



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
المركز الجامعي سي الحواس - بركة  
معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية



بريكة في: 1707 م.ج.ب. 0.4

رقم: 117 م.ج.ع.1 / م.ج.ب. / 2024

30 جوان 2024

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للمعهد

بتاريخ: 30 أفريل 2024

بتاريخ: 30 أفريل 2024، اجتمع أعضاء المجلس العلمي لمعهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، وذلك

بعد توجيه الدعوى لهم بصفة رسمية، وبحضور الأساتذة الآتية أسماؤهم:

- أ.د/ بن سعيد صبرينة: رئيسا.
- أ.د/ نوييس نبيل: مدير معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية.
- د/ سلالي بوبكر: المدير المساعد للدراسات في التدرج.
- د/ طارق بن قسيمي: المدير المساعد لما بعد التدرج والبحث العلمي.
- د/ العطار زين العابدين: رئيس قسم الحقوق.
- د/ بوقنة برهان الدين: رئيس قسم العلوم الاقتصادية.
- د/ بودونات أسماء: عضو منتخب.
- د/ سحنون نسيم: عضو منتخب.
- د/ قادري نادية: عضو منتخب.
- د/ عريف عبد الرزاق: عضو منتخب.
- د/ مرجال عائشة: عضو منتخب.

وذلك لاعتماد المطبوعات البيداغوجية المودعة من طرف أساتذة المعهد؛ وبعد ورود التقارير الايجابية

- وبعد المداولة تقرر: اعتماد المطبوعة البيداغوجية المعنون ب: حل الرابطة الزوجية.

للدكتور: ذبيح هشام.

نسخة طبق الأصل من سجل المداولات للمجلس العلمي

رئيس المجلس العلمي  
معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية  
أ.د/ بن سعيد صبرينة  
مختص في الحقوق والعلوم الاقتصادية



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
المركز الجامعي سي الحواس-بريكة  
معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية  
قسم الحقوق



طبيعة المقياس: محاضرة  
التخصص: قانون الأسرة

المقياس: حل الرابطة الزوجية  
المستوى: أولى ماستر

مطبوعة في:

حل الرابطة الزوجية

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة حقوق

إعداد الدكتور  
هشام ذبيح

## مقدمة عن المطبوعة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، نضع بين أيدي القارئ مطبوعة حل الرابطة الزوجية الموجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون الأسرة، والمقرر عليهم دراسة مقياس حل الرابطة الزوجية للسداسي الثاني، حيث تعالج المطبوعة كل محاور حل الرابطة الزوجية بين الزوجين، إذ يحق لأي من الزوجين المطالبة بالطلاق متى إقتضت الضرورة لذلك، فللزواج له حق الطلاق بإرادته المنفردة، على أن يكون طلاقه فيه ما يبرر ذلك، فإذا كان دون سبب يصبح طلاقه تعسفاً يوجب التعويض للزوجة، كما يحق للزوجة المطالبة بالطلاق من القضاء سواء بطريق التطليق المنصوص على أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة، أو بطريق الخلع بعد تقديم بدل الخلع للزوج، أما إذا كان كلا الزوجين من خلال حياتهما الزوجية تبين إستحالة إستمرار العلاقة بينهما رغم محاولة الإصلاح كل مرة لكن دون جدوى، هنا بإمكانهما حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، ثم نعالج في المطبوعة موضوع آثار الطلاق وهي الحضانة والنفقة والعدة والسكن وحق الزيارة.

-التعريف بمقياس حل الرابطة الزوجية:

-وحدة سداسية: (السداسي 2)

-الحجم الساعي السداسي: 150 ساعة

-محاضرات: 3 ساعة أسبوعياً

أعمال موجهة: 1.5 أسبوعياً

المعامل: 03

الرصيد: 06

نوع التقييم: إمتحان + متواصل

-محاور مقياس حل الرابطة الزوجية

-المحور الأول: مفهوم حل الرابطة الزوجية؛

-المحور الثاني: طرق حل الرابطة الزوجية؛

-المحور الثالث: آثار حل الرابطة الزوجية.

## تمهيد لقانون الأسرة

1- مفهوم قانون الأحوال الشخصية: يقصد باصطلاح الأحوال الشخصية (statut personnel) هي الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية، ولم يُعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية المستمد من الأنظمة الغربية إلا حديثا حيث أطلق الفقهاء اسم الأحوال الشخصية على نظام الأسرة وأحكامها الحقوقية في مقابل الأحوال المدنية أو العينية التي تحكم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته.

فإن المراد باصطلاح الأحوال الشخصية هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم علاقات النسب أو المصاهرة فهي مسائل: الزواج والطلاق وآثارهما، والولادة ونتائجها، والأهلية والنيابة الشرعية، وعقود التبرعات، والميراث.

وأول من استعمل مصطلح الأحوال الشخصية في البلاد العربية الفقيه المصري محمد قنديل باشا في أواخر القرن التاسع عشر، الذي وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" ثم كانت المحاولة الثانية من قبل الدولة العثمانية حيث أصدرت قانون حقوق العائلة عام 1917 والذي تضمن أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والحجر والميراث والهبة.

ولقد أطلق المشرع الجزائري على قانون رقم 11/84 الصادر في 9 جوان 1984 والمتعلقة بالأحوال الشخصية تسمية "قانون الأسرة"<sup>1</sup> بدلا من التسمية القديمة التقليدية.

2- تطور قانون الأسرة: خضعت الأسرة الجزائرية قبل الإحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي والمعاملات والأعراف المحلية الوطنية غير أنه ابتداء من سنة 1830 عمدت الإيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي وجعلها تدور في دائرة أحكام قانون نابليون وفلسفته التشريعية خدمة للأغراض الاستعمارية الاستيطانية وذلك بتضييق مجال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من جهة وتفكيك وحدة وتماسك التشريع الجزائري من جهة أخرى.

أ- المرحلة الاستعمارية:

حارب فقهاء النزعة الاستعمارية الفقه الإسلامي منذ البداية مدعين بأن نظام ديني فقط كالقانون الكنيسي والمسيحي وأنه نظام غير قابل للتطور والحركة ملؤه الجمود والتقليد والوحشية يعتمد على الفلكلور الشعبي والأعراف والأفكار الدينية لا غير وهذا ما قامت بتجسيده على أرض الواقع الغرفة الاستئنافية للمسائل الشرعية في الجزائر العاصمة بتبنيها لسياسة قانونية مكشوفة تهدف إلى القضاء على أحكام الفقه الإسلامي وإحلال محلها أحكام القانون المدني الفرنسي ومن ثمة فرض التبعية القانونية والفرنسية.

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

ونتيجة لمقاومة الشعب الجزائري الباسلة، الذي كان يعتبر الأحوال الشخصية جزء من عقيدته وهويته وأصالته وثقافته وحضارته الإسلامية مما أدى إلى بقاء نظام الأسرة الجزائري أثناء فترة الاحتلال بعيدا عن التدخل الأجنبي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية لا غير.

ب-مرحلة ما بعد الاستقلال:

بعد الاستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سداً للفراغ التشريعي والقانوني حتى صدور قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقة الزوجية والأوامر الصادر سنة 1966، 1969، 1971 الخاصة بكيفية اثبات الزواج. وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 5 جويلية 1973 القوانين الفرنسية ابتداء من 1 جويلية 1971 بعد أن قام بحركة تشريعية وطنية شاملة واسعة النطاق بهدف القضاء على التبعية القانونية وظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية.

ومن هنا جاء الأمر رقم 75/58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون 10/05 في 20 جوان 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري والذي يجعل من مادته الأولى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي الجزائري.

ثم أصدر المشرع الجزائري قانون خاص بالأحوال الشخصية سماه بقانون الأسرة تحت رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 والذي تم تعديله سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والذي يحتوي على 224 مادة تنظم أحكام الأسرة، والذي أكد المشرع من خلال المادة 222 أن قانون الأسرة في أساسه مستمد من الشريعة الإسلامية بنصه " كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية" والذي عززه بالمادة 223 التي نصت "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

ثم جاء في المادة 2 من دستور 1996 الصادر في 28 نوفمبر 1996 المعدل مرتين سنة 2002 وسنة 2016 لتنص صراحة دين الدولة الرسمي هو الإسلام، ومن هنا تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية.

## المحور الأول: مفهوم حل الرابطة الزوجية

الزواج هو العقد الشرعي الذي تنشأ به الأسرة منه تنمو وتزدهر، والحياة الزوجية بين الزوجين مبنية على المودة والرحمة والتعاون والصبر، إلا أنه قد يشوبها نزاعات بين الزوجين تتعدد أسبابها تكون نتيجتها حل الرابطة الزوجية، والذي يمكن أن تكون من طرف الزوج فتسمى طلاق بإرادة الزوج، ويمكن أن تكون من طرف الزوجين معاً، وتسمى الطلاق برضا الزوجين، ويمكن أن تكون بطلب من الزوجة ويسمى التطلق أو الخلع، كما يمكن أن تحل الرابطة الزوجية بطريق حتمي لا يمكن تفاديه وهو حقيقة من حقائق الحياة ألا وهو الوفاة، فإذا توفي أحد الزوجين تحل العصمة الزوجين بين الزوجين فيمكن للزوج الآخر الزواج من جديد، فمن خلال هذا المحور الأول سنوضح معنى حل الرابطة الزوجية بطرقها سابقة الذكر وفق ما هو موضح أدناه.

### المطلب الأول: تعريف بانحلال الزواج

الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين، ومن أساسياتها إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، إلا أنه قد تعترضها أسباب تجعل من حياة الزوجة لا تطاق، فقد يلجأ الزوج أو الزوجة لفك الرابطة الزوجية بطريق الطلاق في مفهومه العام، والذي عالجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من المادة 47 إلى المادة 57 مكرر، وسنوضح أحكام هذه المواد من خلال هذا الفصل والمعنون بانحلال الزواج.

### الفرع الأول: تعريف الطلاق اللغوي والإصطلاحي:

أولاً: الطلاق لغة: جاء في لسان العرب: "طَلَّقْتُ الْبِلَادَ: فَارَقْتُهَا. طَلَّقْتُ الْقَوْمَ: تَرَكْتَهُمْ، وَالطَّلَاقُ مِنَ الْإِبْلِ: الَّتِي طَلَّقْتُ فِي الْمَرْعَى وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا قَيْدَ عَلَيْهَا. وَطَّلَاقُ النِّسَاءِ لِمَعْنِيَيْنِ: أَحَدُهُمَا حُلُّ عَقْدَةِ النِّكَاحِ، وَالْآخَرُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ وَالْإِرْسَالِ. وَيُقَالُ لِلْإِنْسَانِ إِذَا أُعْتِقَ: طَلِّقَ أَي صَارَ حُرًّا. وَبِعَيْرِ طَلَّقَ: بَغَيْرِ قَيْدٍ. وَالطَّلَاقُ: الْأَسْرَاءُ الْعَتَقَاءُ"<sup>1</sup>.

### ثانياً: الطلاق في الاصطلاح الشرعي.

أ- الطلاق في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات متقاربة منها:

1- تعريف الحنفية: "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"<sup>2</sup>.

2- تعريف المالكية: "صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه"<sup>3</sup>.

3- تعريف الشافعية: "حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005)، ص 2404-2405.

<sup>2</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 424.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995)، ص 268.

<sup>4</sup> محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 1 (لا. ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ص 148.

#### 4- تعريف الحنابلة: "حل قيد النكاح"<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: تعريف الطلاق قانوناً:

المشرع الجزائري وفي الوقت الذي أَلَفَ ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون الأسرة<sup>2</sup>، وأعطى معناً للطلاق إذ نص صراحة على أن: "الطلاق حل عقد الزواج...". فقد وضح أن الطلاق وسيلة يحل بها عقد الزواج وهذا التعريف قريب لتعريف الحنابلة الذين عرّفوا الطلاق بأنه حل عقد النكاح، ثم بيّن المشرع بعدها الأنواع التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53، 54 من نفس القانون<sup>3</sup>.

غير أن التعديل<sup>4</sup> الصادر في 27 فبراير 2005 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق، وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق...". والأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 ق أ لم تعط الكنه الحقيقي للطلاق، وإنما أكدت إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية وهو الطلاق، ولم تتطرق حقيقةً إلى تعريفه، وفي ذلك محاولة من المشرع للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقهاء وترك ذلك لهذا الأخير، على غرار مسائل فقهية أخرى<sup>5</sup>، ضمنها في المادة 222 ق أ عندما نص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

كما أنه لا بد من الإشارة إلى معنى الإرادة المنفردة، لأن ما يهم في الموضوع هو الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، لذا يقصد بالإرادة؛ أن يكون الشخص مدركاً لما هو مقدم عليه، ولذا ربط القانون بين الإدراك والتمييز، فالشخص عديم الإدراك فاقد التمييز كالصغير غير المميز، والمجنون وفاقد الوعي لسكر أو تخدير أو من انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير التنويم المغناطيسي، كل أولئك معدوموا الإرادة<sup>6</sup>.

إذن فالتصرف القانوني الانفرادي، هو عمل قانوني يتم وينتج أثره بإرادة واحدة، وأن الإرادة المنفردة لها القدرة على إنشاء آثار قانونية متعددة، فقد تؤدي الإرادة المنفردة إلى إنهاء رابطة عقدية في بعض العقود،

<sup>1</sup> علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8 (ط:1؛ بيروت: دارالكتب العلمية، 1998)، ص 429.

<sup>2</sup> قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

<sup>3</sup> باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة. (لا.ط: عين مليلة: دار الهدى، 2012)، ص 11-12. (بتصرف).

<sup>4</sup> الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

<sup>5</sup> باديس ديابي، المرجع السابق، ص 12.

<sup>6</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ج1 (ط:4؛ عين مليلة: دار الهدى، 2009)، ص 77.

كما هو الحال في عقد الزواج، فينتهي بإرادة الزوج أي بالطلاق<sup>1</sup>. وبذلك فإن إرادة الزوج أثناء الطلاق يدرك ما معنى الطلاق وما عواقبه، وهو يوقعه بمحض إرادته الحرة المنفردة دون قائد أو موجه، فربط لفظ الإرادة المنفردة بالزوج لأنه هو من يوقع الطلاق إذ العصمة بيد الزوج وحده، وربط لفظ الطلاق بهما لأن الموضوع هو فك الرابطة الزوجية من جانب الزوج، فجاءت العبارة كاملةً: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 367-368.



## المحور الثاني: طرق حل الرابطة الزوجية

حل الرابطة الزوجية بين الزوجين توجد عدة طرق تخلف بن الزوج والزوجية وكليهما نتيجهما الطلاق، فالزوج له الطلاق بالإرادة المنفردة والزوجة لها التطليق والخلع ويوجد الطلاق برضا الزوجين ونفصلها وفق ما يلي:

### المبحث الأول: الطلاق بإرادة الزوج

تعتبر العصمة بيد الزوج فالزوج بمجرد تلفظه بالطلاق يقع الطلاق بشرط أن تكون إرادة الزوج خالية من العيوب، كما أن القاضي لا يحكم بالطلاق إلا بعد محاولات صلح لا تتجاوز فترتها 3 أشهر وفق م 49 وطلاق الزوج.

### المطلب الأول: حكمة الطلاق؛

ونوضح ذلك من خلال:

### الفرع الأول: الحكمة من تشريع الطلاق؛

الزواج رابط بين الرجل والمرأة شرعه الله لمقاصد سامية، وأغراض نبيلة أهمها تكوين الأسر والجماعات، على أن يكفل سعادتها ويحقق هنائها، وأن يكون عوناً على اجتياز مراحل الحياة الشاقة، وإحتمال أعبائها المضنية باختيار شريكة يسكن إليها الرجل وتسكن إليه، ويرى أحدهما في صاحبه مثال الرحمة والمودة وراحة القلب واطمئنان البال، فشرعه نعمة من الله تستوجب الشكر برعايتها والمحافظة عليها للانتفاع بثمراتها<sup>1</sup>.

لكن هذه الرابطة قد تعثرها حالات لا تتوافر معها المحبة بين الزوجين، ولا يستقيم معها معنى التعاون على شؤون الحياة والقيام بما أمر به الله، فتقلب بسببها الحياة الزوجية رأساً على عقب، ويصل الشقاق والخلاف بين الزوجين إلى حد يستحيل فيه الصلح بينهما، وتصبح الحياة الزوجية حينها جحيماً لا يطاق، بعد ما كانت سكناً وراحة، وانقلبت شراً ونقمة بعد أن كانت خيراً ونعمة، الأمر الذي يهدد الأسرة جميعاً بأسوأ النتائج في مختلف فروع حياتهم المادية والمعنوية والخلقية، وقد تتنافر طباع الزوجين كل التنافر أو يلقي في نفس أحدهما أو كليهما كراهية شديدة للآخر، وتعجز جميع الوسائل الإنسانية عن علاج هذه الحال، لأن القلوب بيد الله ولا سلطان لأحد على كثير من شؤونها.

ولهذا كان لابد من إيجاد باب للخلاص من هذه الحياة التي أصبحت لا تحقق المقصود منها، والتي لو ألزم الزوجان بالبقاء فيها على ما بينهما من بغض وكراهة لأصبحت رابطة الزوجية صورة من غير روح، وقيداً من غير رحمة لا تثمر ثمراتها ولا تحقق ما أريد منها، ولا يكون بها إعفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة، ويكون الإبقاء عليها وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة وعاملاً من عوامل الزيغ

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (لا. ط؛ بيروت: الدار الجامعية، 1998)، ص 24.

والميل إلى المعاملات البغيضة.

ولما كان دين الإسلام ديناً عاماً وواقعياً يعمل حساباً لكل الظروف والاحتمالات لم ينظر إلى عقد الزواج مع شدة تقديسه له ورفعته من شأنه إلى أنه عقد أبدي لا يمكن فسخه، بل شرع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عِشْرَةً<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل دون المرأة؛

جعل الإسلام الطلاق من حق الرجل وحده، لأنه أحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال ما يحتاج إلى إنفاق مثله أو أكثر منه، إذا طلق وأراد عقد زواج آخر<sup>2</sup>، وإذا أردت أن تحافظ على شيء فأجعله بيد الخاسر فيه فإنه سيبدل كل ما في وسعه ليحافظ عليه، كما أن فسخ عرى الزوجية تترتب عليه أمور خطيرة بعيدة المدى في حياة الأسرة والمجتمع، فلو كان الطلاق حقاً للمرأة لأدى ذلك إلى فسخ عرى الزوجية لأتفه الأسباب.

إذ مما لا جدل فيه أن المرأة بحكم وظيفتها في الحياة الاجتماعية، خلقت على طبائع وغرائز تجعلها أشدّ تأثراً وأسرع انقياداً بحكم العاطفة من الرجل، ولهذا كان أصلح من الرجل في جميع المواطن التي تعتمد على قوة العاطفة، كتربية الأولاد وتمريضهم وحضانتهم وما أشبه ذلك، وهذه العاطفة محمودة منها في مثل هذه المواطن، لكن هذه العاطفة في مواطن أخرى تجرُّ إلى كثير من الضرر والشر وإضطراب الأمر، فالمرأة في مواطن الغضب ولأقل أسبابه يشتد إنفعالها ويحتد مزاجها، وتندفع مع العاطفة بل ترى الحسن كله والنفع جميعه في أن تجيب داعي تلك العاطفة وتحقق مطالبها العاجلة، والمرأة في مواطن الرغبة تتأثر بالعاطفة تأثراً قوياً، فلوترك الطلاق بيدها لتصرفت به على ما يرضي تلك العاطفة مما تظن فيه سعادتها، الأمر الذي يترتب عليه أن تصبح الأسرة مهددة بالانهيار، لأقل غضبة وأول إنفعال فلذلك كان الطلاق من حق الزوج لأنه أكثر إدراكاً وتقديراً لعواقب الأمور، وأبعد عن النزوات في إنهاء عقد الزواج، لا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل المحض لأنه يدرك تماماً ما سوف يترتب عليه من تبعات مالية واجتماعية<sup>3</sup>.

على أن هذا لا يعني أن الرجل مجرد من العاطفة، أو معصوم من التأثير بنزعاتها المختلفة، بل قد يكون من الرجال من هو أسرع وأشدّ تأثراً من بعض النساء، كما أن من النساء من هن ذوات عقل وقدرة على الصبر وضبط النفس حين الغضب أكثر من بعض الرجال، لكن ليس هو الشأن وليس هو الكثير الغالب، والتشريع يبني على الغالب والكثير ولا يبني على الأحاد والجزئيات، لذلك إقتضت الحكمة الإلهية أن تمنح

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 25-26.

<sup>2</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج 2 (ط: 4؛ بيروت: دار الفكر، 1983)، ص 210.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 29-30. (بتصرف).

الرجل حق الطلاق بقيود شرعية لا بد من احترامها<sup>1</sup>.

الفرع الثالث: مسألة تفويض الطلاق للمرأة، وموقف المشرع الجزائري بشأنها.

1- تفويض الطلاق للمرأة في الشريعة الإسلامية:

الأصل أن الطلاق يكون حصوله من الزوج بناء على رغبته هو في قطع رباط الزوجية وليس للزوجة الحق إلا أن يفوض لها الزوج بتطبيق نفسها.

وتفويض الطلاق هو تمليك الرجل زوجته إيقاع طلاقها، وقد يكون ذلك في مبدأ الزواج أي أثناء العقد، وقد يكون بعد العقد في أي زمان كان حال قيام الزوجية، ويكون بأحد ثلاثة أشياء: (التخيير) (الأمر باليد) (قوله لها طلقي نفسك)، والتفويض وإن كان تمليك الرجل زوجته إيقاع طلاقها، فلا يسقط حق الزوج في أن يطلق زوجته بعد أن يفوض إليها طلاق نفسها<sup>2</sup>، وإذا أراد الزوج أن يفسخ هذا التفويض، فإن له ذلك ويبطل التفويض بفسخه، عند

الشافعي\* وأحمد لأنه توكيل، وعند أبي حنيفة\* ليس له الرجوع<sup>3</sup>، وقال مالك\* أن للزوج الرجوع عن التفويض توكيلاً وليس للزوج الرجوع عن التفويض تمليكاً وتخييراً<sup>4</sup>.

خالف الظاهرية القول بتفويض الطلاق، فقالوا: إنه لا يجوز للزوج أن يفوض زوجته تطبيق نفسها، أو يوكل غيره في تطبيقها؛ قال ابن حزم\*: ومن جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها، لم يلزمه ذلك، ولا يكون طلاقاً؛

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 30.

<sup>2</sup> كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع. (ط: 1: القاهرة: عالم الكتب، 2001)، ص 9-10.

\* هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، مؤسس المذهب، ولد بغرة سنة 150هـ، من بلاد الشام وقيل بعسقلان وقيل باليمن، نشأ بمكة ورحل إلى المدينة ثم العراق ثم مصر، توفي عام 204هـ، ودفن بالقاهرة، من أشهر مؤلفاته الأم. (أبو الحسين بن أبي يعلى، المرجع السابق، ج 1، ص 204).

\* هو النعمان بن ثابت بن زوطى بن ماه وكنيته "أبو حنيفة"، مؤسس المذهب، قيل أصله من أبناء فارس ولد بالكوفة سنة 80هـ ونشأ فيها، طلب العلم في صباه، ثم انتقل إلى التدريس والإفتاء، توفي ببغداد سنة 150هـ. (خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج 8، ص 36).

<sup>3</sup> زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج 3 (ط: 1: بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ص 353.

\* هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر، ولد بالمدينة سنة 93هـ، وتربى فيها ورأى آثار الصحابة والتابعين، وصاحب مذهب، توفي سنة 179هـ. (محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. ط: 1: بيروت لبنان: دار الكتاب العربي، 1928، ص 28).

<sup>4</sup> صالح عبد السميع الأبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، ج 1 (ط: 1: بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص 357.

طلقت نفسها أو لم تطلق؛ لأن الله تعالى جعل الطلاق للرجال لا للنساء<sup>1</sup>.

## 2- موقف المشرع الجزائري من مسألة تفويض الطلاق للمرأة:

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لا يوجد نص صريح يجيز مسألة تفويض المرأة طلاق نفسها، إلا أنه يفهم من خلال م19 ق أ والتي جاء فيها (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، حيث أن هذه المادة نصت عن الشروط المقترنة بعقد الزواج، إذ يجوز للزوجين أن يتفقا أثناء إبرام عقد الزواج على أي شرط، ما لم يتناف مع قانون الأسرة، كما أنه يكون مشروعاً يجيزه الشرع الإسلامي، وبذلك قد يضع الزوج تفويض زوجته طلاق نفسها منه كشرط مقترن بعقد الزواج، وهذا إستناداً إلى نص م222 من ق أ التي فتحت المجال واسعاً للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون قيد أو شرط.

أما مدونة الأسرة المغربية قد فصلت في مسألة تفويض الطلاق للزوجة، والتي قد أجازته بموجب المادة 89 من المدونة والتي جاء فيها(إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقاً للمادتين 80.79 من المدونة).

## المطلب الثاني: شروط تحقق الطلاق بإرادة الزوج؛

لاعتبار الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة صحيحاً يتطلب توفر مجموعة من الشروط، وهذه الشروط منها ما يجب أن يكون في الزوج المطلق وهو موضوع الفرع الأول، وشروط لا بد من توافرها أيضاً في الزوجة الواقع عليها الطلاق، وهو موضوع الفرع الثاني، ثم موقف المشرع الجزائري من شروط تحقق الطلاق في الفرع الثالث وذلك من خلال ما يلي:

### الفرع الأول: شروط المطلق لإيقاع الطلاق.

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء أن الطلاق بيد الزوج، وهو يملكه ابتداءً، أما المرأة فلا تملك الطلاق، إلا إذا اشترطت لنفسها أثناء العقد ورضي بذلك الزوج، وإذا كان هذا هو الأصل فهل كل زوج يملك الطلاق؟ أو

\* هو أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، أصله من فارس وولد بقرطبة سنة 384هـ، كان عالماً بعلوم الدين وفقهه، بعد أن كان شافعي المذهب انتقل إلى مذهب أهل ظاهر، توفي سنة 456هـ، من مؤلفاته المحلى. (إسماعيل باشا، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين، ج5، لا. ط: تركيا: لا. ن، 1951، ص 690).

<sup>1</sup> السيد سابق، فقه السنة، ج3 (ط: 2؛ القاهرة: دار الفتح، 1999)، ص40.

هل كل زوج يقع طلاقه؟ أو ما هي شروط الزوج الذي يقع طلاقه؟<sup>1</sup>.

يشترط في الزوج شروط عدة؛ منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وفي كلتا الحالتين فهي شروط تضبط الفعل وتحتاط أشد الاحتياط في إيقاع الطلاق<sup>2</sup>، وهي وفق ما يلي:

1- أن يقع الطلاق من الزوج أو نائبه، وأن يكون عاقلاً<sup>3</sup>؛ أي أن الزوج هو الذي يوقع الطلاق على زوجته لأن العصمة بيده، أو بتوكيل شخص آخر لتطبيق زوجته، كما يشترط أن يكون عاقلاً أي غير مصاب بعارض يفقده الأهلية.

فذهب جمهور الفقهاء أن الزوج المطلق يشترط فيه أن يكون عاقلاً فلا يقع طلاق المجنون، ويلحق بالمجنون النائم والمعتوه والمغى عليه والمدهوش (وهو الذي تعرض لحالة إنفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل)، أما السكران فإن عامة الفقهاء يفرقون بين سكر بطريق محذور، والسكر بطريق غير محذور، أما غير المحذور فهو كالذي يشرب شراب فأسكره، أو تناول دواء فغيب عقله ولم يعلم أنه مسكر فأسكره، ففي هذه الحال لو طلق لا يقع طلاقه فيلحق بالمجنون<sup>4</sup>، لأن زوال عقله لم يكن بسبب منه، وبهذا صرح الفقهاء ولا خلاف في ذلك، أما السكر بطريق محذور كمن يتناول مسكر مع علمه بأنه مسكر، وطلق في حال السكر، فقد قال الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة بصحة طلاق من سكر بطريق محذور<sup>5</sup>.

2- القصد: أي قصد النطق بلفظ الطلاق<sup>6</sup>، والمراد بكون الزوج قاصداً الطلاق، هو كونه نواياً إيقاع الطلاق مريداً له عازماً عليه<sup>7</sup>.

أولاً: حالات المُطَلِّق في قصد الطلاق.

أ- طلاق الهازل: وهو الذي يتلفظ فيه الزوج بالطلاق قاصداً له، ولكنه لا ينوي الطلاق، إنما من باب الهزل والمزاح، فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية وفي رواية عن الإمام مالك إلى وقوعه، واستدلوا بالحديث المروي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "ثَلَاثَةٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ:"

<sup>1</sup> إسماعيل أبو بكر علي البامري، أحكام الأسرة. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2008)، ص 231.

<sup>2</sup> عبير ربيعي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الفكر، 2007)، ص 181.

<sup>3</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986)، ص 100.

<sup>4</sup> رفيق محمد عبد الكريم الصافي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الفكر، 2007)، ص 140=142. (بتصرف).

<sup>5</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4 (ط: 1؛ بيروت: دار الثقلين، 1998)، ص 359.

<sup>6</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2 (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2008)، ص 193.

<sup>7</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 7 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1993)، ص 379.

النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ<sup>1</sup>. وذهب الحنابلة وفي قول لمالك أن طلاق الهازل لا يقع، واستدلوا<sup>2</sup> بقوله تعالى ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة 227]، ومن السنة: قوله صل الله عليه وسلم: "إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى"<sup>3</sup>.

ب- طلاق المخطئ: وهو الشخص الذي أراد التكلم بغير الطلاق فجري على لسانه الطلاق<sup>4</sup> بلا نية ولا قصد، فقد أراد لفظاً ونطق بغيره، وقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم وقوع هذا الطلاق قضاء وديانة متى ثبت الخطأ، ويرى الأحناف أن طلاق المخطئ واقع قضاء ولا يقع ديانة، سواء أثبت خطأه أم لا، وهدفهم في إيقاعه سد الذريعة وفتح باب الإدعاء بغير حق للتخلص من وقوع الطلاق<sup>5</sup>.

ج - طلاق المريض مرض الموت: قال الأحناف: إذا طلق المريض امرأته طلاقاً بائناً فمات من هذا المرض، ورثته، وإن مات بعد إنقضاء العدة فلا ميراث لها، وإن طلقها ثلاثاً بأمرها، أو قال لها: إختاري فاختارت نفسها، أو إختلعت منه ثم مات وهي في العدة، لم ترثه، والفرق بين صورتين، أن الطلاق في الصورة الأولى صدر من المريض، وهو يشعر إنما طلقها؛ ليمنعها حقها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده، ويثبت لها حقها الذي أراد أن يمنعها منه، ولهذا يطلق على هذا الطلاق بطلاق الفارِّ، أما الطلاق في الصورة الثانية فلا يتصور فيه الفرار؛ لأنها هي التي أمرت بالطلاق، أو إختارته ورضيته، وقال أحمد، وابن أبي ليلى\*: لها الميراث بعد انقضاء عدتها، ما لم تزوج بغيره. وقال مالك والليث\*: لها الميراث؛ سواء أكانت في العدة أم لم تكن، وسواء أتزوجت أم لم تزوج. وقال الشافعي لا ترث<sup>6</sup>.

د- طلاق السفية: إذ السفية هو خفيف العقل، الذي يتصرف في المال على غير وفق العقل والشرع، وطلاق السفية يقع عند أكثر أهل العلم، منهم: أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم، وصحته أولى لأن السفية مكلف مالك لمحل الطلاق، ولأن السفه موجب للحجر في المال خاصته، وهذا تصرف في النفس، وهو

<sup>1</sup> أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975)، باب ما جاء في الهزل والجد في الطلاق، ص 482، رقم الحديث (1184).

<sup>2</sup> محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. (لا. ط: الإسكندرية: دار الجامعية، د.ت)، ص 211.

<sup>3</sup> أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج1 (ط: 1؛ لا. م: دار طوق النجاة، 2001)، باب كيف بدء الوحي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، ص 6، رقم الحديث (01).

<sup>4</sup> أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون. (ط: 5؛ مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، 2003)، ص 283.

<sup>5</sup> محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 211.

\* هو محمد عبد الرحمن بن أبي ليلى مفتي الكوفة وقاضياها، ولد سنة نيف وسبعين، مات أبوه وهو صبي، لم يأخذ عن أبيه شيئاً بل أخذ عن أخيه عيسى عن أبيه، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، توفي سنة 148هـ. (محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج6، ط: 11؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1996، ص 310).

\* هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهري ولد في قلقشندة سنة 94هـ، إمام أهل مصر، أصله من خراسان، وتوفي في القاهرة سنة 175هـ. (خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج5، ص 248).

<sup>6</sup> السيد سابق، المرجع السابق، ج3، ص 38-39.

غير متهم في حق نفسه، فإن نشأ عن طلاق السفية آثار مالية كالمهر فهي تبع لا أصل<sup>1</sup>.

ثانياً: الراجع في مسألة القصد في الطلاق:

الراجع أنه لا يقع طلاق الناسي والمخطئ والمكره، إستناداً لحديث الرسول صل الله عليه وسلم، إذ رفع القلم عن هؤلاء الثلاثة، وأن الطلاق شرع للحاجة فلا بد من قصد صحيح إليه.

3- أن يكون الطلاق باللفظ، وإلا فبالإشارة المفهمة من العاجز عن النطق كالأخرس<sup>2</sup> أما طلاق الكافر فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاقه يقع ويحسب عليه، وحجتهم في ذلك أن النبي أثبت نكاح المشرك وأقر أهله عليه في الإسلام فكذلك الطلاق، لأن الطلاق يثبت بثبوت النكاح ويسقط بسقوطه، وذهب مالك وابن حزم إلى أن طلاق المشرك لا يقع ولا يحسب عليه وحجتهم أن رجالاً أسلموا على عهد النبي صل الله عليه وسلم، ولم يكن يسألهم عن عدد تطليقاتهم قبل الإسلام، وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يتنزل منزلة العموم من المقال<sup>3</sup>.

4- البلوغ: فذهب جمهور الفقهاء غير الحنابلة إلى أنه لا يقع طلاق الصبي وإن كان عاقلاً، لأن الطلاق لم يشرّع إلا أن يكون لأجل مصلحة والصبي لا يعرف وجه المصلحة فلا يقع طلاقه، أما الحنابلة قالوا: يصح الطلاق من زوج عاقل مختار ولو مميزاً يعقل الطلاق، ولو كان الصبي المميز دون عشر سنين، ولأن طلاق الصبي المميز طلاق من عاقل صادق محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ، ومعنى كون الصبي المميز يعقل الطلاق هو أن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها<sup>4</sup>.

وبذلك فالزوج المطلق لا يكون عديم الأهلية أو ناقصها، فإن كان كذلك لا يقع طلاقه فعديم الأهلية لا أثر لعبارته مطلقاً، ومن باب أولى لا عبرة بلفظ الطلاق الذي يصدر منه وهو لا يعني شيئاً، وكذلك ناقص الأهلية فهو وإن كان له قدر من التمييز فإن إصداره لعبارة الطلاق غير معتبرة، لأن هذا التصرف ضار ضرراً محضاً فلا ينظر إليه على الإطلاق بل لا تلحقه إجازة لا من الولي ولا من القاضي نظراً لهذا الاعتبار<sup>5</sup>.

5- الاختيار: ويقصد بالاختيار، الميل إلى ما يرد ويرتضى<sup>6</sup>، والاختيار في الطلاق عدم وجود ظرف يلزم الزوج بالطلاق، وفيه:

<sup>1</sup> كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة. (لا.ط؛ القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2003)، ص 245.

<sup>2</sup> عبيد ربيعي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>3</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 248.

<sup>4</sup> رفيق محمد عبد الكريم الصافي، المرجع السابق، ص 139.

<sup>5</sup> عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي. (أطروحة دكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن

عكنون، 2006-2007، ص 145.

<sup>6</sup> محمود حامد عثمان، المرجع السابق، ص 19.

أ- المكره على الطلاق: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق من المكره إن تحققت في الإكراه شروط معينة، قال الله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [النحل 106] فلا يعتد بالكفر ولو نطق به، وإن تلفظه جاء تحت قوة الإكراه فكذلك الطلاق لا يعتد به، لتلفظ الزوج الطلاق غير قاصد له وإنما وجود قوة خارجة عن إرادته دفعته لذلك، ومن السنة: حديث ابن عباس، أن رسول الله صل الله عليه وسلم، قال: "إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُجَاوِزُ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"<sup>1</sup>، أما الحنفية: فقالوا بوقوع الطلاق وإن كان الشخص واقعاً تحت تأثير الإكراه<sup>2</sup>.

ب- طلاق الإغلاق: إذا كان الغضب بحيث لا يعقل معه ما يقول وما يفعل، وهذا يقع للإنسان عند الفرح الشديد أو الفزع الشديد أو عند شدة الغضب، حكمه حكم المجنون لا يقع طلاقه في حديث عائشة، أن رسول الله صل الله عليه وسلم، قال: "لَا طَلَّاقَ، وَلَا عَتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ"<sup>3</sup>. إذن فطلاق الغضبان الذي لا يقع هو الغضبان الذي يكون في حكم السكران في ذهاب عقله بحيث لا يعلم معه ما يقول، أما إن كان يعلم ما يقول فمعنى هذا أن عقله ما زال، وأنه مكلف بما يفعل وعليه يقع الطلاق لا محال<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: شروط المطلقة الواقع عليها الطلاق.

لابد من توفر مجموعة من الشروط في المرأة الواقع عليها الطلاق كي يعتد بالطلاق الذي يوقعه الزوج وهذه الشروط هي كالتالي:

أولاً: أن تكون زوجة بالفعل.

أ- رأي الأحناف: يقع الطلاق على المرأة في المذهب الحنفي متى توفر فيها حالة من الحالات الآتية:

- 1- الزوجة المعقود عليها عقداً صحيحاً ولو قبل الدخول بها، أما لو كان العقد فاسداً فلا يقع عليها الطلاق، لأن الطلاق فرع النكاح الصحيح.
- 2- المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى، لأن الزوجة قائمة إلى انقضاء العدة حكماً.
- 3- المعتدة من فرقة اعتبرت طلاقاً، كالفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته فهذه الفرقة

<sup>1</sup> أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 5 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004)، باب النذور، ص 300، رقم الحديث (4351).

<sup>2</sup> عبيد ربيعي شاکر القدومي، المرجع السابق، ص 182. (بتصرف).

<sup>3</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 (لا. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب طلاق المكره والناسي، ص 660، رقم الحديث (2046).

<sup>4</sup> المصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري. (لا. ط؛ بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2010)، ص 193-194.



قد اعتبرت طلاقاً على القول الراجح في المذهب الحنفي.

4- المعتدة من فرقة اعتبرت فسخاً لم ينقض العقد ولم يرفع الحل، كالفرقة الحاصلة بسبب من الزوجة، وذلك لأن الفسخ في هذه الحال يعتبر إنهاء لعقد الزواج<sup>1</sup>.

كما لا يقع الطلاق في الحالات التالية:

1- لا يقع الطلاق في الزواج الفاسد، ويعد لفظ الطلاق فيه متاركة، لا تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل لأن الفرقة ليست طلاقاً.

2- لا يقع الطلاق على المرأة بعد الوطئ بشبهة، لانعدام الزوجية أصلاً، والطلاق لا يرد إلا على عقد زواج صحيح.

ب- رأي جمهور الفقهاء:

1- المرأة المعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق، لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية قبل انقضاء العدة.

2- عدم وقوع الطلاق على المعتدة من طلاق بائن؛ سواء أكانت البيئونة كبرى أم صغرى، بسبب انقضاء الزواج في الحال بالطلاق البائن حتى مع بقاء العدة، بخلاف الأحناف في عدة الطلاق البائن بينونة صغرى لا تزال زوجة من وجه فيقع عليها الطلاق، ورأي الأحناف يفرق بين المرأة المدخول بها والمطلقة قبل الدخول، الأولى يقع عليها الطلاق في العدة من طلاق بائن بينونة صغرى، والثانية لا يقع عليها الطلاق لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها<sup>2</sup>.

ثانياً: أن يعين الزوج المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية.

فأبها قَدَمَ جاز، فإن عَيَّن المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع عليها الطلاق إتفاقاً، بأن يقول لزوجته بإسمها يا فلانة أنت طالق<sup>3</sup>.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة شروط تحقق الطلاق.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق. وكذلك عدم الإشارة إلى حكم طلاق السكران والمكره ومن في حكمهما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 64-65.

<sup>2</sup> محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، 213-214.

<sup>3</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 251.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط:6؛ بن عكنون الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص 29.

فيتضح أن القانون لم ينص على أصناف الرجال الذين يقع أو لا يقع طلاقهم، وإنما إكتفى بالإطلاق، حيث جاء في م48 ق أ (... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة ...)، فالأزواج أقسام؛ هازل وسكران ومكره، فالقانون لم يبين أي الأزواج يقصد، أم أنه يقصد كل ما يصح عليه إطلاق إسم الزوج؟، لكن يمكن الفهم بأن الإرادة شرط لوقوع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وذلك بقوله (بإرادة الزوج)، فالعاقل البالغ غير المكره والمجنون والسكران والصبي كلهم قد يريدون الطلاق، أما اللاعب الهازل والغافل والجاهل والمخطئ والمكره والذي اشتد غضبه كلهم لا يريدون الطلاق، فهل يقصد هذا التقسيم تقييد الإرادة؟ أم أنه لا يقصد ذلك؟. ومع هذا فقد فتح المشرع الجزائري الاجتهاد واسعاً من خلال المادة 222 من القانون رقم 11/84 وجاء في نصها (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، لكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وجدنا الاختلاف بين الفقهاء وبالتالي لا يمكن معرفة ما يتبناه وما يقضي به القانون لأنه لم يحدد مذهب معين أو قاعدة معينة تضبط بها الأحكام<sup>1</sup>.

ورغم هذا السكوت فإنه يمكن إستنتاج - في مواد متفرقة - بعض الشروط منها: شرط الأهلية للزوج التي هي 19 كاملة بناء على المادة 07 من الأمر 02/05 بنصها (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك السن لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج)، وعليه لا يصح للرجل إجراء العقد قبل هذا السن إلا بموافقة القاضي، حيث يجوز له أن يأذن به إذا وجدت المصلحة في ذلك، كما نص أيضاً في م85 من القانون رقم 11/84 بأنه (تعتبر تصرفات المجنون والمعتهو والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)، وعليه فإن الأهلية المطلوبة في القانون الجزائري والتي بها يقع الطلاق، هي أن يكون الزوج المطلق متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه، وتجدر الإشارة إلى أنه كان على المشرع الجزائري أن لا يسوي بين تصرفات المجنون والسفيه، فهذا الأخير الذي يؤثر عليه بالسفه في التصرفات المالية غير الشخصية وعليه يمكن إزالة هذا التناقض بأن تصحح المادة 85 من القانون رقم 11/84 على نحو المادة 43 من القانون المدني<sup>2</sup>، التي تعتبره ناقص الأهلية فقط وليس عديمها.

وعليه فمن المفيد ملاحظته في هذا الشأن من حيث الواقع، هو أن السفيه لا يعتبر عديم الأهلية كما تقضي به م85 ق أ، باعتبار أن له كامل القوة العقلية، ولا يمكن أن يلحق بالمجنون والمعتهو، وكل ما يعيبه أنه مبذر، وينفق ماله في غير مقتضى العقل والشرع وكثيراً ما يكون السفيه وارثاً لثروة لم يتعب عليها، فيبذرهما دون إكتراث وبذلك كان القانون المدني على حق حينما إعتبر السفيه ناقص الأهلية، بموجب المادة

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 194=196. (بتصرف).

<sup>2</sup> الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

43 والتي تقابلها المادة 115 مصري، 115 ليبي، 16 سوري، 127 أردني<sup>1</sup>.

وكذلك من شروط المطلق فقهاً أن يكون زوجاً أو رسولاً أو وكيلاً عنه، وهناك فرق بين التوكيل والتفويض، فالتوكيل هو أن يوكل شخصاً بتطبيق زوجته، أما التفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه، وبما أن المشرع الجزائري ألغى التوكيل في التعديل الجديد في الأمر 02/05 صراحة، فلا وكالة بناء على ذلك في الطلاق، لكن التفويض قد يشترط<sup>2</sup> بناء على المادة 19 من ق أ (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>، يتبين أن المشرع الجزائري وضع شروطاً عامة لقبول الدعوى من خلال م 13 ق إ م إ (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون)، أي أن الزوج لا يمكنه رفع دعوى الطلاق إلا إذا توفرت فيه هذه الشروط، ويقصد بالصفة؛ أنه يجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق المدعي وهو الزوج الذي يباشر رفع دعوى الطلاق، ويقصد بالمصلحة؛ أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون<sup>4</sup> ومصلحة الزوج في الطلاق هو فك رابطة زوجية باءت بالفشل.

أما المدونة المغربية فقد تكلمت عن التفويض إذ أجازته في نص م 89 بنصها (إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقاً لأحكام المادتين 79 و80 أعلاه).

كما نصت أيضاً المدونة على مسألة طلاق السكران المكره والغضبان وفصل في الأمر من خلال المادة 90 من المدونة (لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقاً)، ويبدو أن المدونة سواء أكانت القديمة الملغاة أم الجديدة، قد سلكت مذهباً وسطاً، فقررت عدم وقوع طلاق السكران، أو الإذن بوقوعه، عندما يسكر بحرام ولم يبق عنده تمييز بين الأشخاص، ولذلك سماه بالطافح، أما طلاق المكره فذهبت المدونة إلى أن طلاق المكره لا يقع، متبع في ذلك قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى عدم وقوع طلاق السكران أو المكره أو الناسي أو المخطأ، أما طلاق

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء. (لا.ط: الأبيار الجزائر: منشورات ثالثة، 2010)، ص 27-28.

<sup>2</sup> سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا.ط: المحمدية الجزائر: دار طليطلة، 2010)، ص 116-117. (بتصرف).

<sup>3</sup> قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، والمتضمن: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 21، السنة 45، 23 أبريل 2008).

<sup>4</sup> فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (لا.ط: بن عكنون الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008)، ص 15. (بتصرف).

الغضبان فالمشروع المغربي لم يعتبر وقوع طلاق الغضبان إذا كان مطبقاً واشتد غضبه<sup>1</sup>.

أما القانون العراقي اعتبر القصد في إيقاع الطلاق عنصراً من عناصر صحة الطلاق ولذلك نص على عدم إيقاع بعض الأشخاص طلاقهم باعتبار إنتفاء القصد عندهم عند إيقاعهم الطلاق وهؤلاء الأشخاص حددتهم المادة 35 وهم السكران والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز والغضبان ومن به مصيبة فاجأته، وأعتبر طلاقه لغواً لا أثر له<sup>2</sup>.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني نص في المادة 88 على عدم وقوع طلاق السكران والمدهوش والمكره بنصها (لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغى عليه ولا النائم)<sup>3</sup>، والطلاق بالنظر لصيغته من خلال المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية الأردني فإن كان غير منجز - الذي قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه - لا يقع كالمعلق والمضاف واليمين<sup>4</sup>.

أما قانون الأحوال الشخصية اليمني (م61) قال بعدم وقوع طلاق السكران الذي فقد إدراكه ولم يبق له أي تمييز متى دلت على ذلك قرائن الأحوال من أقواله وأفعاله حين إيقاع الطلاق<sup>5</sup>.

وبذلك فإن أغلب التشريعات العربية قد فصلت في هذه المسائل ولكن ما يمنع المشرع الجزائري أن يحذو حذوهم، في حين لو تم الرجوع إلى القانون المدني أو قانون العقوبات أو غيرها من القوانين لوجد أن المشرع ينقل بعض النصوص حرفياً من التشريعات الغربية، بل ويخطأ أحياناً في الترجمة الحرفية للنص من اللغة الأجنبية إلى اللغة العربية، فهل يستعي المشرع بنقل أقوال الفقهاء وصياغتها في قانون الأسرة؟.

ومهما يكن فإن الغموض والتعتيم يخيمان على هذا القانون، فعلى المشرع الجزائري أن يجلي منهجه في ذلك، وأن يتبع وضوح البيان، ويترك التعميم والإطلاقات جانباً لأنها لا تتناسب والتقنين القانوني، والسبيل الأسلم الذي يُقترح هو إتباع الترجيح في كل القضايا الخلافية، بالدليل الصحيح، والمصلحة الحقيقية المعتمدة شرعاً<sup>6</sup>، وقد يتجسد ذلك بتعديل نص المادة 222 ق أ، وذلك بإضافة عبارة "أقوى الأدلة" ويصبح نص المادة كالتالي: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية)، فتكون الصياغة مُحكّمة تبعد الكثير من الاجتهادات القضائية المتباينة.

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1 (ط:1: المغرب: مكتبة الرشاد، 2006)، ص 233=236.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، (لا.ط: مصر: دارالكتب القانونية، 2011)، ص91-92.

<sup>3</sup> نقلا عن: محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، ج4 (ط:2: مصر: دار السلام، 2009)، ص 1866. (بتصرف).

<sup>4</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، (لا.ط: مصر: دارالكتب القانونية، 2011)، ص 109. (بتصرف).

<sup>5</sup> أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني، (لا.ط: مصر: دارالكتب القانونية، 2011)، ص 120-121.

<sup>6</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 196.

### المطلب الثالث: أقسام الطلاق بإرادة الزوج:

سيتم عرض أقسام الطلاق الذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج، والتقسيم الوارد في الفروع في الحقيقة هو تقسيم فقهي، فمن خلال كل فرع سيتم ذكر موقف المشرع الجزائري ومناقشته في كل مسألة وذلك وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: الطلاق باعتبار دلالة اللفظ وموقف قانون الأسرة بشأنه.

يقع الطلاق باللفظ الدال على إنهاء العلاقة الزوجية، كما يقع بالكتابة والإشارة من الأخرس، ومنه ما هو صريح ومنه ما هو كنائي ويتم تفصيل ذلك كما يلي:

#### أولاً: الطلاق الصريح.

##### 1- تعريف الطلاق الصريح.

أ- الصريح لغة: هو ما لا يحتمل غير المقصود.<sup>1</sup>

ب- الطلاق الصريح إصطلاحاً: هو ما كان بلفظ لا يستعمل إلا في معنى الطلاق وحل قيد النكاح، ولا يحتمل غير هذا المعنى لغة أو شرعاً أو عرفاً.<sup>2</sup>

وقد اتفق الفقهاء على أن ما اشتق من مادة (ط.ل.ق) كطلقتك، وأنت طالق وغيرها صريح في الطلاق، وقد اقتصر الحنفية والمالكية في الطلاق على هذا وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن صريح الطلاق ثلاث ألفاظ (الطلاق، والسراح، والفرق)<sup>3</sup> وهذه الألفاظ واردة في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۚ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَنزَرُوهُمَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۗ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [البقرة 229]، قال الله تعالى ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًَّ مِّنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [النساء 130].

ج - الطلاق الصريح عرفاً: الطلاق الذي ذُكِرَ هو الطلاق الصريح لغة وشرعاً، أما الصريح عرفاً فهو ما كان بلفظ من غير مادة الطلاق وما اشتق منها، ولكنه جرى عرف الناس بإستعماله في الطلاق كله كقوله: أنت عليّ حرام، أو عليّ حرام ونحوه، فإن كان عرف الناس قد جرى على استعمال هذه الألفاظ للدلالة على الطلاق، فإنها تكون طلاقاً صريحاً، أما إذا لم يجر عرفهم بذلك، فلا تكون صريحة بل كناية، ومن ألفاظ الصريح عند الجمهور قوله: أنت طالق، لأنه لفظ صريح في العرف، ومنه قول الرجل لآخر: أكتب لزوجتي

<sup>1</sup> محمود حامد عثمان، القاموس المبين في إصطلاحات الأصوليين. لا.ط؛ مصر: دار الحديث، د.ت، ص 192.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواضة، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 115.

طلاقاً، فيقع الطلاق حالاً، كتب الآخر أم لم يكتب<sup>1</sup>.

2- حكم الطلاق الصريح: أنه يقع به الطلاق وتنحل به العصمة إتفاقاً ولو لم ينو، متى قصد إصدار اللفظ. ويلزم في صريحه طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من طلقة فيلزمه ما نواه<sup>2</sup>. وجمهور الفقهاء قالوا أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بصريح الطلاق، ولا يحتاج إلى نية وقد ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط النية حتى في حالة التلفظ باللفظ الصريح من الطلاق ومنهم الإمام أحمد في رواية ابن منصور\* عنه، وهو قول جابر بن زيد\* وغيرهم<sup>3</sup>.

3- مسألة الطلاق بالكتابة: اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة، بأن يوجه الخطاب للمرأة وعلى وقوعه بإرسال رسول، لكن الكتابة تحتاج عند المالكية والشافعية والحنابلة إلى نية؛ لأنها تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط، فلم يقع بمجردھا. ويقع الطلاق عند الحنفية في الكتابة المرسومة كالصريح ولو من غير نية وهي التي تكتب مصدرة باسم الزوجة وتوجّه إليها كالرسائل المعهودة<sup>4</sup>، ويشترط في طلاق الكتابة الشروط التالية:

1- أن تكون الكتابة مستبينة: أي أن تكون مكتوبة على شيء ظاهر باقٍ، لأنها صور تعبير ودليل إثبات، وبناء على هذا الشرط يرى جمهور الفقهاء أن الكتابة على الماء أو الهواء لا يقع بها الطلاق.

2- أن تكون مرسومة: وهي التي يكون لها وجهة وعنوان، كأن يكتب الزوج إلى الزوجة كتاباً بعنوانها ويرسله إليها، وفيه إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق، فالكتابة هنا مرسومة ويصح بها الطلاق كأنها لفظ صريح دون الحاجة إلى نية<sup>5</sup>.

4- الطلاق بالإشارة: تعد الإشارة بالنسبة للأخرس أداة تفهيم، ولذا تقوم مقام اللفظ في إيقاع الطلاق، إذا أشار إشارة تدل على قصده في إنهاء العلاقة الزوجية<sup>6</sup>، واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالإشارة المفهومة

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3 (لا.ط: بيروت: دار الكلم الطيب، 2010)، ص 159.

\* هو محمد بن محمد بن علي بن هاشم بن منصور الحسيني الحلبي، رضي الدين أبو بكر عالم بالحديث حنبلي، من أهل حلب ولد بها سنة 863هـ، سافر إلى القاهرة ثم إلى اليمن وانقطع خبره، توفي سنة 905هـ. (خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج7، ص 53).

\* هو جابر بن زيد الأزدي البصري ولد سنة 21هـ، أبو الشعثاء: فقيه تابعي من الأئمة من أهل البصرة، أصله من عمان، وإلى حديثه وفقهه ينتسب الإباضية، توفي سنة 93هـ. (خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج2، ص 104).

<sup>3</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 115.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 161.

<sup>5</sup> محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 218.

<sup>6</sup> السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص 219.

بيد أو رأس<sup>1</sup>، وعليه فإن إشارة الأخرس المفهمة التي تدل على الطلاق يقع بها الطلاق صريحاً، وقد ذهب المالكية إلى أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة ولو من غير الأخرس، وقد أوجب بعض الحنفية والشافعية - حتى تقوم الإشارة محل اللفظ - أن لا يكون الأخرس يعرف الكتابة، فإذا كان كذلك فلا يقع طلاقه بالإشارة، بل يتعين عليه وقوعه بالكتابة<sup>2</sup>. أما الناطق القادر على الكلام فلا يصح عند الجمهور غير المالكية طلاقه بالإشارة، كما لا يصح نكاحه بها، ويقع الطلاق بالإشارة من الأخرس فقط وقال المالكية: إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى نية ويصح بها الطلاق<sup>3</sup>.

## ثانياً: الطلاق الكنائي.

### 1- تعريف الطلاق الكنائي.

أ- الكناية لغة: هي لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادته<sup>4</sup>.

ب- اصطلاحاً: يقصد بالطلاق الكنائي ما تم بألفاظ لم يخصصها الشرع أو العرف للطلاق، بل تستعمل في الطلاق وغيره وتحتمل حل عقد الزوجية وغيره بحسب وضع اللغة. ومن ألفاظه قول الزوج لزوجته: أنت بائن، أنت بنة، أنت برية، إلحقي بأهلك، أمرك بيدك، حبلك على غارك... وغيرها. فهذه الألفاظ وغيرها من قبيل الكنايات لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلفظ بانن يحتمل الطلاق ويحتمل أنها منفصلة عن الخير والشر، وأمرك بيدك يحتمل الطلاق بتمليكها عصمتها، كما يحتمل التهمك بها، وأنها تتصرف في شؤون نفسها دون اعتبار لإذنه أو رأيه... وهكذا<sup>5</sup>.

### 2- حكم الطلاق الكنائي:

أولاً: الطلاق الكنائي عند الحنفية والحنابلة: ذهب أبو حنيفة وأحمد إلى أن الكناية يقع بها الطلاق في حالتين:

أ- أن ينوي الزوج الطلاق.

ب- أن تدل القرينة في دلالة الحال على إرادة إيقاع الطلاق نوى أو لم ينو ( ودليله أن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، فلا يتعين الطلاق إلا بالتعيين، وهو أن ينوي الطلاق أو تدل عليه الحال فتترجح

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 161.

<sup>2</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 120.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 162.

<sup>4</sup> محمود حامد عثمان، المرجع السابق، ص 192.

<sup>5</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 30-31.

إرادته<sup>1</sup>.

ثانياً: الطلاق الكنائي عند المالكية والشافعية: ذهب مالك والشافعي إلى أنه لا يقع الطلاق بالكناية إلا بالنية فحسب، ولا عبرة بدلالة الحال أو القرينة<sup>2</sup>. والكناية عند المالكية نوعان:

1- كناية ظاهرة: وهي ما شأنها أن تستعمل في الطلاق وحل العصمة، مثل قوله: أنت بتة وحبلك على غاربك، ويقع بهما ثلاث طلاقات، دخل بها أم لم يدخل.

2- كناية خفية: وهي ما شأنها أن تستعمل في غيره، مثل: أعتدي، ويقع بها طلاقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من ذلك في المدخول بها. وضابط التفرقة بينهما: أن اللفظ إن دل عن قطع العصمة بالمرة، لزم فيه الطلاق الثلاث في المدخول بها وغيرها وهو لفظ: أنت بتة وحبلك على غاربك، وإن لم يدل على ذلك، بل دل على البينونة فيقطع به ثلاث في المدخول بها وواحدة في غير المدخول بها، مثل: أنت حرام أو ميتة، أو خلية أو برية أو وهبتك لأهلك<sup>3</sup>.

### 3- الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة:

قد يقع الطلاق الإلكتروني بكتابة ما يدل عليه بواسطة إحدى وسائل الاتصال الحديثة، لذا فإن له صوراً عديدة حسب الآلة المستخدمة في إيقاعه، ولكل آلة طريقة للاستعمال وقد تصدى بعض الفقهاء في العصر الحالي للإفتاء بشأنها، وأهم وسيلتين للاتصال لإيقاعه هما الهاتف المحمول والانترنت<sup>4</sup> وذلك من خلال ما يلي:

#### أ- الطلاق بوسيلة الهاتف المحمول:

الهاتف المحمول ويسمى كذلك الهاتف النقال، أو الهاتف الخليوي، أو الهاتف الجوال: هو أحد أشكال أدوات الاتصال الذي يعتمد على الاتصال اللاسلكي، عن طريق شبكة من أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة، وبإمكان مستخدم الهاتف المحمول أن يدرج فيه بيانات كاملة عن الأشخاص الذين يتعامل معهم، ويمكن من خلاله الاتصال بشبكة الانترنت وإرسال رسائل البريد الإلكتروني<sup>5</sup>.

وعليه فقد أتيح للزوج وسيلة سهلة ومختصرة لإيقاع طلاقه، دون الاضطرار إلى مواجهة الزوجة، وقد صدرت فتوى من لجنة الإفتاء (دائرة الإفتاء العام الأردنية) بعدد 961 في 2010/11/28، ملخصها: "أن الطلاق

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 15.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواضة، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 159.

<sup>4</sup> عماد محمد كمال، الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة، (<http://www.tqmag.net>)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/05، بتوقيت: 10:14 دقائق.

<sup>5</sup> حازم فلاح سكيك، كيف يعمل الجوال، (<http://www.hazemsakeek.com>)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/05، بتوقيت: 12:33 دقيقة.



عبر وسائل الاتصال الحديثة إما أن يكون باللفظ، وإما أن يكون بالكتابة، فإذا كان باللفظ كأن يتصل الزوج بزوجته فيقول لها: أنت طالق، فهذا الطلاق يقع بإتفاق الفقهاء، وهو بمثابة الخطاب مواجهة، أما الطلاق بالرسائل القصيرة عبر الهاتف الخليوي أو البريد الإلكتروني، فتأخذ حكم الطلاق بالكتابة الذي بحثه الفقهاء المتقدمون وهو يقع عند جمهور الفقهاء ولو مع القدرة على اللفظ بشرط أن تكون الكتابة مستبينة ومرسومة، وأن لا يكون الزوج مدهوشاً أو مكرهاً حال كتابة الرسالة".

وأصدر مجلس الدين الإسلامي في سنغافورة، والمحكمة الشرعية ومكتب توثيق زيجات المسلمين بياناً مشتركاً، رفضوا فيه الاعتراف بالطلاق الذي يتم من خلال رسائل الهاتف المحمول القصيرة للشكوك التي تحيط بها، منها تعذر التعرف على هوية المرسل أو نواياه<sup>1</sup>. وقال هاشم يحيى مفتي منطقة كوالالمبور في ماليزيا، أن إعلان الطلاق بالرسائل القصيرة له نفس التأثير مثل الرسالة الخطية، لكنه أضاف أنه يجب تأكيد الطلاق أمام محكمة شرعية في حضور الزوجين لتأكيد حدوث الطلاق<sup>2</sup>.

وقد يتم إرسال الرسالة بالهاتف المحمول دون أن تصل للزوجة، لوجود ضعف في شبكة الاتصال، فهل يقع الطلاق في مثل هذه الحالة؟. يجيب عن ذلك خالد بن سعود البلهد عضو الجمعية العلمية السعودية للسنة: يقع الطلاق إذا تلفظ به الإنسان أو كتبه في رسالة الجوال أو رسالة الحاسب، مادام أنه قاصداً لإيقاعه مختاراً لذلك، وكان الطلاق بلفظ صريح كقوله أنت طالق أو عليك الطلاق أو طلقتك، ونحو ذلك من الألفاظ المتصرفة من هذه الكلمة.

وفي الجزائر أعرب علماء الدين، عن إستنكارهم من إقدام بعض الأزواج الجزائريين مؤخراً، على تطبيق زوجاتهم من خلال الرسائل القصيرة عبر الهاتف الجوال، وإعتبروها تلاعباً عجيباً وغير مقبول، وقال الشيخ الدكتور محمد شريف قاهر، أستاذ التشريع الإسلامي بالمدرسة العليا للقضاء، ورئيس لجنة الفتوى بالمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر: "أن تفكيك الرباط الشرعي بين الزوجين قضية خطيرة جداً أولها الشرع عناية خاصة، لأنها ترتبط بين الزوج والزوجة بعقد غليظ، ولذلك القضية قد تكون مفتعلة أو مكذوبة للتفريق بين الزوجين وأضاف أن القضية هي قضية تحقيق بالدرجة الأولى، حيث يُطلب من المطلق لماذا بعثه عبر الهاتف الجوال؟ وهل هو الذي أرسله؟، وهل كان في حالة يصح للإنسان فيها أن يتصرف تصرفاً شرعياً؟، لأن هذا يعد عقداً من العقود الشرعية التي ينبغي أن تكون محققة ومثبتة، إما بحضور الشهود أو باعتراف المطلق، وأكد أنها تعد طلاقاً لأن الطلاق يحصل إما بنطق أو كتابة أو نيابة شخص عنه"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسن شموط، فتاوى، (http://www.alfeqh.com/montda/topic/20520)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/27، بتوقيت: 16:45 دقيقة.

<sup>2</sup> أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العملية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق. (لا. ط: القاهرة: دار الحديث، 2010)، ص 236.

<sup>3</sup> عماد محمد كمال، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 2022/05/28، بتوقيت: 13:55 دقيقة.

وبذلك فإذا طلق الزوج زوجته مشافهة عن طريق الهاتف النقال وغيره، فإن الطلاق يقع شرعاً، لأن الطلاق في الإسلام لا يتوقف وقوعه على حضور الزوجة أو رضاها أو حتى علمها لحظة صدوره، فالطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به، ولكن يلزم أن تتأكد الزوجة من أن الذي يخاطبها هو زوجها، وذلك لأن هناك آثار شرعية مهمة على ذلك مثل العدة<sup>1</sup>.

#### ب-الطلاق بوسيلة الانترنت:

يعرف البريد الإلكتروني بأنه وسيلة لإرسال واستقبال الرسائل إلكترونياً، عن طريق شبكة الانترنت<sup>2</sup>، وتشمل إرسال الصور النصية، وكذا الصور والأصوات، ومقاطع الفيديو والرسوم البيانية<sup>3</sup>.

ويحصل كثيراً في الواقع العملي، أن يكون الاتصال بين الزوج الغائب مع زوجته بواسطة البريد الإلكتروني، أو باستخدام الماسنجر للحوار المباشر بالكتابة أو غيرها، فإذا حصلت خلافات بين الزوجين وهما متباعداً عن بعضهما، أو حصلت الخلافات ثم تباعداً، فيسهل على الزوج إرسال رسالة تتضمن عبارة (أنت طالق) أو غيرها، مما تدل على الطلاق وفق المذهب الذي يقلده، وقد اختلف الفقهاء في مصر بشأن الطلاق الواقع في هذه الحالة، فمنهم من اعتبره واقعاً إذا ثبت صدوره من الزوج، فيقول الدكتور صبري عبد الرؤوف، أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر: أن الطلاق يختلف عن توثيق عقود الزواج لأن الطلاق يصدر عن الفرد نفسه، فمن الممكن أن يتم عن طريق الانترنت أو المحمول، ولكنه يحتاج هو الآخر إلى توثيق لتحقيق الزوجة من طلاقها حتى إذا أرادت أن تتزوج من آخر يكون معها دليل طلاقها، فإذا أنكر الزوج عملية الطلاق التي تمت عبر الانترنت، أو المحمول تكون الورقة الموثقة والمشهود عليها والمرسلة هي إثبات عملية الطلاق.

ويرى الدكتور عبد الرحمن بن عبد الله السند، أن إيقاع الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة كالانترنت ورسائل الجوال، مسألة إستجدت في حياة الناس وكثر الحديث عنها فإذا طلق الرجل زوجته مشافهة عن طريق الهاتف أو الحاسب الآلي المرتبط بشبكة الانترنت فإن الطلاق واقع شرعاً، كما أنه لا يتوقف على الإشهاد فالطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به، ويبقى أن تتأكد الزوجة من أن الذي خاطبها هو زوجها، وليس هناك تزوير لأنه يبني على ذلك اعتداد الزوجة، واحتساب بداية العدة، من وقت صدور الطلاق الذي خاطبها به زوجها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> السيد أبوعطية، الزواج والطلاق في زمن العولمة. (ط:1؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2014)، ص 115.

<sup>2</sup> بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت. (www.madinahnet.com/alkotob) تاريخ الاطلاع: 2022/05/29، بتوقيت: 18:40 دقيقة.

<sup>3</sup> بلال مروان الإسماعيل، تعلم واحتراف الانترنت. (ط:1؛ حمص سورية: دارمهارات للعلوم، 2007)، ص 112.

<sup>4</sup> عبد الرحمن بن عبد الله السند، حكم إيقاع الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة. (http://fiqh.islammessege.com)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/30، بتوقيت: 20:23 دقائق.

ولكن أحدث فتوى هي تلك الصادرة عن الشيخ الدكتور عبد الله بن محمد المطلق عضو هيئة كبار العلماء وعضو اللجنة الدائمة للإفتاء. حيث جاء فيها أن إثبات أو نفي الطلاق إذا كان مرسلًا عبر الجوال أو الانترنت يكون في المحكمة الشرعية، وذلك في حالة ما إذا أنكر من يقع منه الطلاق ذلك ... أما إذا اعترف بأنه أرسل رسالة أو نطق بالطلاق عبر هذه الوسائل فإن طلاقه يقع دون الحاجة للإثبات والنطق يكون سواء أكان عبر الهاتف النقال أم الثابت وكذلك عبر الـ Vocal chat وهي طريقة تستخدم للردشة الالكترونية، أو برنامج 3G وهو نظام جديد إستحدث في الجزائر للهاتف النقال في سنة 2014، إذ يمكن الإتصال بالصوت والصورة مباشرة، فهي وسيلة أخطر كونها سهلة وواسعة الإستعمال متاحة لكل الناس مستعني الهاتف النقال. أما الكتابة يمكن أن تكون أيضاً عن طريق الجوال (مثل نظام SMS) أو عبر البريد الالكتروني في الانترنت. وِحْكْمَةُ الإثبات في حالة الإنكار أنه يحتمل أن يأخذ جواله أحد أصدقائه ويرسل رسالة مزح إلى زوجته بالطلاق وهو كثيراً ما يقع<sup>1</sup>.

وبذلك فالطلاق يقع بالوسائل الإلكترونية لأن وسائل الإتصال بشتى أنواعها تعد وسيلة إعلام الطرف الآخر بالطلاق، ويبقى مسألة الإثبات لابد منها أمام المحاكم لتجنب التدليس والتحقق من الزوج الذي قام بالطلاق باللفظ أو الكتابة، أو بالصوت والصورة، نظراً لوجود برامج إختراق الأجهزة، وإستعمال مواقع أو هواتف الغير.

### ثالثا- موقف قانون الأسرة الجزائري من الطلاق باعتبار دلالة الألفاظ:

أما قانون الأسرة الجزائري، فإنه لم يشر إلى الألفاظ التي يقع بها الطلاق، وبذلك فلا بد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، من خلال م222 من هذا القانون: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، اتضح اختلاف الفقهاء في ذلك، وبالتالي فإنه يبقى الاختيار للقاضي، يختار من الآراء الفقهية ما يشاء، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية في الحوادث المشابهة، فمرة يقضي بوقوع الطلاق وأخرى يقضي بعدم وقوعه، وهو في ذلك كله لم يحدد مذهب معين يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، لأنه مرة يأخذ بقول الإمام مالك، وأخرى بقول ابن حزم، وثالثة بقول أبي حنيفة، وهكذا، ولا ضابط يضبطه إلا هواه ونفسه، فقد ينتقم من هذا فيقضي بما قد يضره وقد يحابي ذلك فيقضي بما يحبه، وإذا صار الاختيار من الآراء الفقهية بهذا السبيل، فهو عين المفسدة لأن الضابط الشرعي في اختيار الآراء الفقهية هو قوة الدليل، وتحقيق المقصد الشرعي من الحكم الفقهي، وليس إطلاق الحبل على الغارب، ثم هل يملك القاضي ما يميز به بين الدليل القوي والدليل الضعيف؟؟، وهل

<sup>1</sup> عبد الله بن محمد المطلق، فتاوى (جريدة الرياض السعودية)، (www.Alryadh.com.sa/contents/09)، تاريخ الاطلاع: 2022/06/01، بتوقيت: 14:26 دقيقة. (بتصرف).

يدرك مقاصد الشرع من تشريع الحكم الذي يريد ترجيحه على غيره؟، فإن ملك هذا عدد فإن كثير القضاة قد لا يملكونه ولا يدركونه وبالتالي يتعين التحديد ووضع الضوابط التي يسير عليها القضاة، وإلا كانت الأحكام القضائية مناقضة للمقصد الشرعي تارة، ومخالفة للأصل الثابت تارة أخرى<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية فتلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، وهذا من خلال قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه<sup>2</sup>، وبذلك فكل لفظ يدل على الطلاق في العرف الجزائري أو العادة أو ما جاء به الشرع فهو طلاق.

أما مسألة الطلاق بالكتابة والإشارة، لم يشر إليه قانون الأسرة الجزائري، وبدوره يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، - مع أنه نص على طرق التعبير عن الإرادة في الزواج باللفظ أو الكتابة أو الإشارة من العاجز -، ويوجه إليه نفس النقد الذي وجه إليه في صياغتها لألفاظ الطلاق، فإن صفة الغموض والتعتيم تبقى لازمة لهذا القانون وعليه يُقترح على المشرع الجزائري ما يلي:

1- أن لا يقع الطلاق بالكتابة إلا من الغائب، أو من الحاضر الذي لا يقدر على النطق.

2- أن يقع طلاق الأخرس بالكتابة إن كان يكتب، وإلا يقع بالإشارة المفهومة منه التي تدل على الطلاق<sup>3</sup>.

أما بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، يتبين أنه تحدث عن التعبير عن الإرادة، ويعد الطلاق تعبيراً عن الإرادة حسب م48 من الأمر 02/05، فإن التعبير عن الإرادة في القانون المدني الجزائري يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك<sup>4</sup>، وهذا حسب المادة 1/60 ق م ج (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه).

**الفرع الثاني: الطلاق باعتبار الوصف الشرعي، وموقف قانون الأسرة بشأنه.**

ستتم الدراسة من خلال هذا الفرع ببيان كيفية إيقاع الطلاق من الزوج، من خلال الوصف الشرعي الذي يعطى له، فمنه ما هو شرعي وورد في سنة الرسول صل الله عليه وسلم، وسمي بالطلاق السني، ومنه ما حُوِّلَ فيه ما كان عليه الرسول وأصحابه وسمي بالطلاق البدعي ويكون ذلك من خلال مايلي:

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> قرار رقم 35322، بتاريخ 17/12/1984، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 91.

<sup>3</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 120. (بتصرف).

<sup>4</sup> سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 119.

## أولاً: الطلاق السني.

1- تعريف الطلاق السني: يعرف الطلاق السني وفقاً للتعريف التالي:

أ- السُّنَّةُ لغة: الطريقة والسيرة<sup>1</sup>.

ب- اصطلاحاً: ما صدر عن النبي صل الله عليه وسلم غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير<sup>2</sup>.

أما الطلاق السني أو طلاق السنة، هو الطلاق الذي وافق أمر الله، وأمر رسول الله صل الله عليه وسلم<sup>3</sup>، فهو الطلاق المشروع للجامع للشرائط التي شرعها الله في كتابه وسبب السني لأن السنة النبوية هي التي تبين معاني القرآن الكريم وتؤكد أحكامه وتبين تفاصيله<sup>4</sup>، إذن فهو طلاق على سنة رسول الله.

2- أدلة مشروعية الطلاق السني:

أجمع العلماء أن الطلاق للسنة في المدخول بها، هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيها طلبة واحدة<sup>5</sup>، وإنما أجمعوا على هذا من خلال الأدلة التالية:

أولاً: الدليل من النص القرآني.

1- قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۗ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ۗ [الطلاق 1]. أي طاهرات من غير جماع<sup>6</sup>، مستقبلات العدة، وإنما تستقبل المطلقة العدة إذا طلقها بعدما تطهر من حيض أو نفاس وقبل أن يمسه، وحكمة ذلك أن المرأة إذا طلقت وهي حائض لم تكن في هذا الوقت مستقبلات للعدة، فتطول عليها العدة، لأن بقية الحيض لا يحسب لها وفيه إضرار بها، وإن طلقت في طهر مسمها فيه فإنها لا تعرف هل حملت أم لم تحمِلْ فلا تدري بما تعتد، أتعتد بالإفراء أم بوضع الحمل؟.

2- قال الله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۗ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. (ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004)، ص 456.

<sup>2</sup> محمود حامد عثمان، المرجع السابق، ص 133.

<sup>3</sup> سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2002)، ص 536.

<sup>4</sup> رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق. (ط: 11؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011)، ص 51.

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 (ط: 6؛ بيروت: ل.ن. 1982)، ص 63.

<sup>6</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 174.

بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿229﴾ [البقرة 229] أي أن الطلاق المشروع يكون مرة يعقبها رجعة، ثم مرة ثانية يعقبها رجعة ثانية كذلك، ثم إن طلق بعد ذلك له الخيار بين أن يمسه بمعروف أو يفارق بإحسان<sup>1</sup>.

ثانيا: الدليل من نص السنة النبوية.

حديث ابن عمر قال: طلقت امرأتي على عهد رسول الله صل الله عليه وسلم، وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله صل الله عليه وسلم فقال: "مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضَ أُخْرَى، فَإِذَا طَهَّرْتَ يُطَلِّقُهَا إِنْ شَاءَ قَبْلَ أَنْ يُجَامِعَهَا، أَوْ يُمَسِّكَهَا فَإِنَّهَا الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ"<sup>2</sup>. معنى ذلك يجب أن لا يقدم عليه الرجل وقت حيض المرأة فنفسيتها في هذه المدة غير طبيعية، فهي كالمريضة وقد تخرج منها كلمة أو يحدث منها تصرف، إذ ذاك يؤدي الرجل من غير قصد ولا تقدير للعواقب، فإذا أصر الرجل على أن يفارق امرأته فينتظر حتى ينتهي الحيض ثم ينتهي الطهر بعد الحيض، ولا يقربها في هذا الطهر ثم تحيض ثانية ثم تطهر ولا يمسه في هذا الطهر، ثم يطلق الطلقة الأولى، وتكون الزوجية معلقة حتى تنتهي العدة بحيضات ثلاث جديدات أو بأطهار ثلاثة أو بثلاثة أشهر أو بوضع الحمل، وهكذا يتكرر الأمر بنفس الطريقة السنوية في كل طلقة<sup>3</sup>.

### 3- شروط الطلاق السني:

- أن تكون طلقة واحدة.
- أن تكون أثناء طهر لم يمسه فيها، أي لم يطأها فيه.
- أن لا يقع إرداف طلقة أخرى أثناء العدة.
- أن لا يبعض الطلاق، أي أن يوقعه على كل المرأة لا على بعضها<sup>4</sup>.

### 4- معنى الطلاق السني عند جمهور الفقهاء:

أ- الطلاق السني عند الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن الطلاق السني قسمان: "طلاق أحسن"، وهو الأكثر موافقة للسنة ذلك بأن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة رجعية في طهر لم يواقعها فيه، ولا في الحيض الذي

<sup>1</sup> السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص 225.

<sup>2</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 10 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، ص 61، رقم الحديث (5792).

<sup>3</sup> علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. (ط: 1؛ بيروت: دار الفتح، 1970)، ص 206.

<sup>4</sup> محمد المدني الهاشمي، المرجع السابق، ص 289.

قبله معاشرة زوجية، ولم تسبق بتطليقة، ولم تلحق بأخرى، وهو الأحسن لاستحسان الصحابة له، لإبقاء فرصة التدارك في العدة أو بعدها دون الحاجة إلى محلل، والقسم الثاني "طلاق حسن"، وهو الموافق للسنة، فيما إذا عزم الزوج على أن يبيت طلاق زوجته لقيام الأسباب الموجبة لذلك، وتحقق السنة بأن يطلقها ثلاث تطليقات، بحيث تكون الأولى والثانية رجعيتان، وعلى أن يوقع الثالثة في طهر لم يحدث فيه ولا في الحيض الذي قبله مباشرة<sup>1</sup>.

ب- الطلاق السني عند المالكية: ذهب المالكية إلى أن الطلاق السني أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه، ثم لا يتبعها طلاق آخر حتى تنقضي عدتها.

ج - الطلاق السني عند الشافعية: هو أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه.

د- الطلاق السني عند الحنابلة: هو أن يطلق الرجل زوجته طاهراً من غير جماع واحد ثم يدعها حتى تنقضي عدتها<sup>2</sup>.

### 1- حالات الطلاق السني:

طلاق السنة هو أن تطلق المرأة في حالتين:

أ- أن تطلق وهي حامل، فطلاقها سني غير بدعي؛ فيجوز طلاق الحامل في أي وقت شاء. لأن عدتها وضع حملها فلا تطويل فيها.

ب- أن تكون طاهراً لا حائضاً، لم يجامعها زوجها في هذا الطهر. وطلاق الآيسة والصغيرة ومنقطة الحيض إنما يكون للسنة إذا كان طلاقاً واحداً، ولا يشترط له شرط آخر غير ذلك<sup>3</sup>.

وهناك نقطة لا بد من الإشارة إليها: قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۗ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ۗ [الطلاق 1]، أي أنه لا يجوز للزوج أن يخرج زوجته إذا طلقها من بيته، وهي في عدتها من الطلقة الأولى أو الثانية، ولا تخرج هي بنفسها، ويجوز إخراجها إذا أتت بأمر قبيح واضح، بحيث يدخل على أهل البيت الضرر من عدم

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 42.

<sup>2</sup> أحمد بخيت الغزالي وعبد الحلیم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2009)، ص 278-279.

<sup>3</sup> السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص 228. (بتصرف).

إخراجها، كالأذى بالأقوال والأفعال الفاحشة<sup>1</sup>.

ثانياً: الطلاق البدعي.

1- تعريف الطلاق البدعي: يعرف الطلاق البدعي وفقاً للتعريف التالي:

أ- لغة: البدعةُ يقصد بها الحدث في الدين بعد الإكمال<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحاً: هو ما خالف فيه المطلق الطريقة التي أمر الله تعالى رسوله باتباعها في إيقاع الطلاق<sup>3</sup>.

2- أنواع الطلاق البدعي: الطلاق البدعي أنواع ثلاثة هي كالتالي:

أ- الطلاق البدعي من حيث الصيغة: أي مخالف لسنة رسول الله من حيث صيغته، بأن يطلق زوجته طليقة بئنة في طهر لم يحدث فيه، ولا في الحيض الذي قبله معاشرة، وهذا يقع طلاقاً ويكون المطلق أثماً عند الحنفية، وقال الشافعية لا بدعة في الصفة، فلو طلقها بئناً لم يؤثم<sup>4</sup>.

ب- الطلاق البدعي من حيث الوقت: وهو ما خالف الشرع في توقيت إيقاع الطلاق، بأن يطلق الزوج زوجته التي دخل بها واحدة في طهر اتصل بها فيه، أو واحدة في الحيض أو النفاس<sup>5</sup>، وعلى هذا فطلاق غير المدخول بها لا يكون بدعياً ولو أوقعه في الحيض لأنه لا عدة لها، وكذلك طلاق من لا تحيض أو الحامل، لأن عدتها بالأشهر أو بوضع الحمل لا بالحيض<sup>6</sup>.

ج - الطلاق البدعي من حيث العدد: وهو ما خالف الشرع من حيث عدد الطلقات، وله صورتان:

- أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة؛ بقوله أنت طالق بالثلاث، أو ثلاثاً ونحوها.

- أن يطلقها ثلاثاً متفرقات في مجلس واحد؛ بقوله أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق<sup>7</sup>.

2- حكم الطلاق البدعي:

أولاً: حكم الطلاق البدعي من حيث الوقت.

<sup>1</sup> عبد الله بن محسن الصاعدي، الإرشاد إلى أحكام الطلاق، (<http://www.saaaid.net/book/search>)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/29، بتوقيت: 10:50 دقيقة.

محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (لا.ط؛ القاهرة: دار الحديث، 2008)، ص 31.<sup>2</sup>

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 43.

<sup>5</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 40. (بتصرف).

<sup>6</sup> محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج 2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1993)، ص 7.

<sup>7</sup> عبد الله بن محسن الصاعدي، الإرشاد إلى أحكام الطلاق، (<http://www.saaaid.net/book/search>)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/29، بتوقيت: 15:50 دقيقة.



1- رأي الجمهور: أجمع العلماء أن الطلاق البدعي حرام وأن فاعله آثم، وذهب جمهور العلماء أنه يقع واستدلوا بالأدلة التالية:  
أ- أن الطلاق البدعي مندرج تحت الآيات العامة.

ب- تصريح ابن عمر، لما طلق امرأته وهي حائض، وأمره الرسول صل الله عليه وسلم بمراجعتها، بأنها حسبت تلك الطلقة.

2- وذهب بعض العلماء ومنهم ابن تيمية وابن حزم وابن القيم أن الطلاق البدعي لا يقع ومنعوا إدراجه تحت العموميات، لأنه ليس من الطلاق الذي أذن الله به، بل هو من الطلاق الذي أمر الله بخلافه، فقال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۗ .. ﴾ [الطلاق1].

ثانيا: حكم الطلاق البدعي من حيث العدد: أما الطلاق البدعي من حيث العدد، والذي تطلق فيه الزوجة ثلاثاً في مجلس واحد فقد انقسم الفقهاء فيه إلى قسمين:

1- منهم جعله طلاقاً واحداً<sup>1</sup> واستدلوا بالحديث المروي عن ابن عباس جاء فيه: «كان الطلاق على عهد رسول الله، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحد فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم»<sup>2</sup>.

هذا الحديث ما كانت عليه سنة رسول الله صل الله عليه وسلم حتى مات، وحكم به أبو بكر رضي الله عنه بعده، فلا سبيل إلى النسخ بعد وفاته، وما كان من عمر رضي الله عنه إنما أراد به التأديب من الإمام عمر لرعيته، وقد نصر المذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم الجوزية<sup>3</sup>، وهو قول ابن اسحاق<sup>4</sup>.

2- ومنهم من يراه يقع طلاقاً بائناً؛ فذهب كثير من الصحابة والتابعين أنه يقع ثلاث تطبيقات وبه قال الأئمة الأربعة<sup>5</sup>.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مسألة الطلاق السني والبدعي.

<sup>1</sup> التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4 (ط:2؛ الرويبة الجزائر: دار الوعي، 2010)، ص 384.  
<sup>2</sup> أخرجه: مسلم بن الحجاج أبو الحسين ت 261هـ، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2 (لا.ط: بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، باب طلاق الثلاث، ص 1099، رقم الحديث (1472).  
<sup>3</sup> التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 384.  
<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 167.  
<sup>5</sup> سالم بن عبد الغني الرفاعي، المرجع السابق، ص 544.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يشر إلى الطلاق السني ولا البدعي، وهذا يعني أنه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الإحالة في مثل هذه النقطة المختلف فيها، تؤدي إلى إضطراب الأحكام وتضاربها في القضايا المتشابهة، بل قد تكون في القضية الواحدة، بين محكمة وأخرى أو في المحكمة الواحدة، أو لدى القاضي الواحد الذي يعتمد في قضية على رأي وفي أخرى على رأي، والأصل أن تطويع الناس يكون حسب ما أمر الله سبحانه وتعالى، وليس تطويع الشرع على حسب أهواء الناس وملذاتهم، كما أن الاعتماد على الرأي الفقهي قائم على الحجة وقوة الدليل، ولهذا يُقترح على المقنن الجزائري أن يحسم الأمر في الأمور المختلف فيها بقواعد قانونية مقننة، أو يحيل على مذهب معين ليسهل المهمة على القضاة من جهة، والدارسين لهذا القانون وليضع استقراراً للأحكام القضائية من جهة أخرى، على أن يعتمد في ذلك الأقوى دليلاً والأرجح حجة، من الأقوال الفقهية ومراعاة المقصد الشرعي، من التشريع فيما يبتغيه الناس من مصالح<sup>1</sup>.

أما قضاء وما هو مستقر عليه، فهو أن الطلاق البدعي يقع، لأن أثناء إجراءات التقاضي يكون القاضي فيه غير مجبر بمعرفة عما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق في طهر زوجته، ولم تتم المخالطة الجنسية بينهما<sup>2</sup>، أو رفعها وقت حيض الزوجة، وعدم سؤاله ذلك، ولم يوجد أي اجتهاد قضائي يتحدث عن بدعية الطلاق، وبذلك فقد أجاز القضاء الجزائري الطلاق البدعي.

### الفرع الثالث: الطلاق باعتبار الرجعة وعدمها، وموقف قانون الأسرة بشأنها.

ستتم دراسة هذا الفرع بمعالجة مسألة الرجعة من عدمها، وهو ما اصطلح عليه الفقه بالطلاق الرجعي، والطلاق البائن بشقيه (البينونة الصغرى والكبرى) وذلك من خلال عرض ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، ثم ذكر موقف قانون الأسرة الجزائري فهو محل الدراسة وبيان مدى مساهمته لما أتى به الشارع الحكيم، من خلال ما يلي:

#### أولاً: الطلاق الرجعي.

##### 1- تعريف الطلاق الرجعي.

أ- الرجعي لغة: نسبة إلى الرجعة<sup>3</sup>، وهي اسم مصدر "رجع"، وهو نقيض الذهاب، ويقال: رجعت عن الشيء أي رددته.

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 134.

<sup>2</sup> تشوار الجليلي، محاضرات في قانون الأسرة، (<http://sciencesjuridiques.blogspot.com>)، تاريخ الاطلاع: 2022/05/30، بتوقيت: 19:37 دقيقة.

<sup>3</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 331.

ب- والطلاق الرجعي اصطلاحاً: هو ما يجوز معه الزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد<sup>1</sup>.

2- الأصل في الطلاق: والأصل في الطلاق أن يكون رجعيًا، قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة 229]، لأن في الطلاق الرجعي فرصة للزوج إن أراد استمرار الحياة الزوجية راجع زوجته فأمسكها بمعروف، فقد يطلق الزوج دون تروٍّ فيندم على ما فعل، وقد يراجع الزوجان على ما بدر منهما رعاية لحق الأولاد فيرغبان في استمرار الحياة الزوجية، لكل ذلك فإن الشارع الحكيم جعل الطلاق بعد الدخول إذا كان من الزوج، طليقة واحدة أو طليقتين في مرتين حفاظاً منه على الأسرة حيث يمكن إعادة الاستقرار والطمأنينة إلى أفرادها<sup>2</sup>.

### 3- شروط الرجعة:

هناك عدة شروط يجب توفرها تصح بها الرجعة، وهي:

1 – أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة: فإن لم تكن مدخولاً بها أصلاً وقع الطلاق بائناً لأن كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول يقع بائناً، ولأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيه وإن لم ترض، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعيًا بل بائناً.

2 – أن يكون الزواج الذي وقع فيه الطلاق زواجاً صحيحاً: فإذا كان فاسداً لم تثبت فيه الرجعة، لأن الرجعة يراد بها إدامة الزواج القائم ومنع زواله، والنكاح الفاسد واجب فيه الإزالة بحكم الشرع، فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه الدخول وجبت على المرأة العدة.

3 – أن تكون الرجعة أثناء مدة العدة: فإذا انقضت عدتها فلا يصح إرجاعها، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۗ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة 228].

4 – أن تكون الرجعة منجزة: فلا يصح تعليقها على شرط، أو إضافتها إلى زمن المستقبل، لأن الرجعة

<sup>1</sup> محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2 (لا. ط: القاهرة: دار الفضيحة، د.ت)، ص 128-129.

<sup>2</sup> محمود علي السرتاوي، فقه الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ عمان: دار الفكر، 2008)، ص 172.

استدامة لعقد الزواج أو إعادة له، والزواج لا يقبل التعليق والإضافة فتأخذ الرجعة حكمه<sup>1</sup>.

5- الإشهاد على الرجعة: اختلف الفقهاء على اشتراط الإشهاد على الرجعة على مذهبين:

أ- ذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> إلى عدم اشتراط الإشهاد على الرجعة، بل إن الرجعة تصح عندهم دون إشهاد عليه، لكن يستحب للمراجع أن يشهد على رجعته.

ب- ذهب أحمد في رواية عنه<sup>3</sup>، أن الإشهاد على الرجعة شرط في صحتها، قال الله تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۖ﴾ [الطلاق 2].

6- أن يكون الطلاق بغير عوض: فإن كان خلعاً بعوض فلا رجعة فيه.

#### 4- صيغة الرجعة:

لا خلاف بين الفقهاء أن الرجعة تتم باللفظ الصريح الذي لا يحتمل إلا معنى الرجعة كقول الزوج، راجعت زوجتي إلى عصمتي، فإنها تقع بها الرجعة من غير احتياج إلى نية أما الألفاظ غير الصريحة التي تدل على الرجعة، كقوله: أنت امرأتي أو أنت عندي كما كنت فهي رجعة صحيحة بشرط نية الرجعة من الزوج، وهذا ما يراه الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية، ويرى الظاهرية والحنابلة في رواية أخرى أن الرجعة لا تصح باللفظ غير الصريح لدخول الاحتمال فيه، أما الرجعة بالفعل، فقد اختلف الفقهاء في حصول الرجعة بفعل مادي يقوم به الزوج، فذهب الشافعية والظاهرية إلى أن الرجعة لا تصح بالفعل لأن الوطأ قبل المراجعة حرام والرجعة نعمة والنعمة لا تنال بمحذور. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرجعة تصح بالفعل مع خلاف بينهم على اشتراط النية<sup>4</sup>.

5- آثار الطلاق الرجعي: يترتب على الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء<sup>5</sup>، الآثار التالية:

- 1- بقاء الزوجية كما هي: لأن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزواج في الحال، بل في المآل فيبقى الزوج زوجاً وله حل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء، إلا الشافعي الذي يرى حل الوطئ إلا إذا راجع الزوج زوجته.
- 2- نقص عدد الطلقات: ومن أحكام الطلاق الرجعي نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها بقيت له عليها طلقتان، وإذا طلقها طلاقاً آخر بعد المراجعة الأولى، لم

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003)، ص 396.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 391.

<sup>3</sup> محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج18 (لا. ط؛ جدة: مكتبة الإرشاد، د.ت)، ص 413.

<sup>4</sup> محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية. (لا. ط؛ عمان: دار اليازوري العلمية، 2010)، ص 228-229.

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي. (لا. ط؛ القاهرة: دار الحديث، 2005)، ص 183.

- يبقى له إلا طلقه واحدة، وإن طلقها بعد المراجعة الثانية، فقد استكمل الثلاث التي له، ولم يبق له شيء.
- 3- للزوجة على زوجها حق النفقة، وكذلك التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل انتهاء العدة، ولا يحل مؤجل الصداق إلا بعد انقضائها، وليس للزوج أن يتزوج أحداً من محارم الزوجة كأختها، وكل ما لا يجوز الجمع بينهما وبين هذه المطلقة في عصمة واحدة، طالما لم تنته العدة، لبقاء الزوجية بأحكامها كافة.
- 4- حق الرجعة للزوج: يكون للزوج حق إرجاع زوجته بمحض إرادته، بغير مهر جديد ودون عقد جديد، ومن دون رضاها، شرط أن يكون إرجاعها أثناء عدتها وقبل انقضائها.
- 5- انتهاء الرابطة الزوجية بإنهاء العدة: إذا طلق الرجل طلاقاً رجعيّاً وانقضت العدة من غير مراجعة، بانتهى منه بينونة صغرى، وحينئذ يحل مؤخر الصداق.
- 6- على الزوجة أن تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها تشجيعاً على استئناف الحياة الزوجية<sup>1</sup>، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۚ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق 1].
- ثانياً: الطلاق البائن.

#### 1- تعريف الطلاق البائن.

أ- لغة: بانتهى منه، وعنه - بيناً وبئوناً، وبئوناً: بعد وانفصل. ويقال بانتهى المرأة عن زوجها، ومنه انفصلت بطلاق، فهي بائنة<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحاً: البائن معناه المنفصل، وهو الطلاق الذي تنفصل به الزوجة عن زوجها في الحال<sup>3</sup>.

2- أنواع الطلاق البائن: وينقسم الطلاق البائن إلى نوعين:

النوع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى.

أ- المقصود بالبينونة الصغرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده أن يرجع مطلقته إليه، إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها، ويكون عدد الطلقات طلقة أو طلقتين<sup>4</sup>.

ب- حالات الطلاق البائن بينونة صغرى:

<sup>1</sup> مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق. (ط: 1؛ لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011)، ص 102.

<sup>2</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 79.

<sup>3</sup> مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص 229.

<sup>4</sup> محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 173.

1 - الطلاق قبل الدخول بالزوجة: الزوجة التي طلقت قبل الدخول بها يقع طلاقها بائن بينونة صغرى، ولا عدة عليها، قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [الأحزاب 49]، وبذلك المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون طلاقها رجعيًا بل بائنًا بينونة صغرى، فهذه المطلقة يجوز لمن طلقها أن يتقدم لها خاطباً مرة ثانية ويعقد عليها - برضاها - بعقد ومهر جديدين.

2 - الطلاق بعد الخلوة الصحيحة: إذا طلق الرجل بعد الخلوة الصحيحة، وقبل الدخول الحقيقي، فالرأي عند الجمهور بوقوع الطلاق بائن بينونة صغرى ولا عدة عليها، غير أن الأحناف قالوا بوجود العدة عليها - بسبب الخلوة - للاحتياط.<sup>1</sup>

3 - الطلاق على مال (الخلع): يقع الطلاق بائنًا أيضاً متى اشترط الزوج في الطلاق عوضاً تدفعه إليه المرأة، ولكن يشترط قبولها<sup>2</sup>، ويقول الأحناف أن الطلاق على المال طلاق معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول فتملك هي العوض الآخر وهي نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن فكان الواقع طلاقاً بائنًا<sup>3</sup>.

4 - انقضاء العدة في الطلاق الرجعي: يكون الطلاق بائنًا أيضاً إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي، لأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة لا بعدها، وينبغي على ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته رجعيًا سواء أكانت بواحدة أم باثنتين، فما دامت في العدة فله أن يراجعها من دون عقد ومهر جديدين، ولا يشترط إرادتها ورضاها، فإذا انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها وإرادتها، فإذا أراد ردها إليه فلا بد من عقد ومهر جديدين ولا بد من إرادتها ورضاها.<sup>4</sup>

5 - الطلاق باللفظ الصريح إذا وصف بما يدل على البينونة فإنه يقع بائنًا بينونة صغرى ما لم يكن مكملًا للثلاث عند الحنفية، وذهب الجمهور إلى أنه يقع رجعيًا، أما الطلاق باللفظ الكنائي يقع بائنًا بينونة صغرى عند الحنفية ما لم يكن مكملًا للثلاث، إلا ثلاث ألفاظ فإنه يقع بها الطلاق الرجعي وهي (اعتدي، واستبرئي رَحْمَكِ، وأنت واحدة)، وإنما يقع بألفاظ الكنایات الطلاق بائنًا لأنها تدل في معناها على البينونة، فيقع به الطلاق الرجعي بالشروط التي سبق بيانها.

6 - الفرقة بسبب اللعان: إذا تلاعن الزوجان أمام القاضي، فرق القاضي بينهما عند الحنفية وأحمد في

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما. (لا ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2004)، ص 154-155. (بتصرف).

<sup>2</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 230.

<sup>3</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 109.

<sup>4</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 231.

رواية وتعد الفرقة طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة، وتقع الفرقة بتلاعنها عند المالكية وأحمد في الرواية الثانية، وتحصل الفرقة بمجرد لعان الزوج عند الشافعية، وتعد الفرقة عند الجمهور فسحاً لا طلاقاً.

7 - التفريق للشقاق والنزاع عند المالكية جواز التفريق من قبل القاضي للشقاق والنزاع ويعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

8 - التفريق للعيوب: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الفرقة تقع بينهما، بحكم القاضي للعيوب وتقع طلاقاً بائناً، إلا أن الحنفية يرون أن العيوب التي يفرق القاضي بسببها هي العيوب القائمة بالزوج، أما العيوب القائمة بالزوجة فلا تفريق بسببها من قبل القضاء لأن الزوج يقدر على الطلاق.

9- التفريق للغيبة والحبس والهجر: يرى المالكية أن التفريق للغيبة والحبس والهجر يقع بائناً، لأنه لا يكون إلا بطريق القاضي وكل فرقة يوقعها القاضي تقع بائنة بينونة صغرى عندهم إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فإنه يقع بهما طلاقاً رجعيّاً.

10- التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته، يقع بها طلاقاً بائناً بينونة صغرى عند أبي حنيفة<sup>1</sup>.

#### ج - آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار التالية:

1 - زوال الملك في الحال: بمعنى أنه تنقطع به الرابطة الزوجية، فإن المطلقة تصبح أجنبية عن زوجها، وتنتهي الحقوق الزوجية لكل منهما على الآخر، سوى النفقة للزوجة ما دامت في العدة، إذا كانت حاملاً بلا خلاف، أو كانت حائلاً (أي غير حامل) ففيه خلاف.

2 - لا يملك الزوج المطلق حق مراجعتها في العدة، ولكن له أن يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد وبإرادة جديدة دون أن تتزوج زوجاً آخر.

3 - إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج: الطلاق البائن بينونة صغرى ينقص عدد الطلقات التي يملكها عليها الزوج المطلق، فإذا أعادها بعقد جديد قبل أن تتزوج زوجاً غيره، وكان قد طلقها طليقة واحدة بائنة، فإنه يملك عليها طليقتين بعد العودة إلى عصمته وإذا كان طلقها طليقتين لا يملك عليها إلا طليقة واحدة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 175=177.

<sup>2</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 231.

4 - يحل بالطلاق البائن موعده مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين، الموت أو الطلاق.

5 - فلا توارث بينهما بسبب الزوجية، إلا إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت ويقصد بطلاق زوجته حرمانها من أن ترث منه، فيعامل في هذه الحالة بضد قصده<sup>1</sup> فترث منه عند الجمهور<sup>2</sup>، وقال الشافعي لا ترث<sup>3</sup>.

### النوع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى.

أ- المقصود بالبينونة الكبرى: يقصد بالطلاق البائن بينونة كبرى ما كان مكماً للثلاث، وهو يزيل الملك والحل معاً<sup>4</sup>، فلا يحل للرجل أن يعيد من أباها بينونة كبرى بأن يعقد عليها ويرجعها إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها دون إرادة التحليل، ذلك أن نكاح التحليل حرام باتفاق فقهاء المسلمين<sup>5</sup>، ففي حديث عقبة بن عامر: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ"، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: "هُوَ الْمُحَلَّلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"<sup>6</sup>، ودليل الطلاق البائن بينونة كبرى ما جاء في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ ۖ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَّعْرُوفٍ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [البقرة 230].

### ب- الحالات التي يقع بها الطلاق البائن بينونة كبرى:

1 - الطلاق المكمل للثلاث: يقع الطلاق البائن بينونة كبرى إذا كان مكماً للطلاق الثلاث بأن يكون الزوج قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم أتبعها بالطلقة الثالثة<sup>7</sup>.

2 - طلاق الثلاث بلفظ واحد: كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق أنت طالق، أنت طالق، وقد سبق الذكر على أن الفقهاء اختلفوا فيما يلزم المطلق، حيث ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل بوقوع الطلاق ثلاثاً وإلزام المطلق بما تلفظ به، وبالتالي

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 232.

<sup>2</sup> علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج9 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003)، ص 496.

<sup>3</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، 1973)، ص 254.

<sup>4</sup> لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون. (لا. ط: بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2003)، ص 59.

<sup>5</sup> محمد أبو العلاء، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون. (لا. ط: الحجارة عناية: دار العلوم، 2001)، ص 46.

<sup>6</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 (لا. ط: بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب المحلل والمحلل له، ص 623.

<sup>7</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 233.



لا تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره<sup>1</sup>، وذهب محمد بن إسحاق\*، وحجاج بن أرطاة\* في رواية عنهما<sup>2</sup>، إلى وقوع طلقة واحدة لمن تلفظ بالثلاث وأختره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من الحنابلة<sup>3</sup>.

3 - الطلاق باللفظ الصريح: إذا نوى بها ثلاثاً عند المالكية والشافعية وأحمد في رواية.

4 - الطلاق بلفظ الكنايات: إذا قصد به الثلاث عند الحنفية والشافعية، والطلاق بألفاظ الكنايات الظاهرة عند المالكية إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، وعند الحنابلة على الإطلاق سواء أكانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، والطلاق بألفاظ الكنايات الخفية إذا قصد بها ثلاثاً عند المالكية والحنابلة<sup>4</sup>.

### ج - آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى ما يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى - على ما ذكر سابقاً -، إلا أنه يزيل الملك والحل معاً فتصبح المرأة محرمة عليه تحريماً مؤقتاً، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره بالشروط التالية:

1- أن يكون الزواج الثاني صحيحاً.

2- أن لا يتزوج الثاني بقصد تحليلها للأول.

3- أن يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها وتنتهي عدتها في الحالين<sup>5</sup>.

3- مسألة الهدم: (إزالة الطلقات).

يقصد بالهدم هنا الأثر الذي يترتب على زواج المرأة المطلقة بزواج آخر، ثم تعود إلى زوجها الأول بزواج جديد، هل تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو اثنتين، أم تعود إليه بحل جديد أي ثلاث تطليقات؟.

<sup>1</sup> محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 137.

\* هو محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر، ولد في صفر 223هـ، أقام بمدينة نيسابور إماماً، وله تصانيف تزيد عن مئة وأربعين كتاباً، وله فقه حديث بريرة في ثلاثة أجزاء، توفي سنة 311هـ. (عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الجلو، ج3، لا.ط: مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت، ص 190).

\* هو حجاج بن أرطاة بن ثور النخعي، قاض من أهل الكوفة كان من رواة الحديث وحفاظه، استفتي وهو في ست عشرة سنة، وولي قضاء البصرة وتوفي بخمرسان أو بالري سنة 145هـ. (خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج2، ص 168).

<sup>2</sup> محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 2002)، ص 244.

<sup>3</sup> أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصبي النجدي، ج33 (لا.ط: الرباط المغربي: مكتبة ابن تيمية، د.ت)، ص 12.

<sup>4</sup> محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 177-178.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 178.

اتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعيًا إذا راجعها زوجها، والبائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقداً جديداً قبل أن تتزوج بغيره، تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو إثنين.

واتفق الفقهاء أيضاً على أن الزوج الثاني بعد طلاق الثلاث يهدم طلاق الزوج السابق بمعنى أن هذا الأخير إذا تزوج امرأته بعد تطليقها أو وفاة الزوج الثاني عنها تعود إليه بطلقات ثلاث، أي بحل كامل، وسبب ذلك أن وطأ الزوج الثاني يهدم الطلقات الثلاث الصادرة من الزوج الأول، فيثبت له حل جديد ويزول الحل الأول.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث تطليقات إلى رأيين:

- الرأي الأول: قال به المالكية والشافعية والحنابلة، قالوا إن الزوج الثاني لا يهدم ما صدر من الزوج الأول من طلقة واحدة أو طلقتين، بمعنى أن المطلقة إذا تزوجت بآخر قبل طلقة ثالثة من زوجها الأول، ثم عادت إليه بنكاح جديد، فإنها تعود إليه ببقية الثلاث طلقات.

- الرأي الثاني: قال به أبو حنيفة وأبو يوسف\* في أشهر روايتين عندهما أن الزوج الثاني يهدم الطلقة أو الطلقتين الصادرتين من الزوج الأول، فإذا تزوجها بعد الزوج الثاني فإنها تعود إليه بطلقات ثلاث أي بحل جديد.<sup>1</sup>

### ثالثاً- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الطلاق الرجعي والبائن:

أ - في الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى:

نصت المادة 49 ق أ على ما يلي: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى). ونصت المادة 50 ق أ على أنه: (من راجع زوجته أثناء محاولات الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد).

أولاً: لم تنص المادتان صراحة على نوعي الطلاق؛ الرجعي والبائن.

ثانياً: يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقاً للمادة 49 ق أ، وقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ حسابها من تصريح الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة

---

\* هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، ولد سنة 113هـ، استخلفه أبوه عن القضاء فكان يقضي معه لمدة 30 سنة. روى كتاب الآثار عن أبيه وتوفي في رجب 192هـ ببغداد. (معي الدين أبي الوفاء، الجواهر المضينة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ج3، ط: 2؛ لا. م: دار هجر، 1993، ص 643).

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 163-164.

وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقاً للمادة 50 من قانون الأسرة فقد حصل تعارض بين القانون والشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى من الناحية الشرعية يحتاج المطلق - لإرجاع زوجته - إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 من قانون الأسرة.

ثالثاً: قد يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة على عدة مستويات، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية<sup>1</sup>.

أما مسألة الإشهاد لم يذكر قانون الأسرة الجزائري الإشهاد على الطلاق، إلا أن هناك من يعتبر القاضي وكاتب الضبط شاهدين على الطلاق، ولكن الإشكال يكون لو كان كاتب الضبط والقاضي بالجلسة من النساء؟ وهذا مخالف لنص القرآن الكريم، في قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۚ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۚ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۚ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿ [البقرة 282]، كما أن المشرع منتقد من ناحية شروط الشاهد إذا قيل أن القاضي وكاتب الضبط شاهدين فليس كل من هو كذلك توجد فيه صفة ذوي العدل<sup>2</sup>.

والمادة 50 ق أ أشارت إشارة عابرة إلى إمكان الرجعة، وكأن الفيصل في الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى في نظره هو حكم القاضي بالطلاق، فكل طلاق قبل حكم القاضي رجعي، وكل طلاق بعد حكم القاضي بائن، وهذا التقسيم منطقي بالنسبة لما ورد في م49 ق أ حيث جاء فيها: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى)، فهي تقضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم القاضي، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح، فمن أين أتى بهذه الأحكام؟ أمن الفقه الإسلامي؟ فهذا لم يقل به أحد من سلف الأمة ولا من خلفها، أم أنه استأنس بالقانون الفرنسي الذي يجعل الطلاق أمام القاضي وبیده؟؟، ومهما يكن فإن له تأثيره عليه من قريب أو بعيد في هذه الأحكام التي تخالف الكتاب والسنة والإجماع.

كما أن قانون الأسرة صرح في م50 على أن للزوج أن يراجع أثناء محاولات الصلح سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً، وسواء إنتهت العدة أم لم تنته، فما دامت مدة الصلح باقية - والتي حددها بثلاثة أشهر-

<sup>1</sup> سعيد بويصري، نظرات في مواد الطلاق، (www.bowzerin.net)، تاريخ الاطلاع: 2012/06/04، بتوقيت: 23:48 دقيقة.

<sup>2</sup> عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. (لا. ط: بن عكنون الجزائر: أنسيك لوبيديا للنشر، 2003)، ص 33. (بتصرف).

فللزوج حق المراجعة، حتى التي طلقها قبل الدخول، له مراجعتها هذا ما يفهم من المادة، فشرط الرجعة هو بقاء مدة الصلح، فإذا حكم القاضي بالطلاق فليس للزوج حق المراجعة ولو كان الطلاق رجعياً ولو لم تنته العدة، وقد اتضح إتفاق الفقهاء على أن للزوج أن يراجع مطلقته الرجعية مادامت في عدتها، وليس للزوج أن يراجع مطلقته البائن بينونة صغرى إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها، وبذلك فالقانون خالف الإجماع فهو إما يحرم حقاً على الزوج أثبته له الشرع، في حالة ما إذا حكم القاضي بالطلاق قبل مضي العدة في الطلاق الرجعي، وإما يحلل حراماً في حالة ما إذا طلقت طلاقاً بائناً، وراجع الزوج أثناء مدة الصلح ففي نظر القانون تعتبر رجعة صحيحة، وفي نظر الشرع لا تصح الرجعة إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها<sup>1</sup>.

#### ب - الطلاق البائن بينونة كبرى:

جاء في قانون الأسرة الجزائري م51 (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)، فهو يقرر بأن الطلاق الثلاث تحرم به الزوجة، ولا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء، فهذا الحكم في مجمله موافق للشريعة الإسلامية، في حين أن المادة لم تنص على مسألة الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، والطلاق المتتابع في مجلس واحد، وإن كان يفهم من نص المادة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع (لأنه ليس متتالياً) على اعتبار أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وبالتالي يشترط ثلاثة أحكام لحصول البينونة الكبرى لكن هذا الحكم لا يمكن أن ينسب إليه لأنه فتح المجال في المادة 222 بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية واتضح فيها الخلاف القائم في المسألة بين الفقهاء، كما لم ينص على طلاق العدة<sup>2</sup>.

أما قضاء فذهبت بعض الاجتهادات القضائية أن تلفظ الزوج بالطلاق ثلاثاً في مجلس واحد يعد طلاقاً بائناً، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا ما يلي: (من المقرر شرعاً أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء" والثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاق زوجته ثلاثاً، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من ق أ وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن)<sup>3</sup>.

وهنا يتضح تناقض القانون مع اجتهادات القضاء، لأن قانون الأسرة نص في المادة 49 على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وفي المادة 51 اشترط أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث مرات متتالية لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره، ويطلقها بإرادته أو يموت عنها بعد البناء، فلورُبطَ بين نص المادة 49 ق أ ونص المادة 51 ق أ لُوَجِدَ أن قانون الأسرة اشترط صدور ثلاث أحكام قضائية متتالية كي يصبح الطلاق بائناً بينونة كبرى،

<sup>1</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 141-142-145. (بتصرف).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص143. (بتصرف).

<sup>3</sup> قرار رقم 176551، بتاريخ 17/12/1998، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2000، ص 171.

وبالتالي طلاق الثلاث في مجلس واحد لا يقع إلا واحداً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو نُظِرَ إلى الحكم القضائي السابق لوجد أنه اعتبر الزوج الذي صرح أنه طلق زوجته ثلاث مرات متتالية، طلاقاً بائناً بينونة كبرى، يكون قد أخذ برأي الجمهور في ذلك، لكن ذلك يناقض ما جاء في المادتين 49، 51 من قانون الأسرة.

وكل هذا كان بسبب الغموض الذي يكتنف هاتين المادتين، فلا بد من المشرع أن يضيف فقرة توضح رأيه في الطلاق الثلاث بلفظ واحد، ولا بد عليه أن ينص صراحة على مصطلح الطلاق الرجعي، والطلاق البائن بينونة صغرى وكبرى، وذكر أحكامها بالأسلوب الذي نص عليه الفقه الإسلامي، دون الحاجة للتكلف والإختصار، لأنها أحكام تمس بكيان الأسرة فيها الحلال والحرام، فلا بد من ذكر نصوص قانونية سهلة التناول واضحة البرهان والإقتداء بالتشريعات العربية الناجحة في مجال الأحوال الشخصية التي تخلصت من حملت التعديلات، لتوحيد الاجتهاد القضائي وإزالة غموض الألفاظ الذي يخيم على هذا القانون.

**الفرع الرابع: الطلاق باعتبار الصيغة، وموقف قانون الأسرة بشأنها.**

تبين فيما سبق أن صيغة الطلاق هي ما يقع به الطلاق باعتبارها الإرادة الباطنة لإيقاع الطلاق، وهذه الصيغة أو العبارة التي تصدر من المطلق قد تكون منجزة، وقد تكون مضافة أو معلقة على شرط وسيتم توضيح هذه الأنواع وفق مايلي:

**أولاً: الطلاق المنجز.**

**1- تعريف الطلاق المنجز:**

أ- لغة: نَجَزَ الشَّيْءُ نَجْزاً: تَمَّ وقضى، يقال: نَجَزَ العملُ: أتمَّهُ وقضاهُ<sup>1</sup>.

ب- اصطلاحاً: الطلاق المنجز وهو الطلاق الخالي في صيغته عن التعليق على شرط أو الإضافة إلى مستقبل، بل يقصد به المطلق وقوع الطلاق في الحال، كقوله: أنتِ طالق<sup>2</sup>، ويسمى طلاقاً مرسلأً، وطلاقاً مطلقاً، وهذا هو الأصل في الطلاق<sup>3</sup>.

**2- حكم الطلاق المنجز:**

الأصل في الطلاق أن يكون منجزاً لأنه شرع للحاجة والحاجة تقتضي التنجيز. ولا خلاف بين الفقهاء في وقوع الطلاق بالصيغة المنجزة فوراً بمجرد التلفظ بعبارته، وتترتب عليه جميع آثاره المقررة شرعاً لكن

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 903.

<sup>2</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 300.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت)، ص 227.

بشرط أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه<sup>1</sup>. هذا مع ملاحظة الفوارق بين الطلاق البائن والرجعي<sup>2</sup>.

## ثانياً: الطلاق المضاف.

1- تعريف الطلاق المضاف: يعرف الطلاق المضاف بالتعريف التالي:

أ- لغة: أضاف الشيء إليه: ضَمَّهُ وأَسَنَدَهُ وَنَسَبَهُ، وَأَضَافَ إِلَيْهِ: انضَمَّ أو أُسْنِدَ<sup>3</sup>.

ب- إصطلاحاً: هو ما قرنت بصيغته بزمان مستقبل، يقصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلوله كقول الرجل لزوجته: أنت طالق بعد عشرة أيام<sup>4</sup>. وقد تكون الإضافة إلى زمان ماضي أو مكان معين<sup>5</sup>.

## 2- حكم الطلاق المضاف:

أ - فإذا أضيف الطلاق إلى مكان فإنه يقع فوراً ويعد منجزاً، إذا توافرت سائر شروطه، فلو قال لزوجته: أنت طالق بمكة أو في الدار فإن الطلاق يقع فوراً لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان.

ب - وإن أضيف الطلاق إلى زمن ماضي كقوله لزوجته، أنت طالق أمس ونوى الطلاق وقع عند الجمهور، وإن لم ينو الطلاق فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

1- ذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق فوراً وإن كانت المرأة محلاً له في ذلك الزمان ومحلاً له وقت إنشاء الطلاق.

2- ذهب مالك وأحمد في رواية والشافعي في المنصوص، إلى أن الطلاق يقع إن كانت زوجة حين إنشاء الطلاق، ولا عبرة بكونها زوجة في الوقت الذي أضيف إليه الطلاق أم لا، لأنه وصف الطلاق بصفة مستحيلة، إذ لا يمكن إنشاؤه فيما مضى فتلغى الصفة ويقع الطلاق.

3- وذهب أحمد في رواية ثانية، وابن حزم إلى أن الطلاق المضاف إلى زمن ماضي لا يقع لأنه لغو من القول فلا يترتب عليه شيء.

ج - وإن أضيف إلى زمن مستقبل كقوله لزوجته: أنت طالق غداً أو بعد سنة فقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بهذا اللفظ على أقوال:

<sup>1</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 250.

<sup>2</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 301.

<sup>3</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 547.

<sup>4</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 110.

<sup>5</sup> محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 167.

- 1- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق لا يقع في الحال ويقع في أول جزء من الوقت الذي أضيف إليه الطلاق.
- 2- ذهب الإمام مالك وبعض التابعين إلى أنه يقع في الحال، لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان، ولا يجوز له أن يتزوجها شهراً أو سنة، وفي الطلاق المضاف لزمن إستباحة للزوجة إلى أجل محدود وهذا توقيت النكاح.
- 3- ذهب ابن حزم إلى عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ، إذ هو لغو من القول والطلاق كالنكاح لا يصح تعليقه أو إضافته إلى زمن في المستقبل فكذلك الطلاق<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الطلاق المعلق.

#### 1- تعريف الطلاق المعلق: يعرف الطلاق المعلق كما يلي:

أ- لغة: العَلَقُ: كل ما عُلِقَ. والعِلَاقَةُ: ما يُعَلَقُ به السيف ونحوه، ويقال: تَعَلَّقَ الشوكُ بالتُّوبِ: عَلِقَ<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحاً: الطلاق المعلق هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل، بأداة من أدوات الشرط أي: التعليق، مثل إن وإذا ومتى ولو ونحوها، كأن يقول الرجل لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، أو إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق، أو إن خرجت من المنزل بغير إذني فأنت طالق. ويسمى يميناً مجازاً، لما فيه من معنى السببية، ولأنه يتضمن الحث أو المنع أو تأكيد الخبر، والتعليق إما لفظي وهو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثل: إذ وإن، وإما معنوي وهو الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة، بل تكون موجودة من حيث المعنى كقول الزوج: علي الطلاق لأفعلن كذا، والشرط المعلق عليه إما إختياري كالدخول والخروج والسير، أو غير إختياري كالتعليق بمشيئة الله تعالى، وطلوع الشمس ومجيء الشهر<sup>3</sup>.

#### 2- حكم الطلاق المعلق: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقوع الطلاق المعلق وذلك على مذهبين:

أ- المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق المعلق يقع متى ما وجد المعلق عليه، أي متى تحقق الشرط في المستقبل: ففي قول الرجل لزوجته، إن دخلت بيت فلان فأنت طالق ربط حصول طلاقها بحصول دخول البيت، وهذا لا يقع به الطلاق إلا عند حصول مدلول جملة الشرط، لأن الزوج لم يرد وقوع الطلاق في الحال، بل علق وقوعه على شيء مخصوص، فإن لم يحصل هذا الشيء لا يقع، لأن الطلاق المعلق لا يقع بمجرد التعليق، بل عند حصول المعلق عليه، ولكن ذلك إنما يتم بالشروط التالية:<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 167-168.

<sup>2</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 622.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 178.

<sup>4</sup> أبو بكر الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 278.

- 1- أن يكون الشرط الذي علق الطلاق عليه غير موجود وقت التلفظ بالعبرة، وإلا يكون التعليق صورياً، والطلاق منجزاً، فإذا قال الرجل لزوجته، أنت طالق إن كانت السماء فوقنا، فهذا شرط محقق الوجود، فيلغو الشرط وتكون الصيغة منجزة، فيقع بها الطلاق فور التلفظ بها، لأن التعليق حينئذ صوري.
- 2- أن يكون الشرط الذي علق الطلاق عليه ممكن الوقوع في المستقبل، فإن كان الشرط مستحيل الوقوع، كأن يقول الرجل لزوجته: إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق فالشرط في الصيغة مستحيل، ولا يقع به الطلاق أصلاً.
- 3- أن تكون الزوجة وقت تعليق طلاقها محلاً للطلاق، بأن تكون زوجته حقيقة أو حكماً فإن قال لأجنبية إن سافر عمي إلى بغداد فأنت طالق، ثم تزوجها ثم سافر عمه لا يقع الطلاق، لأنه حينما علق طلاقها على شرط لم تكن محلاً للطلاق.
- 4- إن حصل المعلق عليه والزوجة محلاً لوقوع الطلاق عليهما، بأن تكون الزوجية قائمة بينهما، أو تكون معتدة من طلاق رجعي، أو بائن بينونة صغرى، فإن صادف حصول الشرط وهي غير زوجة لا حقيقة ولا حكماً لم يقع عليها الطلاق.
- 5- أن يكون التعليق متصل بالكلام، بمعنى أن لا يكون هناك انفصال بين جملة الشرط وجملة جواب الشرط، كأن يقول: (إن دخلت الدار فأنت طالق)، أما إذا قال (أنت طالق) وسكت ثم قال لها (إن دخلت الدار)، هنا لم يتصل التعليق بالكلام، لذا يلغي الشرط، ويقع الطلاق منجزاً<sup>1</sup>.

ب- المذهب الثاني: ذهب الظاهرية إلى أن الطلاق المعلق لا يقع أصلاً<sup>2</sup>.

### 3- مسألة الحلف بالطلاق:

أ- تعريف الحلف بالطلاق: ويقصد به الحث على فعل شيء أو تركه دون أن يكون للزوج رغبة في الطلاق، كأن يقول: بالطلاق لأفعلن كذا، أو يقول: يلزمني الطلاق إن لم أفعل كذا، أو غير ذلك من التعابير المتداولة بين الناس<sup>3</sup>.

ب- حكم الحلف بالطلاق: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يقع الطلاق إذا حنث في يمينه وذهب علي بن أبي طالب، والظاهرية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية، إلى أن الطلاق بصيغة الحلف (أو الحلف بالطلاق) لا يقع لأن اليمين بغير الله تعالى لا تجوز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 253-254.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 254.

<sup>3</sup> مصطفى إبراهيم الزلي، مدى سلطان الإزادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض، ج 1 (ط: 1؛ بغداد: مطبعة العاني، 1984)، ص 291.

<sup>4</sup> محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 255.



#### رابعاً- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الصيغة في الطلاق:

أما قانون الأسرة الجزائري فإنه لم ينص على الطلاق المعلق ولا المضاف إلى زمن ولا إلى الطلاق باليمين، وبالتالي لكي يُعرف ما تبناه في هذه القضية لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد تباينت الآراء الفقهية المختلفة، إلى ثلاثة أقوال:

- قول بالوقوع مطلقاً.

- قول بعدم الوقوع مطلقاً.

- وقول بالتفصيل على النحو التالي:

1- وقوع الطلاق المعلق على شرط.

2- عدم وقوع طلاق اليمين.

3- عدم وقوع الطلاق المعلق إذا قُصِدَ به اليمين.

فأما الطلاق المعلق على شرط ما، فإن القول بوقوعه هو رأي جمهور الفقهاء وقال عنه ابن تيمية، أنه لم ينقل فيه خلاف قديماً وهذا ما يُقترح على المشرع الجزائري.

وأما الطلاق المضاف إلى زمن المستقبل أو الماضي فقد ذهب جمع من الفقهاء إلى عدم وقوعه إذا حنث، ومنهم ابن حزم.

## المطلب الرابع: الطلاق التعسفي؛

الطلاق التعسفي لا يعد نوعاً من أنواع الطلاق، لأن أنواع الطلاق محصورة فقهاً وقنناً قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي هو الوصف والحالة التي وقع بها الطلاق، إذ يمكن تصنيفه تحت باب سوء إستغلال الحق، فمتى يكون الزوج أساء إستخدام حقه في الطلاق؟ وهو ما سنوضحه أدناه.

### الفرع الأول: تعريف التعسف ومحلّه في الطلاق

1- التعسف لغة: يقال عَسَفَ فلاناً: أخذه بالقوّة والعنف وظلمه، وَعَسَفَ السلطان: أي ظلم، وتَعَسَّفَ فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عَسُوف: إذا كان ظلوماً<sup>1</sup>.

2- اصطلاحاً: لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف؛ باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما لم يعرفوه لحدائته بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة<sup>2</sup> إلا أن العلماء المعاصرين عرفوا التعسف بقولهم: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"<sup>3</sup>.

3- قانوناً: لم يعرف المشرع الجزائري التعسف حصرياً، إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور<sup>4</sup> في م 41 من القانون المدني (يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

4- تعريف الطلاق التعسفي: فقهاء القانون على وجه العموم سموا طلاق التعسف بهذه التسمية، لأن الزوج يوقعه لغير سبب معقول مما رتب عليه القانون تعويضاً مالياً<sup>5</sup>، فالزوج عند إستعماله لحق إيقاع الطلاق، ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي وإثباته قانوناً وأن لجوئه إلى الطلاق دون أن يقدم عندياً شرعياً عد متعسفاً في إستعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عند قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994)، ص 1082.

<sup>2</sup> رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دارقنديل، 2010)، ص 35.

<sup>3</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977)، ص 87.

<sup>4</sup> باديس ديايي، المرجع السابق، ص 94.

<sup>5</sup> عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 59.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص 95.

## الفرع الثاني: معايير التعسف في الطلاق وحكمه.

أولاً: معايير التعسف في الطلاق بإرادة الزوج: بالنسبة لمعايير التعسف في الطلاق، يتم توضيحها ببيان ما جاء به الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري فيما يلي:

### 1- في الفقه الإسلامي: معايير التعسف في الطلاق منها ما هو ذاتي وآخر موضوعي:

#### أ- المعايير الذاتية والشخصية:

1- معيار قصد الإضرار: وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصداً الإضرار بها كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية، أو يطلقها في مرض موته قاصداً حرمانها من الميراث، أو يطلقها دون أن توجد منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، كل ذلك يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة والضرر ممنوع في حق الزوجة<sup>1</sup>، قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ"<sup>2</sup>.

2- معيار المصلحة المشروعة: إن الله عز وجل شرع الطلاق، وجعله بيد الرجل ليكون حلاً نهائياً لحياة زوجية أصبحت مستحيلة، ويجعل من بقائها مفسدة كبرى وضرراً عظيماً، لذا شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين، ولم يشرع إلا لهذا القصد، وفي إيقاع الطلاق لغير هذا القصد يكون مناقضاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق، كما أن في إيقاعه دون سبب يعد سعيًا في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض.

#### ب- المعايير الموضوعية أو المادية:

1 – معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق، إلا أنه بالموازنة بين المصلحة المرجوة والمفسد التي تلحق الزوجة والأبناء والمجتمع، يتضح أن المفسد والأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، وبذلك يكون الزوج متعسفًا في استعمال حقه.

2 – معيار الضرر الفاحش: إن إيقاع الزوج طلاق زوجته قد يضرها ضرراً فاحشاً خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معاً، واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وقد تقدم بها العمر وحدث الطلاق، وهي في هذه الحالة التي تكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها، ومن يخفف عنها مشاق الحياة، فإن الزوج

<sup>1</sup> جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 201.

<sup>2</sup> أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2 (لا.ط: بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت)، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ص 784، رقم الحديث (2340).

بذلك يكون قد أضربها ضرراً فاحشاً<sup>1</sup>.

2- في قانون الأسرة الجزائري: ما جاء في قانون الأسرة من خلال المادة 52، التي تناولت مسألة الطلاق التعسفي بنصها: (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) وبذلك فالمشعر الجزائري لم يوضح المعايير التي يمكن من خلالها معرفة أن الطلاق الذي يقوم به الزوج فيه تعسف وضرر يصيب الزوجة، إلا أنه أشار إلى أن القاضي له السلطة التقديرية الواسعة لتحديد الطلاق التعسفي من عدمه، ويتجسد ذلك من خلال الاجتهادات القضائية، والاستناد للفقهاء الإسلاميين بموجب م 222 ق أ، ومن الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا<sup>2</sup>: (إن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي، يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم).

كما أن المشعر أحسن صنعاً حينما أقر التعويض ولم يحدد قيمته، باعتبار أن قيمة التعويض تختلف من زمن إلى زمن، كما تحدد حسب درجة التعسف وحال الزوجة لدفع الفقر والحرمان عنها، وكذا حسب الحالة المالية للزوج، وبذلك كله يتضح أن المشعر الجزائري لم ينص على معايير تحديد التعسف في الطلاق، وحتى اللجنة التي قامت بوضع مشروع التعديل لم توضح ذلك في شرحها للمواد، ومع ذلك يمكن عده في الآتي:

1- أن يقع بلا سبب يؤدي بالمطلقة إلى الضرر كالفاقة والاحتياج، ويستثنى في ذلك الطلاق بالتراضي.

2- أن يكون بلا سبب معقول أو دون مبرر شرعي أو قانوني مقبول<sup>3</sup>.

ثانياً: حكم الطلاق التعسفي بإرادة الزوج: أجمع الفقهاء على وقوع الطلاق من الزوج، إن كان قاصداً للطلاق لفظاً وحكماً لأي سبب كان، والذي يأخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة، أو من دون سبب فطلاقه واقع، وهو آثم شرعاً<sup>4</sup>، ولا يمكن تغيير هذا الحكم، ولا يؤثر فيه حكم حاكم ولا قضاء قاضي، لأنه تصرف قولي صادر من أهله في محله فيترتب عليه حكمه الشرعي كالنذر واليمين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 202-203.

<sup>2</sup> قرار رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2006، ص 483.

<sup>3</sup> سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 120-121.

<sup>4</sup> زياد صبيحي علي ذياب، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي. (لا. ط: لا. م: دار الينابيع، 1992)، ص 109.

<sup>5</sup> جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 204.

## الفرع الثالث: التعويض في الطلاق التعسفي بإرادة الزوج

من خلال هذا الفرع تتضح مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، الذي يقدمه الزوج للزوجة نتيجة للضرر اللاحق بها، وهو الأثر المترتب عن التعسف في استعمال الحق الذي قام به الزوج، وتتم معالجة ذلك ببيان معنى التعويض ورأي الفقه والقانون فيه، وذلك في الفروع التالية:

أولاً: تعريف التعويض في الطلاق التعسفي بإرادة الزوج.

1- التعويض لغة: مأخوذ من العَوَّض؛ أي البديل، والعَوَّض اسم مفرد والجمع أَعْوَاضٌ والمصدر هو: العَوَّض<sup>1</sup>.

2- اصطلاحاً: لم يكن مصطلح التعويض شائعاً، ولم يكن مستخدماً من قبل الفقهاء، بل كانوا يستخدمون مصطلح الضمان<sup>2</sup>، إلا أن التعويض عرفه بعض العلماء المعاصرين ومن هذه التعريفات "هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً بغيره في نفس، أو مال أو شرف، والتقدير في تعويض الشرف، من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر"<sup>3</sup>.

3- تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي: هو البديل بسبب الضرر الواقع على المرأة بالطلاق، ويقصد بالضرر أي حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة وفقدانها العائل ومعاناتها من الوحدة، وألم الفراق، وما شابه ذلك<sup>4</sup>.

4- قانوناً: المشرع الجزائري لم يعرف التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، وإنما وضَّح أن القاضي إذا تبَيَّن له وجود تعسف من جانب الزوج، يحكم بالتعويض للزوجة للضرر، وإن لم يوجد فلا تعويض، والسلطة التقديرية للقاضي واسعة في ذلك سواء أكان ذلك في تحديد معيار التعسف أم في قيمة التعويض المقدم من الزوج للزوجة من خلال م52 من ق أ، أما بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، فإنها تتحدث عن التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية في المادة 124 ق م (كل عمل أي كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض).

إلا أنه لا بد من الإشارة على أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة إستعماله لحقه لا يخضع للقواعد

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 928.

<sup>2</sup> رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 96.

<sup>3</sup> محمد مدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي. (لا. ط: الرياض: دار كنوز اشبيليا، 1999)، ص 35.

<sup>4</sup> رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 99.

العامّة المنوه عليها في المادة 124 من القانون المدني<sup>1</sup>، وستوضح أدناه.

## ثانيا- طبيعة الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق:

تم التأكيد فيما سبق على أن فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج تعد أوضح صورة وأكثرها انتشاراً واقعياً، وهناك إجماع على أن الطلاق ينبع من إرادة الزوج المنفردة، فهو حق أصيل له يستعمله دونما إعتدال إرادة الزوجة في إحداث الأثر، فإرادته وحدها محل اعتبار دون سواها، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح: هل حق الزوج في إيقاع الطلاق شبيه بالحق القانوني المستمد من القانون من حيث الآثار والنتائج أم مختلف عنه جذرياً؟.

إن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق، لا ينطلق من المادتين 41 و124 من القانون المدني، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعاً<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها<sup>3</sup> الذي جاء فيه: (إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق)، وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في قرار آخر (لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما أمر ناتج عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق، وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناجمة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية، وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41، 124 من القانون المدني، وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين، فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليماً، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك)<sup>4</sup>، وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة وهو يختلف عن ذلك المنصوص عنه في القانون المدني.

## ثالثاً: رأي الفقه والقانون في التعويض عن الطلاق التعسفي.

### 1- رأي الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي.

<sup>1</sup> باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. (لا. ط: عين مليلة: دار الهدى، 2007)، ص 22.

<sup>2</sup> باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 22.

<sup>3</sup> قرار رقم 235367، بتاريخ 2000/02/22، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2001، ص 275.

<sup>4</sup> نقلاً عن: باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 23.

## أ - القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي:

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى الأخذ بمذهب التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>1</sup>، وقد استدلو على ذلك العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان، بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، وكذلك قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجيها بعض الفقهاء وإستحبا البعض الآخر كما أن الطلاق وإن كان حقاً للرجل، إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعو الحاجة إليه، وبأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار بهم، فإذا أساء الزوج هذا الحق وجب التعويض لمن تضرر بذلك<sup>2</sup>.

## ب - القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي:

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>3</sup>، وقد استدلو إلى أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق، كما أن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع، ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات وقد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرض على القضاء، يكون ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي، بالإضافة إلى أن القول بإلزام الزوج بالتعويض، يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته وهو كاره لها، وهذا ما يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج ويبعده عن مقصده، ويجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين، كما لا يوجد دليل في القرآن ولا في السنة يقر التعويض<sup>4</sup>.

## 2- رأي القانون في التعويض عن الطلاق التعسفي.

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا تبين للقاضي من خلال القضية أن الزوج حقيقة تعسف في استعمال الحق المشروع له بموجب المادة 52 ق أ (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

<sup>1</sup> من هؤلاء الفقهاء: أحمد الغندور، أحمد السبكي، إسماعيل الخطيب، عبد الرحمن الصابوني، مصطفى السباعي، محمد الزحيلي. (أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون. (ط: 1؛ مصر: دار المعارف، 1976)، ص 69).

<sup>2</sup> جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 209-210.

<sup>3</sup> من هؤلاء الفقهاء: أحمد الخمليشي، زكي الدين شعبان، سيد سابق، محمد أبو زهرة، محمود السرطاوي. (أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1 (ط: 1؛ لا. م: مكتبة المعارف، 1984)، ص 388).

<sup>4</sup> جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 214-215.

فقد أعطت المادة للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي، إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها، فهنا لابد من حفظ حقوق المرأة، بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>1</sup>، كما يتضح من خلال المادة أن التعويض يكون لكل مطلقة رجعية كانت أم بائنة، أم مطلقة ثلاثاً وسواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده، إلا أن المادة لم تنص في أي الحالات يكون الزوج متعسفاً<sup>2</sup>، وفي أي الحالات تستحق التعويض، هل بعدما يصبح الطلاق نهائياً، ولا يمكن الرجوع فيه؟ أو أي طلاق بائناً بينونة صغرى أم كبرى مع انتهاء العدة؟ لأنه من غير المعقول أن يراجع الزوج زوجته ومع ذلك يبقى ملزماً بمنح التعويضات لها<sup>3</sup>.

كما أن اجتهادات المحكمة العليا قررت حق الزوجة للمطالبة بالتعويض جراء التعسف الذي يمارسه الزوج تجاهها، وجاء في قرارها<sup>4</sup> (يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على التعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير بها)، وجاء في قرار آخر<sup>5</sup> (عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سبباً من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة) كما أصدرت المحكمة العليا قراراً جاء فيه<sup>6</sup> (لا يعد التعويض المحكوم به لصالح الزوجة، بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة، والتعويض المحكوم به لصالحها عن الطلاق، تعويضين عن واقعة واحدة).

وبذلك فالقانون أعطى للقاضي السلطة التقديرية المطلقة لتحديد التعسف ومقدار التعويض، وتبدو مهمته في ذلك صعبة، ومع ذلك ستسهل إذا استعان بما يلي:

- 1- أن يحكم ضميره المهني، بمعنى أن لا يتعامل معها إدارياً وحسب، إنما يتعايش معها لأهميتها وخطورتها.
- 2- أن يستعين بوكيل الجمهورية الذي أصبح طرفاً أصلياً في منازعات الأسرة، كما اقتضت على ذلك المادة 3 مكرر من الأمر 02/05.
- 3- أن يستثمر جلسات الصلح التي أصبحت تعقد لمرات عديدة كما جاء في المادة 49 من الأمر 02/05، بحيث يستطيع أن يقدر تعسف الزوج أو عدمه.
- 4- يمكن أيضاً أن يستعين بتقدير الحكيم وهو ما نصت عليه المادة 56 (إذا أشدت الخصام بين الزوجين

<sup>1</sup> ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دارالخلدونية، 2008)، ص 187.

<sup>2</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 221.

<sup>3</sup> عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 62-63.

<sup>4</sup> قرار رقم 372290، بتاريخ 15/11/2006، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2007، ص 487.

<sup>5</sup> قرار رقم 373707، بتاريخ 15/11/2006، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2007، ص 499.

<sup>6</sup> قرار رقم 356896، بتاريخ 12/07/2006، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2006، ص 433.



ولم يثبت الضرر وجب تحديد حكمين للتوفيق بينها...).

كما في مسألة التعويض، يمكن للقاضي أن يستعين في تقديره بأحكام المادة 79 ق أ (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم)، ورغم خصوصية النص في النفقة فالمعيار عام في التقدير.<sup>1</sup>

وبذلك يتعين على القاضي وهو يبحث عن التعسف في الطلاق، أن لا يجعل من هذا التعسف الذي ورد بالنص قيده على الطلاق الذي شرعه الله إذا قامت مبرراته، كما أنه لا يجوز أن يكون الغلو في تقدير التعويض سيفاً على رقاب الرجال الذين ذقت حياتهم بزواج لا يُقَدِّرُونَ الحياة الزوجية، ولا الحقوق ولا الواجبات التي تفرضها.<sup>2</sup>

**المبحث الثاني: الطلاق برضا الزوجين:** وهو طلاق يكون بناء على طلب من أحد الزوجين وموافقة الآخر أو بناء على طلب مشترك بينهما عن قناعة كاملة أن استمرارية الحياة الزوجية أصبح ضرباً من المحال وقد أجازته قانون الأسرة في م 48 كما قد عرفه المشرع في م 427 ق إ م (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة).

إذا حصل طلاق بالتراضي ثم رغب الزوج مراجعة زوجته بعد صدور حكم بذلك يحتاج الزوج إلى عقد جديد ومهر جديد.

### المبحث الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة

فيحق للزوجة فك الرابطة الزوجية إما عن طريق التطليق وإما بالخلع وتفصيل ذلك كما يلي:

#### المطلب الأول: حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق

##### الفرع الأول: تعريف التطليق

1- التطليق لغة؛ أصل كلمة "تَطْلِيْق" يعود إلى طَلَّقَ تطليقاً، أي طَلَّقَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، وتطليقاً منه، بمعنى خَلَّأَهَا من قيد الزواج، وتطليقُ الرجل من قومه يعني تركُهُمْ ومُفَارَقَتُهُمْ.<sup>3</sup>

##### 2- التطليق اصطلاحاً

التطليق هو منح الزوجة حق طلب الفرقة من زوجها بناءً على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون<sup>4</sup>، عن طريق القضاء، أو يمكن القول أيضاً أنه فك الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 121 - 122.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2009)، ص 111.

<sup>3</sup> المنجد الأبجدي. (ط: 8؛ بيروت: دار المشرق، د. ت)، ص 665.

<sup>4</sup> منصور نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2012)، ص 11.

<sup>5</sup> لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006)، ص 96.

## الفرع الثاني: أسباب التطلاق؛

ويعتبر التطلاق حق من حقوق الزوجة لفك الرابطة الزوجية لوجود ضرر واقع عليها معتبر شرعاً، مع تقديم الزوج تعويضاً مادياً لها جراء هذا الضرر بعد صدور حكم بالتطلاق، وقد حدد المشرع بعض أسباب التطلاق في م 53 من ق أ والتي نصّت على أنّه: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزّواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج.(وهي العيوب الجنسية للرجل)

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر(أي أن الزوج لا يقرب زوجته لمدة تتجاوز 4 أشهر).

4- الحكم على الزّوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزّوجية(كارتكاب الزوج جريمة مخدرات أو قتل أو جريمة إرهابية أو حكم على الزوج بالسجن لفترة طويلة تحول دون استمرار العشرة الزوجية)

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه(ويقصد بها مخالفة شروط تعدد الزوجات كعدم إخبارا الزوجة السابقة واللاحقة فيحق لهما رفع دعوى قضائية بالتطلاق)

7- ارتكاب فاحشة مبيّنة، (كارتكابه لجريمة الزنا)

8- الشّقاق المستمر بين الزّوجين،(ويقصد به كثرة الخلافات بين الزوجين واستمرارها بشكل لم تحقق به السكنينة والمودة وعجز كلا الزوجين إيجاد مخرج لذلك)

9- مخالفة الشّروط المتّفق عليها في عقد الزّواج، (ويقصد بها مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزوج التي نصت عليها م19 كشرط عمل المرأة)

10- كل ضرر معتبر شرعاً." (أي أن المشرع جعل السبب الأخير للتطلاق مفتوح فكل فعل قام به الزوج يسبب ضرراً للزوجة يمكن من خلاله المطالبة بالتطلاق).

ونفصل بإيجاز بعض أحكام هذه الأسباب كما يلي:

**سبب التطلاق الأول: التطلاق لعدم الإنفاق:**

يحق للزوجة المطالبة بالتطلاق بسبب عدم إنفاق زوجها عليها، لكن لا يتقرر للزوجة هذا الحق إلا بتوفر مجموعة من الشروط نوضحها أدناه.

**أولاً: شروط قبول دعوى التطلاق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة:**

جاء في المادة 53 الفقرة الأولى من قانون الأسرة (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون) حيث

أعطت هذه الفقرة للزوجة حقها في طلب التطلاق لعدم إنفاق زوجها عليها، لكن هذا الحق لا يثبت قانوناً ولا تقبل به الدعوى قضاءً إلا بتوفر شروط حددت في نص المادة نوجزها كالتالي<sup>1</sup>:

1- ثبوت عدم إنفاق الزوج على زوجته عمداً وقصد الإضرار، وامتناعه عن تقديم ما تحتاجه من طعام وكسوة وعلاج ومسكن؛ وهذا الذي يكون دافعاً للزوجة للتوجه للعدالة للمطالبة بالتطلاق.

2- ثم صدور حكم من المحكمة بوجوب النفقة بعد امتناع الزوج عن أدائها لإثبات هذا الامتناع وإلزامه بمبلغ النفقة، حيث يكون الحكم صادراً عن هيئة قضائية وطنية على مستوى الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية.

3- أن يكون هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه؛ ولم يعد يقبل أي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو وجود حكم قضائي صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع بإضفاء الصيغة التنفيذية عليه أو وجود أي قرار قضائي آخر صادر عن جهة القضاء المستعجل أو تضمن صيغة النفاذ المعجل<sup>2</sup>.

4- أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه، وطلب منه تنفيذه وفقاً للقانون، وثبت امتناعه بموجب محضر رسمي يحرر المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ<sup>3</sup>.

5- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره؛ لأن الزوج قد يكون موسراً كما قد يكون معسراً فإن كان معسراً لأي سبب فهنا ينتفي ظلم الزوج لزوجته لعدم الانفاق ولا يعد ظالماً لها لأن العسر لم يكن متوقفاً من الزوج ولم يكن قاصداً عدم الانفاق - مما يتطلب التكلم عن صندوق النفقة في هذه المسألة بالذات التي لم يذكرها قانون صندوق النفقة وستوضح أدناه - وأما إن كان موسراً وامتنع عن الإنفاق فهنا يكون للزوجة الحق في المطالبة بالنفقة وتطلب التطلاق لعدم الإنفاق.

6- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج؛ لأن علمها بالإعسار هو الرضا بالعسر في النفقة، ورضاها بذلك يسقط حقها في المطالبة بالتطلاق لعسر زوجها بالنفقة استناداً للفقرة الأولى من مادة 53 ق. أ، وهذا الموقف أخذه المشرع الجزائري من مذهب الإمام ابن القيم حيث قال: أن الزوجة إذا تزوجت به عالمة بإعساره أو كان حال الزوج موسراً ثم أعسر فلا فسخ لها.

ويرى جانب من شراح القانون<sup>4</sup> أن هذا الحكم لا يؤخذ على إطلاقه، فإذا تبين للزوجة تقاعس الزوج عن طلب الكسب دون مبرر جاز لها أن تطلب التطلاق، كما أن المعطيات الاجتماعية والاقتصادية صارت تفرض نفسها على العائلة الجزائرية بسبب أزمة البطالة في سوق الشغل، فقد تقبل الزوجة بالزواج من رجل لمكانته

<sup>1</sup> سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، أفريل 2000، ص 203. (بتصرف).

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2014)، ص 38-39.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص 367.

<sup>4</sup> بن شويخ الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، العدد 9، المجلد 5، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ص 236.

العلمية دون النظر إلى الاعتبارات العملية، كأن يكون خريج جامعة يحمل شهادة عليا ولكنه بصدد وظيفة، وبعد الزواج طالت المدة ولم يجد وظيفة فهو بهذه الصورة في حكم المعسر، وبالتالي إذا تمسكنا بالنص فلن نستطيع الزوجة المطالبة بالتطليق لأنها تزوجته وهو معسر، بالتالي فإن القاضي سوف لن يجيبها إلى طلبها. غير أنه وكما يبدو فإن الزوجة هنا قد نظرت للاعتبار العملي أولاً، أما مسألة الوظيفة فكانت تظن أنها مسألة مؤقتة سيجد خلالها الزوج وظيفة، لكن طال إنتظارها ولم يتحقق لها المراد، بل وقد يستغل الزوج هذا الموقف ويتقاعس عن البحث عن وظيفة وبالتالي فإن الزوجة سوف تتضرر كثيراً من الناحية المادية<sup>1</sup>.

والذي نقوله في هذا الصدد ونراه أن الحكم الذي أتى به الفقه واضح وهو عدم جواز الزوجة المطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق لعسر الزوج وهي عاملة بإعساره، أما فكرة عدم الأخذ بهذا الحكم على إطلاقه وبالتالي جواز الزوجة المطالبة بالتطليق لتقاعس الزوج عن العمل، هو حكم لا يؤخذ على إطلاقه أيضاً، فنرى أنه يمكن العمل به إلا في حالة أن الزوجة قد إشتربت في عقد الزواج إلزامية الزوج بالعمل والسعي على حصوله وفقاً للمادة 19 ق.أ، وبالتالي يكون كدليل إثبات لها على نيتها إلى ما بعد العقد، لأن رضا الزوجة في إعسار زوجها قد يكون رضاً كاملاً به سواء أقبل العقد أم بعده.

7- وأيضاً لا بد من إعطاء الإعتبار للمواد 78 و79 و80 ق.أ ويعد هذا الشرط تكميلياً للشروط السابقة، حيث أن المادة 78 تحدد مشمولات النفقة من طعام وكسوة علاج وسكن، وأن المادة 79 ق.أ أن قيمة النفقة لا بد أن يراعي فيها القاضي الظروف المعيشية للزوج، وأنه بعد صدور الحكم بالنفقة لا يمكن المطالبة بتعديل قيمة النفقة المحكوم بها إلا بعد مرور سنة من صدور الحكم، والمادة 80 نصت على أن الزوجة المحكوم لها بالنفقة لا تأخذ إلا قيمة نفقة سنة واحدة قبل رفع الدعوى، حتى ولو كان امتناع الزوج عن سداد النفقة لسنوات طوال قبل رفع الدعوى.

فإذا توفرت هذه الشروط في الزوجة يحق لها أن تطلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها، لأن النفقة واجبة على الزوج بمجرد الدخول بزوجه نظير حق الاحتباس وإسقاطه لها يعطي للزوجة الحق في الفرقة لضرر الإنفاق، وما دون ذلك لا يحق لها المطالبة بهذا الحق.

سبب التطليق الثاني: التطليق للعيوب؛

أولاً: تعريف التطليق للعيوب؛

1- لغةً: العَابُ والعَيْبُ والعَيْبَةُ: الوَصْمَةُ. وَعَيْبَةُ الرَّجُلِ: مَوْضِعُ سِرِّهِ<sup>2</sup>.

2- اصطلاحاً: العيب هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين أو هما معاً فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج<sup>3</sup>.

ثانياً: أنواع العيوب للتطليق:

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 236.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج36، ص 3183-3184.

<sup>3</sup> سعد فوضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1. (د.ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986)، ص 275.

01- بعض العيوب التي تخص الرجل قد تكون سبباً لمطالبة بالتطليق: وهي العيوب الجنسية التي تحول

دون تحقيق الإستمتاع، والتي يمكن أن تستند عليها الزوجة للمطالبة بالتطليق، وهي كالتالي:

أ- الجُبُّ: قطع الذكر كله، أو بعضه، بحيث لم يبق منه ما يطؤ به<sup>1</sup>.

ب- الخصاء: من نزعت خصيتاه<sup>2</sup>.

ت- الاعتراض: هو عدم انتشار الذكر<sup>3</sup>.

ث- العنَّة: ومنه العين؛ من له ذكر لا يتأتى له الجماع للطائفة والإقناع تأتي إيلاجه<sup>4</sup>، لكبر سنن أو سحر أو

مرض<sup>5</sup> لعدة في الدماغ أو الكبد أو القلب تسقط الشهوة الناشئة للآلة فتمنع الجماع.

ج- الشكاز: هو من ينزل قبل مخالطة المرأة ثم لا ينتشر بعد ذلك لجماعها<sup>6</sup>.

02- العيوب المشتركة بين الزوجين:

أ- الجنون: زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء<sup>7</sup>.

ب- البرص: بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته<sup>8</sup>.

ت- الجذام: علة تعفن منها الأعضاء وتشنجها وتقرحها، فيحمر منها العضو، ثم يسود، ثم يتقطع ويتناثر من

شدة التقيح، ويتصور في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب<sup>9</sup>.

ث- العذِيْطَة: التغوط أثناء الجماع وكذا التبول بخلاف الريح<sup>10</sup>.

ج- الناسور: قروح غائرة تحدث في المقعد، يسيل منها الصديد، ويخرج الريح والنجوب لإرادة<sup>11</sup>.

ح- الخنوثة: وهو من يشكل فيه أمر الذكورة والأنوثة، فله آلة لكل منهما<sup>12</sup>.

وهناك أمراض حديثة لم يتكلم عنها الفقهاء القدامى ومنها نذكر:

خ- السيلان: وهو أحد الأمراض التناسلية المعدية، يصيب المسالك البولية، وينتقل عن طريق الجماع<sup>13</sup>.

د- الإيدز: أو متلازمة نقص المناعة، وهو مرض يصيب الجهاز المناعي البشري، وينتقل عن طريق الجماع<sup>14</sup>.

<sup>1</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1992)، ص 117.

<sup>2</sup> محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ص 117..

<sup>3</sup> أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، ج2 (د.ط: بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص 278.

<sup>4</sup> محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ج3 (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1398هـ)، ص 485.

<sup>5</sup> البندري بنت عبد الله الجليل، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 102، السعودية، دار البحوث، 2014، ص 289.

<sup>6</sup> عمر عيسى الفقى، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د.ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د.ت)، ص 39.

<sup>7</sup> محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2 (د.ط: بيروت: دار الفكر، 1417هـ)، ص 14.

<sup>8</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>9</sup> عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبیین الحقائق، ج3 (ط: 1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)، ص 25.

<sup>10</sup> أحمد أبو البركات الدردير، المرجع السابق، ص 278.

<sup>11</sup> بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص 636.

<sup>12</sup> عثمان بن علي البارعي الزيلعي، المرجع السابق، ص 214.

<sup>13</sup> أحمد محمد كنعان، موسوعة المرأة الطبية. (ط: 2؛ د.م: دار النفائس، 2006)، ص 265.

<sup>14</sup> أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، ج1 (ط: 1؛ د.م: عالم الكتب، 2008)، ص 143.

ذ-الزهري: مرض تناسلي، يصيب أعضاء الجسم وأنسجته، وهو من الأمراض المنقولة جنسياً التي تسببها الجرثومة اللولبية الشاحبة، وينتقل الزهري عن طريق الاتصال الجنسي<sup>1</sup>.  
رابعا: شروط التطلاق للعيوب:

لم يحدد قانون الأسرة شروط قبول الزوجة دعواها بالتطلاق للعيوب، لكن يمكن أن نستخرجها كشروط مقبولة من خلال مما قدمنا، كما يلي:

1- أن يكون العيب من الزوج وليس من الزوجة.  
2- أن يكون العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.  
3- أن لا تكون الزوجة عالمة بهذا العيب وقت العقد: وهذا كان على المشرع الجزائري إضافته في الفقرة الثانية، لأن علم الزوجة بالعيب تكون قد رضيت به، مما يسقط حقها في المطالبة بالتطلاق، فنقترح أن تصبح الفقرة الثانية (... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن الزوجة عالمة به وقت العقد).

4- أن يكون العيب مستحكماً يستحيل البرء منه<sup>2</sup>: أي بعد اكتشاف العيب لا بد من منح الزوج مهلة السنة للعلاج فإن مرت السنة دون نتيجة جاز للزوجة المطالبة بالتطلاق.

5- وإذا كان العيب جسدياً لا جنسياً، فلا بد أن يكون العيب منفراً لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر فعيب العرج مثلاً لا يوجب التفريق<sup>3</sup>.

-سبب التطلاق الثالث: التطلاق للهجر في المضجع:

أولاً: تعريف التطلاق للهجر في المضجع:

1- الهجر في اللغة: الهجر ضد الوصل، والتهاجر التقاطع، يقال هجرت الشيء هجراً إذا تركته وأغفلته، والإسم الهجرة، والهجرة: الخروج من أرض إلى أخرى، وأصل المهاجرة عند العرب: خروج البدوي من باديته إلى المدن<sup>4</sup>.

2- اصطلاحاً: ترك الدخول على النساء والإقامة عندهن، وهو من الهجران بمعنى البعد<sup>5</sup>.

ثانياً: كيفية الهجر في المضجع:

لم ينص قانون الأسرة على الطريقة التي يحصل بها الهجر ويسمح للزوجة المطالبة بالتطلاق خلالها، لكن بالرجوع للفقهاء نجد أن الفقهاء اختلفوا في كيفية الهجر في المضجع على عدة أقوال منها:  
1- قيل يهجرها أي لا يجامعها، أي ترك الوطئ.

<sup>1</sup> أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 257.

<sup>2</sup> عمرو عيسى الفقي، التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت)، ص 42.

<sup>3</sup> عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 185.

<sup>4</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 5، ص 250.

<sup>5</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد الدين خطيب، ج 9 (د. ط: بيروت: دار المعرفة، د. ت)،

2- وقيل يهجرها أي لا يكلمها في حال مضاجعتها إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤديها بما يضر بنفسه، ويبطل حقه.  
3- وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع، ويضاجع الزوجة الأخرى في حقها وقسمها.  
4- وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها، لا في وقت حاجته إليها لأن هذا للتأديب والزجر، فينبغي أن يؤديها لا أن يؤديه بنفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته إليها<sup>1</sup>.  
كما يكون تركها في المضجع على ثلاثة أوجه:

1- أن لا ينام في حجرتها وهذا أشد شيء؛  
2- أن لا ينام على فراش معها، وهذا أهون من الأول؛  
3- أن ينام معها في الفراش، ولكن يلقمها ظهره ولا يحدثها وهذا أهونها.  
ويبدأ بالأهون فالأهون، لأنه ما كان المقصود به المدافعة، فالواجب البدائة بالأسهل فالأسهل<sup>2</sup>، لأن العلاج يأتي بالجرعات الخفيفة، فإن لم تجد نفعاً زيد في حداثها ومفعولها.  
ومع ذلك يبقى للرجل أن يهجر زوجته الناشز بالطريقة التي يرجح أنها تردعها وتردها عن عصيانها، لأنه هو أعلم بحالها، خاصة إذا تكررت مواقف الناشوز لها، فيعلم سر كبح ذلك الناشوز وتشخيص العلاج له، فإن أدرك أحدهم أن مجرد توليتها ظهره يردعها فله أن يكتفي بذلك، وإن أدرك آخر أنه لا يردع زوجته إلا عدم مضاجعتها وعدم المبيت معها في بيت واحد وترك الحديث معها، فله ذلك بشرط أن لا تزيد مقاطعة كلامها عن ثلاثة أيام لورود النص<sup>3</sup>.

ثالثاً: شروط التطليق للهجر في المضجع وفق قانون الأسرة الجزائري:

لكي تقبل دعوى الزوجة بالتطليق للهجر لا بد من توفر مجموعة من الشروط نوجزها كالتالي:

1-العنصر المادي؛ وهو السلوك غير المشروع؛ والمتمثل الهجر الحقيقي دون مسوغ شرعي مقبول ومعقول، بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية، فلا يقوم الزوج بمباشرة زوجته أو مداعبتها فيدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضرراً فاحشاً بالزوجة، وقد أقرت المادة 53/ق<sup>2</sup>.أ بهذا الشرط بنصها (يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق للهجر في المضجع..).

2-العنصر الزمني؛ ويتمثل في مدة الأربعة أشهر متتالية ومتواصلة غير منقطعة، ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بين الزوجين، وبعد مضي الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة من القضاء الحكم لها بالتطليق، وهذا الشرط يتضح في المادة 53 التي نصت "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" أما ما دون الأربعة أشهر لاحق للزوجة للتطليق فيه.

<sup>1</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986)، ص 333.

<sup>2</sup> محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 12 (ط: 1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 2006)، ص 442.

<sup>3</sup> محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 105. (بتصرف).

3-العنصر المعنوي؛ ويتمثل في نية الإضرار بالزوجة، وليس له نية الإصلاح والتأديب التي تعود فائدته على أحدهما أو كليهما<sup>1</sup>، وقد يكون هذا الشرط مرتبطاً مع شرط العنصر الزمني إذ أن من أحكام الهجر لتأديب الزوجة أن تكون المدة أربعة أشهر فما زاد فوق الأربعة أشهر إنما يوضح نية الزوج السيئة بالاضرار وبذلك يكون هجره غير مشروع.

-سبب التطليق الرابع: التطليق لإرتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة؛

بالرجوع إلى المادة 53 ق أ في فقرتها 4 يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق في مطالبة التطليق في حالة الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها إستمرار الحياة الزوجية، إلا أنه لا بد من توفر مجموعة من الشروط نذكرها كالتالي:

أولاً: الشروط الواجب توفرها للحكم للزوجة بالتطليق لإرتكاب زوجها الجريمة؛

عند تمعن المادة 53 الفقرة 4 نجدها قد وضعت مجموعة من الشروط لكي يحكم للزوجة بالتطليق لصالحها نتيجة إرتكاب زوجها الجريمة المعاقب عليها قانوناً، وغياب بعض الشروط يمنع الزوجة الحكم لها بالتطليق، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- صدور حكم بالتجريم: أي أنه لا بد أن تصدر عقوبة على جريمة إرتكابها الزوج، وهنا يجب أن يكون الفعل الذي إرتكبه الزوج مجرمًا قانوناً، أي معاقب عليه بنص القانون، فلا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص، فإذا لم يصدر حكم يجرم الزوج لا يمكن للزوجة أن تطالب بالتطليق لضرر المساس بشرف الأسرة، ومصطلح جريمة يدل على أن الفعل المرتكب لا بد أن يوصف بوصف الجريمة تصنف مع القضايا الجنائية، فإن كان الفعل جنحة أو مخالفة لا يعتد بدعوى الزوجة.

2- طبيعة الحكم: يجب أن يكون الحكم نهائياً أي أن يكون الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، استنفذ جميع طرق الطعن حتى يمكن الإحتجاج به، وعليها أن تقدم نسخة من هذا الحكم للإثبات.

3- نوع الجريمة: أي أن تكون الجريمة المحكوم بها على الزوج جريمة مشينة، أي من الجرائم التي يشمئز لها المجتمع ومنافية لأخلاقه<sup>2</sup>، فيجب أن تكون الجريمة المرتكبة ماسة بشرف الأسرة، حيث تشعر الزوجة بأنها مست بعمق في كرامتها وحرمتها وقيمتها الإجتماعية، وهنا المشرع عمم اللفظ إذ يصعب الإلمام وحصص الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فشرف الأسرة يتسع لأكثر من أمر، وأنه يصعب حصرها كلها على أساس أن معظم الجرائم سواء أكانت الأخلاقية أم التي تمس بالأموال هي جرائم تمس بشرف الأسرة.

4- أثر الجريمة على العلاقة الزوجية: أي يجب أن تكون الجريمة المعاقب عليها قرينة على إستحالة مواصلة العشرة الزوجية، وذلك يعني أن تتوتر العلاقة بين الزوجين بسبب هاته الجريمة، وتؤدي إلى زعزعة الثقة بين

<sup>1</sup> اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003، ص 111.

<sup>2</sup> سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017، ص 287.



الزوجين، وتتحول المودة والرحمة بين الزوجين إلى كره وبغض وتتحول السعادة إلى شقاء وتنعدم السكينة والإطمئنان<sup>1</sup>.

مما يتضح أن الحكم بالتطليق للزوجة بسبب ارتكاب الزوج لجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها استمرار العشرة الزوجية، يرجع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه، فإذا تحققت الشروط السابقة الذكر رجع الأمر للقاضي للنظر فيها ثم إصدار حكم بما طلبت الزوجة ما ثبت صحة دعواها، كما يرجع للقاضي مراقبة الوقائع المقحمة من طرف الزوجة لاعتبار الجريمة ماسة بشرف الأسرة أم لا.

ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجموعة من القواعد، حيث نصت المادة 451 "يعاين القاضي ويعطي وصفاً للوقائع المعتمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعومة لطلب التطليق طبقاً لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب، أخذاً في عين الاعتبار الظروف التي يُقدم فيها، ويمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ناجعة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال إلى المعاينة، ويتعين على القاضي تسبب الإجراءات المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية..".

-سبب التطليق الخامس: التطليق بسبب غياب الزوج:

أولاً: تعريف التطليق للغيبة:

1-لغةً: الغَيْبُ: الشُّكُّ، وجمع غياب وغيوب، وَالغَيْبُ: كُلُّ مَا غَابَ عَنْكَ، وامرأة مُغَيَّبٌ، غاب بعلها أو أحد من أهلها<sup>2</sup>.

2-اصطلاحاً: غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر<sup>3</sup>.

3-التعريف القانوني: الغائب عالج قانون الأسرة أحكامه في الفصل السادس، وأعطى تعريفاً له في المادة 110 بنصها (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).

ثانياً: شروط التطليق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري:

باستقراء المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة نستخلص الشروط الواجب توافرها في السبب الذي تستند فيه الزوجة لقبول الدعوى بالتطليق للغيبة وهي كالتالي:

1-العنصر المادي: وهو مكون من فعلين:

<sup>1</sup> خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015)، ص 15.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج5، ص 3321-3322.

<sup>3</sup> محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية، 1983)، ص 613.

أ-فعل الغيبة: أي غيبة الزوج عن أنظار زوجته فلا تراه، وهذا الفعل يحدث للزوجة ضرر الوحشة لزوجها، مما يوجب لها حق مطالبة التطليق.

ب-فعل الإمتناع عن النفقة: أي لا بد من أن تقترن الغيبة بعدم إنفاق الزوج على زوجته طيلة فترة غيابه، أما إذا أنفق عنها فلا يحق لها المطالبة بالتطليق لهذا السبب.

2--العنصر المعنوي: والمتمثل في قصد الإضرار لعدم وجود العذر، أما إن كان هذا الزوج مريضاً وسافر للعلاج أو كان ممارساً لتربص في الخارج بمناسبة العمل أو تابع تكويناً مكماً لدراسته وغيرها من الأسباب المبررة، فهنا تكون الغيبة مشروعة، وما على الزوجة إلا أن تصبر إلى غاية عودة زوجها، لأن علة الغياب واضحة ونية الإضرار غائبة، أما الغيبة الغير مسببة فهذه فيها ضرر لأن سبب غياب الزوج غير واضح يجعل صبر الزوجة ينفذ لإستمرار الزوج عن غيابه دون وجود عذرٍ يَشْفِي شوقها لفراق زوجها عنها، فيعطي للزوجة حق المطالبة بالتطليق لذلك.

3-العنصر الزمني: الغيبة في المادة 53/5<sup>ق</sup>. ألا تكون سبباً للتطليق إلا إذا مرت مدة سنة كاملة (12 شهراً) وقد أخذ برأي المالكية في ذلك، أما الغياب الذي هو أقل من سنة، فهذا في نظر قانون الأسرة ليس سبباً للتطليق بموجب شروط المادة 53/5<sup>ق</sup> منه.

-سبب التطليق السادس: التطليق لمخالفة أحكام تعدد الزوجات المنصوص عنها في المادة 8 من قانون الأسرة:

أولاً: تعريف التطليق لمخالفة أحكام التعدد:

1-التعدد لغةً: من العَدُّ: أي إحصاء الشيء<sup>1</sup>.

2-إصطلاحاً: تعدد الزوجات هو زواج الرجل بأكثر من امرأة واحدة.

3-قانوناً: نصت المادة 8 ق.أ على أحكام تعدد الزوجات ولم تعطِ تعريفاً خاصاً بالتعدد وإنما أعطت معنى عنه بجانب الأحكام بنصها (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية...)، وبذلك فالتعدد هو زواج الرجل المتزوج بزوجة ثانية فأكثر.

ثانياً: الضوابط القانونية لتعدد الزوجات تجعل من مخالفتها حقاً للزوجة المطالبة بالتطليق؛

لقد أجاز قانون الأسرة الجزائري حق الزوج في تعدد الزوجات، إلا أنه قد وضع له قيوداً لا بد على الزوج من إتباعها وإلا اعتبر تعدده غير مقبول قد يجيز للزوجتين الحق في طلب التطليق جراء مخالفة الزوج تلك القيود.

الشرط الأول: التعدد في حدود الشريعة الإسلامية؛ ويقصد بها عدم جواز الزيادة فوق أربع نساء، بنصه (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية..).

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج34، ص 2832.

الشرط الثاني: المبرر الشرعي؛ وهذا معيار مرن وشخصي وواسع، فذكره قانون الأسرة دون إعطاء مثال عنه؛ مما يجعل الأمر مسنداً لقضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارات العامة، فنذكر على سبيل المثال بعض المسوّغات الشرعية لتعدد الزوجات كالتالي:

1- عقم الزوجة: تعتبر الزوجة العقيم التي لا تلد تعليلاً لظاهرة تعدد الزوجات<sup>1</sup>، لأن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، وحفظ النسل البشري، وإنجاب الذرية، فالزوج الذي حُرِمَ هذه النعمة من زوجته العقيم يبيح له هذا الحرمان أن يتزوج عنها بزوجة أخرى لعلّة إنجاب الذرية، وتحقيق هدف الزواج.

2- مرض الزوجة المزمّن: أن تكون الزوجة لها مرضاً معدياً أو منفرأً، بحيث لا يستطيع معه الزوج أن يعاشرها معاشرّة الأزواج، فالزوج هنا بين حالتين: إما أن يطلقها، وليس في ذلك شيء من الوفاء والمروءة ولا من كرم الأخلاق، وفيه الضياع والمهانة للمرأة المريضة معاً، وإما أن يتزوج عليها بأخرى ويبقيها في عصمته، لها حقوقها كزوجة، ولها الإنفاق عليها في كل ما تحتاج إليه من دواء وعلاج، ولا يشك أحد في أن هذه الحالة الثانية أكرم وأنبّل، وأضمن لسعادة الزوجة المريضة وزوجها على السواء<sup>2</sup>.

3- غلبة العامل الجنسي (الشبق): يختلف الرجال في طبائعهم من حيث غرائزهم الجنسية، فمن طبيعة بعضهم أنه لا تكفيه زوجة واحدة؛ لأن مزاجه يدفعه إلى كثرة الإفضاء<sup>3</sup>، ومهما كان الباعث معلوماً، فينبغي أن يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين النفس، فليُنظر إليه في الكثرة والقلّة<sup>4</sup>.

-الشرط الثالث: توفر شروط ونية العدل؛ بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية كقدرته على الإنفاق وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية، مع أن المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم من خلالها إثبات شروط العدل، وبالتالي يجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة كسند الملكية للسكن، أو عقد الإيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها، وأن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي<sup>5</sup>.

مع أن نية العدل هو شرط شكلي أكثر منه موضوعياً، على إعتبار أن النية محلها القلب، فقد يصرح الزوج بالعدل إلا أن حقيقة نيته لا تظهر إلا بعد الدخول، وبالتالي غلب على هذا الشرط الشكلية.

الشرط الرابع: إخبار الزوجة السابقة واللاحقة؛ ويقصد بذلك أن الزوج عليه أن يعلم زوجته الأولى أنه مقبل على الزواج بالثانية، وأن يخبر أيضاً الزوجة الثانية أنه متزوج بأولى، إلا أن الملاحظ أن المشرع لم يحدد في قانون الأسرة طريقة الإخبار هل يكون شفاهياً أم كتابياً، مع أن المادة 8 الفقرة الأخير ألزمت القاضي التأكد من موافقتها دون تحديد طريقة التأكد من الموافقة، فهل طريقة التعبير عن الرضا من طرف الزوجتين تكون عن طريق الكتابة أم شفاهة؟، كل هذه المسائل لم يحددها قانون الأسرة.

<sup>1</sup> راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 246.

<sup>2</sup> مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964)، ص 84-85.

<sup>3</sup> راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 249.

<sup>4</sup> الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ص 180.

<sup>5</sup> بن شوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 111-112. (بتصرف).

لكن بالرجوع إلى التشريع في غير قانون الأسرة نجده قد حدد طريقة إعلام الزوجتين بتعدد الزوج بموجب منشور وزاري الصادر عن وزير العدل رقم 102/84 المؤرخ في 1984/12/23، والذي يحدد كيفية الإعلام وذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثانية، ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضا كل منهما أو اعتراض الزوجة السابقة، ليكون ذلك حجة يرجع إليه عند التنازع، فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إبلاغها للحضور في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت واعترضت يسجل الموثق أو ضابط الحالة المدنية اعتراضها، وإن تغيبت أثبتت غيبتها وأبرم العقد، هذا في ظل قانون الأسرة قبل التعديل، أما بعد التعديل فيكون إعلام الزوجتين أمام القاضي بحضورهما والتصريح بالقبول أو الرفض<sup>1</sup>.

وهنا لابد أن نشير بأنه على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها وأن يسعى جاهداً لحضور كل منهما أمامه.

**الشرط الخامس: الترخيص القضائي الذي يسمح بالتعدد؛** إن نص المادة 8 ق. أ في صياغته الجديدة يفرض رقابة قضائية تسمح للقاضي بمنح الترخيص أو رفضه، بحيث يقدم الزوج طلباً لرئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاص مسكن الزوجية للترخيص له بالتعدد، ويكون منح هذا الترخيص بعد الإستماع إلى الزوج وزوجته الأولى والثانية ومن موافقتهما، والتأكد من مبررات التعدد، وتوافر شروطه الشرعية من القدرة على الإنفاق والعدل بين الزوجات، والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

فهذه هي الشروط القانونية التي أتت بها المادة 8 من قانون الأسرة التي تسمح للزوج بالتعدد إذا تحققت كلها؛ إلا أنه إذا لم يحقق تلك الشروط يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق جراء ذلك لرفع الضرر عنها وفقاً للمادة 53 الفقرة 6.

**-سبب التطلاق السابع: التطلاق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة؛**

**أولاً: تعريف التطلاق للفاحشة؛**

1- الفاحشة لغةً: فاحشة وفحش: كل شيء جاوز حده فهو فاحش<sup>2</sup>. والفحش: هو القبيح الشنيع من قول أو

فعل<sup>3</sup>.

2- اصطلاحاً: هي الخطأ المخل بالأداب، بصفة خطيرة، أو جسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف، والضمير الاجتماعي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسين شريف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة: 16، 2005-2008، ص 14.

<sup>2</sup> محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (د. ط: لبنان: دار المعاجم، 1989)، ص 433.

<sup>3</sup> إبراهيم مدكور، معجم الوجيز. (ط: 1: مصر: دار الهندسية، 1980)، ص 305.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، المرجع سابق، ج 1، 2004، ص 305.

-معنى الفاحشة في الدين: بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية نجد آيات وأحاديث تدل على أن الفاحشة هي فعل الزنا، حيث قال ابن الأثير: وكثيراً ما ترد الفاحشة بمعنى الزنى، ويسمى الزنى فاحشةً، قال الله تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...﴾ [الطلاق: 1].

ثانياً: شروط التطلاق لإرتكاب فاحشة مبينة:

أعطت الفقرة 7 من م53 ق. أ إمكانية الزوجة التطلاق لإرتكاب زوجها للفاحشة المبينة، إلا أنه لا يحكم لها بالتطلاق نتيجة ذلك إلا بتوفر مجموعة من الشروط هي كالتالي:

1- نوع الفعل المرتكب: أن يكون هذا الفعل مخالفاً بالحياء والآداب العامة، أي كل فعل منافٍ لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر مع أن المادة لم تحدد نوع الفعل وإنما أعطت له وصف الفُحْشِ والأقرب كما قلنا زنا المحارم، وسوف نوضح ذلك أكثر أدناه.

2- العلاقة الزوجية: أي يجب أن يكون هذا الفعل مرتكباً من طرف الزوج الذي يربطه بالزوجة رافعة دعوى التطلاق للفاحشة المرتكبة عقد زواج صحيح، ويكون عقداً شرعياً ورسمياً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه وقت رفع الزوجة دعوى التطلاق.

وبذلك فلا تقبل الزوجة دعواها إذا كان عقد زواجها باطلاً أو إنتهت عدة طلاقها الرجعي فأصبح طلاقها بائناً، وبالتالي فهي أجنبية عن زوجها لا يحق لها المطالبة بالتطلاق لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما.

3- أن يكون الفعل المرتكب بَيِّنًا وواضحاً: أي يجب أن يكون للفاحشة المرتكبة المدعى بها من طرف الزوجة دليلٌ يثبت إرتكاب الزوج تلك الفاحشة، وبعد إكتشاف الفعل المرتكب يتم تصنيف الفعل هل هو خيانة زوجية المتمثلة في جريمة الزنا أو الجرائم الأخلاقية الأخرى؟ لذا جاء في الفقرة 7 مصطلح " ... فاحشة مبينة".

-سبب التطلاق الثامن: التطلاق للشقاق المستمرين الزوجين؛

أولاً: تعريف التطلاق للشقاق؛

1-تعريف الشقاق لغةً: المُشَاقَّةُ والشِّقَاقُ: غَلَبَةُ: العُدَاوَةِ والخِلَافِ، شاقَّةٌ مُشاقَّةٌ وشِقَاقٌ: خَالَفَهُ<sup>2</sup>.

2-اصطلاحاً: هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة<sup>3</sup>.

-معنى الشقاق المستمرين الزوجين: وهو الوضع الذي يسوء فيه الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح وتستمر الخلافات دون جدوى الحل، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصير، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها تشهد على صحة دعواه<sup>4</sup>.

3-قانوناً: جاء في المادة 53/8<sup>8</sup> ق.أ (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للشقاق المستمرين الزوجين)، حيث أجاز

<sup>1</sup> نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 141.(بتصرف).

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج26، ص 2301.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 (ط:2؛ سورية: دار الفكر، 1985)، ص 527.

<sup>4</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة. (ط:8؛ ليبيا: دار ابن حمودة، 2011)، ص 176. (بتصرف).

المشعر للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه طلاقة بائنة، فالإبقاء على الزوجية مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار<sup>1</sup>، وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتطليق، أما إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة حكماً للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعلمهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ويبدلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدموا للقاضي تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين<sup>2</sup> وهو ما نصت عليه المادة 56 ق. أ (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين، للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين).

ثانياً: حالات التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

بالرجوع إلى المادة 53 في فقرتها الثامنة لم يبين قانون الأسرة الحالات التي يستند إليها القاضي للتطليق للشقاق، مما يفسح المجال للقاضي في أعمال سلطته التقديرية في تحديد ذلك، إلا أنه قد اجتهد المتخصصون في علم النفس بوضع مجموعة من الأمارات التي تدل على الشقاق المستمر بين الزوجين وهي:

- 1- ظهور العداوة الصريحة وغير الصريحة في مواقف الخلافات، حيث يهاجم كل من الزوجين الآخر، ويحقر آراءه وأفكاره، ويحط من شأنه، ويبرر عيوبه عند كل مشكلة تحدث بينهما؛
- 2- عدم نسيان كل منهما أخطاء الآخر السابقة واثارتها عند كل خلاف يحدث بينهما؛
- 3- استخدام كل منهما لما لديه من معلومات عن الآخر في الإساءة إلى سمعته، أو إيذائه نفسياً أو بدنياً واجتماعياً؛
- 4- تكبير كل منهما المشكلة الصغيرة بطرح مشكلات سابقة ليس لها علاقة بالخلافات الراهنة، لتفجير الموقف، وتغذية الخلافات حتى تستمر أطول فترة ممكنة؛
- 5- الاستهانة بالمشكلة، والسلبية في مواجهتها، وتسفيه كل حال لها، وتركيز خلافات مع الزوج الآخر، ورفض الصلح أو التفاوض حولها، وطلب المزيد من الشجار؛
- 6- العناد والخصام والهجر والتهديد بالطلاق والانفصال أو الزواج من أخرى، والتوقف عن القيام بالواجبات الزوجية نكايَةً بالطرف الآخر؛
- 7- المواجهة العدائية السافرة عند حدوث أية مشكلة، حيث يعتمد كل منهما أو أحدهما إلى ضرب الآخر أو سبه، أو تخريب ممتلكاته وأدواته وأعماله، أو تشويه سمعته وتكديره وتخفيفه، والإصرار على عمل ما يثير غيظه وتشجيع الناس على الإساءة إليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري. (د.ط: الجزائر: دار الهدى، 2007)، ص 302.

<sup>2</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د.ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 206.

<sup>3</sup> كمال إبراهيم مرسى، العلاقة الزوجية والصحة النفسية. (ط: 2؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1995)، ص 239.

-سبب التطليق التاسع: التطليق لمخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج؛

أولاً: تعريف التطليق لمخالفة الإشتراط:

1-تعريف الشرط لغةً: الشَّرْطُ؛ ما يوضع ليلتزم به في بيع أو نحوه، وفي الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلاً في حقيقته<sup>1</sup>.

2-الإشتراط إصطلاحاً: وهو إلزام أحد المتعاقدين للآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة، ويقصد بالشرط الذي تقيد به العقود بين المتعاقدين، ومنه قوله صل الله عليه وسلم «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَّالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»<sup>2</sup>، وقال أيضا " إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤَقَّى بِهِ، مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ " <sup>3</sup>، فسائر الشروط التي تكون بين المتعاقدين يجب التقيد بها وعدم الخروج عنها.

-معنى الإشتراط في عقد الزواج:

قد يحدث أن يُدرج الزوجان أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق شروطاً، فيلتزمان بتنفيذها تحت مسؤوليتهما، فإذا أخل الزوج الثاني بذلك الشرط يحق للطرف الآخر المطالبة بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي فالشروط المقترنة بعقد الزوج هي تلك الشروط التي يتم إدراجها أثناء إبرام عقد الزوج أو لاحقاً، فهي ليست من مقومات عقد الزواج ولا يقوم بها العقد ولا يعتبر عقد الزواج باطلاً أو فاسداً إذا لم يتم إدراجها في العقد.

وبالتالي فالشروط المتفق عليها في العقد جاءت لمصلحة الزوجين وحاجتهما لتقرير بعض الحقوق، وبذلك فالشروط المقترنة بعقد الزواج هي (التزام أحد الزوجين أو كليهما في عقد الزواج بأمرزائد على أصل العقد، سواء أكان مما يقتضيه عقد الزواج نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان لا يقتضيه عقد الزواج أو لا يؤكد حكماً من أحكامه، ويحقق منفعة لمن اشترط الشرط لمصلحته)<sup>4</sup>، والذي يهمننا في الدراسة هو إشتراط الزوجة على زوجها أثناء إبرام عقد الزواج<sup>5</sup>.

ثانياً: مدى إمكانية الزوجة المطالبة بالتطليق لمخالفة أحكام المادة 19 ق.أ:

بالرجوع إلى المادة 19 من قانون الأسرة نجدها أجازت للزوجين أن يشترطا أي شرط أثناء إبرام عقد الزواج، أو بعد إبرامه يتم إلحاق الشرط بوثيقة رسمية تصدر من عند موثق، يكون في ذلك الشرط منفعة

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 479.

<sup>2</sup> أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004)، كتاب البيوع، ص 426، رقم الحديث (2892).

<sup>3</sup> أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج 28 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب حديث عقبه بن نافع، ص 536، رقم الحديث (17302).

<sup>4</sup> يوسف مسعودي، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، قسم الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2007-2006، ص 11.

<sup>5</sup> المقصود بإشتراط الزوجين في عقد الزواج: أي أن الزوجين يدونا شرطيهما في عقد الزواج الذي تم إبرامه عند موثق، لأن عقد الزواج المبرم عند ضابط الحالة المدنية لا يوجد مكان لإدراج هذا الشرط، لأن وثيقة الحالة المدنية موحدة النموذج، في حين أن الموثق له مكان يدرج فيه شرط أحد الزوجين أو كليهما، وهو الذي لم توضحه المادة 19 ق.أ.

للحياة الزوجية واستقرارها ما لم يكن ذلك الشرط يتنافى مع الشرع حيث نصت (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم يتناف هذا الشرط مع أحكام هذا القانون).

وبذلك يمكن للزوجة أن تكون هي التي وضعت الشرط المقترن بعقد الزواج، ومن بين تلك الشروط التي ذكرتها المادة 19 على سبيل المثال لا الحصر، شرط عمل المرأة وعدم تعدد الزوجات، فإذا خالف الزوج شرط الزوجة المدرج في العقد أو في وثيقة رسمية لاحقة يحق للزوجة أن تطالب بالتطليق بموجب المادة 53 الفقرة 9 (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عنها في عقد الزواج)، ويقع على الزوجة عبء الإثبات.

كما نجد أن الإجهاد القضائي الجزائري سار على جوازية الزوجة الإشتراط في عقد الزواج، وأحقية الزوجة المطالبة بالتطليق جراء مخالفة زوجها تلك الشروط، ومن الإجهادات القضائية، "يجوز للزوجة أن تشرط لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً، وبشرط أن لا يناقض روح العقد"<sup>1</sup>.

-سبب التطليق العاشر: التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً؛

أولاً: تعريف التطليق للضرر؛

- 1-الضرر لغةً: الضُّرُّ ضِدُّ النَّفْعِ، وَقِيلَ الضَّرُّ مَا تَضُرُّ بِهِ صَاحِبَكَ وَتَنْتَفِعُ أَنْتَ بِهِ، وَالضَّرَّاءُ: نَقِيضُ السَّرَّاءِ.<sup>2</sup>
  - 2-إصطلاحاً: يراد بالضرر ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية، كأن يؤذيها بالقول أو بالفعل، فمن الضرر ألا يكلمها، أو يحول وجهه عنها في الفراش، أو إيثار امرأة أخرى عليها، أو ضربها ضرباً مؤلماً، أو شتمها أو شتم والديها.<sup>3</sup>
  - 3-قانوناً: لم يعرف قانون الأسرة الضرر، وإنما أعطى للزوجة الحق في التطليق بسبب الضرر المعتبر شرعاً، دون تحديد معناه أو معيار معرفة ذلك الضرر، وترك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تحديد الضرر من عدمه، وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني نجدها قد تحدثت عن الضرر بنصها في المادة 124 عن المسؤولية التقصيرية (كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض)، وبالتالي فالضرر هو الذي يكون نتيجة الخطأ الواقع من الغير سواء أكان عمداً أم بغير عمد، مما يلزم من كان سبباً في حدوث هذا الضرر بالتعويض للطرف المتضرر.
- ثانياً: الضرر الذي يبيح للمرأة طلب فك الرابطة الزوجية

<sup>1</sup> رقم القرار: غير موجود، بتاريخ 1971/03/03، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972، ص 39.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج28، ص 2473-2572.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الرحمن الحطاب، المرجع السابق، ج4، ص 17. (بتصرف).



بالرجوع لقانون الأسرة لم يوضح معنى الضرر والأسباب الأخرى التي تدخل تحته، وإنما فتح المجال للقاضي في النظر في الفعل الذي وصفته الزوجة على أنه ضرر واقع عليها، إذ أن هناك أسباب كثيرة تعطي الحق للمرأة في رفع دعوى الطلاق، نذكر بعضها كالتالي:

1-السب: فسبّ الزوج إياها وشتمها، وسبّ أبيها وأهلها يعد من باب الضرر، مثل: يا بنت الكلب، ويا بنت الكافر، ويا بنت الملعون، وكذلك ما يقضي العرف أنه ضرر كتجويعها، وأخذ مالها، ومنعها من زيارة والديها<sup>1</sup>، فالتعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها، بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمراً مستحيلاً، هي أسباب كافية لتبرير تطليقها<sup>2</sup>، كما أن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقاً للمادة 4 ق.أ هو تطبيق سليم للقانون<sup>3</sup>.

2-الضرب: فالضرب الخفيف إذا كان من غير موجب شرعي وكان مدمناً من غير انقطاع، والضرب العنيف الذي يترك عاهة، ولو كان له سبب مشروع، ومن الضرر أيضاً حلف الزوج ليعذبها، وقطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها في الفراش، وهجرها من غير سبب مشروع، وإيثار ضربها عليها، وغلق الباب عليها، ووطئها وطاً محرماً، مثل وطئها في الحيض أو في دبرها، ومنعها من مزاوله حرفة داخل بيتها كخياطة أو بيع وشراء، إذا كان ذلك لا يدخل عليها فساداً، ولا يضر بحقوق الزوج وتربية أولاده<sup>4</sup>.

حيث ذهب في الكثير من الاجتهادات القضائية على أن ضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً يعد سبباً من أسباب التطليق، أما الضرب الوارد شرعاً بغرض التأديب والذي لا يكون مدمناً ولا مدمياً فهو من حقوق الزوج على زوجته يستعمله في حالة نشوزها بغرض التأديب، وهذا بعد إستنفاد طرق العلاج الأخرى وهي الوعض ثم الهجر، ومن الاجتهادات القضائية نذكر "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"<sup>5</sup>.

3-إكراه الزوجة على فعل المحرمات: ويكون ذلك إما بمنعها من أداء فرائض الإسلام وواجباته، كمنعها من الصلاة أو الزكاة أو الصوم أو الحج وغيرها، فمنعها من أداء ما أمرها به الإسلام يدخلها في باب التحريم والإثم، أو أن يأمرها بأفعال هي محرمة شرعاً، كإتيان الزوجة في غير موضع الحرث، لقوله تعالى: ﴿... فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ...﴾ [البقرة: 222] أو يأمرها بممارسة الدعارة أو مجالسة الرجال أو نزع الحجاب أو شرب الخمر، وهذا قال فيه رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 34.

<sup>2</sup> قرار رقم 39025، بتاريخ 1986/01/13، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، غير منشور.

<sup>3</sup> قرار رقم 269594، بتاريخ 2001/07/18، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد1، لسنة 2003، ص 349.

<sup>4</sup> محمد بن يوسف العبدري، المرجع السابق، ج4، ص 17. (بتصرف).

<sup>5</sup> قرار رقم 258555، بتاريخ 2001/01/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2002، ص 417.

<sup>6</sup> أخرجه: سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ت 360هـ، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج18 (ط: 2؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د.ت)، باب هشام بن حسان، ص 170، رقم الحديث (371).

- 4- إتهام الزوج لزوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها؛ وتطعن في سلوكها وأخلاقها، فإن ذلك يفسد العشرة الزوجية<sup>1</sup>، كأن يدعي الزوج على زوجته أنها كانت على علاقة غير شرعية مع شخص آخر.
- 5- ممارسة سلوكات شنيعة تمس بكرامتها وسمعة العائلة، كممارسة الشعوذة والسحر.
- 6- إفشاء الزوج الأسرار التي بينه وبين زوجته، وخاصة منها المتعلقة بفراش الزوجية، وتحديث الناس بها، مما يحدث ضرراً للزوجة.

## المطلب الثاني: حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

### الفرع الأول: مفهوم بالخلع

1- تعريف الخلع لغةً: خَلَعَ الشَّيْءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا وَاخْتَلَعَهُ: كَتَزَعَهُ، إِلَّا أَنَّ فِي الْخَلْعِ مُهْلَةً، وَسَوَّى بَعْضُهُمْ بَيْنَ الْخَلْعِ وَالتَّرْزِيعِ. وَخَلَعَ النُّعْلَ وَالتُّوبَ وَالرِّدَاءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا: جَرَّدَهُ، وَالْخِلْعَةُ مِنَ الثِّيَابِ: مَا خَلَعْتَهُ فَطَرَحْتَهُ عَلَى آخَرَ أَوْ لَمْ تَطْرَحْهُ. وَكُلُّ تُوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ خِلْعَةٌ، وَخَلَعَ عَلَيْهِ خِلْعَةً<sup>2</sup>.

2- تعريف الخلع اصطلاحاً: عرفه المالكية: بأنه الطلاق بعوض، وقيل هو الطلاق يعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع<sup>3</sup>.

3- تعريف الخلع قانوناً: بالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري لوجدنا أنه لم يعط لنا تعريفاً خاصاً بالخلع، وإنما حصر موضوع الخلع في مادة واحدة وهي المادة 54 منه والتي أعطى لنا حكم الخلع فيها بنصه (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...)، ويتضح من خلال هذه المادة معنى الخلع القانوني بأنه: حل عقد النكاح من جانب الزوجة وحدها بعوض مالي تدفعه لزوجها دون انتظار من هذا الأخير قبولاً.

### 4- مشروعية الخلع:

أ- من القرآن الكريم: قال الله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ...﴾ (البقرة 229). فإن خاف الزوجين أن لا يقيما حقوق الزوجية فلا حرج على الزوجين فيما تدفعه الزوجة لزوجها مقابل طلاقها.

- من السنة النبوية: عن ابن عباس رضي الله عنه قال "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صل الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام. فقال لها الرسول صل الله عليه وسلم: أتريدين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال الرسول ﷺ: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

وهذه الأدلة تدل على مشروعية الخلع ولكن هذا لا يبيح الخلع مطلقاً إلا للحاجة لقول الرسول صل الله عليه وسلم (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة) وقال (المختلعات هن المنافقات).

<sup>1</sup> اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 14، ص 1232.

<sup>3</sup> عثمان بن علي الزبيلي، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق، ج 1. (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة للنشر، د.ت)، ص 267.

ج-موقف قانون الأسرة من الخلع: نص قانون الأسرة في م54 على إمكانية الزوجة فك الرابطة الزوجية دون النظر لموافقة الزوج بمقابل مالي يتفق عليه الطرفين تقدمه الزوجة لزوجها (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم).

#### 5-الفرق بين الخلع والتطليق والطلاق بإرادة الزوج وبرضى الزوجين:

أ-من حيث ماهية: يميز وفق مايلي:

-الخلع والتطليق يكون بطلب من الزوجة؛

-الطلاق بالإرادة المنفردة يكون بإيقاع من الزوج ورغبة منه في فراق زوجته، غير أنه قد يرتبط به عوض يبذله الزوج للمرأة إذا ثبت أن طلاقه كان طلاقاً تعسفياً جبراً للضرر الذي لحق بالمرأة؛

-الطلاق بالتراضي يكون باتفاق الزوجين على المفارقة<sup>1</sup>.

ب-من حيث الأساس:

الخلع أساسه كراهة الزوجة لزوجها وبغضها له، بينما التطليق يكون للأسباب المحددة بنص المادة 53 ق.أ، حيث يجوز للمرأة المدخول بها أن تطلب التطليق فيها لأحد هذه الأسباب والتي ذكرناها سابقاً، بينما الطلاق بالإرادة المنفردة وبالتراضي قد يكون دافعه رفع الضرر الذي لحق بأحد الزوجين أو كليهما وقد يكون لعدم اتفاقهما.

ج-من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

-في التطليق: إذا رفعت الزوجة طلب التطليق للأسباب الواردة في نص المادة 53 ق.أ توجب عليها إمداد القضاء بالأدلة والاثباتات، وعلى القاضي تمحيص ذلك وإجراء تحقيق جدي ومعرفة مدى مطابقة الواقع للنصوص، مع الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج حتى يتسنى له الحكم بالتطليق أو برفضه ويتطلب ذلك إجراءات عديدة.

-في الخلع: يكفي للقاضي أن يتأكد من بغض المرأة لزوجها وكرهها له مع قدرتها على بذل عوض له، وهو ما لا يأخذ وقتاً طويلاً أقصاه ثلاثة أشهر بعد إنعقاد جلسات الصلح.

-في الطلاق بالتراضي وبالإرادة المنفردة: فالزوجان غير مجبرين على إمداد القضاء بأسباب الطلاق، والإجراءات فيهما بسيطة ولا تأخذ وقتاً طويلاً<sup>2</sup>.

د-من حيث الآثار: أن الخلع يشترك مع التطليق والطلاق بالتراضي وبالإرادة المنفردة في الآثار العامة الناجمة عن الطلاق بوجه عام، والمتمثلة في النفقة والحضانة والسكن وحق الزيارة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع

<sup>1</sup> كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 20، العدد 39، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، السنة 2015، ص 344.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 344-345.

نميز في الطبيعة القانونية للخلع لدى المشرع الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل، ثم نعالج الطبيعة القانونية للخلع في التشريعات العربية وفق مايلي:  
أولاً: طبيعة الخلع في قانون الأسرة الجزائري

نص التشريع الجزائري عن أحكام الخلع في المادة 54 منه وحصر موضوعها في هذه المادة الوحيدة، حيث أصدرها بموجب القانون 11/84، فلم يكن تكييف الخلع واضحاً ما إذا كان الخلع عقداً رضائياً أم تصرفاً إنفرادياً من طرف الزوجة، ثم عدل المشرع قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، مما إتضح تكييف الخلع كالتالي:

#### 1-تكييف الخلع بموجب القانون 11/84:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكييف القانوني للخلع أثناء صدور قانون 11/84، وإنما إكتفى بنص عام تمثل في نص المادة 54 منه، والتي نصت على أنه "يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم". وكان الغموض سيد الموقف في نص المادة 54 ق.أ قبل التعديل، كونها لم تحسم إذا كان الخلع حقاً للزوجة تستعمله متى شاءت، أم يخضع لقبول الزوج ورضاه، حيث تحدثت المادة عن إمكانية مخالعة الزوجة نفسها مقابل مبلغ من المال تقدمه لزوجها كبديل فقط، دون الخوض في مسألة موافقة الزوج من عدمها، وأمام هذا السكوت عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل شراح القانون ينهلون من آراء الفقهاء، إستناداً لنص المادة 222 ق.أ<sup>1</sup>، وبدوره جعل التباين في الإجتهاادات القضائية وهو ماسيتم توضيحه أدناه.

#### 2-تكييف الخلع بموجب الأمر 02/05:

يتضح من خلال نص المادة 54 ق.أ المعدلة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أن المشرع أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قبل به يتم إعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، كما يفهم من نص المادة أنها لم تلزم الزوجة تقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، حيث إنحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الإتفاق عليه بين الزوجين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، معهد الحقوق، جوان 2015، ص 109.

<sup>2</sup> محفوظ بن صغير، الإجتهااد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 611.

بذلك فالخلع عقد معاوضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية، وإبرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج مقابل عوض أو مبلغ مالي تقدمه لزوجها<sup>1</sup>، وسيتم التفصيل أكثر في مبدأ الرضائية في المبحث الثاني المتعلق بأحكام الخلع أدناه.

ويرى جانب من فقهاء القانون<sup>2</sup>: أن التكييف القانوني للخلع، أنه كالطلاق على مال، يعتبر يميناً في جانب الزوج، لأنه علق طلاقهما على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطبق الحياة المشتركة معه.

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري كان واضحاً بالتنبيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقاً لا فسخاً وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة، فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 35 من قانون الأسرة.

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أم بالوفاة، ثم تطرق في المادة 48 ق.أ التي تنص على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو برضى الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون<sup>3</sup>.

ونجد أن المادة 54 التي تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساساً في إختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة تماماً عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث- أركان الخلع وشروطه في قانون الأسرة الجزائري

#### أولاً: أركان الخلع؛

بالرجوع لنص المادة 54 ق.أ.أنجد المشرع قد وضع أركاناً وشروطاً تحت عنوان معين، وإنما يمكن أن نستنتجها من خلال صياغة المادة، مما يتضح أن للخلع ثلاثة أركان، الزوج، والزوجة، وبدل الخلع.

<sup>1</sup> عماري نور الدين، المرجع السابق، ص 106.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005)، ص 264.

<sup>3</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 221-222.

<sup>4</sup> باديس دياي، المرجع السابق، ص 69.

1-الزوجة: وهي المخالعة التي يربطها عقد زواج شرعي مع زوجها، والتي تعد ركناً لصحة الخلع ولا يتم هذا الأخير إلا بوجودها، فيمكن للزوجة أن تطالب بحقها في الخلع بإرادتها الحرة الكاملة المنفردة، ولم تشترط المادة تقديم أسباب أثناء طلبها.

2-الزوج: وهو الذي وقع عليه الخلع من طرف زوجته، الخلع تصرف خطير في نفسه وأثاره ونتائجه، ولهذا فهو لا يقع من كل زوج، ولا في كل حال، بل لابد لصحة إيقاعه وجوازه شرعاً أن يكون من يصدر عنه بالغاً عاقلاً، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات، وهناك قاعدة إتفق عليها الفقهاء وهي: "كل من صح طلاقه صح خلعها"، لأن الخلع طلاق بعوض، فإذا جاز الطلاق بلا عوض، فجوازه بالعوض من باب أولى، فعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالعة ما يشترط في المطلق<sup>1</sup>.

حيث ذكرت المادة 54 ق.أ ركن الزوج، وأضافت أن موافقة الزوج لا تؤخذ بعين الاعتبار أثناء مطالبة الزوجة حقها في الخلع، حيث نصت (... دون موافقة الزوج..).

3-المقابل المالي: وهو العوض الذي تقدمه الزوجة المخالعة لزوجها، نظير الخلع الذي أوقعته عليه، مع أن المادة تركت الحرية للزوجة في الإتفاق على مقدار العوض، وفي حالة عدم الاتفاق على عوض معين يمكن للقاضي التدخل وتحديد العوض المالي في حدود صداق المثل أثناء صدور الحكم، وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 54 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: (... إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم). وبهذا فالعوض المالي ركن أساسي في الخلع، ونرى أن الخلع الذي يكون دون مقابل مالي لا يمكن أن نعتبره طلاق خلع لأن البديل ركن أساسي فيه، وإنما طلاق بالتراضي متى إتفق الزوجان أن يكون خلعهما دون مقابل مالي وفق فحوى المادة 48 من قانون الأسرة<sup>2</sup>. ونص المادة 54 ق.أ لم يبين ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه، فالمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، وما دامت المادة ذكرت مصطلح "المقابل المالي" فيمكن القول كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابلاً للخلع، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها، ولكن لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعاً، لأن الحضانة هي حق للمحضون لا يصلح أن يكون بدلاً للخلع، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوماً ومتفقاً عليه بين الزوجين<sup>3</sup>، أي معيناً أو قابلاً للتعيين حسب نص المادة 94 من القانون المدني<sup>4</sup>، كما أن القضاء ألزم القاضي الإفصاح عن قيمة بدل الخلع عند

<sup>1</sup> محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج3 (د. ط: الرياض: دار عالم الكتب، 2003)، ص 441.

<sup>2</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 239. (بتصرف).

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 240. (بتصرف).

<sup>4</sup> حَبَّار أَمَال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، جانفي 2018، ص 198.

النطق بالحكم حيث جاء في القرار "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء أكان اتفق الطرفان عليه أم اختلفاً"<sup>1</sup>.

ثانياً: شروط الخلع

لصحة الخلع لابد من توفر مجموعة من الشروط نوجزها فيما يلي:

1- أن يكون البغض من الزوجة، فإن كان الزوج هو الكاره لها، فليس له أن يأخذ منها فدية، وإنما عليه أن يصبر عليها، أو يطلقها إن خاف ضرراً.

2- أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر، تخاف معها أن لا تقيم حدود الله في نفسها أو حقوق زوجها.

3- أن لا يعتمد الزوج إيداء زوجته، حتى تخالغ منه، فإن فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً أبداً، والخلع ينفذ طلاقاً بائناً، فلو أراد مراجعتها لا تحل له إلا بعد عقد جديد.<sup>2</sup>

الفرع الرابع: مبدأ الرضائية في الخلع قانوناً؛

بالرجوع إلى نص المادة 54 ق.أ المتعلقة بموضوع الخلع، نجد أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع قد مر بمرحلتين، قبل التعديل وبعد التعديل، وذلك بسبب غموض النص القانوني بحيث الدلالة اللفظية للمادة لا تعطي معنى واضحاً وقطعياً فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، وهنا وقع الإختلاف في الاجتهادات القضائية تبعاً للإختلاف في المفهوم، سنوضح ذلك أدناه:

1- مبدأ الرضائية في الخلع قبل التعديل بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984:

رجوعاً لنص المادة 54 قبل تعديلها يتبين أن المادة غير واضحة فيما يتعلق بمبدأ الرضائية في الخلع، هل يقع برضا الزوجة لوحدها، أم أنه لابد من رضا الزوج لإحداث الأثر القانوني، حيث جاء في المادة قبل التعديل "يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال..."، وهذا دفع جانباً من الفقه يقول بأن الخلع يتم بموافقة الزوج، وأن إرادة الزوجة غير كافية ليحدث الخلع أثره القانوني ووقوع الفرقة بين الزوجين، مما يجعل من الخلع رخصة للزوجة للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية، وليست حقاً أصيلاً.

وهناك من شرح القانون الجزائري<sup>3</sup> الذي يرى أن الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف، ولا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج.

-موقف الإجتهد القضائي قبل التعديل:

<sup>1</sup> قرار رقم 365244، بتاريخ 2006/10/11، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2007، ص 467.

<sup>2</sup> ربيعة إغات، الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، عدد 3، جامعة الجزائر 1، 2009، ص 312.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 1، طبعة: 2005، ص 363.

بما أن نص المادة 54 ق.أ لم تكن عباراته قطعية وواضحة الدلالة فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع، إختلفت قضاة المحاكم في إعتبار الخلع إما رخصة لا بد من رضا الزوج فيه (الخلع الرضائي)، أم هو حق أصيل لا دخل لإرادة الزوج (الخلع القضائي)، وإنما يخضع لرضا الزوجة وحدها، ومن تلك الإجهادات نذكر: أ-الإجهادات القضائية التي قالت بأن الخلع رخصة للزوجة يحتاج لإرادة الزوج (الخلع الرضائي): -"الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالملاً لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه"<sup>1</sup>. ب-الإجهادات القضائية التي قالت بأن الخلع حق أصيل للزوجة وحدها (الخلع غير الرضائي): -"إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الإختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"<sup>2</sup>.

## 2-مبدأ الرضائية في الخلع بعد التعديل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005:

في حين بعد التعديل ونتيجة للإختلاف القضائي في تفسير المادة 54 فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع، قام المشرع الجزائري بنقل هذا الإختلاف القضائي من دائرة التفسير القضائي إلى دائرة التنصيص التشريعي، فعُدل في المادة 54 وأصبح النص واضحاً، حيث أن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها، ولا أثر لإرادة الزوج فيه، وذلك بصريح العبارة الواردة في نص المادة 54 بعد التعديل "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها...". وعبارة دون موافقة الزوج نقلت الخلع بعدما كان رخصة يحق للزوجة أن تلجأ إليه بموافقة الزوج، إلى حق أصيل للزوجة وحدها دون إعتبار إرادة الزوج في إيقاع حقها في الخلع. - موقف الإجهاد القضائي بعد التعديل:

-"الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"<sup>3</sup>.

-"إن الخلع ليس عقداً رضائياً، 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"<sup>4</sup>.

المبحث الثالث: حل الرابطة الزوجية عن طريق طلاق النشوز؛

المطلب الأول: التعريف بطلاق النشوز؛

1- تعريف النشوز لغةً: نشز الشيء - نَشَرًا، ونُشوزًا: ارتفع، ويقال: فلانٌ علا على نَشَرٍ من الأرض، وعن مكانه: وفيه ارتفع عنه ونهض، ويقال: نشزت المرأة أو الرجل بالزوج: استعصى وأساء العِشْرَةَ، ويقال: نشز به، ومنه، وعليه. فهو ناشِرٌ، وهي ناشِرٌ، وناشِرَةٌ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قراررقم 26709، بتاريخ 1982/02/08، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.

<sup>2</sup> قراررقم 103793، بتاريخ 1994/04/19، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، نشرة القضاة، عدد 51، لسنة 1997، ص 96.

<sup>3</sup> قراررقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، صادر عن المحكمة العليا غ.ش.أ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2012، ص 318.

<sup>4</sup> قراررقم 336380، بتاريخ 2005/07/13، صادر عن المحكمة العليا غ ش أ، نشرة القضاة، عدد 61، لسنة 2006، ص 328.

<sup>5</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 922.



2- تعريف النشوز اصطلاحاً: النشوز قد يكون من الزوجة أو من الزوج أو منهما معاً، والذي يهمننا في الدراسة نشوز الزوج:

1- نشوز الزوجة: يقصد به ترفع الزوجة وتعاليتها عن زوجها بمخالفته ومعصيته فيما فرض الله سبحانه وتعالى عليها من طاعته<sup>1</sup>، وقد ورد في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ [النساء: 34].

2- نشوز الزوج: يقصد به ترفع الزوج وتعالياه عن زوجته، بأن كان يؤدي زوجته ويضربها من غير ذنب، أو يقصر في شيء من حقوقها<sup>2</sup>، وقد ورد في القرآن الكريم، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ.. ١٢٨﴾ [النساء: 128].

3- نشوز الزوجين معاً: أحياناً يسوء الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح، وتكثر الشكوى من الجانبين، الرجل يدعي على الزوجة سوء العشرة والتقصير، والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها تشهد على صحة دعواه<sup>3</sup>، وهذا ما يسمى بالشقاق المستمر بين الزوجين، وقد ورد الشقاق بين الزوجين في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾ [النساء: 35].

قانوناً: أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف الناشز ولا النشوز، وإنما ذكره من باب الأسباب التي قد يلجأ إليها الزوجين للمطالبة بالفرقة، وذلك في المادة 55 بنصها (إذا تبين للقاضي نشوز أحد الزوجين فالحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر)، مما يتضح أنه إقرار بوجود النشوز الذي قد يصدر إما من الزوج أو من الزوجة.

#### الفرع الثاني: بعض أسباب نشوز الزوج؛

هناك حالات كثيرة قد يظهر فيها النشوز، ويرتكبها الزوج على زوجته وأفعال وتصرفات تصنف تحت باب الضرر بالنشوز نذكر بعضها:

1- تعدد الزوجات؛ فقد يميل الزوج إلى امرأة أخرى ويترك الأولى، وقد يضربها كأن يمنعها النفقة أو القسم في المبيت أو يضربها عن غير مبرر<sup>4</sup>، أو يقاطعها دون سبب، أو يتكلم معها باشمئزاز وترفع، أو يشتمها أو يشتم أهلها، أو إفشاء أسرارها وذكر مثاليها، أو يأمرها بمعصية، أو يظهر العبوس عند رؤيتها، أو يمنعها من زيارة أقاربها، أو ينادي عليها بما تكره من ألفاظ ففي كل هذه الحالات يعد ظالماً ومتعدياً.

<sup>1</sup> أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ص 269.

<sup>2</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، المرجع السابق، ص 175.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 176.

<sup>4</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 249.

2- كبر الزوجة أو مرضها: قد يكره الزوج امرأته لكبر أو مرض أو دمامة<sup>1</sup> ففي حديث ابن عباس، قال: "خشيت سودة أن يطلقها رسول الله صل الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، لا تطلقني، وأمسكني واجعل يومي لعائشة ففعل، فنزلت هذه الآية: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ... ١٢٨﴾ [النساء: 128] فإن علمت امرأة من زوجها ترفعاً عنها، وتعالياً عليها أو انصرافاً عنها فلا إثم عليهما أن يتصالحا على ما تطيب به نفوسهما من القسمة أو النفقة، والصلح أولى وأفضل<sup>2</sup>.

3-المستوى المعيشي بين الزوجين: قد يحدث الفارق المادي والمعيشي بين الزوجين إلى نشوز الزوج على زوجته لتفاوت الكفاءة بينهما، مما يؤدي إلى منهة الزوجة على زوجها بمالها أو حسيها فإذا كانت الزوجة صاحبة مال وزوجها فقير أو صاحبة جاه وزوجها غير ذلك، وإستعلت عليه بذلك، فإن ذلك يجعل الزوج يكرهها، مما يضيع حقوقها.

#### -مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لنشوز زوجها

بالرجوع إلى نص المادة 53 الفقرة 10 نجدها قد وضعت سبباً مفتوحاً يمكن للزوجة أن تتمسك به للمطالبة بالتطليق ألا وهو كل ضرر معتبر شرعاً، والمعلوم أن نشوز الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، فقد نصت عليه المادة 55 (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر) -من خلال المادة 55 من قانون الأسرة يتضح أن الزوج يمكن أن يكون ناشزاً وذلك بعدم قيامه بالإلتزامات الزوجية، فإذا ثبت ذلك يمكن للزوجة من خلاله المطالبة بالتطليق لضرر النشوز والتعويض معاً. وبذلك يكون نشوز الزوج من باب أسباب التطليق غير المنصوص عنها في المادة 53 صراحة، والتي نعتبر أن هذا السبب تشمله الفقرة 10 من المادة 53 والتي نصت (يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق: لكل ضرر معتبر شرعاً)، ونشوز الزوج على زوجته يعتبر ضرراً معتبراً شرعاً يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لذلك. وبذلك يُخلص إلى أن قانون الأسرة الجزائري اتجه إلى أنه، إذا إدعت الزوجة نشوز زوجها وأثبت حالة النشوز، كان لها الحق في طلب الطلاق - التطليق المنصوص عليه في م53 بحجة كل ضرر معتبر شرعاً -، كما يكون للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن الطاعة بلا مبرر، وبذلك يكون طلاقه من غير تعسف.

ثالثاً-حالة نشوز الزوجين معاً (الشقاق المستمر بين الزوجين): ويقصد بالشقاق: أن يفعل كل واحد ما يشق على صاحبه، أو أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة فيما بينهما، ومن دون أن يعرف السبب بينهما وخيف على انفصام عرى الزوجية فلا بد من بعث الحكامين للإصلاح<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7 (د.ط: مصر: مكتبة القاهرة، د.ت)، ص 243.

<sup>2</sup> أخرجه: أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، ج4 (ط:1: مصر: دار هجر، 1999)، باب عكرمة مولى ابن عباس، ص 403، رقم الحديث (2805).

<sup>3</sup> رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، المرجع السابق، ص 95-96.

المقصود بالشقاق المستر بين الزوجين كثرة الخلاف واستمراره مما استحال به استمرار العشرة الزوجية فيمكن للقاضي أن يعين حكمين لمعالجة الشقاق، حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج على أن يقدم كل من الحكمين تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين وهو ما نصت عليه م56/2 ق أ. نصت المادة 56 ق أ ج: (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين، للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين).

ويعني من خلال هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين، ولم يتحقق القاضي من الأضرار لعجز الزوجة عن الإتيان ببينة، وعدم إقرار الزوج، فإنه يرفض الدعوى فإن تكررت منها الشكوى، طالبه التفريق ولم يثبت للمحكمة صدق دعواها، عين القاضي حكمين شرط أن يكونا رجلين عدلين راشدين لهما خبرة بحالهما، وقدرة على الإصلاح بينهما وأن يكونا من أهلها.

وعلى الحكمين أن يحاولا الإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك وكانت الإساءة من الزوجين كليهما، أو من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن كانت الإساءة من الزوجين فرقاً بينهما بالخلع، وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضي تقريراً في مهلة شهرين، والقاضي يحكم بمقتضاه بطلقة بائنة إذا لم يستطع الإصلاح. والملاحظ أن قانون الأسرة لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي، بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما، وهذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما، مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية<sup>1</sup>.

-الاستئناف في أحكام الطلاق: الأحكام المتعلقة بالطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف في موضوعها فهي أحكام ابتدائية نهائية أو ما يتعلق بالجوانب المادية كالحضانة والنفقة والسكن فيمكن إستئنافها وفق م57 ق أ.

### المحور الثالث: آثار حل الرابطة الزوجية

كنا قد عرفنا أعلاه أن للزوجين الحق في فك الرابطة الزوجية، إلا أنه إذ حصل ووقعت الفرقة بين الزوجين تترتب عليه آثار، فسيتم من خلال هذا الفصل معرفة آثار في فك الرابطة الزوجية، والمتمثلة في العدة والحضانة والسكن وحق الزيارة، وسيتم معالجتها من خلال هذه الفصل وإبراز أهم الإشكالات التي يمكن أن ترد عليها وإيجاد حلول لها، أما النفقة فهي أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، وباعتبارنا قد ذكرناها في الباب الأول لعدم التكرار لا نذكرها في هذا الفصل.

### المبحث الأول: العدة

<sup>1</sup> طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الغلدونية، 2009)، ص 127.

تعتبر العدة من آثار فك الرابطة الزوجية سواء أكان بالطلاق أم التطليق أم الخلع أم بغيرهما من طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، والعدة ما شرعت إلا حفظاً لإختلاط الأنساب، وسيتم التعريف بها وذكر أحكامها وفق ما يلي:

-المطلب الأول: مفهوم العدة:

الفرع الأول: تعريف العدة:

1-تعريف العدة لغةً: العِدَّةُ مِقْدَارُ مَا يُعَدُّ وَمَبْلَغُهُ، وَعِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: هِيَ مُدَّةٌ حَدَدَهَا الشَّرْعُ، تَقْضِيهَا الْمَرْأَةُ دُونَ زَوْاجٍ بَعْدَ طَلَاقِهَا، أَوْ وَفَاةٍ زَوْجِهَا عَنْهَا<sup>1</sup>.

2-تعريف العدة إصطلاحاً: تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت، أو بعد وطئٍ بشبهة أو نكاح فاسد، فإذا حصلت الفرقة بأي سبب من الأسباب، فلا يحل للمرأة أن تتزوج إلا بعد أن ينتهي الأجل الذي حدده الشارع لإنتظارها<sup>2</sup>.

-قانوناً: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لانجد تعريفاً للعدة، وإنما نجده قد عالج أحكام العدة في الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتحت مسمية العدة، وذلك من المادة 58 إلى المادة 61 منه.

3- المقاصد الشرعية من تشريع العدة:

-تعرف براءة الرحم من الحمل، على وجه يحفظ الأنساب ويمنع اختلاطها.

-التنويه بعظم شأن الزواج والاعتراف بخطرته، فلا ينحل إلا بانتظار مدة يعلم بها انحلاله.

-إعطاء الزوج فرصة المراجعة، إذ لعله يندم بعد أن تهدأ ثائرته ويراجع نفسه، ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر إن كان قد طلقها رجعيّاً وعدتها لا تزال باقية، أو يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وهي في العدة إن كان قد طلقها طليقةً بئنة وليس ذلك لأحد غيره، أما بعد العدة فهو والأجنبي سواء في طلب الزواج منها وربما فضلت الأجنبي عليه.

- إظهار التأثير لفقد الزوج بالإمتناع عن الزينة والتجمل مدة أربعة أشهر وعشرة أيام حتى تبرأ النفس من كآبة الحزن، وقطعاً للألسنة من الخوض في حق الزوجة إذا تهافت عليها الأزواج في من توفي عنها زوجها<sup>3</sup>.

الفرع الثاني: أنواع عدة النساء؛

أولاً: عدة النساء العامة:

العدة على ثلاثة أنواع وهي كالتالي:

-النوع الأول: العدة بالإقراء؛ تلتزم به المطلقة المدخول بها أو المختلي بها خلوة صحيحة سواء أكان الطلاق رجعيّاً أم بئناً وكانت غير حامل، ومن ذوات الحيض ومقداره ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ [البقرة: 228] واختلف الفقهاء في تفسير القروء، ففسره الحنفية والحنابلة

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 587.

<sup>2</sup> أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 210-211.

بالحيض، وعليه فلا تنتهي عدتها إلا بإنهاء الحيضة الثالثة، ومعنى ذلك أنه لو فارقها وهي حائض فلا تحسب تلك الحيضة من الثلاث؛ لأنها جزء حيضة وليست حيضة كاملة، ولا تنتهي عدتها إلا بعد ثلاث حيضات بعد الحيضة التي طلقها أثناءها<sup>1</sup>.

-النوع الثاني: العدة بالأشهر؛ العدة بالأشهر مقداران هما ثلاثة أشهر وأربعة أشهر وعشرة أيام: المقدار الأول: ثلاثة أشهر؛ وهو ما كانت فيه الأشهر بدلاً عن الأقراء وذلك إذا لم تكن المعتدة من ذوات الحيض، بأن كانت صغيرة لم تبلغ سن الحيض وأقله تسع على المختار في المذهب الحنفي، أو كبيرة بلغت سن اليأس: خمساً وخمسين سنة، أو بلغت بالسن خمس عشرة سنة ولم يأتها حيض، فعدة هؤلاء الثلاثة، ثلاثة أشهر، وذلك لأن أصل العدة الأقراء، وغالب أحوال النساء أن المرأة ترى العادة مرة كل شهر فلزم ثلاثة أشهر، قال تعالى: ﴿وَأَلِّي يَدْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ آرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ...﴾ [الطلاق: 4].

وتلزم العدة إذا كانت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح، وبعد الدخول في النكاح الفاسد والوطء بشبهة<sup>2</sup>.

-قانوناً: ذكر قانون الأسرة الجزائري عدة المرأة المطلقة اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر، حيث جاء في المادة 53 منه (... تعتد المطلقة ... اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)، إلا أن الملاحظ في المادة أنها لم تذكر عدة المطلقة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، وقد ذكرنا سابقاً أن عدتها ثلاثة أشهر أيضاً، لأن الصغيرة مازالت لم تحض فتكون عدتها بالأشهر لا بالحيض.

-المقدار الثاني: أربعة أشهر وعشرة أيام؛ وهو ما لا تكون الأشهر فيه بدلاً عن الإقراء، بل هي أصلٌ بنفسها، وذلك هو عدة المتوفى عنها زوجها، ولم تكن حاملاً، سواء أدخل بها زوجها أم لم يدخل صغيرة أو كبيرة، من ذوات الحيض أو لا، فهذه عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، بلا خلاف بين الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...﴾ [البقرة: 234] وقدرت العدة بهذه المدة حتى لا تسترسل المرأة في الحزن والإحداد على زوجها أكثر من ذلك<sup>3</sup>.

قانوناً: في حالة وفاة الزوج عن زوجة نص قانون الأسرة في المادة 59 بأن عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا يحل لها الزواج في هذه الفترة، حيث جاء في نص المادة (تعتد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام...).

-النوع الثالث: العدة بوضع الحمل؛ إذا كانت المرأة حاملاً، وصارت الفرقة بينها وبين زوجها بموت أو طلاق أو فسخ، فعليها أن تعتد حتى تضع حملها، سواء أكان هذا الحمل من زواج صحيح أم فاسد أم وطء بشبهة، فإذا وضعت الحمل إنتهت عدتها، مهما تكون الفترة بين الفرقة ووضع حملها، بشرط أن يكون ما وضعته قد

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله التمرتاشي، تنوير الأبصار، ج3. (د. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1995)، ص 555.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 566.

<sup>3</sup> محمد بن عبد الله التمرتاشي، المرجع السابق، ص 560.

إستبان خلقه كله أو بعضه، سواء أوضعتة حياً أم ميتاً، فإن لم يستبن خلقه أو بعض خلقه، بأن كان ما أسقطته علة أو مضغة لم تنقض عدتها بإسقاطه<sup>1</sup>.

قانوناً: الزوجة إذا طلقها زوجها وكانت حاملاً فعدتها هي وضع حملها، حيث نصت المادة 60 ق.أ (عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة).

#### ثانياً: عدة النساء الخاصة

ذكرنا أعلاه أن عدة النساء على ثلاثة أنواع، إلا أنه هناك من النساء لأسباب معينة وخاصة كالمرض أو الفقد أو الشك وغيرها جعلت عدتهم ليست كعدة المرأة الطبيعية، مما دفع بالفقهاء إلى الإجتهد ووضع العدة الشرعية لهذه الحالات الخاصة إستناداً للنصوص الشرعية، والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يعالج هذه الحالات كلها، مما سنوضح هذا وفق ما يلي:

#### 1- عدة الزوجة التي فقدت زوجها:

إذا غاب الزوج في مكان وانقطعت أخباره بحيث يغلب على الظن أنه قد مات قال أبو حنيفة: لا يحق للزوجة طلب التفريق وعلماً بالانتظار حتى يتبين موته أو طلاقه بيقين، وذلك بمضي مدة لا يتصور بقاؤه حياً بعدها<sup>2</sup>.

وقال مالك: تنتظر أربع سنين ثم تعتد وتزوج بغيره واستدلوا بما روي عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: "أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو؟، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل"<sup>3</sup>.

قانوناً: تعتد امرأة المفقود بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بالفقد، وهذا يوافق ما عليه جمهور الفقهاء حيث نصت المادة 59 ق..أ (تعتد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده).

2- عدة المرأة المستحاضة: المستحاضة هي التي ينزل عليها الدم باستمرار وتسمى في عرف الفقهاء المستحاضة<sup>4</sup>، فإن ميزت بين دم الحيض ودم الاستحاضة، عملت به، وكذلك إن كانت لها عادة أنها تحيض في الشهر كذا، هذا عند جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة<sup>5</sup>.

فإن لم يكن لها مرد من تمييز أو عادة أو نسيت: فالحنفية في إحدى الروايتين عندهم أنها تعتد بثلاثة أشهر، وفي الرواية الثانية وهي الراجحة في المذهب، أنها تعتد بسبعة أشهر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> قاضيخان محمود الأوزجندي، الفتاوى الخانية، ج1. (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1986)، ص 527.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 163.

<sup>3</sup> أخرجه: أبو السعادات ابن الأثيرت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، ج11 (ط: 1؛ لبنان: مكتبة الحلواني، 1972)، باب فيما يفسخ النكاح ومالا يفسخه، ص 507، رقم الحديث (1194).

<sup>4</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 142.

<sup>5</sup> منصور بن يونس الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1982)، ص 419.

<sup>6</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 376.

أما المالكية إن لم تكن مميزة فعدتها سنة، أما الحنابلة، فالذي عليه جمهورهم: أنها إذا كانت ناسية لوقتها أو كانت مبتدئة، فعدتها ثلاثة أشهر كالأيسة.

أما الشافعية فعندهم قولان:

-القول الأول: أنها تعد بثلاثة أشهر؛

-القول الثاني: أنها تؤمر بالتريص إلى سن اليأس أو أربع سنين، أو تسعة أشهر، ثلاثة أقوال وهذا أخذ بالإحتياط<sup>1</sup>.

### 3- عدة المتحيرة:

المراة يرفع عنها الحيض، لا تدري ما رفعه، بعد أن كانت تحيض، فهي متحيرة في أمرها، أتعهد بالأقراء؟ أم تعهد بالأشهر؟ أم كيف تصنع؟ للفقهاء في هذه ثلاثة آراء.

الرأي الأول: يقضي بأن المراة التي يرفع حيضها، لا تدري ما رفعه، فإنها تمكث تسعة أشهر، وهي مدة الحمل عادة، ثم تعهد بثلاثة أشهر، فتكون سنة فإن لم تر الدم خلالها انقضت عدتها. فإن رأت الدم في خلال السنة انتظرت سنة ثانية من يوم رأت الدم، فإن مضت السنة من غير أن ترى الدم، انقضت عدتها، وإن رأت الدم خلالها انتظرت سنة أخرى، وهكذا حتى تمضي ثلاثة أقراء أو تمضي سنة دون أن ترى فيها الدم، فتتقضي عدتها بذلك. وبهذا قال المالكية والحنابلة وقول الشافعي في القديم وهو قضاء عمر رضي الله عنه<sup>2</sup>.

الرأي الثاني: وإليه ذهب الحنفية، والشافعي في الجديد، وهو يقضي بأن من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فلا تنقض عدتها، إلا بثلاثة أقراء، أو حتى تدخل في حد اليأس فتستأنف عدة الأيسة ثلاثة أشهر، وهذا مروى عن علي وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم<sup>3</sup>.

الرأي الثالث: وهو ما نرجحه- ويقضي أن المتحيرة تعد مرتابة وعدتها ثلاثة أشهر، لأن هذا شأنها فهي مرتابة في أمرها، وصحيح ما قاله الإمام الطبري من أن تأويل الآية في قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَدُسُّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ...﴾ [الطلاق: 4]، بالحكم فيهن وفي عدتهن، فلم تدروا ما هن. فإن حكم عددهن إذا طلقن، وهن ممن دخل بهن أزواجهن، فعدتهن ثلاثة أشهر<sup>4</sup>.

### -الجزاء المترتبة على الزواج في فترة العدة:

نصت المادة 441 من قانون العقوبات على ضابط الحالة المدنية الذي يبرم عقد الزواج فيه امرأة مازالت في عدتها "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل الى شهرين على الأكثر وبغرامة مالية من 8000 إلى 16000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين" لكن الملاحظ أنه لا توجد مادة صريحة تنص على حالة معاقبة الزوجة التي

<sup>1</sup> أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج8 (د. ط: د. م: المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، د.ت)، ص 396.

<sup>2</sup> الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5. (ط: 1؛ د. م: مطبعة السعادة، 1323 هـ)، ص 108.

<sup>3</sup> أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003)، ص 195.

<sup>4</sup> أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج14. (د. ط: د. م: دار الفكر، 1984)، ص 140.

يدخل لها زوجها الثاني ومازالت في عدة الرجل الأول، كل -حسب رأينا- فإن هذه الزوجة تعد مرتكبة لجريمة الزنا لأنها مازالت في ذمة الزوج الأول فيمكن للزوج متابعتها قضائياً بشكوى منه تودع لدى وكيل الجمهورية.

**-المطلب الثاني: انتقال العدة ووقت احتسابها:**

العدة كما ذكرنا سالفاً هي على عدة أنواع، لكن إذا ثبت للمرأة نوع معين قد يتغير بوجود ظرف يدعوا لذلك، فكيف يتم إنتقال العدة لدى المرأة وتحولها، وكيف يتم إحساب وقتها، وفيما يتمثل الحكم في مسألة تداخل العدد؟

**الفرع الأول: تحول العدة من نوع إلى نوع آخر**

قد يعرض للمرأة بعد بدء العدة ما يقضي تغيير نوع عدتها، فتصبح بالأشهر بدل الأقراء أو العكس. أ-إنتقال العدة من القراء إلى الأشهر: فالمرأة التي تطلق وتبدأ عدتها بالإقراء فتحيض حيضة أو حيضتين ثم تياس فتتحول العدة من القراء إلى الأشهر.

ب-إنتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة: فإذا كانت المرأة مطلقة تعدد بالحيض (الإقراء) وتوفي عنها زوجها أثناء العدة تحولت عدتها من الإقراء إلى الوفاة، فتستأنف العدة من جديد بأربعة أشهر وعشراً<sup>1</sup>. أما إذا كان الطلاق بائناً فإن المرأة لا تحول عدتها إذا مات زوجها وهي مازالت في عدتها لأنها أجنبية عنه، إلا طلاق المريض مرض الموت فاراً من توريثها، وقد اختلف الفقهاء في تحول عدة هذه المرأة، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد وأحمد بأن عدة المطلقة طلاق الفار تنتقل من عدة الطلاق إلى العدة بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق إحتياطاً، فإن لم تر فيها حيضاً تعدد بعدها بثلاث حيضات في رأي الحنفية والحنابلة، والراجح ما ذهب إليه الإمام الشافعي من أن زوجة الفار إذا مات زوجها وهي في العدة تعدد عدة طلاق، فلا تتحول إلى عدة وفاة؛ لأن الزوجية قد انقطعت، وثبوت الميراث كان للضرورة، ليرد عليه قصد حرمان زوجته من الميراث، فاعتبار الزوجية قائمة لأجل الميراث ضرورة لا يقتضي اعتبارها قائمة بالنسبة للعدة<sup>2</sup>.

ج-إنتقال العدة من الأشهر إلى القراء: فإذا كانت المعتدة صغيرة لم تر الحيض أو يائسة فاعتدت بثلاثة أشهر ثم رأت الحيض أثناء العدة، تحولت عدتها إلى الإقراء فتستأنف من جديد بثلاثة قروء كاملة، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر، ولم يبق إلا القليل؛ لأن العدة بالأشهر كانت بدلاً عن الأقراء، فإذا أمكن الأصل زال اعتبار البديل.

**الفرع الثاني: وقت احتساب العدة**

تبدأ العدة سواء أكانت من طلاق أم من وفاة من وقت حصولها، سواء أعلمت المرأة بالطلاق أم الوفاة أم لم تعلم، لأن المقصود بالعدة مضي المدة التي تنتهي بها آثار الزواج.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2. (د.ط؛ د.ن: دار الفكر، د.ت)، ص 237.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، الشافعي. (ط:1؛ د.م: دار الفكر العربي، د.ت)، ص 379.



فلو طلق الزوج الغائبة ثم أنكر، فأقيمت البينة على الطلاق فحكم القاضي بالتفريق بينهما، كان مبدأ العدة من وقت الطلاق لا من وقت حكم القاضي<sup>1</sup>.

وتنتهي العدة بالإقراء إذا أقرت المرأة بأن الأقراء الثلاثة قد انتهت؛ لأن هذا أمر لا يعرف إلا من قبلها، وما جاء عن الفقهاء في أقل مدة العدة لا يمثل قاعدة عامة، وهو غالباً يعبر عن الحالات النادرة، ومن ثم لا ينبغي أن يبني عليه تشريع تتعلق به حقوق الناس، وما دام ماجاء عن الفقهاء في أقل مدة العدة لا يمثل قاعدة عامة فإنه ينبغي ألا تصدق المرأة التي ادعت أن عدتها قد انقضت إلا بعد مضي المدة التي يغلب انتهاء العدة فيها، وهي ثلاثة أشهر، فإذا ادعت المرأة أنها لا ترى الدم كل شهر، وإنما تراه كل شهرين أو ثلاثة؛ فإن هذه المرأة تعد في حكم من اضطرب حيضها أو المرتابة، وتنقضي عدتها بعد ثلاثة أشهر من وقت فراق زوجها<sup>2</sup>.  
وأما إذا كانت المرأة تعتد بالأشهر، والمعتبر فيها الأشهر القمرية؛ والشهر القمري ثلاثون أو تسعة وعشرون يوماً، فإذا صادفت إبتداء العدة أو الشهر انقضت العدة بظهور هلال الشهر الرابع، وإن كان ابتداء العدة في بعض الشهر اعتبرت العدة بالأيام أي بعد لكل شهر ثلاثون يوماً؛ وذلك للإحتياط، وبهذا تنقضي العدة بعد تسعين يوماً من وقت الفراق<sup>3</sup>.  
-وقت إحتساب العدة قانوناً:

ذكر قانون الأسرة وقت احتساب عدة المرأة حسب الحالة، حيث جاء في المادة 58 أن عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء، واليائسة ثلاثة أشهر، ووقت احتساب العدة تبدأ من تاريخ التصريح بحكم الطلاق، ثم ذكرت المادة 59 عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالفقد، وعدة المتوفى عنها زوجها تبدأ من تاريخ وفاة الزوج، وعدة المرأة الحامل تبدأ من تاريخ الطلاق أو وفاة الزوج.  
ومما يؤخذ على المشرع الجزائري حينما ابتداء حساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق هذا لا يصح، لأن الفقهاء أجمعوا على أن ابتداء العدة يكون من تاريخ وقوع الطلاق متى تيقن ذلك وكان الزوج حاضراً وعلمت به المرأة.

وإنما اختلفوا في الغائب أو المطلق الذي يخفي على زوجته الطلاق، حيث قال بعض الفقهاء تبدأ العدة من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة، وقال بعضهم في حالة الغيبة أن العدة تبدأ من وقت العلم بموجيها (الوفاة أو الطلاق) لأنها عبادة ولا بد النية فيها. ولم يقل أحد أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بها<sup>4</sup>.  
والذي يبدو لي أن هذا الحكم مربوط بوقوع الطلاق نفسه لأن القانون لا يعتد بالطلاق إلا بعد الحكم به، ولا يحكم به إلا بعد مدة معينة، وهي فترة محاولة الإصلاح فإذا فشل في الإصلاح حكم بالطلاق، ومدة الإصلاح قد تصل إلى ثلاثة أشهر كما ينص عليها القانون، ومعنى هذا أن بعض النساء تبدأ العدة القانونية

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 162-163.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 235.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 236.

<sup>4</sup> المصري مبروك، المرجع السابق، ص 422-423.

بعد أن تنتهي العدة الشرعية التي يبدأ إحتسابها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، مع علمها بوقت وقوع الطلاق، وهذا الحكم غريب جداً لأنه فضلاً عن مخالفته للشرع لا يحقق أدنى مصلحة لأي من الزوجين.

### المبحث الثاني: الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال الرابط الشرعي بين الزوجين هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به ورعاية شؤونه والإشراف عليها، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية، إذ بها تكفل التربية الصحيحة والأخلاق السليمة وبه يتحقق نوع من الإستقرار النفسي الذي فقده بعد إفتراق والديه.

### المطلب الأول: مفهوم الحضانة؛

### الفرع الأول: تعريف الحضانة

1-تعريف الحضانة لغةً: الحضانة مصدر الحاضن والحاضنة: والمحاضن المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، وحضن الصبي يحضنه حضناً: رباه<sup>1</sup>، وعلية فالحضانة لغوياً تفيد معنى ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.

2-تعريف الحضانة إصطلاحاً: هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأموره، ووقايته مما يؤذيه ويضره، واعداده جسمياً وعقلياً ونفسياً كي يقوى على النهوض بتبعية الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها<sup>2</sup>.

3-تعريف الحضانة قانوناً: عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقاً من أهدافها في نص المادة 62 حيث نصت "الحضانة رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً"، وبذلك فالحضانة هي رعاية وعاطفة تجاه الولد فلا بد من توفير هذا الجو، لأن الحضانة تكون نتيجةً للطلاق وأثراً من آثاره، فلا بد منض & حماية الطفل بعد حصول الفرقة بين الزوجين، فعمد المشرع إلى تشريع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتحديد وتقدير مصلحة الطفل المحضون، وهذه الصلاحية الواسعة قد تؤثر في تقدير تلك المصلحة، وحتى يتمكن القاضي من تقديرها بصفة دقيقة له أن يلجأ لعدة وسائل ومنها:

### أولاً: التحقيق

<sup>1</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص 911.

<sup>2</sup> السيد سابق، المرجع السابق، ص 288.

<sup>3</sup> هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، مجلة جيل حقوق الانسان، العدد 14، بيروت، 2016، ص 58-59.

للقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الإعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون<sup>1</sup>.

ثانياً: الإنتقال للمعاينة؛ وهذا بالإنتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، كضيق السكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذا كله يدخلها القاضي في الحسابان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها مراعاة لمصلحة المحضون.

ثالثاً: الإستماع إلى أطراف العائلة؛ للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصحابه أو زوج أحد الخصوم، بالإضافة إلى إخوة أو أخوات وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه.

رابعاً: الاستعانة بتقارير الخبرة؛ يمكن للقاضي الاسترشاد بتقارير أهل الخبرة في تقدير مصلحة المحضون، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري إذا أخذ بتقرير المرشدة الإجتماعية في تقرير مصلحة المحضون<sup>2</sup>.

الفرع الثالث: شروط ممارسة الحضانة ومدتها؛

لممارسة الحضانة لابد من توفر مجموعة من الشروط، كما أنه لا بد أن تكون الحضانة في مدة معينة، فما هي شروط الحضانة؟، وفيما تكمن مدة ممارستها؟.

أولاً: شروط ممارسة الحضانة

قانون الأسرة الجزائري فقد وضع بعض الشروط في المادة 62 من قانون الأسرة، ولكن تلك الشروط كانت مقتضبة جاءت تحت باب تعريف الحضانة ولم يأت بشروط خاصة<sup>3</sup> حيث جاء في المادة (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويجب أن يكون الحاضن أهلاً لممارسة الحضانة)، فمن بين الشروط نذكر:

- رعاية الولد؛ وعدم ترك الصبي من خلال الرعاية بجميع أنواعها؛

- تعليم الولد وتربيته على دين أبيه، وكان على المشرع أن يسقط الحضانة إذا كانت الأم غير مسلمة، لأن الولد يتأثر بأمه لأنه كثيراً ما يلازمها، فمن باب أولى الحفاظ على دين الطفل أولى من الحفاظ على حضانة الأم الكافرة، وهو الموقف الذي نجده عند الحنفية كما ذكرنا سابقاً؛

- الحفاظ على الولد صحة وخلقاً؛

- الأهلية، فيكون الحاضن بالغاً راشداً، فلا حضانة لقاصر ولا مجنون.

<sup>1</sup> بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، جامعة الوادي، شتاء 2014، ص 191.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 192.

<sup>3</sup> هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص 61.

## ثانياً: مدة الحضانة

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجب القانون، حيث حددت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري انتهاء مدة ممارسة الحضانة، فبالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج أي تسعة عشر سنة كما نص على إمكانية تمديدتها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون<sup>1</sup>، وقد لخص المشرع الجزائري مدة الحضانة في المادة 65 بنصها "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهاءها مصلحة المحضون".

المطلب الثاني: أولى الناس بالحضانة ومسقطاتها وحق الرجوع فيها:

### الفرع الأول: أولى الناس بالحضانة

الحضانة تعد رعاية للطفل المحضون، وقد أولى لها الشرع الاسلامي إهتماماً كبيراً، مراعاة تلك الرعاية ومصصلحة المحضون في ذلك، وقد حذا حذوه المشرع الجزائري حينما ضبط أحق الناس بحضانة الولد وإسناد الحضانة لمستحقيها، وكما أعطى لهؤلاء الحاضنين الحق في ممارسة الحضانة أسقط لهم الحق فيها إذا لم يولوا للحضانة إهتماماً أو خالفوا أحكام ممارستها، ومن جهة أخرى أجاز حق الرجوع في ممارستها بعد إسقاطها في بعض الحالات وهو ما سنعرفه أدناه.

بعد حصول الفرقة بين الزوج والزوجة سواء أكان بطريق التطليق أم الخلع، فلا بد أن تسند الحضانة لأصحابها، فمن أولى الناس بحضانة الأولاد؟ وما هو ترتيب المحضونين؟.

شريعاً: لقد جعلت الشريعة الاسلامية السمحاء المطابقة لمقتضيات العقل والفترة السليمة حق حضانة الصغير أولاً لمحارمه من النساء، وجعلت أحق النساء المحارم بحضانة الصغير أمه، وجعلت قرابة الأم مقدمة في استحقاق الحضانة على قرابة الأب والجد<sup>2</sup>.

قانوناً: لقد أعطى قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم، الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بنصها "الأم أولى بحضانة ولدها..". إدراكاً من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، فالأم أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به وأكثرهم صبراً على تحمل مشاق العناية به<sup>3</sup>.

وبالرجوع الى نص المادة 64 نجد ترتيب الحواضن وفق ما يلي "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" فإذا تبين أن

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. المرجع السابق، ص 258.

<sup>2</sup> محمد معي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية. (د.ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، 2007)، ص 406.

<sup>3</sup> أحمد شامي، المرجع السابق، ص 304.

الحاضن الأول ليس أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى الحاضن الثاني وهكذا<sup>1</sup>، وذلك بإعطاء أوليات في الحضانة، والأكثر من ذلك ذكر في آخر المادة" مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك" أي أنه زاد من تركيز الحماية للطفل المحضون، فإن كان من مصلحة المحضون بقاءه مع الخالة سقطت الحضانة عن الآخرين، وهذا نوع من الحماية للطفل، من الإساءة العاطفية والنفسية التي قد يعترض لها، فنتيجة أن الولد المحضون ليس راغباً في بقاءه مع أحد المحضونين ورغب في خالته، فمن مصلحة الطفل المحضون بقاءه مع خالته، والقاضي له السلطة التقديرية في إسناد الحضانة أو إسقاطها، مع بقاء معيار مصلحة المحضون دائماً.

### الفرع الثاني: مسقطات الحضانة

لممارسة الحضانة من طرف الحاضن لابد عليه من توفر مجموعة من الشروط، سواء أثناء ممارسة الحضانة أم شروط تتعلق بالحاضن، وإن أخل بالالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطاً من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه، وبهذا نجد أن قانون الأسرة وفر الحماية للطفل، وذلك بتشريع مسقطات الحضانة، فأي إساءة للطفل المحضون تسقط حق الحاضن في ممارسة الحضانة مباشرة، وكل من له مصلحة في ذلك له الحق في المطالبة بإسقاط الحضانة قضاءً، ومن مسقطات الحضانة التي عالجها قانون الأسرة من المادة 66 إلى المادة 70 نذكر أسبابها كالتالي:

1- سقوط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم: لقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم"، أي أن من شروط الحضانة أن لا تكون الأم الحاضنة متزوجة من أجنبي<sup>2</sup>، ويعني بالأجنبي أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي، وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة بقوة القانون، وهذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، وعلّة الإسقاط أن هذا الشخص ليس من أقارب الطفل المحضون، فقد يسيء للطفل أثناء بقاءه مع أمه في بيت هذا الشخص، لأنه ليس من صلبه، والمعلوم أن الحضانة هي رعاية، فزواج الأم الحاضنة برجل ليس من أقارب الولد المحضون يهمل هذه الرعاية، فحماية للطفل المحضون من أي إساءة قد تصدر من هذا الزوج غير القريب للطفل لابد من إسقاط الحضانة عن هذه الأم، أما إذا تزوجت هذه الأم مثلاً بعم الولد المحضون فلا تسقط هذه الحضانة عن تلك الأم، لأن عم الطفل من أقاربه، وبالتالي سيعطف عن ابن أخيه، وهذه هي الحماية بذاتها التي رغب المشرع في وضعها، لرد الإساءات للطفل سواء أكانت النفسية أم الجسمية أم غيرها.

2- سقوط حق الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن: لقد أورد المشرع في نص المادة 67 من قانون الأسرة على أنه "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"،

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 256.

<sup>2</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 154.

ونستشف من هذه المادة أن المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة وضع مجموعة من الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة، فإن اختل أحد تلك الشروط، سقط حقه في الحضانة، ومن تلك الشروط "رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لممارسة الحضانة"، فإذا كانت الحاضنة هي الأم وأخلت بالتزاماتها وبواجبها تجاه المحضون، والمتمثلة في الرعاية والتربية والحماية والحفظ، فإنه باستطاعة القاضي أن يسقط حضانتها، وفي جميع الحالات يراعي القاضي مصلحة المحضون<sup>1</sup>.

3-تسقط بالتنازل: إذا تنازل صاحب الحق في الحضانة سقط حقه فيها وفق م66 ق أ (يسقط حق الحضانة .... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون).

4-سقوط حق الحضانة بعد مرور سنة: جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه "إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها"، وبهذا فإذا أسندت الحضانة لصاحبها، ومرت سنة كاملة ولم يمارس تلك الحضانة على الولد المحضون تسقط حقه فيها بقوة القانون.

فترك الطفل دون حضانة نوع من الإساءة للطفل، فإذا تعرض الطفل المحضون لهذه الإساءة، ولم يطلب من هو أولى الناس بالحضانة لممارستها لمدة سنة، سقط حقه فيها، وتنتقل الحضانة مباشرة للحاضن الذي يليه في الترتيب لغرض حماية الطفل، وعدم تركه دون حاضن يراعاه ويحميه، من مختلف الانتهاكات التي قد تمسه.

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجوداً في رعاية وكفالة خالته، وأن الأب أو الأم أو الجدة لم يطلب أحدهم حقه في حضانة الطفل، ومضى على ذلك سنة فأكثر، فإن حق الحضانة يسقط<sup>2</sup>، بتسبب أن هؤلاء غير مهتمين بالطفل فمن باب أولى إسقاط الحضانة عنهم حماية للطفل.

5- سقوط حق الحضانة بالمساكنة: جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، ومعنى هذا أن الخالة أو الجدة التي أسندت لها الحضانة إذا كانت تسكن مع أم الطفل المحضون، وكانت هذه الأم متزوجة بشخص لا تربطه قرابة بالولد المحضون، سقط الحق في الحضانة لهذه الخالة التي أسندت لها الحضانة، أو الجدة إن كانت هي الحاضنة، وهذا كله حماية للطفل وتجنب الإساءات التي قد تصدر من هذا الشخص غير القريب للولد المحضون.

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصحا وشرحا، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط:3، الجزائر: دارهومة، 2011)، ص 142.

6- الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ... " فالمرجع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي وهذا ما يعني الإقامة الدائمة أو لمدة غير محددة، أما الإقامة المؤقتة غير الطويلة لا تسقط الحضانة.

#### الفرع الثالث: حق الرجوع في الحضانة:

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على عودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري،، حيث نصت المادة 71 "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري"، بمعنى أن عودة الحضانة تكون بزوال المانع الإجباري الذي لا دخل لإرادة الحاضنة فيه، كأن يكون الحاضن غير قادر على تربية الولد المحضون وحمايته ثم بعد إسقاط الحضانة منه توفر له ظروف الحضانة الكاملة يمكن أن يطالب الحق في الحضانة، أما الذي إرادته لها دخل في وجود المانع، فإذا زال هذا المانع لا تعود الحضانة بزواله، والمالكية يعتبرون زواج الأم الحاضنة مانعاً اختيارياً، للحاضنة دخل فيه فيمنع من عودة الحضانة ولو زال هذا المانع بالطلاق أو الفراق<sup>1</sup>.

#### المطلب الثالث: سكن الحضانة:

إذا حصل وفُكَّت الرابطة الزوجية بين الزوجين، إما بطريق الطلاق أو التطليق أو الخلع، ثم أسندت الحضانة للأم فمن حقها المطالبة بسكن تمارس فيه حضانة الولد.

#### الفرع الأول: التعريف بسكن ممارسة الحضانة:

1-التعريف اللغوي للسكن: السَّكُنُ؛ والسَّكُنُ هو كلُّ ما سكنت إليه واستأنست به، والسَّكُنُ: أهل الدار وسكانها، والمسْكُنُ: مكان السُّكْنَى، وتساكُنُوا في الدار: سكنوا فيها جميعاً<sup>2</sup>.

2-التعريف الاصطلاحي للسكن: هو المكان الذي يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة، وتُراعى في ذلك حالة الزوج من يسار وإعسار ووضعها الإجتماعي<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في سكن الحضانة:

حق المحضون في السكن باعتباره مقررراً له قانوناً يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار اسناده إياه يعتبر حقاً شخصياً وليس حقاً عينياً، نظراً لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على شيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إذا كان مالكاً للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون إعتراض من

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندی، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

<sup>2</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 440.

<sup>3</sup> محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 455.

القائم بالحضانة<sup>1</sup>، وعلى هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار شريطة أن لا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون من حقه.

الفرع الثالث: مواصفات مسكن ممارسة الحضانة:

يجب أن تتوفر في المسكن الشرعي المواصفات والشروط التالية:

1- أن يكون المسكن المهيؤ مناسباً لحال الزوج المادية؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ...﴾ [الطلاق: 6]، وبناء على هذا ينبغي أن يكون المسكن مناسباً لحال الزوج، حسب قدراته المادية وأوضاعه الاجتماعية، بحيث يستطيع الزوج معاشرته زوجته فيه بالوجه الشرعي، وتأمين فيه الزوجة على نفسها ومتاعها، هذا في حالة المسكن الزوجي<sup>2</sup>، ونفس الحكم ينطبق على مسكن ممارسة الحضانة، بأن يكون مسكناً مهيئاً حسب يسر وعسر الزوج.

2- أن يكون المسكن يحتوي باباً له غلق، وأن يكون محتوياً المنافع الضرورية، وأن يشمل كل اللوازم الشرعية للسكنى من مرافق وأثاث وفراش وأدوات منزلية، تطلبها مقتضيات السكن، وذلك حسب حال الزوج. ومما تجدر الإشارة إليه: أن المسكن ينبغي أن يكون له مرافق ضرورية وهي التي تلزم للسكنى، بأن تتوفر فيه كل ما يحتاج إليه من فراش وأثاث ومرافق أخرى، وإذا كان حال الزوج فقيراً لا يساعده دخله على مسكن منفرد يجوز أن يكون المسكن شرعياً من غرفة واحدة مع مرافقها ولا يشاركه فيها أحد، ولا يعتبر المسكن شرعياً إذا كان منقطعاً عن الناس أو مخيفاً ولو توافرت فيه جميع الشروط إلا إذا أحضر لها الزوج مؤنس كخادم أو امرأة كبيرة<sup>3</sup>.

3- أن لا يسكن المسكن أحد من أهله وولده وغيرها، إلا إذا كان طفلاً غير مميز، وعليه أن يسكنها في دار منفردة، ليس فيها أحد من أهله، إلا أن تختار ذلك، وإن كان له ولد من غيرها، بحيث يفهم الجماع، فليس له أن يسكن معها<sup>4</sup>.

4- يشترط في المسكن أن يكون له جيران، والبيت الذي ليس له جيران ليس مسكناً شرعياً، فإذا أسكنها في بيت له وحشة لبعده، أو لخلوه من الساكنين، ولم يكن عندها من يدافع عنها إذا خشيت من اللصوص أو أهل الفساد أو سواهم، فيلزم الزوج عند ذلك أن يأتيها بامرأة تؤنسها.

5- إذا كان للزوج دار بها بيوت، وكان للزوجة أحد هذه البيوت ما يتحقق معه استقلالها، وكان يعيش في البيوت الأخرى والدًا الزوج فليس لها الإمتناع عن العيش معهما، إلا إذا تحقق الإيذاء<sup>5</sup>.

-موقف المشرع الجزائري:

<sup>1</sup> عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011، ص 41.

<sup>2</sup> أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1 و2 (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 287.

<sup>3</sup> أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 3؛ سوريا: المكتبة القانونية، 1994)، ص 198.

<sup>4</sup> عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج3 (ط: 4؛ مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1961)، ص 95.

<sup>5</sup> محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية. (ط: 3؛ عمان: دار الثقافة، 2010)، ص 255.



أقر قانون الأسرة الجزائري بالزامية الزوج توفير سكن ملائم للطفل المحضون لممارسة الحضانة، سواء أكان هذا السكن ملكاً له كسكن مستقل، فإن تعذر عليه ذلك يدفع بدل الإيجار، ويسري بدل الإيجار من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة، والملاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد مواصفات السكن الملائم مما يؤدي في بعض الأحيان إلى إشكالات في التنفيذ، حيث نصت المادة 72 ق.أ (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار...)، ويلاحظ من المادة أن نفقة المحضون يدخل فيها توفير سكن للطفل لممارسة الحضانة عليه، ويجب ذلك على الأب.

#### الفرع الرابع: الشروط القانونية لإستحقاق الحاضنة سكن ممارسة الحضانة؛

من فحوى المادة 72 تتضح مجموعة من الشروط التي لا بد من توفرها لتطبيق المادة تطبيقاً سليماً نوجزها فيما يلي<sup>1</sup>:

1- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها، بقطع النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر؛

2- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العممة مثلاً لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العممة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحضانة.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن مثل حالة زوجها ومثلها<sup>2</sup>.

#### الفرع الخامس: متاع البيت؛

قد يحصل الخلاف بين الزوجين حول متاع البيت سواء أكان خلال الحياة الزوجية أم بعد الطلاق، فيدعي كل واحد منهما ملكية ذلك المتاع، سواء أكانت لهما بينة أم لا، فيثور الإشكال حيال ذلك في مدى أحقية الزوجين في متاع البيت.

#### أولاً: تحديد معنى متاع البيت

1- المتاع لغةً: كل ما انتفع به فهو متاع<sup>3</sup>، كالطعام وأثاث البيت والسلعة، والأداة، والمال، وأمتع الرجل مطلقته: أعطائها المتعة بعد الطلاق<sup>4</sup>.

2- المتاع إصطلاحاً: هو ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت، وما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل المتاع أثاث البيت والأدوات المنزلية التي يحتاجها الزوجين في حياتهما اليومية.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 145.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 146.

<sup>3</sup> محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج46، ص 4127.

<sup>4</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 852.

3-المتاع قانوناً: إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف "متاع البيت" تعريفاً صريحاً وواضحاً، وأن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال، ومع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا، فنقول: أن "متاع البيت" هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الأغطية والأفرشة وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل، وقاعة الجلوس، وغرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك<sup>1</sup>.

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات، والملبوسات الشخصية، وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل الكتب والأدوات المستعملة لممارسة مهنة الطب والهندسة...، ومثل بندقية الصيد والسيارة لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، وبالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة 73 ق.أ بشأنها، وإنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني.

ثانياً: شروط تطبيق المادة 73 ق.أ:

- 1- أن يكون محل النزاع بين الزوجين هو متاع البيت؛
- 2- أن يكون سبب النزاع منصباً على حق إحداهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له؛
- 3- لا يكون لأحدهما حجة كتابية لإثبات ما يدعيه<sup>2</sup>.

ثالثاً: طريق العمل باليمين قضاء:

تناول القانون المدني اليمين الحاسمة في المادة 343 وما يليها، وسميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع، ويجوز لكل من الخصمين توجيهها إلى الخصم الآخر، غير أنه من حق القاضي منع توجيهها إذ تبين له تعسف الخصم في ذلك، ولمن وجهة إليه اليمين أن يردّها إلا إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان<sup>3</sup>. كما لا يجوز توجيه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام، ويجوز أن توجه للمرة الأولى في الاستئناف وهو ما ذكرته المادة 343 من القانون المدني، ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها، الرجوع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين، كما لا يجوز للخصم إثبات ما يخالف اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو رُدّت عليه.

أما عند ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي، فللخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض، دون إخلال بحقه في الطعن في الحكم الصادر ضده بناء على اليمين الكاذبة، وهو ما ذكرته المادة 345 ق.م، كما يجوز توجيه اليمين في كافة النزاعات الواردة على المطالبة بالحقوق الممكن التخلي عنها، ومن بينها حالة إنكار

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 148.

<sup>2</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 587.

الزوج لوجود متاع زوجته عنده<sup>1</sup>.

وإذا وجه أحد المتخاصمين اليمين إلى خصمه فلهذا الأخير إتخاذ أحد المواقف الثلاث:

1- إما أن يحلف اليمين الموجهة إليه ويربح دعواه؛

2- إما أن يرفضها ويعد هذا الرفض بمثابة إقرار قضائي، ويستفيد منه المتقاضي الذي وجه اليمين إلى خصمه؛

3- يمكن أن يتبنى موقفاً ثالثاً بأن يرد اليمين على المتقاضي الذي وجهها إليه، وبإستطاعة هذا الأخير إما أن يحلف اليمين ويربح دعواه، أو يرفضها ويخسر دعواه.

مع العلم أن اليمين الحاسمة لا يوجهها القاضي إلى المتخاصمين، بل أحدهما إلى الآخر، وتعتبر اليمين الحاسمة ملزمة للقاضي وتملي على القاضي في حالة أدائها ذلك الحل الواجب اتباعه.

والملاحظ أن قانون الأسرة سكت عن مكان وكيفية توجيه اليمين في حالة النزاع بين الزوجين مما أدى ذلك إلى تباين الإجتهادات القضائية في ذلك، فمنهم من يصدر حكماً لا يشير إلى مقرر الحكم الآخر وخالياً من صيغة اليمين، والصحيح أن يؤدي اليمين بالجلسة وبحضور الخصم الآخر بعد تبليغه بتاريخ ومكان الجلسة وأن تحدد صيغة اليمين.

رابعاً: موقف القضاء وقانون الأسرة في مسألة النزاع في متاع البيت؛

إذا وقع النزاع بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، أو بعد التطلاق أو الخلع حول أمتعة البيت الزوجي (كالأثاث والأفرشة والأغطية والأدوات المنزلية والتجهيزات وغيرها...)، فإن المحكمة العيا إستقر إجتهادها على أنه في هذه الحالة يجب الرجوع في الفصل بينهما للقواعد العامة للإثبات، فعلى من يدعي من الزوجين ملكية شيء من الأشياء داخل بيت الزوجية أو خارجه أن يثبت تلك الملكية بكافة الوسائل المقررة شرعاً (كالكتابة وشهادة الشهود وإقرار الطرف الآخر والنكول عن اليمين وغيرها...)<sup>2</sup>، وفقاً للحديث النبوي الشريف "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، إلا في القسامة"<sup>3</sup>.

وأما إذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت، فإدعى كل واحد منهما لنفسه ولا بينة لأحدهما، يجب إعمال قرينة بسيطة نصت عليها المادة 73 من ق.أ وهي ما للرجال عادة يأخذه الزوج بيمينه (كملابس الرجال وبنداقية الصيد ومستلزمات عمله أو حرفته...)، وما للنساء عادة تأخذه الزوجة بيمينها (كملابس النساء والحلي وأدوات الزينة، وما يخص عملها أو وظيفتها إن كانت تعمل...)<sup>4</sup>، أو من الأشياء التي جلبتها معها إلى بيت الزوجية وكانت قد إشترتها من مالها الخاص، أو أنها تشكل جزءاً من جهازها الذي حملته معها من

<sup>1</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. (د.ط: الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014)، ص 177.

<sup>3</sup> أخرجه: ابن حبان في صحيحه ت 739هـ، تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله بن عبد العزيز بن ناصر الخباني، ج 4 (ط: 1؛ الرياض: أضواء السلف، 2007)، باب إذا انتقل الذمي إلى دين، ص 508، رقم الحديث (2937).

<sup>4</sup> بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. المرجع السابق، ص 178.

بيت أبيها إلى بيت زوجها وليس لها دليل كافٍ لمليتها له فإنها تحلف اليمين القانونية وتأخذه، وأما المشتركات بين الزوجين، فإنها تقسم بينهما بالتساوي، بعد يمينهما عيناً كانت أو نقداً (كالمفروشات والأدوات والأسرة والأواني وغيرها...).

### المبحث الثالث: حق الزيارة؛

بعد صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية يحكم القاضي بالحق في الحضانة لأحد الزوجين أو لغيرهما، وبالمقابل يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، والزيارة تمثل حقاً شديداً الأهمية لما له من دور في حياة كل من المحضون وصاحب الحق في حضانته، لذا قد نظم قانون الأسرة الجزائري بعض أحكامه، لأنها تجعل حياة الطفل مستقرة إجتماعياً وعاطفياً، مما يحقق له الديمومة والإندماج في المجتمع.

### المطلب الأول: مفهوم بحق الزيارة

#### الفرع الأول: تعريف الزيارة لغة وإصطلاحاً

1-تعريف الزيارة لغةً: الزيارة في اللغة القصد، وزاره زيارة وزوراً: قصده، فهو زائر ومزور، وفي العرف: قصد المزور إكراماً له، واستئناساً به.

2-تعريف الزيارة اصطلاحاً: زيارة المحضون: أي قصد المحضون من حاضنه لرؤيته، والاطمئنان عليه، والاستئناس به مدة محددة<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: تعريف الزيارة في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يعرّف الزيارة، وإكتفى بعبارة واحدة تلزم القاضي بإسناد الزيارة لأحد الوالدين، إذ نصت المادة 64 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية (على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)، وعليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق، فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائياً للأب بحق زيارة المحضون، وذلك في أوقات، وأماكن محددة، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة، وفي أوقات، وأماكن محددة.

#### المطلب الثاني: تنظيم حق الزيارة وتنفيذ رؤية المحضون؛

إن حق الزيارة إنما شرع لمصلحة المحضون، وحتى تتحقق هذه المصلحة لابد من تنظيم الزيارة من حيث أوقاتها بتحديد مدتها وزمانها بالتوقيت الزمني وتحديد اليوم الذي تتم فيه الزيارة، كما أنه لابد من تحديد مكان للزيارة كي يحس الطفل المحضون بنوع من الإستقرار، فلا يتأذى الطفل ولا الوالدين فتستقر حياة الطفل المحضون بالتقليل من أثر الفرقة من خلال تنظيم الحضانة، وهو ما سنوضحه أكثر أدناه.

#### الفرع الأول: طريقة تنظيم الزيارة

يتم تنظيم الزيارة بطريقتين إثنين، إما ودياً بالإتفاق بين والدي الطفل المحضون، وفي حالة الإختلاف

<sup>1</sup> عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 7.

يتم تنظيمها قضاء وفق مايلي:

#### أ-تنظيم حق الزيارة ودياً:

لما كان عقد الزواج من العقود الرضائية فإنه بالمقابل في حالة الطلاق فإنه متى اتفق صاحب حق الزيارة مع الحاضن على تنظيم حق الزيارة بطريقة ودية مراعاة لمصلحة المحضون، فإنه لا يبقى سوى تنفيذ هذا الإتفاق وبالتأكيد أن هذا الأمر يتم تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة، فيتم تنظيم هذا الأمر من حيث مكان إلتقاء صاحب حق الزيارة بالمحضون وكذلك من حيث الزمان بتحديد الوقت، وكذلك إمكانية المبيت من عدمه، فمن شأن هذه الطريقة أن تمنح المحضون جواً أقرب إلى ما كان عليه ولو أن والديه منفصلان<sup>1</sup>.

#### ب-تنظيم الزيارة قضائياً:

متى لم يتفق الحاضن وصاحب الزيارة في الأمور المتعلقة بحق الزيارة ودياً، فإن قاضي شؤون الأسرة يتدخل وينظمها بنفسه وفقاً لسلطته التقديرية التي تتم بناء على مصلحة المحضون، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حينما تناول مصطلح مصلحة المحضون فإنه لم يُعرّفه بل ترك أمر تقديرها لسلطة القضاء، فلا يوجد نص صريح يتناول كيفية تنظيم حق الزيارة وإنما توجد قرارات للمحكمة العليا التي جرى العرف على إتباعها<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: تنفيذ رؤية المحضون؛

يتم تنفيذ رؤية المحضون من خلال تحديد زمان الزيارة ومكانها، ليتمكن صاحب حق الزيارة من تنفيذ رؤية المحضون، وذلك وفق مايلي:

أ- أوقات الزيارة: الأصل في أوقات رؤية وزيارة الولد المحضون مسألة مبنية على المرونة والتوسعة بين أصحاب الشأن بما يحقق مصلحة الصغير، وبعد تحقق ذلك يصير الأمر إلى يد القاضي الذي خوله المشرع الفصل في جميع المسائل المتعلقة بالزيارة، ويستعين في ذلك بما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية لغياب النص القانوني في الموضوع، كما هو منصوص عليه في المادة 222 من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

وتتم الزيارة في المعتاد مرة في كل أسبوع للأبوين وأقل من ذلك بالنسبة لغيرهما، ولايحق إعطاء الحق في الزيارة لأحد الأبوين لأقل من مرة في الأسبوع لأنه فيه إضراراً بمصلحة المحضون، حيث جاء في القرار القضائي "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بالزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن

<sup>1</sup> بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، سبتمبر 2019، جامعة عمارثليجي الأغواط، ص 287.

<sup>2</sup> المرجع والموضع نفسه.

<sup>3</sup> نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018، ص 492.

القرار بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للأقارب، فإنهم الحق في زيارة الطفل المحضون، لكن الزيارة تختلف في المدة عن زيارة الوالدين، كأن يكون مرة كل شهر، هذا ويجب أن تكون الزيارة في أوقات مناسبة، فلا تكون ليلاً أو في أوقات متأخرة، لأن الليل وقت سكون وراحة.

وتجدر الإشارة إلى أن مدة الزيارة وزمانها يختلف ان باختلاف سن المحضون وحالته الصحية، بحيث لو كان مميزاً كان من الجائز له المبيت عند كلا أبويه وزيارتهما، ولا يُمنع منذ لكل أنفيه تحريضاً على العقوق وقطيعة الرحم وهو الأمر المحظور شرعاً<sup>2</sup>.

ب- مكان الزيارة: مكان الحضانة يجب أن يكون ملائماً لا مضرة فيه على الولد أو نفسيته<sup>3</sup>، كما يجب كذلك أن يكون قريباً، لأن الزيارة إذا لم تحقق غرض رقابة الولي على الصغير، فقد تكون سبباً لإسقاط الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، والمسافة التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة قدرتها المحكمة العليا بسة برود، أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة وولي المحضون<sup>4</sup>، وهذه المسافة كبيرة تضر بمصلحة المحضون، إذ قد تجعل من له الحق في الزيارة يبعد فترة الزيارة لبعد المسافة ومشقة السفر كل أسبوع ومصاريف التنقل، وهذا فيه إضرار للطفل المحضون، وبالتالي المسافة لا بد أن تكون أقل من ذلك.

ومن شروط تحديد مكان الزيارة لا بد أن لا يكون فيه تضيق وتقييد مما قد يضر بمصلحة الطفل المحضون والوالدين، حيث جاء في قرار المحكمة العليا "من المستقر عليه فقهاً وقضاً أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر إستعماله على النحو الذي يراه دون تضيق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحالة- أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز إختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>5</sup>، وبهذا فلا بد أن يكون تحديد مكان الزيارة بالتوافق بين الوالدين مع مراعاة مصلحة المحضون ومما يحقق له الإستقرار العاطفي والمعيشي.

كما أن من شروط تحديد مكان الزيارة أن لا تكون في المسكن الذي تقيم فيه المطلقة، لأنها أصبحت أجنبية عن طليقها فلا يحق أن يقربها بأي شكل من أشكال التقرب، لأن ذلك قد يدفع الريبة والشك وقد

<sup>1</sup> قرار رقم 59784، بتاريخ 1990/04/16، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1991، ص 126.

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاً. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 1984)، ص 425.

<sup>3</sup> عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، المرجع السابق، ص 27.

<sup>4</sup> قرار رقم 43594، بتاريخ 1986/09/22، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، الإجهاد القضائي، عدد4، لسنة 1992، ص 41.

<sup>5</sup> قرار رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، عدد1، لسنة 1992، ص 55.

يؤدي بالوقوع في المحذور، حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا يمنع ذلك "من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة"<sup>1</sup>، إلا أنه وإعمالاً لمصلحة المحضون فيمكن إجازة زيارة المحضون إستثناءً بمسكن الحضانة، مراعاة لمصلحة المحضون متى كان ممن يصعب نقله عند الزيارة كأن يكون صغير السن، لا يستطيع الإستغناء عن أمه ولا يحتمل إبعاده عنها، كحال الرضيع<sup>2</sup>، أو يكون الطفل المحضون به حالة مرضية تجعله عاجزاً عن التنقل إلى مكان الزيارة البعيد عن مكان ممارسة الحضانة، أو كانت ظروفه الصحية لا تسمح بذلك، فكل هذه الأسباب وغيرها تجعل إمكانية أن يكون مكان الزيارة في مسكن ممارسة الحضانة، مع التحلي بالضوابط الشرعية أثناء الزيارة، كحضور محرم للأم الحاضنة أثناء زيارة أب الطفل المحضون.

#### المبحث الرابع: النفقة

##### المطلب الأول: مفهوم النفقة

##### الفرع الأول: تعريف النفقة وادلة مشروعيتها

1-تعريف النفقة لغةً: يقال اسْتَنْفَقَ الشيء: أنْفَقَهُ. أي استنفق المال على عياله. والإنفاق: أي بذل المال ونحوه في وجه من وجوه الخير<sup>3</sup>.

2-اصطلاحاً: هي إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز، وكسوة، ومسكن، ودهن، ومصباح، ونحو ذلك<sup>4</sup>. ومن تجب عليه النفقة الزوجية هو الزوج، ومن تجب له النفقة من الزوج هو الزوجة الثابتة بالعقد. وبذلك فالنفقة الزوجية هي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، ومسكن، وخدمة، ودواء وإن كانت غنية<sup>5</sup>، وبمعنى كل ما يخرج الزوج ويقدمه لزوجته في شكل حاجيات لإشباع حاجة مادية أو معنوية.

##### 3-أدلة مشروعية النفقة:

##### أ-من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: (...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...) (البقرة 233)، وقوله أيضاً: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ

<sup>1</sup> قرار رقم 214290، بتاريخ 1998/12/15، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، إجتهد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001، ص 194.

<sup>2</sup> نوال بنت عبد العزيز، حقوق المحضون، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ، ص 40.

<sup>3</sup> مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 942.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الجزيري، مذاهب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3 (ط: 1: مصر، دار المنار، 1999)، ص 553.

<sup>5</sup> السيد سابق، المرجع السابق، دار الفكر، ص 147.

حَمَلَهِنَّ...)) الطلاق 6 وهذه الآية تدل على أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج فيجب على الزوج الإحسان إلى زوجته وإطعامها وكسوتها وإسكانها على قدر إمكانه واستطاعته وسعته<sup>1</sup>.

ب- من السنة النبوية:

- أَنَّ هِنْدَ أُمَّ مُعَاوِيَةَ جَاءَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ وَأَنَّهُ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ سِرًّا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ».

الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة:

النفقة تجب من الزوج على زوجته كما تجب من الأصل على الفرع وكذا الفرع على الأصل وتفصيل

ذلك كالتالي:

أ-شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع: لكي تجب نفقة الأصل على الفرع لابد من توفر الشروط التالية:  
-أن يكون الأصل فقيراً لا مال له أو معسراً محتاجاً للنفقة، فإن كان موسراً له مال فنفقته في ماله<sup>2</sup>.  
-أن يكون الأصل عاجزاً عن الكسب، فإن كان قادراً على الكسب يجبر عليه، ولا تجب نفقته على غيره، فلا يلزم فرعه بالإنفاق عليه مادام قادراً على الكسب<sup>3</sup>.  
-أن يكون الفرع موسراً أو مكتسباً وهذا مذهب الجمهور.  
أن يكون المنفق وارثاً فتجب نفقة الأصل على فرعه إذا كان وارثاً له<sup>4</sup>.

ب-شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول: يشترط لوجوب نفقة الفروع على الأصول مايلي:

-أن يكون الأصل موسراً بماله، أو قادراً على الإنفاق باكتسابه أو قدرته على الإكتساب في مذهب الجمهور<sup>5</sup>.  
-أن يكون الولد فقيراً لا مال له، وعاجزاً عن الكسب لصغره أو بسبب الأنوثة، أو بسبب مرض أو عاهة، أو لطلب العلم.

ج-شروط وجوب النفقة للزوجة: بإستقراء مواد قانون الأسرة يتضح نفقة الزوجة على زوجها تجب بتوفر الشروط التالية:

1-العقد الصحيح: يجب أن يكون الزواج صحيحاً شرعاً، استوفى أركانه طبقاً للمادة 9 و9 مكرر ق.أ، وليس هذا فحسب بل بشرط وجوب الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، ولهذا كان المعقود عليها عقداً فاسداً أو باطلاً لا يحق لها نفقةً زوجيةً، وعليه فإن المعتدة بعد عقد صحيح تجب لها النفقة أما عدة المدخول بها بعد زواج فاسد فلا تجب.

<sup>1</sup> محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، داراليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص22.

<sup>2</sup> إبراهيم بن عبد الله الشيرازي، المذهب، ج2. (د.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص 166.

<sup>3</sup> علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج1. (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1984)، ص 164.

<sup>4</sup> أبي القاسم محمد ابن أحمد جزئ، القوانين الفقهية في تخلص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. (د.ط؛ الكويت: د.ن، د.ت)، ص 222.

<sup>5</sup> أحمد محمد علي داي، الأحوال الشخصية. (ط:1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009)، ص 111.



2-الدخول بالزوجة: وهو ما اشترطه المشرع بموجب المادة 74 ق. أ بأن النفقة لا تجب بالعقد على الزوجة فقط بل تجب بدخول الزوج بزوجه لبيت الزوجية؛ أي بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، سواء أتمت المخالطة الجنسية فعلاً أم لم تتم، متى كان العجز على المخالطة يعود لضعف جنسي في الزوج، ذلك أن عدم حصول المخالطة برفض الزوجة للزوج ومقاومتها له يعتبر نشوزاً منها، وبالتالي يسقط حقها في النفقة.

3-دعوة الزوج زوجته للدخول بها: أي أن نفقة الزوجة تجب أيضاً على زوجها إذا دعاها للدخول ووجد ما يثبت ذلك كشهادة الشهود لأن الدعوة للدخول هو استعداد له، كأن يقوم الزوج بتحديد تاريخ الدخول بالزوجة لبيت الزوجية، فالفترة بين اليوم الذي حدد فيه تاريخ الدخول إلى غاية وصول اليوم المحدد لذلك كلها تجب فيها النفقة على الزوج، لأنه قد دعاها للدخول في تلك المدة وهي مستعدة لذلك فقد احتسبها لنفسه، فيجب عليه النفقة فيها، وهو ما ذكرته المادة 74 بنصها (..أو بدعوتها إليه ببينة).

#### الفرع الثالث: موجبات استحقاق النفقة:

1-الدخول بالزوجة: تجب نفقة الزوجة عن زوجها بالدخول بها أي بالخلوة الصحيحة وهو ما نصت عليه م74 ق أ.

2-العقد الصحيح: أن يكون عقد الزواج شرعياً استوفي جميع أركانه وشروطه فإن كان فاسداً لا نفقة للزوجة فيه، فالشافعية قالوا تجب النفقة بمجرد العقد الصحيح وقال المالكية تجب الدخول وهو ما نصت عليه م74 ق أ وبذلك لاستحقاق الزوجة النفقة أن كون العقد صحيحاً ويتم الدخول حقيقة.

3-القرباة: فنجد أن المشرع في م75 ق أ فرض نفقة الأب على أولاده القصر بقولها (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال)، كما نجد أن المشرع في م77 أوجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب درجة القرابة (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث).

#### الفرع الرابع: مشمولات النفقة:

وتشمل النفقة وفق المادة 78 ق أ العناصر التالية:

1-نفقة الغذاء والكسوة والعلاج: وتعتبر هذه النفقات هي الأهم من حيث الدرجة، ولهذا فقد أوردها المشرع الجزائري في القائمة الأولى التي تشملها النفقة والتي تعتبر من أساسيات الحياة، فعلى الزوج أن يوفرها لزوجته بقدر وسعه وحسب ما هو متعارف في المجتمع، ويدخل في الكسوة الواجبة على الزوج، الزينة وأدواتها التي تتضرر المرأة بتركها، مثل الكحل والحناء والدهن والمكياج وغيرها، مما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف وبما جرى به عرف الناس<sup>1</sup>.

2-نفقة السكن وأجرته: اعتبر المشرع الجزائري السكن من مشتملات النفقة الزوجية، فيجب على الزوج أن يوفر لها، ويشترط فيه أن يكون السكن ملائماً شرعاً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 347.

<sup>2</sup> أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 54.

3- ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة: بمعنى أنه يضاف إلى العناصر السابقة كل شيء يعتبر ضرورياً في عرف الناس وعاداتهم، وأعراف وعادات المجتمع الجزائري تختلف من مكان إلى آخر.

الفرع الخامس: مدة النفقة:

ونميز بين ثلاث حالات:

1- بالنسبة للزوجة: تستمر النفقة مادام عقد الزواج قائماً وتسقط بالنشوز أو الطلاق بالبينونة.

2- بالنسبة للولد الذكر: فالطفل تستمر نفقته من ولادته إلى بلوغه سن الرشد وهو 19 سنة، ويمكن أن

تستمر النفقة ما إذا كان الولد عاجزاً لمرض أو إعاقة أو مزاوياً للدراسة وفق م75 ق أ.

3- بالنسبة للأنثى: تستمر نفقتها إلى غاية دخولها إلى بيت الزوجية وفق م75 ق أ.

الفرع السادس: مقدار النفقة:

1- مقدار النفقة فقها: اختلف الفقهاء في تقدير النفقة على أقوال:

القول الأول: ما ذهب إليه جمهور العلماء أن النفقة مقدرة بالكفاية تختلف باختلاف من تجب له النفقة بمقدارها واستدلوا بقوله تعالى: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ [البقرة: 233]، والله تعالى أطلق كتابة الرزق وشرط في ذلك المعروف، والرزق شيء غير محدد، وإنما هو لبيان الكفاية والوفاء، فالقول بالتحديد زيادة على النص، والزيادة عليه أمر غير جائز شرعاً، ولو كان سبحانه يريد تحديد النفقة، لبيّنه سبحانه، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة<sup>1</sup>.

القول الثاني: ذهب الشافعي في الجديد، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة إلى أنها مقدرة بمقدار محدد، فقال القاضي أبو يعلى: أن المقدار الواجب هو رطلان من الخبز في كل يوم إعتباراً بالكفارات، أما الشافعية فقدها بمد، ومد ونصف، ومدين على حسب حال الزوج يسراً وعسراً، وتوسطاً بين الأمرين.

2- مقدار النفقة قانوناً: قد راعى المشرع الجزائري ظروف الزوج لتقدير النفقة بموجب م79 ق أ (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش)، أما إذا عجز الأب تسند النفقة للأم إذا كانت قادرة كأن تكون عاملة، وهو ما نصت عليه م76 ق أ (وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك).

الفرع السادس: تاريخ استحقاق النفقة:

إذا قدم طالب النفقة إثباتاً على أن الملتزم بها لم يؤدها له لعدة سنوات قبل رفع الدعوى فإن القاضي لا يحكم له إلا بالنفقة لمدة السنة السابقة لرفع الدعوى، أما إذا لم يقدم دليلاً على عدم دفع النفقة للفترة السابقة لرفع الدعوى فإن القاضي لا يحكم إلا بالنفقة المستحقة من يوم رفع الدعوى، من خلال م80 (تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة من تاريخ رفع الدعوى)، ويحكم القاضي بالنفقة الوقتية خلال 3 أيام من رفع الدعوى بموجب تدبير

<sup>1</sup> محمد يعقوب، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية. (د. ط؛ مصر: دار الفضيلة، 1425هـ)، ص 45.

استعجالي ويزول مفعوله بصدور حكم نهائي في الموضوع وفق نص م 57 مكرر(يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منه بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن)

الفرع السابع: مراجعة النفقة: بعد صدور حكم قضائي يوجب النفقة فلا يمكن لمن له حق النفقة أن يطلب الزيادة فيها ما لم تمر فترة سنة من صدور الحكم وهو ما نصت عليه م 79 (... ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم).

الفرع الثامن: آثار الإمتناع عن أداء النفقة:

إذا امتنع المحكوم عليه بأداء نفقة زوجته أو نفقة أولاده، فإن كان موسرا وله مال ظاهر باع القاضي من أمواله وأعطى المحكوم لها بذلك ما تنفق منه على نفسها وأولادها وإن كانت معسرا جاز للزوجة أن تطلب من القاضي أن يحبس المدين بالنفقة ليحمله على أدائها، ونص المشرع في م 331 ق ع كل من إمتنع عن أداء نفقة الأسرة لمدة تتجاوز شهرين يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج.

خاتمة:

من خلال ما تقدم في هذه المطبوعة قد عالجتنا موضوع حل الرابطة الزوجية بجميع أنواعها وأحكامها سواء من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، ومنه نخلص إلى ما يلي:

-عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع حل الرابطة الزوجية من المادة 47 إلى المادة 57

-تنحل الرابطة الزوجية إما بطريق الوفاة أو بطريق الطلاق

-للزوج الحق في حل الرابطة الزوجية بإرادته الحرة ويسمى الطلاق بإرادة الزوج شريطة أن لا يكون متعسفا في طلاق زوجته؛

-طلاق الزوج يتم بعد محاولات الصلح يجربها القاضي وجوبا، وفي حال الطلاق العرفي يثبت بحكم قضائي؛  
-للزوجة حق حل الرابطة الزوجية بطريق التطليق، ويكون إذا توفرت أحد الأسباب العشرة المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة؛

-للزوجة حق حل الرابطة الزوجية بطريق الخلع ، مع إلزامية تقديم بدل الخلع يتفق عليه الزوجين، وفي حال الاختلاف فيه للقاضي السلطة التقديرية في تحديده بما لا يتجاوز صدق المثل؛

-للزوجين حق حل الرابطة الزوجية بالتراضي، ولايوجب لأي منها تعويض للطرف الآخر؛

-بعد صدور الحكم بالطلاق يترتب عنه آثار يحدد القاضي ضوابطها في الحكم القضائي؛

-حق الحضانة يحدد القاضي ضوابطه في منطوق الحق بتحديد أولى الناس بها؛

-حق النفقة يوجد للطفل المحضون، وتحديد قيمته ترجع السلطة التقديرية للقاضي؛

-حق السكن، على الزوج توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة؛

-حق الزيارة؛ على القاضي في منطوق الحكم أن يحدد مكان الزيارة ومدته؛

-تخضع إجراءات التقاضي في الطلاق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة.

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: القوانين والأوامر

1-القوانين

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

-قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، والمتضمن: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 21، السنة 45، 23 أبريل 2008).

## 2- الأوامر

-الامر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2010.  
-الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 18، 2007).

### ثالثا: القواميس

-محمود حامد عثمان، القاموس المبين في إصطلاحات الأصوليين. لا. ط: مصر: دار الحديث، د. ت.  
-الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994).  
-المنجد الأبجدي. (ط: 8؛ بيروت: دار المشرق، د. ت).  
-أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، ج 1 (ط: 1؛ د. م: عالم الكتب، 2008).  
-إبراهيم مدكور، معجم الوجيز. (ط: 1؛ مصر: دار الهندسية، 1980).  
-محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج 2 (لا. ط: القاهرة: دار الفضيلة، د. ت).  
-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. (ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004).

### رابعا: الكتب

- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح. (لا. ط: القاهرة: دار الحديث، 2008).  
-إبراهيم بن عبد الله الشيرازي، المذهب، ج 2. (د. ط: بيروت: دار الفكر، د. ت).  
-ابن حبان في صحيحه ت 739هـ، تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله بن عبد العزيز بن ناصر الخباني، ج 4 (ط: 1؛ الرياض: أضواء السلف، 2007).  
-ابن شويب الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2008).  
-أبو السعادات ابن الأثير ت 606هـ، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، ج 11 (ط: 1؛ لبنان: مكتبة الحلواني، 1972).  
-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986).  
-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1986).  
-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003).  
-أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003).  
-أبو داود الطيالسي ت 204هـ، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، ج 4 (ط: 1؛ مصر: دار هجر، 1999).  
-أبي القاسم محمد ابن أحمد جزئ، القوانين الفقهية في تخلص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي. (د. ط: الكويت: د. ن، د. ت).  
-أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج 14. (د. ط: د. م: دار الفكر، 1984).  
-أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج 8 (د. ط: د. م: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، د. ت).  
-أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون. (ط: 5؛ مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، 2003).  
-أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، ج 2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، د. ت).  
-أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1 (ط: 1؛ لا. م: مكتبة المعارف، 1984).  
-أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون. (ط: 1؛ مصر: دار المعارف، 1976).  
-أحمد بخيت الغزالي وعبد الحلیم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2009).  
-أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ج 33 (لا. ط: الرباط المغرب: مكتبة ابن تيمية، د. ت).  
-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد الدين خطيب، ج 9 (د. ط: بيروت: دار المعرفة، د. ت).  
-أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ج 10 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).  
-أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ج 28 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).  
-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010).  
-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010).  
-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام. (لا. ط: بيروت: الدار الجامعية، 1998).

- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1 و2 (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- أحمد محمد علي داي، الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة، 2009).
- أحمد محمد كنعان، موسوعة المرأة الطبية. (ط: 2؛ د. م: دار النفائس، 2006).
- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون اليمني. (لا. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2011).
- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما. (لا. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2004).
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي. (لا. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2011).
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. (لا. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2011).
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا. ط: مصر: دار الكتب القانونية، 2009).
- أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج1. (ط: 3؛ سوريا: المكتبة القانونية، 1994).
- إسماعيل أبو بكر علي البامري، أحكام الأسرة. (ط: 1؛ عمان: دار الحامد، 2008).
- إسماعيل باشا، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين، ج5، لا. ط: تركيا: لا. ن، 1951).
- الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5. (ط: 1؛ د. م: مطبعة السعادة، 1323 هـ).
- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4 (ط: 2؛ الروبية الجزائر: دار الوعي، 2010).
- السيد أبوعطية، الزواج والطلاق في زمن العولمة. (ط: 1؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2014).
- السيد سابق، فقه السنة، ج2 (ط: 4؛ بيروت: دار الفكر، 1983).
- السيد سابق، فقه السنة، ج3 (ط: 2؛ القاهرة: دار الفتح، 1999).
- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة. (ط: 8؛ ليبيا: دار ابن حمودة، 2011).
- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2008).
- الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين. (د. ط: بيروت: دار المعرفة، د. ت).
- أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العملية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق. (لا. ط: القاهرة: دار الحديث، 2010).
- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. (لا. ط: عين مليلة: دار الهدى، 2007).
- باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة. (لا. ط: عين مليلة: دار الهدى، 2012).
- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2007).
- بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000).
- بلال مروان الإسماعيل، تعلم واحتراف الانترنت. (ط: 1؛ حمص سورية: دار مهارات للعلوم، 2007).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 6؛ بن عكنون الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010).
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط: 6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010).
- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد. (د. ط: الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014).
- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (د. ط: الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015).
- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ عمان: دار قنديل، 2010).
- رفيق محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في فقه الطلاق. (ط: 11؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011).
- رفيق محمد عبد الكريم الصافي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الفكر، 2007).
- زياد صبيح علي ذياب، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي. (لا. ط: لا. م: دار الينابيع، 1992).
- زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، د. ت).
- سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2002).
- سعد فوضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1. (د. ط: الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986).
- سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ت 360هـ، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج18 (ط: 2؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د. ت).
- سليمان ولد خسال، المبسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا. ط: المحمدية الجزائر: دار طليطلة، 2010).
- صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الفكر، د. ت).

- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط: 1؛ القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2009).
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4 (ط: 1؛ بيروت: دار الثقلين، 1998).
- عبد الرحمن الجزيري، مذاهب الفقه على المذاهب الأربعة. ج 3 (ط: 1؛ مصر، دار المنار، 1999).
- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2014).
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. (ط: 3، الجزائر: دار هومة، 2011).
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاً. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، 1984).
- عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب. ج 3 (ط: 4؛ مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1961).
- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي. (أطروحة دكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006-2007.
- عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء. (لا. ط: الأبيار الجزائر: منشورات ثالة، 2010).
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 7 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1993).
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج 1 (ط: 1؛ المغرب: مكتبة الرشاد، 2006).
- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 7 (د. ط: مصر: مكتبة القاهرة، د. ت).
- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الاسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.
- عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج 3، لا. ط: مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت، ص 190).
- عبيد ربيعي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ الأردن: دار الفكر، 2007).
- عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبين الحقائق، ج 3 (ط: 1؛ القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313 هـ).
- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 1. (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة للنشر، د. ت).
- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 1. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1984).
- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج 9 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003).
- علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 8 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998).
- علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأنزوط، ج 5 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004).
- علي بن عمر الدارقطني ت 385هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأنزوط، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004).
- علي بن منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. (ط: 1؛ بيروت: دار الفتح، 1970).
- عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. (لا. ط: بن عكنون الجزائر: أنسيك لوبيديا للنشر، 2003).
- عمر عيسى الفقى، التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت).
- عمر عيسى الفقى، التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين. (د. ط: مصر: المكتب الفني للموسوعة القانونية، د. ت).
- فتحي الدبريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977).
- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (لا. ط: بن عكنون الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008).
- قاضيخان محمود الأوز جندي، الفتاوى الخانية، ج 1. (ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1986).
- كمال إبراهيم مرسي، العلاقة الزوجية والصحة النفسية. (ط: 2؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1995).
- كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة. (لا. ط: القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2003).
- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع. (ط: 1؛ القاهرة: عالم الكتب، 2001).
- لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون. (لا. ط: بوزريعة الجزائر: دار هومة، 2003).
- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. (ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006).
- محمد أبو العلا، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون. (لا. ط: الحجار عنابة: دار العلوم، 2001).
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ القاهرة: دار الفكر العربي، د. ت).
- محمد أبو زهرة، الشافعي. (ط: 1؛ د. م: دار الفكر العربي، د. ت).
- محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط: 1؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 1 (لا. ط: مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).
- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1417 هـ).

- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج3 (د. ط: الرياض: دار عالم الكتب، 2003).
- محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1992).
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح (د. ط: لبنان: دار المعاجم، 1989).
- محمد بن أحمد السرخسي، الميسوط، ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1993).
- محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي. (لا. ط: القاهرة: دار الحديث، 2005).
- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 (ط: 6؛ بيروت: لا. ن، 1982).
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2. (د. ط: د. ن: دار الفكر، د. ت).
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5 (ط: 2؛ بيروت: دار المعرفة، 1973).
- محمد بن صالح العثيمين، الشرح المتمتع على زاد المستقنع، ج12 (ط: 1؛ الرياض: دار ابن الجوزي، 2006).
- محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995).
- محمد بن عيسى الترمذي ت 279هـ، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3 (ط: 2؛ مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1975).
- محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج1 (ط: 1؛ لا. م: دار طوق النجاة، 2001).
- محمد بن عبد الله التمرثاشي، تنوير الأبصار، ج3. (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1995).
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 2002).
- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. (ط: 1؛ بيروت: لبنان: دار الكتاب العربي، 1928).
- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005).
- محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 (لا. ط: بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).
- محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 (لا. ط: بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).
- محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2 (لا. ط: بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د. ت).
- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ج3 (ط: 2؛ لبنان: دار الفكر، 1398هـ).
- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية. (لا. ط: عمان: دار اليازوري العلمية، 2010).
- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية. (ط: 3؛ عمان: دار الثقافة، 2010).
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ج1 (ط: 4؛ عين مليلة: دار الهدى، 2009).
- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، ج4 (ط: 2؛ مصر: دار السلام، 2009).
- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. (لا. ط: الإسكندرية: الدار الجامعية، د. ت).
- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. (د. ط: بيروت: المكتبة العلمية، 2007).
- محمد مدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي. (لا. ط: الرياض: دار كنوز اشبيليا، 1999).
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية، 1983).
- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المذهب، ج18 (لا. ط: جدة: مكتبة الإرشاد، د. ت).
- محمد يعقوب، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية. (د. ط: مصر: دار الفضيلة، 1425هـ).
- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية. (ط: 1؛ عمان: دار الفكر، 2008).
- محي الدين أبي الوفاء، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ج3، ط: 2؛ لا. م: دار هجر، 1993، ص 643).
- مسلم بن الحجاج أبو الحسين ت 261هـ، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2 (لا. ط: بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت).
- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق. (ط: 1؛ لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011).
- مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض، ج1 (ط: 1؛ بغداد: مطبعة العاني، 1984).
- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. (ط: 4؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1964).
- منصور بن يونس الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5 (د. ط: بيروت: دار الفكر، 1982).
- منصوري نورة، التتليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. (د. ط: الجزائر: دار الهدى، 2012).



-نوال بنت عبد العزيز، حقوق المحضون، ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، نظمها: مجمع الفقه الاسلامي برابطة العالم الإسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1436 هـ.  
-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 (ط: 2؛ سورية: دار الفكر، 1985).  
-وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، ج3 (لا. ط: بيروت: دار الكلم الطيب، 2010).

#### خامسا: المقالات العلمية

-البندري بنت عبد الله الجليل، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 102، السعودية، دار البحوث، 2014.  
-بجاق محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد 17، جامعة الوادي، شتاء 2014.  
-بن شويخ الرشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، العدد 9، المجلد 5، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004.  
-بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 3، عدد 2، سبتمبر 2019، جامعة عمارثليجي الأغواط.  
-حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جانفي 2018.  
-ربيحة إلغات، الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون وإجتهادات المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، عدد 3، جامعة الجزائر 1، 2009.  
-سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، أفريل 2000.  
-سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطلاق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، عدد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017.  
-عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، معهد الحقوق، جوان 2015.  
-كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 20، العدد 39، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، السنة 2015.  
-نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018.  
-هشام ذبيح، حماية الطفل في قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري على ضوء أحكام الحضانة، مجلة جيل حقوق الانسان، العدد 14، بيروت، 2016.

#### سادسا: الأطروحات والمذكرات

-اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003.  
-عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011.  
-محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.  
-نعيمية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.  
-يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، قسم الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2006-2007.  
-أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.  
-حسين شريف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدورة: 16، 2005-2008.

#### سابعاً: المواقع الإلكترونية

- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت.(www.madinahnet.com/alkotob).
- تشوار الجليلي، محاضرات في قانون الأسرة، (http://sciencesjuridiques.blogspot.com).
- حازم فلاح سكيك، كيف يعمل الجوال، (http://www.hazemsakeek.com).
- حسن شموط، فتاوى، (http://www.alfeqh.com/montda/topic/20520).
- سعيد بوزير، نظرات في مواد الطلاق، (www.bowzerin.net).
- عبد الرحمن بن عبد الله السند، حكم إيقاع الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة. (http://fiqh.islammessege.com).
- عبد الله بن محسن الصاعدي، الإرشاد إلى أحكام الطلاق، (http://www.saaid.net/book/search).
- عبد الله بن محسن الصاعدي، الإرشاد إلى أحكام الطلاق، (http://www.saaid.net/book/search).
- عبد الله بن محمد المطلق، فتاوى (جريدة الرياض السعودية)، (www.Alryadh.com.sa/contents/09).
- عماد محمد كمال، الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة، (http://www.tqmag.net).

#### -المجلات القضائية:

- إجتهد قضائي، عدد خاص، لسنة 2001.
- الإجتهد القضائي، عدد4، لسنة 1992.
- المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2006.
- المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2000.
- المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2001.
- المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2007.
- المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2007.
- المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2006.
- المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989.
- المجلة القضائية، عدد1، لسنة 1992.
- المجلة القضائية، عدد1، لسنة 2003.
- المجلة القضائية، عدد2، لسنة 1972.
- المجلة القضائية، عدد2، لسنة 2002.
- المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1991.
- مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2012.
- نشرة القضاة، عدد 61، لسنة 2006.
- نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982.
- نشرة القضاة، عدد51، لسنة 1997.

فهرس الموضوعات	
الصفحة	العنوان
1	تقديم للمطبوعة
2	تمهيد لقانون الأسرة
04	المحور الأول: مفهوم حل الرابطة الزوجية
04	تعريف بانحلال الزواج
03	تعريف الطلاق
06	المحور الثاني: طرق حل الرابطة الزوجية
06	النوع الأول: الطلاق بإرادة الزوج
06	الحكمة من تشريع الطلاق
08	مسألة تفويض الطلاق للمرأة، وموقف المشرع الجزائري بشأنها
13	شروط المطلقة الواقع عليها الطلاق
17	أقسام الطلاق بإرادة الزوج
17	الفرع الأول: الطلاق باعتبار دلالة اللفظ وموقف قانون الأسرة بشأنه.
17	أولاً: الطلاق الصريح
20	ثانياً: الطلاق الكنائي
21	الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة:
25	الفرع الثاني: الطلاق باعتبار الوصف الشرعي، وموقف قانون الأسرة بشأنه
26	أولاً: الطلاق السني
29	ثانياً: الطلاق البديعي
31	الفرع الثالث: الطلاق باعتبار الرجعة وعدمها، وموقف قانون الأسرة بشأنها
31	أولاً: الطلاق الرجعي
34	ثانياً: الطلاق البائن
34	النوع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى
29	النوع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى
42	الفرع الرابع: الطلاق باعتبار الصيغة، وموقف قانون الأسرة بشأنها
42	أولاً: الطلاق المنجز
43	ثانياً: الطلاق المضاف
44	ثالثاً: الطلاق المعلق
47	الطلاق التعسفي
49	التعويض في الطلاق التعسفي بإرادة الزوج
54	النوع الثالث: الطلاق بطلب من الزوجة
54	أولاً: حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق
55	01-التطليق لعدم الإنفاق

57	02- التتطبيق للعيوب
59	03- التتطبيق للهجر في المضع
60	04- التتطبيق لإرتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة
62	05- التتطبيق بسبب غياب الزوج
62	06- التتطبيق لمخالفة أحكام تعدد الزوجات المنصوص عنها في المادة 8 من قانون الأسرة
63	07- التتطبيق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة
66	08- التتطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين
67	09- التتطبيق لمخالفة الشروط المقرنة بعقد الزواج
86	10- التتطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً
70	ثانيا: حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع
71	- الفرق بين الخلع والتتطبيق والطلاق بإرادة الزوج وبرضى الزوجين
72	الطبيعة القانونية للخلع
74	- أركان الخلع في قانون الأسرة الجزائري
75	ثانيا: شروط الخلع
75	- مبدأ الرضائية في الخلع قانوناً
76	- حل الرابطة الزوجية عن طلاق النشوز
79	المحور الثالث: آثار حل الرابطة الزوجية
79	أولاً: العدة
85	ثانيا: الحضانة
92	- متاع البيت:
95	- حق الزيارة
104	حق الزيارة
105	تنفيذ رؤية المحضون
98	ثالثاً: النفقة
99	شروط وجوب النفقة
100	موجبات استحقاق النفقة
101	تاريخ استحقاق النفقة
102	مراجعة النفقة
104	خاتمة
106	قائمة المصادر والمراجع
114-113	فهرس الموضوعات