ففهاء الحنفية قالوا بأنه: إذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة، أو لانتهاؤ مدة الحضانة، فلأمه رؤيته، بأن يخرجها إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم، والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أباها¹.

2/ أما فقهاء الشافعية فقالوا بأن: المميز إن اختار أباه بعد تمييزه في سن التمييز، لم يمنعه زيارة أمه، ويمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا إختارته لتألف الصيانة وعدم البروز للناس، و الأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخبرتها.

ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته، ذكرا أو أنثى، لأن في المنع قطعا للرحم، لكن لا تطيل معه، ويمكنها من الدخول، فإن بخل بدخولها إلى منزله، أخرجه إليها.

والزيارة مرة في أيام، أي يومين فأكثر لا في كل يوم، إلا إذا كان منزلها قريب فلا بأس بالزيارة كل يوم².

3/ وقال فقهاء المالكية بأن: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة، و أولادها الكبار كل أسبوع مرة، و الأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله مطالعة ولده من آن لآخر: أي الإطلاع عليه³.

4/ أما فقهاء الحنابلة: فكان موقفهم نفس موقف الشافعية: حيث قالوا إن إختار المميز أباه، كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنعه من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمييزه، وإن إختارها كان عندها ليلا وعنده نهارا ليؤدبه ويعلمه.

و أما البنات فتكون عند أبيها بعد تمام سن السابعة إلى الزفاف، ولا يمنعه أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر، لأن فيه حملا على قطيعة الرحم، ولكن من غير أن يخلو الرجل

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ج5، ص 274-275.

2 شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مرجع سابق، ج3، ص 599.

3 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع نفسه، ج2، ص 512.

بالأم، ولا يطيل المقام، لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية عنه. والورع إذا زارت المرأة ابنتها : تحري أوقات خروج أبيها إلى معاشه، لئلا يسمع كلامها. والكلام و إن كان غير عورة لكن يحرم التلذذ بسماعه¹.

فالأم تزور ابنتها والگلام يزور أمه على ما جرت به العادة كالیوم في الأسبوع.

خلاصة القول: الحنفية يمنحون حق الزيارة للوالدين فقط دون غيرهم، أما الشافعية فعطون حق الزيارة بعد التمييز لامكانية اختياره العيش مع أحد الوالدين، ويفصلون إذا كان المحظون أنثى يتعين لأمها الحضور لزيارتها، وهو نفس موقف الحنابلة إلا أن فقهاء الحنابلة فضلوا حضور الأم لزيارة ابنتها في أوقات عمل الوالد. أما المالكية فمنحوا حق زيارة الصغير كل يوم أما بالنسبة للكبير فكل أسبوع مرة.

ثانياً: حق المرأة الأم في الزيارة عند المشرع الجزائري: إن اسناد الحضانة إلى مستحقيها، والذي يكون في الغالب الأعم للأم، باعتبار أنها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون إلا إذا توافر لديها ما يسقطها عنها. مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالأم من جهة. وذلك بتمكينها من الزيارة ورؤية المحضون، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 64 بقوله: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". والذي يتضح من خلاله أن: على القاضي أن يحكم بحق الزيارة بفترات محددة (أوقات و أماكن معينة).

فحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون، نظراً لأهميته البالغة في ضمان الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون²، فأعطى ضمانات لإمكانية الحصول عليه إذا كان الزواج مختلط أو غير مختلط³.

1 مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، تحقيق: ياسر إبراهيم المزروعى ورائد يوسف المرعى، الكويت، مؤسسة غراس، ج2، ط1، 2008م/1428هـ، ص398.
2 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ط1، 2004م، ص386.
3 الإتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بحالة أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، رقم 144/88 الصادرة عام 1988م/1404هـ.

ومن المعروف أن الحضانة هي جانب معنوي أكثر منه مادي، خاصة في مرحلة الطفولة، فالأم هي الملزمة بذلك لأن لها الرعاية والأشراف والمشاهدة، إلا أنه قد تمنع من ذلك لأي سبب جدي¹، مما يتعين على الوالد عدم منعها من أداء هذا الواجب المعنوي من فترة إلى أخرى، لأن الأب لا يقدر على أداء كل الواجبات المعنوية لوحده، لأن كل من الأب والأم عليهما واجبات معنوية خاصة به يستطيعان تقديمها للطفل إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة، إلا أن أهمية هذا الجانب تظهر أكثر عند الانفصال، وذلك للحفاظ على أواصر الأمومة، لأن زيارة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلي الوالدين فهو واجب شرعي و قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على عاتق كل منهما، لما في ذلك من مصلحة الصغير².

فلا يجوز للأب أن يمنع الأم من رؤية المحضون بسبب الخصومات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، لأن هذا الأمر مخالف للشرع والعرف والقانون، كون الصبي في حاجة أكبر إلى الأم، وهو ما جاء على سبيل الوجوب في نص المادة 64 من قانون الأسرة: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فالمشرع من خلال هذه الفقرة ضمن حق الزيارة لمن لم يسند له الحضانة، وذلك لما جاء بأسلوب الوجوب لا على الإختيار. كما أنه ألزم القاضي بمنح حق الزيارة ولو غفل عنه المعني بالأمر، وإلا سيكون الحكم معيبا لأن حق الزيارة من النظام العام³. وهو منطلق سلكه المشرع لتكريس حماية مصلحة المحضون. فقد جاء في الملف رقم 1588422 بتاريخ 1997/04/08: (إن عدم فصل القضاة في حق الزيارة، رغم المطالبة بها، يعتبر من حالات إلتماس إعادة النظر وفقا للمادة 194 من قانون

1 كإندعام أحد شروط تولى الحضانة المادة 67، أو التزوج بغير محرم المادة 66، أو السفر المادة 69 من قانون الأسرة...

2 زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، (ماجستير - تخصص قانون دبلوماسي)، الجزائر، جامعة يوسف بن خدة، 2008، ص 64.

3 نورة منصور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 155.

الإجراءات المدنية القديمة وليس وجها من أوجه الطعن- هذا قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية -¹.

ورغم كل هذا إلا أنه يعاب على المشرع كونه لم يحدد مكان الزيارة ولا وقتها، كما أنه لم ينص على حالات سقوطها. وربما هذا راجع إلى أنه يفترض في مكان الزيارة أن يكون المكان الذي يمكن فيه تمتيع المحضون برعاية الزائر (الأم) ولو في ساعات محدودة شريطة أن لا يكون مكان يسبب حرجا للطرفين.

أما بالنسبة لمدة الزيارة فهي مدة تحدد حسب إتفاق الطرفين (الحاضن والزائر) والقاضي. فالقضاء الجزائري استقر على أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، و مسألة العطل يقصد بها العطل الموسمية والأسبوعية. وبذلك جرى القضاء على الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة وأن أكثر من ذلك من غير المعمول به وغير متبنى من طرف القضاء².

فحق الزيارة حق مكفول بالقانون إذا كانت المرأة تقيم في الجزائر وهو ما نص عليه في المادة 64 السالفة الذكر. ومكفول كذلك في حالة الرغبة في السفر خارج الجزائر. ودليل ذلك ما جاء في نص المادة 69 من الأمر 02/05: " إذا أراد الشخص الموكل له حق لحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ". وتكمن مصلحة المحضون في رؤية كلى الوالدين، فإن هذا السفر يؤثر على حق الزيارة للأم والمحضون يمنع القاضي الحاضن من السفر بالمحضون، وقد حاول المشرع حماية حق الزيارة عندما يكون الحاضن يقيم أو يرغب في الإقامة في فرنسا وذلك بإبرام الإتفاقية الثنائية 144/88. ورتب جزاءات على المخل بهذا الحق في قانون العقوبات وفي الإتفاقية.

1 ملف رقم 158842 بتاريخ 1997/04/08، نشرة القضاة، عدد 53، ص 61. نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010-، مرجع سابق، ط4، 2012، ص 350.
2 سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 80.

فبالرجوع إلى نص المادة 327 من قانون العقوبات: " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ". وهو نص عام يشمل كل شخص يقوم برعاية الطفل، ولا يقوم بتسليمه إلى من له الحق في المطالبة به يعد مقترفا لجريمة عدم التسليم¹. إلا أنه في هذه المادة لم يشترط صدور حكم يقضي بالتسليم، لأن من لهم الحق الطبيعي في الحضانة هم المطالبين بالطفل من الغرباء عنه. وبهذا يمكن استبعاد الغير الذين ليس لهم الحق في الحضانة من الجناة المنصوص عليهم في المادة 328 من نفس القانون والتي جاء فيها: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم القاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني". بمعنى أنه يجب صدور حكم يقضي بمنح الحضانة للمطالب بها، ورابطة الأبوة مجرد ظرف مخفف وليست عنصر مكون للجريمة المعاقب عليها. لأن الطلاق أساسا يقع بين الأب و الأم، والحضانة ما هي إلا أثر من آثار الطلاق بينهما. ضف إلى ذلك أنه عند صدور الحكم المقرر للحضانة يجب أن يكون مقررا أيضا لحق الزيارة، فإذا كان عدم تسليم الطفل إلى حاضنه الذي صدر لمصلحته حكم يعد جريمة يعاقب عليها. فهل يعد الحاضن الذي لم يسلم الطفل إلى من له حق الزيارة مرتكبا لجريمة الإمتناع عن تسليم القاصر؟.

لقد سلك القضاء مسلك ساوى فيه بين حق الزيارة و حق الحضانة²، حيث اعتبر عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية. لأن عبارة الحضانة تأخذ

1 عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية – دراسة مقارنة- مرجع سابق، ص 249.

2 حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مرجع سابق، ص 22 وما يليها.

مدلولا واسعا يشمل حق الزيارة، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين الحضانة وحق الزيارة. لأن الهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة كل من يخل بذلك، أو يتعدى عليه. كما أن الإمتناع في كلتا الحالتين يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم القضائي، وهو منوط بحماية قانونية داخلية (قانون العقوبات الجزائري) وخارجية (الإتفاقية 144/88).

فقد جاء في نص المادة 6 من الإتفاقية الثنائية 144/88: " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما.

1- كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين، وينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين...". وجاء في نص المادة 7 من الإتفاقية : " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة...". يفهم من هاتين المادتين أنه عند إمتناع الطرف الحاضن عن تمكين الطرف الآخر من حق الزيارة، فإنه يكون معاقب كونه مرتكب لجريمة عدم تسليم قاصر.

وهذا الإتجاه جعل حق الزيارة في مرتبة الحضانة، وهو إتجاه مقبول من الناحية المنطقية، ذلك أن عدم التمكين من حق الزيارة فيه إنتهاك لنفس الحكم الذي قرر الحضانة، لأن كل حكم يقضي بالحضانة يشتمل وجوبا على حق الزيارة، وانتهاك هذا الحكم فيه اعتداء على مصلحة الطفل المحضون، وليس من مصلحة هذا الأخير أن يحرم من أحد والديه، وأن لا يتمكن من رؤيته خاصة إذا كان أحدهما هو الأم. ضف إلى ذلك أنه ليس من العدل أن يتمتع أحد الوالدين بحضن ابنه طيلة أيام السنة فيما يحرم الآخر من فلدة كبدته حتى في الأيام القليلة المقررة له بموجب حكم قضائي¹.

1 حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مرجع سابق، ص 22 وما يليها.

خلاصة الفصل الثاني

الزواج والطلاق من الأشياء المتقابلة في هذه الحياة، وهي من السنن الالهية التي قدرها الله سبحانه وتعالى، وأنزل لها التشريعات التي تنظمها تنظيمًا دقيقاً رعاية منه سبحانه ﷻ لمصالح خلقه ورحمة منه ﷻ بهم. فقد شرع الاسلام للمطلقة حقوقاً تنجم عن الفرقة. فجاءت التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري حيث اعتنى بذلك، لما للمرأة من مكانة مرموقة في الإسلام وفي هذا التلخيص سألقي الضوء على هذه القضية وهي حقوق المطلقة المادية والمعنوية. و التي تتمثل في حقها في التعويض ونفقة المتعة والعدة، ومتاع البيت وحضانة أولادها، وما ينجر عن ذلك من حق في السكن والزيارة.

أولاً: حق المرأة المطلقة في التعويض: يعد هذا الحق من الحقوق المالية الناتجة عن فسخ عقد النكاح، وقد ضمن المشرع هذا الحق للمرأة، وذلك لتغطية الضرر اللاحق بها جراء التظليق دون الخلع، وهو ثابت بالقرآن والسنة، ويقدر حسب السلطة التقديرية للقاضي، لامكانية احاطتهم بجميع الظروف والملابسات الخاصة بالزوجين، والداعية لطلب المرأة للفرقة، والتي نجم عنها ضرر. بالرغم من أنه كان من قبلها، إلا أنه أقره لها. كما يمكن الإستعانة بالخبراء من أجل تحديد الضرر وقدر التعويض الذي تستحقه.

ثانياً: حق المرأة المطلقة في نفقة المتعة والعدة ومتاع البيت: كما تستحق المرأة حقا مالياً يتمثل في التعويض، تستحق أيضاً حقوقاً مالية أخرى تتمثل في:

1/ حق المرأة المطلقة في نفقة المتعة: لم يتطرق المشرع لهذه النفقة رغم أنها مشروعة بالكتاب والسنة. ولقد تفرق الفقهاء في حكم أخذ المرأة لنفقة المتعة إلى فريقين: منهم من يوجبها للتي لم يسم لها مهر وكان طلاقها قبل الدخول، ومنهم من يندبها لكل مطلقة باستثناء التي سمي لها مهر.

وتعد نفقة المتعة الصورة الشرعية والعلاج الفقهي دون القانوني للمرأة، وهي حكم لا يتعارض مع الحقوق المالية الأخرى للمرأة، وتقدر هذه المتعة حسب حال الزوجين.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فهو لم يتول النص عليها، إلا أن القضاء يطبقها في أحكامه، فيحكم بها للمرأة. لأن نفقة المتعة من الأمور التي تخضع للسلطة التقديرية للقضاء، كونها تعويضا ماليا للمرأة المطلقة وذلك من أجل تخفيف الألم اللاحق بها. بالرغم من أن الفقهاء اختلفوا في استحقاق المرأة الطالبة للتظليق أو الخلع لهذه النفقة (نفقة المتعة).

2/ حق المرأة المطلقة في نفقة العدة: لقد تطرق المشرع إلى العدة في المواد من 58 إلى 61 من الأمر 02/05. فالعدة واجبة شرعا وقانونا وثبت ذلك بالقرآن والسنة والقانون. وهي تختلف حسب حال المرأة ونوع الفرقة الواقعة (طلاق- وفاة). ففي حالة الطلاق بكل أنواعه قد تعدد المرأة عدة قروء أو أشهر أو عدة وضع.

ولقد تفرق الفقهاء حول استحقاق المرأة المطلقة (تظليق- خلع...) لنفقة العدة حيث فرقوا بين الحائل والحامل.

فإذا كانت حامل تستحقها (تستحق نفقة العدة)، أما إذا كانت حائل فقد انقسموا أيضا إلى ثلاث آراء، فمنهم من يوجب لها النفقة والسكنى، ومنهم من يوجب لها السكنى دون النفقة، ومنهم من لا يوجب لها أي شيء " لا نفقة عدة ولا سكنى".

وبالرجوع إلى المشرع فقد أوجب نفقة المعتدة دون التفريق بين أنواع الطلاق.

3/ حق المرأة المطلقة في نيل متاع البيت: لم يتعرض المشرع إلى تعريف متاع البيت مثله مثل الفقهاء، إلا أنه يمكن اعتباره كل ما تحتاج إليه المرأة والرجل في حياتهما الزوجية، لكن اختلف الفقه حول من هو الملزم بتمتع بيت الزوجية المرأة أو الرجل.

وبالرجوع إلى موقف المشرع فإنه لم يشر إلى ذلك وترك الأمر مفتوح دون إلزام أحدهما بذلك. وهو ما يستشف من المادتين 14 و 73 من قانون الأسرة.

لكن في حالة الإختلاف (عند الرغبة في إنهاء عقد الزواج سواء بالتظليق أو الخلع) فقد اختلف الفقهاء في ملكية المرأة المطلقة للمتع. فمنهم من يمنحها النصف ومنهم

من يمنحها ما تستحقه النساء وغير ذلك من الفروقات. إلا أن المشرع تفادى كل الخلافات الفقهية وذلك في المادة 73 من الأمر 02/05، حيث أعطى المرأة المطلقة ما هو معتاد للنساء، وفي حالة وجود مشتركات بينهما تأخذ النصف.

ثالثاً: حق المرأة في الحضانة: إن مسألة الحضانة من الآثار المترتبة عن الطلاق سواء كان تطليق أو خلع أو غيره.

ولقد ثبت استحقاق المرأة المطلقة لحضانة أولادها بالقرآن والسنة، ولها في ذلك حق الأولوية شرعاً وقانوناً متى توافرت فيها الشروط المحددة.

رابعاً: حق المرأة في الآثار المترتبة عن الحضانة (السكن - الزيارة): إذا تمكنت المرأة المطلقة الأم من نيل حق الحضانة فبذلك يتوجب على الوالد توفير سكن، أما إذا لم تتمكن من استحقاق الحضانة لغياب الشروط التي بموجبها تنال حق الحضانة، فيبقى لها الزيارة.

1/ استحقاق المرأة المطلقة الأم الحاضنة للسكن: لقد اختلف الفقهاء حول أحقية المرأة الحاضنة الأم للسكن، إلا أن المشرع جاء في المادة 72 ونص على وجوب توفيره للحاضنة، وفي حالة تعذر ذلك يبقى للأب إما توفير بدل الإيجار أو اسكانها في مسكن الزوجية.

2/ استحقاق المرأة المطلقة الأم لحق الزيارة: يكون هذا الحق في حالة عدم استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة، وهذا الحق هو حق مقرر شرعاً باتفاق الفقهاء مع بعض الاختلافات النسبية، إلا أن المشرع أعطى هذا الحق (حق الزيارة) لها. وهو ما يفهم من نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري. وبالتالي هو حق محمي شرعاً وقانوناً ويمنح في أيام العطل.

الختامة

لقد إهتم الدين الإسلامي الحنيف بجميع جوانب الحياة ، خاصة ما يتعلق منها بالأسرة لعظم شأنها ، ولكونها لبنة من لبنات المجتمع ينبغي المحافظة عليها ما أمكن. فيعتبر الزواج من الأمور الفطرية التي تلبي احتياجات الجنسين بمختلف أنواعها. يقول ﷺ في كتابه العزيز: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ

مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم 21] ، فالغاية العظمى للزوجين من الزواج هي السكون والمودة والراحة النفسية التي تعين الإنسان على القيام بدوره في هذه الحياة على أكمل وجه بدون منغصات.

لكن هذه الحياة وخاصة الحياة الزوجية لا تستمر على حال واحد دائماً، فقد تضطرب وتتصدع ويكون علاجها في بعض الأحوال عن طريق انفصال الزوجين لقوله وإن ﴿ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَسِعًا حَكِيمًا ﴾ [سورة النساء 130] ، وذلك بعد

عدة محاولات صلح يجريها القاضي، وهو إجراء جوهرى في مسائل الأحوال الشخصية، فتتفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، وهو حق أصيل موكول للرجل دون المرأة، إلا أن الشرع والمشرع لم يهملوا حق المرأة بهذا الشأن وذلك بمنحها حق إنهاء الرباط الزوجي الذي يربط بينها وبين بعلاها عن طريق التطلق أو الخلع.

وينجر عن ممارسة المرأة لحقها في إنهاء عقد الزواج بالتطبيق أو الخلع، عدة آثار معظمها ضمنها لها الشرع واتبعه المشرع وطبقه القضاة في المحاكم. ومن بين هذه الحقوق المحمية شرعا وقانونا وقضاء للمرأة المطلقة: حقها في الحضانة والنفقة والتعويض ومتاع البيت...

ولقد استعرضت من خلال بحثي هذا معظم الجزئيات التي بينت من خلالها حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق أو الخلع، كما بينت حقها بعد انتهاء علاقة الزواج عن طريق الفرقة التي طالبت بايقاعها.

ومن خلال ما سبق ذكره توصلت إلى النتائج الآتية :

النتائج:

- 1- إقرار الإسلام والقانون بحق الرجل في إنهاء عقد الزواج، كما أقر بحق المرأة في فك رابطة الزوجية، وبالتالي فإن التطلق هو الوجه شبه المقابل للطلاق.
- 2- استقرار اجتهاد المحكمة العليا على أن تقدير النفقة هو: أمر موكل لقضاة الموضوع.
- 3- موافقة المشرع جمهور الفقهاء في جواز التفريق بسبب الإعسار في النفقة، كما وافقهم في أنه لا طلاق إلا بعد الامتناع عن النفقة بعد صدور الحكم.
- 4- أعطى المشرع الجزائري الحق في التفريق بين الزوجين للقاضي في حالة عدم إنفاق الزوج عليها ، لأن من حق الزوجة رفع أمرها إليه لطلب خلاصها من الضرر اللاحق بها.
- 5- القانون والقضاء أقر بحق المرأة بطلب التطلق للغيب موافقة لما ذهب إليه جمهور الفقهاء.
- 6- لم يحدد العيوب على سبيل الحصر كما لو ينص على عيب العقم لحيلولته دون إنجاب أو غيره...، وإنما توسع فيها مشترطاً فقط تأثيره على حياة الزوجين تأثيراً بالغاً، وترك المجال واسعاً للاجتهاد القضائي والسلطة التقديرية للقاضي في تحديد نوع العيب الموجب للتطلق.
- 7- فصل المشرع في أمر الغياب والفقد فاعتبر الغياب يكون في حالة العلم بمكان وجود الزوج مع تحقق أمر حياته وأساس التفريق هو معاقبة الزوج عن فعل الإضرار، أما المفقود فهو من لا يعرف مكانه، كما لا يعرف حياته من موته، وأساس التفريق هو دفع الضرر وليس حماية المرأة.
- 8- لقد اعتمد المشرع الجزائري على المذهب المالكي في تحديد نوع الفرقة بسبب الغياب أو الفقد، باعتباره المذهب السائد في البلاد، وهي فرقة طلاق بائن لا رجعة فيه.
- 9- إن المشرع الجزائري قد اخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر شرعاً، حالة مخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة ، وجعلها سبباً مستقلاً يعد من الأسباب المبيحة لحق

المرأة في طلب التظليق عن طريق رفع دعوى أمام القضاء ، بالنص عليها في الفقرة 06 من المادة 53 من نفس القانون.

10- يؤخذ على المشرع الجزائري: أنه قد أغفل فكرة لجوء الزوج إلى طلاق الزوجة الأولى، والتزوج بالأخرى، مما يفسح المجال لانتشار الطلاق بسبب كثرة العراقيل. و كذلك منح الحق للمرأة الثانية سببا لطلب التظليق دون تحديد مدة أو أجل لتقادم هذا الحق أو الدعوى.

11- أخضع المشرع حق التعدد لشرط يتمثل في رخصة من القاضي بعد التأكد من موافقة المرأتين، مما يفسح المجال للزواج العرفي.

12- المشرع سلك مسلك الشرع حينما منح للزوجة الحق في وضع شرط ترى فيه حمايتها من تعسفات الزوج، إضافة إلى إعطائها حق التظليق إذا لم يتم الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها أثناء إبرام العقد . وعلى هذا جاءت حرية المرأة في الاشتراط مطلقة، فلها أن تضع شرط عدم الزواج عليها وتحفظ بحق الطلاق عند المخالفة.

13- يؤخذ على المشرع عدم وجود ترابط بين حكم المادتين (19 و 53 السالفتي الذكر) حيث المادة 53 فقرة 9 تكلمت عن الشروط في العقد فقط، دون العقد الرسمي اللاحق. فهل يؤخذ بهذا العقد الإضافي أو على القاضي التطبيق الحرفي للنص لغياب الدقة المطلوبة.

14- يعاب عليه أنه لم يحدد مقدار العقوبة المقيدة للحرية، حتى يحق للزوجة طلب التظليق.

15- بشأن دور القاضي حول الصلح يفهم أن المادة 49 المعدلة بموجب الأمر 02/05 جاءت شاملة وجامعة لكل أنواع الطلاق بما فيها التظليق والخلع، مع النص على إلزامه القيام الصلح لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى.

16- استحداث المشرع بموجب الأمر 02/05 في المادة 53 حالتين تتمتع بهما المرأة لطلب التظليق يتمثلان في (حالة الشقاق المستمر- وحالة مخالفة الشروط المتفق عليها

في عقد الزواج). وفصل حالة مخالفة أحكام المادة 08 الخاصة بالتعدد من السبب الذي يتضمن كل ضرر معتبر شرعا.

17- إن المشرع حاول التقليل من التناقض الذي حصل عند القضاة عند إصدار أحكامهم، وذلك بتعديل نص المادة 54 والنص بصراحة على عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع تماشيا مع اجتهادات القضاة. إضافة إلى أنه رأى أن في ربط الخلع بموافقة الزوج بأن يكون هناك إيجاب وقبول - بمعنى الصيغة- هو تقييد للحق الممنوح للمرأة في طلب الخلع، وحتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرضا مما يفتح المجال إلى الابتزاز والاستغلال، ويكون في هذا امتياز للزوج كونه يملك حق الطلاق وحق اشتراط موافقته لإيقاع الخلع .

18- يترتب على الطلاق بكل أنواعه ضرر مادي أو معنوي أو كلاهما، وهو مدعاة للتعويض، إلا أن المشرع فرق بين التطليق والخلع في ذلك حيث أوجبه ونص عليه في حالة طلب المرأة للتطليق دون الخلع.

19- إن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الفرقة، تخفيفا عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وهذه المتعة شاملة لكل مطلقة. لكن القضاء يعمل على إيجادها وتقديمها للمرأة وذلك بالحكم بها عند الطلاق.

20- عند النظر إلى القانون الجزائري، أجد أنه لم يشر إلى المتعة ونفقتها، لا من قريب ولا من بعيد، ومال كل الميل إلى التكلم عن التعويض بالنسبة للمرأة الطالبة للتطليق دون الخلع. وفي هذا غياب لإحدى الأحكام الشرعية المفروضة بالكتاب والسنة للمرأة المطلقة.

21- إن المشرع يمنح نفقة العدة للمرأة المطلقة سواء كان الطلاق من طرف الرجل، أو المرأة، أو من قبلهما. وهو ما يمكن اعتباره بصمة ايجابية للمشرع اتجاه المرأة. كونه حفظ لها حق نيل نفقة العدة مهما كان نوع الطلاق. وبهذا يكون قد سلك مذهب الإمام أبي حنيفة في نفقة العدة دون أخذ برأيه في التفريق بين أنواع الطلاق.

22- لم يأخذ بمذهب الإمام مالك القائل بالتجهيز من قبل المرأة، ولا بمذهب الجمهور القائل بعدم إلزام المرأة بالتجهيز بل يلزم الرجل، وترك الأمر مفتوحا دون إلزام لأحد.

23- المشرع والقضاء حاولوا حماية حق المرأة من خلال منحها حق استحقاق متاع البيت، إما مناصفة وذلك في حالة اشتراك الرجل والمرأة في استعمال المتاع، أو أخذ ما يعد من المتاع المعتاد للنساء، مع توجيه اليمين لها، وهما في ذلك - المشرع والقضاء- سايروا رأي المالكية والحنفية.

24- ترك المشرع مسألة تقدير أجره مسكن الحضانة إلى السلطة التقديرية للقضاء متى تم اللجوء إليهم لتحديد لها لأنها مسألة واقع، كما جعل مسألة سكن الحضانة أو بدله من الأمور الإستعجالية بموجب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

25- حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون، نظرا لأهميته البالغة في ضمان الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون، وحفظ لحق المرأة المطلقة التي انعدمت فيها شروط استحقاق الحضانة.

26- يعاب على المشرع كونه لم يحدد مكان الزيارة ولا وقتها، كما أنه لم ينص عن حالات سقوطها. ربما هذا راجع إلى أنه يفترض في مكان الزيارة أن يكون المكان الذي يمكن فيه تمتع المحضون برعاية الزائر (الأم) ولو في ساعات محدودة شريطة أن لا يكون مكان يسبب حرجا للطرفين.

27- سلك القضاء مسلك ساوى فيه بين حق الزيارة و حق الحضانة، حيث اعتبر عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية، لأن الهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل، مع عدم حرمان المرأة المطلقة الأم من حقها في إحداها.

28- لم يعتمد المشرع على الفقه المالكي فقط في تقرير حق المرأة في فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عن ذلك، وثبوت استلزامه من مختلف المذاهب الفقهية، واعتماده على أسلوب التوفيق تارة، وأسلوب الترجيح تارة، والعزوف عن اعتماد أي مذهب فقهي تارة أخرى.

29- نجاح المشرع بشكل كبير في ضمان حقوق المرأة في التطبيق والخلع والآثار الناجمة عنهما، رغم قلة النصوص القانونية، ويظهر ذلك جليا في قرارات القضاة واجتهاداتهم القضائية.

التوصيات :

- 1- ضرورة المصادقة على صندوق نفقات المطلقات وأطفالهن، من أجل امتصاص الآثار السلبية المترتبة على عدم دفع النفقات.
- 2- ضرورة استدراك الفجوة التشريعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالنص على النفقة بشكل عام وليس على النفقة الغذائية فقط.
- 3- يجب على المشرع إعطاء التحكيم وإجراءاته المنصوص عليه في المادة 57 من قانون الأسرة حقه، وذلك من أجل إيجاد الحل في حالة عدم القدرة على التوفيق بين الرجل والمرأة.
- 4- إضافة نص أو أكثر لموضوع الخلع والذي يعد أكبر ضامن لحق المرأة من أجل الخلاص من العلاقة الزوجية التي غلب فيها عنصر مخالف للشرع والقانون وهو عدم إقامة حدود الله. وبذلك يتمكن المشرع من سد الفراغ التشريعي، من أجل التسهيل على القضاء تطبيق القانون دون اللجوء إلى الفقه، لما فيه من اختلافات فقهية والتي بموجبها قد يكون تضارب في القرارات والاجتهادات القضائية.
- 5- انشاء قانون إجرائي خاص يطبق على الأمور الخاصة بإجراءات الأحوال الشخصية بدل الاعتماد على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظرا لخصوصية النزاع وطبيعته، من أجل حماية حقوق المرأة المتقاضية وغيرها، وتسهيل مهمة قاضي شؤون الأسرة.
- 6- اضافة بعض النصوص القانونية الضامنة لحق المرأة في فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عن ذلك، والتقليل من فتح المجال للقضاء وذلك بعدم تركهم يلجؤون إلى استعمال المادة 222 من الأمر 02/05، نظرا لعدم التأكد من الثقافة الفقهية لبعض القضاة إن لم أقل جلهم، وهذا ليس لضعف فيهم، وإنما لكثرة تشعب الآراء الفقهية، والنزعة الخلافية عندهم.

7- على المشرع أن يتفادى السهو الذي وقع فيه جراء عدم النص عن نفقة المتعة - إن صح التعبير- و ينص عليها في تشريعه، ليمنح حق المرأة المطلقة الضائع لعدم النص عليها كونها ليست عقوبة للمطلق، لأن جل المذاهب الفقهية أوجبته على المطلق واستحبتها لها، حيث اعتبرت المتعة من قبيل التسريح بإحسان يدفعها الرجل للمرأة، امتثالاً لأمر الشارع سبحانه وتعالى. وفي عدم النص عليها دليل على غياب إحدى الأحكام الشرعية المفروضة بالكتاب والسنة للمرأة المطلقة.

8- على المشرع أن يحدد مكان الزيارة و وقتها، كما عليه أن ينص على حالات سقوطها.

9- أقترح أنه متى تقدمت الزوجة بطلب التفريق وخاصة الخلع أن يمنح لها فرصة وذلك بفصلهما عن بعضهما - الفصل بينها وبين زوجها- دون حكم. بمعنى إرسال أو إبعاد إحداهما عن بيت الزوجية من أجل التفكير في المشكل والركون إلى نفسيهما ومناقشة الأمر مع أصحاب الخبرة كالأطباء المسؤولين عن معالجة هذه الأوضاع أو الأهل أصحاب القدرة على حل المشاكل والإقناع والمساعدة، ثم عرضهم على جلسات الصلح، لأن المرأة بتركيبتها الإنسانية مزاجية تتسرع في اتخاذ القرارات. فإذا تم الاتفاق فلا داعي للانفصال، أما إذا لم يتم الاتفاق عرض الأمر على القاضي للفصل فيه بحكم نهائي لا يقبل الطعن إلا في الأمور المادية.

10- كما أقترح كذلك أن يكون هناك دورات تدريبية للرجال والنساء المقبلين على الزواج، وذلك من أجل تعليمهم ما يجب عليهم من واجبات وما عليهم من حقوق عند إبرام عقد النكاح، وكيفية التعامل والتعايش بين الجنسين (الرجل والمرأة)، من أجل تفادي بعض الحالات التي تعترض الحياة الزوجية ، مما يستدعي اللجوء إلى الفرقة التي تؤثر على الطرفين، وما ينجر عن ذلك من آثار جانبية تهدد أفراد الأسرة والمجتمع. وأقترح دراسة التجربة الماليزية التي انخفضت فيها نسبة الطلاق بعد الدورات التدريبية من قرابة 36 % إلى حوالي 8% خلال أقل من عقد .

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم : برواية حفص .

أولاً: المصادر

أ- كتب الشريعة الإسلامية

أ-1/ كتب التفسير

- 1- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ط3، 2003م/1424هـ.
- 2- البغدادي، الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج2.
- 3- بن كثير، إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار طيبة، ج(1-2-6)، ط2، 1999م/1420هـ .
- 4- الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج2، 1992م/1412هـ.
- 5- الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري البيان عن تأويل القرآن، تحقيق: بشار عواد معروف و عصام فارس الحرستاني، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، مجلد (2-5)، ط1، 1994م/1415هـ.
- 6- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن- والمبين لما تضمنه من السنة واي الفرقان، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و محمد رضوان عرقسوسي، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج(3،-4-21)، ط1، 2006م/1427هـ.
- 7- مجاهد، بن جبر، تفسير الإمام مجاهد بن جبر، تحقيق: محمد عبد السلام أبو النيل، دار الفكر الإسلامي الحديث، ط1، 1989م/1410هـ.
- 8- النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، تحقيق: سيد زكريا، مكتبة نزار مصطفى الباز، المجلد1.

أ-2/ كتب الحديث

- (1) أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: عصام موسى هادي، المملكة العربية السعودية، الجليل، دار الصديق ، ط1، 2013م/1424هـ.
- (2) ابن ماجة، محمد بن يزيد الربيعي مولا هم القزويني، السنن، تحقيق: عصام موسى هادي، السعودية، دار الصديق، ط1، 2010م/1431هـ.
- (3) ابن الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، المملكة العربية السعودية، مكة المكرمة، دار حراء، ج2، ط1، 1986م/1406هـ.
- (4) البخاري، محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي، الجامع الصحيح ، لبنان، بيروت، دار طوق النجاة ، مجلد 4، الجزء(6،7،8)، ط1، 1422هـ.
- (5) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج(7،10)، ط3، 2003م/1424هـ.
- (6) الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي وهو الجامع الكبير، مصر، القاهرة، دار التأسيس، المجلد 4، ط1، 2014م/1435هـ.
- (7) الدار قطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد عوض، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج3، ط1، 2001م/1422هـ.
- (8) السندي، أبو الحسن الحنفي، سنن ابن ماجة ، لبنان ، بيروت، دار المعرفة، مجلد 2، ط1، 1996م/1416هـ .
- (9) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تحقيق: سمير بن أمير الزهيري، باب الدعوى و البيّنات، حديث برواية البيهقي بإسناد صحيح ، ط7، 2003م/1424هـ.
- (10) مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم ، المسمى : المسند الصحيح المختصر من السنن، وفي طلعتة : غاية الابتهاج لمقتفي أسانيد كتاب مسلم بن الحجاج، السعودية، الرياض، دار طيبة، المجلد 2، ط1، 1427هـ.

11) النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الشهير ، سنن النسائي مع أحكام الألباني(محمد ناصر الألباني)،اعتنى به:أبو عبيدة المشهور بن حسن آل سلمان،السعودية، الرياض، دار المعارف، ط1.

أ-3/ كتب الفقه (المذاهب الأربعة)

أ-3-أ/ الفقه الحنفي

1- ابن عابدين، محمد أمين الشهير، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد المرجو و علي محمد عوض، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، ج(4-5)، طبعة خاصة، 2003 م/1423هـ.

2- ابن نجم، سراج الدين عمر بن إبراهيم الحنفي،النهر الفائق شرح كنز الدقائق،تحقيق، أحمد عزو عناية،لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية،ج2،ط1، 2002م/1422هـ.

3- بن قاسم، عبد الرحمان بن محمد وابنه محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، المملكة العربية السعودية، مجمع الملك فهد، ج32، 200م/1425هـ.

4- بن قاسم ، محمد بن عبد الرحمن بن محمد ،المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية،ط1، 1418هـ.

5- البرني، محمد عاشق الهى ،التسهيل الضروري لمسائل القدوري، كراتشي، مكتبة الشيخ ، ج2، 1412هـ.

6- البغدادي، أبو الحسين أحمد بن محمد، مختصر القدوري، تحقيق : عبد الله نزيير أحمد مزري، لبنان، بيروت، مؤسسة الريان، ط1، 2005م/1426هـ.

7- الحارثي، عايض بن فدغوثش بن جزاء، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، المملكة العربية السعودية، الرياض،كنوز أشبيليا، ج9، ط2009،1م/1430هـ.

8- الرافعي، عبد القادر، و ابن عابدين، تقارير الرافعي على الرد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب ، ج1، 2003م/1423هـ.

- 9- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج5.
- 10- السغدّي، علي بن الحسين بن محمد، النتف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الأردن، عمان، دار الفرقان، ج1، ط1984، 2م/1404هـ.
- 11- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ط1، 1984م/1405هـ.
- 12- الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة الحنفي، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفا الأفعاني، مصر، لجنة إحياء المعارف النعمانية.
- 13- العيني، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، بيروت، لبنان، دار الفكر، ج5، ط2، 1990م/1411م.
- 14- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ج(2، 3، 4، 6)، ط2، 2003م/1424هـ.
- 15- الكليبولي، عبد الرحمان بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ط1، 199م/1419هـ.
- 16- النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج(3، 4، 6)، ط1، 1997م/1418هـ.

أ-3-ب/ الفقه الشافعي:

- 1) الأنصاري، أبي يحيى زكريا بن محمد، تحرير تنقيح الباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عبد الرؤوف بن محمد الكمالي، لبنان، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط1، 2003م/1424هـ.
- 2) الأنصاري، زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج2.

- 3) الأنصاري، زكريا بن محمد، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح الباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م/1418هـ.
- 4) بن إدريس، محمد الشافعي، الأم- بهامش مختصر الإمام الجليل أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، ج5.
- 5) بن محمد الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: محمد محمد تامر، مصر، دار السلام، مجلد(5،6)، ط1، 1997م/1417هـ.
- 6) البيجرمي، سليمان بن محمد بن عمر الشافعي، حاشية البيجرمي على الخطيب "تحفة الحبيب على شرح الخطيب"، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ط1، 1996م/1417هـ.
- 7) البصري، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج11، ط1، 1994م/1414هـ.
- 8) الخن، مصطفى ومصطفى البغا و علي الشريحي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، سوريا، دمشق، دار القلم، ج4، ط3، 1992م/1413هـ.
- 9) الدمشقي، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و عبد القادر الأرنؤوط، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج3، ط3، 1998م/1418هـ.
- 10) الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج(1،9،10)، ط1997م/1417هـ.
- 11) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج7، ط3، 2003م/1424هـ.

- 12) العمراني، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لبنان، بيروت، دار المنهاج، ج(9،11،10)، ط1، 2000م/1421هـ.
- 13) الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، لبنان، بيروت، دار الأرقم بن الأرقم، ج(2،1)، ط1، 1997م/1418هـ.
- 14) الشيرازي، محمد بن عبد الرحمان بن محمد بن عبد الله الإيجي الشافعي، جامع البيان في تفسير القرآن ومعه حاشية محمد بن عبد الله الغزنوي، تحقيق: عبد الحميد الهنداوي، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ط1، 2004م/1424هـ.
- 15) الشربيني، شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ج(2،3)، ط1، 1997 م / 1418 هـ.
- 16) الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، التنبيه في الفقه الشافعي، لبنان، بيروت، عالم الكتب، ط1، 1983م/1414هـ.
- 17) الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ج(2،3)، ط1، 1995م/1415هـ.
- 18) القزويني، نجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم الشافعي، الحاوي الصغير، تحقيق: صالح بن محمد بن إبراهيم اليابس، المملكة العربية السعودية، دار ابن الجوزي، ط1، 1430 هـ.
- 19) الكوهجي، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، قطر، ج3، ط1.

أ-3-ج/ الفقه المالكي

- 1) الأزهري، صالح عبد السميع الأبوي، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

- (2) الأزهرى، صالح عبد السميع الأبى ، جواهر الإكليل، بيروت، مكتبة الثقافة ،ج1.
- (3) بن إسحاق، خليل المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، تحقيق: محمد عثمان، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ط1، 2011.
- (4) بن إسحاق، خليل المالكي، مختصر العلامة خليل، تصحيح: أحمد نصر، دار الفكر، طبعة أخيرة، 1981م/1401هـ.
- (5) بن انس، مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، مصر، دار السعادة، ج3-4-5.
- (6) بن أنس، مالك، الموطأ - برواياته وزياداته وزوائده واختلاف ألفاظه- حقه: أبو أسامة-سليم بن عيد الهلالي السلفي، دبي، مجموعة الفرقان التجارية، ج3، ط 2003 م / 1424 هـ.
- (7) بن التواتي، التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزائر، دار الوعي، ج4، ط2، 2010م/1431 هـ.
- (8) بن جزي، محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك-و النبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة-، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي.
- (9) بن الجلاب البصري، أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن، التفريع، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، ج2، ط1987، 1م/1408هـ.
- (10) بن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، لبنان، بيروت، لبنان، دار المعارف، ج4، ط2، 2005م/1426هـ.
- (11) بن عامر، محمد بن محمد، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، تحقيق: محمد الأمين بن محمد بيبي، المملكة العربية السعودية، مكتبة المناهج، ط3، 1996م/1416هـ.
- (12) بن الليث القرشي، عبد الله عبد الحكم بن أعين المالكي، المختصر الكبير، تحقيق: محمد بن عبد الكريم نجيب، مصر، القاهرة، مركز نجيبويه، ط1، 2011م/1432هـ.

- 13) الباجي، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، المنتقى في شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ط1، 1999م/1420هـ.
- 14) الجعلي، عثمان بن حسين بري المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، بيروت، دار صادر، ج2، ط1، 1994.
- 15) الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، نيجيريا، كانو، مكتبة أيوب، 2000م/1420هـ.
- 16) الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج(2،4،3).
- 17) الدميري، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مصر، القاهرة، مركز نجيبويه، ج1، ط1، 2008م/1429هـ.
- 18) الرجراجي، أبي الحسن علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، ج4، ط1، 2007م/1428هـ.
- 19) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، لبنان، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ج4، ط1، 1994.
- 20) القرطبي، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لبنان، بيروت، دار المعرفة، ج2، ط6، 1982م/1402هـ.
- 21) النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مها الزهري المالكي، الفواكه الدواني رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ط1، 1997م/1418هـ.

أ-3-د/ الفقه الحنبلي

- 1) أبو البركات، مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومعه النكت والفواكه السننية- لشمس الدين ابن مفلح المقدسي-، مطبعة السنة المحمدية، ج2، 1950م/1369هـ.

- (2) ابن إبراهيم المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن ، العدة في شرح العمدة في فقه السنة الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، اعتنى به: خالد محمد محرم، لبنان، بيروت، صيدا، المكتبة العصرية، 1997م/1417هـ.
- (3) أبو ثعلب، عبد القادر عمر الشيباني ، نيل المآرب بشرح دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد سليمان عبد الله الأشقر، الكويت، مكتبة الفلاح، ج2، ط1، 1983م/1403هـ.
- (4) ابن إسباسيرال البعلي، بدر الدين محمد بن علي بن محمد ، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، شرحه: عبد الله بن صالح الفوزان، مكتبة الرشد، ط2، ج4.
- (5) ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، مصر، مطبعة النهضة، ج(9،10).
- (6) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد حلو ، السعودية ، الرياض ، دار عالم الكتب ، ج(7،9،11،10)، ط 3، 1997م/1417هـ.
- (7) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد و شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة وعلاء الدين أبي الحسن على سليمان بن أحمد الرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: عبد الله بن محسن التركي، مصر، دار الهجر ، ج(22،21،24)، ط 1، 1996م/1416هـ.
- (8) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، الكافي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مصر، دار هجر، ج(4،5)، ط 1، 1997م / 1417هـ.
- (9) ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1979م/1399هـ.

- 10) بن القيم الجوزية، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن أبي بكر ابن أيوب، المسائل الفقهية من اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: أحمد موافي، المملكة العربية السعودية و مصر، دار ابن القيم وابن عفان، ط1، 2007م/1428هـ.
- 11) بن مفلح المقدسي، شمس الدين محمد وغيره، كتاب الفروع وتصحيح الفروع ومعه حاشية ابن المقدسي، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج8، ط1، 2003م/1424هـ.
- 12) بن مفلح الحنبلي، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع شرح المقتنع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج(6،7)، ط1، 1997م/1418هـ.
- 13) بن يوسف، مرعي الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، منشورات المكتب الإسلامي، ط2، 1969م/1369هـ.
- 14) البهوتي، منصور بن يونس الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، المملكة العربية السعودية، وزارة العدل، ج(2،11،12،13)، ط1، 2008م/1429هـ.
- 15) الصواط، محمد بن عبد الله بن عابد، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، المملكة العربية السعودية، دار البيان الحديثة، ج2، ط1، 2001م/1422هـ.
- 16) الكرمي الحنبلي، مرعي بن سوسف، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، تحقيق: ياسر إبراهيم المزروعى ورائد يوسف المرعي، الكويت، مؤسسة غراس، ج2، ط1، 2008م/1428هـ.
- 17) الماوردي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج11، ط1، 1956م/1375هـ.

ب- النصوص القانونية

ب-1/ الدساتير

دستور 1996 المعدل بموجب القانون 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري.

ب-2/ القوانين:

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ب-3/ الاتفاقيات :

1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 34/180، ديسمبر 1979م.
2- الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بحالة أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، رقم 144/88 الصادرة عام 1988م/1404هـ.

ب-3/ القوانين (- القانون- الأوامر)

1- قانون رقم 66-156 المؤرخ في 11 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري (الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 11-6-1966). المعدل والمتمم بالأمر رقم 11-14 المؤرخ في 2-8-2011 (الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 10-8-2011).

2- الأمر 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، الخاص بالقانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

3- الأمر رقم 66/15 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18

صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 ، المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** .

ج/ المعاجم

- 1- ابن منظور، محمد بن مكرم ،**لسان العرب**، بيروت، لبنان، دار صابر، مجلد (3، 10، 14).
- 2- البستاني، بطرس، **قطر المحيط** ، لبنان، بيروت، 1869م.
- 3- البستاني، بطرس، **محيط المحيط** – قاموس مطول للغة العربية-، لبنان، بيروت، مكتبة لبنان، 1979م.
- 4- جبران، مسعود، **الرائد معجم اللغوي عصري**، بيروت، لبنان، دار علم الملايين، ط7، مارس 1992.
- 5- الجرجاني، على بن محمد السيد الشريف، **معجم التعريفات**، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، مصر، القاهرة، دار الفضيلة.
- 6- جماعة مختصين، **معجم النفائس الكبير**، بيروت، لبنان، دار النفائس، المجلد 2، ط1، 2008م/1428.
- 7- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، لبنان، دار المعاجم، 1989.
- 8- الزاوي، الطاهر أحمد، **مختار القاموس** (مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير)، ليبيا-تونس، دار العربية للكتاب.
- 9- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب ، **القاموس المحيط** ، مع تعليقات: أبو الوفا نصر الهوريني المصري الشافعي، تحقيق: أنس محمد الشامي و زكريا جبار محمد، مصر، القاهرة، دار الحديث، 2008م/1429هـ.
- 10- **ضيف**، شوقي، **معجم الوسيط**، مصر ، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004م/1425هـ.

- 11- **قلعة جي**، محمد رواس و حامد صادق قنبيبي، **معجم لغة الفقهاء**، لبنان، بيروت، دار النفائس، ط2، 1988م/1408هـ.
- 12- **مدكور**، إبراهيم، **معجم الوجيز**، مصر، دار الهندسية، ط1، 1980م/1400هـ .
- 13- **معلوف**، لويس، **المنجد في اللغة والأدب**، لبنان، بيروت لمطبعة الكاثوليكية، ط19.

ثانيا : المراجع

أ- كتب الفقه والقانون

- 1- **آباش**، أحمد ، **الأسرة بين الجمود والحداثة**، سوريا، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، 2011.
- 2- **أبو زهرة**، محمد، **الأحوال الشخصية**، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي ، ط3 .
- 3- **أبو زهرة**، محمد، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 4- **أبو زيد**، صالح حسين، **الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي-السرطان، الإيدز، الالتهاب الكبدي الوبائي-**، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط1، 2012م/1433هـ .
- 5- **أبو لحية** ، نور الدين، **حق الزوجين في حل العصمة الزوجية**، دار الكتاب الحديث، 2007م/1428هـ.
- 6- **أبو هشيش**، أحمد محمود، **الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية**، عمان، الأردن، دار الثقافة، ط1، 2010م/1431هـ.
- 7- **أبو يحيى**، محمد حسن، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، الأردن، عمان، ط1، 2011م/1432هـ.
- 8- **أبو يحيى**، محمد حسن، **حقوق المرأة في الإسلام**، عمان، الأردن، دار يافا العلمية، 2012م/1432هـ.

- 9- الأبياني، محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، لبنان، بيروت، مكتبة النهضة، ج2.
- 10- ابن تيمية، تقي الدين، أحكام الزواج، تحقيق: محمد عبد القادر عطا الله، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1988م/ 1408هـ، ص185.
- 11- ابن قيم الجوزية، جامع الفقه، تحقيق: يسري السيد محمد، مصر، المنصورة، دار الوفاء، ج5، ط1، 2000م/1421هـ.
- 12- آث ملويا، لحسن بن شيخ، المنتقى في القضاء الجزائي-الجرائم ضد الأسرة والآداب العامة، الجرائم ضد الأموال، الجزائر، دار هومة، 2010.
- 13- الأحمد، حسام حسام الدين، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، سوريا، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009م.
- 14- الأشقر، عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الأردن، عمان، دار النفائس، ط1، 1997م/1418هـ.
- 15- آل طالب، أسماء بنت محمد بن إبراهيم، أحكام المولود في الفقه الإسلامي، السعودية، الرياض، دار الصميعي، ط1، 2012م/1433هـ.
- 16- إمام، محمد كمال الدين، أحكام الأسرة-الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء،- دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 17- إمام، محمد كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل في الأحوال الشخصية، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- 18- بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، رويبة، منشورات البغدادي، ط2، 2009.
- 19- بدران، أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية- بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، لبنان، بيروت، دار النهضة العربية، ج1.

- 20- بك، أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، مصر، القاهرة، المطبعة الفنية، 1936 م/1355هـ.
- 21- بلتاجي، محمد ، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة- الزواج والفرقة-.
- 22- بن حرز الله، عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق- في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له(قانون رقم 02/05) مرفقة بفتاوى للشيخ أحمد حماني في قضايا من صميم الواقع الجزائري ونماذج من قرارات المحكمة العليا من أرشيف القضاء الجزائري -الجزائر، دار الخلدونية ط2007، 1م/1428هـ .
- 23- بن شويخ، الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2008م/1429هـ.
- 24- بن الصغير، محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، الجزائر، دار الوعي، ط 2012م/1434هـ.
- 25- بن عصام، أبي بكر محمد بن محمد بن محمد الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، مصر، القاهرة، دار الأفاق العربية، ط1، 2011م/1432هـ.
- 26- بن قايماز الذهبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، الكبائر- يليه منظومة في الكبائر لمجموعة مؤلفين،الإمارات العربية المتحدة، عجمان، مكتبة الفرقان، ط2، 2003م/1424هـ.
- 27- بهنسي، أحمد فتحي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، لبنان، بيروت، دار الشروق، ط1، 1988م/1403هـ.
- 28- تقية، عبد الفتاح، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية - دراسة مقارنة- ، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2012م/1433هـ.
- 29- تقية، عبد الفتاح، مباحث قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، دار هومة، 1999-2000م.

- 30- التكروري، عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، الأردن، دار الثقافة، ط1، 2009.
- 31- الحمداني، رعد مقداد، النظام المالي للزوجين، عمان، الأردن، دار الثقافة، ط2، 2010م/1431هـ.
- 32- الحياي، قيس عبد الوهاب، ملكية أثاث بيت الزوجية، الأردن، عمان، دار حامد، ط1، 2008.
- 33- جانم، جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الأردن، عمان، دار حامد، ط1، 2009م.
- 34- جبر، سعدي حسين علي، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي "أحكام استرداد المال"، الأردن، عمان، دار النفائس، ط1، 2003م/1423هـ.
- 35- الجزيري، عبد الرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ط2، 2003م/1424هـ.
- 36- الجزيري، عبد الرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ط2، 2003م/1424هـ.
- 37- الجندي، أحمد نصر، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، مصر، دار الكتب القانونية، 2013.
- 38- الجندي، أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر، دار الشتات للكتب القانونية، ط 2009.
- 39- الجندي، أحمد نصر، الطلاق والتطليق وأثارهما، مصر، دار الكتب القانونية، ط 2006.
- 40- الجندي، أحمد نصر، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مصر، دار الكتب القانونية، 2006.
- 41- الجواهري، حسن بن محمد تقي، بحوث في الفقه المعاصر، دار الذخائر.

- 42- داودي، عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، البصائر، 2010.
- 43- داود، أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، عمان الأردن، دار الثقافة، ط1، 2009.
- 44- الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط4، 1988م/1408هـ.
- 45- دلاندة، يوسف، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، الجزائر، دار هومة، ط2007.
- 46- الدهلوي، محمد يعقوب محمد، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها- دراسة فقهية تأصيلية-، السعودية، الرياض، دار الفضيحة، ط1، 2002م/1422هـ.
- 47- ديابي، باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2007.
- 48- ديابي، باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، ط2012.
- 49- الرشتي، ميرزا حبيب الله، كتاب القضاء، تحقيق: أحمد الحسني، المكتبة الإسلامية.
- 50- الرافي، سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، 2002م/1423هـ.
- 51- الزحيلي، محمد، التعويض المالي عن الطلاق، سوريا، دمشق، دار المكتبي، ط1، 1998م/1418هـ.
- 52- الزحيلي، محمد، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، سوريا، دمشق، دار المكتبي، ج2، ط1، 2009م/1430هـ.
- 53- الزحيلي، وهبة، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، سورية، دار الفكر، 2000.

- 54- الزحيلي ، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، سوريا، دمشق، دار الفكر، ج7، ط2، 1985م/1405هـ.
- 55- الزحيلي، وهبة، **نظرية الضمان - أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**- دراسة مقارنة، سوريا، دمشق، دار الفكر.
- 56- الزيباري، عامر سعيد، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1997م/1418هـ.
- 57- زيدان، عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة**، (المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية)، مؤسسة الرسالة، ج (7،6،10،9،8) ط1، 1993م / 1413هـ.
- 58- سابق، السيد، **فقه السنة**، لبنان، بيروت، دار الفكر، مجلد 2، الأجزاء من 6 إلى 10، ط4، 1983م/1403هـ.
- 59- سايس، جمال، **الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية**، الجزائر، منشورات كليك، ج (1،3)، 2013.
- 60- السباعي، مصطفى، **المرأة بين الفقه والقانون**، المملكة العربية السعودية، مكتبة الوراق، ط1، 1999م/1420هـ.
- 61- السرطاوي، محمود علي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الأردن، عمان، دار الفكر، ط3، 2010م/1431هـ.
- 62- سلمان، نصر و سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-**، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2003.
- 63- السعدي، عبد الرحمان بن ناصر، **إبهام المؤمنين بشرح منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين**، تحقيق: أبو يونس علي بن حسن أبو لوز، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار الوطن للنشر، ج2، ط1، 2001م/1422هـ.
- 64- سمارة، محمد، **أحكام وآثار الزوجية-شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية**، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط3، 2010م/1431هـ.

- 65- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني ، (مصادر الالتزام)، ج(1،2)، 2007-2008.
- 66- شاكرا، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة.
- 67- شامي، أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات – دراسة فقهية ونقدية مقارنة-، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- 68- شتوان، بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي –دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الفجر.
- 69- الشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ط2002.
- 70- الشرنباصي، رمضان علي السيد، و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة - الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ،في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء-، لبنان ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007.
- 71- شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، بيروت، الدار الجامعية، 1983م/ 1403هـ.
- 72- شنفوقة، سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى ، ج1، ط2011.
- 73- الشيباني، أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الخصاف، النفقات، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الهند، مطبعة العزيزية شاه على بنده حيدر آباد.
- 74- الصابوني، عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية-، تقديم: محمد أبو زهرة و مصطفى السباعي، دار الفكر، ط1968، 2.
- 75- صبحي، نجم، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

- 76- الصبري، محمد سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام،العقد والإرادة المنفردة-الجزائر، عين مليلة،دار الهدى،ط4، 2007-2008.
- 77- صقر، عطية، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام- مشكلات الأسرة-، مصر، القاهرة، مكتبة وهبة، ج6، 2006م/ 1427هـ.
- 78- صقر، نبيل، قانون الأسرة -نصا وفقها وتطبيقا-، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى ، ط 2006.
- 79- طاهري، حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري - مدعم باجتهد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05 ، الجزائر ،دار الخلدونية،ط1، 2009م/1430هـ.
- 80- فراج، أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق-الخلع-حقوق الأولاد-نفقة الأقارب-وفقا لأحدث التشريعات القانونية)، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 81- فراج، أحمد حسن، أحكام الأسرة في الإسلام- الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، لبنان، بيروت، الدار الجامعية، 1998م.
- 82- فضيل، العيش،قانون الأسرة -مدعم باجتهدات قضاء المحكمة العليا -مع تعديلات 2005،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2.
- 83- قادر، محمد خضر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية-دراسة فقهية مقارنة-، الأردن،عمان، اليازوردي، ط1، 2010.
- 84- قادر،محمد خضر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة-، الأردن، عمان، اليازوردي، ط 2010 .
- 85- قاسم، علي محمد علي، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط- دراسة مقارنة ، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005.
- 86- القرم، ناصر جبر، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط1، 2010م/1431هـ.

- 87- القرشي، باقر تشریف، نظام الأسرة في الإسلام-دراسة مقارنة- لبنان، بيروت، دار الأضواء، ط1، 1988م/1408هـ.
- 88- عبد العزيز، سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر، قسنطينة، دار البعث، ط1، 1986م/1406هـ.
- 89- عبد العزيز، سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد-أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر، دار هومة، ط4، 2013.
- 90- عبد الله، حسن صلاح الصغير، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية- دراسة مقارنة، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 91- العثيمين، محمد بن صالح، حقوق دعت إليها الفطرة وقررتها الشريعة، السعودية، الرياض، 1429هـ.
- 92- العربي، بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد-وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الأردن، عمان، دار الثقافة، ج1، ط1، 2012 م / 1433هـ.
- 93- العربي، بلحاج، قانون الأسرة-وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010-، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2012.
- 94- العربي، بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط6، 2010.
- 95- العربي، بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1: الزواج والطلاق، ط1، 2004.
- 96- العزاوي، عمر صلاح الحافظ مهدي، الذمة المالية للزوجين ،بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط2010، 1.
- 97- عمرو، عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، طنطا، دار الضياء.

- 98- الغرياني، عز الدين محمد، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، مالطا، فاليتا، منشورات إلغا.
- 99- الغزالي، أحمد بخيت، و عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما جرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي - دراسة مقارنة -، مصر ، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1 ، 2009/2008م.
- 100- الغزي، أبي عبد الله شمس الدين محمد بن قاسم بن محمد، شرح ألفاظ التقريب أو القول المختار في شرح غاية الاختصار، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 2005م/1425هـ.
- 101- لعويل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، بوزريعة، دار هومة، ط2، 2006.
- 102- المشني، منال محمود، الخلع في قانون الأحوال الشخصية- أحكامه وآثاره- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الأردن، عمان، دار الثقافة، ط1، 2008م/1423هـ.
- 103- المصري، مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010 .
- 104- منصور، نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 2012.
- 105- الهاللي، تقي الدين، أحكام الخلع في الإسلام، لبنان، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1395هـ.
- 106- ولد خسال، سلمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار طليطلة، ط1، 2010 م / 1432هـ.

ب-المقالات

ب-1/ مقالات بالعربية

- 1) أبو هريبيد، عاطف محمد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام مؤتمر التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع)، غزة، كلية الشريعة والقانون، 13-14 مارس 2006م/1427هـ.
- 2) آت ملويا، مسكن ممارسة الحضانة، مجلة دراسات قانونية، منشورات دار الخلدونية، عدد2، 2012.
- 3) إقروفه، زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، بجاية، مجلة أكاديمية للبحث القانوني، سنة 3، مجلد5، عدد2012، 1.
- 4) بن الصغير، محفوظ، أثر تعديل قانون أسرة الجزائري 02/05 في ترقية المركز القانوني للمرأة، (مقال)، خنشلة، جامعة عباس لغرور، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 1، فيفري 2014.
- 5) بن محمود، فاطمة الزهراء و سامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، تحقيق: زهير إسكندر، تونس.
- 6) بن مشري، عبد الحليم، جريمة الزنا في قانون العقوبات ، (مقال)، بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 10 ، نوفمبر 2006.
- 7) حجازي، محمد، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ودوره في التأسيس لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في إنهاء الرابطة الزوجية-دراسة نقدية-(في الملتقى الوطني الموسوم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا شؤون الأسرة) بجامعة أم البواقي، 29-30 أبريل 2013.
- 8) الحمداني، نزار بن عبد الكريم بن سلطان، تخيير الطفل بين والديه في الحضانة – مقال-، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 14.
- 9) حمليل، صالح، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، (مقال)، مجلة الفقه والقانون، عدد21، يوليو 2014.

- 10) خليل، ريان توفيق، حقوق المرأة المالية المترتبة على عقد النكاح، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، عدد 14، 2001م/1421هـ.
- 11) ربابعة، عبد الله محمد ومحمد محمود طلافحة و أسامة علي الفقير ربابعة ، التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطويره في القضاء الأردني،مجلة الشريعة والقانون، عدد 39، 2009م/1430هـ.
- 12) السنوسي، علي، التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري، (مقال)،مجلة الفقه والقانون، عدد 21.
- 13) شرون، حسينة، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، (مقال) ، بسكرة، جامعة محمد خيضر، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 7.
- 14) الشنطاوي، علي خطار، حق الزوجين في الإنجاب،(مقال)، مجلة الشريعة والقانون، عدد 15، 2001م/1422هـ.
- 15) صويلح، بوجمعة، نظرة تحليلية للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر 02/05 المعدل والمتم له واجتهاد المحكمة ،-مداخلة في مبادرة وزارة العدل لتنظيم أيام المفتوحة على العدالة ، أفريل 2006 .
- 16) محامدية، إيمان و بوطوطن سليمة، المرأة العاملة والعلاقات الأسرية، (الملتقى الوطني الثاني: الاتصال وجوده في الأسر)، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، أيام 10/09 أفريل 2013.
- 17) محمدي، فريدة- زواوي، نفاذ حق السكن الممنوح للحاضنة،(مقال)، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 2.
- 18) مسرار، حميد، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي- رؤية حقوقية-، (مقال)، مجلة الفقه والقانون، عدد03، يناير2013.
- 19) معاشي، سميرة، أحكام التظليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، (مقال)،بسكرة،مجلة المنتدى القانوني، العدد6.

20) هرنان، عبد الرحمان، السكن الزوجي والحضانة والطلاق و أزمة السكن، (مقال)، مجلة محطات في القانون الجزائري –بين الماضي والحاضر -، مقال، الجزائر، منشورات المجلس الأعلى الإسلامي.

ب-2/ مقال بالفرنسية

Benzaim meriem , La garde de l'enfant en cas de divorce issu d'un mariage mixtes , La première émission, fevre 2014.

ج –المذكرات الأكاديمية

1) إلياس، مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق- دراسة مقارنة- (دكتوراه في القانون الخاص)، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، 2010-2009.

2) بن صغير، محفوظ ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (دكتوراه تخصص فقه وأصوله)، باتنة، جامعة الحاج لخضر ، 2008-2009م/1429-1430هـ.

3) بن عائشة، لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين – دراسة مقارنة نقدية تحليلية -، (ماجستير في القانون)، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، 2012-2011م.

4) بن عصمان، نسرين إناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، (ماجستير قانون مقارنة)، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، 2009/2008م.

5) بوزيد، وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية-في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية –(مذكرة ماجستير تخصص شؤون الأسرة)، أم البواقي، جامعة العربي بن مهيدي، 2011-2010م.

6) حميدو، زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة ، (دكتوراه في القانون الخاص)، تلمسان، أبو بكر بلقايد، 2005/2004.

- (7) رابطي، زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، (ماجستير - تخصص قانون دبلوماسي)، الجزائر، جامعة يوسف بن خدة، 2008.
- (8) زودة، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، (ماجستير- تخصص عقود ومسؤولية)، الجزائر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000-2001م/1421-1422هـ، ص 103.
- (9) شافعة، لمياء، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة -دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة-(مذكرة ماجستير قانون خاص -شؤون أسرة) ، أم البواقي ،جامعة العربي بن لمهيدي، 2011-2012.
- (10) شويح، مؤمن أحمد زياب، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، (ماجستير في الفقه الإسلامي)، غزة، كلية الشريعة والقانون - قسم الفقه المقارن-، 2006م/1427هـ.
- (11) الصباح، عبد الحميد حسن، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، (ماجستير في القضاء الشرعي)، غزة، كلية الشريعة والقانون، 2008م/1429هـ.
- (12) العشي، منال محمد رمضان هاشم، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية-دراسة فقهية مقارنة-(ماجستير في الفقه المقارن)، غزة، كلية الشريعة والقانون، ط 2008م/1429هـ.
- (13) عيساوي، عادل، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (ماجستير تخصص شؤون الأسرة)، أم البواقي، جامعة العربي بن لمهيدي، ط 2010م /2011م.
- (14) كربال، سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، (ماستر: تخصص عقود ومسؤولية)، البويرة، جامعة أوكلي محند أو لحاج، 2012-2013.

15) النجار، عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين-دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني-(ماجستير في القضاء الشرعي) غزة،كلية الشريعة -قسم القضاء الشرعي،2004م/1425هـ.

خ- المجلات القضائية

- 1) مجلة قضائية، 1989، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 2) مجلة قضائية، 1989، عدد 3، غرفة الأحوال الشخصية.
- 3) مجلة قضائية، 1990، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 4) مجلة قضائية، 1990، عدد 3، غرفة الأحوال الشخصية.
- 5) مجلة قضائية، 1990، عدد 4، غرفة الأحوال الشخصية.
- 6) مجلة قضائية، 1991، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 7) مجلة قضائية، 1991، عدد 3، غرفة الأحوال الشخصية.
- 8) مجلة قضائية، 1992، غرفة الأحوال الشخصية.
- 9) مجلة قضائية، 1992، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 10) مجلة قضائية، 1993، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 11) مجلة قضائية، 1993، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية.
- 12) مجلة قضائية، 1994، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية.
- 13) مجلة قضائية، 1994، اجتهاد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية.
- 14) مجلة قضائية، 1995، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 15) مجلة قضائية، 1997، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية.
- 16) مجلة قضائية، 1997، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 17) مجلة قضائية، 1998، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 18) مجلة قضائية، 1998، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 19) مجلة قضائية، 1999، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية.

- 20) مجلة قضائية، 1999، غرفة الأحوال الشخصية.
- 21) مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية.
- 22) مجلة قضائية، 2001، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 23) مجلة قضائية، 2002، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 24) مجلة قضائية، 2003، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 25) مجلة قضائية، 2004، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 26) مجلة قضائية، 2004، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 27) مجلة قضائية، 2005، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 28) مجلة قضائية، 2005، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 29) مجلة قضائية، 2006، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية.
- 30) مجلة قضائية، 2007، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية.
- 31) مجلة قضائية، 2007، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 32) مجلة قضائية 2008، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 33) مجلة قضائية، 2008، عدد02، غرفة الأحوال الشخصية.
- 34) مجلة قضائية، 2009، عدد1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 35) مجلة قضائية، 2009، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 36) مجلة قضائية، 2010 عدد 01، قسم الأحوال الشخصية.
- 37) مجلة قضائية، 2010، عدد 2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 38) مجلة المحكمة العليا 2011، عدد2، غرفة الأحوال الشخصية.
- 39) مجلة قضائية، 2012، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية.
- 40) مجلة قضائية، 2011، عدد 02، غرفة الأحوال الشخصية.
- 41) مجلة قضائية، 2012، عدد01، غرفة الأحوال الشخصية.

الفهرس

مقدمة	أ.....
الفصل الأول: المركز القانوني للمرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق	
والخلع	10.....
المبحث الأول: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق	11.....
المطلب الأول: مفهوم التطلق	10.....
الفرع الأول: تعريف التطلق	10.....
الفرع الثاني: دليل مشروعية التطلق والحكمة منه	13..
المطلب الثاني: أسباب التطلق	15.....
الفرع الأول: التطلق لعدم الإنفاق، والعيوب، والهجر، والشقاق المستمر، والغيبة	16... 166
الفرع الثاني: التطلق لمخالفة المادة 08، و الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وارتكاب فاحشة مبينة والحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وكل ضرر معتبر شرعا	75.....
المبحث الثاني: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع	110.....
المطلب الأول: مفهوم الخلع	111.....
الفرع الأول: تعريف الخلع مع بيان دليل مشروعيته والحكمة منه	111.....
الفرع الثاني: أركان الخلع	122.....
المطلب الثاني: تكييف الخلع	149.....
الفرع الأول: نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع	150.....
الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر بشأن الخلع	157.....

الفصل الثاني: المركز القانوني للمرأة الناشئ بعد انحلال العلاقة الزوجية عن طريق التظليق والخلع.....	177
المبحث الأول: المركز القانوني المالي للمرأة الناشئ بعد فك الرابطة الزوجية عن طريق التظليق والخلع.....	178
المطلب الأول: حق المرأة في التعويض.....	178
الفرع الأول: مفهوم التعويض	179
الفرع الثاني: مدى اعتبار مسألة التظليق والخلع موجبة للتعويض.....	193
المطلب الثاني: حق المرأة في نفقة المتعة والعدة ومتاع البيت.....	200
الفرع الأول: حق المرأة في نفقة المتعة.....	200
الفرع الثاني: حق المرأة في نفقة العدة.....	225
الفرع الثالث: حق المرأة من متاع البيت.....	256
المبحث الثاني: المركز القانوني للمرأة في أحكام الحضانة.....	270
المطلب الأول: مرتبة المرأة المطلقة الأم وشروط استحقاقها للحضانة.....	272
الفرع الأول: ترتيب المرأة المطلقة الأم كحاضنة ممتازة.....	273
الفرع الثاني: شروط استحقاق المرأة المطلقة الأم للحضانة.....	279
المطلب الثاني: حق المرأة في الآثار المترتبة عن الحضانة.....	286
الفرع الأول: حق المرأة المطلقة الحاضنة في سكن الحضانة.....	287
الفرع الثاني: حق المرأة المطلقة الحاضنة في الزيارة المحضون.....	295
الخاتمة.....	306

314.....قائمة المصادر والمراجع

343.....الفهرس

المخلص

الزواج هو رباط شرعي وقانوني بين الرجل والمرأة لتكوين أسرة مبنية على قاعدة المودة والرحمة والتعاون والاحترام، لكن هذا لا يمنع من وجود مشاكل تعصف بهذه الأسرة قد تكون مشاكل عابرة يسهل حلها، وقد تكون مستعصية لتوافر عدة أسباب سواء تعلقت بالرجل أو المرأة أو كلاهما. مما يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية، إما بالتراضي أو بإرادة الزوج أو الزوجة، وهذا الأخير مجال الدراسة وذلك عن طريق التطليق أو الخلع، وما ينجر عليهما من أثار يكون من حق المرأة المطلقة التمتع بها رغم مرارة خسارة شريك الحياة والتمثلة في الحضانة والنفقة ومتاع بيت الزوجية وتعويضات عن الضرر اللاحق بها... .

Résumé

Le mariage est un contrat consensuel passé entre un homme et une femme pour but de fondée une famille basée sur l'affection la mansuétude et l'entraide de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille mais ce dernier ne cesse pas d'avoir des problèmes en famille. Elles peuvent être facile à régler ou compliqué qui pour aimais d'avoir connecter entre eux et pour pleins de raison ce qui concerne l'homme et la femme ce qui pousse à ouvrir les complexités sois en plaisir de l'époux et ce dernier restera à cherché.

Et tous ça à partir de divorce ou KHOL'A et ses conséquences qu'elle doit la femme les avoir et les sufis malgré le malheur de perte d'un époux comme la pension alimentaire le serrement, et les effets mobiliers du domicile et les objets communs à l'usage de l'homme et de la femme et aussi la réparation pour le préjudice qu'elle a subi .