



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
Université Echahid Hamma lakhdar - El Oued
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculté De Droit Et De Sciences Politiques



حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

(دراسة مقارنة في التشريع الجزائري، التونسي والمغربي)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق
تخصص: القانون الخاص

تحت إشراف:
الأستاذ الدكتور: خلف فاروق

إعداد الطالب:
لهزيل عبد الهادي

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

الأعضاء	الرتبة	الجامعة	الصفة في اللجنة
أ.د/ بوغزالة محمد ناصر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيساً
أ.د/ خلف فاروق	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	مشرفاً ومقرراً
أ.د/ كيحل عز الدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مناقشاً
د/ زرقون نور الدين	أستاذ محاضر أ	جامعة ورقلة	مناقشاً
د/ غريسي جمال	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	مناقشاً
د/ لخذاري عبدالحق	أستاذ محاضر أ	جامعة تبسة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019

قال الله تعالى:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ
وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا
إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾.

سورة النساء، الآية 35.

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم

الحمد لله الذي بشكره تدوم النعم والبركات

شكراً لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع

أتقدم بخالص عبارات الشكر والعرفان للأستاذ الدكتور "خلف فاروق" الذي أدخلنا بكرمه وأبهرنا بصبره، وغمرنا بعبائه، وأرشدنا بتوجيهاته، فيقف اللسان عاجزاً على شكره وعلى ما قدمه لنا من نصائح وملاحظات خلال إنجاز هذا البحث، فشكراً وألف شكر مرة أخرى وهنيئاً لي بهذا التكريم أن يكون لي مشرفاً بالرغم من إنشغالاته الكثيرة.

كما أتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة الذين قبلوا مناقشة هذه الأطروحة وحضروا من أجل مناقشتها.

ونتوجه بالشكر لكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع:

إلى جدتي الغالية حفظها الله تعالى وأطال في عمرها.

إلى الوالدين الكريمين أمد الله في عمرهما ومتعهما بالصحة والعافية

إلى سندي في الحياة إخوتي وأخواتي

إلى زوجتي الغالية وبناتي الحبيبتان

إلى كل الزملاء والأصدقاء

الطالب: لهزيل عبد الهادي

مقدمة:

يعتبر الزواج من الأمور التي قد كانت موجودة قبل مجيء الإسلام، لكنه كغيره من العادات الأخرى كان يعتبر وسيلة للتناسل فقط، دون إحترام للعلاقة الزوجية فالرجل يتزوج ما يشاء من النساء بدون عدد محدد، كونه من باب التفاخر بين الملوك والأمراء وشيوخ القبائل والعشائر كثرة العبيد والنساء، تفاخر نابع من إحتقار المرأة فكانت في نظر المجتمعات هي وسيلة لإنجاب الأولاد والإكثار من النسل لا غير، فالمرأة قد كانت حينها غارقة في بحر الظلم والهوان، ووسيلة تباع وتشترى ولا يوجد لها أي مكانة.

لكن بمجيء الإسلام أعطى مفهوماً آخر للعلاقة الزوجية وللزواج، حيث بين مكانته الكبرى وأسماء الميثاق الغليظ مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹ وهذا إعلاء لقدر الزواج عند الله تعالى كونه رباطاً مقدساً هدفه بناء أسرة أساسها المودة والرحمة، ويقوم على أركان وأسس لكي لا يكون كما كان عليه قبل الإسلام فنظمته الشريعة الإسلامية من جانب الوجود والعدم، وأعطته ضوابط وأحكام لا بد من الإلتزام بها لضمان الحياة السوية، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم كل من أتاه معتقاً للإسلام أن يمسك أربعة نساء وأن يطلق ما سواه، وبين أن تعدد الزوجات هو لحكمة وغاية شرعية وليس إحتقاراً للمرأة، لذلك أوجب العدل والإنفاق والمساواة بين الزوجات في كل شيء.

ومن حكمة الله تعالى في خلقه أن أعطى مفهوماً جديداً لم يكن معروفاً من قبل وهو المساواة بين الرجل والمرأة، لكي يبين أن المرأة لها ما للرجل وعليها ما عليه، وأن الفرق بينهما هو في سبيل لغاية فرضتها متطلبات الحياة وليس إحتقاراً، كما هو الشأن بالنسبة للميراث فالرجل يتحمل مشاق الحياة أكثر من المرأة.

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

والملاحظ أن المُعادين للإسلام يشنون حملة ضد تعاليمه على أنها جاءت لإحتقار المرأة، سواء في مسألة التعدد، أو مسألة الميراث، ولكنهم يغضون الطرف عن كل النصوص القرآنية التي جاءت في حق النساء ومعاملتهم بالحسنى، فقد وجهنا ﷺ في كتابه بقوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾¹، كما أمرنا النبي الكريم ﷺ أيضاً بالإحسان للزوجات، وأوصانا بالنساء خيراً، فقد أكرمهن الإسلام قبل الولادة وبعدها، فضلاً عن قدرها وحفظ علاقتها بالرجل.

فقد راعى الإسلام بيت الزوجية فجعله الجنة والواحة التي يأوي إليها الإنسان بعد الصراع في ميادين الحياة، هذا البيت الذي أمر الله أن نجعله مكان للمودة والرحمة والسكينة، وأن نحاول قد المستطاع أن يكون خالياً من جميع مظاهر المشاكل والأحقاد والضغينة، وبين كيف تحل المشاكل داخله، فشرع الصلح بين الزوجين في حالة الشقاق حيث أمر بتعيين حكمين لمحاولة إصلاح ذات البين وإرجاع الحياة إلى طبيعتها الأولى، لكن قد تفشل مهمة الحكمين وبالتالي يصبح بقاء العلاقة الزوجية قائمة ضرر أكثر منه نفع، فشرع الطلاق كحل لهذه المشكلة التي وصلت بسببها الحياة إلى طريق مسدود.

ولأن كدر الحياة الزوجية قد يكون بسبب أحد طرفيها، إلا أن الإسلام أعطى العصمة للرجل في إطار القوامة، ومع ذلك فقد أعطى المرأة الحق في فك الرابطة الزوجية إذا كان صاحب العصمة بسبب منه، فشرع الإسلام التفريق بطلب من الزوجة، وجعله وفق ضوابط وأسس كي لا يكون هذا الحق ذريعة من الزوجة للتلاعب بهذا الرباط المقدس، فأعطى الحق للزوجة في اللجوء إلى القضاء من أجل فك الرابطة الزوجية، وعليه فإن على الزوجة إثبات الضرر اللاحق بها فقط، من أجل التفريق بينهما.

¹سورة النساء ، الآية (19).

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

ولقد حذت بعض التشريعات العربية حذو الشريعة الإسلامية من خلال إعطاء هذا الحق للمرأة في فك الرابطة الزوجية، ونظمته بطريقة تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، فقد تطلب الزوجة التفريق من غير سبب ولكن بمقابل مالي تدفعه لزوجها نظير خلاصها منه ويسمى ذلك خلعاً، وقد يكون طب التفريق بسبب واحد أو لأسباب متعددة ويسمى هذا تطليقاً، وعليه سنحاول في هذه الدراسة معرفة النوعين معاً، فكلاهما تطرقت إليه التشريعات العربية خاصة التشريعات محل الدراسة (التشريع الجزائري والتشريعين المغربي والتونسي)، على إختلاف طريقة معالجتها.

ومن أجل تسليط الضوء على هذا الموضوع المتعلق بالخلع والتطليق اللذان قد أصبحا شائعين في أروقة العدالة، فالمنتبع لسير جلسات القضاء يلفت إنتباهه الإقبال الكبير على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة خلعاً أو تطليقاً، جاءت هذه الدراسة الموسومة ب **حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي** (دراسة مقارنة في التشريع الجزائري، التونسي والمغربي) وهي دراسة تسلط الضوء على التطليق والخلع وأحكامهما في التشريع الإسلامي من جهة والتشريعات الوضعية محل الدراسة من جهة أخرى.

أهمية الدراسة:

يعتبر موضوع فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة من الموضوعات الحيوية، إذ أصبح الإقبال على القضاء من أجل طلب التفريق القضائي موضوع الساعة من خلال الإحصائيات الكبيرة التي تسجلها العدالة، أمام هذه الإحصائيات أصبح من الأهمية بما كان تطرق الباحثين إلى هذا الموضوع الحساس، كونه أصبح يأخذ أبعاداً أخرى، خاصة وأن الأمر يستهدف في الأساس نواة المجتمع ألا وهي الأسرة، لقناعة ربانية أن الله ما شرع أمر إلا فيه حكمة ومصلحة للإنسان في الحال أو المآل، فإعطاء العصمة للزوج فيه حكمة كبيرة لما يتميز به الرجل من قدرة على التأقلم والتحمل مع الحياة الزوجية، فهذا لا يعتبر تجاهلاً للزوجة بل لكونهن أقل تحملاً من الرجال، ولذلك فأصبح الواقع يترجم هذه الحكمة الربانية التي غُيبت في وقتنا المعاصر، وأصبح الأولاد هم الضحية الأولى من جراء هذا التفكك.

إن الخلع والتطليق أصبحا حديث الساعة في الجرائد ووسائل التواصل الاجتماعي وانعكس سلباً على حياة الشباب الذي أصبح التفكك الأسري يدفعهم دفعاً إلى عالم الانحراف، وعليه فالبحث في هذا الموضوع ضروري ومهم جداً لمعرفة الحدود التي رسمتها الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية في استعمال هذا الحق.

أسباب ودوافع إختيار الموضوع:

ترجع أسباب في إختيارنا لموضوع البحث إلى أسباب شخصية وأخرى موضوعية:

الدوافع الذاتية:

وهو دافع نابع من هويتنا ومصدر تشريعنا يدفعنا إلى طرح تساؤل عن مدى مطابقة القانون الجزائري للشريعة الإسلامية في مسألة التطليق والخلع، خاصة وأن عامة الناس ينظرون إلى أن القانون المعدل هو من إصطنع هذه الحقوق التي أقرت للزوجات، وأن المشرع الجزائري وحده من إنفرد في إعطاء هذه الحقوق للزوجة دون تشريعات الدول المجاورة، فمحاولة الدخول في نقاش مع العامة يجعلك غير قادر على الإقناع طالما تفتقر إلى المادة العلمية التي تجعلك تخوض في الأحكام الشرعية ومدى إستنباط التشريعات الوضعية منها هاته الأحكام، فقط نظمتها بمواد قانونية فقط.

فضلاً عن ذلك الرغبة في الإلمام قدر الإمكان ببعض النقاط التي تتناول أحكام الخلع والتطليق، الأمر الذي جعلنا نتطرق في البحث عن الأحكام التي تضبط هذه الحقوق، كونها إنتشرت بشكل متصاعد وتشير الإحصائيات الأخيرة، أن ثلثي المقبلين على المحاكم من المتقاضيين هم في أقسام شؤون الأسرة، حيث أن هناك محاكم فتحت أكثر من فرع على مستوى قسم شؤون الأسرة من المحكمة الواحدة، الأمر الذي يدعو البحث في هذا الموضوع، ومحاولة تكوين رصيد معلوماتي قدر الإمكان يجعلك تدرك حقيقة هذه النوع من فك الرابطة الزوجية.

الدوافع الموضوعية:

بالرجوع إلى موضوع الطلاق بصفة عامة وبغض النظر عن الطريقة التي تم بها، يلاحظ أنه ليس بالشيء الهين، كونه نقضاً لبناء تم تشييده على كتاب الله وسنة رسوله، وعلى هذا فنجد أن التفريق بين الزوجين قد ذمه الله ﷻ في معرض ذكر جرائم الساحر، حيث قال في كتابة العزيز: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾¹، وعليه فإنه من هذا المنطلق وجب معرفة موضوع التفريق القضائي معرفة كبيرة، ودراية واسعة حتى يُرفع اللبس عن النقاط التي لا يزال يشوبها نوع من الغموض.

أما الجانب الثاني فهي محاولة دراسة الموضوع دراسة وافية من جانب القانون الجزائري ومقارنته بالتشريع الإسلامي من جهة، والتشريعات المغاربية من جهة أخرى، في سبيل الإسهام بتعديلات مقبلة لقانون الأسرة، كون اللجوء إلى الخلع والتطليق أصبح من نجاة إلى مأساة في واقعنا الحاضر خاصة إذا تمخض عن الزواج أبناء، وبالتالي يؤدي ذلك لإشكالات متعددة أغرقت المجتمع الجزائري في بحر الانحراف والمشاكل الاجتماعية التي لم يكن يعرفها من قبل، والتي وإن اختلفت في المضمون إلا أنها تتحد في النتيجة وهي انحلال المجتمع، لأن الاعتقاد السائد اليوم في المجتمع عند الزواج ليس التحمل، بل الانفصال للتحرر من القيود التي تراها البعض من الزوجات تسلطاً وتجبراً من الأزواج، ولا يرونها أنها حتمية لبناء أسرة أساسها المودة والرحمة، كلها أمور تدفع بنا إلى البحث في جزئيات هذين السبيلين الخلع والتطليق.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى:

- الوقوف على ما نقص تقنيته بقانون الأسرة في مسألة التطليق والخلع .

¹سورة البقرة، الآية (102)

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

- محاولة الإلمام بالنقاط التي يغفل عليها المنتقدون لقانون الأسرة بأنه قانون شرع بمجيء نظام معين وأنه أعطى حقوق للمرأة لم تكن تعرفها قبل التعديل، وأن قانون الأسرة الجزائري لا يساير لا الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية.
- التعرّيج على النصوص القانونية المثيرة للنقاش والجدل، كون الإقبال على المحاكم من المتقاضيين يركزون على هذه النقاط سواء فهماً لها أو لسوء فهم.
- محاولة تصحيح مفهوم الخلع لدى بعض الزوجات اللاتي أصبحن يتطرقن إليه لأتفه الأسباب.
- تفعيل السبل التي رسمتها الشريعة الإسلامية من أجل بناء أسرة مستقرة أساسها المودة و الرحمة.
- محاولة الوقوف على النقاط الهامة التي رسمتها الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية في مسألة التفريق القضائي، وحدود الحقوق التي منحتها التشريعات للزوجة، والوقوف على ما نقص تقنيته من هذه التشريعات الوضعية، لعلها تكون هذه النقائص محل تدارك من المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة مستقبلاً.
- محاولة معرفة مدى مواكبة النصوص القانونية للإجتهادات القضائية وكيف يمكن التوفيق بينهما في المستقبل.
- محاولة الوقوف على فعالية المواد القانونية في القانون الجزائري ومقارنتها مع أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة، كون ذلك مطلب قد نادى به الكثير من الباحثين والقانونيين وهو محاولة توحيد قانون الأحوال الشخصية في بلدان المغرب العربي، وبالتالي تهتم هذه الدراسة بإبراز مدى فعالية الأحكام القانونية في التشريع الجزائري المتعلقة بالأحوال الشخصية مقارنة بالتشريعات المذكورة التي سبق ذكرها.

المشكل القانوني:

قصد الإحاطة بالموضوع والإلمام أكثر بكل جوانبه سنحاول الإجابة على الإشكال التالي:

هل وفقت التشريعات المغاربية بكل من (الجزائر، تونس، المغرب) في منح الحق للزوجة بفك الرابطة الزوجية تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية؟
وما هي الأسس والأحكام الإجرائية المقررة قانوناً في شأن التطلاق والخلع؟
وتتفرع على هذا المشكل مجموعة من التساؤلات الجزئية التالية:

- ما موقف التشريع الإسلامي من حكمي الخلع والتطلاق؟
- ما موقف التشريع الجزائري التونسي والمغربي في أحكام التطلاق والخلع؟
- هل وفقت التشريعات المغاربية المقارنة محل الدراسة في ضبط أحكام التطلاق والخلع ؟
- ما موقف القضاء من أحكام التطلاق والخلع التي نظمت أحكامها التشريعات المغاربية المقارنة محل الدراسة؟

المنهج المتبع:

من أجل إستيفاء الموضوع حقه من الدراسة، ونظراً لطبيعة الموضوع، فقد تم الإعتماد على المنهج التحليلي في كثير من النصوص القانونية، حيث أنه وكما سبق ذكره لا توجد نصوص كافية إلا نصوص متفرقة وإجتهادات قضائية هي الأخرى متباينة، وعليه فالمنهج المناسب في مثل هذه الحالات هو المنهج التحليلي، بالإضافة إلى تحليل النصوص القانونية في التشريعات العربية محل الدراسة (التشريع المغربي والتونسي).

وإعتمدت الدراسة على المنهج الإستقرائي لأن دراسة فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجية في تأصيلها الإسلامي، يتطلب الرجوع إلى مصادر ومراجع تعتبر هي أمهات الكتب، وإستقراء الآراء

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

الفقهية التي إنفرد بها كل مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة، حيث يتم ذلك لتكوين أفكار شبه متكاملة على الموضوع .

أما المنهج الثالث فهو المنهج المقارن كون الدراسة تقوم أساساً على الدراسة المقارنة بين التشريع الجزائري ومدى مواكبته لأحكام لشرعية الإسلامية في قضايا التطليق والخلع، ومقارنته بما ذهب إليه التشريعات العربية في الدول المجاورة التونسي المغربي، وعليه فهذا لا بد من إعتداد المنهج المقارن، كون الدراسة في الأساس الهدف منها النقد ثم التقييم للخروج بتقييم شبه كامل لمحتوى الموضوع لكي تكون إن شاء الله توصيات لعلها تجمع مع توصيات الدراسات الأخرى المماثلة كي تكون خريطة طريق نحو تعديل قانون الأسرة عندنا في الجزائر

الدراسات السابقة:

نظراً لشساعة موضوع فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، وإرتباطه بجانب مهم في الحياة فإن التطرق لموضوع الخلع والتطليق كان قد نال الحصة الأكبر في مواضيع المذكرات والرسائل الجامعية، في جميع المراحل، ليسانسن، ماستر أو ماجستير، دكتوراه، مذكرات نهاية الترخيص للمدرسة العليا للقضاء، إلا أنها دراسات تدور حول جانب وصفي غير معمق ويفتقر للدراسات المقارنة من جهة، والتحليل من جهة أخرى، بإستثناء أطروحات الدكتوراه، التي لم نجد إلا القليل جداً منها التي تتناول حق الزوجة في التفريق القضائي، ومن هاته الدراسات السابقة نذكر:

* آيت شاوش دليلة، أطروحة دكتوراه، موسومة ب إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات العربية، تخصص القانون الخاص 2014/2015، جامعة تيزي وزو، حيث تتناول هذه الأطروحة حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من تطليق وخلع، وتتطرق الباحثة في الأطروحة إلى دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة.

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

* لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناءً على الإرادة المنفردة للزوجة، بين حكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مذكر ماجستير في قانون الأسرة، 2012/2011، جامعة أم البواقي، تتناول هذه المذكرة طرق حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة (الخلع والتطليق)، وهي عبارة عن دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

* المستاري نور الهدى، الخلع دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، 2014/2013 جامعة تلمسان، تتناول الباحثة في المذكرة أحكام الخلع بين التشريع الإسلامي والقانون الجزائري.

صعوبات الدراسة:

ترجع صعوبات البحث في موضوع التطليق والخلع أساساً في قلة المراجع التي تتطرق إلى هذين الموضوعين، وذلك لعدم تناولهما بشكل كبير من طرف الباحثين، بل يتم تناولهما إلا في مواضيع فك الرابطة الزوجية، بالإضافة إل نقص المادة العلمية في شأنها.

علاوة على ما تناقض الاجتهادات القضائية في قضايا فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة خاصة في المسائل المختلف فيها من الفقهاء.

وكذا نقص النصوص القانونية التي تتناول التطليق والخلع فبالرغم من أهميتها فإن المشرع الجزائري لم يخصص إلا مادة واحدة لكل عنصر، فالتطليق نص عليه في المادة (53) من قانون الأسرة بعشرة فقرات، بينما الخلع في أحكام المادة (54) منه، بنصوص مجردة تتعدم للجانب الإجرائي الخاص بقانون الأسرة، إذ يتم الرجوع إلى هذه المسائل الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خطة البحث:

تم تقسيم الموضوع إلى بابين الأول تم التطرق فيه إلى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق الخلع والثاني عن طريق التطلق

في الباب الأول تم عرض الخلع كطريق من طرق فك الرابطة الزوجية وهذا كون الموضوع قد أسال كثير من الفقهاء والباحثين، وكذلك نجد ان فقهاء الشريعة الإسلامية أيضاً قد تطرقوا لهذا الموضوع الحساس لذلك تم تقسيم الباب إلى فصلين:

الفصل الأول تم التطرق فيه إلى الإطار المفاهيمي للخلع كحق للزوجة في الخلاص من زوجها وتم تقسيم الفصل إلى مبحثين، الأول ماهية الخلع وذلك من خلال التعريفات المختلفة للخلع سواء في اللغة أو الاصطلاح أو الشرعي، أما الثاني فتتم الإشارة فيه إلى الطبيعة العقدية للخلع كون هذه الخاصية مهمة جداً وفيها ما يقال.

الفصل الثاني تم التطرق فيه إلى أحكام الخلع في التشريعات الوضعية محل الدراسة (التشريع الجزائري والمغربي)، وعدم ذكر المشرع التونسي في هذا المبحث كونه لم يتطرق إلى الخلع في مجلة الأحوال الشخصية بل نص على الطلاق بالتراضي أو الإرادة المنفردة

أما الباب الثاني فتم عرض التطلق كنوع ثاني من التفريق بطلب من الزوجة، كونه أشمل من الخلع مادام يقوم على أسباب متعددة، تم التعرض إليها في الفصلين التاليين:

الفصل الأول تم التطرق فيه إلى التطلق للعيوب، والسبب في تخصيص فصل مستقل لهذا العنصر كونه مهم جداً، فالتطلق للعيوب يطرح إشكالات متعددة في الشريعة والقوانين الوضعية تم تقسيم الفصل إلى مبحثين الأول ماهية العيوب وكيف تناول فقهاء الشريعة الإسلامية لها كعيوب مجيزة للتفريق، أما المبحث الثاني فتم التطرق فيه إلى العيوب في التشريعات الوضعية.

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي

الفصل الثاني تم التطرق فيه لباقي الأسباب الأخرى ومدى إعتبارها أسباب مجيزة للتطليق، ودراسة موقف التشريعات الوضعية من هذه العيوب، وتم التطرق إلى موقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها وتم عرض بعض الإجتهاادات القضائية في ذلك، وإستئناساً ذكر بعض آراء التشريعات العربية الخارجة عن موضوعنا، ثم ختمنا البحث بنتائج وتوصيات.

الباب الأول

حق الزوجة في التفريق القضائي عن طريق الخلع

قدست الشريعة الإسلامية السماح الزواج، وجعلته ميثاقاً غليظاً بين الزوجين، ورسمت لهما طريقاً مستقيماً ليسعد كل واحد منهما بهذا الزواج، ويؤدي فيه الغاية التي شرع من أجلها هذا النوع من العقود السامية، مصداقاً لقوله ﷺ: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»¹.

ولما كان أساس هذا الرابط هو المودة والرحمة بين الزوجين، فقد يحصل ما يعكر صفو هاته العلاقة فتكون هذه الحياة مليئة بالتخاصم والشقاق، فعلى هذا الأساس أحل الله الطلاق وأبغضه وشرعه كوسيلة للخلاص من الحياة الزوجية التي أصبحت لا تؤدي الغاية المرجوة على الوجه الذي كان يطمح إليه الزوجان قبل الزواج، وبالتالي فيكون في هذه الحالة سبيل لإخماد نار الفتنة بين الزوجين.² وقد يكون سبب هذا الشقاق الزوج، حيث يصبح البقاء معه شبه مستحيل لكنه بالمقابل يأبى أن يخلص زوجته الراغبة في الانفصال عنه، فشرع الخلع كوسيلة لتحقيق هذه الغاية ولتخليص الزوجة لنفسها من الزوج مقابل مال تعطيه له.

وعلى ذلك فإن الدراسة العلمية لموضوعنا تتطلب منا البحث أولاً وقبل كل شيء عن المفاهيم العامة التي يتضمنها لمعرفة المقصود بالخلع في الفقه الإسلامي، والتي قمنا بالتطرق إليها في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فقد تم التعرض فيه إلى الخلع في التشريعات الوضعية محل الدراسة (الجزائري، التونسي، المغربي).

¹سورة الروم، الآية (21)

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص136.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للخلع

حفظت الشريعة الإسلامية الزواج كعلاقة مقدسة بين الزوجين، وكوسيلة لتحقيق مقصد من المقاصد الأصلية للشريعة الإسلامية، وبيّنت واجبات وحقوق كلا الزوجين، حفاظاً على الرابطة الزوجية وعلى حبال المودة والرحمة بينهما، ويعتبر تشريع الطلاق ما هو إلا نوع من أنواع الحماية المقررة لهذا الميثاق الغليظ، فقد ذكر الله سبحانه وتعالى الطلاق الذي هو أصل فك الرابطة الزوجية وأعطى العصمة في ذلك للزوج الذي يرغب في إنهاءها، إلا أنه قد يتعسف الزوج في طلاقه كأن يقوم به ظلماً أو يمتنع عن إعطائه جوراً.

فالخلع يعتبر سبيل لتجاوز هذا التعسف، وبالتالي فهو أداة في يد الزوجة لكي تخلص نفسها من هذا الزوج الذي يمتنع عن تخليص زوجته، لذلك فمادام الخلع هو طلاق في الأصل كونه وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، فمن هذا الباب تطرح حتمية التطرق لهذا النوع من فك الرابطة الزوجية.

وعلى هذا الأساس سنقوم في هذا الفصل بالتطرق إلى الإطار المفاهيمي للخلع، محاولين الإلمام قدر الإمكان بهذا الموضوع الهام، ومعرفة الإطار المفاهيمي له، وبالتالي فقد تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين الأول تم التعرض فيه لماهية الخلع، أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه للطبيعة التي يتميز بها الخلع.

المبحث الأول ماهية الخلع

الخلع هو حق من حقوق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية ويختلف إختلافاً مع بعض الحقوق التي سنتطرق إليها في هذا الباب ، وسنتطرق إلى دراستنا من خلال مايلي: تعريف الطلاق في المطلب الأول، والتفريق بينه وبين الأنظمة المشابهة له في المطلب الثاني، أما الثالث فسنخصصه لتقسيمات الخلع.

المطلب الأول مفهوم الخلع

سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى تعريف الخلع لغة وشرعاً وإصطلاحاً وحكمه.

الفرع الأول/ تعريف الخلع

أولاً/ لغة

الخلع في اللغة هو النزع¹ و الإزالة² ، ومن هنا فإنه يطلق على الخلع خلعاً لأن الزوجة تنزع لباس حل الزوجية على الزوج وتنتزع منه رابطة الزوجية،³ ومنه قوله ﷺ: «إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طَوًى»⁴.

ثانياً/ إصطلاحاً الخلع هو فراق الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها، أو من غيرها، بألفاظ مخصوصة، ولا يمكن للزوج أن يعود إليها، لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما تخلع اللباس من بدنّها.

1 محمد بن مكرم، ابن منظور، لسان العرب، دار صابر، المجلد الثالث، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لبنان، 1997، ص197.

2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 492.

3 مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري، دار علم الملايين، الطبعة السابعة، بيروت، لبنان، 1992، ص342

4 سورة طه، الآية12.

وقد عرفه المذهب الظاهري بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا تُؤفِّيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفِّيه حَقَّها، فلها أن تفتدي منه ويُطَلَّقها إن رضي هو.

أما الحنفية فقد عرفت على أنه فراق الزوج لزوجته مقابل عوض مالي¹، من أجل إزالة النكاح² ويكون في لفظ الخلع أو المبرأة أو المباينة³.

ويعرفه الشافعية بأنه فُرقة الزوجة من زوجها بعوض⁴، بلفظ من ألفاظ الطلاق⁵، والملاحظ هنا أنه حتى وإن اختلفت التعريفات إلا أنها تتفق في ما يلي:

-الفرقة بمعنى أنه لا يحدث الخلع إلا بناءً على التفرقة بين الزوجين لأن الزوجة لجأت إلى الخلع من أجل الابتعاد عن الزوج سواءً أكان ذلك نتيجة الكره⁶ أم أنها خافت أن لا تقيم حدود الله معه أو أن يحدث ما يسيء للعشرة الزوجية⁷.

-المقابل المالي بحيث لا يقبل الخلع إلا إذا كان بمقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها وهنا يتفق الفقهاء على العوض، ولكن هنا لسنا بصدد المقابل لأننا سنستعرضه في مبحث قادم

-أنه يجوز الإنابة في الحصول على المقابل المالي أي أنه لا يقتصر حضور الزوج بشخصه للمقابل المالي فقد تكفي الإنابة في هذه الحالة.

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد المرجو و علي محمد عوض، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، الجزء الخامس، 2003م/1423هـ، ص 83.

2 عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان 2003م/1424هـ، ص343

3 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع السابق، ص 91.

4 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الجزء العاشر، بيروت، لبنان، 1997م/1417هـ، ص 49

5 زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عبد الرؤوف بن محمد الكمالي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، 2003م/1424هـ، ص 130.

6 الراغب الصفاهدي، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق، سوريا، 2009-1430، ص123

7 ابن حجر، فتح الباري، دار المعرفة، الجزء التاسع، بيروت، لبنان، 1987، ص.395

ويرى الإمام الراغب الصفاهدي أن الخلع سمي كذلك كون الرابطة الزوجية في حكم اللباس وقد ذكرها الله سبحانه وتعالى في قوله ﷺ: «هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ»¹، ولما كان كذلك فإن الخلع هو نزع اللباس إنتزاعاً.²

وتعتبر هذه المعاني موافقة لما يراه ابن تيمية لأن العبرة عنده بالمعنى وليس باللفظ.³ والإشتقاق من لفظ الخلع يطرح في غالبية القضايا الخلعية كونها لا تحتوي على موافقة الأزواج وهو ما يصرف النية مباشرة إلى مخالعة الزوج خلعاً بدون رضاه، فلو كان طلب الانفصال متوقف على رضا الزوج لما سمي بالخلع، وهو مدلول المصطلح بدقة.⁴

ويرى العلامة الراغب الصفاهدي، أنه في زمان النبي ﷺ وفي أكثر من واقعة يرشدنا ﷺ على أنه خلعاً وقد جاءه رجل يشتكي من منع زوجته لزيارة أولاده فقال له ما كنت أريد طلاقها إلا أنها طلقنتي فقال انها خلعتك.

ونجد أنه عند الحنفية ألفاظه خمسة وهي:

فقد جاء في المغني لابن قدامة انها تنقسم من حيث الوقوع إلى ألفاظ صريحة وكنائية. تنقسم الصريحة إلى ثلاثة أقسام: الأولى الخلع وهو مشتق من اللفظ الأصلي الذي سبق التطرق إليه وهو الأصل في الكلمة أو النية، والثانية فهي المفاداة لأنه وجه مدلول الآية الكريمة التي تدل على الخلع جاءت بلفظ الإفتداء، لقوله ﷺ: «فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»⁵، أما الثالثة فتأتي بلفظ الفسخ أي النية في الفسخ وتأتي مقترنة بالنكاح أي يذكر فيها علاقة النكاح بالفسخ مثل قوله فسخت نكاحك.⁶

1 سورة البقرة، الآية (187).

2 الراغب الصفاهدي، مفردات ألفاظ القرآن، مرجع سابق، ص124

3 عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، المملكة العربية السعودية، مجمع الملك فهد، الجزء الثالث، 2001م/1425هـ، ص 301.

4 الخُلْع بالضم هو فراق الزوج مقابل مال، وهو لفظ مشتق من خلع الثوب لأن الزوجة تخلع الرابطة التي تربطها بزوجها، كمن ينزع ثيابه، وبالتالي هذا التفريق معنوي. أنظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ص395.

5 سورة البقرة، الآية (229)

6 موفق الدين ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتاب، الطبعة الثالثة، 1417-1997، ص217.

كما قد يأتي بلفظ البينونة، وفي حالة ذكر الخلع لكنه لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالبينونة أما إذا قال لها - باينتك على عشرين ريالاً - ولم تقبل لا يقع الطلاق قولاً واحداً ولا يلزمها البذل لأنه علق بإبانتها على المال¹.

وما يمكن الإشارة إليه أن لفظ الفسخ عند الشافعية ينقسم إلى وجهين لأن الزوجة إذا طلبت الخلع وبذل العوض وأجابها الزوج في مجلس واحد بصريح الخلع لا بكنايته صح من غير نية، أما إذا كان بكناية وفي مجلس واحد صح، لأن المقصود من ذلك الدلالة فقط غيرها، فمادام صريح العبارة هو الخلع فإنصرف اللفظ لا يدع شك في نية صاحبه حول مقصوده.

وهنا اللفظ لا يغني عن النية، أما إذا ذكر فأغنى عن النية فيه، وإن لم يكن دلالة حال، فأتى بصريح الخلع، وقع من غير نية، سواء قيل انه فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما، ككنايات الطلاق مع صريحة².

والملاحظ أن الصراحة والكناية في الخلع تأخذ نفس الحكم في الطلاق وهذا يتفق فيه كلا المذهبين الإمام أحمد ابن حنبل والإمام الشافعي، لأن الخلع إذا ذكر وبذلت العوض وأجابها بألفاظ صريحة يصح من غير إعتبار للنية.

ثالثاً/ التشريعات الوضعية

1- بالنسبة للتشريع الجزائري :

أ: قبل التعديل: تطرق المشرع الجزائري لموضوع الخلع كغيره من التشريعات العربية في قانونه الصادر سنة 1984،³ وذلك في مادته (54) بنصها: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من

1 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، 1983، ص251.

2 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 136

3 القانون رقم: (11/84) المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 24 لسنة 1984.

زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تناول الخلع ولم يُشر إلا أي شروط ممكن أن تجدها الزوجة أمامها وجعل ذلك حق مطلق للزوجة يعني أن الزوجة التي تريد أن تفك الرابطة الزوجية بإرادتها عن طريق الخلع فما عليها سوى رفع الدعوى بالشروط التالية:

- قيام الزوجية إذ أنه لا يصح الخلع بغير ذلك.

- أن تكون الزوجة أهلا لإيقاع الخلع.²

- المقابل المالي لأنه أساس الخلع .

ب- بعد التعديل: أبقى المشرع الجزائري على الخلع كحق للزوجة التي تريد الخلاص من زوجها بإرادتها المنفردة وجعل هذا الحق مطلقاً، لكنه أضاف عبارة تطلق أكثر حق الزوجة التي تريد الطلاق القضائي أو ما يصطلح عليه بالتفريق القضائي، وهي العبارة في نفس المادة(54) بقولها دون موافقة الزوج، وأصبحت صياغة المادة كما يلي: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن

1 يشترط الفقهاء في الزوجة بعض الشروط:

أ- البلوغ

ب- والرشد

ج- الأهلية

والمقصود بالأهلية في هذه الحالة أهلية التبرع ، فلو كانت كبيرة عاقلة ولكنها غير رشيدة بأن يكون محجوراً عليها لفسه و اختلعت من زوجها على مال، وقع الطلاق البائن، ولا يلزم المال، وهنا يعتبر الطلاق معلق على عنصر القبول، أما عدم لزوم المال فلأن المحجور عليها لا تملك حق التبرع بشيء من أموالها فألغي لزوم المال هذا بالنسبة للخلع، ويشترط أيضاً أن يكون خلع المرأة اختياراً منها وحباً في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها، إذا تولت الخلع بنفسها- زوجة عديمة الأهلية- فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر، أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعها في نظير مال التزم به وقع الطلاق، أما إذا لم يلتزم بدفع البدل وقع الطلاق في الخلع بائناً، ولا يلزم المال الأب لأنه لم يلزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبرع منه وكذلك الشأن في حالة الإكراه لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح بالاتفاق أما الطلاق فيقع، أنظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 562.

تخالع نفسها بمقابل مالي وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

الملاحظ أن التشريع الجزائري قد أضاف العبارة لكي يقطع كل الطرق المؤدية إلى النزاعات المطروحة أمام القضاء بخصوص الخلع، وعليه فإن الخلع في التعديل الجديد يشتمل على نقطتين فقط وهما:¹

- إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وبالتالي فهو حق لها وحدها في هذه الحالة .

- مقابل الخلع وهو الشرط الثاني في الخلع وقد جعله المشرع الجزائري إما اتفاقاً بين الزوجين على مبلغ تعطيه الزوجة لزوجها، وإما قضاءً ويكون إذا لم يتفقا عليه ورفع الأمر للقاضي فإنه ملزم بالحكم بالخلع وجوباً، وأن يذكر المبلغ المالي على أن لا يتجاوز هذا المبلغ مقدار الصداق.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركاً هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقاً لنص المادة (222) من قانون الأسرة،³ وعليه فإن الخلع يعتبر من العقود التي يتطلب فيها ركن الإيجاب والقبول، فما يجب للزوجة لا نجده عند الزوج والعكس صحيح، ولذلك فالتكييف القانوني للخلع هو كالطلاق على مال فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة كونه يشبع نوعاً ما التبرعات لأن الخلع هو خلاص من الزوجة بمقابل مال تدفعه للزوج نظير خلاصها من الزوج في حياة لا تطبيقها.³

1 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دارهومة، الطبعة الرابعة، الجزائر 2013 ص 139

2 تنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

3 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 1997، ص 63

بالإضافة إلى ما سبق هناك بعض الأحكام التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري في الخلع، إلا أنها تفهم من بعض الإجهادات القضائية، سواء أكان ذلك التفسير مستتباً من الشريعة الإسلامية بإعتباها المصدر الأصلي، أو ما فهمه القضاة وفق سلطتهم التقديرية، أو بالأحرى ما كان يشكل إشكالاً في التطبيق أو الفهم، خاصة الإتفاق بين الزوجين على البذل والحقوق المتعلقة بالأولاد.¹

2- الخلع في المدونة المغربية:

تطرقت مدونة الأسرة المغربية إلى الخلع في موادها من (12) إلى (15) بنفس الطريقة التي الذي تناولها المشرع الجزائري، حيث جعله هو الآخر من العقود الرضائية، يكون مفاده طلب الزوجة للتفريق القضائي عن طريق الخلع، وتدفع مبلغاً من المال نظير الخلاص منه، ولكن المدونة المغربية إشتطت ما يلي:²

* أن يكون العقد صحيحاً

* الأهلية للزوجين

* أن يكون العوض مما يصح تملكه أو بعبارة أخرى أن يصح الإلتزام به شرعاً

1 المقصود بالإتفاق في هذه الحالة الذي يكون متعلق بالأمر المادية بين الزوجين، أما الأولاد فإن التشريعات الثلاثة محل الدراسة قد إتفقت على أن الأمور المتعلقة بحقوق الاولاد من النظام العام وبالتالي لا يجوز الإتفاق عليها غير التي يشترطها القانون، إلا أن هناك نقاط سمح القانون الإتفاق عليه إستثناءً، أن تكون الزوجة طالبة الخلع أقرت وبصراحة أنها ستقيم خارج الوطن في بلد غير مسلم، ففي هذه الحالة نجد أن الحضانة تسند للزوج قانوناً لكن قد يتفقا على عدم ذكر النقطة في الخصومة خاصة إذا كان الزوج يعلم أن الزوجة ستقيم في الخارج وقت قصير، فيجوز الإنفاق بينهما في ربط العلاقة بين البذل والبقاء على الحضانة، لأن الأصل في حضانة الأولاد تعود للأم إذا كانت الزوجة مقيمة في الخارج، فنجد هناك قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد أنه: (من المقرر شرعاً و قانوناً أن اسناد الحضانة يجب أن يراعي فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءً مخالف للشرع وللقانون)، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: (59013)، مؤرخ في: 1990/02/19، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04، ص 117.

2 عبدالكريم شهبون، الوافي في شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الرشد، 2006، الرباط، ص 311.

نجد أن المشرع المغربي قد جعل الخلع عقد رضائي بين الزوجين يتم بواسطة الاتفاق على فك الرابطة الزوجية،¹⁴ ويتفقا على مبلغ مالي تدفعه الزوجة للزوج كون المال المحور الأساسي في هذا الطلاق الخلعي، لكن قد يحصل إختلاف بينهما في مقدار بدل الخلع ففي هذه الحالة يكون الأمر متروك لهما للتشاور، وفي حالة نشوب نزاع بين الزوجين فإن المدونة المغربية قد سمحت لهما بالاتفاق على أمور يرونها مناسبة لحل النزاع القائم بإستثناء ما تعلق بحق من حقوق الأولاد مهما كان طبيعة الحقوق سواء تنازل على حصانة أو غيرها.

ويجوز للزوجة الراشدة أن تخالغ نفسها في حين أن غير الراشدة لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي، حيث نصت المادة (120) على ما يلي : (إذا اتفق الزوجان على الخلع واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما وإذا تعذر الخلع حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعيه في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المالية للزوجة)².

الفرع الثاني/ دليل مشروعيته الخلع

قبل التطرق إلى مشروعية الخلع في التشريع الإسلامي سنحاول التعرض لحكم الخلع في الإسلام كون الحكم أوسع نطاقاً من المشروعية.

أولاً/ حكمه

الخلع كما سبق وتناولنا في المقدمة أنه من الحلول التي جعلها الله سبحانه وتعالى كوسيلة للخلاص من الرابطة الزوجية من جانب الزوجة، فما دامت الشريعة الإسلامية حافظت على الأسرة، فإن الخلع تعتريه بعض أحكام الطلاق أيضاً لأن الأصل فيه الكراهية- إذا كان بدون سبب طبعاً- لكن قد يكون هذا الخلع طريقة للحفاظ على حد من حدود الله تعالى وبالتالي سنتناوله من خلال ما يلي:

1 عبدالكريم شهبون، الوافي في شرح مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص312.

2 ظهير شريف رقم (1.04.22) صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل: 3 فبراير 2004 القانون رقم (03/70) بمثابة

مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 5184 ، بتاريخ 5 فبراير 2004، ص418

1- الكراهة: يكره الخلع إذا كان سببه غير معقول، كأن يكون سببه كره الزوجة لزوجها لحبها غيره ورغبت فيه، فهذا الخلع مكروه من جهة المرأة لما رواه ثابت بن يزيد عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ: ﴿المخالعات المنتزعات هن المناقات﴾¹، يعني التي تُخالع الزوج لميلها إلى غيره، واتفق الفقهاء على كراهة الخلع الذي يكون بدون سبب.²

2- الإباحة: يكون مباحاً إذا كان هناك سبب بغض النظر عن نوعه، المهم أن يكون محل سخط وكره من الزوجة وقد تختلف الأسباب من حالة لأخرى فقد يكون السبب لقبح المنظر كما حدث في زمانه ﷺ وأذن بالخلع، وقد يكون لسوء الأخلاق، و مما ينافي العشرة الزوجية كأن يكون لعدم التوافق لقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾³، ويكون مباحاً أيضاً إذا كان بناء على كره حصل ووقع الخلع بإتفاق الزوجين.⁴

3- الوجوب: ويكون عند إستنفاد الطلقات الثلاث التي أعطاهها الشارع الحكيم له، ويكون في هذه الحالة لا يستطيع الزوجة إثبات ذلك كونه طلقها وأرجعها فحفاظاً على الحرمات وتطبيقاً لحدود الله تعالى يكون هذا الخلع واجباً لهذا السبب.

4- التحريم: وقد يكون الخلع حراماً، وذلك إذا كان النشوز من قبل الزوج لأجل الافتداء،⁵ ويكون أيضاً عندما يعتمد الزوج التضييق على الزوجة من خلال عدم القيام بواجباته الزوجية لكي يجبر الزوجة على الخلع،⁶ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ﴿لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه﴾.

1 أخرجه الحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما وصححه وصححه سننه الألباني في الإرواء.

2 محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي المبدع شرح المقنع، تحقيق: برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، دار الكتب العلمية، الجزء السادس، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1997م/1418هـ، ص268.

3 سورة البقرة، الآية (229).

4 أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى الأردن، 2010م/1431هـ، ص 178.

5 سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، لبنان، 2002م/1423هـ، ص581.

6 أحمد بخيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما جرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر ، 2008/2009م ، ص 357.

ثانياً/دليل مشروعيته

1- من القرآن الكريم: لا يوجد نص في القرآن الكريم ينص صراحة وبلطف صريح على الخلع، بل نجد أن النص الذي يتناول الطلاق هو نفسه الذي يدل على الخلع بحكم أن الخلع بمفهومه الواسع يعتبر طلاقاً، وعليه فوجه الاستدلال به الآية الكريمة التي يقول فيها الباري ﷻ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ¹﴾.

2- من السنة النبوية الشريفة: لقد وقعت الحادثة المعروفة لثابت بن قيس وهي بمثابة إقرار منه ﷺ بمشروعية الخلع، وهي ما جاء في الحديث الذي رواه ابن عباس رضي الله عنه أن زوجة ثابت بن قيس قدمت إلى النبي ﷺ: (فقال يا رسول الله: ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته. فقالت: نعم. قال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقها)².

ويلحظ من صريح الحديث مشروعية الخلع في الإسلام، بإعتباره حق من حقوق الزوجة في الانفصال على الزوج، وعليه فمتى صرحت الزوجة بنيتها في فك الرابطة الزوجية بسبب يحول دون تحقيق الهدف الأسمى من الزواج أصبح بإمكانها أن تخلع نفسها بمقابل تدفعه للزوج مقابل خلاصها منه، ومع ذلك فإن النبي ﷺ ورغم حب الزوج لزوجته إلا أنها وبمجرد نيتها في الانفصال فقد فرق بينها بمقابل وهو الحديقة³، ويعتبر أول خلع في الإسلام⁴.

1 سورة البقرة، الآية (229).

2 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح، الجزء السابع، حديث رقم 5273، ص 47

3 محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة- الزواج والفرقة- الطبعة الأولى، لسنة 1984، ص 477.

4 ويرى شراح الحديث الشريف أن النبي ﷺ لم يسأل الزوج عن حبه لزوجته كونه كان يحبها كثيراً، لكن القرينة التي إعتد عليها النبي ﷺ في الخلع هي الكره من جهة الزوجة فقط، فمتى كرهت الزوجة زوجها وأصبح الضرر أكبر في بقائهما فرق بينهما، أنظر:

محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، مرجع سابق، ص 477

ومن هذه الواقعة شرع الخلع متى توافرت النية والموافقة على المقابل التي تدفعه الزوجة لزوجها نظير خلاصها من زوجها - سنتطرق إلى المقابل المالي في المبحث الموالي - وبأحكام تضبط الخلع .

الفرع الثالث/ أركان الخلع

حثت الشريعة الإسلامية الإنسان على الصبر في الحياة وجعلته من أعلى مراتب الإيمان التي ينالها الصابرين إن هم صبروا واحتسبوا إلى الله في تحمل مشاق الحياة، ولما كانت الحياة الزوجية لا تخلو من المشاكل والصعاب فقد جعل الله سبحانه وتعالى طاعة الزوج والصبر على خدمته من أهم الأمور التي تنال بها الزوجة رضا الله تعالى، كيف لا وقد قرن الله سبحانه وتعالى طاعة الزوج من طاعته، لكن قد ينفد صبر الزوجة وتلجأ إلى حل لهذه العلاقة فيكون الخلع هو سبيلها في ذلك، لذلك سنتطرق لأركان الخلع لبيانها من خلال:

ففي قيام الرابطة الزوجية فإنه من البديهي أنه لا يقع الخلع من زوجة على جل أجنبي عنها، وبالتالي فقيام الزوجية ركن من أركان الخلع ولكي نتوسع أكثر في الموضوع سنحاول دراسة الشروط الواجب توافرها في الزوج والشروط الواجب توافرها في الزوجة على النحو التالي:

إن الشروط المتعلقة بالزوجين يشترط في الخلع نفس الشروط التي تشترط في الطلاق كونهما يؤديان نفس المعنى وهو الانفصال وعليه فالبلوغ والعقل شرطين أساسيين في الخلع بالإضافة إلى أن يكون الزوج أهل لفك الرابطة الزوجية،¹ على العكس من ذلك فنجد أن المجنون والمعتوه لا يصح منهما الخلع²، وسأورد بعض أقوال الفقهاء في من يجوز خلعه:

1 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص197.

2 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ص 88.

3 المرجع نفسه، ص 91.

يرى الحنفية أنه لا فرق بين الشروط الواجب توافرها بين الخلع والطلاق إذ أن الشارع الحكيم قد جعل الطلاق هو طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية واشترط الأهلية وأن تكون الزوجة محل الطلاق، فالخلع نفس الحكم إلا أنه يختلف في كونه موجب للفرقة بشرط قيام الزوجية، والأهلية بالإضافة إلى أن تكون الزوجة غير مكرهة.¹

يرى الشافعية أيضاً أن الخلع تعتريه الأحكام التي تتوفر في الطلاق فالطلاق يشترط فيه البلوغ والأهلية، وقد توافق مع المذهب الحنفي في الأهلية والإرادة، والأحكام التي تطبق على الطلاق هي نفسها على الخلع،² بالإضافة إلى ذلك يرون أنه يقع الطلاق بالتكليف حتى لو كان سفيهاً فينفذ خلع المريض وترثه دونها ككل مطلقة بمرض موت ولو إختلعت فيه³، أما بخصوص خلع المريض مرض الموت فيصح لما جاء في الدسوقي : (ونفذ خلع الزوج المريض مرضاً مخوفاً ومن في حكمه).⁴

وخلاصة مما سبق أن المذاهب الفقهية تتفق إلى حد بعيد في الأحكام التي تحكم الطلاق والخلع بإعتبار أن الخلع هو طريقة من طرق الطلاق، إلا أنه يختلف في بعض النقاط، ويمكن إجمال الشروط فيما يلي:

- الأهلية تعتبر الشرط الأساسي والجوهري في فك الرابطة الزوجية.

1 جاء في كتاب المبسوط: (وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعاً)، كما يجيزون خلع المريض مرض الموت بالمسمى قل أو كثر إذا كانت المختلعة صحيحة والزوج مريض ولا يورثونها منه لأن الفرقة وقعت بقبولها ورضاه، أنظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، الجزء الخامس، لبنان، ص 178-193.

2 جاء في كتاب العزيز: (قال الإمام الغزالي: القابل وشرطه أن يكون أهلاً للالتزام المال)، أنظر: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع، لبنان، ط 1997، م/1417هـ.

3 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لبنان، 1995/م/1415هـ، ص 489.

4 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العربية، الجزء الثاني، لبنان، بدون سنة، ص 330.

- قيام الرابطة الزوجية، حيث أنه لا يمكن خلع زوجة أجنبية، وهنا لا يمكننا التطرق إلى الزواج الفاسد والباطل، كون الكلام يطول إذا تحدثنا على هذا الجانب بإعتباره محل خلاف بين الفقهاء.

- الإرادة حيث يخرج الإكراه من هذا الإعتبار، كون جميع المذاهب الأربعة تتفق على أن الإكراه من العيوب التي تعتري الإرادة وبالتالي لا طلاق بالإكراه، والزوجة لا يمكنها مخالعة زوجها إكراهاً حتى من وليها.

ويرى ذهب أنصار المذهب الحنفي أنه لا يجوز خلع الصبي والمجنون، في حين يجيزوا خلع المريض مرض الموت وذهبوا بعيداً إلى أنهذا النوع من الخلع يقع في الحال، لأن العبرة في النية، ولكنهم قد بالغوا في إطلاقها نوعاً ما، إلا أنهم قد أجازوا خلع الولي للزوجة الفاقدة للأهلية، لكن بشرط العوض.

كما يرى أنصار المذهب المالكي وتوافقاً مع المذهب الحنفي أنه يجوز طلاق الولي ولكنهم اختلفوا معهم في قضية العوض فالمذهب المالكي أطلق العوض في الخلع وذلك بإجازتهم خلع الولي سواءً بعوض أو بدونه، كما أنهم انفردوا في قضية الزوج المحجور عليه وذلك بإجازتهم خلع المريض مرض الموت للزوج دون الزوجة إذا زاد على ميراثها منه.

أما المذهب الشافعي أيضاً فقد ذهب إلى عدم زواج الولي في كل الأحوال وإطلاقاً، كون التساهل في مثل هذه الأمور وحفظاً على مقاصد الشريعة الإسلامية فإنه لا يجوز إطلاقاً خلع الولي وخلاف ذلك فهو تعدي على حد من حدود الله تعالى، أما قضية خلع الصبي والمجنون فإنه وحسب رأيهم فإنه لا يجوز مطلقاً، نفس الشيء بالنسبة للخلع في مرض الموت فإنهم أيضاً لا يجيزونه، والعبرة في ذلك بالنسبة إليهم هو عدم التسامح في هذه الأحكام حتى لا تتساهل الناس في قضية الطلاق والخلع، واستدلوا بذلك بحديثه النبي ﷺ: ﴿ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق﴾¹، ولكون الخلع مثل الطلاق فالخلع يأخذ نفس الأحكام.

1 أبي داود في "السنن" (2177)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (322/7)، وابن أبي شيبة في "المصنف" (253/5)، وذكره

السخاوي في "المقاصد الحسنة" (11)، والدارقطني في "العلل" (225/13)

في حين يرى الحنابلة جواز طلاق الخلع من الأجنبي والمميز والراشد بشرط المقابل المالي للولي كون ذلك هو الركيزة الأساسية في هذا النوع من الطلاق، دون التطرق إلى المقدار والكيفية وهنا نجد روايتين، فريق يجيزه إذا كان ولي للزوج، وآخر لا يجيزه إذا بحجة انه تصرف ليس فيه حظ ولا يمكن أن يقبل.

الفرع الرابع/ الحكمة من تشريع الخلع والقيود الواردة عليه

أولاً / الحكمة من تشريع الخلع: بما أن الشريعة الإسلامية شرعت الزواج حفاظاً على مقصد من مقاصدها ، والذي هو من المصادر الأصلية ألا وهو مقصد حفظ النسل، فمن باب الحفاظ عليه من جانب الوجود فقد شرع الله سبحانه وتعالى أحكاماً تعتبر وقائية وعلاجية في آن واحد، فقد كان لأحكامه المضبوطة الأثر الهائل في تماسك الأسر وللحفاظ على وحدتها، لكن قد يحدث وان تقع المشاكل الزوجية التي تعكر صفو هذه الحياة وتجعل من بقاء الحياة الزوجية مضرة أكثر منها نفعاً وعلى هذا الأساس شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق كحل من الحلول.

وعلى هذا النحو فقد راعت الشريعة الإسلامية المشاكل الزوجية كونها قد تمس بغير الزوجين كالأولاد مثلاً، أو قد تتطور لتصبح تمس حد من حدود الله تعالى ولهذا فقد سبق وأن تطرقنا للأحكام التي تعتري الخلع فهي نابعة من حرص الشريعة السمحاء في المحافظة على الأسرة في الإسلام وإحاطتها بسياج شرعي لضمان الإستمرارية للحياة الزوجية ولثمارها.¹

ولما نتطرق إلى الخلع فهو من بين حقوق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، وقد أعطاهما الشرع الحق في ممارسة هذا الحق في حالة عجزت على مواصلة هذه الحياة سواء أكان ذلك بسبب أو بدون سبب²، وجعله كأداة في يد الزوجة إذا تعسف الزوج في حقه واستعمال العصمة التي منحها

1 أسالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، لبنان، بيروت، دار ابن حزم، 2002م/1423هـ ص581.

2 عبد القادر حرز الله، أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص144

له الشارع الحكيم، فالزوجة شريكة في الحياة وإلى أبعد من ذلك فهي شريكة في مشاق الحياة وتحمل أعبائها.

ولعل من بين الصور التي يمكن الاستدلال بها في معرض إستبيان الحكمة من مشروعية الخلع وهي القصة التي سبق وأن تطرقنا إليها، والتي تبين حقيقة الخلع كونه ﷺ لم يفهم في الأسباب بقدر ما حاول معرفة النية لأنها الأساس في فك الرابطة الزوجية عموماً والخلع خاصة، وهو ما جاء في الحديث الذي رواه ابن عباس ﷺ عنه أن زوجة ثابت بن قيس قدمت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله: أتردين عليه حديقته، فقالت: نعم. قال رسول الله: اقبل الحديقة وطلقها تطليقها².

وهذا الحديث مدلوله أن المعيار في الخلع هو نية الزوجة أساساً حتى بدون موافقة الزوج³.

ثانياً/ القيود الواردة على الخلع: مما سبق التطرق إليه يتضح جلياً أن الخلع هو حق من الحقوق التي أعطاها الشارع الحكيم للزوجة للخلاص من زوجها، سواء أكان ذلك بسبب أو بدون سبب، وهو يشبه إلى حد ما الطلاق الذي منحه الشرع للزوج في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة إلا أن هذا النوع الذي تنفرد به الزوجة ليس على إطلاقه مثل ما هو للزوج بل تعتريه بعض الأحكام

1 محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، الجزء السابع، حديث رقم 5273، ص47

2 في هذا الصدد ذهب بعض من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى وجوب إستجابة الزوج الخلع، حيث يرون بضرورة إلزام الحاكم للزوج في تلبية هذا الطلب دون قيد أو شرط كونه حق مطلق للزوجة، ومن بين القائلين بهذا الرأي الشيخان الشوكاني وشيخ الإسلام ابن تيمية، حيث يرى الإمام الشوكاني: (... وأما إعتبار إلزام الحاكم فلا يرتفع ثابت وإمراته إلى النبي ﷺ وإلزامه بقبول الحديقة)، وهو القول الذي إختار الصنعاني في سبل السلام حيث أورد فيه: (... وأما أمره صلى الله عليه وسلم بتطليقها فإنه أمر رشاد لا إيجاب، كذا قيل والظاهر بقاءه على أصله من الإيجاب).

لكن الأئمة المعاصرين يضيفون شرط التراضي في الخلع فللزوجين أن يتراضيا على الخلع وإذا فشل ذلك لا بد من تدخل القضاء لإجبار الزوج على القبول، ودليلهم في ذلك هو إلزام النبي عليه الصلاة والسلام لثابت بقبول الحديقة وتطليق زوجته. أنظر: الشوكاني، الدراري المضئية، دار الجيل، الجزء الأول، لبنان، 1987، ص277. الصنعاني، سبل السلام، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، ص167.

التي تقيد من حرية المرأة كون يرتبط بشروط سبق ذكرها، وعلى جانب هذه القيود يمكن إجمالها في ما يلي:

1- يجب أن يكون الخلع له ما يبرره شرعاً، ويكون ذلك على وجه يظهر جلياً عدم قدرة الزوجة على مواصلة الحياة الزوجية مع زوجها سواء أكان ذلك سبباً مشروعاً أو غير ذلك، لأن الخلع إذا لم يكن بسبب فإنه يدخل في خانة التحريم على الزوجة، والطلاق بطلب من الزوجة بدون سبب يعد إثماً عظيم وهذا بدليل حديث النبي ﷺ: ﴿أَيُّمَا إِمْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقَهَا مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ﴾¹ وفسر الفقهاء هذا الحديث على أن طلب التفريق بدون سبب يعد حرام كونه يمس بالهدف الأسمى الذي شرع منه الزواج، والعصمة التي منحها الله سبحانه وتعالى للزوج في فك الرابطة الزوجية.

والوجه الثاني أن الخلع لا يحقق حكمته المشروعة في حال نشوز الزوج، لأن الزوج بيده طلاق الزوجة حتى بدون حاجة لطلب رضاها وحتى دفعها بدلاً، وقد أجمع الفقهاء على أنه لا يقع الخلع إذا لم يشتمل على رضا الزوج، وفي هذه الحالة حفظ لمال الزوجة كي لا يدفع مال للإفئداء²، فإن كان الزوج يقوم بالتضييق على زوجته بشتى الأنواع من أجل أن تطلب الخلع، فإن الخلع في هذه الحالة لا يصح ويجب على الزوجة إسترداد مقابل الخلع مهما كانت مكانته³، وهو قول الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، وقال أبو حنيفة أن العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص، لقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁴.

1 البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإكراه، حديث رقم 5269، مسلم: كتاب الإيمان، باب أحكام الطلاق، حديث رقم 1/127.69

2 محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، ب ط، الجزائر، 2012، ص 196

3 المرجع نفسه، ص 198.

4 سورة النساء، الآية (20).

2- أن لا يكون الخلع فيه مضرة للغير، وعليه فإن الفقهاء قد أجمعوا على أن الإتفاق بين الزوجين مسموح به في حدود الإضرار بالغير، لأن الزوجين بإمكانهما الإتفاق في الخلع على ما تم الإتفاق عليه في العقد ودون ذلك، عملاً بالقاعدة الفقهية أن كل إضرار بالغير باطل.

3- أن يكون تحت إشراف القضاء، ونجد أنه السبب في تسميته بالتفريق القضائي لأن القاضي هو من يشرف على إيقاعه، حتى وأن هذه النقطة محل خلاف بين الفقهاء.¹

وهناك أمور إختلف فيها الفقهاء في مسألة إيقاع الخلع، نعرض منها:

أ/خلع المريضة مرض الموت: يرى بعض من الفقهاء أنه لا يجوز شرعاً، وهناك من فرق بين حالتين المرض المزمّن و مرض الموت، وعليه فإن الإتفاق الذي يقع في وقت المرض الذي لا جدوى من الشفاء منه مثل الأمراض الخطيرة، ففي هذه الحالة لا يجوز الإتفاق على بدل الخلع،

1 إختلف الفقهاء في مدى حاجة الخلع للقاضي فمنهم من رأى بضرورة وجود القاضي ومنهم من رأى العكس من ذلك:

أولاً/القائلين بضرورة وجود القاضي في الخلع: يرى أصحاب هذا الرأي بوجوب إشراف القاضي على الخلع كونه تفريقاً قضائياً بالدرجة الأولى، ومن بين القائلين بذلك هم بعض من التابعين (الحسن البصري وسعيد بن جبير) حيث يرون أنه لا يكفي لوقع الخلع الإرادة والإتفاق بين الزوجين بل لابد من حضور القاضي لذلك، وذهب أنصار هذا القول إلى أن القاضي هو ممثل الحاكم ولمنع الفوضى في العقود التي سماها الله بالميثاق الغليظ فلا بد من حضور القاضي، ودليلهم من الكتاب قوله ﷺ: (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ). فهذا خطاب للولاة والحكام بعد ذلك يكون خطاباً للزواج، أما من السنة النبوية الشريفة فهو حديث السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن النبي ﷺ في قصة زوجة قيس بن شماس لما أتت إلى النبي ﷺ بعد الصبح وقد ضربها زوجها وكسر لها نغصها، فدعا النبي ﷺ ثابت وقال له: (خذ بعض مالها وفارقها)، فقال: ويصلح ذلك يارسول الله فقال ﷺ: نعم، قال: فإني أصدقها حديقتين فهما بيدها، فقال ﷺ: (خذها وفارقها)، ومعنى الحديث أنه هذا التفريق تم بإشراف النبي ﷺ.

ثانياً/القائلين بعدم الحاجة لوجود القاضي في الخلع: ذهب جمهور الفقهاء (الحنبلي، المالكي، الحنفي، الظاهري)، أنه يقع الخلع بدون حاكم وللزوجين أن يتفقا على الخلع دون حاجة إلى حاكم أو قاضي، لأن القول بخلاف ذلك يعد تدخلاً في الحياة الشخصية للزوجين، جاء في المبسوط: (يعتبر الخلع من عقود التراضي كسائر العقود الأخرى، ويشبه الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاعه وللزوجة ولاية العوض، فلا يمكن اشتراط حضور السلطان أو القاضي)، ويقول ابن قدامة: (لا يفتر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد بقوله: يصح بلا سلطان). ودليلهم من الكتاب: قوله ﷺ: (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)، بمعنى التراضي بدون سلطان وهو قول عمر ابن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما، ولكونه معاوضة أيضاً فإنه يستثنى السلطان من ذلك، بالإضافة إلى ذلك فإن الخلع بحسب هذا الرأي شأنه شأن الطلاق وسائر طرق الإنفصال الأخرى لا تحتاج إلى سلطان ولا حاكم. للإستزادة أكثر أنظر كل من: أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الأول، الجزء الثالث، ص12. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص247، شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 174.

وذلك لصرف النية السيئة وهي الإضرار بالورثة لأنه في هذه الحالة نجد معظم الفقهاء إختلفوا في هذه النقطة وانقسموا إلى:

- يرى الحنفية أن مقدار العوض في مرض الزوجة المؤدي إلى وفاتها في العدة يكون في حدود الثلث من مجمل مالها، لكنه يعطي الثلث دفعاً منه لتهمة المواصفة.¹

- إنقسم المالكية إلى قولين، قول أول أنه إذا اتفق الزوجان على الخلع و العوض الذي يكون مقداره أكبر من مقدار نصيب الزوج من الإرث منها، ففي هذه الحالة يقع الخلع لكنه يرجع الزيادة إلى الزوجة التي تفوق قيمة الإرث منها ويبقى عنده ما قيمته الإرث منها فقط، وبطبيعة الحال لا يكون توارث بينهما أبداً، أما القول الثاني فيرى أن خلع المريضة مرض الموت لا يجوز طالما تجهل النية لصاحبها وبرروا موقفهم أنه حتى ولو تم الإتفاق فإنه يقع الخلع باطلاً طالما يمس بحقيقة الميراث الذي لم يוכלه الله سبحانه وتعالى إلى نبي مرسل و لا إلى ملك مقرب.

ويرى الشافعية أنه يجوز أن تخلع المريضة مرض الموت نفسها شريطة عدم تجاوز بدل الخلع ثلث مالها، وبالتالي فقبول الخلع مرهون بعدم تجاوزه الثلث، وتبقى الأحكام التي تخالف ذلك أي تفوتها تخضع لإجازة الورثة وذلك لان الوصية للوارث لا يمكن أن تفوق قيمة الثلث إلا بإجازة الورثة.²

أما الحنابلة فيرون أنه يقع الخلع في مرض الموت في حدود الثلث أما إذا زاد عن ذلك فإنه يقع أيضاً وتبطل في هذه الحالة الزيادة فقط، وللورثة الحق في إرجاعها ويجوز للقاضي إحساب الزيادة في الميراث وذلك في جميع المراحل، حالة الإتفاق بين الزوجين على أن يكون بدل الخلع حق من الحقوق المتعلقة بالأولاد، ففي هذه الحالة يسقط الخلع بإتفاق جميع الفقهاء لأنه ما أنفق فيه على باطل فيق باطلاً بطلاناً مطلقاً

1 جاء في كتاب بدائع الصنائع: (ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث لأنها متبرعة في قبول البذل. وإن كان الحكم إلى الأجنبي فإن حكم بقدر المهر جاز)، أنظر: ع لاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، 2003م/1424هـ، ص 355.

2 ابن عابدي، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتاب، الجزء الاول، الرياض، ص460

ب/ **خلع المحجور عليها لإفلاسها:** يرى بعض من الفقهاء أنه إذا كانت الزوجة محجور عليها لسبب ما وقامت بخلع نفسها فإنه لا يقع خلعها، ولا يتسبب بالمال لأن المحجور عليه تعتبر كل تصرفاته لاغية سواء طلاق أو مادون ذلك، وبالتالي فإنه يعلق الطلاق على قبولها للمال، وقبولها للمال لا يعتد به من المعلق عليه، لأنها لا تستطيع إنشاء قبول ما دام ليس لها إرادة معتبرة، ففي هذه الحالة لا يمكن الإعتبار بتصرفاتها في المعاملات وحكم التحريم هنا لان الطابع الذي يتميز به الخلع يختلف عن باقي طرق فك الرابطة الزوجية، حيث أن بعض الفقهاء يرون أنه مادام ذو طبيعة مالية فيتفق إلى حد بعيد مع التصرفات التبرعية، فهذا يعني أن تصرفاتها ذات الطبيعة المالية تخرج من إجازة التصرف ويعتبر الخلع تصرف مالي بالأساس.¹

حيث أنه إذا كانت المحجوز عليها لقصرها قد تصرفت دون علم وليها أو بنفسها وتم الإتفاق بين الزوجين على الخلع والبدل، فجمهور الفقهاء في هذه الحالة يرون أنه يقع الطلاق ولكنه لا يوجب الخلع كونها قاصرة لا تمتلك حرية التصرف في مالها لحجرتها ووجه الإستدلال هنا هو:

1- أن المحجور عليه قد يجيز التصرف في التعاملات في الحياة مثل الزواج، وبالتالي فإنه قد يقع الطلاق، ولكن العبرة ليست بالطلاق بقدر ما هي بالصيغة هنا يتم إيقاع الطلاق كونه تم بالإتفاق بين الزوجين، ولكن لا يوجد المال، في كل الحالات طالما الزوجة محجور عليها لقصرها، وهنا مجد رأيين:²

أ/ رأي أول: خلع المحجور عليها يقع إذا لم يقترن في الإتفاق على البدل فهنا يقع الطلاق ويأخذ البدل وذلك بعد إجازة وليها³، طالما ليس هناك مضرة بالزوجة المحجور عليها لأن سبب التحريم

1 جار الله أبي القاسم، رؤوس المسالك (المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية)، دار النشر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1407هـ بيروت، ص338.

2 المرجع نفسه، ص339.

3 محمود عبدو البزيعي، الحجر على السفية وجدواه الإقتصادية، مجلة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، جامعة القدس فلسطين، العدد 30، جوان 2013، ص197.

هو الإضرار بالزوجة فاقدة الأهلية فالقائلون بهذا الرأي يقولون أنه يقع ويصح بإجازة الولي بالزيادة أو النقصان.

ب/ رأي ثاني: يرى أصحاب هذا المذهب أنه لا عبرة بالنية ولا بالاضرار فسدّاً للذريعة فإنه يبطل الطلاق مهما كانت مرحلته ولا تأخذ البذل أصلاً، كون ما بُني على باطل فهو باطل، وأنه إذا كان عالماً بذلك واتفق معها فإنه يقع الطلاق ولا يرجع البذل منه شيء سواء أكان أخذه أم لا.

2- أن المذهب الحنفي يرى أن العبرة في هذه الحالة بأن المحجور عليها إذا خالعت زوجها وقع الطلاق، لأنه علق الطلاق على قبول المال ومادام وجد القبول فإن الطلاق يقع كذلك هنا، حيث يرون أنه لحماية للطرف الآخر فإن البذل يصح بشرط عدم تجاوز الثلث، وإلا فإنه يأخذ مقدار مهر المثل في كل الحالات حماية لها وله، وإذا توفيت الزوجة في العدة فإن نصيبه لا يزيد عن نصيبه في الإرث.

وعليه فإن المحجور عليها إذا خالعت نفسها من مالها ومهرها فإن المال لا يلزمها أصلاً، لأنه ليس لأحد أن يتبرع من مالها، وبذل الخلع في هذه الحالة في حكم التبرع كما سبق وأن أشرنا إليه سابقاً.

يرى البعض من الفقهاء أن معاملة المحجور عليها تشبه معاملة السفينة أو المجنونة، وهناك من رأى عكس ذلك كون المحجور عليها يختلف كثيراً خاصة في النقاط التالية:

أولاً/ أنه محجور عليها بالفعل فتصرفاتها المالية في هذه الحالة تعتبر لاغية إلا ما تم بموافقة الولي أو المحكمة المختصة، ومادام هذا الشأن بالنسبة للتصرفات المالية فإن البذل من باب أولى يأخذ نفس الأحكام لأنه يقابل بالمال.¹

1 جار الله أبي القاسم، رؤوس المسالك، مرجع سابق، ص 340.

ثانياً: أنها لا تعد راشدة بحكم القانون لأن القانون يأخذ بالسن القانونية في التمييز بسن معين حتى تقبل تصرفاته ومادامت لم تبلغ الرشد قانونياً، فإن الفصل في ذلك يرجع على أحكام الشريعة الإسلامية .

ج/ خلع المحجور عليها لإفلاسها: يرى الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز خلع المحجور عليها لفلاسها، لأنها لا تملك التصرف على نفسها سواء أكان ذلك بتصرفات مالية أو غيرها، لكنه يختلف حكم وقوع الخلع باختلاف وقوع العوض المقابل به، أي الذي تم الاتفاق عليه مقابل الخلع، لأن قد يكون هذا العوض مبلغاً من المال تلتزم به الزوجة كلياً في ذمتها، أو يكون عينا من مالها وهذا على النحو التالي:

1/المخالعة على قدر من المال: إذا إتفقت الزوجة المحجور عليها لإفلاسها على مقدار معين من المال (غير المحجور عليها) فإنها تلتزمه ديناً في ذمتها ففي هذه الحالة يصح الخلع، لأن في ذمتها المالية يجوز لها التصرف فيها، ويستوفيه الزوج منها هذا البذل متى رفع الحجر عليها سواء أكان ذلك عن طريق القضاء أم لا، لكن هنا نميز بين ما تم الاتفاق عليه وقت الحجر وبعده، فإذا تم الاتفاق عليه قبل الخلع لا يمكن الزوج المطالبة بالإستيفاء، وينطبق ذلك على كل الديون الملقاة على عاتقها من زوجها أو غيره، حيث يرى البهوتي¹ أنه (يصح الخلع من زوجته المحجور عليه لفلس مال في ذمتها لصحة تصرفها كالإلتزامات وتطالب به وأسرت لا إن خالعتة يعين مالها).

2/ المخالعة على قدر معين من المال فيه غرماء: إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الخلع وجرى خلع المحجور عليه لفلسه من زوجها وذلك على مال،² فإنه لا يصح خلعها لعدم خلاص هذا

1منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الارادات، مؤسسة الرسالة، الجزء السابع، ص340

2 إنقسم الفقه في هذه النقطة إلى قسمين:

القسم الأول: وهو الرأي الرافض الحجر على السفیه لأنه إذا بلغ سن الخامسة والعشرين من عمره ولم يرشد فلا فائدة من الحجر عليه، وهو قول أبو حنيفة النعمان الذي ركز على السن في مسألة الحجر، جاء في كتاب الأصل: (... وقال الإمام أبو حنيفة أنه إذا بلغ الغلام الخامسة والعشرين من عمره فأكملها وهو فاسد لم يؤنس منه رشد دفع إليه ماله ولم يحبس عنه..)، ويستدل الإمام بقوله ﴿لَا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾، سورة البقرة، الآية 282، فمدلول الآية

المال لمليكتها ملكية تامة بتعلق حق الغرماء فيه، ويقع باطلاً في هذه الحالة بائناً وللزوج أن يرجع عليها بمهر المثل إذا انفك الحجر عليها.

لم نتطرق إلى خلع المحجور عليها لسفهاها لأنه تأخذ نفس الأحكام تقريباً إلا في نقاط تتعلق بالمال.

د/خلع المعتدة من طلاق رجعي: إتفق جمهور الفقهاء أن المرأة المعتدة من طلاق الرجعي لا يقع خلعها لأن الغرض من الخلع هو فك الرابطة الزوجية والغرض من دفع البذل هو إمتلاك الزوجة للعصمة من أجل إيقاع الطلاق، ومادام كذلك فإن زوال السبب هو زوال الحل وعليه فإنه لا يحوز

الكرامة هو صحة عقود المحجور عليه ومدانياته وكل التبعات المتعلقة بهذه العقود، والمقصود بالحجر هنا الصغير دون الكبير، لكن الآية جاءت تخاطب من يتكلم عنه وبإسمه وليس بمن يحجر عنه لأنه لو كان ذلك جائز لخاطبت الآية وليه، كما يستدل الإمام أيضاً بقوله ﷺ: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»، سورة النساء الآية 05، فإن الخطاب في هذه الحالة موجه لنا نحن بعدم وجوب إعطاء السفهاء أموالنا، ويستدل الإمام من السنة المطهرة بما روي عن ابن ماجة أن في عهد النبي ﷺ قدم رجل ضعيف وكان يغيب كل مرة في مبيعاته فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا له: يارسول الله أحجر عليه فنهاء النبي ﷺ عن البيع، فقال يارسول الله لا أصبر على البيع، فقال له ﷺ: إذا بايعت فقل لا خلافة (رواه ابن ماجة وصححه الألباني، أنظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، كتاب الأحكام، باب الحجر ، حديث رقم: 2354، ص877.

القسم الثاني: وهو الرأي المؤيد للحجر على السفية، وأصحاب هذا الرأي المالكية والشافعية والحنابلة حيث يرون أن السفه من بين الأمور المنقصة للأهلية وبالتالي يجوز الحجر على السفية، ويستدل أصحاب هذا الرأي بقوله ﷺ: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»، سورة النساء، الآية 05، فالآية تشترط البلوغ والرشد لدفع المال وبمفهوم المخالفة أنه إذا لم يبلغ ولم يرشد فإنه لا يدفع له ماله، ويستدلوا من السنة النبوية المطهرة بنفس الحديث السابق لكن بمفهوم آخر، كونه ﷺ لما قضى بذلك على الرجل على سبيل الإستثناء وليس على العموم، وأن العبرة في هذه الحالة بخصوص السبب وليس بعموم اللفظ، وإستدل أيضاً أن النبي ﷺ في واقعة أخرى أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه باع سبعة بثلاثون ألف فبلغ ذلك أمير المؤمنين فقال له كيف أحجر على رجل شريكه الزوبير؟ فإمتنع أمير المؤمنين بالحجر عليه لكونه شريك الزوبير المعروف بالتجارة والربح فقط وليس لسبب آخر. للإستزادة أكثر أنظر: محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف الإسلامية، قطر، 2012، ص467. الحصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، لبنان، 1993، ص213. عبد الوهاب البغدادي، الإشواف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن آل سلمن، دار بن القيم للنشر والتوزيع، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مصر، ص93. محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017/2018، ص51.

خلع المعتدة من طلاق رجعي كونها مطلقة أصلاً، وعليه يقع باطلاً كل خلع وقع في العدة، ويجب على الزوج رد ما تم أخذه.¹

وذهب الظاهرية أنه يجوز طلاق المعتدة من طلاق رجعي لأن المعتدة من طلاق هي مازالت في حكم الزوجة في كثير من الحالات، والزوج في هذه الحالة يمكنه إرجاعها في أي وقت ما دامت في العدة²، فالزوجة هنا ليست بحاجة لدفع الخلع طالما أن مآل العلاقة التي تربطها بزوجها الزوال بعد إنقضاء العدة، ومادام الزوج في الطلاق الرجعي يمكنه أن يرجع المطلقة إليه بدون حاجة إلى عقد جديد، فإنه إذا إختلعت يجب وقتها دفع بدل الخلع للاختلاع كون الزوجية وقتها قامت من جديد.

و/ **خلع المكره:** إتفق الفقهاء على أن الخلع يقع إذا كانت الزوجة أهلاً لوقوع الخلع ويكون منتجاً لآثاره ومادام كذلك فإن كل التصرفات التي تقوم بها الزوجة بإرادتها تعتبر صحيحة إلا إذا شاب الإرادة عيب من العيوب، ولعل من أهم العيوب هو عيب الإكراه ولكن الخلاف ليس في هذه المسألة بل في مسألة تبعات الطلاق الذي تقوم به الزوجة أو الخلع فهنا نجد أن الفقهاء قد إختلفوا في ماهيته:

1/الرأي الأول: لا يقع طلاق المكره ولا يجوز أن يتضمن تعليق الطلاق على إستحقاق الزوج بالبدل، وبما أن القاعدة الفقهية تقول انه لا يقع الطلاق من المكره، فقياساً على ذلك أن الخلع لا يقع بإكراه وبه قال مجاهد³ والنخعي⁴.

1 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 121.

2 محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل الخرخشي، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة، ب ط، بيروت، ص 169

3 **النخعي:** هو أبو عمران إبراهيم ابن يزيد بن الأسود ابن ربيعة النخعي، كان عالماً بالفقه والحديث توفي 96 هجرية، الأعلام الجزء السادس، ص 162.

4 **مجاهد:** هو جبير بمن الحجاج المكي مولى بني مخزوم، تابع مفسر عن أهل مكة أخذ التفسير عن ابن عباس إستقر في الكوفة وتوفي سنة 104 هجري، الأعلام، الجزء السادس، ص 161.

2/الرأي الثاني: أن الطلاق مرتبط على قبول الزوجة ويقع رجعيًا في هذه الحالة، لأنه ليس طلاق بدون عوض، وقبلت به، وهناك من الذين قالوا بأنه يقع بائن.

3/الترجيح: يبدو أن الجمهور هم من فصلوا في قضية الإكراه كون قبول الزوجة في الخلع إلزامي، والباقي فمادامت فاقدة الإرادة بواسطة الإكراه فإنه لا يقع الخلع هذا من جهة، ولكون الخلع وبدل الخلع يدخل ضمن التصرفات التبرعية التي لا بد فيها من الإرادة من جهة أخرى.

ز/ خلع الحائض: إتفق جمهور الفقهاء أنه لا بأس من خلع الحائض أو الطاهرة كون الزوجة التي تلجأ إلى الخلع قاصدة فك الرابطة الزوجية، ومادام كذلك فإنه لا بأس في إقدامها على الخلع وهي ليست على طهر، لأن المنع الذي يراه بعض الفقهاء هو أن الحيض يوقع في إشكال واحد وهو طول العدة، ومادام الإضرار بالزوجة اللاحق بها والمسبب في طلب الخلع هو أكبر بأساً من الحيض فإنه يدفع الخلع، والدليل على ذلك أن النبي ﷺ لم يسأل زوجة ثابت بن قيس هل هي على طهر أم لا، وهو ما يفهم أن الحائض يجوز خلعها.¹

حيث يقول ابن عابدين من الحنفية: (... أنه لا بأس بالخلع في الحيض أو الطهر الذي أصابها فيه، لأن الخلع يقع بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به دليلاً على رجحان مصلحتها فيه).²

ويرى المالكية أنه لا يقع خلع الحائض، كون الخلل في الحيض يعتبر بدعة ولا يعبر عن رضا الزوجين في كل الأحوال.

ونستنتج مما سبق أن الخلع يقع في وقت حيض الزوجة أو طهرها ولا بأس في ذلك كونه يتم برضا الزوجة وإرادتها، وطالما أن الخلع هو في الأساس هو لدفع ضرر لحق بالزوجة من سوء معاشرتها لها، فالأولى هو الضرر اللاحق بها عن طريق الخلع أكبر من الحيض في ذاته.³

1 ابن عابدين، مرجع سابق، ص498.

2 ابو ابراهيم المزني، مختصر المزني (عل هامش الأم)، الجزء الخامس، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص.188

3 علي أحمد عبد العالي الطنطاوي، تنبيه الأبرار في أحكام الخلع والظهار، الطبعة الأولى، دار الكتاب العلمية، لبنان، 1424هـ ص311.

ومن هنا فقد نرجح أن يدفع الأشد في هذه الأضرار بأخفها أو على الأعلى بالأدنى ولعل الملاحظ في هذه الحالة قبول الزوجة بخلعها في الحيض هو قبول ضمنى من الزوجة بتطويل العدة وعليه يقع ويجوز ذلك، وأقوى دليل على ذلك هو أن النبي ﷺ لم يسأل زوجة ثابت بن قيس هل هي على طهر أم حائض.

ط/ أحكام الرجعة في الخلع: قبل الدخول في الموضوع لا بد من توضيح أن المقصود بالرجعة في الخلع هو إتفاق الزوجين على الخلع والبدل، بالإضافة إلى الإتفاق على الرجعة، وعليه نطرح هنا أكثر من تساؤل، حيث يختلف الفقهاء في هذه النقطة بالذات وهي هل تثبت الرجعة إلى الطرق المتفق عليها أم يبطل الخلع أصلاً، أو يصح الخلع ويتم إبطال الرجعة أو يصحان ويبطلان معاً.

1/الرأي الأول: ويرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع المشتمل على اشتراط الرجعة يتم إبطال هذا الشرط وإلغاءه ويقع الخلع طلاقاً بائناً¹، ويجب وقتها العوض وجوباً، وهو ما أخذ به المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكية والحنابلة.

ودليل هؤلاء أن الخلع صحيح لأنه لا يفسد الخلع بالعوض الفاسد ولا بالشرط الفاسد ولا حتى بهما معاً، أما عدم صحة الشرط فلأنه منافي للقصد من الخلع وقد تطرقوا إلى الموضوع من خلال ما يلي:

جاء في البحر الرائق: (إذا أبرأت الزوجة زوجها من المهر بشرط الطلاق الرجعي فقال لها أنت طالق طلاقاً رجعياً يقع بائناً للمقابلة بالمال)².

1 يرى أصحاب هذا الرأي أيضاً بأنه يجب إلغاء جميع الشروط مهما كانت طبيعتها وقبول الخلع مباشرة وإعتبره طلاق بائن لأن الأصل في الإشتراط في أمور الطلاق هي الحظر وليس الإباحة، طالما أن الأمور المتفق عليها ليست بالهينة كونها تهدف إلى قطع للعلاقة الزوجية، وبالتالي فلا يمكن بأي حال من الأحوال قبول الشرط، وزيادة على الأئمة الثلاث نجد الظاهرية وأتباع داود بن حزم الأندلسي، حيث اتفقوا كلهم أن الرجعة ليس للزوجين أن يتفقا عليها مسبقاً، سداً لباب التلاعب بالحياة الزوجية وبالطلاق، حتى وإن كانا يوسف يرى أنه لا بد من النظر في مدى ملائمة الشروط للعقد ولحكمته ولمصلحة الزوجين والأولاد أنظر: زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968

وقد جاء في شرح الخرشي أنه نص الزوج في خلعه على الرجعة مع العوض، بأن أعطته شيئاً وقالت له: طلقنتي تطليقة رجعية، وإتفق معها وطلقها وأخذ منها ما اتفق عليه فإن هذا النوع الفرقة تعتبر طلاقاً بائناً، لأن حكم الطلاق المقترن بالعوض البينونة، فلا يخرجها عنها النص على الرجعة.¹

وجاء في كشف القناع أن شرط الرجعة في الخلع تؤدي إلى صحة الخلع لأن الخلع لا يفسد بالشرط الفاسد أبداً كما هو الحال بالنسبة للزواج ولم يصح الشرط وذلك لمنافاته للخلع.²

2/الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا المذهب أنه يصح الشرط ويقع الطلاق في هذه الحالة، ولكن يقع رجعياً وهو قول سحنون³، وإستدل بذلك أن الزوجين ما دام قد إتفقا على أن يكون الفرقة بينهما هي الطلاق الرجعي فيكون لهما ما اشترطا، ويصرح منهما هذا الشرط ويقع منهما صحيحاً في كل الحالات.

3/الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع يقع طلاقاً هنا، ويقع رجعياً بلا بدل وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي ورواية واحدة عن الحنابلة، وإستدلوا بذلك أن إشتراط المال والرجعة متافيان أصلاً وبالتالي يسقط هذا الإشتراط دون إسقاط الطلاق، حيث يبقى الطلاق حسب رأيهم على أصله وهو الوقوع ولكنه يقع رجعي⁴، طالما أن الشافعية يعتبرون أن الأصل في الطلاق هو الرجعية، ويبقى كذلك في هذه الحالة لأن العبرة ليست بالشرط بل بالأصل وكل فرقة في هذه الحالة تعتبر طلاق رجعي.

2 عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1997م/1418هـ، ص 80.

1 محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل الخرشي، مرجع سابق، ص 251.

2 منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، مرجع سابق، ج 12، ص 147.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1369هـ، ص 251.

4 سحنون: هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوطي قاضي وفقهه، حمصي الأصل مولده القيروان ولي قضائه، صنف مدونة وأخذ عن ابن القاسم، توفي سنة 340 هجرية.

ويرى قول من الشافعية أنه في هذه الحالة يفسد العوض ويجب على الزوج أن يدفع مهر المثل ويقع الطلاق بائناً كذلك¹، ودليله في ذلك أن الرجعة هي التي أفسدت العوض، والخلع لا يفسد بفساد العوض في كل الأحوال، وأن فساد العوض لا يفسد الخلع، وإنما يتم تقديره لمهر المثل فقط.

أما الظاهرية فيعتبرون الخلع طلاقاً رجعيّاً في كل الأحوال، حيث أن الزوج إذا رجع زوجته بعد الخلع وهي في عدتها فلا بد له أن يقوم برد العوض الذي كان قد إتفقا عليه من قبل كاملاً غير منقوص، إلا إذا كان قد اشترط عليها هو وقت صدور الخلع سقوط حقها في الإسترداد وبالتالي في هذه الحالة فإنه يصح ما اشترط عليه أي الشرط ولا يحق للزوجة في هذه الحالة المطالبة به.

4/الترجيح: بما أن فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع تعتبر طلاقاً بائناً، وأن الحكمة فيه أن تمتلك الزوجة العصمة لكي تخالع زوجها الذي لم تستطيع البقاء معه تحت سقف واحد، فقد جعل الله لها هذا الخلاص بيدها إذا هي رأت أنه الوسيلة والطريقة للوحيدة للوصول إلى غايتها، وبالتالي فإنه يختلف عن الطرق الأخرى التي يتم بها إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين، لأن شرط الرجعة لا يبطل الخلع، لأنه ينافي المقصود من الخلع والتي هي البينونة وأن تمتلك الزوجة عصمتها لكي تطلق زوجها مادامت الزوجة قد قررت مسبقاً الانفصال عن زوجها، وهو الأمر الذي تطرق إليه الحنفية والمالكية والشافعية في القول المعتمد والحنابلة في روايات فقط مرجحة.

1 يقول الإمام السيوطي في هذا الصدد أنه ما يثبت بالشرع يتم تقديره على يثبت بالشرع بين الزوجين، حيث أن الزوجين حال إتفاقهما على الأمور التي في الخلع مثل البدل وغيره تقع مادامت لا تمس بالشرع، أما ما تم التطرق إليه شرعاً فليس في الإتفاق من شيء، كأن يقول الزوج لزوجته طلقتك بمبلغ معين على أن تكون لي الرجعة فهنا تسقط الرجعة بالمبلغ المتفق عليه ويقع الطلاق إجبارياً لأن المبلغ المتفق عليه يثبت بالشرع والرجعة تثبت هنا بالشرع، وبطبيعة الحال الشرع أقوى من الشرط. أنظر: جلال عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص301.

الفرع الخامس/ الآثار المترتبة على الخلع

أولاً/ الآثار المترتبة على الخلع كونه معاوضة من طرف الزوجة: يمكن النظر إلى الآثار المترتبة

على الخلع من طرف الزوجة بإعتباره عقد معاوضة على أنه يشتمل على الآثار التالية:

1- الرجوع في الخلع حيث يرى الفقهاء أنه يجوز للزوجة أن ترجع في الخلع شريطة عدم صدور الموافقة في مجلس العقد الموحد مع الزوج، أي أن يكون الرجوع في الخلع بعد إيجاب الزوج وقبل القبول من الزوجة، فقد ذهب الفقهاء إلى أن هذا الشرط لا ينتج أي أثر، ولا ينحصر على الخلع فقط بل يشتمل إلى جميع المعاملات التي تدخل في باب العقود المعاوضة كأصل عام¹.

2- إتحاد مجلس العقد وتعتبر هذه الميزة أيضاً من المميزات التي تتميز بها عقود المعاوضة وبالتالي فإنه لابد للزوجة التي تريد الخلع أن تقبل في مجلس العقد الموحد قبل مغادرة الزوج،² أما إذا كانت غائبة لعذر شرعي فلا بد لها أن تصدر القبول في المجلس الذي تم إعلامها فيه،³ أما إذا لم تصدر القبول في المجلس الذي عرض فيها الخلع فإنه يعتبر لاغياً هذا الخلع ولا يجوز أصلاً حتى وإن قبلت بعد الإفتراق في المجلس لأن هذا الشأن بالنسبة لجميع المعاوضات المالية.

3- بما أن الخلع في طبيعته عقد معاوضة فإنه لابد للزوجة أن تكون لها أهلية التبرع وهذا الأمر الذي تنفرد به دون الزوج ويشترط أيضاً:⁴

- العقل

- البلوغ

- الرشد

1 سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. ص 105

2 محمد البشير محمد الحاج الحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، 1980/1981، ص 321

3 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، مرجع سابق، ص 533-536

4 المرجع نفسه، ص 537

4- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار في مدة معلومة ما دام معاوضة، فلها أن تشترط وقتاً يكون معقولاً،¹ وهناك من الفقهاء من يضيفوا شرط المدة المرتبطة بعذر مقبولاً شرعاً، وعليه يصح الخلع من جانب الزوجة المعلق على شرط أو المضاف إلى وقت معين.²

ثانياً/ الآثار المترتبة على الخلع كونه يمين من طرف الزوج: في هذا الجانب يترتب على قبول الزوجة في نفس العقد الآثار التالية:

في حالة بدأ الزوج بالإيجاب قبل قبول الزوجة في نفس العقد فإنه لا يجوز أن يرجع فيه، لأنه في هذه الحالة يعتبر تعليقاً عند الفقهاء،³ وبالتالي لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام، ولما كان كذلك فهو صدر القبول من الزوجة حتى بعد مغادرة الزوجة فإنه يقع الخلع وعليه فإن الفقهاء هنا يستدلون في آرائهم أن الرجوع عن الجانب دلالة.⁴

يجوز للزوج تعليق القبول أو إضافته إلى المستقبل كما يجوز تعليقه على شرط لكن بمجرد حلول الوقت في حال المعلق على الشرط وقع الشرط لازماً،⁵

1 محمد البشير محمد الحاجا لحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 323.

2 آيت شاوش دليلة، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 326.

3 محمد البشير محمد الحاجا لحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 326.

4 سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 107.

5 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 538.

لكن الزوجة في هذه الحالة لا يجوز تعليق إيجابها كون عقود التمليكات تتميز بهذه الخاصية أي أن الخلع ما دام قُبل بالنسبة للزوجة فإنه يخضع لأحكام التملك.¹

3- بالنسبة للزوج فإنه لا يجوز له الإشتراط في الخيار، إلا إذا كان الشرط ضروري ويجب أن يكون الشرط مقبولا ومشروعاً لأنه لا يجوز أصلاً ولا شرعاً الإتفاق أو الإشتراط في شرط غير جائز لأنه مخالف لمقتضيات التصرف.²

وعليه وإستناداً إلى الأحكام السابقة فإن الخلع لا بد أن يكون رضائياً بين الزوجين كأصل عام أما إذا أرادت الزوجة الإختلاع من زوجها ورفعت أمرها إلى القضاء فيصبح بذلك خلع قضائي وليس رضائي.

المطلب الثاني

تمييز الخلع عن بعض الصور المشابهة له

قد يحصل خلط بين الخلع وبعض الصور المشابهة له، وهو ما سنعرضه في هذا المطلب من تبيان الأوجه المشابهة له، سواء من حيث الإجراءات أو من حيث النتيجة.

الفرع الأول: تمييزه عن الطلاق

أولاً/ أوجه التشابه: يتفق الطلاق مع الخلع، كونهما يضعان حداً للعلاقة الزوجية وكلاهما يزيل الحل بين الزوجين،³ لأنهما يدخلان في خانة طرق فك الرابطة الزوجية ويتفقان أيضاً أن كلاهما لا بد من صياغة لإيقاعهما أو بالأحرى ألفاظ مخصوصة، وعموماً يمكن إجمال أوجه التشابه في ما يلي:

- أن كلاهما يعتبر وسيلة لإنهاء الرابطة الزوجية حيث تختلف الطريقة وتتحد في الهدف

1 سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص108

2 عاطف محمد صحصاح، الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون، دار إيجي للطباعة والنشر، ب ط، ب س، ص12

3 منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية- أحكامه وآثاره- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة الطبعة الأولى، الأردن، 2008م/1423هـ، ص56.

- أن كلاهما يعبر عن رفع الحل بين الزوجين
- أنهما يتفقان في الشروط الخاصة بالصيغة التي تقع بها الفرقة أي أنها ألفاظ مخصوصة لإنهاء الحل

- أن كل من الطلاق والخلع ينتج نفس الآثار مثل: العدة، الحضانة، النفقة.....الخ
- أن لكلاهما نفس الإجراءات المخصوصة من إجراءات شكلية جوهرية نظمتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية مثل الصلح، الإختصاص....
- أن كلاهما يدخل ضمن المفهوم العام للطلاق .
- هناك نقطة تعتبر مشتركة تارة ومختلفة تارة أخرى كون الخلع والطلاق يتفقان في بعض المراحل في الحكم كونه تارة تعتريه أحكام الطلاق البائن أو الطلاق الرجعي (سيتم التفصيل فيها فيما بعد).

ثانياً/ أوجه الاختلاف: يختلف الخلع عن الطلاق في مواضع كثيرة كون الطلاق أصلاً نظمته نصوص القرآن الكريم في قوله ﷻ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمَّ 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 فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾¹، فمعنى ذلك أن الطلاق تناوله الشريعة الإسلامية بصريح النص القرآني، وتناولته السنة النبوية الشريفة أيضاً تناولته في حديثه ﷺ الذي سبق ذكره في حيث أن عباس رضي الله عنه، وعليه فالأصل في فك الرابطة الزوجية في الإسلام هي الطلاق كون الرجل بيده العصمة في فك الرابطة الزوجية أصلاً،² إنما الخلع فهو إستثناء ولم يرد النص عليه إلا في الشريعة الإسلامية تقريراً أي أنه جاء بموجب واقعة حدثت في زمانه ﷺ فشرعت بذلك الخلع وعليه يمكن إجمال أوجه الاختلاف في ما يلي:

1 سورة البقرة، الآية (229).

2 علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، لبنان، 1984م/1405هـ، ص 201.

- أن الطلاق أوسع مفهوماً من الخلع بإعتبار أن الأول الأصل بينما الثاني فهو إستثناءاً.
- أن الخلع هو لإزالة الحل في الحال وفي المآل، أما الخلع فهو لإزالة الملك ويكون في المآل فقط.
- الطلاق يكون بمجرد التلفظ به والمراد منها بينما الخلع له طابع خاص.
- الطلاق لا يكون بمقابل مالي، أما الخلع فلا بد من مقابل مالي أو ما يسمى بالعوض بإعتباره شرط لا بد وإلا بطل الإجراء.
- القاضي في قضايا الطلاق لا يبحث إلا على نية الزوج كشرط لإيقاع الطلاق، بينما الخلع لا بد من البحث في البدل.

الفرع الثاني/تمييزه عن التطليق

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى الفرق بين الخلع والتطليق حتى وأن التطليق سنفصل فيه في الباب الثاني إلا أن هذا لا يمنع من التطرق إليه لتبيان بعض الأحكام.

أولاً/ أوجه التشابه: يتشابه الخلع مع التطليق في كونهما حق من حقوق المرأة التي تنفرد بهما في فك الرابطة الزوجية، إلا أن هناك بعض النقاط التي سنشير إليها في ما يلي:

1- يشتركان في نية الزوجة بصرف النظر على جديتها في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ولا يمكن أن يسمى طلاقاً بالتراضي ولا يتفق فيه الزوجان على أي من الحقوق، إلا على وجه الإستثناء.

2- يتفق الخلع مع التطليق في الإجراءات تماماً، مثل الآجال والصلح والجلسات....، حيث تعتبر هذه الإجراءات من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حتى وأن القاضي المطروح أمامه النزاع لا يمكنه أن يحكم بدون طلبات الزوجة بإعتبارها طالبة التفرقة.

3- كلاهما يتم بإشراف القضاء، وهو السبب في تسميتهما بالتفريق القضائي كونهما إجراء قضائي بحث لا يمكن أن يتما خارج هذا الأخير، ونجد في أغلب تشريعات الدول العربية يعرفان بإسم

التفريق القضائي ومن خلال التسمية يتضح جلياً المعنى،¹ و يمكن عدم الإشتراط للجوء للقاضي لإنعقادهما، إلا أن هناك بعض الاختلاف عند الفقهاء حول هذه النقطة التي سنتطرق إليها في الأحكام.

4- يتفقان في الآثار التي تأتي بعد الحكم وهي كالاتي:²

- العدة

- الحضانة

- النفقة

5- أن كلاهما يزيل الملك، ولا عبء فيهما بموافقة الزوج أو رفضه.

6- الخلع والتطليق كلاهما يعتبران سبيل تنفرد به الزوجة لخلاصها من زوجها

ثانياً/ أوجه الاختلاف: يختلف التطليق عن الخلع في مواطن عديدة في الشكل والمضمون معاً فنجد أن الخلع قد يقع بدون سبب، وبالتالي فالزوجة غير مجبرة أمام القاضي لإثبات السبب كما أن القاضي غير ملزم بالبحث في السبب المؤدي للخلع، عكس التطليق الذي نجد أن القاضي فيه مقيد بالأسباب العشرة التي تم ذكرتها المادة (53) من قانون الأسرة تحت طائلة رفض دعوى الزوجة،³ وعموماً يمكن إجمال أوجه الاختلاف في ما يلي:

1 هناك من الفقهاء من يرى أنه يجوز الإتفاق على الخلع بدون اللجوء إلى القاضي إلا لإثباته فقط، كونه إتفاق بين الزوجين بالدرجة الأولى ، لكنهم يجيزون تدخل القاضي في حالة النزاع على الأمور المتعلقة بالخلع مثل العوض ...، النقطة التي ذهب إليها شراح قانون الأسرة الجزائري، وتعتبر هذه المسألة نقطة مشتركة بين جميع المذهب الأربعة بالإضافة إلى الظاهرية، حيث جاء في مختصر خليل عن فقه الإمام مالك: (يجوز الخلع هو طلاق بعوض وبلا حاكم)، أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2004، ص271. بنإسحاق، خليل المالكي، مختصر خليل، تصحيح: أحمد نصر، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مصر، 1981م/1401هـ ص130

2 منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص64.

3 تنص المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري على: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكون عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذه القانون
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

- 1- أن الخلع يكون أساسه مقابل مالي تفتدي به الزوجة نفسها نظير الخلاص من زوجها، وأنه لا يتصور وقوع الخلع بدونه.
- في حين أن التطلاق يقع بمجرد تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة دون الحاجة لمقابل مالي.
- 2- تعتمد إجراءات التطلاق على الدليل دون صرف النظر إلى النوايا عكس الخلع.
- 3- تلتزم الزوجة في التطلاق بإثبات الضرر لأنها دعوى قائمة على أساس ضرر حاصل، عكس الخلع .
- 4- يقع على الزوجة عبء الإثبات حيث يمكن الإستعانة في التطلاق بأهل الخبرة في تحديد بعض الأضرار، أما إذا كان الضرر كالضرب والشتم والسب يكون بإحالة الدعوى للتحقيق لسماع شهود الزوجة، وهذه النقاط لا نجدها أبداً في الخلع كون القاضي ليس بحاجة إليها.

- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

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

- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه

- ارتكاب فاحشة مبينة

- الشقاق المستمر بين الزوجين

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

- كل ضرر معتبر شرعاً

المطلب الثالث

أشكال الخلع

سنحاول في هذا المطلب دراسة أنواع الخلع وتقسيماته من خلال:

الفرع الأول: تقسيمات الخلع وأنواعه

إن الملاحظ في التشريعات العربية أنها تتفق كلها في تقسيم الخلع إلى نوعين الأول رضائي والآخر غير رضائي، ولما كان كذلك سنحاول التعرّيج على النوعين بشيء من التفصيل لتوضيح المفهوم وتفادي الخلط بينهما.

أولاً/ خلع رضائي: في هذه الحالة يتراضى الزوجان على الخلع بمقابل المال،¹ ويكون التقاهم بينهما ظاهر لفظاً كان يقول الزوج لزوجته خالعتك على مقدار معين من المال أو ما قيمته مالية فتقبل الزوجة فيقع الطلاق، نفس الشيء أكان تقول الزوجة للزوج خالعتني على مبلغ من المال أو على ما قيمته مهري أو تسمي له مقدار من المال ففي هذه الحالة والأولى يقع الطلاق أي الخلع دون الرجوع إلى حكم قضائي.²

وبالرجوع إلى القانون الأردني نجد أن الخلع الرضائي عبارة عن إتفاق بين الزوجين على الفرقة مقابل مقدار معين من المال تعطيه لزوجها لتشتري نفسها ويقع بهذا الخلع طلاق بائن بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول والبدل.³

وبالنظر إلى التشريع الجزائري فإنه لا يأخذ بهذا المبدأ عكس المشرع الأردني والمشرع المصري حيث لا يشترط المشرع في الخلع أن يكون الزوج موافقاً بصريح المادة (54) من قانون الأسرة

1 في هذه الحالة يعني عدم الرجوع إلى القاضي في مسألة العوض، لكن في الأمور الأخرى شرط لازم، حيث لابد من اللجوء إلى القضاء في التشريعات الوضعية، وللإشارة فإن الحنفية والحنابلة يشترطون وجوباً تدخل القاضي في هذه النقطة، أنظر: أحمد نصر الجندي، من فوق الزوجية، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2005، ص10.

2 أحمد نصر الجندي، من فوق الزوجية، مرجع سابق، ص 11

3 قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، موقع التشريعات الأردنية.

الجزائري في نصها: (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم).¹

من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري ذهب مباشرة ودون تعريف للخلع في النص على عدم رضائية الخلع، وإدخاله في خانة الجوازية ويكون ذلك عن طريق الإتفاق بين الزوجين على الخلع، وبالتالي فإن الموافقة لا تكون شرطاً في الخلع ولا يمكن للقاضي أن يبحث في مدى موافقة الزوج من عدمها، وعليه فالمشرع هنا يبحث في مدى حرية الزوجة في الانفصال وحدها دون زوجها.

أما المشرع المغربي فقد سار على نهج المشرع الجزائري في التطرق إلى الخلع من جانب الرضائية عكس المشرع التونسي الذي سكت على ذلك في الخلع، والأبعد من ذلك لم يتطرق إلى موضوع الخلع نهائياً بل ذكر حالتين وهما الطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة لكلا الزوجين .

ثانياً/ خلع غير رضائي:

نص المشرع الجزائري على الرضائية في الخلع حيث أضاف عبارة: ﴿دون موافقة زوجها﴾ وهو ما يطرح تساؤل حول منهج التشريع الجزائري في هذه النقطة، طبعاً نستثني شرط بدل الخلع كونه لا يصح الخلع إلا به،² وبالتالي لا يمكننا أن ندرجه في الشروط بل الأركان، وعموماً يمكن إجمال النقاط في ما يلي:

1 القانون رقم: (84-11) المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المرجع السابق.

2 ينص المشرع المصري في المادة (20) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: (للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما علي الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وإفدتت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلي الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (19) من هذا القانون، ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن)، قانون رقم 52 لسنة 1251 المعدل بالقانون 52 لسنة 1252 المعدل بالقانون 111 لسنة 1292 الأحوال الشخصية رقم 52 لسنة (1251 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية).

- أن يكون هناك خلاف بين الزوجين حول الخلع دون تحديد نقطة الخلاف سواء تعلق الأمر ببذل الخلع أو بالخلع في حد ذاته، كون الخلع إذا لم يحصل الرضا لا يمكن أن يقع الخلع شرعاً، أما من جهة وقوعه فأمره متروك للقاضي وهو ما يعمل به المشرع الجزائري
- أن تعبر الزوجة بنياتها في فك الرابطة الزوجية مع زوجها نهائياً وبدون رجعة.
- أن تقدم الزوجة السبب الذي يمنعها أو تمتنع عن ذلك، إلا إذا كان السبب يمس بحرمة حد من حدود الله تعالى.

- أن تقدم الزوجة لزوجها مبلغاً من المال أو ما يقوم مقامه من كل شيء له قيمة مالية.

الفرع الثاني/ الألفاظ التي يقع بها الخلع عند المذاهب الأربعة

أولاً/ عند الحنفية: يرى أصحاب هذا المذهب أنه من ذكر لفظين لوقوعه، الأول لفظ **المُخالعة** لأن الغرض منه هو الإفتراق بين الزوجين، أما الثاني فهو ذكر **العوض** كشرط أساسي لأن الخلع هو عبارة عن تطليق من نوع خاص، بالأحرى مشتمل على مال.¹

ويمكن أن تكون الألفاظ واردة على سبيل الكتابة في النقطة الأولى لأنه العبرة ليست بالطريقة بقدر ما هي النية، وعليه فكل ما يفيد الطلاق فإنه يفيد الخلع لفظاً، أما بخصوص **العوض** فيرى الحنفية أنه لا بد أن يكون **العوض** صريحاً، أي بصريح العبارة كأن يقول: (خالعتك عل مبلغ من معين من المال ويذكر المبلغ)،² وعليه ففي هذه الحالة يمكن أن نميز بين حالتين:

1 عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ص 121.

2 علي بن الحسين بن محمد السعدي، النتف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الأردن، عمان، دار الفرقان، الجزء الأول الطبعة الثانية، 1984م/1404هـ، ص 366.

1- أن الفرقة لا تحدث بذكر الخلع كما تم توضيحه ولكن لم يذكر فيها البديل ففي هذه الحالة يعتبر قد وقع طلاقاً بائناً كما جاء في الدر المختار: (الخلع يعتبر من الكنايات فيعبر فيه ما يعبر فيها والواقع به وبالطلاق على مال يعتبر طلاق بائن)¹.

2- إذا تم الخلع بنفس الطريقة السابقة وزيادة عليه ذكر المال في الخلع، لكنه لم يكن المال حاضراً ففي هذه الحالة يعتبر طلاق رجعي.²

وقد اختلف الفقهاء في هذه النقطة مع القول الأول لأن الإمام أبو حنيفة يرى أن الخلع يمكن أن يكون يميناً بالنسبة للجانبين،³ أو يميناً من جانب واحد، كما سبق التطرق إليه.

وعليه فإنه لإعتبار هذا القول فإنه يترتب عليه ما يلي:

1- أن الزوج لا يستطيع أن يرجع في إيجابه قبل قبول الزوجة، والسبب في ذلك لأن الطلاق أصبح معلق على قبول الزوجة لا على إيجاب الزوج.

2- إن خيار الشرط لا يصح بالنية للزوج.

3- أن قيام الزوج من مجلس العقد الذي إتفقا فيه لا يبطل الخلع

4- بإمكان الزوج في هذه الحالة تعليق قيود على شرط إضافته إلى زمن المستقبل.

أما إذا اعتبرناه معاوضة في جانب الزوج فيرتب عليه مايلي:

1- أهلية الزوجة المختلعة وهذا بأن تكون مدركة لتصرفها أي الخلع

2- لا تملك المختلعة إضافة الشرط كما هو الشأن بالنسبة للزوج، ولا لأن تضيفه للمستقبل.

3- يمكن أن يبطل إيجاب المختلعة في حالتين إذا غادر الزوج قبل إيجاب الزوجة، أو خرجت الزوجة من نفس المجلس.

1 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص. 88

2 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 128

3 محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ص. 89

ثانياً/ عند المالكية: الخلع لا بد من أن يشتمل على ألفاظ مخصوصة طالما هو ذو طبيعة خاصة في نظر المذهب المالكي، وبالتالي فكل ما يفيد المعنى والشكل يعتبر خلعاً، والجوهر في الصيغة عندهم هو الفك بين الزوجين من جهة وعلى مال من جهة أخرى.¹

حيث أن الخلع هو الإفتراق والمباينة بين الزوجين، وبالتالي فإن المالكية قد فرقوا بين الألفاظ التي تدل على العوض المبذول للزوجة، حيث يقول ابن رشد: (إن تسمية الخلع تختص في بذل المرأة جميع ما أعطاه، والصلح ببعضه، والفدية بأكثرها)،² ويرى الإمام القرطبي³ أن المختلعة هي التي تخالع نفسها من كل مالها من نفسها على زوجها.

ويرى المالكية أن الخلع إذا تم ذكره بدون البذل فإنه يقع صحيحاً ويقع في هذه الحالة طلاقاً بائناً وهنا لا فرق بين الألفاظ الصريحة والكنائية طالما المقصود هو الفرقة بمقابل مالي، وهو التعريف الذي تنبأه أصحاب هذا المذهب، كون الخلع كما يراه الإمام الخرخشي أن بينونة الطلاق يكون في وقوعه بغير البذل أو العوض،⁴ كون الزوجة وبصرف النظر عن الألفاظ إلا أن المعنى هو الاختلاع أو الإبراء، ويكون هادفاً إلى بينونة الطلاق الواقع بين الزوجين.

كما أن الخلع عند المالكية يكون واقع في الحالات التالية:

- أن يكون الخلع معلق على شرط
- أن يكون غير مضاف إلى المستقبل
- أن يتم في مجلس موحد.

1 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 129

2 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 40

3 **القرطبي:** هو محمد بن أحمد بن بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي من أهل قرطبة، مفسر سافر إلى المنية بشمال أسبوط، سنة 671 هجرية، الأعلام، الجزء السادس، ص 217.

4 محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل الخرخشي، مرجع سابق، ص 251.

ثالثاً/ عند الشافعية: ينقسم العقد عند الشافعية إلى رأيين:

الأول/ويرى أن العبرة في الخلع بالألفاظ التي يتم بها كونه طلاقاً بالدرجة الأولى وأن القرآن الكريم لم يذكر الطريقة التي يقع بها، بل إكتفى بذكر الإفتداء بلفظه.¹

الثاني/أن الأصل في عبارات الخلع هي الكناية، حيث يمكن أن يقع بلفظ الفسخ ولذلك لأن الفسخ هو الراجح عندهم، حيث جاء في النظائر للإمام السيوطي: (أنه إذا قلنا أن الخلع طلاق، وهي الراجع فلفظ الكناية هي فسخ فقط).²

ويرى الشافعية أيضاً أن الخلع فسخ تارة، ويكون طلاق تارة أخرى، فالقائلين بأنه خلع لأنه يعتبرونه معاوضة من جانب الزوجة، وعليه يترتب عليه ما يلي:

- أن الزوج إذا صدر منه الإيجاب أولاً فإنه يمكن الرجوع فيه شرط قبل قبول هذا الإيجاب من طرف الزوجة ولا عبرة لا بالمجلس ولا بالإفتراق.

- إن اللفظ يصح بكل الطرق إلا إذا تعذر عليه النطق كالكتابة أو الإشارة.

- أنه يقع شرط أن لا يكون هناك حادث بين الإيجاب والقبول والمقصود بالحادث هنا ما يمكن أن يفهم انه إعتراض من أحد الجانبين.³

- وجوب التطابق بين الإيجاب والقبول، ومن القائلين بأنه يقع طلاق فإنهم برروا موقفهم أن أحكامه تختلف كونه يصدر من طرفين مختلفين وهنا نميز بين حالتين:

1/الحالة الأولى: يمكن أن تنطبق أحكام المعاوضات في الخلع إذا كان الإيجاب والقبول تم التطرق فيهما إلى العوض وتم القبول، كأن يقول لها خالعتك بألف دينار وقالت أقبل الخلع

1 إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص171

2 جلال عبدالرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص411.

3 زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عبد الرؤوف بن محمد الكمالي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2003م/1424هـ، ص130

والعوض،¹ وإذا علق الخلع على شرط وقع الشرط فإن هاذ يمكن القول بأنه وقع الخلع وتعتريه الأحكام التالية:

- أنه لا يمكن الرجوع في الإيجاب في هذه الحالة قبل قبول الزوجة.²
- لا يكفي أن يكون القبول لفظاً، بل لابد من أن يتحقق الشرط.³
- إذا كان في تعليق الخلع صيغة العموم، وعليه فإنه في هذه الحالة لا يشترط فعل المعلق عليه من المختلة فوراً.⁴

2/ الحالة الثانية: إذا كانت الزوجة هي التي بدأت بالخلع في مجلس العقد وصدر منها الإيجاب بدون ذكر خصائصه سواء كان معلق على شرط أو منجز، ويعتبر معاوضة عند أنصار هذا الرأي وعليه يترتب عليه ما يلي:

- أن الزوجة هنا تلتزم بدفع بدل الخلع ويقع بذلك فك الرابطة الزوجية لأن الأصل في عقود المعاوضة هي الإلتزامات بين الأزواج.
- للزوجة حق الرجوع في إيجابها قبل القبول.
- يقبل بكل الألفاظ سواء كانت كناية أو صريحة.

رابعاً/ عند الحنابلة: تنقسم الألفاظ عند أصحاب المذهب إلى قسمين:

1 زكريا بن محمد الأنصاري، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عبد الرؤوف بن محمد الكمالي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2003م/1424هـ، ص130

2 زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار المعرفة، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، ب س، ص 16.

3 عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998م/1419هـ، ص 102.

4 عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص133.

1/القسم الأول: وهي الألفاظ الصريحة والتي يعتبرونها أكثر من ضرورة ولا بد من كلمة خلع في المخالعة بين الزوجين، لأن الروايات التي ذكرت قصة ثابت بن قيس جاءت بصيغة الخلع وليس بصيغة الطلاق،¹ كما أنه يمكن أن يكون بلفظ الإفتداء لأن الآية جاءت بهذا اللفظ لفك الرابطة الزوجية، ويمكن أن تأتي بلفظ الفسخ لأن الحنابلة يرون أن نوع الفرقة التي تقع بالخلع هي فسخ، وتعتبر الألفاظ الدالة على الطلاق لها أهمية بالغة في هذا الشأن، كونها تفريق بين زوجين على مال متفق عليه.²

2/القسم الثاني: وهي الألفاظ المبارة والبينونة والمفارقة، ولا بد من ذكر البذل في العبارات التالية: حيث يرى الحنابلة أن الخلع إذا ذكر البذل فيه فإنه يقع طلاق بائن ولا بد للزوجة أن تعطي للزوج البذل المتفق عليه، وإذا كان عكس ذلك فإن للإمام أحمد روايتين:

أ/رأي أول: وهي رواية لقصة حدثت في عهد الإمام أن امرأة قدمت لزوجها فقالت له: إخلعني فقال لها: إنت مخلوعة،³ فقال الإمام في هذه الحالة فإنه يتعين على الزوج أن ينكحها ويتزوج زواجاً جديد وهو دليل على أن الخلع إذا كان قد ذكر بدون بدل فإنه يقع طلاق بائن.

1 جاء في كتاب دليل الطالب: (وصيغته الصريحة لا تحتاج إلى نية. وهي: خلعت وفسخت وفاديت، والكناية: باريتك، وأبرأتك. فمع سؤال الخلع وبذل العوض يصح بلا نية، وإلا فلا بد منها. ويصح بكل لغة من أهلها كالطلاق) أنظر: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 66.

2 جاء في كتاب الفتاوى الكبرى: (والمنقول على السلف قاطبة، إنما جعل الخلع فرقة بائنة، وليس طلاق، وإما جعله طلاق، وما رأيت في كلام أحدهم أنه فرق بين لفظ ولفظ، ولا اعتبر فيه عدم نية الطلاق، بل قد يقولون كما يقول أحد الفقهاء: كل ما أجازته المال فليس بطلاق، ونحو ذلك من العبارات. مما يتبين أنهم اعتبروا مقصود العقد لا لفظاً معيناً، والتفريق بين لفظ ولفظ مخالف للأصول والنصوص)، أنظر: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، مرجع سابق، ص 301.

3 جاء في كتاب فقه الدليل في شرح التسهيل: (الخلع طلاق بائن فليس للزوج عليها رجعة إلا برضاها وعقد جديد، فلو كان لزوجها رجعة في العدة لم يكن لدفع العوض معنى، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة، فلو جازت الرجعة لعاد الضرر...وهو مذهب الجمهور ومنهم الحنفية والشافعية في المعتمد والمالكية)، أنظر: بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن إسباسيرال البعلبي فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 426.

ب/رأي ثاني: أنه لا بد لوقوع الخلع من ذكر البذل، وبالتالي فإنه إذا قال الزوج لزوجته هل تقبين خلعك مني مقابل مال فقالت قبلت فيقع في هذه الحالة طلاق.

ويرى الحنابلة في تكييفهم الفقهي للخلع انه:

1- إذا لم يعلق الزوج خلعه على شرط فإنه يعتبر في حكم المعاوضات وتنطبق عليه سائر الأحكام التي تحكم هذه الأخيرة :

- أنه لكلا الزوجين عدم الرجوع في إيجابه

- ضرورة صدور القبول في المجلس الموحد

2- إذا صدر الخلع من الزوج معلقاً على شرط فإنه في هذه الحالة يعتبر خلعاً لمنه معلق على شرط، وهو ما يفسر بأنه فسخ عند الإمام، وكما هو معروف أن التعليق في الخلع لا يعتبر إلا فسخاً.

جاء في كتاب شرح الإرادات أن الزوج إذا قال لزوجته أنه إذا أعفيتني من جميع تبعات الفراق فأنت حرة بنية الخلع، فإنه في هذه الحالة لا يقع طلاق، فالعبرة هنا ليس بالمقابل بل بالصيغة التي وقعت بها الفرقة.¹

1. وجاء في الشرح الكبير أنه متى اتفق الزوجان على عطية مقابل الخلع وأعطته الزوجة يقع طلاق ويحكمه حكمين، الأول هو عدم التقيد بمجلس واحد في إيقاع الخلع ، والثاني هو اشتراط الموافقة كشرط أساسي، وبالتالي فلا يملك الزوج الرجوع قبل القبول من الزوجة، أنظر: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القرويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، مرجع سابق، ص 329.

المبحث الثاني

الطبيعة العقدية للخلع

تطرق الفقهاء بكثرة إلى موضوع الخصائص التي يتميز بها الخلع عن غيره من التصرفات المشابهة له والتي سبق ذكرها، فالخلع له طبيعة خاصة تجعله يثير بعض التساؤلات والتي أصبحت تسيل حبر الفقهاء والباحثين في مجال التصرفات التبرعية من جهة، والانفتاح الذي أصبحت تعرفه هذا النوع من العقود من جهة أخرى، وعليه سنتطرق في مبحثنا هذا إلى الطبيعة العقدية للخلع في مطلب أول و في مطلب ثانٍ نتطرق إلى مكانة الخلع بين البينونة والرجعة.

المطلب الأول

مظاهر الطبيعة العقدية للخلع

سنحاول في هذا المطلب التعرض إلى طبيعة الخلع من حيث الطبيعة العقدية، ونتطرق فيها إلى الاختلاف الحاصل في الطبيعة بين الرضائية وغيرها.

الفرع الأول/ الطبيعة العقدية للخلع من حيث الخصائص

أولاً/ الطبيعة العقدية: لقد إهتم الفقهاء بالخلع لما يطرحه من توجهات في الواقع حول كونه تصرف رضائي أو عقد؟ والأهم من ذلك ما يترتب عن هذا النوع من أثار في الواقع؟ فهل هو عقد معارضة؟ لأن المرأة تفتدى نفسها بعوض مالي تدفعه للزوج؟ وما صفته من جهة الزوج لأنه لا يقابل العوض المالي بمعوض عنه مالي؟ .

يرى بعض الفقهاء أن الخلع كغيره من العقود، يتبعها في تقسيمها في إلى عقود رضائية وأخرى عقدية وتنقسم أيضاً إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، وهو الأمر الذي يفرض حتمية التعريف الدقيق لهذا النوع من العقود، وقد تطرق الإمام الشوكاني إلى التعريف حيث يرى أنه عقد كغيره من العقود وذلك بالنظر إلى طبيعته وأركانه وآثاره.

ويضيف الإمام في قوله: (عقد على عوض مالي أو ما في حكمه صائراً أو بعضه إلى الزوج غالباً من زوجته صحيحة التصرف، ناشئة عن شئ مما يلزمها له من فصل أو ترك أو من غيرها كيف كانت مع القبول أو ما في حكمه في مجلس العقد أو الخير به قبل الإعراض منهما)¹.

وعليه فإن الإمام صنف الخلع على أنه عقد للإعتبارات التالية:

- كون الخلع يقوم على نوع من أنواع العقود وهو الرضائية
- كون الخلع يدخل في خانة العقود الملزمة لجانب واحد
- الخلع هو من التصرفات التبرعية أي عقد من نوع خاص
- أن يعتمد على الرسمية مثل باقي العقود

1/ أهم خصائص الخلع العقدية:

أ/الصيغة: كما سبق وأن ذكرنا أن وقوع الخلع لا بد من صيغة لكي يقع، وبالتالي فالصيغة تعتبر شرطاً أساسياً كونه المهم في ترجمة النية في الانفصال عن الزوج،² والخروج من التزامات الزوجية، وعليه فقد اختلف الفقهاء على هذه الصيغة هل تكون صيغة معينة؟ أم أنه لا يهم الصيغة الحرفية بل تكون تؤدي المعنى فقط؟

من حيث الباب ذهب كثير من الفقهاء إلى ضرورة ذكر لفظ الفداء أو المفادات مصداقاً لقوله

تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.³

1 أحمد نجيب الغزالي، الطلاق الإنفرادي وتدابير الخدمة في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والتقنيات العربية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2008، ص35.

2 المرجع نفسه، ص36

3 سورة البقرة، الآية (229).

كما تحدث الفقهاء عن الأوصاف التي تلحق بصيغة الخلع مثل تعليق الخلع علي شرط أو إضافته إلي زمن مستقبل كما ناقش الفقهاء إمكان اقتران الخلع بالشروط الصحيح وأثر غيره من الشروط عليه،¹ وعن ضرورة موافقة القبول للإيجاب واتصال كل منهما بالآخر.

ب/ طرفي الخلع: يشترط الفقهاء في الخلع حضور الزوجين ورضاها، وعليه فالفقهاء ذهبوا على أن كل من يصح طلاقه يصح خلعه، ويشترطوا بذلك في الخلع الشروط التي تشترط في الطلاق مثل:²

- أن يكون المخال عاقلاً بالغاً أي مكلفاً

- أن تكون الزوجية قائمة وصحيحة

كما إشتراط الفقهاء في الزوجة نفس الشروط التي يتطلبها خلع الزوج،³ فلا يصح الخلع للزوجة الأجنبية لأنه لا يربطها مع الزوج عقد صحيح، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة التي يربطها مع الزوج عقد فاسد، ولا من الزوجة التي انفضت من عدتها بعد طلاق بائن، عكس المطلقة في طلاق رجعي فهنا يقع خلعه.⁴

ج/العوض: وهو المحور الأساسي في الطلاق عن طريق الخلع، وهو جواز أخذ العوض في الخلع سواء كان نقداً، أو عيناً، أو منفعة، أو حقاً.

1عباس سهيل حنان، الطلاق الخلعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، العدد الأول 2004، ص76.

2 مصطفى باجو، الخلع بين ضوابط الشرع والواقع، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، العدد الأول، نوفمبر 2001، ص116

3 تجدر الإشارة إلى ان الفقهاء الذين يشترطون السلامة من العيوب التي في العقد من باب عدم الوقوع في المحرمات، لأن الخلع مثل الطلاق يسري عليه الأحكام التي تسري على الطلاق مباشرة بعد وقوعه، ومن هنا يرى الدكتور بلحاج العربي أن الخلع والطلاق يشتركان في هذه النقطة لعدم الخلط في تبعات الطلاق والآثار كذلك، أنظر: عباس سهيل حنان، الطلاق الخلعي، مرجع سابق، ص77.

4 أحمد نجيب الغزالي، الطلاق الإنفرادي وتدابير الخدمة في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية، مرجع سابق، ص38.

النقد/ ويدخل في ذلك كل ما له علاقة بالنقد مثل النقود، الذهب ونحوها

العين/ ويدخل في ذلك العقارات، البساتين، السيارات .الخ

ومما سبق يمكن إجمال خصائص الخلع في ما يلي:

أ/الخلع ذو طبيعة خاصة من جانب المعاوضة: ذهب الفقهاء إلى أن المعاوضة في الخلع متوقفة على قبول الطرف الآخر للعرض، كأن يقول المخال لزوجته خالعتك على مبلغ مالي معين فهذا لا بد لها من القبول وبصح هذا الخلع عند الفقهاء، والعكس غير صحيح كأن تبدأ الزوجة به مثل خالعتني على كذا وقبل الزوج فلها أن ترجع في إيجابها قبل صدور القبول من الزوج.¹

وهنا تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد أبطلوا الخلع إذا لم تكن الصيغة في مجلس العقد ، كونه شرط أساسي في مثل هذه العقود،² مثل مغادرة احد الزوجين لمجلس العقد قبل القبول أي تطابق الإيجاب والقبول فلا يصح ذلك، وهنا يجب النظر في إعادة الصيغة كونها شرط أساسي في العقد (عقد المعاوضة للخلع)،³ وهنا لا يشترط الفقهاء الايجاب والقبول فقط بل المطابقة في الموافقة والتي سنتطرق لها في ما بعد بشيء من التفصيل.

وذكر الفقهاء أن الخلع في هذه الحالة وبطبيعته لا يعتبر طلاقاً بل فسخاً وبالتالي لا ينقص عدد الطلاقات عند الزوج، وهناك من قال أن الخلع مادام يزيل الملك عكس الطلاق فغنه لا بد من التفرقة بينهما.⁴

1مصطفى باجو، الخلع بين ضوابط الشرع والواقع، مرجع سابق، ص117

2عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص133

3 جمال يوسف المصري، فقه الإمام الزهري في الأحوال الشخصية، زواج طلاق دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، غزة، 1433هـ/2012م، ص112.

4وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2000، ص310.

يرى الشافعية أن الإيجاب من طرف الزوجة على مبلغ من المال يعتبر معاوضة مالية حيث يوقع الطلاق على مال، وهنا يفرق الشافعية بين الخلع أو الطلاق على شرط، وهو ما يدخلنا في مسمى آخر وهو اليمين وليس الطلاق.¹

يرى الحنفية خلافاً للشافعية حيث إتفقوا معهم في موضع وإختلفوا في آخر ففي نقطة الإتفاق نجد قضية أن الخلع من جانب المزوجة يعتبر معاوضة، أما من جانب الزوج فهو يمين وهنا يجب التفريق بين الحالتين في جميع مراحل العقد، حتى لا تتداخل المفاهيم، في حين يرى طرف آخر أنه يمين من الجانبين وهذا قول صاحبان.²

أما المذهب الحنفي فيرى عكس المذاهب السابقة على أن الخلع تعتريه الأحكام التالية:

- العوض في الخلع مثل العوض في البيع كون الإثنتين يجتمعان على نفس الشروط التي تتطلب وقوعهما فالنية هنا حسب رأي الحنفية أن العبرة ليست بالمضمون بقدر ما هي بالشكل فالمعاوضات عندهم تتفق كلها في كونها تهدف إلى إتفاق على رفع الحل بين الزوجين، ودليلهم في ذلك أن العوض له قيمة مالية و أهمية كذلك في العقد أيضاً، حيث يتفقان كونه لا يمكن التصرف في العوض دون قبضه سواء تعلق الأمر بعقد المعاوضة أو البيع، حيث لا يصح للزوج التصرف فيه قبل إيقاع الخلع وقبل قبضه.

- العوض في البيع مثل العوض في الصداق وفي هذه الحالة يرجع الأمر إلى إتفاق الطرفان كونه يوجد ضابط وهو انه لا يجوز أن يكون العوض أكبر من مبلغ الصداق في كل الأحوال وبالتالي فإن العوض هنا له ضوابط عكس البيع في هذه النقطة فقط دون غيرها، حيث انه قد

1 هنا لابد من التفريق بين الطبيعة التي تحكم المعاوضات كونها قد تخرج من خانة المعاوضة التي تمثل الإرادة ركيزة أساسية إلى البيع أي يتحول معاوضة الخلع إلى معاوضة البيع كونه هذا من خصائص المعاوضات، أنظر: محمد بن محمد الغزالي الوجيز في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 50.

2 عبد الفتاح تقيّة، الطلاق والخلع بين الفقه والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، عدد 02، 2009، ص 208.

يخرج التصرف من يد الزوج إذا كان العوض قليلاً مكيلاً فلا يمكنه التصرف فيه، أما العكس إذا كان غير مكيلاً فيمكنه التصرف فيه.¹

يتفق ابن قدامة مع الإمام أبو حنيفة في هذه النقطة حيث يعتبر أيضاً أن العوض في البيع مثل العوض في الخلع، فحتى وإن تعددت الصور يبقى العوض في الخلع لا يصح التصرف فيه إلا بعد وقوعه.²

ب/ رضائية عقد الخلع: كأصل عام فإن الخلع وبإعتباره عقد من العقود فإنه لا يقع إذا شاب العقد عيب من العيوب، والتي تعتبر الإرادة ركيزة أساسية لأن الرضائية ثابتة بنص القرآن الكريم في قوله ﷻ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.³

وإتفاق الزوجين لا يسقط أي حق من الحقوق، والرضا هو الأساس وجوهري في الخلع سواء من جانب المعاوضات أو ما دونها.

ج/ الخلع ليس إسقاطاً كالطلاق: يعتبر الخلع طلاقاً من جانب الزوج معلق على شرط فإذا دفعت الزوجة مقابل العوض وقع الطلاق، أو بعبارة أخرى إذا تحقق الشرط وقع الطلاق، وفي هذه النقطة تتميز بها العقود التي تتطلب الإتفاق فبمجرد تحقق الشرط وقع الخلع⁴، وما دام التعليق على شرط لا يوجد من النصوص ما يحرمه فهو جائز.

من أجل تصنيف الخلع ومدى إعتباره طلاقاً أو فسخاً، هنا لابد من النظر إلى التصنيف من جانب من حيث أثره و مدى وقوعه، كونه لم يختلف الفقهاء أنه إذا وقع الخلع بلفظ الطلاق أو التحريم فإنه يعتبر باطلاً، ونفس الشيء إذا كان بلفظ الخلع يريد الطلاق أو يقصد الطلاق، لأن

1 جمال يوسف المصري، فقه الإمام الزهري في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص114.

2 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء السابع، ص 71.

3 سورة البقرة، الآية 229

4 محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، مطبعة النجاح الجديدة، 1991، ص111.

الخلع يقع بألفاظ مخصوصة تفيد رفع الملك، عكس الطلاق كما تم الإشارة إلى ذلك في التفرقة بين الخلع والأنظمة المشابهة له.¹

وذهب الفقهاء في هذه النقطة إلى أبعد من ذلك كون الخلع حتى وإن كان بألفاظ الكناية لا يعتبر طلاقاً، لأن العبرة هنا بألفاظ الطلاق، وهنا الفقهاء يستدلون بالحديث الذي تم ذكره سابقاً في مشروعية الخلع وذلك بالنقاط التالية:²

- أن النبي ﷺ جعل الخلع في حديثه تطليقة.

- إن إستقلالية الزوج دون غيره بالخلع فإنه كالطلاق عند جمهور الفقهاء .

- الخلع من باب الرضائية يقع ابتداءً فكان كالطلاق، كون الطلاق يقع بلا سبب، عكس الفسخ الذي لا بد من أسباب.

والقائلين بتطابقهم فقد استدلوا لقولهم بقوله ﷺ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ³، واستدلوا بهاته الآية من زاوية أن ذكر الطلاق مرتين ثم أعقبه بالافتداء أي الخلع، وأن إعقاب ذكر الطلقة الثالثة يعني أنها النهائية وتكون بمثابة البينة الكبرى، وهو قول ابن عباس أنه لو ذكر الخلع بينهما لكان تعداد الطلقات عند الرجل ثلاثة أربعة وليست ثلاثة.

1 محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، مرجع سابق، 112-113

2 أن العوض في الخلع لما تقرر إعطاؤه للزوج هو كنظير إعطائه الطلاق للزوجة فالزوج يملك الطلاق فكان لزاماً على الزوجة إعطائها للزوج مقابل مالي لكي يعطيها كلمة الطلاق، وبالتالي فالزوج في هذه الحالة يملك الطلاق دون الفسخ كون هذا الأخير من إختصاص القضاء، المرجع نفسه، ص114.

3 سورة البقرة، الآية 229

المطلب الثاني

مكانة الخلع بين البينونة و الرجعية

إنقسم الفقهاء بين من يرى أن الخلع فسخاً ومنهم من يراه أنه طلاقاً، وفي هذا الفرع سنحاول قدر الإمكان تبيان القائلين بأوجه الشبه والاختلاف بشيء من التفصيل.

تكمن أهمية إعتبار الخلع فسخاً أم طلاق وهي في الحكم الشرعي له أو الوصف لهذا النوع من الفك، وعليه سوف نقوم بالتطرق إلى هذه الجزئية من خلال ما يلي:

- 1- أن الوصف مهم جداً حيث أنه إذا إعتبرناه طلاقاً فإنه يؤثر على عدد الطلقات الممنوحة للزوج، أما إذا كان فسخاً فإنه لا يعتبر كذلك، لأن هناك من الفقهاء من رأى أنه حتى وإن كان فسخاً فإنه تطرح بعض الإشكالات المرتبطة بفك الرابطة بين الزوجين، خاصة ما تعلق منها ببعض حقوق الغير، بالإضافة إلى قضية المراجعة حيث أنه إذا تم إعتبره فسخاً فإن الزوج إذا أراد مراجعة زوجته لا يمكن مراجعتها بعقد جديد كما هو الحال بالنسبة للطلاق البائن.
- 2- أن معظم الفقهاء الذين رأوا أن الخلع يقع طلاقاً ذهبوا إلى أبعد من ذلك، حيث إعتبروا أن عدة المختلة هي نفسها عدة المطلقة، وبالتالي يطرح إشكال المراجعة مرة أخرى، أما من إعتبروه فسخاً فقد برروا موقفهم أن عدة المختلة هي حيضة واحدة، بإستثناء الإمام أحمد الذي خالفهم في ذلك، حيث إعتبر أن عدة المختلة ثلاث حيضات حتى وإنه إعتبر الخلع فسخاً كما سبق لنا بيانه.

- 4- أن فرقة المختلة لا تقع طلاق بل فسخ فقط، إلا إذا بلغت الثلاث فيقع طلاقاً في هذه الحالة، وبالتالي في هذه الحالة يقع الطلاق على المرأة في عدتها لأن الطلاق لا ينقض العقد أصلاً ولا يزيل الحل، كون أن الكثير من الأمور تبقى كذلك حتى وأن نقض العهد، والعبرة هنا بعدد الطلقات كون الأحكام التي ترتب على الزوجية باقية مثل عدة، نفقة العدة، النسب..الخ.

أما بالنسبة للتفريق بين فرقة الفسخ والطلاق فإن الطلاق لا يقع على الزوجة في عدتها منه إلا ما يكون سبب الردة، لأن فك الرابطة بينهما لأن أثر الطلاق هو نفسه أثر العقد النكاح، وقد تم نقض العقد وبالتالي فلا يثبت طلاقاً بعد ذلك.¹

فالخلع أيضاً قد تم إحاطته ببعض النقاط التي تراها الشريعة الإسلامية بمثابة إمهال للزوجة التي خلعت زوجها بسبب ما أن يحاول الزوج إزالة السبب وبالتالي زوال الأثر وهو الخلع وكلها نقاط تصب في معنى واحد ألا وهو أن الله سبحانه وتعالى يبغض الطلاق وقد أحله.

أولاً/ القائلين بأن الخلع طلاق بائن: يرى جانب من الفقه أن الفرقة الواقعة بسبب الخلع تعتبر طلاق بائن، طالما أن سبب الخلع هو طلب من الزوجة تعبر فيه عن نيتها الجازمة في إنهاء الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها، فبغض النظر عن السبب المؤدي إلى هذا الفك إلا أن العبرة بطلب الزوجة الذي يدخل الخلع في خانة البينونة، ودليلهم في ذلك أن الزوجة مادامت قررت الإفتداء بنفسها وإعطائها للمال لزوجها نظير الخلاص منه لدليل كافي لإعتبار هذي الفرقة طلاق بائن،² باتفاق الفقهاء.

ويذهب الفقهاء في هذه النقطة حيث إعتبروا أن الخلع طلاق بائن سواء كان بالقاضي أم بدونه³، وسواء كان برضا الزوج أم بدونها.⁴

1 أيضاً بما أن الإسلام قد شرع الخلع والطلاق معاً وشرع الرجعة أيضاً، لكي يكون هناك فرصة للزوجين من أجل إستدراك الخطأ الذي وقع بينهما فقد يندم أحد الزوجين أو كلاهما على اللجوء إلى الطلاق، وبالتالي فإن الرجعة تكون في العدة وهي الحكمة التي شرعت من أجلها لأنها بمثابة فرصة منحها الشارع الحكيم للزوجين في الأصل لتدراك الأخطاء، ونفس الشيء إذا كانت العدة إنتهت فإن المفريقين بين الفسخ والطلاق قد أجازوا المراجعة في الطلاق الرجعي دون الحاجة إلى عقد جديد طالما مازالت الزوجة في عصمة زوجها، أنظر: وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص 311.

2 منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 65.

3 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة العربية، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، ص 392.

4 الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثالث، لبنان، ب س ص 141.

ودليلهم من السنة النبوية المطهرة أن النبي ﷺ لما أمر قيس بن ثابت بالخلع بلفظ الطلاق كان قاصداً البينونة لا الرجعية، وهو ما يفهم صراحة من اللفظ.¹ فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة،² وهو رأي عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم، والإمام الشافعي، وأبو حنيفة النعمان، والإمامان الثوري والأوزاعي.

وباعتبار الخلع طلاقاً بائناً هو لتفادي رجوع الضرر مرة أخرى،³ حيث أن الزوجة في هذه الحالة إفتدت بنفسها لتخرج من الزوج من عصمته وطاعته وسلطانه أي أنها أصبحت أجنبية عليه، وهو ما يترجم بينونة الطلاق وليس رجعيته، وأيضاً أن الزوجة مادامت تدفع للزوج البدل أي البديل أي أنها إنتقلت من ملكية الزوج إلى الزوجة، بنفسها أي تصبح عصمتها بنفسها وهو ما يترجم بينونتها وعليه فإن الزوجة قد تخلصت من الزوج من خلال البينونة.

ثانياً/ القائلين بأن الخلع طلاق فسخ: ويرى أنصار هذا الرأي أن الخلع يعتبر فسخاً وليس طلاقاً كون العوض إفتداء مقابل الخلاص من زوجها،⁴ إن استدلال القائلين بأن الافتداء فسخ وليس طلاقاً بدليل وروده بعد مرتين من الطلاق ثم السماح بطلقة بعده لذا فهو فسخ لأننا لو إعتبرناه طلاقاً لكنا أمام أربع طلقات.

حيث يستدل أصحاب هذا الرأي بقوله ﷺ: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ

1 الألويسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، مرجع سابق، ص 141.

2 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، الجزء السابع، حديث رقم 14865، ص 518.

3 يقول الكاساني في بدائع الصنائع : ولأن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ لأنه مأخوذ من الخلع وهو النزع، والنزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة، يقول الباري ﷻ : «وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ» سورة الحجر، الآية 47، أي أخرجنا فالمعني في هذه الحالة يتطابق مع أن الزوجة خرجت من ملك زوجها، وتصبح بذلك فرقة بائنة بينهما طالما تم إخراجها إخراجاً وهذا المقصود به الطلقة البائنة بين الزوجة وزوجها، ففسخ النكاح في هذه الحالة لا يتحقق به أصلاً، كونه لا يتحقق به معنى الإخراج.

أنظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 313

4 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 149.

خَفِثُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ¹، يكمن تعقيب الخلع بعد ذكر الطلقتين يقضي أن يكون طلقة رابعة لو كان الخلع طلاقاً²، كون الله سبحانه وتعالى ذكر في الآية الكريمة طلقتين، وذكر الخلع بعدها³، وعليه فما دام الباري عز وجل ذكر الطلاق بلفظه والخلع بالفدية فهذا تبيان من الحق أن الخلع ليس بطلاق⁴.

ودليلهم في ذلك أنه يجوز الرجعة للرجل في حالة العوض للزوج في حالة أن يقوم الزوج أن يرد العوض لزوجته مادام فسخاً، حيث يستدل أصحاب الرأي بما ذكره أحمد بن الحسين بن علي البيهقي أن الأشياء التي يكون المال هو التي يجيزها فإنها تخرج من دائرة الطلاق إلى الفسخ⁵،
ثالثاً/ الترجيح: إنطلاقاً من عقيدتنا الراسخة أن الشريعة الإسلامية السمحاء في كل الأحوال تميل إلى جانب الإصلاح، لأن الخلع هو لضمان حياة أخرى قد تكون أفضل من تلك التي كانت تعيشها الزوجة مع زوجها، وقد تكون فيها إنتهاك لحدود الله تعالى أو فيها إضرار بالأولاد، إلا أنه في كل الحالات تبقى قضية الرجعة دائماً، أفضل من البينونة لإستدراك الزوجين للأخطاء أو للإتفاق على ما لم يتفقا عليه من قبل من خلال وضع الشروط اللازمة لضمان حياة أفضل للزوجين وبالتالي فحسب رأينا فالرجعية والفسخ أفضل في كل الحالات من البينونة.

1 سورة البقرة، الآية 229

2 الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، مرجع سابق، ص 141.

3 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 149.

4 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص 329.

5 أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، الجزء السابع، ص 517.

خلاصة الفصل

من خلال ما سبق التطرق إليه في دراستنا لأحكام الخلع في الفقه الإسلامي، تبين لنا أن الشريعة الإسلامية قد تناولت الخلع وإعترفت به كحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية، وتعتبر واقعة ثابت بن قيس وزوجته المنهج الذي تسابق إلى تحليل أبعادها فقهاء الفقه الإسلامي ، وكلهم إتفقوا على أن الخلع من حقوق الزوجة، لكنهم اختلفوا في نقاط وجزيئات فقط، ولعل إعتبار الخلع فسخ أو طلاق، وبين كونه بائن أو رجعي هي النقاط التي أثارت الخلاف بين الفقهاء على وجه الخصوص.

وبما أن محور الدراسة في فصلنا هذا يتمحور في مدى تناول الشارع الحكيم لهذا النوع من الطلاق، فإن أحكام القرآن الكريم جاءت عامة لفك الرابطة الزوجية أي الطلاق، بينما تعرضت السنة النبوية الشريفة لتفصيل هذا الحق للزوجة، وهذا تقريراً منه ﷺ لهذا الحق وعليه فإن فقهاء المذاهب الأربعة قد فصلوا في أحكام الخلع تفصيلاً دقيقاً من أجل نقطتين، الأولى لتبيان أحكامه والثانية لعدم الخلط بينه وبين صور التطليق الأخرى.

الفصل الثاني

أحكام الخلع في التشريعات الوضعية

يعتبر الخلع من الطرق المتعددة لفك الرابطة الزوجية، وعليه وبعد التطرق في الفصل الأول إلى الأحكام الشرعية للخلع، سنحاول في هذا الفصل معرفة موقف التشريعات الوضعية التي أخذت بهذا النوع من التطليق والمقصود بهذه التشريعات محل الدراسة فقط (التشريع الجزائري والتشريع المغربي)، ولم يتم ذكر التشريع التونسي كونه لم يعترف كما سبق وأن ذكرنا بهذا النوع من التفريق، وعليه سنتطرق إلى هاته الإجراءات التي منحتها التشريعات الوضعية على قوانين الأحوال الشخصية بإعتبارها إجراءات من نوع خاص، وبالتالي مادام أن الخلع يتفق مع مجموعة الطرق التي كرسها المشرع لإنهاء الرابطة الزوجية (طلاق. تطليق...)، ونرى ما هي الإجراءات والنقاط التي ينفرد بها الخلع، وعليه تم تقسيم الفصل إلى:

المبحث أول: موقف التشريع الجزائري من الخلع

المبحث ثاني: موقف التشريع المغربي من الخلع

المبحث الأول

موقف التشريع الجزائري من الخلع

سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى أهم النقاط التي تعرض إليها المشرع الجزائري في مسألة الخلع، كونه قد أخذ بهذا الأخير على وجه سائر فيه إلى حد بعيد أحكام الشريعة الإسلامية، لكن بقي هناك بعض الإشكالات في التطبيق التي بقيت تطرح في المحاكم الجزائرية وتبقى في النهاية المحكمة العليا هي من تستقبل تلك الإشكالات وتعتبر في الحقيقة عبء كبير عليها، بالنظر إلى الكم الهائل من القضايا المطروحة بهذا الشكل، وبالتالي سنحاول عرض الأحكام الإجرائية المكرسة من طرف المشرع الجزائري من جانبين، الأول من خلال مضمون الخلع وفق التشريع الجزائري في المطلب الأول، والجانب الثاني الإجراءات والأسس الخاصة بالخلع في التشريع الجزائري في المطلب الثاني.

المطلب الأول

موقف التشريع الجزائري من الخلع تعريفاً ومضموناً

مما لا شك فيه أن المشرع الجزائري قد أخذ بالخلع في قانون الأسرة في القانون رقم: (11/84) الصادر سنة 1984¹، كما أنه لم يغفل ذلك أيضاً في التعديل الأخير الأمر رقم 02²/05 حيث نال النص الذي يتناول الخلع وهو المادة (54) نصيبتها من التعديل بالإضافة طبعاً، وعليه سنحاول دراسة ذلك من خلال الفرعين التاليين:

1 القانون رقم: (11-84) المعدل بموجب الأمر رقم: (02/05) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 المصدر نفسه. القانون رقم: (11-84).

الفرع الأول/ موقف المشرع الجزائري من الخلع قبل التعديل

إن المشرع الجزائري قد نص على الخلع في مادة وحيدة تناولت الخلع وفي فقرة واحدة فقط وعليه فهنا نجد أن المشرع قد أعطى المبادئ العامة للخلع تاركاً الجانب الإجرائي الخاص بالقضايا الخُلعية إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما القسم الثالث منه،¹ بإعتبار أن الخلع لا يختلف كثيراً عن باقي الطرق الأخرى، أما ما وقع فيها إشكال فقد أشارت المادة (222) من قانون الأسرة على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية،² وعليه فهنا نرى أن هناك آراء مختلفة من خلال:

أولاً/ القائلين بشرط موافقة الزوج في الخلع: نص المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تُخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم"، وعليه فإن المشرع الجزائري بهذا قد ساير الشريعة الإسلامية التي نصت أيضاً على الخلع، لكن هذا لا يكفي كون المشرع الجزائري نص فقط على الخلع كمفهوم عام ولكن بدون أحكام إجرائية، وهو ما خلق مجموعة من الإشكالات في تفسير النصوص وفهمها، لأن السؤال الذي يبقى مطروحاً هل الخلع هنا يتم بموافقة الزوج أم بدون إرادته؟.

من خلال ذلك نستنتج أن البحث في طبيعة الخلع ضروري جداً من خلال ما يلي:

- أن تحديد الطبيعة مهم جداً في تحديد الإجراءات الواجب إتباعها.
- أن الطبيعة مهمة جداً للقاضي المختص في تحديد المذهب الواجب إتباعه، خاصة إذا تم إعمال المادة (222) من نفس القانون.

1 القانون رقم (09/08)، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ، الموافق 25 فبراير سنة، 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

2 تنص المادة (222) من قانون الأسرة على أنه: (كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

- تعتبر معرفة الطبيعة تساهم إلى حد كبير في تخفيف العبء على قضاة المحكمة العليا.
- معرفة الطبيعة تؤدي إلى توحيد أنماط العمل وبالتالي تجنب الوقوع في إشكالات.

وعليه وإستناداً إلى هذه النقاط فإنه يؤدي إلى فهم موحد للأحكام القضائية، كون التباين في القرارات سببه أن قضاة الحكم فهموا الخلع على أنه يتم بدون موافقة الزوج، في حين أن قضاة المحكمة العليا فهموا عكس ذلك، وعلى العموم سنعرض ذلك من خلال:

1/ في هذا الصدد نجد أن هناك إجتهد للمحكمة العليا قضى أنه: " من المقرر فقهاً وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر يعتبر وجوبي، وأن القاضي في هذه الحالة ليس له أن يحكم بالخلع دون موافقة الزوج ورضاه، وعليه ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون".

ومن الثابت في قضية الحال - أن المطعون ضدها - طلبت التطلاق لأنه لم يكن لها سبب في التطلاق، حيث أظهرت إستعداداً لمخالعة الزوج دون قبول الزوج، وبالتالي فإن القضاء في هذه الحالة بتطبيق المطعون ضدها عن طريق الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية.¹

2/ هناك أيضاً قرار للمحكمة العليا سنة 1991 ينص على أنه يشترط لقبول الخلع والحكم به موافقة الزوج، حيث أنه يشترط في هذه الحالة ولصحة الخلع قبول الزوج حتى يصدر الحكم بالخلع، وأنه لا يجوز الحكم بالخلع دون موافقته وأن الحكم بما يخالف ذلك يعتبر مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الخلع وقضى به بالرغم من عدم موافقة الزوج، يكون بقضائه كما فعل يعد خطأ في تطبيق القانون.²

وعليه وبالرجوع إلى القرارين نجد أن قضاة المحكمة العليا أكدوا على أنه لا يتم الخلع ولا يقع إلا برضا الزوج وموافقته، ويقع باطلاً كل حكم صدر دون موافقة هذا الأخير، كون ذلك يعتبر عيباً

1 المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم: (51708) بتاريخ 1988، المجلة القضائية، لسنة 1990، العدد الثالث، ص72.

2 المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم: (75885) بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، ص69.

جوهرية، وعليه ترفض الدعوى لمخالفتها هذا المبدأ، وهو ما يفسر رأي قضاة المحكمة العليا من خلال قراراتهم .

وللإشارة فإن هناك قرار للمحكمة العليا أيضاً ينص على أنه: (للقاضي أن يحكم بالخلع في حالة إتفاق الطرفين، أما إذا لم يتفقا فلا يمكن الحكم بالخلع، وأن المجال الوحيد الذي يتدخل فيه القاضي هو حالة عدم الإتفاق على مقدار العوض، كون المشرع الجزائري قد نص في الفقرة الجديدة على التركيز في الخلاف بين الزوجين على نقطتين الأولى ضرورة موافقة الزوج، والنقطة الأخرى ضرورة التدخل في حالة عدم الإتفاق بين الزوجين في مقدار البذل).¹

ومن هنا نجد أن قانون الأسرة قبل التعديل كان قد نص على الخلع صراحة كإجراء عملي لكن لم يعترف به كحق للزوجة وحدها، أي أنه رضائي فقط، وهو الأمر الذي خلط الفهم بين قضاة المحكمة العليا مع قضاة المحكمة مصدرة الحكم، كون المشرع الجزائري نص على الخلع بإتفاق الطرفين ولم ينص على ضرورة الموافقة والدليل أنه سكت على ذلك، وهنا يمكن القول بأن هذه النقطة هي التي تشكل تداخل بين القرارات حول ما هو الأساس الذي جعل قضاة المحكمة العليا يتمسكون بضرورة توافر ركن الموافقة لإيقاع الخلع، ولماذا يتم رفض الخلع الغير مشتمل على الموافقة.

والملاحظ في هذه الحالة أن هناك بعض القضاة من برروا موقفهم في الحكم بالخلع أنه عبارة عن طلاق بالتراضي مقابل مال تلتزم به الزوجة لزوجها من أجل موافقته،² وعليه فهو بمثابة

1 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (181648)، قرار بتاريخ: 1997/12/23، المجلد القضائي، العدد الأول، لسنة 1998.

2 يرى الدكتور بلحاج العربي أن الخلع في هذه الحالة يعتبر من تطليق بدون سبب، الهدف منه هو دفع مال مقابل أن تعطى الرخصة للزوجة كي تفك نفسها من زوجها الذي أصبحت لا تطيقه سواء أكان ذلك بسبب أم بغير سبب، كون الحديث جاء بصيغة العموم ولم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم زوجة ثابت بن قيس ولم يبحث عن موافقته، بل راح مباشرة للبذل كون الزوجة قد أعطته سبباً كافياً يجعلها تحيز خلعه من زوجها دون موافقة زوجها وهو الأمر الذي فهمه قضاة الحكم وأغفله قضاة المحكمة العليا، أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 213.

رخصة أعطاهها القانون للزوجة لكي تمتلك العصمة لفك الرابطة الزوجية والخلاص من زوجها الذي أصبحت لا تطيقه، ويمكن الإشارة إلى النقاط التالية:

1- إذا ما تم تمييزه عن التطلق والطلاق بالتراضي في المادة (53) من قانون الأسرة¹ والتي تنص على التطلق لأسباب متعددة سيتم التطرق إليها في الباب الثاني من الدراسة كون التطلق يشبه إلى حد بعيد أحكام الخلع، خاصة إذا اعتبرنا أن الخلع عقد رضائي ذو طابع خاص، فإنه يقوم على أساس تطلق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ، ويشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان تضاف إليها فقط نقطة واحدة وهي البذل، لأنه متى سلمنا بهذه النظرية فإننا نقول بأن الخلع لا يمكن أن يتم بدون موافقة الزوج ، وعليه فإن الخلع ليس حقا للزوجة تطلبه متى شاءت، لأنه في هذه الحالة إذا أردنا تصنيفه فإنه سيكون في باب الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين.²

2- ذهب بعض فقهاء القانون بان بالقول أن الخلع ذو طبيعة خاصة، كونها تجمع بين الطلاق بالتراضي والتطلق لتصبح في النهاية حكم يسمى الخلع، بالمفهوم الذي سبق التطرق إليه في الفصل السابق، حيث رأى بعض منهم أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوج في صورة تعطي الحق للزوجة في الخلع إذا هي قدمت أسباب تحول دون البقاء مع زوجها وتعطي له مقدارا من المال نظير طلاقها، وهو مفهوم الخلع أي أنه مقابل مالي لشراء الموافقة، وعليه فإنه حسب هذا الرأي فإن الخلع يصنف أنه طريقة لفك الرابطة الزوجية بالاتفاق وليس بالإرادة المنفردة، ولما نسلم بذلك فإن القاضي في هذه الحالة لابد أن يسلم بهذه النظرية كي يبحث عن إرادة الزوج كشرط لصحة الخلع وليس بمجرد إعطاء العوض فقط.³

1 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الطبعة الأولى، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص252.

2 جمال سايس، الإجتهد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص402.

3 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري في هذه النقطة قد أعطى الزوجة حق اللجوء إلى الخلع كطريقة تضمن بها موافقة زوجها بواسطة مبلغ من المال كتعويض عن ضرر لاحق بها ، ويمكن القول هنا أن المشرع الجزائري قبل التعديل كان قد ركز إلى حد بعيد على عنصر الرضائية في الخلع وجعلها معياراً لقبول الخلع، وبالتالي فإن معيار البذل وعدم الاتفاق عليه هو إجراء تبعي فقط بالنسبة للقضايا الخُلعية، وعليه يمكن إجمال الطبيعة التي يتميز بها الخلع قبل التعديل بما يلي :

أ/ حالة عدم اتفاق الزوجين على مقابل الخلع: يرى بعض الفقهاء أنه في حالة عدم الاتفاق على مقابل الخلع فإن ذلك يخص البذل فقط دون الخلع، لأنه جوهر الاختلاف بين الزوجين وعليه وجب التفريق بين حالتين :

- النوع : كان يختلف الزوج مع زوجته في نوعية البذل مثال أن تقول له خالعي على مقدار من المال نقداً، فيقول لها أقبل مُخالعتك عل عقار أو منقول .

- المقدار : كأن يوافق الزوج على النوع لكن يختلف معها في المقدار، كان تقول له خالعي على ألف دينار جزائري فيقول لها قبلت بمائة وخمسين ألف دينار .

وسواء كان ذلك الاختلاف في النوع أو المقدار إلا أنه لا يعتبر ذلك إشكالاً، لأن القاضي في هذه الحالة يتدخل ويحدد المقدار الذي اختلفا فيه.¹

1 يرى جانب من الفقه أن المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، كان قد توافق إلى حد بعيد مع ما ذهب إليه جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الخلع، والذين ركزوا على وجوب إستجابة الزوج لطلب الزوجة المتضمن رغبتها في الانفصال عنه بمقابل مالي تدفعه له، الأمر الذي يتطلب تدخل الحاكم في هذه الحالة إذا اختلف الزوجان حول البذل، سواء كان ذلك من جانب المقدار أو النوع أو بهما معاً، حيث أن الحاكم إذا رأى أن الزوج يقصد الإضرار بالزوجة في الغلو في مقدار العوض فإنه يلزمه بالعوض المتعارف عليه في ذلك الزمان، ونجد أن من هؤلاء الفقهاء شيخ الإسلام ابن تيمية والشوكاني وبعض من الفقهاء المعاصرين، حيث يقول الإمام الشوكاني في هذا الصدد: (فأما أمر النبي ﷺ لثابت بأخذ حديقة زوجته لدليل في سلطة الحاكم في البذل والخلع معاً)، وهو الأمر الذي ذهب إليه الإمام الصنعاني حيث ينظر إلى أمر ﷺ لثابت أنه على سبيل الإرشاد وقد يكون يفيد الوجوب أحياناً، تقريراً منه ﷺ على وحب تدخل الحاكم في مسائل الخلع، أنظر: الشوكاني، الدراوي المضئنة، مرجع

ب/ حالة عدم الاتفاق على الخلع والمقابل: هنا إجتهد الفقهاء في ذلك، كون القانون لم ينص على هذه الحالة، فالمشرع في الحالة الأولى أي الاختلاف في مبدأ الخلع ورفض الزوج الخلع أصلاً، لم ينص على إجراء معين وبالتالي يتعين على القاضي رفض الدعوى لعدم التأسيس، وعليه هنا القضاة مخيرين بين الرفض أو اللجوء إلى أحكام المادة (222) من قانون الأسرة، طالما أن المشرع الجزائري لم ينص أصلاً على تدخل القاضي إلا في حالة عدم الاتفاق على البذل وتسقيفه للبذل بما لا يتجاوز صدق المثل.¹

ثانياً/ القائلين بعدم اشتراط موافقة الزوج: إن قضاة المحكمة العليا لم يدركوا تفسير المادة (54) من قانون شؤون الأسرة²، والدليل على ذلك أن المحكمة العليا في اجتهادات حديثة، والمقصود بالحديث هنا أي قبيل سنة 2005 قد غيروا منطق التعامل مع الأحكام الخُلعية أي أن المشرع

سابق، ص277. الصنعاني، سبل السلام، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 1379 ص167.

كما تعتبر أهم الإشكالات التي تطرح بخصوص المقابل في القضايا الخُلعية أن الزوجين قد لا يتفقا على مبلغ البذل فهذا لا بد من تدخل القاضي كنتيجة بديهية وحتمية في نفس الوقت ولذلك لا بد من التمييز بين حالتين:

أ/ حالة الحكم بما يفوق مهر الزوجة: وفي هذه الحالة يكون الحكم أيضاً بصدق المثل كأن يكون المهر المقدم من طرف الرجل لزوجته أكبر من المهر الذي تم التصريح به، لكي يكون هناك إستفادة من تلك الزيادة، لكن هذا لا شك أنه بمثابة إلحاق ضرر بالزوجة، الأمر الذي يعطي الحق للزوجة في طلب تدخل القاضي من أجل إنصاف الزوجة سواء بإنقاص المبلغ الممنوح للزوج خاصة إذا أرفقت هذا الطلب بوثيقة تثبت إفسار الزوجة وعدم قدرتها المالية كأن تكون غير عاملة مثلاً.

ب/ حالة الحكم بما هو أدنى من مهر الزوجة: وتعتبر هذه الحالة عكسية للأولى، حيث تكون الزيادة ليست في صالح الزوج كون هناك فارق مالي على الزوج، وبالتالي الزوج هو من يتحمل ذلك، وكسابقتها يمكن الزوج اللجوء إلى القضاء لتدارك الزيادة خاصة إذا كانت الزيادة فاحشة وكان الزوج له ما يثبت أن حالته المادية لا تسمح بتحمل الزيادة المنصوص عليها في الحكم. أنظر: صديق سعوداوي، الجوانب العملية للتراضي حول الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 01، لسنة 2011، ص171.

1- من هذه الزاوية يرى بعض الفقهاء أن قضاة المحكمة العليا في قرارهم برفض الخلع لعدم تأسيس كون الدعاوى لا تتوفر على موافقة الزوج فيكون قد سلكوا طريق تفسير شخصي فقط ، كون هذا الفهم للنص القانوني قد تغير في قرارات سنذكرها في ما بعد. أنظر: ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، لسنة 2000 ص310.

2- القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

الجزائري في هذه الحالة كان ينوي قبل التعديل لتدارك النقص من خلال الاعتراف أن الخلع كحق للزوجة، تلجأ فيه إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى موافقة الزوج.

وعليه فإن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1996، بأنه من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق أعطته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء ولا يمكن إعتباره عقداً رضائياً.¹

وبالتالي يفهم أن الخلع هنا إعتبره قضاة المحكمة العليا نتاج تشريع إسلامي بحت، وبالتالي فإنه لا يمكن الالتجاء إلى موافقة الزوج، حيث أن القاضي لا يمكنه الحكم برفض الدعوة طالما أن الشروط الشكلية لم تمس في الأساس.

وللإشارة فإن البعض يرى أن القرار الذي سبق التطرق إليه كان بمثابة اعتراف ضمني بأن القاضي ليس ملزم بالبحث في موافقة الزوج من عدمها، وعليه البحث فقط في مدى توافق الزوجين واتفاقهما على بدل الخلع ، لأنه حتى ولو لم يتفقا فإنه يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل، ومن هنا نستنتج أن النقاط الخلافية في قرارات المحكمة العليا يمكن إجمالها في ما يلي :

- أن قرار المحكمة العليا الذي يقر صراحة أن الخلع حق من حقوق الزوجة في فك الرابطة الزوجية هو مجرد تفسير وليس نص قانوني يجب التقيد به .

- أن التباين في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا يجعل المشرع يشترع نص موحد يوحد تلك القرارات، كون القرار الذي نص على الخلع ما دام كرسته الشريعة الإسلامية وعمل به المشرع في قانون الأسرة، وأحالنا فيه إلى المادة (222)² هي بمثابة توجيه للقضاة المطروح أمامهم النزاع من أجل الحكم بما تمليه الشريعة الإسلامية بخصوص موافقة الزوج .

1 المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم (141262)، بتاريخ 1996/07/30 ، نقلاً عن: نبيل صقر، قانون الأسرة، نصاً وفقهاً وتطبيقاً، دار الهدى، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 69.

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

- أن العمل بالقرار الذي ينص صراحة أن الخلع هو رخصة للزوجة منحها لها القانون لاستعمالها كدفعة تفتدي بها نفسها من الزوج تعطيه للزوج دون موافقته.¹

ومن جهة أخرى فإن الخلع وفق المادة (54) من قانون الأسرة كان ينص على عدم موافقة الزوج،* لأن التطليق المذكور في المادة (53) يعتبر طريق مغاير لأحكام الخلع، كون القاضي المطروح أمامه النزاع يقع في إشكال التطبيق سواء لنص المادة (53) أو (54) من القانون، وعليه أن المشرع الجزائري كان قاصداً في المادة (54) من قانون الأسرة عدم موافقة الزوج،² مادام لم ينص صراحة عليها، ولكون المادة التي قبلها كانت قد نصت على أحكام التطليق في سبع فقرات مختلفة، وعليه لا يعقل أن يتم اللجوء إلى الخلع ويشترط فيه موافقة الزوج و يأخذ عوضاً علاوة على ذلك، فمنطق القول أن النبي ﷺ لما امر ثابت ابن قيس باعطاء الطلقة و واخذ الحديقة كان بمقابل رضائية ثابت وبالتالي فإن الخلع هو تطليق في الأساس ولما كان بإرادة الزوجة المنفردة فإن عكسه هو الرضائية .

1 الملاحظ في هذه النقطة أن قرار المحكمة العليا سنة 1999 كان قد ذهب إلى ما ذهب إليه نبيل صقر حيث أن القرار يعتبر أن الخلع رخصة منحها القانون للزوجة للخلاص من زوجها، وأن القضاة لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة زوجها قد طبقوا صحيح القانون، قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (83603) بتاريخ: 1999/07/21 مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص134.

* وفي تقديرنا أن القضاة قبل التعديل قد اعتبروا الموافقة شرط للخلع فيه نوع من التفسير الغامض للنص حيث أن القانون نص صراحة على أنه في حالة عدم وجود نص يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي تقضي على أنه لا يمكن اشتراط موافقة في الخلع كونه ناتج عن واقعة نبوية لم يتكلم فيها ﷺ على هذا الشرط .

2 يرى بعض شراح قانون الأسرة الجزائري أن المشرع قبل تعديل توجه إلى عدم تصور الخلع خارج إرادة الزوج وبدونها، وهو ما يفيد تقييد حق الزوجة في أن تطلب هذا الحق وقت ما تشاء وكيفما تشاء بدون الرجوع إلى إرادة الزوج، أي بإرادتها المنفردة، ولعله من المنطق الصحيح حسب هؤلاء الشراح أن الخلع هو عبارة عن رخصة أعطاها الشارع الحكيم للزوجة التي تريد الخلاص من زوجها لكن لا يعني ذلك أنها بدونه، ولا يمكن للقاضي بأي حال من الأحوال ان يقدم على التفريق بين زوجين بسبب طلب من الزوجة إنفردت به. أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص267.

الفرع الثاني/ ما بعد تعديل 2005

من خلال التعديل الذي طرأ على القانون رقم (84/11) سنة 2005 فإن المادة (54) من قانون الأسرة والتي تتعلق بأحكام الخلع نالت نصيبها منه، حيث أن المشرع الجزائري إستجاب للانتقادات التي توجهت له، كما سبق الإشارة إليها.

ولأن نص المادة جاء صريحاً بعد إشتراط موافقة الزوج في القضايا الخلعية،¹ فإن ذلك يعتبر إستجابة من المشرع الجزائري للانتقادات الموجهة له، كما تم التطرق إليه سابقاً.

أولاً/ مستجدات قانون الأسرة الجديد في قضية الخلع شكلاً : الملاحظ للتعديل الجديد أن المشرع الجزائري وقع في نفس الإشكال السابق، حيث لم يعطي أهمية إجرائية وشكلية لأحكام الخلع بل اكتفى بإضافة فكرة فقط، كون الشيء المعيب في التعديل هو عدم كفاية النصوص التنظيمية لهذا النوع من التطليق، حيث لا يعقل أن تكون مادة مكونة من حوالي أربعين كلمة تنظم إجراءً يحدد مصير أسرة ، خاصة في ظل تزايد الحالات في المحاكم بشكل رهيب .

وعليه فإن الملاحظ للجانب الشكلي يجد أن المشرع الجزائري لم ينظم الخلع إلا في فقرتين تضمنت ما يلي :

- الخلع يعتبر رخصة للزوجة وبالتالي يكون بدون موافقة الزوج،² ولعل هذه النقطة أثارت إشكالات متعددة كانت الدافع وراء تناقض الإجتهاادات القضائية،³ لأن مفهوم الرخصة تم فهمه من جوانب

1 انتص المادة (54) من قانون الأسرة رقم: (02/05) على ما يلي: " يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ". القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 يرى الدكتور داودي كريم أن السبب في تباين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا هو عدم النضج الإجتهاادي الذي يوحد الإجتهاادات القضائية في جميع أنحاء الوطن، كون المادة 152 من الدستور الجزائري أيضا لها مساهمة في التباين لأن مشروع القانون التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 2004 (المشروع التمهيدي لقانون الأسرة، الشروق اليومي، 2004/08/08) كان يسوده نوعاً من الغموض. أنظر: داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة وهران، العدد 29، جوان 2016، ص218.

مختلفة، فللزوجة أن تستعمل هاته الرخصة وقت ما تشاء ما دام هناك نص صريح على أن الله تعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه هذا من جهة، وإحترام لسلطة إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية من جهة أخرى.¹

* أن القاضي ملزم بالتدخل في حالة عدم اتفاق الزوجين على مقدار بدل الخلع .

ثانياً/ الجوانب التي أغفلها التعديل الجديد: يمكن إجمال الجوانب التي أغفلها المشرع في النقاط التالية :

- أن المشرع الجزائري أغفل الجانب الإجرائي ولم يتطرق إليه حيث اكتفى بإجراءات الفك الأخرى وبقي مخالفاً للتشريعات العربية الأخرى (المغربي) .

- أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الضوابط والأسس والأحكام التي على أساسها يمكن طلب الخلع إستثناساً للقاضي فقط، كونه قد يختلف من حالة لأخرى فقد يكون السبب في الخلع حق للزوجة كما سبق ذكره أو للحفاظ على حد من حدود الله تعالى.

- هناك بعض الأمور التي كنا نتمنى أن يتطرق إليها المشرع كونها طرحت أكثر من أشكال مثل عدم جواز التنازل عن الحضانة أو نفقة الأولاد التي تعتبر من النظام العام .

- كما تجاهل المشرع الجزائري أيضاً الصلح في الخلع كونه مهم جداً لأن قضايا كثيرة تنازل فيها أحد الطرفين بسبب هذا الإجراء .

* أغفل المشرع الجزائري أيضاً الإشارة للمذهب الواجب إتباعه حتى يسهل للقاضي الأخذ به.

3بإديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص52.
1لقد سبق المشرع المصري التشريعات المقارنة العربية في الفصل في مسألة موافقة الزوج حيث نجد في قانون الأحوال الشخصية المصري أن المادة (20) تنص على مايلي: " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وإفتدت بنفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها منه". قانون الأسرة المصري الصادر بتاريخ: 22 شوال 1420، الموافق ل 29/01/2000، الجريدة الرسمية العدد 04، ص10.

* ركز المشرع على موافقة الزوج فقط دون غيرها في المادة 54.¹

المطلب الثاني

حدود سلطة القاضي في قضايا الخلع

بما أن المشرع قد نص في المادة (54) من قانون الأسرة على الخلع واكتفى بفقرتين فقط موضحاً فيهما كيفية اللجوء إلى الخلع دون موافقة الزوج توجهاً، وتدخل القاضي بخصوص المقدار، من هنا سنحاول التطرق إلى الإجراءات التي ينفرد بها الخلع وحده خاصة وإن جوهر سلطة القاضي في القضايا الخُلعية يكون في حالة الاختلاف على مقدار البدل وهو ما سنعرضه في ما يلي:

1ما يمكن الإشارة إليه أن التعديل الذي قام به المشرع الجزائري على قانون الأسرة له تداعيات كثيرة، كان الخبراء والباحثين يتوقعون مثل هذا التوجه الذي منبعه توجه سياسي بحت، لأن النظام أصبح يمجّد الإتفاقيات الدولية وسموها على القوانين الداخلية بنص المادة (132) من الدستور، لأن الجزائر في تلك المرحلة عرفت إهتماماً كبيراً بحقوق الإنسان والمرأة التي تضمنتها الإتفاقيات المبرمة مع الدول الأوروبية، وفي مقدمة هاته الحقوق هي حقوق المرأة وحقوق المساجين، فأبرز ذلك تعديل قانون الأسرة وقانون تنظيم السجون، وظهرت هذه التعديلات في شكل يترجم فعلاً التقيد بالنصوص القانونية التي تتضمنها الإتفاقيات التي تعتبر أخطر الإتفاقيات على *saidaw* الدولية كتحصيل حاصل، ولعل أهم الإتفاقيات التي كان لها صدى كبير هي اتفاقية الإطلاق من خلال المواد التي تمس بتعاليم الدين الإسلامي الحنيف كونها تنص على نقاط مثل: الزواج المثلي ، إباحة الزنا ...الخ، لكن الجزائر وبعد المصادقة بتاريخ: 1996/01/22 تم التحفظ على النقاط الخطيرة السابق ذكرها، لكن وللأسف كان هذا التحفظ دافعاً للتقيد بالنقطة المتعلقة بضرورة المساواة بين المرأة والرجل في الزواج والذي ظهر جلياً بعد 2005، من خلال القانون التي تنص: (على *saidaw* (02-05) والذي يعتبر الخلع العنوان الرئيسي لهذا التعديل، مستمداً ذلك من المادة (16) من اتفاقية الدول الأعضاء في الاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد النساء وأن تعمل جاهدة على المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات لا سيما الزواج وفسخه)، فهذه المادة تعتبر مرجعية في صياغة المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة، أنظر: www.saida.net/daayat/mohakatrgi/htm قرطاجي نهى، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

أنظر: موسى دهان، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الهدي، الجزائر، 2012، ص08.

الفرع الأول/ سلطة القاضي بخصوص تقدير البذل (مقدار العوض)

بما أن القانون يهدف إلى إعطاء الحياة الزوجية أهمية بالغة وإحاطتها بسياج قانوني يضمن إستمرارية العلاقة الزوجية في جو تسوده المودة والرحمة، فإن القانون أعطى القاضي المختص جميع الصلاحيات في تحديد مقدار الخلع إلى حد يرضي الطرفين كما سبقت الإشارة إليه .

حيث أن الإضرار بالطرف الآخر أمر يرفضه القانون، حتى وإن كان حق فإن له حد في إستعماله (نظرية التعسف في استعمال الحق) ، فبما أن القانون اعترف بحق الزوجة في الخلع فهذا لا يعني أنها تلحق الضرر بزوجها، وأيضا للزوج أن لا يتعسف في استعمال حقه في التعويض كأداة للإضرار بزوجته، كأن يطلب منها ما لا يطاق من أجل الموافقة على الخلع فهنا القاضي ملزم بأن يتدخل في حدود سلطته لإيجاد حل وسط يرضي الطرفين سواء بالالتزام أو التراضي.¹

أولاً/ الأساس القانوني لتحديد الضرر: هنا نرجع إلى نص المادة (52) من القانون(02/05) المتضمن قانون شؤون الأسرة،² التي تقضي بأنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم على المطلق بالتعويض وعليه فإن المادة (12) تنص على أنه يحكم القاضي بالتعويض للزوجة المتضررة على نحو يضمن حقها لكن السؤال الذي يبقى مطروح في هذه الحالة ما هو موقف المشرع الجزائري من حق الزوج المتضرر من الخلع ؟

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه النقطة كونها أيضا من العيوب التي انتقد بها المشرع الجزائري في تعديله سنة 2005 للمادة (54) حيث أحالنا مباشرة إلى المادة (222) من قانون شؤون الأسرة.³

وعليه سنقوم بالتطرق إلى مفهوم التعسف :

1 موسى دهان، قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص37.

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

3 المصدر نفسه.

1/ مفهوم التعسف :

أ/ لغة : مأخوذ من العسف ، يقال عسف الشخص طريقه أي سار على الطريق بلا هداية ولا تدبير¹، وعسف الملك أي ظلم الملك وعسف شخص شخص أي ظلمه واعتدى عليه.²

ب/ اصطلاحاً : ويقصد به الإتيان بنقيض الشارع في تصرف كان قد إذن ب هاو اعترف به³.

ج/ قانوناً : وهو ما أخذت به اغلب التشريعات الحديثة وقد اخذ به المشرع الجزائري بهذا المبدأ في المادة (124) مكرر من القانون المدني⁴، والتي تنص على ما يلي : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .

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

2/ معايير التعسف : وضع المشرع الجزائري ضوابط عامة تضبط استعمال الحق حتى يتم تمييز هذا الحق من التعسف وعليه سنتطرق إلى مجموعة من الضوابط تتمثل في :

1 ابن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية الطبعة الأولى، الجزائر، 2001 ، ص122.

2 محمد الأزهرى الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت، 2001 ص 64.

3 إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة، دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، ص70.

4 القانون رقم (10/05) المؤرخ في: 20 يوليو 2005، المعدل الأمر رقم: 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية ، العدد 41، لسنة 2008.

أ/ معايير ذاتية: ويقصد بها المعايير التي بواسطتها تم استعمال الحق قصد الإضرار والثانية قصد الحصول على مصلحة غير مشروعة

-أن يكون قصد الإضرار بالغير: ويعتبر هذا المعيار المهم أصلاً، لأن سبب التحريم هو الإضرار بالغير .

وسبب التحريم كونه يتعارض مع منح الشريعة الإسلامية للحقوق بل والأكثر من ذلك وهو المساس بالحقوق العامة للأفراد.¹

-أن يكون السبب هو الحصول على مصلحة غير مشروعة: لا يكفي أن يكون السبب هنا تحقيق مصلحة ذاتية فقط بل تتعدها لأن تكون مصلحة غير مشروعة لأن الهدف من تشريع الحقوق هو لتحقيق الأهداف مشروعة والنبيلة ومن هنا كرست الشريعة الإسلامية الحفاظ على الحقوق باعتبارها مكسباً هاماً، وعليه فإن الحق مسموح به في حدود الغاية المشروعة.

وهنا يمكن أن نقول أن السبب في التحريم هو الغاية المرجوة أي الإضرار بالغير.

ب/ معيار موضوعي أو مادي: وهنا يمكن تقسيمها إلى قسمين:

1/ إختلال في توازن المصالح: في هذه الحالة نجد أن الشريعة الإسلامية قد وسعت من نطاق التعسف في استعمال الحق، حيث أن المعيار مفقود في التشريعات الوضعية التي تدعي الكمال فالشريعة الإسلامية لم تكتف بالمعيار الذاتي فقط، بل تعدته إلى أن أقرت معيار آخر وهو معيار التوازن بين المصالح المتعرضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي وبالتالي

1 القانون رقم (10/05) المؤرخ في: 20 يوليو 2005، المعدل الأمر رقم: 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، المصدر السابق.

فالمعيار هنا التوازن وعليه فان استعمال الحق على وجه يخل بالتوازن يصبح بذلك غير مشروع أصلاً.¹

2/ نظرية الضرر الفاحش: تعتبر الشريعة الإسلامية السباقة في الأعمال بهذا المعيار حيث كان لإقرار هذا المعيار رعاية للمصالح العام كونه ينسق بين المصالح الفردية المتعارضة خاصة ما تعلق منها في علاقة في الخلع.²

ثانياً/ مظاهر تعسف الزوجة في الخلع: الأصل أن الخلع مباح شرعاً و يتم التطرق إليه بكل الحرية متى شاءت الزوجة التطرق إليه، عملاً بالقاعدة التي تقول تنتهي حرية الفرد عندما تبدأ حرية الآخرين.

فالمشرع الجزائري عندما إعتترف للزوجة بحقها في اللجوء إلى الخلع وفق المادة (54) من قانون الأسرة لا يعني ذلك أنها حرة، فلا يجب أن تتخذ من هذا الحق ذريعة للإضرار بالزوج والتعدي عليه من خلال الغلو في الخلع.

يرى الأستاذ عبد الرحيم الأنوار أن حقوق الزوجين متبادلين وبالتالي لا يجوز للزوج أو الزوجة أن يتعسفا في إستعمال حقوقهما إلا فيما منحه الله تعالى.³

وعليه فان الزوجة إذا تعسفت في إستعمال حقها مع زوجها وفق ما تم عرضه بناءً على المادة (124) من القانون المدني فإننا يمكن ان نستخلص مظاهر التعسف في إستعمال الخلع من خلال ما يلي:

1 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 1988م ص 46.

2 المرجع نفسه ، ص48.

3 عبد الرحيم الأنوار، نظام الطلاق في الجزائر، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا، فرع القانون الخاص، معهد الحقوق جامعة الجزائر، 1976، ص26.

أ/ التعسف في استعمال الخلع قصد إلحاق الضرر بالزوج: أن الإشكال الذي يطرح في هذا المعيار هو عبء الإثبات، كونه من الصعب جداً إثبات التعسف لأنه يتعلق بشيء نفسي ويتعلق بالنية فقط، والقانون كما هو معلوم أنه لا يعتد بالنوايا إلا إذا تم ترجمتها في تصرفات تضر بالزوج بشتى الطرق والحيل المختلفة، وعليه فإن هذا المعيار يتطلب اللجوء إلى معيار آخر موضوعي للإثبات.¹

وعليه فإن الزوجة قد تلجأ إلى الخلع من أجل هدف إلحاق الضرر بزوجها كان يكون الضرر هو الدافع من وراء الطلب الذي تتقدم به إلى المحكمة لطلب الخلع،² وبالتالي الضغط على الزوج من أجل قبول الخلع ويعتبر هذا الدافع غير مقبول لا شرعاً ولا قانوناً .

ب/ حالة عدم مشروعية المصالح: إذا كانت المصالح غير مشروعة فهذا يعتبر تعسفاً واضحاً لأن الشريعة الإسلامية جاءت للحفاظ على المصالح ومن أمثلة التعسف ما يلي:

- كأن تنوي الزوجة الخلع في مرض موتها ويكون قصدها في هذه الحال الإضرار بالورثة فقط، فهذا يعتبر تعسفاً واضحاً.

- طلب الزوجة الخلع مقابل التنازل على الحضانة للأب، فهذا يعتبر تعسفاً في استعمال حقها بطلال الغير، القصر وهذه النقطة تشترك فيها جميع التشريعات العربية باستثناء التونسي فقط، كون هذه النقطة تم التطرق إليها في الفصل الأول.

ج/ إمكانية ترجيح الضرر على المصلحة: وهنا إذا كان الدافع وراء المصلحة أهم من الطريقة في حد ذاتها، وعليه فانه يقع فاسداً اللجوء إلى الحقوق التي تكون الطرق المؤدية إليها أهم منها أو أكبر منها وتلحق الضرر بالزوج فهذا غير مقبول شرعاً.

1 بن زيطوط عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص125.

2 شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، العدد 04، سنة 2018، ص48.

وفي الأخير أن كل المعايير التي سبق التطرق إليها هي معايير تصب مجملها في أمر واحد ألا وهو تعسف الزوجة في استعمال حقها في طلب الخلع، قاصدة الإضرار بالزوج وهو ما يترتب عليه مسؤولية على الزوجة¹، حيث يرى الأستاذ أحمد حسام النجار هنا أنه يترتب على ذلك مسؤولية الزوجة قبل الزوج حكمة جليلة، وهي كون الزوجة يمكن أن تتصرف بعاطفتها وتكون بذلك قد أفست حياتها وحياة أطفالها بسبب تصرف لم تحسب له حساب، وعليه يتطلب رقابة إجتماعية أخلاقية من أجل ضبط هذا الحق.²

ثالثاً/ الأعباء المتعلقة بالإثبات: في هذه الحالة يمكن إجمال قاعدة عامة تقضي بأنه البينة على من إدعى، فهنا يفترض النية الحسنة في التصرفات التي تصدر من الزوجة، إلا انه إذا إدعى الزوج بخلاف ذلك فيكون الأمر له منحنى آخر،³ وبالتالي يقع عبء الإثبات على الزوج .

وفي هذه الحالة فان عبء الإثبات يقع على الزوج بكل الطرق المتاحة قانوناً كونه يدعي أمام القضاء بواقعة من شأنها الإضرار خاصة إذا كان الحق يتعلق بالعقار أو شيء من هذا القبيل لأن الإشكالات المتعددة التي تطرح أمام القضاء لها طابع خاص،⁴ وبالتالي فالزوج يمكنه الاستعانة بالشهود ، خبير.⁵

بالإضافة إلى ذلك يثبت طلب المختلعة لتحقيق غاية غير مشروعة أو مصلح غير مشروعة، أو يثبت تحايلها في بدل الخلع، أو كان مهر الزوجة أكبر بكثير من مهر المثل.

1 أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الفكر العربية، ص61

2 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص51.

3 أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، مرجع سابق، ص63.

4 شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة والقانون المقارن، مرجع سابق، ص51

5 مسعودة نعمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض المسائل (الزواج والطلاق) ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2009، ص187.

ومن هنا لا يمكن غض الطرف عن حق الزوجة في إثبات عكس ما يدعيه الزوج وبنفس الطريقة أي بطرق أدلة الإثبات المعروفة قانوناً.¹

الفرع الثالث/ مظاهر قيود سلطة القاضي في تقدير التعويض

إن المتأمل في القضايا المطروحة أمام القضاء، في أكثرها قضايا تتعلق بعدم الاتفاق على التعويض عن الأمور ذات الطابع المالي تشكل صعوبة كبيرة في التفاهم بين الزوجين، لعدم تنازل طرفي القضية في المال، وعليه سنحاول قدر الإمكان معرفة الحق في التعويض الإدعاءات من أجل حصر الجهة المختصة وإجراءاتها.

أولاً/ الإختصاص: ويقصد به القاضي المختص هنا لأن المحكمة المختصة سنعرضه في المطلب الموالي في الإجراءات المتبعة في قضايا الخلع والجهات المختصة بها، أما القاضي المختص في هذه الحالة يعتبر قاضي شؤون الأسرة،² هو من يعطيه القانون سلطة الإختصاص في قضايا شؤون الأسرة.

ثانياً/ طرق تقدير الضرر: لم يتطرق المشرع في قانون الأسرة صراحة على الطرق التي يجب الرجوع إليها في تحديد قيمة التعويض في الخلع، وبالتالي فيجب الرجوع إلى أحكام القانون العام³ التي من شأنها تقدير العوض وتحديد مقدار التعويض، وطبقاً للقانون المختص في ذلك هو

1 مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص192.

2 سميرة معاش، أحكام التطبيق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانون، العدد 06 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009 ، ص 20

3 عكس المشرع السوري الذي فصل في هذا الشأن في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري: (جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز ثلاث سنوات من أمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يحصل على دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً حسب مقتضى الحال)، وبالتالي فإن المشرع السوري قد أعطى القاضي كافة الصلاحيات في تقدير الضرر ولكن في حدود ثلاث سنوات فقط، زهي بمثابة حد فقط.

القانون المدني وبالتالي النظر إلى جوانب متعددة مهمة في مجملها، إذ نجد أن المشرع الجزائري لم يوضح ذلك.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1991 يقضي بترك الأمر لقضاة الموضوع في تحديد التعويض بنصه: (من المستقر عليه قضاءً أن تحديد مبالغ النفقة والتعويض ونفقة العدة يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، رغم أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعتبر قصوراً في التسبيب).¹

المطلب الثاني

الجانب الإجرائي لدعوى الخلع في التشريع الجزائري

إن الدعوى المشتملة على فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع تتشابه إلى حد كبير مع الطلاق والتطليق، وعليه سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى بعض الإجراءات الشكلية فقط، كون الدراسة في هذا المجال ستتوسع في الباب الثاني بحول الله تعالى أي في التطليق، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية: الأول نتناول فيه المحاكم المختصة لدعوى الخلع وطرق رفع الدعوى فيها، وفرع ثاني نتطرق فيه إلى إجراءات الخلع

الفرع الأول/ المحاكم المختصة بالخلع وكيفية رفع الدعوى فيها

أولاً/ إختصاص المحاكم: هنا نعرض الإختصاصات المعروفة النوعي والمحلي والإقليمي.

1-النوعي: بالنظر إلى المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،² نجد أن الجهة المختصة في النظر في الدعوى الخلعية هي قسم شؤون الأسرة أو ما يسمى بقسم الأحوال الشخصية على مستوى المحاكم الابتدائية.

1 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (75029)، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1994، ص 65.

2 القانون رقم: (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في: 18/صفر 1429 الموافق ل: 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، العدد 21.

2- الإقليمي: تنص المادة (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يحدد الإختصاص الإقليمي النزاع الذي يكون يطرح أمام المحكمة التي تقع في موطن المدعية أو في موطن المدعى عليه بناءً على إختيارهما، أما القضايا التي لم يذكرها فيتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة في الإختصاص.¹

ثانياً/ صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في الخلع: سنحاول في هذه الجزئية التطرق إلى صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في النزاع المطروح أمامه أي في قضايا المشتعلة على الخلع، خاصة إذا كان في هذه القضية أولاد، فهنا كان من اللازم إعطاء القاضي صلاحيات أكثر، من أجل الوصول إل الحقيقة خاصة ما تعلق في ذلك بإثبات الضرر والتعويض اللاحق بالزوجين، بل وهناك من القضايا التي يجد القاضي نفسه باحث عن نقاط تم إغفالها سواء سهواً أم عمداً في القضية، وكل الصلاحية الممنوحة للقاضي الهدف منها في النهاية هي إعطاء الحقوق لأصحابها أو حماية الحقوق.

وهنا يكمن دور القضاء في إحقاق الحق، حيث أن المشرع الجزائري ترك الأمر للقاضي في كثير من الأمور كون القاضي هو من يتابع القضية من بدايتها إلى غاية إصدار الحكم وله أن يستعين بذلك بكل من يرى في جادة الصواب للم شمل العائلة أو حماية الأولاد.

حيث نجد في المادة (28) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنها لم تذكر الإجراءات الخاصة بقاضي شؤون الأسرة بل ذكرتها على سبيل العموم،² وعليه يمكن إجمال الإجراءات التي يستطيع قاضي شؤون الأسرة إتخاذها وهي³:

1 تنص المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: (ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية:- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة). القانون رقم: (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المصدر السابق.

2 بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى، 2009، الجزائر، ص328.

3 تنص المادة (28) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه: (يجوز للقاضي أن يأمر تلقائياً باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائرة قانوناً).

1/ الخبرة: تعتبر الخبرة من أهم الإجراءات التي يلجأ إليها القاضي المطروح أمامه النزاع، حيث يكون الهدف من ذلك هو إثبات واقعة مادية أو تقنية علمية محضة للقاضي، سواء أثارها أحد الأطراف أو الطرفين معاً أو القاضي من تلقاء نفسه، وبالتالي فللقاضي الحرية الواسعة ومتى رأى ضرورة لذلك أن يلجأ إلى الخبرة، تعتبر الخبرة هي أعمال أهل الاختصاص في الوقائع، حيث نصت عليها المادة (125) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

ويتم اللجوء إلى إجراءات الخبرة بناءً على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه متى ضرورة لذلك، حيث أن المادة (126) من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية نصت على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"،² وعموماً فإن إجراءات الخبرة الهدف منها:

- إثبات حق مغفل عنه

- إثبات واقعة أو وقائع مختلفة

- إثبات مدى صحة الإدعاءات والوثائق المقدمة من طرف أحد الخصوم

وباللجوء إلى المادة (425) من نفس القانون،³ على أن القاضي المطروح أمامهم النزاع أي قاضي شؤون الأسرة كامل الحرية في اللجوء إلى المساعدة الاجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع لغرض الاستشارة، وعليه فالإجراءات التالية إستحباباً وليس وجوباً.⁴

1 القانون رقم: (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

2 بريرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 331.

3 القانون رقم: (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

4 محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2008، ص 29.

1/ المساعدة الإجتماعية: يهدف إجراء المساعدة الإجتماعية إلى معرفة مدى تأثير المحيط الإجتماعي والأسري بظروف الجريمة، خاصة إذا كان هناك أطفال، ومعرفة دوافع تصرفات المدعى عليه ومدى تأثيرها بالمحيط الخارجي، إذ نجد أن العديد من القضاة يلجؤون إلى المساعدة الإجتماعية إذا رأوا أن في هذا الإجراء تبرير لإثبات الحقيقة.

2/ الطبيب المختص: يكون هذا الإجراء من أجل التأكد من صحة الشهادات المقدمة من الطرفين أو من أحدهما.

3/ اللجوء إلى أي مصلحة: والمقصود من ذلك أي مصلحة أو مؤسسة عمومية كانت أو خاصة المهم تحقيق الهدف ألا وهو إثبات حقائق تم ذكرها في المذكرات.

وللإشارة فإن هناك إجتهاادات قضائية صدرت عن المحكمة العليا في هذا الصدد، حيث أقر قضاة الموضوع الذين أسندوا الحضانة إلى الأب مراعاة لمصلحة الأبناء وإعتماداً على تقرير المرشدة الإجتماعية التي يؤكد ذلك إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقط طبقوا صحيح القانون.¹

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أن القاضي يسند حضانة الأولاد بعد وفاة الأبوين يكون بناء على تقرير المرشدة الإجتماعية كونها المختصة في ذلك²، كما انه يجوز للقاضي قبل إصدار حكمه اللجوء إلى المرشدة الإجتماعية من أجل إثبات الحقائق ومن أجل إثبات مصلحة المحضون في ذلك.³

1 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 501232، بتاريخ: 1999/05/12، المجلة القضائية، العدد الثالث، ص102.

2 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 451201، بتاريخ: 2001/03/01، المجلة القضائية ، ص71.

3 حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقابذ تلمسان، 2004/2005، ص127.

بالإضافة إلى ذلك فإن المرشدة الإجتماعية تُعد تقريراً مفصلاً حول مدى ملائمة المكان للحضانة ويهدف ذلك إلى معرفة مدى مطابقة بدل الإيجار مع السعر المدفوع من طرف الزوج، كون هذه النقطة تدفع إلى تحايل الزوج حول المبالغة في تخفيض قيمة الإيجار إضراراً بالزوجة الحاضنة، وبالتالي فإنه وعملاً بتقرير المرشدة أو الخبير يكون حاجزاً يمنع وقوع التحايل.

ونظراً للمشاكل الواقعة في وقتنا هذا حول بدل الإيجار والحضانة وما قد تفرضه من طابع إستعجالي،¹ فإن المشرع الجزائري يكون قد أحسن صنعا عندما ترك الأمر لسلطة القاضي، لكي يوفر السكن اللائق أو ضمان مبلغ إيجار يضمن كرامة الزوجة وأطفالها المحضونين، كون الأمور هذه تختلف من المنطقة لأخرى، وعليه فإن توحيد نص قانوني يجمع ذلك يعتبر شبه مستحيل لضمان العيش الكريم للأبناء، والمشرع تدارك ذلك في قانون شؤون الأسرة.

وللإشارة فإن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا²، مفاده انه متى قدم الطاعن أمام القضاء محضر إثبات حالة موقع يوضح فيه وجود شقة منعزلة ولاتقة لممارسة الحضانة وخصصها للمطعون ضدها وإبنها، وكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا السكن للحضانة بدلاً من أن يخبروه بتخصيص سكن أو بدل الإيجار، كما أن إعتداد القاضي على محضر الأمن يعتبر في هذه الحالة دليلاً كافياً لحرمان الطاعنة من حقها في الحضانة، بل

1 إن الحكمة من إدراج موضوع الحضانة في جميع صور الطلاق كمحل للتدابير الاستعجالية كونه يشكل ضرورة استعجالية تقتضي تدخل المشرع دون انتظار الفصل في الموضوع، رعاية للمحزون الذي يصبح متأرجحاً بين الزوجين لا سيما إذا كان سن المحزون يستلزم رعاية أمه، كحالة الإرضاع أكثر توضيحاً فإذا أقام أحد الزوجين دعوى الخلع أمام محكمة شؤون الأسرة من أجل فكالرابطه الزوجية التي نتج عنها ميلاد طفل مثلاً، فإن حضانتها تكون محل تنازع بينهما، وبالتالي فإن الفصل في هذا التنازع يكون بتقديم أحد الزوجين بالدعوى الاستعجالية أمام قاضي الأحوال الشخصية من أجل الفصل على وجه الاستعجال في إسناد الحضانة لمستحقها في هذه الفترة الممتدة من رفع دعوى الخلع و صدور الحكم بالبات. أنظر: شامي أحمد، قانون الأسرة طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص272، نقلاً عن: حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي 2014/2014، ص114.

2 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 245123، بتاريخ: 2000/07/18، المجلة القضائية، 2004، العدد 01، ص253.

مجرد معلومات لا يمكن الإعتماد عليها وكان على قضاة الموضوع الإلتجاء إلى وسائل أخرى كسماع الشهود أو تعيين مرشدة إجتماعية.

2/ الانتقال إلى المعاينة: يعتبر هذا الإجراء وسيلة من وسائل الإثبات أيضاً، الممنوحة للقاضي من أجل إثبات الحقيقة حيث أن الانتقال إلى المعاينة هو بمثابة سعي من القاضي المطروح أمامه النزاع لإثبات الحقيقة وليكون حكمه أكثر عدلاً، ويكون هذا الإجراء لما تكون الطريقة الأولى (الخبرة) قاصرة في إثبات الحقيقة، حيث أن القاضي وبموجب صلاحياته يمكنه التأكد من التقارير المقدمة له ومدى مطابقتها للواقع، وحتى يكون القاضي أكثر دراية بمجال النزاع المطروح أمامه وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواده من (146) إلى (149) علماً انه للقاضي أن ينتقل بنفسه أو بطلب من الخصوم أيضاً إلى معاينة الأماكن.¹

كما أن للقاضي صلاحيات واسعة أثناء الانتقال، حيث يمكنه سماع كل شخص يرى في شهادته فائدة في الحقيقة، سواء أكان هذا الشخص من الخصوم أو من ذويهم أو جيرانهم، المهم شرط أن تكون غاية في تبرير الحكم، وتدعيمه بالإثبات، خاصة أن مشكل السكن يطرح مشاكل من هذه الزاوية.

3/ الإستماع إلى الأطراف: يعد التطرق إلى الإجراءات السابقة ونظراً للحالات الإستثنائية فإن القانون الجزائري يجيز القاضي بسماع الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، من أجل التأكد من صلاحية وأحقية للحضانة ومدى كفايته عليها، حيث تنص المادة (463) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

1 القانون رقم: (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

2 تنص المادة (463) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده و أمه الحاضن أو أي شخص يكون سماعه مفيداً.

- ويمكن إعفاء القاصر من الحضور

- يقدم محاموا الأطراف ملاحظاتهم عند الإقتضاء

- ينظر ويفصل في الطلب بغرفة المشورة، بعد تقديم طلبات ممثل النيابة

الفرع الثاني/ إجراءات الخلع

نظراً لتشابه الخلع مع التطليق في الإجراءات المعمول بها أمام القضاء، ولتفادي التكرار سنعرض في هذا الفرع إجراءات الخلع كونها تعتبر موضوع دراسة مستقل، وستقتصر دراستنا على النقاط الخاصة بالخلع.

أولاً/ طرق رفع دعوى الخلع:

1/ رفع الدعوى: ترفع الدعوى المشتمة على قضية شخصية، بموجب عريضة مكتوبة من طرف الزوجين أو من دفاعهم وتودع لدى المحكمة في قسم شؤون الأسرة، حيث يكتب في العريضة الرغبة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، وتذكر فيها كل البيانات التي وهي كالآتي:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، ولا يكفي ذكر المحكمة المختصة على وجه التحديد بشكل لا يدع مجال للشك فيها.¹

- إسم ولقب المدعي وموطنه، وهنا يجب ذكر المدعي صراحة وعنوانه وإسم من يمثله ومهنته وموطنه²

- إسم ولقب وموطن المدعي عليه، فان لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له، وهنا يجب توضيح إسم المدعي عليه صراحة وموطنه لان لم يكن له موطن فأخر موطن له ولو كان موطناً مختاراً.³

يكون الأمر الفاصل في الطلب قابلاً حسب الأوضاع المحددة في المادة(456)أعلاه". القانون رقم (09/08) المؤرخ في : 2008/02/25، المرجع السابق.

1حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2010 الجزائر، ص17.

2القانون رقم: 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص37.

3المرجع نفسه، ص37.

- ذكر الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي، يمكن هنا تبيان ممثله القانوني أو الإتفاقي.

- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها، يوجب القانون أن تشتمل عريضة إفتتاح الدعوى على وقائعها وأدلتها وطلبات المدعي والأسانيد التي يعتمد عليها، وذلك لكي تكون لدى المدعي صورة وافية من المطلوب منه فيتمكن من إعداد دفاعه ويتمكن القاضي من تكوين فكرة واضحة وسليمة على الدعوى.

- ذكر المستندات المؤيدة للدعوى، مع ذكرها وتبيانها وإرفاقها بالعريضة.

2/ شروط رفع الدعوى: يشترط في رفع الدعوى شرطين أساسيين وهما الصفة والمصلحة

أ/ **الصفة:** يشترط في رافع الدعوى أمام القضاء أن يكون يتمتع بالصفة التي تمكنه من رفع الدعوى، وبالتالي فالصفة هي الحق في المطالبة والمقاضاة أمام الجهة القضائية وتقوم على مصلحة مباشرة شخصية في اللجوء إلى القاضي.¹

وعليه فإن قضايا الزوجية الخاصة بالخلع يجب أن تكون الزوجة أو دفاعها، الصفة القانونية لرفع الدعوى ويكون ذلك بناءً على عقد زواج صحيح أو عقد رسمي، ويكون هذا العقد مرفق بعريضة رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة.

ب/ **المصلحة:** يقصد بالمصلحة الغاية المرجوة من رفع الدعوى وتكون في العادة محاولة إثبات حق أو الحصول على منفعة²، وعليه فالغرض من رفع دعوى الخلع هو إثبات حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.³

ايضيف الأستاذ حسين فريجة الصفة والدعوى، فإذا لم تتوفر الصفة في الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى إبطال الدعوى بديهيًا، لأن المدعي إذا كان هذا الأخير لا يستطيع طلب حقه بنفسه فإن دعواه تكون محل بطلان، كما هو حاصل بالنسبة للعقد حيث لا يستطيع المدعي المطالبة بإبطال عقد وهو ليس طرفاً فيه، كون هذا الإجراء يتوقف على شرط المصلحة، أنظر: حسين فريجة المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 15.

2 عبد الله مسعودي، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدون طبعة، دار هومة، 2011، الجزائر، ص 35.

3 كما أن للمصلحة شروط إشتراطها المشرع هي:

3/ التبليغ: بعد إيداع العريضة يتم تسليم وصل إيداع يحدد فيها تاريخ الجلسة ويعطي نسخة من هذا الوصل إلى المحضر القضائي للقيام بإجراءات التبليغ بشكل رسمي بتاريخ الجلسة،¹ أما النيابة العامة فيتم تبليغها عن طريق أمانة الضبط.²

4/ الصلح: وهو إجراء وجوبي لا بد منه في قضايا الأحوال الشخصية ويعتبر همزة وصل التي تشترط فيها جميع أنواع فك الرابطة الزوجية سواء بطلب من الزوج أو الزوج أو بالتراضي، ويعتبر الكلام في الصلح طویل، كونه إجراء مهم جداً في هذه الحالة، ولكن سنحاول فقط التطرق إلى الصلح في جانب التفريق بطلب من الزوجة عن طريق الخلع وإسقاطها على التطليق، ومعرفة نقاط هامة في الخلع:

أ/ مكانة القاضي في الصلح عند المخالعة: كما تم التنويه إليه أن الصلح إجراء مهم جداً، سنحاول هنا التطرق إلى نقطتين مهمتين الأولى طبيعة أحكام الخلع وعلاقتها بالصلح، والثانية كيفية تدخل القاضي لإجراء الصلح في قضايا المخالعة.

ب/ طبيعة أحكام الخلع وعلاقتها بالصلح: لم يتفق الفقهاء في حكم طبيعة الحكم الصادر في الخلع، وقد نتج عن ذلك آراء كثيرة³، وعليه فإن في هذه النقطة بالذات منهم من رأى أنه حكم كاشف ومنهم من رآه منشيئ، ولكن الراجح في الآراء هو إعتباره كاشفاً طالما هو كاشف عن إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية، بإرادتها المنفردة.

أ- أن تكون المصلحة قانونية، فلا تقبل المصلحة التي تخل بالنظام تلعام والآداب العامة مثل إقدام شخص على طلب إبرام عقد زواج بالقوة بينه وبين خلته.

ب- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة: كالوكيل بالنسبة للموكل، والوصي أو الولي بالنسبة للقاصر

ج- أن تكون المصلحة حالة وقائمة: ويجب أن يكن الإعتداء قائم والضرر قائم. أنظر: حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 16.

1 الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، ص 19

2 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص 34

3 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013/2014، ص 298.

وعليه يمكن هنا القول بأن القاضي ملزم بالكشف عن إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية، حيث يرى الأستاذ (لمطاعي نور الدين) أن كل التفرقة القضائية التي تطلبها الزوجة بإرادتها المنفردة لا يكون كذلك إلا إذا تقدمت الزوجة إلى القضاء وطلبت ذلك وتؤكد للقاضي بعد عدة محاولات صلح بينهما في اللجوء إلى القضاء من أجل الخلع، وهو ما يلتزم بالإجراءات المنصوص عليها في المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري.¹

ولكن هنا الأستاذ يفرق بين حالتين هما: الأولى هي حالة الخلع والتطليق أن الحكم الصادر فيهما يكون كاشفاً للحكم، أما الحالة الثانية يكون الحكم فيها منشئ طالما ترجمة لنية الزوجين في فك الرابطة الزوجية بينهما.

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري لم يكن واضحاً في إجراء الصلح في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، والدليل على ذلك عدم النص على ذلك، سواء أكان ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في قانون الأسرة، وهو ما يفهم ضمناً، لكن قانون الإجراءات المدنية،² فقد نص في مواده من (439) وما بعدها على إجراءات الصلح في قضايا شؤون الأسرة، وهو ما يعتبر إعطاء صلاحيات لقاضي شؤون الأسرة للقيام بهذا الإجراء ولم يحدد القانون طريقة معينة من الفك بل يعتبر ذلك إجراء شامل لكافة الطرق (تطليق، خلع، طلاق).³

1 لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيلا، الجزائر، 2009، ص 73

2 ينص على الصلح مادتين الأولى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تعتبر عامة لإجراءات الصلح، بينما الثانية فهي في قانون الأسرة، وتخص قضايا شؤون الأسرة أي خاصة بالتفرقة بين الزوجين كالخلع والتطليق مثلاً، حيث تنص المادة (459) من ق م على : " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه باستثناء ما تعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام"، تنص المادة (49) من قانون الأسرة على: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح بجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساع و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوباً ف الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

3 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 300.

ج/ محاولات الصلح في قضايا الخلع: يلاحظ أنه بمجرد صدور القانون رقم (05-02) تهافت الكثير من النساء إلى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وهو ما حتم على القضاة التفكير في إجراء الصلح بصيغة جدية، لعلها تكون بادرة خير لمعالجة ما أمكن من القضايا على مستوى المحاكم لأن بعض القضايا تكون عدم دراية كافية من طرف الأزواج بتبعات الخلع، خاصة بالجانب النفسي والاجتماعي على حد سواء والآن السبب الرئيسي هو إستهتار الأزواج بكلمة الخلع وهو ما ينجر عنه العديد من التصرفات، فالغاية المنشودة من الصلح هي معرفة الإشكالات المطروحة لطلب الخلع ومحاولة إيجاد حلول لعدول الزوجة عنه.

فالقاضي في قضايا الخلع لا يطلب البحث في بغض الزوجة لزوجها، الأمر الذي يصعب إثباته فيكتفي في ذلك وفق محاولات الصلح فقط، أي من جلسات الصلح فهنا تعتبر الألفاظ والجلسات هي دليل على أن الطالبة للخلع لا تتوي الرجوع إلى زوجها¹، أن هناك بعض الأمور التي تصلح فيها عملية الصلح كأن تكون هناك خيارات تقتضيها المصلحة، وتعتبر أمام الطرف الآخر بمثابة تنازلات فيتنازل الزوج وتعذر الزوجة عن الخلع.²

وإذا توصل القاضي إلى حل فإنه يدون ذلك في محضر وبالتالي فإن هذا الأخير يعتبر سنداً تنفيذياً غير انه قد لا تكلل محاولات الصلح بالنجاح مما يعني فشل القاضي في محاولات الصلح نتيجة تمسك الزوجة بالخلع.³

1 وفي نساء السلف القدوة الحسنة، حيث روي أن امرأة جاءت إلى الحسن قالت: يا أبا سعيد لا والله ما خلق الله شيئاً أبغض من زوجي، وأنه ليخيل إليه أنه ما في الأرض أحب إلي منه، فهل تأمرني أن أخلع؟، فقال الحسن: كنا نتحدث أن المختلعات هن المنافقات، قال فضربت رأسها بيدها فقالت: إصبر على بركة الله تعالى، انظر: المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية، دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية، العدد الثالث، سنة 2009، ص 259.

2 داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 220.

3 بن هبيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقاً للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، ب ط، الجزائر، 2018 .192

وبعد ذلك يقوم القاضي بالنظر إلى الموضوع الثاني وهو مباشرة إجراءات الخلع، كان يقوم القاضي بالسؤال عن البديل الذي إتفقا عليه الزوجين، فإذا كان لا يوجد بينهما خلاف في هذه النقطة فهذا أمر جيد، أما إذا كان العكس فعلى القاضي التدخل بموجب الصلاحيات الممنوحة قانوناً، لكي يحدد البديل الذي يرضي الطرفين، ولكن دون أن يمس ذلك بمبدأ الحياد.

وفي إجتهااد قضائي صادر عن المحكمة العليا سنة 2007 جاء فيه¹: (حيث أنه فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها رفعت دعواها على الطاعن طالبة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وطلبت بعض الحقوق دون أن تعرض تقديم مال معين، مقابل ذلك الخلع كما ينص عليه قانون الأسرة، وكان على قاضي المحكمة التأكد من ذلك دون التطرق إلى الأسباب التي جعلت المطعون ضدها تطالب بالخلع، وعليه فإن هذا الفرع مؤسس يترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه)².

وعليه فانه يفهم من هذا أن القاضي إذا تقدمت طالبة التطليق عن طريق الخلع دون ذكر مقدار البديل فانه يتعين عليه رفض الطلب مباشرة³، كون ذلك يتعلق بإجراء جوهري لرفع الدعوى، لأن قضية الخلع لا تقع صحيحة إلا إذا ذكر فيها البديل، وبالتالي يكون قابل للتقييد في جلسات الصلح، حيث أن الزوج حقه مكفول قانوناً في البديل حتى وإن تعذر عليه الحضور إلى جلسات الصلح، فإن القاضي لا يمكنه إغفال حق الزوج⁴.

1 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (2345) مؤرخ في 2005/07/13، نشرة القضاة، العدد 3، ص 330، نقلاً عن: بن هبيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقاً للتشريع والقضاء الجزائري، مرجع سابق، 330.

2 المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم (401330)، مؤرخ في: 2007/09/12 غير منشور.

3 بن هبيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقاً للتشريع والقضاء الجزائري، مرجع سابق، 330.

4 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق 299.

وفي هذه النقطة نجد أن هناك قرارين للمحكمة العليا الأول كأن يجيز فيه القانون حفظ حق الزوج في البذل، من خلال القرار الصادر سنة 2005 حيث جاء فيه: (حيث يلاحظ من خلال الحكم المطعون فيه، أن المطلقة قد عرضت مبلغاً من مالها على الطاعن مقابل الخلع إلا أن هذا الأخير لم يناقش المبلغ المعروض مما أدى بقاضي الدرجة الأولى إلى حفظ حقه في هذا الجانب، وإذا أراد الطاعن مناقشة هذا الجانب عليه الطعن بالإستئناف.¹

غير أن المحكمة العليا سرعان ما تداركت هذا السهو في قرار آخر بتاريخ 2006 بنصها: (فإن كل زوجة تطالب بالخلع عليها وجوباً عرض مبلغ مالي مقابله، وتبعاً لذلك لا يمكن للقضاة بحفظ بدل الخلع، لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم نطق الحكم بالخلع سواء إتفقا الطرفان عليه أم لم يتفقوا، طبقاً لأحكام المادة (54) من قانون شؤون الأسرة²، لما قضى قضاة الموضوع خلاف ذلك فإن قضائهم جاء مشوباً بالقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني الأمر الذي يتعين عليه نقضه وإبطاله).³

حيث أن هناك عديد من الحالات تكون الزوجة طالبة فيها الخلع، وبعد التشاور في جلسة الصلح تبين للقاضي أن الدوافع التي تثيرها الزوجة بإمكانها تصنيفها وفق متطلبات المادة (53) من نفس القانون،⁴ كان تشير الزوجة أن السبب هو الشقاق المستمر بينهما، أو تبين في النهاية أن هناك عيب من العيوب التي تكون في الزوج والمنصوص عليها في مادة التطلاق، فهنا القاضي يكيف النص مع الواقعة تطبيقاً أم خلعاً، لأن القاضي في هذه الحالة مكلف بالفحص الدقيق لهذه الأسباب، فحسباً يجعله يناقش ذلك في جلسات الصلح كون ذلك إختصاص أصيل في البحث عن النص الواجب التطبيق عن الواقعة المطروحة.

1 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (365244) مؤرخ في 11/10/2006، المجلة القضائية، العدد 01 سنة 2007، ص 467.

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

3 بن هبيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقاً للتشريع والقضاء الجزائري، مرجع سابق، 331.

4 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

حيث تنص المادة (26) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: (لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات والمرافعات.

كما يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أثبتت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها إدعائاتهم).

ومحضر الصلح الذي يتم تحريره من طرف القاضي يعتبر سند تنفيذي بمجرد إيداعه لدى أمانة ضبط الجهة القضائية،¹ وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمن في تعديله الجديد في مجال الصلح أنه إذا لم تعد محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي إجبارية، بل أصبحت تكتسي طابعاً جوازيّاً يقوم بها بمبادرة منه أو بسعي من الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الخصومة القضائية، وفي مواد القضاء الكامل وفي النزاعات التي تدخل في إختصاص القاضي الإداري.²

4/ التحكيم: يعتبر التحكيم إجراء إستثنائي يتم اللجوء إليه في حالة فشل محاولات الصلح وبالتالي يكون التحكيم موالى للصلح، عليه فان التحكيم يعرف:

تعريف التحاكم: لغة: يعرف على انه مشتق من الفعل حَكَمَ³، وأصله هنا المنع فيقال حكمت عليه أي منعته⁴.

إصطلاحاً: هو تولية الخصمين على حكمين أو حكم للحكم بينهما.⁵

1 يرى الدكتور مسعودي عبد الله، أن القاضي في الخصومة خاصة في جلسة الصلح لا يمكنه أن يتدخل بل يكتفي بكل ما تم تقديمه من الطرفين ويقف محايداً وبعد الانتهاء مم التقديم وقتها ستعمل القاضي لصلاحياته في الصلح بطبيعة الحال لا يمكن أن يزيد على ما هو قانوني خاصة في مقدار البذل كما سبقت الإشارة إليه، كونه مرتبط بنصاب معين وهو عدم تجاوز مهر المثل انظر عبد الله مسعودي، مرجع سابق، ص79/78.

2 فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 443-444.

3 أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء والصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ب ط، ص25

4 أحمد بن علي المقريء، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ب ط، د س، ص65.

5 أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء والصلح، مرجع سابق، ص25

وقد عرفه رجال القانون على أنه :

نزول الخصوم إلى محكم أو التنازل عن لجوئهم إلى القضاء ولجوئهم إلى محكم وقد يكون أكثر من محكم مفصل في النزاع المطروح أمامه، هنا يكون التحكيم رضائي وليس إلزامي، لأن الأصل في ذلك القضاء وقد نصت المادة (1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم وما عدى في علاقتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"¹ وعليه هنا فانه يفهم من نص المادة على انه يكون جوزاي التحكيم، وفق قانون الإجراءات المدنية.²

في حين نرى أن قانون الأسرة الجزائري قد جسد هذا المبدأ في المادة (56) من قانون الأسرة (02-05) بنصها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"³ وعليه فإن مهمة الحكمين هي الصلح بين الزوجين، حتى في قضايا الخلع، وبالتطليق بالنسبة لجميع الدعاوى التي تتضمن فك الرابطة الزوجية كالطلاق، التطليق، الخلع، وبالتالي فان القضاء بخلاف ذلك يعتبر مخالفاً لأمر جوهري في القانون.

1 القانون رقم: 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المصدر السابق.

2 لا يجوز الإتفاق على التحكيم لإثبات النسب أو نفي صفة الوارث بالنسبة لشخص معين، ولكن يجوز الإتفاق على التحكيم بين الورثة وحصر توزيع التركة، ولكن يجوز الاتفاق على التحكيم بين الورثة وحصر توزيع التركة، ويجوز التحكيم بالنسبة للنفقة بين الزوجين والأقارب، أنظر: فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 467.

3 القانون رقم: (11-84) المعدل بموجب الأمر رقم: (02-05) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

الفرع الثالث/ إجراءات التحكيم في التشريع الجزائري

بالإضافة إلى نص المادة (56) التي سبق ذكرها فإن القاضي هو من يقوم بتعيين الحكّمين ويكون الحكّمين واحد من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج ويقوما بعملية الإصلاح، ويقوم هذا الأخير على كآل ما من شأنه تحقيق الأهداف المرجوة لإصلاح ذات البين، مصداقا لقوله ﷺ: «وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۖ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»¹. وبإمكان الحكّمين الإتصال بكل شخص له مكانة عند المتخاصمين كان يكون إماماً أو شيخ زاوية... إلخ، ويجب على الحكّمين تقديم تقريرهما إلى القاضي في أجل شهرين من تاريخ مباشرة عملهما، وطبقاً يكون التقرير مفصلاً يتضمن جميع الإجراءات التي قاما بها الحكّمين وكل ما من شأنه الصلح.

وقد ذهب بعض القضاة إلى أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وأن الحكم لا يصدر إلا بعد محاولات الصلح بين الزوجين، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين عن إثبات الضرر اللاحق بها وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، والقضاء دون إحترام المادة (49) من قانون الأسرة الجزائري يشكل مخالفة للقانون.²

وعليه فبالرجوع إلى المادة (56) من ذات القانون،³ فإن اللجوء إل الحكّمين يكون عند عدم الوصول إلى حل وفشل كل محاولات الإصلاح بين الزوجين ويكون هذا الإجراء هو إجراء أخير يكون الهدف منه محاولة إقناع الزوجة على العدول عن فك الرابطة الزوجية، وإقناع الزوج عن القضاء على أسباب الخلع، وعليه إرجاع الأمور إلى نصابها الحقيقي.

1 سورة النساء، الآية 35.

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

3 المصدر نفسه.

ومن هنا فإن التحكيم في التشريع الجزائري جاء مواكباً للشرعية الإسلامية، لكنه لم يتضمن طرق عملية واضحة لكيفية تعيين الحكّمين، وبالتالي يتم الرجوع فيها إلى الأعراف السائدة في المنطقة، وتحكيم الشريعة الإسلامية فيها وعموماً فإن الشروط المطلوبة في التحكيم هي:

1- أن يكون الحكّمين من أهل الزوجين الذين يفترض مكانتهما عند الزوجين ويحرصون على مصلحتهما.

2- أن يكون الحكّمين مسلمين بالغين عاقلين، يتميزان بالحكمة كون المهمة الموكلة لهما ذات بعد إصلاحي، عليه فإن الغاية في التحكيم هي إصلاح ذات البين.

3- يضيف المالكية والحنابلة شرطان في الحكّمين أن يكونا فقيهين في أحكام الشريعة الإسلامية. والملاحظ أن المشرع الجزائري قد واكب التشريع الإسلامي في الحكّمين وترك المجال لهما دون قيود تقف أمامهم لأن المشرع إهتم بالهدف دون الإجراءات، وهو ما يفهم أن المشرع قد قطع شوطاً في القضاء الشخصي.

والحكم بما دون ذلك يعتبر مخالفاً للقانون، حيث أنه وفق قرار المحكمة العليا الذي ينص: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب على القاضي تعيين حكّمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد (49) (55) (56) من قانون الأسرة¹، يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون وتجاوز إختصاصاته ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه".²

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (57812)، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1991، ص 73 نقلاً عن: أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مرجع سابق، ص 29

الفرع الرابع/ طبيعة الحكم الصادر في الخلع وطرق الطعن فيه

أولاً/ الطبيعة القانونية لأحكام الخلع: بما أن دعاوى الخلع كغيرها من الدعاوى المشتملة على فك الرابطة الزوجية كما سبق الإشارة إليه، فإنه لا بد من صدور حكم في هذا الشأن ويكون ذلك بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة لقاضي الحكم وعليه نتطرق إلى هذه النقطة في:

1/ الأحكام التقريرية أو الكاشفة: ويقصد بها تلك الأحكام التي تقضي على وجود الحق أي إثبات أو المركز القانوني، فالحكم الكاشف في هذه الحالة أو المقرر هو الحكم الذي يؤدي إلى إثبات هذا الحق دون إلزام أحد الطرفين بذلك، وبالتالي فهو إثبات أكثر منه حق، وعليه فإن الحكم الكاشف أو المقرر يكون لتأكيد واقعة قانونية معينة.¹

2/ أحكام الخلع منشئة: وهي الأحكام القضائية التي تؤدي إلى إنشاء حق معين ويختلف هذا الحق في كونه أصيل تم إنشاؤه أو من العدم ومادام الخلع هو حق أصيل للزوجة فإنه يعتبر كذلك.

3/ أحكام الإلزام: ويعتبر هذه الأحكام التي يرد فيها حق الإلزام بالتأكيد على حق، أي ما يقابله هذا الحق إلزام من الزوج، فإعطاء الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يقابله إلزام عل عاتقها تقوم به، وهو بدل الخلع الذي تعطيه الزوجة لزوجها نظير خلاصها من زوجها وبالتالي فإن أحكام الخلع تدخل أيضاً في هذا الباب كونها إلزام.

1نميز بين نوعان:

الحكم الكاشف: وهو الحكم الذي يصدره القاضي ويكشف عن وضع قانوني موجود سابقاً، فهو لا يضيف جديد بل يكشف ويؤكد الوضع القانوني الموجود من قبل الحكم الصادر، مثل الحكم ببطالان العقد، أو ثبوت النسب، فهو حكم لا يلزم أي من الأطراف بعمل أو الإمتناع عن القيام بالعمل فهو يفتقد لعنصر الإلزام.

الحكم المنشئ: هو الحكم الذي يخلق وينشئ وضع قانوني جديد لم يكن موجود من قبل مثل الأحكام الصادرة بالتطليق أو فسخ العقود أو حل الشركات وهو أيضاً يفتقد لعنصر الإلزام، **أنظر:** بوفاتح منور، الفرق بين الأحكام المنشئة والكاشفة، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2015، ص56.

وعموماً فالخلع تعتريه الطبيعة الأولى والثانية كونه كاشف.

ثانياً/ الطعن في أحكام الخلع

01/ مفهوم طرق الطعن: يقصد بها تلك الآليات التي منحها المشرع الجزائري للمتقاضي، وهناك طرق طعن عادية وأخرى غير عادية، وكلها وإن اختلفت في الشكل فإنها تتفق في المضموم وهو الإعتراض على حكم صدر، والطعن أمام الجهة التي أصدرت الحكم ويسمى ذلك معارضة، أو بالجهة التي أعلى منها ويسمى ذلك إستئنافاً، أو الجهة التي تعلوهما معاً ويسمى ذلك طعناً بالنقض.

أ/ المعارضة: ترفع المعارضة أمام الجهة مصدرة الحكم، في الحكم الغيابي ويكون هذا الإجراء بموجب تكليف بالحضور ويجب في هذه الحالة مراعاة الأشكال التي تتطلبها أي المقررة قانوناً لعريضة إفتتاح الدعوى.¹

يترتب على المعارضة إعادة الحكم كان لم يكن، وبالتالي يعاد طرح الموضوع من جديد على المحكمة التي صدر عنها الحكم الغيابي السابق، والهدف من المعارضة هو تمكين الخصم المتغيب الذي صدر في حقه حكم غيابي أن يتدارك حقه فيه، وبإمكان الشخص أن يقدم الطلبات والدفع التي يراها ضرورية في حكمه، لأن القانون لم ينص على هذه النقطة ولكنها مسلم بها وتعتبر من العرف القضائي المعمول به.²

ب/ الإستئناف: يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ التي كرسها القانون القضائي الجزائري، وعليه فالإستئناف هو إعادة طرح الإشكال على الجهة التي تعلوا الجهة مصدرة الحكم

1 حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص134.

2 في هذا الصدد يمكن القول بأنه من البديهيات التي تتميز بها المعارضة في الحكم الغيابي هي أنها تهدف إلى سحب الحكم وإعادة النظر فيه من جديد، وبالتالي فعلى الخصم المعارض أن يقدم الطلبات التي لم ييدها أثناء غيابه، وإنه إذا صدر حكماً جديداً في مواجهة الخصوم أعتبر الحكم الغيابي كان لم يكن، وإذا لم يحضر أطراف الخصومة أو تغيب الخصم المعارض اعتبرت المعارضة كان لم تكن واستقر الحكم الغيابي صار غير قابل للطعن فيه بالمعارضة من جديد. أنظر: المرجع نفسه، ص135

لكي يفصل في القضية من جديد، وأعطاه المشرع الجزائري أجل شهر من تاريخ صدور الحكم من المحكمة الابتدائية، ويكون الحكم الصادر من المحكمة ملغى ولا أثر له، ولكن الأمر يختلف في أحكام الأسرة.

وكقاعدة عامة فإنه لا يطرح على جهة الاستئناف إلا ما تم رفعه في المحكمة من قبل، أي أنه لا تفصل جهة الاستئناف في طلبات لم ترفع عنها الاستئناف عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول أن المحكمة لا تفصل إلا في الطلبات التي تم طرحها من قبل الخصوم في النزاع، لأن المشرع الجزائري أن يرفع المتضرر إستئنافه بالإجراءات المعتادة لرفع الاستئناف وأجاز القانون أيضاً رفعه بمذكرة.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يطلق العنان لهذا الحق بل ربطه بقيده بمواعيد محددة واعتبرها من النظام العام، أي أنه في حالة مخالفة تلك الجوانب الجوهرية يفقد الشخص المتضرر حقه في استعمال هذا الحق، وبالنظر إلى أحكام الأسرة فإن المشرع الجزائري ونظراً لخصوصيتها لم يجعل الاستئناف أثر موقف لتنفيذ الحكم إلا ما تعلق الأمر بالجوانب المادية.¹

ومن هنا نستنتج أن المشرع قد راعى القضايا الأسرية من جوانب عديدة وهي:

- أن سبب عدم إعطاء فرصة للزوجين في عدم الحق في الاستئناف أن الحكم لم يصدر حتى تم إعطاء الفرصة للزوجين لتدارك أنفسهما وذلك من خلال، جلسات الصلح، التحكيم. إلخ ولكن دون جدوى.

- أن القضايا الشخصية لها طابع خاص، خاصة إذا إشتل الزواج على أولاد وبالتالي فإنه يعتبر ذلك يشكل خطراً عليهم.

1 تنص المادة (57) من قانون الأسرة على أنه: (تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية).

- أن المشرع الجزائري وإستثناءً لم يعط الحق في الإستئناف في الحكم المشتغل على التفرقة، لكنه أعطى هذا الحق في الجوانب المادية والتي في مقدماتها التعويض.
- منع الزوجين من الإستئناف ليس حجب لحق بل تأكيد له، كون القضايا الشخصية هي وحدها من أعطاه المشرع الجزائري هذه الميزة، وهو وقت كافٍ لتدارك أنفسهما والعدول على الفك.

الفرع الخامس/ رقابة القاضي على الإتفاق بين الزوجين ومراعاة حقوق الأولاد

من صلاحيات القاضي مراقبة مدى إحترام الزوجين للنظام العام أثناء إتفاقهما على الخلع بصفة عامة، لأن الإتفاق الذي سبق الإشارة إليه في فترة لم يتم صدور الحكم ولم يصبح هناك سند تنفيذي لذلك، وعليه فالقاضي في هذه الحالة ملزم إذ أنه لا بد من وجوب التأكد من عدم مساس الإتفاق بحقوق الأولاد، كون المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه النقطة ولا في مرحلة الصلح،¹ ولكن نص على ذلك في الأحكام الإجرائية التي تنص على وجوب النظر في الإتفاقات التي تخالف النظام العام، وعليه فإن جوهر مهمة القاضي في هذه الحالة هو معرفة مدى مطابقة الحكم لقواعد العدالة والانصاف.²

وهنا يرى المشرع الجزائري أنه لا بد للقاضي البحث في الشروط التي وضعها الزوجان ومطابقتها للقانون، وجعل الحقوق المتعلقة بالأولاد أمراً لا يسمح أبداً بالإتفاق بينهما عليها،³ وبالتالي الهدف منه تقييد حرية الزوجان في الأمور التي تمس بحرية الغير وفي مقدمته الأولاد كي لا يتأثروا بتبعات تلك الفرقة.

1 بن هبيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص143.

2 المرجع نفسه، ص143

3 تعتبر هذه النقطة مسايرة للتشريع الإسلامي ومستوحاة من الحديث النبوي الشريف الذي قال فيه ﷺ: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست من كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل أو كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق). أنظر: العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، 1423هـ، ص 444، وقوله ﷺ أيضاً: (المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً). المرجع نفسه، ص446.

المبحث الثاني

موقف التشريع المغربي من الخلع وأحكامه

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى أحكام الخلع وفق مدونة الأسرة المغربية، كون المشرع المغربي قد تناول الخلع وخصص له أكثر من مادة، وبالتالي فإنه بذلك يكون قد فصل أكثر من المشرع الجزائري في الخلع وأحكامه، وعليه فإنه كان يجدر بنا تناول الخلع في التشريعين المغربي والتونسي إلزاماً بمنهج الدراسة المتبع، إلا أنه وكما نعلم أن المشرع التونسي لم يتناول الخلع ولم يعترف به أصلاً، وهو ما يحتم علينا تناول التشريع المغربي وحده خاصة في هذا المبحث، وسنحاول التطرق لمفهوم الخلع في التشريع المغربي في مطلب أول، والإجراءات التي تضمنتها المدونة في مطلب ثاني.

المطلب الأول

موقف التشريع المغربي من الخلع مفهوماً

أخذ المشرع الجزائري من الخلع هو الآخر على غرار المشرع الجزائري لكنه خصص له أكثر من مادة، حيث نصت مدونة الأسرة المغربية على أحكام الخلع في القسم الخامس من الكتاب الثاني في المواد (115) إلى (120) تحت عنوان الخلع،¹ والملاحظ أن المدونة فصلت نوعاً ما في أحكام الخلع وهو ما يضمن تطبيقاً جيداً لهذه المواد وبالتالي تجنب الاختلافات في التعريفات والتطبيق وهي النقاط التي كنا نتوقعها قبل التعديل 2005، وهو ما سنعرضه في هذا المطلب.

1 ظهير شريف رقم (1.04.22) صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل: 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم (70 / 03) بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

الفرع الأول/ تعريف الخلع في التشريع المغربي

فصلت المدونة المغربية في أحكام الخلع تفصيلاً يتماشى مع التشريع الإسلامي، إذ نجد أن المادة (114) نصت على: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تمس بمصالح الأطفال"، إذ نجد المادة (115) " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة (114) أعلاه".¹

وعليه فإنه إذا إتفقا الزوجين على الطلاق بالخلع، فإنهم يثبتوا ذلك بعريضة مكتوبة تقدم للمحكمة المختصة ويرفق به الإذن بتوثيقه، كما يجب على المحكمة الإصلاح بينهما، وفي حالة تعذر عليها ذلك تأذن بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه"

يفهم من خلال صياغة المادة السابقة على أن المشرع المغربي أخذ بالخلع بنفس الطريقة التي أخذ المشرع الجزائري قبل التعديل أي في قانون (11/84) حيث أنه يقوم على ما يلي:

1/ أن الخلع طلاق بالتراضي: أي أن الخلع عبارة عن طريقة لفك الرابطة الزوجية تتم بتراضي الزوجين وإتفاقهما، أي أن المركز القانوني للزوجين في الطلاق الخُلعي يتساوى وفق التشريع المغربي.²

2/ أن يكون الإتفاق بخصوص البذل والخلع معاً: وجوه ذلك أن يكون الخلع مبني على إتفاق بين الزوجين حول البذل أو كل مشتملات الخلع التي يجب الإتفاق عليها

كما أن المشرع المغربي لم ينص على الأحكام الأخرى في الخلع كونه طلاق بالتراضي وبالتالي فإن الأمر متروك للزوجين فلهما أن يتفقا على كل شيء، إلا أن هناك قيود فرضها المشرع على الإتفاق على الطلاق الخُلعي وهي أن يكون الإتفاق لا يلحق ضرراً بأي من الزوجين، سواء

1 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: (70/03) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004.

2 محمد الأزهر، شرح مدونة الأزهر، الطبعة الأولى، مطبعة الرسالة، الدار البيضاء، 2015، ص153.

للزوجين أو على الأولاد، ومن هنا نجد أن المشرع المغربي قد سار على منهج المشرع الإسلامي في قضية عدم جواز الإتفاق على أمور خاصة بحقوق الغير وفي مقدمتهم الأولاد ونقتهم وحضانتهم.

الفرع الثاني/ الأحكام التي يقوم عليها الخلع في التشريع المغربي

ترك المشرع المغربي الباب مفتوحاً أمام الزوجين للإتفاق على الخلع لكن دون المساس ببعض الحقوق كما سبقت الإشارة إليه، على وجه يضمن عدم تحايل الطرفين وهذا من خلال:¹

أولاً/ الأهلية: لم يغفل المشرع المغربي الأهلية في الخلع حيث نجده أشار إلى ذلك في المادة (116) من المدونة حيث نص على ما يلي: (تخالع الراشدة نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي)²، وهنا نفهم أن المشرع المغربي قد سار على منهج المذهب الحنفي في أحكام الخلع والذي يجيز خلع الولي ولكنه لم يضع شروط لذلك مفصلة، وهو ما يفهم أن خلع الولي يقع ولا يلزم ببذل الخلع إلا بإجازة وليها.

ثانياً/ موافقة الزوج: اشترط المشرع المغربي لإيقاع الخلع موافقة الزوج كإجراء ضروري، حيث انه لا بد من إيداع وثيقة الموافقة للمحكمة، وهنا نجد أن الإشكالات المطروحة في المغرب ليست متعلقة بالموافقة بقدر ما هي متعلقة بالتعويض والبدل، إذا نجد أن الأحكام الصادرة في الطلاق الخُلعي تقريباً تشبهه خاصة من حيث التعويض والإشكالات التي يطرحها.³

للإشارة هنا تم انتقاد المشرع المغربي في هذه النقطة ألا وهي شرط موافقة الزوج كون هذا الإجراء يوضع المشرع في خلط بين أحكام الخلع والطلاق بالتراضي، أي أن الخلع في هذه الحالة

1 محمد القرمي: قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص الفقهية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2006، ص118.

2 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: (70/03) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004، المصدر السابق.

3 محمد القرمي: قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص الفقهية، مرجع سابق، ص121.

يوقعنا في إجراء الطلاق بالتراضي، أي أن الطالبة للخلع بإمكانها التطرق إلى الطلاق بالتراضي كونه أسهل من الخلع، لأن فيه مقابل تدفعه الزوجة لزوجها، أي أن الزوجة بإمكانها اللجوء إلى الطلاق بالتراضي إذا أثبتت سببا مقنعاً مثل التشريع الجزائري.

إلا أن المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما أضاف في نفس المادة من المدونة أن الزوجة إذا أثبتت أيضاً تعرضها للإكراه فبإمكانها رفع دعوى منفصلة على الدعوى الأصلية التي قضت بالانفصال عن طريق الخلع، وتحكم المحكمة بحق الزوجة بإرجاع العوض كاملاً، وهو ما يفهم بنص المادة (117) من المدونة¹ بنصها: "للزوجة إسترجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خلْعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها وثيقة الطلاق في جميع الأحوال"، أي أن دعوى الضرر تكون دعوى تبعية بعد الطلاق بالخلع، وهنا المشرع المغربي كفل حق الزوجة في إيقاع الطلاق وإنتاج جميع آثاره لكنه لم يعفي الزوجة من حقها في دعوى أخرى مستقلة يكون الهدف منها إصلاح الأخطاء التي حدثت أثناء الدعوى الأصلية.²

ثالثاً/ بدل الخلع: نص المشرع المغربي أيضاً على بدل الخلع حيث أشار في المادة (118) من نفس القانون،³ على أنه لا بد من أن يكون البديل مما يجوز تملكه وكل ما يصح الإلتزام به وفق مبادئ الإلتزام يصح أن يكون بدل الخلع، أي أن المشرع المغربي لم يتوسع في البديل بل جعل ضابط وهو المشروعية في الإلتزام، دون أن يكون في ذلك غلو أو إضرار بالطرف الآخر، وهنا نذهب إلى النقطة التي تطرقنا فيها إلى التعسف في استعمال الحق التي أشرنا إليها في المبحث السابق، حيث أن هذا الحق معترف به هنا للزوجين معاً، وعلى القاضي أن ينظر في الدعاوى المتعلقة بين الزوجين الخاصة في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجين معاً، حيث تنص

1 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: (70/03) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004، المصدر السابق.

2 محمد القرمي: قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص الفقهية، مرجع سابق، ص122.

3 محمد الشافعي، محاضرات في الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، كلية الحقوق ، مراكش، المغرب، 2007، ص98.

المادة (118): "كل ما صح الإلتزام به شرعاً، صلح أن يكون بدل في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة".

رابعاً/ حفظ حقوق الأولاد في الطلاق الخُلعي: كغيره من التشريعات العربية نص المشرع المغربي على أن الزوجين لهما الحق في الإتفاق على البديل شرط أن لا يكون هناك مساس أو علاقة بحق الأولاد، فهنا شدد المشرع المغربي على أن الأولاد لا يمكن الإتفاق في أمور تتعلق بحقوقهم، سواء النفقة أو الحضانة، واعتبرها من النظام العام بحيث أن كل إتفاق يقع على ذلك يعتبر باطلاً.

وأوجب التشريع المغربي على قاضي الجلسة أن يراعي هذه النقطة السابقة¹، فالحضانة يشيرها القاضي من تلقاء نفسه، وإذا رأى أن الحضانة للأُم فلا يحوز إسناد الحضانة إلى الأُم بدافع العسر بل تبقى الحضانة لها والنفقة على الأب، إلا إذا ثبت ما يسقط الحضانة قانوناً وشرعاً، إلا أن هناك نقطة لا بد للإشارة إليها وهي أن للزوجة الحق في التنازل على نفقة الأولاد من خلال نقطتين:²

1/ جوازاً إذا كان ذلك إتفاقاً بين الزوجين حيث أعطتها المدونة المغربية الحق في ذلك كونها أدرى بحالها.³

2/ وجوباً وهي في حالة تمسك الزوجة بإعسارها وقدمت ما يثبت ذلك للمحكمة المختصة.⁴

1 عادل حميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، الرباط، 2016، ص 534.

2 محمد الشافعي، محاضرات في الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 101.

3 وفقاً للتشريع المغربي فإنه بإمكان الزوجة التي تنازلت عن الحضانة بسبب العسر وعدم القدرة وبعد مدة معينة وبعد صور الحكم أي قد تكون بعد سنوات وتيسرت أمورها كأن توظفت أو ما شابه ذلك فإنه بإمكانها إعادة رفع عوى إسناد حضانة للزوجة بشروط يضعها القانون المغربي، وعلى القاضي أن يستعين بكل الوسائل الثبوتية لإثبات صحة إدعاءات الزوجة، ولم يذكر موافقة الزوج من رفضه. أنظر: المرجع نفسه، ص 101-102-103.

4 أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2006، ص 40.

المطلب الثاني

الأحكام الخاصة بالطلاق الخُلعي

ويقصد في هذه الجزئية الأمور التي تتعلق بالخلع والبدل.

الفرع الأول/ البديل وأحكامه

بمجرد الحكم بالخلع تكون الزوجة هنا ملزمة بإعطاء الزوج البديل المتفق عليه دون حاجة لحكم كون ذلك قد تم النص عليه في الحكم الأصلي وهنا نميز بين حالتين:

أولاً: حالة رشد الزوجة فإنها هي من تقوم بإعطاء البديل لزوجها والقيام بالإجراءات بنفسها.

ثانياً: القاصرة فإنه ينوب عنها وليها الشرعي.¹

هنا يمكن اعتبار أن المشرع المغربي سار على نفس منهج المشرع الجزائري بمنح القاضي سلطات واسعة في تقدير البديل مراعيًا في ذلك أمور عديدة وهي:²

- الحالة المادية للزوجة

- مقدار الصداق

- فترة الزواج

ويختلف التشريع المغربي مع الجزائري أن القاضي في المغرب مقيد بتقرير الخبرة فقط، وليس كما هو مقرر في التشريع الجزائري بكل إجراء يراه القاضي مناسب دون تقييد.

¹ بالنسبة للأمور الأخرى التي تعلقت بحقوق الأولاد فإنه لا بد أن يذكرها القاضي في حكمه إستناداً إلى نص المادة 20 من المدونة الفقرة الأولى: (إذا إتفق الزوجان على مبدأ الخلع وإختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة).

² أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مرجع سابق، ص 42.

وعليه فإن الحكم يكون بعد محاولة الصلح وتقدير البديل كونه قد بحث أثناء محاولات الصلح عن الأسباب المادية للخلع، لكن وبعد التأكد من كل ذلك يحكم القاضي بالخلع تطليقاً وبالتالي يقع بآئناً.

الفرع الثاني/ طبيعة الطلاق الخُلعي في المدونة المغربية

قد أحسن المشرع المغربي صنعاَ عندما فصل في أحكام الطلاق الخُلعي، حيث أنه لم يترك ذلك للإجتهادات القضائية التي تعتبر إنهاكاً للقاضي من جهة وإضافة أعباء جديدة على المحاكم وسيرها من جهة أخرى، حيث أن المشرع أحاط بكل الجوانب التي أثارت إشكالات من قبل، فقد ركز المشرع المغربي على أن الطلاق الخُلعي يقع طلاقاً رجعيّاً إلا المكمل للثلاث، وهي النقطة التي تعتبر نقطة إيجابية جداً حيث أنه لم يغفل المشرع النظرة الصُلحية في الأحكام الشخصية، حيث أنه سار بقاعدة كل الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية هي أحكام رجعية حفاظاً على تماسك الأسرة وبنائها.¹

وهنا نجد أن المشرع المغربي قد أعطى الخلع مكانة هامة في فك الرابطة الزوجية، حيث بإمكان الزوجة اللجوء إلى هذا النوع من الطلاق على وجه يتماشى مع الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يجعلنا نُسلم أن المشرع المغربي قد أخذ من كل بستان زهرة، ولم يأخذ بمذهب معين والهدف من كل ذلك الحفاظ على تماسك الأسرة من جهة، وتخفيف العبء على القضاء من جهة أخرى، هذا ويمكن إجمال آثار الخلع وفق المدونة المغربية ما يلي:²

1- تصبح الفرقة بين الزوجين مطلقة، وهو ما يثير النقاط التالية:

- المراجعة

- الميراث

1 محمد القرمي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص الفقهية، مرجع سابق، ص127.

2 محمد الشافعي، محاضرات في الزواج وانهلاله في مدونة الأسرة، كلية الحقوق ، مرجع سابق، ص114.

- النفقة

- إنقاص عدد الطلقات

2- تلتزم الزوجة بتأدية مقابل الخلع إلا إذا كان هناك إكراه أو إضرار

3- يوجب الخلع العدة على الزوجة المدخول بها.

المطلب الثالث

الأسس الإجرائية الخاصة بالقضايا الخُلعية

سنحاول في هذا المطلب دراسة بعض الأحكام الإجرائية التي تضمنتها مدونة الأسرة المغربية وهذا من الجوانب الأساسية في قضايا الأحوال الشخصية.

الفرع الأول/ الإجراءات الخاصة بالدعوى

لم يغفل المشرع المغربي في المدونة الآليات الواجب إتباعها أمام المحاكم لطلب فك الرابطة الزوجية، إذ نجد أنه نص على ذلك في فصله الثاني من ظهير الهيكل القضائي للمملكة المغربية حيث ينص على: "تتظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة".¹

كما نصت الفقرة الرابعة من الظهير على أنه: "تعقد المحاكم الابتدائية بما فيها المصنفة جلساتها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفصل الخامس بعده، وكذا الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة بمقتضى نصوص خاصة، بقاضي منفرد ويساعده كاتب الضبط، ماعدا الدعاوى العقارية العينية والمختلطة وقضايا الأسرة والميراث، بإستثناء النفقة التي يثبت فيها بحضور ثلاث قضاة بمن فيهم الرئيس ويساعده كاتب الضبط".

1 القانون رقم (15/102)الرامي إلى تعديل المادة (16)من القانون رقم (70/03) بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف ، المرجع السابق.

من هنا نستنتج أن المشرع المغربي قد أعطى الإختصاص في قضايا الأحوال الشخصية لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة الابتدائية،¹ وبالتالي فإن الأمر يتشابه مع المشرع الجزائري، إلا أن المغربي قد حدد أيضاً في قضية إختصاص المحاكم التي تنظر في القضايا الزوجية وآثارها، أي كل ما يتعلق بأمور الزوجية وتعطي القضاة الصلاحيات في ذلك.

وعليه يمكن إجمال إختصاصات المحكمة في:²

- أحكام الوفاة والفقد

- الأحكام الخاصة بالزواج وفسخه

- السماح بالزواج ودراسة الطلبات المقدمة إلى قسم شؤون الأسرة في كل الأمور التي يشترط فيها القانون المغربي الترخيص مثل (الترشيد القضائي، الإذن بالتعدد).

- القيام بالإجراءات الخاصة بالانحلال والزواج

للإشارة فإن المشرع المغربي يقسم التنظيم القضائي إلى قضاء جماعي وآخر فردي، فالأول يفصل في القضايا التي سبق ذكرها، بينما يفصل الثاني في القضايا التي تنتج على الآثار المتعلقة بالطلاق والطلاق الإتفاقي كالخلع وما ينتج عنه من حضانة، نفقة، أجره الحضانة.....

1 عادل حميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مرجع سابق، ص 539.

2 هناك نقطة تنفرد بها الإجراءات أمام قسم شؤون الأسرة وفق المدونة المغربية وهي قضية تنازع الإختصاص خاصة في القضايا التي تكون فيها أمور تتعلق بالخلع وأفرز ذلك لظهور رأيين مختلفين:

الأول: يرى أن الصلاحيات المحددة لقسم شؤون الأسرة لا بد من عدم الدفع بعدم الإختصاص فيها، وفي حالة الدفع فإن ذلك يتم عن طريق عريضة ترفع إلى رئيس المحكمة الذي بدوره يحيلها إلى القسم المختص الأسري الخاص، ويبت فيها كونه وفقاً للقانون الثاني: يرى العكس انه لا يمكن الدفع أبداً بعدم الإختصاص حتى ولو كانت قضية خلع ولها قضايا أخرى تبعية حتى وإن كانت إستعجالية.

وعليه فإن الطبيعة التي تتميز هاته القضايا هي السبب في إعطاء القاضي المنفرد هذه القضايا.¹

الفرع الثاني/ صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في مجال الخلع

أعطى المشرع المغربي صلاحيات واسعة للقاضي في مسألة التعويض سواء تعلق الأمر بالنسبة للزوج في الطلاق التعسفي أو بالنسبة للزوجة في الطلاق الذي يقع بإرادتها كالخلع والتطليق، وعليه فإن القاضي له كافة الصلاحيات في تحديد التعويض الواجب في هذه الحالة.²

إلا أن المشرع المغربي قد خلط بين المعيار الواجب إتخاذه في تحديد الضرر وبين المتعة، لأنها هي المعيار في تحديد التعويض في قضايا الطلاق للزوج والتطليق للزوجة، ولما كان كذلك فإن الخلع يأخذ نفساً الأحكام كون المشرع المغربي يصطلح على الخلع (الطلاق الخُلعي).³

وفي جانب التعسف نجد أن المشرع المغربي قد نص على معيار التعسف في استعمال الحق الذي تمت دراسته وفق التشريع الجزائري، حيث أن المشرع المغربي ساير التشريعات العربية التي تعطي للقاضي الصلاحيات الواسعة في هذا المجال، كون المقصود هو المبالغة من الطرف الذي يطلب فك الرابطة الزوجية وتجاهل كل جهود الإصلاح بين الزوجين،⁴ وبالتالي فالقاضي يقع عليه عبء إثبات الضرر اللاحق بأحد الزوجين في إثبات الضرر وإعطاء الوصف التعسفي في فك الرابطة الزوجية.

1 عادل حميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مرجع سابق، ص 537.

2 إستحدث المشرع المغربي في المدونة إختصاصات جديدة للقاضي المكلف بشؤون الأسرة بإعتبارها مؤسسة القاضي شؤون الأسرة، حيث يعين القاضي بقرار وزاري لمدة ثلاث سنوات، لكن إختصاصاته لها طابع إجرائي مثل الأذن بالزواج، الترخيصات مهما كان نوعها، وهناك أيضا قاضي القصر وله أيضا إختصاصات التي تكون القصر طرفاً فيها أو النزاعات التي تتعلق بحقوق هذه الفئة، انظر: عبد الكريم طالب، التنظيم القضائي المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الثانية، مراكش 2006، ص 85.

3 عادل حميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مرجع سابق، ص 539 - 538.

4 أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مرجع سابق، ص 45.

وقد تطرق المشرع المغربي في مدونة الأسرة إلى أن في حالة طلب الفك عن طريق الخلع أو التطليق قد يتفق الزوجان على تحمل المسؤولية مقاسمة بينهما قبل اللجوء إلى القضاء،¹ وبالتالي يكون المشرع في هذه الحالة أعطى لحرية الزوجين أبعاد أخرى تمتد حتى اتفاقهما على البذل والتعويض على الضرر اللاحق بالزوج نتيجة الخلع، ويعتبر المشرع المغربي الوحيد في التشريعات العربية الذي نص على ذلك ومنه يفهم أن المشرع المغربي أشار في النص على التعويض الإجمالي ما يلي:

- أن التعويض مادام يتم باتفاق مسبق يكون ساهم إلى حد كبير في تعزيز وعود الزوجة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

- أن التعويض الإجمالي مبادر يعتبر المشرع السباق للنص عليها.

- في حالة وجود خطأ من طرف الزوجين فإن القانون لم يغفل ذلك، بل جعله تدليلاً وبالتالي فالإتفاق لا يبطل الإلتزام بل والعكس يزيد نسبة لمسؤولية الملقاة على عاتق الطرف وإضافتها إلى الطرف الآخر.²

- أخذ المشرع المغربي في التعويض على أساس عيوب الإرادة، وركز على الخطأ وإعتبره تقصيراً موجباً للتعويض بشرط أن يكون ذلك بناء على شروط كافية لقيام المسؤولية،³ أي بعبارة أخرى هذا لا بد أن يبحث القاضي في العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.⁴

1 للإشارة فإن المشرع المغربي في مدونة الأسرة قبل التعديل لم ينص على التعويض عن الأضرار التي تلحق بالزوجين أثناء قيام الزوجية، حتى الأضرار التي تنتج عن الفك التعسفي للعلاقة بإستثناء حالة واحدة نصت عليها المدونة وهي إشكالية التعويض في فسخ الخطوبة أو العدول عنها، وعليه فبعد التعديل فقد نص على إمكانية التعويض عن فك الرابطة الزوجية وجعل ذلك من إختصاص المحكمة في تحديد التعويض حسب السلطة التقديرية للقاضي المختص في شؤون الأسرة. أنظر: أمحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مرجع سابق، ص 47.

2 محمد القرمي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص الفقهية، مرجع سابق، ص128.

3 المرجع نفسه، ص128.

4 محمد الشافعي، محاضرات في الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص115.

- أن المشرع المغربي قد أعطى للقاضي الصلاحيات الواسعة للجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية في البحث عن أحكام التعويض عن الضرر وجبره

- إعتد المشرع في الطلاق الخلعي على المسؤولية العقدية كأساس لتحديد التعويض.

الفرع الثالث/ أحكام الصلح في مدونة الأسرة المغربية

ان الملاحظ في التشريع المغربي يجده قد سائر الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد في معالجة أحكام الصلح، ولم يترك نقطة إلا وأشار إليها سواء بالإيجاب أو السلب، فمثلاً نقطة التعدد نجد إن المدونة نصت عليها باعتبارها محطة إهتمام الباحثين وتثير انتقادات كبيرة، إلا أن المشرع قد غلق الباب أمام هذه الانتقادات وضبط هاته المفاهيم على شكل لا يدع الشك في كفاءة الشريعة الإسلامية حول معالجة هذه الأحكام، لكن المشرع لم يهمل الجانب الإداري الشكلي في العلاقة الزوجية حيث إشتراط الجوانب الشكلية في الزواج وآثاره .

وفي موضوع انحلال الرابطة الزوجية نجد أن المدونة أعطتها الأهمية الكافية، حيث وبالنظر إلى خاصية القاعدة المدنية في إنهاء الرابطة الزوجية نجد أن التشريع المغربي يبنى على قاعدتين مهمتين وهما:¹

1/ قاعدة التعسف في إستعمال الحق

2/ مبدأ المسؤولية المدنية

1 المشرع المغربي ربط العلاقة بين القواعد التي يقوم عليها القانون المدني بقواعد مدونة الأسرة في النقاط التالية:

- قضية التعسف في إستعمال الحق
- التعويض على الضرر
- تحديد المسؤولية المدنية والتقصيرية
- التركيز على مبدأ سلطان الإرادة، انظر: عبدالكريم مروان، خصوصية القواعد المدنية في مدونة الأسرة المغربية من خلال الزواج وانحلاله، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، وجدة، 2012/2013 ص64.

وعليه وبغض النظر عن طريقة الفك، فلا بد من إحترام هذين النقطتين وجعلهما معياراً لتحديد الأسس والضوابط التي يحكم بها القاضي المطروح أمامه النزاع (قاضي شؤون الأسرة).

أولاً/ نظرة المشرع المغربي للصلح: يعطي القانون المغربي للصلح مكانة كبيرة في جميع القضايا وهذا يرجع إلى الطابع الذي تتميز به المملكة المغربية منذ عصور قديمة عديدة، حيث أن المغرب على إمتداد التاريخ يعطي أهمية بالغة للمصالحة بين القبائل على حد بعيد، وعليه فإن الدارس للتاريخ المغربي يجد أن الصلح أكثر وجوبي في القبائل المتناحرة وإن الوحيد الذي له سلطة لمباشرة هذا الإجراء هو شيخ القبيلة، سواء مع أفراد قبيلة فيما بينهم، أو مع باقي القبائل الأخرى وعليه سار المشرع المغربي على هذا المنهج المتوارث بجعله الصلح معياراً لفك الخصومات بما فيها قضايا المشاكل الزوجية.

إذ نجد أن المادة (1098) من قانون الإلتزامات تنص على: "الصلح هو عقد يحسم فيه الطرفان نزاع قائم أو محتمل الوقوع، ويكون هذا الحسم بمثابة التنازل أو التعويض"، ومن خلال هذه المادة نجد ان المادة تقوم على ثلاث أسس هي:¹

- لا بد أن يكون هناك نزاع قائم أو محتمل الوقوع.
- وجوبية النية الحسنة لإنهاء النزاع القائم
- تنازل الطرفين على بعض حقوقها لحل هذا النزاع.²

وخصائص عقد الصلح في التشريع المغربي:

- أنه الصلح عقد رضائي لا بد من عنصر الرضائية كركن لقيامه.

1 ظهر 9 رمضان 1331 الموافق ل12 أغسطس 1913، المتضمن قانون الإلتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم لا سيما بالقانون 09-15 الصادر بموجب الظهير رقم: (15.15.1) المؤرخ في: 29 ربيع الآخر الموافق 19 فبراير 2015 الجريدة الرسمية عدد (6344) بتاريخ: 28 جمادي الأولى 1436 الموافق ل 2015/03/19.

2 محمد سلامي، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي المقارن، مجلة القصر، جانفي 2009، العدد الرابع، ص46

- أحكام الصلح غير قابلة للتجزئة
- الصلح إجراء لابد من الشكلية حتى يكون ذو طابع الرسمية
- عدم قابلية أحكام الصلح للطعن إلا بضوابط حددها القانون المدني في دعوى مستقلة يكون جوهرها الطعن في عنصر الإرادة فقط، والتمسك في إشتغالها على عيب من عيوب الإرادة المعروفة.

ثانياً/ شروط الصلح : يشترط المشرع المغربي في الصلح ما يلي:

1/ إعتراف الطرفين المتخاصمين بالصلح أمام الجهة القضائية: إشتراط المشرع المغربي شروط شكلية في الصلح حتى يكون ذو طابع رسمي وفعال، حيث يتعين على المتخاصمين التقدم إلى المحكمة وذكر الصلح أمام القاضي المختص،¹ ويعتبر هذا الإجراء وجوبي ويمكن للشخص الذي تعذر عليه الحضور أن يكلف محامي أو محضر قضائي لتبیین النية في الصلح، وبعد ذلك يثبت الإعتراف في محضر رسمي وتدون عليه جميع المعلومات اللازمة الخاصة بالطرفين.

2/ ضرورة إشهاد القاضي: لابد من أن يكون هناك إشهاد مرفوقاً بمحضر الصلح، و يكون هذا الإشهاد عبارة عن تصديق على محضر الصلح²، وذلك بطلب مكتوب يقدم للقاضي المختص من طرف المتخاصمين ويرفقان المحضر السابق، والهدف من هذا الإجراء حتى يكون الصلح ذو طابع تنفيذي لا يجوز التحرر من الإلتزام ولا بالطعن في المحضر إلا بالتزوير.³

3/ حجية محضر الصلح: بالإضافة إلى ما تم ذكره في الإشهاد، وبعدما أصبح المحضر يكتسي طابع الرسمية فإن ذلك يعني أن القاضي وبعد صدور المحضر من المحكمة المختصة لا يمكنه

1 إدريس الناضوري، الصلح في العمل القضائي، الطلاق نموذجاً، المجلة المغربية، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه والقانون الوضعي، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد الخامس، 2016، ص38.

2 محمد سلامي، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي المقارن، مرجع سابق، ص47

3 أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مرجع سابق، ص 54.

الإعتراض على المحضر إلا ما تعلق بالنظام العام، ويمكن القول أن هذا الصلح أصبح قضائياً ويضع حداً للإجراءات القضائية.

الفرع الرابع/ إجراءات الصلح وكيفية الطعن فيها

أولاً/ كيفية إثارة الصلح: بعد عرض القضية أمام القاضي فإنه ملزم بإثارة الصلح كإجراء وجوبي من تلقاء نفسه، ويتم ذلك عن طرق دعوتها إلى اللجوء إلى ذلك عن طريق التبليغ الشخصي أو بواسطة الموكل في القضية، كما يجوز لأحد الأطراف الإعتراض على الصلح، ولا بد تدوين ذلك في محضر الجلسة، وعليه فإنه إذا رُفعت الجلسة يمكن أيضاً إثارة الصلح في الجلسة الموالية والقاضي هنا ملزم بوضوح حد للدعوى، إلا في حالة واحدة وهي جلسة النطق بالحكم بعدها يسقط الحل في إمكانية الصلح.¹

ثانياً/ المصادقة على أحكام جلسات الصلح: بعد الإجراءات السابقة فإنه لا بد من إضفاء الصيغة الرسمية على إتفاقات الصلح، وعليه فإنه يجب التصديق على هذا المحضر لإثبات ذلك وإحاقه بمحضر الجلسة.

ثالثاً/ آثار عقد الصلح:

1- بانتهاء الصلح فإن المحكمة تستنفذ ولايتها على الدعوى،² و بعد الانتهاء من إجراءات جلسة الصلح فإن ذلك يضع حداً للجلسة من جهة، ولحسم النزاع من جهة أخرى، ولا يجوز أبداً للمحكمة التدخل في المسائل التي تم التصالح فيها.³

1 تعتبر هذه الحالة هي بمثابة التسوية الودية الصلحية بين الزوجين في التشريع المغربي، وعليه وبعد تمام الإجراءات الإدارية لهذه الجلسات فإنه يتم تدوين كل الأقوال في المحاضر وعندما يصدر الحكم يكون الصلح ذو طابع تنفيذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة، انظر: محمد سلام، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص58.

2 تنص المادة (1105): (يترتب على الصلح ان تنقضي نهائياً الحقوق والإدعاءات التي كانت محلاً للمتابعة القضائية).

3 إدريس الناضوري، الصلح في العمل القضائي، الطلاق نموذجاً، مرجع سابق، ص41.

2- الاعتراف بالحقوق التي تم الإتفاق عليها في محاضر الصلح، حيث تعتبر هذه الأخيرة بمثابة إقرار بالملكية .

3- يتم الطعن في أحكام الصلح في حالة عدم إشمال الصلح على ما لم يتم الإتفاق عليه، أو إشماله على خطأ من القاضي في حد ذاته.

خلاصة الفصل

من خلال ما تم التطرق إليه في هذا الفصل، تبين أن التشريعين الجزائري والمغربي قد تباينت في موقفها من حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، فقد إتفقا إلى حد بعيد في تناولهم لأحكام الخلع وأحكامه، في حين لم يعترف المشرع التونسي أصلاً بهذا الحق، فالمشرع الجزائري والمغربي قد جعلاً من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية معياراً لمعالجة أحكام الخلع.

فالمشرع الجزائري تناول الخلع في مادة واحدة فقط تتكون من فقرتين، تناول في الأولى حق الزوجة في اللجوء إلى الخلع دون موافقة الزوج، والثانية تدخل القاضي في حالة عدم الإتفاق بين الزوجين حول البذل، ولم يفصل في الأمور الأخرى الأمر الذي يحيلنا إلى المادة (222) من قانون الأسرة وبالتالي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

أما المشرع المغربي فقد كان أكثر تفصيلاً في قضية الخلع، حيث فصل فيه وتناوله في أكثر من مادة أي في ستة مواد، ونظم من خلالها الطلاق الخُلعي ونظمه ويكون بذلك قد فصل في الخلع أكثر من المشرع الجزائري، وعموماً فإن التشريعين المغربي والجزائري قد أحسنا صنعا عندما جعل القضاء هو المشرف الوحيد على مباشرة هذا الحق، وعدم السماح بأن يؤثر هذا الحق في الأولاد والمساس بحقوقهم، و في حالة عدم الإتفاق عل مقدار البذل فالقضاء هو من يتدخل لتحديد المقدار الذي يرضي الطرفين، وترجمة ذلك على أرض الواقع هو قلة الإجتهاادات القضائية في هذا النوع من التفرقة كون القوانين تناولتها بصورة واضحة رسمت الطريق أمام القضاة وسهلتها لهم.

الباب الثاني

حق الزوجة في اللجوء إلى التفريق القضائي عن طريق التطلاق

يختلف التطلاق عن الخلع من حيث الأسباب ويتفق معه كونه حق من حقوق الزوجة التي منحها لها الشارع الحكيم وسار على ذلك التشريعات الوضعية التي من بينها التشريع الجزائري إذ كان هو الآخر السباق في الإعتراف بهذا الحق، ولم يهمله التشريع الجزائري سنة 1984¹⁵ ولا في سنة 2005² أي تاريخ تعديل قانون الأسرة، لكن هناك بعض الاختلاف الحاصل بين التشريع الجزائري والتشريعات الوضعية الأخرى محل الدراسة (المغربي - التونسي).

وقد تناولنا هذا الباب في فصلين، خصصنا الأول للتطلاق للعيوب ولإخلال الزوج بواجباته تجاه زوجته وبيت الزوجية، وتم التطرق في الفصل إلى التطلاق للعيوب كسبب مثبت لحق الزوجة في طلب التطلاق، بالإضافة إلى التطلاق بسبب التعدد وعدم الإنفاق، والسبب في تخصيص الفصل الأول لهذه العناصر الثلاث، كونها نقاط مهمة جداً في التطلاق، كما تم التطرق في الفصل الثاني إلى باقي الأسباب الأخرى المجيزة للتطلاق، حيث تم التطرق في الفصل الثاني إلى التطلاق بسبب الشقاق والجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة، بالإضافة إلى مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج والضرر المعتبر شرعاً، كما تم دراسة التطلاق للغياب والهجر في المضجع والغياب لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة.

1 القانون رقم: (84-11) المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المصدر السابق.

2 الأمر رقم (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 27 فبراير 2005، المصدر السابق.

الفصل الأول

التطليق للعيوب والتعدد ولعدم الإنفاق

سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى نوعين من الأسباب المثبتة لحق الزوجة في طلب التطليق الأولى أسباب خلقية أي ليست بإرادة الزوج ولا بإختياره، وسنقوم بدراستها من الجانب الشرعي وكيف شرحها فقهاء المذاهب الأربعة ومدى إعتبارها مجيزة للتطليق، بالإضافة إلى المعايير التي أخذ بها كل مذهب على حدى، أما الأسباب الثانية فهي التي تكون بفعل الزوج كإمتناعه عن القيام بالتزاماته الزوجية، الأمر الذي يترتب عليه إعطاء الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية، وفي مقدمة هذه الأسباب نجد سببين رئيسيين هما: قيام الزوج بالزواج بأكثر من زوجة مخالفاً الأحكام التي تضبط هذا الحق وتنظمه، أو إخلال الزوج بواجب النفقة.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم الفصل إلى مبحثين، الأول تم عرض العيوب وتعريفها، وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها، وكيف أخذت التشريعات العربية محل الدراسة بهذه العيوب، وطرق معالجتها ومدى مسابقة الاجتهادات القضائية لهذه الأحكام، أما المبحث الثاني فقد تم عرض التعدد كسبب مجيز للتطليق إذا تم هذا الحق المعترف به للزوج خارج الأطر والأحكام التي كرستها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وبعدها تم التطرق إلى مسألة إهمال النفقة من طرف الزوج، كونها تتعلق بحقوق الزوجة والأولاد، ويترتب عليها إلحاق الضرر بهما.

وعموماً فقد تقسيم الفصل إلى:

مبحث أول: التطليق بسبب العيوب.

مبحث ثاني: التطليق بسبب التعدد وعدم الإنفاق

المبحث الأول

التطبيق للعيوب

تعتبر العيوب من بين الأسباب التي أصبحت تطرح بكثرة، كونها تتعدد وتختلف من شخص لآخر، وعليه سنحاول في هذا المبحث دراسة العيوب من خلال مفهومها وموقف الفقهاء من مسألة التطبيق للعيوب، بالإضافة إلى موقف التشريعات العربية (الجزائري، المغربي، التونسي) من هذه النقطة، ومدى إقرار التشريعات الوضعية بهذا الحق للزوجة في طلب التفريق القضائي وكيف تم ضبطه وتنظيمه، وعلى هذا الأساس تم تقسيم المبحث إلى ما يلي :

مطلب أول: ماهية العيوب

مطلب ثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية العيوب

مطلب ثالث: أنواع العيوب وتقسيماتها

مطلب رابع: موقف التشريعات الوضعية من التطبيق للعيوب

المطلب الأول

ماهية العيوب

سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى تعريف العيوب لغة وإصطلاحاً.

الفرع الأول/ تعريف العيب

أولاً/ لغة

معابة،¹ معيبة،² إذا صار عيباً،³ وصار معاباً من العيب،⁴ العيب في اللغة هي الوصمة، ومنه يقال عاب الشيء إذا كان به شيء مشين، ومنه قوله **عَلَّامٌ** : **﴿فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾**⁵، أي أشينها.⁶

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

2 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، سوريا، ص 300

3 أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الأول، الجزء العاشر، بيروت، ص 3185

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

وقد يأتي بمعنى الرداءة والنقيصة والمذمة والعورة، ويعني أن العيب هو كل ما يلحق بالنفس الإشمئزاز .

ثانياً/ إصطلاحاً

أ- عند الشافعية: يعرف فقهاء الشافعية العيب على أنه هو ما يمنع به الوطء.¹

ويرى الإمام الشافعي أن العيوب يقصد بها ما يخاف أنها ناقله للعدوى، بين الأجيال ومضرة بنسل الزوج.

ويضيف الإمام الشافعي أن العيب هو ما يمنع الإستمتاع من الزوجية سواء أكان العيب من الزوج أو الزوجين معاً، وسواء أكانت عيوب خلقية أو خُلقية، ويكون هذا العيب مانع يقف دون تحقيق هدف أو أهداف التي شرع من أجلها الزواج، ويحدث ذلك العيب نفرة أو إشمئزاز من أحد الزوجين نحو الآخر.

ب- عند الحنفية: يعرف الحنفية العيب على أنه كل ما لم يذكر في العقد أو طراً عليه، وبالتالي فحسب الحنفية أن العيب هو ما طراً على الزوج دون الزوجة مما لم يذكر في العقد

عليه فالحنفية يركزون على العقد كأساس لتحديد معنى العقد خاصة العيوب التي تمنع الوطء.

ج- عند الحنابلة: يتفق الحنفية مع الحنابلة في مسألة الوطء كأساس لتحديد درجة العيب، كون العيوب الأخرى كلها تعتبر غير مؤثرة على العقد مهما كانت مرحلته، وعليه فالعيب عندهم إذا كان يقع عائق أمام تحقيق أهداف الزواج فإنه يعتبر عيب مثبت للتطبيق عند الحنابلة، والمقصود بأهداف التي ذكرها الحنابلة التي ذكرتها الآية الكريمة في قوله ﷻ : ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾.²

5. سورة الكهف، الآية (79)

6 عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير النفسي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، تحقيق: سيد زكريا، مكتبة نزار مصطفى الباز المجلد الأول، ص 648.

1 أبو الحسن علي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، الجزء العاشر، الكتب العلمية، 1993، ص 380.

2 سورة الروم، الآية (21).

وبالتالي فإن العيب ما يمس بسكينة الحياة الزوجية والمودة والرحمة والتنازل وغيرها من الأهداف الزوجية.

د- عند المالكية: يرى المالكية أن العيب ما كان يمنع الوطء سواء أكان حسياً أو معنوياً، وهنا لم يحدد المالكية نوعاً معيناً من العيوب وبالتالي فكل العيوب الجنسية معتبرة عيوباً عندهم سواء من جهة الزوجين أو كلاهما⁶، وتكون هذه العيوب مانعة لتحقيق الأهداف التي شرع من أجلها الزواج. **ملاحظات حول العيب في المذاهب الأربعة**: من خلال ما سبق سرده من أراء فقهاء المذاهب الأربعة حول تعريف العيوب فإن الفقهاء إتفقوا في نقطة واحدة ألا وهي أن العيب ما كان يحول دون تحقيق الأهداف التي شرع الله من أجلها الزواج ويمكن إجمال العيوب:

- العيوب الجسدية
- العيوب الخلقية
- العيوب الخُلُقِيَّة
- العيوب النفسية

وسيتم التطرق إلى هاته العيوب بالتفصيل.

الفرع الثاني/ أنواع العيوب وموقف الفقهاء منها

سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى أنواع العيوب المثبتة للتطبيق عند فقهاء الشريعة الإسلامية، سواء أكانت تلك العيوب مشتركة بين الزوجين أو لأحدهما .

1-الجذام/ لغة: هو الجذم جمع أجدام، ويقال عند العرب جذم فلان الشجرة أي أسقطها وقطعها.²⁷

الإصطلاح/ فهو مرض يصيب العضو الذكري للإنسان حيث يصيبه بالإحمرار والتناثر وهو مرض خطير وغير معدي.³

1 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص261.

2 ابن منظر، لسان العرب، مرجع سابق، 111/05

3 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 253.

رأي الفقهاء في التطليق للجدام: إنقسم الفقهاء إلى قولين:

الأول: يرى أصحاب هذا القول أن الجدام من العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق القضائي كونه يتعارض مع الهدف الأسمى للزواج، وعليه فمتى ثبت للقاضي إصابة الزوج بمرض الجدام وجب عليه قبول طلب الزوجة الطالبة للتفريق وفرق بينهما، وعلى هذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة.¹

ودليلهم في ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ﴿لا عدوى ولا ظيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم كفرارك من الأسد﴾.²

وفي حديث آخر الذي رواه المرشد بن السويد الثقفي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما علم في البيعة أن رجلاً في الوفود مصاب بالجدام فأرسل إليه وقال له: (أن قد بايعناك فأرجع).³

وقد إستدل أصحاب هذا الرأي أيضاً بخطابه صلى الله عليه وسلم، أنه من تزوج زوجة وفيه جدام أعطاه صداقها كاملاً، وإذا كانت عالمة به قبل الزواج ولم يذكر العيب، أي أخفاه وقت العقد، فإنه يغرم ويوجب عليه القاضي الغرامة عقوبة له على ذلك، وعليه يفهم من خلال الآراء السابقة أنه لا زواج لكل من:

- الجدام

- البرص

- الجنون

وقد إستدل القائلين بأن الجدام مرض مجيز للتطليق لأسباب هي:

أن مرض الجدام تعيفه النفس السوية، ويؤدي إلى تتافر النفوس بين الزوجين حتماً ويقف عائقاً أمام الإستمتاع الذي تبنى عليه الزوجية، وبالتالي فما دام كذلك فإنه يستحيل تصور قيام المعاشرة الزوجية لمصاب بالجدام.

1 الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 278.

2 أخرجه البخاري، باب الطب، حديث رقم 5707

3 موطأ الإمام مالك، كتاب النكاح، باب الأمراض، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 625

أن مرض الجذام في العلم الحديث يصنف من الأمراض المعدية وبالتالي فإن البقاء مع المصاب هو خطر كبير على الغير مصاب، ويحتمل أيضاً إصابة النسل فيما بعد والعدوى.

الرأي الثاني: يرى الحنفية أن الإصابة بمرض الجذام لا يعني إعطاء الحق للزوجة في طلب الفك كون ذلك يمكن معالجته وعليه فإن الحياة الزوجية لا يمكن التفريق فيها بمجرد مرض طارئ .

ودليلهم أن المعاشرة الزوجية لا تعيبها الإصابة بمرض الجذام، باعتبار أنه لا يحرم الوطء، وعليه فإن الزواج من جذوم ليس حرماناً للزوجة من حقها في المعاشرة الزوجية والإستمتاع أيضاً، ويعاب على هذا الرأي أنه حصر الجذام في مدى تحقيقه لهدف واحد فقط وهو الوطء، وكأن الزواج مرتبط بالوطء فقط.

2- الجنون/ لغة: جنت المرأة إذا هي غطته وسترته.¹

ويقال جنون بمعنى ستر والخفية

إصطلاحاً: فهو المرض الذي يبقى على القوة العضلية ويحجب العقلية.

رأي الفقهاء في التفريق للجنون: إنقسم الفقهاء إلى رأيين منهم من أجاز للمرأة الطلب التفريق بسبب الجنون ومنهم من رأى العكس من ذلك، وسنعرض الرأيين في ما يلي:

رأي أول: ذهب الجمهور أن الجنون يثبت حق المرأة في طلب الفرقة عند القاضي، حيث يجوز التفريق بينهما متى طلبت الزوجة ذلك.²

ودليلهم في ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب أن النبي ﷺ قال: «أما رجل تزوج بامرأة مجنونة أو بها جذام، أو برص، فمسها لها صداقاً كاملاً».³

والدليل الثاني أن الحديث الذي رواه ابن عباس: (أربع لا يجوز في بيع ولا نكاح، المجنونة والمجنومة والبرصاء والغلاء).⁴

1 شرح الخرشي، مرجع سابق، 238/3، المغني لابن قدامة 201/2

2 جواهر الإكليل، 299/1

3 سبق تخريجه

4 صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، الأردن، دار الثقافة العربية الطبعة الأولى، 2012، ص 92.

هنا يرى الفقهاء أن الجنون من الأمراض الموجبة للتطليق، وعليه فإن الوجوب مقترن بإستحالة بقاء الزوجية قائمة مع شخص مصاب بالجنون، وعليه فالتفريق بسبب مرض الجنون ثابت عند الجمهور، وذلك كونه لا يمكن تصور حياة تهدف إلى تحقيق الغاية الأسمى من الزواج والجنون قائم، فهذا الأخير يعتبر عائقاً أمام السكينة والطمأنينة والمودة والرحمة والإستمتاع أيضاً فكل هاته الأهداف لا تتحقق مع الجنون، وبالتالي لابد من إعطاء الحق للزوجة الطالبة للفرقة بسبب الجنون.

رأي ثاني: يرى الحنفية أن الجنون لا يثبت حق الزوجة في المطالبة بالتفريق وهو رأي إنفرد به الإمام، حيث يرى أن هناك بعض العيوب التي لا تمس بمقصد الزواج وهو الحفاظ على النسل مادام لا يعيق إنجاب التناسل، معنى هذا لا يعيق الوطء، ومادام كذلك فإنه لا يثبت الحق في التطليق.

3- البرص/أ/ لغة: يقال برص الجدار إذا أصبح به علامات.

ب/إصطلاحاً/ هو مرض يصيب الجلد، ويعتبر من الأمراض الجلدية، وهو من الأمراض المزمنة كونه يتعلق بعمل الخلايا أي أنه يعني توقف الخلايا عن العمل، وبالتالي فإن مرض البرص هو مرض جلدي مزمن خارجي.¹⁸

ج/موقف الفقهاء من التفريق للإصابة بمرض البرص: إختلف الفقهاء حول مدى إعتبار البرص مثبت لحق الزوجة في التطليق أم لا، وسنعرض الآراء من خلال ما يلي:

رأي أول: يرى جمهور الفقهاء أن البرص يثبت به التفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة²، كونه مرض مزمن ، ودليلهم في ذلك ما رواه كعب بن عجرة بأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها رأى بكشها بياضاً فقال لها: (إبسي ثيابك وألحي بأهلك).³

1صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 103.

2أخرجه الإمام أحمد في مسنده، 425/25

3البيهقي السنن الكبرى، كتاب العيوب، الجزء السابع، ص215

وعليه فهذا إقرار منه ﷺ باعتبار البرص مثبت للتفريق، ووجه الاستدلال في هذا أن البرص من الأمراض التي تعافها النفس السوية.

رأي ثاني: يرى الحنفية أن البرص لا ثبت به التفريق بين الزوجين كونه لا يمس الوطاء ولا التناسل ولا الإستمتاع ولا المودة ولا الرحمة، وبالتالي فلا يجب إعتباره مجيزاً للتفريق، وهنا يضيف الحنفية أنه يجب التفريق بين العلم فقد من عدمه، فإذا كانت عنصر العلم قائم فهذا يسقط الحق في طلب التفريق نهائياً، أما إذا لا يعلم بالمرض فإنه مخير بين التفريق والبقاء.¹

للإشارة فإن الحنفية ذهبوا إلى أن البرص غير معدي ويحقق العشرة الزوجية على أتم وجه، ولا يشكل عائقاً أمام الإستمتاع.

4- العقم: يعتبر من الأمراض التي إنتشرت بكثرة في وقتنا الحالي، وأصبح مشكل الإنجاب يطرح في كل بلد وفي كل الأوقات، منه من يعالج ومنه من لا يرجى شفاؤه، وحتى الشفاء فإنه نسبي فقط، كونه يختلف باختلاف الأشخاص، وعليه فإنه لا محالة إعتبار العقم من الأمراض القديمة التي طرحت منذ القدم، كونه يتعارض مع أهم مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الكبرى ألا وهو حفظ النسل.

وعليه فالعقم من بين الأسباب المؤدية إلى طلب التفريق بين الزوجين وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عليه والقاضي شريح²، ويستدل على ذلك أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السعاية، فتزوج امرأة وكان عقيماً، فقال له عمر رضي الله عنه: أعلمتها أنك عقيم؟ قال لا فقال له: إنطلق فأعلمها ثم خيرها³، ودليلهم في ذلك أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث أحد السعاية، فأتاه وقال له: تزوجت امرأة، فقال له عمر: أخبرتها أنك عقيم لا يلد لك، فقال له عمر: أخبرها وخيرها، وفي رواية أخرى خيرها فإنه من حقها مفارقتك لعقمك.

1 عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 64

2 أبي بكر عبد الرزاق بن هشام الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، كتاب النكاح، باب العقم، ص 388

3 عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 671.

القسم الأول: يرى لأنصار هذا الرأي بعد جواز التفريق للعقم كونه لا يحب وهو قول المالكية والحنابلة ، لأن العقم لا يعتبر عيب تناسلي أصلاً ولا من الأمراض الجنسية، لأن جوهر المعاشرة الجنسية هو الوطء، وبالتالي فليس من العيوب المجيزة للتطليق في شيء، ولا يجول دون تحقيق الاستمتاع والود، وعليه فإن العقم لا يمس بالحقوق التالية لزوجين:

- أنه لا يمس بالوطء
- أنه يحقق الإستمتاع
- أن الإنجاب من الله تعالى فقد تمر سنوات ويثمر الزواج
- لا يمس بالود بين الزوجين
- أنه يحقق الجماع بشكل عادي

وكلها نقاط تجعل عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب العقم، لأنه يختلف المرض من زوج لآخر سواء ما كان يرجى شفاؤه أم العكس، ومن بين الفقهاء القائلين بعدم جواز التفريق هو مذهب أبو حزم الظاهري الذي أجاز هو الآخر بعدم جواز التفريق بسبب العقم كونه يختلف عن الأمراض الأخرى، ويحقق ما لم يتحقق فيها.

أما الإمام أحمد بن حنبل فيرى أنه على الزوج إخبار زوجته بعقمه إذا كان عالماً بذلك قبل الزواج بها، حتى تكون الزوجة على بينة، وتقرر القبول من عدمه، لإختلاف النساء فمنهم من تقبل الزواج بعقيم ومنهم من ترفض ذلك، أي غير حريصة على الإنجاب فليس كل الناس سواء ويرغبون في الإنجاب والتناسل.¹

أما الإمام الشافعي فإن الزوجة إذا علمها زوجها قبل الدخول بعقمه واختارت الدخول فليس لها الخيار فيما بعد بالفرقة، أما إذا علمها قبل الزواج ولم يكن الزوج يعلمه أيضاً ففي هذه الحالة أيضاً لا تملك خيار الفرقة لأن الزوج ليس بيده شيء.²

1 المغني 59.60/10

2 صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص135

أما ابن قدامة فيرى أنه لا يعد تثبيت الخيار للزوجة بالعقم كونه لا يعتبر من الأمراض التي تتعارض مع الزواج وأهدافه عكس الإمام الحسن الذي رأى نفس رأي الحنفية وهو الخيار البقاء أو الفرقة عسى أن تكون الزوجة ترغب في الولادة، أما فسخ الزواج فلا يثبت لها ذلك.

ويرى الإمام الخرشي أن العيوب التي يجب ذكرها من قبيل العيوب التي تجيز الفرقة هي الخصي المقطوع الأثنين وقيدته في كتابه (الجواهر) لأن الخيار في هذه الحالة إذا لم تكتمل اللذة بين الزوجين وليس لعدم الوطء، ولذلك لا ترد العقيم.¹

ومعنى ذلك فإن خيار الزوجة في هذه الحالة إذا وجدت له خصي الذي هو مبتور الخصية وبالتالي لا يتحقق معه الجماع كون هذا الأخير لا يمكن الإستمتاع به إلا بالإنزال، وعليه فإن هذه النقطة تثبت الحق في الفسخ، ووجه الإستدلال ما يلي:

* أن العيوب المثبتة للتطليق هي المانعة للوطء وتمنع اللذة، وبالتالي فإنه إذا أقر القاضي التفريق للعقم فإنه لا بد من التأكد من أمور في الزوجة، كان تكون الزوجة أصلاً بالغة لسن اليأس فهو وبالتالي فيستحيل معها الإنجاب، فإن طلب التفريق بسبب الإنجاب فيه نوع من التحايل على القاضي، وأن سد الباب في ذلك هو عدم التلاعب بالحياة الزوجية وإحترام قدسيتها في كل الأحوال.

- أن العقم ليس أمر قطعي كون ذلك من علم الغيب عند الله تعالى فقد لا ينبج في الصغر وينجب في الكبر.

القسم الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن التفريق للعقم يتم ثبوته للزوجة دون الزوج، حيث أنه إذا إكتشف الزوج عقم زوجته بعد الزواج لا يملك خيار الفرقة عكس الزوجة التي لها الحق في ذلك لكن هذا الحق لا يعتبر مطلقاً بل مقيد بمجموعة من القيود ألا وهي:

1 جواهر الإكليل، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 346.

- أن لا تكون الزوجة أما: حتى من غير زوجها لأن الزوجة إذا كانت منجبة للأولاد فقد حققت غايتها في الإنجاب، وبالتالي فإن وجود الولد في حياتها يسقط حقها في التفريق بسبب العقم طالما تحققت لها ما تطمح إليه وهو الأمومة، وزوال السبب يعتبر زوال الحق.

- أن يكون هذا العقم ثابت لا ريب فيه، أي التأكد من التحاليل الحديثة والتقارير الطبية

- أن يمر على الزواج أكثر من خمس سنوات الأمر الذي لا يدع شك في مرض الزوج، حتى لا تتهم الزوجة أنها سيئة النية وأنها صبرت كثيراً على ذلك.¹

ويبرر الدكتور "عبد الكريم زيدان" موقفه في هذا الرأي وهو أن الزوج أحل الله له الزواج بأربعة عكس الزوجة، وبالتالي فإن هذه الإباحة هي بمثابة قيد بعدم ثبوت حقه في طلب التفريق للعقم، ولا يسقط هذا المنع إلا إذا كان هناك مبرر يعتبره الفقهاء مبرراً مقبولاً شرعاً للسماح له، عكس الزوجة التي يصيبها الإحباط والخيبة إذا وجدت زوجها عقيماً ولم يعطي لها الحق في الفسخ.²

5- مرض الزهري: يعرف مرض الزهري على أنه مرض عدوى بكتيرية عادة تنتشر بالإتصال الجنسي ويؤثر على الأعضاء التناسلية أو المستقيم أو الفم، ويرى الطب الحديث أنه مرض معدي، يمكن أن ينتقل من الأم إلى الأولاد وذلك بالأسباب التالية:

- الجماع، ويعتبر ناقلاً جيد لهذا المرض، لكن الإمام مالك يعتبر الجماع ملغى من كلمة ناقل.³

- القبلات، تعتبر في المرحلة الثانية بعد الجماع

- الإختلاط بصفة عامة في المواد المستعملة في الحياة اليومية مثل أدوات لحلاقة الأكل

1 عبد الباقي بدوي التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 6، لسنة 2016، ص 707

2 عبد الكريم زيدان ، المفضل في أحكام المرأة، مرجع سابق، ج 8، ص 437.

3 سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى في شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، لبنان، بيروت دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1999، ص 33.

أ:مراحل المرض: يعتبر مرض الزهري من الأمراض التي تتطور من مرحلة إلى أخرى، وبطرق مختلفة حيث بعد التمتع يبدأ بإختراق الجسم بأكمله ليصيب الأنسجة، وبعدها بخدوش تظهر ذلك في البشرة، بشكل كبير وبالتالي فإن مرض الزهري يمر بثلاث مراحل وهي:

1-المرحلة الأولى: وهي مرحلة التصلب و التي يظهر فيها قرح ناتج عن تفاعل الأنسجة الشاحنة في الجسم.

2-المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي تظهر العلامات في الجسم ظهوراً تاماً، وهذا بعد تمكن المرض من الجسم، ويكون قد تموقع أكثر في الخلايا الحساسة و يعتبر في هذه الحالة قد إنتشر بالملايين في الجسم بأكمله، وهي مرحلة خطيرة في كونها تصيب العدوى بأعراض الآلام المستمرة بالنسبة للعظام والصداع الكلي والنصفي.

3-المرحلة الثالثة: بعد تمكن اللوبيات من الجلد وبعض الخلايا فإنها تبدأ بالتغلغل داخل الجسم شيئاً فشيئاً، حيث يتحول المرض من مرض سطحي إلى مرض داخلي يعيش في الخلايا الداخلية للجسم الأمر الذي يعتبر خطير جداً، وتعتبر هذه المرحلة مرحلة طويلة جداً قد تفوق 20 سنة وتؤدي إلى هلاك المصاب، بسبب عدم قدرة الجسم على تحمل تلك الخلايا الأجنبية عليه.

الأعراض: تؤدي هذه المرحلة إلى أمراض خطيرة وهي العمى أحياناً أو الإنكسار للأنف مثلاً أو فقد الإحساس بالأشياء.

حدوث الإلتهابات المتكررة وهي مرحلة أيضاً جد خطيرة تؤدي إلى إلتهابات خطيرة في الجسم (الشرايين) وبالتالي يشكل ذلك عائقاً على الدورة الدموية للإنسان بسبب ضيق الأوعية الدموية ويمكن أن تصل أحياناً للغلق النهائي للأوعية وتمس أعضاء حساسة في الجسم مثل القلب الكليتين، الدماغ،¹ وكلها أعضاء حساسة في جسم الإنسان الأمر الذي يشكل أكبر خطر على

1 عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية، العددان

18/17، لسنة 2015/2014 مجلة الإحياء، ص46

أعضاء الجسم، وحدث آلام حادة جداً وتمنع صاحبها من النوم ليلاً ونهاراً وتولد إلتهابات متكررة في الأعضاء وتؤدي بصاحبها إلى الوفاة فوراً، وتعتبر هذه المرحلة تمكن المرض الكلي للجسم.

4-المرحلة الأخيرة: تعتبر المرحلة الأخيرة هذه هي إمتداد للمرحلة الثالثة إذ تبقى مستمرة حتى الوفاة أو الشلل العام .

الأعراض:

أ/الإنحلال: حيث يطال الإنحلال النخاع الشوكي وبالتالي يصيب النخاع ويؤثر على الجسم بعدة طرق أهمها:¹

- فقدان الحركة وانتظامها

- التأثير على عضلات الجسم الرئيسية مثل الركبة، تشنج العضلات وتصلبها، وتعتبر مرحلة جد خطيرة كونها تبعث هذه التأثيرات ترجمة على أعضاء الجسم.² كما يؤثر ذلك أيضاً على المفاصل، عندما يطال الإنكماش الحدي وينعدم صعود الركبة وبالتالي تظل مصابة بالشلل.

ب/الشلل: ويعتبر هذا الشلل العام أو الهذيان الشللي من التأثيرات الخطيرة، ويترجم ذلك في الإنحلال الحاصل في النخاع الشوكي وذلك بإصابة المناطق السفلية من جسم الإنسان، ويصيب أيضاً قشرة الدماغ، ويؤدي ذلك إلى إسترخاء الدماغ، كما يفضي أيضاً إلى جمود السلوك ويمكن أن يؤدي بصاحبه إلى الجنون وعادة ما يصاب صاحبه بفقدان الكلام أيضاً.⁹³

1 منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون غزة، 2008/2009، ص 13

2 المرجع نفسه، ص 15

3 ومادام الفقهاء قد تطرقوا إلى الأمراض بشيء من التفصيل فإن الزهري يأخذ نفس الأحكام عند الفقهاء مع الزهري كونه مرض تجتمع فيه الموصافات المذكورة آنفاً، خاصة عدم جدوى العلاج إذ يرى "حسن الجوالي": (أنه إذا كان جواز الفسخ قد ورد بالنص في جذام أحد الزوجين أو برصهما، أو أحد الأمراض، وكانت العلة في جواز الفسخ في العدوى بهذين المرضين غير المميتين فيكون جواز الفسخ في هذا المرض المعدي والمميت أولى)، أنظر: حسن بن محمد تقي الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، دار الذخائر، ص 413

ج/أثر هذا المرض على التناسل: كما سبق وأن تم التطرق في المقدمة أن هذا المرض يعتبر من الأمراض المعدية والتي تنتقل من الأم إلى الأبناء خاصة في فترة الحمل عن طريق الدم، وبالتالي يتم نقل المرض إلى الجنين عن طريق الأم ويؤدي إلى الإصابة ب:

- إمكانية إجهاض الأم

- الولادة المتكررة التي تعتبر قبل وقتها

- وهي أخطر المراحل هي ولادة المولود وإصابتها بمرض الزهري أي تظهر عليه جلياً أعراض هذا المرض وتظهر من خلال:

- أعراض على الجلد

- نشق العينان

- إنتفاخ الكبد

- الإستنشاق بشكل غير طبيعي

- آثار على الأظفار

وقد يحدث الزهري عند الطفل لكن بعد وقت متأخر عند الولادة، أي أنه لا يولد بها بل يحملها مع الوقت، وبالتالي ففي هذه الحالة يسمى (الزهري الخطير)، وبعد مدة أربع سنوات تظهر الأعراض الحقيقية لمرض الزهري عند الطفل، لكنها تظهر بطريقة مخيفة كونها تكون مثل إلتهابات كما تظهر أعراض التأخر في الزهري أنه يحدث في ذلك أعراض على مستوى الأنف والفم، وأعراض أخرى مثل:

- فقدان النطق والسمع عند الأطفال

- أن يلحظ تغيير في شكل الرأس ويكون ملحوظ جداً

- إمكانية أن يatal هذا العينين

- الإصابة بنوبات صرع متفاوتة

- إمكانية الإصابة بالالتهابات القشر الدماغية.¹

6- الإيدز: أو ما يسمى بمرض فقدان المناعة المكتسبة، وهو أشهر أمراض العصر كونه أصبح يطرح إشكالات متعددة من حيث الآثار والنتائج معاً، حيث أنه مرض يهاجم الخلايا التي تعتبر السد المنيع للجسم ضد الأجسام الغريبة، وتبدأ هاته الخلايا بالضعف والزوال حتى يصبح الجسم غير مسلح ضد أي خطر محتمل في أي وقت،² وعليه يكون الجسم عرضة لكل الأعراض والأمراض المتقلة سواء عن طريق الميكروبات أو الجراثيم، و يمكن إجمال هاته الأمراض في:

* الورم الخابوزي ويسمى كذلك نسبة للطبيب الذي إكتشف هذا المرض ويعتبر مرض سرطاني خبيث، حيث يفتك بالبيانات في فترة وجيزة جداً.³

* الأورام التي تحدث في الجهاز العصبي

* الإلتهابات التي تحدث في الجسم مثل الكبد

* إلتهابات الأمعاء والمريء

* ظهور بقع تميل إلى البياض في الألياف الدماغية ولا يمكن رؤيتها بالعين المجردة لكنها تظهر في الأشعة السينية.

* ظهور إلتهابات جلدية.

* ظهور فطريات غريبة في الجلد.

* إلتهابات تحدث على مستوى الدماغ.

1 عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص48

2 عمر سليمان الأشقر، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الجزء الأول ص54

3 Galloux, Jean Christophe: Défaits sexuels chez les femmes, la preuve parfaite?, J.C.P, 1991, I, Doctrine, n° 3497.

الأسباب التي تؤدي إلى الإصابة بالمرض: كما سبقت الإشارة إليه أن الإيدز من الأمراض الخبيثة التي تصيب الإنسان وتؤدي إلى هلاكه في أغلب الأوقات فإن الأسباب الحقيقية للمرض هي ما يلي :

- العلاقات الغير شرعية مع حاملي الفيروسات، إذ تمثل هاته النقطة نسبة (95%) من نسبة الإصابة بهذا المرض.

- الوراثة بين الآباء والأبناء

- الإختلاط وإستعمال الأمور التي تلامس الدم مثل شفرات الحلاقة، الأدوات الطبية الجراحية مثل أدوات طب الأسنان..... الخ

- الإنتقال الغير منتظم خاصة الذين يتعاطون المخدرات المنقولة عن طريق الأوردة والأعضاء

- الإنتقال عن طريق القبلات الناقلة للعاب.

إنقف فقهاء العصر الحديث أن الإصابة بمرض الإيدز من بين الأسباب التي تجيز للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية،¹ وأن للزوجة الحق في اللجوء إلى المحكمة متى إكتشفت هذا المرض في زوجها.

7-الخنوثة/ لغة: من التخنث وهو التنصل

إصطلاحاً: وهو الشخص الذي له جهازين ذكري وأنثوي²

آراء الفقهاء في حكم التفريق للخنوثة: إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق بسبب مرض الخنوثة وإنقسم الفقهاء إلى قولين:

الأول: وهو الرأي الذي يعتبر أن الخنوثة عيب من العيوب التي تثبت التفريق بين الزوجين، وهو قول الجمهور من الفقه المالكي والشافعي والحنبلي.

ودليلهم في ذلك أن الخنوثة تمنع الإستمتاع والوطء معاً، وبالتالي فإن هذا المرض يتعارض مع مقاصد الزواج التي شرع من أجلها.³

1 مجلة الفتوى والدراسات الإسلامية، فتوى رقم: 42739 بتاريخ 9 ذو القعدة 1424 هـ - 2004/01/01 ، المملكة الأردنية الهاشمية.

2 الكافي لابن قدامة، 61/3

الثاني: يرى أن الخنوثة ليست من الأمراض التي تثبت الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية ويحقق المتعة المودة .

والراجح هنا هو الرأي الثاني أي قول الحنفية لكون الطب الحديث أصبح لا يشكل مشكلة في قضية العلاج، خاصة الشخص الذي تكون له سمات الذكورية أكثر منها أنثوية، وعليه فكل امرأة متزوجة برجل وظاهرة عليه معالم الذكورة فلا بأس طالما أن الوجه الذكوري يحقق ما يلي:¹

- الإستمتاع

- الوطء

- اللذة

وكلها أمور لا يحق للزوجة أن تطلب التطليق أو التفريق لسببها أو فقدها لأن حق الزوجة مرتبط بحالة المرض ودرجته، فمتى أثبت الطب عدم جدوى العلاج ثبت الحق للزوجة في اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية.

8-السل: هو مرض يصيب الرئة ويعتبر من الأمراض الحديثة في وقتنا الحاضر ويطرح إشكالات عديدة، لكن الإشكال أنه في بعض الحالات ينتقل إلى أعضاء أخرى من الجسم، وبالتالي فهو مرض متنقل وعنده عدة طرق ينتقل بها مثل السعال... إلخ، وبالتالي فإن إمكانية الإصابة بالعدوى، حيث توصل العلم الحديث إلى العلاج بهذا المرض، فإن النسبة الضئيلة التي تشكل إمكانية عدم الشفاء منه، وعليه فإنه أصبح يشكل معياراً لتحديد مدى إعتباره عيب مثبت للتطليق.

وأغلب الفقهاء يرون أنه لا يجب التفريق وهذا لنقطتين:

- أن مرض السل ليس معدي 100% بل احتمالية إعتباره مرض معدي ضئيلة جداً.

3 منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، مرجع سابق، ص 13

1 جاء في الموسوعة الطبية الفقهية للدكتور أحمد كنعان، أن أحكام الخُنْثَى في الفقه الإسلامي مبنية على معلومات الأطباء والتجربة والمشاهدة، دون الرجوع إلى الفحص النسيجي للغدة التناسلية لعدم توافر ذلك آنذاك، وعليه فإن الحكم الشرعي يكون على ضوء التقدم الطبي الواسع، أنظر: أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2000، ص 219.

- أنه مرض ينتقل بطرق ليس للزواج دخل فيها.

- أن الطب الحديث أثبت إمكانية العلاج في حالة الإكتشاف المبكر.

وبالتالي فمرض السل مرض يعتبر مثبت لحق الزوجة في التفريق.

9- الشذوذ الجنسي: إن الطبيعة التي خلق الله عليها تسير بأمور مضبوطة، لا تبديل لخلق الله تعالى، إلا أنه في العصر الحديث ظهرت أمراض جديدة مثل الأمراض الجنسية، وفي مقدمة هذه الأمراض نجد الشذوذ الجنسي الذي يعتبر مرض عصري، حيث أنه تحصيل حاصل عن الممارسات الخارجة عن أطر الدين الحنيف، وحتى خارجة عن أطر الإنسانية، مادام الله خلق فأبدع وخلق الذكر والأنثى كل لما خُلق له، وعلى هذا فإن الإشتقاق من لفظ الشذوذ يعني الخروج عن المعقول وحتى على الطبيعة، وعن الفطرة التي فطر الله الناس عليها.

وعلى هذا الأساس يُعرف الشذوذ على أنه الخروج عن المعقول عن في التصرفات الجنسية، وهذا راجع لأسباب منها:¹

- الضغوطات النفسية التي يتعرض إليها الإنسان في حياته خاصة الإقتصادية منها والإجتماعية

- الانحرافات الأخلاقية

- التفتح الكبير على الوسائل الإعلامية التي تشجع على مثل هاته التصرفات

- ضعف الوازع الديني

أ/ مظاهر الشذوذ الجنسي: يظهر الشذوذ الجنسي في مظاهر متعددة، خاصة ما تعلق منها في الجنسية المثلية ومحاولة الحصول على الشهوة مع نفس الجنس أي غض الطرف عن الجنس النسوي²، والتوجه إلى اللواط كوسيلة لإشباع الرغبة الجنسية، وهو ما يشكل عزوف عن النساء أو بالأحرى إنطواء جنسي تام من الرجل، وهو ما ينعكس على اللباس والتشبه بالنساء في كل شيء من أجل لفت إنتباه الغير، ويطرح ذلك إشكالات متعددة في الوقت الحاضر.

1 يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض الجنسية من منظور شرعي وطبي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008، ص40

2صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 135.

ب/آراء الفقهاء في الشذوذ الجنسي: يرى الفقهاء أن الشذوذ الجنسي يعتبر من العيوب التي تعطي الحق للزوجة في اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية، كونه تحريف للفطرة التي فطر الله الناس عليها، وتشويه للخلاقة من جهة، ولا يحقق أي شيء من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج من جهة أخرى، ويؤدي إلى التنافر بين الزوجين.

الفرع الثالث/ الأمراض النفسية والتناسلية

أولاً/ الأمراض النفسية: تعتبر الأمراض النفسية في العصر الحديث من أخطر الأمراض الفتاكة التي تسير جنباً إلى جنب مع الأمراض الجسمانية الخطيرة، ويعتبر توجه العالم الحديث حول علم النفس دليل على الخطر الذي سجلته مثل هاته الأمراض، حيث تعتبر ضغوطات الحياة أهم دافع وراء إنتشار الأمراض النفسية، سواء أكانت ضغوطات مهنية أو إجتماعية أو عائلية ...، والتي تعتبر هي سبب الإقبال الكبير على الطب النفسي.¹

وقد أصبح للأمراض النفسية تبعات كثيرة تنتهي أغلبها بالإنتحار ونتائج أخرى كارثية مثل: (قتل الأطفال... إلخ)، وعليه فإن المرض النفسي اليوم، أصبح لا يؤتمن صاحبه²، وعلى هذا الأساس فقد أصبحت المحاكم تعرف اليوم أنواع كثيرة من هاته الأمور، ألا وهي طلب فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أو الزوج بسبب إصابة الطرف الآخر بمرض نفسي يحول دون البقاء مع المريض تحت سقف واحد،³ وإقامة حدود الله تعالى، ولا تستقيم معه حياة شرعها الله تعالى أساسها المودة والرحمة، حيث من المقرر عند علم النفس الإكلينيكي، الغالب فيه هو تدهور قدراته العقلية، وتأثر إدراكه كما هو حال المضطرب نفسياً.

1 نائل ابراهيم قرقر، أثر الإختلالات العقلية النفسية في مسائل الأحوال شخصية، دار النفائس، الطبعة الأولى، عمان، 1999، ص31

2 محمد عز الدين توفيق، التأصيل الإسلامي للدراسات النفسية، دار العلوم، بدون طبعة، بدون سنة، ص.214

3 نائل ابراهيم قرقر، أثر الإختلالات العقلية النفسية في مسائل الأحوال شخصية، مرجع سابق، ص32-33

يرى فقهاء المذهب المالكي أنه يجوز التطليق بين الزوجين للأمراض النفسية، إذا تعلق الأمر بالأمور النفسية والجنون، لكن المالكية توسعوا في قضية الأمراض النفسية لإعتبارها من الأمراض المؤدية للجنون (سداً للذريعة)، كون أغلب الأمراض النفسية تؤدي إلى جنون في أغلب الأحيان وعليه فإن الوسواس يدخل في هذا الباب، حيث يعتبر أيضاً من الأمور التي تطرق لها المذهب المالكي في العيوب النفسية المثبتة لحق الزوجة في التطليق.¹

وقياساً على ذلك فإن العيوب النفسية لا تحقق أهم غاية تبنى على أساسها الحياة الزوجية وهي السكينة، كونها من الأمور التي تعتبر من أهم مقومات إلى الحياة الزوجية، وبالتالي فإن جوهر الأمراض النفسية التي تطال المصاب نفسياً هي:

- عدم الشعور بالسكينة
- عدم الشعور بالأمان
- توقع كل التصرفات السلبية بما في ذلك الانتحار، وعلى هذا الأساس فإن الأمراض النفسية لا تقل خطورة على الأمراض الجسمية الأخرى، وهو ما يثبت الحق في طلب فك الرابطة الزوجية.

يرى الفقهاء بالإتفاق إلى عدم صحة طلاق المجنون، وكل اضطراب نفسي يفقد معه الإدراك يصير حكمه في الطلاق حكم الجنون، حيث يقول عبدالرحمان الجزيري، أنه لا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه متقطع، وعليه فإن المرض النفسي في أغلب الحالات يعتبر من قبيل الجنون، كونه ذهاب للعقل في بعض الأحيان وفقدان الوعي و للتصرفات في حالاته المتقدمة، وعليه فهو في هذه الحالة يعتبر غير واقع بسبب عدم الوعي بتصرفاته، و بمفهوم المخالفة من قبيل التصرفات التي تشكل خطراً على حياة المرأة.²

1 محمد عز الدين توفيق، التأصيل الإسلامي للدراسات النفسية، دار العلوم، ب ط، ب س، ص 216

2 عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ص 281، نقلاً عن: شهر الدين قالة، أحكام طلاق المضطرب نفسياً مجلة المفكر، العدد السادس، 2012، جامعة بسكرة، ص 356.

ثانياً/ الأمراض الجنسية: تعتبر الأمراض النفسية من أهم الأمراض المطروحة حديثاً وتطرح إشكالات متعددة في المحاكم أيضاً، وعليه فإن التطرق إلى موضوع العيوب الجنسية من المواضيع الحساسة، لأن معالجتها في الفقه الحديث أصبحت تطرح بكثرة، كونها من العيوب التي تسجل إقبلاً كبيراً على القضاء من أجل المطالبة بالتفرقة بينها بسبب العيب الجنسي، وهو ما أدى إلى إنقسام الفقهاء إلى مؤيد لفكرة إجازة إعتبار العيب الجنسي حق للتفرقة أم لا.

في هذا الصدد يرى القاضي شريح¹ والإمام الشافعي² وابن القيم أن التفريق للعيوب الجنسية جائز كونه يسبب النفرة بين الزوجين، ويتعارض مع الحياة الزوجية السوية، خاصة مادام يتعلق الأمر بعيب تناسلي و في مكان مهم في جسم الإنسان، وكغيرهم من الفقهاء فقد أعطوا الحق للزوجين في فسخ الزواج قبل البناء في حالة إكتشاف العيب قبل البناء، لأنه يؤدي أيضاً إلى إنتقال المرض إلى النسل.

ولهذا فقد تطرق الفقهاء إلى معيار آخر وهو النفرة بين الزوجين، فالعيوب التي تحتوي على هذا العنصر هي عيوب موجبة للتفريق بدون منازع، فلا يمكن تصور زواج قائم على عنصر التنافر والمودة معاً.

وفي هذا الصدد نجد أن "ابن شهاب الزهري" يقول: (يرد النكاح من كل داء عضال).³

حيث يرى بأنه يفسخ بسبب إكتشاف عيوب جنسية، وتعتبر من قبيل العيوب التي تسبب التنافر وعليه فإن طلب التفريق القضائي بسبب العيوب الجنسية مسبباً، إذا تم إكتشاف المرض في أيامه الأولى حيث يضمن كل طرف عدم إصابته أو العدوى منه، حيث أن الإمام ركز على نقطة مهمة ألا وهي تعدي الإصابة إلى النسل كله.⁴

وبالتالي فإن الجمهور القائلين بإعتبار المرض مثبت للتطبيق هو بما يلي:

1 عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدى خير العباد، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص167

2 الشيرازي أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي، المذهب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، بيروت، لبنان دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1995م/1415هـ، ص287.

3 حسن بن محمد تقي الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، مرجع سابق، ص417.

4 عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب الجنسية، مرجع سابق، ص52

- العدوى والمرض

- التنافر وعدم السكينة.

ومادامت الأمراض التي تم التطرق إليها هي أمراض حديثة فإن الطب الحديث أيضاً أصبح مطلوب بكثرة في هذا النوع من القضايا.

هنا تجدر الإشارة أنه سنة 1995 إنعقد المؤتمر الإسلامي لدولة الإمارات العربية حول مرض السيدا، ودراسة كل الجوانب الخاصة به بإعتباره مرض العصر ومنتقل بكثرة، حيث أنه من بين النقاط التي تم التطرق إليها وأثارها المؤتمر هي إمكانية منح الحق للزوجين في طلب الفرقة بسبب إصابة أحد الزوجين بالمرض، حيث نالت هاته النقطة نصيبها من النقاش والتحليل، وتم التوصل إلى نتائج وتوصيات في المؤتمر من بينها، إعطاء الحق للزوج في اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية في حالة إكتشاف إصابة زوجه بداء فقدان المناعة المكتسبة كونه يشكل خطراً على الطرف الغير مصاب، خاصة مادام الجماع هو السبب الأكثر ناقلاً لهذا المرض.¹

و نستنتج أن هذا المؤتمر قد أزال اللبس على كثير من القضايا المطروح أمام العدالة كونه أقر بالإجماع على جواز التفريق بين الزوجين بسبب مرض فقدان المناعة المكتسبة، كون الدول العربية أصبحت تعاني من إنتشار المرض بشكل خطير، وأصبح يتعارض مع الأهداف الحقيقية التي تصبوا إليها المجتمعات المعاصرة وهي العيش في حياة تسودها السكينة والطمأنينة.

وفي سياق آخر فإن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية² في جلستها المنعقدة سنة 1996 بالإشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية

1 علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، الطبعة الحادي عشر، مؤسسة الريان، بيروت، 2008، ص834

2 عبد الله الكندري، أحمد العوضي، فهرس المخطوطات الطبية في المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1424هـ-2003م

وزارة الصحة الكويتية تحت عنوان (رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز) ، أنه يجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب الفرقة من الزوج المصاب بالسيدا بإعتبار أنه مرض معدي تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالإتصال الجنسي.¹

وبالتالي فإنه بالرجوع إلى هاته القرارات، فإن الإيدز أو ما يسمى بفقدان المناعة المكتسبة هو مرض يعطي الحق في التفريق للأسباب التالية:

- الإصابة الحقيقية للمرض من خلال الشهادات الطبية والتحليل التي تثبت إصابة الزوج بهذا الداء

- عدم العلم بهذا المرض قبل الزواج وقبل البناء، كون هاته النقطة محل خلاف بين الفقهاء فأغلب الفقهاء يرون أنه بالرغم من علم الزوجين إلا أن هذا لا يسقط الحق في فك الرابطة الزوجية ما دام أن المتضرر ليس الزوجين فحسب بل حتى النسل.²

- التأكد من سلامة الزوج الغير مصاب، وهي نقطة مهمة جداً لان الإصابة تعني العدوى وبالتالي سقوط الحق في التفريق القضائي، لأن الفقهاء منهم من ذهب إلى أبعد من ذلك أنه إذا كان الطرف الآخر مصاب أو عقيم فإنه يسقط الحق في طلب الفرقة.

أ- العذيفة/ لغة: من العذابة ويقال رجل عذيط والمرأة عذيوطة وهي الإحداث عند الجماع.³

الإصطلاح: فإنه خروج الغائط أثناء الجماع وهو مرض معروف من القدم وينقسم إلى قسمين:

- هو الإحداث عند الجماع⁴

1Follana Massot, Marc et Lassalle, Béranger: Les défauts et leur impact sur la vie conjugale "R.R.J",1993

2 صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص139

3 عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 254

4 عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان ،2009، ص 207.

- ثاني وهو الإنزال قبل الإيلاج

أما رأي الفقهاء في طلب التطلاق للإصابة بالعذيفة فقد إنقسم الفقه إلى رأيين منهم من أجاز ومنهم من رفض:

رأي أول: يرى الفقهاء أن المرض ليس مثبت للتطلاق وعليه لا يحق للزوجة أن تطلب التفريق بسبب الإصابة بمرض العذيفة، وهو رأي الجمهور.¹

رأي ثاني: يرى البعض من الفقهاء أن المرض يثبت التفريق بين الزوجين كونه يمس بجوهر الحياة الزوجية وهو الوطء والإستمتاع فكلا الحالتين لا يستطيع تحقيق اللذة.²

ودليلهم في ذلك أن المرض هذا فعلاً لا يضر التماسل والوطء، لكنه يولد في النفس الكراهية والتنافر، وبالتالي فإن هذا الأخير سبب كافٍ لإعتباره سبب مثبت للتفريق و لا يحقق إستقامة الحياة الزوجية بالنسبة للزوجين معاً، وعلى هذا فإن القاضي عليه التفريق بين الزوجين إذا تأكد تحقق عنصر التنافر بينهما.

بالإضافة إلى عنصر التنافر فإن المرض أيضاً يحرم الإستمتاع بين الزوجين، وعليه لا يمكن تصور حياة زوجية بدون إستمتاع ولذة .

من خلال ما سبق عرضه من الآراء الفقهية السابقة، فإن القول الذي نراه صائب هو الرأي الثاني لإعتبارين هما: الأول مادام يحقق النفرة بين الزوجين، والثاني أنها تعافه النفس السوية ويقف عائناً أمام ما يلي:

- إمكانية الإضرار بالطرف الغير مصاب مادام هناك ميكروبات.

- النفور والإشمئزاز بين الزوجين.

1 الأخيار 118/3، مغني المختار 203/3،

2 ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء العاشر مرجع سابق، ص 59.

- عدم تحقيق اللذة بصفة عامة كون المرض يتعارض معها.

- الكراهية المستمرة بسبب المنظر المشين أثناء الجماع.

وعموماً فإن الفقهاء عند تطرقهم للأمراض الجنسية ركزوا على أمر مهم ألا وهو تحقيق الإستمتاع واللذة معاً، كون النبي ﷺ لما خاطب معشر الشباب في حديثه¹ الذي رواه عبد الله بن مسعود حيث ذكر الزواج كوسيلة لتحقيق لذة مرغوبة في النساء، وهو ما يفهم من مفهوم المخالفة أن اللذة إذا لم تتحقق في الزواج بسبب عيب من العيوب التي تقف عائقاً أمام الإستمتاع فهذا يعني عدم تأدية الزواج لهدفه الأسمى.

الفرع الرابع/ أحكام العيوب الأخرى عند الفقهاء

أولاً/ عند الفقهاء: سنحاول عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى جواز طلب التطليق من الزوجة إذا كان زوجها مصاب بإحدى الأمراض السابقة:

عموماً فإن أغلب الفقهاء يفرقون بين الأهداف التي يقف دونها العيب، وبالتالي فإن العيب عندهم ليس كله موجب للفرقة بين الزوجين بل لابد من النظر إلى طبيعة المرض، وهل يحقق الأهداف التي شرع من أجلها الزواج أم لا، وكل هذه النقاط سنعرضها في هذا الفرع لأن عرضنا للفقهاء سابقاً كان يخص كل عيب بخاصيته، وهنا سنحاول تسليط الدراسة على جميع العيوب بدون إستثناء وموقف الفقه عامة من التطليق للعيوب.

1/ القائلين بعدم جواز التفريق للعيوب: يرى بعض من الفقهاء أن العلم بالعيوب لا يعني جواز طلب التطليق من زوجها، إلا بشروط كأن يكون عيباً حقيقياً وليس مشكوك فيه، ومن هنا نجد أن الظاهرية يرون أن العيوب الأخرى غير التي تم ذكرها لا يجب التفريق من أجلها، وهذا يعتبر بعموم اللفظ وليس بخصوص السبب أي أن الأمر ينطبق على الزوجين معاً وليس الزوج

فقط،² ويرون أيضاً أنه على القاضي عدم التفريق بين الزوجين بمجرد رفع الأمر إليه بل لا بد من التأكد جيداً من العيوب ومدى معارضتها للحياة الزوجية.¹

2/ حجج القائلين بعدم جواز التفريق للعيوب: إستدل أصحاب هذا الرأي أنه:

أ- من الكتاب: قوله ﷺ: «فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ». ² وعليه فإن الفقهاء ذكروا هذه الآية لأنها دليل على أن الحياة مشقة وتعب وعلى الزوجين التحمل.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن يجب التفريق بين الأصل والفرع، فالأصل في الزواج تحمل مشاق الحياة ونوائب الدهر، وأن كل العيوب التي تطرأ على الحياة الزوجية لابد للزوجين من تحملها، وعليهم التفكير في العيش مع هذه العيوب وليس بالتفريق مباشرة، لأن الآية أشارت إلى أن الله ﷻ ذم الأسباب التي تفرق بين الزوجين، وسبب ذكر السحر كونه يفرق بين الزوجين، وبالتالي فإن العيوب تأخذ نفس الحكم.

ب- من السنة النبوية: إستدل الفقهاء وفي مقدمتهم الظاهرية بأنه لم يثبت أن طلق النبي ﷺ بسبب العيب، وعلى هذا الأساس فإن على الزوجين تحمل مشاق الحياة، لأن الصبر هو عنوان الحياة الزوجية، فوجه الدلالة هنا أن العيب لا يمكن أن يكون سبب التفريق بين الزوجين كون الزواج أسمى بكثير من أن ينهى بمجرد عيب قد يكون مفتعل بين الزوجين لتحقيق التفرقة، وعليه فإن النبي ﷺ قدمت إليه زوجة رفاعه القرصي من أجل طلب التفريق بينها وبين رفاعه، بسبب عيب قبل الدخول بها، لكنه ﷺ لم يقل لها طلقيه بل قال انها أن تصبر وضرب لها أجلاً لعل الله

² شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 109

¹ هنا يؤكد صاحب الروضة الندية بقوله: اعلم الذي ثبت بالضرورة الدينية أن عقد النكاح يثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها، ويثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت، بالرغم أنه يجوز الخروج من نكاح بسبب من الأسباب الحقيقية، ولا بد أن تكون هذه الحقيقة لا شك فيها، وعليه فإن الدليل الصحيح هو بمثابة الحق في التفريق بين الزوجين، أنظر: محمد كمال الدين إمام، جابر عبدالهادي سالم الشافعي، مسائل في الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 213، نقلاً عن: آيت شاوش دليمة، مرجع سابق، ص 227.

² سورة البقرة، الآية (102).

يحدث بعد ذلك أمراً بقوله: (حتى يذوق عسلتك وتذوقي عسلته)¹ وعليه فشرط العيوب المثبتة للتطليق هي:

- عدم العلم بالعيب وقت العقد إذ يشترط الفقهاء في العيب عدم العلم به قبل العقد، لأن العلم يعتبر قرينة لمنع إعطاء الحق للزوجة في طلب التفريق.

- عدم الرضا بالعيب بعد العقد، إذا تم العقد بين الطرفين، واكتشفا العيب ورضيا به في البداية فإنه لا يحق لهم طلب التفرقة بسبب العيوب، كون خيار التفرقة للعيب ثابت عند الشافعية على الفور، وعند الحنابلة على التراخي².

وقد منحت مهلة للمريض إستثناءً مقدرة بسنة من تاريخ العلم، وهذا من أجل معرفة المرض ومسبباته³ وفي هذا الصدد نجد أن أصحاب المذهب المالكي ذهبوا إلى شرط السنة من تاريخ رفع الدعوى⁴.

2/ القائلين بجواز التفريق للعيوب: أقر جمهور الفقهاء بجواز التفريق بسبب العيوب كون الزواج شرع لمقاصد هامة في الحياة وإذا كانت تلك العيوب تتعارض مع أحد المقاصد أو كلها فإنه يجوز التفريق بين الزوجين حفاظاً على مصالحهما⁵.

حيث يرى الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، أن التطليق للعيوب هو الأصل في الزواج وبالتالي فيجوز للزوجين اللجوء إلى القاضي لطلب الفرقة الزوجية بسبب عيب حاصل بينهما ويكون هذا العيب يتعارض مع مقصد الزواج، كما يجوز الفسخ قبل الدخول بسبب ذات العيوب.

1 سنن أبو داود، حديث رقم 5302.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، الجزء السابع، ص 521.

3 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2006، ص 192.

4 المرجع نفسه، ص 198.

5 عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 69.

إلا أن الملاحظ في هذه النقطة أن الفقهاء إتفقوا في فك الرابطة للزوجين لكن هل هو حق مطلق أم مقيد، فيرى المالكية في هذا الشأن أن الزوج طالما يملك العصمة في الطلاق والزوجة تفتقر لذلك الحق، وعليه فإن على الزوجين اللجوء إلى الطلاق الرضائي حتى تكون السترة بين الزوجين وحتى تكون الحياة الزوجية أكثر ستره.¹

وعليه يمكن إجمال النقاط المتفق عليها بين الفقهاء في:

- أن التطلق عند الفقهاء ليس مجرد فك العلاقة عادية بل هناك علاقة أسمى لا بد من العمل على الحفاظ عليها.

- أن الزوجة من حقها التفريق القضائي إستثناءً دون الزوج الذي أعطاه الحق في الطلاق أصلاً

- لا بد أن تكون العيوب حقيقة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية فقط

- يعتبر التطلق للعيوب هو بمثابة ضمان لحق الزوجة لممارسة حقها في حياة أفضل وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية.

- خالف الحنفية المذاهب الثلاثة في إعطاء الحق للزوجة دون الزوج بل أعطوه للزوج أيضاً.

3/ دليل القائلين بجواز التفريق بين الزوجين للعيوب: ذكر الفقهاء التفريق القضائي كونه حق

للزوجة دون الزوج، ما دام هذا الأخير يملك الحق في الفك بموجب العصمة التي منحها الله له

ودليلهم في ذلك قوله ﷺ: «فَامْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»². وبالتالي فإن الزوج من واجبه

إبقاء الزوجة لحقها الطبيعي في الحياة الهنية وهو تسريحها لكي تعيش حياة أفضل مادام العيب

يقف عائناً أمام تحقيق الهدف من الزواج الذي تم بينهما.

1 عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص71

2 سورة البقرة ، الآية (229)

أما من السنة النبوية الشريفة فقولہ ﷺ: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾¹، وعليه فإن بقاء الزوجة مع زوج به عيب يعتبر ضرراً أكثر منه نفع، وربط الفقهاء هذا الحديث بالحديث القدسي الذي تكلم الله فيه عن الظلم، حيث يرون أن بقاء الزوجية قائمة مع شخص معيب مثل العقم، يعتبر ضرراً وظلماً للزوجة طالما أن الإنجاب يطمح إليه كل شخص.

ثانياً/ موقف التشريعات الوضعية من التطلاق للعيوب الأخرى: سنتطرق في هذه النقطة إلى موقف التشريعات الوضعية محل الدراسة من خلال ما يلي:

1- في التشريع الجزائري: لم يفرق المشرع الجزائري بين العيوب بل ذكرها بصيغة العموم أي كل العيوب التي تتعارض مع الهدف الأسمى من الزواج تعتبر عيوباً مثبتة للتطلاق، وهذا في قانون الأسرة قبل التعديل وبعده، إلا أن المادة ذكرت العيوب فقط التي تكون في الزوج دون الزوجة، لأن الزوج أعطى له القانون والشرع العصمة في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، ويمكن إجمال موقف التشريع الجزائري من مسألة العيوب الأخرى من خلال ما يلي:

- أن المشرع الجزائري لم يذكر العيوب بالتفصيل بل عممها، وعليه يفهم أن العبرة بالنتيجة وليست بالعيوب في حد ذاته.

- أن العيوب التي ذكرتها المادة هي تلك العيوب التي تكتشفها الزوجة بعد الزواج.

2- في التشريع المغربي: لم يغفل التشريع المغربي هو الآخر العيوب المثبتة للتفريق باعتبارها سبباً لإنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، حيث إعتترف هو الآخر بحق الزوجة في التطلاق أكثر من التشريع الجزائري، وهذا من خلال المعايير التي إشتراطتها المدونة في العيب لكي يكون مقبولاً وذلك من خلال المعايير التالية:

- أن يكون هذا العيب يشكل مانعاً لتحقيق العشرة الزوجية.

¹ سبق تخريجه.

- أي مرض من شأنه أن يشكل خطراً على الحياة الزوجية، أو أن يكون معدياً أو يكون مضرّاً بالزوجة.

3- في التشريع التونسي: لم يفرق المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية بين العيوب الحاصلة فعلاً، وبين الأخرى اللاحقة كسبب من الأسباب التي تعطي الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية ، فالتشريع التونسي في المادة (112) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ذكر العيوب على سبيل العموم وترك الأمر للقاضي الذي يفصل في المنازعة - قضية التطلاق - وأعطى له سلطة واسعة في مراعاة مدى إعتبار العيب مانعاً للزواج بمواصلة العشرة الزوجية، وإعتبر المتعة الزوجية معياراً لذلك.¹

بالإضافة إلى ذلك فالتشريع التونسي قد أخذ بنقطة وفصل فيها أكثر من التشريعين المغربي والجزائري وهي قضية العقم، حيث أنه إذا ثبت للزوجين عقم أحدهما أكثر من خمس سنوات فإنه يجوز طلب التطلاق لهذا السبب.²

المطلب الثاني

موقف التشريعات الوضعية من التطلاق للعيوب

من خلال هذا المطلب سيتم التطرق إلى موقف التشريعات محل الدراسة من التطلاق للعيوب التي تم ذكرها، حيث أن الفرع السابق تم التطرق فيه إلى التفريق للعيوب الأخرى، أما هذا المطلب فسنتناول فيه موقف هذه التشريعات من التطلاق للعيوب:

1 ساسي بن حليمة، محاضرات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص111.

2 يرى الدكتور محمد لفروجي أن العيوب التي حددها المشرع المغربي تشتمل على ثلاث نقاط هي: الديمومة، العدوى، الخطر وعليه فالمشرع أهتم بالأمراض واعتبرها عيوب كافية لطلب الطلاق، أنظر: محمد لفروجي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص40

الفرع الأول/ موقف المشرع الجزائري

أورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم (84/11) ولم يغفل أيضاً في تعديل (02/05) في المادة (53) في فقرتها الثانية منه بنصه: (كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف الأسمى من الزواج)، وعليه فالمعيار الذي إعتمده المشرع الجزائري هو مدى إعتبار العيوب تقف حائلاً أمام تحقيق الهدف الأسمى من الزواج،¹ وهو المعيار الذي إعتمده المذهب الحنفي، وعليه فالمشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب الحنفي في تحديد مفهوم العيب، وهو رأي القاضي شريح وأبو شهاب الزهري²، ويعتبرون العيب المثبت للتطليق إذا كان يمس ب:

- التنافر بين الزوجين
- المحافظة على النسل
- المحافظة على السكينة
- تحقيق الطمأنينة

والملاحظ أن المحكمة العليا في قرارها رقم: (14501) الصادر بتاريخ: 15/02/1999 الذي (إعتبر العقم عيب مثبت للتطليق وبالتالي للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بسببه)،³ وتعليقاً على القرار فإن المعيار الذي أخذ به قضاة المحكمة العليا هو معيار المحافظة على النسل لأن العقم يتعارض مع هذه الغاية فقط.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد الوقت الذي تعتبر فيه العيوب مثبتة للتطليق سواء قبل العقد أو بعده، بل أطلق ذلك وترك الأمر للقضاء لإثبات ذلك، وعليه فيمكن إجمال النقاط التي إعتد عليها المشرع الجزائري من جوانب وهي:

1 بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 287.

2 أحمد بن غنيم بن سالم بن مها النفراوي الزهري المالكي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 66 .

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: (14501) بتاريخ: 15/02/1999، المجلة القضائية، العدد 4، ص 119

- أن المشرع الجزائري لم يهتم بنوع العيوب بحد ذاتها بقدر ما إهتم بالغاية التي شرع من أجلها الزواج، ويفهم من ذلك أن القاضي مجبر على البحث في مدى وقوف هاته العيوب عائناً لتحقيق أحد غايات الزواج، وبالتالي فمتى كان العيب يمس أو يقف عائناً أمام تحقيق النسل أو السكنية، والمودة اعتبر عيباً مثبتاً للتفريق.

- أن العلاقة الزوجية إهتم كثيراً بها المشرع الجزائري ولم يجعل منها معياراً موحداً لأن الحياة الزوجية تختلف باختلاف الزوجين، ولم يعتبر العيب مثبتاً للتطليق إلا إذا تم طلبه من الزوجة، لأنه قد يحدث وأن يكون عيباً يشكل خطراً على غاية الزواج في عائلة وليس كذلك في عائلة أخرى، وترك القاضي الحرية في اعتبار المذهب الذي يراه مناسباً.¹

- أن قضاة المحكمة العليا في أغلب القرارات المتعلقة بالعيوب يربطونها بالفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة، وهي مسألة الضرر المعتبر شرعاً، لأنه من المقرر قانوناً أنه متى كان العقم عيباً، مادام الزوجة تتمسك بالضرر اللاحق بها نتيجة عدم الإنجاب، ويقصد بالضرر في هذه الحالة الأضرار النفسية التي سببها العقم خاصة في المدة الطويلة للزواج، وعليه تم إعتبار العقم مثبتاً للتطليق.²

وعليه وبالرغم من أن الانتقادات التي تعرض إليها المشرع الجزائري بخصوص عدم التفصيل في قضية العيوب، فإنه ذلك وعن قصد منه قد ربط ذلك بالفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة في نصها: (كل ضرر معتبر شرعاً) من جهة، والمادة (222) من نفس القانون والتي تحيلنا

1 بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب الحنفي في قانون الأسرة، إلا أن العيب يمكن للقاضي أن يبحث في آراء الفقهاء جميعاً حرصاً على بقاء الزوجية قائمة فالحياة الزوجية، بل أخذ بجميع الآراء بما في ذلك ابن تيمية وابن القيم الذين أكدوا على عدم حصر العيوب لعددها ومستجداتها وبالتالي فالقاضي يمكنه أخذ من كل بستان زهرة من أجل دراسة العيوب ومدى اعتبارها مثبتة للتطليق أم العكس، أنظر: آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص54

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (213374) بتاريخ: 1999/02/26، العدد 1، لسنة 2000، ص120

إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص من جهة أخرى، حيث تعتبر هذه النقطة إيجابية تترجم حرص المشرع في الحفاظ على الحياة الزوجية.¹

وهنا نجد أن القرار رقم (34784) بتاريخ 1984/11/19 قد أقر على أنه: "من المقرر شرعاً أن العيوب الجنسية التي تمنع العشرة الزوجية، وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يتم منحه أجل سنة كاملة لأجل العلاج من هذا المرض الذي يعتبر عيباً في الأساس، وأن المحكمة أقرت بوجوب بقاء الزوجة بجانب زوجها فترة طويلة، فإنه في حالة عدم جدوى العلاج حكم للزوجة بالتطليق".²

ومن خلال ما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري يعتبر العيوب التي تقف حائلاً أمام تحقيق الأهداف السامية من الزواج هي عيوب مثبتة للتطليق، وعليه فهنا يتم الرجوع إلى السلطة التقديرية للقاضي لتكييف في مدى إعتبارها كذلك.

الفرع الثاني/ موقف المشرع المغربي:

تطرق المشرع المغربي هو الآخر لقضية العيوب في مدونة الأسرة المغربية بنوع من التفصيل أكثر من المشرع الجزائري، حيث خصص لها هذا الأخير أكثر من فقرة مثل حيث نصت (107) من المدونة على أن العيوب التي تعتبر مثبتة للتفريق تتضمن ما يلي:

- العيوب التي تمنع استقرار الحياة الزوجية والتي تضرب استقرارها وسكينتها ومودتها.
- العيوب المضرة بالطرف الآخر من الزوجين وبصحته ومعنوياته مثل الأمراض العقلية
- الأمراض التي تعتبر طويلة الأمد فالمشرع المغربي هنا ربطها بتاريخ إكتشافها

1 حمزاوي أحمد، تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، الطبعة الأولى، دار هومة، عين مليلة، 2009، ص.37.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (34784) بتاريخ 1984/11/19، المجلة قضائية، العدد3، لسنة 1989 ص73. **نقلا عن:** يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر (02-05) مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والموارث، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص.61.

ومنه نجد أن المشرع المغربي لم يهتم بالتعريف مثل ما حاصل مع المشرع الجزائري بل بالأثر الذي يتركه المرض أو بالأحرى بالنتيجة، وهو ما يحتم القاضي المطروح أمامه النزاع البحث من خلال سلطته التقديرية في مدى إعتبار المرض مثبتاً للتفريق أم لا، حسب قناعة القاضي بأن المرض الذي تدعي الزوجة بحقها في فك الرابطة الزوجية بسببه يقف عائقاً أمام الأهداف التي شرع من أجلها الزواج أم لا.

وهنا يمكن إعتبار أن المشرع المغربي قد توافق مع المشرع الجزائري إلى حد كبير من خلال مدى إعتبار الأهداف التي يحققها الزواج والتي نص عليها القانون المغربي السابق 1957 في التفريق بين العيوب على أسس هي:

- إذا كان الزوج مصاباً بمرض لا يرجى الشفاء منه، كأن يكون قد إستحكم منه المرض لمدة زمنية معتبرة تزيد عن سنة، فهنا شرط الضرر شرط ضروري جداً، لأن القاضي يربط التفريق بمسألة العلم والضرر والمدة الزمنية معاً فإذا رفعت الزوجة الدعوى القضائية فإن القاضي يربط العناصر الثلاثة ببعضها البعض، فالعلم يجب أن تكون الزوجة غير عالمة بهذا المرض قبل العقد ولم يتم ذكر ذلك في العقد أصلاً، خاصة الأمراض الخطيرة مثل الجنون المتقطع.... إلخ، أما العنصر الثاني فإنه يشترط القانون أن يكون قد مر سنة على قيام الزوجية بينهما كي يضمن العلم الصحيح بالمرض وليس شكاً فقط.

- إذا كانت الزوجة قد قدمت طلب التفريق القضائي بسبب عيب جنسي فإن ذلك يعتبر عند المشرع المغربي من بين الطلبات الإستعجالية.

- يشترط أن لا تكون الزوجة قد اتفقت مع زوجها على قضية المرض.¹

وهنا يأخذ المشرع المغربي نفس الطريقة التي يأخذها نظيره الجزائري في قضية المرض، إلا أنه إختلف معه في التسمية والمدة فقط، ويكون بذلك أخذ برأي الجمهور في قضية المرض وفي تحديد

1 نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001، ص368

العيب بدقة، حتى وأن الزوج له حق إيقاع الطلاق بدون اللجوء إلى طلب إلى القضاء والمقصود هنا الإيقاع وليس الإجراء.¹

وبالتالي فإن المشرع المغربي لم يهمل هو الآخر حق الزوجة في التفريق، حيث إعتترف به لكن ضبطه بضوابط حتى لا يكون ذلك مخالفاً للشريعة الإسلامية، لأن إطلاق العنان لحق الزوجة يعتبر بمثابة مساواتها مع الرجل بالحق في إيقاع الطلاق.

وعلى هذا فقد أعطى المشرع المغربي الحق للزوجة في أن يُدفع لها صداقاً في حالة ما إذا تم التفريق بينهما قبل الدخول بسبب العيوب التي تتعارض مع الحياة الزوجية، وهذا الصداق هو بمثابة تعويض عن الضرر النفسي اللاحق بها، وإعتبره المشرع حق للزوجة يجب على القاضي عدم الإغفال عنه وطرحه من تلقاء نفسه حتى ولم تطلبه الزوجة، وعليه فإن المشرع المغربي في هذه الحالة يربط التفريق بعدة نقاط وهي:

- أنه في حالة الطلاق قبل البناء بسبب العيوب، فإن الزوجة تكون قد فقدت حقها في الصداق.

- أن الزوج من حقه إذا كان غير عالم بالعيوب أن يطلب عن طريق القضاء إسترجاع صداقه، لكن ليس له الحق المطالبة بالتعويض حتى وإن تم إخفاء عنه ذلك عمداً، و أسقط المشرع المغربي كل الدعاوى الكيدية على الزوجة حتى وإن أخفت تلك الأمراض عمداً، حفاظاً منه على نفسية الزوجة.

والملاحظ هنا أن المشرع المغربي قد أغفل عمداً العقم باعتباره مرضاً و عيباً في نفس الوقت لسببين هما:

الأول: أن العقم مرض لا يمنع الوطاء أو الاستمتاع و بالتالي فإن الأمور التي ذكرها المشرع المغربي في العيوب التي تقف دون تحقيق الهدف الأسمى من الزواج لا يمكن أن نذكر فيها العقم، لأنه عيب يمنع هدف و يحقق أخرى.

1 امحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر تعديل مع النصوص التطبيقية، مرجع سابق، ص40

الثاني: أن العلم الحديث أثبت بالدليل أنه ليس مرضاً دائماً و قطعياً، فقد يمر الإنسان بفترة معينة قد تدوم لسنوات لكنه يشفى و ينجب بشكل عادي، و الواقع خير دليل على ذلك، كون وسائل الإعلام تتكلم بكثرة على هذه الظاهرة (الإنجاب المتأخر)، و عليه فإن المشرع المغربي لم يعتبر العقم عيب مثبت للتفريق بين الزوجين لأسباب عديدة نذكر منها:

- أن العقم يسبب الإنهيار النفسي للزوج العقيم و بالتالي تقديم طلب التفرقة القضائية من طرف الزوجة يكون قد دخل تحت الضغوطات النفسية التي يضعها المجتمع، و بالتالي فعلى القاضي أخذ ذلك بعين الاعتبار.

- العقم في العلم الحديث أصبح من الأمراض التي لها حلول طبية مثل التلقيح الاصطناعي، و هو ما يضع القاضي في الخيار إما التفرقة أو الرفض.

وفي قرار لمحكمة النقض المغربية يثبت حق التطلاق للزوجة إذا كان سببه الزوج، حيث نص القرار على: "القول بعدم إعتبار العقم سبباً للتطلاق، محله إذا كان العقم طبيعياً، أما إذا كان بفعل الزوج قصد الإضرار بالزوجة حتى لا تنجب منه فإن ذلك يعتبر مبرراً كافياً للتطلاق".¹

الفرع الثالث/ موقف التشريع التونسي

تطرق المشرع التونسي في تحديد العيوب المثبتة لحق الزوجة في التطلاق إلى معيارين، الأول ربطه بعنصر القبول، أي أن يكون العيب مقبولاً، لكن المشرع لم يذكر العيوب على سبيل الحصر و عليه يكون هو الآخر قد اكتفى بذكر المعايير فقط و هي عدم المساس بالأهداف التي تعتبر مهمة في الزواج عكس المشرع الجزائري، إذ نجد أن المادة (112) من مجلة الأحوال الشخصية

¹محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم: (775) مؤرخ في: 14/09/1999، ملف شرعي رقم (98/1/2/478).

التونسية تشير إلى أن المعيار الذي يتم من خلاله اعتبار العيب مجيز للتطليق هو العيب الذي يسبب النفرة بين الزوجين و يمنع تحقيق المتعة بينهما كشرط أساسية.¹

وعليه فإن المشرع التونسي قد توسع نوعا ما في قضية العقم و جعل من حق الزوجين أن يطلبوا التطليق لأسباب هي:

- ثبوت العقم بتقرير طبي.
- أن يكون هذا الزواج دام خمس سنوات فأكثر.
- أن لا يفوق سن الزوجين 40 سنة.
- أن لا يكون هناك مرض معدي آخر.

و هنا تجدر الإشارة أن المشرع التونسي قد فصل في قضية التطليق بسبب العقم فقط، أما بالنسبة للأمراض الأخرى فإن المادة (114) من مجلة الأحوال الشخصية² قد ذكرت العيوب في فقراتها و اشترطت أن لا تكون هذه الأمراض تمس بالأهداف التي سبق ذكرها، و إلا اعتبرها المشرع غير قابلة للتطليق، و عليه رفض الدعوى أصلاً، كما يُلاحظ أن المشرع التونسي لم يترك الأمر مطلقاً بالنسبة للعيوب، وهي النقطة التي إشتراك فيها مع المشرع المغربي و الجزائري، لكنه إنفرد بالتفصيل في قضية العقم و تمييزه عن الأمراض الأخرى المعدية منها و الغير معدية.

1 يرى الدكتور لمطاعي نور الدين، أن المشرع التونسي ما دام فصل في قضية التطليق للعيوب على العقم فإن ذلك يعني أنه يعتبر أن العقم هو أهم العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين، ولكن بشروط منطقية يقبلها العقل، ويكون بذلك قد توافقت مع المشرع الإماراتي إلى حد كبير، وذلك في قضية التفريق للعقم، حيث يشترط المشرع الإماراتي لإثبات التفريق للعقم ما يلي :

أ- أن لا يكون للزوجة ولد من غير زوجها .

ب- أن يكون العقم ثابت بتقارير طبية دقيقة

ج- مرور مرور تكثر من خمس سنوات على الزواج، **أنظر:** لمطاعي نور الدين، الطلاق وآثاره على الأحكام القضائية، دار فسيلة، الجزائر، 2009.

2 الأمر الصادر بتاريخ: 13 أوت 1956، يتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي التونسي، العدد 66، 17 أوت 1954.

الفرع الرابع/ نوع الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب

اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب هل هي طلاق بائن أم رجعي ففي دراستنا هذه لم نتطرق في الفروع الثلاثة إلى طرق إثبات العيوب لأن طرق الإثبات الخاصة بالعيوب دائماً يرجع فيها إلى الأدلة المختلفة مادامت مبنية على إدعاء أمام العدالة وعليه فإن عبء الإثبات يقع على المدعي بصفة عامة تحت قاعدة البينة على من إدعى، والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى سكت على هذا الشأن ولم يستثني الإثبات في أمور التطليق كونها تتعلق بالحياة الزوجية واحترام خصوصيتها،¹¹⁰ لأن هذا يعتبر فتح الباب أمام الدعاوى الكيدية وبالتالي باعتبار الإثبات مبني على شهادات طبية مسلمة من أطباء مختصين في هذا المجال وبالتالي يعتبر هذا الإجراء من أحسن ما ذهبت إليه التشريعات العربية في قضائها كونها كلها لم تنص على شهادة الشهود بل بالشهادات الطبية المختصة المقدمة في هذا المجال، وعليه فإنه يمكن اعتبار التطليق بائن ورجعي من خلال:²

أنه طلاق بائن، إذ يرى رأي من الفقه أن الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب تعتبر طلاق بائناً طالما كان مبني على أسباب ووقائع حقيقية مثبتة بشهادات رسمية وهو قول المذهب المالكي،³ واستدل بذلك بأن التفريق للعيوب يعتبر بائن لأنه وقع بناء على دعوى يقدمها أحد الزوجين، تثبت ضرراً حاصلاً وقائماً، حيث أن هذا تم اعتبار الطلاق رجعي والضرر مازال قائم فإن ذلك يعتبر مواصلة للضرر والمشاكل الزوجية في آن واحد.

1 أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما جرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009، ص 333.

2 عبدالقادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2001، ص 287

3 عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، دار صادر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت 1994، ص 311.

لإشارة فإن المشرع المغربي إعتبر التفريق بسبب العيب طلاق بائن، لأن المدونة تطرقت إلى حالتين الذين نعتبر فيهم التطليق طلاق بائن وهو التطليق بسبب الإيلاء وعدم قيام الزوج بواجب النفقة، وبالتالي ما عدا ذلك يعتبر طلاقاً رجعياً.

لكن مجلة الأحوال الشخصية إعتبرت التطليق للعيوب يعتبر طلاقاً وليس فسخاً، لكنه لم يفصل أهو رجعي أم بائن، وبالتالي فإنه باعتباره تطليقاً فإنه ينقص من عدد الطلقات الممنوحة للزوج دون الزوجة، لأن المشرع التونسي يعتبر التطليق طلاق في الأساس.¹

أما المشرع الجزائري فقد إعتبره طلاق وليس فسخ، وهذا ما يفهم من نص المادة التي تنص على أنه يجب التفريق بين ما يكون قبل محاولة الصلح وبعدها، وعليه يفهم من نص المادة أنه طلاق بائن، لأن المشرع الجزائري نص على الطلاق وليس على الفسخ.²

المبحث الثاني

التطليق لإخلال الزوج بواجب النفقة و للتعدد

من خلال هذا المبحث سنقوم بدراسة إخلال الزوج بواجباته والتزاماته سواء الإخلال بواجب النفقة أو بزواجه من ثانية، لأن هذين النقطتين مهمتين جداً ، لذلك تم تخصيص مبحث مستقل لهما، وسنقوم بعرض هذين العنصرين، مركزين على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية حول هاتيه الأحكام، وموقف التشريعات الوضعية محل دراسة (التشريع المغربي والجزائري التونسي)، وقمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية بواجب النفقة

المطلب الثاني: التطليق للزواج بثانية.

1 عبد الرحمان الجريزي، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العربية، بيروت، 2004، ص933

2 عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص290

المطلب الأول

التطبيق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية بواجب النفقة

سنقوم في هذا المطلب بدراسة التطبيق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة، وعليه تم تقسيم المطلب إلى ثلاث فروع، الأول تطرقنا فيه إلى ماهية النفقة وتعريفها، أما الفرع الثاني فتم البحث في موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطبيق لعدم الإنفاق، أما الثالث فنعرض فيه موقف التشريعات الوضعية للتطبيق عدم الإنفاق.

الفرع الأول: ماهية النفقة

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التطبيق لعدم الإنفاق

الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري والتونسي والمغربي من التطبيق لعدم الإنفاق

الفرع الأول/ ماهية النفقة

تعتبر النفقة من أهم الإلتزامات الزوجية، والتي تنشأ مباشرة بمجرد إنعقاد العقد، والمقصود من النفقة هنا هي نفقة الزوج على زوجته حتى وإن كانت الزوجة غنية وميسورة الحال، وعليه فإن الزوج ينفق على زوجته وجوباً بمجرد الدخول بها، ويعتبر هذا الإلتزام تأصيل إسلامي يقوم على ثلاث أسس وهي:

- قيام الرابطة الزوجية
- الحل أي ملكية الزوج
- الفراش

وعليه فإن جميع التشريعات العربية، إتفقت على إعتبار النفقة واجبة وفق هاته العناصر الثلاثة،¹ ومن هذا المنطلق سنحاول التعرض إلى النفقة بالتفصيل ومتى تجب النفقة خاصة عند حدوث نزاع بين الزوجين حول مقدار النفقة ومدى إلزاميتها.

أولاً/ وجوب النفقة:

أ- من الكتاب: يدخل تصنيف النفقة في باب الوجوب بنص القرآن الكريم لقوله ﷻ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾² وفي الآية دليل على وجوب النفقة على الزوج، بقدر الإستطاعة والوسع.

ب- السنة النبوية المطهرة: النفقة واجبة أيضاً بنص الحديث الذي رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما النبي ﷺ لقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾³، ويفهم من نص الحديث وجوب النفقة لكن بالمعروف أي بحدود إستطاعة الزوج، وقدرته .

ج- وجوب النفقة في التشريعات الوضعية:

1/ في التشريع الجزائري: لم يهمل المشرع الجزائري النفقة في قانون الأسرة، حيث أشار إليها في المادة (74) من قانون الأسرة والتي أقرت بوجوب نفقة الزوج على زوجته⁴.

2/ في التشريع المغربي: أشارت مدونة الأحوال الشخصية المغربية هي الأخرى إلى وجوب النفقة الشرعية على الزوج، وذلك بمجرد الدخول بها أو البناء مثل ما أشار إليه المشرع الجزائري، وهذا ما ذكرته المادة(194) من مدونة الأسرة المغربية.⁵

1 محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد القضائي وقانون الأسرة، مرجع سابق، ص.235

2 سورة الطلاق، الآية (07)

3 سورة الطلاق، الآية (07)

4 تنص المادة (74) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه على بينة مع مراعاة أحكام المواد 78.79.80 من هذا القانون).المصدر السابق.

5 تنص المادة (174) من مدونة الأسرة المغربية على أنه: (تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها).المصدر السابق.

3/ في التشريع التونسي: ذكر المشرع التونسي النفقة ووجوبها في المجلة وربطها بشيء واحد عكس التشريعين السابقين وهو التسليم إذا ما سلمت نفسها لزوجها وجبت نفقتها.¹

وعليه فإن التشريعات السابقة كلها أجمعت على وجوب النفقة بمجرد:

وعليه فإن التشريعات السابقة كلها أجمعت على وجوب النفقة بمجرد:

- البناء أو الدخول

- أن تسلم الزوجة نفسها لزوجها

- الرابطة الزوجية القائمة (العقد الصحيح)

والملاحظ أن التشريعات لم تربط الوجوب بالأمور التي تشملها النفقة، بل إكتفت بالنص على وجوبها فقط، أما المشتملات فتأتي في مواد أخرى سنتطرق إليها في مشتملات النفقة، ولم يذكر معها كذلك المقدار وتركته في مواد أخرى أيضاً، وعليه فإن هذه النقطة تركت للقاضي الحرية في تقديرها كونها مرتبطة بوسع الزوج وقدرته، كما أشار إليه الله ﷻ، لأن الإنفاق هنا بدافع الوجوب ولكن في حدود الوسع، لأن الله لا يكلف الله نفساً إلا وسعها وإستطاعتها.

و مسألة القدرة تركتها التشريعات الثلاثة في يد القاضي وفي حدود سلطته التقديرية لأنها تختلف باختلاف المكان والزمان والأشخاص، وعلى ذكر الزمان فهناك مستجدات ظهرت في قضية الإنفاق وهي قضية النفقة على المرأة العاملة والسكن المنفرد حيث أصبحت هاته النقاط تطرح إشكالات متعددة في الوقت الحاضر، فأصبح يفهم من نواحي عدة، فمنهم من يرى أن مطالبة الزوجة العاملة بحقها يعتبر نشوزاً وبالتالي يسقط حقها في النفقة، ومنهم من يرى العكس من ذلك، الأمر الذي فصلت فيه المحكمة العليا أن الزوجة التي تخالف الأحكام القضائية الخاصة بالرجوع إلى بيتها تعتبر في حكم الناشرة، وبالتالي يسقط حقها في النفقة.

1 تنص المادة (66) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: (تجب النفقة للزوج على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت نفسها له). المصدر السابق.

ثانياً/ أسبابها: إن السبب الحقيقي الذي شرعت من أجله النفقة هو نفقة الإحتباس حيث أن الزوج الذي يحبس زوجته ويستمتع بها توجبه نفقتها دون منازع، كونها أُلحِت له من دون الناس، وهي واجب عليها طاعته ورعاية شؤونه والقيام بالواجبات التي تفرضها العلاقة الزوجية، لأن جوهرها بين الزوجين هي العقد الصحيح كما تمت الإشارة إلى ذلك،¹ وعليه إن فقهاء الشريعة الإسلامية أكدوا على النقاط التالي:

- الطاعة
- تسليم الزوجة لنفسها
- القيام بكل مشاغل الزوج ورعاية شؤونه

وبالتالي فالنشوز يعرف هنا أنه الإخلال بأحد النقاط السابقة أو كلها، وزوال السبب يعني زوال الحق، وعليه سنعرض أسباب النفقة بإيجاز في ما يلي:

1-العقد الصحيح: ويقصد بالعقد الصحيح ما كان مستوفياً لجميع شروطه وأركانه، إذ يستثنى العقد الفاسد، ويقصد بالصحيح أيضاً ما كان قائماً على أسس قانونية لأن أغلب التشريعات أصبحت تشترط الرسمية، إذ أنه لا يكفي العقد العرفي فقط²، بل لا بد من الرسمية في العقود الزوجية، فهذه النقطة تعتبر حماية لحق الزوجة بالدرجة الأولى، حيث أنه قد يحدث العكس وتجد الزوجة نفسها ضحية، وعلى هذا الأساس فقد أشار المشرع الجزائري إلى هذه النقطة على أنه يفسخ العقد إذا إشتمل على مانع يمنع قيام الزواج الصحيح أو يتنافى مع مقاصده، وبالتالي يفهم موافقاً أن الزواج الصحيح حماية لحقوق الزوجة³.

1 نور الدين ميساوي، التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، لسنة 2012، ص14.

2 تنص المادة (32) من قانون الأسرة رقم: (11-84) المعدل بموجب الأمر (02-05) على أنه: (يبطل الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد).

3 نور الدين ميساوي، التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص15-16.

2- المعاشرة الزوجية: بالإضافة إلى النقطة السابقة فقد إشتراط الفقهاء أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية، وبالتالي تكون قادرة على تحقيق الرغبة لزوجها ويتحقق بذلك الشرط الخاص بالاستمتاع، لأن الزواج قائم على أسس دينية تهدف إلى بناء أسرة متكاملة، ولما كان شرط المشرع السن القانونية إلا لتحقيق هذا المقصد.

يرى الإمام مالك أن أساس النفقة هو الإستمتاع بالزوجة الصغيرة إضافة إلى الشروط الأخرى كالإحتباس، لأن المالكية قد شددوا على قضية الإستمتاع.¹

3- الطاعة: تعتبر الطاعة من بين الأمور الجوهرية التي تجب بها النفقة بإتفاق فقهاء المذاهب الأربعة، لأن النفقة واجبة على الزوجة بمجرد الدخول بها.²

ويفهم مخالفة أن النشوز هو نقيض الطاعة وبالتالي فهو من مسقطات النفقة في التشريع الإسلامي، حيث يرى الدكتور "فاروق عبد الكريم" أن العقد الصحيح وحده لا يكون سبباً لوجوب النفقة، لأن عبارة الزوجة جاءت بصورة مطلقة ومع ذلك أن الزوجة تستحق النفقة مسلمة كانت أم كتابية غنية كانت أم فقيرة طبقاً للقاعدة الأصولية التي تقول: المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة.³

للإشارة فإن المشرع العراقي أخذ بنفس الرأي الذي ذهب إليه المشرع الجزائري والمشرع المغربي معاً، إلا أنه أضاف النشوز على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، لأنه إذا رفضت الزوجة الإنتقال إلى بيت الزوجية فإن ذلك يعتبر نشوزاً مسقطاً للنفقة، إلا إذا كان سبب النشوز مقبول شرعاً.

1 عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفريع، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لبنان، 1987م/1408هـ، ص 55.

2 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 58-59.

3 فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة الهدى، 2004، ص 141.

وهنا تجدر الإشارة بأن هاته النقطة تطرق لها قضاة المحكمة العليا، أن السبب المشروع الذي تترك الزوجة من أجله بيت الزوجية قد لا يعتبر نشوزاً، كأن تشترط البيت المستقل عن بيت أهل الزوج، أو تمتنع عن الانتقال إلى مسكن لا يتوفر على الشروط الضرورية للحياة، كأن يكون غير مكتمل، أو في مكان لا يصلح للسكن أصلاً.

الفرع الثاني/ متطلبات النفقة ومشتملاتها

كما سبقت الإشارة إليه أن النفقة من واجبة على الزوج، سنعرض في هذا الفرع ما تشمله النفقة من الحاجيات الأساسية، مثل المأكل المشرب والملبس وهي النقاط التي إتفق عليها فقهاء المذاهب الأربعة وإعتبروها من الحاجيات الضرورية:¹

أولاً/ **مشتملات النفقة عند الفقهاء:** إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن النفقة تشتمل الحاجيات والمتطلبات الضرورية في الحياة اليومية للإنسان والتي في مقدمتها:²

- المسكن
- الملبس
- المشرب
- المأكل

وعليه فإن الزوج مطالب بتوفير تلك الحاجيات وجوباً في حدود إستطاعته وقدرته بدون تكلف ولا إسراف، وهو رأي الجمهور من الفقهاء، إلا أن المذهب الحنفي خالفهم في نقطة واحدة ألا وهي نفقة العلاج حيث يضيف فقهاء المذهب الحنفي نفقات العلاج بإعتبارها نفقات ضرورية، ومن حق الزوجة المطالبة بهذا الحق عند القاضي.

1الصادقي الغرياني، مدونة الفقه المالكي، 638/2

2 عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص71

أما الفقهاء فيرون أن الحاجيات الضرورية للنفقة لا بد للزوج من توفيرها للزوجة وإلا رفعت أمرها للقاضي، والسكن لا بد أن يكون لائقاً بدون تفاصيل أخرى مثل السكن المستقل كون الفقهاء لم يتطرقوا إلى هاته النقطة، إلا الظاهرية تعرضوا لهذه النقطة ورأوا أن الزوجة من حقها المطالبة بسكن مستقل عن أهل زوجها أي خال من غير المحارم، وإذا عجز الزوج على توفير سكن بهذه المواصفات يجب عليه أن يستأجر سكن لها، وذهب الظاهرية إلى أبعد من ذلك وهو خلو بيت الزوجية من أبناء الزوج من زوجته الأخرى.¹

هذا وأن المتأخرين من الفقهاء في العصر الحديث أصبحوا يتحدثون على شروط أخرى لم يتطرق إليها الفقهاء سابقاً مثل الشروط التالية:

- ضرورة توفر السكن على وسائل ضرورية للعيش الكريم مثل الأفرشة الضرورية والأغطية واللوازم الضرورية للسكن، وأن لا يكون هذا المسكن في مكان يشكل خطراً على الزوجة وأولادها.²

- أن لا يكون السكن وسط من كانت الزوجة أختاً لقاتل أحد الجيران أو إخوانه أو وسط قبيلته، كون ذلك لا يحقق السكنية ولا يليق بمسكن الشرعية، وبالتالي فإن الزوجة في هذه الحالة لها أن ترفع أمرها للقاضي إذا خالف الزوج ذلك.

وعليه فإنه يمكن اعتبار السكن لائقاً إذا كان لا يخالف النقاط التي ذكرها الفقهاء ومما يرضى أن يسكن فيه الزوج عادي، وذلك لقوله ﷺ: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ»،³ وعليه فإن السكن يكون في حدود استطاعة الزوج من دون افراط ولا تفريط، حيث ورد في (كتاب شرح الوجيز) عن الرافعي قوله ومما يجب على الزوج تهيئة المسكن للزوجة، فإنه لا بد منه.

1 سحنون بن سعيد التتوحي، المدونة الكبرى لمالك ابن انس، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص195.

2 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، الجزء السابع، 1993 ص.237

3 سورة الطلاق، الآية (06)

وقد سبق أن المعتدة تستحقه و المنكوحة أولى بذلك، ويجب أن يسكنها في الموضع الذي يليق بحالها في العادي، فالتى لا يليق بحالها في العادة فإنه لا بد من إسكانها في دار أو حجرة، وينظر أيضا إلى حجمها وضيقها.

أ/ **نفقة العلاج:** بالإضافة إلى النفقات الضرورية التي سبق ذكرها فإن النفقات العلاجية لم يتطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية بإستثناء الإمام مالك الذي رأى أنه من حق الزوجة على الزوج،¹ لكن في حدود المعقول وذكر الأمام ضرورة مراعاة قدرة الرجل كأن يكون مرض مزمن وخطير ويكون الزوج لا يملك قوت يومه.²

ب/ **نفقة الخدم:** تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى نفقة الخدم كنفقة واجبة على الزوج لكن هناك شروط كثيرة اشترطها الفقهاء لوجوب نفقة الخدم الذي يخدم البيت، وبالتالي فنفقة الخدم تكون على الزوجة المريضة.

ومنهم من رأى أن الخدم يمكن أن يفوق الخدم الواحد إذا كانت الزوجة من الذين يستحقون ذلك شرعاً، وهو رأي الإمام مالك والجمهور عكس الإمام أبو حنيفة الذي يرى بعدم جواز الخدم للزوجة التي يعلم الزوج بمرضها قبل الدخول، وعليه فإن هذا العلم هو معيار سقوط تلك النفقة الخاصة بالخدم وهو ما أقره الحنابلة أيضاً.

وخلاصة القول أن الجمهور يرون وجوب نفقة الخدم على الزوج، ولكن للخدم الواحد فقط، خدمة للزوجة الأقدار، ولكن بشرط أن يكون الخدم ممن يؤتمن على البقاء في البيت مع الزوجة كأن تكون أنثى.

1 هارون كامل الشرياني، النفقة الواجبة على الزوج والإجراءات القضائية المتعلقة بها، مذكرة ماجستير، جامعة الخليل، ص 110

2 ابي القاسم عبد الكريم ابن محمد لرفاعي القزويني، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، 1997، ص 219.

ج/الأمور الكمالية: يرى جمهور الفقهاء أن الأمور الكمالية غير واجبة على الزوج، لأنه كما سبق أن أشرنا أن الفقهاء إشتطروا الأمور الضرورية والأساسية في الحياة، فالمواد التي تدخل في الزينة يرى الجمهور بأنها ما دامت للزينة فلا تعتبر ضرورية وتخرج من دائرة الوجوب، أما المذهب المالكي فيرى أن الأمور التي تدخل في الزينة منها ما هو ضروري موجب للنفقة ومنها ما هو كمالي غير واجب.¹

وعليه فإن القول بالوجوب لا يعني الحرمان فقد يستعمل الرجل الوجوب في سترة واحدة للفصول الأربعة وهذا يعتبر مخالفاً تماماً للشريعة الإسلامية، كون النبي ﷺ قد أوصى بالنساء خيراً، وإهتمام الفقهاء بهذا التفصيل هو بمثابة إقرار لحقوق المرأة في الدين الإسلامي حتى لا يقال أنه جاء مُجحفاً لحق الزوجة في بيت زوجها، وعليه يمكن القول أن القاضي لو يتبع آراء الفقهاء فقد فصلوا في قضية النفقة بالتفصيل، في الجوانب التالية:

- الزوجية وما ترتب عليها
- النفقات العلاجية
- اللباس
- الأفرشة
- الخدم

1 وعليه فإذا كانت هذه المواد التي تدخل في الزينة ضرورية فإنها تدخل في النفقة الواجبة ويجب على الزوج أن يشتريها لزوجته وذكر مثال كالعطور التي تزيل الروائح الكريهة لأن طبيعة الإنسان يتعرض في حياته الطبيعية إلى تعرق وما إلى ذلك من الأمور في الحياة اليومية، وحفاظاً على المظهر اللائق في الإنسان فإنه من غير المعقول حرمان الزوجة من هذه الأمور، فالمالكية إستعملوا منطق العقل في هذه الحالة، لأن الحياة الزوجية تتطلب إهتماماً فائق حتى لا تقع الثفرة بين الزوجين، وتعتبر هذه المواد من المواد التي تحفظ المظاهر للزوجة، أنظر: نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث ب س، ب ط ص 27

الفرع الثالث/ تقدير النفقة ومسقطاتها:

أولاً/ تقدير النفقة:

1- في الفقه الإسلامي: كما سبقت الإشارة إليه أن الفقهاء لم يحددوا النفقة بمقدار معين بل جعلوا ذلك في حدود قدرة الزوج ووسعه كون ذلك بنص الآية الكريمة، فلوا تم ضبطها فسيكون ذلك إضراراً بحق الزوجة تارة، وبالزوج تارة أخرى، وعلى العموم فإن مقدار النفقة هو حدود إستطاعة الزوج وقدرته، وهو ما سنعرضه في موقف الفقهاء من هذه النقطة:

أ/الرأي الأول: وهو رأي القائلين بضرورة مراعاة القدرة والوضعية المالية للزوج، والوسع للزوج وهو ما يضع الزوجة في موقف عبء الإثبات للحالة والقدرة المالية للزوج، وفي هذه الحالة سنميز بين ثلاث حالات هي:

- في حالة العسر فإنه يكون بالمستطاع والقدرة على الضروريات منها فقط من غير تكليف

- في حالة العيشة المتوسطة فتكون بالوسع

- في حالة العيش الميسور فيكون بالمعروف وطيب النفس

ويعتبر الفقهاء القائلين بهذا الرأي أن هناك صعوبة كبيرة في تحديد مقدار النفقة التي من صميم قدرة الزوج، فلا يعرف القاضي مدى قدرة الزوج المالية، ولهذا فإن فقهاء المذهب الحنفي قد فصل كما سبقت الإشارة إليه سابقاً، فلا إفراط ولا تفريط حتى لا يظلم الزوج ولا الزوجة، لأن المذهب الشافعي قد توافق مع المذهب الحنفي والظاهري في هذه النقطة، ألا وهي ترك النفقة للزوج في حدود الإستطاعة والقدرة.

أما الإمام السرخسي في ظاهر الرواية¹ لمن زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسر فلا تفرض على الزوج إلا بحساب الحال، وبالتالي فإن حسبه النفقة في حدود قدرة الزوج، وقد ربطه الإمام النفقة بقوله ﷺ: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾²، وعليه فإن هاته الآية قد ضمنت الحد الأدنى من الإنفاق وعليه فلا يمكن حصره إلا بالمعقول، ويستدل الإمام أيضا بالحديث الذي يشير فيه النبي ﷺ إلى فضل الإنفاق على الأهل وهذا في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ﴿دينار أنفقته في سبيل الله، ودينار أنفقته في رقة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجراً الذي أنفقته على أهلك﴾³، وفي حديث آخر الذي رواه أبو عبد الرحمن ثوبان ابن جدد مولى رسول الله ﷺ قال قال رسول الله ﷺ: ﴿أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله، ودينار ينفقه على دابته في سبيل الله ودينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله﴾.

ويرى أصحاب المذهب الظاهري والجعفري أن الزوج الميسر متى أنفق على زوجته فإنه يبتغي بذلك الأجر والثواب من الله تعالى، أما الفقير فبما أنعم الله عليه، لأن كل ما ينفقه الرجل يبتغي الأجر كما سبق في الحديث.

ب/الرأي الثاني: يرى الفقهاء أنه يرجع في تقدير النفقة إلى حال الزوجين معاً من حيث الإعسار والميسر، وبالتالي فإن أمر النفقة يرجع إليهما وليس إلى كلاهما، وهو رأي المالكية والحنابلة وابن حزم الظاهري الذي توسع قليلاً في هذه الجزئية، حيث يرى بالإضافة إلى حال الزوجين من

¹ يقصد بظاهر الرواية، الكتب الفقهية الستة التي تعتبر مرجعاً للفقه الحنفي، وقد أشار إليها الإمام السرخسي بأبيات شعرية في المبسط، والكتب هي: الجامع الكبير، الجامع الصغير، الميسر الكبير، الميسر الصغير، المبسط، لزيادات، نقلاً عن هارون كامل الشرياني، النفقة الواجبة على الزوج والإجراءات القضائية المتعلقة بها، مرجع سابق، ص 98.

² سورة البقرة، الآية (07)

³ رواه مسلم (290/2)

أمثالهم، وإلى حال المنطقة وأوصافها من أسعار وغلاء وتجارة وركود وأثمان وكلها أمور تدخل في مقدار النفقة والوسع، بالإضافة إلى العصور من زمن لآخر من وطن لآخر.¹

ونجد أيضاً الإمام ابن تيمية الذي تطرق إلى موضوع النفقة ومقدراتها بنوع من التفصيل ورأى أنها متى وجبت للزوجة من ضروريات للحياة من مأكّل ومشرب وملبس حسب الوسع والطاقة والحال واليسر من العسر،² ويستند في ذلك إلى أعراف البلد الذي يعيش فيه الزوجين معاً، مع الأخذ بعين الاعتبار النوع والوصف ويمكن الإعتماد على المعيارين في تحديد الحال في المتغيرات التي تحدث في الفصول الأربعة ومتطلباتها، وخلاصة القول أن المعيار المعتمد هو الوسع والقدرة.³

ج/الرأي الثالث: وهو الرأي القائل بضرورة ترك الأمر في تقدير النفقة للقاضي وحده، فهو من يستطيع تقدير النفقة ومعرفة اليسر من العسر والفقر من الغنى فكل الأمور الإحتيالية يكتشفها أثناء رفع الأمر إليه من طرف الزوجة، وعليه فأصحاب الرأي يرون أن القاضي له سلطة واسعة في مقدار النفقة، ومدى موافقتها لما تطلبه الحياة الكريمة للزوجين، ولأن الناس تعيش تحت سقف واحد من الصعوبة تحديد المقدار إلا من القاضي وحده.

1- الإتفاق بين الزوجين على النفقة: وهي إتفاق الزوجان على النفقة ومشتملاتها قبل العقد ويكون ذلك مسبقاً، ويقول الظاهرية أن الإتفاق يكون مشتملاً جميع نواحي الحياة من مسكن وملبس ومشرب وأمور كمالية، وعليه فإن الإتفاق يكون أشمل ما دام الزوجين قد ترك لهم المجال في تحديد النفقة، وعليه هنا نميز بين حالتين وهما الإتفاق الرضائي و الإتفاق القضائي، فالأولى تكون بشكل عادي وفي الحالات العادية بينما الثاني تكون بقيام منازعة بين الزوجية ما دام القاضي تدخل فيها.

1 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 87

2 محمد أحمد الحسين، النفقة ومقدارها، مجلة الإحياء، العدد السادس، 2014، ص 200

3 محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، الطبعة الأولى، 1418 هـ

2- الإتفاق عن طريق المحكمة: وتعتبر هذه النقطة أكثر تعقيداً من الأولى كون الإتفاق الذي يديره القاضي يستند إلى معطيات تشتمل على الأساسيات والضروريات معاً، وتأخذ أيضاً حالة الزوج المالية والزمان والمكان، حيث يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الأمور المتعلقة بالضروريات تكون عند حدوث منازعة بين الزوجين وبالتالي فعلى القاضي أن يجعل مهر المثل معياراً لمعالجة النفقة ويجب عليه أن يتطرق إلى التفاصيل والإدعاءات حسب الطلب والوسع.

ويرى الإمام أيضاً أنه حتى وإن تمسكت الزوجة بأن الوطاء يمكن أن يلحق الأذى بها يعين القاضي من أهل الإختصاص لضمان حق الزوج في هذه المسألة، وعلى هذا النحو يتم التطرق إلى جميع النقاط المتنازع فيها، فإذا لم يتم الإتفاق في بعض النقاط فتكون بالحسنى والإحسان.¹

بالإضافة إلى ما سبق فإنه يمكن تعديل النفقة كما يلي:

- إذا حدث طارئ بين الزوجين

- إذا حصل إرتفاع جنوني في أسار البلد

- إذا ظهر أمر من الأمور التي كانت بين الخصومة

- إذا قدم أحد الزوجين إثبات بأن الزوج الآخر كان قد قام بتظليل القاضي.

وعليه فإنه إذا حصل أحد الأمور التي تم ذكرها سابقاً فإن النفقة عند الفقهاء يتم تعديلها سواء بالزيادة أو النقصان، ما دام طرأ عليها طارئ، وعليه فإن التعديل في النفقة لا يكون تلقائياً بل بإثارته من طرف الزوجة.

1 فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، الجزء الثالث، من كتاب النفقة الواجبة، الباب الرابع، ص 84/83

ثانياً/ في التشريعات الوضعية: تم التوسع قليلاً في النفقة عن الفقه الإسلامي وهنا سنعرض متطلبات النفقة في التشريعات الوضعية محل الدراسة وهي:

1- في التشريع الجزائري: بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن النفقة تشمل الغذاء واللباس والعلاج وأجرة السكن، بالإضافة إلى الضروريات التي تفرضها الأعراف والعادات داخل المجتمع، وعليه فإن المشرع الجزائري يكون قد أخذ برأي الجمهور الذين أخذوا بالضروريات بالإضافة إلى العلاج واعتبروه أيضاً ضمن النفقة.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بآراء المذاهب الأربعة في النفقة والظاهرية معاً و مسألة الخدم أدرجها ضمن العرف والعادات لأن المجتمع الجزائري لا توجد فيه مثل هذه الأمور، إلا أنه أصبحت تعرف عند بعض العائلات الغنية منها فقط¹، إلا أن القاضي يمكنه إعتبارها في باب العادات والأعراف، وأدرج المشرع الجزائري الأمور التي تطلبها المنازعة ويدخلها ضمن الأمور التي تفرضها تلك العادات والأعراف لأنها تختلف من منطقة وأخرى.

2- في التشريع المغربي: سائر المشرع المغربي المشرع الجزائري إلى حد كبير حين إعتبر النفقة تشمل المسكن والملبس والعلاج والغذاء وأضاف هو الآخر المتطلبات التي تفرضها الحياة الإجتماعية خاصة ما يكلف منها الأولاد في التعليم، والملاحظ أن المشرع المغربي لم يتوسع في النفقة مثل المشرع الجزائري في قضية الأعراف والعادات ويعطي بذلك صلاحيات موسعة في البحث عن المواد الأخرى، إذ نجد في المدونة أن القاضي يراعي في النفقة الأمور المتعلقة بسكن الزوجة ويفهم ذلك أن نفقة المسكن تدخل ضمن المتطلبات.

3- في التشريع التونسي: تطرق المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية أن النفقة تتمثل في الغذاء والطعام والسكن والزينة والخدم فإنه يفهم أن المشرع التونسي أخذ بمذهب الجمهور

1 تنص المادة (78) من قانون الأسرة: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يقدم من الضروريات في العرف والعادة"، القانون رقم: (84-11)، المعدل بموجب الامر رقم: (02-05)، المصدر السابق.

بالإضافة إلى رأي الجعفرية ويكون قد جعل معياراً واسعاً ألا وهو كل شيء تفرضه متطلبات العيش الكريم والعيش العشرة الزوجية بالمعروف.

ويستخلص أن التشريعات العربية محل الدراسة قد تطرقت إلى النفقة بنوع من التفصيل وبالتالي فإن القاضي يجد الأمر كله مفتوح للفصل في المنازعة بكل إرتياح .

ثالثاً/ مسقطات النفقة: في هذا الفرع سنحاول التطرق إلى مسقطات النفقة في التشريع الجزائري فقط والذي هو الآخر قد تطرق إلى قضية الإسقاط بنوع من التفصيل، لأن النفقة لا تسقط على الزوجة مادامت الرابطة الزوجية قائمة بينهم، إلا إذا طرأ طارئ وقتها تسقط بالإتفاق أو القضاء وهي:

1/ الزوجة الصغيرة: التي لا تصلح للمعاشرة الزوجية وذلك لأنه كما سبق أن تطرقنا في إثبات النفقة هي الإستمتاع فإذا كنت الزوجة غير صالحة لمعاشرة الزوجية لإن ذلك يسقط حقها في النفقة، وهنا يجدي نفعاً شرط الإحتباس مادام الإستمتاع غير موجود، فهذا الأخير يسقط الإحتباس والعكس غر صحيح، وبالتالي فهذا الشرط متى قام سقط الحق في النفقة.¹

2/ الزوجة المعقود عليها بعقد فاسد: ففي هذه الحالة تسقط النفقة على الزوج وبضيف الفقهاء في هذه النقطة جزئية أخرى ألا وهي المدخول بها بناء على شبهة ففي هذه الحالة تسقط النفقة أيضاً

1ميز فقهاء الشريعة الاسلامية في هذا الشأن بين ثلاث حالات في مسألة الصغيرة وهي: أ- الصغيرة التي تصلح للمعاشرة الزوجية وتكون قد سلمت نفسها لزوجها فهي بذلك تستحق النفقة دون نفقة السكن التي تستثنى من ذلك، ويقاس عليها بأحكام الزوجة الكبيرة، ب- الصغيرة التي تصلح لكل الأمور كالأستئناس و الخدمة إلا المعاشرة الزوجية فالفقهاء يرون أنها لا تستحق النفقة، وركزوا هنا على نفقة المسكن كون المعاشرة الزوجية جوهر السكن المستقل، فيرى الفقهاء أيضاً أن الزوج هنا بإمكانه إرجاعها إلى بيت أهلها دون إلزام الزوج بالنفقة، والواضح أن إختلاف الرأيين هنا هو دليل على أن المعاشرة الزوجية هي المعيار في تحديد النفقة وإستحقاقها أنظر: شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، مطبعة السعادة، الجزء الخامس، مصر، 1324هـ، ص186.

3/ الزوجة الناشئة: ويدخل ضمن النشوز جميع تصرفات الزوجة التي تترجم خروجها على طاعة زوجها، كما سبق التطرق إليه أن الطاعة من بين موجبات النفقة في التشريعات لإسلامي والجزائري، وبالتالي فالنشوز هنا يسقط الحق في النفقة وصور النشوز الزوجة كثيرة، كأن تمتنع الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوجية مثلاً والخروج عن طاعة الزوجة مخالفة أوامره وتعد هذه النقطة لا تقل أهمية عن النشوز.¹

4/ خروج الزوجة من بيت الزوج بدون رضاه: فهنا تسقط النفقة والسبب في ذلك كونها تتعارض مع حق الإحتباس وبالتالي فالحق في الإستمتاع يعتبر هنا ملغى لأنه حالة خاصة، إلا إذا لم يكن مع غير القريب المحرم وتعتبر هذه النقطة أسالت حبر كثير من الفقهاء.

إذ تدخل المرأة لعاملة أيضاً في هذا النطاق، إلا أنه وبعد صدور فتوى أن عمل المرأة لا يعني نشوزها وبالتالي فلا يسقط حقها في النفقة كما أن الزوجة التي تخرج من بيت الزوج المقيمة مع أهلها من أجل المطالبة بسكن مستقل لا يعتبر نشوزاً.

المطلب الثاني

التطبيق لتعدد الزوجات

من خلال هذا المطلب سنحاول التعرض إلى التعدد في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية ومدى إعتبار هذه النقطة مثبتة لحق الزوجة في التطليق، حيث تم تقسيم المطلب إلى فرع أول تم التطرق فيه إلى أحكام التعدد في الشريعة الإسلامية، وفرع ثاني أحكامه في التشريعات الوضعية.

1 يقصد بالنشوز الخروج عن الطاعة والطوع، وتعتبر كذلك أيضاً الزوجة الخارجة من بيت الزوجية دون إذن زوجها وإرادته، وعليه فإن هذه التصرفات قريبة على عدم إستحقاق الزوجة للنفقة، حيث نجد أن أغلب التشريعات العربية تطرقت لهاته النقطة وتوافقت فيها، لأن الشريعة الإسلامية أعطت النفقة للزوجة نظير بقائها في بيت زوجها ورعاية شؤونها، حيث نجد في هذا الصدد على سبيل المثال المشرع الأردني في المادة 67 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: (إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها والناشر هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول لبيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر، ويعتبر من المسوغات الشرعية لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة. أنظر: كريمة عبود جبر، النفقة في الشريعة الإسلامية رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العراق 1989/1988، ص38.

الفرع الأول/ أحكام التعدد في الإسلام:

أباحَت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات في حدود أربع زوجات، وهذا حفاظاً على النسل ولكنها لم تطلق العنان للزوج في التعدد بل ضبطته بأحكام حتى لا يكون هذا الحق فيه مضرة للغير وإعتداء على حدود الله، وعليه فإن التعدد مباح في جميع مذاهب الشريعة الإسلامية وبإتفاق جميع الفقهاء¹.

أولاً/ مشروعية التعدد في الإسلام:

1- من الكتاب: ثبتت مشروعية التعدد بنص القرآن الكريم حيث يقول الله ﷻ: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾². وهذا دليل على مشروعية النكاح.

2- من السنة النبوية: إن الدليل من السنة في هذه الحالة هو السنة الفعلية حيث أن النبي ﷺ تزوج في حياته تسع نساء، وتعتبر الزيادة على الأربعة عنده ﷺ خالصة له من دون سائر المسلمين لحكمة يعلمها الله تعالى، وأيضاً ما كان من النبي ﷺ في إستقباله للوفود الإسلامية حيث يأمرهم بترك أربع زوجات وتسريح ما سواهن.

ثانياً/ الحكمة من تشريع التعدد: إن أحكام الشريعة الإسلامية في أصول الفقه تنقسم إلى أحكام معللة وأخرى غير معللة، فغير المعللة تدخل في جانب العبادات والتي لم تظهر العلة من تشريعها كعدد الصلوات مثلاً، أما المعللة فهي ما ظهرت الحكمة من تشريعها، وعليه فإن التعدد يدخل ضمن الأحكام المعللة في الشريعة الإسلامية، إذ نجد أن الحكمة من تشريعه راجع إلى تشعب الحياة ومتطلباتها ومتقلباتها، فلما كان الزواج من أجل تحصين النفس ولحمايتها من مغريات الحياة ، فإنه قد لا يكفي الرجل بزوجة واحدة فجعلت التعدد وسيلة لكبح جماح النفس.

1 محمد ابن احمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص74

2 سورة النساء، الآية (03)

وعليه يمكن إجمال النقاط التي شرع من أجلها التعدد هي:

- الحفاظ على النسل البشري والذي يسعى إليه كل إنسان، وغايته هو الإكثار من نسله وفيمن يحمل لقبه وإسمه ، حيث كان العرب قديماً يتغنون بمن له أحفاداً أكثر .

- معالجة مشكل قلة الرجال وكثرة النساء لأن الله خلق الكون وأحسن خلقه لحكمة يعلمها وحده ومادام النساء أكثر من الرجال فيكون التعدد وسيلة للقضاء على هذا المشكل، ويرجع قلة الرجال إلى كثرة الحروب والفتن والتي يكون الجنس الذكوري أكثر عرضة لمثل هاته الفتن، ما يجعل النساء أكثر منهم، لقوله ﷺ: ﴿إِنْ مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ أَنْ يَقْتُلَ الْعِلْمُ، وَيُظْهَرَ الْجَهْلُ، وَيُظْهَرَ الزَّنا، وَتَكْثُرَ النِّسَاءُ حَتَّى يَكُونَ لَخَمْسِينَ امْرَأَةً الْقِيمُ الْوَاحِدُ﴾.¹

- أن الزوج الذي يعيش مع زوجة واحدة قد لا تكفيه لإشباع حاجياته لسبب أو لأسباب متعددة مثل الحيض، المرض، الكبر

- قد يكون الزواج بأكثر من واحدة دعوة للطاعة للزوجة التي تهمل حياة زوجها ولا تعمل على تحقيق رغباته ولا تقوم بواجباتها الزوجية على أحسن وجه.²

- عقم الزوجة ويكون بينها وبين الزوج مودة ورحمة، ويعتبر التعدد هو السبيل الوحيد للبقاء في الزوجية من جهة وتحقيق حلم الزوج في الإنجاب من جهة أخرى، حيث أنه إذا كانت الزوجة تحظى بود زوجها ولا يستطيع مفارقتها ولكنها لا تتجب وكانت له رغبة في الإنجاب يعتبر التعدد هو الحل في هذه الحالة.

- كثرة الأمراض المزمنة المختلفة خاصة عند النساء فإن الزواج بأكثر من واحدة يعتبر سبيلاً لحل هذه المشكلة

1 سنن النسائي(63/7)، ابن ماجة(633/1)، صحيح ابن حبان(10/7)، المستدرک الحاكم(186/2)

2 رشا بسام ابراهيم زريعة، عوامل استقرار الأسرة في الإسلام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2010، ص103

- إمكانية تمتع الرجل بالقوة الجنسية، الأمر الذي لا تستطيع زوجة واحدة تحقيق كل رغباته وبالتالي فعليه الزواج بثانية.

ثالثاً/ حكم التعدد في الإسلام: تعتري التعدد الأحكام الخمس للشرعية الإسلامية:

-الإباحة إذا كان الزوج يضمن العدل ولا يأتَمَن نفسه الوقوع في الحرام وله سعة في الرزق.

-الوجوب إذا كان متأكداً من عدم كفاية زوجة واحدة ويخشى على نفسه الوقوع في الحرام.

-الكراهية وهو من يقدر على التحصين نفسه ولا يخشى الوقوع في الحرام ولا يستطيع العدل.

-التحريم وهو من لا يقدر على العدل وغير قادر مادياً ويقصد الإضرار، أو فاق النصاب.

-الاستحباب وهو إذا كان يخاف الزنا على نفسه ويضمن العدل بنية العفة.

رابعاً/ شروط التعدد في الإسلام: كما تمت الإشارة إليه سابقاً فإن الشريعة الإسلامية لم تترك الأمر مطلقاً للزوج في مسألة التعدد حتى لا يتم العبث بهذا الرباط المقدس، بل ضبطه الشارع الحكيم بمجموعة من الضوابط والأسس التي لا بد من مراعاتها وهي:

1/ **العدل:** حيث تعتبر نية العدل هي الأساس والركيزة في التعدد بنص القرآن الكريم، لأن الرجل إذا خاف على نفسه عدم العدل يتحول التعدد من الإباحة إلى التحريم¹، وفي هذا السياق نفسه فقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه تواعد بإثم عظيم من تزوج بأكثر من زوجة ولم يعدل بينهم في الأمور المادية دون المعنوية كالمحبة، لأن الأولى مكتسبة والثانية فطرية لا يملك الإنسان التحكم فيها، وذلك بنص الحديث: ﴿من كانت له إمرأتان فمال لإحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل﴾².

1 محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، 1999، ص143

2 رواه الترمذي، حديث رقم (1352)، باب الشروط في النكاح، صحيح البخاري حديث رقم: (2721) باب النكاح.

2/ القدرة على الإنفاق: يقف حق التعدد عند القدرة على الإنفاق بسبب الظروف المادية، لأن النبي ﷺ لما خاطب معشر الشباب بدأ بالإستطاعة كشرط للزواج ونفس الحكم على التعدد ويقصد بها تكاليف الزواج والإنفاق.¹

3/ أن لا يكون التعدد تم ذكره في العقد: وهو أن لا يكون الزواج بثانية تم إشتراطه في العقد قبل الزواج، وبالتالي فهذا العنصر يعتبر مهماً جداً كونه يتعلق بشروط مسبقة تم الإتفاق عليها في عقد الزواج، فالشريعة الإسلامية أعطت العقود والشروط التي تبنى عليها أهمية كبرى وهاته الشروط هي:

- يرى الحنابلة أنه لا يجوز مخالفة الشروط المتفق عليها في الزواج مهما كانت طبيعتها في مجلس العقد، لأنها أصبحت تكتسي طابع الإلزام والوجوب

- يرى الحنفية أنه يجوز مخالفة الشروط المتفق عليها إذا كانت هذه الشروط منصوص عليها في الكتاب أو السنة أو معاً وتقر بمشروعيتها

- أما الإمام مالك فيرى أن الشروط التي تنص على أمر مباح في الشريعة فهي شروط غير مقبولة ويجوز مخالفتها

- ويرى الأمام الشافعي أن العقود التي تقوم على الشروط التي تتضمن أموراً في الدين مفصول فيها هي عقود باطلة، وهنا فقد إتفق الفقهاء الثلاثة في نقطة واحدة، وهي بطلان العقد الذي يتضمن أمراً دينياً تم التطرق في حكمه، وذلك مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً وأحل حراماً﴾.²

1 عبد الفتاح كباره، الزواج المدني ، دار الندوة الجديدة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1994، ص.332

2صحيح البخاري(43/1).

وعموماً فإنه يمكن إجمال النقاط الخاصة بالتعدد في:

- أن الإسلام لم يأمر بالتعدد وإنما سمح به، في حالات معينة وبشروط معينة كذلك، وهنا يظهر الفرق بين الوجوب و الإباحة، وهو ما يتعارض مع الانتقادات التي وجهها المستشرقين أن الإسلام فرض التعدد.¹

- أن الإسلام جعل التعدد مرتبط بشرط أساسي بنص القرآن الكريم وهو العدل وتوفر النية الجادة في ذلك، حتى لا يكون التعدد باب مشاكل يفتحه الزوج على نفسه

- أن العدل المقصود في الآية الكريمة هو العدل المادي وليس العدل المعنوي، كون المحبة والكره لا يتحكم فيهم الإنسان، وعليه فإن القدرة المالية هي المعيار لتعدد الزوجات وذلك للحديث الذي رواه السيدة عائشة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: ﴿اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك﴾.²

الفرع الثاني/ التعدد في التشريعات الوضعية

سنحاول في هذا الفرع دراسة التعدد في التشريعات الوضعية الثلاث الجزائري والمغربي والتونسي

أولاً/ موقف التشريع الجزائري: هنا سنعمل على دراسة التعدد في التشريع الجزائري بين مرحلتين الأولى قبل التعديل والثانية بعد التعديل

1- قبل التعديل: لم يهمل المشرع الجزائري مسألة التعدد حيث نجد نص عليها ذلك في المادة الثامنة بنصها: (يسمح بالتعدد بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت نية العدل ويتم ذلك بعد علم الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا).

1 حميد سرار، تعدد الزوجات في الإسلام، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، 2015، ص28

2 صحيح البخاري حديث رقم: (3101)

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد إعتترف للزوج بهذا الحق لكن بشروط متعددة، وهي المبرر الشرعي ونية العدل وإعلام السابقة واللاحقة، ورتب على الإخلال بذلك إمكانية رفع دعوى قضائية من طرف الزوجة السابقة إذا تعرضت للغش في الزواج، والملاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري تمسك أيضاً بأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة التعدد، وبقي يعترف للزوج بهذا الحق بالرغم من المناداة بضرورة مسايرة الواقع وعدم السماح للزوج بهذا الحق، سواء كانت من داخل الوطن وخارجه إلا أن هاته الإنتقادات تجاهلها المشرع، ومن بين أهم تلك الإنتقادات المؤتمر المنعقد سنة 1996 الذي نظم مع الوزيرة المكلفة بالأسرة ، بالجزائر، الذي يتناول حقوق المرأة بين الواقع والآفاق، حيث أنه وبعد ثلاث أيام من النقاش والتشاور خرج بالتوصيات التالية:

- عدم العمل بالتعدد وإلغاءه .¹

- العمل على إلغاء ركن الولي من الزواج بالنسبة للزوجة الراشدة.

- العمل على المساواة بين الرجل والمرأة في مسألة العصمة في فك الرابطة الزوجية.

وعليه يفهم بأن المشرع الجزائري واكب الشريعة الإسلامية في قضية تعدد الزوجات ولم يهتم بالمناداة الخارجية والداخلية معاً، وقد أحسن صنعاً عندما فعل ذلك، وترك الأمر للزوج إلا في حالات معدودة، كما أنه لم يخضع هذا الحق لرقابة القضاء ولا إلى ضابط الحالة المدنية ولا الموثق بل كل شيء على الزوج، وهو ما يفسره بعض الشراح أن الهدف في هذا التشريع هو النقص الملحوظ في أداء الزوجة لواجباتها الزوجية كربة بيت، ويتعلق الأمر أيضاً مثلاً بالأمراض التي تصيب الزوجة فتمنعه من مواصلة الزوجية بنفس الحالة التي كانت قبل المرض ويؤثر ذلك سلباً على حياة الزوج مثل التمتع، العجز.... الخ، وعليه فقد منح الزوج هذا الحق من أجل هاته

1 بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير ، مجلة الإجتهد للدراسات

القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي تمارست ، العدد 02، لسنة 2012، ص37

الغاية التي ربطها المشرع بعبارة كل مبرر شرعي.¹ وبالتالي فإن المبرر الشرعي يرجع لمدى تقديم الزوج لمبررات في هذا الصدد.

2- بعد التعديل: نالت المادة التي تنص على التعدد في القانون السابق نصيبها من التعديل في التعديل الأخير بموجب الأمر (05-02) حيث بقي الإقرار بحق الزوج في التعدد بنفس الشروط بإضافة شرط آخر وهو: إعلام الزوجة السابقة، وبالتالي فإن شروط التعدد بعد التعديل هي :

- توفر نية العدل

- وجود المبرر الشرعي

- إعلام الزوجة السابقة

- الترخيص من القاضي

إن إضافة عنصر الإعلام نقطة نالت نصيبها من النقاش بين الفقهاء والقانونيين والباحثين، وتعتبر عبارة الغش والتدليس، لكنه أبقى على العبارات الأخرى في المادة وهي حق الزوجة الأولى والثانية في اللجوء إلى القضاء في حالة التدليس، وهنا كلمة التدليس تعتبر مصطلحاً أوسع من الغش لأن التدليس يشمل الغش، الكذب...² وفي حالة الزواج بثانية ومخالفة عنصر الإعلام فإنه من حق الزوجة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتطليق وفق المادة (53) من قانون الأسرة لإثبات الضرر والمطالبة بالتطليق.

1 بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، العدد الثاني، الجزائر، 2013، ص15

2 قايد بلقاسم، تطور التشريعات الوطنية في حماية المرأة قراءات في لتشريع الجزائري، مجلة حقوق الإنسان، العدد 17، طرابلس 2017، ص49

كما لم يهمل المشرع مسألة الترخيص القضائي بالزواج بثانية وفق النص الذي أورده المادة (8) مكرر (1) من القانون رقم (02/05) ¹ وعموماً يمكن إجمال النقاط التي تطرق إليها التعديل في:

- ذكر المشرع الجزائري الترخيص القضائي بصياغة جديدة قديمة حيث أبقى على المادة السابقة مع ذكر الترخيص القضائي فقط كإجراء تبعي لقضية الإعلام والموافقة، وعليه فإن الجهة التي كانت مكلفة بإبرام عقد الزواج في السابق كانت تقتصر إلى الأساليب والشروط التي يتم من خلالها منح الترخيص، وعليه فإن صياغة المادة تفيد بأن الزواج بثانية بدون تقديم ترخيص يوضح فيه الأسباب الشرعية لطلب الزواج بثانية ويكون هذا الترخيص ورقة في يد الزوج للسماح له بالزواج.

- أن المشرع الجزائري قد أتى بالحديد في التعدد من خلال ضبطه أكثر وهي قضية الموافقة وعليه فإن الزوج يقع عليه إثبات هذه الموافقة والآليات الكفيلة بإثبات تلك الموافقة للقضاء أو للجهة المبرمة للعقد.

- الملاحظ أيضاً أن هناك علاقة وحيدة بين قضية الاتفاق في العقد والتطبيق .

ومما سبق ذكره فإن المشرع أعطى الحق للزوجة في طلب التفريق القضائي في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في حالة إخلال الزوج بهذه النقطة ألا وهي مخالفة المادة المتعلقة بالتعدد، فمتى خالف الزوج أحكام التعدد يحق للزوج المطالبة بالتطليق لوجود نص يعطي للزوجة هذا الحق.

ثانياً- موقف التشريع المغربي: تطرقت المدونة لقضية التعدد تماشياً هي الأخرى مع أحكام الشريعة الإسلامية مثل المشرع الجزائري، لكن المشرع المغربي قد وضع بعض الشروط الهدف منها ضبط هذا الحق، وجعل العدل هو الأساس في هذا الحق وهو ما نص عليه في المدونة كما أنه لم يهمل الترخيص القضائي، والذي يكون بطلب مكتوب من طرف الزوج لقدمه للقاضي من أجل الترخيص والسماح له بالزواج بزوجة ثانية.

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الامر رقم: (05-02)، المصدر السابق.

لكن الملاحظ أن المشرع المغربي كان عملياً أكثر من المشرع الجزائري حيث نص على أن الطلب يجب أن يتضمن الأسباب التي تدفع وراء التعدد بالتفصيل مرفقة بالحالة المادية .

كما أن المشرع المغربي قد أجاز للزوجة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتطليق إذ تزوج زوجها بثنائية، وللاشارة فإن المشرع المغربي قد أعطى للزوجة الحق في التطليق مثل ما فعل المشرع الجزائري ألا وهي قضية مخالفة الشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، وهذا في نص المادة(99) من مدونة الأسرة المغربية بنصها: (يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج مبرراً لطلب التطليق)، وعليه فإنه إذا كان التعدد مذكور في العقد فإن هذا مبرر لطلب التطليق.¹

وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع المغربي قد أعطى الحق للزوجة في التفريق إذا قدمت مبررات بعدم القدرة على بقاء الزوجية بوجود زوجة أخرى وهذا بنص المادة (46) من المدونة حيث أنه متى تبين للمحكمة ذلك تحكم بالتطليق.²

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المغربية في قرار صادر سنة 2003 بأنه: "الزواج بثنائية وإسكانها بيت الزوجية دون إحترام مقتضيات الفصل 30 من المدونة ولزوم الطاعنة في شرفها دون مراعاة ما يوجد بينهما من نزاعات وشقاق، يجعل القرار القاضي بعدم وجود ما يبرر التطليق غير مؤسس ويتعين نقضه."³

وبالتالي فإن المشرع المغربي قد فصل مسألة التطليق للتعدد، حيث أنه في حالة عدم تقديم الزوج للمبرر والترخيص، وإذا قدمت الزوجة شكوى بهذا الصدد فإن القاضي يثير قضية الشقاق من تلقاء نفسه، وراعى أيضا المشرع الزوجة الثانية في تبليغها أن الزوج متزوج أي قبل الزواج واشتراط القانون تبليغها شخصياً عن طريق المحكمة وموافقتها تكون في جلسة علنية أمام القاضي وفق المادة السابقة، ولا يمكن للزوج الزواج بثنائية إلا بعد إتمام هاته الإجراءات، ويفهم من ذلك أن المشرع المغربي قد فصل كثيراً في قضية التعدد أكثر من أي تشريع آخر.

3 محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم: (421) مؤرخ في: 2003/10/01، ملف شرعي عدد (2003/1/2/108).

ثالثاً- موقف التشريع التونسي: إختلف المشرع التونسي عن جميع التشريعات العربية الأخرى وهذا في قضية التعدد، حيث إعتبره جريمة يعاقب عليها القانون، ورتب عليها المسؤولية الجزائية ويعاقب بعام حبس نافذ وغرامة مالية تصل إلى 40 ألف فرنك.

خلاصة الفصل

من خلال ما تمت دراسته في هذا الفصل، حول التطليق للعيوب ولعدم قيام الزوج بالتزاماته الزوجية نجد أن هاته العناصر هي المهمة في التفريق القضائي، والتي تعتبر النقاط التي كانت ولا تزال تثير إشكالات متعددة في المحاكم، حيث أن العيوب أمر قديم جديد مع ظهور الأمراض الجديدة وعليه فمسألة العيوب قد نالت حصة الأسد في النقاشات التي أثارها الباحثين ورجال القانون، ولعل التشريعات الثلاث تطرقت بالشكل الكافي للعيوب وليس هذا فحسب بل تركت الأمر للقاضي في البحث في مدى إعتبار العيوب تتعارض مع الحياة الزوجية بشكل عادي.

بالإضافة إلى ذلك فإن التطرق في موضع إخلال الزوج بواجباته الزوجية، واقتصار الدراسة على إخلال الزوج بواجب النفقة، ومخالفة المادة المتعلقة بالتعدد، لأنها تعتبر أهم الإلتزامات التي تطرح أمام المحاكم والتي تعتبر هي الأخرى تشكل أكثر من نصف القضايا المطروحة أمام المحاكم.

وعليه فإن التشريعات العربية قد فصلت في قضية التعدد والنفقة بشكل جيد بإستثناء المشرع التونسي الذي سد الباب في قضية التعدد من خلال تجريم التعدد حتى لا يطرح الموضوع أصلاً وهي النقطة التي إنفرد بها المشرع التونسي ولا تطرح أي إشكال في المحاكم التونسية.

الفصل الثاني

التطليق للأسباب الأخرى

تعتبر الأسباب الأخرى المؤدية لفك الرابطة الزوجية مهمة جداً، تطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث كانت قبل التعديل سبعة أسباب فقط، تـمـإضـافـة ثـلاثـة أسباب أخرى، وعليه سنحاول في هذا الفصل التطرق لهذه الأسباب و البحث في كل سبب على حدى متبعين خطة في البحث وهي التعريف بكل سبب لغة واصطلاحاً وقانوناً وتعريف الفقهاء له، ثم بعد ذلك نتطرق إلى موقف التشريعات الوضعية محل الدراسة (التشريع الجزائري، المغربي التونسي) ، والبحث في مدى توافق هذه التشريعات في تناول هذه الأسباب من جهة، والمناهج التي اتبعها فقهاء هذه التشريعات من جهة أخرى، ومن أجل الإلمام بموضوع الدراسة أكثر فقد تم تقسيم الفصل إلى ثلاث مباحث هي:

مبحث أول: التطليق للهجر والغياب والشقاق

مبحث ثاني: التطليق للجريمة الماسة بشرف الأسرة

مبحث ثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعاً ومخالفة بنود العقد

المبحث الأول

التطليق للهجر والغياب والشقاق

من خلال ما سبق ذكره سنتطرق في هذا المبحث إلى أسباب التطليق من هجر وغياب الزوج والشقاق، حيث يتم دراسة كل عنصر وحده مع توحيد خطة الدراسة في كل عنصر، من خلال التعريف وموقف الشريعة الإسلامية من هذه العيوب بالإضافة إلى موقف كل المذاهب الفقهية الأربعة وبعض المذاهب مثل الجعفرية والظاهرية، ثم موقف التشريعات الوضعية بدءاً بالتشريع الجزائري والبحث في مدى مواكبة المشرع الجزائري لهذه المواقف، ثم نختمها بالمقارنة بين هذه التشريعات، وعلى هذا الأساس تم تقسيم المبحث إلى:

مطلب أول: التطليق للهجر في المضجع

مطلب ثاني: التطليق للغياب

مطلب ثالث: التطليق للشقاق المستمر

المطلب الأول

التطليق للهجر في المضجع

تتاول المشرع الجزائري مسألة الهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق، مقتبساً من الشريعة الإسلامية هذا السبب وعليه سنتعرف على هذا السبب بنوع من التفصيل من خلال:

الفرع الأول/ ماهية الهجر في المضجع

أ- تعريف الهجر/ لغة من الترك.¹

إصطلاحاً/ هو ترك الزوج لزوجته في الفراش والإعراض عنها، وعدم معاشرتها وقربها.

1 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المجلد الثالث، ص 266.

ب- أركانه: يتكون الهجر من ثلاثة أركان هي الزوجة والزوج والمدة، وعليه هنا نميز بين الهجر والإيلاء كونه نوع من أنواع الهجر سنتطرق إليه فيما بعد، فالهجر في المضجع هو نوع من أنواع التأديب للزوجة مصداقاً لقوله ﷺ: «وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ»¹. وبالتالي فإن الهجر يعتبر في الدرجة الثانية من الوسائل التأديبية التي أعطاها الله سبحانه للزوج، لتأديب الزوجة الخارجة عن الطاعة الزوجية، ومن هنا إنقسم الفقهاء إلى:

القسم الأول: وهو الهجر في الكلام ، ويقصد في هذا أن الفراش والجماع يستثنيان من الهجر وهو قول الحنفية.²

القسم الثاني: أن يوليها ظهره في الفراش وهو قول الشافعية.³

القسم الثالث: أن لا يجمعهما فراش ولا وطء، وهو قول الحنابلة ورواية بن وهب.⁴

القسم الرابع: يكلمها ويجامعها ولكن بكلام غلظة وشدة، وهو قول سفيان.⁵

ج- الحكمة من الهجر: يعتبر الهجر عقوبة نفسية ولهذا فقد أقره الإسلام كوسيلة لتأديب الزوجة الناشزة، لأن المرأة في طبيعتها تهتم بالجمال وتبحث في كل السبل التي تجعلها جذابة، وعليه فإن كل هذا ينصهر مع عدم الإهتمام، وهو الصخرة التي تذوب فيها عظمة وكبرياء المرأة وبالتالي

1 سورة النساء، الآية (34)

2 أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لبنان، 199م/1412هـ ص 189.

3 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص 91.

4 هو عبد الله بن وهب بن مسلم، أبو محمد الفهري روى عن مالك واليث بن سعد وريا عنه، وكان مالك يعظمه قال احمد بن حنبل عنه: بن وهب عالم صالح وفقه كبير، روى الموطأ، وله الجامع والمناسك، والمغازي، توفي في 197 ، أنظر سير الأعلام النبلاء، مرجع سابق، ص120

5الكشف عق حقائق التنزيل وعيون التأويل وعيون الأفاويل في وجه التأويل، الجزء الأول، ص266

تجد الأنثى تسعى جاهدة من أجل كسر هذا الحاجز، ويعتبر إعطاء الظهر للزوجة في الفراش دليل على غضبه الشديد منها، وبالتالي تسعى بكل الطرق والأساليب لإرضاءه.¹

ومن السنة الفعلية أن النبي ﷺ لما روي في كتاب عشرة النساء للنسائي أنه هجر نساءه شهراً كاملاً، وعليه فإن مسألة الهجر مسألة مشروعة من السنة النبوية الشريفة.²

د- **حدوده:** إتفق جمهور الفقهاء أن لا يجوز الهجر (04) أربعة أشهر لأن الله تعالى أمر بذلك وعليه قال الفقهاء بأن المدة التي أقرها الإسلام في الإيلاء تختلف على المدة التي أقرها في الهجر، لأنه ما دام في باب التأديب فلا بد أن يكون في الحدود التي رسمتها الشريعة الإسلامية حيث جاء في التفسير القرطبي أنه لا يتجاوز شهراً كاملاً ، للإقتداء بالنبي ﷺ.³

لكن إذا رأى الرجل أن زوجته تنازلت عن نشوزها فإنه يرجع عن الهجرة لها، وعليه فإنه لا بد من عدم تجاوز الهجر أربعة أشهر في كل الأحوال لأنه يتحول من العقوبة إلى الإضرار بالزوجة، لأن الهجر إذا لم يأتي بنتيجة فهذا يعني أن الزوجة مصرة على العصيان وبالتالي فإن الحل هو الطلاق وليس الهجر.

الفرع الثاني/ موقف التشريعات الوضعية من الهجر في المضجع

أولاً/ في التشريع الجزائري: لم يهمل المشرع الجزائري مسألة الهجر في المضجع كوسيلة تأديب للزوجة، ما دامت مشروعة بنص القرآن الكريم وسنة نبيه ﷺ، لكنه لم يتطرق لها كوسيلة للتأديب بل تطرق لها كنتيجة لإضرار الزوجة إذا هي تجاوزت الحد المعقول من العقوبة، حيث أن المشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهب إليه المذهب الحنفي وهي الزيادة فوق أربعة أشهر لأن الزيادة هنا

1 صلاح عبد الغني محمد، وسائل الإسلام في المحافظة على الحياة الزوجية، موسوعة المرأة المسلمة، الجزء الثالث، الدار العربية للكتاب، مصر، 1998، ص20

2 رواه النسائي، ص22.

3 محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص67.

تعني الإضرار بالزوجة، حيث نجد أن المشرع الجزائري أشار إلى الهجر في المادة (53) من قانون الأسرة.¹

وعليه فإن المشرع الجزائري قد ذهب في التعرض للحد لأقصى وهو حكم الإيلاء عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول أنه ما ينطبق على الإيلاء ينطبق على الهجر، كون الفرق الجوهرى هو اليمين والقسم فقط، وبفهم من ذلك أن المشرع الجزائري يقصد الإضرار بالزوجة سواء أكان إيلاءً أم هجر، وربطه بتجاوز حد الأربعة أشهر حتى يعطى الحق للزوجة في اللجوء إلى القضاء لطلب التطلاق، وما عليها إلا إثبات ذلك، ومنه فإن على القاضي البحث في نقطتين هما، تجاوز مدة الهجر أربعة أشهر، ثبوت الإضرار بالزوجة، وبفهم من ذلك أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور في التطلاق وخالف الحنفية في هاته الجزئية.

إن المشرع الجزائري قد أعطى كامل الصلاحية للقاضي في البحث عن مدى تحقق الضرر الحاصل للزوجة بسبب الهجر في المضجع لأن هذا العنصر يعتبر من أصعب العناصر من حيث عبء الإثبات، فالزوجة تقف عاجزة على إثبات الهجر لإنعدام أدلة الإثبات كالبينة أو الشهود وغيرها من وسائل الإثبات، وعليه فما دامت كذلك فإن المشرع قد أحسن صنعا عندما ترك الأمر للقاضي في معرفة مدى تضرر الزوجة من الهجر، وبالتالي فإنه وبالرجوع إلى سلطته التقديرية يستطيع معرفة تحقق الضرر من عدمه.

ومن خلال تحليل المادة (53 / 3) نستنتج أن المشرع الجزائري يشترط في الهجر الشروط التالية:

- الهجر الحقيقي للزوجة من خلال ملامستها والكلام معها.
- أن يكون هذا الهجر بمبرر مقبول شرعاً
- أن يكون الهجر قد فاق المدة الزمنية المنصوص عليها شرعاً.

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

إذا توفرت هذه الشروط في الهجر فإن للزوجة الحق في رفع دعاوها إلى القاضي من أجل طلب فك الرابطة الزوجية طالما تحققت تلك الشروط، لكن وكما سبق أن أشرنا فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة، حيث تجد صعوبة كبيرة في إثبات هذا الهجر ومدته.

وقد إشتراط الشراح في الزوجة حتى تقبل دعاوها:

- أن لا يكون الهجر بسبب أمر عظيم قامت به الزوجة خفية على زوجها

- أن لا تكون الزوجة قد دعاها زوجها إلى الجماع وامتنعت على ذلك¹

- أن لا يكون وقت الهجر قد إنقطاعه في فترة معينة

- أن لا يكون الهجر بسبب عيب في الزوجة ويستطيع الزوج إثباته

وبما أن المشرع الجزائري قد إعترف للزوج بهذا الحق، وهو ما أثار موجه من الإنتقادات بسبب إعطاء الحق للزوج، وعليه ذلك يعتبر من وسائل التأديب وليس من وسائل الإحتقار للزوجة مساساً بحقوقها وكرامتها.

وحتى يضمن عدم خروج الزوج عن الحدود الشرعية والقانونية للتأديب فإن الضوابط التي رسمتها الشريعة الإسلامية لابد من إحترامها، حتى لا يكون ذلك تعسفاً في إستعمال الحق من طرف الزوج، إذ يعتبر هذا المعيار هو معيار التناسب أي ما بين العقوبة والفعل المقترف من طرف الزوجة فليس الهجر لأتفه الأسباب بل لابد أن تكون هناك أفعال من الزوجة تستحق ذلك الهجر، لأن الإختلال في التناسب يمكن أن يزدوج العقاب ولنفس المسؤولية.²

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، 289.

2 البزید عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر

ولقد أقرت المحكمة العليا في إجتهد قضائي لها ذلك بقولها "أن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون"¹، ويتعلق الأمر بقضية أشارت فيها الزوجة لتجاوز الزوج حدوده في الهجر بالرغم من طاعتها له، وبالتالي إعتبره القاضي تعسفاً في إستعمال الحق من طرف الزوج، وألحق ضرراً بالزوجة.

ثانياً/ في التشريع المغربي: ذكر المشرع المغربي الهجر أيضاً وميز بينه وبين الإيلاء عكس المشرع الجزائري، إذ تطرق المشرع المغربي في المادة (112) من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على: (إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر فإن لم يفيء بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة)²، وعليه يفهم من أن المشرع المغربي قد أصاب في التفريق بين الهجر والإيلاء والتي يعطي مهلة للزوج في العدول على ذلك، خلال أربعة أشهر وهي مدة الإيلاء، وإذا لم يعدل الزوج عن ذلك طلقت المحكمة الزوجة إستناداً إلى هذا الأمر، وهنا لم يذكر المشرع المغربي اليمين فإن العبرة عنده بالضرر وليس بطبيعة التأديب.³

وللإشارة فإن المشرع المغربي لم يذكر هو الآخر الآليات التي يتم بها إثبات الإيلاء وهل تحتسب الأربعة أشهر من تاريخ الهجر أم من تاريخ اليمين، وعليه فإن المشرع دائماً يجعل كل الأمور من صلاحيات القاضي وحده.

المطلب الثاني

التطبيق للغياب

في هذا المطلب سنتطرق إلى الغياب كسبب مثبت للتطبيق وموقف التشريع الإسلامي من التطبيق للغياب، ونرجع إلى موقف التشريعات الوضعية في الفرع الثاني، خاصة في التشريعات المعنية بالدراسة، التشريع الجزائري، المغربي والتونسي.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قضية رقم: 192665، بتاريخ 1998/07/21، عدد خاص لسنة 2001، ص 117

2 القانون رقم: (57/342) المعدل والمتمم، المصدر السابق.

3 سالم رضوان الموسوي، حق الزوجة في التفريق بسبب العنف الأسري، المجلة القانونية، العدد 2، 2006، ص 12

أولاً/ في الشريعة الإسلامية: يرى الإمام "أبو زهرة" أن التطلق هو سبب من أسباب التطلق في التشريع الإسلامي، كونه نوع من الأضرار،¹ وأن الغياب هو أكبر ضرر يصيب المرأة خاصة إذا كان الغياب بلا عذر ولا نفقة، ولا مأكّل ولا مشرب ولا ملبس، إلا أن هناك نوع من الغياب وهو الذي يكون بمبرر مشروع مثل الغياب للعمل، طلب العلم...، هنا يفرق الإمام بين الغياب المعلوم والغير معلوم، فيشترط الإمام مرور سنة عن الغياب ويتحقق الضرر للزوجة من هذا الغياب وعليه فإنه إذا مضت سنة على غياب الزوج بلا عذر شرعي جاز للزوجة رفع أمرها للقاضي من أجل التفريق بينهما.

ويطرح إشكال حول التفريق في هذه الحالة أيكون بسبب الغياب أو للضرر اللاحق بالزوجة يرى الإمام انه إذا كان الزوج الغائب معلوم المكان ويستطيع التواصل معه بعث في طلبه وأعذره وأمهله وخيره بين المجيء إلى بيته أو أخذ زوجته معه، فإذا لم يستجب طلقها منه ويعتبر "الإمام أبو زهرة" أن الطلاق الذي يوقعه القاضي للزوج الغائب هو طلاق بائن كي لا يرجع الزوج للضرر ثانية.

هنا نفهم أن على القاضي أن يمهل الزوج قبل التفريق وأن يفرق بين الغياب المعلوم والغير المعلوم والمبرر والغير مبرر وهذا وفقاً لما يلي:

- أن القاضي ملزم بالتفريق بين الغياب في بلده أو البلد الأجنبي فإذا كان في بلد أجنبي فإنه يفرق بينهما مباشرة إذا تجاوز الأجل المعلوم .

- أن المقصود بالسنة هو السنة القمرية وليست الشمسية

- أن الغياب عند الفقهاء هو الغياب الغير مبرر من جهة والغير المعلوم من جهة أخرى، كون الأخير يختلف مع الأول في إعتبارات عديدة، كما أن القاضي يفرق بين العذر بدون مبرر ولا نفقة معاً، لأن ترك النفقة هو دليل على حسن النية من جهة، والعذر من جهة أخرى.

1محمّد أبو زهرة، محاضرات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.366

ويرى الإمام مالك أن القاضي لا بد أن يفرق بين الزوجين إذا طلبت الزوجة منه ذلك، بسبب الغياب لأنه قد يرتب أموراً أخرى أكثر ضرراً على الزوجة، وهي إمكانية الوقوع في الحرام، وأن النساء عادة لا يستطعن العيش بدون مؤنس، خاصة الزوجة التي كانت قد تعودت على المبيت مع زوجها وبالتالي فإنها لا تستطيع قطع ذلك مباشرة، وعليه فإن المالكية والحنابلة يرون أنه من باب التسريح بإحسان التفريق بين الزوجين للغياب، إذا طلبت الزوج من القاضي ذلك.

يرى الحنابلة أيضاً أن السبب في التفريق القضائي بين الزوجين للغياب هو الوحشة التي تحسها الزوجة، كون الضرر محقق وحاصل بسبب الغياب، لأن الإمام حدد أقلها (06) ستة أشهر ويستدل في ذلك إلى رأي عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما كان يبعث إلى قادة الجيوش بعدم ترك الجيوش أكثر من (06) ستة أشهر، وهي المدة التي إستشار فيها حفصة رضي الله عنها وعليه فإن المالكية اختلفوا مع الجمهور في تحديد مدة التفريق فمنهم من يعتبرها (01) سنة ومنهم (03) ثلاث سنوات، والسنة هي للزوجة التي يتركها زوجها بلا نفقة، أما (03) الثلاث سنوات فهي التي يترك لها زوجها ما تنفقه.¹

وعليه سنعرض آراء الفقهاء في التفريق للغياب:

- الرأي الأول: وهو فقدان الزوجة لحقها في التفريق بسبب الغياب لأن الغائب عذره معه، وهو قول الإمام أبو حنيفة² والشافعي.³

- الرأي الثاني: ويرى العكس وهو جواز التطليق للغياب كونه تسبب في ضرر الزوجة، فالعبرة بالضرر اللاحق بالزوجة وليس بنوع الغياب، وهو قول الإمام مالك⁴ وأحمد بن حنبل⁵.

1 محمد أبو زهرة ، محاضرات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 378.

2 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، الجزء الثاني ، ص 93.

3 محمد بن ادريس للشافعي، الأم، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 442.

4 التلقين، الجزء الأول، ص 311

5 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني، مرجع سابق، الجزء التاسع، ص 130.

ويرى "القاضي عبد الوهاب" أنه: (من غاب عن زوجته فعمي خبره، وانقطع أثره ولم تعلم حياته من موته، وأضر ذلك بزوجه فإنها ترفع أمرها للسلطان، فيبحث عن خبره، ويسأل عنه ويجتهد فإن وقف له على خبر حياته، فليس بمفقود ويكاتبه بالعودة، أو الطلاق، فإن أقام على الإضرار طلقها عليه).¹

ويفهم من ذلك أن الإمام مالك قد وضع ضوابط وقيود للتفريق للغياب وهذا للأسباب التالية:

- أن تتجاوز الغيبة المدة المعتبرة أي سنة
- أن يتم بعث رسائل للزوج لتخبيره وإخباره بضرورة الرجوع ويكون ما يثبت أن الزوج قد علم بها
- أن يكون هذا التفريق بسبب مخافة الحرام على الزوجة .

ثانياً/ التفريق للغياب في التشريعات الوضعية:

1/ في التشريع الجزائري: تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة الغياب في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري (02-05) الفقرة (05)² منه حيث نصت " الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة" ، وعليه يفهم بأن المشرع ربط الغياب بالنفقة والعذر الشرعي، والمدة والسبب .

أ-السبب: وهذا لا بد من التفريق الموجز للغائب، لأن الغائب عرفته المادة(110) من نفس القانون على أنه:" الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة (01) سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود" والمادة(109) بنصها: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم".³

1 شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، دار الكتب العربية، الجزء الثاني، بيروت، ص413، نقلاً عن الدكتور سليمان نصر التفريق بين الزوجين للغياب والفقدان والحبس، مرجع سابق، ص09.

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (02-05) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

3 المصدر نفسه.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد عرف الغائب أنه الشخص الذي إنقطعت أخباره، وهو الأمر الذي أصبح لا يشكل صعوبة كالسابق لتوفر وسائل الإتصال.¹

ب- المدة: أشار المشرع الجزائري إلى مسألة الغياب بالمدة وهذا حرصاً منه على عدم الوقوع في الخلط من طرف الباحثين والقضاة، وعليه فإنه وبالرجوع إلى نص المادة السابقة من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى المدة الواجب إعتبارها في الغياب وهي (01) سنة كاملة من تاريخ الغياب وعلى القاضي وقتها أن يحكم بالتطليق، لكن هناك نقطتين أشار إليهما المشرع وهما الغياب بلا عذر ولا نفقة، هنا الإشكال يطرح، إذا ما غاب الزوج أكثر من سنة ولكن بعذر مقبول وترك لزوجته مالاً تتفقه، هنا على القاضي الإجتهد في مدى تطبيق المادة (222) من قانون الأسرة، أو الفقرة الأخيرة من المادة نفس المادة (53) والتي تجيز التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً فإذا تأكد القاضي من تضرر الزوجة طلقها منه.²

يفهم من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية والحنابلة في معالجة أحكام الغياب، فأخذ من المذهب المالكي الوقت والحنبلي العذر والنفقة³، وللاشارة فإن المشرع لما أشار إلى العذر لقطع الشك باليقين في نية الزوج هو التعمد في الإضرار بالزوجة.⁴

وعموماً فإنه يمكن إجمال ما ذهب إليه المشرع الجزائري في مسألة التطليق للغياب ما يلي:

- أن يكون الغياب قد مضى عنه (01) سنة فأكثر ، وبالتالي فإن مخالفة ذلك يعتبر مخالفة شرط جوهرى في الدعوى .

1 محمد رضا أنس، فقدان في التشريعات المقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، قسم الشريعة والقانون، 2001 ص 64

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

3 عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 160

4 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 297.

- أن يكون هذا الغياب بدون مبرر مقبول شرعاً كأن يكون هذا الغياب من أجل التجارة أو العلم أو الدراسة... الخ

- أن لا يترك لزوجته ما تنفقه

2/ الغياب في التشريع المغربي: لم يهمل المشرع المغربي مسألة التظليق للغياب في مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة (104) على أنه: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن للزوجة أن تطلب التظليق، تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل، تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتظليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه"، ويفهم من نص المادة أن المشرع المغربي هو الآخر قد أخذ بالمذهب المالكي في المدة وهي (01) سنة كاملة من تاريخ الغياب.¹

كما أضاف المشرع المغربي بعض النقاط التي تعتبر توضيحية لان المشرع المغربي دائماً يعتمد على التفصيل في النقاط الخاصة بالتظليق عكس المشرع الجزائري، وبالتالي فإنه أشار إلى الإجراءات العملية الواجب إتخاذها من طرف القاضي مثل إعلام الزوج الغائب بالتظليق، كما أشار المشرع المغربي إلى دور النيابة العامة في إثبات الغياب، من خلال السعي بواسطتها إلى معرفة مكان الزوج وهذا ما نصت عليه المدونة أنه إذا كان الزوج مجهول المكان فإن للنيابة العامة كافة الصلاحيات لإستعمال كافة الطرق والوسائل التي تراها مناسبة من اجل معرفة مكان الزوج وتبليغه، وحتى يعين قيم عنه أولاً فإذا لم تجدي نفعا هذه الإجراءات حكم القاضي بالتظليق بينهما.²

1 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

2 جرت العادة في المغرب لجوء المحكمة إلى مؤسسة الإذاعة التي بدورها تنيع الإعلان الذي تؤكد فيه أن الزوج إذا لم يحضر خلال الأجل الذي عينته المحكمة له، طلقت زوجته منه بحكم تصدره طبقاً لأحكام القانون المعمول به، امحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مرجع سابق، ص39.

تجدر الإشارة أن المشرع المغربي في هذه الحالة قد توسع في عمل النيابة العامة والوسائل الكفيلة عكس المشرع لجزائري الذي سكت عن ذلك، وإكتفى بتعميم الإجراءات الأخرى للتبليغ وعليه يفهم من نص المادة التي نصت عل التطلاق في التشريع المغربي قد إشتطت ما يلي:

- أن يكون الزواج قد غاب لمدة (01) سنة على زوجته فأكثر مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري
- ضرورة إعلام الزوج بدعوى التطلاق التي رفعتها الزوجة وتخيره بين الحضور أو اخذها للإقامة معه.

- فشل كل الطرق المتبعة من طرف القضاء في تبليغ الزوج ثم التطلاق.

وفي الإجتهاادات القضائية المغربية نجد قرارات لمحكمة النقض منها:

ففي قرار صادر سنة 1999 يقضي أنه " لا يكفي إشهار تبليغ حكم القاضي بالتطلاق للغيبة في جريدة يومية لكي يعتبر تماماً وإنما لابد من تعليق الحكم في اللوحة المعدة لذلك لمدة ثلاثين يوماً أو تكليف كاتب الضبط القضائي بالقيام بهذه الإجراءات، وإلا أعتبر التبليغ غير تام والإستئناف مقبول".¹

وفي قرار آخر نصت على: " يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق لغيبة الزوج إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه وذلك بعد ثبوت الغيبة، وإتصال الزوجية وكونه غائبا قبل البناء أو بعده موضع معين أو غير معين".²

3/ الغياب في التشريع التونسي: تناول المشرع التونسي هو الآخر مسألة الغياب وهذا بنص المادة (112) من مجلة الأحوال الشخصية: "للزوجة طلب التطلاق بسبب غياب زوجها المعروف

1محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم 979 مؤرخ في: 1999/10/26، عدد (1999/1/2/323) .

2محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم 979 مؤرخ في: 2000/10/18، عدد (2000/1/2/852) .

موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن إستفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها على أن يمهل لأجل لا يزيد عن (01) سنة" والملاحظ أن المشرع التونسي توافق مع المشرع المغربي في إتباع الإجراءات التالية:¹

- يعتبر المشرع التونسي قد فرق بين الزوج الذي لديه موطن معلوم والمجهول

- إعتماد المشرع التونسي على معيار ترك المال للزوجة من عدمه

- أن المشرع التونسي قد خير الزوج بين ثلاث أمور القدوم أو نقل الزوجة معه أو التطلق

- أعطى المشرع التونسي مهلة سنة مثل التشريعين الجزائري والمغربي

كما أن المشرع التونسي لم يتطرق هو الآخر إلى الآليات الخاصة بالبحث عن الزوج مثل ما ذهب إليه المشرع المغربي فقط، وسلك ما سلكه المشرع الجزائري، كما أن المشرع التونسي قد ذكر خصم المال من الزوج بدون إذنه.

ثالثاً/ نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الغياب: سنحاول دراسة ذلك من خلال:

1/ في التشريع الإسلامي: إختلف الفقهاء في إعتبار الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الغياب هل هي طلاق بائن أم رجعي:

أ/ بائن: ذهب الحنابلة والمالكية أن الزوج إذا لم تجدي معه كل الطرق السابقة من إمهاله سنة كاملة والبحث في مصيره،² أنه إذا حكم القاضي بالتطبيق فإن هذه الفرقة تعتبر طلاق بائن، لأنه ما دام بقاء الحال على ما هو عليه فإن الضرر لا يزال قائماً، وبالتالي فإن إعتباره رجعي هو إضرار بالزوجة.

1 الأمر الصادر بتاريخ: 13 أوت 1956، يتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، المصدر السابق.

2 أحمد بن غنيم بن سالم بن مها النفراوي الزهري المالكي، رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، بيروت، 1997، ص66

ب/رجعي: ذهب الشافعية والحنفية أن الفرقة الواقعة بين الزوجين للغياب تعتبر طلاق رجعي لان كل الطرق التي تم التطرق لها من طرف الفقهاء هي طرق ظنية وليست قطعية وما دام قد حصل التطلق فإن الزوجة قد حصل لها ما تريد وهو التفريق وعملاً بالقاعدة أن الغائب عذره معه، فلا يجب حرمان الزوج من الحق، فقد يحصل وأن يأتي الزوج وهو حسن النية وبالتالي فإن إعتبار الطلاق رجعي في هذه الحالة هو إعطاء فرصة للزوج.

2/ في التشريعات الوضعية:

أ/ في التشريع الجزائري: بالرجوع إلى المادة (109) من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي والحنبلي في إعتبار الفرقة الواقعة بين الزوجين هي طلاق بائن،¹ ودليله في ذلك أنه ما دام الوقائع نفسها فإنه ذلك يعتبر بقاء للضرر.²

ب- في التشريع المغربي: توافق المشرع المغربي مع الجزائري في إعتبار الفرقة الواقعة بسبب الغياب أنها طلاق بائن وهذا أكدته المادة (122) من المدونة،³ والتي أشارت على أن كل طلاق قضت به المحكمة فهو طلاق بائن إلا في حالة التطلق للإيلاء وعدم الإنفاق، وهنا يفهم أنه عدا الحالتين السابقتين يعتبر طلاق بائن، وهنا يمكن إعتبار المشرع المغربي الضرر هو الأساس في تحديد الفرقة.

ج/ في التشريع التونسي: إعتبر المشرع التونسي الفرقة الواقعة بين الزوجين طلاقاً رجعياً بنص مجلة الأحوال الشخصية، أن كل طلاق يقع هو طلاق رجعي، وهو أن المشرع التونسي قد أعطى فرصة في مراجعة زوجته وهو ما يلم الأسرة.

ملاحظة: ان التشريعات السابقة لم تتطرق إلى نقطة مهمة وهي مسألة رجوع الزوج بعد الغياب إذ يعتبر سكوت التشريعات على هذه النقطة هو إحالة إلى الأحكام الخاصة بالطلاق البائن والرجعي

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص22.

3 القانون رقم: (342/57) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

فإذا كان الزوج قد رجع قبل زواج زوجته فإنه ينطبق حكم الرجعة والبيونة، وهنا نلاحظ أن المشرع التونسي قد أصاب في نقطة وهي إعتبار الطلاق رجعيًا، إذ أنه قد يكون الزوج طلقها مرتين قبلها وبالتالي فإن الزوج قد يكون حسن النية وإذا إعتبرنا الطلاق بائن فإنه يعد ذلك إستنفاداً للطلقات الممنوحة له، وهذه النقطة هي مهمة قد أغفلها المشرعين الجزائري والمغربي وتقتن لها المشرع التونسي.

المطلب الثالث

التطبيق للشقاق

الفرع الأول/ ماهية الشقاق

أولاً/ تعريف الشقاق:

أ/ لغة: غلبة العداوة والخلاف¹، ويقال شقاق الفريقين إذا زاد الخلاف بينهما ويقال شقاق الدوليتين إذا زاد خلافهما.

ب/ إصطلاحاً: وهو أن كلا الزوجين يفعل ما يشاء في حياته حتى تحدث المشاقة أو الشقاق نتيجة تباين الأفكار والتصرفات، ويعتبر الشقاق هو حدوث نزاع في الحياة الزوجية.

ج/ شرعاً: هو الخصام المتكرر ما بين الزوجين.

وعليه فالمقصود بالشقاق هو التخاصم بين الزوجين، وعليه فإن الزوجة من حقها طلب التفريق القضائي بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

موقف الفقهاء من التحكيم في الشقاق: إختلف الفقهاء فيما إذا كان تحكيم سلطة التفريق إما بطلب من الزوجة أو وقع بطلب من الزوجة، وهنا نميز بين رأيين :

1 محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المجلد الثالث ، ص199

1/الرأي الأول: أن حدود مهمتهما هي إصلاح ذات البين وأن لا يتجاوزا حدود المهمة التي كلفها الله تعالى لهما، وهو قول الإمام الشافعي والإمام أحمد .

أدلتهم: يستدل أصحاب القول هذا بالآية الكريمة التي ذكرناها سابقاً ، لقوله ﷻ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾¹، وعليه فإن الله أمر بترك الأمر الخاص بالإصلاح للحكمين، والذين يعينهما الزوجين، ممن يحظون بقدر كبير في أوساط الأهل، وعليه يفترض أن تكون مهمة الإصلاح هي الأساس طالما أن الحكمين من أهل الوقار عند الزوجين، والأدري بمصالحهما.²

وما يلاحظ في ما ذهب إليه المالكية في مسألة الحكمين، حيث يرون أن للزوجين الحق في إختيار الحكمين حتى يصلحا بينهما شؤون الخصومة وتوكيلهما ضمناً بحل النزاع القائم بين الزوجين ووافقه القاضي في هذا القول حيث يرى أنه إذا تعذر الإصلاح بينهما، كان للحكمين أن يفرقا بعوض أو بغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيلهما أو رضاهما لأسباب هي:

- أن هذا الرأي متفق عليه وجرت عليه العادة عند السلف الصالح.

- أن الله تعالى أمر الحكمين بالإجتهد، وعليه فيدخل ضمن الإجتهد التفريق في حالة تعذر الوصول إل نتيجة بين الزوجين، خوفاً من زيادة الأمر والخصام، وعليه فيكون قرار الحكمين مبنى على محاولات متكررة من محاولات الإصلاح.

- أن الحكمين قد عرفا ما لا يعرفه غيرهم على الزوجين وموضوع المخاصمة، وعليه فما دام كذلك فهما أدري بما يصلح لهما.

- أنه ما دامت الشريعة الإسلامية هي من أقرت الحكمين فإن ذلك يعتبر في صالح الزوجين سواء بالرجوع أو التفريق.

1 سورة النساء، الآية (35).

2 وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص102

2/الرأي الثاني: أن مهمة الحكمين هي الإصلاح في بداية الأمر، أي إصلاح ذات البين وأن يعمل كل ما في وسعهما من أجل هذه الغاية، فإذا زادت الأمور عن حدها فرقا بينهما بعوض دون الرجوع إلى وكالتهما وهو قول الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل في الرواية الثانية.

وهو الرأي القائل بأن مهمة الحكمين تنتهي عند محاولة الإصلاح فقد، وبالتالي فإن على الحكمين الإجتهد في محاولات الصلح حتى يكون ذلك إيجابياً عندهم، ويحقق الصلح على أيديهم، وذلك بنص الآية الكريم، أي أن الإصلاح هو المهمة الأساسية لعمل الحكمين وعليه فإنه عند هذا القول، أن مهمة الحكمين الإصلاح فقط، وهو قول الحنفية ، ودليلهم من السنة النبوية المطهرة، من حديث أبو بكر بإسناده عبيدة السلماني أن رجلاً وامرأة أتيا علي ﷺ مع واحد كل واحد منهما فنام¹، فقال علي رضي الله عنه إبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فبعثوا حكمين ثم قال علي للحكمين هل تدریان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما تجمعاً جمعتموه، وأن رأيتما تفرقاً فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وعلي ولياً، فقال الرجل: أما الفراق فلا، فقال علي، كذبت حتى ترضى بما رضيت به.²

ويفهم من هذه الحادثة أن "علياً كرم الله وجهه" قد أمر الحكمين بالصلح فقط، وأنه لما قال كذبت كونه تجاوز حدود الصلح.³

ثانياً/ أركان الصلح في الشقاق عند الفقهاء: إختلف الفقهاء في الصلح عند الشقاق أي في أركانه، وعليه سنتطرق إلى رأي كل مذهب:

1 الفنام: هي المجموعة الكبيرة أو الفرقة

2 أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، كتاب الطلاق، باب الحكمين، الجزء السادس، ص512، نقلاً عن: عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، غزة، 2004، ص212.

3 للإشارة فإن مهمة الحكمين غير معروفة في وقت سيدنا علي، إذ أن التابعين لم يسيروا إلى حدود مهمة الحكمين، ذلك أن منهم من رأى أنه ما دام أعطته الشريعة ذلك يعتبر الإصلاح هو المهمة فقط، أنظر: تقي الدين هلال، محاضرات في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2001، ص101

أ/ **عند الأحناف:** يرى الأحناف أن الصلح طالما يكون من حكمين من أجل شقاق قائم بين زوجين فإن ذلك يعتبر قيام الصلح على أركان وهي العاقدان والمحل والصيغة، وكلها يعتبرها الأحناف أركان.¹

ب/ **عند جمهور الفقهاء:** يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن أركان عقد الصلح هي، الحكم والمصالحين، والصيغة.

1/ شروط الحكمين: يشترط في الحكمين ما يلي:

أ/ **الشروط:** لم تتطرق الشريعة الإسلامية إلى الشروط التي يتميز بها الحكمين، حيث أن الآية السابقة إشتطت أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، وعليه فالغاية التي كلفها الله للحكمين تعتبر ليست بالسهلة، وعليه فإنه لابد أن يكون يتوافر على شروط هي:

- أن يكونا من أهل الزوجين
- أن يكونا ذكرا بالغين
- أن يكونا معروفين بالعدل والأمانة والصدق
- أن يكونا مسلمين ولا يشهد لهما بإرتكابهما المعاصي و أن تكون سيرتهما محمودة.
- أن يكونا فقيهين عالمين بأحكام الله تعالى والأحكام الشرعية.²

ب/ **مهمة الحكمين:** كما سبق وأشرنا أن الآية الكريمة نصت على شرط من الشروط الواجب توافرها في الحكمين ألا وهي نية الإصلاح في قوله ﷻ: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا﴾³، وعليه فإن الآية

1 أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص34

2 حاشية الدسوقي: الجزء الثالث، ص212، المغني لابن قدامة، الجزء العاشر، ص261.

3 سورة النساء، الآية (35).

أشارت إلى هدف واحد هو الإصلاح فقط، وذكرت أن الله تعالى إذا علم ما في قلوب الحكمين من نية الإصلاح فيوفقهما إليه في ذلك.¹

وعليه فإن الزوجين لم تتطرق إليهما الآية الكريمة بل أشارت إلى الحكمين ونيتهما، حيث أن عليهما القيام بما يلي:

- الوعظ الحسن من خلال إتباع الترغيب والترهيب
- العمل على تطيب النفوس من خلال التذكير بالآخرة
- العمل على النصح والإرشاد
- محاولة تقزيم الأمور وأسباب الشقاق والحث على تجاوزها
- الحث على قدسية الحياة الزوجية في الإسلام
- محاولة التطرق إلى سماحة الدين، والتذكير بسيرة النبي ﷺ وخلقه في العفو، وعن الأجر الذي أعطاه الله تعالى للعافين عن الناس
- تذكير الزوجين بخلق النبي ﷺ في الصبر.

ثالثاً/ دور الحكمين في التفريق:

مما لا شك فيه أن نتائج التي يتوصل إليها الحكمين إما أن تكون إيجابية أو العكس، فالأولى تعني الرجوع إلى الحياة الزوجية كما كانت عليه قبل الشقاق، أما الحالة الثانية فهي عدم جدوى كل محاولات الإصلاح، وهنا يطرح التساؤل: ما هي حدود صلاحيات الحكمين في التفريق بين الزوجين؟

1/ الحالة الأولى: يكون الزوج هو المتسبب في المخاصمة والشقاق وعليه إذا تعدى الزوج على الزوجة، فإن الزوجة في هذه الحالة هي صاحبة الحق تطلق عليه الزوجة بدون خلع وتسقط كل الإعتبارات المالية التي هي من حق الزوج، وتعطى الحقوق الأخرى للزوجة مثل مؤخر الصداق

1 أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري، التفريق ، مرجع سابق، ص87.

2/ الحالة الثانية: وهي أن تكون العكس وهي أن الزوج هو صاحب الحق، ففي هذه الحالة لا يعتبر إشكالاً كون الزوج يملك عصمة الطلاق بإرادته المنفردة

3/ الحالة الثالثة: وهي أن يكونا الزوجين معاً هما السبب في الشقاق، وعلى الحكّمين التأكيد من أن الزوجين فعلاً كانا سببين في إثارة موضوع الشقاق، وعليه فإنه و في هذه الحالة يتم رد الأسباب الشقاق للزوجين معاً إذا جهل السبب أيضاً، وعليه فإنه إما التطلق بلا خلع كما يرى المالكية أو بقدر من المال أي كل يدفع حسب نسبة الخطأ، ويرى بعض الشراح أنه الحل الأنسب طالما يعطى الحظ الأوفر للزوج صاحب النصيح والرشد.

رابعاً/ موقف الفقهاء من التطلق للشقاق: إختلف الفقهاء في مسألة التطلق القضائي بسبب الشقاق، وسنعرض آراء كل فقه على إنفراد:

1/ القسم الأول: وهو الرأي الذي يرى أنه لا يجوز للقاضي التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق حتى ولو رفعت الزوجة أمرها له، كون الشقاق لا يخلوا من أي بيت وهو أمر طبيعي في حياة الإنسان وهو ما ذهب إليه كل من المذهب الحنفي والشافعي،¹ واحمد بن حنبل بعدم التفريق بين الزوجين خاصة إذا كان الزوج هو المتسبب فإن القاضي هو من يعاقبه.²²

الفرع الثاني/ موقف التشريعات الوضعية من التطلق للشقاق

أولاً/ موقف التشريع الجزائري: نص المشرع الجزائري على التطلق في المادة (53 فقرة 08) من قانون الأسرة، كسبب مجيز لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، والتي نصت على أن الشقاق المستمر بين الزوجين هو من الحالات التي أجازها المشرع للزوجين طلب التطلق، طالما أن

1 محمد بن ادريس الشافعي، الأم، مختصر الإمام الجليل ابن إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزني، الجزء الخامس، ص103.

2 وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، الجزء السابع، ص527

الشقاق يمس بالأهداف التي شرع من أجلها الزواج، وهي بناء حياة زوجية تغمرها السكينة والمودة والرحمة، وهي النقطة التي لم يهملها المشرع في القانون رقم (84/11) والأمر (05/02) أيضاً.¹

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نص عليها صراحة وضمناً، فنجد مثلاً الفقرة الثامنة نصت على الشقاق كسبب مجيز للتفريق بين الزوجين، وضمناً في الفقرة العاشرة بنصها كل ضرر معتبر شرعاً، أي أن الزوجة التي تتضرر نفسياً من الشقاق المستمر والتخاصم لها الحق في رفع أمرها للقاضي من أجل التطلاق.

وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا في قرارها رقم: (139353) أنه: "أنه من المقرر قانوناً أنه إذا استمر الشقاق بين الزوجين يقضي بالتطلاق بينهما، وبالتالي فمتى أثبتت المطعون ضدها تضررها من الشقاق المستمر بينهما، وهذا لفترات مستمرة مما سبب لها أمراضاً نفسية وعصبية وبالتالي إستحالت مواصلة الحياة الزوجية بينهما، وعليه فإنه قضاة الموضوع لما قضوا بتطلاق الزوجة لهذا السبب كانوا قد طبقوا صحيح القانون".²

وعليه يفهم أن الشقاق المستمر بين الزوجين هو مثبت لحق الزوجة في التطلاق للضوابط التالية:

- أن يكون هذا الشقاق مستمر .
- فشل محاولات الصلح من طرف المحكمين.
- ان ترفع الزوجة الدعوى من أجل التطلاق.
- اشتغال الشقاق على عنصر إستحالة مواصلة الحياة الزوجية .

وعليه فإن المشرع الجزائري قد نص على تعيين الحكّمين كإجراء وجوبي للصلح بين الزوجين ليس لهذه النقطة فحسب بل لجميع حالات فك الرابطة الزوجية، كون الشارع الحكيم قد جعل

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال شخصية، قرار رقم: (139353) صادر بتاريخ: 1996/09/24 ، المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1997، ص 96

الصلح كوسيلة لتسوية الخصام بطريقة ودية قبل اللجوء إلى القضاء، وهو بمثابة إعطاء فرصة للزوجين أكثر للتنازل على الطلاق.

والملاحظ هنا أن وجوب تعيين الحكّمين قد نص عليه قانون الأسرة، على أنه لا يحكم القاضي بالتطليق إلا بعد تقريرهما بذلك،¹ وعليه فإن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما ربط الشقاق بعنصر الإستمرارية لأنه يعتبر مسألة عادية وبديهية في الحياة بصفة عامة والزوجية بصفة خاصة، وعليه فمادام كذلك فإن الإشكال هو في إستمرارية الشقاق بين الزوجين الذي يكون قد عكر صفو الحياة الزوجية، ومادام كذلك فإنه إذا توفر شرط الإستمرارية ولم يتوصل الحكّمين إلى حل، ولم تجدي نفعا كل محاولات الصلح، طلق بينهما القاضي.²

ثانياً/ موقف التشريع المغربي: توسع المشرع المغربي في مسألة التطليق للشقاق، وهذا بالنص عليها بشيء من التفصيل في الوقائع، حيث أشار إلى أن الزوجين إذا حدث بينهما نزاع في بيت الزوجية وربما قد لا يصل إلى حد تسميته بالشقاق، فإن العبرة هنا برفع الدعوى من طرف الزوجة إذ نجد أن المادة (94) من المدونة تنص على أنه: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة أعلاه"،³ والملاحظ أن المشرع المغربي نص على أن المنازعة التي تقوم بين الزوجين وقد لا ترقى إلى تسميتها شقاق فإنها تكون سبباً في رفع الدعوى أمام القضاء للفصل فيها.

وكما سبقت الإشارة إليه في موضوع مخالفة العقد، فإن القاضي إذا تبين له عدم توصل الزوجين إلى تسوية لمشكل النزاع، يثير مسألة الشقاق من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يتطرق إليها الخصوم وهذا محاولة من المشرع المغربي للحفاظ على الحياة الزوجية، وأكدت الدكتورة " زخور

1 محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد القضائي، مرجع سابق، ص242.

2 بن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص205.

3 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

الحر" حق المرأة المغربية في التطليق بسبب الشقاق متى تمسكت بذلك، وعليه فالشقاق عند المشرع المغربي هو إجراء مهم جداً كونه يعتبره مسألة خطيرة، حيث يمكن للقاضي في حالة تعذر عدم إثبات الواقعة محل التطليق، يثير مسألة الشقاق تلقائياً في جميع المراحل التي كانت عليها الدعوى.¹

ولقد نصت المدونة في العديد من بنودها على حالات معينة يمكن اللجوء فيها إلى مسطرة الشقاق وبذلك فإن الأمر لا يقتصر على المادة (94) وما بعدها،² وإنما يمكن اللجوء إلى مسطرة الشقاق، إما تلقائياً من طرف المحكمة أو بطلب من أحد الخصوم، وفق للحالات التالية:

- إذا ثبت للمحكمة ضرر الزوجة بالتعدد، ولم يسمح بالاستمرارية الزوجية، وفشلت محاولات الصلح بينهما، وتمسكت الزوجة بحقها في المطالبة بفك الرابطة الزوجية، فإن عليها تقديم طلب للقضاء من أجل الفصل في المنازعة، وتأمّر المحكمة وقتها الزوج بدفع المستحقات القضائية في حدود سبعة أيام فقط من تاريخ الدعوى التي رفعتها الزوجة، فإن تم الإيداع داخل الأجل المحدد أصدرت المحكمة فك الرابطة الزوجين بين الزوجين غير قابل للطعن في شقه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية بإعتباره طلاقاً بائناً، عكس الأمر بالنسبة للاستئناف في الشق المدني.

- تعتبر الأمور المنصوص عليها في المادة (51) من مدونة الأسرة المغربية التي تم الإخلال بها من طرف الزوجين دليل على عدم إلزام أحد طرفي العلاقة بما جاء في المدونة وخرقاً للقانون بالدرجة الأولى، وإذا ما أصر على الإمتناع وبشكل متعمد، فإنه يمكن للزوج الآخر المتضرر طلب التطليق طبقاً مسطرة الشقاق.

1 فوزية برج، مسطرة الشقاق ثورة نسائية داخل مؤسسة الأسرة، جريدة الإتحاد الاشتراكي، العدد 02، 2005، ندوة بعنوان (نساء المتوسط وحقوقهن) فاس، 28/29/30 ماي 2005، ص19.

2 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

- إذا تضررت الزوجة كثيراً من تصرفات زوجها ووقفت عاجزة على إثبات الضرر الحاصل لها وفق مقتضيات المادة (100) من مدونة الأسرة،¹ فعلى الزوجة رفع الأمر إلى المحكمة للفصل فيها في حالة عدم جدوى الصلح للطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.
 - في حالة إصرار الزوجة على الخلع وإصرار الزوج على عدم الموافقة وشكل ذلك إضرار بها فعلى المحكمة إثارة موضوع الشقاق مباشرة من تلقاء نفسها .
 - يتعلق الأمر بمراجعة الزوجة من طرف الزوج ، ولكن القاضي لا بد من أن يقوم بإستدعاء الشاهدين العدلين.
- وعليه فكل هذه الحالات تعتبر من شأنها إحالة الأمور إلى مسطرة الشقاق تلقائياً.²

المبحث الثاني

التطبيق للجريمة والفاحشة المبينة

- نتطرق في هذا المبحث إلى التطبيق للجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وإرتكاب الزوج لفاحشة مبينة، وسيتم تقسيم المبحث إلى مطلبين كما يلي:
- المطلب الأول: التطبيق للجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة
- المطلب الثاني: التطبيق بسبب إرتكاب الزوج لفاحشة مبينة

1 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

2 عبد الله روحات، الوكالة في الصلح بين النص القانوني والواقع العملي، مجلة الإشعاع، عدد 02، بتاريخ: 27 غشت 2003 ص 51، نقلاً عن، عبد الصمد خيشع، مسطرة الشقاق على ضوء مدونة الأسرة المغربية، مجلة الملف، العدد الرابع، لسنة 2005 المغرب، ص23.

المطلب الأول

التطبيق لإرتكاب جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

في هذا المطلب نتطرق فيه إلى أنواع الجرائم التي فيها مساس بالشرف ونقوم بدراسة الجرائم الأخلاقية مثل الإغتصاب، الزنا وغيرهما من الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة.

الفرع الأول/ ماهية الجرائم الأخلاقية

نصت المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري¹ على التطبيق لإرتكاب الزوج لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وبالتالي فالمشرع الجزائري قد أطلق هذا العنصر ولم يقيده بمدة معينة أو بجريمة معينة وعليه يجب أن تتوفر الشروط التالية في هذا الحق:²

1- إثبات الزوجة إرتكاب الزوج لجريمة في خدش لشرف الأسرة وكرامتها ولكن هذا الإثبات لا بد أن يكون بحكم قضائي يدين الزوج، لأن خلاف ذلك يدخل تحت قاعدة أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته وعليه فيشترط في الحكم أن يكون نهائياً وحائزاً لقوة الشيء المقضي فيه.

2- أن المشرع الجزائري نص على أن الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة من جهة وقيدها بإستحالة مواصلة الحياة الزوجية، وغيرها.

3- أن عبء الإثبات يقع على عاتق الزوجة فالنقطة الأولى (مسألة المساس بشرف الأسرة) بإستطاعة الزوجة إثباتها أما الثانية (إستحالة مواصلة الحياة الزوجية) فمن الصعب أن تثبتها كونها مسألة تتعلق بالإحساس ولا يمكن إثباته، وعليه فالمشرع الجزائري ترك الأمر للزوجة.

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 266.

وقد قضت محكمة سعيدة بتاريخ: 2001/04/07 بالتطليق لأن المدعية قد أدين زوجها بجناية هتك عرض ومتواجد بالمؤسسة العقابية وذلك طبقاً للمادة (53) من قانون الأسرة،¹ أصدرت الحكم بالتفريق بناءً على الجريمة المرتكبة، والوثائق المقدمة أيضاً.

الفرع الثاني/أنواع الجرائم الماسة بشرف الأسرة

إن كل الجرائم في حقيقة تعتبر ماسة بشرف الأسرة كونها مخالفة للقانون، ويعاقب عليها ويرتب عليها السجن ويعتبر ذلك إهانة للأسرة بأكملها، ولما تطرق المشرع إلى السجن ذكر قرينة هامة وهي إستحالة مواصلة الحياة الزوجية، لكن العادة جرت أن الجرائم التي تعتبر من قبيل الماسة بشرف الأسرة هي الجرائم الأخلاقية، لأن بقاء الرابطة الزوجية قائمة تُعتبر فيه إهانة للزوجة، وتتمثل جرائم العرض أساساً في:

أولاً/ الجرائم الأخلاقية: يقصد بهذه الجرائم التي تمس بكيان الأسرة وتخدش الحياء وتتعلق بشرف الأسرة إلى حد كبير ألا وهي:

1/ جريمة الإغتصاب: تعتبر هذه الجريمة من أبشع الجرائم من حيث الشناعة في الشريعة الإسلامية ، وعليه سنحاول التطرق إلى هذه الجريمة بنوع من التفصيل:

أ/لغة: من الغضب وهو العنف

ب/إصطلاحاً: هي قيام الشخص بالإعتداء جنسياً على شرف شخص آخر

ج/قانوناً: لم يهتم المشرع الجزائري بالتعريف بل بذكر العقوبة والجزاء المترتب عليه فقط

د/شرعاً:

1 حكم رقم: (2543) بتاريخ : 2001/04/07 صادر عن محكمة سعيدة، قسم شؤون الأسرة، نقلاً عن، مسعودة نعيمة الياس التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2010/2009 ص220.

- عند المالكية، يعرفه الإمام مالك بأنه القيام بالتعدي على مال أو عرض شخص آخر بالظلم والقوة¹

- عند الحنفية، يعرفه الإمام أبو حنيفة على أنه أخذ المال بدون إذن.²

- عند الشافعية، ويعرفه الشافعي هو الظلم والإستيلاء على حق الغير عدواناً³

- عند الحنابلة، أما الإمام أحمد فيعرفه بأنه الإستيلاء على مال الغير بدون وجه حق⁴

وعليه يفهم من التعاريف السابقة أن الإغتصاب هو التعدي على الغير بالقوة ويمس هذا الإعتداء المال أو العرض أو الشرف، وبالتالي فإن جميع الفقهاء يعتبرونه من أشنع الجرائم ويقرون لها الجزاء الكبير، كونها تمس بالآداب والأخلاق العامة.

وبالتالي فهي التعدي على امرأة جنسياً بالإكراه والقوة، الأمر الذي تطرق إليه المشرع الجزائري ورتب عليه عقوبات قاسية وأقر وصف جنائية، حيث أورد في قانون العقوبات.

جنائية الإغتصاب وحدد لها عقوبة تصل إلى (20) سنة سجنًا و من خلال أحكام نص المادة (336) من قانون العقوبات الجزائري⁵ فرق المشرع بين الرجم الواقع على القاصر والذي يعتبر ظرف تشديد، بالمقارنة مع الحكم الذي يقع على البالغ.

والملاحظ أن جريمة الإغتصاب في القانون الجزائري تتوفر على ركن أساسي مختلف على الجرائم الأخرى ألا وهو عنصر الإكراه، حيث أنه إذا إنعدم هذا الركن إختلف الوصف القانوني للجريمة.

1 حاشية الدسوقي ، على الشرح الكبير، الجزء الثالث، مرجع ساق، ص442.

2 عبد الغني الغنيمي الدمشقي، البيان في شرح الكتاب، الجزء الثاني، المكتبة العلمية، لبنان، ص188.

3 حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص443.

4 ابن قدامة ، المغني الجزء الخامس، دار الكتاب الرياض، 1998، ص245

5 قانون العقوبات، الصادر بموجب الأمر (66- 56) المؤرخ في: 8 جوان 1966 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 49.

2/ الفعل المخل بالحياء: تعتبر هذه الجريمة من الجرائم الشنيعة التي تمس هي الأخرى بالأخلاق وتخدش الحياء في المجتمع، ولقد إعتبرها المشرع من الجرائم الماسة بالآداب والأخلاق العامة ورتب عليها عقوبة كبيرة وتختلف الفعل المخل بالحياء على الإغتصاب على عنصر الإكراه، لكن المشرع لم يغفل نقطة هامة وهي ركن الإكراه والقوة في الجرائم المخلة بالحياء، حيث انه إذا كانت الجريمة مرتكبة بالرضا يعتبرها المشرع جنحة، أما إذا كانت العكس فتعتبر جنائية، وإعتبرها المشرع من أفعال الشذوذ الجنسي لكن المشرع الجزائري لم يرتب عليها الجزاء الذي يعتبر قاسياً، إذ تقرر أن المادة (333) من قانون العقوبات وما يليها،¹ على أن الفعل المخل بالحياء تصل عقوبته من (06) أشهر إلى (03) سنوات، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية.²

3/ جريمة الزنا: تعتبر جريمة الزنا من أبشع الجرائم هي الأخرى وبالتالي فإن الإدانة بهذا الجرم الذي يضر كيان الأسرة، والملاحظ أن المشرع الجزائري غير تسميته إلى تسمية الخيانة الزوجية.

أ/ تعريف الزنا:

أ-1/ قانوناً: كما لا يهتم المشرع الجزائري بتعريف الزنا وبالتالي فإن الجريمة تفهم من خلال الجزاء المترتب عليها ومن أركانها.

أ-2/ فقهاً: قد عرفه فقهاء المذاهب الأربعة كما يلي:

- عند الشافعية، وهي وطء مكلف فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق عمداً.³

1 قانون العقوبات، الصادر بموجب الأمر (66-56) المؤرخ في: 8 جوان 1966، مصدر سابق.

2 العقوبات التكميلية هي التي لا يحكم بها منفصلة عن العقوبات الأصلية بإستثناء الحالات التي تنص عليها القانون صراحة وهي إختيارية أو إجبارية، (المادة الرابعة من قانون العقوبات الجزائري)، وقد ألغى التعديل رقم: (06-23) المؤرخ في: 20/12/2006 هاته العقوبات التكميلية التبعية وجعلها عقوبات تكميلية وجوبية، بالإضافة إلى عقوبات تكميلية جوازية .

3 ضياء الدين خليل ابن اسحاق بن موسى الجنيدى المالكي، شرح الزرقاني، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، درا الكتب، بيروت

- عند الإمام أبو حنيفة، هو وطء الرجل في القبل بدون حل.¹

- عند الإمام الشافعي، هو إيلاج الذكر بدون حل ولا شبهة²

- عند الإمام أحمد، هو الوطء من غير حل³

ب-أركان الزنا: تختلف جريمة الزنا عن باقي الجرائم في بعض النقاط التي جعلها المشرع أركان أساسية لقيام هذا الجرم، وحرصاً من المشرع على العلاقة الزوجية إشتراط شروطاً على هذا الفعل الإجرامي حتى ينال الفاعل عقابه في ذلك، ويمكن إجمال الشروط في:

ب-1/ قيام الرابطة الزوجية: لابد من قيام جريمة الزنا هي قيام الرابطة الزوجية بين أحد الطرفين سواء الرجل أو المرأة، وعليه فإن المشرع يشترط قيام الرابطة الزوجية حيث لا يعترف المشرع بالزواج العرفي في إثبات جريمة الزنا، ولقد أحسن المشرع حسناً عندما غير التسمية بجريمة الزنا وليس بالخيانة الزوجية، وعليه فإن القاضي المعروض أمامه النزاع عليه التأكد من زواج أحد الطرفين، حتى تثبت جريمة الزنا.

ويعتبر إشتراط المشرع الجزائي لهذه الشروط في جريمة الزنا هو الإقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية، لأن جريمة الزنا لا تكتفي بمجرد الشكوى بل بشهادة الشهود والحلف واليمين من الطرفين وهذا دليل على حرص الشريعة على صيانة العرض، والجرائم الماسة بشرف الأسرة

ولعل أقسى عقوبة سلطها رسول الله ﷺ في حياته هي على الزاني وهي الرجم حتى الموت وبنص القرآن الكريم قوله ﷺ: «وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ»⁴، ولهذا فإن الله تعالى قرن الخوف من الله بتطبيق هذا الحد الماس بشرف الأسرة وكيانها، وفيها إنتهاك لحد من حدود الله تعالى ألا وهو العرض.

1 ابن عابدين، رد المختار على شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ص139

2 محمد ابن ادريس، نهاية المحتج، مرجع سابق، ص422

3 ابن عابدين، مرجع سابق، ص139

4 سورة النور، الآية 12

ب-2: الوطاء: لا تكفي لقيام جريمة الزنا شكوى الزوج فقط، بل لابد من شهادة شهود، ولقد شددت الشريعة الإسلامية أن شاهدوا الوطاء الحقيقي، ولا تقبل الشبهة في جريمة الزنا بل لابد من تحقيق الوطاء الحقيقي في الجريمة.

ج- عقوبة الزنا: تختلف عقوبة الزنا في الشريعة الإسلامية باختلاف الطرفين ووصفهما فإذا كانت الزانية بكرةً فلها عقوبة وإذا كانت ثيباً فلها عقوبة أخرى، وعليه سنعرض الجزاء عند المذاهب الأربعة لتأكيد من العقوبات المقررة:

- عند الإمام الشافعي، يرى أن عقوبة الزنا هي الرجم حتى الموت، إقتداء بالنبي عليه الصلاة والسلام، وعملاً بالقرآن، ولكن حتى تتوفر القرائن والدلائل الكافية.¹

- عند الإمام أبو حنيفة، يرى الحنفية أن عقوبة الزنا هي بين الرجم والجلد والثيب والبكر، ويشترط نفس الشروط عند الشافعية.²

- عند الإمام أحمد: يرى الإمام أن عقوبة الزنا هي الرجم حتى الموت، على الثيب الزاني سواء كان رجل أو امرأة.³

- عند الإمام مالك: يتوافق الإمام مع الثلاث في عقوبة الزنا، وذكر قصة جرت في زمان النبي ﷺ، أن قوماً أتوا إليه وفيهم رجل زنى، وإعترف هو والزانية، فسألهم النبي ﷺ عن عقوبة الزنا في التوراة، فكذبوه ﷺ، بأن عقوبة الزنا هي الجلد والفضح، فقال لهم إرجمهم حتى الموت وعليه فإن المالكية يذكرون أن عقوبة الزنا في الإسلام هي الرجم حتى الموت.

1 محمد ابن ادريس الشافعي، مرجع سابق، ص428

2 ابن عابدي، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، ص 143

3مختصر المزني، مرجع سابق، ص344

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتبر جريمة الزنا من ظروف التشديد بل أقر لها عقوبة مخففة وهي سنة حبس فقط،¹ وعليه فإن المشرع الجزائري من خلال المادة (339) قد ذكر جريمة الزنا بالشروط التالية:

- أن يكون احد الطرفين متزوج²
- أن يكون هناك شهود للجريمة
- ضرورة التأكد من الوطء الحقيقي³
- ضرورة تحرير شكوى من طرف الزوج شخصياً، ويضع تنازله حداً للمتابعة الجزائية.

4/ الجرائم الأخلاقية بين المحارم: يقصد بالجرائم الواقعة بين المحارم تلك الجرائم الفاحشة بين المحارم والأقارب، وهي تعتبر نوع آخر من الجرائم الخاصة، لكن بين المحارم أي أن يكون بين الطرفين علاقة قرابة من العلاقات المعروفة علاقة المصاهرة، النسب، الرضاة وتأتي هذه الجرائم في أخطر الصور وهي هدم صلة الرحم، وتقطيعها التي جاءت الشريعة الإسلامية للحفاظ عليها وتعظيمها.⁴

1 لم يعرف المشرع الجزائري جريمة الزنا مثل ما فعلت التشريعات العربية الأخرى، وترك الأمر للفقهاء، كما نجد أن المحكمة العليا قد عرفت في قرارها رقم (23110) الصادر بتاريخ: 1969/03/25 على أنها: (جريمة الزنا جريمة عمدية تشترط لتكوينها القصد الجنائي ويتوفر هذا القصد لدى الفاعل الأصلي إذا تم الجماع أو الوطء عن إرادة واختيار وعلم أحد الزوجين بأنه يعتدي على شرف زوجة الآخر).

2 عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1982، الجزائر، ص52

3 يرى الدكتور عبد العزيز سعد أن أركان الوطء يتحقق بمجرد تسليم المزدوجة نفسها طواعية لرجل آخر، ويكون ذلك أيضاً بالوطء الحقيقي حيث لا بد أن يكون الوطء ثابت لا غبار عليه، ويكون هذا الفعل قد قام عن طريق طبيعي بإيلاج ذكر الرجل في قبل الزوجة، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2002 ص 240.

4 لم ينطرق المشرع الجزائري في المادة (337) إلى الظروف المشددة لجريمة زنا المحارم صراحة، لكنه إكتفى في ذلك بالنص عليها في الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه إذا قام الفعل مم راشد على شخص قاصر دون 18 سنة من عمره فإن العقوبة في هذه الحالة تكون مشددة بالنظر إلى العكس من ذلك، ويفهم في هذه الحالة أن المشرع حدد الحد الأشد دون الأدنى تاركاً تقدير

أ- موقف التشريع الجزائري من زنا المحارم: لم يغفل المشرع الجزائري على جريمة زنا المحارم بل نص عليها في المادة (337) من قانون العقوبات حيث قسمها إلى ثلاث أصناف.¹

- الفاحشة مع الأصول والفروع، والتي تكون مع المحرمات من الفروع مهما نزلت ومع الأصول

- الفاحشة مع الإخوة والأخوات، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الفاحشة مع الإخوة من الرضاعة، وعليه فإن كل درجات الإخوة والأخوات تعتبر فاحشة بين المحارم، والأخوة بكل درجات سواء أكانوا لأب أم لأم.

- الفاحشة مع الأصهار، والتي تكون مع أخوات وعمات وخالات الزوجة ممن يحرمون على الزوج الزواج بهم، وعليه فإن جريمة الزنا بين المحارم تقوم في هذه الحالة على :

ب/ عقوبة جريمة الفاحشة بين المحارم:

1/ في الشريعة الإسلامية: إتفق الفقهاء أن جريمة زنا المحارم تعتبر من أخطر الجرائم وعقوبتها هي الحد ولا يشترط الفقهاء فيها الشروط السابقة كونها قد تفتقر إلى شهادة الشهود وغيرها من القرائن الأخرى، لأن ذلك قد يدخل في مسميات أخرى، مثل الزواج بين الأقارب وهو ما يعني تقرير عقوبة الحد .

2/ في التشريع الجزائري: يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يغفل في المادة (377) من قانون العقوبات مسألة زنا المحارم بل جعلها من أبشع الجرائم وأعطاهها وصفاً جنائياً وعقوبتها هي:

السجن من عشر (10) إلى (20) عشرين سنة، بسبب ارتكاب الفاحشة بين الأصول والفروع والإخوة والأخوات، وب عقوبة من (05) خمس إلى (10) عشر سنوات وأعطاهها وصف الجنحة وهي الجريمة الفاحشة مع أبناء الإخوة والأخوات.²

الحد الأدنى إلى قضاة الموضوع، كون المشرع لم ينص على الظروف المشددة بإستثناء العود، أنظر: عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص77.

1 قانون العقوبات، الصادر بموجب الأمر (66- 56) المؤرخ في: 8 جوان 1966 المعدل والمتمم، المصدر السابق.

3/ في التشريع التونسي: يرى المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية أن إقتراف الزوج لجريمة الزنا وثبت ذلك بالدليل القاطع، فإن ذلك يثبت حق الزوجة في التطليق بإرادتها المنفردة وهذا للضرر اللاحق بالزوجة، لكن المشرع التونسي هنا لم يتوافق مع المشرع الجزائري ولا التشريع الإسلامي من خلال حتمية الإتصال الجنسي لإثبات قيام جريمة الزنا، بل يكفي إثباتها بشهادة الشهود والقرائن الأخرى.

وفي هذا الصدد فإن محكمة الإستئناف التونسية قضت بأن الزوج الذي يتصل بالعائلة الأجنبية ويصطحبها في نزهاتها وأماكن نزهتها في أوقات متعددة، وأماكن الإجتماع بها،¹ وعد قيامه بنفس الأمور مع زوجته يعتبر ذلك دليل قاطع على إعراض الزوج على زوجته، ويتعارض مع مبدأ الإحسان للزوجة، وهو ما يعتبر إضرار بالزوجة من خلال إسقاط حق من حقوقها عمداً .

وعليه فمتى كان ذلك فقد وجب على القاضي التطليق بين الزوجين للضرر اللاحق بالزوجة.

هـ/ موقف المشرع الجزائري من التطليق للحبس والجريمة: لم يطلق المشرع الجزائري العنان للقاضي في فك الرابطة الزوجية من أجل الجريمة التي يقوم بها الزوج بل أعطاه أوصافاً لا بد من تحققها حتى تقبل دعوى التطليق بين الزوجين،² والتي تعتبر جرائم مجيزة للزوجة في طلب التطليق، حيث ذكرها المشرع في المادة (5/53) من قانون الأسرة،³ وربطها بالمساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.⁴

2 عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، نوفمبر 2006، ص177.

1 محكمة الإستئناف سوسة، قرار رقم: (59009) بتاريخ: 1966/07/14، مجلة القضاء والتشريع، العدد 09 لسنة 1966 ص79، نقلا عن: ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص70

2 عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص80.

3 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

4 عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص182

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد قصد في هذه الفقرة الجرائم المعنية هي تلك يعتبر وصفها مشينة بالنسبة لسمعة الأسرة ومكانتها، وعليه فإن في بداية الفقرة يفهم بأن كل الجرائم ماسة بشرف الأسرة كالسرقة والضرب وغيرها، إلا أنه قد وضح طبيعة هذه الجرائم.

إن القرينة التي ذكرها المشرع هي إستحالة مواصلة الحياة الزوجية، يقصد بها الجرائم الأخلاقية والماسة بالآداب العامة التي فيها من الأذى ما يبقى حتى بعد إنهاء الزوج لعقوبته السالبة للحرية مهما كانت مدتها، تعتبر الجرائم الأخلاقية تمس بشرف الأسرة من جهة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية والعشرة الزوجية، فالعشرة هنا تختلف عن الحياة الزوجية فالزوجة التي يرتكب زوجها كبيرة الزنا مع امرأة أخرى هو مساس بكرامة المرأة بالدرجة الأولى ولا تستطيع الزوجة مواصلة الحياة الزوجية مع هذا الشخص.

إن إثبات إستحالة مواصلة الحياة الزوجية قد تركها القانون للقاضي المطروح أمامه النزاع في وتعتبر شكوى الزوجة دليل واضح على عدم قدرتها في البقاء مع زوجها بعد لإقدامه على جريمة أخلاقية مخلة بالآداب والأخلاق العامة.¹

المطلب الثاني

التطبيق لإرتكاب فاحشة مبينة

أشار المشرع الجزائري إلى الفاحشة المبينة في الفقرة السابعة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري،² و ترك فيها الأمر للقاضي في أخذ طلب التفريق المقدم من طرف الزوجة وبالتالي فإن كلمة الفاحشة لها علاقة كبيرة بالقضايا السابقة كونها تتعدى الجرائم السابقة، فكل الأفعال التي نصت عليها الشريعة الإسلامية سابقاً يمثل اقترافها فاحشة.³

1 محمد عبد الحميد الأفقي، الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية، ب ط، مصر، 1999، ص52.

2 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

3 باديس ذبياني، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص47.

والملاحظ هنا أن الجريمة التي تعتبر فاحشة مبينة ليست مرتبطة بمدة سجن معينة بل يكفي أن تكون فيها الأدلة ولو بعقوبة بديلة غرامة مالية فقط، وللإشارة فإن هناك بعض الجرائم المتعلقة بالفاحشة المبينة ولم يتم ذكرها سابقاً.

أولاً/ الدعارة: لم ينص المشرع الجزائري على جريمة الدعارة كسبب من أسباب التطليق لكنه قد يدخل في خانة الفواحش، وعليه فالدعارة من بين القضايا التي إنتشرت في الوقت الحاضر وأصبحت تطرح إشكالات عديدة أمام القضاء خاصة أنها ذات وجهين، حيث يمكن اعتبارها فاحشة مبينة من جهة ، ويمكن اعتبارها من الجرائم التي لها صفة جرائم الآداب العامة

أ/أسباب التطرق إلى جريمة الدعارة: الدعارة في مفهومها اللغوي هي تقديم شخص لجسمه شخص آخر مقابل مالي، يقدمه الثاني نظير إشباع شهوته، وعليه فإن الدعارة تعتبر جريمة أخلاقية.

ب/ الوساطة في الدعارة: تعتبر الوساطة في الدعارة من الجرائم الأخلاقية التي تعتبر من باب الفضائح قبل الجرائم وتستحق العقاب الرياني قبل القانوني كونها تخدش الأخلاق، وعليه فإنه يمكن اعتبارها من باب الفواحش لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾¹

وتعتبر الوساطة في شأن الدعارة من باب التقسيم الذي قسمه المشرع للجرائم ، حيث أن المشرع لم يفرق بين الفاعل والشريك والوسيط فيها وهذا بنص المادة (1/343) من قانون العقوبات بنصها: " كل من ساعد أو عاون أو حمى دعارة الغير، أو أغرى على الدعارة".² وهنا تعتبر الوساطة في الدعارة يعتبر فاعلاً أصيلاً وينطبق ذلك على كل طرف من شأنه المساعدة على الدعارة مثل إنشاء وكر للدعارة والرذيلة، وعليه فإن الزوجة التي تدعي بأن زوجها قام بهذه الجرائم إثبات ذلك من خلال الأحكام القضائية الصادرة ضده في هذه الحالة كي يستأنس بها القاضي في التطليق.

1 سورة الإسراء، الآية (32).

2 الأمر رقم: (156/66) المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

كما أن للدعارة صور عديدة منها :

- المشاركة في وكر الدعارة، وهذا من خلال المساعدة على حماية وكر الدعارة أو استتجاره أو على طريقة توفير الحماية لهذا الوكر، وتسهيلها سواء بالقول أو الفعل
- العائدات المالية، وهو ما نصت عليه نفس المادة من خلال اقتسام الأرباح والمحصلات الدعارة أو إستغلال الغير بكل الوسائل أو الإعانة بكل أنواعها مهما كانت الصور التي تتمثل فيها هاته المساعدة والإعانة وسواء أكانت مادية أو معنوية
- السكن، ويعني ذلك العيش في سكن أو توفيره للشخص الممتن للدعارة على سبيل الإحتراف
- علاقات الأشخاص مع بعضهم البعض، ويقصد بها ما نصت إليه المادة السابقة من قانون العقوبات وهي تبرير الموارد التي تتفق وطريقة معيشته حالة أنه على علاقات معتادة مع شخص أو أكثر من الذين يحترفون الدعارة، وعليه فإنه يفهم أنها تقوم على أن تكون في إطار جماعة منظمة وتقوم بالدعارة على أساس الإمتهان.¹
- كما أشارت الفقرة الخامسة من نفس المادة على أن تكون الجريمة قائمة على استغلال أشخاص من أجل القيام بهذه الجريمة واحترافها وتوظيفها ويشترط في هذا الشخص ما يشترط في الأهلية أو الجزاء المترتب على العقوبة.²

- العقل

- البلوغ

1 في هذا الصدد نجد أن هناك قرار قضائي صادر عن مجلس قضاء سعيدة سنة 1991، على أنه متى كان الحكم قد أثبت بأدلة سائغة أن المتهم يدير منزل للدعارة كما أورد مضمون ما جاء بمحضر التفتيش من أن النساء اللاتي يمارسن الدعارة في المنزل كما أقر الرجال بأنهم يترددون عليه في أوقات متباعدة لإرتكاب فاحشة نظير أجر يستوفيه منهم المتهم فإن ما ثبت الحكم به في حقه يعتبر دليل واضح لفتح وكر للدعارة، وعليه فإن مثل هذا الحكم يعطي الحق للزوجة في اللجوء إلى القضاء لفك رباطها من زوجها طالما كان ذلك الجرم ثابت بحكم قضائي لا ريب فيه.

2 سميرة معاشي، صور التطبيق في التشريع الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة جامعة محمد خيضر بسكرة، ص208

- عدم الإكراه

بالإضافة إلى هنالك بعض الأشخاص هم :

الوسيط: الذي يعتبر معاوناً أو فاعلاً كما سبق الإشارة إليه في المادة (6/343) من قانون العقوبات بنصها: " القيام بالوساطة بأي صفة كانت بين أشخاص يحترفون الدعارة والفسق بين الأفراد يستغلون الدعارة أو العنف أو يكافؤون الغير عليها" ، ¹ وعليه فإن الزوجة بإمكانها أن تقوم بالتطبيق من زوجها إذا كان يأخذ الأوصاف التالية، التي تعتبر حسب القانون فاعلاً القانون الجزائي: ²

- الفاعل.

- الشريك.

- الوسيط .

- المعاون .

وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائي في تقسيم الجرائم وخاصة الركن المادي، ويفهم من خلال ما سبق أن الدعارة تأخذ الصور التالية:

- أن يقوم الشخص بالدعارة على سبيل الإحتراف والإمتهان سواء بنفسه أو بواسطة.

- الوساطة في الدعارة تأخذ كل الطرق والأساليب التي تحقق غاية الدعارة.

- المكان سواء كان مفتوحاً للجمهور أو مغلقاً وسواء كان إيجاراً أو ملكاً العبرة بالإستغلال.

- كل الوسائل التي تحقق الغاية، والتي يتم إستغلالها من أي جهة كانت وبكافة الطرق.

1 الأمر رقم: (156/66) المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المصدر السابق

2 أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح قانون الجزائي العام، دار هومة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجزائر، ص118.

ثانياً/ موقف المشرع الجزائري من التطلاق للفاحشة: أعطى المشرع الجزائري الحق للزوجة في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتطلاق من أجل المطالبة بفك الرابطة الزوجية بسبب الفاحشة المبينة وعليه فإن الزوجة لها الحق في ذلك بناءً على حكم قضائي يدين الزوج بما يلي:

- الدعارة.

- الفسق .

- المساعدة على الدعارة والفسق.

- التشجيع على الدعارة والفسق من خلال الدعوة لهما.

- إمتهان مهنة الإشهار بالرديلة والدعوة لها.

وبهذا من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد أطنب من خلال المادة (53) من قانون شؤون الأسرة حيث ذكر الفاحشة المبينة فقط، الأمر الذي كان بالإمكان الإستغناء عنه بالفقرة التي قبلها وهي التطلاق بسبب الجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة والعشرة الزوجية، حيث تكفي جريمة الحبس، وإنفرد بها المشرع على التشريعات الأخرى¹

هنا تجدر الإشارة أن الفقرة التي تنص على الفاحشة هي فقرة مضافة فقط حيث أن الإمتهان شيء والأدلة شيء آخر، وعليه فمادام كذلك فإن الأدلة كافية لتحقيق شرط الجريمة الماسة بشرف الأسرة، وبالتالي لا حاجة بالتطرق إلى الفاحشة المبينة أصلاً، وعليه يظهر أن المشرع الجزائري قد أعطى الحق للزوجة في الفقرة السابعة بمجرد قيام الزوج بالجريمة، لكن ليس لقطع الأدلة لأن المشرع الجزائري قد بدأ الفقرة، بعبارة الإرتكاب وعليه فهنا يمكن التفريق بين المادتين من خلال:

- أن الفقرة الرابعة من أحكام المادة (53) من قانون الأسرة¹ نصت على الحكم وبالتالي فإن الزوجة التي تدعي قيام زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة لابد لها من حكم قضائي ضد الزوج يكون نهائياً وحائزاً لقوة الشيء المقضي به.

1 سميرة معاشي، التطلاق للضرر في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص209

- أن الفقرة السابعة من ذات المادة، بدأت بعبارة إرتكاب وهي تعني القيام فقط، و يقصد بها الحكم النهائي الخارج عن العقوبات السالبة للحرية، كالعقوبات البديلة مثل الحبس الموقوف النفاذ العمل للصالح العام وغيرها، وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد خالف تجاهل قرينة البراءة في بعض الأحوال بقوله إرتكاب.

إن المشرع الجزائري عندما نص على الإرتكاب فإنه قد مس بحياة الزوجين حيث أنه يمكن الإستهتار بها كأن يشهد زوراً مع الزوجة بإقتراف الزوج بجريمة تعتبر فاحشة، وعلى هذا الأساس يكون القاضي قد فرق بين الزوجين بسبب قد يكون الزوج لا علاقة له به.

ثالثاً/ موقف المشرع المغربي من التطليق للجريمة:في هذا الصدد فإن المشرع المغربي قد إعتبر أيضاً الجرائم الماسة بالآداب العامة والأخلاق مجيزة للتطليق، ففي قرار صادر سنة 1998 كرس ذلك بنصه: " الحكم على الزوج بجنحة الإلتجار بالمخدرات يعتبر ضرراً مبرراً للتطليق لمساسه بالأخلاق، وعدم إستطاعة دوام العشرة الزوجية ".²

1 محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم: 988 مؤرخ في: 2000/10/18، ملف شرعي عدد (1998/1/2/482).

المبحث الثالث

التطليق لمخالفة شروط العقد وللضرر

تعتبر مسألة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد من المسائل المهمة التي تطرح إشكالات متعددة، وهي مسألة الضرر المعتبر شرعاً، ولهذا فتم تخصيص مبحث مستقل لهاتين النقطتين، وتم تقسيم المبحث إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

المطلب الثاني: التطليق لكل ضرر شرعاً

المطلب الأول

التطليق للضرر المعتبر شرعاً

قبل التطرق إلى موضوع الضرر سنتطرق ابتداءً لتعريفه:

الفرع الأول/ ماهية الضرر

أ/ لغة: بمعنى السوء والمكروه ¹.

ب/ إصطلاحاً: هو التعمد في إلحاق الضرر بالغير، سواء باللفظ أو الفعل، ويكون لهذا الضرر تأثير نفسي أو جسدي وسواء كان حالي أو مستقبلي. ²

ج/ فقهاً: هو إلحاق الزوج الضرر بزوجه. ³

ويعرف أيضاً أنه الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله.

1 ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص44

2 المنتقى، ص40

3 أحمد بن محمد بن حجر الهتمي، فتح المبين شرح الأربعين الطبعة الأولى، دار المنهاج للنشر، بيروت، 2008، ص264

وعرفه الفقهاء أنه كل الأفعال والأقوال التي تلحق الأذى بالشخص أو في ماله أو عرضه.

وأما فيما يخص حكم التفريق بسبب الضرر فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز التفريق بين الزوجين للضرر اللاحق بالزوجة، ومدى حقها في المطالبة بالتطليق بسبب الضرر اللاحق بها¹ حيث ذهب الإمام مالك والإمام أحمد والجعفرية على أنه يجوز التفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة وعلى القاضي التفريق بينهما متى رأى تضرر الزوجة من زوجها، بغض النظر عن طبيعة الضرر.

لكن الملاحظ هنا أن الفقهاء لم يتطرقوا إلى مسألة التأديب والضرر اللاحق بها، وعليه يفهم منها أن الضرر من بين الأسباب التي تعطي الحق في التفريق إذا زاد هذا التأديب على حده.

- إذ يرى الإمام الشافعي وأبو حنيفة النعمان أنه على القاضي التأكد من ضرر الزوجة، ويقع عليه البحث في أسباب الضرر، فإذا تأكد أن الزوج فعلاً ألحق الضرر بزوجه قصداً قام بتعزيزه أما إذا كان غير قاصد الإضرار بزوجه نبهه مرة ومرتان، وإذا لم ينته عن ذلك طلقها منها ويحث الشيخان القاضي على التريث حماية للعلاقة الزوجية وإعطاء الزوجة فرصة لتدارك أخطائه وربما كان غير قاصد الإضرار بالزوجة، وعليه يفرق الإمام في التفريق بين حالات هي:²

- أن يكون الضرر مقصوداً.

- أن ينبه القاضي الزوج ويحذره قبل التفريق بينهما.

- أن يكون الضرر حقيقياً .

- أن يأخذ الضرر طابع الإستمرار فإذا كان الضرر وقع مرة واحدة فهنا لا يجب التفريق.

- ضرر الزوجة لنفسها وليس لغيرها كأحد من أهلها، أن يكون الضرر من الزوج نفسه.

1 أبو الحسن المارودي، الحاوي الكبير، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 603

2 محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، دار محمود للنشر، 1999، القاهرة،

الفرع الثاني/ موقف التشريعات الوضعية من التفريق للضرر

أولاً/ موقف المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة (10/53) من قانون شؤون الأسرة على أنه يجوز التطلاق لكل ضرار معتبر شرعاً، وتعتبر صياغة الفقرة بمثابة خلاصة لكل الحالات، لأن جوهر اللجوء إلى القضاء للتفريق القضائي هو ضرر حاصل للزوجة ، وتعتبر سلطة القاضي التقديرية هي المثبتة لتلك الأضرار اللاحقة بالزوجة.¹

وعليه يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري قد ذكر الضرر على سبيل العموم والشمول وبالتالي دليل على سلاسة المادة ومرونتها، وتصلح بالتالي لإسقاطها على كل الحالات، كونها تختلف في المضمون والهدف وهو -الضرر بالزوجة- سواء كان جسماً أو نفسياً.

ومن هنا نفهم أن المشرع قد واكب التشريع الإسلامي في مسألة الضرر، سعياً منه لحماية الزوجة من كل أشكال الضرر بكل أنواعه، وعموماً يمكن إجمال الفقرات السابقة في مسمى الضرر في ما يلي:

- أن المشرع الجزائري مادام قد نص في بداية العبارة بكل بمعنى شمول كل الفقرات السابقة
- أن المحكمة العليا سلكت مسلك المشرع الجزائري في إعتبار الضرر اللاحق بالزوجة مجيز للتفريق بين الزوجين، حيث ورد قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 1986/05/05 أقر على ما يلي: "أن تصريح الطاعن أمام الحاضرين أن زوجته لم تكن بكراً ومع ذلك فإنه قبل وبها وسترها فإن ذلك دليل على أنها لم تكن كذلك وأن الطاعن كان قاصداً الإضرار بالزوجة من خلال مسها في كرامتها وشرفها، وعليه متى أكد القضاة من ذلك وفرقا بينهما، للضرر اللاحق بها طبقوا صحيح القانون " ².

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص301.

2 المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار رقم (38341) بتاريخ: 1986/05/05 المجلة القضائية، العدد 44 ، ص190

وفي قرار آخر للمحكمة العليا "يعتبر أن التعدي المستمر على الزوجة بالألفاظ البذيئة والتعمد في إهانتها المستمرة، والتي تمس بكرامتها تعتبر أضراراً مجيزة للتطبيق بين الزوجين، وهذا لعدم تحمل الزوجة هاته الإهانات كونها تمس بالعواطف، وتتعارض مع الكرامة الإنسانية، وعليه فإن قضاة المجلس بقرارهم التفريق يكونوا قد طبقوا صحيح القانون".¹

ومما سبق ذكره أن القرارين يختلفان في الأسباب لكنهم يتفقان في النتيجة وهي إلحاق الضرر بالزوجة، ومادام تأكد القضاة من أن الضرر حقيقي ومستمر فإن هذا كان دافع وراء تطبيق الفقرة العاشرة من المادة (53) وهي التطبيق، لأن ذلك يعتبر فعلاً قد ألحق الضرر بالزوجة، وفي قرار آخر للمحكمة العليا سنة 1989 "قضى بنقض القرار الصادر عن المجلس القضائي كونه إعتبر الضرر اللاحق بالزوجة لمجرد أنه تم إثباته بشهادة الشهود، ولما ثبت أنه لا يجيز بالشهود كونه لا تتوفر فيهم الصفة القانونية من جهة، وعدم البحث في وسائل الإثبات الأخرى، كون الضرر لا بد من أن يثبت بذلك لما سبق التطرق إليه، وعليه فإنه يتعين نقض القرار كونه لم يراعي الشروط اللازمة والكافية لإثبات الضرر، حيث أن القاضي ملزم بالبحث في كشف الضرر".²

والملاحظ أيضاً أن الضرر اللاحق بالزوجة بسبب الضرر من طرف الزوج هو دليل كافي لطلاقها منه، لكن لا بد من التأكد من ذلك بالطرق الشرعية والقانونية وكل السبل التي يراها القاضي مناسبة للوصول إلى الحقيقة، أقرت متى تأكد بأن الزوج هو الفاعل، وفي قرار آخر للمحكمة العليا سنة 2001 أقرت أن إقدام الزوج على ضرب زوجته يعتبر ذلك من قبيل الإضرار التي إعتبرها المشرع ضرر بنصها: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطبيق دون اشتراط حكم جزائي حيث وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف ثبت أن قاضي الموضوع عندما قضى بالتطبيق للمطعون ضدها تأكد لديه تحقق الضرر المعتبر شرعاً، وذلك بإعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب

1 المحكمة العليا، غ أ ش ، قرار رقم: (39025)، بتاريخ 2006/01/12، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 2006، ص32.

2 المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم: (56490)، بتاريخ: 1989/11/27، ص276

والجرح العمدي، وفيما يخص نعيه على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التطلاق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملزم به قاضي الموضوع فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسبباً تسببياً كافياً، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير المؤسس، ويتعين رفضه، مما يتعين رفض الطعن".¹

إن المشرع الجزائري لم يقيم بوضع شروط تقييدية بل أطلق ذلك وأعطى القاضي صلاحيات واسعة وإستعمال سلطته التقديرية في تكييف الضرر، وهو ما يفهم من خلال القرارات السابقة فالملاحظ أنها اختلفت في الوقائع إلا أنها إتفقت في تحقق الضرر بالنسبة للزوجة، وعموماً يمكن القول بأن المشرع قد ألم بجميع الجوانب الخاصة بالضرر اللاحق بالزوجة، وعليه فإنه على القاضي متى تأكد من تحقق الضرر فرق بين الزوجة وأصدر حكمه بناءً على المادة (53) وهو من قانون الأسرة التطلاق.²

ثانياً/ موقف المشرع المغربي: لم يغفل المشرع المغربي مسألة التطلاق للضرر حيث نجد أنه قد نص على الضرر في المادة (99) من مدونة الأسرة المغربية وأشار من خلالها إلى بعض الصور وهي:³

- أن كل إخلال من الزوج بشروط الزواج يعتبر ضرر مثبت لحق الزوجة في التطلاق
- كل التصرفات التي تصدر من الزوج وتمس بالأخلاق والآداب العامة، فهي من قبيل التصرفات التي تجيز طلب التفريق القضائي من طرف الزوجة

1 المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم: (258555)، المجلة القضائية العدد 02 لسنة 200، ص 419.

2 القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

3 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف (34767) بتاريخ 17/12/1884،: (يجب على الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحقها من زوجها وإساءته لها، وأن يكون هذا الضرر خطير ومستمر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية). نقلاً عن، بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 301.

1/ الإخلال بالشروط المتفق عليها في الزواج: إن إلحاق الضرر بالزوجة من خلال عدم التقيد ببند الاتفاق بين الزوجين في عقد الزواج ومخالفتها، وبالتالي ينتج عن ذلك إضرار بالزوجة، وهو ما يجيز للقاضي قبول طلب الزوجة بالتطليق.¹

2/ المساس بالأخلاق والآداب العامة: وهو أن الزوج الذي تعرض إلى الزوجة وكرامتها من خلال المساس بالأخلاق وخدش الكرامة الإنسانية للزوجة وأهلها وعرضها...، وقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما لم يحصر الضرر المادي فقط، بل ترك الأمر للقاضي وبالتالي تدخل الأضرار التالية:

- الأضرار المادية للزوجة

- الأضرار النفسية والمعنوية نتيجة الإهانة

- أن يكون هذا الضرر بسبب الزوج، وفي هذا الصدد نجد قرار لمحكمة النقض المغربية ينص على ذلك في نصه: " من شروط الضرر أن يكون المبرر للتطليق صادراً عن الزوج، أما الضرر الذي لا يد له فيه فلا تفصم به العلاقة الزوجية طالما أنه لم يصدر ما يسيء للزوجة من ضرب أو أذى بها".²

وما يمكنه ملاحظته أن المشرع المغربي قد جعل عبء الإثبات على عاتق الزوجة بكافة الطرق والوسائل، مثلما نجد القرار الصادر سنة 1998 الذي نص على أنه³: "القرار المعتبر أن المنازعة في البكارة ليست من قبيل الأضرار الذي تبرر التطليق أنزل النص الفقهي المعتمد عليه في قضائه في غير محله، إستثناءً لذلك عيوب الزوجية خلافاً لموضوع نازله الحال المؤسس على

1 عبد الفتاح إبراهيم بهيتي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقهاً وقانوناً، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 1995، ص 127

2 محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم: 976 مؤرخ في: 2000/10/18، ملف شرعي عدد (1995/1/2/635).

3 محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم: 987 مؤرخ في: 2000/10/18، ملف شرعي عدد (1998/1/2/321).

دعوى التطلاق للضرر المتمثل في العنف المؤيد بالشهادة الطبية التي تفيد وجود ضرر معنوي جسيم لحق بالزوجة يوم حفل دخوله بها، فإن الزوجة بذلك يثبت لها حق التطلاق".

وفي قرار آخر صادر سنة 2002 ذهب أيضاً إلى أن الزوجة متى قدمت ما يثبت تضررها من زوجها وتؤكد القاضي ذلك بغض النظر إلى المكان الذي وقع فيه الضرر داخل الوطن أو خارجه فإن الضرر هذا يعتبر مثبت للتطلاق.¹

والملاحظ أن المشرع المغربي قد توافق مع المشرع الجزائري في مسألة الضرر فكل التشريعات أعطتها صيغة العموم وربطتها بمدى إعتبار الضرر معتبراً شرعاً، وعليه لم يتم تحديد مذهب معين دون آخر، وعليه فللقاضي الحرية التامة في إتباع كل مذهب يراه مناسباً في إعتبار الفعل المقترف من الزوج هو ملحق للضرر بالزوجة، وبالتالي فإن التوسع من طرف التشريعين المغربي والجزائري فهو إنتهاج للمذهب المالكي الذي يعتبر كل التصرفات المخالفة للشريعة وتلحق الضرر هي تصرفات مجيزة للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة.

ثالثاً/ موقف المشرع التونسي: نص المشرع التونسي على الضرر الموجب للطلاق بإرادة الزوجة هو ذلك الذي يطلب بسببه الطرف المتضرر الطلاق (عنف جسدي أو لفظي، إهمال...) ويمكن إثباته باعتباره واقعة قانونية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً وفي هذا المجال، تطبق قاعدة "البينة على من ادعى"، أي أن الذي يدعي أمراً عليه أن يثبته إذ لا تكتفي المحكمة بمجرد أقواله. وبإمكان المدعى عليه مناقشة الحجج المقدّمة والإتيان بما يخالفها أو بما يضعفها.

كما أشار المشرع التونسي إلى أنّ الضرر الناتج عن الطلاق هو ذلك الذي لم يتسبّب فيه القرين مباشرة بفعل ضار، وإثماً تسبّب في إحداثه بمجرد طلبه الطلاق إنشاءً.

1 محكمة النقض المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار رقم: 452 مؤرخ في: 2003/10/15، ملف شرعي عدد (2002/1/2/1257) .

وينص الفصل (31) من مجلة الأحوال الشخصية في هذا الشأن أنه في صورتَي الحكم بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، أو بناء على رغبة أحد الزوجين في الطلاق إنشاءً، يقضى لمن تضرر من الزوجين بالتعويض عن الضرر المادي " فقدان مستوى العيش الذي كانت المطلقة تتمتع به في ظلّ الحياة الزوجية مثلاً" والمعنوي " كل ما يتعلق بالمشاعر" الناجمين عن الطلاق. وبالنسبة للمرأة يعوّض لها عن الضرر المادي بجراية عمرية ما لم تختار التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة.¹

الفرع الثالث/ حدود سلطة القاضي في تحديد الضرر

طبقاً لما تم ذكره سابقاً فإن التطبيق يقع بناء على تأكد القاضي من الضرر الحاصل للزوجة ويكون الدافع من وراء تقديم طلب فك الرابطة الزوجية، وعليه فإن الضرر الحاصل مبني على وقائع حقيقية يقوم الإعتماد عليها من طرف القاضي لتسبيب حكمه، و ذلك من خلال صلاحيات القاضي دون غيره، لأنه الوحيد من يقدر حجم الضرر وبالتالي يقدر الجزاء المترتب على ذلك وعليه فإن التشريعات الوضعية لم تترك الأمر هكذا بل ضبطته بضوابط وأسس لتحديد هاته الأضرار، فالإستجابة لطلب الزوجة لا يشترط حضور الزوج.²

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعاً بتوسعه في مفهوم الضرر، لأن الأضرار عديدة ويصعب حصرها،³²⁶ فما يعتبر فيه ضرر لزوجة قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، والضرر المعتبر شرعاً في زمن، ولى جماعة معينة، قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى، خاصة وأن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعاً معينة من الضرر⁴، ومن هنا تعد هذه الفقرة الملاذ والملجأ المحبذ لقضاة المحاكم، وحتى المحكمة العليا لنشر أي شيء في خانة الضرر

1 الأمر الصادر بتاريخ: 13 أوت 1956، يتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، المصدر السابق.

2 لوعيل محمد الأمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، دار هومة الجزائر، 2010، ص175.

3 بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق ، ص 207.

4 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع السابق، ص237.

المعتبر شرعا، بالرغم من توافر أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري.¹

أولاً/ الأسس والآليات الإجرائية لتحديد الضرر: تطرق المشرع الجزائري إلى مبدأ تحديد الضرر وجبره والتعويض عليه ولم يطلق ذلك الحق للزوجين في فك الرابطة الزوجية، بل جعل ذلك من إختصاص القضاء وحده،² وجعل له السلطة التقديرية هي الأساس في ذلك، وبالتالي فلا بد من عدم ترك إدعاءات على الطرف الثاني، وتعتبر هذه المسألة في أغلب التشريعات العربية، نذكر منها:

1/ في التشريع الجزائري: لقد أشار المشرع الجزائري إلى مسألة الضرر بلفظ " كل ضرر معتبر شرعا"، وبدأها بصيغة العموم، أي أنه متى ثبت الضرر القاضي فرق بين الزوجين للضرر الحاصل للزوجة نتيجة تعسف الزوج لحقه، سواء تعلق الأمر بالتأديب أو تجاوز حدوده في الأفعال الأخرى.

والملاحظ أن المحكمة العليا قضت في قراراتها أن الزوجة لا تستحق التعويض عن ضرر حاصل لها إلا إذا ثبت أنه ليس لها يد فيه، وأن الزوج هو المتسبب فيه وحده وفق الفقرات السابقة التسعة، فأقر في القرار الصادر سنة 1986 أن الزوجة يسقط حقها في التعويض عن الضرر إذا كانت تتحمل جزءاً من الأسباب المؤدية للضرر الحاصل عليها، ومثال ذلك عدم إعطاء الزوجة حق الزوج في الفراش، فيمنع هو الآخر النفقة، وعليه فإن المعيار هو الصيغة بين الزوجين، متى أسقط احدهما حق الآخر.²⁷

1 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

2 صغيري سمية، المركز القانوني للزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، جامعة الوادي 2015/2016، ص 106.

3 المحكمة العليا، غ أ ش، قضية رقم: (39722)، بتاريخ: 1986/12/07، العدد 06 لسنة 1987، ص 61.

أ/ ثبوت اللجوء للتطليق لأجل دفع ضرر أكثر: تعتبر هذه النقطة مهمة جداً، حيث يتوجب على القاضي البحث في أسباب التطليق ومن بين هذه الأسباب أن تكون الزوجة قد لجأت إلى القضاء من أجل المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طرق التطليق مخافة الضرر الأكثر المحتمل، مع التأكد أن الضرر الحاصل حقيقي كما سبق ذكره ويشترط في ذلك ما يلي:¹²⁸

- أن يكون هذا الضرر حقيقياً.

- أن يكون الدافع هو مخافة زيادة الضرر.

- أن لا يكون الضرر المحتمل مستحيل الوقوع.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا سنة 2003 أن الزوج له العصمة في فك الرابطة الزوجية، وأن التطليق من الزوجة، هو إستثناء فمتى كان من حق الزوج إيقاع الطلاق، فإن الزوجة إذا تضررت من الزواج بسبب تعسف زوجها، وثبت بالدليل القاطع للقاضي هذا الضرر فإن هذا موجب للتطليق، وعلى المدعية أن تثبت ذلك فقط، بكل الطرق والوسائل المشروعة المتاحة.²²⁹

والملاحظ أنه من بين شروط الضرر المثبت للتطليق أن يكون دائماً ومتواصلاً، حيث أن المشرع الجزائري أسقط شرط القصد بل أخذ بنظرية الضرر اللاحق بالزوجة، أي أن العبرة ليست بالدافع بل بالضرر اللاحق المحقق، فالمهم أن تكون الزوجة قد تضررت فعلاً من هذا التصرف فقط، وعليه فيجب أن يكون الضرر حقيقياً ومحققاً، وفي هذا الصدد نجد أن المحكمة العليا قضت

1 إن القاضي في الحالة السابقة يبحث عن الضرر القائم من جهة، وفي أسبابه من جهة أخرى، ومتى ثبت له أن الزوجة لها ليس لها أي يد في الضرر الحاصل لها، رتب على هذا التفريق بينهما بناء على طلب الزوجة، وهنا الحالة تختلف باختلاف الطريقة التي يتم بها الطلاق، فإذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فإن القاضي يبحث عن التعويض كجزاء، لترتب المسؤولية المدنية أما بخصوص التطليق فإنه يبحث في مدى تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة (53) وهي التطليق للضرر المعتبر شرعاً، أنظر: محمد

إسماعيل، الضرر وأنواعه في القانون الجزائري. www.amanjaidami-orj

2 المرجع نفسه، ص78.

بان الضرر يثبت إذا كان له طابع الدوام، وبالتالي فإن القاضي متى تأكد من وقوع الضرر قضى بالتفريق بينهما.

ب/ تقديم الزوجة دلائل كافية للإثبات: عملاً بالقاعدة العامة أن البينة على من إدعى، فإن الزوجة يقع عليها عبء إثبات الضرر، حيث يُثبت الضرر بكل الوسائل المتاحة حتى وأن هناك أمور يصعب التحقق منها كونها ملحقاً للضرر مثل صعوبة الضرر بسبب الهجر في المضجع لأن التطليق يختلف على الطلاق في هذه النقطة، كون الطلاق بالإرادة المنفردة يختلف على هذه القاعدة بأن القاضي ليس مجبر على البحث في الضرر بل في مدى تمسك الزوج بحقه في الطلاق، وبالتالي يتم فك الرابطة وجوباً، أما التطليق فيخضع للقاعدة التي سبق التطرق إليها وهي قاعدة البينة.

وقد صدر في هذا الصدد قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 15/06/1999 قضى بأنه " من المقرر قانوناً أنه متى أفسح الزوج عن نيته في الطلاق بإرادته المنفردة جاز له ذلك وعليه فإن القول بقصور القرار الذي يخالف ذلك فإن الزوج لم يعطي أسباب كافية لفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، وعليه فمتى ثبت للقاضي نية الزوج في الطلاق ، وإيقاع الطلاق فإنه يقع ذلك وبالتالي فإن قضاة الموضوع لما قضوا بإنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة طبقوا صحيح القانون".¹

ومما سبق التطرق إليه أن القضاء يعتمد أساساً على أن الزوج مادامت منحت له أحقية التفريق بإرادته المنفردة، فإن الزوجة طالما لا تكسب الحق إلا بناء على طريق رسمته الشريعة الإسلامية وعليه فإن القاضي ملزم في البحث عن الأسباب الحقيقية الدافعة لهذا التطليق.

1 المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: (223010)، بتاريخ، 15/06/1990، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2000 ص111.

ثانياً/ المعايير المعتمدة في تقدير الضرر: يختلف الضرر من شخص لآخر ومن مكان لآخر مادام يرتب تبعات على الزوجة، وبناءً على ذلك فإنه يشترط أن يكون هذا الضرر حقيقياً، لكن قد يكون هذا الضرر له طابع خاص كأن يكون مستتراً كالعيوب الخفية مثلاً فهي إضرار حقيقية لكن هناك صعوبة في الإثبات فيطرح إشكال حول المعيار الواجب إتخاذه في تحديد الضرر الحاصل، إذ أن هناك معيارين هما:

أ/ المعيار الموضوعي: يقصد به الضوابط المادية البحتة، حيث تكون بعيدة كل البعد عن الإعتبارات الشخصية في تقدير الأمور، وهنا متى تأكد للقاضي أنه أمام ثبوت ضرر حقيقي يستطيع القاضي إصدار حكمه بناءً عليه،¹³¹ وعليه فإن هذا المعيار يعتبر معياراً يعتمد على الحقائق العلمية تعتبر أساساً في تقدير الضرر، والعمل بالمعيار الموضوعي هو التأكد من حصول الضرر، وبالتالي فمدى قبول التطلاق الذي تقدمت به الزوجة للقضاء مرتبط بقناعة القاضي بوقوع الضرر.²

فمتى تأكد القاضي من الضرر حكم بالتطلاق مباشرة، دون النظر إلى الإعتبارات الشخصية الأخرى كالغنى أو الفقر وحالة الزوج.... وهو ما يعطي خاصية السلاسة لهذا المعيار، أما النقطة الثاني فهي تحقق بعض الأشياء وهي شروط بالدرجة الأولى وعليه فإن هذه الشروط التي يكمن فيها سلطة القاضي ويبحث على هاته الشروط في الإدعاءات مثل:

1 ليلي ربيعي، التطلاق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة وهران، 1994/1995، ص 21.

2 يعتبر من باب المعيار الموضوعي أن تكون الأضرار التي يبالغ فيها من طرف المدعية وطلبها تعويضاً أكبر بكثير من حجم الضرر عملاً بقاعدة التناسب بين الضرر والتعويض، فإن المحكمة العليا في قرار لها أقرت أنه من المقرر قانوناً أن القاضي يحكم بالتعويض للطرف المتضرر متى ثبت له ذلك، ولما كان ثابتاً للقاضي تعسف الزوج مع زوجته فإن التطلاق وحده في هذه الحالة لا يمكن إعتباره جبراً للضرر اللاحق بها، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: (181648) مؤرخ في: 1997/12/23، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 49

- مراعاة بعض النقاط العكسية مثل الزوجة التي تطلب من القضاء فك الرابطة الزوجية بسبب إخلال الزوج بواجب النفقة، وكان قد ترك لها زوجها مالا يكفيها لزمّن طويل.

- أن يعطي القاضي مهلة للزوج المعسر.¹

وعطفاً على هذه النقطة نجد أن هناك قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1984/11/19 حيث أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن (02) شهرين يكون هذا مبرر لطلب الزوجة التطليق على زوجها.²

التأكد من عدم علم الزوجة بعيوب الزوج قبل العقد، ومن خلال ما سبق فإنه على القاضي واعتماداً على المعيار الموضوعي التحقق من الشروط التالية:

- مراعاة الشروط في الهجر لتحقيق الضرر اللاحق بالزوجة .

- توفر شرط الحكم النهائي والحائز لقوة الشيء المقضي فيه بخصوص الجريمة .

- توفر شرط الغياب لمدة (01) سنة كاملة وتكون هذه السنة شمسية وليست قمرية.

- توفر شرط التبليغ للزوج الغائب وضمن وصول الإغذارات له والرسائل.

ب/ المعيار الشخصي: يعتبر المعيار الشخصي معياراً مرناً ويعتمد على الإعتبارات الشخصية التي وقعت للطرف المدعي، وعليه فإن الضرر هنا إذا ما تم التأكد من وقوعه، لكن الشخصي يرجع إلى الأسباب وعليه فإن القاضي المطروح أمامه المنازعة البحث في الظروف والدوافع وراء هذا الضرر وقد إعترف به القضاء الفرنسي في قضايا الطلاق،³³ والملاحظ أنه في المعيار

1 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص258

2 نقلاً عن عبد الله عايد، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة ، كية الشريعة جامعة تلمسان 2006/2007، ص99، المحكمة العليا، غ أ ش، رقم (34791) بتاريخ: 1984/11/19 المجلة القضائية 1988، العدد 03، ص76

3Doutremépuich, Christian Procédure de divorce, Paris, 1998.

الشخصي هناك إختلاف كبير بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، فلا بد من توضيح هذا الإختلاف لكي تتضح الصورة من خلال:

1/ في التشريع الوضعي: يقتضي القانون الوضعي أن يكون البحث في الدوافع الشخصية أكثر من الموضوعية، وعليه فالبحث في تقدير الضرر وفق قانون الأسرة الجزائري يعتمد على نقاط معينة تتحقق بها الشروط التالية:

- البحث في الضرر الحاصل حيث أنه لا بد من تحقق هذا الضرر.

- تقدير التناسب بين الإدعاءات والضرر الحاصل فلا يمكن للقاضي إثارة أمور لا يطلبها الطرفين، إلا إذا كانت من النظام العام، كون القاضي يلتزم الحياد في القضايا أقصى ما يمكن فكما سبقت الإشارة فإن القاضي في الفقرة الرابعة من المادة (53) من قانون شؤون الأسرة عندما تكون هناك جريمة أخلاقية يكتشف ذلك من خلال الحكم النهائي الصادر ضد الزوج، فإنه يعتمد على المعيار الشخصي كأن تكون الزوجة زانية بحكم قضائي نهائي تطالب الانفصال على زوجها المتهم بالسرقة، وتدعي مساس هاته الجرائم المرتكبة من طرف الزوج بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

2/ في الفقه الإسلامي: أشار الفقه الإسلامي إلى قضية المعيار الشخصي وجعله وفق شروط وأسس منها :

- إذا كان الإضرار يتعلق بجانب الإتفاق فإن القاضي هنا عليه إمهال الزوج وينظر إلى حالته المالية ويأخذ بعين الإعتبار الحالات المماثلة، وتكون هذه المهلة بدون إفراط ولا تفريط أي لا تضر بالزوج أو بالزوجة.

يرى الإمام مالك أن القاضي يبحث في حالة الزوج والزوجة كمن كانت صابرة على الضرر الحاصل لها، أي إرجاع الضرر إلى الشخص في حد ذاته.¹

- البحث في مثيلات الزوجة.

يلاحظ أن القاضي في المعيار الشخصي يعتمد على الإعتبارات والدوافع الشخصية من أجل تحديد الأسباب المؤدية للدعوى،² أن القاضي ينظر في إثبات صحة إدعاءات الزوجة على الزوج من أضرار، فالزوجة التي صبرت على زوجها في أول مرة لها أن تصبر وتحتسب.

وهنا يظهر الفرق الجوهرى بين التشريع الإسلامى وبين القانون الوضعى، حيث أنه يستند إلى البحث في ما يلجأ إليه الشراح في قانون آخر، فضلاً عن المهلة نجد أن المشرع الجزائري يرجعها إلى قانون العقوبات، والمتمثلة في (60) ستون يوماً، وعليه فإن القاضي عليه أن لا يتجاوز المدة المحددة خلاف التشريع الإسلامى، بينما الأخير يرى في النتيجة وبالتالي يكون الضابط هو الوقت الذي يمكن أن يلحق الضرر على وجه القصد والتعمد وبأجل معقول لا يفرط في الزيادة ولا في القرب، فلا يمكن أن يضرب لهم القاضي أجل يوم أو يومان، كما أنه لا يجب أن يضرب لهم أجل (02) سنتين، وعليه فالأمر متروك للقاضي، وبالتالي فإن ذلك من صلاحيات القاضي وحده وحدود سلطته التقديرية.

ومما سبق ذكره فإن الضرر المعتبر يخضع للنقاط التالية:

- أن يكون الضرر اللاحق بالزوجة حاصل فعلاً دون ربط الطلب بأمور أخرى.

- أن العبرة في الشريعة الإسلامية بالمدة والضرر عكس المشرع الجزائري الذي ربطه بنص في مواد أخرى متفرقة.

1 مدونة الإمام مالك، مرجع سابق، ص 258

2 الدريدي، الشرح الكبير، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 519

- إذا كان الضرر اللاحق بالزوجة فلابد أن يكون مبني على عادات معروفة لإعتبارها معايير ثابتة لتحقيق الضرر.

- أن الشريعة الإسلامية تنظر إلى الزوجة ومثيلاتها كمقياس لتحديد الضرر وجسامته، عكس التشريع الوضعي الذي يحدده بمدى وجود نصوص قانونية وإجتهادات قضائية، وينظر إلى اعتبارات عديدة مثل حالة البلد واختلافها من منطقة إلى أخرى، والتقلبات المالية وغيرها.

المطلب الثاني

مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

أعطت التشريعات العربية والتشريع الإسلامي بإتفاق جميع الفقهاء الحرية للزوجة في الإتفاق على كل ما تراه مناسباً في الشروط الضرورية منها الأساسية، وإشترط كل الشروط بإستثناء ما يخالف الشريعة والقانون، أو يكون هذه الشروط فيها مساس بالآخرين أو إلحاق الضرر بهم ويشترط أيضاً أن لا تكون تتعارض مع مبادئ الزواج،¹ وعليه فإن هاته الشروط تكون في العقد ولا يجوز مخالفتها تحت طائلة فسخ العقد، وتعتبر الشروط منصوص عليها من خلال حديث النبي ﷺ: ﴿إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً﴾².

يفهم من خلال الحديث الشريف أن الشريعة الإسلامية جاءت لإحترام التعامل بين الناس وترك الحرية لهم في الإتفاق على كل الأمور التي يرونها مناسبة في حياتهم، على نحو يضمن تحقيق الأمور التي يطمحون إليها، يرى الإمام أحمد والإمام مالك أن الشروط هناك صحيحة وأخرى غير صحيحة، فالصحيحة جاءت تتوافق مع الحديث الشريف أما الغير صحيحة فهي ما تنافت مع

1 أحمد ناصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص123

2 أبو العلا محمد بن عبد الرحمن، تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي، تحقيق رائد صبري بن علفة، الجزء الثاني، بيت الأفكار الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص142

الحديث السابق، لكن ليست لدرجة تحريم الحلال أو تحليل الحرام بل تتعداها إلى أمور متفق عليها شرعاً لكنها ليست في مكانها.

والملاحظ هنا أن الجمهور ذهبوا إلى إبطال الشروط التي لا تتوافق مع الحديث الشريف مع الإبقاء على صحة العقود، كونها تعتبر منافية للعقد في حد ذاته دون النظر إلى كونها شرعية أو غير ذلك، وهناك من يرى أن الشروط التي تكون زائدة في العقد هي بمثابة عقود صحيحة وأن ذكر هذه الشروط أو عدم ذكرها لا يضر ويصح مع الجهل بالعوض، فإنه في هذه الحالة يجوز الإتفاق على الشرط الفاسد كالعنق مثلاً،¹ أما الإمام مالك فإنه ذهب إلى عكس ذلك حين لم يجز الشروط الفاسدة في العقد الزواج، وذهب بعض منهم أنه يتم فسخ الزواج قبل الدخول والبعض منهم يصححه بعد الدخول بصداد المثل لكنه يسقط الشرط ويفسخ قبل الدخول،² لكن يبقى عقد الزواج صحيحاً

بالإضافة إلى ما سبق ذكره في الشروط فتكون لها غاية من إشتراطها كتحقيق منفعة أو ضمان حق مشروع، ومن أمثلة الشروط في العقد:

- الإتفاق على عدم الزواج على الزوجة.
- الإتفاق على عدم سفر الزوج خارج البلاد بصفة دائمة.
- إشتراط عمل المرأة .
- إشتراط السكن المستقل.
- الإتفاق على الأمور المادية بين الزوجين.

وعليه فإن الأمر يختلف من شرط لآخر، ولهذا فنجد أن الفاروق عمر رضي الله عنه قال للزوج في الشروط، (إن طلقها) فلم يلتفت عمر إلى قوله هذا، بل قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط)

1 أحمد شابي، مرجع سابق، ص201

2 زكي الدين سفيان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 ص72.

لأن الشرط لازم في العقد، كونه مثبت لحق الزوجة في الفسخ إذا خالف الزوج هذا العنصر الجوهري وهو الوفاء بالشروط، ونفس الحالة تقديم الرهن والكفيل بالثمن في عقد البيع على أنه يحق للطرف المتضرر فسخ النكاح، فإما أن يكون الطرف المتضرر هو الزوج فيفسخ النكاح عن طريق الطلاق، أو العكس تطلب الزوجة التطليق لسبب وهو مخالفة الشروط المتفق عليها في الزواج.¹

الفرع الأول/ موقف الفقهاء من الإشتراط في العقد

يبرز موقف الفقهاء من الإشتراط في عقد الزواج:

1/فند الحنفية: أما الحنفية فيرون أن الشرط الذي يتضمنه العقد بغض النظر عن طبيعة الشرط وعلاقته بالعقد فإنه لا بد من النظر إلى العقد أولاً، فإذا كان الإشتراط هذا وعلاقته بجانبين الأول بالنكاح والثاني بطبيعة الشرط في حد ذاته، فالحنفية يرون أن الشروط التي لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً لكنها في طبيعتها تعتبر غير ثابتة مثل اشتراط التعدد في العقد والبيت المستقل فإن هذه الشروط تعتبر باطلة وتؤدي إلى إلغاء الشروط بصفة عامة مع الإبقاء على العقد صحيح.²³⁸

2/وعند الشافعية: أما الشافعية³³⁹ فيرون أن الشروط التي يشترطها الزوجان في العقد، كأن تكون هذه الشروط تطرقت إلى أمور تناولتها الشريعة وبينت أحكامها فإن العقد يصح فقط، عكس تلك الشروط التي تدور حول أمور ضرورية في العقد لأنها تمس بجوهر الحياة الزوجية وتعتبر تمس بأصل العقد، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يجامعها وبالتالي فإن هذا الشرط يبطل أصلاً والعقد معاً لأن لا عبرة بمقصد الزواج في هذه الحالة.

1 ابن قدامة، المغني، ص1628نقلاً عن: عبد العزيز سمية، طرق إنحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2015، ص158

2 أحمد شابي، مرجع سابق، ص241.

3 محمد أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجماعة الحديثة للنشر، القاهرة، 1999، ص50

3/ أما عند المالكية: ويرى المالكية أن العقود أسمى بكثير من أن يتم فسخها بسبب شروط وعليه فإن العقد لا يمكن بأي حال من الأحوال إبطاله بسبب شروط غير مقبولة كون الإمام يعتبر الإشتراط في العقود يدخل تحت طائلة الإكراه، وعليه فيتم إبطاله العقد ولا فسخ النكاح سواءً قبل الدخول أو بعده.

وخلاصة مما تم ذكره فإن الفقهاء يفرقون بين الشروط التي تتوافق مع العقد وعليه فالزوجة بإمكانها طلب التفريق القضائي إذا خالف الزوج هذا الشرط، لكنهم يفرقون بين المساس بالعقد من تلك الشروط كونها ضرورية.¹

الفرع الثاني/ موقف التشريعات الوضعية من الإشتراط في العقد:

1/ عند المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري على طلب الزوجة للتفريق في حالة الإخلال ببند العقد المتفق عليه قبل الزواج ولم يحدد المشرع الإتجاه الذي سار عليه بل أطلق الأمر تاركاً للقاضي الصلاحيات الواسعة في إثبات مدى مخالفة الزوج لأحكام العقد والشروط المتفق عليها قبل الزواج، وعلى القاضي الربط بين المادتين (19) و (53) من قانون الأسرة ومدى تناسب الشروط في العقد مع الضرر اللاحق بالزوجة بسبب مخالفة الزوج لهذه الشروط المتفق عليها.²

وهنا يفهم ضمناً أن المشرع الجزائري لم يهتم بالشروط في حد ذاتها بل بمدى مخالفة الزوج لهذه الشروط وبالتالي يترتب عليها فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة لهذه الأسباب³، وعليه فإن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق وفق المادة (19) والمادة (53) من قانون شؤون الأسرة .

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يدقق في مسألة الشروط وفق المادة (53) من قانون شؤون الأسرة بل أطلق مخالفة الشروط ولم يحيل القاضي إلى المادة (19) منه يفهم ذلك ضمناً

1 زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص62.

2 المرجع نفسه، ص65

3 ابن داود عبدالقادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال للخدمات الاعلامية، 2004، ص17

والإشكال المطروح ليس في مدى توافق الشرط بل إلى أبعد من ذلك وهي مدى تقبل فكرة فك الرابطة الزوجية دامت سنوات بسبب شرط بسيط.

لم يوضح المشرع الجزائري للقاضي بالرغم من إضافة نقطة أخرى في التعديل الأخير لقانون الأسرة وهي إمكانية الإشتراط في عقد رسمي لاحق، أي أن يكون بعد العقد الأول وهو رسمي أيضا،¹ ومادام أعطاه المشرع صفة الرسمية فإنه يستدل به أيضا، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على نية المشرع في محاولة إعطاء أكثر حق للزوجة في حماية نفسها من خلال وضع الشروط التي تضمن الحفاظ على حقوقها، وضمانها²، وحيث تنص المادة(19) من قانون شؤون الأسرة على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"³ أما ذات المادة قبل التعديل فقد نصت على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يرونها مناسبة ما لم تتنافى مع أحكام هذا القانون"⁴

فالملاحظ أن المشرع الجزائري قد خالف كل الآراء الفقهية السابقة وذهب بعيداً في التعديل الأخير وذكر حالتين بعينهما على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر⁵

- قضية تعدد الزوجات

- قضية عمل المرأة

وبالتالي فقد تطرق المشرع إلى هاتين النقطتين وهذا بسبب الإقبال على المحاكم بسبب هاذين العنصرين، لأن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الجزاء المترتب على الإخلال بهذه الشروط

1 باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص51

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص158.

3 القانون رقم: (84-11) المعدل بموجب الأمر رقم: (05-02) المتضمن قانون الأسرة، المصدر السابق.

4 المصدر نفسه.

5 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص158.

المنصوص عليها في المادة السابقة (19) من قانون شؤون الأسرة، إلا أنه في المادة (53) من ذات القانون قد تدارك ذلك من خلال إعطاء الحق للزوجة في التطليق بمجرد مخالفة الزوج لهذه المادة.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن قضية التعدد يمكن أن يرجع إليها القاضي من عدة جوانب أهمها:

- مخالفة الشروط المنصوص عليها في العقد الرسمي أو اللاحق.
- كل ضرر معتبر شرعاً إذا أثبتت الزوجة تضررها من تزوج زوجها بثانية، كما سبقت الإشارة إليه في الزوجة التي مرضت بالأعصاب أو بسبب القلق.
- مخالفة الأحكام الواردة في نص المادة (08) من قانون شؤون الأسرة المتعلقة بالتعدد.

وفي هذا الصدد صدر قرار للمحكمة العليا تطرقت إلى التوسع في دائرة الشروط وربطها بمدى إلحاق الضرر بالزوجة، حيث جاء في هذا القرار الصادر بتاريخ: 1999/05/18 بأنه: "من المقرر قانوناً جواز التطليق بسبب كل الأضرار التي يلحق بها الزوج بالزوجة، وأن للقاضي السلطة الواسعة في تقدير الضرر وتحديده، ومتى ثبت للقاضي ضرر الزوجة، حكم بالتطليق طبقاً للمادة (10/53) من قانون شؤون الأسرة فقرة¹."

وعليه فإن السبب في تحديد الضرر هو حماية الزوجة من أشكال الضرر اللاحق بها من زوجها، وتعسف زوجها في استعمال حقه،² وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت " بأنه من المقرر فقها وقضاءً جواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تراه مناسباً لحياتها، ويكون في ذلك فائدة لها، وعليه فإنه يشترط في هذه الشروط أن لا تكون تحل حراماً أو تحرم حلالاً ولا تتنافى مع روح العقد ومع القانون، وما دام أن القضاة تأكدوا من الوقائع المعروضة أمامهم من خلال السلطة

1 المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم: (228133) بتاريخ: 1999/05/18، المجلة القضائية، العدد الثالث، 2001، ص 119

2 وكيل محمد الأمين، المركز القانوني للزوجة في القانون الجزائري، دار هومة، 2004، ص 60.

التقديرية للقاضي، أن إخراج الزوجة من بلادها يعتبر ذلك مخالفاً للشروط المتفق عليها في العقد مسبقاً، وبالتالي فإنه يستوجب فك الرابطة الزوجية بينهما، وأنهم بذلك طبقوا صحيح القانون".¹

ويفهم من خلال القرارين المذكورين أن المشرع الجزائري قد ترك الأمر للقاضي المعروض أمامه النزاع في اشتراط الأمور التي يراها مناسبة وضرورية ولا تتنافي مع شروط العقد² وذلك من خلال:

- أن تكون الشروط هادفة لحماية الحق وضمانه في الحال أو المستقبل.
- أن لا تخالف الشروط القانون ولا روح العقد وأحكام الشريعة الإسلامية.
- أن لا تكون الشروط فيها علاقة بالغير أو الإضرار به .
- عدم إشتمال الشروط على إلتزامات قبل العقد .

1 المحكمة العليا، غ أ ش، قرارا رقم: 12130، بتاريخ 1971/03/09، غير منشور، ص39.

2 سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012 ص166

الخاتمة:

أحل الله تعالى الطلاق وأبغضه، وجعله وسيلة لفك الرابطة الزوجية في حالة وصول الزوجين لطريق مسدود في علاقتهما الزوجية، وعليه فإنه حتمية وليس خياراً شرعه الله للرجل أصلاً لحكمة يعلمها الله تعالى، ولا يمكن لأي كان منع الزوج من إستعمال هذا الحق إلا في حدود الحث على الصبر والتحمل فيما يسمى بمحاولات الصلح لعل ذلك يرجع الأمور إلى بعضها وترجع العلاقة الزوجية إلى ما كانت عليه.

ومادام الزوج يمتلك هذا الحق المطلق، فإن الزوجة أعطتها الشريعة الإسلامية الحق في طلاق من نوع آخر هو الخلع والتطليق، ولكن ليس على سبيل الإطلاق بل بناءً على ضوابط وأسس نابعة من حرص الشريعة الإسلامية على قدسية الزواج وحرمة، حتى لا يكون هذا الحق أداة لتهدم الأسرة وتفككها، فالزوجة أعطت لها الشريعة الحق في اللجوء إلى القاضي للمطالبة بفك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الخلع أو التطليق، فالأول يكون بدون سبب ولكن بمقابل مالي تدفعه للزوج نظير خلاصها من زوجها، وقد نظمت الشريعة الإسلامية وحذى المشرع الجزائري والمغربي حذوها في تكريس هذا الحق، لكن المشرع التونسي لم يعترف بهذا الحق أصلاً.

وقد جاء تنظيم التشريعين الجزائري والمغربي لأحكام الخلع وتوافقاً إلى حد بعيد، ولم يختلفا إلى في الجانب الإجرائي والتنظيمي فقط، فالمشرع الجزائري نص على الخلع في مادة واحدة فقط، بينما ترك الجانب الإجرائي إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية طالما تتفق جميع صور فك الرابطة الزوجية في الإجراءات المتخذة أمام المحاكم وكيفية الطعن فيها، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أحكام الخلع بالقدر الكافي، بل إختصر ذلك تاركاً الأمر للقاضي المختص في تطبيق النص القانوني كونه أدى بما يتناسب مع القضية المطروحة.

في حين تطرق المشرع المغربي لخلع هو الآخر لكنه كان أكثر تفصيلاً من المشرع الجزائري حيث نص على أحكام الخلع في أكثر من مادة، الأمر الذي يسهل مهمة القاضي في الفصل في المنازعات المطروحة أمامه، وتعتبر هذه النقطة من المشرع المغربي هي بمثابة تسهيل الإجراءات أمام المتقاضيين من جهة، وإثراء الموضوع من جهة أخرى.

لكن ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع المغربي كان قد قطع الطريق أمام الاجتهادات القضائية طالما تشابهت الأحكام وتوافقت إلى حد بعيد وذلك نتيجة التوسع في المدونة الأسرة المغربية في تناولها لأحكام الخلع.

بينما اختلف المشرع التونسي مع التشريعين السابقين في عدم إقراره للزوجة بهذا الحق، ويرجع السبب في ذلك لأن المشرع التونسي اختلف مع الشريعة الإسلامية في عدة مواضع، فمجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تتضمن مصطلح خلع لكنها أعطت الزوجة الحق المطلق في فك الرابطة الزوجية مثل الرجل تماماً، ويفهم من ذلك أن المشرع التونسي لم يعترف بالخلع لأنه ذو تأصيل شرعي فقط، وأعطى كامل الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية مع زوجها مثلها مثل الزوج.

أما التطبيق فقد اعترف به التشريع الجزائري في قانون الأسرة، ونال نصيبه هو الآخر من التعديل الأخير بحيث تم إضافة ثلاث أسباب أخرى، وبالتالي فإن التطبيق يتم في حالة توفر أحد الأسباب التي تضمنتها أحكام نص المادة (53) من قانون شؤون الأسرة، وبالتالي فعلى الزوجة إثبات فقط الأسباب التي دفعتها لطلب التفريق القضائي، ويقع عليها عبء إثبات هذه الأسباب بكل الطرق المتاحة، والملاحظ هنا أن المشرع توسع كثيراً في مسألة التطبيق وعليه فيبقى الأمر على الزوجة في الإثبات من جهة، وقناعة القاضي من جهة أخرى.

لكن ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد أطنب في المادة (53) أي في الفقرات العشرة المثبتة لحق الزوجة في طلب التطلاق، إذ نجد أن هناك فقرات تتشابه إلى حد بعيد، كان بإمكان المشرع إختصارها، فتجدر الإشارة أن الضرر المنصوص عليه في الفقرة العاشرة كان بمثابة حوصلة شاملة تدخل تحتها جميع الفقرات الأخرى.

فمسألة التعدد مثلاً يمكن إثارتها على سبيل المثال في أكثر من فقرة، فقد تكون في الفقرة السادسة والتي تنص صراحة على أحكام التعدد كضابط مجيز للتطلاق في حالة مخالفة أحكامه، كما يمكن أيضاً التطرق إليه في الفقرة التاسعة إذا ما كان التعدد مذكور في الشروط المتفق عليها في عقد الزواج مسبقاً، ويمكن أيضاً إثارته بناءً على الفقرة العاشرة إذا إعتبرنا أن التعدد قد ألحق ضرراً للزوجة بغض النظر في طبيعته سواء أكان نفسياً أو مادياً.

وهو نفس الأمور الذي ذهب إليه المشرع المغربي في مدونة الأسرة وهو الإعتراف للزوجة بحق التطلاق وتوسع هو الآخر في مسألة الأسباب المجيزة فيه، ويعتبر المشرع المغربي قد ساير هو الآخر أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك وترك الأمر للزوجة في الإثبات، ومتى إقتنع القاضي بصحة ما تدعيه الزوجة فرق بينهما.

كما تطرق المشرع التونسي للتطلاق كنوع من النوعين المنصوص عليهما في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث إعترف هو الآخر بنوعين منه فقط وهما التطلاق بالتراضي والتطلاق بالإرادة المنفردة، وعليه فقد أعطى الزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء لإثبات الضرر الحاصل وعلى القاضي التفريق بينهما وجوباً.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

النتائج:

- أن المشرع الجزائري لم يفصل في هاذين المسألتين تفصيلاً تاماً، بل ترك بعض الأمور منها يشوبها نوعاً من الغموض، الأمر الذي أثر سلباً على فهم النصوص القانونية المتعلقة بالتطليق والخلع، حيث كان لهذا الغموض أثراً سلبياً في الاجتهادات القضائية.

- أن المشرع الجزائري لم ينص على مذهب معين من المذاهب الفقهية المعروفة، بل تك الأمر على عموميه وعلى القاضي أن يختار أي مذهب يراه مناسباً للنزاع المطروح أمامه ويحكم بالتفريق بين الزوجين، سعياً منه لعدم التضيق على القاضي في مسألة إثبات الضرر الحاصل للزوجة، وسار على ذلك أيضاً المشرعين المغربي والتونسي.

- منحت الشريعة الإسلامية الحق للزوجة في طلب التفريق بسبب عدم الإنفاق من الزوج، وذهبت التشريعات العربية إلى تكريس هذا الحق عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية، كون هذا الإمتناع يؤدي إلى ضرر حتمي سواء أكان للزوجة أو الأولاد .

- تطرق المشرع الجزائري إلى الخلع تماشياً مع أحكام الفقه الإسلامي، وأخذ به أيضاً المشرع المغربي لكنه كان أكثر توسعاً بإجراءات أكثر عملية من المشرع الجزائري، عكس المشرع التونسي الذي لم ينص على هذا النوع من التفريق ولم يعترف به أصلاً.

- خالف المشرع التونسي الفقه الإسلامي والتشريعات العربية في مسألة التعدد، حيث لم ينص على منعه فحسب بل جرمه ورتب عليه الحبس والغرامة معاً.

- أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في التطليق بسبب العيوب، عملاً برأي الجمهور وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي لكنهما لم يتطرقا إلى عيوب بعينها مما يفتح المجال أمام القاضي للبحث في أحكام وآراء الفقهاء، لكن المشرع التونسي ذهب بعيداً بذكر بعض العيوب في مجلة الأحوال الشخصية مثل العقم وجعل هذا الحق مرتبط بشروط، حتى يستطيع القاضي اعتبار العيب مثبتاً للتطليق.

- توافق المشرع الجزائري مع التشريعين التونسي والمغربي في التطلاق للغياب، وكل حسب شروطه فجوهر الضرر الحاصل بسبب الغياب هو ما إذا كان بسبب الهجر، فتستوجب البحث في الزمن والسبب معاً، وعليه فالغياب عند المشرع الجزائري مرتبط بسببين وهما العذر والنفقة، فإذا إختل هاذان الشرطان سقط حق الزوجة في التطلاق وهو ما خالف فيه التشريعين السابقين، لأن المشرع قبل التعديل كان قد إعتبر الحبس أيضاً سبب مجيز للتفريق لكنه عدل عن ذلك في التعديل الأخير، وأدمج الفقرة في الغياب بدون عذر ولا نفقة، كونه إعتبر الضرر اللاحق بالزوجة بسبب عدم الإنفاق هو المعيار في إعتبار السبب مجيز للتفريق.

- إتفقت التشريعات الثلاثة محل الدراسة في مسألة التطلاق لعدم الإنفاق وهي نقطة إيجابية جداً كون جوهر الضرر الذي يقع على الأسرة بسبب إهمال النفقة، وهذا يظهر حقيقة حرص التشريعات العربية في الحفاظ على حق الزوجة والأولاد، كون الشريعة الإسلامية قد ركزت أيضاً على هذه النقطة بالذات، وقد إتفقت الإجتهادات القضائية في إعتبار الضرر حق مجيز للتفريق متى ثبت تضرر الزوجة من ذلك

- إنفرد التشريع الجزائري في توسيع دائرة الأسباب المجيزة للتطلاق، وهو ما يترجم حرص المشرع للحفاظ على حقوق الزوجة في الحياة الزوجية، فقد أحسن المشرع صنعا عندما ختم المادة بالفقرة العاشرة على أنه كل ضرر معتبر شرعاً يعتبر سبباً كافياً لكي يقع التطلاق، وبالتالي فصيغة العموم يعني أن كل ما عجزت الزوجة عن الإتيان فيه بدليل تستطيع أن تثبت تضررها فهذا كاف لإعتبار السبب مجيز للتطلاق.

من خلال ما سبق نخلص إلى التوصيات التالية:

التوصيات:

- العمل على إستحداث قانون إجرائي جديد خاص بالمسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، ويعنى هذا القانون بجميع المسائل الإجرائية الخاصة بقضايا الطلاق والتطليق والزواج وغيرها، بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بتبعات الطلاق كإثبات النسب وما إليها، حتى لا تكون الإجراءات الخاصة بالمسائل الشخصية متفرقة وتنهك القاضي الذي يجد نفسه منهمكاً في البحث بين القوانين المختلفة والإجتهادات القضائية والآراء الفقهية، ويعتبر تذبذب الإجتهادات القضائية خير دليل لنتائج عدم الرجوع فيها إلى من قانون واحد.

- محاولة إصدار قانون الأحوال الشخصية موحد في دول المغرب العربي، كون التشريعات العربية متقاربة إلى حد بعيد في إعتبار أحكام الشريعة الإسلامية هي مصدر القوانين الخاصة بالأسرة، بإستثناء المشرع التونسي كونه خالف الشريعة في نقاط عديدة، لكن هذا لا يمنع من النص في قانون واحد للأحوال الشخصية المغاربية على مادة يكون الرجوع في المسائل الخلافية فيها إلى التنظيم الداخلي، مثلما ما هو حاصل في القوانين الأخرى الداخلية للبلدان.

- حث وسائل الإعلام على القيام بشكل مستمر بندوات صحفية تكون من تنظيم خبراء، وقانونيين وقضاة ومحامين وأخصائيين نفسانيين، من أجل دراسة الإحصائيات الكارثية التي أصبحت تسجلها المحاكم في حالات الطلاق، خاصة ما تعلق بالتطليق والخلع، والعمل على إرشاد الأسر في وسائل الإعلام على التحلي بالصبر والتحمل، وإعطاء النصائح والإرشادات اللازمة من أجل الوصول إلى حلول، مثل ما وصلت إليه دول أخرى مثل ماليزيا.

- العمل على إطالة الآجال قبل النطق بالحكم في قضايا التطلاق والخلع، خاصة منها ما تعلق بالقضايا التي يكون فيها الزوجين لهما أبناء، حرصاً على الرجوع في طلب التفريق القضائي إلا ما تعلق منه بالأمور الميؤوس منها.

- ضرورة تخصيص أكثر من مادة لموضوع الخلع نظراً لشاعته والنقاط التي أصبح يطرحها في الواقع، وكونه أيضاً يضمن حقوق المرأة في الخلاص من زوجها في العلاقة التي أصبحت غلب فيها عنصر مخالف للشرع والقانون وهو عدم إقامة حدود الله، ويكون بذلك التشريع الجزائري قد قضى على بعض النقاط السلبية في قانون الأسرة، ويكون ذلك لا يطرح إشكالات قانونية ولا يفرض اللجوء إلى الفقه، لما فيه من اختلافات فقهية والتي بموجبها قد يكون تضارب في القرارات والاجتهادات القضائية.

- ضرورة إضافة مواد القانونية تضمن حق الزوجة في اللجوء إل التفريق القضائي والآثار المترتبة عن ذلك، والتخفيف من ترك الباب مفتوح للقضاة وذلك بعدم اللجوء إلى البحث في المادة 222 من الأمر 02/05، نظراً لعدم التأكد من الثقافة الفقهية الشرعية كونها لا تشترط في تكوينهم ولا في توظيفهم، عكس بعض الدول التي تشترط حفظ كتاب الله العزيز ومعرفة الأحكام الشرعية وبالتالي فنقص هذه الخبرة لبعض القضاة إن لم أقل جلهم تعتبر عائق لتطبيق المادة السالفة الذكر وهذا ليس لضعف فيهم، وإنما لكثرة تشعب الآراء الفقهية، والنزعة الخلافية عندهم.

- نقترح إجراء إضافي قبل الفصل في قضايا التفريق ومتى لجأت الزوجة للقضاء لطلب ذلك وتبين للقاضي نيتها الجادة في ذلك يتم فصلهما على بعض بضمان القضاء وتحت إشرافه وإشراف وموافقة الوالدين حتى تخدم نار الغضب ويكون ذلك مساهماً في مراجعة النفس والوقوف على الأسباب المؤدية للتفريق، وللتفكير في المشكل والركون إلى نفسيهما ومناقشة الأمر مع أصحاب الخبرة كالأطباء المسؤولين والأخصائيين النفسيين والمرشدين وبعض الأشخاص الذين لهم باع في ذلك عن معالجة هذه الأوضاع أو الأهل أصحاب القدرة على حل المشاكل والإقناع والمساعدة، وبعدها تأتي مسألة الصلح كإجراء مولي ، لأن المرأة بتركيبتها الإنسانية مزاجية تتسرع

في اتخاذ القرارات، فإذا تم الاتفاق فلا داعي للانفصال، أما إذا لم يتم الاتفاق عرض الأمر على القاضي للفصل فيه بحكم نهائي لا يقبل الطعن إلا في الأمور المادية.

وختاماً لدراستنا هاته فإن الأهمية البالغة التي يتميز بها موضوع الدراسة كونه يتعلق بمقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، تحتم بضرورة التفكير في حلول جدية للحد من النقشي الرهيب لظاهرة التفريق القضائي عن طريق الخلع خاصة في الجزائر والمغرب ، والذي سببه الفهم الضيق لمثل هاته الحقوق من جهة، وجمود النص القانوني الذي يتناول هذا النوع من التفريق من جهة أخرى مما يفرض البحث في آفاق مستقبلية تساهم في الحد من ظاهرة التلاعب بأحكام التفريق القضائي عن طريق الخلع وذلك من خلال إقرار نصوص قانونية تنظم الأحكام الخاصة بهذا النوع من الطرق التي يتم بها التفريق.

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

أولاً/ المصادر:

أ- كتب التفسير

- 01- ابن العربي محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2003م/1424هـ.
- 02- البغدادي الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، بيروت، لبنان.
- 03- الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 1992م/1412هـ.
- 04- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن - والمبين لما تضمنه من السنة واي الفرقان، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و محمد رضوان عرقسوسي، لبنان بيروت مؤسسة الرسالة، ج(3،-4-21)، الطبعة الأولى، 2006م/1427هـ.
- 05- النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود، تفسير النسفي (المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، تحقيق: سيد زكريا، مكتبة نزار مصطفى الباز، المجلد 1.

ب- كتب الحديث

- 01- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: عصام موسى هادي المملكة العربية السعودية، الجليل، دار الصديق ، الطبعة الأولى، 2013م/1424هـ.
- 02- البخاري، محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي، الجامع الصحيح، لبنان بيروت، دار طوق النجاة، مجلد 4، الجزء (6،7،8)، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- 03- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي وهو الجامع الكبير، مصر، القاهرة، دار التأصيل، المجلد 4، الطبعة الأولى، 2014م/1435هـ.

- 04- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: سمير بن أمير الزهيري، باب الدعوى و البيّنات، حديث برواية البيهقي بإسناد صحيح، ط7، 2003م/1424هـ.
- 05- مسلم أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح المختصر من السنن، وفي طلعه: غاية الابتهاج لمقتفي أسانيد كتاب مسلم بن الحجاج السعودية، الرياض، دار طيبة، المجلد 2، ط1، 1427.

ت- المعاجم:

- 01- ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صابر، مجلد (10، 3، 14)، بيروت، لبنان
- 02- الفيومي أحمد بن محمد بنعلي، المصباح المنير، الجزء الأول، مكتبة لبنان ناشرون لبنان 2010.
- 03- الجرجاني على بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي دار الفضيلة، مصر، القاهرة، ب س.
- 04- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار المعاجم، لبنان، 1989.
- 05- الراغب الصفاهدي، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق، سوريا، 2009-1430.
- 06- جبران مسعود، الرائد معجم اللغوي عصري، دار علم الملايين، الطبعة السابعة، بيروت لبنان، مارس 1992.

ث - كتب الفقه

• الفقه الحنفي:

01- ابن عابدين، محمد أمين الشهير، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار تحقيق: عادل أحمد عبد المرجو و علي محمد عوض، السعودية، الرياض، دار عالم الكتب ج(4-5)، طبعة خاصة، 2003 م/1423هـ.

02- ابن نجم سراج الدين عمر بن إبراهيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق، أحمد عزو عناية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002م/1422هـ.

03- بن قاسم عبد الرحمان بن محمد وابنه محمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية المملكة العربية السعودية، مجمع الملك فهد، ج32، 200م/1425هـ.

• الفقه الشافعي

01- الأنصاري أبي يحيى زكريا بن محمد، تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عبد الرؤوف بن محمد الكمالي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان 2003م/1424هـ.

02- بن إدريس محمد الشافعي، الأم- بهامش مختصر الإمام الجليل أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، الجزء الخامس.

03- بن محمد الغزالي محمد بن محمد ،الوسيط في المذهب، تحقيق: محمد تامر، دار السلام، مجلد(6،5)، الطبعة الأولى، مصر، 1997م/1417هـ.

04- البصري علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الجزء11، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان 1994م/1414هـ.

05- الدمشقي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي ، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرئؤوط، مؤسسة الرسالة، الجزء الثالث، الطبعة الثالث، 1998م/1418هـ.

06- الرافعي عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ج (9، 1، 10)، بيروت، لبنان، 1997، 1417م/1417هـ.

07- الغزالي أبي حامد محمد بن محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الأرقم بن الأرقم، ج (2، 1)، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1997، 1418م/1418هـ.

08- الشيرازي أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي، التنبيه في الفقه الشافعي عالم الكتب، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1983م/1414هـ.

09- ---- ، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي ،المهذب في فقه الإمام الشافعي بذييل صحائفه، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء (2.3)، الطبعة الأولى 1995/1415هـ

10- الكوهجي عبد الله بن الشيخ حسن الحسن ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، حققه : عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، قطر.

• الفقه المالكي

01- بن إسحاق خليل المالكي، مختصر العلامة خليل، تصحيح: أحمد نصر، دار الفكر، طبعة أخيرة، 1981م/1401هـ.

02- بن انس مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، دار السعادة، ج 3-4-5. بن أنس، مالك، الموطأ - برواياته وزياداته وزوائده واختلاف ألفاظه- حققه: أبو أسامة-سليم بن عيد الهلالي السلفي،دبي مجموعة الفرقان التجارية، الجزء الثالث، مصر، 2003 م/ 1424 هـ.

04- الجعلي عثمان بن حسين بري المالكي، سراج السالك في شرح أسهل المسالك، دار صادر الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت، 1994.

05- الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج(2،3،4).

06- القرطبي محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، بيروت، 1982م/1402هـ.

• الفقه الحنبلي

01- بن إسبائير البعلي بدر الدين محمد بن علي بن محمد، فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، شرحه: عبد الله بن صالح الفوزان، مكتبة الرشد، الجزء الرابع الطبعة الثالثة.

02- بن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد حلو، دار عالم الكتب، ج(7،9،10،11) الطبعة الثالثة، الرياض، السعودية، 1997م/1417هـ.

04- بن مفلح الحنبلي برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع شرح المقنع تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ج(6،7) الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1997م/1418هـ.

05- البهوتي منصور بن يونس الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، وزارة العدل، ج(1112، 2، 13)، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2008م/1429هـ.

ثانياً/ المؤلفات :

أ- المؤلفات العامة:

- 01- أحمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ب ط، د س.
- 02- أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح قانون الجزائي العام، دار هومة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الجزائر
- 03- بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
- 04- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2010 الجزائر.
- 05- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 1988م.
- 06- عبد الله مسعودي، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدون طبعة، دار هومة الجزائر 2011 .
- 07- عمر سليمان الأشقر، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الجزء الأول. ب ط س.
- 08- عبد الكريم طالب، التنظيم القضائي المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الثانية مراكش 2006.
- 09- محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة، الجزائر، 2008.
- 10- محمد الأزهرى الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني الطبعة الأولى، بيروت، 2001.

- 11- محمد أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط ، دار الجماعة الحديثة للنشر، القاهرة 1999.
- 12- يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض الجنسية من منظور شرعي وطبي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008.
- ب- المؤلفات المتخصصة:**
- 01- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، مصر، القاهرة ب س.
- 02- -----، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي مصر، القاهرة، ب س.
- 03- أبو هشيش أحمد محمود، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن ، 2010م/1431هـ.
- 04- ابن تيمية تقي الدين، أحكام الزواج، تحقيق: محمد عبد القادر عطا الله، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، 1988م/1408هـ.
- 05- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الفكر العربية.
- 06- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ب ط.
- ابن داود عبدالقادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال للخدمات الإعلامية 2004
- 07- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة لأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2000.
- 08- أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سوريا 2011.

- 09- إمام محمد كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل في الأحوال الشخصية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 10- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الشتات للكتب القانونية مصر 2009.
- 11- -----، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 12- -----، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، ب ط، مصر، 2006.
- 13- الزحيلي محمد، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، الطبعة الأولى، دمشق، ب س
- 14- الزبياري عامر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 1997م/1418هـ.
- 15- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، تقديم: محمد أبو زهرة و مصطفى السباعي، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1968.
- 16- المشني منال محمود، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008م/1423هـ.
- 17- الغزالي أحمد بخيتو عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما جرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى، مصر، الإسكندرية، 2008/2009م.
- 18- أمحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2006.
- 19- بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر ، 2004.

- 21- -----، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010.
- 22- -----، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليها بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر
2012 .
- 23- -----، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، الأردن
2012 م / 1433 هـ.
- 24- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، الجزء الأول، بيروت، لبنان، ب س.
- 25- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الطبعة الأولى ، 2008م/1429 هـ.
- 26- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 02/05) مرفقة بفتاوى للشيخ أحمد حماني في قضايا من صميم الواقع الجزائري ونماذج من قرارات المحكمة العليا من أرشيف القضاء الجزائري دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر ، 2007م/1428 هـ .
- 27- بن الصغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي، الجزائر، ط 2012م/1434 هـ.
- 28- بن زيطه عبد لهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2001.
- 29- بن هبيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، ب ط، الجزائر ، 2018، 192.

- 30- تقية عبد الفتاح، مباحث قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي الجزائري، دار هومة، 1999-2000م.
- 31- -----، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012م/1433هـ.
- 32- دلاندة يوسف، قانون الأسرة منقح بالتعديلات أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05-مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، دار هومة، الجزائر 2007.
- 33- ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 34- -----، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2012.
- 35- زكي الدين سفيان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968
- 36- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1983م/1403هـ.
- 37- صقر نبيل، قانون الأسرة، نصاً وفقهاً وتطبيقاً، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- 38- صلاح عبد الغني محمد، وسائل الإسلام في المحافظة على الحياة الزوجية، موسوعة المرأة المسلمة، الدار العربية للكتاب، الجزء الثالث، مصر، 1998
- 39- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل دار هومة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2013.
- 40- -----، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الطبعة الأولى قسنطينة، الجزائر، 1986م/1406هـ.

- 41- عبد المؤمن بلباقي، التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2000.
- 42- عادل حميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، الرباط، 2016.
- 43- -----، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.
- 44- عبدالكريم شهبون، الوافي في شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الرشاد، الرباط ، 2006
- 45- عبد الفتاح إبراهيم بهيتي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقهاً وقانوناً، مكتبة الإشعاع الإسكندرية، 1995
- 46- عبدالقادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الطبعة الأولى 2001، الجزائر
- 47- فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة الهدى 2004
- 48- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية دار فسيلة، الجزائر، 2009.
- 49- لوعيل محمد الأمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2010
- 50- موسى دهان، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الهدى، الجزائر، 2012..
- 51- محمد كمال امام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 2007.
- 52- محمد الأزهر، شرح مدونة الأزهر، الطبعة الأولى، مطبعة الرسالة، الدار البيضاء، 2015.

- 53- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، 1983.
- 54- محمد القرمي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص الفقهية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2006.
- 55- محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، 1999.
- 56- محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية، ب ط، مصر 1999،
- 57- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، دار محمود للنشر، القاهرة، 1999.
- 58- نائل إبراهيم قرقر، أثر الإختلالات العقلية النفسية في مسائل الأحوال شخصية، دار النفائس، الطبعة الأولى، عمان، 1999.
- 59- نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث.
- 60- وكيل محمد الأمين، المركز القانوني للزوجة في القانون الجزائري، دار هومة، 2004

ثالثاً: النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الجزائرية:

- 01- القانون رقم: (58/75) المتضمن القانون المدني، المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق 1975/09/26، الجريدة الرسمية، العدد 101، لسنة 1975.
- 02- القانون رقم: (11/84) المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في : 09 يونيو 1984 الجريدة الرسمية، العدد 24، لسنة 1984.
- 03- القانون رقم: (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في: 18/صفر 1429 الموافق ل: 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، العدد 21.

04- الأمر رقم: (156/66) المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، مؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يوليو 1966 ، الجريدة الرسمية، العدد 49، لسنة 1966.

05- الأمر رقم: (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة، مؤرخ في: 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.

06- الأمر رقم: (07/05) المتضمن تعديل القانون المدني، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 78 لسنة 2007.

ب- النصوص القانونية المغربية:

01- القانون رقم: (57/342) المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: (70/03) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004.

02- ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 اغسطس 1913 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم لا سيما بالقانون 1509 الصادر بموجب الظهير رقم (1.15.15) المؤرخ في 29 ربيع الآخر الموافق 19 فبراير 2015 الجريدة الرسمية عدد (6344) بتاريخ 28 جمادي الأولى 1436 الموافق 2015/03/19.

03- القانون رقم (1.74.447) المؤرخ في 28/09/1974 المتضمن قانون المسطرة المغربية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للملكة المغربية عدد 3230 مكرر بتاريخ 30/09/1958.

04- القانون 70.03 بمثابة مدونة الاسرة صدر بموجب الظهير رقم: (01.04.22) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 2004/02/02 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08.09 الصادر بموجب الظهير رقم: (1.10.103) المؤرخ في: 13 شعبان 1431 الموافق 16 يوليو 2010، الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 2010/07/26.

ج- النصوص القانونية التونسية:

01- الأمر الصادر بتاريخ: 13 أوت 1956، يتعلق بمجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي التونسي، العدد 66، 17 أوت 1954.

رابعاً/ المقالات العلمية:

01- السنوسي علي، التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، عدد 21.

02- إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة، دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث.

03- إدريس الناضوري، الصلح في العمل القضائي، الطلاق نموذجاً، المجلة المغربية، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه والقانون الوضعي، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد الخامس، 2016.

04- بن الصغير محفوظ، أثر تعديل قانون أسرة الجزائري 02/05 في ترقية المركز القانوني للمرأة، جامعة عباس لغرور خنشلة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد الأول، فيفري 2014.

05- بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، العدد الثاني، الجزائر، 2013

06- بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، العدد 02، لسنة 2012

07- داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة وهران، العدد 29، جوان 2016.

- 08- سميرة معاش، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانون، العدد 06 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة محمد خيضر بسكرة 2009 .
- 09- سالم رضوان الموسوي، حق الزوجة في التفريق بسبب العنف الأسري، المجلة القانونية العدد 2، 2006
- 10- شهر الدين قاله، أحكام طلاق المضطرب نفسياً، مجلة المفكر، العدد السادس، جامعة بسكرة.
- 11- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة والقانون المقارن المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، العدد 04 سنة 2018.
- 12- عبد الله روحات، الوكالة في الصلح بين النص القانوني والواقع العملي، مجلة الإشعاع، عدد 02، بتاريخ 27 غشت 2003.
- 13- عبد الصمد خيشع، مسطرة الشقاق على ضوء مدونة الأسرة المغربية، مجلة الملف، العدد الرابع، لسنة 2005، المغرب.
- 15- عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، نوفمبر 2006.
- 16- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية، العددان 17/18، لسنتي 2014/2015 مجلة الإحياء.
- 17- -----، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 6، لسنة 2016
- 18- فوزية برج، مسطرة الشقاق ثورة نسائية داخل مؤسسة الأسرة، جريدة الإتحاد الاشتراكي العدد 02، 2005، ندوة بعنوان (نساء المتوسط وحقوقهن) فاس، 28/29/30 ماي 2005.

- 19- قرطاجي نهى، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- 20- قايد بلقاسم، تطور التشريعات الوطنية في حماية المرأة قراءات في لتشريع الجزائري، مجلة حقوق الإنسان، العدد 17، طرابلس 2017.
- 21- مسرار حميد، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي، رؤية حقوقية، مجلة الفقه والقانون عدد 03 يناير 2013.
- 22- نور الدين ميساوي، التفريق القضائي بين الزوجين للإعسار في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، لسنة 2012
- 23- محمد أحمد الحسين، النفقة ومقارها ، مجلة الإحياء، العدد السادس، 2014
- 24- محمود عبدو البزيعي، الحجر على السفية وجدواه الإقتصادية، مجلة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، جامعة القدس، فلسطين، العدد 30، جوان 2013.
- 25- محمد سلامي، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي المقارن، مجلة القصر، جانفي 2009، العدد الرابع.

خامساً/ الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 01- اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- 02- آيت شاوش دليلة، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، ، 2014/2015.
- 03- إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2009-2010.

- 04- بن صغير، محفوط، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص فقه وأصوله ، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.
- 05- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2004/2005.
- 06- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2013/2014.
- 07- عبد الكريم مروان، خصوصية القواعد المدنية في مدونة الأسرة المغربية من خلال الزواج وانحلاله، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، وجدة 2012/2013 .
- 08- ليلي ربيعي، التطبيق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1994/1995.
- 09- محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018/2017.
- 10- نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001.
- 11- هيشور أحمد، الخلع بين الشريعة والتشريع، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2014/2015.

ب- رسائل الماجستير:

- 01- أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2003
- 02- العشي منال محمد رمضان هاشم، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين 2008م/1429هـ.
- 03- حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014/2014.
- 04- رشا بسام ابراهيم زريعة، عوامل استقرار الأسرة في الإسلام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2010
- 05- صغيري سمية، المركز القانوني للزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، 2015/2016.
- 06- عبد الله عايدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة جامعة تلمسان/ 2006/2007.
- 07- عبد الرحيم الأنوار، نظام الطلاق في الجزائر، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا، فرع القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1976.
- 08- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي غزة، 2004
- 09- كريمة عبود جبر، النفقة في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية جامعة بغداد، العراق 1988/1989.
- 10- محمد رضا أنس، الفقدان في التشريعات المقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، قسم الشريعة والقانون، 2001.

11- منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، غزة، 2009/2008.

12- هارون كامل الشرياني، النفقة الواجبة على الزوج والإجراءات القضائية المتعلقة بها، مذكرة ماجستير، جامعة الخليل 2013/2012

سادساً/ المجالات القضائية:

أ/ المجلة القضائية الجزائرية:

01- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 05، لسنة 1989.

02- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 04، لسنة 1989.

03- المجلة القضائية، ، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 03، لسنة 1990.

04- المجلة القضائية، ، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 06، لسنة 1990.

05- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 02، لسنة 1991.

06- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 04، لسنة 1991.

07- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 05، لسنة 1992.

08- المجلة قضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 1993.

09- المجلة قضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 02، لسنة 1994.

10- المجلة قضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 05، لسنة 1995.

11- المجلة قضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 01، لسنة 1997.

12- المجلة قضائية، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 06، لسنة 1997.

13- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 1998.

- 14- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 05، لسنة 1998.
- 15- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 03، لسنة 1999.
- 16- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 1999.
- 17- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2000.
- 18- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2001.
- 19- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2002.
- 20- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2003.
- 21- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 2004.
- 22- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2004.
- 23- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 2005.
- 24- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2005.
- 25- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2006.
- 26- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 2007.
- 27- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2007.
- 28- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 2008.
- 29- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، لسنة 2009.
- 30- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 2010.
- 31- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، لسنة 2010.

32- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، لسنة 2012.

ب/ المجلة القضائية المغربية:

- 01- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 09، 1995.
- 02- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 14، 1998.
- 03- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 16، 1999.
- 04- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 18، 1999.
- 05- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 21، 2000.
- 06- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 26، 2002.
- 07- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 29، 2003.
- 08- مجلة محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 31، 2003.

سابعاً/ المراجع باللغة الأجنبية:

• Outrages specious:

- 01- Doutremépuich, Christian Procédure de divorce, Paris, 1998.
- 02- Follana Massot, Marc et Lassalle, Bérenger: Les défauts et leur impact sur la vie conjugale ,La recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du code civil "R.R.J", 1993.
- 03- Galloux, jean Christophe: Défauts sexuels chez les femmes, la preuve parfaite?, J.C.P, 1991, I, Doctrine, n° 3497.

• Revues:

- 01- flauss-diem, Séparation judiciaire du droit anglais, les petites affiches, Paris, 3 mai 1995, N53.

الفهرس:

رقم الصفحة	فهرس الموضوعات
12	الباب الأول: حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق
13	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للخلع
14	المبحث الأول: ماهية الخلع
14	المطلب الأول: مفهوم الخلع
14	الفرع الأول: تعريف الخلع
14	أولاً: لغة
14	ثانياً: إصطلاحاً
17	ثالثاً في التشريعات الوضعية
21	الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع
21	أولاً: حكمه
23	ثانياً: دليل مشروعيته
24	الفرع الثالث: أركان الخلع
27	الفرع الرابع: الحكمة من تشريع الخلع والقيود الواردة عليه
27	أولاً: الحكمة من تشريع الخلع
29	ثانياً: القيود الواردة على الخلع
41	الفرع الخامس: الآثار المترتبة على الخلع
41	أولاً: الآثار المترتبة على كونه معاوضة من طرف الزوجة
42	ثانياً: الآثار المترتبة على كونه يمين من جانب الزوج
43	المطلب الثاني: تمييز الخلع عن بعض الصور المشابهة له
43	الفرع الأول: تمييزه عن الطلاق
43	أولاً: أوجه التشابه
44	ثانياً: أوجه الاختلاف
45	الفرع الثاني: تمييزه عن التطليق
45	أولاً: أوجه الشبه
46	ثانياً: أوجه الاختلاف
48	المطلب الثالث: أشكال الخلع
48	الفرع الأول: تقسيمات الخلع
48	أولاً: خلع رضائي
49	ثانياً: خلع غير رضائي
50	الفرع الثالث: الألفاظ التي يقع بها الخلع عن المذاهب الأربعة
50	أولاً: عند الحنفية
52	ثانياً: عند المالكية

53	ثالثاً: عند الشافعية
54	رابعاً: عند الحنابلة
57	المبحث الثاني: الطبيعة العقدية للخلع
57	المطلب الأول: مظاهر الطبيعة العقدية للخلع
57	الفرع الأول: الطبيعة العقدية للخلع من حيث الخصائص
57	أولاً: الطبيعة العقدية
64	المطلب الثاني: مكانة الخلع بين البينونة والرجعية
65	أولاً: القائلين بأنه طلاق بائن
66	ثانياً: القائلين بأنه فسخ
69	الفصل الثاني: أحكام الخلع في التشريعات الوضعية
70	المبحث الأول: موقف التشريع الجزائري من الخلع
70	المطلب الأول: موقف التشريع الجزائري من الخلع تعريفاً ومضموناً
71	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الخلع قبل التعديل
71	أولاً: القائلين بشرط موافقة الزوج في الخلع
76	ثانياً: القائلين بعدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع
79	الفرع الثاني: ما بعد تعديل 2005
79	أولاً: مستجدات قانون الأسرة الجديد في قضية الخلع شكلاً
80	ثانياً: الجوانب التي أغفلها التعديل الجديد
81	المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في قضايا الخلع
82	الفرع الأول: سلطة القاضي بخصوص في تقدير البذل
82	أولاً: الأساس القانوني لتحديد الضرر
85	ثانياً: مظاهر تعسف الزوجة في الخلع
87	ثالثاً: الاعباء المتعلقة بالإثبات
88	الفرع الثالث: مظاهر قيود سلطة القاضي في تقدير العوض
88	أولاً: الإختصاص
88	ثانياً: طرق تقدير الضرر
89	المطلب الثالث: الجانب الإجرائي لدعوى الخلع في التشريع الجزائري
89	الفرع الأول: المحاكم المختصة بالخلع وكيفية رفع الدعوى
89	أولاً: إختصاص المحاكم
90	ثانياً: صلاحيات القاضي في الخلع
95	الفرع الثاني: إجراءات الخلع
95	أولاً: طرق رفع الدعوى
104	الفرع الثالث: إجراءات التحكيم في التشريع الجزائري
106	الفرع الرابع: طبيعة الحكم الصادر في أحكام الخلع وطرق الطعن فيه
106	أولاً: الطبيعة القانونية لأحكام الخلع

107	ثانياً: الطعن في أحكام الخلع
109	الفرع الخامس: رقابة القاضي على الإتفاق بين الزوجين ومراعاة حقوق الأولاد
110	المبحث الثاني: موقف التشريع المغربي من الخلع وأحكامه
110	المطلب الأول: موقف التشريع المغربي من الخلع مفهوماً
111	الفرع الأول: تعريف الخلع في التشريع المغربي
112	الفرع الثاني: الأحكام التي يقوم عليها الخلع في التشريع المغربي
112	أولاً: الاهلية
112	ثانياً: موافقة الزوج
113	ثالثاً: البذل
114	رابعاً: حفظ حقوق الأولاد في الطلاق الخلعي
115	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالطلاق الخلعي
115	الفرع الأول: البذل وأحكامه
116	الفرع الثاني: طبيعة الطلاق الخلعي في المدونة المغربية
117	المطلب الثالث: الأسس الإجرائية الخاصة بالقضايا الخلية
117	الفرع الأول: الإجراءات الخاصة بالخلع
119	الفرع الثاني: صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في الخلع
121	الفرع الثالث: أحكام الصلح في مدونة الأسرة المغربية
122	أولاً: نظرة المشرع الجزائري للصلح
123	ثانياً: شروط الصلح
124	الفرع الرابع: إجراءات الصلح وكيفية الطعن فيها
124	أولاً: كيفية إثارة الصلح
124	ثانياً: المصادقة على أحكام الصلح
124	ثالثاً: آثار عقد الصلح
126	خلاصة الفصل
129	الباب الثاني: حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق
131	الفصل الأول: التطلق للعيوب والتعدد ولعدم الإنفاق
131	المبحث الأول: التطلق للعيوب
131	المطلب الأول: ماهية العيوب
131	الفرع الأول: تعريف العيوب
131	أولاً: لغة
132	ثانياً: إصطلاحاً
133	الفرع الثاني: أنواع العيوب وموقف الفقهاء منها
133	01-الجدام
135	02-الجنون
136	03-البرص

137	04-العقم
140	05-الزهرى
144	06-الإيدز
145	07-الخنوثة
146	08-السل
147	09-الشذوذ الجنسي
148	الفرع الثالث: الأمراض النفسية والتناسلية
148	أولاً: الأمراض النفسية
150	ثانياً: الأمراض الجنسية
154	الفرع الرابع: أحكام العيوب الأخرى عند الفقهاء
154	أولاً: عند الفقهاء
157	ثانياً: موقف التشريعات الوضعية من التطليق للعيوب الأخرى
157	المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من التطليق للعيوب
158	الفرع الأول: موقف التشريع الجزائري
160	الفرع الثاني: موقف التشريع المغربي
163	الفرع الثالث: موقف التشريع التونسي
165	الفرع الرابع: نوع الفرقة الواقعة بالتطليق للعيوب
166	المبحث الثاني: التطليق لإخلال الزوج بواجب النفقة وللتعدد
167	المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزامات الزوجية وواجب النفقة
167	الفرع الأول: ماهية النفقة
168	أولاً: وجوب النفقة
170	ثانياً: أسبابها
172	الفرع الثاني: متطلبات النفقة ومشتملاتها
172	أولاً: مشتملات النفقة عند الفقهاء
176	الفرع الثالث: تقدير النفقة ومسقطاتها
176	أولاً: تقدير النفقة
180	ثانياً: في التشريعات الوضعية
181	ثالثاً: مسقطات النفقة
182	المطلب الثاني: التطليق لتعدد الزوجات
183	الفرع الأول: أحكام التعدد في الإسلام
183	أولاً: مشروعية التعدد في الإسلام
183	ثانياً: الحكمة من تشريع التعدد
185	ثالثاً: حكم التعدد في الإسلام
185	رابعاً: شروط التعدد في الإسلام
187	الفرع الثاني: التعدد في التشريعات الوضعية

187	أولاً: موقف التشريع الجزائري
190	ثانياً: موقف التشريع المغربي
192	ثالثاً: موقف التشريع التونسي
192	خلاصة الفصل
195	الفصل الثاني: التطليق للأسباب الأخرى
196	المبحث الأول: التطليق للهجر والغياب والشقاق
196	المطلب الأول: التطليق للهجر في المضجع
196	الفرع الأول: ماهية الهجر في المضجع
198	الفرع الثاني: موقف التشريعات الوضعية من الهجر في المضجع
198	أولاً: في التشريع الجزائري
201	ثانياً: في التشريع المغربي
201	المطلب الثاني: التطليق للغياب
202	أولاً: في التشريع الإسلامي
204	ثانياً: في التشريعات الوضعية
208	ثالثاً: نوع الفرقة الواقعية بسبب الغياب
210	المطلب الثالث: التطليق للشقاق
210	الفرع الأول: ماهية الشقاق
210	أولاً: تعريفه
212	ثانياً: أركان الصلح في الشقاق
214	ثالثاً: دور الحكّمين في التفريق
215	رابعاً: موقف الفقهاء من التطليق للشقاق
215	الفرع الثاني: موقف التشريعات الوضعية من التطليق للشقاق
215	أولاً: موقف التشريع الجزائري
217	ثانياً: موقف التشريع لمغربي
219	المبحث الثاني: التطليق للجريمة والفاحشة المبينة
220	المطلب الأول: التطليق للجريمة
220	الفرع الأول: ماهية الجرائم الأخلاقية
221	الفرع الثاني: أنواع الجرائم الماسة بشرف الأسرة
221	أولاً: الجرائم الأخلاقية
229	المطلب الثاني: التطليق لإرتكاب الفاحشة المبينة
230	أولاً: الدعارة
233	ثانياً: موقف التشريع الجزائري من التطليق للفاحشة
234	ثالثاً: موقف التشريع المغربي من التطليق للفاحشة
235	المبحث الثالث: التطليق لمخالفة شروط العقد وللضرر
235	المطلب الأول: التطليق للضرر

235	الفرع الأول: ماهية الضرر
237	الفرع الثاني: موقف التشريعات الوضعية من التطليق للضرر
237	أولاً: موقف التشريع الجزائري
239	ثانياً: موقف التشريع المغربي
241	ثالثاً: موقف التشريع التونسي
242	الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تحديد الضرر
243	أولاً: الأسس والأحكام الإجرائية لتحديد الضرر
246	ثانياً: المعايير المعتمدة في تحديد الضرر
250	المطلب الثاني: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
252	الفرع الأول: موقف الفقهاء من الإشتراط في العقد
253	الفرع الثاني: موقف التشريعات الوضعية من الإشتراط في العقد
256	الخاتمة
263	المراجع والمصادر
291	الملخص

الملخص:

يعتبر موضوع فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة موضوع بالغ الأهمية، كونه أصبح يمس جوانب مهمة في الحياة، وما زاد من أهمية هذا الموضوع هو الإقبال الكبير لهذا النوع من التفريق، وأصبح له تبعات إنعكست سلباً على المجتمع، وصار شيء ملفت للانتباه، وتأتي هذه الدراسة للإجابة على الإشكالات المتعلقة بمفهوم الخلع والتطليق على حد سواء، وتبيان مدى أهمية هذين الموضوع الذي يعتبر حق للزوجة وحدها للانفصال عن شريك حياتها، والبحث في مدى مواكبة المشرع الجزائري للشريعة الإسلامية، وبعض التشريعات المقارنة.

الكلمات المفتاحية: الخلع، التطليق، القضاء، التفريق القضائي.

Summary:

The issue of decoupling the marital bond by the single will of the wife is a very important topic, as it has become important aspects of life, and what increased the importance of this topic is the large turnout of this kind of differentiation, and has implications reflected negatively on society, and became something striking, and this study comes To answer the problems related to the concept of divorce and divorce alike, and to show the importance of these two issues, which is the right of the wife alone to separate from her partner, and to examine the extent of the Algerian legislator's compliance with Islamic law, and some comparative legislation.

Key words: divorce, divorce, judicial, judicial separation.