وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع:.....

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق التخصص: قانون قضائي

من إعداد الطالبة : تحت إشراف الأستاذ(ة)

رميلي خيرة مجبر فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ (ة):	بحري ام الخير	رئيسا
الأستاذ (ة):	مجبر فتيحة	مشرفا مقررا
الأستاذ (ة):	بن عوالي علي	مناقشا

السنة الجامعيـــة: 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/09/30

إهداء

أحمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذا البحث

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى إلى الانسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه إلى مدرستي الأولى في الحياة أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره.

رميلي حاج أحمد

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان إلى التي صبرت على كل شيء التي رعتني حق الرعاية وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق، تبعتني خطوة خطوة في عملي إلى من ارتحت كلما تذكرت إبتسامتها في وجهي نبع الحنان أمي أعز ملاك على القلب والعين أطال الله عمرها.

جلطي بختة

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكي أدخل على قلبهما شيئا من السعادة خالتي يمينة وعماتي خيرة وغزيل.

إلى أخي وأخواتي، وهيبة، نور الهدى ، خديجة، محمود صلاح الدين

وإلى أعز صديق على قلبي حفظه الله ورعاه عبد الهادي.

إلى الأخوات التي لم تلدهن أمي إلى من عرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم صديقاتي أمينة، مريم، شيماء، سهيلة.

رميلي خيرة

شكر وعرفان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من لم يشكر الناس لم يشكر الله" صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم"

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث المتواضع أتقدم بجزيل الشكر إلى الوالدين الكريمين وأخواتي الذين أعانوني وشجعوني على الاستمرار في مسيرة العلم والنجاح وإكمال الدراسة الجامعية والبحث كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى من شرفتني بإشرافها على مذكرة بحثي الأستاذة المحترمة مجبر فتيحة التي لم تكفي حروف هذه المذكرة لإيفائها حقها بصبرها الكبير تجاهي ولتوجيهاتها العلمية التي لا تقدر بثمن حيث ساهمت بشكل كبير في اتمام واستكمال هذا العملإلى كل أساتذة كلية الحقوق، قسم قانون الخاص، كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد لتزويدنا بالمعلومات اللازمة لإنجاز وإتمام هذا العمل، نخلص بالشكر أيضا أساتذة اللجنة المناقشة.

رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي على والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين.

رميلي خيرة

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساس لتكوين المجتمع ولعل هذا ما يفسر الإهتمام الكبير الذي تحظى به على كافة المستويات لحماية الأفراد المكونين لها، وبالتالي حماية المجتمع.

إلا أن عقد الزواج يمكن أن يتعرض للفك حين تسوء فيه العشرة الزوجية ويشتد الخلاف ويفقد الزواج معانيه السامية ولا يبقى علاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية.

شرع الاسلام الطلاق من أجل تخفيف المعاناة التي يتعرض لها أحد الزوجين أو كليهما ومحاولة رفع الضرر عنهما لقوله تعالى "**وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته**"[1] وهو نظام إلهي يكون كعلاج لمشكلات ونزاعات لا تنتهي بين الطرفين إذا اشتدت الضغينة والبغضاء بينهما، فكما جعل الشارع الطلاق بيد الزوج، إلا أنه منح كذلك للمرأة حق فك الرابطة الزوجية خاصة في حالة تضررها.

قد أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة المعدل 05-02 المؤرخ في 2005/02/27بحق الزوجة في طلب التطليق من زوجها ، وهذا ما نصت عليه المادة 53 في فقرتها 08-09-10 وكذا من خلال نص المادة 54 التي تناولت إنحلال الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بتكييفه الجديد، حيث حاول من خلال ذلك المشرع منح الزوجة حرية أكبر وأوسع في ممارسة حق طلب فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة خاصة في حالة تضررها من هذه العلاقة, إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا وهذا ما يعرف بالتطليق، أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب إفتداء نفسها في مقابل مال تدفع له وذلك ما يعرف بالخلع، وتكمن أهمية الموضوع وإشكاليته في:

[1] – سورة النساء ، الآية 130.

يعتبر عقد الزواج من أقدس العقود ولذلك فإن الله سبحانه وتعالى سماه في محكم تنزيله ميثاقا غليظا ، ووضع له من القواعد ما يضمن به بقاءه وإستمراره، غير أنه قد تستحكم الخلافات والمشاكل الاسرية بين الزوجين مما يؤدي الى فك الرابطة الزوجية.[1]

وتتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال تزايد وتنامي هذه الظاهرة وإنتشارها في وسط مجتمعنا بشكل لافت، حتى أصبحت تكاد تكون ظاهرة اجتماعية عادية نظرا لتزايد الملفات المطروحة في محارب القضاء لفك هذه الرابطة، كما تتجلى أهمية الموضوع من خلال:

ـ تأكيد حق المساواة بين الزوجين في طلب فك الرابطة الزوجية.

ـ تأكيد دور النيابة العامة في هذا النوع من القضايا الاسرية.

ـ معرفة مختلف إجراءات التقافي الخاصة بفك الرابطة الزوجية.

والسبب الذي جعلنا نختار هذا الموضوع هو ارتباطه بالواقع المعاش و الذي نشهد فيه كل يوم بل كل ساعة و الميل الشخصي للموضوعات المتعلقة بالأسرة ومختلف موضوعاتها وكذا الرغبة في البحث والتقصي بغية الوقوف على حقيقة هذا الموضوع خاصة في ظل ما يكتنفه من غموض وعدم إستقرار مما عزز من رغبتي وشعوري بأهمية الدراسة كلها أسباب ذاتية , كما أنه هناك أسباب موضوعية وتمثلت في قلة الدراسات القانونية التي تناولت بعمق، الإضافات الجديدة التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب الامر 05-02، وأخذ ذلك بعين الاعتبار وكذلك بروز الكثير من المشاكل العملية العديدة التي تثار بمحاكمنا حول فك الرابطة الزوجية بسبب عدم وجود قوانين إجرائية تحكم قضايا شؤون الأسرة وتنظمها بالاضافة إلى قلة الاجتهادات القضائية في بعض الامور الاجرائية، كما هو الحال بالنسبة للحالات الاستعجالية في

[1] – عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري(بحث مقدم لنيل درجة الماجستر) كلية الحقوق الانسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران 2006. ص3.

شؤون الأسرة، وأيضا السعي إلى معرفة مدى موافقة هذه الأحكام الجديدة لواقع المجتمع الجزائري أم لا، والوقوف على مختلف الاسباب القانونية الموضوعية منها وكذا الاجرائية والتي تفك بها الرابطة الزوجية. والهدف من هذا البحث، توضيح مختلف الاحكام القانونية المتعلقة بهذه المواضيع , وبيان الطبيعة القانونية لكل من الطلاق والتطليق والخلع والنيابة العامة والقضاء الاستعجالي , و التطرق لأهم ومختلف القرارات القضائية التي عالجت هاته الموضوعات , و توضيح مختلف الإجراءات التي يتخذها قضاة شؤون الأسرة في معالجتهم لمختلف التدابير الاستعجالية المتعلقة بقضايا شؤون الاسرة.

فمن منطلق هذا الحق يتبادر الى اذهاننا طرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبطه لمختلف الآليات القانونية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية؟

وعلى هذا فإن إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح مجموع الأسئلة الآتية:

- ما هي الاشكاليات التي يثيرها قانون الاسرة في موضوع الطلاق وما هي طبيعتها؟
- هل إستطاع المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 53 من قانون الأسرة موازنة الكفة بين حق الزوجة في طلب التطليق بحق الزوج في فك الرابطة الزوجية بالطلاق؟
- ما هو الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع؟

تقتضي طبيعة دراسة هذا الموضوع على الجمع بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وهما المنهجين الأساسيين في دراستي هذه ، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي في بعض الجوانب من هذه الدراسة ,المنهج الوصفي هو الذي يتناسب مع جلّ الدراسات القانونية وهذا من خلال وصف ظاهرة فك الرابطة الزوجية ووصف موضوع الطلاق كظاهرة اجتماعية وابراز حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وفقا لإحدى الأسباب الواردة في نص المادة 53 من ق. أ أو عن طريق

مطالبتها بالخلع وفقا لنص المادة 54 من نفس القانون ,وكذا المنهج التحليلي الذي اعتمد أيضا وذلك من خلال تحليل نصوص القوانين والاحكام والقرارات القضائية وأراء فقهاء القانون بشان النيابة العامة ودورها في قضايا شؤون الأسرة، وبإضافة إلى المنهجين السابقين اعتمدت أيضا على المنهج الاستقرائي في الجانب الأول من الدراسة فخصصناه لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية لفقهاء الشريعة الاسلامية والقانون في موضوعي التطليق والخلع.

وللإجابة على الاشكالية المطروحة فقد قسمت بحثي الى فصلين تطرقت في الفصل الأول إلى الحديث عن الطلاق بالارادة المنفردة للزوج وذلك بمبحثين الاول مفهوم وأقسام الطلاق وذلك بمطلبين أولهما ماهية وحكم الطلاق أما الثاني أقسام الطلاق بعدما تناولت في المبحث الثاني أركان الطلاق والقيود الواردة عليه وهو مفصل بمطلبين الأول يتحدث عن أركان الطلاق والثاني عن القيود الواردة على إيقاع الطلاق.

تطرقت بعدها للفصل الثاني فكان تحت عنوان فك الرابطة الزوجية وقسمته أيضا إلى مبحثين الأول يتحدث عن التطليق والثاني عن الخلع فالأول فيه مطلبين الأول ماهية التطليق والثاني أسباب التطليق، أما المبحث الثاني يتحدث عن الخلع فالمطلب الأول ماهية الخلع والمطلب الثاني أحكام الخلع.

وسأعرض بعون الله في خاتمة الرسالة ، لأهم النتائج التي وصلت إليها من خلال بحثي هذا وما أراه مفيدا من توصيات ومقترحات.

الفصل الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

حرصت الشريعة الاسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية ومن أهدافه الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل لقوله تعالى "**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم**" [1] وبالإضافة إلى تحقيق الحاجات الفطرية والمطالب الانسانية والمحبة والطمأنينة والتراحكم بين أفراد الأسرة لقوله تعالى "**و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** "[2]. وبينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها أن تعكر صفوها وما على الزوجين إلا الصبر والتسامح لتجاوزها. ثم أبغضت الطلاق وبينت أن ما أباحته إلا للضرورة، هذا ما استنفاذ جميع طرق الاصلاح والتوفيق، بداية من الموعظة إلى الهجر في المضجع وانتهاء بالضرب غير المبرح لقوله تعالى "**واللاّتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن** "[3] فان لم تنفع هذه الطرق نلجأ إلى الإصلاح بينهم وإدخال الطرف الثالث لقوله تعالى "**والصلح خير**"[4] وقال أيضا "**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**"[5].

ولهذا أعطت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة إليه ودون الحاجة إلى إرادة الزوجة وذلك لكونه مالكا للعصمة الزوجية، ولهذا سنتطرق في هذا الفصل إلى: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في المبحث الأول نتطرق إلى ماهية الطلاق وحكمه وأقسامه والمبحث الثاني إلى أركانه والقيود الواردة عليه.

---

[1] – سورة الحجرات، الآية 13.

[2] – سورة الروم، الآية 21.

[3] – سورة النساء، الآية 34.

[4] – سورة النساء، الآية 128

[5] – سورة النساء، الآية 35.

ـ المبحث الأول: مفهوم وأقسام الطلاق.

. نظرا لما للطلاق من خطورة على الكيان الأسري وبالخصوص على حياة الأطفال ضحايا الطلاق وعلى المجتمع ككل لذا جعل الله سبحانه وتعالى الطلاق أصلا للزوج وحده وذلك لما يتميز به من رزانة وقوة تقدير لنتائجه قبل الاقبال عليه لأنه هو الذي سيتحمل نتائجه من مهر ونفقة وتعويضات...

ـ ولهذا سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق واقسامه

المطلب الأول: ماهية وحكم الطلاق.

ـ سنتعرف في هذا المطلب الطلاق لغة وشرعا ثم تعريفه في ق. ا.ج وبعد ذلك سنتناول حكم الطلاق ودليل مشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولا: تعريف الطلاق لغة:

هو لغة حل الوثائق مشتق من الطلاق، وهو الإرسال، والترك وفلان طلق اليدين بالخير اي كثير البذل والإرسال لهما، بذلك.[1]

. طلق تطليقا الرجل امرأته، خلّاها على قيد الزواج، وقومه تركهم وفارقهم والشعر هجره، تخلى عنه. [2]

ثانيا: الطلاق شرعا:

. عرفه الحنفية: "إزالة النكاح الذي هو قيد المعنى"

. عرفه المالكية "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص".

. عرفه الشافعية "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".

. عرفه الحنابلة "حل قيد النكاح أو بعضه".

ـ بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل لطلاق في الفقه الاسلامي وهو: رفع قيد النكاح في الحال والإستقبال بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى.

---

[1] –أ. ناجي بلقاسم علالاي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة34 حي لابروريار– بوزريعة– الجزائر، سنة 2013، ص56.

[2] – د. خليل الجر، المعجم العربي الحديث لاروس ، مكتبة لأورس، كندا 1973، ص18.

ثالثا: الطلاق في القانون:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق كان متذبذبا لتعريفه وغض النظر عنه، ففي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقه للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 184 11 إذ نص صراحة على أنّ "الطلاق حل عقد الزواج..." ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53، و54 من نفس القانون.[1]

غير أن التعديل الصادر في 27 فيفري 2005 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق وإكتفى بالقول مع مراعاة المادة 49 أدناه بحل عقد الزواج بالطلاق..."[2]

الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته:

أولا حكمه:

قبل أن نتطرق إلى الأحكام الخمسة التي تعتري الطلاق نتكلم أولا عن إختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق هو الحظر أو الاباحة مستمدين الحجج والبراهين من القرآن والسنة، فالذين يقولون بأن الأصل هو الطلاق الإباحة استندوا لقوله تعالى "**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن**"[3] ولقوله "**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**"[4]، فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في إيقاع الطلاق والأدلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة والنبي لا يفعل المحظور.

---

[1] – باديس ديابي: صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى عين مليلة– الجزائر، ص11.

[2] –الأمر رقم 05–02 المؤرخ في فبراير 2005 ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

[3] – سورة الطلاق، الآية 1.

[4] – سورة البقرة ، الآية 236 .

. أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا الى قوله تعالى "**فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**"[1]، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع ومحظور في الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم " **أبغض الحلال إلى الله الطلاق**"[2]، ومنه فإن الاصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولا.[3]

وبالتالي بالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة وتستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق.[4]

والذي نُرجحه من الاقوال السابقة ان الأصل في الطلاق الحظر ولأنه لا يباح إلا لحاجته وأيا ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والاباحة في الحكم الأصلي للطلاق فإنهم يتفقون على أنّ الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة وهي:

1) **الوجوب:** ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان الطلاق واجب كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحصين.[5]

2) الندب: ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته، أو عدم الميل إليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله.[6]

3) **الحرمة:** كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة. واتفق الفقهاء على أنّ هذا الطلاق يقع حراما

---

[1] – سورة النساء ، الآية 34.

[2] – الحافظ أبي داوود سليمان بن أشعب الأزدي السجستاني، سنن أبي داوود ، تحقيق: شعيب الارنؤوط ومحمد كامل قرة بللي وشادي ومحسن الشايب ج3 كتاب الطلاق باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، لبنان، 2009، ص505.

[3] – محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية مصر 1997، ص 14–15.

[4] – يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الاسلام ، دار المعرفة الدار البيضاء، 1985، ص200.

[5] – باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر، 2012، ص14.

[6] – ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص62.

وأن فاعله آثم وذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله عليه وسلم "**مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم ان شاء امسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**"[1]

4) **الكراهية:** إن ابغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله هذا اذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه.[2]

5) الإباحة: يكون مباح لحاجة لأن الطلاق شرع لتسيير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منار الفتن و محاد للأحقاد و ذلك من رحمة الله و لطفه لنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة و سوء عشرتها و التضرر بها من غير حصول الغرض منها.

ثانيا: أدلة مشروعية:

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الطلاق بالكتاب و السنة و كذا العقل .

1)من القرآن الكريم: قوله تعالى" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[3] هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات و تقديره ثلاث طلقات، و يجوز الرجعة في اثنين و لا تجوز في الثالثة لقوله تعالى "**فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**"[4] و لقوله تعالى "**وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته و كان الله واسعا حكيما**" [5]و لقوله أيضا "**يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا**

---

[1] – أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ج9، كتاب الطلاق، باب العدة، دار المعرفة للطباعة والنشر ، لبنان، ص 345.

[2] – محمد كمال إمام، المرجع السابق ص 34.

[3] – سورة البقرة، الآية 229.

[4] – سورة البقرة، الآية 230.

[5] – سورة البقرة، الآية 130.

العدة"[1] و في هذا التوجيه الإلهي دعوة لرجال أن يتمهلوا فلا يتسرعوا في فصل عري الزوجية فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله و لولا الضرورة القسرية لما أبيح الطلاق لأنه هدم للأسرة، و أن طلقها يحق للمطلقة بل و واجبها البقاء في بيت مطلقها فترة العدة لا تخرج إلا أن تأتي بفاحشة مبنية[2] و لقوله عز وجل "**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة** "[3] و دلالة الآية أن لا إثم عليكم أيها الرجال إن طلقتم النساء قبل المسيس (الجماع) و قيل أن تفرضوا لهن مهرا فالطلاق في هذه الحالة غير محضور، إذا كان لمصلحة أو ضرورة .[4]

2) من السنة: ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم طلق حفصة ثم ارجعها و أن ابن عمر طلق زوجته و هي حائض فسأل عمر في ذلك فقال لعمر:" **مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك و إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر بها الله أن تطلق لها النساء**، و قال النبي صلى الله عليه وسلم : "**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة**" و قال النبي صلى الله عليه و سلم "**إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**"

3) من الإجماع: أجمع الفقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، و أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته و لم ينكر أحد فهذا كان إجماعا [5]

---

[1] – سورة الطلاق، الآية 01.

[2] – سيد قطب محمد، في ظلال القرآن، ، ط10، دار الشروق بيروتن 1982، ص3593.

[3] – سورة البقرة، الآية 236.

[4] – محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير ،ج1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010، ص128.

[5] – إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة – الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون ط(1) دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2008، ص230.

من العقل : لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين وأن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي منه من حيث السكن والمودة، فكان الأولى بهما أن يتفرقا أو ربما فسدت الحال، بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة وضرارا مجرد.

ثالثا: الحكمة من مشروعيته:

إن الزواج هو رابطة مؤبدة بين الزوجين تقوم على المودة والرحمة لقوله تعالى "**ومن آيته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودّة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**"[1]

فإذا تنافرت النفوس وإشتد الخصام فإن الطلاق هو الحل الأصلح للطرفين بدلا من البقاء مع النفرة والضغينة، فهو مباح لحاجة رغم كراهته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر "**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**" ، وشرع الطلاق لأن الإسلام دينا واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والإحتمالات التي يتعرض لها الإنسان، وحرص على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر وهذا ما فطن إليه الفيلسوف الإنجليزي بين تام فقال في كتابه "**أصول الشرائع**" لو ألزم القانون الزوجين البقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبهما، وكاد كلا منها للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيره[2]

المطلب الثاني: أقسام الطلاق:

يتنوع الطلاق إلى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمد على أساسه

الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة

ينقسم الطلاق من حيث مطابقته للسنة إلى طلاق سني وطلاق بدعي

[1] – سورة الروم ، الآية 21.

[2] – أ.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 4– مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص211.

أولا: الطلاق السني:

هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر لم يمسها فيه فهو طلاق شرعي.[1]

الطلاق السني هو الطلاق الذي أذنت السنة في فعله، وليس المراد أن الطلاق سنة لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق ولو واحدة وإنما أراد المقابلة للبدعي ما هو حرام ومنه ما هو مكروه كما يأتي والطلاق ما أذنت السنة ما استوفى أربعة شروط وهي: [2]

1: أن يكون طلقة واحدة لا أكثر ، أي فما زاد على واحدة بدعة والدليل لقوله تعالى" **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**"[3]

2: أن يكون طلقة كاملة لا بعض طلقة، كنصف طلقة.

3: أن يكون واقعا في طهر لا في حيض أو نفاس.

4: أن لا يطأ المطلق مطلقة في الطهر الذي طلق فيه.

5: أن يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق.

6: أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها.

فإن إنتفت هذه الشروط أو بعضها فهو طلاق بدعي.[4]

ثانيا: الطلاق البدعي :

وهو الطلاق المخالف للشرع أي ما انتفى منه شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام.

---

[1] – محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة 2001، ص81 .

[2] – أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، تعريف العدة، مشروعيتها، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص97

[3] – سورة البقرة، الآية 229.

[4] – حبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته ، ج4، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2005، ص26.

فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه، والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه والواقع في بعض الطلقة وعلة الكراهة التلبيس على المرأة في عدتها فلا تدري هل تعتد بالقروء أو بوضع الحمل، إحتمال أن تكون قد حملت في ذلك الوطء.

والبدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس والواقع ثلاثة والواقع على جزء المرأة وعلة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها، والملاحظ أن ق. أ. ج لم ينص على الطلاق السني والبدعي ويرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من ق. أ الأمر 05-02

الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة:

ينقسم الطلاق من حيث إمكانية المراجعة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن.

أولا الطلاق الرجعي:

وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه للطلاق إرجاع زوجته وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين،[1] والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيا وهذا في الطلقة الأولى والثانية ما دامت الزوجة المطلقة في عدتها لقوله تعالى " **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** " [2] إذ لم يستطع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط حتى ولو لم تكن الزوجة راضية فإستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها أو راجعها بعد إنتهائها فإنها تخرج من الطلاق الرجعي إلى البائن.[3]

[1] – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص177.

[2] – سورة البقرة، الآية 229.

[3] – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر 2007، ص 50.

وهذا ما أخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 1986/02/10 ملف رقم 39463 من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية إن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وإن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لدفع الضرر، إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاق بائنا.[1]

ثانيا : الطلاق البائن:

وهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد وهو نوعان:

1)الطلاق البائن بينونة صغرى:

هو الذي يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد ومهر، وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لا لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء وهذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية.[2]

2) الطلاق البائن بينونة كبرى:

هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزوج آخر لقوله تعالى "**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**" [3]

---

[1] – أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص48.

[2] – محمد بيومي، تحفة العروس ، ط1، الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007، ص 37.

[3] – سورة البقرة، الآية 230.

الأحكام المترتبة على الطلاق الرجعي:

يترتب على الطلاق الرجعي عدة أحكام منها:

1) نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وفقا لنص المادة 50 ق . أ 05-02 .

2) إمكان المراجعة في العدة م 58 و60 من ق. أ 05-02

3) الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت الزوجة في العدة فعليها أن تبقى في منزل الزوجية م 61 ق. أ 05-02.

4) لا يرث أحدهما الآخر م 132 ق. أ 05-02.

5) بصدور حكم الطلاق اثر محاولة الصلح م 49 ق. أ 05-02 يسقط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ويصبح الطلاق بائن وفق م 50 من ق. أ 05-02.[1]

الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى

1) أن يزيل الملك لا الحل ولا ترجع المطلقة إلا برضاها بعقد ومهر جديدين.

2) لا توارث بينهما إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت " طلاق الفار "

3) يحل الصداق المؤجل وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة كبرى

1) إزالة الملك والحل معا ولا يبقى أثر سوى العدة.

2) يحل الصداق المؤجل.

3) يمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق طلاق الفار

4) تحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤبدا حتى تتزوج بزوج آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها.[2]

الأحكام المشتركة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 316-317.

[2] – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الأسرة والتشريع، دار الوعي والنشر والتوزيع 2012، ص64- 65.

1) وجوب نفقة العدة المطلقة

2) ثبوت نسب الولد من أبيه

3) هدم الطلقات الثلاث من الزواج الثاني.

المبحث الثاني : أركان الطلاق والقيود الواردة على إيقاعه:

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى أركان الطلاق والقيود الواردة عليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أركان الطلاق:

للطلاق أركان ولكل ركن شروط يجب توافرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أو المطلق وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي الصيغة وسنتناول كل ركن ففي فرع.

الفرع الأول: ركن المطلق:

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح سواء كان الطلاق من الزوج أو من رسوله أو من وكيله ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط العلماء شروطا لا بد من توافرها في المطلق حتى يمكنه إيقاع الطلاق، والدليل على أن الزوج هو الفاعل للطلاق هو قوله تعالى "**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف**"[1] ولقوله أيضا: "**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**" [2] فالطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج ولا يمكنه أحد غيره والنتائج الشرعية التي تترتب على ذلك ما يلي:

[1] – سورة البقرة، الآية 231.

[2] – سورة البقرة، الآية 230.

أ: يجوز لغير الزوج أن يطلق.

ب: لا يجوز لولي الصغير أن يطلق عليه زوجته.

ج: لأن الزوج صاحب الحق في الطلاق، فإنه متى تلفظ بالطلاق في أي وقت وفي أي مكان يترتب عليه أثره ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه.[1]

ثانيا: أن يكون بالغا، عاقلا فالصبي وإن كان مميزا لا يقع طلاقه ولو أجازه الولي، لأن الطلاق تصرف ضار ضررا محضا .

ولما كان الطلاق أمرا خطيرا تترتب عليه بعض الإلتزامات، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع طلاق كل من السكران والسفيه ونحوه وفي ما يلي بيان ذلك.

1) طلاق المجنون والمدهوش: ولا يصح الطلاق المجنون، ومثله المغمى عليه، والمدهوش هو الذي اعترته حالة من الانفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل أو يصل به الإنفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب لقوله صلى الله عليه وسلم "**لا طلاق في إغلاق**" [2] نقصد بالإغلاق سد باب الغضب أو شدة حزن ونحوها.[3]

2) طلاق الغضبان: يفهم مما ذكر أن طلاق الغضبان لا يقع إذا اشتد الغضب بأن وصل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل ولا يقصده أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والإضطرابات في أقواله وأفعاله، وهذه حالة نادرة فإن ظل الشخص في حالة وعي وإدراك لما يقول فيقع طلاقه وهذا هو الغالب في كل

[1] – محمد كمال امام ، مرجع سابق، ص49–50.

[2] –الامام الكبير علي بن عمر الداراقطني سن الدراقطني، تعليق : المغني، مطبعة دار ابن حزم، طبعة1، 2011 ص06

[3] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص218.

طلاق يصدر من الرجل، لأن الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل وأخذ مال بغير حق وطلاق وغيرها[1]

3) الطلاق الفضولي: هو من يوقع الطلاق عن غيره بغير، فإن حكمه كبيعية، متوقف على الاجازة، فإن أجازه الزوج لزم، وهذا التشبيه بالبيع ، من ناحية توقف كل منهما على إجازة المالك، لا في أصل القدوم على هذا التصرف ، فإنه اتفق على عدم جواز قدوم الفضولي على الطلاق بخلاف البيع، فقيل بالحرمة، وقيل بالجواز وتكون العدة في طلاق الفضولي من يوم إجازة الزوج لا من يوم إيقاع الفضولي.

4) طلاق الهازل: يلزم الطلاق ولو وقع من الشخص هازلا وهذا كالنكاح والرجعة فإنهما تلزم بالهزل والمزاح، وإن لم يقصد إيقاعها ، لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة**" فالهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الأثر المترتب عليه، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول وصريح المعقول[2]

5) طلاق الغائب: إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها، فإنه يقع والدليل ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها وهو غائب باليمين وأرسل إليها بطلاقها مع عباس ابن ابي ربيعة ووجه الإستدلال أن هذه الواقعة قد علمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ولا رد طلاقه، فعل ذلك على جواز الطلاق الغائب.

6) طلاق السكران: السكران الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام ولا يعي بعد إفاقته ما صدر منه حال سكره، فالسكران بطريق محرم مختار لشربه كخمر أو مخدر

[1] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص218.

1–محمد كمال إمام ، المرجع السابق، ص 55.

يقع طلاقه زجرا له على إرتكاب المعصية، فإن كان بطريق غير الحرام كالمكره أو بحجة العمليات الجراحية فلا يقع طلاقه ويعذر لعدم الإدراك والوعي كالنائم.[1]

7) طلاق السفيه: السفيه هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم فينفذ طلاق المحجور إذا كان بالغا باتفاق المذاهب ولو بغير إذن وليه، لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية والرشد ليس شرطا لوقوع الطلاق.[2]

8) طلاق المكره: طلاق المكره لا يقع عند الجمهور غير الحنفية لإنتفاء القصد لقوله صلى الله عليه وسلم "**إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما أستكرهوا عليه**"

9) طلاق المريض مرض الموت: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا، ومرض الموت عارض سماوي يصيب الانسان في مراحل حياته فيؤثر على قواه البدنية ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض الأحكام حماية للغير أي أن من تعرضت لهذا العارض فإنه قد يتصرف تصرفا يقصد به الأضرار بغيره وخاصة زوجته ويسمى الطلاق الفار.

وهو طلاق المريض مرض الموت قصد حرمان الزوجة من الميراث فيحكم عليه بنقيض قصده ويبقى للزوجة حق الميراث رغم طلاقها وهو رأي جمهور الفقهاء غير الشافعية، إلا أنهم اختلفوا في وقت إستحقاقها للإرث إذا ما حدث الموت:

أ: الحنفية: ترث إذا ما حدث الموت.

ب: الملكية: ترث ولو انتهت عدتها.

ج: الحنابلة: ترث ما لم تتزوج ثانية.

واشترطوا لثبوت ميراث المرأة في طلاق الفار ما يلي:

- أن لا يصح الزوج من ذلك المرض.
- أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة وإلا لا يعتبر طلاق الفار.

[1] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 220.

[2] – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص49.

ـ أن يتم الطلاق بعد الدخول الحقيقي، ولا يعتد بالخلوة فيه.

ـ أن تكون الزوجة أهلا للميراث وقت الطلاق أي لا يوجد إختلاف في الدين.

ـ إذا كان الطلاق من طلاق رجعي وحدثت الموت أثناء العدة فإنها ترث بالإتفاق[1]

إذن الطلاق ملك للزوج العاقل البالغ، ولا تملكه الزوجة بتفويض من الزوج أو بتوكيل منه كما لا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة.[2]

ثالثا: أن يكون قاصد الطلاق وهو إرادة الزوج التلفظ به ولو لم ينوه فلا يقع طلاق فقيه يكرره ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعليم والحكاية ولا طلاق أعجمي لقن لفظ الطلاق، بلا فهم منه لمعناه، ولا يقع طلاق سر بلسان نائم ، ومن زال عقله بسبب لم يعص به.

وكذلك لا يقع طلاق المخطئ أو من سبق لسانه، بأن أراد أن يقول طاهر أو طالب فقال خطأ أنت طالق فلا يقع طلاقه على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم "**رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل** "[3]

بخلاف طلاق الهازل فإنه واقع لأنه قاصد التلفظ بلفظ الطلاق حتى وإن لم يرد معناه.[4]

موقف القانون الجزائري من ركن المطلق وشروطه:

نص المشرع الجزائري في م48 ق. أ 05-02 " **يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في مادتين**

---

[1] – محمد ابن احمد جوزي الغرناطي المالكي قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع ، دار العلم للملايين ، لبنان، 1968، ص253.

[2] – رحو مليكة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أطروحة تخرج نيل إجازة مدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 23 2012 –2015، ص32.

[3] – محمد بن إسماعيل البخاري حديث صحيح البخاري ، ، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص1343.

[4] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص211.

53 و54 من هذا القانون" وبالتالي ذكر المشرع صور الطلاق دون ذكر التفاصيل الأخرى.

ولم يورد ق. أ أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبق م 222 ق. أ 05-02 ورغم سكوته عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج فقد نص في م 85 ق. أ 05-02 بأنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.[1]

كما نصت م132 من ق. أ 05-02 على أنه " إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث" هنا قد تكون الوفاة بسبب مرض الموت فيكون قد طلقها في مرض الموت وهذا ما يمكن إستنتاجه في نص المادة.

وهذا ما أيدته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر في 1998/03/17 الذي نص على أن الطلاق في مرض الموت ـ جواز ذلك ـ ما عدا حالة الحرمان من الميراث.

الفرع الثاني: ركن المطلقة:

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح صحيح شرعي فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة وبسبب ذلك هو أنها ليست محلا لطلاقه، والطلاق الواقع منه عليها هو لغو من القول لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها[2]، ويشترط لوقوع الطلاق ما يلي:

أولا: قيام الزوجية وقت الطلاق:

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص230.

[2] – أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص105.

فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل دخول أو بعده ، ولا يقع على امرأة غير متزوجة وأن تكون الزوجة في طهر لم يمسها فيه.

ثانيا: صحة الزواج بالعقد:

فلا يقع عن امرأة متزوجا زواجا غير صحيح.

ثالثا: مطلقة قبل الدخول:

فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول ولا يلحقها طلاق آخر، لأنها لم تكن من ذوات العدد.

رابعا: أن تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا

موقف قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلقة وشروطه:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق، ومما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص م222 من ق . أ 05-02، غير أنه وضح في م 48 من ق. أ 05-02 بأن الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح ، كما أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من ق. أ 05-02.[1]

المطلب الثاني: القيود الواردة على إيقاع الطلاق:

إنطلاقا مما هو مقرر فقها وقانونا أن الطلاق بيد الرجل هو حق أصيل له يستعمله دون إعتماد على إرادة المرأة في إحداث هذا الأثر غير أنه لا بد من تحديد طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق من خلال القيود التالية:

الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة:

[1] – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص55.

حيث يتقيد إستعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى مشروعية الطلاق هي الحاجة المتمثلة في الخلاص من الرابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت المقصود من النكاح وينقلب إلى مضرة .

إذن الحاجة قيد من القيود الواردة لإيقاع الطلاق، فإن وقع من غير حاجة وقع الطلاق وأثم المطلق ولا حاجة للتعويض المادي بسبب كون الطلاق تعسفا كما تجنح إليه بعض القوانين ، والاكتفاء بالزام الرجل بمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

وكان القانون الجزائري من بين القوانين التي اعتبرت أن الطلاق بدون سبب أو من غير حاجة طلاق تعسفي وهذا ما ورد في م 52 ق. أ 05-02 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق على المطلقة دونما سبب مقبول وإن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفية بتعويض عادل.

الفرع الثاني: أن يكون طلقة واحدة يتبعها لا يتبعها طلاق آخر:

وذلك متى تنقضي عدتها وهذا متفق عليه بين الفقهاء، فالطلاق السني هو الواقع مفرقا فإن جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد كان طلاق بدعى محظور محرم عند المالكية والحنفية وابن تيمية ولما أخرجه النسائي عن محمود بن لبيد قال أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبان ثم قال : "أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم"[1]

[1] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 228، 229.

وإذا خالف الرجل هذا القيد كان اثما مستحقا التأديب، ولكن طلاقه يقع بحسب العدد الواقع فإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع به ثلاث طلقات عند الجمهور، أما قول ابن تيمية وابن القيم يقع به واحدة ولا تأثير للفظ فيه.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بأن طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة حسب رأي ابن تيمية خلافا لجمهور الفقهاء ، وهذا ما نستنتجه من خلال نص م 51 من ق. أ 05-02 "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره ، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء، فالظاهر أنه يقصد أن يطلق الرجل ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق ومعنى هذا أنه لم يشر صراحة إلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد.[1]

خلاصة الفصل الأول:

رغب الاسلام في الزواج وحث على اختيار الزوجين على أساس الدين وجعل لكل منهما حقوقا وواجبات، عند إلتزام بها تسود المودة والرحمة بينهما وعند التقصير فيها تسود المشقة والعناء، فيكون الطلاق هو الحل الأخير بعد فشل الحلول الأخرى.

ويعد الطلاق صورة من صور فك الرابطة الزوجية ، حيث يعتبر حق أصيل للزوج يوقعه بارادته المنفردة ، وقد نص الشارع الحكيم وذكره الرسول صلى الله عليه وسلم وأقره قانون الاسرة الجزائري هذه الارادة لم تترك مطلقة بل قيدت بضوابط ونصوص معينة لكي لا يسئ الزوج استعمال حقه في الطلاق.

[1] – المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة ، دار هومة الجزائر، 2010، ص105.

الفصل الثاني: فك الرابطة الزوجية

إن الشريعة الإسلامية قد ساوت مركز الزوجة بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية، وكذا القانون الذي منح حق الطلاق وهو حق إرادي يمكن إستعماله في أي وقت وفي مقابل ذلك أعطى للزوجة حق التقدم إلى القضاء بطلب من أجل تطليقها من زوجها الذي أضر بها ولكن بقيود تضمنتها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. كما منحتها أيضا حق مخالعة نفسها من زوجها على ما تدفعه له ذكر بالمادة 54 من ق. أ. ج ، ولذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى التطليق في المبحث الأول والخلع في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التطليق:

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق ولكنه نص على الأسباب القانونية للتطليق في المادة 53 من قانون الأسرة ومنح الزوجة فيها حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة إذا توافر لها سبب من هذه الأسباب.

وسنتناول في المبحث الأول إلى استبيان مفاهيم التطليق الأساسية وذلك من خلال تعريفه ومعرفة جوانبه وطبيعته وأسباب التطليق الواردة على سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر.

المطلب الأول:ماهية التطليق

في دراستنا لماهية التطليق نتناول في فرع أول تعريف التطليق ودليل مشروعيته وفي الفرع الثاني الطبيعة القانونية له.

الفرع الأول: تعريفه ودليل مشروعيته

إذا أصبحت العلاقة الزوجية أو المعاشرة الزوجية مستحيلة بين الزوجين وأصبحت الزوجة متضررة من البقاء مع زوجها بسبب عدم الإنفاق عليها أو بأحد الأسباب التي عددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 53 من ق. أ. ج والتي من خلالها أجاز لها المشرع أن ترفع أمرها إلى القضاء، طلبة تطليقها لدفع الضرر عنها،

فالمشرع الجزائري لم يعطي تعريف للتطليق ولا حتى الطلاق، بصفة عامة، فقانون الأسرة الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعاريف وغض النظر عنها. ففي الوقت الذي ألف ترك وضع التعارف القانونية للفقه للخوض فيها، هذا ما جسدته نص المادة 48 من قانون رقم 84-11.[1]

إذ نص صراحة على أن "الطلاق حل عقد الزواج... " ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق، من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53-54 من نفس القانون كذلك فإن التعديل الجديد 05-02 ،[2] لم يتطرق إلى تعريف قانوني للطلاق واكتفى من خلال المادة 48 بذكر بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية والتي يعتبر التطليق من إحدى حالاتها.

التطليق لغة: نجده لا يختلف عن لفظ الطلاق، فكلاهما سواء في اللغة العربية فكلمة تطليق يعود أصلها في اللغة إلى "طلق تطليقا" والمصدر طلق يرجع إلى عدة معاني[3]:

الترك: ومنه طلق البلاد تركها، وطلقت القوم تركتهم.

الفراق: ومنه طلقت البلاد فارقتها.

التخلية: ومنه أطلقت الأسير أي خليته.

---

[1] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09: المتضمن قانون الأسرة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 24 لسنة 1984.

[2] – الأمر الرئاسي رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005. المعدل والمتمم رقم 84-11 ،الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 2015.

[3] – جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب ، مجلد 10 دار صادر، بيروت، لبنان، ص229.

الإرسال: ومن ناقة طالق بلا خصام، وهي التي ترسل في الحي فترعى من جنابهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت ولا تنحى في المسرح.

من لا قيد له: ومنه وحبسوه في السجن طلقا، أي بغير قيد والطالق من الابل... التي لا قيد عليها، بمعنى حل قيده وخلي عنه.

وطلاق النساء: يأتي في اللغة بمعنيين [1] أحدهما حل عقد النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال.

يقال: طلق الرجل زوجته فهي طالق، وطلقت المرأة من زوجها طلق أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

أما إصطلاحا: فهو منح الزوجة حق فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة، وفي حدود ما ورد من نص المادة 53 من ق. ا. ج المعدل والمتمم بالأمر 05-02 تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا، طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة قبل التعديل، وبذلك فإن التطليق في الإصلاح هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ، ويفرق القاضي بينها عملا بقواعد العدالة والإنصاف.[2]

[1] – جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص229.

[2] – الأستاذ العربي بلحاج: الوجيز، المرجع السابق، ص273.

فإذا كان القانون قد منح الزوج في طلاق زوجته بإرادته المنفردة ، باعتبار أن العصمة بيده أساسا، فإنه بالمقابل منح المرأة ، حق طلب التطليق بإ6رادتها المنفردة، إذا أساء عشرتها وألحق بها ضرارا غير متحمل، فجعل لها حق اللجوء إلى القضاء ورفع أمرها إلى القاضي ليطلقها، إذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل من إستمرار الحياة الزوجية بينهما مستحيلة، وبذلك لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر إنحلال الزواج بالطلاق وأصبح بإمكان الزوجة أن تفك الرابطة الزوجية بالتطليق، مؤسسة طلبها على حالة من الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة ، السالفة الذكر، وإلا قوبل طلبها بالرفض.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها انتهجت واتجهت إلى التضييق في كل ما من شأنه هدم الحياة الزوجية، فنجد في مذهب الإمام أبي حنيفة أنّه، لا يمكن للقاضي أن يمنح التطليق للزوجة إلا لعيب في الزوج، وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية وحصرها "الحنفية" في علتان فقط هي "الجُبث والعنة" وأضاف البعض من الحنفية "الخصاء" أيضا[1] حين توسع غيرهم من أصحاب المذاهب في

[1] – الجب: هو قطع ذكر والأنثيين: العنة: هو العجز عن الوطء وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى معها إتيان النساء، الخصاء : رض الخصيتين أو قطعهما، محمد سمارة، الأحكام وأثار اتلزوجية " شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص322.

ذلك فحصروا أسباب التطليق في حالات معينة وهي: عدم النفقة والضرر المعتبر شرعا والشقاق وغيبة الزوج أو حبسه والعيوب التناسلية.[1]

وما نلاحظه في هذا الصدد، أنه لم يقم فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطليق، وإنّما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي يمكن للزوجة على إثرها طلب التطليق، ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبت الحكم.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه: "من المقرر شرعا أنّ الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق المرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[2]

نجد بذلك أن المحكمة العليا أرادت أن تعرف التطليق من خلال هذا القرار إلا أنها لم تعطه تعريفا شاملا ودقيقا، بحيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة ولا حتى أعطت مثالا عن ذلك.

دليل مشروعيته:

[1] – محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص229–230.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04 ص86.

لقد شرع الله الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع لأجله النكاح ليكون وسيلة لغض الخلاف بين الزوجين، يلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه، وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته.

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع، الأدلة الأصلية لمشروعيته أي فعل وعليه سنتناول دليل مشروعية التطليق على ضوئهم.

1) **من الكتاب** : لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل على مشروعيته التطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على أنه للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها الضرر ومنه قوله تعالى "**وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما**"[1] ولقوله تعالى "**ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا**"[2]

2) **من السنة:** لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "[3] فلا يجوز شرعا أن يلحق بآخر ضررا ولا ضرار، وبذلك فإنه لا يجوز للمرأة أن تطلب التطليق من غير ضرر لقوله صلى الله عليه وسلم " **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة**".[4]

---

[1] – سورة النساء ، الآية 130.

[2] – سورة البقرة، الآية 231.

[3] – محمد زرقا، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار، أبو غدة، ط2، دار القلم، دمشق، 1989 ص165.

[4] – أبو داود، السنن، أبي داوود، تعليق عزت عبيد الدفاس وعادل السيد، كتاب الطلاق، باب الخلع، حديث رقم 2225، ط01، دار ابن حزم بيروت، لبنان، 1997، ص647.

3) من الإجماع: إنعقد الاجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ، حتى اليوم على جواز الفرق وهي محظورة أصلا، ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة وإباحتها مقيدة بقيود تكفل الصالح ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة.

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع بإعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[1]

الفرع الثاني: طبيعته القانونية:

بعدما تطرقنا لمفهوم التطليق ودليل مشروعيته في الفرع السابق فيمكن أن نعطي نظرة ولو مختصرة عن طبيعته القانونية والذي يمكن أن نعتبره رخصة إستثنائية منحها المشرع للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدّة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء.[2]

لأن المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد يقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء وإثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز أي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ.

[1] – محمد كمال، المرجع السابق، ص30.

[2] – عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الاسرة الجزائري، منشورات ثالثة، سنة 1999، ص242.

حيث يرى الأحناف أنّ كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء، أما الفرقة التي تكون من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من جانب الزوج فهي فسخ الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته.

أمّا بالنسبة للشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الفرق التي تقع من الزوج أو نائبه تعتبر طلاقا أما ما عدا ذلك فتعتبر فسخا.

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يمكن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت فرقة من زواج صحيح وسواء كانت فرقة من زواج صحيح وسواء كانت من الزوج أو من قبل الزوجة أو من طرف القاضي عدت طلاقا وأما إن كانت غير راجعة لأحدهما فتعتبر فسخا.

فما يمكن إستخلاصه أنّ كل المذاهب اتفقت على أنّ الفرقة تنقسم إلى طلاق وفسخ ، ولكن اختلفت فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ لأنها لم تعتمد على معيار دقيق ومنضبط.

بحيث يرى المالكية بأن الفرقة الناتجة عن الإسار بالنفقة طلاق رجعي ولا يمكن للزوج إعادة الزوجة إلى عصمته إلا إذا ملك ما ينفعه عليها وإلا فلا تصح الرجعة وقال إبن جزي "**الطلاق بالإسار بالنفقة رجعي**"[1]

[1] – عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، في الشريعة الإسلامية، طبعة2، دار الفكر، بيروت، 1968، ص75.

وقال الشافعية والحنابلة أن الفرقة فسخ لا طلاق لأن الطلاق يكون من فعل الزوج مباشرة أو توكيل منه.

والثمرة المستخلصة من هذا الإختلاف فعلى القول بأن الفرقة للإعسار طلاق رجعي، فإنها تحسب على الزوج من عدد طلقاته التي يملكها فلو افترضنا أن الزوج طلق مرتين قبل تطليق القاضي لها فلا يمكنه إرجاعها في هذه الحالة إلا بعد أن تتزوج غيره لأن الطلاق أصبح بائنا بينونة كبرى.

وعلى القول الثاني القائل بأن الفرقة للإعسار فسخ لا طلاق فإن الفرقة هنا لا تدخل في عدد طلقات الزوج إلا أنه لا سبيل له إليها إلا بعقد جديد ورضاء جديد.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالمذهب المالكي معتبرا بأن الفرقة للإعسار طلاق وليس فسخ وهذا ما يستشف من المادة 48 ق. أ بحيث جعل الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقا.

أما بالنسبة للتفريق بالعيوب فقد ذهب المالكية والحنفية إلى اعتبار أن التفريق بالعيب يقع طلاقا بائنا لا فاسخا، ذلك أن الفرقة للعيب فسخ لكونه يقع من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر من القاضي وهو مما يخضع للإجتهاد فكان فسخا لا طلاقا.[1]

[1] – عبد المومن بلباقي ، التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، شركة دار الهدى، طبعة سنة 2000، ص96.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجده يبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أم طلاق وإنما نص على حالات على سبيل المثال لا الحصر في المادة 53 ق. أ، وترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطليق لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقرير ينشأ حق إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ.

ومنه نستخلص بأن الفرقة التي يكون مصدرها المباشر هو الحكم القضائي فهي تندرج تحت نظام الفسخ كالحكم بالتطليق.

وحسب رأيي الشخصي فإنه يمكن تكييف التطليق على أنه حق مقيد لأن المشرع قد منح للزوجة حق اللجوء إلى القضاء في أي وقت من أجل طلب التطليق لكن مقيدة بقيود نص عليها على سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر أي بمعنى يجب على الزوجة وعند رفعها لدعوى التطليق أن تثبت سبب ذلك وإلا رفضت دعواها لأن القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان طلبها مؤسس أم لا.

المطلب الثاني: أسباب التطليق:

إذا كان القانون قد منح للزوج حق إنهاء العلاقة الزوجية بناءا على إرادته المنفردة ولا يحتاج إلى قبول الزوجة فإنه لم يهمل جانب الزوجة بحيث أجاز لها اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق إذا توافرت لها حالة من الحالات المنصوص عليها

في المادة 53 من ق. أ وهي على سبيل الحصر، كما سيأتي شرحها فيما بعد، وهذه الأسباب قد تقيد من سلطة القاضي كما قد تجعل سلطته واسعة.

الفرع الأول: الأسباب المقيدة لسلطة القاضي:

فمن الأسباب المنصوص عليها في المادة السابقة فهناك أسباب إذا ما توفرت فيه الشروط اللازمة لقيامها فيكون القاضي ملزما بالحكم بالتطليق مباشرة أي بمعنى تكون سلطته مقيدة وهذه الأسباب تمكن في التطليق لعدم الإنفاق وللعيوب وللحكم بعقوبة مقيدة للقاضي وللغياب بعد سنة وهذا ما سنتبينه فيما يلي:

أولا: التطليق لعدم الإنفاق:

إنفاق الزوج على زوجته من الإلتزامات التي يرتبها عليه عقد الزواج، بشرط الاستقرار في مسكن الزوجية، وتنص المادة 78 من ق . أ على أنّ "**تشمل النفقة الغذاء، والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"[1]، وجزاء الامتناع عن الإنفاق يعطي أحقية للزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا.

01: الموقف الفقهي من التفريق لعدم الإنفاق:

أ: المالكية والشافعية والحنابلة، اتفق الفقهاء الثلاثة على أنه يجوز المرأة أن تطلب الفرقة للإمتناع عن النفقة.[2]

[1] – المادة 78: من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، ومتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] – خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري،

وأدلتهم في ذلك لقوله تعالى "**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**"[1]، أي أن عدم النفقة تدخل على عدم الإمساك بالمعروف الذي أمر به الله تعالى ، كذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "**أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غني واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بما تعول: تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني**"

ووجه الإستدلال أن الزوجة حين الإعسار إما تطلب الإنفاق أو الطلاق.

ـ بالنسبة للإعسار:

قال المالكية: يثبت الإعسار بالبينة أو إقرارها هي به، ويؤجل المعسر مدة يراها القاضي كافية لليائس من قدرته في المستقبل على الإنفاق وبعضهم قدرها بشهر وإن كانت عالمة بإعساره قبل الزواج ورضيت فليس لها الحق في طلب التفريق.

أمّا الشافعية : يرون أنه يثبت الإعسار بالبينة أو إقراره هو ما يؤجل إلى ثلاثة أيام.

وعند الحنابلة: لا يؤجل ويتفقان في علم الزوجة للإعسار قبل الزواج، وهذا لا يسقط حقها في التفريق لأن النفقة تتجدد كل يوم، ولا يصح إسقاط ما لم يجب بعد.[2]

[1] – سورة البقرة ، الآية 229.

[2] – محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة 03، 1957، ص349.

ـ بالنسبة للتفريق:

مع إتفاقهم على أنه إن كان للزوج مالا ظاهرا لا يفرق بينه وبين زوجته واختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا لم يدع الإعسار، أي لم يثبته بالبينة، حيث قال الشافعي لا يفرق بينه وبين زوجته إذا طلبت التفريق لأن مظنة الرجوع غير ثابتة، وبالبحث والتحري يمكن معرفة ما له وتنفيذ حكم النفقة فيه.

والمالكية والحنابلة لا يفرقون بين الممتنع عن الإنفاق وبين زوجته إن طلبت التفريق ولو لم يكن له مال ظاهر لعدم الانفاق عليه.[1]

عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/23 جاء فيه "إذا كان مؤدى نص المادة 331 من ق.ع الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على من امتنع عمدا ولمدّة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاءا لصالح من حكم لهم، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وأنّ القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون" [2]

كما أنّ المشرع لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع عدم قدرته أو إعساره ولم يفرق أيضا بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة كما أنه لم يمنح الزوج المعسر أجل للقيام بواجب الإنفاق وهذا عكس بعض التشريعات العربية مثل القانون التونسي

[1] – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص35.

[2] – قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/23 ملف رقم23194، غير منشور.

الذي منحه أجل شهرين (الفصل 39) والقانون السوري (03 أشهر) بالإضافة إلى مشروع القانون العربي الموحّد للأحوال الشخصية (المادة115) منه منحت الزوج المعسر أجل (03 أشهر) ولذلك يجب إعادة النظر في هذه المسائل حتى تعطي فرصة للزوج المعسر حسن النية من دفع مبلغ النفقة وذلك من أجل المحافظة على الروابط الأسرية وحتى لا يكون التطليق وسيلة ضغط بيد الزوجة تستعمله متى شاءت.

وقد صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات تتناول فيها مسألة التطليق لعدم الإنفاق، القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، جاء فيه "متى كان من المقرر فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدّة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق على زوجها.

وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذا فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي.[1]

وقد صدر حكما عن محكمه بشار بتاريخ 99/10/30 قضى بتطليق الزوجة من زوجها لعدم الإنفاق وقد جاء في حيثياته ما يلي "حيث أنه بالرجوع إلى ملف الدعوى تبين للمحكمة أنه حكم بتاريخ 98/09/03 عن محكمة تلمسان يقضي للزوجة والأبناء بالنفقة الغذائية حسب مبلغ 1000 دج وأن المدعية سعت في تنفيذه وأن المدعى عليه إمتنع عن الدفع، حيث أن الثابت من أوراق الملف أن المدعى عليه

[1] – قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 ملف رقم 34791، م. ق 89، العدد 3، ص76.

امتنع عن دفع النفقة وأنه تغيب عن الحضور ودحض ادعاءات المدعية مما يجعله قد ألحق ضرر بالأسرة يتعين معه الإستجابة لطلب المدعية كونه مؤسس.

كما أصدرت حكما آخر بتاريخ 2002/02/13، قضى بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين قبل البناء وبظلم من الزوج وجاء في حيثياته " حيث أن نفقة الزوج على زوجته واجبة شرعا وقانونا ما دامت في عصمته الزوجية مما يتعين الإستجابة لطلبها مع حسابها من تاريخ 2001/02/13، إلى غاية النطق بالتطليق.

حيث أن طلب التعويض مؤسس وقانوني لكونه ألحق بها ضرر مادي ومعنوي.

ثانيا: التطليق بعيوب:

لقد منح المشرع للزوجة في المادة 2/53 من ق . أ الحق في طلب التطليق إذا كان هناك عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ويقصد بالعيوب هنا هي تلك الأمراض أو العلل الجنسية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وسواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد والعيوب التي تصيب الإنسان، قد تكون جنسية وقد تكون مرضية، فالأولى هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة فعيوب الرجل مثلا هي: الجب، العنة، والخصاء.[1]

أما العيوب المرضية فيشترك فيها الجنسان مع وتتمثل في الجنون، الجدام، البرص والأمراض المعدية الأخرى.[2]

والمشرع الجزائري لم يحصر هذه العيوب التي يمكن على إثرها للزوجة طلب التطليق وحسنا فعل لأن هذه الأمراض لا يمكن حصرها.

وحتى يجوز للزوجة طلب التطليق للعيوب يجب أن تتوفر الشروط التالية:

ـ أن يكون هذا العيب في الزوج.

---

[1] – الجب : هو إستئصال عضو الذكورة، العنة: هو إرتخاء العضو وعدم القدرة على الإتصال الجنسي والخصاء: وهو الخصيتين.

[2]– الأستاذ عبد المومن بلباقي، المرجع السابق، ص64.

ـ ووجود هذا العيب لا يحقق الهدف من الزوج.

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج إلا أنه في الميدان العملي وإذا وجد عيب بالزوج وطلب على إثره الزوجة بالتطليق فإن القاضي يؤجل الحكم بالطلاق إلى مدة معلومة لا تتجاوز سنة حيث أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الإجتهاد القضائي إستقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاجه وبعد إنتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.[1]

كما صدر حكم عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 95/06/24 قضى بتطليق الزوجة من زوجها بسبب إصابة هذا الأخير بمرض عقلي وجاء في حيثياته ما يلي:

ـ حيث أن طلب المدعية المتعلق بالتطليق بين الطرفين على أساس أن المدعي عليه مصاب بمرض عقلي طلب مؤسس قانونيا طبقا لأحكام المادة 2/53 من ق .أ ما دام أن المدعي عليه أقر أمام المحكمة أثناء جلسة الصلح أنه مريض عقليا وهذا منذ مدة وبالتالي فهو عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج مما يتعين الإستجابة لطلبها وبالتالي التصريح بالتطليق من الطرفين.[2]

ما يلاحظ على هذا الحكم أنه بمجرد إعتراف المدعي عليه للقاضي بأنه مصاب عقليا حكم بالتطليق في حين كان عليه أن يمنح المصاب أجل سنة كاملة من أجل

[1] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 98/11/19 ملف رقم43784 م.ق 89 عدد 3 ص73.

[2] – سالم نورة، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة "التطليق والخلع"، مذكرة لنيل شهادة ماستر، 2015-2016، ص16

العلاج وأن يعين له خبير مختص لفحص حالته وبعد ذلك إذا لم يشف من مرضه فيحكم بالتطليق وهذا كله من أجل المحافظة على الروابط العائلية.

ثالثا: التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية:

لقد نص المشرع على هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 53 ق. أ على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

ومن خلال إستقرائنا لهذا النص يمكن أن نستنتج الشروط الواجب توفرها في التطليق للحكم بعقوبة وهي:

ـ أن يكون الزوج قد إرتكب جريمة من جرائم القانون العام أو غيرها وقد صدر ضده حكم جزائي حاز قوة الشيء المقضي فيه.

ـ أن تكون العقوبة مقيدة للحرية أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس.

ـ أن تكون هذه العقوبة أكثر من سنة.

ـ أن تكون العقوبة مشينة مثل: عقوبة الإعتداء على العرض، الإغتصاب، ...

ـ أن تكون العقوبة قرينة على إستحالة مواصلة العشرة الزوجية.

لذلك فإذا توافرت للزوجة هذه الشروط كلها فلها الحق أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب التطليق من زوجها وعلى المحكمة أن تقضي بذلك.

وقد صدر في هذا الشأن حكما من محكمة تيزي وزو بتاريخ 97/08/29 قضى بتطليق الزوجة لصدور حكم قضائي ضد الزوج يقيد حريته لمدة 18 شهرا حبسا نافذا، وإنطلاق من هذا الحكم قضى القاضي بالتطليق بينها وبين زوجها المحبوس.[1]

[1] – حكم صادر عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 94/08/29 رقم الفهرس 108.

فبالنسبة للسؤال الممكن طرحه فيما يخص هذه الحالة هو ما قصد المشرع بالعقوبة الشائنة التي تمس بشرف الأسرة والتي تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية؟

فلم يعرف المشرع الجزائري العقوبة الشائنة وقد ترك المجال واسعا بحيث لا نجد في قانون العقوبات جريمة ولا عقوبة بهذه الأوصاف فهل نعتقد بأن المشرع يقصد بذلك إرتكاب الزوج لجريمة الزنا؟

حسب رأيي فإن المشرع كان يقصد من وراء العقوبة الشائنة كل الأفعال التي تنعكس آثارها على ثقة الزوجين وتنفرهما من بعض ومنها خاصة الجرائم الأخلاقية التي تمس بسمعة الأسرة وشرفها.

رابعا: التطليق لغياب الزوج:

التطليق لغياب الزوج هو مذهب مالك وأحمد دفعا للضرر عن المرأة، فللمرأة أن تطلب التفريق إذا غاب عنها زوجها ولو كان له مال تنفق منه بشروط هي[1]:

1. أن يكون غياب الزوج عن زوجته لغير عذر مقبول.
2. أن تتضرر بغيابه.
3. أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه.
4. أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة.

فإن كان غيابه عن زوجته بعذر مقبول : كغيابه لطلب العلم، أو ممارسة التجارة، أو لكونه موظفا خارج البلد، أو مجندا في مكان ناء، فإن ذلك لا يجيز طلب التفريق وكذلك إذا كانت الغيبة في البلد الذي تقيم فيه، وكذلك لها الحق في أن تطلب التفريق للضرر الواقع عليها لبعد زوجها عنها لا لغيابه ولا بد من مرور سنة يتحقق فيه الضرر بالزوجة وتشعر فيها بالوحشة ويخشى فيها على نفسها من الوقوع فيما حرم الله.

[1] – أ. ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، مرجع سبق ذكره ، ص 107،108.

والتقدير بسنة قول الإمام مالك، وقيل:

ثلاث سنين ويرى أحمد : أن أدنى مدة يجوز أن تطلب التفريق بعدها ستة أشهر لأنها أقصى مدة تستطيع المرأة فيها الصبر عن غياب زوجها كما تقدم ذلك في فصل سابق، واستفتاء عمر فتوى حفصة رضي الله عنهما[1]

ـ ولقد صدر في هذا الشأن حكمين عن محكمة بشار الأول بتاريخ 99/10/03 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته: "حيث أن الثابت في قضية الحال أنّ الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 5/53 ق. أ الأمر الذي يتعين معه الإستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق" والثاني بتاريخ 99/06/06 قضى فيه بالتطليق بين بين الزوجين وقد جاء في حيثياته: " حيث أن المدعية تهدف بدعواها إلى تطليقها من المدعي عليه إستنادا إلى المادة 5/53 لغيبة أكثر من سنة دون نفقة وطالبت بالتعويضات والحضانة".

الفرع الثاني: الأسباب المطلقة لسلطة القاضي:

فمن بين الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلقة وواسعة في التطليق بسبب هجر الزوج لزوجته في المضجع والتطليق للضرر والتطليق لارتكاب فاحشة مبينة وتكون فيها سلطة القاضي واسعة نظرا نظرا لصعوبة إثباتها من قبل الزوجة.

[1] – حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 99/10/03 رقم الفهرس 640.

أولا: التطليق للهجر في المضجع:

إن المراد بالهجر هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا وذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي ولمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها.

والهجر في الفراش هو نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته وهذا لقوله تعالى "**واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع**"[1] ومتى كان الهجر بغرض التأديب فإنه يدخل في اطار حقوق الزوج وبالتالي لا يجوز أن يضار شخص باستعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له.

والهجر هو أحد الأسباب التي ورد النص عليها في المادة 3/53 ق. أ التي تجيز للزوجة طلب التطليق متى توافرت الشروط التالية وهي: أن يهجرها الزوج ويترك فراش الزوجية وأن يفوق هذا الهجر مدة أربعة أشهر متتالية وأن يكون هذا الهجر عمديا وليس له ما يبرره.

وفي هذا الصدد يختلف الهجر في المضجع عن الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه الإسلامي بحيث عرفه كمال الدين بن الهمام: بأنه الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق"[2]

إذن يكمن الفرق بين المفهومين في كون أن الايلاء يمين أو قسم على عدم إقتراب الزوجة بينما الهجر هو ترك فراش الزوجية لكن بدون يمين أما المدة فهي واحدة وهي 4 أشهر.

[1] – سورة النساء ، الآية 34.

[2] – الإمام أبو زهرة المرجع السابق، ص343.

ولذلك أجاز المشرع للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق بسبب هجر زوجها لها في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر ولكن بشر إثبات ما تدعيه وإقتناع القاضي به.

وفي هذا الشأن صدر حكم عن محكمة بشار بتاريخ 99/11/07 قضي فيه بالتطليق بين الطرفين المتنازعين بسبب الهجر في المضجع فجاء في حيثياته ما يلي: " حيث أنّ شهادة الشهود أثبتت أنّ الزوج هجر مقر الزوجية وترك العائلة في إهمال منذ أكثر من 07 أشهر وأن الزوجة لحقها ضرر من جراء ذلك مما يعطيها الحق في المطالبة بالتطليق وعليه يتعين الإستجابة لطلبها.[1]

ثانيا: التطليق للضرر المعتبر شرعا:

لقد خول المشرع للزوجة حق طلب التطليق إذا لحقها ضرر سببه لها زوجها سواء بايذائه لها بالقول أو الفعل إيذاء بليغا يجعل الحياة الزوجية جحيما لا تطاق ولا يقطع هذه الحياة البغيضة إلا بالتعريف بينهما وقد جاء في الفقرة 06 من المادة 53 ق. أ بأن من أسباب التطليق كل ضرر معتبر شرعا إلا أن المشرع لم يتقيدبضرر معين وترك القاضي سلطة تقدير الضرر وذلك حسب نوعية القضايا فمثلا: يمكن إعتبار عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو الإهمال النفقة الشرعية أو إساءة معاشرة الزوجة أو التهرب من من الواجبات الزوجية ضرر معتبر شرعا.

وحسب رأيي فإن المشرع قد أحسن صنعا عندما لم يحدد أنواع معينة من الضرر وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ليقدر إن كان هناك ضرر أم لا وذلك حسب ظروف كل قضية ووقائعها لأن مفهوم الضرر هو مفهوم واسع لا يمكن حصره أو تحديده وقد يختلف من قاضي إلى آخر ومن منطقة إلى أخرى.

[1] – حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 99/11/07 رقم الفهرس 99/743.

فإذا أثبتت الزوجة دعواها ببينة أو إعترف الزوج وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما طلقها طلقة بائنة وإذا عجزت عن البينة أو لم يقر زوجها رفضت دعواها بينما إذا طال أمد الخلاف وتكررت دعواها دون أن تثبت إدعاءاتها فإن على القاضي أن يعين حكمين للتوفيق بين الزوجين المتنازعين يكون أحدهما من أهل الزوجة والثاني من أهل الزوج يحاولا إصلاحا بينهما لقوله تعالى " **فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**"[1] وعلى هذين الحكمين أن يعدا تقريرا عن مهمتهما في أجل أقصاه شهرين والسؤال الممكن طرحه في هذا المجال لماذا وجدت المادة 56 من ق. أ وعاشت ميتة لأنه خلال تربصاتي الميدانية لم اجد ولا قاضي يطبق هذه المادة على الرغم من أنها إجراء إجباري فهل هذا يعود إلى تقاعس القضاة وعدم رغبتهم في إصدار أحكام تحضيرية بتعيين حكمين أو يتعلق الأمربشخصية الحكمين؟

كما يجب أن لا ننسى بأن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 من ق. أ تشكل ضرر معتبر شرعا بحيث تتكلم المادة 08 عن حالة تعدد الزوجات وفي هذه الحالة يجوز لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا. وينص ق. أ على العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة بحيث إذا لم يقم الزوج بالعدل المطلوب شرعا وقانونا بين زوجاته أو تهرب من القيام بواجباته الزوجية فإنه يجوز للزوجة الحق في طلب التطليق للضرر وباختلاف تقدير هذا الضرر أدى إلى ظهور عدة إجتهادات قضائية في هذا الشأن نستسهل بذكر بعض منها:

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/05/20: "من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد الخلاف بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك الضرر بيّن واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ومن

[1] – سورة النساء، الآية 35.

ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه"[1]

وقد جاء في قرار آخر: " من كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"[2]

ومن خلال كل ما تقدم نفهم بأنه حتى يمكن للقاضي الحكم بالتطليق فيشترط القانون على الزوجة حين تقدم طلبها أن تثبت الضرر الحاصل لها ويكون ذلك بكافة الطرق القانونية الممكنة.

ثالثا: التطليق لإرتكاب فاحشة مبينة:

وآخر حالة من حالات التطليق التي تجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة هي التطليق لإرتكاب فاحشة مبينة والمنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 53 ق. أ والمقصود بالفاحشة هنا هي الزيادة المبالغ فيها[3] والخطأ المخل بالأدب بصفة خطيرة وجسيمة.[4]

وبصفة عامة هي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الإسلامي وعليه فإنه إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الإعتداء على قاصر... فإنه يجوز للزوجة أن أمرها إلى القاضي من أجل تطليقها لكن بشرط إثبات

---

[1] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 85/05/20 ملف رقم 36414 م. ف 90 عدد 02، ص58.

[2] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/12/25 ملف رقم 34767 م. ف 90 عدد 01، ص 92.

[3] – فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1995، ص 298–299.

[4] – بلعربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1994، ص305.

الفاحشة المرتكبة من طرف زوجها وذلك بتقديم للقضاء نسخة من الحكم الذي يدين به الزوج لارتكابه الفعل ولا يبقى حينئذ للقاضي سوى الحكم بالتطليق مباشرة.

فما يلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع استعمل عبارة فضفاضة (فاحشة مبينة) ولم يعطي أمثلة عن ذلك وترك الأمر لتقدير القاضي الأمر الذي يجعل الأحكام متذبذبة بين القضاة فقد يرى قاضي أن حالة معينة قد تشكل فاحشة مبينة في حين يرى آخر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك، لهذا كان على المشرع أن يعطي تعريفا دقيقا لهذا المصطلح أو على الأقل إعطاء أمثلة عن ذلك للقياس عليها حتى تكون الأحكام مستقرة.

وخلال تربصي بالجهات القضائية فلم أصادف أحكام خاصة بهذه الحالة ويرجع السبب حسب إعتقادي لعدم وجود مفهوم دقيق لمصطلح فاحشة مبينة.

المبحث الثاني: الخلع:

كل من الزوجين له حق فك الرابطة الزوجية، فيكون ذلك للزوج عن طريق الطلاق بالارادة المنفردة، كما للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع فإذا وقع خلاف بين الزوجين ولم يؤد الصلح بينهما إلى الوفاق وأرادت الزوجة أن تفدي نفسها بمال تدفعه إلى الزوج سمي ذلك خلعا.

فمن خلال ما تقدم سوف نبحث تحت عنوان ماهية الخلع عن مفهومه ووصفه الشرعي وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين خصصنا المطلب الأول لتعريف الخلع ودليل مشروعيته والمطلب الثاني فخصصناه إلى شروط الخلع وطبيعته القانونية.

المطلب الأول: تعريف الخلع ودليل مشروعيته:

الفرع الأول: تعريفه:

يعتبر الخلع فراق بين الزوجين نظير مقابل مادي تقدمه الزوجة لزوجها، يعني أن الزوجة تفتدي نفسها بمال تقدمه له. وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 منه المعدلة بموجب الأمر 02/05 والمعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفقا على المقابل المالي، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ومن كل هذا يظهر أن للخلع تعريفات عديدة من بينها نجد التعريف اللغوي وثانيا إصطلاحي وبعدها الفقهي والقانوني.

أولا: التعريف اللغوي:

الخلع في اللغة هو التجريد والإزالة خلع الشيء يخلعه خلعا، واختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع الثوب والرداء يخلعه خلعا جرده.[1]

وهو فراق زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة سمي بذلك لأن المرأة تخلع نفسها كما تخلع اللباس، قال تعالى " **هن لباس لكم وأنتم لباس لهن..**"[2]

ثانيا: التعريف الإصطلاحي:

الخلع هو إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، كما يقال أن الخلع فرقه على عوض راجع إلى الزوج، كما هو إزالة ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة.[3]

---

[1] – التواتي بن التواتي: المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، كتاب الأحوال الشخصية ، المجلد الرابع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص32.

[2] – سورة البقرة، الآية 187.

[3] – منال محمود المثنى: الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه /آثاره ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2008، الأردن، ص38.

ثالثا: التعريف الفقهي:

إختلفت تعريفات الفقهاء للخلع تبعا لإختلافهم في تكييفه، فهناك من يراه فسخا وهناك من يعتبره طلاقا عند الحنفية: هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو في معناه كالمباراة في مقابل عوض تلتزم به الزوجة.

ومن هذا التعريف نستنبط أن الخلع لا يتم إذا توافرت الأمور التالية:

- أن يكون الخلع حال قيام الزوجية حقيقة.
- أن يكون بلفظ الخلع أو فيما معناه كالإبراء والإفتداء .
- أن يكون في مقابل مال من جهة الزوجة.

أن يرضى كل من الزوج والزوجة وتقبل الزوجة دفع العوض نظير الخلع.

1) عند المالكية يرون أنه طلاق بعوض فالخلع عندهم لا يختلف عن الطلاق على مال فهما شيء واحد عكس الحنفية إذ يفرقون بينهما وأنه لا يختص بلفظ معين فكل ألفاظ الطلاق صريحة.

2) عند الشافعية يرون أنه فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع.

3) وعلى ذلك فهم كالمالكية لا يفرقون بين الطلاق على مال والخلع وليس لفظ مخصوص.

4) عند الحنابلة يرون أن الخلع فرقة الزوجة لزوجها بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة.[1]

فالخلع عندهم لابد أن نظير عوض وبألفاظ مخصوصة قد تكون صريحة أو كنائية.

[1] – خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية د. ط 2015 ص165.

موقف المشرع الجزائري من تعريف الخلع:

تنص المادة 54 من القانون رقم 11/84 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"[1]

لكن بصدور التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 من خلال المادة 54 "أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".[2]

وعليه المشرع الجزائري خصص مادة واحدة للخلع من دون أن يعطي تعريفا له وبالتالي نرجع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل إيجاد تعريف للخلع، بحيث يعرف الخلع في الشريعة الإسلامية لأنه إزالة عقد النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو فيما معناه.[3]

ومن كل ما سبق يتبين أن الخلع من الناحية القانونية هو تخلي الزوج عن حقوقه على زوجته مقابل قدر من المال، وشراء المرأة لحريتها ، يمارس مبدئيا حين يفشل الزواج بسبب عدم استجابة الزوجة، بما أن هذه الإستجابة ضرورية لإستمرارية الزواج.

وقد منح المشرع الجزائري في التعديل الجديد للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لم تعد ترغب به من خلال المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر.

---

[1] – القانون 11/84 المؤرخ في 09يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري جريدة رسمية رقم15.

[2] – القانون 11/84 المؤرخ في 09يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[3] – عزيرية يوسف ، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة وإجتهاد المحكمة العليا ، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير ، المعهد الوطني للقضاء الجزائر 2004 ص22.

ومن خلال هذه المادة يظهر أن للزوجة أن تتبع إجراء الخلع لتخلص من علاقتها الزوجية إن استدعى الأمر ذلك على شرط أن يكون هناك اتفاق بينهما وبين زوجها وفي عدم الاتفاق بتدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع الذي يعتبر معياره صداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع:

استند المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز مخالفة الزوجة لزوجها، على خلاف بينهم في بعض التفاصيل وقد استدل الجمهور على ما ذهبوا اليه بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع ، كما يمكن اعتبار كل واحد منهما سندا شرعيا لحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع .الخلع جائز شرعا ولا بأس به عندما يستحكم الخلاف بين الزوجين ولا تثمر جهود الوسطاء من الأقارب والأصدقاء في التوفيق بينهما أو ترى الزوجة أنها لا تستطيع لسبب أو لآخر أن تقوم بحقوق زوجها وأحبت فراقه، فالتمادي على الخلاف والشحناء والمباغضة قواعد للشر ومجلبة للفساد ومحطة للصحة.[1]

أولا: دليل مشروعية الخلع لقوله تعالى: **"الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "[2]**

من خلال تفسيرنا لهذه الآية الكريمة نجد أنها قد أجازت للزوجة أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها لقاء طلاقها خلعا متى خشيت ألا تقيم حدود الله تعالى ، وفي

[1] – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات والأقارب، دار الجامعية بيروت، 1998 ص75.

[2] – سورة البقرة، الآية 229.

المقابل أباحت الآية الكريمة للزوج قبول هذا المال كعوض عن إيقاع طلاق لا يريده ولم يسعى إليه أو يتسبب فيه.

فبعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح باحسان ذكر الله ان أخذ المال من الزوجة محرم ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي اذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما.[1]

ثانيا: دليل مشروعية الخلع في السنة :

ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع، فإنها وإن كانت تختلف فيما بينها في بعض الألفاظ إلا أنها تدور كلها حول قضية واحدة، تتمثل في خلع امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها.

ونذكر من بين تلك الروايات : أنه قد روي عن امرأة ثابت ابن قيس بن شماس الأنصاري أتت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قائلة: يا رسول الله ، ثابت ابن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكنني أكره الكفر في الإسلام فقال صلى الله عليه وسلم "**أتردين عليه حديقته؟**" وقالت "**نعم**" وقال صلى الله عليه وسلم "اقبل الحديقة وطلقها تطليق"[2]

وجاء في فتح الباري في شرح هذا الحديث : "... وقولها : ما أنقم على ثابت في خلق ولا دين" أي لا أريد مفارقته لسوء خلقه أو لنقصان دينه (ولكن أكره الكفر في الإسلام) ... أي أكره إن أقمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر، ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير إذ هو تقصير المرأة في حق زوجها.[3]

---

[1] – خليل عمرو، المرجع السابق، ص167.

[2] – عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة 01، دار بن حزم لبنان، 1997، ص56.

[3] – عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (بحث مقدم لنيل درجة ماجستر)، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006، ص27، 28.

فدلّ الحديث على أنه يجب التفريق بين الزوجين إذا أبدت الزوجة كراهيتها لزوجها وما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم أجدر أن يسلكه الفقهاء اليوم وينظمه القانون للتفريق بين الزوجين بما أعطاها من مهر فان أبى الزوج طق عليه القاضي وهذا أول خلع في الإسلام حسب ما جاء في الأثر.[1]

ثالثا: دليل مشروعية الخلع بالإدماج:

أجمع علماء المسلمين من السلف على جواز الخلع الرضائي بين الزوجين بالاتفاق[2] ودليلهم قوله تعالى "**إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله**"[3]

كان هذا الإجماع منذ صدر الإسلام حتى اليوم على جواز الفرقة بين الزوجين عن طريق الخلع، وذلك لحاجة أو ضرورة، حيث تكون هاته الفرقة تكفل الصالح العام وتحقق التوازن بين حقوق كل من الزوجين.

الإجتهاد القضائي الجزائري تراوح بين الإيجاب والسلب بخصوص مبدأ الرضائية المتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وهذا من خلال عدة اجتهادات غير ثابتة وغير مستقرة ومنها ما هو مستمد من تفسير لقانون الأسرة ومنها ما هو مستمد ومفسر بالاستناد إلى القانون وأحكام الشريعة الإسلامية معا.

ما يلاحظ هو أنّ القاضي كان يجتهد وفقا للقانون ووفقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما كانت له سلطة تقديرية في القضاء والفصل في مبدأ الخلع، إلى غاية تعديل نص المادة 54 في سنة 2005، حيث تدارك المشرع عدم الاستقرار في الاجتهاد القضائي المتعلق بمدى رضا وموافقة الزوج على مبدأ الخلع ، في الفقرة الأولى من المادة 54 بالنص على أنه "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...**"

---

[1] – خليل عمر، المرجع السابق، ص169.

[2] – الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، ط1، دار طيبة 2005، الرياض ص346.

[3] – سورة البقرة، الآية 229.

وبذلك وضع حدا لتغيرات الإجتهاد برفع اللبس في النص السابق والنص صراحة على أن الخلع يتم دون موافقة الزوج.[1]

المطلب الثاني: شروط الخلع وطبيعته القانونية:

يعتبر الخلع في طبيعته القانونية عقد ثنائي الطرف لأنه يقوم على اتفاق بين الزوج وزوجته، وهذا كان قبل التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري بحيث تدفع الزوجة مبلغا من المال لقاء طلاقها، ويتم ذلك بايجاب وقبول ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج المعاوضة لكليهما وبذلك سنتطرق إلى شروط الخلع (الفرع الأول) وإلى طبيعته القانونية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط الخلع:

إن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى الشروط الواجب توافرها لصحة الخلع مكتفيا بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم إتفاقهما يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة السالفة الذكر ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين وأن تكون علاقة زوجية قائمة بينهما بالإضافة إلى أن يكون الخلع بمقابل مال.[2]

وبما أن المشرع إكتفى فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال متفق عليه من قبل الزوجين أو يحددها القاضي في حالة خلافهما في المقدار بحيث لا يتجاوز مهر المثل وذلك من خلال المادة 54 من قانون الأسرة السالفة الذكر، ولهذا سنعالج هذه الشروط بالعودة إلى قواعد الفقه العامة.

---

[1] – صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الإجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة سعد حلب ، البليدة ع1 المجلد الأول 2011/01/01، ص168.

[2] – عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 27.

الشروط العامة للخلع:

1) قيام العلاقة الزوجية:

فالخلع لا يصح إذا كان الزواج قد إنحل كما لو حكم ببطلانه أو كانت الزوجة قد بانت من طلاق رجعي، بمعنى أن يطلقها الزوج طلاقا رجعيا ولا يراجعها أثناء العدة، وتنقضي هذه الأخيرة فيصبح الطلاق بائنا وتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، وبالتالي لا يصح منها الخلع لأن ملك الزوج زال بانقضاء العدة.

ومتى كانت العلاقة الزوجية قائمة فالخلع جائز سواء قبل الدخول أو بعده ، فقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك ما يلي: " إني سمعت مالكا وسئل عن رجل تزوج امرأة بمهر مسمى فافتقدت منه بعشرة دنانير تدفعها إليه قبل أن يدخل بها على أن يخلي سبيلها ففعل ثم أرادت تتبعه بنصف المهر، فقال ذلك ليس لها"[1]

أ: الأهلية:

وبما أن الخلع هو تصرف قانوني يترتب على وقوعه صحيحا أثار ونتائج كان لا بد لمن قام به أن يكون أهلا لتحمل هذه المسؤولية[2] والمقصود ذو أهلية الأداء.

ب: المقابل

وبإعتبار أن الخلع يكون مقابل مبلغ من المال تقدمه الزوجة لزوجها فيشترط أن تكون متمتعة بأهلية التبرع، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات.[3]

[1] – لحسين بن شيخ أتاملويا، رسالة طلاق الخلع، دار هومة 2013، الجزائر ص 138–139.

[2] – نسيمة عبدي، الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال الشخصية ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014، 2015، ص29.

[3] – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، د ط 1986 الجزائر، ص308.

كما يجب أن يكون الخلع اختياريا من الزوجة بغير اكراه ولا ضرر فإذا استعمل الزوج أساليب للضغط على الزوجة من أجل أن تدفع له مقابل بالخلع، فإن الطلاق يقع دون إلتزام الزوجة ببذل العوض.[1]

أما فيما يخص الوكالة في الخلع يجوز لكلا الزوجين أو لأحدهما أن ينيبا من يخالع عوضا عنهما، ويشترط في الوكيل أهلية التصرف وكذا في الموكل وفي ذلك يقول القرافي: "كل من جاز له التصرف لنفسه في الشيء جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلا للإنابة إلا أن يمنع مانع" ويشترط في محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضضمان وسائر العقود ونكون بصدد وكالة خاصة لأن الهدف منها هو إنجاز عمل محدد وهو المخالعة.

ولا بد للوكيل أن يخالع على أساس العوض المقدر له من طرف الموكل فإن لم يقدر له فإنه يكون بما يعادل صداق المثل[2]

ثانيا: الشروط الخاصة بالمخالعين:

01: شروط المخالعين في الشريعة الإسلامية:

سنتطرق إلى تبيان هذه الشروط بالنسبة للزوج المخالع وشروط الزوجة المخالعة.

أ: شروط الزوج المخالع:

الزوج المخالع يشترط فيه أن يكون أهلا للتصرف، إذ يجب عليه أن يكون أهلا للطلاق، فيشترط فيه كمال الأهلية وفي الفقه العقل والبلوغ، وكل من يصح طلاقه يصح خلعه، ومن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه كالمميز والمجنون والمعتوه، ومن

[1] – ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة في مدونة الاسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية الطبعة 1 دار أبي رقراق 2012، المغرب، ص123.

[2] – لحسن بن الشيخ أث ملويا، رسالة طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، 2013، ص81-82

اختل عقله لمرض أو كبر سن أما السفيه فإن خلعه يصح كما أن طلاقه يصح لأنه يحجر عليه إلا في التصرفات المالية.[1]

كما لا يصح الخلع إذا أصيبت ارادة الزوج بعيب من عيوب الارادة المذكورة في الطلاق ولا يقع الخلع بوجودها فكل عيب من عيوب الارادة لا يقع مع وجوده الطلاق لا يقع معه الخلع، ويخالع عن الصغير والمجنون وليه إذا كان ذلك لصالحه.[2]

ب: شروط الزوجة المخالعة:

يشترط في الزوجة لصحة وقوع المخالعة ما يلي:

أن تكون محلا صالحا لايقاع الطلاق اي ان تكون الزوجة لا زالت قائمةبينها وبين الزوج حقيقة أو حكما.

. أن تكون رشيدة بالفعل والبلوغ، صحيحة أي ليست مريضة مرض الموت غير محجور عليها لسفه مالي، لأن الرشد هنا هو الرشد المالي، أي أن الزوجة يجب أن تكون أهلا للتصرفات المالية.[3]

كذلك يشترط الفقه الاسلامي في الزوجة في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع (المادة 203 ق. أ. ج وعليه فإذا كانت الزوجة التي خلعها زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 07 ق. أ. ج لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك والمراد بالولي هاهنا من له بالولاية على نفسها وأما التي هي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببذل المال إلا بموافقة ولي المال.[4]

---

[1] – خليل عمرو، المرجع السابق ص173.

[2] – محمد سمارة. أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان سنة 2008، ص307

[3] – محمد سمارة، المرجع السابق، ص307.

[4] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص265، 266.

هذا يعني أن الزوجة المخالعة التي لا تملك حق التصرف في أموالها، كما لو كانت صغيرة لا تملك حق المخالعة شرعا ، ومن الناحية القانونية لا تملك حق المخالعة قبل سن الرشد المدني في المادة 10 ق. م حتى ولو بلغت سن الزواج المنصوص عليه في المادة 07 ق. أ وبموافقة ولي المال طبقا لأحكام المادة 883 ق. أ والتي تنص على أن من بلغ سن الرشد تكون تصرفاته متوقعة على إجازة الولي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

02: **شروط المخالصين في قانون الاسرة الجزائري:**

إن المشرع الجزائري لم يتطرق الى الشروط الواجب توافرها في كلا من المخالصين بل أهملها وأغفلها واكتفى فقط بالذكر أنه يجوز الخلع بمقابل مالي يتفق عليه من قبل الزوجان أو محدد قضاءا في حالة عدم الانفاق ، مما يستوجب منا استنتاجها من خلال المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري، من بين شروط المخالصيننجد شرط الرشد ، وأهلية التصرف في أموال كل من الزوجين ، وأن يكون إتفاقهما على الخلع بعد زواج شرعي وقانوني صحيح لذلك لا يصح مثل هذه العقود من شخص لم يبلغ سن الرشد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 40 من القانون المدني الجزائري حتى يبلغ سن الزواج المنصوص عليه في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري والسن المنصوص عليه في هاتين المادتين هو 19 سنة.

ثالثا: بدل الخلع:

01: مقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة ، ويجوز أن يكون على بدل من مال أو منفعة عينا كانت أو دينا أو قليلا أو كثيرا ن وكل ما جاز أن يكون مهر الزوجة ، جاز أن يكون بدلا فيلا الخلع وحد المال ما كان يمكن بيعه أو شراؤه ، عينا كان أو دينا، كثر أو قل ، ما لم تصل القلة إلى حد لا يتمول أي ليس له قيمة لا بيعا ولا شراءا.

02: وأما المنفعة التي يمكن أن تكون بدلا في الخلع ، فحدها أن تكون منفعة مباحة يمكن تقييمها بمال وذلك كما في الأحوال التالية:

03: إرضاع الطفل: يكون ارضاع الطفل بدل الخلع إذا تراضيا الزوجان على ذلك في مدة معينة إذا لم يتفقا فتلتزم بارضاعه المدة التي حددها المشرع.

04:الإنفاق على الصغير :يصح أن يكون الانفاق على الصغير مدة معينة فإذا امتنعت أو ماتت رجع عليها أو على ورثتها بقيمة ما بقي ، أما إذا أعسرت المرأة انفق الرجل على ولده المدة المشروطة ويرجع على المرأة إذا أيسرت.

05: الحضانة: تصح أن تكون بدل الخلع بحيث تضمن الام الصغيرة فترة الحضانة دون مطالبة أباه بالنفقة.[1]

كما يجوز كل ما يصح إلتزامه شرعا طبقا للمادة 14 من قانون الاسرة الجزائري.[2] فحسب المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر فالمشرع الجزائري نص أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها مع زوجها على مال متفق عليه، وإن لم يتفقا بحكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل وقت الحكم، وعليه فإن الخلع شرع لمصلحة الزوجة بناءا على طلب أحد الطرفان وقبول الطرف الآخر في فك الرابطة الزوجية .

وحق الولد في النفقة تكون من الديون الممتازة التي لا يمكن أن يجري فيها المقاص بين الحضانة وبين الأب، فلا تسقط النفقة المستحقة على أبيه لقاء دين حضانته التي خالعها لكي لا تضاع حقوق الولد وعليه فلا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأولاد في حالة إعسار المرأة.[3]

[1] – محمد سمارة، المرجع السابق، ص310-311.

[2] – المادة 14 تنص على ان الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو مالك لها تتصرف فيه كما تشاء.

[3] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص229.

الفرع الثاني: طبيعته القانونية:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري فالخلع في رأي الفقه يعد من المعاوضات لأنه ينعقد بإيجاب وقبول ولكن الإعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ولذلك فالتكييف القانوني له هو كالطلاق على مال فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال في مقابل إفتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه وقبل التطرق إلى شرح كونه يمين أو معاوضة أن نفرق بين مفهومين كثيرا ما يتم الخلط بينهما وهما الخلع والطلاق بالتراضي.

فالخلع يشبه الطلاق بالتراضي إلا أنهما يختلفان في كون أن الأولى يكون طلاق رضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها أي هو طلاق بعوض أو طلاق على مال في حين أن الثاني يتم بموافقة الزوجين ولكن بدون مقابل.

أولا: الخلع يمين من جانب الزوج:

أ) فإذا كان الإيجاب صادرا عن الزوج كأن يقول لزوجته خالعتك على ألف دينار فسكتت ولم تقم بالرد فلا يجوز له الرجوع فيه ما دامت لم تقم من المجلس ، أما إذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب والقبول.[2]

وفي حالة ما إذا كانت غائبة فإنها تتقيد بمجلس عملها فعند قيامها من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ولم يعد لها الحق في القبول لأن ذلك حكم العقود المالية،

[1] – د: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 263.

[2] – الإمام محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص330.

أما إذا كان الإيجاب صادرا من طرفها كأن تقول لزوجها لك مائة جنيه إن طلقتني فلا يمكن لها الرجوع عن إيجابها قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو بطل الإيجاب.

ب) يحق للزوج أن يعلق إيجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن المستقبل كأن يقول لها خالعتك على مائة إن قبل أبوك لأن التعليق يجوز على أمر آخر ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور.

ج) لا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع لأنه تعليق وخيار الشرط أي حق الفسخ إنما يدخل في العقود لا في الإسقاطات.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 69/03/12 بقولها "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر بإتفاق الطرفين وعرض الزوج لا يخولها أي حق ولا أثر على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به ولا يمكن إعتباره كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه."[1]

ثانيا: الخلع معاوضة من جانب الزوجة:

فالأحناف يعتبرون الخلع معاوضة إذا كان من جانب الزوجة وذلك لأنها تعطي للزوج مالا مقابل طلاقها وهذه هي المعاوضة بين الطرفين يتم وفق إيجاب وقبول فأحدهما يدفع مالا والآخر يعطيه عن ذلك إفتداء النفس، وحتى يمكن إعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة فلا بد أن يتم قبولها في مجلس علمها بالإيجاب وعلى إثر ذلك فإذا أوجبت الزوجة الخلع إبتداءا ثم قامت من المجلس أو قام الزوج قبل قبوله بطل الإيجاب.[2]

[1] – المحكمة العليا: الغرفة المدنية قرار بتاريخ 69/03/12 مجلة الأحكام المجموعة الأولى الجزء الأول، ص 170–172.

[2] – عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ص58.

فمادام الخلع من المعاوضات من قبل الزوجة فلا يجوز أن يعلق على شرط أو يضاف إلى زمن مستقبل.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الخلع فهل هو فسخ أم طلاق فمنهم من ذهب إلى إعتباره فسخا وتبعا لذلك يعد معاوضة في حين البعض الآخر يعتبره طلاقا فهو معاوضة فيه شبه تعليق فيعتبر معارضة لأنه يأخذ منها بدلا في مقابل طلاقها وشبه تعليق لأنه يتوقف على أخذ المال.[1]

ثالثا: الخلع فسخا أم طلاقا:

هناك إختلاف حول هذه المسألة فهناك من يعتبر أن الخلع فسخ ومنهم أحمد وداود وابن عباس وعثمان وهم صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى "**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**" فلو إفترضنا بأن الافتداء يقصد به الطلاق لازادوا عدد الطلقات على ثلاث.

وما يدل أيضا على أنه فسخ هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد بحيضة وهذا صريح في أنه فسخ .

وبما أنه يجوز أن يكون الصداق وغيره بدلا للخلع، فلو كان فسخا لما جاز على غير الصداق، لأن الفسخ يوجب إسترجاع البدل.

كما استدل أصحاب هذا الاتجاه أن أكثر أهل العلم من أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم بأن عدة المختلعة هي عدة المطلقة وعدة المطلقة ثلاثة قروء إن لم تكن حامل أو آيسة.

وإستدلوا أن الخلع يجوز بأقل من الصداق وبأكثر منه وأن ذلك لا يكون في الفسخ فهو إذا طلاق.

[1] – عمر زودة: المرجع السابق، ص59.

كما إستدلوا أيضا أن الفسخ يكون في الأمور التي ليس للزوج إختيار فيها بينما الخلع يرجع إلى اختياره وإرادته فهو عقد رضائي وعلى ذلك فهو طلاق وليس فسخ.[1]

أما الذين إعتبرو بأن الخلع طلاقا فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أن الخلع يعد طلاقا وفي ذلك قال الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وهذا الحكم مؤكد سواء كان الخلع على مال أو كان بغير ذلك لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها وهذا ما يتعارض مع الطلاق الرجعي.

وأدلة الخلع على أنه طلاق حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بن قيس " ردي عليه حديقته" ومفهوم الرد هو المفارقة والتخلية يقع بها الطلاق.

وأساس الإختلاف يمكن في الاعتداء بالطلاق فمن رأى بأنه طلاق احتسبه طلقة بائنة ومن رأى أنه فسخ لم يحتسبه.

أما موقف المشرع الجزائري بالنسبة لهذه المسألة فلم يتطرق إليها على الإطلاق لكن يمكن أن نستخلص بأنه اعتبر الخلع طلاقا على أساس أنه أورده تحت باب الإنحلال الزواج في الفصل الخاص بالفسخ، ضف إلى ذلك أن الفسخ يكون في حالة وجوب عيب يشوب العقد كإختلال أحد أركانه بينما لو نظرنا إلى الخلع فهو يرد على علاقة زواج شرعية لم يعتريها أي عارض يعيب العقد ومن ثم يرد عليه الطلاق وليس الفسخ.

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1969/02/05 يؤكد ذلك بقوله " لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح.[2]

---

[1] – خليل عمرو المرجع السابق، ص216.

[2] – عبد العزيز سمية، طرق إنحلال الرابطة الزوجية وأثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستر ، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية، تيزي وزو سنة 2015، ص87-88.

خلاصة الفصل الثاني:

باتت أروقة العدالة الجزائرية مسرحا لحكايات غريبة وعجيبة وتجسد واقعا مريرا لجملة الأسباب التي باتت تفك الرابطة الزوجية المقدسة فبعدها كانت المرأة الجزائرية، في وقت سابق، لا تلجأ لطلب فك الرابطة الزوجية، إلا إذا بلغت أقصى مراحل المعاناة، وصارت اليوم ، ومع الأسف وخاصة بعد التعديل الذي مس قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، تطلب فك الرابطة من زوجها لأسباب في الكثير من الأحيان قد تكون تافهة .

ومن هذا تهدف هذه الدراسة إلى معرفة الأسباب التي يمكن للزوجة أن تثبتها إذا أرادت طلب التطليق والمذكورة على سبيل الحصر في المادة 53 من ق. أ ج، ولعل الصعوبة في إثبات التي قد تعرض الزوجة لطلب التطليق والخلع الذي هو بدوره كحق من حقوق لفك الرابطة الزوجية.

خاتمة:

في ختام هذا البحث وما توصلنا إليه خلال معالجتنا لهذا الموضوع ، اتضح أن المشرع الجزائري قد تطرق إلى مسألة فك الرابطة الزوجية بجميع صورها العامة ولكن بشكل مقتضب وبمواد أكثر ما يقال عنها أنها مختصرة رغم أن هذه المسألة لقيت الاهتمام البالغ من الشارع الحكيم وخير دليل على ذلك كثرة الآيات الموضحة والشارحة للطلاق وأثرها، فالمشرع الجزائري قد أكد على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة إنطلاقا من العصمة الزوجية التي منحه إياها الشارع الحكيم وهو حق أصيل له مع إعتبار الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب أو مبرر شرعي ، مما يستوجب عليه التعويض للزوجة ولم يتناول المشرع الجزائري الإيلاء والظهار واللعان مع أنها من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة منفردة، في حين أكد أيضا على حق وأحقية الزوجة في الانفصال عن زوجها الذي كرهت المعيشة معه أو لحقها ضرر من ناحيته، في حين نجد أن التطليق والخلع يعتبران رخصة منحها الشارع الحكيم للزوجة لدفع الضرر عنها ولكنهما أخذا في الارتقاء حتى وصلت إلى مرتبة أصبحت فيها متساوية مع الطلاق الذي هو بيد الزوج.

ومما سبق لنا التطرق له آنفا يتضح لنا جليا ذلك أن المشرع الجزائري يعاب عليه تقصيره في مسألة الآثار الناتجة عن صور فك الرابطة الزوجية، حيث نجد أنه رغم إختلاف الآثار الناتجة عن هذه الصور إلا أن المشرع قد خصها بمواد مشتركة ولم يفصل فيها، ونجده قد حاول التخلص من مسؤولية هذا التقصير وذلك أعطاه الحرية لسلطة القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل تقصير موجود في القانون.

وفي الأخير لا يمكننا القول إلا أن قانون الأسرة الجزائري قانون غير مكتمل وبه عدة نقائص وهذه كانت أمثلة عن بعض الملاحظات الواردة في هذا البحث على نصوص قانون الأسرة الجزائري.

ولا بد على المشرع الجزائري إعادة النظر في المسائل المعالجة والمطروحة فيه وحتى المسائل التي أغفلها ولم يتطرق لها وترك الباب مفتوحا أمام السلطة التقديرية للقاضي والإجتهادات الفقهية ما دام المشرع الجزائري قد جعل الشريعة الإسلامية هي المرجع فيما تعلق بالأحوال الشخصية فما كان ليخالف أحكامها عمدا إلا ما وقع منه سهوا أو جرى عليه غموض الذي هو طبيعة البشر، فوجب عليه تدارك ذلك وتصويبه لكي يبكون قانون الأسرة الجزائري، قانون مكتمل ومتوازن.

ومن خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة من تفصيل وتحليل للنصوص القانونية والآراء الفقهية في بعض المجالات خلصت إلى ذكر بعض النتائج والتوصيات المتوصل إليها:

بالرغم من أن المشرع جعل للمرأة حق في فك الرابطة الزوجية إلا أنه لم يجعله حقا مطلقا، وإنما قيد ذلك بأسباب تؤسس بمقتضى الزوجة حقها في طلب التطليق، فإذا ما ثبت أن دعواها مؤسسة كان لها الحق في طلب التطليق وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

ومن التوصيات يعاتب على أن المشرع الجزائري لم يعطي التكييف القانوني الواجب لكل من الخلع والتطليق مما أدى في كثير من الأحيان إلى وقوع خلط بينهما ، كما لم يبين بشكل جلي شروط وأثر كل منهما.

قائمة المصادر والمراجع:

1) القرآن الكريم.

2) الأستاذ ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، الطبعة بدار هومة 34 حي لابروبار ـ بوزريعة ـ الجزائر، 2013.

3) الجز خليل ، المعجم العربي الحديث لاورس، مكتبة لاورس، كندا، 1937.

4) السجستاني أبي داود سليمان بن الأشعب الأزدي، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قرة بللي وشادي محسن الشايب الجزء 03، كتاب الطلاق، الجزء09، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان .

5) إمام محمد كامل ، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية أحكام الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1997.

6) القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة الدار البيضاء، 1985.

7) الأستاذ باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة 2012.

8) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ج9، دار المعرفة للطباعة والنشر ، لبنان.

9) القطب محمد، في ظلال القرآن لسيد قطب، دار الشروق، بيروت، 1982، الطبعة 10.

10) الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، ج1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010.

11) الباموني إسماعيل أبا بكر، أحكام الأسرة، الزواج، الطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون ، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن، 2008.

12) الأستاذ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة خطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، الجزء الأول (الزواج والطلاق) ، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

13) دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2001 .

14) أحمد نصر الجندي، عدة النساء، عقب الفراق، أو الطلاق، تعريف العدة مشروعيتها، دار الكتب القانونية، مصر 2005.

15) بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته الجزء 04، الطبعة 02 مؤسسة المعارف للطباعة والنشر 2005.

16) بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة (01)، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

17) دلاندة يوسف ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق دار هومة، الجزائر، 2007 .

18) أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007.

19) محمد بيومي، تحفة العروس، الطبعة (1) دار الرشيد، الجزائر 2007.

20) محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الأسرة والتشريع، دار الوعي والنشر والتوزيع، 2012.

21) الإمام الكبير علي بن عمر الدراراقطني، سنن داراقطني، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم، أبادى ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011 .

22) ابن جوزي الغرناطي، المالكي محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين بيروت 1967 .

23) البخاري محمد بن إسماعيل، حديث صحيح البخاري، دار ابن كثير، الطبعة(1) دمشق، 2002.

24) أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية ، مصر، 2006 .

25) المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة 2010 .

26) جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب، الجزء(01) دار بيروت للطباعة والنشر، لبنان.

27) أبو داوود، سنن أبي داوود، تعليق عزت عبيد الدفاس وعادل السيد، الطبعة 1، دار ابن حزم، بيروت لبنان 1997 .

28) زرقا محمد، شرح القواعد الفقهية، ومراجعة عبد الستار أبو غدة، الطبعة 02، دار القلم، دمشق، 1989.

29) الأستاذ عبد المومن بلباقي، التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي الطبعة سنة 2000، شركة دار الهدى.

30) فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب"، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 .

31) الزيباري عامر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، ط01، دار ابن حزم، بيروت، 1997 .

32) الأستاذ سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

33) التواتي بن التواتي، المبسط ففي الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 .

34) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ج9، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، 2005 .

35) خليل عمرو ، انحلال الرابطة الزوجية، بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة 2015.

36) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1957.

37) الأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها.

النصوص القانونية :

1) الأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005.
2) أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1338 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، 2001، الديوان الوطني للأشغال التربوية.
3) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 24 لسنة 1984 .

الأحكام القضائية

قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1969/03/12، مجلة الأحكام المجموعة، الغرفة المدنية.

المقالات:

صديق سعداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع بمجلة البحوث والدراسات القانونية، والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، ع1 (المجلد الأول) 2011/01/01 .

الأطروحات والمذكرات:

أ. **أطروحة الدكتورة:**

تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006، 2007.

ب. مذكرات الماجستير:

عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وأثارها بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير ، جامعة العقيد آكلي محند أو الحاج، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون 1427 /2006.

ج. المذكرات

1) عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة وإجتهاد المحكمة المحلية العليا، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003، 2004.
2) رحو مليكة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أطروحة لنيل إجازة مدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 23، 2012-2015 .

د مذكرات الماستر :

4) الطالبة سالم نورة، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة " التطليق" و "الخلع"، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2015-2016.

فهرس المحتويات

الإهداء

شكر وتقدير

مقدمة 5

الفصل الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 10

– المبحث الأول: مفهوم وأقسام الطلاق. 11

المطلب الأول: ماهية وحكم الطلاق.....11

الفرع الأول: تعريف الطلاق 11

الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته 12

المطلب الثاني: أقسام الطلاق.....16

الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة.....16

الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة 18

المبحث الثاني : أركان الطلاق والقيود الواردة على إيقاعه 21

المطلب الأول: أركان الطلاق.....21

الفرع الأول: ركن المطلق.....21

الفرع الثاني: ركن المطلقة 26

المطلب الثاني: القيود الواردة على إيقاع الطلاق 27

الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة.....27

الفرع الثاني: أن يكون طلقة واحدة يتبعها لا يتبعها طلاق آخر 28

تلخيص الفصل الأول 29

الفصل الثاني: فك الرابطة الزوجية 31

المبحث الأول: التطليق.....31

المطلب الأول:ماهية التطليق 31
الفرع الأول: تعريفه ودليل مشروعيته 31
الفرع الثاني: طبيعته القانونية 37
المطلب الثاني: أسباب التطليق 40
الفرع الأول: الأسباب المقيدة لسلطة القاضي..... 41
الفرع الثاني: الأسباب المطلقة لسلطة القاضي 49
المبحث الثاني: الخلع 54
المطلب الأول: تعريف الخلع ودليل مشروعيته 55
الفرع الأول: تعريفه..... 55
الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع 58
المطلب الثاني: شروط الخلع وطبيعته القانونية..... 61
الفرع الأول: شروط الخلع..... 61
الفرع الثاني: طبيعته القانونية 67
تلخيص الفصل الثاني..... 71
خاتمة 73
ملخص..... 82
قائمة المصادر والمراجع..... 75

ملخص مذكرة الماستر:

قد تستحيل الحياة بين الزوجين وتفشل معها محاولات الصلح فيكون لزاما أن تنحل رابطة الزواج بالطلاق رغم انه حادث مشؤوم للأشخاص الذين يشملهم ومؤشرا واضحا لفشل نسق الاسرة ، إلا أن الله أباحه عند الضرورة حيث يمثل فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة إد يعتبر بالنسبة لها الحل الأمثل والأنسب شرعا وقانونا لمعالجة المشاكل الزوجية التي تسبب ضررا ضد المرأة ولإبقاء كيان الأسرة قويا بشرط أن تتوفر لديها الأسباب الداعية إلى ذلك والتي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة محدد على سبيل الحصر في المادة 53 من نفس القانون، أو قدرتها على افتداء نفسها بمال مقابل إعطائها حريتها.

الكلمات المفتاحية:

1- قانون الأسرة الجزائري، 2- الطبعة، 3- الجزء، 4- دار النشر

5- المادة، 6- الصفحة

Abstract of the master thesis:

Life between spouses may become impossible and attempts to reconcile with it may be killed, so the zulji bond must be dissolved. Divorce, although it is ominous for the people it includes and a clear indication of the failure of the family's liquidation, but God permitted it when necessary when the orbit of the marital bond is completed by the wife, Ed

is considered for her the best and most appropriate solution according to Sharia. And a law to treat marital problems that cause harm to women and to meet a strong family entity, provided that it has the reasons for that, which were stipulated by the Algerian legislator in the family law Muhammad exclusively in Article 53 of the section of the law, or he read it on the vessel herself with money in return for giving her freedom

keywords :

1-Algerian family law , 2- edition , 3- Section , 4- Edition, 5- subject

6- page