



جامعة العقيد أكلي محند أولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية

تيزي وزو

طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون

فرع: قانون العقود

إشراف الدكتور

قاري كمال الدين

إعداد الطالبة

عبد العزيز سمية

لجنة المناقشة

الدكتور/سي يوسف قاسي، أستاذ محاضر قسم - أ - ، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة.....رئيساً

الدكتور/قاري كمال الدين، أستاذ محاضر قسم - أ - ، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة.....مشرفاً ومقرراً

الدكتور/كتو محمد شريف، أستاذ محاضر قسم - أ - ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحناً

تاريخ المناقشة

2015/02/10



إهداء

إلى من قال فيهما الرحمان " وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا
رَبَّيْنِي صَغِيرًا "

إلى منبع عطائي ونبراس قلبي ونور حياتي إليك أبي الغالي أدامك الله فخرا لنا .
إلى من كانت ومازلت ضياء طريقي وسندي في صلاحي إليك أُمي الحنون أطال الله في
عمرك .

إلى توأم روحي إلى من كانت زهرة أهدتني إياها الحياة إلى أختي نوال حفظك الله .
إلى إخوتي وأخواتي .

إلى جميع الأصدقاء والصديقات من قريب وبعيد .
إلى كل من علمني حرفا، أهداني نصيحة، أسمعني كلمة طيبة .

الطالبة

عبد العزيز سمية

شكر

اعترافاً بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى الأستاذ

الدكتور " قاري كمال الدين "

الذي أشرف على هذا العمل وتعهده بالتصويب في جميع مراحل انجازه، وزودني

بالنصائح والإرشادات التي أضاءت أمامي سبيل البحث

كما أتقدم بخالص الشكر لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة

وملاحظاتهم القيمة لإثراء هذا البحث المتواضع

فجزاهم الله عني كل خير

الطالبة

عبد العزيز سمية

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
د.ب.ن	دون بلد النشر.
د.س.ن	دون سنة نشر.
ن.ش	نشرة القضاة.
م.ق	مجلة قضائية.
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري.
ق.إ.م	قانون الإجراءات المدنية.
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق.ج.ج	قانون الجنسية الجزائري.
ق.ح.م.ج	قانون الحالة المدنية الجزائري.
ق.م.ج	قانون مدني جزائري.
ق.م.ف	قانون مدني فرنسي.
م.أ.م	مدونة الأسرة المغربية.
ق.أ.ش.ت	قانون الأحوال الشخصية التونسي.
ع.خ	عدد خاص.
ع	عدد.
ج	جزء.
م	مجلد.
ط	طبعة.
ط.خ	طبعة خاصة.
ص	صفحة.
ص.ص	من صفحة إلى صفحة.

P	Page.
P P	de Page à Page.
Ed	Edition.
GAZ.PAL" G.P "	Gazette de Palais.
G.E	Gualino Editeur
P.U.F	Presses Universitaires de France.
OP.CIT	Ouvrage Précédemment Cité.
O.P.U	Office des Publications Universitaires.
I.B.I.D	Au même endroit.
N°	Numéro.
S.A.S	Sans Année de Soutenance.

إن الزواج يعتبر ترابطاً مبنياً على الانسجام والتآلف والاندماج، به تستمر الحياة وبواسطته يتسنى صون الأعراض والقضاء على الفساد، وبفضله ينبعث الود والطمأنينة والألفة، وذلك منوه عنه في كتابه العزيز ومؤكده بقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (1).

فالإسلام نظر إلى الزواج نظرة تقدير ورعاية، بحيث أقامه على قواعد ثابتة من العدل والإنصاف والرحمة، فوصفه عزوجل بالميثاق الغليظ وحماه بسياج من الضوابط، تمنع عنه الظلم الذي يحيط به، فسن قوانين، وشرع تشريعات تكفل للأسرة حياة رغيدة ملؤها الاستقرار والمودة والسعادة، إلا أنه وبالرغم من ذلك قد يحدث ما يعكس صفو هذا الزواج فيعدل به عن غايته وينبو به عن تحقيق أهدافه، ومع هذه المشاكل والعوارض تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق ومكاناً لا يؤلف، فينقلب أساس كيانها ويتحول الحب إلى كراهية واشمئزاز، ومودة ورحمة وسكينة إلى فوضى.

ولما كان الإسلام ديناً عاماً وواقعياً يعمل حساباً لكل الظروف والاحتمالات التي قد يتعرض إليها الإنسان، حريصاً على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضرر، وضع القواعد والأسس لمعالجة مثل هذه الأمور، ومن بينها تشريع الطلاق الذي لم يشجع عليه ولم يجعله على إطلاقه كحلٍ منصفٍ وعادلٍ لإنهاء أية رابطة استحالة استمرارها ودوامها، نظراً لما يترتب عن ذلك من آثارٍ مختلفة سلبية كانت أم إيجابية، فالطلاق إذن عند عدم الوفاق هي شريعة الله التي تحكم الناس إلى يوم القيامة.

وفي خطى الشريعة الإسلامية سار المشرع الجزائري في اعتبار الطلاق وسيلةً وعلاجاً حاسماً لزوجين استحالة استمرار الحياة بينهما، إذ خص الباب الثاني من قانون الأسرة لانحلال الزواج، حيث خص الفصل الأول منه للطلاق من المادة (48) إلى (57) وخص الفصل الثاني منه لآثار الطلاق من المادة (58) إلى (73) محاولاً منه تنظيم الطلاق تنظيمًا دقيقاً وشاملاً لكل جوانبه، حيث رعاه بمجموعة من الشروط والآثار التي تجعل ممارسته على النحو المشروع، فلا يستعمل هذا الحق إلا في موضعه وبمقتضى أحكام تضبطه وأسباب قاهرة تدعوه إليه.

أسباب اختيار البحث

لقد تم اختيار بحث مذكرة ماجستير بعنوان " طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري " لعدة أسباب، منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي.

أولاً: الأسباب الذاتية

▪ رغبتى الشديدة في معالجة وتناول المواضيع التي تخص الأسرة بصفة عامة والعلاقات الزوجية بصفة خاصة، وهذا من أجل معرفة مصدر الهموم والمشاكل التي تكتنف الأسرة، والتي تؤدي بدورها إلى مشكلة الطلاق.

(1) - سورة الروم، الآية 21.

- الوقوف على أهم الأسباب الحقيقية والملموسة الواقعية التي تؤدي بالزوجين إلى فك الرابطة الزوجية وليس مجرد ادعاءات أو أقوال أو مواضيع كانت محل دراستي في قانون الأسرة الجزائري خلال دراستي الجامعية.
- الاهتمام بمصير الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية باعتبارهم النقطة الحساسة والضعيفة في هذا الموضوع.
- الدخول إلى مجال القضاء للوقوف على أهم الأحكام القضائية المرتبطة بفك الرابطة الزوجية، وخاصة وأن هذه الدراسة سمحت لي بالدخول إلى مجلس القضاء بالبويرة، وحضور مختلف الجلسات المتعلقة بسير دعاوى الطلاق.
- وأخيراً قلة أو بالأحرى انعدام الدراسات المعالجة لمواضيع الأسرة في جامعة البويرة والمتعلقة خصوصاً بموضوع الطلاق، فعسى أن يكون بحثي هذا مرجعاً آخرًا يستفيد منه الكثير.

ثانياً: الأسباب الموضوعية

- الواقع الاجتماعي المر والناجح عن جهل أو سوء فهم لأحكام الشريعة الإسلامية وروح قانون الأسرة الجزائري بخصوص الحياة الزوجية سواء في كيفية المعاشرة أو المحافظة على هذه الرابطة المقدسة واستمرارها أو إنهائها.
- كثرة وقوع الطلاق في المجتمع الجزائري بصفة عامة والأسرة الجزائرية بصفة خاصة، مع جهل الناس بشرع الله تعالى للطلاق، وما يترتب على ذلك من آثارٍ مختلفة، والتي تكون بالغة الخطورة في بعض الأحيان سواء على الأبناء أو على الأسرة أو حتى على المجتمع ككل.
- جهل الناس لمعنى كلمة الطلاق مع اتهامهم للإسلام بإباحته دون محاولة منهم للوقوف على أدنى معرفة بالأسباب التي اعتبرها الإسلام في إيقاع الطلاق، والتي تبين مدى حرص الشريعة الإسلامية على إبقاء الروابط الزوجية.
- الوقوف على رأي الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالطلاق والآثار المترتبة عليه، وهل سار المشرع الجزائري في نفس النهج الذي رسمته الشريعة الإسلامية أم كان له رأي آخر.
- عدم انسجام الواقع المعاش مع النصوص القانونية للطلاق.
- غياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر، مما رتب عن هذا الغياب تواجد تباينات أفرزت إشكالات كثيرة في المجال العملي، ومنها على سبيل المثال عدم التمييز بين الطلاق الرضائي والطلاق بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة، إذ رسم المشرع الطريق القضائي كخيار وحيد أمام الطرفين.
- ارتقاء مكانة المرأة في فك الرابطة الزوجية إلى درجة الحق الأصيل الذي يتمتع به الزوج.
- دور الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق وبالخصوص قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن، باعتبارها المرجع في تفسير القانون وتوحيد الرأي وإرساء قواعد قانونية وتحديثها، ويتجلى ذلك من خلال التطور المستمر للاجتهاد القضائي من يوم لآخر تماشيًا مع تطور القانون في مختلف المجالات، فقضاء المحكمة

العليا في هذا الخصوص هو الاجتهاد الأول والأخير في تأويل وتفسير ومراقبة مدى تطبيق القانون على أكمل وجه.

أهداف البحث

يمكن تلخيص أهداف هذا البحث فيمايلي:

- الوقوف على الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.
- تحليل النصوص القانونية التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري ودراستها مقارنة مع الشريعة الإسلامية.
- تبيان الأحكام الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية.
- تقييم قانون الأسرة الجزائري في تناوله لموضوع الطلاق والآثار المترتبة عليه مقارنة بالشريعة الإسلامية وبعض القوانين المقارنة.
- استخراج الثغرات التي وقع فيها المشرع الجزائري ومحاولة سدها بإعطاء اقتراحات أخرى في الموضوع.

الصعوبات والعوائق

- لعل أهم عائق واجهني أثناء البحث هو العائق النفسي في ولوج غمار البحوث المتخصصة في الأسرة بالرغم من ولوعي الشديد بمثل هذه المواضيع، وذلك لشعوري في كل مرة بأنني أقل مما أنا مقدمة عليه، وذلك لقلّة زادي وضعف استعدادي وقلّة خبرتي في تحضير المذكرات.
- الخوف المستمر الذي عايشني منذ بداية هذا البحث، وذلك بسبب الضغوطات النفسية، والعملية، وحتى العائلية التي كنت أعاني منها، الأمر الذي كان يؤدي بي في كل مرة إلى التراجع عن إكمال هذا البحث.
- كثرة المراجع باللغة العربية المتعلقة بموضوع الطلاق وتشعبها واختلاف المواقف والآراء وحتى في المرجع الواحد، الأمر الذي أدخلني في دوامة من الأفكار وتناقضها هي الأخرى.
- انعدام المراجع باللغة الفرنسية على مستوى جامعة البويرة فيما يتعلق بموضوع الطلاق وقلتها في الجامعات الأخرى مقارنة بالمراجع العربية.

الدراسات السابقة

من بين أهم الدراسات التي أجريت على هذا الموضوع نذكر مايلي:

- مذكرة نعيمة تبودشت في موضوع " الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " لسنة 2000.

تناولت هذه الدراسة موضوع الطلاق والآثار المترتبة عليه مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مستعملة المنهج الوصفي، التحليلي، التاريخي، وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من العوامل المؤدية للطلاق كان من أهمها:

- العامل الاقتصادي وأثره في حياة الأسرة وتأثير المال على الحياة.
- تطور مركز المرأة الاجتماعي ونزولها إلى ميدان العمل.

- عدم قيام الزواج على أسس صحيحة كقيامه على الحب والمنفعة والتغريب .
- الاختلاف الاجتماعي والثقافي بين طرفي عقد الزواج.
- الفارق في السن بين الزوجين.
- ضعف الوازع الديني والأخلاقي خاصة في المجتمعات المتمدنة.
- عدم تحقق مصلحة الأسرة وسيادة مفهوم الأنانية.
- الإخلال بالشروط المتفق عليها قبل الزواج من كلا الطرفين أو أحدهما.

تعقيب: على الرغم من الأهمية التي تكتسيها هذه الدراسة، وذلك من خلال إمامها بكل الجوانب المتعلقة بموضوع الطلاق، إلا أن هذه الأخيرة كانت محل تطبيق قانون الأسرة لسنة 1984 هذا الأخير الذي تم تعديله بموجب الأمر 05-09 الذي قلب الموازين فيما يخص هذا الموضوع.

- مذكرة الأستاذ خمري عمر في موضوع " الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري " لسنة 2001.

تناولت هذه الدراسة حق الزوجين في حل الرابطة الزوجية كحق مكرس من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا القانون الدولي، والمواثيق، والاتفاقيات الدولية، والشريعة الإسلامية، وصولاً إلى قانون الأسرة الجزائري وتدعيمها بحوصلة عن مدى ممارسة هذا الحق على مستوى محكمة تيزي وزو لسنة 2000 مستعملاً المنهج الوصفي، التحليلي، التاريخي، المقارن، وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من النتائج كان من أهمها:

- ارتفاع ظاهرة فك الرابطة الزوجية.
- حرية الزوج شبه مطلقة في ممارسة حقه في إنهاء الرابطة الزوجية.
- حرية الزوجة شبه منعدمة في ممارسة حقتها في إنهاء الرابطة الزوجية.
- إرادة القاضي كاشفة لإرادة الزوج وخاضعة لها أما بالنسبة للزوجة فهي مقيدة لها.
- عدم ملائمة إجراء الصلح في إنهاء الرابطة الزوجية.
- مخالفة القانون الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.

تعقيب: إن ما يمكن ملاحظته على هذه الدراسة أنها وإن تحدثت عن الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري إلا أنه يلاحظ أنها اهتمت أكثر بهذا الحق على المستوى الدولي، وهو أمر منطقي باعتبار أن الأستاذ كان في الفرع الدولي، غير أن هذا الأمر لا يعد سبباً كافياً لاستقراء هذا الموضوع بالشكل المبسط، ذلك أن مثل هذه الدراسات تستدعي التعمق الشديد فيها وخاصة وأن الأستاذ تناول الموضوع من نواحي عديدة، الأمر الذي يتطلب التعمق الشديد فيها، وذلك نظراً لما تثيره من مشاكل وتساؤلات كثيرة.

ضف إلى ذلك أن هذه الدراسة وإن أعطت للزوجين الحق في إنهاء الرابطة الزوجية إلا أنها أغفلت أموراً أكثر أهمية وهي الآثار المترتبة على هذا الحق، ذلك أنها من الأمور التي تفرض نفسها بمجرد فك الرابطة الزوجية.

وأخيراً فهذه الدراسة أجريت هي الأخرى في ظل قانون الأسرة لسنة 1984 والذي سبق وأن ذكرنا أنه تم تعديله بموجب الأمر 05-09.

• مذكرة تركماني نبيلة في موضوع " أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية " لسنة 2001. تناولت هذه الدراسة موضوع الطلاق من حيث معرفة أسبابه القانونية والاجتماعية وتحديد أهم الآثار المترتبة عليه ومدى تأثيره على انحراف الأبناء، مستعملة المنهج الوصفي، التحليلي، المقارن، وقد أسفرت هذه الدراسة هي الأخرى على جملة من النتائج كان من أهمها:

أولاً: الأسباب العامة للطلاق

1- الأسباب النفسية للطلاق

- عدم النضج العاطفي للزوجين أو كلاهما.
- عدم الثقة.
- السيطرة.

2- الأسباب الاجتماعية للطلاق

- التغيير في تشريعات الطلاق في المجتمعات من محرمة له إلى مباحة والعكس.
- أزمة السكن والسكن مع أهل الزوجين.
- الاختلاف في المستوى الاجتماعي والاقتصادي والثقافي بين الزوجين.

3- الأسباب الاقتصادية للطلاق

- قلة دخل الزوج وعدم الاستقرار العائلي.
- عمل المرأة وتأثير ذلك على شخصيتها.

ثانياً: الأسباب القانونية للطلاق

- 1- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.
- 2- الطلاق بطلب من الزوجة (التطليق والخلع).
- 3- الطلاق بالتراضي.
- 4- الطلاق لنشوز الزوجة.

ثالثاً: الآثار المترتبة عن الطلاق

1- الآثار القانونية للطلاق

- العدة.
- الحضانة.
- إسكان المطلقة.

2- الآثار الاجتماعية للطلاق

- انحراف الأبناء كأثر وحيد للطلاق من الناحية الاجتماعية.

تعقيب: على الرغم من توسع هذه الدراسة في موضوع الطلاق، إلا أنها كانت دراسة اجتماعية أكثر منها قانونية، ويظهر ذلك جلياً من خلال الاهتمام بالعوامل المؤدية للطلاق، كما أنها اقتصرت على حالات معينة لآثار الطلاق، غير أن الأمر على خلاف ذلك وتتعداها لآثار أخرى أكثر أهمية، كما أن هذه الأخيرة كانت محل دراسة في ظل قانون الأسرة لسنة 1984 هذا الأخير الذي تم تعديله كما أسلفنا الذكر بموجب الأمر 09-05.

• مذكرة اليزيد عيسات في موضوع " التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا " لسنة 2003.

تناولت هذه الدراسة حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق، مدعماً دراسته باجتهادات قضائية للمحكمة العليا، مستعملاً المنهج التحليلي، الوصفي، المقارن، التاريخي، وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من النتائج كان من أهمها:

▪ لا يمكن للزوجة طلب التطلاق ما لم تتوافر إحدى الحالات السبعة المنصوص عليها في المادة (53) ق.أ.ج.

▪ حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، فبالإضافة إلى ارتباطه بمدى توافر إحدى الحالات السبعة، فهو مرتبط كذلك بالسلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذه الأسباب المقدمة ومدى نجاعتها في فك الرابطة الزوجية.

تعقيب: ما يمكن ملاحظته على هذه الدراسة أنها تناولت جانباً من جوانب فك الرابطة الزوجية وهو التطلاق الذي تقوم بطلبه الزوجة متى توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (53) ق.أ.ج، غير أن هذه الدراسة كانت محل تطبيق قانون الأسرة لسنة 1984 أين كان هذا الأمر (التطلاق) مرتبط بمدى توافر الحالات السبعة الداعية إليه، غير أنه تم تعديله بموجب الأمر 09-05 الذي أصبح بموجب عشر حالات، وذلك محاولة من المشرع الجزائري الارتقاء بحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من مجرد رخصة جوازية تتوقف على موافقة الزوج أو القضاء إلى حق أصيل يقابل ذلك الحق الذي يتمتع به الزوج.

• مذكرة محمد طويل في موضوع " عوامل انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري " لسنة 2006.

تناولت هذه الدراسة هي الأخرى دراسة ميدانية لعينة من المطلقين والمطلقات بمدينة الجزائر والبويرة محاولاً فيها التعرف على أهم العوامل المؤدية إلى انتشار ظاهرة الطلاق، مستعملاً المنهج التجريبي، الإحصائي التحليلي، التاريخي، وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من العوامل المؤدية للطلاق كان من أهمها:

أولاً: العوامل التي ترتبط بالتغير الاجتماعي

1- العوامل الاجتماعية المؤدية للطلاق

▪ صعوبة الحياة الاجتماعية والمهنية لأحد الزوجين، وعدم رضا الطرف الآخر بها، تولد عدة ضغوطات تؤدي بدورها إلى خلق المشاكل بين الزوجين.

▪ تطور مركز المرأة الاجتماعي وحريتها ونزولها إلى ميدان العمل وشعورها بقيمتها وشخصيتها في الحياة.

- عدم قيام الزواج على أسس صحيحة وواضحة، والاختلاف الكبير بين الزوجين في عناصر التجانس والتقارب بينهما.

2- العوامل الثقافية المؤدية للطلاق

- الاختلاف الثقافي لكل من الزوجين.
- الاختلاف في المستوى التعليمي.

3- العوامل الاقتصادية المؤدية للطلاق

- سوء الأحوال الاقتصادية للزوجين.
- البطالة التي يعاني منها أحد الزوجين أو كلاهما.
- كثرة حالات الفقر وغلاء المستوى المعيشي.

ثانياً: عوامل الطلاق المرتبطة بشخصية الزوجين

1- العوامل النفسية

- عدم النضج النفسي والاجتماعي لأحد الزوجين أو كلاهما.
- التوتر المستمر في العلاقات الزوجية.
- اضطراب الشخصية لدى الزوجين أو إصابتهما بأحد الأمراض النفسية.
- الأنانية المفرطة لأحد الزوجين أو كلاهما.

2- العوامل الجنسية

- التصرفات الشاذة لأحد الزوجين.
- الضعف الجنسي الذي قد يعاني منه أحد الزوجين.

تعقيب: ما يمكن ملاحظته على هذه الدراسة أنها هي الأخرى توصلت إلى نفس العوامل المؤدية للطلاق والمتوصل إليها في الدراسات المذكورة سابقاً، كما أنها ركزت على الجانب الاجتماعي للموضوع، فكانت دراسة عملية أكثر منها علمية، واجتماعية أكثر منها قانونية.

- رسالة عبد الفتاح تقيّة في موضوع " الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي " لسنة 2007.

تناولت هذه الدراسة موضوع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة باجتهادات قضائية للمحكمة العليا، مستعملاً المنهج الوصفي، التحليلي، وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من النتائج كان من أهمها:

- إن قضية الطلاق ومسائله المتشعبة، مسألة ذات بعد خطير، لكونها تتعلق بتصرف خطير، لما له من طبيعة وخصوصية تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى، فهو مسألة تقتضي من المشرع معالجته بدقة وتطبيق أحكامه بتقاني من طرف القضاة.

- الطلاق حق خالص للرجل استناداً للعصمة الزوجية المملوكة له شرعاً، فعلى الزوج أن يحسن استعمال هذا الحق للضرورة القصوى.
- التناقض الواضح والكبير الذي وقع فيه المشرع الجزائري من حيث تنظيم نصوصه ومخالفته الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.
- اعتبرت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري الطلاق أبغض الحلال إلى الله لا يلجأ إليه إلا للضرورة القصوى أو عند عدم تحقيق الهدف الأساسي من الزواج، لذا أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق حظراً وإباحةً.
- مذكرة ماحمادو الأسان في موضوع " أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارناً بالشريعة الإسلامية " لسنة 2007.

تناولت هذه الدراسة موضوع الطلاق في القانون المالي محاولاً فيها تحديد أهم الأسباب المؤدية للطلاق مستعملاً المنهج التحليلي، المقارن، وقد أسفرت هذه الدراسة على أهم العوامل المؤدية للطلاق في المجتمع المالي وكان من أهمها:

أولاً: الأسباب غير الإرادية للطلاق

- 1- وفاة أحد الزوجين.
- 2- وجود عيب في أحد الزوجين.
- 3- فقدان أحد الزوجين.

ثانياً: الأسباب الإرادية للطلاق

- 1- التظليق بسبب الضرر.
- 2- الخلع.
- 3- إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.

تعقيب: ما يمكن ملاحظته على هذه الدراسة أنها تناولت طرق فك الرابطة الزوجية استناداً إلى أسباب إرادية وأخرى غير إرادية، وذلك استناداً إلى القانون المالي، غير أن الواقع على خلاف ما هو موجود في قانون الأسرة الجزائري أين حدد بدقة طرق انحلال الرابطة الزوجية وهما الوفاة والطلاق، وذلك طبقاً لنص المادة (47) ق.أ.ج.

- مذكرة علالي بلقاسم في موضوع " الطلاق في المجتمع الجزائري " لسنة 2009.

تناولت هذه الدراسة هي الأخرى عينة لبعض المطلقين والمطلقات في المجتمع الجزائري، محاولاً فيها التعرف على أهم الأسباب والعوامل المؤدية للطلاق، مستعملاً المنهج التحليلي، التاريخي، وقد أسفرت هذه الدراسة على جملة من الأسباب المؤدية للطلاق كان من أهمها:

أولاً: أسباب عامة

- 1- السكن مع أهل الزوج.

2- عدم التوافق الجنسي وعدم التوازن الثقافي بين الزوجين.

3- التغيير الاجتماعي الذي قد يمس أحد الزوجين.

ثانياً: أسباب أخرى

1- من جهة الزوج

- الكراهية.
- تعدد الزوجات.
- انحطاطه الأخلاقي وسوء سيرته.

2- من جهة الزوجة

- كراهيتها للرجل ونفورها منه.
- سوء أخلاقها ورعونة تصرفاتها.
- مرضها بحيث تتعذر عليها العلاقة الجنسية بينها وبين زوجها.

تعقيب: ما يمكن ملاحظته على هذه الدراسة أنها وإن اهتمت بموضوع الطلاق، إلا أنها هي الأخرى توصلت إلى نفس النتائج المتوصل إليها في الدراسات المذكورة سابقاً، كما أنها هي الأخرى عالجت موضوع الطلاق من زاويته الاجتماعية واعتباره ظاهرة خطيرة تمس المجتمع الجزائري، الأمر الذي أدى به إلى إغفال أموراً قانونية هامة جدية بالذكر.

استنتاج عام

مما سبق ذكره حول الدراسات السابقة لموضوع الطلاق، والتي تمت في مناطق متباينة وبالرغم من وجود عدة اختلافات اجتماعية وثقافية وحضارية لتلك المجتمعات وحتى داخل المجتمع الواحد إلا أن هناك تشابه كبير في العوامل والأسباب المؤدية للطلاق ولعل أهم هذه العوامل مايلي:

- خروج المرأة إلى ميدان العمل.
- التغيير الاجتماعي الذي تعرفه المجتمعات يوماً بعد يوم.
- تغيير نظرة الأزواج لمفهوم الزواج، وبالتالي اللجوء إلى الطلاق كحل للتخلص منه.
- صراع الأدوار بين الرجل والمرأة.
- أزمة السكن والمشكلات العائلية.
- تغيير الاهتمامات والقيم الاجتماعية وتحرر الأفكار.... الخ.

وبما أن الدراسات السابقة تمثل سنداً لأية دراسة لاحقة، فإنني قد استفدت منها كثيراً من عدة نواحي خاصة من ناحية النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسات، والتي كانت بالنسبة لي المنطلق في الولوج مجدداً في غمار موضوع الطلاق لكن بطريقة قانونية شرعية أكثر منها اجتماعية، كما أن هذه الدراسات ساهمت في مساعدتي من الناحية المنهجية التي تعتبر من أهم الركائز لمثل هذه البحوث.

إن طبيعة الموضوع وحيثياته اقتضت مني الاعتماد على منهجين أساسيين خلال الدراسة وهما: المنهج التحليلي، وذلك بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وذلك باستنباط مختلف الأحكام القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري في تنبيه لهذا الموضوع، أما المنهج الثاني هو المنهج المقارن وذلك بمقارنة ما توصل إليه المشرع الجزائري وبين ما أقرته الشريعة الإسلامية واستنتاج ما يمكن استنتاجه كلما اقتضى الأمر ذلك، وكذا مقارنته مع بعض القوانين المقارنة كالقانون المغربي والقانون التونسي على سبيل المثال نظرًا للتشابه الكبير في تناول هذا الموضوع فيما بين هذه القوانين، لكن بنصوص واضحة مقارنة بنصوص قانون الأسرة الجزائري، وكذا مقارنته بالقانون الفرنسي في بعض المواقف التي تستدعي ذلك، باعتباره القانون الذي استمد منه المشرع الجزائري مختلف قوانينه، وهذا كله من أجل تقييم وتبيان مكانة قانون الأسرة الجزائري فيما بين هذه القوانين، مشيرة في ذات الوقت إلى الجانب التطبيقي لهذا البحث الذي دعمته ببعض الاجتهادات القضائية من أجل العمل على إثراء هذا البحث لأبعد حد.

إشكالية البحث

لقد توسعت الشريعة الإسلامية في نظام الفرقة بين الزوجين وما حداها إلى هذا التوسع هو حرصها على جلب المصلحة ودرء المفسدة، فالشريعة الإسلامية لم تجعل الزواج عقدًا أبدًا لا يمكن فسخه، بل أعطت للزوجين الحق في حله بالطلاق الذي لم تشجع عليه ولم تجعله على إطلاقه، بل بالعكس قيدته بعدة شروط مع اعتباره الحل الأخير الذي لا ينبغي اللجوء إليه إلا إذا تعذرت باقي الحلول، وهي الموعظة الحسنة، والهجر في المضجع، والضرب بغرض التأديب، ومحاولة الصلح، فإذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها أمكن له استعمال حقه في الطلاق، غير أن ذلك لا يكون إلا بعد أن يصبح الاستمرار في الحياة الزوجية متعذرًا، ويكون الضرر من استمرارها أكثر من نفعها، ولهذا فالشريعة الإسلامية طالما أوصت بحسن العشرة وبتهدئة الخواطر وإصلاح ذات البين حتى يستظل كل من الزوجين تحت سقف واحد في جو من السعادة والهناء مصداقًا لقوله تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ﴾⁽¹⁾.

ونظرًا لأهمية موضوع الطلاق فقد اهتم به المشرع الجزائري اهتمامًا بالغًا محاولاً منه التطرق لكل الجوانب المتعلقة به بالشكل الذي يحفظ لكلا الزوجين كرامته وشرفه، ذلك أن المشرع الجزائري وبموجب تعديل المادة 09-05 اهتم بمسألة حق الزوجين في الطلاق ثم أحال التفصيل فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادًا إلى المادة (222) منه، حيث أبقى على حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة انطلاقًا لما خولته الشريعة الإسلامية من جعل العصمة الزوجية مملوكة له شرعًا، غير أنه وفي مقابل ذلك لم يعد هذا الحق يقتصر عليه وحده، ذلك أن باقي الحالات الأخرى لحل الرابطة الزوجية أخذت في الارتقاء تدريجيًا من مجرد رخصة جوازية تتوقف على موافقة الزوج أو القضاء إلى حق أصيل يقابل ذلك الحق الذي يتمتع به الزوج، وعليه ومهما يكن من أمر وإن

(1) - سورة البقرة، الآية 187.

اعتبر المشرع الجزائري الطلاق حقًا للزوجين على حد سواء، إلا أنه هو الآخر قيده بقيود وحدده بحدود تمنع صاحبه من التعسف وتحميه من العبث وتجعل ممارسته لهذا الحق على النحو المشروع وبما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء.

الطلاق كنقطة ضغط على الكيان الاجتماعي والعائلي وكمرحلة نهائية فاصلة في العلاقة الزوجية تتعكس آثاره على الفرد والعائلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبصفة دائمة أو مؤقتة، غير أن هذا الأمر بديهي لأن الزواج يولد الصلة بين الزوجين، فإذا انحلت تلاشت أو انقطعت هذه الصلة التي كان الزواج هو السبب المباشر والرئيسي في إنشائها، وحتى لا يبقى مصيرهم معلق اهتم المشرع الجزائري بهذه المسألة هي الأخرى وأعطاه الأهمية اللازمة، وذلك من أجل ضمان الاستقرار الاجتماعي والتوازن النفسي لدى أفراد الأسرة المتفككة.

إن الاختلافات الجوهرية السائدة في مختلف الديانات حول مسألة الطلاق وأحقية الزوجين في إيقاعه وتباين التطبيق الذي شهده المفهوم في الأنظمة القانونية لمختلف الدول بما في ذلك التشريع الجزائري، كان لنا أن نتساءل: عن مدى مساهمة المشرع الجزائري للشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطلاق وآثاره وهل كان موفقًا في تحديده بدقة والتفصيل فيه ولاسيما في ظل المواد المختصرة للقانون والآراء المتشعبة للفقهاء والمذاهب؟

خطة البحث

لقد أثرت أن تكون خطة البحث خطة بسيطة في تقسيماتها متوازنة في تفرعاتها، وذلك حتى يتسنى استيعاب الموضوع لكل قارئ مطلع على هذا البحث فجعلته في فصلين، الفصل الأول خصصته للطلاق بين الإطلاق والتقييد، في حين الفصل الثاني خصصته لآثار المترتبة على الطلاق.

ويقصد التقديم للموضوع جعلت في البداية فصلاً تمهيدياً تحت عنوان طرق انحلال الرابطة الزوجية،

هذا الأخير يشمل على عناوين جزئية هي على النحو التالي:

أولاً: انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

1- انحلال الرابطة الزوجية لوفاة أحد الزوجين (الوفاة الحقيقية).

2- انحلال الرابطة الزوجية للفقْد والغياب (الوفاة الاعتبارية).

ثانياً: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

1- الطلاق في الشرائع القديمة.

2- الطلاق في القوانين الوضعية المعاصرة.

3- الطلاق في الشريعة الإسلامية.

4- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

أما الفصل الأول: تحدثت فيه عن الطلاق بين الإطلاق والتقييد والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين:

المبحث الأول: الطلاق حق مطلق للزوجين.

المبحث الثاني: الطلاق حق مقيد للزوجين.

أما الفصل الثاني: تحدثت فيه عن الآثار المترتبة على الطلاق والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين:

المبحث الأول: آثار الطلاق بالنسبة للزوجين.

المبحث الثاني: آثار الطلاق بالنسبة للأبناء.

وفي آخر البحث توقف المطاف بي إلى الخاتمة التي ضمنتها بحوصلة حول هذه الدراسة وأهم النتائج التي توصلت إليها، بالإضافة إلى جملة من الملاحظات والتغرات التي طغت على قانون الأسرة الجزائري بخصوص هذا الموضوع، والتي على أساسها حاولت إعطاء بعض الاقتراحات، وذلك حتى يصبح لبلدنا قانوناً شاملاً كاملاً مكيفاً مع واقع المجتمع، ومسايراً للتطور مثله في ذلك الشريعة الإسلامية الغراء الصالحة لكل زمان ومكان.

الفصل التمهيدي
طرق انحلال الرابطة الزوجية

تنص المادة (04) ق.أ.ج على أن⁽¹⁾: « الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسر أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب ». يتضح من خلال هذا النص أن الزواج من أسمى الروابط وأقدسها، والسبب في ذلك أنه السبيل إلى العفة والطهارة داخل المجتمع، كما أنه الرباط الذي يوثق أواصر الأسرة ببعضها لما فيه من إحسان للزوجين ودوام الحياة الزوجية بينهما واستمرارها⁽²⁾، غير أن هذه الديمومة والاستمرارية لا تعني خلود هذه الحياة وبقائها إلى الأبد، بل يمكن أن تتحل الرابطة الزوجية إما بوفاة أو طلاق وهذا ما أكدته المادة (47) ق.أ.ج.

أولاً: انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

ينتهي عقد الزواج وتتحل الرابطة الزوجية وينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية، وهذا لأسباب مختلفة، ولعل السبب والطريق الأول لانحلال الرابطة الزوجية هو الوفاة، وهذه الأخيرة على نوعين هما على النحو التالي:

1- انحلال الرابطة الزوجية لوفاة أحد الزوجين (الوفاة الحقيقية)

تعد الوفاة واقعة حتمية خارجة عن إرادة الإنسان لا سبيل لتفاديها، ولقد اقتضت الحكمة الإلهية ألا يكون للأفراد الخلود، فالحياة الزوجية موقوفة بالعمر طال أو قصر، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ كُلُّ مَنَّ عَلَيَّهَا فَاِنَّ وَيَبْقَى وَجْهٌ رَبِّكَ ذُو الْجَلَلِ وَالْإِكْرَامِ ﴾⁽³⁾، ولما كان الزواج هو نظام الحياة الزوجية المشتركة بين أفراد البشر، كان انحلاله كذلك بالوفاة متنسفاً مع الحكمة الإلهية ومع الأقدار التي وإن تركت الناس يعيشون إلى حين⁽⁴⁾، فإن آجالهم آتية لا محالة وهذه سنة الله في خلقه. غير أن الوفاة الطبيعية لا تثير أية إشكالات، فوفاة أحد الزوجين حتماً سيؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية سواء تم الدخول بالزوجة أو لم يتم الدخول بها، ويكون هذا الانحلال انحلالاً تلقائياً لا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلالها أو انقضائها، أما الآثار المترتبة عن الوفاة فهي نفسها الآثار التي تترتب على كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة واستحقاق مؤجل الصداق وغيرها⁽⁵⁾.

(1)- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005، ج ر ع 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005، والموافق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 04 ماي 2005، ج ر ع 43 مؤرخة في 22 جوان 2005.

(2)- عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ع 10، 2006، ص 182.

(3)- سورة الرحمن، الآية 26-27.

(4)- محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكش، 2010، ص 05.

(5)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 243.

وعليه فانحلال الرابطة الزوجية قد يكون إما بوفاة الزوج أو وفاة الزوجة وذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية.

أ - حالة وفاة الزوج

يترتب على وفاة الزوج انحلال الرابطة الزوجية، وتصبح بذلك الزوجة أرملة وعليها أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، وهي محددة بالقرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (1).

وعليه فإن عدة الوفاة تجب على المرأة بوفاة زوجها سواء دخل بها أو لم يدخل بها اتفاقاً كما دل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وأكدوا على أنهما يتوارثان قبل الدخول وعلى أن الصداق يستقر إذا كان مسمى، لأن الموت لما كان انتهاء العقد استقرت به الأحكام فتوارثا واستقر المهر ووجبت العدة وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: أن يتوفى عنها زوجها وهي حامل وتتقضي عدتها بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿ وَالَّتِي يَبْسِرَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبَّتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾ (2).

وقد اختلف العلماء في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بعد أن أجمعوا بلا خلاف على أن رجلاً إذا توفي وترك امرأة حاملاً فانقضت أربعة أشهر وعشراً أنها لا تحل حتى تلد، فَعَلِمَ أن المقصود هو الولادة (3).
 وذهب الجمهور إلى أن وضع الحمل تنقضي به عدة المتوفى عنها زوجها ولو بعد وفاته بلحظة مشيراً إلى عموم الآية في قوله تعالى: ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ ﴾ وإن كانت الآية في الطلاق.

وأخذ أيضاً بحديث عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، أَنَّ أَبَاهُ كَتَبَ إِلَى عَمْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَرْقَمِيِّ الرَّهْرِيِّ بِأَمْرِهِ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى سُبَيْعَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ الْأَسْلَمِيَّةِ فَيَسْأَلُهَا عَنْ حَدِيثِهِ، وَعَمَّا قَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " جِئِنِ اسْقَطْتِ، فَكَتَبْتُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ، يُخْبِرُهُ أَنَّ سُبَيْعَةَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ بْنِ حَوْلَةَ، وَهُوَ مِنْ بَنِي عَامِرٍ، وَكَانَ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا، تُؤْفَى عَنْهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ فَوَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، فَلَمَّا تَعَلَّتْ مِنْ نَفْسِهَا تَجَمَّلَتْ لِلْحَطَّابِ، فَدَخَلَ عَلَيْهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكِكِ رَجُلٌ مِنْ بَنِي عَبْدِ الدَّارِ فَقَالَ لَهَا: [مَا لِي أَرَاكَ مُتَجَمِّلَةً؟ لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ النِّكَاحَ، إِنَّكَ وَاللَّهِ مَا أَنْتِ بِنَاكِحٍ حَتَّى يَمُرَّ عَلَيْكَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ

(1)-سورة البقرة، الآية 234.

(2)-سورة الطلاق، الآية 04.

(3)-أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ج 03،

وَعَشْرٌ قَالَتْ سُبَيْعَةُ: فَلَمَّا قَالَ لِي ذَلِكَ جَمَعْتُ عَلِيَّ ثِيَابِي حَتَّى أُمْسَيْتُ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ فَأَفْتَانِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ يَوْمَ وَضَعْتُ حَمْلِي، وَأَمَرَنِي بِالتَّرُوجِ إِنْ بَدَأَ لِي [1].

قال صاحب المغني: وأجمعوا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً أجلها وضع حملها، إلا أن ابن عباس وروى عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى الأجلين، وقد روي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة [2].

وقد جاء أيضاً في الصحيحين: عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ زَيْنَبَ ابْنَةَ أَبِي سَلَمَةَ أَخْبَرَتْهُ عَنْ أُمِّهَا أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، أَنَّ امْرَأَةً مِنْ أَسْلَمٍ يُقَالُ لَهَا سُبَيْعَةُ كَانَتْ تَحْتَ زَوْجِهَا تُؤْفِي عَنْهَا وَهِيَ حَبْلَى، فَخَطَبَهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكَفٍ فَأَبَتْ أَنْ تَتَكَحَّهُ فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا يَصْلُحُ أَنْ تَتَكَحِّبَهُ حَتَّى تَعْتَدِيَ آخِرَ الْأَجَلِينَ فَمَكَثَتْ قَرِيبًا مِنْ عَشْرِ لَيَالٍ ثُمَّ جَاءَ النَّبِيُّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَ: [انْكحِي] [3].

فقد روى صاحب الجامع لأحكام القرآن عن ما روي عن علي بن أبي طالب وابن عباس أن تمام عدتها أبعد الأجلين، والحجة لما روي عن علي وابن عباس بالجمع بين قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [4].

وقوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ ﴾ وذلك أنها إذا قعدت أقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين وإن اعتدت بوضع الحمل فقد تركت العمل بأية عدة الوفاة والجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول [5].

وذهب الشيعة إلى ما روي عن ابن عباس من أن المتوفى عنها زوجها الحامل تعتد بأبعد الأجلين وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشرة أيام واختاره سحنون من المالكية [6].

(1)-مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بالحمل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج 02، د.س.ن، ص 1122.

(2)-ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة، كتاب العدد، فصل الرجعية يموت زوجها، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ج 01، 2004، ص 1942.

(3)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق زهير بن ناصر الناصر، كتاب الطلاق، باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن، ط1، دار طوق النجاة، د.ب.ن، ج 07، 1422 هـ، ص 56.

(4)-سورة البقرة، الآية 234.

(5)-أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي(الجامع لأحكام القرآن)، المرجع السابق، ص 175.

(6)-المرجع نفسه، ص 174.

والصحيح هو ما ذهب إليه الجمهور بأن عدة المرأة المتوفى عنها زوجها الحامل وضع الحمل، وذلك بدليل قوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ ﴾ جاءت مخصصة لعموم قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ ﴾ لأن قوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ ﴾ أخرج ذوات الأحمال من عموم اللواتي يتوفون عنهن أزواجهن⁽¹⁾.

ويؤيد ذلك الحديث الصحيح عَنْ سُلَيْمٍ أَنَّ بِنْتَ يَسَارٍ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَابْنَ عَبَّاسٍ اجْتَمَعَا عِنْدَ أَبِي هُرَيْرَةَ وَهُمَا يَذْكُرَانِ الْمَرْأَةَ تَلِدُ بَعْدَ وِفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيْالٍ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: عِدَّتُهَا آخِرُ الْأَجَلَيْنِ وَقَالَ أَبُو سَلَمَةَ قَدْ حَلَّتْ، فَجَعَلَا يَنْتَازِعَانِ ذَلِكَ: قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ، أَنَا مَعَ ابْنِ أَخِي - يَعْنِي أَبَا سَلَمَةَ - فَبَعَثُوا كُرَيْبًا - مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ - إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ، فَجَاءَهُمْ فَأَخْبَرَهُمْ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ قَالَتْ: إِنَّ سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةَ نَفَسَتْ بَعْدَ وِفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيْالٍ، وَإِنَّهَا ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِلرُّسُولِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَأَمَرَهَا أَنْ تَنْزُوجَ⁽²⁾.

وحديث سُبَيْعَةَ هذا متأخر عن عدة الوفاة، لأن قصة سُبَيْعَةَ كانت بعد حجة الوداع وزوجها سعد بن خولة هو ممن شهد بدرًا، توفي بمكة حينئذ وهي حامل، وهو الذي رثى له الرسول " صلى الله عليه وسلم " من أنه توفي بمكة، وولدت بعده بنصف شهر، وقال البخاري: بأربعين ليلة⁽³⁾.

الحالة الثانية: أن يتوفى عنها وهي حائل وتنقضي عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾⁽⁴⁾.

ولا فرق في ذلك بين أن تكون الزوجة صغيرة أو كبيرة، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، آيسة من الحيض أو من ذوات الحيض، وفي جميع الحالات فعلى المرأة المتوفى عنها زوجها أن تترك الزينة مدة عدتها أربعة أشهر وعشراً أو بعد وضع حملها إن كانت حاملاً، والزينة تشمل كل ما تنزين به النساء من لبس المصبوغ والملون والحلي من الذهب والفضة، والطيب والكحل، وخضاب وحناء ما دامت في عدتها لأن الزينة داعية إلى الأزواج، فنهيت عن ذلك قطعاً للذرائع⁽⁵⁾.

وقد ذهب جمهور العلماء إلى ترك الزينة في عدة الوفاة استدلالاً بالأحاديث الثلاثة الصحيحة الواردة فيها عَنْ حُمَيْدِ بْنِ نَافِعٍ عَنْ زَيْنَبِ ابْنَةِ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ هَذِهِ الْأَحَادِيثَ الثَّلَاثَةَ، وَهِيَ كَمَا جَاءَتْ فِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ⁽⁶⁾:

(1)-ماحمادو الآسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارناً بالشرعية الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، خروية، 2007، ص 38.

(2)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 56.

(3)-أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي(الجامع لأحكام القرآن)، المرجع السابق، ص 175.

(4)-سورة البقرة، الآية 234.

(5)-أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي(الجامع لأحكام القرآن)، المرجع السابق، ص 176.

(6)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، باب تُحَدِّدُ المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، ص 59.

- عَنْ زَيْنَبِ ابْنَةِ أَبِي سَلَمَةَ قَالَتْ: دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ زَوْجَةَ النَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " حِينَ تُؤْفِي أَبُوهَا أَبُو سُفْيَانَ بِنَ حَرْبٍ فَدَعَتْ أُمَّ حَبِيبَةَ بِطَيْبٍ فِيهِ صُفْرَةٌ خَلُوقٌ أَوْ غَيْرُهُ فَدَهَنْتُ مِنْهُ جَارِيَةً ثُمَّ مَسَّتْ بِعَارِضِيهَا ثُمَّ قَالَتْ: وَاللَّهِ مَا لِي بِالطَّيِّبِ مِنْ حَاجَةٍ غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ الرَّسُولَ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " يَقُولُ: [لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُوَمِّنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا].
- قَالَتْ زَيْنَبُ، فَدَخَلْتُ عَلَى زَيْنَبِ بِنْتِ جَحْشٍ، حِينَ تُؤْفِي أَحْوَهَا، فَدَعَتْ بِطَيْبٍ فَمَسَّتْ مِنْهُ، ثُمَّ قَالَتْ: أَمَا وَاللَّهِ مَا لِي بِالطَّيِّبِ مِنْ حَاجَةٍ، غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " يَقُولُ عَلَى الْمَنْبَرِ: [لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُوَمِّنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا].
- قَالَتْ زَيْنَبُ، وَسَمِعْتُ أُمَّ سَلَمَةَ، تَقُولُ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنَتِي تُؤْفِي عَنْهَا زَوْجَهَا، وَقَدْ اشْتَكَّتْ عَيْنَهَا، أَفَتَكْحُلُهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": " لَا " مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، كُلُّ ذَلِكَ يَقُولُ: " لَا " ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ].

ب_ حالة وفاة الزوجة

تحل الرابطة الزوجية بوفاة الزوجة ويصبح الزوج بذلك أرملاً وكفن المرأة ومؤونة دفنها من مالها إن كان لها مال، وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي.

وقال بعضهم: يجب على الزوج، واختلفوا عن مالك فيه واحتجوا بأن كسوتها ونفقتها واجبة عليه فوجب عليه كنفها، كسيد العبد والوالد، ولنا أن النفقة والكسوة تجب في النكاح للتمكن من الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز والبيونة، وقد انقطع ذلك بالموت فأشبه ما لو انقطع بالفرقة في الحياة، ولأنها بانته منه بالموت فأشبهت الأجنبية وفارقت المملوك فإن نفقته تجب بحق الملك لا بالانتفاع، ولهذا تجب نفقة الأبى وفطرته والوالد تجب نفقته بالقرابة، ولا يبطل ذلك بالموت، بدليل أن السيد والوالد أحق بدفنه وتوليه⁽¹⁾.

إذا تقرر هذا فإنه إن لم يكن لديها مال فعلى من تلزمه نفقتها من الأقارب فإن لم يكن ففي بيت المال كمن لا زوج لها⁽²⁾.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فالمرأة المتوفى عنها زوجها إما أن تكون حاملاً أو حائلاً وتعتد بوضع الحمل إذا كانت حاملاً، وبأربعة أشهر وعشرة أيام إذا كانت حائلاً سواء في وفاة حقيقية أو اعتبارية، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في نص المادتين (59) و(60) ق.أ.ج.

- تنص المادة (59) ق.أ.ج: « تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده ».
- تنص المادة (60) ق.أ.ج: « عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ».

(1)- ابن قدامة المقدسي (المغني)، المرجع السابق، كتاب الجنائز، ص 471.

(2)- المرجع نفسه، ص 471.

وعليه وبموجب هاتين المادتين لم يخرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة التي فرضتها الشريعة الإسلامية، وقد رأينا اتفاق الفقهاء على أن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾⁽¹⁾، هذا إن كانت غير حاملاً، وأما إذا كانت حاملاً فإنها تعتد بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾⁽²⁾، وهو رأي الجمهور.

2- انحلال الرابطة الزوجية للفقد والغياب (الوفاة الاعتبارية)

إذا كانت شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته، فإن هناك حالة بين الحياة والموت وهي الحالة التي يعتبر فيها الشخص لا حياً على الإطلاق ولا ميتاً من جميع الوجوه وتلك هي حالة المفقود⁽³⁾، في حين قد يغيب الشخص غيبة طويلة عن موطنه ويكون احتمال حياته غالباً فيعتبر غائباً⁽⁴⁾. وفي كلتا الحالتين تعتبر الوفاة غير قطعية بل محتملة ومشكوك في صحتها بسبب فقدانهم في ظروف غامضة كالحرب، الفيضانات، والزلازل.... الخ، ونجد أن لهم حقوقاً وواجبات تتعلق بأموالهم وأهليتهم تتوقف الاستفادة منها أو التصرف فيها على ثبوت وفاتهم حقيقةً أو افتراضاً في زمن واحد⁽⁵⁾. فإذا فقد الإنسان في ظروف غامضة ولم يظهر شيئاً منه زمناً طويلاً واستشكل الناس في أمره، فما هي الطريق للوصول لحل هذا المشكل؟ أي ما مصير الشخصية القانونية للشخص الغائب والمفقود؟ وهل يجوز استصدار حكم بوفاة قانوناً؟ وما هو تصرف زوجة المفقود في هذه الحالة؟ وإذا كان الجواب بنعم فما السبيل لذلك؟

وعليه سنعالج هذا الأمر من خلال المرحلتين التاليتين:

المرحلة الأولى: الفقد والغياب

وتحتوي هذه المرحلة على الأمور التالية:

أولاً: تعريف المفقود والغائب

يقضي تعريف المفقود والغائب تعريفهما من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية.

1- تعريف المفقود

يقضي تعريف المفقود تعريفه لغةً ثم اصطلاحاً.

(1)-سورة البقرة، الآية 234.

(2)-سورة الطلاق، الآية 04.

(3)-بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 16.

(4)-العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، مطبعة الطالب، الجزائر، 2007، ص 88.

(5)-المرجع نفسه، ص 88.

أ - المفقود في اللغة

مشتق من الفقد، وهو من قولك فقد الشيء، يفقده فقدًا، وفقدانًا وفقودًا فهو مفقود وفقيد، وفي حديث عائشة رضي الله عنها قالت: [أفنقدت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة]؛ أي لم أجده، وهو افتعلت، من فقدت الشيء أفقده، إذا غاب عنك (1).

ب - المفقود في الاصطلاح الشرعي

عرف علماء الشريعة المفقود تعريفات مختلفة لعل أهمها مايلي:

■ عرفه بعض الفقهاء بأنه: " غائب لم يدر موضعه، وحياته، وموته، وقد انقطع عنهم أخباره، وخفي عليهم أثره (2)، بحيث لم تعد هناك سبل من الوصول إليه والتعرف على أخباره وأمواله مع جهل مصيره أهو حي أو ميت، مع إمكانية البحث والتنقيب عنه " (3).

فهذا التعريف يفيد أن المفقود هو من لا تعرف حياته يقينًا، ولا موته يقينًا، وإنما يطلبه أهله لمعرفة هل هو على قيد الحياة، أم أنه قد مات، فقد يصلون إلى هذا، وقد يتعذر عليهم ذلك.

وهذا التعريف مع بريقه، وتنسيق عباراته، إلا أنه يؤخذ عليه أنه جعل المفقود غائبًا لم يدر موضعه فقصره على نوع من أنواعه، وأهمل المفقود في أرض العدو، هذا الأخير الذي يعتبر نوعًا من أنواعه، ولا يشملته التعريف، فهو بذلك تعريف غير جامع لأحكام المفقود.

■ عرفه بعضهم بأنه: " اسم لموجود هو حي باعتباره أول حاله، ولكنه خفي الأثر، كالميت مآله وأهله في طلبه يجدون لخفاء أثر، مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وفي الحد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد " (4).

وهذا التعريف يمتاز عن التعريف السابق بأنه لم يقيد بكونه مجهول الموضع، غير أنه جعل مدار المفقود على جهل الحياة والموت، لا على جهل المكان.

■ عرفه آخرون بأنه: " الغائب الذي لا يدرى مكانه ولا يعلم حياته ولا موته " (5).

(1) -مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ، ص 713.

(2) -جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 16.

(3) -مؤمن أحمد ذياب شويح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2006، ص 29.

(4) -محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، النباية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، كتاب المفقود، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، ج 07، 2000، ص 357.

(5) -كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير والكفاية على الهداية، تحقيق سعد الله بن عيسى المفتي، كتاب المفقود، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر المحمية - القاهرة -، ج 04، 1316هـ، ص 440.

فهذا التعريف يشمل كل الغائبين وهو كل من تغرب عن أهله ووطنه سواء أكان ذلك في تجارة أو طلب علم أو حج أو عمرة أو جهاد أو غزو أو غير ذلك، علم حاله ومكانه أو جهل ذلك. ولعل التعريف الأنسب للمفقود هو التعريف الأخير باعتباره تعريفاً جامعاً ومانعاً لأحكام المفقود، فالمفقود هو الغائب الذي لا يعرف حياته من موته ولا مكانه، أي لا يعلم على اليقين أنه على قيد الحياة، ولو كان مريضاً، ولا يعلم كذلك مفارقتة للحياة، ولا يعرف مكانه من عدمه، وهذا يفيد أن المدار في المفقود على الجهل بحياته وموته ومكانه في آن واحداً، لا على الجهل بالموت والحياة فقط. وهو التعريف الذي تبناه أيضاً المشرع الجزائري في نص المادة (109) ق.أ.ج بقوله: « المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم ». والمفقود أقسام: قسم باعتبار الغيبة وقسم باعتبار المكان المفقود فيه.

1- أقسام المفقود باعتبار الغيبة

ينقسم المفقود باعتبار الغيبة إلى مايلي⁽¹⁾:

- أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة أي يغلب على الظن بقاءه على قيد الحياة كالأسير، والمسافر للحج أو العمرة أو لطلب العلم أو التجارة أو السياحة أو نحو ذلك.
- ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، أي يغلب على الظن موته، كمن فقد بين الصفين في القتال، فإنه يغلب على الظن هلاكه، وكذلك كمن فقد في الحروب الأهلية أو من فقد في سفينة غرقت بأهلها أو من فقد إثر سقوط عمارة سكنية أو زلزال أو طوفان أو نحو ذلك.

2- أقسام المفقود باعتبار المكان المفقود فيه

ينقسم المفقود باعتبار المكان المفقود فيه إلى مايلي⁽²⁾:

- أ- المفقود في أرض الإسلام في حال الرخاء، سواء أكان سفرة للتجارة أو للعلم أو للسياحة أو نحو ذلك.
- ب- المفقود في أرض الإسلام حال الفتنة يفقد في معتركها، كمن فقد في حرب أو كمن غرق في سفينة أو كمن فقد في زلزال أو سيل أو نحو ذلك.
- ت- المفقود بأرض العدو، والمعترك بين الصفين في الحرب.
- ث- الأسير الذي تعلم حياته ثم تنقطع أخباره فلا يعلم له موتاً أو حياةً.

2- تعريف الغائب

يقتضي تعريف الغائب تعريفه لغةً ثم اصطلاحاً.

أ- الغائب في اللغة

من الغَيْبِ وهو كل ما غَابَ عنك؛ وما غاب عن العيون وإن كان محصلاً في القلوب. ويقال: سمعت صوتاً من وراء الغَيْبِ أي من موضع لا أراه.

(1)-جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص ص 19-20.

(2)-المرجع نفسه، ص ص 19-20.

وغياب عني الأمر غيبًا، وغيابًا، وغيبةً، وغيوبه، وغيوبًا، ومعابًا، ومعيبًا، وتغيّب: بطن، وغيبة هو وغيبة عنه؛ وغاب الرجل غيبًا ومعيبًا وتغيّب: سافر أو بان⁽¹⁾.

ب- الغائب في الاصطلاح الشرعي

الغائب هو المفقود الذي انقطعت أخباره، ولا يعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا موته وهذه هي الغيبة الحقيقية، وهناك الغيبة الحكيمة والتي تكون عندما لا يكون للشخص محل إقامة أو موطن، كمن يهيم على وجهه ولا يُهتدى إليه أو يكون له موطن أو محل إقامة معلوم في الخارج، ولكن حالت الظروف بينه وبين تولي شؤونه أو الإشراف على أمواله⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الغائب في نص المادة (110) ق.أ.ج بقوله: « الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ».

ثانيا: الفرق بين الغائب والمفقود

يختلف المفقود عن الغائب من نواحي عديدة أهمها⁽³⁾:

- الغائب محقق الحياة فهو كل شخص كامل الأهلية ولكن ليس له محل إقامة ولا موطن معلوم داخل موطنه بحيث يستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها، كالمحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المهاجر إلى بلد للعمل أو الدراسة، في حين أن المفقود يغلب احتمال وفاته من حياته.

وهناك عدة حالات تجعل من الشخص الغائب في حكم المفقود وذلك بتوافر الشروط التالية:

- الغياب لمدة تزيد عن سنة دون مبرر شرعي.
- تسبب بالضرر للغير.
- صدور حكم بالغياب.

وهذه الحالة أي انتقال الشخص من حالة الغياب إلى الفقد هي الأكثر أهمية، لأن صدور الحكم بالغياب أو الفقد يعتبر إجراء إجباري للوصول إلى النهاية الحكيمة بالموت الاعتباري، ولهذا فإن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة الغياب إلا في حالة الغائب المفقود، وقد ذهب جل شراح القانون إلى تطبيق نفس الأحكام على حالة الغيبة غير المصحوبة بالفقد رعاية لمصلحة الغائب.

- الغائب من لا يعرف له موطن أو محل إقامة رغم التيقن من حياته ويستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه في إدارتها في حين المفقود لا يعرف حياته من مماته.

(1)-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، لبنان، م 01، 2003، ص 654.

(2)-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 191.

(3)-العيش فضيل، المرجع السابق، ص ص 89-90.

ثالثاً: المشاكل المطروحة عن الغياب والفقْد

تعتبر الغيبة كمانع مادي للأهلية القانونية يحول بين الشخص وبين مباشرته للتصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال أهليته.

وعلى هذا الأساس لا تطرح مشاكل كثيرة في حالة الغائب على عكس ما هو عليه في حالة المفقود أي الغائب بعد مرور سنة في ظروف قاهرة، فمن الطبيعي أن غياب الشخص عن موطنه يعطل مصالحه المالية والأسرية وحتى المصالح العامة.

المشكلة الأولى: ما يضر المصلحة العامة

إن الغاية الأسمى للقانون هي حماية المصلحة العامة، هذه الأخيرة تقتضي عدم ترك مال معين بدون استثمار يعود على صاحبه وعلى الجماعة بالمنفعة العامة وغياب الشخص أو فقدانه فيه ضرر بالمنفعة العامة.

المشكلة الثانية: ما يضر بالمصالح المالية للمفقود والغائب

أي أن غيابه ينعكس مباشرة على أمواله فتعطل إدارة أملاكه واستثمار أمواله إن كانت له أموال ولم يترك وكيلاً عنها⁽¹⁾.

المشكلة الثالثة: ما يضر بمصالحه الشخصية (الأسرة)

■ أولاده القصر إن كان له أولاد من ينفق عليهم ومن يتولى أمورهم؟
 ■ الزوجة هي الأخرى ضحية للفقْد فكيف يمكن لها طلب الطلاق وكيف لها أن تعتد؟
 وما تجدر الإشارة إليه في ظل هذه المشاكل واستناداً إلى نص المادة (115) ق.أ.ج في شطرها الأول:
 « لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ».
 والمادة (133) ق.أ.ج: « إذا كان الوارث مفقوداً ولم يحكم بموته يعتبر حياً وفقاً لأحكام المادة 113 من هذا القانون ».

ما يلاحظ من خلال هاتين المادتين أن المفقود يعتبر حياً في حق الأحكام التي تضره وهي تتوقف على ثبوت موته، فلا يجوز التصرف في أمواله عن طريق تقسيمها على الورثة، ولا تفسخ إجارته ويعتبر ميتاً في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته، فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاق الوصية⁽²⁾، وهذا ما أكدته المادتين السالف ذكرهما.

رابعاً: الحلول التشريعية لحالات الغياب والفقْد

إن حالة الغياب والفقْد من أهم المشاكل القانونية التي عالجها قانون الأسرة الجزائري ومن بين الحلول التي حولها هذا الأخير مايلي:

(1)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص 90.

(2)- بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 17.

1- وجوب رفع دعوى الفقد والغياب

من المقرر قانوناً واستناداً إلى نص المادة (109) ق.أ.ج فالمفقود لا يعتبر كذلك إلا بعد صدور حكم قضائي بالفقد، أي أنه لا يجوز أي تصرف قانوني في أملاك الغائب أو المفقود قبل صدور الحكم الذي يقضي بذلك، ولكن من يحق له رفع هذه الدعوى؟

بالرجوع إلى نص المادة (114) ق.أ.ج يصدر الحكم بالفقد بناءً على طلب:

▪ أحد الورثة.

▪ من له مصلحة.

▪ من النيابة العامة.

ومن المنطقي أن هذه الدعوى لا تقبل شكلاً قبل مضي سنة كاملة من الفقد والغياب.

2- حصر أموال المفقود وتعيين الوكيل أو إثبات الوكالة

على القاضي أن يحصر أموال المفقود أو الغائب خلال إصداره للحكم طبقاً لأحكام المادة (111) ق.أ.ج، وعلى المحكمة أيضاً إقامة وكيلاً عنه يتولى شؤونه وإذا كان قد ترك وكيلاً فتحكم المحكمة بتثبيته إلا إذا استبان خيانتته أو تقصيره⁽¹⁾.

3- تعيين المقدم أو القيم

بالرجوع إلى نص المادة (99) ق.أ.ج: « المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها..... ».

وقد عالجت المادة (93) ق.أ.ج شروط المقدم باعتباره يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام وهي

كالتالي:

▪ أن يكون مسلماً: فلا قوامة لكافر على مسلم، لأن القيم كالولي ولا ولاية لغير مسلم على مسلم.

▪ أن يكون عاقلاً: فلا تثبت القوامة للمجنون ونحوه لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه، فلا يُولى شؤونه غيره.

▪ أن يكون بالغاً: فلا تثبت القوامة للصبي لأنه قاصر النظر لا يهتدي إلى وجود المصلحة أو المنفعة.

▪ أن يكون قادراً: فلا تثبت القوامة إلا إذا كان قادراً فعلاً على ذلك.

▪ أن يكون أميناً حسن التصرف: لأن الإشراف على مصالح الغير يتطلب استقامة ونزاهة وأمانة وحرصاً وتصرفاً بحكمة تصرف الرجل العادي.

4- حق الزوجة طلب الطلاق بعد غياب مدة سنة

من بين الحالات التي أجاز فيها المشرع لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها

تضمنتها المادة (53) ق.أ.ج وهي حالة « الغيبة الطويلة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ».

(1)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص 92. انظر كذلك أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،

وعليه فإنه يتضح من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بتطليقها من زوجها وفقاً لهذا النص إلا بتوافر ثلاثة شروط هي على النحو التالي⁽¹⁾:

- أ- أن يتغيب الزوج عنها غيبة طويلة تفوق السنة، لأنه لا يمكن للزوجة أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن.
- ب- أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون مبرر شرعي وعقلاني مقبول، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر وكان غيابه في إطار خدمة عامة أو لأداء الخدمة العسكرية في مكان بعيد أو من أجل التعليم خارج الوطن أو ما شابه ذلك، فإن الزوجة لا يقبل منها في مثل هذه الحالات أن ترفع دعوى أمام القضاء وتطلب الحكم لها بالتطليق منه.
- ت- وأخيراً يجب لتتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها مالاً تنفقه على نفسها أو عليها ومن معها من الأولاد الناتجين عن زواجهما أما إذا غاب لمدة سنة فأكثر لعذر أو غاب بدون عذر ولكن ترك لها مالاً يمكنها من أن تنفق منه على نفسها وعلى أولادها فلا يجوز لها أن تطلب من المحكمة أن تحكم بتطليقها من زوجها تطبيقاً للفقرة 5 من المادة (53) ق.أ.ج.

غير أنه ما يمكن ملاحظته هنا هو أنه لا ينبغي أن نخلط بين أحكام هذا النص وأحكام نص المادة (112) من هذا القانون المتعلقة بوضعية الغائب والمفقود « لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون»، لأن طلب التطليق استناداً إلى الفقرة 5 السالف ذكرها سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجه، بينما التطليق استناداً إلى نص المادة (112) سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها، وهذا يبين لنا مدى ما بينهما من اختلاف في السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد في الإجراء، بالإضافة إلى أن الحالة الأولى تقتضي أن يكون الزوج معلوم مكان وجوده ومحقق أمر حياته، في حين أن الحالة الثانية تفترض أنه لا يعرف أنه ميت أو مازال على قيد الحياة.

وعليه فإذا فقد شخص أو غاب وانقطعت أخباره، ولم يعد يعرف مكان وجوده، ولا يمكن التأكد من حياته ولا من وفاته أو علم مكانه وتحققنا من حياته ولكن ظروفًا قاهرةً منعه من الرجوع، وحالت دونه ودون عودته إلى أهله، وكان غيابه قد تسبب في ضرر للغير فإن للزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادة (53) ق.أ.ج استناداً إلى إحالة المادة (112) المشار إليها أعلاه.

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 269-270.

قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَتَّبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾⁽¹⁾.

وبهذا المعنى ورد النص على زوجة المفقود في الشطر الثاني من المادة (59) ق.أ.ج السالفة الذكر ودل هذا النص على تشابه زوجة المفقود وزوجة المتوفى عنها زوجها وخضوعهما لقاعدة واحدة بخصوص مدة العدة ولا يختلفان إلا من حيث بداية حساب العدة، باعتبار أن عدة المتوفى عنها زوجها تبدأ من يوم وفاته وعدة زوجة المفقود تبدأ من يوم صدور الحكم بفقده أو وفاته.

المرحلة الثانية: الحكم المدني بالوفاة الاعتبارية

وتحتوي على النقاط التالية:

أولاً: شروط الحكم بالموت المدني

يقتضي الحكم المدني بالوفاة الاعتبارية للغائب والمفقود جملة من الشروط وهي كالتالي⁽²⁾:

1- صدور الحكم بالفقد

وذلك برفع دعوى الفقد أو الغياب كما سبق الذكر.

2- مضي 4 سنوات على الأقل من تاريخ الفقد

لقد نصت المادة (113) ق.أ.ج على أنه: « يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع (04) سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات ».

وعليه ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد فرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة المفقود الذي يوجد في ظروف يغلب فيها الهلاك كما لو تم الفقد أثناء الحروب أو

الفيضانات أو الزلازل وفي هذه الحالة يحكم القاضي بموت المفقود بعد مرور 04 سنوات.

وقد جاءت عبارات المادة (114) ق.أ.ج هي الأخرى غامضة من حيث بداية حساب مدة 04 سنوات

هل من يوم صدور الحكم بالفقد أو من يوم الفقد، والأرجح أن حساب المدة يكون من تاريخ صدور الحكم بالفقد مادام استصدار الحكم يعتبر شرطاً أساسياً لطلب الحكم بالوفاة المدنية.

(1)-سورة البقرة، الآية 234.

(2)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص ص 94-95.

في بعض المذاهب الإسلامية يحكم بموت المفقود إذا انقرضت أفرانه في بلده، فإن تعذر الفحص من الأقران يحكم القاضي بموت المفقود بعد مضي 90 سنة من حين ولادته، وهذه تعد أقصى مدة لاعتبار المفقود ميتاً. انظر بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 17.

الحالة الثانية: حالة المفقود الذي يوجد في ظروف يغلب فيها السلامة كمن سافر إلى بلد بعيد لطلب العلم أو العمل وانقطعت أخباره ولا يعرف حياته من موته، وفي هذه الحالة يترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد المدة التي يحكم بموته، ومن المنطقي أن هذه المدة لن تقل عن 04 سنوات.

3- وجوب التحري

ذلك أنه في كلتا الحالتين لا يجوز الحكم بموت المفقود إلا بعد أن يتحرى القاضي عنه بكافة الطرق الممكنة حتى يتبين له إذا كان حيًّا أو ميتًّا.

4- جنسية المفقود ومكان الفقد

لقد نصت المادة (89) ق.ح.م.ج على أنه يجوز⁽¹⁾:

- التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر إذا كان له مسكن أو محل إقامة معتاد في الجزائر.
- التصريح قضائياً بوفاة كل أجنبي أو عديم الجنسية فقد في الجزائر أو على متن سفينة أو طائرة جزائرية أو فقد في الخارج إذا كان له مسكن أو محل إقامة معتاد في الجزائر.

ومما تجدر إليه الإشارة في هذا المقام أن الحكم المعلن للوفاة بهذه الطريقة يقوم مقام وثيقة الوفاة نفسها ويجب أن يسجل في سجلات الحالة المدنية لبلدية مكان الولادة ويشار إليه في هامش وثيقة ميلاد المفقود أو في هامش عقد زواجه إن كان متزوجاً، أما الحكم بالفقد فلا يسجل في الحالة المدنية ولا تترتب عليه الآثار القانونية.

غير أنه إذا كان هذا الفقد قد شمل أشخاصاً كثيرين في حادث مثل حوادث الحروب والكوارث البحرية أو الجوية أو الزلازل، فإنه يجوز تقديم طلب إلى محكمة الجزائر التي ستنولى التحقيق في ظروف هذا الحادث وآثاره، ثم تقرر بعد ذلك الحكم افتراضاً بوفاة الأشخاص المفقودين بحكم واحد يضمهم جميعاً وترسل نسخ منه إلى ضابط الحالة المدنية لبلدية مكان ولادة كل واحد منه ليقيّد من طرفه في سجلات الحالة المدنية هناك أو إلى ضابط الحالة المدنية لبلدية آخر سكن كل واحد من المفقودين بقصد تقييدها في سجلاته.

وفي جميع الأحوال فإن التصريح بالوفاة قضائياً سواء أكان بناءً على طلب وكيل الجمهورية أو ممن له مصلحة، وسواء أكان الطلب المقدم إلى المحكمة المختصة طلباً جماعياً يتعلق بعدد من المفقودين في حادث واحد أو فردياً يتعلق بفقدان شخص واحد، فإن الحكم المقرر للوفاة يجب أن يتضمن تاريخ الوفاة سواء اعتماداً على القرائن التي يمكن أن تستخلص من ظروف الحادث وتساعد على ذلك أو اعتماداً على تاريخ الفقدان نفسه ولا يجوز إغفال أو إهمال الإشارة إلى تاريخ الوفاة في الحكم وإلا اعتبر الحكم ناقصاً غير ذي فائدة وجاز طلب تصحيحه.

(1)- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق لـ 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 21 مؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق لـ 09 أوت 2014، ج ر ع 49 مؤرخة في 09 أوت 2014.

ثانيا: النتائج المترتبة عن الحكم بالموت الاعتباري

يترتب على الحكم المدني بالوفاة الاعتبارية النتائج التالية⁽¹⁾:

- 1- يعتبر حكم المحكمة بوفاة الشخص اعتبارياً حكماً قضائياً قابلاً للإلغاء في أي وقت في حالة عودة المفقود.
- 2- إن الحكم بالموت قضائياً يعتبر بمثابة شهادة الوفاة ومن تاريخ صدور هذا الحكم تنتهي الشخصية القانونية نهائياً.

3- بما أن الشخص الصادر في حقه هذا الحكم يعتبر ميتاً قانونياً فإنه يجب:

- قضاء ديونه للمستحقين .
- قسمة التركة على الورثين الشرعيين الذين حددهم القانون بكل وضوح.
- على الزوجة أن تعتد عدة الوفاة (04 أشهر وعشرة أيام)
- 4- سقوط الوكالة عن الشخص الذي أوكلته المحكمة عند صدور الحكم بالفقدان.

ثالثا: حالة عودة المفقود المحكوم عليه بالوفاة مدنياً⁽²⁾:

لقد نصت المادة (115) ق.أ.ج على أنه: « لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عيئاً من أمواله أو قيمة ما بيع منها ».

أما بالنسبة للزوجة فلم يضع المشرع الجزائري حكماً خاصاً بها إلا أن فقهاء الشريعة أجمعوا على أنه إذا ظهر المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة فهي لزوجها الأول.

وإن قدر أنها تزوجت بعد التبرص بالعدة ثم جاء الأول فإنها تعود إلى الأول إن رغب في ذلك، غير أنه إذا دخل بها فلا عدة عليها وفي حالة تركها للثاني يطالب بقدر الصداق الذي أصدقها إياه وللزوج الثاني أن يطالب به الزوجة.

وهذا ما قضى به كل من عثمان وعلي - رضي الله عنهما -.

ثانيا: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

إن الطلاق يعد من أهم الظواهر العامة التي عرفتتها الشرائع القديمة أو الحديثة على حد سواء، ولكن في ظل أوضاع وشروط مختلفة، وكذا وفق تنظيمات وتشريعات متفاوتة الشدة لضبطها وتقييدها، وعليه فإن المنتبع للمسار التاريخي لهذه الظاهرة في مختلف الشرائع وعبر مختلف الأزمنة والعصور سوف يعكس لنا الصورة الحقيقية والشاملة لأهم المتغيرات والتبادلات الحاصلة لنظام الطلاق ككل، والتي تجسد بدورها مختلف الشروط والقيود التشريعية التي كانت تنظمه أو تحكمه أو تضبط الحالات المختلفة عند اللجوء إليه، ومن ثم يصبح من السهل إجراء مقارنة بسيطة لفهم كيف كان يحدث الطلاق عبر المراحل التاريخية وما هو عليه اليوم في كل القوانين عموماً والقانون الجزائري خصوصاً.

(1)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص 96.

(2)- المرجع نفسه، ص 96.

والى جانب هذا يمكن فهم ومعرفة أهم الأشكال والأنماط المختلفة التي كان يقع عليها الطلاق ولازالت مستمرة الانتشار في كل المجتمعات ماضياً وحاضراً باختلاف تنظيّماتها القانونية وشرائعها الدينية.

1- الطلاق في الشرائع القديمة

إن الطلاق ظاهرة قديمة، قدم عهد الإنسانية بالزواج مع اختلاف وجود الطلاق باختلاف الزمان والمكان، وعليه ولما كان الطلاق كذلك سنحاول سرد أهم الأمور المرتبطة به في مختلف الشرائع القديمة، وهذا على النحو التالي:

أ- الطلاق في شريعة حمورابي

يعود قانون حمورابي إلى الألف الثاني قبل الميلاد، ووضع باسم الملك حمورابي، ولقد ضم هذا القانون 282 مادة، أحاطت بكل القواعد المتعلقة بسائر فروع القانون، ولقد صيغت صياغة حديثة تبتعد عن صياغة القوانين القديمة، ورتبت ترتيباً علمياً حصرياً، وقسمت إلى قوانين خاصة بالأحكام المنقولة والأحكام العقارية وبالتجارة والصناعة⁽¹⁾.

وكذا نصت على أحكام الطلاق في المواد (178) إلى (182)، حيث منحت للزوج الحق في طلاق زوجته، غير أن هذه الأخيرة لها الحق في اللجوء إلى المحكمة لتثبت بأن شكواها عادلة وقيمة فيحكم برجعها إلى منزل زوجها كما لها الحق في طلب الطلاق بدورها، وعند الحكم بطلاقها فإنها تأخذ كل ما يخصها، وغالباً أيضاً تعويضاً تقدره القوانين.

ونظام الزوجة الواحدة هو المعترف به في شريعة حمورابي، ولا يحد من شدته إلا حق تأمين الذرية للرجل، لذا فإن عقم الزوجة ومرضها هما من أهم أسباب الطلاق الشرعية⁽²⁾، غير أنه يحق للزوجة العاقر أن تهدي زوجها أمةً بمثابة خلية تفادياً للطلاق، وإذا لم ينجب الرجل من زوجته ولا من خليلته، فإن القانون يسمح له أن يتزوج من زوجة ثانية، وعلى هذه الأخيرة أن تحترم أفضلية الزوجة الأولى⁽³⁾.

ب- الطلاق عند قدماء اليونان

إذا عرفنا نظرة الشريعة اليونانية إلى المرأة عرفنا نظرتهم إلى حق الزوج في تطليق زوجته، ولقد كانت المرأة عندهم متاعاً تباع وتشتري، فالأب يبيع ابنته لمن يتزوجها، وعليه فإن للزوج الحق المطلق في تطليقها كما أن له الحق في أن يزوج مطلقته لمن يشاء حال حياته، وأن يوصي بها إلى شخص آخر بعد مماته، وإذا كانت الزوجة عقيماً ردها لأبيها واسترد ما دفعه ثمناً لها⁽⁴⁾.

(1)- لمزيد من المعلومات حول قانون حمورابي انظر كتاب شريعة حمورابي، تقديم الأب سهيل قاشا، ترجمة محمود الأمين، ط1، دار الوراق للنشر المحدودة، لندن، 2007، ص ص 72-07.

(2)- انظر لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 13.

(3)- المرجع نفسه، ص 14.

(4)- انظر محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 160. انظر كذلك باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 05.

وإذا أرادت الزوجة تطليق الزوج كان عليها أن تتقدم بطلب إلى القاضي تبين فيه مبررات الطلاق ويجب طلبها إذا كان الزوج مسرفاً في مجونه أو هجر زوجته أو ألحق بها ضرراً بالغاً⁽¹⁾.

ت- الطلاق عند الرومان

أخذ التشريع الروماني بفكرة الطلاق، وكان في أول الأمر حقاً للزوج يمارسه بدون رضا الزوجة وبدون مبرر يقتضيه، ومن الناحية العملية لم يكن الزوج يمارس هذا الحق إلا إذا ارتكبت الزوجة خطأ جسيماً، غير أنه في العصر الكلاسيكي أصبح للمرأة هي الأخرى الحق في تطليق الزوج وكان الطلاق يتم لرغبة أحد الزوجين من غير مقتض لذلك، ولذا كثر الطلاق في هذا العصر⁽²⁾.

وفي عصر الإمبراطور قسطنطين سنة 331 م⁽³⁾، قيدت حرية الزوجين في الطلاق لأتفه الأسباب أو لمجرد رغبة الزوجين أو أحدهما فيه، ولما جاء جوليانوس⁽⁴⁾ أعاد الأمر إلى ما كان عليه من إطلاق حرية الزوجين في الطلاق تماشياً مع عادات الرومان، ولما جاء جوستينيان⁽⁵⁾ بعد ذلك قيد حرية الزوجين في الطلاق فلم يباح الطلاق إلا لأسباب تقتضيه كزنا الزوجة أو اعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر أو الجنون أو العقم أو العجز الجنسي، كما أجاز الطلاق إذا كان باتفاق الزوجين⁽⁶⁾.

ث- الطلاق عند اليهود

يعتبر الطلاق في الديانة اليهودية حقاً مطلقاً يملكه الزوج على زوجته يمارسه بمحض إرادته، فله أن يطلقها لأتفه الأسباب وليس للمرأة حق طلب الطلاق مهما كانت الأسباب، ذلك أن الطلاق يحرم على المرأة والرجل كليهما أن يتزوجا بعد ذلك⁽⁷⁾، أي أن الطلاق في هذه الحالة يعتبر مانعاً مؤبداً بالنسبة للزوجين المطلقين في استئناف الحياة الزوجية، والأصل في الطلاق عند اليهود هو الكراهة، فينبغي أن لا يقدم عليه الزوج إلا لحاجة أهمها: الخيانة الزوجية، الزنا والعقم⁽⁸⁾.

(1)-انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 160.

(2)-المرجع نفسه، ص 161. انظر كذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص 14.

(3)-قسطنطين إمبراطور روماني لقب أيضاً باسم قسطنطين العظيم، هذا الأخير الذي كان نقطة تحول هامة في تاريخ المسيحية توفي عام 337 م.

(4)-جوليانوس إمبراطور روماني تولى عرش الإمبراطورية الرومانية في الفترة الممتدة بين 28 مارس 193 و01 يونيو 193، أغتيل بعد شهرين من توليه الحكم.

(5)-جستينيان إمبراطور روماني شرقي (بيزنطياً) يعرف أيضاً باسم الإمبراطور الروماني الأخير، وقد تولى الحكم بعد وفاة عمه الإمبراطور جستين الأول منذ أغسطس عام 527 حتى وفاته في نوفمبر 565 م.

(6)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 161.

(7)-انظر باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 05.

(8)-انظر محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 09.

ج- الطلاق عند المسيحيين

لقد انفردت الديانة المسيحية من بين جميع الأديان بتحريم الطلاق، غير أنها اختلفت في الطلاق بحكم رئيسهم الروحي بناءً على طلب أحد الزوجين.

فالكاثوليك على عدم جواز الطلاق لأي سبب كان، فيعتبرون الزواج سرًا من أسرار الكنيسة المقدسة ورابطة أزلية غير قابلة للانحلال إلا بالوفاة⁽¹⁾، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال⁽²⁾، فالرجل يغادر أباه وأمه ويلتصق بزوجته ويظلان جسدًا واحدًا، وحجة الكنيسة في اعتماد هذا المبدأ هي أن ما جمعه الله لا يمكن للبشر أن يفرقه⁽³⁾.

وبالتالي لا يمكن لأحد الزوجين في هذه الحالة أن ينهي الرابطة الزوجية، كما أنه لا يجوز الاتفاق بينهما على إنهاءها لأنهما يلتزمان بها وبدوامها أمام الله، حيث يعقد الزواج في الكنيسة بحضور من يمثلها من الرهبان والقساوسة، ويردد الزوجان أمامه بالقسم على الارتباط بينهما مدى الحياة⁽⁴⁾، كما اعتبروا كل من يتزوج بأخرى أنه زان، واعتمدوا ما جاء في الإنجيل "من طلق امرأته لغير علة الزنا فقد جعلها زانية ومن تزوج مطلقة فقد زنا"⁽⁵⁾.

غير أن الديانة المسيحية أباحت مع ذلك ما يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني *la séparation de corps*⁽⁶⁾، والذي يساوي في النتيجة الهجر والإيلاء الذي كان يتعاطاه أهل الجاهلية في الجزيرة العربية قبل ظهور الإسلام⁽⁷⁾.

(1)-انظر محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 08. انظر كذلك أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف(دراسة ميدانية)، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 70.

(2)-انظر أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية(فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 21.

(3)-انظر محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 08.

(4)-المرجع نفسه، ص 08.

(5)-إبرهارد أرنولد، المسيحيون الأوائل، ط1، مكتبة المنار، القاهرة، 2000، ص ص 145-146.

(6)-التفريق البدني أو الانفصال الجسماني *la séparation de corps* هو تلاشي الرابطة الزوجية والتي تنتج عن إلغاء الواجبات المشتركة التي فرضها الزواج على الزوجين أو هي حالة زوجين رخص لهما بقرار قضائي، لعدم العيش معًا لسبب من الأسباب التي قد تبرر الطلاق، وهي تختلف عن الطلاق، من حيث أنه لا تحل الرابطة الزوجية، بل تستبعد بعض الحقوق كواجب الأمانة والحماية. انظر

-THIERRY Gare, Droit des personnes et de la famille, éd Montchrestien, Paris, 1998, p 191.

-PATRICK Courbe, Le divorce, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1996, p 94.

-FRANCOIS Terre et DOMINIQUE Fenouillet, Droit civil (les personnes, la famille, l'incapacité), 6^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1996, p 191.

(7)-انظر محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 08.

أما البروتستانت فقد أجازوا الطلاق في حالتين: حالة الزنا بناءً على طلب أحد الزوجين، وحالة تغيير الدين المسيحي إذا طلب الزوج الآخر الطلاق، وهم يرون أن الزواج نظام اجتماعي لا يتميز بسر مقدس ولا يمثل الكاهن الإرادة الإلهية وإن كان يتمتع بسر خاص هو (سر الكهنوت)⁽¹⁾.

أما الأرثوذكس وإن كانوا يتفقون مع البروتستانت في جواز الطلاق إلا أنهم توسعوا أكثر من غيرهم في الأسباب التي من أجلها يصح طلب الطلاق، فأضافوا الأسباب التالية⁽²⁾:

- زنا أحد الزوجين إذا طلب الزوج الآخر الطلاق.
- الردة عن الدين المسيحي إن طلب الزوج الآخر الطلاق.
- إصابة أحد الزوجين بالجنون المطبق أو المرض المعدي.
- اعتداء أحد الزوجين على الآخر اعتداءً جسيماً.
- عنة الزوج إذا مضي عليهما 03 سنوات وكان يخشى على الزوجة من الفتنة.
- ترهب أحد الزوجين.
- إساءة العشرة الزوجية.

ح- الطلاق في الجاهلية

جعل العرب في الجاهلية الطلاق سبيلاً لحل الرابطة الزوجية، ولم يكن نظاماً محددًا منضبطاً، فقد عرف العرب نظام الطلاق الثلاث الذي تكون بعده المرأة بئنة لا سبيل إلى رجعتها إلا بعد زواجها من آخر ثم أوجد بعضهم حلاً للطلاق الثلاث حتى إن أحدهم كان يطلق زوجته ما شاء من عدد الطلقات، ثم يراجعها إن شاء ما دامت في العدة، وعرف العرب الظهار وكانوا يعدونه طلاقاً، كما عرفوا الإيلاء والخلع على وجه مختلف عما هو عليه في الإسلام، والطلاق عندهم حق للرجل ويجوز للمرأة أن تشتترطه في عقد الزواج⁽³⁾.

2- الطلاق في القوانين الوضعية المعاصرة

لقد استمدت تشريعات الدول الغربية قوانينها من المذاهب المسيحية، ولذا نجدها لا تبيح الطلاق بالإرادة المنفردة من الزوج ولا بإرادة الزوجين باعتبار أن الزواج سر من الأسرار المقدسة فلا يجوز أن تتحل الرابطة الزوجية بإرادة البشر، وإنما تتحل بالإرادة الإلهية التي يمتلكها الكاهن إذا وجدت المبررات الكافية⁽⁴⁾.

(1)-انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 162.

(2)-المرجع نفسه، ص 162. انظر كذلك أشرف ندا، الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد، مصر، د.س.ن، ص ص 490-503.

(3)-انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 162.

(4)-ILISE Petter, Couple Top 10 des motifs les plus fréquents de divorce. Article lu à la dresse suivante:

<http://www.terrafemina.com> le 21/02/2014, 18:18.

ولما كانت المذاهب المسيحية مختلفة في الأخذ بمبدأ الطلاق وفق مبررات كما مر اختلفت المذاهب التي تجيز الطلاق في المبررات هي الأخرى، لذا جاءت القوانين متباينة في الحالات التي يجوز فيها الطلاق تبعاً لاختلاف المذاهب المسيحية في ذلك.

فالقانون الإيطالي لم يأخذ بنظام الطلاق لأن الشعب يدين بالمذهب الكاثوليكي، وبقي الأمر على هذا الحال إلى غاية 1970 حين أصدرت الحكومة الإيطالية تحت وطأة المطالبة الشعبية بقانون إباحة الطلاق ولعل من بين أهم الأسباب الداعية للطلاق في القانون الإيطالي هي الخيانة الزوجية⁽¹⁾. أما القانون الفرنسي فقد أباح الطلاق وذلك للأسباب التالية⁽²⁾:

- الخيانة الزوجية.
- زنا أحد الزوجين.
- إذا حكم على أحد الزوجين بإدانة مشينة.
- الانحلال الخطير من أحدهما، وإخلاله بالالتزامات الناشئة عن عقد الزواج والذي يجعل من غير الممكن بقاء العلاقة الزوجية.

أما القانون الانجليزي فقد توسع أيضاً في الأسباب المؤدية للطلاق ومنها⁽³⁾:

- الإخلال بالالتزامات الزوجية.
- تصدع الحياة الزوجية تصدعاً خطيراً.
- المرض المعدي والمنفر.
- الجنون.
- الهجر لمدة ثلاث سنوات فأكثر.

ومن الملاحظ أن بعض هذه القوانين قد توسعت كثيراً في المبررات المؤدية للطلاق وتكاد تتفق فيما بينها على هذه الأسباب حتى غدا الاستثناء قاعدة عامة، غير أن الأمر لا يجوز أن يمارسه أحد الزوجين بإرادته المنفردة، فلا بد إن أراد أحد الزوجين التفريق من عرض المبررات والأسباب على الكنيسة أو المحكمة لتحكم له بالتفريق.

3- الطلاق في الشريعة الإسلامية

لما كان الزواج في كل الشرائع المنزلة عقداً أبدياً شرع للبقاء والاستمرار، ولكي يكون صالحاً فلا يكفي فيه أن يكون أبدياً، بل أن ذلك مشروط بقيام المودة بين الزوجين واستمرارها، الأمر الذي لا يمكن ضمانه دائماً لأن الحياة الزوجية معرضة لأن تأخذ اتجاهاً غير اتجاه الاستقرار والمودة، فقد تأخذ اتجاه الجنوح

(1)-انظر كسال مسعودة، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري(دراسة ميدانية حول عينة من المطلقات في الوسط الحضري الجزائري)، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1986، ص 42.

(2)-CORINNE Renault-Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, G.E, Paris, 2007, p 195.

(3)-انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 163.

والإعراض النفسي، وقد تشدد فتأخذ اتجاه الشقاق والنزاع، وربما يزيد شدة فيكتسب صفة الاستمرارية، فإن الإسلام لم يدع ذلك من غير مواجهة علاجية تحول دون تصدع البناء الأسري، وتزيل أسباب الشقاق، ولأن كلا من طرفي العلاقة الزوجية مسؤول على نحو ما في مثل هذه الحالات، فإنه يتوجه إليهما بالنصح الواجب في هذا المقام ويرسم لهما سياسة الإصلاح، ومعاودة الحياة بسيرتها الأولى⁽¹⁾، وتتمثل هذه السياسة الإصلاحية في:

أ- إذا كان الشقاق من جانب الزوج، وجه الإسلام الزوجة إلى الحل الأول، الذي يبدد ما ظهر في جو حياة الزوجين من خلاف، ورجب في أن تكون أول مراحل الحلول هي مكاشفتها لزوجها بما يسئها، كمحاولة منها لتتقية الجو بينهما، وهذا لقوله عزوجل: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽²⁾، على أن يكون ذلك بمعزل عن أسرتهما أو أقربائهما، وذلك صيانة منه للعلاقة بينهما، حتى لا تكون معرفة الغير بهذا الخلاف الطارئ سببًا في إشاعته وتعقيد الأمر عليهما⁽³⁾.

ب- إذا شعر الزوج بعصيان زوجته وعدم إطاعته لأوامره، عليه أن يعظها ويرشدها إلى حقوقها وواجباتها الزوجية، وحيث لا ينفع الرشد عليه أن يهجرها في المضجع، بعد أن ينذرهما بذلك، وإذا لم يجد ذلك في تقويمها أجاز الشرع أن يضربها، بحيث لا يحدث فيها أضرارًا أو تشويهًا، فلعل ذلك يكون رادعًا لها وزاجرًا، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تُخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁽⁴⁾.

ت- فإذا لم يتمكن الزوجان من إصلاح ما بينهما من شقاق بوسائلهما الخاصة، اقترح الإسلام حلًا آخرًا وهو أن يحكم بين الزوجين واحد من أهله وآخرًا من أهلها لفض هذا النزاع، واختار أن يكون الحكمان من أهلها ليحفظا أيضًا سرية وضعهما، ولا يستغل الخلاف للتعجيل بالفرقة بينهما، لو دخل غير الأهل في فض هذا النزاع⁽⁵⁾، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾⁽⁶⁾.

(1)-كسال مسعودة، المرجع السابق، ص 43.

(2)-سورة النساء، الآية 128.

(3)-كسال مسعودة، المرجع السابق، ص 43.

(4)-سورة النساء، الآية 34.

(5)-كسال مسعودة، المرجع السابق، ص 43.

(6)-سورة النساء، الآية 35.

ث- ومن الأمور التي قررها الإسلام كذلك لتحاشي الطلاق، أنه قد رتب عليه من الناحيتين المالية والاجتماعية نتائج خطيرة، وألقى بسببه على كاهل الزوج أعباءً ثقيلةً، وأن من شأن هذه النتائج والأعباء أن تحمله على ضبط النفس وتدبر الأمر قبل الإقدام على الطلاق، كالنفقة على زوجته وعلى أولاده حتى يكبروا مثلاً⁽¹⁾.

وإذا لم تتجح كل هذه الوسائل المذكورة لحل النزاع القائم بين الزوجين، وعودة المياه إلى مجاريها السابقة بينهما، فحينئذ يبيح الإسلام الطلاق، لأنه كثيرًا ما يحدث في الحياة ما يقتضي الطلاق بل ما يجعله ضرورة لازمة ووسيلة للاستقرار العائلي والاجتماعي من ناحية، ولتخلص الزوجان من المفسد والشور التي قد تترتب على بقاء حياة زوجية كريهة، فيستبدل كل منهما بزوجه زوجًا آخرًا قد يتألف معه ويبادله المودة والرحمة من ناحية أخرى، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾.

ولقد أعطى الإسلام لكل من الزوجين الحق في الطلاق مع تملكه للرجل، لقدرته في الغالب على ضبط عواطفه وكبح جماح نفسه وتحكمه في أعصابه، وإن كان هذا لا يفي بوجود نساء بهذه الصفات ولكن بصورة أقل عمومًا، ويتم الطلاق في الشريعة الإسلامية بالأشكال التالية:

1- الطلاق الرجعي

هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلى الحياة الزوجية مادامت في العدة، من غير عقد ولا مهر جديدين، رضيت الزوجة بذلك أم أبت⁽³⁾.

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا تَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبِعَوْلَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ وَلِلرِّجَالِ بِالْمَعْرُوفِ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ أَلطَّلِقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁴⁾.

(1)- كسال مسعودة، المرجع السابق، ص 44.

(2)- سورة النساء، الآية 36.

(3)- المصري المبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 136. انظر كذلك أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008-2009، ص 274؛ قيس عبد الوهاب الحياي، إشكالية الطلاق الرجعي، مجلة الرافيين للحقوق، جامعة الموصل، كلية القانون، العراق، ع 32، 2007، ص 03.

(4)- سورة البقرة، الآية 228-229.

وعليه فكل طلاق يوقعه الزوج على زوجته يكون رجعيًا، إلا إذا كان قبل الدخول أو في مقابلة مال أو مكملًا لثلاث، سواء أكان بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو بكناية من كنايات الطلاق إذا نوى بها الطلاق وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي إذا كان بسبب عدم الإنفاق على الزوجة، وذلك لقرب احتمال القدرة على الإنفاق وارتفاع الضرر على الزوجة بعودة الزوج إلى الإنفاق عليها، فالمعسر قد يرزقه الله من قريب، والمتعنت قد يرجع عن عناده حينما يسمع الحكم من القاضي بالتفريق، فلو أيسر الزوج وأظهر استعداداه للإنفاق على زوجته كان له أن يراجعها مادامت في العدة⁽¹⁾.

2- الطلاق البائن

الطلاق البائن هو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد، وكأنه يتزوجها لأول مرة⁽²⁾، وهو نوعان:

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى

هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، وبرضاها، وسواء انقضت العدة أم لم تنقض⁽³⁾، ويكون في الحالات التالية:

1- أن يطلقها طلاقًا رجعيًا، ثم يتركها فلا يراجعها حتى تنقضي عدتها، فتبين منه بمجرد انقضاء عدتها⁽⁴⁾.

2- الطلاق قبل الدخول الحقيقي، ولو كان بعد الخلوة، يكون بائنًا، لأنه حيث لا توجد العدة فلا تمكن المراجعة⁽⁵⁾، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽⁶⁾، ولقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁷⁾.

(1)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن، ص 167-168.

(2)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 01، 2005، ص 327. انظر كذلك

-GHAOUTI Benmalha, Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993, p 149.

(3)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 137.

(4)- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثرهما (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ليبيا، 2009، ص 194.

(5)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 328. انظر كذلك عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، ط1، دار الجيل، لبنان، 1991، ص 46.

(6)- سورة الأحزاب، الآية 49.

(7)- سورة البقرة، الآية 229.

3- إذا كان الطلاق على مال، لأن الزوجة لا تدفع المال إلا لتفتدي نفسها من الزوج، وهذا لا يتم إلا بالبينونة⁽¹⁾.

4- الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوجة في حالة الضرر أو الغيبة أو العيب أو الشقاق المستمر⁽²⁾، لأن رفع الضرر في هذه الحالات لا يتأتى إلا مع إنهاء الزوجية على غير رجعة⁽³⁾.

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى

هو الطلاق الذي ينهي الرابطة الزوجية ولا يتمكن الزوج من إعادة الزوجة إلى عصمته إلا بعد أن تنقضي عدتها منه وتتزوج بآخر، فيدخل بها ثم يفارقها بالموت أو الطلاق، فيعقد عليها الأول برضاها وبمهر جديد⁽⁴⁾، ويكون في الحالات التالية:

■ الطلاق المكمل للثلاث باتفاق الفقهاء، فإذا طلق الرجل زوجته طلقة وراجعها، ثم طلقها مرة أخرى وراجعها ثم طلقها الثالثة، كان الطلاق بائناً بينونة كبرى، لأن الله تعالى رتب الطلاق في المرة الثالثة نفي الحل حتى تتزوج المطلقة رجلاً آخرًا⁽⁵⁾، في قوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽⁶⁾، فدل هذا على أن الطلاق الثلاث تبين به المطلقة وتحرم به على مطلقها حرمة مؤقتة⁽⁷⁾.

■ طلاق الثلاث دفعة واحدة، هذا الأخير محل خلاف بين الفقهاء سنتطرق إليه في المبحث الثاني بنوع من التفصيل.

وبجانب هذه الأنواع من الطلاق التي وكل الأمر فيها إلى الزوج، أجاز الإسلام أربعة أنواع أخرى من الطلاق تتحكم فيها المرأة وبإشراف القاضي وهي⁽⁸⁾:

1- طلاق تستقل به المرأة إذا كانت صاحبة العصمة، ونصت على ذلك في عقد الزواج، فلها بمحض إرادتها أن تطلق نفسها وفق حدود العقد.

(1)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 32.

(2)- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 451.

(3)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 32. انظر كذلك عبده غالب أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 46.

(4)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 33.

(5)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص 168. انظر كذلك أحمد بخيت الغزالي وعبد الحلیم محمد منصور، المرجع السابق، ص 274.

(6)- سورة البقرة، الآية 230.

(7)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص 169.

(8)- كسال مسعود، المرجع السابق، ص 45-46.

- 2- طلاق يقع عند الإخلال بشرط اشتراطته المرأة في عقد الزواج، فإذا أدخل الزوج بهذا الشرط، وقع الطلاق في بعض المذاهب على ألا يكون هذا الشرط شرطاً فاسداً، يتعارض مع مقومات الزوجية وحدود الله.
- 3- طلاق يوقعه القاضي لإعسار الزوج وعدم قدرته على النفقة أو لانقضاء الضرر أو لغيبه الزوج غيبة طويلة.
- 4- طلاق يقع عن تراضي من الرجل والمرأة كليهما، ويتم في الغالب عن طريق تنازل المرأة عن جميع مالها عند زوجها أو بعضه أو عن طريق إعطائه شيئاً من المال، ويسمى هذا بالخلع، ويحدث عندما ترى الزوجة تعذر استمرار الحياة الزوجية، وتخاف إن أقامت مع زوجها على هذا الحال ألا تتمكن من إقامة حدود الله.

وعليه ومن خلال استقراء الطلاق في الشريعة الإسلامية، نرى أن الطلاق ما هو إلا تشريع استثنائي لا يباح إلا عند الضرورة القصوى وذلك لمصلحة الأسرة نفسها، ومن ثم المجتمع ككل.

4- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لقد كانت الأسرة الجزائرية تعتمد في بنائها وتنظيمها على قانون سن في ظل نظام الحزب الواحد وبالتحديد سنة 1984، والذي استمد محتوى مختلف مواده على العموم من الشريعة الإسلامية، بالرغم من ذلك طالبت مختلف القوى السياسية والاجتماعية بضرورة مراجعته، لأنه أصبح لا يتوافق مع التغيرات الاجتماعية التي عرفها المجتمع الجزائري، هذا ما دفع بالنظام السياسي الجزائري إلى سن قانوناً بديلاً للأسرة الجزائرية وكان ذلك سنة 2005، والذي حمل شكلاً جديداً للأسرة الجزائرية.

وبناءً على ذلك سنقوم أولاً بالتطرق إلى قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 وما حمل في ثناياه من أحكام مختلفة تتعلق بموضوع الطلاق وبعدها التطرق إلى تعديل 2005 وما حمله هو الآخر من مواد وأحكام جديدة في الموضوع.

أ - الطلاق في قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984

إن أهم ما يسجل على قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 هو اعتماده على الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي في تطبيقه في مجال الأحوال الشخصية، ويتضح هذا من خلال نص المادة (222) ق.أ.ج التي تنص على أنه في حالة ما إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون يجب الرجوع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهي المادة التي جاءت أيضاً بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق.

على العموم يتميز قانون الأسرة الجزائري الذي احتوى على 224 مادة شملت الزواج وأحكامه، الطلاق وآثاره، الولاية، النيابة الشرعية، أحكام الموارث والوصية والهبة، بعدة سمات هي⁽¹⁾:

- صيغت معظم مواده من أحكام الشريعة الإسلامية.
- عدم التقيد بمذهب فقهي معين في تنظيم نصوصه القانونية.

(1)- نور الدين زمام وبن قفة سعاد، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ع 07، 2012، ص 158.

■ لم يجاف هذا القانون الأعراف السائدة في المجتمع الجزائري، والتي لا تصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية وإنما أحال القاضي في الكثير من المسائل إلى العرف.

على الرغم من المسائل الكثيرة التي تبناها قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 كالزواج في الباب الأول من الكتاب الثاني، إذ جاء الفصل الأول من قانون الأسرة لسنة 1984 تحت عنوان الخطبة والزواج متضمناً 19 مادة " من المادة (04) إلى المادة (22) "، أما مواعن الزواج فقد جاءت ضمن الفصل الثاني من خلال تسعة مواد " من المادة (23) إلى المادة (31) "، في حين أن النكاح الفاسد والباطل جاء ضمن الفصل الثالث ليتناول في الفصل الرابع حقوق وواجبات الزوجين، ليبين في الفصل الخامس النسب.

في حين أن الكتاب الثاني تناول النيابة الشرعية، تضمن سبعة فصول، تطرق الفصل الأول لأحكام عامة، الفصل الثاني تناول الولاية، أما الفصل الثالث فقد تطرق إلى الوصاية، ليأتي التقديم ضمن الفصل الرابع، الحجر ضمن الفصل الخامس، المفقود والغائب ضمن الفصل السادس، الكفالة في الفصل السابع، في حين جاء الميراث ضمن الكتاب الثالث، محتويًا على عشرة فصول، والتبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في الكتاب الرابع، اهتم كذلك بموضوع الطلاق الذي حاول تنظيمه تنظيمًا دقيقًا يتوافق ومبادئ الشريعة الإسلامية وذلك نظرًا لأهمية هذا الموضوع في المجتمع عامة والأسرة الجزائرية على وجه الخصوص، إذ خص الباب الثاني من الكتاب لانحلال الزواج متضمنًا الطلاق في الفصل الأول من المادة (48) إلى المادة (57) وآثار الطلاق ضمن الفصل الثاني بدءًا بالعدة من المادة (58) إلى المادة (61) لتأتي الحضانة ضمن جملة من المواد، بدءًا بالمادة (62) وصولاً إلى المادة (72)، ثم النزاع في متاع البيت ضمن مادة وحيدة وواحدة هي المادة (73)، أما الفصل الثالث فقد تعلق بالنفقة.

تأسيسًا على ما تقدم من دراسة لمواد قانون الأسرة الجزائري، يمكن القول أنها بالرغم من اعتمادها على الشريعة الإسلامية إلا أن هذا لم يمنع من وجود بعض المواد الغامضة، والتي تتعارض في بعض الأحيان مع تعاليم الدين الإسلامي وخاصة ما تعلق منها بموضوع الطلاق كالحضانة، حيث أغفل المشرع الشروط التي يجب توفرها في الحاضن بالرغم من أن الدين الإسلامي قد تناولها.

كذلك مكان أداء اليمين المتعلق بالنزاع حول متاع البيت والذي التجأ فيه القضاة إلى قانون الإجراءات المدنية النابع من الثقافة الوضعية، مع العلم أن القانون الوحيد النابع من الشريعة الإسلامية هو قانون الأسرة الذي كشفت هذه الدراسة عن وجود بعض الثغرات، الأمر الذي يقتضي تعديله بما يحقق الانسجام بين الجوانب القانونية والجوانب الشرعية والأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب العلمي والعملية الاقتصادية والاجتماعي تحقيقًا لمصلحة المجتمع والأسرة ككل.

ب- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005.

لقد عرف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 عدة تعديلات وهو أمر طبيعي ومنطقي، وذلك لارتباطه بالتعديلات التي جاء بها قانون الأسرة الجديد، هذا الأخير كان تعديله نتاج جملة من العوامل هي⁽¹⁾:

(1) - نور الدين زمام وبن قفة سعاد، المرجع السابق، ص ص 12-13.

- قيام مجموعة من الدراسات بتشخيص وضعية المرأة في العالم العربي ككل، وتقديم نتائج هذه الدراسات لمنظمات حقوق الإنسان سواء بطريقة مباشرة (بحضورها لملتقيات دولية تنظم من طرف هيئات دولية تدور حول حقوق المرأة والطفل، فتقوم بتنظيمات المجتمع المدني المختلفة خاصة المنظمات النسوية بتوصيل مطالبها إلى هاته المنظمات والهيئات الدولية خاصة المعنية بحقوق الإنسان، لتقوم بمساعدتها في مجال الدفاع عن حقوق المرأة والطفل من خلال ضغطها على الأنظمة السياسية، لتقوم بإعادة النظر في تشريعاتها الداخلية) أو بطريقة غير مباشرة عن طريق شبكة الانترنت، وهذا ما يدفع هاته المنظمات إلى تقديم مساعدات بمختلف أنواعها لمنظمات المجتمع المدني المطالبة بإعادة النظر في مسألة الحقوق والحريات منها المطالبة بحقوق المرأة.
- إن تغيير قانون الأسرة الجزائري هو من بين الحركات الدولية، حيث أن هذه الموجة مست كل دول العالم العربي، فتونس مثلاً لديها قانون أسرة متحرر نسبيًا منذ عدة سنوات، والمغرب التي فرضت قانون أسرة الذي قام بالتوسع إلى حد ما كبير في حقوق المرأة عام 2004.
- تتساقط الجهود المحلية والعالمية من أجل التوسع في الحقوق الممنوحة للمرأة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا.
- المنزلة الأدنى التي تتمتع بها المرأة مقارنة بالرجل، رغم أن الدستور يمنح المساواة ما بين الجنسين وحرية الانتقال والسفر لجميع المواطنين.
- قدرة المرأة على ممارسة حقوقها وواجباتها وتفعيل ذلك في المجتمع ولاسيما بعد التمييز الذي عانت منه سواء على المستوى الوطني أو الدولي.
- ضرورة تتمتع المرأة بمنزلة مساوية لمنزلة الرجل بموجب القانون في جميع مناحي الحياة والترويج بحقوقها المساوية للرجل باعتبارها مواطنة.
- مصادقة الدولة الجزائرية على المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تطالب بإعادة النظر في مسألة حقوق الإنسان، خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- التزام الدولة الجزائرية كطرف مصادق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتقديم تقارير دورية تبين من خلالها مدى التزامها بذلك، مبينة التغييرات التي قامت بها على مستوى بنية تشريعاتها الداخلية، هذا ما يعمل على إلزام الدول على التطبيق دون المصادقة فقط.
- التزام الدولة الجزائرية بالقرارات والمبادئ الدولية التي تؤكد على ضرورة إلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة وكان هذا من خلال تجسيد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، خاصة عن طريق تكيف التشريعات ومن بينها تعديل قانون الأسرة ودراسة إمكانية رفع التحفظات الواردة في الاتفاقية.
- وبالرجوع إلى قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-09 يمكن القول أن المنظومة القانونية للأسرة الجزائرية مبنية على الأسس التالية:
- إلغاء الزواج بالوكالة.

- تقييد تعدد الزوجات وضرورة موافقة الزوجة الأولى على اقتران زوجها بامرأة أخرى في حال تعدد الزوجات مع تخويل القاضي صلاحية التحقق من الموضوع.
 - توحيد سن الزواج بالنسبة للزوجين عند بلوغ سن 19 عاماً (بدل 21 للذكر و18 للإنتى فيما مضى).
 - عدم اشتراط موافقة الولي.
 - عدم اشتراط حضور الولي في عقد الزواج.
 - القاضي هو من يقر إلى من ستؤول حضانة الأطفال للوالد أو الوالدة مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضونين، ومسكن الزوجية يؤول إلى من يحضن الأطفال، هذا في حالة ما إذا لم يكن له مسكن.
 - الولاية المشتركة للزوجين إلى من له حق الحضانة، وفي حالة الوفاة تعود الولاية لصاحب الحق على قيد الحياة.
 - بقاء حقوق الورثة على ما هي عليه (للمرأة نصف حصة الرجل).
 - يمكن للمرأة أن تطالب بالخلع دونما حاجة إلى موافقة الزوج كما يمكن لها أن تُعطي جنسيتها لزوج أجنبي ولأولادها.
 - إقرار حق الزوجة في رفع دعوى التطليق لجملة من الأسباب العشر.
 - تغيير ترتيب الحق في ممارسة حضانة الأطفال بتقديم الأب مباشرة بعد الأم.
 - منح الولاية للأم الحاضنة للأطفال من الزوجين المطلقين وزيادة على ذلك وفي غياب الأب وفي حالة عجزه تسند للأم الولاية على الأطفال.
- وعليه ونظراً لأهمية موضوع الطلاق ووزنه الثقيل على مستوى المجتمع الجزائري بصفة عامة والأسرة الجزائرية بصفة خاصة، ونظراً لكون الوفاة كطريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية لا تثير أية إشكالات مقارنة بالإشكالات والتساؤلات التي يثيرها موضوع الطلاق، فإن بحثي هذا سيقصر فقط على جانب من جوانب انحلال الرابطة الزوجية وهو الطلاق والآثار المترتبة عليه بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وخاصة وأن المشرع الجزائري وبموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أحدث تعديلات هامة يستدعي الأمر الوقوف عليها، ومن بينها محاولته قدر الإمكان تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وذلك من خلال تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية والارتقاء به من مجرد رخصة جوازية تتوقف على موافقة الزوج أو القضاء إلى حق أصيل، وغيرها من الأمور الهامة التي سنحاول التفصيل فيها لاحقاً، وذلك للإجابة على أهم سؤال وهو هل وفق المشرع الجزائري من خلال تعديله الجديد لقانون الأسرة تنظيم موضوع الطلاق والآثار المترتبة عليه على النحو الذي رسمته الشريعة الإسلامية ولاسيما في ظل المواد المختصرة للقانون والآراء المتشعبة للفقهاء والمذاهب؟

الفصل الأول
الطلاق بين الإطلاق والتقييد

إن عقدة النكاح من أعظم نعم الله تعالى، فهي تقرب البعيد، وتؤلف بين الأشقات والمتعادين، وترتبط العائلات بعضها ببعض، بها تتكون الأسر، ومن الأسر تتكون الأمم، وبها يكتسب الإنسان أنصاراً، ويتخذ أعواناً، وهي مع هذا سبب في الفقه، وصيانة في الدين، ولهذا كله حث الشارع عليها، ورغب فيها، ودعا إليها والأحاديث في ذلك مشهورة⁽¹⁾.

وإنَّ إزاماً على من يسر الله المؤونة، وحباه الاستطاعة على استكمال دينه باختيار الزوج أو الزوجة الصالحة على حد سواء، هذه الأخيرة التي تحفظه إذا غاب، وتسره إذا حضر، وتكون له عوناً على نوائب الدهر، والسعيد في هذه الدنيا من يوفقه الله تعالى إلى سلوك الجادة في هذا السبيل⁽²⁾.

ولما كانت النظم الاجتماعية في الأمم التي تدين بالإسلام مختلفة، فيها النافع والضار، والذي يمكن احتمالها، والذي لا يطيقه الإنسان إلا بالمشقة والحر الشديد، وكان من هذه النظم ما يتعلق باختيار الزوجين لبعضهما البعض، وأساليب العيش في الحياة الزوجية، وكان من الناس من يندفع من أول الأمر جاريًا وراء أمل أو رغبة، سرعان ما يتبين له شدة خطئه في تقديره شرع الله لنا الطلاق، حتى إذا تعذرت الحياة الهائلة الهائلة أمكن للمسلم أن يفر من غصص الحياة وأكدرها بما جعله الله فرجاً له، ومخرجاً من الضيق، ولم يجعلها في عنقه، وقيداً في رجله، وأصرراً على ظهره⁽³⁾ (المبحث الأول).

ولم يجعل الله سبحانه وتعالى الطلاق موكولاً إلى الشهوة ومجرد الرغبة، بل حذر من ارتكابه، إلا أن يكون أخف الضررين، وأهون الشرين، وقد ورد في تفسير المسلمين من الطلاق، وترغيم في استيقاء عقدة النكاح ما أمكن أحاديث ناطقة بما أجمله قوله " صلى الله عليه وسلم ": [أَبْعَضُ الْحَالِ إِلَى اللَّهِ الْطَّلَاقُ]⁽⁴⁾، وقوله " صلى الله عليه وسلم ": [مَازَالَ جَبْرِيلُ يُوصِيَنِي بِالنِّسَاءِ، حَتَّى ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُحَرِّمُ طَلَاقَهُنَّ]⁽⁵⁾، وقوله " صلى الله عليه وسلم ": [أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ]⁽⁶⁾.

فكل هذه الأحاديث تدل على أن الطلاق وإن كان حلالاً مشروعاً وحقاً من حقوق الزوجين المطلقة لا يجوز ارتكابه إلا لمصلحة، بأن يشتد النزاع أو تسوء المعاشرة أو يخاف الزوجان ألا يقيم حدود الله تعالى.

(1)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخان علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، كتاب الطلاق، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، ج 04، 2003، ص 185.

(2)- المرجع نفسه، ص 185.

(3)- المرجع نفسه، ص 185.

(4)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، المكتبة العصرية، صيدا- لبنان، ج 02، د.س.ن، ص 255.

(5)- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، ج 06، 2006، ص 317.

(6)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب في الخلع، ص 268.

ومن هذا المنطلق أكد المشرع الجزائري أن الطلاق وإن كان حقًا مطلقًا للزوجين على حد سواء عند استحالة استمرار الحياة الزوجية ودوامها إلا أنه مقيد بقيود، ومحدد بحدود تمنع صاحبه من التعسف، وتحميه من العبث، فلا يستعمل حق إلا في موضعه وبمقتضى أحكام تقتضيه وبما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الطلاق حق مطلق للزوجين

لقد صار من المعلوم بضرورة الشرع والقانون، أن للزوجين الحق المطلق في الطلاق إذا استحال استمرار الحياة الزوجية ودوامها، ويعتبر الطلاق بيد الرجل حقاً أصيلاً له استناداً إلى المادة (48) ق.أ.ج، حيث اعتبره الشارع الحكيم حل عقد النكاح بإرادته المنفردة، وما هو ملاحظ بهذا الشأن أن المشرع الجزائري أوكل مصير العشرة الزوجية إلى الزوج طبقاً لأحكام القرآن وبمقتضى السنة⁽¹⁾، وذلك ليس إنكاراً أو امتهاً لكرامة المرأة في أخذ القرار أو إعلاناً لسلطة الرجل عليها، وإنما لكون التصرف في حد ذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى⁽²⁾ (المطلب الأول).

إن اعتبار المشرع الجزائري الطلاق حقاً أصيلاً للزوج لم يمنعه هو الآخر من الاهتمام بجانب المرأة وحققها في حل الرابطة الزوجية والذي يكون إما عن طريق التطليق أو الخلع، وذلك استناداً إلى نص المادتين (53) و (54) ق.أ.ج، والذي من خلالهما حاول المشرع الجزائري الارتقاء بحق المرأة في فك الرابطة الزوجية من مجرد رخصة جوازية تتوقف على موافقة الزوج أو القضاء إلى حق أصيل يقابل ذلك الحق الذي يتمتع به الزوج (المطلب الثاني).

وإلى جانب حق كل من الزوجين في حل الرابطة الزوجية، خول الشرع والقانون الحق للزوجين أيضاً في حل هذه الرابطة بإرادتهما المشتركة وهذا ما يطلق عليه الطلاق بالتراضي⁽³⁾ (المطلب الثالث).

(1) - عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007، ص 43.

(2) - المرجع نفسه، ص 44. انظر كذلك أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 58.

(3) - على عكس المشرع الجزائري الذي يأخذ بالطلاق بمختلف أنواعه سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة أو الطرفين معاً، ففي تونس فإن الإطار الوحيد لفسخ العلاقة الزوجية هو الطلاق الذي ينطق به وجوباً ووحده القاضي، والذي يمكن أن يكون بطلب من أحد الزوجين (المادة 31) ويعطي الحرية للزوجة فقط وللضرر المادي الذي لحق بها أن تختار بين رأسمال يصرف مرة واحدة بالكامل أو دخل شهري.

أما المغرب ومع الاحتفاظ بمبدأ الطلاق، فإن المدونة الجديدة تتطابق مع قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بطرق انحلال الرابطة الزوجية مع اختلاف بسيط يتمثل في اعتبار الفسخ طريق من طرق فك الرابطة الزوجية، هذا الأخير الذي أخرجه المشرع الجزائري من دائرة الطلاق، كذلك يتفق القانون المغربي مع القانون الأسرة الجزائري بوجود السلطة الأولية للمحكمة وتشدّد على وضع وسائل الصلح عن طريق العائلة وتؤكد على وجوب إيفاء الزوج بكل الحقوق الواجبة للمرأة قبل تسجيل الطلاق، كما أن الطلاق أصبح التزاماً قضائياً.

الطلاق بالكلمة التي ينطقها الزوج لم يعد لديها أي معنى دون الحكم القضائي، كما أن المشرع قد ضمن حق المرأة بأن تطلب الطلاق بسبب الضرر الذي لحق بها (الضرب، عدم الإنفاق عليها، تركها دون توفير وسائل الحياة أو بسبب الإخلال بالشروط المبينة في عقد الزواج) وينطق الطلاق بحكم من طرف القاضي بطلب من الزوجة في هاته الحالة، وإلى جانب الطلاق بطلب من الزوجة في حدود الحالات السالفة الذكر، أضيف الطلاق بالتراضي كنوع آخر من أنواع انحلال الرابطة الزوجية. انظر

المطلب الأول

الطلاق بناءً على طلب الزوج

لم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة العامة التي وضعتها الشريعة الإسلامية والتي تشكل إجماعاً لدى غالبية الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حقاً إرادياً أصيلاً للزوج، فالمادة (48) ق.أ.ج أكدت على أن الزواج ينحل بالطلاق وأشارت إلى الصورة الأولى منه وهي إرادة الزوج المنفردة في إيقاعه والناבעة أساساً من العصمة الزوجية المملوكة له شرعاً (الفرع الأول).

ذلك أن البارز شرعاً وقانوناً هو ملكية العصمة للزوج، فالإسلام فوّضه وحده للقيام بذلك لأنه الأجدر على إبقاء العلاقة الزوجية التي أنفق في سبيلها المال بالشكل الذي يضمن الحياة الكريمة⁽¹⁾، والأقدر على ضبط النفس عند الغضب، والأكثر تبصراً قبل الإقدام على الطلاق، بخلاف المرأة التي تتميز بسرعة تأثرها، وشدة انفعالها، وقوة اندفاعها، الأمر الذي قد يؤدي بها إلى هدم الأسرة لأقل غضبة ولأتفه أمر⁽²⁾ (الفرع الثاني). ولما كان الأمر كذلك فقد خول الشرع الإسلامي الطلاق للرجل واعتبره حقاً أصيلاً له وليس للمرأة، وهذا ليس إنقاصاً من قيمتها أو ضعفاً منها، وإنما لكون التصرف في حد ذاته ذا طبيعة خاصة مستمداً من الشريعة الإسلامية ومن العصمة الزوجية المملوكة له شرعاً (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الطلاق وتمييزه عن الفسخ

كرّس المشرع الجزائري حق الزوج في حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة بموجب المادة (48) ق.أ.ج والتي نصت على مايلي: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ». ولما كان الأمر كذلك فإن حق الزوج في حل الرابطة الزوجية أو ما يسمى بالطلاق، يقتضي منا تعريفه (أولاً) وتمييزه عن الفسخ (ثانياً).

أولاً: تعريف الطلاق

يقتضي تعريف الطلاق، تعريفه لغةً وشرعاً ثم قانوناً واجتماعاً.

1- الطلاق في اللغة

اسم مصدر لطلق بالتشديد، ومصدر لطلق بالتخفيف. يقال: طلقت المرأة طلاقاً فهي طالق، وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظية عن اختلاف المعنيين قالوا: أطلقت إبلي وأسيري وطلقت امرأتي فاستعملوا في النكاح التفصيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد، كان صريحاً، وبالتخفيف كان كناية وله معان كثيرة ومنها:

=SAHEB Hakim, Statut de la femme en Algérie et droit International, mémoire en vue de l'obtention du diplôme magister en droit, université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, s.a.s, p 130.

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 13.

(2)-العيش فضيل، المرجع السابق، ص 27.

حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - : [أن رجُل حجَّ بأمه فحملها على عاتقه فسأله: هل قضى حقَّها قال: " لا " ولا طَلْفَةٌ واحدة]؛ الطَّلُق: وجَعُ الوِلادة، والطَّلْفَةُ: المرَّة الواحدة⁽¹⁾؛ ومنها الفراق والترك. يقال: طَلقت القوم تركتهم.

وفي حديث حُنَيْن: [خرج إليها ومعه الطَّلُقاء]، هم الذين خَلَى عنهم يوم فتح مكة وأطلقهم فلم يَسْتَرْقهم وأحْدَهُم: طَلِيقٌ، فَعِيلٌ بمعنى مَفْعول، وهو الأسير إذا أُطْلِقَ سبيلَهُ⁽²⁾.

ومنه الحديث: " الطلِّقاء من قريش والعتقاء من ثقيف "، كأنه ميز قريشًا بهذا الاسم، حيث هو أحسن من العتقاء، وقد تكرر في الحديث. ويقال للإنسان إذا عتق: طليقٌ، أي صار حرًا⁽³⁾.

الطلاق في اللغة اللاتينية: مشتق من كلمة (Divortium) والتي اشتقت هي بدورها من فعل (Divertére)، والذي يعني: الدوران من ناحية أخرى، والانقسام والافتراق الذي يتم بين شخصين كانت لهما طريق واحدة، ليأخذ كل واحد منهما طريقًا مختلفًا تبعدهما عن بعض⁽⁴⁾.

ونلاحظ أن هذين التعريفين اللغويين العربي واللاتيني للطلاق يشيران إلى نفس المعنى والمتمثل في التباعد والانفصال بين الزوجين.

2- الطلاق في الاصطلاح الشرعي

لقد درج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء بالتعريفات التالية:

- عرفه الحنفية: " رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق"⁽⁵⁾.
- عرفه المالكية: " صفة حكمية ترفع حل متعة الزوج بزوجته موجبًا تكرارها مرتين زيادة على الأولى للتحريم"⁽⁶⁾.
- عرفه الشافعية: " حل عقدة الزوجية بلفظ الطلاق ونحوه من جانب الزوج أو ممن يقوم مقامه"⁽⁷⁾.
- عرفه الحنابلة: " حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طليقة رجعية"⁽⁸⁾.

(1)-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير(النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 567.

(2)-المرجع نفسه، ص 567.

(3)-المرجع نفسه، ص 567.

(4)-كسال مسعودة، المرجع السابق، ص 24. انظر كذلك

-BENGHALEM Imene, Etudes des facteurs de résilience (facteurs de protection) chez les enfants victimes de divorce, diplôme de magister en psychologie Clinique, université de Constantine, 2010, p 08.

(5)-انظر أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

(6)-المرجع نفسه، ص 102.

(7)-انظر علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 2008، ص 22.

(8)-انظر طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 81.

فالفقهاء عرفوا الطلاق تعريفات مختلفة لكنها تتفق في المعنى المقصود منها شرعاً، وتختلف إلى حد ما في دقة صياغتها، ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يذهبوا بعيداً عن هذه التعريفات، حيث يعرف الطلاق في اصطلاحهم بأنه: " حل الرابطة الزوجية بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو في المآل "(1).

3- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

عرف المشرع الجزائري الطلاق صراحة بموجب المادة (48) ق.أ.ج قبل التعديل، والتي نصت على مايلي: « الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ».

استعمل المشرع الجزائري مصطلح " حل " التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة القضاء، ولم يستعمل مصطلح " رفع القيد " وفق ما ذهب إليه الأستاذ أبو زهرة، فقد قال أبو زهرة: " الطلاق رفع قيد النكاح "(2)، وهو تعبير يفيد خضوع طرف للقيد أكثر من خضوع الطرف الثاني فيوحي بأن رفع القيد يتم من الزوج للزوجة، وهنا لا يصح استعماله لأن القيد لهما معاً، لكون القيد في الزواج ينشئ التزامات متبادلة على الطرفين معاً، وبالتالي ليس قيدياً للزوجة فقط وإنما للزوجين معاً، ولا يكون تعبير " الرفع " دقيقاً إلا عندما يكون الطلاق بحكم القاضي لكونه يرفع ثقلاً عن الزوجة تحس به عندما يمتنع الزوج عن طلاقها، ولذلك استعمل المشرع لفظ " حل " ليشمل صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو باتفاق أو بحكم القضاء (3).

(1)- معنى بلفظ مخصوص: هو ما دل على حل الرابطة الزوجية صراحة كلفظ الطلاق أو التطليق أو ما أخذ منهما أو بطريق الكتابة، كلفظ الإطلاق والبائن والحرام ونحوها من كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحال ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة المفهومة، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضي " فرقت " في الحالات التي يفرق فيهما القاضي بين الزوجين كما في اللعان وإبائه الإسلام إذا سلمت زوجته، لأن كل هذا معدود من الطلاق.

وبكلمة اللفظ المخصوص يخرج الفسخ، لأن الفسخ وإن كان يحل الرابطة الزوجية في الحال، إلا أنه لا يكون بذلك اللفظ المخصوص. انظر عمر عبد الله ومحمد حامد قماحي، المرجع السابق، ص ص 144-145.

ومعنى في الحال: أي وقت طلاقها، وهذا في الطلاق البائن، لأنه لا بد له لإرجاع زوجته من عقد ومهر جديدين مع رضاها، وهذا في البينونة الصغرى، أما الكبرى فيشترط أن تتزوج غيره. انظر صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 239.

ومعنى في المآل: أي عند انتهاء العدة، ويكون هذا في الطلاق الرجعي، لأن الزوجية قائمة بين الزوجين ما دامت المطلقة رجعيًا في العدة، ففي هذه الحالة يصح للرجل أن يراجع زوجته إلى عصمته دون أن يتوقف الأمر على رضاها ودون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين. انظر نازك سالم محمد حنيني، أحكام الطلاق قبل الدخول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011، ص 07؛ صلاح محمد أبو الحاج، المرجع السابق، ص 239.

(2)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 280.

(3)- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ج 01، 1986، ص ص 233-234.

غير أن تعديل 05-09 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ».

فالمادة (48) ق.أ.ج لم تعط التعريف الحقيقي للطلاق، وإنما أكدت على إحدى حالات إنهاء الرابطة الزوجية وهو الطلاق، ولعل سبب ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام قد يقع على عاتقه لتبنيه لإحدى التعريفات الفقهية وترك ذلك للفقه على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة (222) ق.أ.ج⁽¹⁾.

على عكس المشرع الجزائري والذي عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق فإن بعض التشريعات المقارنة قامت بتعريفه صراحة ومن بينها:

- عرفه المشرع المغربي في المادة (78) م.أ.م بقوله: « الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة »⁽²⁾.
- عرفه المشرع التونسي في المادة (34) ق.أ.ش.ت بقوله: « الطلاق هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً ».
- عرفه المشرع الفرنسي بأنه: « حل الزواج لزوجين على قيد الحياة بواسطة إقرار قضائي تبعاً لعريضة أحد الزوجين أو من طرفهما لسبب من الأسباب المقررة قانوناً »⁽³⁾.

(1)-تنص المادة (222) ق.أ.ج على أنه: « كل ما لم يرد النص عليه وليس في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

(2)-لمزيد من التفصيل حول تعريف الطلاق في القانون المغربي انظر

-MUSTAFA Salmi, Le mariage juif et le mariage musulman au maroc entre tradition et modernisation approches sociologique et juridique, mémoire présenté pour obtention du diplôme de doctorat en sociologie, université de Paris VIII, 2011, p 124.

(4)-LE DIVORCE : est la dissolution du mariage, du vivant de deux époux, à la suite d'une décision judiciaire, rendue à la requête de l'un d'eux ou de l'un et de l'autre, dans l'un des cas prévus par la loi. Vus: FRANCOIS Terre et DOMINIQUE Fenouillet, op.cit, p 393. pour d'autre d'information sur la définition du divorce Vus aussi: -MELANIE Lauer, Obligations procédurales et droit au divorce, thèse pour le grade de docteur en droit discipline -droit privé- université du sud de Toulon-var, Faculté de Droit, 2010, p 10. -JEAN Carbonnier, Droit civil (la famille, l'enfant, le couple), 1^{er} éd, P.U.F, Paris, 1995, p 501.

كما يعرف التشريع الفرنسي ما يعرف بالفرقة الجسدية " **La séparation de corps** " وهي حالة زوجين رخص لهما بقرار قضائي، لعدم العيش معاً لسبب من الأسباب التي قد تبرر الطلاق، وهي تختلف عن الطلاق، من حيث أنه لا تحل الرابطة الزوجية، بل تستبعد بعض الحقوق كواجب الأمانة والحماية⁽¹⁾.

4- الطلاق كظاهرة اجتماعية

عرفته إحدى الدراسات الحديثة بأنه: " عبارة عن أحد أشكال التبادل التي تضمن ضرورة مختلف العلاقات الاجتماعية الناتجة عنه من جهة، كما يهدف إلى الإعلان عن الوضعية الاجتماعية للأسرة ومحاولة تثبيتها من جهة أخرى " ⁽²⁾.

كما عرف الطلاق من حيث المفهوم الاجتماعي على أنه: " نوع من التفكك الأسري وانهيار الوحدة الأسرية وانحلال بناء الأدوار الاجتماعية المرتبطة بها، عندما يفشل عضو أو أكثر في القيام بالتزامات دوره بصورة مرضية، هذا التفكك الأسري الذي يحدث نتيجة لتعاظم الخلافات بين الزوجين إلى درجة لا يمكن تداركها " ⁽³⁾.

والطلاق هو النوع الوحيد من التفكك الذي يؤدي إلى الانفصال بين الزوجين بصفة شرعية الأمر الذي يتطلب اعتراف القانون لهما بالطلاق إلى جانب اعتراف المجتمع به " ⁽⁴⁾.

وهو الأمر الذي يجعل أغلب تعريفات الطلاق تجمع بين الجانب الشرعي والقانوني والاجتماعي ومنها التعريف القائل: " أن الطلاق هو الفسخ الشرعي للارتباطات الزوجية، وبالتالي الإثبات الاجتماعي لفسخ عقد الزواج، فلا يمكن إتمام الزواج خارج نطاق ثقافة المجتمع الذي يتم فيه، ذلك أن هذه الثقافة هي التي تجعله مقبولاً ومشروعاً من طرف المجتمع " ⁽⁵⁾.

(1)- **La séparation du corps**: est l'état de deux époux qui par l'effet d'une décision judiciaire rendue dans l'un de ces memes cas, ont été dispenses de vivre ensemble. Vus: FRANCOIS Terre et DOMINIQUE Fenouillet, op.cit, p 191. pour d'autre d'information sur la définition du séparation du corps Vus aussi: BERNARD Schnapper, Voies nouvelles en histoire du droit (la justice, la famille, la répression pénale), P.U.F, Paris, 1991, p p 493-507.

-JEAN Carbonnier, op.cit, p 624.

(2)- عبد الفتاح نقيية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 03.

(3)- انظر مسعود جمادي، الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2007، ص 37.

(4)- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2000، ص 12.

(5)- المرجع نفسه، ص 12.

ثانياً: تمييز الطلاق عن الفسخ

قبل التطرق لتمييز الطلاق عن الفسخ لابد أولاً الوقوف على تعريف الفسخ.

1- تعريف الفسخ

يقنضي تعريف الفسخ تعريفه لغةً ثم اصطلاحاً.

أ- الفسخ في اللغة

من فَسَخَ: فَسَخَ الشَّيْءَ يَفْسُخُهُ فَسْخًا فَانْفَسَخَ: نَقَضَهُ فَانْتَقَضَ، وَتَفَاسَخَتِ الْأَقْوَابِلُ: تَنَاقَضَتْ وَالْفَسْخُ: زَوَالُ الْمَفْصَلِ عَنِ مَوْضِعِهِ، وَفَسَخَتْ يَدُهُ أَفْسَخَهَا فَسْخًا، بِغَيْرِ أَلْفٍ، إِذَا فَكَّكَتْ مَفْصَلَهُ مِنْ غَيْرِ كَسْرٍ، وَفَسَخَ الْمَفْصَلُ يَفْسُخُهُ فَسْخًا وَفَسَخَهُ فَانْفَسَخَ وَتَفَسَخَ: أزاله عن موضعه، ويقال: وقع فلان فانفسخت قدمه وفسخته أنا وتفسخ عن العظم وتفسخ الجلد عن العظم، ولا يقال إلا لشعر الميتة وجلدها⁽¹⁾.

وتفسخت الفأرة في الماء: تقطعت. والفسخ: الضعيف الذي ينفسح عند الشدة، واللحم إذا أصل انفسح وانفسخ اللحم وتفسخ: انخضد عن وهن أو صلول، وتفسخ الشعر عن الجلد: زال وتطير، ولا يقال إلا لشعر الميتة. وفسخ رأيه فسخاً فهو فسوخ: فسد وفسخه فسخاً: أفسده، ويقال: فسخت البيع بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح أي نقضته فانقض⁽²⁾.

وفيه: كان فسوخ الحج رخصة لأصحاب النبي " صلى الله عليه وسلم "، هو أن يكون قد نوى الحج أولاً ثم ينقضه ويبطله ويجعله عمرة ويحل، ثم يعود يحرم بحجة، وهو التمتع أو القريب منه⁽³⁾.

ب - الفسخ في الاصطلاح الشرعي

اختلف الفقهاء في تعريف الفسخ إلى ثلاثة أقوال:

- عرفه الحنفية والمالكية والشافعية: " رفع العقد من الأصل"⁽⁴⁾.
- عرفه ابن نجيم من الحنفية والسيوطي من الشافعية: " حل ارتباط العقد"⁽⁵⁾.
- عرفه الشافعية في الصحيح عندهم: " رفع العقد في حاله لا من أصله"⁽⁶⁾.

أما تعريف الفسخ عند الفقهاء المعاصرين:

- عرفه محمد محي الدين عبد الحميد: " نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو سبب طراً عليه يمنع من بقاءه واستمراره"⁽⁷⁾.

(1)-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري(لسان العرب)، المرجع السابق، م 03، ص 44.

(2)-المرجع نفسه، ص 44.

(3)-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 705.

(4)-انظر ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباءة الإسلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2010، ص 13.

(5)-المرجع نفسه، ص 13.

(6)-المرجع نفسه، ص 13.

(7)-محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2003، ص 242.

- عرفه محمود علي السرطاوي: " انحلال الرابطة الزوجية بسبب عارض يمنع بقاء النكاح أو تداركاً لأمر اقترن بالعقد حين إنشائه، فجعل العقد غير لازم "(1).
 - عرفه إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم: " نقض عقد الزواج وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه "(2).
 - عرفه عبد الكريم زيدان: " رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن "(3).
 - عرفه محمد سمارة: " نقض عقد الزواج بسبب وقع عند العقد أو بسبب خلل أصاب العقد بعد انعقاده ولكنه خلل يمنع من بقاء العقد واستمراره "(4).
- ولعل التعريف الأنسب للفسخ ما جاء به كل من الشيخين محمد محي الدين عبد الحميد ومحمد سمارة باعتباره تعريفاً جامعاً ومانعاً لأحكام الفسخ.
- فالفسخ إذن:** نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو سبب طراً عليه يمنع من بقاءه واستمراره (5).

2- الفرق بين الفسخ والطلاق

إن حالتي الفسخ والطلاق هما الحالتان الأكثر جلاءً في حل الرابطة الزوجية، وإن كان كل واحد منهما يشترك مع الآخر في أشياء يمكن أن تؤدي إلى الاشتباه بينهما، ولكن في المقابل لكل منهما سمات تميزه عن غيره.

أ- أوجه التشابه

يتشابه الفسخ والطلاق في:

- كل منهما نوع من أنواع الفرقة.
- ثبوت النسب: تنص المادة (1/40) ق.أ.ج: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون ».
- من خلال استقراء نص المادة (40) ق.أ.ج فلولد الحق في الانتساب إلى والديه في كل زواج صحيح إذا طلق الزوج زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء كان الطلاق رجعيًا أم بائنًا، فإذا أتت المرأة بولد بعد الطلاق

(1)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 162.

(2)-انظر ماجد توفيق حمادة سمور، المرجع السابق، ص 14.

(3)-المرجع نفسه، ص 14.

(4)-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية(شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 269.

(5)-شرح تعريف الفسخ:

نقض عقد الزواج: أي إنهاء وإزالة عقد الزواج.

بسبب خلل وقع فيه وقت العقد: أي أن يظهر بعد العقد أن شرطاً من شروط صحة العقد لم يتحقق، كأن تكون الزوجة محرمة على الزوج بأن تتبين أنها أخته من الرضاعة.

أو سبب طراً عليه يمنع من بقاءه واستمراره: أي طراً على حال الزوجين تغير كأن يرتد أحد الزوجين عن الإسلام. انظر ماجد توفيق حمادة سمور، المرجع السابق، ص 14.

ثبت نسبه من الزوج إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل⁽¹⁾، وهذه المدة نص عليها المشرع الجزائري في المادة (42) ق.أ.ج والتي حددت بـ " 10 أشهر من تاريخ الانفصال "⁽²⁾.

والزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد، أو محافظة عليه، فإذا ولدت امرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفسخ ثبت نسبه من الرجل، وهنا يمكن إيراد نص المادة (34) ق.أ.ج: « كل زوج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء »⁽³⁾.

■ وجوب الاستبراء: إن الاستبراء هو ضرب أجل للتأكد من خلو المرأة من الحمل، ولإزالة ما بقي من آثار النكاح، ونجد أن مدة الاستبراء هي كفترة العدة، فالمرأة تبقى متربصة سواء من زواج صحيح أو من زواج فاسد⁽⁴⁾.

ومن آثار الطلاق وجوب العدة طبقاً لنص المادة (58) ق.أ.ج: « تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق «، وأما المادة (34) السابق ذكرها فهي تنص على وجوب الاستبراء.

مع الملاحظة أن العدة تشترك مع الاستبراء في آثار كل منهما، أي أن التربص يكون لجعل المرأة تتملص من عصمة زوجها وحلها لغيره إلا أنهما يفترقان في جملة من الأشياء:

- العدة واجبة ولو تيقن من براءة الرحم كالغائب عنها زوجها مدة طويلة ثم طلقها دون عودته إليها أو توفي عنها، أما الاستبراء فليس كذلك.
- القرء في الاستبراء هو الحيض أما القرء في العدة فمختلف في اعتباره حيضاً أو طهراً⁽⁵⁾.

(1)-البيزيد عيسات، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003، ص ص 25-26.

(2)-تنص المادة (42) ق.أ.ج على أنه: « أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر «.

(3)-البيزيد عيسات، المرجع السابق، ص 26.

(4)-المرجع نفسه، ص 26.

(5)-إن ما تعلق بالحالة الثانية، فالمقصود بـ " القرء في الاستبراء هو الحيض " ذلك أن الاستبراء ضرب أجل للتأكد من خلو رحم المرأة من الحمل، والدليل على براءة الرحم هو الحيض، فينزوله يتم التأكد كلية من عدم وجود الحمل، والمستبرأة أحوال منها الحرة، الأمة التي بلغت المحيض وهي تحيض فعلاً، والحامل والأمة التي لا تحيض لصغر أو كبير.

فاستبراء الحرة كعدتها، إلا في ثلاث مسائل يكتفى فيها بحيضة واحدة، وهي استبرؤها لإقامة الحدّ عليها في الزنا أو الردّة ليتبين عدم حملها، لأن ذلك مانع من إقامة الحدّ أو في الملاعنة لنفي حملها، والاكتفاء في المزني بها بحيضة واحدة وهو مذهب الحنفية ورواية عن كل من الشافعية والحنابلة، ولهما رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاث.

استبراء الأمة الحائض: فقد ذهب مالك، والشافعي، وأحمد في رواية، وعثمان، وعائشة، والحسن، والشعبي والقاسم بن محمد وأبو قلابة، ومكحول، وأبو ثور، وأبو عبيد، إلى أن الأمة إذا كانت ممن تحيض كعادة النساء كل شهر أو نحوه فاستبرؤها يقع بحيضة كاملة، سواء في ذلك استبراء البيع والعتق والوفاء، أم ولد كانت أو لا، وفرق الحنفية بين أم الولد وغيرها، فإذا كانت المستبرأة غير

=أمّ ولدٍ، فاستبرأها بحيضةٍ كاملةٍ، أما أمّ الولد، إذا أعتقت بإعتاق المولى أو بموته، فإنّها تعتدّ بثلاثة قروءٍ، لما روي عن عمر وغيره أنّهم قالوا: عدّة أمّ الولد ثلاث حيضاتٍ.

استبراء الحامل: فقد ذهب المالكيّة، والحنفيّة، والحنابلة، إلى أنّ المستبرأة إذا كانت حاملاً فاستبرأها يكون بوضع حملها كلّ ولو وضعته بعد لحظةٍ من وجوبه، ومذهب الشافعيّة أنّ الأمة المسيّية، أو التي زال عنها فراش السيّد يحصل استبرأها بوضع حملها وإن كانت مشتراة - وهي حاملٌ من زوجٍ أو وطءٍ بشبهة - فلا استبراء في الحال، ويجب بعد زوال العدّة أو النكاح لأنّ حدوث حلّ الاستمتاع إنّما وجد بعد ذلك، وإن تقدّم عليه الملك لأتته ملكٌ مشغولٌ بحقّ الغير، والحامل من زنا إذا كانت لا تحيض في أثناء مدّة الحمل تستبرأ بوضع الحمل، وإن كانت تحيض فكذلك على الأصحّ، وفي قولٍ يحصل استبرأها بحيضةٍ على الحمل.

استبراء الأمة التي لا تحيض لصغيرٍ أو كبرٍ: فقد ذهب مالكٌ إلى أنّ الأمة التي لا تحيض لصغيرٍ أو لكبيرٍ أنّها تتربّص ثلاثة أشهرٍ ونقل ابن رشدٍ في المقدمات أنّه قد جرى اختلافٌ في مذهب مالكٍ، فقيل: استبرأها شهرٌ، وقيل شهرٌ ونصفٌ، وقيل شهران، وقيل ثلاثة أشهرٍ، وهو المشهور في المذهب الحنبلي، وهو قول الحسن، وابن سيرين، والنخعي، وأبي قلابة، وهو قولٌ ثانٍ في المذهب الشافعي، ومذهب أبي حنيفة، والرّاجح عن الشافعي، أنّها تستبرأ بشهرٍ فقط، وعلل ذلك بأنّ الشّهر يتحقّق فيه في غيرها طهرٌ وحيضٌ، ولأنّ الشّهر قائمٌ مقام الطهر والحيض شرعاً. الموسوعة الفقهية في الاستبراء أطلع عليها على الموقع التالي: <http://www.aleman.com> يوم 2014/04/03 على الساعة 17:41.

أما المقصود بـ "القرء في العدة فمختلف فيه بين الحيض والظهر" وهذا لاختلاف الفقهاء فيه على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى الحنفية والحنابلة أن المراد بالقرء: الحيض لأن الحيض معرفة لبراءة الرحم، وهو المقصود من العدة فالذي يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر، ولقوله تعالى: ﴿وَأَلْتَمِسْ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ

ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾،

سورة الطلاق، الآية 04، فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فدل على أن الأصل الحيض، ولأن المعهود في الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، فعن عروة بن الزبير أنّ فاطمة بنت أبي حبيش - رضي الله عنها - حدّثت أنّها سألت رسول الله "صلى الله عليه وسلّم" فشكّت إليه الدّم، فقال لها رسول الله "صلى الله عليه وسلّم": [إنّما ذلك عرقٌ فانظري إذا أتى قرؤك فلا تُصلي، فإذا مرّ قرؤك فتطهري ثمّ صلي ما بين القرء إلى القرء]، وعن عائشة - رضي الله عنها - أنّ رسول الله "صلى الله عليه وسلّم" قال: [طلاق الأمة تطليقتان، وعدّتها حيضتان]، فإذا اعتبرت عدة الأمة بالحيض كانت عدة الحرة كذلك، وظاهر قوله

تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ سورة البقرة، الآية 228 وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الأطهار لم

يوجب ثلاثة، لأنه يكفي بطهرين وبعض الثالث، فيخالف ظاهر النص، ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ولأن العدة استبراء، فكانت بالحيض كاستبراء الأمة، لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، والذي يدل عليه هو الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به. انظر أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض، ج 01، ص 72. انظر كذلك ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة وعدتها، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي -، مصر، ج 01، 1952، ص 672؛ السيد سابق، فقه السنة، ط خ، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ج 02، 1365 هـ، ص 210.

الرأي الثاني: يرى المالكية والشافعية والجعفرية أن القرء هو الطهر لأنه - تعالى - أثبت الناء في العدد (ثلاثة)، فدل على أن المعدود مذكر وهو الطهر لا الحيضة، ولأن قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ سورة الطلاق الآية 01، أي في وقت عدتهن،

■ القرء الواحد في الاستبراء كاف لاستعادة الحل، ولكنه في العدة ليس كافيًا.

ب- أوجه الاختلاف

يختلف الطلاق عن الفسخ في ثلاثة أوجه، فوجه يختلف فيه الطلاق عن الفسخ من حيث الماهية، ووجه يختلف فيه الطلاق عن الفسخ من حيث الأسباب والمبررات التي يستند إليها كل منهما، ووجه يختلف فيه الطلاق عن الفسخ من حيث الأثر.

الوجه الأول: من حيث الماهية

الطلاق هو إلغاء للعقد وليس نقضًا له، ويترتب عليه زوال الملك وبقاء الحل أو زوالهما معًا في حالة الطلاق البائن بينونة كبرى⁽¹⁾.

أما الفسخ فهو نقض للعقد من الأساس وإزالة للحل الذي يترتب عليه ويمكن اعتباره كأن لم يكن⁽²⁾.

الوجه الثاني: من حيث الأسباب

الطلاق لا يرجع إلى شيء يتنافى مع عقد الزواج، ولا إلى شيء يقتضي عدم لزومه، لأن الطلاق حق للزوج يوقعه كما أمر الله تعالى متى شاء، كما يوقعه القاضي رفعًا للضرر الذي أصاب أحد الزوجين أو كليهما⁽³⁾.

أما الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد ينافي الزواج، كردة الزوجة عند الشافعية أو جماع الزوج لأم زوجته أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل، كخيار البلوغ لأحد الزوجين، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية⁽⁴⁾.

لكن الطلاق في الحيض محرم، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر، ولأن القرء مشتق من الجمع، فأصل القرء الاجتماع وفي وقت الطهر يجتمع الدم في الرحم، وأما الحيض فيخرج من الرحم، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته، وثمرة الخلاف أنه إذا طلقها في طهر انتهت عدتها في رأي الفريق الثاني بمجيء الحيضة الثالثة، لأنها يحتسب لها الطهر الذي طلقت فيه، ولا تخرج من عدتها إلا بانقضاء الحيضة الثالثة في رأي الفريق الأول. انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص ص 37-38.

الرأي الراجح: والراجح هو المذهب الأول لاتفاقه مع المقصود من العدة، فالنساء تنتظر عادة مجيء الحيض ثلاث مرات فيتقرر انقضاء العدة، ولا تعرف براءة الرحم إلا بالحيض، فإذا حاضت المرأة تبين أنها غير حامل، وإذا استمر الطهر تبين غالبًا وجود الحمل.

(1)-لحسين بن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص 18.

(2)-المرجع نفسه، ص 18. انظر كذلك محمد أديب القبسي، فقه الطلاق وتوابعه، ط1، دار الملاك للنشر والتوزيع، لبنان،

ج 01، 2007، ص 10.

(3)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 172.

(4)-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 425.

الوجه الثالث: من حيث الأثر

- الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته⁽¹⁾، فإذا فسخ الزوج ثم عادت الزوجة إلى زوجها، فإنه يملك عليها ثلاث تطليقات، عكس الطلاق فمن طلق واحدة، ثم عادت إليه الزوجة بقيت له طلقتان فقط⁽²⁾.
- الفسخ لا يقع في عدته طلاق، إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإبادة عن الإسلام، فيقع فيها طلاق عند الحنفية جزاً وعقوبة⁽³⁾.
- إذا تم الفسخ قبل الدخول فإنه لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فإنه يوجب للمرأة نصف المهر المسمى، وكذلك لها المتعة إذا لم يكن قد سمي لها مهراً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

أساس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

الأصل في الزواج الإسلامي أن يكون إلى الأبد، لكن الواقع قد يجعله إلى أمد، إذ الخلاف قد يستحكم والشقاق قد يتفاقم، ولا يكون لعودة السلام من سبيل إلا فرقة بين زوجين استحالت العشرة بينهما، وأصبحت عودتهما إلى الاستمرار من قبيل التكليف بما لا يطاق وهو منهي عنه في الإسلام⁽⁵⁾.

ولهذا كان الطلاق العلاج والسبيل الوحيد لحل مشكلات الأسرة ومشروعاً للحاجة، رغم أنه مكروه في المجتمع بغض عند الله، وفي هذا يقول " صلى الله عليه وسلم ": [أَبْعَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ]⁽⁶⁾.

وقد اقتضت حكمته سبحانه وتعالى أن يشرع لعباده الإذن للرجل بالانفراد بالطلاق دون المرأة حتى لا يخرج به عن المقصد الشرعي منه⁽⁷⁾، فكان من إحكامه لكل شيء صنعاً⁽⁸⁾.

والدليل على أن الزوج هو الذي يملك الطلاق ما جاءت به الآيات القرآنية (أولاً) والسنة النبوية

الشريفة (ثانياً) على النحو التالي:

(1)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 190.

(2)- لحسين بن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص 18.

(3)- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 426.

(4)- ماجد توفيق حمادة سمور، المرجع السابق، ص 17.

(5)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في

الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 360.

(6)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق،

كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، ص 255.

(7)- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة للنشر، القاهرة، 1936، ص 11.

(8)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 32.

أولاً: القرآن الكريم

- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽¹⁾.
- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽²⁾.
- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾⁽³⁾.
- وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽⁴⁾.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

وردت أحاديث كثيرة يظهر منها أن الطلاق بيد الرجل أهمها:

- ما روي عن النبي " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أنه طَلَّقَ بَعْضَ زَوْجَاتِهِ وَمِنْهُنَّ حَفْصَةَ بِنْتُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَفِي هَذَا حَدَّثَنَا سُؤَيْدُ بْنُ سَعِيدٍ، وَعَبْدُ اللهِ بْنُ عَامِرٍ بْنُ زُرَّازَةَ، وَمَسْرُوقُ بْنُ الْمَرْزُوبَانِ، قَالُوا: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ زَكَرِيَّا بْنُ أَبِي زَائِدَةَ عَنْ صَالِحِ بْنِ صَالِحِ بْنِ حَيٍّ، عَنْ سَلْمَةَ بْنِ كُهَيْلٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ الرَّسُولَ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " طَلَّقَ حَفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا⁽⁵⁾.
- ما أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ الرَّسُولِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، فَسَأَلَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ الرَّسُولَ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ لِلرَّسُولِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [مَرَّةٌ فَلْيُرَاجِعَهَا ثُمَّ لِيُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أُمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ]⁽⁶⁾.

(1)-سورة الطلاق، الآية 01.

(2)-سورة البقرة، الآية 236.

(3)-سورة الأحزاب، الآية 49.

(4)-سورة النساء، الآية 20.

(5)-ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني(سنن ابن ماجه)، المرجع السابق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ص 649.

(6)-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، كتاب

الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، دار المعرفة،

لبنان، ج 09، د.س.ن، ص ص 345-346.

■ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ: أَنْبَأَنَا ابْنُ الْمُبَارَكِ قَالَ: أَخْبَرَنَا ابْنُ أَبِي ذَنْبٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: كَانَتْ تَحْتِي امْرَأَةٌ أَحْبَبْتُهَا، وَكَانَ أَبِي يَكْرَهُهَا فَأَمَرَنِي أَنْ أَطْلِقَهَا، فَأُبَيِّتُ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَ: [يَا عَبْدَ اللَّهِ بِنْتُ عَمَرَ طَلِقْ زَوْجَتَكَ]⁽¹⁾.

وعليه فالمتتبع للنصوص الشرعية الواردة قرآناً وسنةً نبويةً شريفةً نجدها تؤكد على أن الزواج بيد الرجل والطلاق يقع بيده، وهو حق أصيل له دون غيره.

وعن الحكمة بهذا الاختصاص للرجل مايلي:

خلق الله الرجل والمرأة وزودهما بطبائع متعددة كالفرح والحزن والثبات والتأثر والعاطفة والجفاء وغيرها من الطبائع، ثم فرق بينهما في كثير منها، وذلك ما أراد وهو فعال لما يريد⁽²⁾، فقال عزوجل: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى﴾⁽³⁾، وقال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا﴾⁽⁴⁾.

فتقسيم الوظائف بين الرجل والمرأة، لم يكن اعتباطاً وإنما لحكمة أرادها سبحانه وتعالى، فخص كل واحد منهما بوظائف تناسب طبعه ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾⁽⁵⁾.

فكانت المرأة شقيقة الرجل ورفيقتة في الدرب سريعة الانقياد لحكم العاطفة أكثر من الرجل وتفرح وتحزن لأتفه الأسباب، بخلاف الرجل الذي يقدر على التجلد والصبر واحتمال المشاق⁽⁶⁾، فجعل الطلاق بيده ليس محاباة ولا تكريماً له بقدر ما هو عبء ومسؤولية ملقاة على عاتقه⁽⁷⁾، فيكون أضمن لبقاء الحياة الزوجية وأحفظ لكيان الأسرة بخلاف المرأة التي تتميز بشدة تأثرها وقوة اندفاعها⁽⁸⁾.

(1)- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى، سنن الترميذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، أبواب الطلاق واللعان عن الرسول " صلى الله عليه وسلم "، باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج 03، 1975، ص 486.

(2)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 34.

(3)- سورة آل عمران، الآية 36.

(4)- سورة النساء، الآية 34.

(5)- سورة الملك، الآية 14.

(6)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 34.

(7)- فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 04، 1996، ص 632.

(8)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 59.

فلو جعل الطلاق بيدها لسارعت إلى فسخ العلاقة الزوجية لأيسر مشكلة ولأنفه الأمور ولا تنبالي بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة، سيئة أو حسنة، بل تراه الحسن كله والنفع جميعه، وهذا الأمر يؤدي إلى تهديد الأسرة بالانهيار لأقل غضبة ولأوهى انفعال⁽¹⁾.

وفي هذا حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِي مَرْيَمَ، أَخْبَرَنَا مَحْمَدُ بْنُ جَعْفَرٍ، قَالَ: أَخْبَرَنَا زَيْدُ هُوَ ابْنُ أَسْلَمَ، عَنْ عِيَاضِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: حَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فِي أَضْحَى أَوْ فِطْرِ إِلَى الْمُصَلَّى ثُمَّ انْصَرَفَ فَوَعِظَ النَّاسَ وَأَمَرَهُمْ بِالصِّدْقِ فَقَالَ: [أَيُّهَا النَّاسُ تَصَدَّقُوا] فَمَرَّ عَلَى النِّسَاءِ فَقَالَ: [يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ، فَإِنِّي رَأَيْتُكُمْ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ] فَقُلْنَ: وَبِمَ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: [تَكْثُرُنَّ اللَّعْنَ وَتَكْفُرُنَّ الْعَشِيرَ مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلِ وَدِينٍ أَذْهَبَ لِلْبَّ الرَّجُلِ الْحَازِمِ مِنْ إِحْدَاكُنَّ يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ]⁽²⁾.

وحديث الرسول " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " في قوله: [نَاقِصَاتِ عَقْلِ وَدِينٍ]، لا يعني أن المرأة محتقرة أو مجنونة، وإنما المقصود من ناقصات عقل أنها تتساق وراء عاطفتها، والمقصود من ناقصات دين أنها لا تؤدي واجب الصلاة والصيام نظراً لتكوينها الفزيولوجي.

فلذلك كان الطلاق بيد الزوج لأنه أكثر إدراكاً وتقديراً لعواقب الأمور وأبعد عن النزوات في إنهاء عقد الزواج لا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل، غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة نائرة، ذلك أن الطلاق يستتبع أموراً مالية من دفع مؤجل المهر ونفقة العدة والمتعة، وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية، وأما المرأة فلا تتضرر مالياً بالطلاق، فلا تتروى في إيقاعه⁽³⁾.

ولم يخرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة التي وضعتها الشريعة الإسلامية والجامعة من حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة حقاً أصيلاً له دون غيره ودون الحاجة بالرجوع إلى الزوجة، أي أن إرادتها تتعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني.

فالمادة (48) ق.أ.ج سواء قبل التعديل أو بعده أكدت على الحق الأصيل للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة والنابع أساساً من العصمة الزوجية المملوكة له شرعاً⁽⁴⁾، فله أن يوقعه متى رأى استحالة استمرار الحياة الزوجية ولا حتى تقديمه للأسباب والمبررات التي دفعته لذلك ما دام يتحمل المسؤولية، فمتى طلبه حكمت به المحكمة وأفصحت عنه.

(1)- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص ص 23-24.

(2)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، ج 02، ص 120.

(3)- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 216. انظر كذلك محمد أديب القبسي، المرجع السابق، ص 10.

(4)- باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 13.

وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي قرر أنه لا يمكن أن يكون الطلاق إلا بتقديم الأسباب الواقعية والموضوعية التي تبرره والتي تستدعي أخذها بعين الاعتبار والمقنعة للقاضي في الاستجابة لطلب الطلاق⁽¹⁾.

وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1999/06/15 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطلوب فيه بالقصور في التسبب ليس في محله.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج دون تبرير طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن ».

وعليه فجعل الطلاق بيد الزوج على أساس العصمة الزوجية المملوكة له شرعاً، إنما لاعتبار أن الرجل أكثر مسؤولية وأكثر صبراً وتحملاً طالما هو من أخذ بالساق⁽³⁾، وهو من ينفق، لكن الواقع داخل المحاكم غير ذلك، ويؤكد في كل مرة أن الزوجة هي الأكثر تحملاً ومحافظةً على الروابط الزوجية رغم ما فيها من اختلالات ومشاكل، ذلك أنها لا تملك أية قدرة على صد إرادة الزوج حينما يقدم على الطلاق، فهي لا ترغب في أي تعويض مهما كان، ذلك أنه لا يستطيع جبر ضررها في اعتبارها مطلقة، وما تحمله الكلمة من آثار نفسية واجتماعية وحتى اقتصادية⁽⁴⁾.

(1)- خمري أمير، الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص ص 39-40.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 104.

(3)- من أخذ بالساق مستخرج من الحديث الذي أخرجه ابن ماجه في سننه وحسنه الألباني رحمه الله تعالى، وَلَفْظُهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه قال: أتى النبي " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ: إِنَّ سَيِّدِي زَوْجِي أَمْتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا قَالَ: فَصَعَدَ رَسُولُ اللهِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " الْمِنْبَرَ فَقَالَ: [يَا أَيُّهَا النَّاسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ زَوَّجَ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ] .

والمقصود به (من أخذ بالساق) أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج، الذي له أن يأخذ بساق المرأة، ولو أن عبداً تحت سيده فليس للسيد أن يطلق عليه زوجته، قال عمرو رضي الله عنه: إنما الطلاق لمن يحل له الفرج. انظر ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني(سنن ابن ماجه)، المرجع السابق، باب طلاق العبد، ص 672.

(4)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 14.

ومن جهة أخرى يكون الزوج مسؤولاً عن حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة حتى ولو كان طلبه ينطوي على مبررات شرعية وأخلاقية، لكنها قد لا يكون لها التجسيد الواقعي، والمسألة هنا تتعلق بإثبات الوقائع وجعلها مبرراً للطلاق صعبةً للغاية وغالباً ما تنتهي بالفشل ومن ثمّ تحميل الزوج مسؤولية الطلاق إن حدث⁽¹⁾.

ولعل أهم المبررات والأسباب التي نوقشت على مستوى المحاكم وما اعتمده المحكمة بشأن طلاق الزوج بإرادته المنفردة مايلي:

1- عدم الكفاءة الجنسية: لقد اعتبرت العلاقة الجنسية والمعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من بين أهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج، فلكل من المرأة والرجل الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر الاستقرار لدى الطرفين سواء بسواء، ولذلك فإن اختلالها من جانب أي طرف يشكل صدمة نفسية للطرف الآخر⁽²⁾، وفي هذه الحالة ما على الطرف المتضرر إلا إنهاء هذه الرابطة التي أصبحت تشكل مصدر إزعاج بالنسبة إليه.

المعاشرة الجنسية كمبرر للطلاق أصبحت تطرح نفسها بقوة في المحاكم، والطرف المتضرر أصبح لا يجد مانعاً في تبيان هذا المبرر منعاً منه لتحمل مسؤولية الطلاق، غير أن هذا الأمر يبقى من أصعب الأمور إثباتاً، فإذا ما ادعى الزوج عدم كفاءة زوجته فالمسألة تظل صعبة الإثبات إلا إذا أقرت الزوجة ما ادعاه الزوج، أما في حالة النفي فيصعب على الطرف المتضرر إثبات ما يدعيه، فحتى اللجوء إلى الخبرة الطبية للتأكد من عدم الكفاءة الجنسية لا تقضي إلى حقيقة مؤكدة، لأن المسألة نفسية في الأساس وقد يكون الجانب العضوي في الزوجة سليماً، لكن الجانب النفسي هو الحائل دون الوصول إلى إثبات الأمر⁽³⁾.

وفي ذلك نجد مثلاً ما قضت به محكمة بوقاعة مجلس قضاء سطيف بالطلاق بين الطرفين مع تحميل الزوج تبعة الطلاق، رغم أنه حاول تبرير إقدامه على الطلاق بعدم قدرة الزوجة على المعاشرة الزوجية كونها لا تريد ولا ترغب في ذلك وأنها صرحت له بذلك وطلبت منه إعادة الزواج من امرأة تلبى له حاجته الجنسية، غير أن جلسة الصلح التي عقدتها المحكمة للطرفين كانت كفيلاً لنفي ادعاءات الزوج وأكدت الزوجة أنها سليمة وعاشرها بصفة عادية وطبيعية.

المسألة دقيقة وحساسة تفرضها خصوصية العلاقة، واللجوء إلى الخبرة الطبية قد لا يغير من الأمر شيئاً، وإن حدث فمرده نفسي لا عضوي، ومن الصعب إدراكه مما يجعل نكران الزوجة لادعاءات الزوج كافياً للقول بأن الطلاق تعسفي والتبرير غير مؤسس⁽⁴⁾.

(1) - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 14.

(2) - المرجع نفسه، ص 15.

(3) - المرجع نفسه، ص 15.

(4) - المرجع نفسه، ص 15.

وعلى نقيض ذلك اعتبرت المحكمة نفسها في حكم آخر لها أن ما ادعاه الزوج كون الزوجة صدته في أول يوم زفافهما ولم تمكنه من نفسها، لأنها لا رغبة لها في المعاشرة الجنسية وهو ما أقرت به الزوجة نفسها وأنها لم ترغب في الزواج وأن زواجها كان بضغط من وليها، ولذلك اعتبر مبرر الطلاق الذي استند إليه الزوج شرعياً ومحققاً بإقرار الزوجة نفسها، وهي الحالة الوحيدة التي قد تكون مفيدة للزوج في إيجاد المبرر الشرعي وإثباته⁽¹⁾.

2- فقدان العذرية: إذا كانت القدرة والكفاءة الجنسية لكلا الزوجين صعبة التأكيد للتحجج بها في إعطاء مبرر لفك الرابطة الزوجية، فإن الطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبرراً كافياً للزوج في إحداثه، فقد يلجأ الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة أن زوجته ليست عذراء فهذا فيه مساس بشرفها، وكمسألة هنا متعلقة أيضاً بالعلاقة المقدسة بين الزوجين، والتي لا يمكن لأي أحد خارج الزوجين معرفتها أو التأكد منها، والأمر كسابقه لا يتحقق إلا بإقرار من الزوجة فحسب، على اعتبار أن أي طريق للإثبات تبقى بدون جدوى وخاصة بعدما تمت الخلوة بينهما⁽²⁾.

بل إن المحكمة ذهبت إلى أبعد من هذا الأمر حينما اعتبرت أن العذرية يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج وأن عدم اشتراطها لا يقع المسؤولية على عاتق الزوجة.

وهذا ما أوضحه في قرار لها صادر بتاريخ 2000/05/23 وجاء فيه⁽³⁾: « إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب مما يستوجب نقض القرار ».

وفي إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبب جاء مايلي: « بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق، حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فلا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض بدون إحالة ».

(1)-باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 15-16.

(2)-المرجع نفسه، ص 16.

(3)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/05/23، ملف رقم 243417، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

2001، ع خ، ص 109.

فالمحكمة العليا في قرارها المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الزوجين واعتبرت أن إثبات مسألة العذرية من عدمها عديمة الجدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة والمتزامن مع عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج.

وأمام الحرج الكبير والنزاعات الكثيرة المطروحة على مستوى المحاكم فيما يخص المسائل المتعلقة بالعذرية، واعتبارًا لكون إثارتها لا يمكن الخوض فيها بعد البناء والدخول، واعتبارًا لكون الإثبات بعد الدخول عديم الجدوى والفائدة، فإن المشرع الجزائري وأخذًا بكل هذه الاعتبارات أكد في المادة (07) مكرر ق.أ.ج⁽¹⁾ على ضرورة تقديم الزوجين وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرًا يتعارض مع الزواج، وهو نفس الأمر الذي أكدته أيضًا المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 154-06⁽²⁾.

3- **النشوز:** الأصل في العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة هو المساواة في الحقوق والواجبات ومنطلق ذلك قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْعُرْفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽³⁾.

فالآية الكريمة تجعل من المرأة مساوية للرجل من حيث الحقوق والواجبات، فكلما ألزمت بواجب اتجاه الزوج يلزم هذا الأخير بمثله، ذلك أن الإسلام ساير الأساس الفطري والطبيعي في التعامل بين الزوجين، فإذا كان الرجل أقدر على العمل الشاق خارج المنزل، فالمرأة أقدر على تدبير شؤون المنزل وتربية الأولاد، فكل يكلف بما هو مناسب له، بل الأمر تعدى الآن إلى كون الزوجين في وضع مماثل من حيث الالتزامات داخل البيت وخارجه.

وأمام عزوف الزوجة عن القيام بواجباتها أو عدم طاعة زوجها أو امتناعها عن معاشرته أو خروجها من بيته بغير إذنه يعد من الناحية الشرعية نشوزًا⁽⁴⁾، ويعد النشوز مصدره في القرآن الكريم في قوله

(1)-تنص المادة (07) مكرر ق.أ.ج على أنه: « يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرًا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرًا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ».

(2)-تنص المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 الموافق لـ 11 ماي 2006 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة (07) مكرر ق.أ.ج على أنه: « يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر تثبت خضوعهما للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم ». (3)-سورة البقرة، الآية 228.

(4)-النشوز: هو عصيان المرأة زوجها فيما يجب له عليها من حقوق بغير حق. انظر معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007، ص 43.

تعالى: ﴿ وَالَّتِي خَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنَّ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴾⁽¹⁾.

فالآية أعطت الكثير من الحلول أمام نشوز الزوجة بدءاً بوعظها وتذكيرها بالله وتخويفها به وتنبهها للواجب عليها من الطاعة وتحذيرها من الإثم في حال مخالفتها به وعصيانها ثم الهجر في المضجع، ثم في حال عدم جدوى العلاج الأول والثاني يقع العلاج الثالث وهو الضرب غير المبرح ولا الشديد⁽²⁾، غير أن مسألة نشوز الزوجة كمبرر يقدمه الزوج لفك الرابطة الزوجية بالطلاق يصطدم مع عبء إثباته من طرف الزوج سيما إذا أنكرت الزوجة أن تكون قد عصته وخالفت أوامره أو فعلت أموراً بغير إذنه⁽³⁾.

ولما كانت حالة النشوز صعبة الإثبات، لأنها تبنى عادة بادعاءات مقابل ادعاءات، في الوقت الذي ينعدم الشهود لكون العلاقة مقدسة بين الطرفين ولا يمكن لأي أحد الاطلاع عليها، غير أن ذلك لم يمنع القضاء الجزائري من محاولة إيجاد حالات للنشوز ليست مبنية على مجرد تصريحات وادعاءات وإنما مرجعها الدليل الكتابي⁽⁴⁾.

فالنشوز يثبت إذا ما استصدر الزوج حكماً بإلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية بموجب حكم نهائي ثم رفضت صراحةً الامتثال للحكم، ويحرر محضر امتناع عن ذلك، فإن ذلك يعد دليلاً كتابياً على نشوزها ومن ثمة يكون الزوج قد برر وجهته نحو الطلاق، غير أن ما تقدم أيضاً لا يمكن الاعتماد عليه للقول بنشوز الزوجة، فالاجتهاد القضائي في الجزائر بذل مجهودات جبارة في محاولة لنفي النشوز عن الزوجة وجعله في حكم الاستثناء بدلاً من القاعدة العامة حتى ولو توافر الدليل الكتابي⁽⁵⁾.

فامتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية لا يعتبر نشوزاً بصفة آلية حسب الاجتهاد القضائي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها القرار الصادر بتاريخ 1998/05/19 وجاء فيه مايلي⁽⁶⁾: « إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزاً.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقلياً ثم تراجع عن طلب رجوعها من جديد لتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزاً، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي

(1)-سورة النساء، الآية 34.

(2)-للتفصيل في كيفية علاج المرأة الناشز انظر معتصم عبد الرحمن محمد منصور، المرجع السابق، ص ص 99-168.

(3)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 19. انظر كذلك عبد الرحمن طالب، حقوق وواجبات المرأة في

الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 185.

(4)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 19.

(5)-المرجع نفسه، ص ص 19-20.

(6)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

2001، ع خ، ص 147.

بالطلاق وتعويض الزوج لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارته الطاعنة، فبقضائهم بما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة (55) ق.أ.ج، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». وفي عرض أسبابه أكدت المحكمة العليا أن القرار المنتقد لم يناقش الدفع الذي أثارته الطاعنة من كون المطعون ضده قد سبق له وأن طلب طلاقها على اعتبار أنها مريضة عقلياً حسب الحكم الصادر وأن طلب الطلاق من طرف المطعون ضده على أساس أن الطاعنة مريضة عقلياً يجعل من مطابقتها لها بالرجوع لمحل الزوجية طلب غير جدي مما يجعل امتناعها عن الرجوع بعد تعرضها لهذه الإهانة لا يعتبر نشوزاً.

الفرع الثالث

طبيعة الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق

أكدت الشريعة الإسلامية وأجمعت الأمة الإسلامية على أن الطلاق ينبع من إرادة الزوج المنفردة، فهو حق أصيل له يستعمله دونما اعتماد إرادة الزوجة في إحداث هذا الأثر، فأرادته وحدها محل اعتبار دون سواها غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ما طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق؟ وتعبير آخر: هل حق الزوج في إيقاع الطلاق شبيه بالحق القانوني المستمد من القانون المدني أم أنه يختلف عنه؟

بالرجوع إلى نظرية الحق في القانون المدني، نجد بأن تعريف الحق يتمثل أساساً في سلطة الاستئثار بالشيء⁽¹⁾ أو هو ما كان لصاحب الاختصاص بشيء على وجه الإنفراد بحكم الشرع وحمائته، وتتحقق به مصلحة عامة أو خاصة مادية أو معنوية⁽²⁾، ومعنى ذلك أن الشخص إذا ما اعترف له بحق، فالأصل أن يمارسه بطلاقة ولا يلام على استعماله ولا يتحمل مسؤولية ذلك ما دام يمارس حقه الطبيعي الذي خوله له القانون.

ولهذا المبدأ استثناء مقررًا في المادة (124) مكرر ق.م.ج التي تنص على مايلي⁽³⁾:

« يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

(1)- باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 21.

(2)- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، خروية، 2002، ص 207.

(3)- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 جوان 2005، ج ر ع 44 مؤرخة في 26 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007، ج ر ع 31 مؤرخة في 13 ماي 2007.

أي أن صاحب الحق المخول له قانوناً إذا ما استعمل حقه في حدود ما نصت عليه المادة (124) مكرر ق.م.ج نكون أمام التعسف في استعمال الحق المخول قانوناً، وبالتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض.

فمسألة الإثبات في إيجاد التعسف تقع على الطرف المتضرر في التعسف، فإذا استعمل (أ) حقه القانوني في إحداث أثر قانوني، فالأصل أنه لا يلام على استعماله لهذا الحق، إلا إذا أثبت أنه متعسف فيه للإضرار بالغير، والمتضرر عليه إثبات التعسف سعيًا وراء تعويضه، وبالتالي فإن (أ) لا يمكن إلزامه بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق، مادام يستعمل حقه الطبيعي الذي خوله له القانون.

ومن هنا يظهر جلياً الاختلاف، فحق الزوج في حل الرابطة الزوجية ورغم أنه مسموح القيام به إلا أن الزوج يعد بصفة آلية متعسفاً في استعمال الحق اتجاه الزوجة إلا إذا أثبت عكس ذلك⁽¹⁾، فالإثبات في هذه الحالة يقع عليه وليس على الطرف الآخر.

فإذا ما كنا أمام نظرية الحق المعروفة قانوناً فلا يمكن أن نحمل الزوج مسؤولية استعماله لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق، ولكن عندما يكون الأمر كذلك، أي أن الزوج عند استعماله لحقه في الطلاق يتصور أنه متعسف، وقاعدة الإثبات تتعكس رأساً على عقب، لأن عبء إثبات استعماله للحق يقع عليه وليس على الغير (الزوجة)⁽²⁾.

كما أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة (124) ق.م.ج⁽³⁾.

وعليه فالحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ هو من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين (124) و(124) مكرر ق.م.ج، وإنما مصدره مسؤولية الزوج عن الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية المملوكة له شرعاً.

وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2000/02/22 وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر قانوناً أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكنه أن يشمل التعويض عن الطلاق ».

(1) -باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 22.

(2) -المرجع نفسه، ص 22.

(3) -تنص المادة (124) ق.م.ج على أنه: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، وسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ».

(4) -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م.ق، 2001، ع 01، ص 275؛ ما يمكن التتويه إليه في هذا المقام أن نص المادة (41) المذكورة في القرار تم إلغاؤها بموجب القانون رقم 05-10 والتي أصبحت الآن نص المادة (124) مكرر.

وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار: « لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل ضمن تعويض الأضرار الناتجة عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين (41) و(124) ق.م.ج، وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين، فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليماً.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن الطاعنة وإن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة (41) ق.م.ج ولحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة (124) ق.م.ج فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك.»

وهو تقريباً نفس المبدأ الذي اعتمده المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 2006/07/12 وجاء فيه⁽¹⁾: « لا يعد التعويض المحكوم به لصالح الزوجة بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة، والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق، تعويضين عن واقعة واحدة.»

وفي هذا تأكيد أن التعويض المحكوم به للزوجة عن جرم الإهمال العائلي والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الحكم بالطلاق، لا يمكن اعتباره تعويضين عن واقعة واحدة ولا يمكن المزج بينهما باعتبار أن الدعوى الجزائية مستقلة عن دعوى الطلاق التي ينجر عنها التعويض للمطالبة.

وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة وهو يختلف عن ذلك المنصوص عليه في القانون المدني، والتعويض الذي تحصل عليه الزوجة إنما هو مستمد من مسؤولية الزوج باعتباره صاحب العصمة المملوكة له شرعاً.

إن من يملك حقاً يملك الإنابة فيه، فما دام الرجل يملك الحق الأصيل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى توافرت فيه الشروط اللازمة⁽²⁾، جاز له أن يوقع الطلاق بنفسه أو أن يفوض غيره فيه سواء أفاض ذلك للزوجة أم في غيرها وكالة أو تفويضاً.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 2006/07/12، ملف رقم 356896. انظر طاهري حسين، المرجع السابق، ص 505.

(2)- من الشروط الواجب توافرها في المطلق:

أن يكون راشداً: بما أن الأهلية الكاملة للزواج هي 19 سنة (بدل من 21 سنة حسب قانون 84-11)، فإن المنطق يقتضي أن لا يكون للزوج أهلية في إيقاع الطلاق إلا ببلوغ هذه السن، غير أنه يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل هذه السن متى كانت هناك ضرورة أو مصلحة، ومنى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

أما بالنسبة للزوج القاصر، فالمشرع الجزائري لم يميز بين القاصر المميز وغير المميز، وبما أن له أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات، وبما أن الطلاق أثر من آثار عقد الزواج، فمن باب أولى أن يكون له الحق في ممارسته متى اقتضى الأمر ذلك. انظر المادة (07) ق.أ.ج.

أن يكون عاقلاً: العقل آلة يعرف بها المرء الحق من الباطل والخطأ من الصواب، ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له ومن الغيب أن تصح تصرفات غير العقلاء، ولهذا لا بد لإيقاع الطلاق أن يكون المطلق في كامل وعيه وكامل قواه العقلية، وأن يكون متمتعاً

1- التفويض في الطلاق

يقتضي تعريف التفويض تعريفه لغةً ثم اصطلاحاً.

أ- التفويض في اللغة

من فَوَّضَ يُفَوِّضُ تَفْوِيْضًا؛ وفي حديث الدعاء [فَوَّضْتُ أَمْرِي إِلَيْكَ]؛ أي رددته، يقال فَوَّضَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ تَفْوِيْضًا، إِذ رَدَّهُ إِلَيْهِ وَجَعَلَهُ الْحَاكِمَ فِيهِ⁽¹⁾.

ب- التفويض في الاصطلاح الشرعي

هو تملك حق الطلاق للغير، ويشمل التفويض، تملك الزوج غيره طلاق زوجته، وتمليك الزوجة طلاق نفسها، فإذا قال رجل لآخر: طلق امرأتي إن شئت، كان تفويضاً لأنه علق الطلاق على مشيئته فإن شاء طلقها وإن لم يشأ لم يطلقها فالأمر عائد إليه، وإن قال لزوجته طلقي نفسك فإنها تملك حق الطلاق فوراً سواء أعلق الطلاق على مشيئتها أم لا⁽²⁾.

والتفويض في الطلاق للزوجة يكون واحدة من أمور ثلاثة:

1- التخيير: كأن يقول لزوجته ناويًا الطلاق: " اختاري نفسك " فإن قالت الزوجة " اخترت نفسي " يقع عليها الطلاق، أما إذا قالت: " اخترت زوجي " لم يقع، ويشترط أن تختار نفسها في المجلس ولو طال⁽³⁾، وهذا رأي

=بالحرية والإدراك، غير أن هذا الأمر لا يعفي من وجود تساؤلات كثيرة فيما يتعلق بطلاق (المجنون) انظر صلاح محمد أبو الحاج، المرجع السابق، ص 248؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 48؛ (السكران) انظر محمد نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 07؛ محمد عاطف المقصورطي، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص 119.

أن يكون مختارًا: يشترط لوقوع الطلاق أن يكون المطلق مختارًا، بمعنى أن له الحرية الكاملة ويتمتع بالإرادة التامة في إيقاع الطلاق على زوجته أو عدم إيقاعه، غير أن هذا الأمر هو الآخر يثير تساؤلات عديدة فيما يتعلق بطلاق (المكره) انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 215؛ (الهازل) انظر محمد نجم صبحي، المرجع السابق، ص 08؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 61؛ (الغضبان) انظر رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 439؛ (السفيه) انظر عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 220؛ (المخطيء والناسي) انظر محمد نجم صبحي، المرجع السابق، ص 10؛ (المريض مرض الموت) انظر رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 440.

(1)- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 720.

(2)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 287.

(3)- المقصود بأن تختار نفسها في مجلس العقد ولو طال: أن المرأة لها حق اختيار الطلاق من عدمه ما دامت في المجلس ولو طال يوماً أو يومين أو ثلاثاً ولو طال هذا المجلس (المجلس الذي وقع فيه قول الرجل اختاري نفسك)، فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها، لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - ولأنه تملك الفعل منها، ولأن التملك يقتضي جواباً في المجلس كما في البيع سقط حقها في الخيار. انظر محمود بن أحمد موسى بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي (البنية شرح الهداية)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب تفويض الطلاق، فصل الاختيار، ج 05، ص 373-374.

مالك وأبي حنيفة، في حين ذهب ابن حنبل إلى عدم تقييده بالمجلس، ويرى الظاهرية عدم وقوع الطلاق بالتخيير لكون الشارع لم ينص عليه⁽¹⁾.

2- الأمر باليد: كأن يقول الزوج لزوجته: "أمرك بيدك" كان ذلك تملكاً لها منه في أن تطلق نفسها ولكنه يتم بإيجابه وحده بلا حاجة إلى قبول منها، ولا يبطل هذا الإيجاب بقيامه في المجلس وليس له الرجوع عن هذا التفويض وإن لم يحدد زمنه، فيعتبر التفويض قائماً لمدة بقائها في مجلس التفويض طال أم قصر⁽²⁾.

فَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّهُ جَاءَ ابْنُ مَسْعُودٍ رَجُلٌ فَقَالَ: [كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ امْرَأَتِي بَعْضُ مَا يَكُونُ بَيْنَ النَّاسِ، فَقَالَتْ: لَوْ أَنَّ الَّذِي بِيَدِكَ مِنْ أَمْرِي بِيَدِي لَعَلِمْتَ كَيْفَ أَصْنَعُ قَالَ: فَإِنَّ الَّذِي بِيَدِي مِنْ أَمْرِكَ بِيَدِكَ فَقَالَتْ أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا قَالَ: أَرَاهَا وَاحِدَةً وَأَنْتَ أَحَقُّ بِهَا مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا وَأَلْقَى أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُمَرَ ثُمَّ نَقِيَهُ فَقَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ فَقَالَ: صَنَعَ اللَّهُ بِالرِّجَالِ وَفَعَلَ: يَعْمُدُونَ إِلَى مَا جَعَلَ اللَّهُ فِي أَيْدِيهِمْ فَيَجْعَلُونَهُ بِأَيْدِي النِّسَاءِ بِقِيَّتِهَا التُّرَابَ مَاذَا قُلْتِ فِيهَا؟ قَالَ: قُلْتُ أَرَاهَا وَاحِدَةً وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا قَالَ: وَأَنَا أَرَى ذَلِكَ وَلَوْ رَأَيْتُ غَيْرَ ذَلِكَ عَلِمْتَ أَنَّكَ لَمْ تُصِبِ [3].

3- التعليق الصريح للطلاق على الزوجة: فإذا علق الزوج الطلاق على مشيئة الزوجة، بأن قال لها: "طلقني نفسك إن شئت" كان ذلك تفويضاً لها في أن تطلق نفسها إن شاءت، سواء قيد تعبيره بالمشيئة بأن أضاف إن شاءت أم لم يقيد بالمشيئة، لها حينئذ أن تطلق نفسها ما دامت في المجلس، فإن فارقت المجلس أو عرضت عن كلام الزوج لم يكن لها بعد ذلك أن تطلق نفسها، إلا إذا كان التفويض مضاعفاً إليه "متى شئت" أو "إذا شئت" أو اشترط لها التكرار بأن قرن بعبارة التفويض كلمة تدل على التكرار ك: "كلما" وإذا كانت صيغة "طلق نفسك" مقيدة بوقت معين، كشهر مثلاً، يستمر هذا الحق ثابتاً لها مدى الشهر⁽⁴⁾.

2- الوكالة في الطلاق

الوكالة هي إقامة إنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم قابل للإنابة وركنها الإيجاب والقبول، فالتوكيل في الطلاق هو أن ينيب الزوج شخصاً آخرًا غيره في تطليق امرأته، ويقول الوكيل للزوجة إن زوجك قد وكلني بطلاقك، فأنت طالق من موكلي، فقد وقع الطلاق⁽⁵⁾.

(1)- لحسين بن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص 48. انظر كذلك محمد أديب القبسي، المرجع السابق، ص 78.

(2)- لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص 48-49. انظر كذلك عبد الرحمن طالب، المرجع السابق، ص 181.

(3)- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، كتاب الطلاق، باب في التخيير والتمليك، ط6، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، ج 02، 1982، ص 72.

(4)- علالي بلقاسم، الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع الديني، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، بوزريعة، 2009، ص 63.

(5)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 286.

3- الفرق بين التفويض والتوكيل

إن التفويض والتوكيل كلاهما إنابة غير الزوج في إيقاع الطلاق غير أنهما يختلفان في حقيقتهما من عدة جوانب منها:

- إن التفويض لا يمكن الرجوع فيه بعد صدوره، لأنه نوع من الطلاق المعلق على مشيئة من فوض إليه، ومن علق طلاقه على أمر لا يمكن أن يرجع عن تعليقه أو أن يلغيه، فمن فوض طلاقه لا يملك الرجوع فيه⁽¹⁾ أما التوكيل فيملك الموكل الرجوع عنه ما دام الوكيل لم ينفذ ما وكل به⁽²⁾.
- يعمل المفوض إليه في التفويض العمل باختياره وبمشيئة نفسه، لأن الزوج ملكه هذا الحق، أما التوكيل فيعمل الوكيل بمشيئة غيره، لأن الوكيل يُعد ممثلاً للموكل ونائباً عنه لا مالاً للحق الموكل فيه⁽³⁾.
- للوكيل في الطلاق أن يطلق في مجلس العقد أو في سواه، إذا لم يكن قد نص في الوكالة على أن يوقع الوكيل الطلاق في زمان أو مكان محددين، أما في التفويض فينتقيد المفوض في إيقاع الطلاق بإيقاعه في مجلس التفويض، فإذا قال لها: " اختاري " أو " طلقي نفسك " فانقض المجلس ثم طلقت نفسها بعد ذلك فلا يقع الطلاق، لأن التطبيق في حالة التفويض جواب للتمليك، وقبول التمليك لا بد أن يكون فوراً، فلا بد لقبول إيقاع الطلاق أن يكون فوراً، أما إذا كانت صيغة التفويض قد قيدت بوقت معين أو أنها كانت عامة للأوقات كلها، فإنها في هذه الحالة تلزم ما نص عليه فيه⁽⁴⁾.
- لا يبطل التفويض بجنون الزوج، لأن التفويض في معنى التعليق، أما التوكيل فيبطل بجنون الزوج، لأن الجنون يخرج عن الأهلية وهذا يبطل الوكالة⁽⁵⁾.
- لا يلزم أن يكون الذي يفوض إليه أمر الطلاق في المجلس عاقلاً، فيمكن أن يفوضه إلى صبي أو مجنون لأن التفويض تمليك في ضمنه تعليق، فإذا لم يصح التفويض لغير العاقل باعتبار التمليك، فإنه يصح باعتبار التعليق، فإن قال: إن قال لك المجنون: أنت طالق فأنت طالق، بينما في التوكيل لا بد أن يكون الوكيل عاقلاً⁽⁶⁾.

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة التفويض والتوكيل في الطلاق، بالرغم من أنه أشار إلى الوكالة في القانون المدني من المادة (571) إلى المادة (589) منه، لكنه واستناداً إلى كون الزواج في قانون الأسرة الجزائري يجوز التوكيل فيه طبقاً لنص المادة (20) منه قبل التعديل فمن المنطقي جواز التوكيل في الطلاق فطالما يملك هذا التصرف أصالةً عن نفسه، فيمكن أن يكون فيه نائباً أو موكلاً.

(1)-محمد أديب القبسي، المرجع السابق، ص 78. انظر كذلك محمد سمارة، المرجع السابق، ص 287.

(2)-علالي بلقاسم، المرجع السابق، ص 65.

(3)-المرجع نفسه، ص 65.

(4)-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 288.

(5)-علالي بلقاسم، المرجع السابق، ص 65.

(6)-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 288.

ويبقى هذا مجرد احتمال مرتبط بنص المادة (20) قبل التعديل، ذلك أن المشرع الجزائري وبموجب تعديل 05-09 أُلغى الوكالة في عقد الزواج مما يجعلنا نتساءل هل أُلغى المشرع الجزائري الوكالة نهائياً في عقد الزواج؟ أم أصبحت تخضع هي الأخرى للقواعد العامة المعمول بها في القانون المدني؟ ولكن حسب رأينا ما دامت الوكالة منصوصاً عليها في القانون المدني فإن المشرع الجزائري بإلغائه المادة (20) ق.أ.ج فعل صواباً لكونها كانت على سبيل التكرار، وعليه ونظراً لغموض موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة يقتضي بنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقتضي بجواز التفويض والتوكيل في الطلاق.

على عكس المشرع الجزائري والذي كان موقفه غامضاً وغير واضحاً في هذه المسألة، فإن القانون الفرنسي قد حدد صراحة الحالات التي لا يجوز فيها التفويض أو التوكيل وهي كالتالي⁽¹⁾:

- الزواج (المادة 143 إلى 226 ق.م.ف)
- أثناء التفريق من خلال الطلاق أو الانفصال الجسماني (المادة 227 إلى 309 ق.م.ف).
- لصياغة أو لتوقيع أمام الموثق.
- أثناء تأدية اليمين في المحكمة.
- تغيير أو إبطال المستفيد من عقد التأمين على الحياة.

أما القانون المغربي فقد نص صراحةً على جواز التفويض والتوكيل في الطلاق، وذلك استناداً إلى نص المادة (89) م.أ.م: « إذا أملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقاً لأحكام المادتين 79 و 80 أعلاه ».

وهو الأمر الذي تبناه أيضاً المشرع التونسي في نص المادة (34) ق.أ.ش.ت: « الطلاق هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً ».

(1)- Donner procuration, Article lu à l'adresse suivante: <http://www.Dossier familial Com/donner-une-procuration-5488.html>. le 07/03/2014, 18:30.

- إذا كان المشرع الفرنسي قد أكد في نص المادة (1/146) ق.م. على أنه إذا تم الزواج بفرنسي وبالرغم من التعاقد في الخارج فإن الأمر يتطلب وجوده، فهو أكد بمفهوم المخالفة أن حضور الزوجين يعتبر شرطاً أساسياً لإبرام عقد الزواج، ولهذا فلا يمكن لأي شخص أن يفوض أو يوكل غيره للقيام بذلك، ومخالفة هذا الشرط يترتب عليه بطلان عقد الزواج بطلاناً مطلقاً.

وهو نفس الأمر الذي تبناه فيما يخص موضوع الطلاق أو الانفصال الجسماني، أي أنه لا يمكن لأي أحد من المطلقين أن يخول غيره تفويضاً أو توكيلاً للقيام بالطلاق، باستثناء حالة واحدة نصت عليها المادة (249) ق.م.ف، وهي حالة كون الشخص إذا كان عاجزاً في إمكانه أن يفوض غيره بطلاقه، غير أن هذا الأخير لا يتم تعيينه بطريقة عشوائية، وإنما يتم اختياره بناءً على تفويض من مجلس العائلة أو من طرف قاضي الوصاية بعد الاستشارة الطبية، وإذا اقتضى الأمر بعد الاستماع إلى المعني بالأمر من قبل مجلس العائلة أو القاضي.

المطلب الثاني

الطلاق بناءً على طلب الزوجة

إنه ولما كان الطلاق حقاً خالصاً للزوج، وذلك للاعتبارات العديدة والتي ذكرناها في بداية هذه الدراسة، لم تحرم الشريعة الإسلامية المرأة من الطلاق إذا رأت استحالة دوام الحياة واستمرارها بجانب زوج تبغضه وتكرهه، بل خولت لها صوراً وحالات، وفتحت لها باب القضاء للمطالبة بحل هذه الرابطة وفي ذلك إنصاف لها ورفع لكل ظلم قد يقع عليها.

المشرع الجزائري وأمام الانتقادات الكثيرة التي تعرض إليها قانون الأسرة 84-11 والتي تنادي بإلغائه أو تعديل أحكامه لانتهاكها الصارخ لأهم مبادئ الدستور الجزائري وهو تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ذلك أن هذا القانون في نظرهم مجرد قانون جائر⁽¹⁾، ومجحف في حق المرأة لأنه يمس بحقوقها⁽²⁾، التي يغلب عليها مصلحة الرجل⁽³⁾، قام بتعديله بما يتماشى ومبدأ المساواة بينهما في الحقوق والواجبات ومنه المساواة في حل الرابطة الزوجية.

ذلك أنه وبموجب تعديل 05-09 لم تعد إرادة الزوج وحدها كفيلاً لإحداث أثر الطلاق، ذلك أن المشرع الجزائري خول هذا الحق كذلك بالنسبة للمرأة وحاول الارتقاء به شيئاً فشيئاً من مجرد رخصة جوازية تتوقف على موافقة الزوج أو القضاء إلى حق أصيل يقابل ذلك الحق الأصيل الذي يتمتع به الزوج، وذلك طبقاً لنص المادتين (53) (الفرع الأول) و (54) ق.أ.ج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطبيق

الثابت في الشريعة الإسلامية أن الإرادة المنفردة في إحداث أثر الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة، وذلك للاعتبارات العديدة والتي ذكرناها في بداية هذه الدراسة.

والمبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعاً للزوج، حدثت فيه بعض الاستثناءات من طرف الفقهاء تيسيراً على الزوجة وبما يتفق مع ديننا الحنيف، فوجد سبيل آخر لحل الرابطة الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الانفصال، وهذا ما يطلق عليه بالتطبيق⁽⁴⁾.

الأصل أن هذه الصورة استحدثت لإيجاد رخصة للزوجة في إمكانية حل زوجيتها، ولكن ليس بإرادتها المنفردة، بل عن طريق القاضي بعد تقديمها للطلب وإثباتها للأسباب والعلل الشرعية التي تجعلها تطالب بهذا

(1)- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تسريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 02، 2003، ص 84.

(2)- دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 477.

(3)- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 84.

(4)- باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 53-54.

طلب⁽¹⁾، ومن هذا المنظور أكد المشرع الجزائري على حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلق وذلك استناداً إلى نص المادة (53) ق.أ.ج محاولاً التوسع فيه وفي الحالات الموجبة له حماية للمرأة ودرءاً للمفاسد والأضرار التي قد تلحقها من طرف الزوج⁽²⁾.

ونظراً لذلك يقتضي منا الأمر تعريف التطلق (أولاً) وتحديد مشروعيته (ثانياً).

أولاً: تعريف التطلق

يقتضي تعريف التطلق تعريفه لغةً ثم قانوناً.

1- التطلق في اللغة

التطلق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق طلاقاً وتطلقاً⁽³⁾.

2- التطلق في القانون

لم يعرف المشرع الجزائري التطلق وهذا على غرار باقي فقهاء الشريعة الإسلامية والفقهاء القانوني في عدم تبنينهم لتعريف دقيق وشامل له، وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطلق أمام القاضي وهي محددة في 04 حالات يكاد الإجماع يحصل عليها وهي: التطلق لعدم النفقة، التطلق للضرر، التطلق لغيبه الزوج والتطلق لحبس الزوج.

وهو ما تبناه أيضاً المشرع الجزائري في نص المادة (53) ق.أ.ج إذ حدد على سبيل الحصر الأسباب التي تستند عليها الزوجة لطلب التطلق وهي محددة في عشر حالات والتي سنحاول التفصيل فيها لاحقاً.

وعليه فالتطلق يعرف بأنه إنهاء لرابطة زوجية بحكم من القضاء وبناءً على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون، كإضرار أحد الزوجين بالآخر أو مرضه أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما أو استناداً إلى حالة من الحالات المذكورة في نص المادة (53) ق.أ.ج⁽⁴⁾.

(1)-BENDJABALLAH Souad, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille Algérien, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, nouvelle série n° 03, 2001, p 11.

(2)-فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المرجع السابق، ص 630. انظر كذلك

-AKROUNE Yakoute, Droit de la famille et droits de l'homme en Algérie (Une coexistence toujours conflictuelle), revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, nouvelle série n° 02, 2008, p 82.

(3)-انظر التعريف اللغوي للطلاق، ص ص 48-49.

(4)-سميرة معاشي، أحكام التطلق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ع 06، 2009، ص 202. انظر كذلك لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 96.

وفي هذا صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/03 محاولة منها إعطاء تعريف للتطبيق وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، والتطبيق حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية».

على الرغم من التعريف الذي أعطته المحكمة العليا للتطبيق إلا أنه لم يكن تعريفاً شاملاً ودقيقاً بحيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة أو كان على الأقل أن تعطي أمثلة عن ذلك.

المشروع الجزائري وبموجب المادة (53) ق.أ.ج قبل التعديل حدد سبع حالات على أساسها يمكن للزوجة

طلب التطبيق وهي كالتالي:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79 و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق 04 أشهر.

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

5- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.

6- كل ضرر معتبر شرعاً ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و37 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

الحالات السبع المشار إليها أعلاه مستمدة أساساً من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية ورغم أن المشرع

الجزائري حاول التدقيق فيها على سبيل الحصر إلا أن الوضوح لم يشمل جميع الحالات، مما أدى به إلى تعديل

هذه المادة بموجب الأمر 05-09 الذي كان أكثر ليونةً وأعطى فرصاً جديدة للزوجة في حال مطالبته بالتطبيق

إذ زاد في عدد الحالات المستوجبة للتطبيق إلى عشر حالات، ولم يعد التطبيق مبنياً على سبع حالات أي بزيادة

ثلاث حالات أخرى هذا من جهة وتتمثل هذه الحالات في:

1. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 ق.أ.ج.

2. الشقاق المستمر بين الزوجين.

3. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ومن جهة أخرى فك الحصار عن بعض الحالات التي اعتبرها شروطاً كثيرة، فقام بالتخفيف منها كما

ارتقى ببعض الفقرات إلى درجة الفقرات المستقلة في حد ذاتها عن الفقرات الأخرى، ومخالفة هذه الفقرات يعتبر

سبباً كافياً لتأسيس الزوجة طلبها الرامي إلى التطبيق.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/03، ملف رقم 35026، م.ق، 1989، ع 04، ص 86.

وعليه كل ما فعله المشرع الجزائري هو تسهيل مهمة الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق إذا تضررت من زوجها، وأعطاهما فرصاً أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترقى شيئاً فشيئاً لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق، حيث عدلت المادة (53) ق.أ.ج على النحو التالي:

« يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79 و80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق 04 أشهر.
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعاً.

وعليه فصورة التطلاق بما عدل فيها المشرع الجزائري أضحت ترتقى إلى مرتبة الحق الأصيل لكون الحالات لم تعد محصورة رغم ذكرها على ذلك السبيل في المادة (53) ق.أ.ج.

ثانياً: مشروعية التطلاق

لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحةً على مشروعية التطلاق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمناً على أن للمرأة حق طلب التطلاق إذا لحق بها ضرراً منه، وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُسْكُوهُنَّ

ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽²⁾.

أما من السنة حَدَّثَنَا يَحْيَى، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " قَالَ: [لَا ضِرْرَ وَلَا ضِرَارَ]⁽³⁾.

(1)-سورة البقرة، الآية 231.

(2)-سورة النساء، الآية 19.

(3)-مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي - الإمارات، -، ج 04، 2004، ص 1078.

إذا كانت غاية الطلاق - مع كل أهميته - رفع الضرر على الزوجين معاً أو على أحدهما، إذا أوصدت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما، فإن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج، إذا توفرت أسبابه على أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، وحق الزوجة في طلب التطليق ثابت شرعاً وقانوناً هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم ونعمة، والطلاق والتطليق قطع لهذه النعمة إلا للضرورة⁽¹⁾، وعليه فالحكمة من طلب الزوجة التطليق يكمن فيما يلي:

■ حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، ضف إلى ذلك أن الله تعالى قرن الحقوق بالواجبات حتى لا تبقى المرأة تتلقى فقط دون أن تقدم شيئاً للمجتمع، ولو أن الله تعالى لم يأمرها بشيء، لكان ذلك مساس بكرامتها ونقصان من قيمتها⁽²⁾.

■ إن وضع الطلاق بيد الرجل متى شاء قد جعل حياة المرأة وقلبها رهن حظها في غيب القدر، وهذا ما حقق خيبتها وانكسار جناحها من الذل ولهذا أعطاه الشارع الحكيم الحق في مواجهة هذه الأمور بما يضمن سعادتها وهنائها⁽³⁾.

■ تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطلق الماديين، وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي⁽⁴⁾، والله عز وجل يقول: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ

يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁽⁵⁾.

■ تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي والفيزيولوجي والعقلي عليهم حيث أوصى الرسول " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " بالنساء خيراً في الكثير من الأحاديث منها: قوله " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا]⁽⁶⁾، وقوله " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [أَكْمَلُ الْمُؤْمِنِينَ إِيمَانًا أَحْسَنَهُمْ خُلُقًا وَخَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِنِسَائِهِ]⁽⁷⁾.

(1)-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 30.

(2)-سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والأسرة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 353.

(3)-محمد صلاح الدين المستاوي، المرأة والأسرة بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية(نموذج مجلة الأحوال الشخصية بتونس)، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 403.

(4)-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 30.

(5)-سورة الروم، الآية 21.

(6)-محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى(سنن الترميذي)، المرجع السابق، أبواب الرضاع عن الرسول " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ص 459.

(7)-المرجع نفسه، ص 458.

■ تحريم كل أساليب الإضرار أو الإيذاء بمختلف الصور من عدم الإنفاق أو العيب أو الغياب أو الفاحشة وبالتالي يتحطم طغيان الرجل عندما يعلم بحقها في طلب التطلاق بدون موافقته⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الخلع

الأصل في العلاقة الزوجية هو الاستقرار والسكن والأمان، إلا أن من الظروف والمتغيرات ما يحول دون ذلك في بعض الأحيان، ويعد الترخيص بالطلاق للرجل والخلع للمرأة آليات تفريق شرعية في الأحوال التي تستعصي فيها العشرة بين الزوجين ويستحيل استمرار الزواج بينهما⁽²⁾، فإذا كرهت الزوجة خلق زوجها أو كرهت نقص دينه أو خافت ألا تقيم حدود الله معه، كان لها في هذه الحالة أن تطلب فراقه على عوض تبذله له تفتدي بها نفسها⁽³⁾، وهذا ما يطلق عليه بالخلع لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾⁽⁴⁾، ذلك أن التفريق في هذه الحالة من شأنه أن يحقق مصلحة الطرفين بما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية وبما يحقق التوازن والاستقرار بينهما⁽⁵⁾.

أولاً: معنى الخلع، أدلته ومميزاته

رغم اختلاف الآراء الفقهية حول الخلع من حيث تكيفه الفقهي وشروط صحته إلا أن المتصفح لمجمل التعريفات الواردة بشأنه، يلاحظ التوحيد في تعريفه لغةً وشرعاً.

1 - معنى الخلع

يقنضي تعريف الخلع، تعريفه لغةً ثم شرعاً.

أ - الخلع في اللغة

خَلَعَ الشَّيْءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا وَخُلِعَ: كَنَزَعَهُ إِلَّا أَنْ فِي الْخَلْعِ مُهْلَةٌ، وَسَوَى بَعْضِهِمْ بَيْنَ الْخَلْعِ وَالنُّزْعِ وَخَلَعَ النَّعْلَ وَالثَّوْبَ وَالرِّدَاءَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا: جَرَدَهُ، وَالْخُلْعَةُ مِنَ الثِّيَابِ: مَا خَلَعْتُهُ فطرحته على آخر أو لم تطرحه وكل ثوب تخلعه عنك خلعة، وخلع عليه خلعة⁽⁶⁾.

(1)-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 31.

(2)-نادية حليم، الآثار الاجتماعية للخلع(دراسة مقارنة بين الخلع والتطلاق)، مركز قضايا المرأة المصرية، القاهرة، 2005، ص 08.

(3)-إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008، ص 04.

(4)-سورة البقرة، الآية 229.

(5)-ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 80.

(6)-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري(لسان العرب)، المرجع السابق، م 08، ص 76.

وفي الحديث: [مَنْ خَلَعَ يَدًا مِنْ طَاعَةٍ لَقِيَ اللَّهَ - تَعَالَى - لَا حُجَّةَ لَهُ]؛ أي من خرج من طاعة سلطانه، وعدا عليه بالشر؛ قال ابن الأثير: هو من خلعت الثوب إذا ألقيته عنك، شبه الطاعة واشتمالها على الإنسان به وخص اليد لأن المعاهدة والمعاقدة بها؛ وخلع دابته يخلعها خلعا وخلعها: أطلقها من قيدها⁽¹⁾.

وخلع عذاره: ألقاه عن نفسه فعاد بشراً، وهو على المثل بذلك؛ وخلع امرأته خلعا، بالضم، وخلعا فاختلعت وخلعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالعة، والاسم الخلعة، وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة⁽²⁾.

ب- الخلع في الاصطلاح الشرعي

تباينت تعريفات الفقهاء للخلع تبعا لاختلافهم في تكييفه:

- عرفه الحنفية: " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو في معناه مقابل نظير تلتزم به الزوجة"⁽³⁾.
- عرفه المالكية: " طلاق بعوض سواء أكان هذا العوض من الزوجة أو من غيرها، من ولي أو غيره أو هو ما كان بلفظ الخلع من غير عوض"⁽⁴⁾.
- عرفه الشافعية: " فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع"⁽⁵⁾.
- عرفه الحنابلة: " فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته - أو غيرها - بألفاظ مخصوصة"⁽⁶⁾.

وفي تعريف الخلع يقول المستشار الكبير أحمد نصر الجندي في كتابه من فرق الزوجية: " الخلع عند جميع الفقهاء عقد رضائي بين الزوجين - أي معاوضة بينهما - فيشترط فيه لكي يرتب آثاره أن يرضى

(1)-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 279.

(2)-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (لسان العرب)، المرجع السابق، ص 76.

(3)-أحمد نصر الجندي، من الفرق الزوجية(الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان)، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 09؛ يشترط الحنفية حتى يتحقق الخلع لديهم الشروط التالية:

-أن يتم الخلع حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً وإذا لم تكن كذلك لا يتحقق الخلع كما هو الحال في الأنكحة الفاسدة لأنه لا يفيد ملك المتعة؛ أن يكون بلفظ الخلع أو ما اشتق منه أو بلفظ يؤدي معنى الخلع؛ أن يكون الخلع مقابل عوض يقع على عاتق الزوجة؛ رضا كل من الزوج والزوجة فإذا انعدم الرضا لم يصح الخلع؛ أن تكون الزوجة المختلعة أهلاً للتبرع.

(4)-عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 224؛ الخلع عند المالكية نوعان، الأول: ما كان في نظير عوض وهو الغالب والثاني ما وقع بلفظ الخلع، وهو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها: خالعتك أو أنت خالعة، فالخلع عندهم يشمل الفرقة بعوض أو من دون عوض ويقع به طلاقة بائنة.

(5)-عباس سهيل جنان، الطلاق الخلعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، ع 01، 2004، ص 279.

(6)-أحمد نصر الجندي، من الفرق الزوجية، المرجع السابق، ص 10. انظر كذلك إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، المرجع السابق، ص 16.

به كل من الزوجين، لأنه يترتب عليه سقوط حقوق متبادلة بينهما، حقوق الزوج وحقوق الزوجة ومن هذه الحقوق حل المعاشرة وسقوط هذا الحل كأثر للخلع الرضائي وليس خلع غير رضائي⁽¹⁾.

من التعريفات المنقاة التي قيلت في الخلع نجد معظمها تؤكد على رضائية الإجراء، أي أن الخلع لا يمكن أن يقع إلا إذا رضاه الطرفان (الزوج أو الزوجة) والفكرة السائدة سابقاً هي أن الخلع باب آخر تلجأ إليه الزوجة من أجل الحصول على حريتها في الوقت الذي لا تجد فيه أي سبب يدفعها لذلك سوى النفور ليس إلا ولكن كل ذلك يتوقف على إرادة الزوج، فلو عارض الزوج وقع الخلع باطلاً.

ولهذا سنرى كيف تحولت التعريفات السابقة من منظور قانون الأسرة الجزائري وأصبحت تقول بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دونما الحاجة إلى موافقة الزوج، وهو المنظور الذي يمتد جذوره عند الإمام ابن رشد في كتابه "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" عندما قال الفقه: "أن الفداء جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة)، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته)"⁽²⁾.

2- مشروعية الخلع

تقوم مشروعية الخلع على أساس من القرآن الكريم وسنة رسول الله "صلى الله عليه وسلم" ومن الإجماع والمعقول.

أ- القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾⁽³⁾.

فبعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان، وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ذكر بعد ذلك أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض واستحالة العشرة بين الطرفين لقبح أو سوء معاملة أو نحو ذلك، ففي مثل هذه الحالات يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لطلاقها ويسمى هذا بالخلع⁽⁴⁾.

(1)- أحمد نصر الجندي، من الفرق الزوجية، المرجع السابق، ص 12.

(2)- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، المرجع السابق، باب في الخلع، ص 68.

(3)- سورة البقرة، الآية 229.

(4)- ربيحة إلغات، الطلاق بالخلع (دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 04، 2009، ص 308.

وفي أخذ الزوج الفدية عدل وإنصاف، إذ أنه هو الذي أعطاه المهر وكذلك تكاليف الزفاف والإنفاق عليها، وهي التي طالبت بالفراق، فكان من الإنصاف أن ترد عليه ما أخذت، وإن كانت الكراهية منهما معاً فإن طلب الزوج التفريق فبيده الطلاق وعليه تبعاته وإن طلبت الزوجة الفرقة فبيدها الخلع وعليها تبعاته أيضاً⁽¹⁾.

وجاء في تفسير ابن كثير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽²⁾، أنه إذا تشاقت الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تتفدي منه بما أعطاه ولا حرج في بذلها له ولا حرج في قبول ذلك منها⁽³⁾.

ب - السنة النبوية الشريفة

روي عن النبي " صلى الله عليه وسلم " في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة في مشروعية الخلع ولعل أهمها:

■ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: [جَاءَتْ امْرَأَةٌ ثَابِتُ بْنُ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ إِلَى النَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَرِقْ بَيْنِي وَبَيْنَ ثَابِتٍ، فَإِنِّي أَبْغُضُهُ وَلَقَدْ رَفَعْتُ طَرْفَ الْخَبَاءِ فَرَأَيْتُهُ يَجِيءُ فِي أَفْوَامٍ فَكَانَ أَفْصَرَهُمْ قَامَةً وَأَقْبَحَهُمْ وَجْهًا وَأَشَدَّهُمْ سَوَادًا، وَإِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، فَقَالَ ثَابِتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مُرَّهَا فَلْتُرِدْ عَلَيَّ حَدِيثِي الَّتِي أُعْطَيْتُهَا، فَقَالَ الرَّسُولُ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": مَا تَقُولِينَ فَقَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ فَقَالَ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": لَا بَلْ حَدِيثُكَ فَقَطُ ثُمَّ قَالَ لِثَابِتٍ: خُذْ مَا أُعْطَيْتَهَا وَخَلِّ سَبِيلَهَا]⁽⁴⁾، ففعل فكان ذلك أول خلع في الإسلام.

ت - الإجماع

فقد انعقد إجماع المسلمين من السلف والخلف على جواز الخلع الرضائي بين الزوجين بالاتفاق ودليلهم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽⁵⁾.

(1)- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 48.

(2)- سورة البقرة، الآية 229.

(3)- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، من سورة الفاتحة إلى سورة البقرة، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج 01، 1999، ص 612-613.

(4)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ص ص 46-47.

(5)- سورة البقرة، الآية 229.

ث - المعقول

إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل وقد ترغب المرأة في الخلاص من الزوج لسبب أو لآخر وهي لا تملك حق الطلاق، فتتفق مع زوجها على مقدار من المال تدفعه له مقابل طلاقه لها، فإذا رضي بذلك كانت المخالعة بينهما افتداء لها من حياة لا ترغب فيها وتخاف ألا تقيم حدود الله فتد للزوج ما قدمه لها من أصول، وبما أن الفرقة مشروعة بإرادة الزوج منفردة بالطلاق جازت باتفاق الزوجين من باب أولى⁽¹⁾.
أما الحكمة من الخلع فهو رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الانسجام في الحياة الزوجية، وينبغي التنبيه إلى أن طلب الزوجة من زوجها المخالعة من غير حاجة داعية إليه حرام لقوله " صلى الله عليه وسلم " : [أَيُّمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرَحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ]⁽²⁾.

3- تمييز الخلع عن الطلاق على مال

يشترك كل من الخلع والطلاق على مال في بعض الأحكام ويختلفان في البعض الآخر.

أ - أوجه التشابه

- إن كلا من الخلع والطلاق على مال يزول به عقد الزواج في الحال، ويقع لكل منهما طلاق بائن بينونة صغرى لصدوره نظير عوض تدفعه الزوجة لتفتدي نفسها من زوج لا ترغب فيه⁽³⁾.
- إن كلا من الخلع والطلاق على مال يشترط فيهما أن تقبل الزوجة البديل الذي جعل في مقابل الطلاق على مال أو الخلع، لأن قبولها للبديل في مقابل افتداء نفسها من زوجها كان ذلك معاوضة في حقها، والمعاوضة كما نعلم لا بد فيها من قبول من يلزمه دفع العوض أو البديل وفي حالة قبول الزوجة وموافقته على دفع البديل وقع الطلاق وصار البديل ديناً في ذمتها ووجب عليها أداءه للزوج فإن تم رفضها بدفع البديل فلا يقع الطلاق ولا يلزمها شيء⁽⁴⁾.

ب - أوجه الاختلاف

- الخلع يكون بصيغة الخلع أو المفاداة أو المبارأة، أما الطلاق على مال فيكون بلفظ الطلاق أو التسريح ونحوه كطالقتك على مال قدره كذا⁽⁵⁾.
- واعتبر الشافعية والحنابلة أن الخلع فسخ ونقض للعقد وعلى ذلك فلا يحتسب من عدد الطلاقات في حال رغب الزوج بإعادة زوجته بعقد ومهر جديد يدفعه.

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 53.

(2)- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى (سنن الترميذي)، المرجع السابق، أبواب الطلاق واللعان عن الرسول " صلى الله عليه وسلم "، باب المختلعات، ص 484.

(3)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 58.

(4)- المرجع نفسه، ص ص 58-59. انظر كذلك ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 88.

(5)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 276.

أما الحنفية فقد اعتبروه طلاقاً بائناً يحتسب من عدد الطلقات، فلو أعاد الزوج زوجته بعد الخلع بعقد جديد فلا يملك عليها إلا ما تبقى له من الثلاث⁽¹⁾.

■ الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع فيه الخلع، بخلاف الطلاق على مال الذي لا يسقط به أي حق منها إلا إذا نص عليه في الاتفاق لاختلاف مدلول كل من اللفظين وهذا رأي الحنفية⁽²⁾.

أما رأي المالكية والشافعية فإنهم لا يرون فرقاً بين الطلاق على مال والخلع لأن الخلع عندهم هو الطلاق على مال⁽³⁾.

■ إذا بطل البذل في الطلاق على مال بأن كان البذل خمراً أو خنزيراً أو أي شيء لا يعد من الأموال شرعاً وقع الطلاق رجعيًا، أما إذا بطل البذل في الخلع فإن الطلاق يقع بائناً⁽⁴⁾.

وقال البعض من المالكية إن الطلاق على مال والخلع في الأحكام على سواء إلا في فعل واحد وهو أن الخلع متى وقع على عوض لا قيمة له بمعنى لا يجب العوض ويكون طلاقاً بائناً، لأن الخلع من كنايات الطلاق، وأما الطلاق بعوض لا قيمة له فإذا بطل العوض فالطلاق يكون رجعيًا، لأن صريح الطلاق يكون رجعيًا وإنما تثبت البيونة لأجل العوض، فإذا بطل العوض بقي مجرد صريح الطلاق فيكون رجعيًا⁽⁵⁾.

ثانياً: التكيف الفقهي للخلع

اختلف الفقهاء في تكيف الخلع، فجانب منهم اختلفوا حول كون الخلع يميناً أو معاوضة واختلف آخرون منهم حول كون الخلع فسحاً أو طلاقاً.

1- اعتبار الخلع يميناً أم معاوضة

عرف الفقهاء الطلاق على أنه يمين سواء أوقعه الزوج أو الزوجة، فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم بإرادتهما مجتمعة يعتبر يميناً أم يختلف كل منهما عن الآخر؟

يرى الأحناف أن الخلع من جانب الزوج يعتبر يميناً، لأنه تعليق للطلاق على شرط العطية والضمان والتملك، ولذلك فإنه يكون لازماً من جهة الزوج لزوم لا سبيل إلى رفعه، وحيث يقع الطلاق بوجود الشرط وهو العوض والمقابل سواء أكان هذا العوض قد دفع على الفور أو على سبيل التراضي، وعليه فإن كان إيجاب الخلع قد صدر من الرجل فإنه يعد إيجاباً ملزماً له، ولذلك فليس له اشتراط مدة يكون له الخيار فيها، لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع وبما أنه لا يملك الرجوع فلا يستطيع الخيار⁽⁶⁾.

(1)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 59.

(2)- نادية حليم، المرجع السابق، ص 12.

(3)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 63-64.

(4)- ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 88.

(5)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 60.

(6)- وسن كاظم زرور الدفاعي، الطلاق الخلعي (دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون العراقي)، مجلة واسط للعلوم

الإنسانية، جامعة واسط، كلية القانون، العراق، ع 16، 2011، ص 429.

أما الخلع من جانب المرأة فإنه يعد من عقود المعاوضة، لأن المرأة التزمت بدفع عوض للرجل مقابل طلاقها إلا أنها ليست معاوضة محضة بل هي أشبه بالتبرع⁽¹⁾، لأن البذل الذي تدفعه الزوجة لا يقابله مال ولا أي منفعة من جانب الزوج، بينما المعاوضة المحضة يكون كل عوض من العوضين مالا أو ما في حكمه⁽²⁾.

ويتزنب على تكيف الحنفية أن للزوجة الرجوع عن إيجاب الخلع إذا ما هي بدأت بخلاف الرجل كما لها أن تشتترط لنفسها الخيار في الخلع مدة معلومة لأن المعاوضات يصح اشتراط الخيار فيها على عكس الرجل⁽³⁾.

في حين يذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الظاهرية إلى اعتبار الخلع ليس بعقد بين الزوجين من أجل تقرير مصير الزوجة بخلعها من عدمه، بل هو حق أصيل لها يحق لها اللجوء إليه متى شاءت ذلك، وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها، وعليه فالقول بأن الخلع عقد بين الزوج والزوجة مستبعد من طرف هذا الرأي⁽⁴⁾.

2- اعتبار الخلع فسحا أم طلاقاً

اختلف الفقهاء أيضاً حول اعتبار الخلع فسحاً أم طلاقاً وهذا على النحو التالي:

ذهب مالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابهم إلى اعتبار الخلع طلاقاً وهو قول الشافعي في القديم واستدلوا

بـ:

■ ما رواه الإمام البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: [جَاءَتْ امْرَأَةٌ ثَابِتُ بْنُ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَرِّقْ بَيْنِي وَبَيْنَ ثَابِتٍ، فَإِنِّي أَبْغُضُهُ وَقَدْ رَفَعْتُ طَرَفَ الْخَبَاءِ فَرَأَيْتُهُ يَجِيءُ فِي أَقْوَامٍ، فَكَانَ أَفْصَرَهُمْ قَامَةً وَأَقْبَحَهُمْ وَجْهًا وَأَشَدَّهُمْ سَوَادًا، وَإِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَقَالَ ثَابِتٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مُرَّهَا فَلْتَرُدِّي عَلَيَّ حَدِيثِي الَّتِي أُعْطِيتُهَا، فَقَالَ الرَّسُولُ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": مَا تَقُولِينَ فَقَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ، فَقَالَ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": لَا بَلْ حَدِيثَتُهُ فَقَطُّ ثُمَّ قَالَ لِثَابِتٍ: خُذْ مَا أُعْطِيتَهَا وَخَلِّ سَبِيلَهَا]⁽⁵⁾.

وقالوا أن لفظ الخلع لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقاً ولو كان فسحاً لما جاز على غير الصداق

كالإقالة⁽⁶⁾.

(1)-وسن كاظم زرور الدفاعي، المرجع السابق، ص 429. انظر كذلك أحمد حسام نجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العلمية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 18.

(2)-منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 61. انظر كذلك ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 322.

(3)-وسن كاظم زرور الدفاعي، المرجع السابق، ص 429.

(4)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 65.

(5)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 46-47.

(6)-ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 89.

وجه الاستدلال: أن أمر الرسول " صلى الله عليه وسلم " لثابت فيه دلالة ظاهرة على أن الخلع طلاق وليس بفسخ⁽¹⁾.

■ بِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " [جَعَلَ الْخُلْعَ تَطْلِيقَةً بَاطِنَةً]⁽²⁾.

وذهب أحمد والشافعي في الجديد وإسحاق أن الخلع فسخاً وليس بطلاق واستدلوا بـ:

■ بما روى عن ابن عباس، قال إنما هو فرقة فسخ وليس بطلاق، ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع

بين ذلك، فليس بطلاق ﴿ أَلَطَّلِقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتان ثم أعقبه بالخلع فقال: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا إِذَا فَرَغَا مِنْ ذَلِكَ وَقَدْ بَلَغَا الْكِبَرَ وَالْمَرْءُ مِنْهَا حُرٌّ وَالْمَرْءُ مِنْهَا حُرٌّ ﴾

به⁽⁴⁾، ثم ذكر بعد الخلع تطليقة ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽⁵⁾، فلو

كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً، فتعين أن يكون فسخاً⁽⁶⁾.

■ ما روى عن ابن عباس، أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

وَسَلَّمَ " فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أَنْ تَعْتَدَ بِحَيْضَةٍ⁽⁷⁾.

وجه الاستدلال: لو كان الخلع طلاقاً لأوجب عليها العدة ولما لم يوجب عليها العدة دل على أنه فسخ وليس

بطلاق⁽⁸⁾.

ولعل قول الرسول " صلى الله عليه وسلم " ثابت " : [إِبْلُ الْحَدِيقَةِ وَطَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً] يكفي في كون الخلع

طلاقاً.

ونستأنس بما روى عن ابن عباس من أن النبي " صلى الله عليه وسلم " جعل الخلع طلاقاً بائناً

ثم أنها فرقة بإرادة الزوج فكانت طلاقاً، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً كما يقول ابن

قدامة⁽⁹⁾.

(1)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 277.

(2)-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي(شرح فتح القدير)، المرجع السابق، كتاب

الطلاق، باب الخلع، ج 03، ص 199.

(3)-سورة البقرة، الآية 229.

(4)-سورة البقرة، الآية 229.

(5)-سورة البقرة، الآية 230.

(6)-ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 89.

(7)-محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى(سنن الترميذي)، المرجع السابق، باب ما جاء في

الخلع، ص 483.

(8)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 278.

(9)-ابن قدامة المقدسي(المغني)، المرجع السابق، كتاب الخلع، فصل إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض، ص 1750.

3- موقف المشرع الجزائري من المسألتين

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديده للخلع كيمين أو معاوضة، ففي قانون الأسرة 84-11 لم يتعرض المشرع إلى مسألة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقداً يتعين على الزوج اليمين وعلى الزوجة المعاوضة، كما أورده الفقهاء في اعتباره يميناً من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، حيث اكتفى في المادة (54) ق.أ.ج بالقول أنه: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...»، مما جعل بعض شراح القانون يفسرون هذه المادة على أساس أن الخلع عقداً، وبالتالي تبنا ما جاء ضمن تفصيل الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور بلحاج العربي: "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال، يعتبر يميناً في جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيهه بالتبرع من جانب الزوجة، التي تدفع له مبلغاً من المال مقابل تخليص نفسها من رابطة زوجية"⁽²⁾.

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف كونه اكتفى بالقول أنه في حالة النزاع على بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم. وقد ساير القضاء الجزائري هذا الاتجاه لسنوات طويلة إلا أن الرأي تغير بعدها بتغير عدة ظروف وفصل المشرع الجزائري في أمر التكييف الفقهي للخلع في التعديل 05-09 والذي عدل المادة (54) منه ونصت على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي». وفي ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يمكن لها اللجوء إليه إذا رأت استحالة مواصلة الحياة الزوجية مع زوجها، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي إيجاب للزوجة في مخالعتها ولا أي قبول من الزوج⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث كونه فسحاً أو طلاقاً، فإن المشرع الجزائري حسم رأيه في ذلك واعتبر الخلع طلاقاً، وذلك كان واضحاً من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان معنى الطلاق ومعنى الفسخ، فقد خص الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل"، وذلك من المادة (32) إلى المادة (35) منه، إذ نص في المادة (32) على أنه: «بيطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، وأوضحت المادة (33) منه أيضاً على أن ركن الرضا مهم وأساسي في إقامة الزواج إذا اختل بطل الزواج والمفهوم هنا هو البطلان المطلق، أما الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل، والمادة (34) اعتبرت كل زواج بإحدى

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 67.

(2)-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 263-264.

(3)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 68.

المحرمات فاسد يوجب فسخه قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، وفي المادة (35) الأخيرة في الفصل الثالث أكدت على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان العقد صحيحاً والشرط باطلاً.

كما أورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان " انحلال الزواج "، وذلك في المادة (47) التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة. ثم تطرق في الفصل الأول المعنون " بالطلاق " في المادة (48) التي تنص على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين (53) و(54) من نفس القانون.

ونجد أن المادة (54) التي تنص على الخلع كوسيلة تلجأ إليه الزوجة لحل الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهو تأكيد واضح للمشرع الجزائري في اعتباره الخلع طلاقاً وليس فسحاً، على اعتبار الفسخ في مفهوم التشريع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساساً في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر وظروف خارجة تماماً عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المشهور الصادر بتاريخ 1969/02/05 وجاء فيه:⁽²⁾ « لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح ».

ثالثاً: ارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري

ورد فيما تم ذكره سالفاً أن الطلاق حق مطلق للزوجين، وذلك استناداً إلى المادة (48) ق.أ.ج والتي أكدت على أن الطلاق حل عقد الزواج بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) منه، وهما المادتان اللتان تحدثتا عن التطليق والخلع.

وتعدد صور الطلاق طرح تساؤلاً عن مدى أحقية الزوجة في الانفصال عن زوجها بإرادتها المنفردة من عدمه، ذلك أن التطليق كان واضحاً، وذلك استناداً إلى الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) منه، إلا أن الغموض كان السيد في المادة (54) قبل التعديل لكونها لم تحسم إذا كان الخلع حق للزوجة يمكن استعماله في أي وقت تشاء أم أنه يخضع لقبول الزوج⁽³⁾، فالمادة (54) ق.أ.ج نصت على أنه: « يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل وقت الحكم ».

(1)- باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 68-69.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1969/02/05. انظر المرجع نفسه، ص 69.

(3)- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 04، 2008، ص 23.

غموض صياغة نص المادة (54) ق.أ.ج قبل التعديل جعل موقف المشرع الجزائري غامضاً أيضاً فلم يحدد بصورة واضحة مسألة ما إذا كان الخلع عقداً يتطلب إيجاباً أو قبولاً، فلا يقع إلا بموافقة الزوج إذا صدر الإيجاب من الزوجة، أم أنه تصرف انفرادي، فلا تحتاج إلى موافقة الزوج بحيث يقع الخلع بمجرد إبداء رغبته في الخلع وعرضها للعرض على الزوج ولا يهم بعد ذلك إن وافق أو لم يوافق؟ فكل ما تطرقت إليه المادة هو إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له إذا تم الاتفاق عليه أما إذا لم يحدث اتفاق بينهما على هذا المال، كان للقاضي أن يحكم بينهما بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم⁽¹⁾.

1- الخلع كحق للزوجة أم رخصة لها في التشريع الجزائري

أ- مرحلة ما قبل الثورة: عرف نظام الأسرة في الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وآثاره وكذا في الطلاق وآثاره، وذلك من خلال المحاكم الشرعية التي كانت موجودة آنذاك لكن الوضع لم يبق على حاله، فبعد اندلاع الثورة التحريرية صدر الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 1959/02/04 خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عملات الجزائر والواحات والساورة، وذلك ما هو ثابت من خلال الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11⁽²⁾.

يتكون هذا الأمر من إثني عشر مادة، تطرق فيها إلى مسائل تخص انعقاد الزواج وتسجيله وسن الزواج وانحلال الزواج إضافة إلى إجراءات وقتية، فقد نصت المادة الثانية من الأمر المذكور أعلاه على أنه: « ينعقد الزواج برضا الزوجين ويجب أن يصدر الرضا شفويًا وعلنيًا ومن صاحب الشأن شخصيًا بحضور شاهدين بالغين، وذلك أمام القاضي أو ضابط الأحوال المدنية، وإلا كان العقد باطلاً ويجوز للزوجين أن يطلب أن يكون الزوج الآخر مسلمًا، وإن كان الرضا صادرًا من قاصر أو محجور عليه قضائيًا، وجب أن يكمله رضا الولي أو القيم⁽³⁾ ».

وفي الباب المتعلق بانحلال الزواج، والذي خصه بثلاث مواد نصت المادة السادسة على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت، ويجب إصدار قرار انحلال الزواج بناءً على طلب يقدم من أي من الزوجين إلى القاضي المختص، كما أن الحكم الذي يصدر بمناسبة انحلال الزواج، يجب أن يفصل في حضانة الأولاد بما يتفق ومصالحتهم، وكذا في طلب التعويض أو النفقة التي يبديها الزوجان عن نفسيهما وعن أولادهما⁽⁴⁾.

(1)- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 23-24.

(2)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 70. انظر كذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص ص 24-25.

(3)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 70.

(4)- المرجع نفسه، ص ص 70-71. انظر كذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، المرجع السابق، ص 25.

في حين ألزمت المادة الثامنة منه الزوجين الحضور شخصياً إلى القاضي في دعوى الطلاق ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعفي بعضهما من الحضور.

مما سبق ذكره فإن الأمر 59-274 حمل نقاطاً هامة جديدة بالذكر هي على النحو التالي⁽¹⁾:

- لم يستعمل عبارة " الطلاق " بل استبدلها بعبارة " انحلال الزواج " والفرق واضح في العبارتين من منطلق الشريعة الإسلامية من حيث الآثار، فالطلاق له آثاره وهو يعد انحلالاً للزواج، كما أن الأنكحة الفاسدة والباطلة يعد فسخها انحلالاً للزواج كذلك، ولكن لها آثاراً أخرى تختلف جذرياً عن آثار الطلاق.
- لم يعرف هذا الأمر الصور المختلفة للطلاق، فقد تجاهلها ولم يعترف بها.
- حق انحلال الزواج أعطي للزوجين على حد سواء، دون تفضيل لزوج على آخر، والشرط الوحيد المستوجب توفره هو خط طلب يقدم إلى القاضي ليبيث فيه.

في السنوات الأولى من الاستقلال، حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تدريجي، فسن القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29 خاص بتحديد سن الزواج، حيث جعل السن عند الرجل ببلوغ 18 سنة، وعند المرأة ببلوغ سن 16 سنة، ثم صدر الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 1969/09/16 عدل القانون 63-224 فيما يتعلق بإثبات الزواج⁽²⁾.

في تلك الفترة لم يكن الحديث عن الخلع إطلاقاً كصورة من صور الطلاق فلم يعرف ولم يعمل به في المحاكم، واستمر الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون المدني بموجب الأمر 75-58 والتي نصت المادة الأولى منه: «.... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية». وفي هذه المرة، كان الرأي القائل بضرورة وجود التراضي في الخلع بواسطة الاتفاق بين الرجل والمرأة بينهما بالإيجاب والقول بغض النظر عن الموجب والقابل، فإذا عرضت الزوجة على الزوج مبلغاً من المال مقابل مخالعتها ورفض الزوج ذلك مبدئياً تمسكه بزوجته، ففي هذه الحالة لا يقع الخلع لعدم رضا الزوج. وقد انعكس ذلك بشكل جلي في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1980/02/25 وجاء فيه⁽³⁾: «... وبناءً على ذلك، فإن الخلع لا يتم إلا برضا الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما.....».

ب- مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984

استمر الوضع على حاله إلى غاية بداية الثمانينات، تاريخ صدور أول قانون جزائري للأسرة والذي حمل رقم 84-11 بتاريخ 09 جوان 1984، القانون في مجمله لم تخرج قواعده عن إطار الشريعة الإسلامية حيث حمل القانون في طياته 224 مادة تضمنتها أربعة كتب، ولم ينل موضوع الخلع في هذا القانون سوى

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 71.

(2)-المرجع نفسه، ص 71.

(3)-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1980/02/25، ملف رقم 21305. انظر المرجع نفسه، ص 72.

مادة واحدة ووحيدة هي المادة (54) منه والتي نصت على أنه: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

من الوهلة الأولى يستشف أن المشرع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إن كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا، ثم واصلت بالحديث عن حالة الاتفاق بين الزوجين على مبلغ المال (بدل الخلع)، وأكدت أنه في حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل الشراح والقضاة ينهلون من آراء الفقهاء استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي أقرت بأن الخلع عقد يتم بالتراضي بين الزوجين، ولا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره حقاً من حقوق الزوجة تمارسه بإرادتها الانفرادية⁽¹⁾.

ت - مرحلة تعديل القانون بالأمر 05-09

صار واضحاً من خلال تعرضنا لمرحلتنا ما قبل وما بعد صدور قانون الأسرة 84-11 أن الرأي الغالب والمعمول به واقعاً قانونياً هو النظر بعين الاعتبار لموافقة الزوج في مبدأ الخلع، عندما تعرضه الزوجة وأن عدم جواز مبدأ الخلع صار هذا الأخير باطلاً ولا يحكم به.

(1) - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 24.

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الفاضل عبد العزيز سعد في كتابه الزواج والطلاق: "الخلع شرع أساساً لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة لتمكينها من طلب التطلاق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، ولم تعد تتركز إليه أو تحتل عشرته، ولم يمنح لها في صورة حق من حقوق الزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنه لو قلنا بأن الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطلاق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج، وربما في غيابها وحتى دون علمه، ولأصبح تعريف الفقهاء للخلع بأنه فدية تقدمها الزوجة إلى الزوج كما وردت في القرآن وتعريف الفقهاء المتأخرين بأنه عقد يتم بالتراضي لا معنى له، ولا أصبح اتفاق الزوج معها على مقدار الخلع كما جاءت به المادة (54) ق.أ.ج لا معنى له أيضاً، لذلك يبقى القول بأن الخلع هو رخصة منحت للزوجة تستعملها عندما تضيق بها سعة الحياة الزوجية هو القول السليم ولا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضا الزوج لا من تلقاء نفسه ولا بمجرد طلب من الزوجة مرفوقاً بعرض مبلغ من المال". انظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 252.

وفي نفس الاتجاه يقول الدكتور بلحاج العربي: "فالخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بإيجاب وقبول". انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 263.

والجدير بالذكر أن الأستاذ فضيل سعد استنتج من المادة (54) ذاتها رغم عدم وضوح صياغتها، أنها تشترط أن ينبني الخلع على إيجاب وقبول، حيث قال: عندما نستعمل لفظ "خالع" فهو مزيد بحرف على وزن "فاعل" بمعنى "بادل" وفيه تفاعل الطرفين وتوقف حصول الفعل على إرادتهما، بأن تكون هي البائدة وهو المكمل، أو هو البادئ وهي المكملة، إذ لا حصول للفعل بدون إرادتهما، وعلى هذا فإما أن تكون هي الموجبة وهو القابل، أو هو الموجب وهي القابلة. انظر فضيل سعد، المرجع السابق، ص 306.

فقبل صدور قانون الأسرة، ومنذ الاحتلال الفرنسي، كان التأثير كبيراً بالرأي الذي ضيق على الزوجة وجعلها رهينة موافقة الزوج في الخلع وبالتالي جعل في الرأي المعاكس معزولاً ومستبعداً من التطبيق ولعل من أهم الأسباب المؤثرة التي حافظت على الرأي الأول في التطبيق مايلي⁽¹⁾:

- الوضع الاجتماعي الذي كان يحياه المجتمع الجزائري والمتسم بالمحافظة الكبيرة القائمة أساساً على مركز الزوج القوي في العائلة الجزائرية، والذي يقابله من جهة أخرى المركز الضعيف للزوجة كعنصر لا يتصور أن يصنع القرار بنفسه ولصالحه، وبالتالي لم يكن يتصور في تلك الحقبة التاريخية إعطاء الزوجة الحق في حل الرابطة الزوجية مقابلاً لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.
- تبني الفقهاء وشرح القانون والتشريع الجزائري الآراء الفقهية المعتمدة أساساً على المذهب الحنفي والمبنية هي الأخرى على أن حق الزوجة في الخلع يتناقض بشكل صارخ مع مبدأ العصمة التي جعلته الشريعة الإسلامية بيد الزوج.
- قلة تطبيق الخلع في الحياة الواقعية قبل سنة 1958 ثم تغييره كلية بمناسبة صدور الأمر رقم 59-274 الذي خرج عن إطار الشريعة الإسلامية ووضع قواعد خاصة مغايرة تماماً لما كان معمولاً به في المحاكم الشرعية.

صدر قانون الأسرة في سنة 1984 لم يغير شيئاً في الوضعية السابقة بفعل إحجامه عن الإسهاب في مسألة الخلع، حيث جاء الحديث عن الخلع مقتضباً في مادة وحيدة، بدأ الكلام فيها عن جواز الزوجة مخالعة نفسها مقابل مال تدفعه، غير أن المبدأ كان مبهماً على طول خط لأنه لم يجب عن السؤال المهم وهو هل للزوجة الحق في مخالعة نفسها دون موافقة زوجها؟

الحديث اقتصر فقط عن كيفية تصرف القاضي في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع، وذلك ما أكدته العديد من قرارات المحكمة العليا رغم أن المنطق في ترتيب المواد يقول أن المادة (48) عرفت الطلاق والمادتان (51) و(52) بينت الصورة الأولى وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ثم جاءت المادة (53) منه بحالات مستوجبة لطلب الزوجة التطليق، وفي حالة إذا لم تجد مبرراً من مبررات المادة (53) خول لها القانون استعمال المادة (54) وهي حق الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مال تدفعه للزوج.

وبهذا التسلسل المنطقي وبعد جدال وأخذ ورد حسم المشرع الجزائري المسألة في تعديل 2005 بالنص صراحة في المادة (54) ق.أ.ج على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي».

2- تطور الخلع كحق للزوجة في القضاء الجزائري

بدأ القضاء الجزائري الحديث عن الخلع كعقد رضائي ولا يمكن وقوعه دون إيجاب وقبول، وذلك تأسيساً بالآراء الفقهية التي تشكل الأغلبية في هذا الموضوع حيث جاءت أحكامه على النحو التالي:

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 74.

- « من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي الحكم به (الخلع) دون رضا الزوج »⁽¹⁾ ؛ ومن ثم فإن « عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض به الزوج »⁽²⁾.
- ولقد توالى قرارات المحكمة العليا بعد قراريها السابقين لتؤكد استمرارها في الأخذ بهذا الاتجاه حيث قضت بأنه:
- « من المقرر شرعاً أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج »⁽³⁾.
- « من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع »⁽⁴⁾.
- « من المقرر فقهاً أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج خلعاً قدره 50.000 رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهم له معاً »⁽⁵⁾.
- « من المقرر فقهاً وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه »⁽⁶⁾.
- وهكذا اتفقت كلمة شرع قانون الأسرة الجزائري وأحكام القضاء الجزائري على أن الخلع عقد لا ينعقد إلا بتطابق إرادتي الزوجين من إيجاب وقبول، وبعبارة أخرى إن الخلع مقرر كرخصة للزوجة لا كحق من الحقوق تمارسه بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة زوجها⁽⁷⁾.
- ولكن لما كانت المحكمة العليا لا تقف بقضائها موقف الجمود فقد أخذت تعمل على تطوير اتجاهها حتى تبلور أخيراً في قاعدة جديدة، وهي القاعدة التي تقوم على جواز النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى ولو لم يتراضا الزوجان عليه بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه، إذا أصبحت بينهما عشرة زوجية لا يرضيها الدين الإسلامي⁽⁸⁾.

(1)-المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، 1969/02/19. انظر تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة (54) قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 02، 2003، ص 11.

(2)-المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1969/03/12، مجلة الأحكام المجموعة الأولى، ع 01. انظر المرجع نفسه، ص 11.

(3)-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1982/02/08، ملف رقم 26709، ن.ق، 1982، ع خ، ص 258.

(4)-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/11، ملف رقم 33652، م.ق، 1989، ع 03، ص 38.

(5)-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/04/22، ملف رقم 36709، م.ق، 1989، ع 01، ص 92.

(6)-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م.ق، 1990، ع 03، ص 72.

(7)-شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 26.

(8)-تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء، المرجع السابق، ص 12.

المشروع الجزائري وبموجب تعديل 05-09 عدل المادة (54) ق.أ.ج على النحو الآتي: « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.»

وجاء في عرض الأسباب أن هذا التعديل المدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ 1997، وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى موافقته، إلا أن الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض ويرجع في هذه الحالة للقاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم⁽¹⁾.

إن التحول نحو القول بأحقية الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته لم يكن سوى في 1992 وفي هذا الإطار صدرت الأحكام التالية:

▪ « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

وإن المادة (54) ق.أ.ج تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الانتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين، وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون⁽²⁾.

▪ « من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعاً وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة (54) ق.أ.ج⁽³⁾.

▪ « الخلع رخصة للزوجة تستعملها لدفية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون⁽⁴⁾.

(1)- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 26-27.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 134.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم 141262، م.ق، 1998، ع 01، ص 120.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 138؛ للأستاذ باديس ديابي رأي حول هذا القرار إذ قال: " واضح من القرار أنه خلط بين الرخصة والحق، إذ أن ما خلص إليه المقصود منه (حق) وليس (رخصة)، ذلك أن الحق هو سلطة الاستثناء بالشيء، وعندما نقر حق ل (أ) ننصوّر استعماله على طلاقته دون قيد ولا شرط وفي أي وقت نشاء، أما الرخصة فهي القيام بتصرف شرط إجازته كونه عمل يتوقف قيامه

وبعد صدور هذه القرارات مال بعض الفقه الجزائري إلى تأييدها، فكتب الدكتور الغوثي بن ملحّة في كتابه قانون الأسرة " وفي رأينا تطليق الزوجة عن طريق الخلع هو بيد الزوجة، مثل ما أن حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج" (1)، وهذا يتأكد من قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ (2).

وكتب القاضي حمدي باشا عمر في كتابه دراسات قانونية مختلفة يقول: " ونحن بدورنا نميل إلى تأييد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني مستنديين في ذلك إلى اجتهاد أحد أبرز فقهاء الإسلام المعاصرين وهو سيد سابق الذي أكد في مؤلفه المشهور فقه السنة بأن " الخلع يكون بتراضي الزوجين، فإن لم يتم التراضي بينهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لأن ثابتاً وزوجته رفعا أمرهما إلى النبي " صلى الله عليه وسلم " وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة ويطلق" (3).

وكتب الأستاذ ابن داود عبد القادر عضو اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة في كتابه الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، مؤيداً تعديل المادة (54) ق.أ.ج " اختارت اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة توضيح المسألة بتحديد أن الخلع يقع بدون موافقة الزوج، والذي تتم الموافقة عليه إنما هو البديل فقط أو تعويض الزوج، فإن لم يتفقا على شيء يقضي القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم دون تقييد بموافقة الزوج....، ومن ثم كان تعديل المادة (54) موضعاً أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، لأنه لو كانت موافقته شرطاً لازماً لكانا بصدد طلاق بالتراضي لا بصدد خلع" (4).

بعد استعراضنا لتطور الخلع في كل من التشريع والقضاء الجزائري كان لنا أن نبدي الملاحظات التالية بخصوص نص المادة (54) ق.أ.ج بعد تعديلها:

- إن اعتبار الخلع تصرفاً انفرادياً من الزوجة دون موافقة الزوج استناداً إلى نص المادة (54) ق.أ.ج بعد تعديلها، تكييف مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الخلع عقد رضائي يقوم على إيجاب وقبول ولا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره حقاً من حقوق الزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة وإذا مارسه يقتضي موافقة الزوج على ذلك.
- إن الصياغة الحالية للمادة (54) ق.أ.ج سلبت القاضي كل سلطته في النظر في القضية المعروضة أمامه حيث جعلته مجبراً على الاستجابة لرغبة الزوجة في الخلع وأصبح دوره يقتصر فقط على تحديد بدل الخلع في حال عدم الاتفاق عليه بين الزوجين.

=على موافقة من يرخص ويجيزه، غير أن ورغم هذا الخلط إلا أن القرار لم ينحرف عن الخط القائل بأن الخلع حق للزوجة وليس مجرد رخصة لها ". انظر باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 79.

(1)- الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 112.

(2)-سورة النساء، الآية 19.

(3)-حمدي باشا عمر، دراسات قانونية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 167.

(4)-ابن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د.س.ن، ص 155-156.

- إن ما أقرته المادة (54) ق.أ.ج لا يستقيم مع الفطرة البشرية، إذ من غير المعقول منح المرأة حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة دون تدخل القاضي ذلك أنها كثيرة الانفعال، نظراً لتكوينها الفيزيولوجي وهو السبب الذي جعل الشريعة الإسلامية لا تمنحها حق الطلاق وجعلته بيد الزوج وحده، وهذا لا يعني احتقار المرأة أو نقصان من كرامتها، ذلك أنه إذا تضررت الزوجة جاز لها رفع أمرها إلى القاضي وبما له من سلطة تقديرية يقضي بتطليقها.
- إن ما قرره المادة (54) ق.أ.ج فتح باب لهدم الأسرة الجزائرية فبموجب الأمر 05-09 يجوز للمرأة الراشدة أن تتولى عقد زواجها دون وليها هذا من جهة⁽¹⁾، ومن جهة أخرى بعدما كانت حالات التطليق سبعة حالات أصبحت عشرة، ومن جهة ثالثة بعدما كان الخلع بموافقة الزوج أصبح بدونه، فالمرأة اليوم يجوز لها أن تتزوج بحضور وليها بعدما كان هو الذي يزوجها، ويجوز لها أن تخلع زوجها بعدما كان ذلك يتم بموافقتها.
- إن الحكم الذي جاءت به المادة (54) ق.أ.ج أدخل بالتوازن الذي أقرته الشريعة الإسلامية في حل الرابطة الزوجية، فهي اعتبرت الطلاق بيد الزوج والتطليق بيد المرأة تحت إشراف القاضي ويقع الخلع بينهما، أما قانون الأسرة بعد تعديله أبقى الطلاق بيد الرجل كحق أصيل له وفي مقابل ذلك منح للزوجة حق التطليق والخلع، واعتبر هذا الأخير (الخلع) حق أصيل للزوجة يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.
- إذا كان الطلاق بيد الرجل ورغم ذلك يسأل فيما إذا تعسف فيه استناداً إلى نص المادة (52) ق.أ.ج بعد تعديلها، فلماذا لم تتضمن المادة 54 ق.أ.ج حكماً في نفس الاتجاه، فتقضي بمساءلة الزوجة إذا أوقعت الخلع تعسفاً وبدون سبب يرجى له؟ فإذا كان الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بيد الزوج بما يعادل الخلع للمرأة طبقاً لنص المادة (54) منه فلماذا لا يخضعان إلى نفس الأحكام عند التعسف في استعمال هذا الحق.
- وعليه فلو حبذا لو يعيد المشرع الجزائري تعديل المادة (54) ق.أ.ج بما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية من جهة وبما يحقق مصلحة الزوجة من جهة أخرى وذلك على النحو الذي اقترحه الأستاذ شوقي بناسي⁽²⁾: « الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض. إذا اتفقا الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في قيمة العوض، حكم القاضي للزوج بمهر المثل وقت صدور الحكم.

(1)-تنص المادة (1/11) ق.أ.ج على أنه: « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ».

أما قبل التعديل فنصها: « يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له ».

(2)-شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 44؛ وهو ما نصت عليه أيضاً كل من المادة 115 والمادة 120 م.أ.م.

استثناء من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تبين للقاضي أن الزوج مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر بها بغير حق من قول أو فعل جاز له الحكم بالخلع جبراً على هذا الزوج مقابل رد الزوجة للمهر الذي قبضه».

المطلب الثالث

الطلاق بناءً على الطلب المشترك للزوجين

سبق وأن ذكرنا في بداية هذه الدراسة أن الطلاق ثلاث صور، وذلك تأسيساً بما اعتمدهت الشريعة الإسلامية وبما تبناه المشرع الجزائري وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق بطلب من الزوجة في حدود المادة (53) ق.أ.ج وكذا المادة (54) من هذا القانون. غير أن القانون أضاف صورة رابعة لا تقل أهمية عن الصور السالفة الذكر ونص عليها في المادة (48) منه، وهي الطلاق بالتراضي أو الطلاق بناءً على الطلب المشترك للزوجين أو الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين فما معنى ذلك؟ (الفرع الأول) وما الفائدة من ابتداء هذه الصورة؟ وما مدى اختلافها عن الصور السابقة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الطلاق بالتراضي

الطلاق بالتراضي أو الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين⁽¹⁾ أو هو كذلك كما عبر عليه الفقهاء في فرنسا بالطلاق اللطيف أو الطريف divorce gracieux مقابل الطلاق بالمنازعة أو النزاع divorce contentieux عند عدم التراضي بين الزوجين⁽²⁾، هو إنهاء لرابطة زوجية باتفاق الزوجين⁽³⁾، ذلك أن كلا من الزوجين يريد حل الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمرارها أصبح ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق⁽⁴⁾، وهو كذلك ما أباحته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽⁵⁾، وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽⁶⁾.

(1)-BERNARD Beiginier, Le divorce (le juge, l'avocat et le notaire), revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p 09.

(2)-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258.

(3)-ALAIN Benabent, Droit civil (la famille), éd Litec, Paris, 1998, p 234.

(4)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 24.

(5)-سورة النساء، الآية 130.

(6)-سورة البقرة، الآية 227.

وهذا يعني أنه يمكن للزوجين بناءً على طلب أحدهما وموافقة الآخر أو بناءً على رغبتهما المشتركة معاً حل عقد النكاح ووضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما دون نزاع أو خصام، فكما التقيا بإحسان يتفرقان بإحسان ويبقى لكل منهما ذكرى طيبة اتجاه الآخر⁽¹⁾، واتجاه ما قد يكون لديهما من أطفال وعندها وبكل سهولة يمكن أن يتوجه الزوج أو حتى الزوجة إلى كتابة ضبط المحكمة ويقدم أو تقدم عريضة مكتوبة بها المعلومات الكاملة عنهما والعبارات الواضحة التي تقيد اتفاقهما على مبدأ الطلاق وعلى الآثار المترتبة عليه⁽²⁾.

هذا الأخير الذي يتم التوقيع عليه من طرف القاضي بعد تأكده من رضا الطرفين وإرادتهما الحرة في إيقاعه⁽³⁾، وفي حالة فشل المحكمة في محاولة الصلح بينهما، تحكم بالطلاق بناءً على الإرادة المشتركة لهما ووفقاً لما اتفق عليه الزوجان، ما لم يخالف النظام العام أو يمس بحقوق الآخرين⁽⁴⁾.

ويتم عادةً هذا الشكل من الطلاق في المجتمع الذي يعرف نوعاً من الحرية أكثر، لأنه يمثل الشكل المثالي في حل عقد الزواج من كل جوانبه خاصة من جانب الانفصال وكذا جانب الراحة النفسية فيه⁽⁵⁾.

ويكون السبب القانوني للطلاق الرضائي هو الإرادة المشتركة للزوجين ولا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سرياً طبقاً للمبادئ التي تنظم حقوق وحرية الحياة الخاصة⁽⁶⁾، وعليه فيشترط في الطلاق بالتراضي تلاقي إرادتين متطابقتين لإنهاء العلاقة الزوجية بصفة جدية وحقيقية كما يشترط في إرادة الزوجين أن تكون صريحة وحررة ومصررة على الطلاق الرضائي دون ضغط أو إكراه⁽⁷⁾.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258.

(2)- MELANIE Lauer, op.cit, p 36.

(3)- CORINNE Renault-Brahinsky, op.cit, p 192.

(4) - ibid, p 199.

(5)- محمد طويل، عوامل انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري (دراسة لعينة من المطلقين والمطلقات بمدينة الجزائر والبويرة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع الديموغرافي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، بوزريعة، 2006، ص 59.

(6)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، نالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 42.

(7)- BERNARD Beiginier, op.cit, p 10. Vus aussi: -MARIE Lamareche, Autant en emport le divorce, revue mensuelle lexisnexis jurisclasser, France, 2008, p 02.

أما دور القاضي فيقتصر على مراقبة حالات عدم الإنصاف أو تلك التي لا تتفق مع مبادئ العدالة الواضحة، ولا يثبت الطلاق بالتراضي إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي وفقاً للإجراءات المعمول بها في ذلك⁽¹⁾، بدون أن يتعمق في الأسباب الحقيقية التي دفعت بالزوجين إلى اتخاذ قرار الطلاق بالتراضي، لأنها تعتبر أسباباً خاصة بهما وبإمكان الاحتفاظ بها دون الإفصاح عنها للقاضي⁽²⁾.

وفي هذا الإطار يذهب الاجتهاد القضائي في فرنسا إلى أبعد الحدود من القضاء الجزائري في هذا الشكل من الطلاق، حيث يقوم بحل كل الاتفاقيات الماضية المبرمة بين الزوجين والتي تمت في الإطار القضائي أو خارجه وسواء تمت كذلك قبل اتفاق الزوجين على الطلاق أو أثناءه أو كانت مبرمجة لما بعد الطلاق، وكل هذا من أجل الحفاظ على عنصر الرضا على بعضهما البعض، وإبعاد كل ما يعيبه⁽³⁾.

ويبدو أن هذا الشكل من الطلاق يحقق نوعاً من العدل والإنصاف بين الزوجين، ويظهر هذا في تساوي الزوج والزوجة في الإرادة والرغبة المشتركة بينهما على حل الرابطة الزوجية، كما من شأنه رفع الحرج على الزوجين معاً، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكنوا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاد جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين وانفقا على حل الرابطة الزوجية بطريق ودي كان لهما ذلك⁽⁴⁾، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة (48) ق.أ.ج فكما أعطى الحق للزوج في حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وقابله بحق المرأة في طلب التظليق والخلع، توسط بين الطريقتين في حق الزوجين في حل الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة.

الفرع الثاني

الفائدة من استحداث الطلاق بالتراضي

كثيراً ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الأقارب والعائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بنيت بينهما، ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين وزيادة أنه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي بشأنها الاتفاق، لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إسهاد.

هذا التفسير أوضح الهدف المتوخى من استحداث صور الطلاق بالتراضي زيادة عن باقي الصور في قانون الأسرة الجزائري، إذ يخلص في مجمله إلى تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحظى بموافقة الزوجين⁽⁵⁾.

(1)- PATRICIA Vannier, Le droit de la famille en QCM, éd Ellipses, Paris, 2003, p 66.

(2)- تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001، ص 46. انظر كذلك -GHAOUTI Benmalha, op.cit, p 178.

-MARIE Lamareche, op.cit, p 02.

(3)- محمد طويل، المرجع السابق، ص 60.

(4)- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 176.

(5)- باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 24.

فتوحيد إرادة كلا من الزوج والزوجة على الطلاق مع الموافقة على آثاره يحول القاضي إلى موثق يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إشهداً لا يوصف مما توصف به الأحكام عادة.

وهذا ما تجلى في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/04/19 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

ومن المقرر أيضاً أنه: ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف القاضي الصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطاءً في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حداً للنزاع وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعاً قائماً طبقاً لأحكام المادتين (459)، (462) ق.م.ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه «.

في معرض تأسيسها أكدت المحكمة العليا بشأن هذا القرار أن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حداً للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن هذا الأخير عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً طبقاً للمادة (459) ق.م.ج، كما أنه ينهي النزاعات التي يتناولها مثل ما نصت عليه المادة (462) من نفس القانون.

فمن خلال هذا القرار يتضح أن المحكمة العليا اعتبرت مايلي:

- الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين الطرفين.
- دور القاضي في تجسيد الصلح (الطلاق بالتراضي) يكون بمراقبة صحته وسلامته.
- الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف.

يؤخذ على هذا القرار أنه حاول توظيف بعض الشروط والآثار التي لا تتسجم في الحقيقة وطبيعة الطلاق بالتراضي، فاعتبار الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين الطرفين على مقتضى المادة (459) ق.م.ج أمر فيه من الريب ما يجعل الطلاق بالتراضي هو تنويج قضائي لنزاع قضائي أيضاً، في الوقت الذي تتحدث فيه المادة (459) ق.م.ج عن الصلح الذي يسبق اللجوء إلى الحماية القضائية وينهي نزاعاً لم يطرح بعد أمام القاضي⁽²⁾.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1994/04/19، ملف رقم 103637، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 94.

(2)- باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 26.

فالإقتباس من هذه المادة قد يصلح في مجال تنازل كل من الطرفين عن حقوقهما على وجه التبادل ولكن ليس معنى ذلك اتقاءً لنزاع أو إنهاءً له، لأنه موجود فعلاً ومطروح للنظر فيه من قبل القاضي⁽¹⁾.

يؤخذ على القرار أيضاً أنه خول للقاضي مهمة مراقبة صحة وسلامة الصلح، أي الطلاق بالتراضي وحصرها في ذلك، ثم أكد أن الحكم المتوج لذلك غير قابل للاستئناف وفي هذا تناقض واضح، فكيف تعطى للقاضي صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصلح، ثم نجعل من مراقبته هذه غير قابلة للمراجعة من طرف قضاة الدرجة الثانية (الاستئناف)، وهو الذي قد يبطل شروطاً ويعلن عدم سلامة الصلح في نقاط قد تكون هامة للطرفين أو لأحد منهما، وذلك مساس بالمبدأ الدستوري القائل بالتناقض على درجتين⁽²⁾.

كما يطرح القرار إشكالية تخص مصطلحين متشابهين لغوياً وهما عقد الصلح المشار إليه في القرار على أنه طلاق بالتراضي، وكذا الصلح الذي يقوم به القاضي بحضور الطرفين في حدود ما هو مخول له القيام به طبقاً لنص المادة (49) ق.أ.ج لإقناعهما العدول عن فكرة الطلاق حتى ولو كانا متفقين عليه.

من أجل ذلك واعتباراً للنقاط المثارة فالإقتباس الذي جاء به قرار المحكمة العليا في 1994/04/19 كونه عقد صلح طبقاً للمادة (459) وما يليها من القانون المدني لم يكن موفقاً لوجود اختلاف كبير في المفهوم القانوني والآثار المحددة للطلاق بالتراضي كصورة من صور الطلاق، لكنه بالمقابل يعد نقلة نوعية وخطوة إيجابية في محاولة لإعطائه شكلاً مميزاً عن باقي الصور الأخرى، سيما وأن صورة الطلاق بالتراضي إنما هي آلية قانونية مستحدثة للحصول على النتائج المرجوة في وقت معقول ودون إحداث مشاكل ونزاعات تكون عواقبها غير محمودة⁽³⁾.

ومعالجة للنقائص التي وجدت على قرار المحكمة العليا الصادر في 1994/04/19 صدر قرار آخر في 2000/05/23 مبني على أساس المادة (48) ق.أ.ج وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر قانوناً أن الطلاق بالتراضي مجرد إسهام من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير، مما يستوجب عدم قبول الطعن شكلاً ».

الواضح أن ما ذهب إليه المحكمة العليا في هذا القرار كان أكثر دقة من سابقه، ذلك أنه استبعد نطاق تطبيق القانون المدني (المادة 459 وما يليها منه) كما فعل القرار الأول، إذ اعتبر هذا القرار أن الطلاق بالتراضي:

▪ مجرد إسهام على رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً.

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 26.

(2)-المرجع نفسه، ص ص 26-27.

(3)-المرجع نفسه، ص 27.

(4)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/05/23، ملف رقم 243943، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

2001، ع خ، ص 112.

- دور القاضي يكون بتوثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعدى إلى مراقبة صحة ما اتفق عليه.
- الطلاق بالتراضي لا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية.

القرار أخرج الطلاق بالتراضي كصورة حديثة من دائرة التعامل المدني القائم على الصلح وخلق له خصوصية نابعة من المادة (48) ق.أ.ج واعتبره مجرد إسهاد لما اتفق عليه الطرفين، وفي ذلك تفعيل للهدف المرجو من استحداث هذه الصورة، فلا يمكن أن تكون هناك عقبات ومعوقات أمام الطرفين في جوانب متفق فيها ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة وفي حدود الشريعة الإسلامية، ومن ثمة جعل دور القاضي محصوراً في توثيق إرادة الطرفين لإحداث أثر الطلاق، واستبعد دوره في مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه بينهما⁽¹⁾.

وعليه ولما كان الطلاق بالتراضي مجرد إسهاد ولا دخل للقاضي فيه إلا في الإسهاد عليه، فإن جعله يوصف بالابتدائية أو النهائية لا ينسجم وطبيعته الخاصة وهو بذلك يختلف عن باقي الأحكام في جعله مجرد إسهاد لا يتصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية.

الاجتهاد الأخير ولما فيه من فوائد عملية ارتقى إلى قاعدة قانونية في ظل تعديل 05-09 فالمادة (48) ق.أ.ج قبل التعديل عدت صور الطلاق إذ نصت على مايلي: « الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون». ثم جاءت المادة (57) ق.أ.ج قبل التعديل: « الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ».

والأحكام بالطلاق المشار إليها أعلاه في هذه المادة تشمل الصور الأربعة التي عدتها المادة (48) المذكورة أعلاه.

أما التعديل الوارد في الأمر 05-09 فقد أبقى على نفس الصور التي عدتها المادة (48) قبل التعديل ونصت على مايلي: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ».

لكن الجديد الذي أوردته المادة (1/57) من نفس القانون التي عدلت كمايلي: « تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ».

فالمادة عدت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع ولم تذكر الصورة الرابعة المتمثلة في الطلاق بالتراضي وفي ذلك تأكيد على أن الطلاق بالتراضي لا يسري عليه ما يسري على باقي الصور الأخرى باعتباره مجرد إسهاد، فهو لا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية وليس بذلك قابل للاستئناف لا من حيث الطلاق ولا حتى من حيث الجوانب المادية⁽²⁾.

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 27-28.

(2)-المرجع نفسه، ص ص 28-29.

المبحث الثاني

الطلاق حق مقيد للزوجين

الإسلام في تقريره مشروعية الطلاق، أحاطه بضوابط وقيود وفي تقريره مشروعية الزواج صان قدسيته بأداب وحدود، ولما كان الزواج يهدف إلى تكوين أسر أساسها المودة والرحمة والتعاون، ففي الطلاق عند موجباته ودواعيه فرج من شدة ومخرج من ضيق ويسر من عسر⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾.

لما اعتبر الطلاق حق للزوجين بمقتضى الشرع والقانون، لم يكن هذا الحق مطلق من كل قيد أو شرط حتى يعتبر في يد من يوقعه سلاح استبداد اتجاه الطرف الآخر⁽³⁾، وإنما هو مقيد بقيود ومحدد بحدود تمنع صاحبه من التعسف وتحميه من العبث⁽⁴⁾، فلا يستعمل حق إلا في موضعه وبمقتضى أحكام تضبطه وأسباب قاهرة وضرورة قصوى تدفع إلى الرغبة الإرادية فيه⁽⁵⁾.

وعليه ولما كان الأمر كذلك فما هي القيود الواردة على حق الزوج(المطلب الأول) والزوجة(المطلب الثاني) في حل الرابطة الزوجية (الطلاق) شرعاً وقانوناً؟

المطلب الأول

القيود الواردة على الزوج

شرع الله نظام الطلاق وإن كان أبغض الحلال إليه كعلاج للخلافات الزوجية حين لا ينفع علاج سواه، واعتبره بيد الزوج كحق أصيل له وليس للزوجة، وذلك لاعتبارات ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، وما دام الزوج صاحب القرار الذي ملكه إياه الشارع الحكيم، كان له أن يوقع الطلاق متى شاء وفي أي وقت يشاء، ولا يمكن لأحد في هذه الحالة (الزوجة أو القضاء) أن يثنيه عن عزمه وإرادته في ذلك إلا أنه وبالرغم من السلطة التي يتمتع بها الزوج في إيقاع الطلاق، إلا أنه مقيد بقيود شرعية(الفرع الأول)، ومحدد بحدود قانونية وإجرائية(الفرع الثاني) تجعل ممارسته لهذا الحق على النحو المشروع، ومنعاً منه لكل استبداد أو تعسف قد يصدر منه.

(1)-كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام محدد ومقيد، دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة، 1990، ص 11.

(2)-سورة النساء، الآية 130.

(3)-عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين تشريع أحكام الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 02.

(4)-سليمان بن براهيم الأصقح، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الآداب، الرياض، ع 27، 1426 هـ، ص 164.

(5)-عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين تشريع أحكام الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 02.

الفرع الأول

القيود الشرعية الواردة على حق الزوج في إيقاع الطلاق

إذا كان الإسلام قد أباح الطلاق، إلا أنه من ناحية أخرى قد نفر منه وصوره في أبشع صوره وحث المسلمين على اتقائه ما استطاعوا إليه سبيلاً، قال " صلى الله عليه وسلم " : [أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ]⁽¹⁾، وقال أيضاً: [تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا، فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَزُّ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمَنِ]⁽²⁾.

وعليه ولما كان الطلاق مفوضاً للزوج وحقاً من حقوقه لم يكن مطلقاً من غير قيد⁽³⁾، وإنما هو مقيد بالحاجة الداعية إليه ومقيد في زمن إيقاعه ومقيد في حكم وقوعه، وكل هذه القيود من شأنها حماية المرأة من تعسف الرجل أو ظلمه⁽⁴⁾، فإذا توافرت كلها كان إيقاع الطلاق مباحاً لا إثم فيه، وإذا فقد واحد منها كان إيقاعه محظوراً⁽⁵⁾، وهي على النحو التالي:

أولاً: أن يكون الطلاق لحاجة

يرى أكثر الفقهاء أن حق الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة، فلا يحل له أن يوقع الطلاق إلا إذا كان هناك سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها الزوج أو الجبران أو تعذر الحياة معاً⁽⁶⁾، لما فيه من قطع الألفة ونشر الفساد⁽⁷⁾، لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾⁽⁸⁾، ولقوله " صلى الله عليه وسلم " : [أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ]⁽⁹⁾ وما أشبه ذلك، فالأصل في الطلاق عندهم هو الحظر والمنع، ولا يباح إلا للحاجة الداعية إليه⁽¹⁰⁾.

(1)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 255.

(2)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، المرجع السابق، فصل في طلاق البدعة، ص 203.

(3)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص 151.

(4)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 356.

(5)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص 151.

(6)- المرجع نفسه، ص ص 151-152.

(7)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 226.

(8)- سورة النساء، الآية 34.

(9)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 255.

(10)- يرى عدد من الفقهاء ينتمون إلى مذاهب مختلفة إلى القول بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، وهو مقيد بالحاجة الداعية إليه، فإن لم تكن ثمة حاجة داعية إليه يكون محظوراً ولا يحل إيقاعه، فإذا طلق من غير سبب وقع طلاقه قضاءً وكان أثماً عند الله وقد استدلوا بمايلي:

ويرى بعض الفقهاء أن حق الزوج في الطلاق حق مطلق، لا يتقيد بالحاجة الداعية إليه، فيحق للرجل أن يطلق زوجته لمجرد الرغبة في الخلاص منها ولو لم يكن هناك سبب يدعو إليه، فالأصل في الطلاق عندهم الإباحة وعدم المنع⁽¹⁾.

وقد انبنى على الخلاف في أصل الطلاق الخلاف في تعويض الزوجة إذ طلقها زوجها بدون سبب يدعو إليه وفي هذا رأيين:

=القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ النساء 34؛ فهذه الآية تقيد أن الطلاق بدون

حاجة بغي وظلم، وهذا ممنوع ومحظور في الإسلام، وفيه ظلم للزوجة.

السنة النبوية الشريفة: روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال " صلى الله عليه وسلم ": [إِنَّ اللَّهَ لَا يُجِبُ الذَّوَاقِينَ وَالذَّوَاقَاتِ]. انظر أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري شهاب الدين شيخ الإسلام أبو العباس، الإفصاح عن أحاديث النكاح، تحقيق محمد شكور أمير الميادين، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، الأردن، ج 01، د.س.ن، ص 124؛ فهذا الحديث يدل في مفهومه على كراهة الطلاق وتبديل الأزواج، والكراهة تؤدي إلى التحريم وإن أصر عليها فلا يباح الطلاق إلا للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. انظر محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 350-351؛ جميل فخرى محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص ص 38-41.

(1)- يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة وقد يخرج عنها في أحوال واستدلوا بمايلي:

القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾؛ البقرة 236؛ فالآية تدل على رفع الجناح على المطلق سواء وجدت الحاجة أم لم توجد، فدل ذلك على أن الطلاق ليس مقيد بالحاجة.

السنة النبوية الشريفة: قوله " صلى الله عليه وسلم ": [أَبْغَضُ الْحَالِلِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ]. انظر أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني(سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 255؛ فهذا الحديث يدل على أن الطلاق مباح مطلق ووصفه بالبغض لا يستلزم أن يكون مكروهاً شرعاً، إذ وصفه بالإباحة يمنع أن يكون مكروهاً وغايته أن مع أنه مباح مبعوض إلى الله، لأنه ليس كل حلال محبوباً، بل ينقسم إلى ما هو مباح وإلى ما هو مبعوض، وإن بغض المبعوض من المباح هو الطلاق، فيكون مجازاً عن كونه لا ثواب فيه ولا قرينة على فعله. انظر محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص ص 351-352؛ جميل فخرى محمد جانم، المرجع السابق، ص ص 41-42.

الترجيح: من خلال استقراء أدلة الاتجاهين، فالأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة المعتبرة شرعاً، وذلك لقوة الأدلة وصراحتها على كراهية الطلاق، ودعوتها إلى التنفير منه والتحذير من إيقاعه ظلماً وعداوة، ومع أن الطلاق يباح عند الحاجة إليه بوجود الأسباب الداعية إليه، إلا أنه مبعوض لما يترتب عليه من مقاساة وأضرار، فكل هذه الآيات تدل على أن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة الداعية إليه، لأن الزواج رباط مقدس سماه القرآن بالميثاق الغليظ، وهذا لقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُمْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ سورة النساء، الآية 21.

1- الرأي القائل بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك بناءً على أن إيقاع الطلاق وإن كان مفوضاً للزوج بحسب أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه مقيد عند الفقهاء، بأن يكون لحاجة تدعو إليه، فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب مشروع كان مسيئاً في استعمال حقه المخول له شرعاً ويكون بذلك ملزماً بتعويض الضرر الناتج عنه⁽¹⁾، وهذا ما يطلق عليه القرآن الكريم بالمتعة لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽³⁾، وقوله أيضاً: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتِ مَتْنَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾.

2- الرأي القائل بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك بناءً على أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد استعماله بوجود الحاجة التي تدعو إليه، فإذا طلق الزوج زوجته دون سبب ظاهر، فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم تكن منه أي إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق ومنه عدم تعويض الزوجة⁽⁵⁾.

3- الرأي الراجح

لما كان الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للضرورة القصوى، كان للزوج أن يوقعه في الحدود التي رسمتها له الشريعة الإسلامية، وكل مخالفة لها يكون بمثابة تعسف في استعمال الحق، وعليه فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب مشروع، فقد ناقض مقصد الشارع من تشريع الطلاق وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق الذي يترتب عليه تعويض الزوجة جبراً للضرر الذي لحق بها والتي أطلقت عليه الشريعة الإسلامية بما يسمى بالمتعة⁽⁶⁾.

(1)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص 153.

(2)-سورة البقرة، الآية 236.

(3)-سورة الأحزاب، الآية 49.

(4)-سورة البقرة، الآية 241.

(5)-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 214.

(6)-المرجع نفسه، ص 215.

فهذه الأخيرة بمثابة تعويض مالي يجب للمطقة على المطلق جبراً لخاطرها المنكسر بالطلاق، وتسليية لها عن الفراق وتخفيفاً من إيحاش الطلاق⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽²⁾.

ومن هنا يرى الفقه المالكي بأن المتعة مندوبة إليها ولا يجبر المطلق عليها وأن المطلق أمر بها تطبيقاً لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسليية لها على الفراق⁽³⁾، وعليه لما كان الطلاق تصرف إرادي والزوج فيه صاحب الحق له أن يستعمله في غرضه، فإذا استعمله لغير ذلك أصبح تعسفاً⁽⁴⁾، ويقضي بوجوب المتعة للمطقة، أما لو تسببت هي فيما لحقها حتى ألجأت الزوج إلى طلاقها فإنه لا يتسنى للقاضي أن يجبر الزوج على جبر ما لم يتسبب فيه، ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضاً للمطقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق، وهذا ما يتفق مع المذهب المالكي من أن المتعة مندوب إليها⁽⁵⁾.

وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1985/04/08 وجاء فيه⁽⁶⁾: « من المقرر قانوناً أنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقدر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض ».

وفي نفس الاتجاه سار المشرع الجزائري إذ نص في المادة (52) ق.أ.ج على أنه: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها »⁽⁷⁾.

(1)- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة القادسية، كلية القانون، العراق، ع 01، 2009، ص 12.

(2)- سورة الأحزاب، الآية 49.

(3)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 233. انظر كذلك شذى مظفر حسين، المرجع السابق، ص 13.

(4)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 54.

(5)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 234.

(6)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/04/08، ملف رقم 35912، م.ق، 1989، ع 01، غير منشور.

(7)- تنص المادة (52) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ».

وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها».

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول، وأن الزوجة قد أصابها ضرر من ذلك⁽¹⁾، كان للقاضي وبما له من سلطة تقديرية الحكم على الزوج بالتعويض المالي والذي يتناسب ودرجة التعسف⁽²⁾، غير أنه ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري وإن أقر بتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي إلا أنه لم يحدد مقداره بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لطبيعة الطلاق التعسفي ولحالة الزوج المالية وللقاعدة الشرعية [لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ]⁽³⁾.

ثانياً: أن يكون الطلاق في ظهر لم يجامعها فيه

إذا طلق الزوج زوجته وهي حائض كان في نظر الدين أثماً ومخالفاً لأحكام الشرع وعاصياً لربه واعتبر طلاقه بدعة⁽⁴⁾، لأن طلاق السنة⁽⁵⁾ هو الذي أمر به رسول الله يوم أن علم بطلاق عبد الله بن عمر زوجته وهي حائض، فاغتاظ لهذا الأمر وأمر قائلاً: [مَرْءٌ فَلْيُرَاجِعْهَا تَمَّ لِيُمْسِكَهَا حَتَّى تَطْهُرَ تَمَّ تَحِيضٌ تَمَّ تَطْهُرُ تَمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ]⁽⁶⁾.

ولذلك يعتبر طلاق البدعة حرام، لأنه منهي عنه بالحديث السابق ما شك في ذلك إطلاقاً⁽⁷⁾، غير أن

موقف الفقه يترجح بين وقوعه وعدم وقوعه على رأيين:

الرأي الأول

مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الأربعة يذهبون إلى وقوع طلاق البدعة مع الإثم، واستدلوا على ذلك

بمايلي:

■ حديث ابن عمر المشهور: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ الرَّسُولِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ الرَّسُولَ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ لِلرَّسُولِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [مَرْءٌ فَلْيُرَاجِعْهَا]⁽⁸⁾.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 235.

(2)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 187.

(3)- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (الموطأ)، المرجع السابق، ص 1078.

(4)- الطلاق البدعي: هو الطلاق الذي يوقعه الزوج مخالفاً فيه أمر الله ورسوله من أن يطلق واحدة في ظهر لم يمسه فيه، فإذا خالف الأمر وقع في المحذور. انظر المصري المبروك، المرجع السابق، ص 124؛ كمال أحمد عون، المرجع السابق، ص 34؛ مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988، ص ص 13-14.

(5)- الطلاق السنّي: وهو ما جاء على النحو الذي أمر به الشارع والسنة. انظر طاهري حسين، المرجع السابق، ص 83؛ مصطفى بن العدوي، المرجع السابق، ص 13؛ نازك سالم محمد حنيني، المرجع السابق، ص 25.

(6)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، باب إذا طلقتم النساء طلقوهن لعدتهن، ص 41.

(7)- عمر عبد الله ومحمد حامد قماوي، المرجع السابق، ص 154.

(8)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 41.

وجه الاستدلال: قالوا ما دام الرسول " صلى الله عليه وسلم " قال لعمر: [مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا] فقد دل ذلك أن " صلى الله عليه وسلم " احتسبها عليه، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد طلاق⁽¹⁾.

وفي رواية [مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَنِلْكَ الْعِدَّةَ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ]⁽²⁾.

وجه الاستدلال: قالوا بأن الحديث صريح في وقوع الطلاق في قوله: [وَهِيَ وَاحِدَةٌ]⁽³⁾، وعلق أحمد شاكر بأن هذه الأحاديث صحيحة⁽⁴⁾.

■ حَدَّثَنَا سُلَيْمَانُ بْنُ حَرْبٍ، حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، عَنْ أَنَسِ بْنِ سِيرِينَ، قَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ، قَالَ: طَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، فَذَكَرَ عُمَرُ لِلنَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَ: [لِيُرَاجِعْهَا] قُلْتُ: تُحْتَسَبُ؟ قَالَ: فَمَهْ؟ وَعَنْ قَتَادَةَ، عَنْ يُونُسَ بْنِ جَبْرِ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: [مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا] قُلْتُ: تُحْتَسَبُ؟ قَالَ: [أَرَأَيْتَ إِنْ عَجَزَ وَاسْتَحْمَقَ]⁽⁵⁾.

يقول ابن حجر: وقوله: [فَمَهْ] أصله فما وهو استفهام فيه اكتفاء، أي فما يكون إن لم تحسب وقوله: [أَرَأَيْتَ إِنْ عَجَزَ وَاسْتَحْمَقَ]، أي إن عجز عن فرض فلم يقمه أو استحقم فلم يأت به أيكون ذلك عذراً له⁽⁶⁾؟

وفي رواية لمسلم قال: مالي لا أعتد بها؟ وإن كنت عجزت واستحمت⁽⁷⁾، وقال أبو معمر حدثنا عبد الوارث حدثنا أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال: حسبت علي بتطليقه⁽⁸⁾.

وجه الاستدلال: ظاهر أن التطليقة حسبت على ابن عمر من قوله " حسبت علي بتطليقة ".

■ قالوا بأن الفروج كالدماء، مما ينبغي الاحتياط فيه، والأصل فيها الحرمة، فيجب أن تبقى محرمة حتى يقوم على الحل دليل لا احتمال فيه وأن تخطئ فتحرم الحلال، خير من أن تخطئ فتحل الحرام⁽⁹⁾.

(1)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 127.

(2)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 41.

(3)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 127.

(4)-أحمد محمد شاكر، المرجع السابق، ص 20.

(5)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق، ص 41.

(6)-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(فتح الباري بشرح صحيح البخاري)، المرجع السابق، باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق، ص 352 .

(7)-مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري(صحيح مسلم)، المرجع السابق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعها، ص 1097.

(8)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 41.

(9)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 128.

▪ قالوا بأن الطلاق البدعي حكمه حكم الظهار، فإنه منكر من القول والزور وهو محرم بلا شك، ويترتب أثره عليه وهو تحريم الزوجة إلى أن يكفر، فهكذا الطلاق البدعي محرم، ويترتب عليه أثره إلى أن يراجع ولا فرق بينهما⁽¹⁾.

الرأي الثاني

مذهب جمهور الشيعة الإمامية والجعفرية وبعض أهل الظاهر وابن علية وهشام بن الحكم وروي عن شريح وطاوس وسعيد بن المسيب وعطاء، واختاره ابن تيمية وتلميذة ابن القيم واستدلوا بمايلي:

▪ قوله " صلى الله عليه وسلم ": [مَنْ عَمَلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرًا فَهُوَ رَدٌّ]⁽²⁾.

فكل طلاق يخالف المشروع يكون مردوداً، فإذا كان طلاق الوكيل لا يقع إذا خالف إذن موكله، فالطلاق المخالف لأمر الشارع أولى بعدم الوقوع وإلا كان اعتبار إذن المخلوق أعظم من اعتبار إذن الخالق⁽³⁾.

▪ قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾⁽⁴⁾.

فإنه سبحانه وتعالى أمر الطلاق للعدة، فيكون نهياً عن الطلاق لغير العدة⁽⁵⁾، أي عن الطلاق في الحيض وهو نهى عن شيء لوصف لازم له، إذ لا يمكن إيقاع الطلاق - لو قلنا بوقوعه - إلا مقترناً بالحيض أي منفصلاً عن العدة، والنهي عن الشيء لذاته أو لجزئه أو لوصف لازم له، بحيث لا يمكن رفعه وإلغاء أثره يقتضى بطلان المنهى عنه⁽⁶⁾.

فيكون الطلاق لغير العدة - أي في الحيض - باطلاً لا حكم له ومثله الطلاق في الطهر بعد المس أو في طهر عقب حيض حصل فيه طلاق⁽⁷⁾.

(1)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 128.

(2)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الصلح، إذا اصطلحوا على الصلح، ج 03، ص 184. انظر كذلك مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ج 03، ص 1343.

(3)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 129.

(4)-سورة الطلاق، الآية 01.

(5)-كأنه يشير إلى القاعدة الأصولية " الأمر بالشيء نهى عن ضده " والقاعدة تعني أن الشارع الحكيم إذا أمر بأمر ما يطلب وقوعه بعينه فهل يعني أنه ينهي عن ضده مثال ذلك إذا أمر الشارع بالإيمان فهل هذا الأمر يقتضي ضرورة النهي عن الكفر بنفس الأمر؟ اختلف الأصوليون في ذلك، فمنهم من رأى أن الأمر بالشيء نهى عن ضده وهذا لجمهور الأصوليين من الحنفية والشافعية، ومنهم من يذهب إلى أن الأمر بالشيء المعين لا يعد نهياً عن ضده وهو مذهب الجويني والغزالي وابن الحاجب وغيرهم. انظر المصري المبروك، المرجع السابق، ص 129.

(6)-هل النهي عن الشيء يقتضي بطلانه أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال أحدهما لا يدل عليه مطلقاً نقله في المحصول عن أكثر الفقهاء والثاني يدل مطلقاً وصححه ابن الحاجب، والثالث يدل عليه في العبادات دون المعاملات، وله أمثلة مثل البيع يوم الجمعة والإمام يخطب وبيع الحاضر للبادي والبيع والشراء على بيع أخيه. انظر المرجع نفسه، ص 130.

(7)-المرجع نفسه، ص 130.

■ حديث ابن عمر المشهور: فقد روي بروايات كثيرة بألفاظ مختلفة أصرحها رواية ابن جريح عن أبي الزبير: أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر عن ذلك: وأن ابن عمر أخبره أن الرسول " صلى الله عليه وسلم " أمره بمراجعتها وقال عبد الله: [فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يُرَهَا شَيْئًا]⁽¹⁾.

الرأي الراجح

مما لا شك فيه أن الفريقين اعتمدوا في استدلالهم على أدلة صحيحة إلا أن أقوى ما اعتمده الفريق القائل بعدم وقوع طلاق البدعة هو ما جاء في حديث ابن عمر الذي يعتبر نصًا في محل النزاع وهي رواية ابن زبير في قوله: [فَرَدَّهَا عَلَيَّ وَلَمْ يُرَهَا شَيْئًا] فهذه أصرح رواية تمسكوا بها إلا أنها لم تسلم من الطعن، لأن اللفظة التي هي محل الاستدلال تفرد بها أبو الزبير، وقد أنكرها عليه كثير من علماء الحديث⁽²⁾. أما الجمهور فإن أقوى ما تمسكوا به هو حديث ابن عمر أيضًا وهو الأقوى دليلاً عندهم [وَهِيَ وَاحِدَةٌ] وما رواه الإمام مسلم من قوله: [وَاحِدَةٌ اَعْتَدَ بِهَا] وقوله في رواية أخرى: [فَرَاغَتْهَا وَحُسِبَتْ لَهَا التَّطْلِيقَةُ الَّتِي طَلَّقْتُهَا] .

ومن هنا يمكن القول بأن رأي الجمهور هو الأقوى دليلاً، لأنه أقوى وأصرح مما تمسك به المخالفون لهم ولم يسلم من الطعن، أما ما تمسك به الجمهور فلا طعن يوجه إليه، والترجيح يقضي ترجيح ما سلم من النقد والتكلم فيه⁽³⁾.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يشر إلى الطلاق البدعي والسني وهذا يعني أنه يرجع إلى ذلك في أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن إحالة المشرع الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مثل هذه النقطة المختلف فيها تؤدي إلى اضطراب الأحكام وتضاربها في القضايا المتشابهة، بل قد تكون حتى في القضية الواحدة، ولهذا نقترح على المشرع الجزائري أن يحسم الأمر في الأمور المختلف فيها بقواعد مقننة أو يحيل إلى مذهب معين، وهذا من شأنه تسهيل المهمة على القضاة من جهة وليضع استقرار للأحكام القضائية من جهة أخرى، على أن يعتمد في ذلك الأقوى دليلاً والأرجح حجةً من الأقوال الفقهية ومراعاة المقصد الشرعي من التشريع فيما يبتغيه للناس من مصالح.

ولهذا نقترح على المشرع الجزائري الأخذ برأي الأستاذ المصري المبروك بوقوع الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي مس فيه أو في النفاس أو في طهر سبق أن طلق في الحيض الذي قبله، على أن يكون هذا حكماً عاماً ويستثنى منه حالة الضرورة القصوى إذا رأى الحاكم استحكام الضرورة قضى بعدم وقوعه ضرورة على أن يبقى الحكم العام وقوعه⁽⁴⁾.

(1)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب في طلاق السنة، ص 256.

(2)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 133.

(3)- المرجع نفسه، ص 133.

(4)- المرجع نفسه، ص 134.

ويكون هذا الاستثناء من باب السياسة الشرعية بيد أنه يشترط أن تكون الضرورة معتبرة شرعاً كحالة استكمال الثلاث بحيث تكون الأخيرة قد وقعت في حيض أو في طهر مس فيه أو في طهر طلق في حيض قبله أو في نفاس، ولا مأوى للزوجة أو مع كثرة الأولاد، وفي هذا كله مع ما يتحقق فيه من مصالح فإنه لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يكون طليقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر

جعل الله تعالى حق الطلاق للرجل كما سبق الذكر، وهذا الحق للرجل أن يستعمله ثلاث مرات فقط وبعد الطليقة الثالثة تحرم الزوجة على الزوج حتى تتكح زوجاً غيره.

والدليل على ذلك ما رواه أبو رزين الأسدي، قال: جاء رجل إلى الرسول " صلى الله عليه وسلم " فقال: أرأيت قول الله عزوجل: ﴿ أَلطَّلِقُ مَرَّتَانِ فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ ﴾ فأين الثلاثة؟ فقال له " صلى الله عليه وسلم " تسريح بإحسان الثالثة⁽²⁾.

ولكن هذه الطلقات الثلاثة، هل يملك الزوج إيقاعها دفعة واحدة أو لا بد أن يوقعها واحدة بعد الأخرى.

اختلف الفقهاء في إيقاع الزوج للطلاق الثلاث على ثلاثة آراء وهي على النحو التالي:

الرأي الأول

أجمع فقهاء المذهب الأربعة والظاهرية أنه إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثاً وقع ثلاثاً سواء المدخول بها وغير المدخول بها، وإذا قال أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، يقع به ثلاثاً بالاتفاق أيضاً وأن المعتدة من طلاق رجعي والبائن يلحقها الطلاق ما لم يتخلل فصل بين الجملتين وقصد به تأكيد الطليقة السابقة فيقع طلاقاً واحداً⁽³⁾، وقد استدلوا على مذهبهم بـ:

• القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿ أَلطَّلِقُ مَرَّتَانِ فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ ﴾⁽⁴⁾.

فهو يدل على وقوع الطلاق الثلاث معاً مع كونه منهيّاً عنه، لأن قوله تعالى: ﴿ أَلطَّلِقُ مَرَّتَانِ ﴾ تنبيه إلى أن الحكمة من التفريق ليتمكن من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة وطلق اثنين معاً صح

(1)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 134.

(2)-أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي عبد اللطيف، حرز الله أحمد برهوم، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، ج 05، 2004، ص 07.

(3)-طاهري حسين، المرجع السابق، ص 101.

(4)-سورة البقرة، الآية 229.

وقوعهما إذ لا تفريق بينهما، ثم إن قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا نَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽¹⁾، يدل على تحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنتين، ولم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحد أو أطهار⁽²⁾.

■ قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن المطلق قد يندم على طلاقه، فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة، فلو كانت الثلاث تقع واحدة رجعية لا يندم لأنه يمكن إرجاعها⁽⁴⁾.

● السنة النبوية الشريفة

وردت أحاديث كثيرة في هذا الشأن:

■ ما روي عن النبي " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ جَمِيعًا فَقَامَ غَضَبًا ثُمَّ قَالَ أَيْلَعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ؟ فَقَامَ رَجُلٌ وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَا أَفْتَلَهُ⁽⁵⁾؟

فهذا الحديث يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً، إذ لو لم يقع به شيء أو يقع به واحدة لم يكن هناك ما يدعو إلى غضب الرسول " صلى الله عليه وسلم "، لأن الزوجية حينئذ لا تنتهي فللرجل أن يعيد معاشرته زوجته دون احتياج إلى الرجعة إن لم يقع به شيء، وبالرجعة إن كان الواقع طلاقاً واحدة، وكما يدل من ناحية الغضب على الوقوع ثلاثاً يدل من ناحية عدم أمر الرسول بالمراجعة على الوقوع ثلاثاً، إذ لو كان للزوج المراجعة في الحالة لأمره الرسول " صلى الله عليه وسلم " بالمراجعة كما أمر عبد الله بن عمر حين طلق امرأته في حال الحيض تطليقة واحدة⁽⁶⁾.

■ ما رواه الدارقطني أن عبد الله بن عمر، طَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَهِيَ حَائِضٌ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُنْبِعَهَا بِتَطْلِيقَتَيْنِ أَخْرَاوَيْنِ عِنْدَ الْقُرَيْشِيِّينَ فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، فَقَالَ: [يَا ابْنَ عُمَرَ مَا هَكَذَا أَمَرَكَ اللَّهُ إِنَّكَ قَدْ أَخْطَأْتَ السُّنَّةَ، وَالسُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ فَيُطَلَّقَ لِكُلِّ قُرْوَةٍ]، قَالَ: فَأَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَرَجَعْتُهَا، ثُمَّ قَالَ: [إِذَا هِيَ طَهَّرَتْ فَطَلَّقْ عِنْدَ ذَلِكَ أَوْ أَمْسِكْ] فَقُلْتُ: يَا

(1)-سورة البقرة، الآية 230.

(2)-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 367.

(3)-سورة الطلاق، الآية 01.

(4)-خالد أحمد صالح، خلاف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث وطلاق المدهوش والغضبان، مجلة كلية التربية، جامعة الأنبار، كلية الشريعة والقانون، العراق، ع 02، 2009، ص 217.

(5)-أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الصغرى للنسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الطلاق، باب الطلاق الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، لبنان، ج 06، 1986، ص 142.

(6)-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص ص 467-468.

رَسُولَ اللَّهِ رَأَيْتَ لَوْ أَنِّي طَلَّقْتُهَا ثَلَاثًا كَانَ يَحِلُّ لِي أَنْ أُرَاجِعَهَا؟ قَالَ: [لَا كَأَنَّتَ تَبِينُ مِنْكَ وَتَكُونُ مَعْصِيَةً]⁽¹⁾.

■ عَنْ مُجَاهِدٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ جَاءَهُ رَجُلٌ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا، قَالَ: فَسَكَتَ حَتَّى ظَنَنْتُ أَنَّهُ رَدَّهَا إِلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: يَنْطَلِقُ أَحَدُكُمْ فَيَرْكَبُ الْحَمُوقَةَ ثُمَّ يَقُولُ يَا ابْنَ عَبَّاسٍ وَإِنَّ اللَّهَ قَالَ: ﴿ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ تَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴾، وَأَنَّكَ لَمْ تَتَّقِ اللَّهَ فَلَا أُجِدُ لَكَ مَخْرَجًا عَصَيْتَ رَبَّكَ وَبَانَتَ مِنْكَ امْرَأَتُكَ⁽²⁾.

■ مَا رَوَى عَنْ مَالِكٍ، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَتِي مِائَةَ تَطْلِيقَةٍ، فَمَاذَا تَرَى عَلَيَّ؟ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: طَلَّقْتَ مِنْكَ لِيَثَلَاثٍ وَسَبْعٌ وَتَسْعُونَ اتَّخَذْتَ آيَاتِ اللَّهِ هُزُؤًا⁽³⁾.
وقد ثبت مثل ذلك عن عائشة وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة وأنس بن مالك وعبادة بن الصامت والمغيرة بن شعبة وغيرهم ولا يعرف لهم مخالف، ولم يثبت عن واحد منهم خلاف ذلك فيكون إجماعاً من الصحابة على أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً⁽⁴⁾.

الرأي الثاني

ذهب الزيدية بأن الطلاق الثلاث دفعة واحدة، يقع به طلاقة واحدة ولا تأثير للفظ فيه ولا يلحق المعتدة طلاق آخر، ولقد اختار هذا القول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽⁵⁾، وحجتهم في ذلك:

• القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿ الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ﴾⁽⁶⁾، إلى أن قال سبحانه تعالى في الطلقة الثالثة: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾⁽⁷⁾.

(1)- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (سنن الدارقطني)، المرجع السابق، ص 56.

(2)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ص 260.

(3)- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (الموطأ)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، ما جاء في البتة، ج 04، ص 789.

(4)- عمر عبد الله ومحمد حامد قماوي، المرجع السابق، ص 160.

(5)- عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، الحكم المشروع في الطلاق المجموع، دار طرابلس للنشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص 10-11. انظر كذلك خالد أحمد صالح، المرجع السابق، ص 219.

(6)- سورة البقرة، الآية 229.

(7)- سورة البقرة، الآية 230.

إن ما يفهم من هذا النظام القرآني الكريم هو أن المشروع هو تفريق الطلاق مرة بعد مرة لأنه تعالى قال: " مرتان " ولم يقل " طلقتان " فيكون الطلاق كله دفعة واحدة غير مشروع، ولذلك فإنه متى جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد لا يقع إلا واحدة، والمطلق بلفظ الثلاث مطلق بواحدة لا مطلق بثلاث⁽¹⁾.

أما حجة الزيدية ومن وافقهم من السنة فهو الحديث الذي أخرجه الإمام أحمد ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما حديثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، واللفظ لابن رافع، قال إسحاق: أخبرنا وقال ابن رافع: حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن ابن طاووس، عن أبيه، عن ابن عباس، قال: [كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " ، وَأَبِي بَكْرٍ ، وَسَنَّتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ ، طَلَّاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةٌ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرِ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ]⁽²⁾.

فقد فسروا عبارة " الطلاق الثلاث " الواردة في الحديث " بالطلاق بلفظ الثلاث "، وبناءً على هذا فإن إيقاع الطلاق ثلاثاً في هذه الحالة هو اجتهاد سيدنا عمر لاستعانة الناس بأمر الطلاق، وقد وافق الصحابة عمر على جعل الطلاق للفظ الثلاث ثلاثاً إلا أنه قد نتج عن ذلك في العصور اللاحقة بعض المضار، وترتبت عليه بعض المشاكل، ونشأت عنه بعض المفاصد في التحليل كوسيلة لإعادة المطلقة، وفي البحث عن فتوى للم شمل أسرة تشتت شملها نتيجة استعمال أمر يجب أن تكون فيه أناة، ولهذا وجب الرجوع إلى ما كان عليه الأمر في عهد الرسول " صلى الله عليه وسلم " وهو جعل الطلاق بلفظ الثلاث واحدة درءاً لهذه المفاصد أو الحد منها⁽³⁾.

■ كذلك حديث ابن عباس الذي أخرجه الإمام أحمد عن زكاة [أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَحَزَنَ عَلَيْهَا حُزْنًا شَدِيدًا، فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " كَيْفَ طَلَّقْتَهَا؟ فَقَالَ: ثَلَاثًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَقَالَ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": إِنْ مَا تَمَلِّكَ وَاحِدَةً فَارْتَجِعْهَا]⁽⁴⁾.

ونوقش هذا الحديث بأنه معارض لفتوى ابن عباس، فإنه كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثاً، والجواب: إن المعبر روايته لا رأيه⁽⁵⁾.

(1)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 208. عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، المرجع السابق، ص ص 36-37.

(2)- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب الطلاق الثلاث، ص 1099.

(3)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 209.

(4)- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، المرجع السابق، باب في معرفة الطلاق البائن والرجعي، ص 61.

(5)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص ص 209-210.

الرأي الثالث

قال الجعفرية وهم طائفة من الشيعة الإمامية، أن الطلاق الثلاث دفعة واحدة لا يقع به شيء أصلاً.

وحجتهم في ذلك: أن الطلاق بهذه الصيغة غير مشروع، فهو كالطلاق في الحيض ولقد روي عن النبي " صلى الله عليه وسلم " في الحديث الذي أخرجه الإمام البخاري ومسلم أنه قال: [مَنْ عَمَلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرًا فَهُوَ رَدٌّ]⁽¹⁾، وجاء في القرآن الكريم الأمر بإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان في قوله تعالى: ﴿ أَلطَّلِقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾⁽²⁾.

والطلاق بهذه الصيغة وفق دلالة هذه الآية لا يقع به شيء، لأن شرط وقوع الطلقة الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمساك وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة، لم تصح الثالثة إلا بعدها وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية⁽³⁾.

الرأي الرابع

من خلال استقراء أدلة الفقهاء فيما يتعلق بالطلاق الثلاث، فإن الرأي الرابع هو عدم وقوع الطلاق الثلاث والمتتابع إلا واحدة وأن المتعدة لا يلحقها طلاق آخر، وكما يقول ابن رشد: " والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجين لعنتت المرأة وشقيقت، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه، فجمع الله بهذه الشريعة المصلحتين ولذلك فلو ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة"⁽⁴⁾.

وقد أخذت القوانين العربية بهذا الرأي وسارت في خطاه ومن بينها المشرع التونسي في نص المادة (2/37) ق.أ.ش.ت بنصها على أن: « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ». وهو نفس الرأي الذي أخذ به المشرع المغربي في نص المادة (92) م.أ.م: « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدة ».

هذا ولم يورد المشرع الجزائري أي نص في هذا الشأن، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة (51) ق.أ.ج: « لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء »، وهو يقرر بأن الطلاق الثلاث تحرم به الزوجة، ولا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء، وهذا الحكم في مجمله موافق للشريعة الإسلامية.

(1)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 184. انظر كذلك مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ص 1343.

(2)- سورة البقرة، الآية 229.

(3)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 210.

(4)- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)، المرجع السابق، ص 63.

أما فيما يخص الطلاق الثلاث بلفظ واحد (أنت طالق ثلاثاً) والطلاق المتتابع (أنت طالق أنت طالق أنت طالق) وطلاق المعتدة، فلم يأت النص عليها في قانون الأسرة الجزائري بالرغم من أنه نص على (ثلاث مرات متتالية).

فماذا يقصد بهذه العبارة؟ يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق؟ أم أنه يقصد أنت طالق أنت طالق أنت طالق؟ ويكون هذا هو الطلاق المتتابع ويشمل طلاق المعتدة فالغموض يخيم عليه، والظاهر أنه يقصد النوع الأول (لأنه نص على ثلاث مرات متتالية) وبذلك لم يشر إلى الطلاق بلفظ الثلاث أو الطلاق المتتابع.

وإن كان يفهم من نص المادة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع (لأنه متتاليًا) ولكن هذا الحكم لا نستطيع أن ننسبه إليه لأنه صرح في المادة (222) منه ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، رأينا الخلاف الدائر في هذه المسألة بين جمهور الفقهاء، وعلى رأسهم المذاهب الأربعة والذي يذهبون إلى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، كما يوقعون الطلاق المتتابع وأن المعتدة من الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى يلحقها الطلاق وبين المخالفين للجمهور الذين يقولون بعدم وقوع الطلاق الثلاث جميعاً إلا واحدة وأن المعتدة لا يلحقها طلاق.

وبعد استعراضنا لأدلة الفريقين نتوصل في الأخير إلى أن الطلاق الثلاث لا يقع إلا واحدة وأن المعتدة لا يلحقها طلاق وذلك لسببين⁽¹⁾:

السبب الأول: صحة أدلة الفريق القائل بعدم وقوع الطلاق الثلاث جميعاً إلا واحدة، وأن المعتدة لا يلحقها طلاق.

السبب الثاني: لأنه محقق للمصلحة، لأن الناس تتابعوا في هذا الأمر الخطير، ومع موت الضمير وضعف الوازع الديني يلجئ الناس إلى قضية التيسر المستعار⁽²⁾.

ذلك أن الزوج في كثير من الحالات يندم على تسرعه في إيقاع الطلاق على زوجته في حالة غضبه ويود لو أن الطلاق لم يقع، فلكي يستطيع الزوج أن يتدارك ما قد يتسرع به جعل الشارع الطلقات ثلاثاً على أن يوقعه على دفعات يجرب الزوج نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويعودهما على الصبر والاحتمال، وإذا لم تفد التجارب وقعت الثالثة على أنه ليس في بقاء الزوجية خير، فالانفصال البات أولى وأفضل وأحق⁽³⁾.

(1)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 160.

(2)- التيسر المستعار مستخرج من حديث الرسول "صلى الله عليه وسلم" عندما قال: [أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: هُوَ الْمُحْلَلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحْلَلُ لَهُ]؛ ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ج 01، ص 623.

(3)- محمد نجم صبحي، المرجع السابق، ص ص 12-13.

ولهذا فكان لازماً على المشرع الجزائري في مثل هذه المواقف ونظراً للاختلافات التي تثور في مثل هذه

المسائل:

- الابتعاد عن الغموض في نصوصه وأن يولي وجهة البيان والوضوح.
- حذو حذو القوانين الأخرى في موافقتها للشريعة الإسلامية.
- الأخذ باقتراح الأستاذ المصري المبروك في إضافة مادة في هذا الشأن على النحو التالي⁽¹⁾: « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ولا يلحق المعتدة طلاق آخر ».

الفرع الثاني

القيود القانونية والإجرائية الواردة على حق الزوج في إيقاع الطلاق

إنه ولما كان الطلاق تصرف إرادي للزوج وصاحب الحق فيه بمقتضى الشريعة الإسلامية⁽²⁾، إلا أنه ومنذ القرن التاسع عشر، بدأ بعض المصلحين من الرجال والنساء بالمطالبة بتقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة عن طريق إخضاع هذا الحق لإشراف القضاء، وكان هدفهم من ذلك وضع حد لتعسف هذا الأخير في ممارسة حقه المطلق الذي خولته له الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

ومن هذا المنطلق سارت القوانين وأخذت تقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق من الناحية القانونية، ومنها المشرع الجزائري الذي وإن اعتبر الطلاق حق أصيل للزوج يمارسه بكل إرادة منفردة إلا أنه وبالإضافة إلى القيود الشرعية قيده بمجموعة من القيود القانونية والإجرائية والتي تجعل ممارسته لهذا الحق على النحو الذي يتماشى والقواعد القانونية التي رسمها، وهي على النحو التالي:

أولاً: القيود القانونية

إنه ولما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج⁽⁴⁾، فإنه من الثابت أن الأصل في استعمال الحقوق الإرادية أنها تستعمل بمحض إعلان إرادة صاحبها، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة (48) ق.أ.ج: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..... ».

ولما كان تصرف الزوج تصرف إرادي فإنه تترتب عليه آثاراً شرعية ولذلك فيشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الأخرى تطبيقاً للقواعد العامة⁽⁵⁾.

(1)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 161.

(2)- عبد الفتاح تقيية، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 54.

(3)- غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، ط1، دار الساقى للنشر والتوزيع، لبنان، 2004، ص ص 166-165.

(4)- عبد الفتاح تقيية، عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 02، 2009، ص 213.

(5)- عبد الفتاح تقيية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 01.

وعليه ولما كان الأمر كذلك فإضافة إلى تلك الشروط السالفة الذكر، فقد أضاف المشرع الجزائري شرطاً أو قيداً هاماً لا بد من الزوج التقيد به في إيقاعه الطلاق، وهذا حتى يمكن الاعتراف به أمام القضاء، وذلك بموجب نص المادة (1/49) ق.أ.ج: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ».

وتبعاً لذلك فإن إرادة الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة تصبح عاجزة عن ترتيب الأثر القانوني ما لم تستوفي الشكل القانوني لها⁽¹⁾، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق زوجته، فلا يعتد به حتى يحكم القاضي به فإذا حكم به فذاك، وإلا ما عد ذلك طلاقاً في نظر القانون، وهذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يعتبرون حق الزوج في إيقاع الطلاق حق مطلق من كل قيد أو شرط وللرجل أن يستعمله في أي وقت يشاء، دون أن يخضع إلى قيد يحد من إرادته وأن التعبير عنها لا يجب أن يقترن بوقت معين أو بشهادة الشهود، وقالوا إن طلق الزوج خارج الطريق التي رسمها الشرع، فإنه يكون آثماً ديانة ومع ذلك فطلاقه واقع قضاءً.

وعليه فقهاء الشريعة الإسلامية أكدوا أن الشارع قد اقتصر على تحديد واقعة الطلاق في مضمونها وترك وسيلة التعبير عن الإرادة حرة، لأن الطلاق حق له بحكم الشريعة⁽²⁾.

وبناءً على ذلك فالشريعة الإسلامية تعترف بما يسمى بالطلاق الشفهي (الشرعي) وتعتبر الطلاق الأول والطلاق الثاني رجعيًا قبل نهاية العدة بدون عقد جديد وبعد نهايتها بعقد جديد، والعمل بهذه القاعدة كان متروكاً لضمير الزوجين المسلمين المؤمنين الذين يتقيان الله ويحترمان حكمه وقضاه⁽³⁾.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وبموجب نص المادة (49) السالفة الذكر ونص المادتين (50) و(51) منه يمكن استخلاص النتائج التالية:

■ إن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بما يسمى بالطلاق الشرعي أو الشفهي الذي تعترف به وتقره الشريعة الإسلامية، فالطلاق بالنسبة إليه لا ينتج أثره إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي بذلك، والذي يكون نهائياً غير قابل للاستئناف إلا في ما تعلق بجوانبه المادية، ويبدأ دخول الطلاق حيز التنفيذ حسب من يوم النطق به بموجب حكم قضائي، كما نجده لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي بائن ولا يقبل الطعن بالاستئناف⁽⁴⁾.

■ إن المادة (50) ق.أ.ج نصت على أن « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد....»، وهذه الحالة فيها نوع من الاستغراب، ذلك أن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق، ونحن الآن أمام إجراءات المخاصمة والمصالحة، فإذا وقع اتفاق الزوجين على العودة إلى الحياة الزوجية فلا يعتبر ذلك

(1)- عبد الفتاح تقيّة، عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 214.

(2)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 197.

(3)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 316.

(4)- المرجع نفسه، ص 316.

مراجعة ويكفي أن يعود الزوجان إلى منزل الزوجية ويعيشان حياة زوجية وفقاً للوضعية التي كان عليها قبل الخصام⁽¹⁾.

■ ما نصت عليه المادة (50) نفسها: «... ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد»، وهذا يعني أننا أمام طلاق حقيقي رسمي بائن بينونة صغرى، والمراجعة بعده لا تكون مراجعة قانونية ولا شرعية إلا بموجب عقد وصادق جديدين، وكأن الزوج يتزوجها لأول مرة، ويجب أن تتوفر فيه في مثل هذا العقد كل العناصر والأركان المنصوص عليها في المادتين (09) و(09) مكرر ق.أ.ج⁽²⁾.

■ ما ورد في المادة (51) ق.أ.ج والتي جاء فيها أنه: « لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يتوفى عنها بعد البناء»، وهي نتيجة تعني من الناحية العملية أن الرجل يطلق زوجته، ثم يراجعها بعقد جديد، ثم يطلقها ويراجعها بعقد جديد، ثم يطلقها ويراجعها بعقد جديد، ثم يطلقها ويراجعها بعقد جديد، وفيها لا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج غيره ويدخل بها رسمياً، ثم يطلقها أو يتوفى عنها وبعد عقد وصادق جديدين، أليست هذه حالة من النواذر؟ يبقى التساؤل مطروحاً⁽³⁾؟

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان قانون الأسرة قد حدد وسيلتين لإثبات عقد الزواج بموجب المادة (22) ق.أ.ج والمستخرج من الحالة المدنية والحكم القضائي في حالة عدم تسجيله⁽⁴⁾، فإنه بالنسبة لإثبات الطلاق قصر على الحكم القضائي بعد محاولات الصلح التي يجريها القاضي، إلا أنه لم يأت بأية إجراءات تنظم سير ومرحل دعوى إثبات الطلاق الذي يكون قد وقع شرعاً خارج ساحة القضاء، وبارادة الزوج منذ سنوات أو شهور وبدون حكم قضائي.

وهذا التعامل مع مثل هذه الحالات من طرف القضاء كشف عن وضعيات معقدة ومأسوية في بعض الأحيان، كحالة المرأة المطلقة شرعاً دون الحكم القضائي، والمتزوجة عرفياً ثانية دون العقد الرسمي والمنجبة لأبناء مع الزوج الثاني، والذي يقتضي تصحيح وضعيتها مع الزوج الثاني أو تصحيح وضعية طلاقها رسمياً مع الزوج الأول⁽⁵⁾، كل هذه الإشكالات لم يوجد لها أي تفسير أو إجابة في قانون الأسرة الجزائري؟

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ص ص 316-317.

(2)- تنص المادة (09) ق.أ.ج: « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ».

وتنص المادة (09) مكرر ق.أ.ج: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج ».

(3)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 317.

(4)- دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، المرجع السابق، ص ص 481-482.

(5)- الطيب لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائرية لبعض مبادئه، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 260.

غموض قانون الأسرة الجزائري والفرغ الذي اكتسح نصوصه القانونية وخاصة فيما يتعلق بموضوع الطلاق أدى إلى مشاكل كثيرة وخاصة أنه سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي الذي كان عليه أخذة بعين الاعتبار نظراً لما يثيره هذا الأخير من مشاكل وتساؤلات.

ونظراً لكون المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الطلاق العرفي (الواقع خارج ساحة القضاء) ولم ينظمه بموجب نصوصه القانونية، الأمر الذي جعل القضاء يلجأ إلى إثبات الطلاق العرفي الذي فرضته ظروف الحياة بأثر رجعي استناداً إلى الشريعة الإسلامية، ومنه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن ».

ونظراً لعزوف المشرع الجزائري عن تبنيه للطلاق العرفي وتقبيده لحق الزوج في إيقاع الطلاق بالشكل القانوني، خالف مقاصد الشريعة الإسلامية في اعتبار الطلاق حق للزوج دون قيد أو إجراء شكلي، ذلك أن الله سبحانه وتعالى حكم من فوق سبع سماوات أن الزوج العاقل البالغ غير المكره، إذا طلق امرأته وهي محل صحيح لإيقاع الطلاق، فإن طلاقها يقع ولا اعتبار لمن يخالف هذا كائن من كان وكيف يخالفه وقد أجمعت الأمة عليها سلفاً وخلفاً⁽²⁾.

ولما كان الأمر كذلك فأمام المشرع الجزائري حل من هذه الحلول:

- 1- إلغاء المادة (49) ق.أ.ج وذلك لمخالفتها الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- مسايرة الشريعة الإسلامية في اعتبار الطلاق حق إرادي للزوج لا يخضع للشكل القانوني، ومتى أوقعه الزوج وتوافرت فيه الشروط اللازمة كان صحيحاً ومرتباً لآثاره.
- 3- تعديل نص المادة (49) ق.أ.ج على النحو الذي اقترحه الدكتور بن شويخ الرشيد وبما يتناسب مع الطلاق الرسمي والطلاق العرفي إن وقع وهذا على النحو التالي⁽³⁾:
« لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر.
إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبته من تاريخ وقوعه.
وعلى كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ ».

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/02/16، ملف رقم 216850، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 100.

(2)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 202.

(3)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 181.

وسبب هذا الاقتراح، أنه ما دام المشرع الجزائري قد اعترف بحق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة فلا بد أن تكون صيغة النص تؤدي إلى المعنى المقصود، وطلاق الزوج بإرادته المنفردة يتحدد بصورتين:

الصورة الأولى: ألا يتلفظ بالطلاق وإنما يتجه إلى المحكمة للمطالبة به، وفي هذه الحالة لا يوجد أي إشكال فتطبق أحكام الفقرة الأولى بصيغتها الجديدة باستعمال الصلح خلال المدة المقررة، فإذا لم يفلح القاضي في الصلح بينهما، قضى بالطلاق بناءً على إرادة الزوج، ويكون حكمه في هذه الحالة منشأً لواقعة الطلاق ويبني نتائج الطلاق على هذا الحكم.

الصورة الثانية: أن يتلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بالطلاق هنا يختلف الوضع عن الحالة الأولى لأن الطلاق قد وقع شرعاً من الزوج، ولم يبق سوى إثباته من خلال حكم من الناحية القانونية والقضائية، وهنا يتوجب على القاضي أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ التلفظ بالطلاق، لكي يبني عليه حكمه وحتى لا تطول المدة اقترح أن يلزم الزوج بالتصريح بالطلاق خلال أسبوع حتى لا يتعاس في الإبلاغ عن مسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية، بالقيام بتسجيل طلاقه الذي أوقعه بإرادته المنفردة ولكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة، لأن هذا التاريخ هو المعتمد في حساب العدة شرعاً.

ثانياً: القيود الإجرائية

قبل التطرق إلى القيود الإجرائية الواردة على حق الزوج في إيقاع الطلاق لابد من الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري، وإن كان أول قانون خاص ينظم العلاقة العامة للحياة الزوجية، ويضع القواعد الأساسية التي تنظم بناء هيكل الأسرة، وأحكامها الحقوقية⁽¹⁾، ويسهر على سن القواعد المبينة لحقوق وواجبات كل من الزوجين اتجاه الطرف الآخر⁽²⁾ إلا أنه لم يتضمن الإجراءات والقواعد اللازمة لتطبيقه، إذ اقتصر فقط على النصوص الموضوعية دون النصوص الإجرائية التي تقتضيه من حيث الشكل⁽³⁾.

الفراغ الذي اكتسح قانون الأسرة الجزائري، كان له الأثر السلبي في تحقيق الفلسفة العامة من نصوصه سواء فيما يتعلق بحماية الأسرة أو رعاية الطفولة أو حماية حقوق المرأة أو حق ضمان حقوق الزوجين والمحضونين بعد الطلاق⁽⁴⁾، الأمر الذي اضطر بالمتخصصين باللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظم لبعض من الإجراءات الخاصة بمنازعات الأسرة كآخر سبيل لحماية مصالحهم القانونية في ظل غياب قانوني إجرائي خاص بالأسرة⁽⁵⁾.

(1)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ص 143-144.

(2)- الطيب لوح، المرجع السابق، ص 256.

(3)- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 98.

(4)- الطيب لوح، المرجع السابق، ص 256.

(5)- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 98.

وبالرجوع إلى نص المادة (1/49) ق.أ.ج السالفة الذكر، ففضلاً على أنه لا يمكن الاعتراف بالطلاق إلا إذا أصدر بموجب حكم قضائي، علق المشرع الجزائري طلاق الزوج بإرادته المنفردة على إجراء آخر أكثر أهمية وهو إجراء محاولة الصلح فيدونه يكون الطلاق باطلاً « لا يثبت الطلاق إلا بموجب حكم قضائي بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي... ».

المتبين لأحكام قانون الأسرة الجزائري بخصوص محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي وفقاً لنص المادة (49) ق.أ.ج السالفة الذكر، يجد أنه لم يرد في هذا القانون أي تعريف جامع مانع لها ويمكن من خلالها معرفة سلطة وصلاحيات القاضي في ذلك، ولكن وفي غياب ذلك وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبموجب المادة (222) ق.أ.ج نجدها تعتبر الصلح من أهم المبادئ التي تعتمد عليها للتوفيق بين الخصوم والمتخاصمين.

وقد وردت في القرآن الكريم الكثير من النصوص التي تؤكد الصلح بين الخصوم ومنها قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا ﴾⁽¹⁾، كما قال تعالى: ﴿ وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾⁽²⁾، وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾⁽³⁾.

ولما كان الأمر كذلك فالمشرع الجزائري وكغيره من التشريعات العربية نجده قد أخذ بمبدأ الصلح واعتبره من الإجراءات الأولية الوجوبية التي تلزم القاضي اللجوء إليه قبل الشروع في نظر دعوى الطلاق، وذلك بموجب نص المادتين (49) ق.أ.ج و(439) ق.إ.م.⁽⁴⁾

وتبعاً لذلك يتعين على القاضي المختص بنظر دعوى الطلاق أن يستدعي الزوجين إلى مكتبه بواسطة كاتب الضبط في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، حيث يستمع إلى مزاعم كل زوج على حدى اتجاه الطرف الآخر ثم يستمع إليهما معاً.

(1)-سورة النساء، الآية 35.

(2)-سورة النساء، الآية 128.

(3)-سورة البقرة، الآية 224.

(4)-تنص المادة (439) من الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، ج ر ع 21 لسنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: « محاولات الصلح وجوبية ويتم في جلسة سرية ».

كما يمكن بناءً على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح⁽¹⁾، وطبقاً لذلك يحاول القاضي أن يصلح بينهما، وذلك قصد إظهاره لمساوى النزاع وبيان محاسن الألفة والتسامح من أجل ضمان حياة الرابطة الزوجية وعودة المياه إلى مجاريها، غير أنه إذا استحال على أحد الزوجين حضور الجلسة في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي في هذه الحالة إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية⁽²⁾، كما يمكنه منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، وكل هذه الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح فيها ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى⁽³⁾، على أنه إذا تجاوزت هذه المدة (03 أشهر) وتخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع القاضي في مناقشته لموضوع الدعوى⁽⁴⁾.

وهذا امتداد لما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/23 وجاء فيه⁽⁵⁾: « من المقرر قانوناً أن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات، يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة (49) ق.أ.ج تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر.

وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للقاضي الحكم في دعوى الطلاق، إلا بموجب إجرائه لعدة محاولات صلح وأقلها ثلاثة محاولات إلى غاية الوصول إلى الصلح، وهو عكس ما كان عليه قبل تعديل 05-09 أين كانت تجري محاولة صلح واحدة، وذلك رغبةً منه في إعطاء فرص أكثر للزوجين في تدارك الحياة الزوجية بينهما وكل مخالفة منه لهذا الإجراء يعرض حكمه للنقض والبطان «.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1991/06/18 وجاء فيه⁽⁶⁾: « من المقرر قانوناً أن الطلاق لا يثبت إلا بعد محاولة صلح من طرف القاضي طبقاً لنص المادة (49) ق.أ.ج. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون «.

وهو ما قضت به كذلك في قرار آخر لها صادر بتاريخ 2009/01/14 وجاء فيه⁽⁷⁾: « من المقرر قانوناً أن القضاء بالتطليق خلغاً دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة (49) ق.أ.ج.

(1)-انظر المادة 440 ق.إ.م.إ.

(2)-انظر المادة 441 ق.إ.م.إ.

(3)-انظر المادة 442 ق.إ.م.إ.

(4)-انظر المادة 443 ق.إ.م.إ.

(5)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/10/23، ملف رقم 174132، ن.ق، ع 55، ص 197.

(6)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م.ق، 1991، ص 75.

(7)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/01/14، ملف رقم 77546، م.ق، 2009، ع 02، ص ص 279-281.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الحكم المطعون فيه صدر حضورياً نهائياً بفك الرابطة الزوجية بين طرفي الدعوى بالخلع، غير أنه وبمطالعة تسيبب الحكم المطعون فيه لم يتبين منه أن المحكمة قامت بإجراءات الصلح بين طرفي الدعوى طبقاً لنص المادة (49) ق.أ.ج، وحيث أن الخلع يعد وسيلة من وسائل الطلاق وفك الرابطة الزوجية بين الزوجين، يتعين إصدار حكم بشأنه وقبله يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح.

ولما قضى قاضي أول درجة بالتطبيق خلعاً في قضية الحال دون إجراء محاولات صلح بين طرفي النزاع، فإن قضاءه جاء مخالفاً للقانون (المادة 49 ق.أ.ج) مما يستلزم معه نقض الحكم محل الطعن مع الإحالة.

إضافة للتعديل الذي مس الفقرة الأولى من المادة (49) ق.أ.ج أضاف المشرع الجزائري الفقرة الثانية والثالثة، وذلك كله من أجل تدارك النقص والغموض الذي اكتنف نص المادة (49) ق.أ.ج قبل تعديلها.

فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (49) ق.أ.ج على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات صح يجريها القاضي، نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح⁽¹⁾، وهذا ما أغفله المشرع الجزائري قبل التعديل حيث أنه لم ينص على ما إذا كان يجب على القاضي أن يحرر محضراً بما تصالح عليه الزوجان أو بفشل الصلح أم لا، وأغفل كذلك أن ينص على ما يمكن أو يجب على القاضي أن يفعله بعد فشل محاولة الصلح أو نجاحها.

إلا أنه وبالرجوع إلى المادة (2/49) ق.أ.ج تدارك الوضع ونص صراحة على أنه يجب على القاضي أن يقوم بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء أكانت ايجابية أو سلبية، فإذا كانت النتائج ايجابية يحرر محضراً بذلك وبالشكل الذي يحدده القانون، وليس هذا فقط وإنما يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكدوا له علانية ما سبق أن تصالحا عليه، وليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها ولا بالتنازل عنها أو بترك الخصومة، وإنما ليصدر حكمه بموضوع دعوى الطلاق كأبي موضوع دعوى أخرى غيرها⁽²⁾.

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 120.

(2) - المرجع نفسه، ص 120. انظر كذلك زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007، ص ص 109-110.

أما إذا كانت سلبية يحزر محضر بذلك ويذكر أن محاولات الصلح قد باءت بالفشل ويمكن له أن يشير في المحضر إلى سبب فشل محاولة الصلح⁽¹⁾، وبعد ذلك يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة ضبط المحكمة التي ستفصل في النزاع، وبناءً عليه يصبح محضر الصلح بمثابة سند تنفيذي وهذا طبقاً لنص المادة (3/443) ق.إ.م.إ.

إضافة إلى الفقرة الأولى والثانية من المادة (49) ق.أ.ج نصت الفقرة الأخيرة على أن تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة وهذا خلافاً لما كان عليه الأمر قبل تعديل 09-05 أين كان هذا الأمر بمثابة قيد على الأطراف الذين يسعيان إلى تسجيل حكم الطلاق في الحالة المدنية، ذلك أنه وبموجب تعديل 09-05 أصبحت النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة استناداً إلى نص المادة (03) مكرر منه⁽²⁾.

غير أنه ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن تدخل النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية كان قائماً حتى قبل صدور التعديل وذلك بموجب نص المادة (141) ق.إ.م⁽³⁾، والتي أصبحت الآن توجب اطلاع النائب العام على القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والمتعلقة بعديمي الأهلية وبالأشخاص المعترين غائبين كما يجوز للنيابة أن تطلع على جميع القضايا الأخرى التي ترى أن تدخلها فيها ضروري ولاسيما القضايا الماسة بالنظام العام⁽⁴⁾.

غير أن هذا التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة (03) مكرر سبقنا إليه المشرع المغربي حين تعديله لمدونة الأحوال الشخصية حين اعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام مدونة الأسرة⁽⁵⁾.

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 120.

(2) - إن تعديل 09-05 مس أمراً جوهرياً هو أطراف الخصومة في قضايا الأحوال الشخصية بوجوب إدخال النيابة العامة كطرف أصلي باعتبارها ممثلة المجتمع، وهي رؤية واضحة ومتبصرة من طرف المشرع، غير أنها جاءت واسعة وشاملة، حيث كان من المفروض أن يربط تدخلها بمعيار النظام العام والآداب العامة، ذلك أن قضايا الأسرة ليست جميعها من النظام العام، كما أن بعض مسألتها الودية لا تتطلب إشراك النيابة العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المادة (03) مكرر ق.أ.ج ستضيف عبئاً آخرًا على أعمال النيابة العامة، ليست بحاجة إليها. انظر حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، غرداية، ع 06، 2005، ص 233.

(3) - أمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع 48 لسنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-05 المؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق لـ 22 ماي 2001، ج ر ع 29 لسنة 2001، والملغى بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، ج ر ع 21 لسنة 2008.

(4) - العشي نورة، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر 02-05 في حماية عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 02، 2012، ص ص 169-170.

(5) - تنص المادة (03) م.أ.م على أنه: «تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة».

ومهما يكن من أمر فيمكننا القول أنه بعدما كان واجب تسجيل حكم الطلاق في سجلات الحالة المدنية ضمن وثيقة عقد الزواج وضمن وثيقة الميلاد لكل واحد من الزوجين طبقاً لأحكام المادة (58) ق.ح.م.ج.⁽¹⁾ بسعي من رئيس كتاب الضبط لدى المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق وبناءً على طلب المحكوم، فإن المادة (49) ق.أ.ج. قد كفلت وكيل الجمهورية وممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بموجب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام وتسجيل عقد الزواج، ليطلب منه تقيد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين، بعد أن يكون قد أرفق بطلبه نسخة من الحكم بالطلاق، لكن إذا كان الحكم بالطلاق لا يقبل الطعن بالاستئناف ويقبل الطعن فيه بالنقض فإن ممثل النيابة العامة لا يجوز له أن يطلب من ضابط الحالة المدنية تسجيل حكم الطلاق على هامش عقد الزواج وعقد ميلاد كل من الزوجين المطلقين إلا بعد أن يكون حكم الطلاق وقع الفصل فيه من المحكمة العليا وبعد أن يصبح نهائياً⁽²⁾.

وما يمكن الإشارة إليه أيضاً حول نص المادة (49) ق.أ.ج. هو أن مدة الثلاثة أشهر التي حددها المشرع الجزائري والتي نرى أنه يكون قد تأثر فيها بمدة العدة، خصوصاً حينما يعتبر الطلاق الذي يقع عن طريق القضاء هو طلاق بائن طبقاً لنص المادة (50) ق.أ.ج. فيها إمكانية تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسألة العدة وما ينجم عنها من آثار مهمة جداً، خصوصاً إذا أبقينا على مفهوم بدء العدة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق من الناحية الشرعية، وخاصة أن المشرع الجزائري لا يعترف بما يسمى بالطلاق العرفي والذي سبق وأن تطرقنا إليه، وهذا ما يدعونا مرة أخرى لدعوة المشرع الجزائري إلى الاعتراف بما يسمى بالطلاق العرفي ضمن نصوصه القانونية بتبنيه لأحدى الاقتراحات السالف ذكرها فيما يخص هذا الموضوع ومنه تفادي تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

القيود الواردة على الزوجة

يرى البعض بأن الحق في حل الرابطة الزوجية (الطلاق) حق للرجل فقط دون المرأة، إذ جرى العرف في المجتمعات الأولى على عادات الفطرة أن " الذكر يطلب الأنثى ولا تطلبه، والرجل يخطب المرأة ولا تخطبه والرأي في الترك لمن له الرأي في الطلب والخطبة ". ولهذا فقد كانت المرأة محرومة من ممارسة حقها في حل الرابطة الزوجية، ولكن مع مجيء الإسلام أقر بحق المرأة في الطلاق لكن مع اعتبار الأصل فيه الرجل.

(1)-تنص المادة (58) ق.ح.م.ج. على أنه: « إن التسجيل هو العملية التي بواسطتها ينقل ضابط الحالة المدنية في سجلاته، عقد الحالة المدنية الواردة من مكان آخر غير دائرته، أو حكماً قضائياً يتعلق بالحالة المدنية.

يشار تلقائياً في جميع الأحوال التي يجب فيها تسجيل عقد أو حكم قضائي على شكل هامش مرجع موجز من قبل وإما في مكان التاريخ الذي كان يجب أن يسجل فيه العقد «.

(2)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 121.

إن الإسلام وبالرغم من اعترافه بحق المرأة في حل الرابطة الزوجية إذا استحال استمرارها ودوامها قد رهب المرأة من الطلاق إلا بحق وسبب مشروع يدعوها إلى ذلك⁽¹⁾، قال " صلى الله عليه وسلم ": [أَيَّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ]⁽²⁾. ولما كان الأمر كذلك سوف نتطرق إلى القيود الواردة على حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلق (الفرع الأول) والخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القيود الواردة على حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلق

لقد قيدت الشريعة الإسلامية حق الزوجة في التطلق، وذلك متى توافرت الأسباب الموجبة له، وهي محددة في أربعة حالات كما سبق الذكر وهي التطلق للضرر، التطلق لعدم النفقة، التطلق لغيبه الزوج، وأخيراً التطلق لحبس الزوج، وهو ما تبناه أيضاً المشرع الجزائري وتوسع فيه. ذلك أنه وبموجب المادة (53) ق.أ.ج قبل التعديل حدد المشرع الجزائري سبع حالات على أساسها يتم طلب التطلق إلا أنه وبموجب الأمر 05-09 أضاف ثلاثة حالات أخرى لتصبح في مجملها عشر حالات وهذا كله من أجل تسهيل مهمة المرأة في تأسيس طلبها الرامي إلى التطلق، وهي كالتالي:

أولاً: التطلق لعدم الإنفاق

اتفق المسلمون على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾⁽⁴⁾. وقوله أيضاً: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِّن حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّن وُجْدِكُمْ ﴾⁽⁵⁾.

وعليه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته أو أعسر بالنفقة فهل لها أن تطالب بالتفريق القضائي (التطلق) بينها وبين زوجها بسبب ذلك؟

(1)- خمري أعر، المرجع السابق، ص 56.

(2)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب في الخلع، ص 268.

(3)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 274؛ والمقصود بالنفقة ما نصت عليه المادة (78) ق.أ.ج والتي تشمل: " الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

(4)- سورة الطلاق، الآية 07.

(5)- سورة الطلاق، الآية 06.

اختلف الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق، فالحنفية على عدم الجواز والجمهور على جوازه. قال الحنفية: أن الإعسار أو عدم الإنفاق ليس سبباً من أسباب التفريق، ولكن القاضي يأمر الزوجة بالاستدانة على زوجها المعسر⁽¹⁾، وترفع يد الزوج عنها لتعمل وتكسب قوتها، أما إذا كان ممتنعاً عن الإنفاق فإن القاضي يعاقبه بالحبس⁽²⁾. واحتجوا في ذلك بـ:

• القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن الآية فيها النص على أن المعسر منظر، فالمستحق بالنص التأخير فلا يلحق به ما يكون إبطالاً للعقد، لأن ذلك فوق المنصوص⁽⁴⁾.

ويمكن القول بأن في ذلك الزيادة على النص والزيادة على النص نسخ وهذا لا يجوز، حيث لم يثبت أن النبي " صلى الله عليه وسلم " قد فرق بين زوجين لعدم الإنفاق⁽⁵⁾.

■ قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال: أن الله لا يكلف أحداً ما لا يطيق، والزوج العاجز عن النفقة ليس مكلفاً بالإنفاق على زوجته وإذا لم يكلف بالإنفاق لم يجز التفريق بينه وبين امرأته لعجزه عن نفقتها، وفي التفريق إيجاب على الزوج بشيء لم يجب، يؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾، فيه الدليل على أنه لا يفرق بينهما من أجل عجزه عن النفقة لأن العسر يرجى له اليسر⁽⁷⁾.

(1)-سعاد سطحي، موقف الشريعة الإسلامية من التفريق القضائي بسبب الإعسار بالنفقة، مجلة الحقيقة، غرداية، ع 06، 2005، ص 196.

(2)-عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص ص 230-231.

(3)-سورة البقرة، الآية 280.

(4)-شمس الدين السرخي، المبسوط، كتاب النكاح، باب النفقة، دار المعرفة، لبنان، ج 05، د.س.ن، ص ص 190-191.

(5)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية (دراسة مقارنة بالقانون)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 311.

(6)-سورة الطلاق، الآية 07.

(7)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 311. انظر كذلك أحمد محمد نمر أبو عرجة، من لا تجب لهم النفقة في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2009، ص 20.

• السنة النبوية الشريفة

وردت أحاديث كثيرة منها:

■ حَدَّثَنَا زُهَيْرُ بْنُ حَرْبٍ، حَدَّثَنَا رَوْحُ بْنُ عُبَادَةَ، حَدَّثَنَا زَكَرِيَّا بْنُ إِسْحَاقَ، حَدَّثَنَا أَبُو الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: دَخَلَ أَبُو بَكْرٍ يَسْتَأْذِنُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، فَوَجَدَ النَّاسَ جُلُوسًا بِبَابِهِ، لَمْ يُؤْذَنَ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ قَالَ: فَأَذِنَ لِأَبِي بَكْرٍ، فَدَخَلَ، ثُمَّ أَقْبَلَ عُمَرَ، فَاسْتَأْذَنَ فَأَذِنَ لَهُ، فَوَجَدَ النَّبِيَّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " جَالِسًا حَوْلَهُ نِسَاؤُهُ، وَاجِمًا سَاكِتًا، قَالَ: فَقَالَ: لِأَقُولَنَّ شَيْئًا أُضْحِكُ النَّبِيَّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَوْ رَأَيْتَ بِنْتَ خَارِجَةَ، سَأَلْتَنِي النَّفَقَةَ، فَمَمْتُ إِلَيْهَا، فَوَجَأْتُ عُنُقَهَا، فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " وَقَالَ: [هُنَّ حَوْلِي كَمَا تَرَى، يَسَأَلْنَنِي النَّفَقَةَ]، فَقَامَ أَبُو بَكْرٍ إِلَى عَائِشَةَ يَجَأُ عُنُقَهَا، فَقَامَ عُمَرُ إِلَى حَفْصَةَ يَجَأُ عُنُقَهَا كِلَاهُمَا يَقُولُ: تَسَأَلَنَّ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، فَقُلْنَ: وَاللَّهِ لَا تَسْأَلُ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " شَيْئًا أَبَدًا لَيْسَ عِنْدَهُ، ثُمَّ اعْتَزَلَهُنَّ شَهْرًا - أَوْ تِسْعًا وَعِشْرِينَ - ثُمَّ نَزَلَتْ عَلَيْهِ هَذِهِ الْآيَةُ: ﴿ يَتَأْتِيهَا

النَّبِيُّ قُلٌ لِّأَزْوَاجِكُمْ ﴿ [الأحزاب-28] حَتَّىٰ بَلَغَ ﴿ لِّلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿ [الأحزاب-29]

قَالَ: فَبَدَأَ بِعَائِشَةَ، فَقَالَ: [يَا عَائِشَةُ، إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَعْرِضَ عَلَيْكَ أَمْرًا أَحِبُّ أَنْ لَا تَعْجَلِي فِيهِ حَتَّىٰ تَسْتَشِيرِي أَبُوبَكْرٍ]، قَالَتْ: وَمَا هُوَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَلَا عَلَيْهَا الْآيَةَ، قَالَتْ: أَفِيكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَسْتَشِيرُ أَبُوبَكْرٍ؟ بَلْ أَخْتَارُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَالِدَارَ الْآخِرَةَ، وَأَسْأَلُكَ أَنْ لَا تُخْبِرَ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِكَ بِالَّذِي قُلْتُ، قَالَ: [لَا تَسْأَلْنِي امْرَأَةً مِنْهُنَّ إِلَّا أَخْبَرْتُهَا، إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَبْعَثْنِي مُعْتَنًا، وَلَا مُتَعْتَنًا، وَلَكِنْ بَعَثَنِي مُعَلِّمًا مُبَسِّرًا]⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: قال الصنعاني: قالوا: فهذا أبو بكر وعمر يضربان بنتيهما بحضرته " صلى الله عليه وسلم " لما سألتاه النفقة التي لا يجدها، فلو كان الفسخ لهما، وهما طالبتان للحق لم يقر النبي " صلى الله عليه وسلم " للشيخين على ما فعلا ولا بين لهما أن تطالبا مع الإعسار، حتى تثبت على تقدير ذلك بالفسخ⁽²⁾.

ولكن اعترض على هذا الاستدلال: بأن الحديث ليس فيه أنهن سألن الطلاق أو الفسخ ومعلوم أنهن لا يسمحن بفرقه، فإن الله عزوجل قد خيرهن، فاخترن رسول الله " صلى الله عليه وسلم "، والدار الآخرة فلا دليل في القصة.

وأما إقراره لأبي بكر، وعمر ضربهما، فلما علم من أن للآباء تأديب الأبناء إذا أتوا ما لا ينبغي، هذا إضافة إلى أنه " صلى الله عليه وسلم " لا يفرط فيما يجب عليه من الإنفاق، فلعلهن طلبن الزيادة فتخرج القصة عن محل النزاع⁽³⁾.

(1)- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، ص 1104.

(2)- انظر سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 197.

(3)- المرجع نفسه، ص 198.

■ إن المعسرين من الصحابة كثر، فلم يعلم أن امرأة طلبت الفسخ أو الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة ومنعها عن ذلك.

ولكن اعترض على هذا الاستدلال بأن نساء الصحابة كرجالهن يصبرن، على ضنك العيش وتعسره كما قال مالك: إن نساء الصحابة كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى، فلم يكن مرادهن الدنيا فلم يكن يباليهن بعسر أزواجهن، وأما نساء اليوم، فإنما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج والنفقة والكسوة⁽¹⁾.

• المعقول

فقد استدلت أصحاب هذا الرأي على أدلة عقلية منها:

- إن في إلزام الفسخ للإعسار بالنفقة إبطالاً لحق الزوج بالكلية، وفي إلزام الزوجة بالانتظار أو الاستدانة عليه تأخير لحقها عليه، وإذا دار الأمر بين التأخير والإبطال كان التأخير أولى من الإبطال⁽²⁾.
 - قالوا أيضاً إن المال غاد ورائح وقد جعل الله الزواج عقداً دائماً وميثاقاً غليظاً فلا ينبغي أن يكون الإعسار وهو يأتي ويروح سبباً للتفريق وإلا كان الزواج كله في مهب الريح⁽³⁾.
 - وأخيراً قالوا إن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع، أما فسخ الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التماسل وهو مقصوداً أصلي من الزواج، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي⁽⁴⁾.
- قال الشافعية والمالكية والحنابلة: أن للزوجة حق طلب التفريق وعلى القاضي الاستجابة لطلبها إذ أثبتت له ذلك⁽⁵⁾، واستدلوا بـ:

• القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿الطَّلِقْ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال: أن الله خير الزوج بين أن يمسك الزوجة بمعروف، وبين أن يفارقها بإحسان وحيث قد عجز عن الأولى، لأن أدنى أنواع المعروف حق الإنفاق، فتلزمه الثانية لأنه من خير بين أمرين إن عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر⁽⁷⁾.

■ قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾⁽⁸⁾.

(1)-سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 198.

(2)-عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 37.

(3)-محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 422.

(4)-المرجع نفسه، ص 422.

(5)-جسام علي سالم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى الجزائر، ع 03، 2000، ص 119.

(6)-سورة البقرة، الآية 229.

(7)-أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 115.

(8)-سورة البقرة، الآية 231.

وجه الاستدلال: أن الله قد نهى عن إلحاق الضرر بالزوجة، وزوجة المعسر يلحقها الضرر بعجزه عن الإنفاق عليها، فلم يكن له أن يمسكها⁽¹⁾.

• السنة النبوية الشريفة

وردت أحاديث كثيرة أهمها:

■ ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " قال: [أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غَنَى وَالْيَدِ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ]؛ تَقُولُ الْمَرْأَةُ: إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي، وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمَلْنِي، وَيَقُولُ الْإِبْنُ: أَطْعِمْنِي، إِلَى مَنْ تَدْعُنِي، فَقَالُوا: يَا أَبَا هُرَيْرَةَ، سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللهِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "؟ قَالَ: [لَا هَذَا مِنْ كَيْسِ أَبِي هُرَيْرَةَ]⁽²⁾.

وجه الاستدلال: فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق، وقد عقب البخاري على هذا الحديث أن محل الاستشهاد وهو قول المرأة أطعمني أو فارقتني من كلام أبي هريرة⁽³⁾.

■ أَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ اللهِ الْحَافِظُ فِي آخِرِينَ قَالُوا: أَنَّ أَبَا الْعَبَّاسِ مُحَمَّدَ بْنَ يَعْقُوبَ، أَنَّ الرَّبِيعَ بْنَ سُلَيْمَانَ، أَنَّ الشَّافِعِيَّ، أَنَّ مُسْلِمَ بْنَ خَالِدٍ، عَنْ عُبيدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كَتَبَ إِلَى أَمْرَاءِ الْأَجْنَادِ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ فَأَمَرَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلِّقُوا فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةٍ مَا حَبَسُوا⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: وفي هذا الحديث دلالة على حق الزوجة في الطلاق والتفريق إذا لم ينفق عليها الزوج، بل يطالب بنفقة ما حبس⁽⁵⁾.

■ أَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ اللهِ الْحَافِظُ فِي آخِرِينَ قَالُوا: أَنَّ أَبَا الْعَبَّاسِ مُحَمَّدَ بْنَ يَعْقُوبَ، أَنَّ الرَّبِيعَ بْنَ سُلَيْمَانَ، أَنَّ الشَّافِعِيَّ، أَنَّ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ الرَّجُلِ لَا يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ قَالَ: " يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا " قَالَ أَبُو الزِّنَادِ قُلْتُ: سُنَّةٌ قَالَ: سَعِيدٌ: " سُنَّةٌ " قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَالَّذِي يُشْبِهُ قَوْلَ سَعِيدٍ سُنَّةٌ أَنْ تَكُونَ سُنَّةً مِنْ رَسُولِ اللهِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " ⁽⁶⁾.

■ حديث الرسول " صلى الله عليه وسلم " : [لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ]⁽⁷⁾.

(1)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 115.

(2)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب النفقات، باب فضل النفقة على الأهل والعيال، ج 07، ص 63.

(3)- انظر جاسم علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص 119.

(4)- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، ج 07، 2003، ص 772.

(5)- سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 194.

(6)- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البيهقي (سنن البيهقي)، المرجع السابق، ص 773.

(7)- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (الموطأ)، المرجع السابق، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ص 1078.

وجه الاستدلال: فهذا الحديث يدعو إلى النهي عن الضرر إضراراً ينزل بالمرأة أكثر من ترك الإنفاق عليها ويجب على القاضي أن يزيل هذا الضرر⁽¹⁾.

• المعقول

■ إن النفقة في مقابل الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور، فإن لم تجب النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار للزوجة⁽²⁾.

■ قياساً على ثبوت حق التفريق بالجب⁽³⁾ والعنة⁽⁴⁾ فكما ثبت لها حق التفريق إذا أوجدت زوجها عنيئاً أو محبوباً بالاتفاق، فكذلك يثبت لها حق التفريق إذا وجدت زوجها معسراً غير قادر على الإنفاق، ذلك أن الضرر هنا أشد، فمن باب أولى أن يثبت لها حق التفريق، لأن البدن لا يقوم بدون نفقة بخلاف الوطاء.

■ إنه يجب على السيد بيع مملوكه إذا عجز عن الإنفاق عليه، فإيجاب فراق الزوجة أولى لأن كسبها ليس مستحقاً للزوج كاستحقاق السيد لكسب عبده⁽⁵⁾.

وبرأي الجمهور في جواز التفريق للإعسار أخذ المشرع الجزائري، إذ جاء في المادة (1/53) ق.أ.ج: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

■ عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78،79،80 من هذا القانون⁽⁶⁾.

(1)-سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 194.

(2)-المرجع نفسه، ص 194. انظر كذلك أحمد محمد نمر أبو عرجة، المرجع السابق، ص 42.

(3)-الجب: معناه القطع والحبوب، الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه، والمحبوب عند الحنفية والمالكية هو من قطع ذكره وأنثياه معاً، وهو عند الشافعية والحنابلة من قطع ذكره كله أو بعض مع بقاء مالا يمكن الوطاء به وهو مخل بالاستمتاع وهو المقصود من النكاح. انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 307.

(4)-العنة: العنين الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن، وسمي عنيئاً لأن ذكره يسترخي فيعن يميناً وشمالاً ولا يقصد للمأتى من المرأة وهو عند الحنفية والشافعية والحنابلة عدم القدرة على الوطاء لعدم انتشار الذكر لمانع كمرض أو ضعف في خلقته أو كبير سن أو سحر، وعند المالكية صغر الذكر بحيث لا يسمح بالإيلاج، والعنة كذلك عيب مخل بمقصود النكاح. انظر المرجع نفسه، ص 308.

(5)-سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 194.

(6)-تنص المادة (78) ق.أ.ج على أنه: « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ».

وتنص المادة (79) ق.أ.ج على أنه: « يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ».

وأخيراً تنص المادة (80) ق.أ.ج على أنه: « تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ».

المتأمل لنص المادة (1/53) يلحظ أن المشرع الجزائري لم يقدّم بتعديلها بموجب الأمر 05-09 وعليه

فالمادة قيدت حق الزوجة في طلب التطليق بفيدين اثنتين هما:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه.

2- ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج.

الشرط الأول: يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لا بد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقاً للإجراءات والشروط المنوه عنها قانوناً.

وفي حال امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق⁽¹⁾.

الشرط الثاني: فيتلخص في ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، باعتبار أن النفقة حقها وعلمها بإعساره رضا منها بحاله، ورضا بال عشرة معه⁽²⁾.

وبناءً عليه لا يجوز للزوجة طلب التطليق على هذا الأساس لأنه كان معسراً وتعلم بذلك، وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما⁽³⁾.

وتوضيحاً لهذا الأساس نجد القرار المؤرخ في 1987/02/23 وجاء فيه⁽⁴⁾: « متى كان من المقرر شرعاً أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيداً عن أهل الزوج فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالاً بل يجري عليه ما يجري على النفقة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيداً عن أهلها، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجية التي زفت إليه ورفض الطلبات الأخرى اعتماداً على إظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقاً أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً صحيحاً، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ».

وفي معرض تأسيسه جعل القرار طلب الطاعنة السكن المنفرد حالاً، وإلا الطلاق وما يجري على السكن يجري على النفقة باعتبار هذه الأخيرة تستغرق الأول، وبالتالي فلا بد من وجود حكم يصدر بعد معرفة إمكانيات الزوج، ومدى قدرته على توفيره، والحصول عليه ومدى استحقاق الزوجة له فليست كل

(1)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 32.

(2)- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 112.

(3)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 32.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/02/23، ملف رقم 44994، م.ق، 1990، ص 58.

الزوجات لها حق السكن المنفرد، فالوضعية والشريفة عند شرط زوجها عليها أن تسكن مع أهله لا تشترط السكن المنفرد، وبناءً عليه فرفض السكن المنفرد هو رفض لطلب الطلاق والنعي على القرار فيه ليس في محله. فهذا القرار اعتبر السكن من مشتملات النفقة وبالتالي فلا أساس لعدم الإنفاق ما دام ليس هناك حكمًا يلزم الزوج به، سيما وأن الزوجة (الطاعنة) علمت أن زوجها معسر ولا يستطيع أن يؤسس لمسكن منفرد في بداية حياته، ومن ثمة فشرط العلم بالإعسار وعدم وجود حكم يلزم الزوج بالسكن المنفرد (لكونه من مشتملات النفقة) جعل طلب تطليق الزوجة في غير محله، وبذلك عد القرار تطبيقًا نموذجيًا للفقرة الأولى من المادة (53) ق.أ.ج إن لم نقل أن القرار كان المصدر لنشوء القاعدة القانونية طالما أن تاريخه يعود إلى سنة 1987.

يعد هذا القرار أيضًا من القرارات القليلة التي نوهت بوضوح على الفقرة الأولى من المادة (53) ق.أ.ج ذلك أن القرارات التي صدرت بعدها لم تكلف نفسها عناء التسيب الذي حمله قرار 1987، كون المادة جعلت من الضرر المعتبر شرعًا أساسًا للتطبيق، واعتمادًا لكون المصطلح عام في لفظه ومدلوله فإن غالبية القرارات الخائضة في مجال التطبيق ورغم أنها أسست على عدم الإنفاق إلا أنها تحولت جميعًا على أساس الضرر المعتبر شرعًا⁽¹⁾.

وهو ما يتضح جليًا لدى بعض العينات ومنها القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانونًا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضًا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معًا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع، لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن».

وفي قرار آخر جاء في مايلي⁽³⁾: « من المقرر قانونًا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعًا.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها، فإن تقديرهم كان سليمًا وطبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 33-34.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/07/21، ملف رقم 192665، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 116.

(3)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 126.

فالقراران ورغم أن أساس التطبيق انطلق من عدم الإنفاق، إلا أن قضاة الموضوع ومعهم قضاة المحكمة العليا تحاشوا الحديث عن الفقرة الأولى وارتاحوا بتطرقهم للفقرة القائلة لكل ضرر معتبر شرعاً لانطوائها على عموم اللفظ والدلالة، ولذلك نلاحظ غياب الدقة في التأسيس على الفقرة الأولى والاكتماء بما هو أسهل وأعم⁽¹⁾.

ثانياً: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

العيوب: هو الوصمة، وعاب الشيء: صار ذا عيب⁽²⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾⁽³⁾، أي أجعلها ذات عيب.

قد يحدث بأحد الزوجين عيب يمنع من تحقيق مقاصد عقد النكاح كلها أو بعضها أو يؤدي إلى النفرة وعدم استتباب الحياة الزوجية، فهل يحق لأحدهما أن يطلب التفريق بسبب العيب القائم بالزوج الآخر؟

ذهب ابن حزم الظاهري والأوزاعي وعمر بن عبد العزيز إلى عدم جواز فسخ النكاح بسبب العيوب قبل الدخول وبعده والمرأة والرجل في ذلك سواء، وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الفسخ بالعيوب⁽⁴⁾.

ذهب ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين مطلقاً سواء أكان العيب في الرجل أو المرأة وسواء أكان موجوداً قبل الدخول أم حادثاً بعده⁽⁵⁾، وقال: إذا اشترط الزوج أو الزوجة في عقد النكاح السلامة من العيوب، فوجد عيباً أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة دخل أو لم يدخل، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما⁽⁶⁾، واحتج: بأن عقد الزواج قد صح بكلمة الله عز وجل وسنة النبي " صلى الله عليه وسلم " ومن فرق بينهما بغير القرآن والسنة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ ﴾⁽⁷⁾.

واستدل ابن حزم بحديث سَعِيدُ بْنُ عَفِيرٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي اللَّيْثُ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَفِيْلٌ، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ، أَنَّ عَائِشَةَ، أَخْبَرَتْهُ: أَنَّ امْرَأَةً رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبَتَّ طَلَّاقِي، وَإِنِّي نَكَحْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرِ الْقُرْظِيَّ

(1)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 35.

(2)- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (لسان العرب)، المرجع السابق، م 01، ص 633.

(3)- سورة الكهف، الآية 79.

(4)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 333.

(5)- انظر أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 121.

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

(7)- سورة البقرة، الآية 102.

وَأَيَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الْهُدْبَةِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " : [لَعَلَّكَ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَيَّ رِفَاعَةً؟ لَا حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ] (1).

فقد رفض النبي " صلى الله عليه وسلم " شكواها ولم يفرق بينهما، مع أنها ذكرت أنه لم يطأها وأنها تريد مفارقتها، لأن ما معه مثل هدية الثوب (2).

ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب إلا أنهم اختلفوا في كونه حقاً ثابتاً للزوجين معاً أم للزوجة وحدها، كما أنهم اختلفوا في العيوب التي يتم بها التفريق بين الزوجين (3)، واحتجوا في ذلك بـ:

• السنة النبوية الشريفة

■ ما رواه الإمام أحمد عن جميل بن زيد قال حدثني شيخ من الأنصار، ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أن الرسول " صلى الله عليه وسلم " تزوج امرأة من بني عفار، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش فأبصر بكشها (4)، بياضاً فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً وأجيب على هذا الحديث بأنه في سنده جميل بن يزيد وهو ضعيف (5).

وعليه دل الحديث على مشروعية رد النكاح بالعيوب الذي يكون بالمرأة مما تعافه النفس وتتقزز منه وإذا ثبت هذا بالنص، فما سواه أو كان أشد منه من العيوب يقاس عليه بل إن هذا الأخير يكون الرد به من باب أولى (6).

■ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: [أَيُّمَا امْرَأَةٍ عُرِّ بِهَا رَجُلٌ بِهَا جُنُونٌ أَوْ جُدَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، وَصَدَاقُ الرَّجُلِ عَلَى وَلِيِّهَا الَّذِي غَرَّهُ] (7).

(1)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث، ص 42.

(2)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 305.

(3)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 122.

(4)- الكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. انظر مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 802.

(5)- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، تحقيق حسان عبد المنان، كتاب النكاح، مسألة إذا طلقت المرأة قبل الدخول، بيت الأفكار الدولية، لبنان، د.س.ن، ص 1617.

(6)- عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 66.

(7)- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (سنن الدارقطني)، المرجع السابق، كتاب النكاح، ج 04، ص 398؛ الجنون: ذهاب العقل. انظر ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 45.

الجدام: هو مرض يقطع اللحم ويسقطه، انظر المرجع نفسه، ص 45.

البرص: بياض يبدو في ظاهر البدن وهو نوعان: أبيض وأسود، والأسود أخطر، لأنه مقدمة الجدام يكون له قشرة مدورة يشبه الفلوس. انظر المرجع نفسه، ص 45.

وبرأي الشافعية والحنبلية والمالكية أخذ المشرع الجزائري بجواز التطليق للعيوب استناداً إلى نص المادة (2/53) سواء قبل التعديل أو بعدها، وبموجبها أعطى المشرع الجزائري الحق للزوجة في طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق طبقاً لنص المادة (48) ق.أ.ج.⁽¹⁾.

ولكن إذا كان من حق المرأة أن ترفع أمرها إلى القضاء للمطالبة بالتطليق من زوجها بسبب وجود أي عيب في الزوج من شأنه أن يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فإن القانون الذي منحها هذا الحق لم يبين نوع هذا العيب أهو العيب الجنسي أو العيب غير الجنسي⁽²⁾، بل اكتفى بفقرة موجزة جداً تحدث فيها عن العيوب بلفظ عام دون أي تدقيق أو شرح تاركاً المسألة للاجتهادات الفقهية والتي لا تكون في الغالب على سكة واحدة.

وعليه فوجود أي عيب يستحيل معه تحقيق الهدف من الزواج، كاف لطلب الزوجة التطليق وخاصة وأن مسألة الإثبات في هذه الحالة لم تعد تقتصر على إدعاء مقابل إقرار الزوج، لأن الطب الحديث أضحى قادراً على تحديد أي نوع من العيوب المذكورة، فالأمر علمي والعيب العضوي أو الخلقي يتضح جلياً من خلال الفحص أو الأشعة أو حتى التحاليل الطبية، والخبرة الطبية في هذا المجال تعد الحد الأقوم والذي لا يختلف فيه اثتان⁽³⁾.

وما يمكن أن نتوج به هذه الفقرة من المادة (53) ق.أ.ج ما أورده المحكمة العليا في اجتهادات لها هي على النحو التالي:

■ الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 1999/02/16 وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً.

(1)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 280.

(2)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 260.

(3)- المرجع نفسه، ص 36.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/02/16، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 119؛ وفي هذا يقول الأستاذ باديس ديابي: أن القرار لم يحدد بدقة الأساس الشرعي الذي بنى عليه نتيجته ففي الوقت الذي أشارت القاعدة القانونية إلى الضرر المعتبر شرعاً بقوله: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً».

توصل نفس القرار في ملخص الديباجة إلى العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فالقرار أسس عناصره على أساسين وليس أساساً واحداً في الوقت الذي كان الأجدر به أن يخلص إلى أساس واحد وهو العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ثم يخوض في الإجابة على الأوجه المثارة.

غير أن الذي حدث هو خلط بين الأساسين، وبالتالي فجواب المحكمة العليا على الوجه المثار من طرف الطاعن جاء مبهماً ومال أكثر إلى الضرر المعتبر شرعاً حينما أقر بضرر الزوجة وهي دون إنجاب لمدة طويلة.

ولعل ما أراد القرار الخروج به هو تحاشي الحديث عن السنة الكاملة المخولة شرعاً لمعالجة الزوج المريض بعيب يحول دون الإنجاب، لذلك عمد إلى الحديث عن الضرر المعنوي الذي أصاب الزوجة في عدم إنجاب الأطفال، وهو بذلك اختار الطريق

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً.»

■ الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 1992/12/22 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً وقضاءً أنه يجوز للزوجة طلب التطلق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج لتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاء الموضوع قرارهم القاضي بالتطلق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية.»

■ الاجتهاد القضائي الصادر في 1984/11/19 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وإن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب الزوج، وبعد انتهاء هذه المدة، فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطلق وعليه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.»

■ وفي قرار آخر يعد أكثر وضوحاً من سابقه صادر بتاريخ 1984/05/16 والذي أكدت المحكمة من خلاله على ضرورة إثبات العيب الحائل دون تحقيق الهدف من الزواج بكل الطرق الشرعية والقانونية لإثبات الضرر قبل التصريح بالتطلق وجاء فيه⁽³⁾: « من المقرر شرعاً أنه يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.»

ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقة الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما

=الأسهل والمتمثل في الضرر المعتبر شرعاً في الوقت الذي كان الأجدر أن يؤسس قراره على العيب الحائل دون تحقيق الهدف من الزواج. انظر باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 38-39.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، 1995، ع 02، ص 92.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، 1989، ع 03، ص 73.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/05/14، ملف رقم 33275، م.ق، 1990، ع 02، ص 75؛ إن القرار الأخير الذي قضت به المحكمة العليا انطلق من أنه ليس للزوجة أن تطلب التطلق بدون أساس وبدون إثبات الضرر ولا يمكن الاستجابة لطلبها على هذا الشكل، لأن ذلك يعد تصريحاً من القضاء على أحقية الزوجة في طلب الطلاق مثل الزوج تماماً، وأكد القرار أيضاً أن العيب المثار من طرف الزوجة في كون الزوج عاجز عن ممارسة العلاقة الجنسية معها والذي يعد من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لا بد أن يخضع للإثبات بالصفة الشرعية والقانونية، وذلك من أجل ثبوت الضرر من عدمه. انظر باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 39.

قضوا بالتطليق اعتماداً على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية.»

ثالثاً: الهجر في المضجع

الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته، ولقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجها ولا يبيح لها النشوز والعصيان بل أباح له أن يتخذ حياها من وسائل الإصلاح والتهذيب⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعَنَّكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾⁽²⁾.

والمقصود بالهجر في المضجع كنوع من أنواع التأديب هو هجر الزوج لفراش الزوجة بأن يهجر المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع لقوله تعالى: ﴿وَأَهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلاً﴾⁽³⁾.

وقد شرع الله هذا التأديب القائم على هجر الزوج لفراش الزوجة، بهدف الإصلاح وكعقوبة يرجى من ورائها تهذيب زوجته حتى تعود إلى رشدها وطاعته، ومن هنا اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد وبدون سبب شرعي، وكذا الهجرة لمدة تزيد عن أربعة (04) أشهر كاملة، فإذا أساء استعمال حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع، فلزوجته أن ترفع أمرها إلى القاضي، وطلب التطليق للضرر الذي يلحقها من الزوج من جراء هجره إياها⁽⁴⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري انطلاقاً من هذه المبادئ الفقهية في المادة (3/53) ق.أ.ج والتي لم تتعرض بدورها إلى التعديل بموجب الأمر 05-09 على جواز طلب الزوجة للتطليق بسبب الهجر في المضجع فوق 04 أشهر، وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني لطلب الزوجة التطليق ثلاثة شروط:

الشرط الأول: ويمثل العنصر المادي والسلوك اللاشعري والمتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي ومقبول بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج⁽⁵⁾.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 288. انظر كذلك سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 203.

(2)- سورة النساء، الآية 34.

(3)- سورة المزمل، الآية 10.

(4)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 288.

(5)- تركماني نبيلة، المرجع السابق، ص 55.

الشرط الثاني: ويمثل العنصر الزمني والمتمثل في مدة 04 أشهر متتالية متواصلة غير منقطعة، وهذا مما يدل على أن الهجر ليس هدفة الإصلاح، لأنه بهذه المدة فقد التأديب مفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب لتقويم الزوجة وإعادتها إلى رشدها محافظة على الحياة الزوجية من التدهور والانحلال⁽¹⁾.

الشرط الثالث: ويمثل العنصر المعنوي والمتمثل في نية الإضرار بالزوجة وليس له ما يبرره من الناحية الشرعية والقانونية، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق⁽²⁾.

وعليه وانطلاقاً من هذه الدلالات فإنه متى توافرت الشروط الثلاثة كان للزوجة طلب التطلاق متى أثبتت ذلك، غير أنه ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن مسألة الإثبات في هذه الحالة يعد أمراً من الصعب إثباته، وذلك نظراً لدقة وحساسية هذه الصورة، ونتيجة لذلك لم يوجد على صعيد الاجتهاد القضائي شيئاً بصراحة على هذه الفقرة إلا تلميحاً له في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 المتعلق بالتطلاق قبل البناء وجاء فيه⁽³⁾: « من المقرر قانوناً أنه يجوز تطلاق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعاً.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة مادياً ومعنوياً، مما يثبت تضررها شرعاً طبقاً لأحكام المادة (53) ق.أ.ج، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن «.

وتأسيساً لما جاء في الديباجة أكد القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن القران على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج، لاسيما فيما يتعلق بالبناء وفي ذلك أقر بضرر الزوجة معنوياً ومادياً.

وعدم البناء بها لمدة طويلة يجسد الأساس القائل بهجر الزوج لزوجته وتقاعسه عن تحصينها، سيما وهي زوجته من الناحية الشرعية والرسمية، بقاء الزوجة على نمة زوجها لمدة طويلة دون الدخول بها ومعاشرته أمر فيه ضرر شرعي.

والملاحظ على هذا القرار أنه تطرق لمسألة الهجر وعدم القيام بواجب التحصين من طرف الزوج بسبب عدم الدخول بها، إلا أنه تعمد عدم ذكر الأساس بوضوح واكتفى كسابقه باعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعاً تسهيلاً عن نفسه في تزكية الحكم المنتقد⁽⁴⁾.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289.

(2)- المرجع نفسه، ص 289.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 217179، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 122.

(4)- باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 41-42.

هذا ولم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بالإيلاء serment de continence والذي يتفق مع الهجر في المضعج le délaissement أي في ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً، والإيلاء في حقيقته الفقهية هو حلف الزوج على ترك قربان الزوجة 04 أشهر فصاعداً بالله أو تعليق القربان على ما يشق وصفته بأن يقول الزوج لزوجته مثلاً والله لا أطوك والله لا أقربك خمسة أشهر، فيعد بهذا مولياً⁽¹⁾.

وأصل الإيلاء قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ

عَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽²⁾.

ولعل سبب هذا الإهمال يرجع إلى اعتباره الإيلاء، بمثابة يمين معلق على شرط فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع⁽³⁾، وهذا رأي صائب باعتبار أن الإيلاء من الطلاق المعلق على شرط⁽⁴⁾ أو المضاف إلى زمن المستقبل⁽⁵⁾.

وقد اعتبره بعض الفقهاء بأنه بدعة كالحلف بالطلاق أو الطلاق الثلاث بلفظ واحدة⁽⁶⁾، ومن هنا حاول المشرع الجزائري أن يبعد الإيلاء من نصوص القانون وتضييقاً منه لدائرة الطلاق.

وهو عكس ما ذهبت إليه بعض القوانين والتي نصت صراحة على الإيلاء كسبب من أسباب طلب الزوجة التطليق ومنها ما نصت عليه المادة (112) م.أ.م: « إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة ».

(1)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 322. انظر كذلك مصطفى بن العدوي، المرجع السابق، ص ص 98-100.

(2)-سورة البقرة، الآية 226-227.

(3)-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 291.

(4)-الطلاق المعلق على شرط: هو حل عقد النكاح بصيغة يرتبط فيها وقوع الطلاق على حصول أمر أو تحقيق شرط، أي أن وقوع الطلاق يكون جزءاً لحصول شرط كقول الزوج لزوجته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإذا تحقق شرط الخروج وقع الطلاق جزءاً لتحقيق الشرط. انظر أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 38.

(5)-الطلاق المضاف إلى زمن المستقبل: هو ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل كأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق غداً أو أول شهر الفلاني، وحكمه: وقوع الطلاق عند مجئ أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه إذا كانت المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت، وكان الرجل أهلاً لإيقاعه، لأنه قصد إيقاعه بعد زمن لا في الحال. انظر عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 239؛ نازك سالم محمد حنيني، المرجع السابق، ص 33.

(6)-الحلف بالطلاق: أو اليمين بالطلاق يقصد به الحث وتقوية العزم على فعل شيء في المستقبل أو تركه أو تصديق الحالف بالطلاق في إخباره عن شيء فعله أو لم يفعله مثل ذلك أن يقول الرجل: علي الطلاق أنني ما كلمت فلاناً أو ما فعلت كذا أو أن ثمن هذا الشيء كذا أو اشتريت هذا الشيء بكذا وإذا اقتصر الحالف في اليمين ويقع الطلاق، أما إذا خاطب الزوجة بأن قال علي الطلاق منك أو أضاف الطلاق إليها قائلاً علي الطلاق من زوجتي ما فعلت كذا وكذا يقع الطلاق. انظر محمد سمارة، المرجع السابق، ص 302.

أما على مستوى القانون التونسي فلم نلاحظ أي مادة تتكلم عن الإيلاء وهو بذلك سار على نفس المسار الذي انتهجه المشرع الجزائري بعدم تبنيه للإيلاء كسبب من أسباب طلب الزوجة التطليق.

وفي نفس الاتجاه سكت المشرع الجزائري عن الظهار *l'assimilation incestueuse* وعن اللعان *le serment d'anathene* لندرة استعمالهم في الحياة الواقعية المعاصرة واكتفى بالنص على ما يؤثر على الحياة الزوجية عن طريق أسباب محددة⁽¹⁾.

والظهار: مشتق من الظهر: خلاف البطن، والظهر من الإنسان: من لدن مؤخر الكاهل إلى أدنى العجز عند آخره، مذكر لا غير⁽²⁾، وقوله ظاهر من امرأته، أي بعد واحترز منها. والظهار يعني أيضًا قول الزوج لزوجته: أنت علي كظهر أمي أو تشبيهاها بامرأة محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا، قال الإمام مالك: والظهار من ذوات المحارم، من الرضاة والنسب سواء⁽³⁾.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّنْ نَسَأْتُهُمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾⁽⁴⁾.

أما اللعان: فهو الطريق الذي يتم بواسطته اتهام الزوج زوجته بالزنا أو ينفي انتساب الولد إليه، وهذا الطريق عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة⁽⁵⁾، وتتم الفرقة بين الزوجين بمجرد تمام اللعان أمام القاضي، وهو فرقة مؤكدة عند جمهور الفقهاء فإذا تم اللعان فقد انعدمت الثقة بينهما، فوجب أن يكون التفريق مؤبدًا، فالمتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا⁽⁶⁾.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 292.

(2)- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (لسان العرب)، المرجع السابق، م 04، ص 520.

(3)- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 583.

(4)- سورة المجادلة، الآيات 01-02-03.

(5)- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ع 03، 2004، ص 112. انظر كذلك

-GHAOUTI Benmalha, op.cit, p 188.

(6)- مصطفى بن العدوي، المرجع السابق، ص 131.

ولم ينص القانون الجزائري على اللعان في باب الطلاق كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، ولكنه أشار إليه في المادة (41) ق.أ.ج والمتعلقة بنسب الولد بأبيه متى كان الزواج شرعياً ولم ينفه بالطرق المشروعة، كما أنه ذكره صراحة في المادة (138) ق.أ.ج التي تقضي: « يمنع من الإرث اللعان والردة »، ومن هنا فإن اللعان كفرقة مؤبدة، وكذا ردة أحد الزوجين كطلاق بائن، هما سببان من الأسباب المانعة من التوارث بين الزوجين في القانون الجزائري⁽¹⁾.

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

الزوج بشر يخطئ ويصيب ومن الأزواج العاصي والمطيع، والزوج العاصي الذي يرتكب الجريمة ويعاقب عليها لا ينبغي أن تضار زوجته من جرائمه وخاصة وأن من العقوبات ما يرغم الزوجة على انتظار زوجها السنين الطوال، وذلك إضراراً بالزوجة ينافي مقاصد التشريع، ويوقعها والمجتمع كله في حرج شديد⁽²⁾، والفقهاء يختلفون في جواز التطليق بسبب الحبس:

فالأحناف لا يجيزون الحبس سبباً للتطليق، وفقههم في الأخذ بهذا متناسق، لأنهم لا يروى الغيبة سبباً للتفريق سواء بعذر أو لغير عذر⁽³⁾.

أما الحنابلة فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأن بغيبته عذر وإن كان العذر في ذاته غير مشروع.

ويذهب الإمام ابن تيمية في فتاويه إلى أن القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت امرأته فرقتة كالقول من أحكام المفقود فهو بذلك يقترب من الفقه المالكي⁽⁴⁾.

أما المالكية فهم يجيزون التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو لغير عذر سبباً يجيز للزوجة طلب التطليق والمالكية في هذا أيضاً مذهبهم متناسق، لأنهم يرون مناط التطليق للغيبة وعلّة التفريق بهما هو الضرر الذي قد يصيب الزوجة وهو متحقق، سواء كانت الفرقة بعذر أو بغير عذر، والتطليق للحبس عند المالكية يقع بائناً⁽⁵⁾.

وبرأي المالكية أخذ المشرع الجزائري إذ نص في المادة (4/53) ق.أ.ج على جواز طلب الزوجة التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، غير أنه وما يمكن التنبيه إليه أن الفقرة 4 من المادة (53) قبل التعديل⁽⁶⁾، كانت من أكثر الفقرات صعوبة في تفسيرها

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 293.

(2)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 449.

(3)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 113.

(4)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 449.

(5)- المرجع نفسه، ص 450.

(6)- تنص الفقرة 4 من المادة (53) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « الحكم بعقوبة شائنة مقيدة بحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ».

لأنها جاءت عامة وبمصطلحات غير دقيقة وانطوت على العديد من الشروط قصد تحقيقها، وعليه فالزوجة لكي تريد التطبيق تأسيساً على الفقرة 4 من المادة (53) ق.أ.ج قبل التعديل ينبغي تحقق أربعة شروط كاملة وهي:

- أ- أن يصدر حكماً يدين الزوج بعقوبة شائنة.
 - ب- أن ينطوي الحكم على عقوبة أكثر من سنة.
 - ت- أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة.
 - ث- أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- وسنفصل في هذه الشروط على النحو التالي:

أ- **صدور حكم يدين الزوج بعقوبة شائنة:** ما يمكن ملاحظته منذ البداية عدم الدقة في النص على هذه الفقرة، ذلك أن المشرع الجزائري يتحدث فيها عن العقوبة وليس الجريمة، والأصح أن المشرع يقصد الجريمة وليس العقوبة، إذ أن القانون والفقهاء لم يصفوا العقوبة ولم يرد في القانون تصنيف العقوبة الشائنة عن باقي العقوبات الأخرى، وبالتالي فالمقصود هي الجريمة وليست العقوبة⁽¹⁾.

ب- **أن ينطوي الحكم على عقوبة أكثر من سنة:** بمعنى أن العقوبة ينبغي أن تكون أكثر من سنة، أي أن التي تقل عن ذلك لا يمكن أن تكون أساساً لقيام الزوجة بطلب التطبيق، ولكن الاستفهام مطروح حول نمط العقوبة المحددة بأكثر من سنة، فهل تشمل الحبس النافذ أم غير النافذ؟

المبدأ أن تكون العقوبة نافذة، والفقرة إذ لم تشر إلى هذه المسألة فإنها تأخذ بمبدأ العقوبة وحجمها والعبرة بلوغها أكثر من سنة أم أقل دونما النظر إلى طبيعتها كونها نافذة أم موقوفة النفاذ⁽²⁾.

ت- **أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة:** يثور الإشكال حول تحقيق هذا الشرط في القول أي من العقوبة الماسة بشرف الأسرة من نظيرتها غير الماسة بشرف الأسرة؟
الأصل كما سبق الذكر أن المشرع يتحدث عن الجريمة وليست العقوبة، والسؤال الأدق هو أي من الجرائم الماسة بشرف الأسرة؟

القانون الجنائي يصنف الجرائم من حيث طبيعتها إلى جرائم العنف والتي تتمثل أساساً في جرائم القتل والضرب، والجرح العمدي وصور أخرى كالقتل الخطأ، والجروح الخطأ.

أما التصنيف الثاني فالجرائم الماسة بالعرض والتي تنطوي تحتها تلك المتعلقة بهتك العرض، والأفعال المخلة بالحياء، والأفعال العلنية المخلة بالحياء، والدعارة، والتحريض على الفسق، والزنا، والفاحشة بين ذوي المحارم، والاعتداء على القصر.

في حين التصنيف الثالث يتعلق بالجرائم ضد الأسرة والأطفال منها جرائم الإهمال العائلي كترك الأسرة والتخلي عن الزوجة الحامل، والإهمال المعنوي للأولاد، وعدم تسديد النفقة، والجرائم المتعلقة بالحالة المدنية

(1)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 42.

(2)- المرجع نفسه، ص 43.

للطفل، والجرائم المتعلقة برعاية الطفل، وترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر وخطف أو إبعاد قصر بدون عنف ولا تحايل.

أما التصنيف الرابع، فيخص جرائم الاعتبار التي تتمثل أساساً في القذف والسب والإهانة والوشاية الكاذبة وإفشاء الأسرار.

والصنيف الخامس يخص الجرائم ضد الأموال، وفيها نجد السرقة، والاختلاس، والتبديد، والنصب وجرائم الشيك، وخيانة الأمانة، والإخفاء.

إضافة لتصنيفات أخرى كالجرائم الاقتصادية والجمركية الواردة وجرائم أخرى واردة في قوانين خاصة كالمخدرات وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب وغيرها، فالسؤال الذي يطرح نفسه من بين هذه الجرائم ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة وغير الماسة؟

والرأي الراجح هو أن كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره فهي بذلك مرشحة لأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، أما الجرائم غير العمدية وكذا الجرائم البسيطة التي لا تصل عقوبتها إلى أكثر من سنة حبساً لا تشكل مساساً بشرف الأسرة لاسيما فيما يتعلق بالمخالفات أو حتى الجنح غير العمدية، أما عداها فهي ماسة بشرف الجاني وكذا أسرته وإذا ما تضررت الزوجة جراء ما قام به الزوج من فعل مجرم كان طلبها التخليق اعتماداً على الفقرة 4 مؤسساً ومستجاباً له⁽¹⁾.

ث - أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة الزوجية: وهذا يعني أن تتوتر العلاقات بين الزوجين بسبب هذا الحكم وآثاره، وأن يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية وتنتج عنه خلافات حادة وخصومات مستحكمة تحول راحتها إلى فتنة وسعادة إلى شقاء وتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق⁽²⁾.

ولذلك إذا توافرت للزوجة وللمحكمة هذه الشروط كلها وكانت مجتمعة غير ناقصة فإنه يصبح من الجائز للزوجة أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتخليق من زوجها وفقاً لأحكام الفقرة 4 السالفة الذكر ويصبح من الجائز للمحكمة أن تقضي بتخليقها نتيجة ذلك.

ما يمكن ملاحظته على نص الفقرة 4 من المادة (53) ق.أ.ج قبل التعديل أنها وإن تضمنت حالة أو سبباً من الأسباب التي يحق للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتخليق رغم معارضة زوجها إلا أنها قيدت هذا الحق بوجود توفر عدد معين من الشروط مجتمعة، غير أن هذه الشروط جاءت متنافرة غير منسجمة وبعضها كان قد أقم في المادة (53) ق.أ.ج إقحاماً لا مبرر له.

ويتضح هذا التنافر وعدم الانسجام في كثرة الأوصاف المضافة إلى العقوبة المحكوم بها من حيث كونها عقوبة شائنة، ومقيدة للحرية، ولمدة أكثر من سنة، وفيها مساس بشرف الأسرة، ومن حيث كونها أخيراً عقوبة تستحيل معها مواصلة العشرة، واستمرار الحياة الزوجية.

(1) - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 43-44.

(2) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 267.

وفي هذا يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: " أنه إذا كانت شروط كون العقوبة شائنة ومقيدة للحرية ولمدة أكثر من سنة تعتبر من الشروط المتصلة بالعقوبة ذاتها والمتولدة عنها، فإننا نعتقد أن شرط كون العقوبة ماسة بشرف الأسرة، وكونها تجعل مواصلة العشرة واستمرار الحياة الزوجية أمراً مستحيلًا، شرطان مقدمان في هذا البند وبعيدان جدًا من العقوبة، لأنه إذا كان من الممكن أن توصف الجريمة بأنها شائنة وتمس شرف الأسرة فإن العقوبة المقررة لها والمحكوم على الزوج بسببها لا يمكن وصفها بأنها عقوبة تمس بشرف الأسرة، ولأن استحالة استمرار الحياة الزوجية إذا كان من الممكن أن تكون ناتجة عن بعض تصرفات الزوج المادية أو عن شقاق ونزاع مستحکم بينه وبين زوجته، فإنه من غير الممكن أن يكون ناتجًا مباشرة عن الحكم بالعقوبة.

وبمعنى أكثر وضوحًا أن طلب التخليق يضع القاضي في دوامة لا حدود لها، ويجعل من الصعب على الزوجة الحصول على الحكم به⁽¹⁾.

واعتبارًا للغموض والاكتناف الذي شاب الفقرة الرابعة من المادة (53) ق.أ.ج جاء تعديل 05-09 أكثر وضوحًا ودقة عن سابقه إذ عدل الفقرة كمايلي: « الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ».

فالمشرع الجزائري بموجب هذا التعديل صحح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة قبل التعديل بتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة.

كما أنه أيضًا خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة سابقًا، إذ ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى مداها أكثر من سنة، واكتفى بالقول أنه على الزوجة المطالبة بالتخليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى العقوبة المسلطة، وفي ذلك تيسيرًا أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيس طلبها الرامي إلى التخليق على هذا الوجه⁽²⁾.

خامسا: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة

إن الأصل في الزواج أن يكون مؤبدًا، وإن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج، فإذا حدث وأن غاب الزوج عن زوجته وطالت غيبته، وقد تكون في ظروف غامضة أو في حالات يغلب عليها مظنة هلاكه، فإنه مما لاشك فيه تضرر الزوجة في هذه الحالة، وشعورها بالوحدة والوحشة، وقد تتعرض للفتنة وسبيلها الوحيد في

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 268.

(2) - باديس ديايي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 45.

وهو عكس ما تبناه المشرع المغربي والتونسي في تحديد مدة حبس كمعيار للتفريق بغض النظر عن طبيعة الجريمة المرتكبة ومدى تأثيرها على سمعة الأسرة إذ نصت المادة (106) م.أ.م على أنه: « إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من 03 سنوات سجنًا أو حبسًا، جاز للزوجة أن تطلب التخليق بعد مرور سنة من اعتقاله وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التخليق بعد سنتين من اعتقاله ».

أما المادة (1/43) ق.أ.ش.ت نصت على أنه: « للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب التالية: - إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ».

ظل هذا الظرف أن تلجأ إلى القضاء لطلب التفريق، إلا أن كلمة الفقهاء اختلفت بشأن إعطائها هذا الحق من عدمه⁽¹⁾.

فالحنفية والشافعية قالوا بأن الغيبة لا يمكن أن تكون سبباً للتفريق بين الرجل وزوجته وإن طالت المدة لانعدام ما يصلح أن يبني عليه التفريق بينهما، ففي نظرهم حق الزوجة في طلب التطليق من القاضي لغياب زوجها يسقط ولا يصح أن يتخذ سبباً للتفريق بينهما وبين زوجها⁽²⁾.

وحجتهم عدم قيام الدليل الشرعي يثبت وجود هذا الحق، والأصل إذن بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التفريق بين الزوجين⁽³⁾.

أما المالكية والحنابلة قالوا بجواز التفريق بسبب الغيبة التي تتضرر منها الزوجة، لأن وجود الزوج بعيداً عن الزوجة يجعلها في وحشة تؤلم نفسها وتضر بها، وإن كان للزوج مال تنفق على نفسها منه، فهي تصبح بتركها كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، كما أن وجودها وحدها قد يعرضها للوقوع في الخطأ، لأن طول المدة يجعل مغالبة الطبيعة الإنسانية التي هي حاجة المرأة إلى زوج أمراً صعباً، كما أن البعد عنها وتركها مناف للإمساك بالمعروف، ومن هنا كان من حقها إن غاب عنها زوجها وحصل لها ضرراً أن تطلب الطلاق منه⁽⁴⁾.

وقد اختلف هؤلاء في نوع الغيبة ومدتها في التفريق حالاً وفي نوع الفرقة:

ففي رأي المالكية: لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم والتجارة أو بغير عذر، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد، وفي قول ثلاث سنوات، ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولاً وينذرهما إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوماً ويكون الطلاق بائناً، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق⁽⁵⁾.

وفي رأي الحنابلة: لا تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، وحد الغيبة ستة أشهر فأكثر، عملاً بتوقيت عمر رضي الله عنه الناس في مغازيهم، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه والفرقة تكون فسحاً لا طلاقاً، فلا تنقص من عدد الطلاقات، لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسحاً، ولا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة⁽⁶⁾.

(1)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 233.

(2)- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص ص 119-120.

(3)- المرجع نفسه، ص 120. انظر كذلك غسان عشا، المرجع السابق، ص 161.

(4)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 330.

(5)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص ص 282-283.

(6)- المرجع نفسه، ص 283.

استمد المشرع الجزائري الفقرة 5 من المادة (53) ق.أ.ج من رأي المالكية إلا أنه أضاف لغيبة الزوج بدون عذر النفقة أيضاً وألصقها بهذه الفقرة رغم أن المالكية يرون أن للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذ غاب عنها حتى ولو كان له مال تتفق منه⁽¹⁾، ويشترط في تحقيق هذا الأساس كحالة من حالات التطليق مايلي:

الشرط الأول: أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل، وتجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ولكن القانون لم يحدد ذلك، فيصبح اعتماد السنة الميلادية طالما أن العمل يجري بها يومياً وهي عادة التقييم الزمني وهذا موقف الإمام مالك الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاث سنوات⁽²⁾.

والمراد بغيبة الزوج هنا، غيبته عن زوجته بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهو من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر، لأن يكون هجراً قصد به إلحاق الضرر والأذى بالزوجة، وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع والضرر الناتج عن ذلك، وعليه فسبب الزوجة يتغير ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالتطليق الذي تطلبه الزوجة بناءً على الغيبة، بالإضافة إلى ما تقدم فإنه يتبين الحق في التطليق للزوجة غير المدخول بها ولو لم يختل بها الزوج لأن ضرر الغياب متوافر في حقها⁽³⁾.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1996/04/23 وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق مع التعويض، إذ تأخر الزوج عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها ويبرر التعويض...».

الشرط الثاني: أن تكون غيبة الزوج دون عذر شرعي وعقلي مقبول، وذلك كما لو سافر لمجرد السفر ولم يعد فيعتبر إنسان طائش ومهمل لعائلته ومتهرباً من واجباته، ومخلاً بالتزاماته⁽⁵⁾.

أما إذا كان غياب الزوج لسنة أو أكثر ويعذر مقبول من أجل الدراسة أو طلب العلم خارج الوطن أو لممارسة تجارة أو لكونه يعمل خارج أرض الوطن أو مجند بمكان بعيد، فإن ذلك لا يعد سبباً للتطليق ولا يسوغ للزوجة طلب التفريق بينهما، بحيث يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه⁽⁶⁾.

(1)-باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 45.

(2)-فضيل سعد، المرجع السابق، ص 293.

(3)-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص ص 122-123.

(4)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/23، ملف رقم 135435، م.ق، 1998، ع 01، ص 123.

(5)-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 297. انظر كذلك سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 205.

(6)-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 123.

وبالتالي فالقاضي عند عدم التأكد والتثبت من شرعية سبب الغياب، لا يمكن له أن يستجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة فأكثر فمصير طلبها الرفض، إذ المنطق والعادة والأخلاق تقرر أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة مع زوجها، فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها، وتصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها، وتحقق منفعة لأسرتها، وبالإضافة إلى ذلك فإن صبرها على غيابه يؤدي إلى تمتين روابط المودة والرحمة والتعاون بينهما فإن كان الزوج يسعى من أجل مصلحة الأسرة بالعمل والتجارة بعيداً، فيجب أن يكافأ على ذلك بالرحمة والمودة لا بطلب التطلق⁽¹⁾.

غير أن هذا لا يمنع من أن قانون الأسرة الجزائري قد جعل لزوجة المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التطلق، وإن كان له عذر في غيبته، بحيث لا اختيار له في هذا السجن، لأنه بارتكابه ما أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة، بل يجب أن يعامل بشدة وقسوة، لأن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية بفائدة، بل يكون سبباً في شقائها مستقبلاً⁽²⁾.

الشرط الثالث: وأخيراً يجب ولكي تتمكن الزوجة من طلب التطلق بسبب الغياب، أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها ما لا تنفقه على نفسها وعلى أولادها، أما إذا غاب لمدة سنة أو أكثر ولعذر مقبول شرعاً أو حتى بدون عذر مقبول وترك لها أموالاً تنفق منها على نفسها وأولادها فلا يجوز أن تطلب التطلق من القاضي.

مع الملاحظ أن حالة الغياب بدون ترك النفقة ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ويتأكد منها بجميع الطرق، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب والبلد الذي يوجد فيه والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات الإدارية والسياسية المحيطة به وما إذا كان التحويل النقدي ممكناً.

وعليه إذا كان عدم بلوغ الزوجة لما يرسله الزوج هو نتيجة خطأ مادي فيكون بذلك عذراً شرعياً ولو لم تحصل منه على النفقة خلال سنة، لأن ذلك ليس امتناعاً منه عن أداء واجبه وإنما حالت الظروف دون ذلك⁽³⁾. أما إذا كانت وضعيته حسنة وله مصادر في الداخل ولكن لم يترك للزوجة النفقة كان ذلك سبباً غير مشروع تستند إليه الزوجة لطلب التطلق للغياب بلا نفقة، والغيبه التي عنهاها المشرع هي ما نصت عليه المادة (110) ق.أ.ج: « الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ».

فتكون المادة قد وضعت الغائب والفقرة الخامسة من المادة (53) ق.أ.ج قد حددت شروط طلب التطلق للغياب على أن الطلب يكون مآله الرفض إذا لم تجتمع كلها، ذلك أن عدم اجتماعها لا يكون مبرراً كافياً لطلب التطلق بسبب الغياب المنصوص عليه في الفقرة الخامسة وإنما لسبب آخر⁽⁴⁾، فلو كان الغياب

(1)-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 123.

(2)-المرجع نفسه، ص 123.

(3)-فضيل سعد، المرجع السابق، ص ص 294-295.

(4)-المرجع نفسه، ص 295.

داخل الوطن وبدون نفقة فهذا التطبيق كما سبق الذكر يجب أن يؤسس على الضرر لا الغياب لعدم توفر شرط الغياب.

وهو ما اعتمده كذلك التشريعات المقارنة وإن أضافت بعض التفاصيل فيما يخص هذا الموضوع ومنها:

▪ المشرع المغربي الذي نص في المادة (104) م.أ.م على أنه: « إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن السنة أمكن للزوجة طلب التطبيق.

تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانتها بكل الوسائل.

تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطبيق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه.»

▪ المشرع التونسي الذي نص في المادة (43) الفقرات 7-8-9 ق.أ.ش.ت على أنه: « للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب التالية:

7- إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع، بعد إمهاله مدة ستون يوماً.

8- إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة.

9- إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتركمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ.

سادساً: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير والتي كانت إلى وقت قريب مرتبطة بفقرة الضرر المعتبر شرعاً، وكذا المادة (37) ق.أ.ج قبل التعديل والمتعلقة بعدم النفقة الشرعية والعدل بين الزوجات⁽¹⁾، ذلك أنه وبموجب تعديل 05-09 ارتقى بها المشرع الجزائري إلى مرتبة الفقرة المستقلة عن غيرها من الفقرات الأخرى ولاسيما فيما يتعلق بفقرة الضرر المعتبر شرعاً واعتبر مخالفتها سبباً كافياً ومطلقاً لطلب الزوجة التطبيق.

وبالرجوع إلى نص المادة (08) ق.أ.ج⁽²⁾: « يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

(1)-تنص المادة (37) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.»

أما بعد التعديل فنصها: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.»

(2)-تنص المادة (08) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطبيق في حالة عدم الرضا.»

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

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.»

من خلال استقراء نص المادة (08) المعدلة بموجب الأمر 05-09 يتضح مايلي⁽¹⁾:

1- الالتزام بحدود الشريعة الإسلامية في شأن تعدد الزوجات، وحدود الشريعة الإسلامية الاقتصار على أربع زوجات، والعدل بينهن، فإباحة التعدد في الشريعة الإسلامية مقيدة بالعدل بين الزوجات، والعدل هنا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر عليه، وهو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة مثل النفقة والمبيت وحسن المعاشرة.

2- عدم الإقدام على تعدد الزوجات إلا إذا وجد المبرر الشرعي له، وهذا المبرر يقدره القاضي الذي يرخص بالزواج الجديد.

3- إخبار الزوجة السابقة بالعزم على تعدد الزوجات وإخبار المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها.

4- تقديم طلب الترخيص بالزواج مبيئاً فيه المبرر الشرعي للتعدد وإخبار الزوجة السابقة به وإعلام المرأة المراد الزواج بها.

كل هذه الشروط تضمنتها المادة (08) ق.أ.ج، ومخالفتها أو مخالفة أحدها يجعل للزوجة الحق في طلب التظليق.

وما يمكن أن نتوج به هذه الفقرة ما جاءت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2009/02/11 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً بأن الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات، دليلاً على انعدام نية العدل يبرر طلب الزوجة المتضررة للتظليق.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ تبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعاً طبقاً للمادة (53) فقرة 10 ق.أ.ج، الأمر الذي يتعين معه تعويض المدعية، فضلاً أن الضرر لوقائع الدعوى من الأمور التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، وحيث أنه فيما يخص القانون الواجب التطبيق، فإن القانون القديم يوجب في مادته (08) ق.أ.ج وجوب موافقة الزوجة الأولى حتى يتسنى للزوج الاقتران بامرأة ثانية ومن ثم يكون ما يعنيه الطاعن بهذه الأوجه غير قائم على أساس يتعين رفضهما وتبعاً لذلك رفض الطعن.»

(1)- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 119. في تعدد الزوجات انظر كذلك محمد صلاح

الدين المستاوي، المرجع السابق، ص ص 404-408؛ العشي نواره، المرجع السابق، ص ص 177-181.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/02/11، ملف رقم 480240، م.ق، 2009، ع 01، ص 279.

سابعاً: ارتكاب فاحشة مبينة

يعتبر ارتكاب الفاحشة المبينة سبباً من أسباب التطليق التي يكاد ينفرد النص عليها في قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، وذلك دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية. والمقصود بالفاحشة هنا هو الخطأ المخل بالأداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف والضمير الاجتماعي. وقد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك وبالأنظمة إخلالاً كبيراً⁽¹⁾.

- كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾⁽²⁾.
- قوله تعالى: ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾⁽³⁾.
- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾⁽⁴⁾.

فكل هذه الآيات تنهى عن الفاحشة، وعليه فإذا تبين للزوجة أو ثبت لديها أن زوجها قد ارتكب فاحشة بهذا المعنى وأنها لم تعد تطيق العيش معه، فإنه يجوز لها إذا رغبت في انحلال العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بتطليقها من هذا الزوج، وما عليها بعد ذلك إلا أن تقدم للمحكمة من الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وجعل القاضي يقتنع بذلك⁽⁵⁾.

وفي هذا يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: " إذا أردنا أن نتوسع قليلاً في تفسير معنى الفاحشة فإنه بإمكاننا أن نقول أنها تشمل أيضاً شرب الخمر، وهو ما يسمح للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق كلما استطاعت أن تثبت بالدليل القوي أن زوجها يتمادى في شرب الخمر بشكل متكرر، وبصورة تدفعه إلى ارتكاب بعض الحماقات وإلى الإساءة إلى زوجته وأولاده، والإضرار بسمعة عائلته واقتصاد الأسرة وأمنها وراحتها أو تدفعه إلى التخلي كلياً أو جزئياً عن واجباته نحو زوجته وأولاده"⁽⁶⁾.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 305.

(2)- سورة الإسراء، الآية 32.

(3)- سورة الطلاق، الآية 01.

(4)- سورة النساء، الآية 22.

(5)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 275.

(6)- المرجع نفسه، ص 275.

ثامنا: الشقاق المستمر بين الزوجين

الأصل أن الحياة الزوجية تبنى على أساس المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَفِرُونَ ﴾ (1)، إلا أنه قد يطرأ النزاع بين الزوجين فتسوء العشرة الزوجية وتتحول إلى شقاق مستمر.

والمقصود بالشقاق بين الزوجين هو النزاع الشديد والشقاق الذي لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها لما ينشأ عن ذلك من مفاصد شتى، والقانون أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق على زوجها للشقاق إذا استمر بينها وبين زوجها، وذلك حماية لها ولأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده شقاق مستمر هذا فضلاً عن الإبقاء على الصلة بين علاقة أهل الزوجين (2)، ولقد انقسم الفقهاء حول مسألة التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين إلى رأيين:

الرأي الأول

يرى الحنفية والشافعية أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطلاق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها، فإن لم يمتثل عاقبه تعزيراً بحسب ما يراه كافياً لجزره حتى يمسكها بالمعروف، لكي لا يصل به ذلك إلى إيقاع الطلاق وحثهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ (3).

فبعث الحكمين هو للإصلاح، وليس لهما ولاية التفريق إلا بتفويض من الزوج وتوكيل من المرأة بقبول الخلع، فالضرر الحاصل للزوجة بسبب الشقاق المستمر مع زوجها يمكن تداركه وإزالته بتعزيز الزوج (4).

(1)-سورة الروم، الآية 21.

(2)-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 120-121.

(3)-سورة النساء، الآية 35.

(4)-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2010، ص 203.

الرأي الثاني

يرى المالكية، والحنابلة، أنه يجوز التطليق للشقاق أو الضرر منعاً للنزاع المستمر بين الزوجين وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً، وبناءً على ذلك ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت تعديه والضرر اللاحق بها وأثبتت صحة دعواها كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها هذا إن اختارت البقاء معه⁽¹⁾. أما إذا لم ترض البقاء معه وطالبت بالتطليق طلق القاضي بينهما، وإذا ادعت الضرر وعجزت عن إثباته رفضت دعواها، فإن كررت الإدعاء والشكوى عين لها القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك فأكثر المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزون تطليقها دون عوض، ومستندهم في ذلك الآية السابقة واعتبارهم الحكمين كالسلطان في التفريق أو الجمع، ولأن النكاح إنما شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما والإبقاء على الزوجية مع التعنت وإساءة العشرة مجلبة لأضرار كثيرة، والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، وطريق إزالته أن يقوم القاضي بالتفريق بينهما⁽²⁾.

فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعاً، ويثبت بالبينة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضار بزوجته، كما يثبت أيضاً بالإقرار ومنهم من يعتمد على قرائن الأحوال.

وفي هذا يقول الخرخشي: " إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بئنة.... ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضرباً مؤلماً"⁽³⁾.

وبرأي المالكية أخذ المشرع الجزائري بجواز طلب التطليق عند قيام الشقاق المستمر بين الزوج وزوجته وذلك استناداً إلى الفقرة 7 من المادة (53) ق.أ.ج.

هذا وقد نصت المادة (56) ق.أ.ج على أنه: « إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين «.

وعليه ومهما يكن من أمر فالشقاق المعتبر كأساس للمطالبة بالتطليق استناداً إلى الفقرة 7 من المادة (53) ق.أ.ج هذه الأخيرة التي استحدثت بموجب الأمر 05-09 هو الشقاق الناتج عن الخلاق الدائم ويستحيل

(1)- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 203.

(2)- المرجع نفسه، ص 204.

(3)- محمد خرشي أبو عبد الله، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر المحمية - القاهرة -، ج 04، 1317 هـ، ص 09.

معه التوفيق بين الزوجين وأن هذا الشقاق أو الخصام طالت مدته وأصبح يؤثر على الحياة الزوجية بطريقة تجعل استمرارها أمرًا مستحيلًا⁽¹⁾.

مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 وجاء فيه⁽²⁾: « من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لاستئصال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررًا شرعيًا.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون «.

وفي معرض تأسيسه عن الأوجه أكدت المحكمة العليا: « أنه ثابت أن الزوج حكم عليه بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، وأن الخصام طال مدته بين الزوجين فلم يبق سوى الحكم بالطلاق «.

وفي تأسيس لوجه آخر أكد القرار أيضًا: « لكن وحيث أن الطلاق لطول مدة الخصام بين الزوجين يعد ضررًا، وأنه ثابت أن المسؤول عن ذلك هو الزوج لعدم امتثاله للقضاء وتوفير مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الضرر لاحق بالزوجة مما استحققت عنه التعويض «.

فالقرار إذن اعتبر أن طول الخصام بين الزوجين والثابت بموجب أحكام قضائية سابقة ألزمت الزوج بتوفير مسكن منفرد وعدم تنفيذ، لما جعل من الخصام طويل الأمد ومعه تعين اعتبار الزوجة متضررة جراء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسًا.

الاجتهاد هذا حظي بعناية المشرع وارتقى به لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة (53) المعدلة الفقرة الثامنة وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعًا⁽³⁾، حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه طلاقًا بائنًا، فالإبقاء على الزوجية مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار⁽⁴⁾، وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتطليق، أما إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة

(1) - دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 60.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 129.

(3) - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 51.

(4) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 302.

حكيم للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكيم أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع، وبيدلاً جهدهما في أجل شهرين، وذلك استناداً إلى نص المادة (56) ق.أ.ج السالفة الذكر.

فعلى الحكيم أن يتعرفا على أسباب الشقاق، والتحقق من وجود الضرر، وأن يبذلا جهدهما في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، وأن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، وعلى القاضي أن ينظر في القضية، وفي حالة عجز الحكيم وثبوت الضرر حكم القاضي بتطليقها منه.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1996/09/24 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون ».

تاسعاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطاً تكون فيها فائدة ما دام لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً، وما دامت لا تنافي أو تناقض مقاصد عقد الزواج⁽²⁾، فإذا تضمن العقد شرطاً من هذه الشروط وكان الشرط لصالح الزوجة، فهل يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق في حال مخالفة الزوج لهذه الشروط؟

اختلفت الآراء الفقهية في نظرهم للشروط بين مضيق وموسع، فالظاهرية لم يعتمدوا الشروط إلا ما نص عليه شرعاً، أما جمهور الفقهاء أجازوا على الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد ولا تنافيه وإلا فيبطل الشرط ويصح العقد⁽³⁾.

أما الحنابلة وبعض المالكية فقد توسعوا في دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشارع الحكيم وهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة، فأما غير الصحيحة فهي تلك التي ورد النهي عنها كاشتراطها أن يطلق امرأته الأولى أي تطليق الضرة أو أن تشتترط أن لا يستمتع بها، ففي هذه الحالات يبقى عقد النكاح صحيحاً، وتبطل هذه الشروط، لأنها شروط تنافي مقتضى العقد، ومن المعلوم أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد تبطل وحدها مع بقاء عقد النكاح صحيحاً.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/09/24، ملف رقم 139393، م.ق، 1997، ع 02، ص 96.

(2)- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

(3)- فجمهور الفقهاء يرون صحة العقد، وبطلان هذه الشروط، لأنها تنافي مقتضى العقد، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع، وذلك لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد فلا يضر الجهل به، فلم يبطله، كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد، كالعناق، أما بعض المالكية فيرون هذا النوع من الشروط لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح، وذلك لأنه سيفسد به النكاح إن شرط فيه، ثم اختلفوا في ذلك، فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وقيل يفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل ويسقط الشرط. انظر أحمد شامي، المرجع السابق، ص 209.

أما الشروط الصحيحة فهي التي فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد النهي عنها، ومنها ألا يسافر بها إلى مكان لا تريده أو ألا يتزوج عليها، وهذه الشروط واجبة الوفاء بها، فإذا لم يتحقق الوفاء بها فات رضاه بالعقد والرضا أمر لا بد منه في عقد النكاح، ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بلزوم الشرط " **إن تطلقها** " فلم يلتفت عمر إلى قوله هذا، بل قال: " **مقاطع الحقوق عند الشروط** " ولأنه شرط لازم في العقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به، كشرط تقديم الرهن والكفيل بالثمن في عقد البيع أي أنه يحق للطرف المتضرر فسخ النكاح، فإما أن يكون الطرف المتضرر هو الزوج فيقوم بفسخ النكاح عن طريق الطلاق، وإما أن يكون الطرف المتضرر هي الزوجة فتقوم هي بطلب التطلق، وذلك لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد النكاح⁽¹⁾.

أما الحنفية فيرون أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، ولم يتحقق مضمون الشرط، لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد، وذلك بأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو أن لا ينتقل بها من دارها، ثم لم يف الزوج بهذه الشروط، لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح من أجل فوات الشرط، وكذلك لو شرط الزوج في المرأة أن تكون بكرًا أو جميلة، ثم ظهرت على خلاف ذلك، لم يكن للزوج الخيار في فسخ عقد النكاح، ومن ثم فإن إبطال الشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه إلغاء الشرط وبقاء العقد صحيحًا⁽²⁾.

أما الشافعية فيفرقون بين ما إذا كانت الشروط التي تنافي مقتضى عقد النكاح لا تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو لا يسافر بها، فهنا لا تأثر هذه الشروط على عقد النكاح، فيبقى العقد صحيحًا ويبطل الشرط وحده، لأن فساد العوض لا يؤثر فيه، ففساد الشرط أولى، وبين ما إذا كانت هذه الشروط تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشترط عليه أن لا يطأها أو شرط أن لا يقسم لها أو لا ينفق عليها، فإن العقد يبطل، لأنه ينافي مقتضى عقد النكاح ومقصوده⁽³⁾.

أما المالكية فيرون أن هذا النوع من الشروط مكروه، وهو المشهور عند المالكية، لكنه لا يفسد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده، لأنه لا يخالف مقتضى العقد، وذلك لأنه يمكن للزوج أن يوفي به وله أن لا يوفي به⁽⁴⁾.

وفي الأخير يمكن القول أن الفقهاء اتفقوا جميعًا على أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلحق بأصل العقد ولا أثر عليه ويجب الوفاء به، وإذا أخل أحد الزوجين بهذا الشرط جاز له طلب التطلق لمخالفة هذا الشرط.

(1)- ابن قدامة المقدسي (المغني)، المرجع السابق، كتاب النكاح، فصل حكم من زوج حمل المرأة، ص 1628. انظر كذلك أحمد شامي، المرجع السابق، ص 210.

(2)- وذلك لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا بالعقد، وفوات الرضا بالعقد لا أثر له في عقد النكاح، ولهذا لا يصح النكاح ويكون لازمًا، ومن هنا فإن الحنفية يرون أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة. انظر المرجع نفسه، ص 211.

(3)- المرجع نفسه، ص 211.

(4)- المرجع نفسه، ص 211.

كما اتفقوا على صحة العقد وبطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، إلا أنهم اختلفوا في مدى تأثير العقد بالشروط التي ليست من مقتضاته ومقاصده⁽¹⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري فإن المشرع الجزائري اعتبر مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سبباً من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، وهذا استناداً إلى الفقرة 9 من المادة (53) ق.أ.ج هذه الأخيرة التي استحدثت بموجب الأمر 05-09 ومصدرها في الأساس المادة (19) ق.أ.ج⁽²⁾، والتي تنص على أنه: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ».

الواضح أن المشرع الجزائري لم يأت بجديد يذكر قياساً بالمادة (19) القديمة إلا أنه أراد توضيح هذه الشروط التي يمكن أن تكون محل إبرام العقد، وأعطى مثالين كشرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة.

في الواقع أن ما أورده المادة المعدلة في إيضاح للشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية، والعبارة الأخيرة (كل الشروط الضرورية) لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة.

ويبدو أن المشرع بذكره لهذين الشرطين على سبيل المثال إنما لا اعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي ومرد كل علاقة زوجية فاشلة.

والجديد الذي جاءت به المادة (19) ق.أ.ج هو إمكانية إبرام عقد رسمي أمام ضابط عمومي (الموثق) لسن هذه الشروط ولو كان الأمر لاحقاً عن عقد الزواج، ولو كانت الزوجية قائمة فعلياً، وفي ذلك ضمان آخر يُمنح للزوجة قصد إعطائها فيما بعد الأحقية في طلب التطليق على أساس مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

(1)-فالحنفية والمالكية يرون أن هذه الشروط غير صحيحة، ولا تثبت لشارطها الخيار في فسخ العقد عند عدم الوفاء بها، أما العقد فيبقى صحيحاً، سواء اشترطت هذه الشروط قبل الدخول أو بعده، أما الشافعية فيفرون بين ما إذا كانت هذه الشروط لا تخل بمقصود العقد أو تخل بمقصوده، فإن كانت لا تخل بمقصوده، فإنها لا تؤثر في العقد، ويكون العقد صحيحاً، وإن أخلت بمقصوده الأصلي فإنه يؤثر فيه، ويبطل النكاح.

أما الحنابلة فيرون أن الشروط الصحيحة تثبت لصاحبها الحق في فسخ العقد عند الإخلال بها، لأن صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط، فإذا لم يتحقق الوفاء به فات رضاه بالعقد، وفي حالة الشروط المنافية لمقتضى عقد النكاح فإنه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً. انظر أحمد شامي، المرجع السابق، ص 212.

(2)-تنص المادة (19) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون ».

وأبقت المادة المعدلة عن بطلان أي شرط يتعارض مع القانون المستمد أساساً من الشريعة الإسلامية فإذا ما تم الاتفاق على شرط يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وصيرورته عد باطلاً بطلاناً مطلقاً كون المسألة متعلقة بالنظام العام.

غير أنه ما يؤخذ على هذا التعديل أنه كان غير دقيق في محاولة الربط والانسجام بين المادة (19) ق.أ.ج وكذا الفقرة المستحدثة في المادة (53) ق.أ.ج المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها، فالمادة (19) ق.أ.ج تحدثت عن الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي وليس عرفياً أي أمام ضابط عمومي هو الموثق، وذلك في حالة ما إذا أصبح الزواج مستهلكاً والزوجية قائمة فعلياً.

فالمسألة اختيارية في هذه المادة إما أن الشروط يتم الاتفاق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة (53) من نفس القانون وفي الفقرة التاسعة التي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة أو في العقد الرسمي اللاحق.

فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟ أم يعزف عن ذلك تطبيقاً لمبدأ حرفية النص التي تقضي الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق؟

الاستدراك قد يحصل بموجب اجتهاد قضائي مستقبلي بمناسبة تطبيق هذه الفقرة، وقد يؤكد على أن سقوط عبارة " **العقد الرسمي اللاحق** " كان لمجرد السهو اعتماداً على مبدأ روح القانون المتجه غرضه نحو إعطاء أكثر فرص للزوجة في التخلص من زوجية سببت لها الكثير من الضرر، لكن ذلك لا يمنع من القول أن نقص الانسجام الحاصل بين المادة (19) والفقرة التاسعة من المادة (53) التي يعود في الأساس لغياب الدقة المطلوبة⁽¹⁾.

عاشراً: كل ضرر معتبر شرعاً

أجاز الشرع الإسلامي للزوجة طلب التطلاق للضرر الذي قد يصيبها من زوجها وذلك لقوله تعالى:

﴿ وَلَا تُسْكَوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾⁽²⁾.

والمقصود بالضرر هنا هو التضييق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي فقد تتضرر إحدى الزوجات من ظلم زوجها لكونه أهملها بسبب هذا أو أنه أضر بها بشكل من الأشكال حتى وإن كانت هي الزوجة الوحيدة لديه، ولذلك أجاز العديد من الفقهاء خصوصاً فقهاء المالكية للزوجة أن تطلب التطلاق للضرر⁽³⁾.

(1)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 51-53.

(2)- سورة البقرة، الآية 231.

(3)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 207.

وفي اتجاه المالكية سار المشرع الجزائري وأعطى للزوجة الحق في طلب التطلاق استناداً إلى الفقرة 10 من المادة (53) ق.أ.ج التي أبقى عليها بموجب الأمر 05-09 دون تحديده لضرر معين، وفي ذلك توسيع منه لمفهوم الضرر الشرعي مهما كان حجمه صغيراً أو كبيراً، ومنه المقابل اتساع لحظوظ الزوجة في التطلاق تأسيساً على كل ضرر ولو كان سبباً أو إهانة⁽¹⁾.

وحسناً ما فعل المشرع الجزائري في هذه النقطة لأن الأضرار متعددة ومتنوعة وبصعب حصرها ومع ذلك تبقى مسألة تقدير الضرر من عدمه خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في دعوى التطلاق.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 18/05/1999 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرر الذي تعرضت إليه من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن ».

الفرع الثاني

القيود الواردة على حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

لقد راعى الشارع الحكيم الطلاق مع كونه مبغوضاً علاجاً للخلافات الزوجية حين لا ينفع معها علاج سواه، ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك الطلاق، بل فتحت لها منافذ تنفذ بها إلى حياة الراحة من زوجية بائسة شقية، فيسر لها إلى جانب التطلاق لأسباب معينة سبق وأن تم ذكرها، أن تقدم لزوجها من مالها ما تخلص به نفسها منه حينما لا تطيقه بغضاً دون إيذاء أو ضرر، وهذا ما يطلق عليه بالمخالعة أو الخلع⁽³⁾.

ولكن إذا قلنا بمشروعية الخلع كحق أصيل للزوجة فهو ليس على إطلاقه وإنما هو الآخر مقيد بقيود وضوابط معينة هي على النحو التالي:

أولاً: أن يكون الخلع لحاجة

اعلم أن الله سبحانه وتعالى، إنما شرع الخلع للحاجة، ذلك لأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره زوجته أن يطلقها باعتباره المنفق والممتع والذي يدفع المهر وأنه المفضل بتفضيل الله له، جعل الخلع والافتداء للمرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه، بأن تدفع له مقدار معيناً من المال مقابل الفرقة، كتعويض له عما

(1)- دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 62.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 18/05/1999، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 126.

(3)- تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء، المرجع السابق، ص 09.

قدمه لها وما سيقدمه للثانية، وإنما يدفع ذلك ابتغاء العيش معه ولما تعذر ذلك كان لها أن تختلع⁽¹⁾.

ومن هنا فليس للمرأة أن تطلب ذلك من غير سبب أو سبب تافه، لأن الشارع الحكيم شدد في الوعيد لمن تفعل ذلك، فعن عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ]⁽²⁾.

وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أَنَّهُ قَالَ: [أَيُّمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرِحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ]⁽³⁾.

وعن أبي قلابة عن حدثه عن ثوبان أن رسول الله " صلى الله عليه وسلم " قال: [أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ لَمْ تَجِدْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ أَوْ قَالَ: حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهَا أَنْ تَجِدَ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ]⁽⁴⁾.

وفي نساء السلف القدوة الحسنة في هذا، يروى أن امرأة جاءت إلى الحسن قالت: [يَا أَبَا سَعِيدٍ لَا وَاللَّهِ مَا خَلَقَ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضُ إِلَيَّ مِنْ زَوْجِي، وَإِنَّهُ لِيُخَيِّلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ مَا فِي الْأَرْضِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْهُ فَهَلْ تَأْمُرُنِي أَنْ أَخْتَلِعَ؟ فَقَالَ الْحَسَنُ: كُنَّا نَتَحَدَّثُ أَنَّ الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ، قَالَ: فَضَرَبْتُ رَأْسَهَا بِيَدِهَا فَقَالَتْ: إِذَا أَصْبِرُ عَلَى بَرَكَةِ اللَّهِ تَعَالَى، فَقَالَ الْحَسَنُ يَرْحَمُهَا اللَّهُ مَا كُنْتُ أَرَى أَنْ تَفْعَلَ]⁽⁵⁾.

إذن فالخلع والافتداء مقيد بهذه الضوابط بأن تكون المرأة تكره زوجها لخلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه بعوض⁽⁶⁾، وأما إن كان بغير سبب أو سبب لكن دون أن تخاف من مضيعة حقوق زوجها، فيكفي في الانتهاء عنه والابتعاد عنه ما ورد من وعيد فيما ذكر من أحاديث، وتقوى الله سلاح المؤمن⁽⁷⁾.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد نص في المادة (54) ق.أ.ج على أنه: « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالعه بنفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ».

(1)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص ص 267-268.

(2)- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى (سنن الترميذي)، المرجع السابق، باب ما جاء في المختلعات، ص 484.

(3)- المرجع نفسه، ص 484.

(4)- أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، كتاب الطلاق، باب ما يقال في المختلعة والتي تسأل في الطلاق، ط2، المكتب الإسلامي، لبنان، ج 06، 1983، ص 515.

(5)- المرجع نفسه، ص 514.

(6)- ابن قدامة المقدسي (المغني)، المرجع السابق، كتاب الخلع، ص 1748.

(7)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 268.

فالمشرع الجزائري بموجب المادة (54) ق.أ.ج نص فقط على إمكانية الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته، وفي حال عدم الاتفاق على مقدار البدل يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، فهو لم يبين الحالات التي يجوز للمرأة أن تختلع فيها، وقد سبق وأن بينا أن الفقه الإسلامي قد حدد ذلك بأن تكره المرأة زوجها في خلقه أو خلقه أو دينه ونحو ذلك مما تخشى معه عدم تأديتها لزوجها حقه وعندها يجوز لها أن تختالعه.

وهذا التقييد مؤداه إلى التقليل من حالات الفرقة بين الزوجين التي يقصد إليها الشارع الحكيم وصحيح أن هذا التقييد يكون بأمر خفية إلا أنه بتدخل القاضي للإصلاح قد يقلل من حالات الخلع، وربما رجعت كثير من النساء عن رأيهن إذا علمن أن المختلعات هن المناقات، كما حدث مع المرأة التي جاءت إلى الحسن ورجعت عن المطالبة بالخلع وصبرت مع زوجها.

ثانياً: دفع المقابل المالي

أو ما يطلق عليه ببديل الخلع، فكل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون بدلاً للخلع من مال أو ما في حكمه وفي هذا اتفاق بين الفقهاء، أما إذا كان البدل حراماً أو مجهولاً (كالخنزير أو الخمر أو كالتمر قبل بدو صلاحها)، فإنها جميعاً لا تصح في البيع للحرمة أو للجهالة، ومع ذلك اختلف الفقهاء في كونها بدلاً للخلع على النحو التالي:

- الظاهرية والشيعة الإمامية وأبو بكر من فقهاء الحنابلة ذهبوا إلى عدم جوازه وأنه عقد باطل⁽¹⁾.
- وذهب الجمهور إلى جوازه واختلفوا فيما يلزم كبديل على النحو التالي:

ذهب الأحناف: إلى أنه كل ما لا يصح مهراً لحرمة كالخنزير والخمر لا يصح بدلاً للخلع، وتقع الفرقة بينهما ولا شيء على المرأة، وهو قول لدى الشيعة.

جاء في فتح القدير: " وإن بطل الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة "⁽²⁾.

وذهب المالكية: إلى أنه إن كان العوض خمرًا أو خنزيرًا بطل العوض وبانت منه، وإذا كان البدل مجهولاً جاز الخلع ولزم العوض.....جاء في المدونة: " لأن مالكاً قال في كل صفقة وقعت بالصلح فيها حلال وحرام، وأن الخلع جائز والحلال منها يثبت والحرام باطل "⁽³⁾.
وذهب الشافعية: إلى أنه يثبت له مهر المثل⁽⁴⁾.

(1)-ابن قدامة المقدسي(المغني)، المرجع السابق، فصل إن خالعه على محرم يعلمان تحريمه، ص 1758.

(2)-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي(شرح فتح القدير)، المرجع السابق، ص 205.

(3)-انظر المصري المبروك، المرجع السابق، ص 272. انظر كذلك ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 85.

(4)-المرجع نفسه، ص 85.

أما الحنابلة: فيصح الخلع - عندهم - على عوض مجهول في ظاهر المذهب وقيل لا يصح، وإذا لم يستحق شيئاً من العوض المسمى كان كالخلع بغير عوض⁽¹⁾.

والأحسن لهذا المذهب الحنبلي لو أنه قال لا يقع الطلاق لفساد التسمية أو قال يقع الطلاق، ولا يلزم هذا البديل بعينه بل ترد إليه ما أخذت من مهر لكان أقرب إلى ما ذهبوا إليه⁽²⁾.

والحقيقة أن الفرقة هنا مقابل بدل، ولولا البديل لما قبل الزوج الفراق، وعليه يكون رأي الشافعية في هذا أولى والذي يقضي بلزومها بمهر المثل⁽³⁾.

وعليه فالأصل في الخلع أن المرأة تدفع بدلاً لزوجها كتعويض له عن الطلاق غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل بإمكان الزوج مطالبة الزوجة في الخلع بأكثر مما أعطاه؟ وهل له الحق في مقابل الخلع إذا أضر بالزوجة؟

الرأي الأول

قال به الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة والحنابلة والأوزاعي والثوري والظاهرية، على أن البديل في الخلع غير مقدر، وعلى ذلك قالوا إنه يجوز البديل بأكثر مما أعطاه من المهر أو بأقل أو مساوياً للمهر⁽⁴⁾ واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁵⁾.

وقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد، إذا كان النشوز من طرف الزوجة حل له أن يأخذ منها ما أعطاه ولا يزيد، وإن كان النشوز من طرف الزوج لم يحل له أن يأخذ منها شيئاً، فإن فعل جاز في القضاء، وذكر أن القاسم بن مالك أجاز للرجل أن يأخذ منها في الخلع أكثر مما أعطاه ويحل له، وإن كان النشوز من قبل الزوج، حل له أن يأخذ مما أعطته على الخلع، إذا رضيت بذلك بشرط ما لم يكن في ذلك ضرر منه لها.

وقال الثوري: إذا كان الخلع من قبلها فلا بأس أن يأخذ منها شيئاً زيادة على المهر، وإذا كان من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً⁽⁶⁾.

وقال مالك رحمه الله: إن أخذ الزيادة ليس من مكارم الأخلاق، وقال ميمون بن مهران: من أخذ أكثر مما أعطى لم يسرح بإحسان وقد قال الله تعالى: ﴿فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁷⁾.

(1)- انظر المصري المبروك، المرجع السابق، ص 272. انظر كذلك ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 86.

(2)- المرجع نفسه، ص 86.

(3)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 272.

(4)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 72.

(5)- سورة البقرة، الآية 229.

(6)- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 72.

(7)- سورة البقرة، الآية 229.

وإباحة أخذ الزيادة تغري الأزواج بالعضل⁽¹⁾، قال تعالى في سورة النساء: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾⁽²⁾.

وجه الاستدلال: أنه لا يصح الإضرار بالزوجة لتترك صداقها كله أو بعضه أو حقًا من حقوقها على الرجل لقهره وإضراره بها⁽³⁾.

وقال بعض الحنفية: إن الخلع يجوز بحكم الزوجة أو الزوج أو حكم الأجنبي فإن كان الخلع على حكم الزوج، فإن حكم بمقدار المهر أو أقل، أجبرت على التسليم إلى الزوج، لأنه حكم بالمستحق أو حط بعضه وهو يملك حط بعضه لكونه حقًا له، وإن حكم بأكثر من المهر لم يلزمها الزيادة، لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بال عقد فلا يصح إلا برضاها.

وأما إذا كان الحكم إليها، فإن حكمت بمهر المثل أو أكثر جاز وأجبر الزوج على القبول، لأنها قضت بالمستحق أو زادت عليه وهي تملك إيفاء الزيادة، وإن حكمت بأقل من المهر لم يجز إلا برضاء الزوج، لأنها وضعت بعض ما عليها حقًا للزوج، وهي لا تملك وضع حق الغير.

وأما إذا كان الحكم إلى أجنبي فإذا حكم بمهر المثل جاز، وإن حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة إلا برضاء المرأة، ولا يجوز النقصان إلا برضاء الزوج، لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق واحد منهما⁽⁴⁾.

الرأي الثاني

الإباضية والزيدية والزهرية وبه قال إسحاق وأحمد أنه يجوز أخذ البدل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به ولا يجوز أكثر من ذلك، لأن الزيادة لا وجهة لها، وإذا أخذ زيادة عن مهرها صح مع الكراهية، وهذا ما قاله البعض من الحنابلة⁽⁵⁾، واستدلوا على ذلك بدليلين:

• القرآن الكريم

▪ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽⁶⁾.

(1)-**العضل:** يعني المنع والإضرار بالزوجة. انظر مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 622-623.

(2)-سورة النساء، الآية 19.

(3)-منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 73.

(4)-المرجع نفسه، ص 73.

(5)-المرجع نفسه، ص 73.

(6)-البقرة، الآية 229.

فالأية الكريمة تدل على جواز أخذ الزوج البديل في الخلع بالمقدار الذي أعطاه مهرًا لها، فإن أخذ منها زيادة على ما آتاها فقد خالف ما جاء في الكتاب العزيز.

• السنة النبوية الشريفة

▪ حديث ابن عباس أنه " صلى الله عليه وسلم " قال لامرأة ثابت بن قيس: [أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ] قالت: نعم وأزیده فأمره رسول الله " صلى الله عليه وسلم " أن يأخذ حديثه ولا يزيد⁽¹⁾.
وعليه فالظاهر والأرجح ما أخذ به الفريق الأول بجواز البديل بأكثر أو أقل أو مساويًا للمهر، وعلى ذلك يجوز أن يكون بدل الخلع على مايلي:

1- الخلع على نفقة الزوجة: يصح أن يكون الخلع على بدل هو نفقة الزوجة سواء كانت النفقة ماضية - أي مستحقة للزوجة قبل زوجها - قبل الخلع أو كانت النفقة بعده⁽²⁾.

يقول الكاساني في بدائعه: " إذا خالغ الزوج زوجته على نفقة عدتها منه صح الخلع "⁽³⁾، وصاحب المبسوط له في ذلك تفصيل: " إذا كان الزوج قد اشترط في الخلع براءة ذمته من النفقة فهو برئ منها، لأن الزوجة أسقطت حقها، ووجوب النفقة لها في العدة باعتبار حال الفرقة، حتى إذا كانت ممن لا تستحق النفقة عند ذلك، لا تستحقه من بعد فيصح إسقاطها، ولكن في ضمن الخلع تبعًا له، حتى لو أسقطت نفقتها بعد الخلع بإبراء الزوج عنها لا يصح، لأنها مقصودة بالإسقاط، فلا يكون الإسقاط إلا بعد وجوبها، وهي تجب شيئًا فشيئًا بحسب المدة "⁽⁴⁾.

أما الكاساني فيقول: " وأما نفقة العدة فلأنها لم تكن واجبة قبل الخلع، فلا يتصور إسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية، لأنها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع إسقاطًا بعد الوجوب فصح، ولو خالغها على نفقة العدة صح الخلع ولا تجب النفقة، ولو أبرأت الزوج من النفقة حال قيام النكاح لا يصح الإبراء، وتجب النفقة، لأن النفقة في النكاح تجب شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان يومًا فيومًا، فكان الإبراء عنها إبراء قبل الوجوب فلم يصح.

أما نفقة العدة، فإنما تجب عند الخلع، فكان الخلع على النفقة مانعًا من وجوبها "⁽⁵⁾.

2- الخلع على حق السكن: يقول الكاساني: " لو خالغ الزوج زوجته على نفقة عدتها صح الخلع ولا يصح على السكن، لأن السكن يجب حقًا لله تعالى، فهو القائل عزوجل: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ

(1)- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني(سنن ابن ماجه)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاهما، ص 662.

(2)- أحمد نصر الجندي، من الفرق الزوجية، المرجع السابق، ص 79.

(3)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، المرجع السابق، فصل في حكم الخلع، ص 327.

(4)- شمس الدين السرخسي(المبسوط)، المرجع السابق، باب النكاح في العقود المنقرقة، ص 172.

(5)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، المرجع السابق، ص 327.

وَلَا تَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ ﴿١﴾، غير أنه إذا كان الخلع على مؤونة السكن صح الخلع " (2).

وصاحب المبسوط يقول: " ولا يصح إبرؤها عن السكن في الخلع لأن خروجها من بيت الزوجية معصية، قالوا ولو أبرأته عن مؤونة السكن بأن سكنت في بيت نفسها، أو التزمت مؤونة السكن من مالها صح ذلك شرطاً في الخلع لأنه حق خالص " (3).

3- الخلع على إرضاع الصغير: يصح الخلع على التزام الزوجة بإرضاع ولدها من الزوج فإذا تراضيا على ذلك وتم الإيجاب والقبول عليه صحت المخالعة، وعليها أن ترضعه المدة التي اتفقا عليها.

قال الكساني: " ولو خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع، وعليها أن ترضعه سنتين فإن مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقي، لأن الرضاع مما يصح الاستئجار عليه، قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَوَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ (4)، فيصح أن يجعل جعلاً في الخلع، وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل التسليم، فيرجع إلى قيمته " (5).

وأما إذا اتفقا على الإرضاع ولم يذكر المدة فإن المرأة تلتزم أن ترضعه المدة التي حددها الشرع، أما إذا انقطعت عن إرضاع الطفل لأحد الأسباب التالية:

- امتناعها عن إرضاعها دون سبب.
- موت الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة المتفق عليها أو المدة المحددة شرعاً.
- موت المرأة قبل انتهاء مدة الرضاعة.

ففي أية حالة لا تتم المرأة الرضاعة، فإن للرجل أن يرجع على المرأة بما يعادل أجره الرضاع عن المدة المتبقية أو يرجع على ورثتها بقيمة الجزء المتبقي من الرضاعة، إلا إذا كانت قد اشترطت عليه أنه إذا ماتت هي أو مات الطفل فلا يلحقها بشيء، ففي مثل هذه الحالات لا يطالبها إن مات الطفل، ولا يطالب ورثتها إن ماتت هي (6).

4- الخلع على نفقة الصغير: أجاز الأحناف الخلع على بدل هو نفقة الصغير وحضانتها وإمساكه، لأن اشتراط كل هذا بدلاً للخلع لا يؤثر على حقوق الصغير، غير أن الأحناف اشترطوا أن تكون الزوجة المخالعة قادرة على

(1)-سورة الطلاق، الآية 01.

(2)-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، المرجع السابق، ص 327.

(3)-شمس الدين السرخسي(المبسوط)، المرجع السابق، ص 173.

(4)-سورة الطلاق، الآية 06.

(5)-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، المرجع السابق، فصل فيما يرجع إلى المرأة في الطلاق، ص 322.

(6)-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 311.

الإِنْفَاقُ حَتَّى لَا يَضِيعَ عِنْدَهَا، وَمُؤَدَى هَذَا جَوَازُ الْخَلْعِ عَلَى نَفَقَةِ هِيَ لِلصَّغِيرِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَ بَعْدَ الْخَلْعِ - وَفِي مَدَّةِ الْإِنْفَاقِ عَلَى الصَّغِيرِ - أَنَّ الزَّوْجَةَ مَعْسُورَةٌ، بِمَعْنَى أَنَّهَا غَيْرُ قَادِرَةٌ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ جَازَ لَهَا أَنْ تَطْلُبَ مِنَ الزَّوْجِ الْإِنْفَاقَ عَلَى صَغِيرِهِ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ الزَّوْجُ الْمَخَالِعَ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ، وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الزَّوْجَةِ الْمَخَالِعَةَ بِمَا أَنْفَقَ عِنْدَ يَسَارِهَا، لِأَنَّ النَّفَقَةَ حَقُّ الْوَلَدِ وَهِيَ وَاجِبَةٌ أَصْلًا عَلَى الْأَبِّ، وَقَدْ انْتَقَلَ هَذَا الْوَجُوبُ إِلَى الْأُمِّ كِبَلًا لِلْخَلْعِ، وَهِيَ فِي حَالَةِ عَجْزِهَا عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَى الصَّغِيرِ - أَيِ عِنْدَ الْقِيَامِ بِالْوَاجِبِ الَّذِي التَّزَمْتَهُ - وَجِبَ الْأَبُّ أَنْ يَفْعَلَ مَقَامَهَا إِحْيَاءً لِلْوَلَدِ وَصِيَانَةً لَهُ عِنْدَ الْهَلَاكِ (1).

يَقُولُ الْأَحْنَفُ إِنْ الْمَرْأَةَ إِذَا اخْتَلَعَتْ مَعَ زَوْجِهَا عَلَى مَهْرٍهَا وَنَفَقَةٍ عَدْتَهَا، وَعَلَى أَنْ تَمْسُكَ وَلَدَهَا مِنْهُ ثَلَاثَ سِنَوَاتٍ أَوْ عَشْرَ بِنَفَقَتِهَا صَحَّ الْخَلْعُ وَتَجْبِرُ عَلَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الْبَدَلُ مَجْهُولًا، فَإِنْ تَرَكْتَ الْوَلَدَ عَلَى زَوْجِهَا وَهَرَبْتَ فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ قِيَمَةَ النَّفَقَةِ مِنْهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ اخْتَلَعْتَ الْمَرْأَةَ مَعَ زَوْجِهَا عَلَى أَنْ تَمْسُكَ الْوَلَدَ إِلَى وَقْتِ الْبُلُوغِ صَحَّ الْخَلْعُ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْوَلَدُ أَنْثَى، أَمَا إِذَا كَانَ ذَكَرًا فَلَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الْإِبْنَ بِحَاجَةِ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ الرِّجَالِ وَالتَّخَلُّقِ بِأَخْلَاقِهِمْ، فَإِنْ طَالَ مَكْتَبُهُ مَعَ الْأُمِّ تَخَلَّقَ بِأَخْلَاقِ النِّسَاءِ، وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ مَا لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ (2).

يَقُولُ الْمَالِكِيُّ بِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْعَوْضُ فِي الْخَلْعِ تَعَهْدُ الْمَخْتَلَعَةِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا مَدَّةَ الرِّضَاعِ أَوْ أَكْثَرَ (3).

يَقُولُ الدَّرَدِيرِيُّ: " وَجَازَ الْخَلْعَ بِنَفَقَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا مَدَّةَ حَمْلِهَا، بِالْإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا مِنْهُ أَوْ تَلَدَهُ مَدَّةَ رِضَاعِهِ " (4).

5- **الْخَلْعُ عَلَى حَقِّ الْحِضَانَةِ:** يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ بَدَلُ الْخَلْعِ، حِضَانَةُ الْأُمِّ لِلصَّغِيرِ مَجَانًّا، فَتَضَمَّنَهُ فِي فِتْرَةِ الْحِضَانَةِ وَدُونَ أَنْ تَطَالِبَ أَبَاهُ بِالنَّفَقَةِ (5).

غَيْرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّةَ قَالُوا: لَا يَصِحُّ أَنْ تَكُونَ الْحِضَانَةُ بَدَلًا لِلْخَلْعِ، حَتَّى تَتَّحَدَّ مَدَّةَ الرِّضَاعِ وَمَدَّةَ الْحِضَانَةِ، وَقَدَّرَ الطَّعَامَ وَجِنْسَهُ، فَيَكُونُ الْمَبْلُغُ مَعْلُومًا مُضْبُوطًا بِالصَّفَةِ كَالسَّلْمِ.

أَمَا إِذَا كَانَ إِسْقَاطُ الْمَرْأَةِ حَقِّهَا فِي حِضَانَةِ الصَّغِيرِ لِيَكُونَ فِي يَدِ أَبِيهِ، هُوَ بَدَلًا لِلْخَلْعِ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ وَيَلْغُو الْبَدَلَ، ذَلِكَ لِأَنَّ الْحِضَانَةَ فِي هَذَا السَّنِّ لِمَصْلَحَةِ الصَّغِيرِ وَبِقَاوِهِ عِنْدَ أَبِيهِ فِيهِ تَضْيِيعٌ لَهُ، فَإِنْ رَضِيَتْ الْمَرْأَةُ أَنْ يَكُونَ إِسْقَاطُ حِضَانَتِهَا بَدَلَ الْخَلْعِ فَلَهَا الرُّجُوعُ وَالْمَطَالِبَةُ بِحِضَانَتِهِ (6).

(1)- أحمد نصر الجندي، من الفرق الزوجية، المرجع السابق، ص 82. انظر كذلك عباس سهيل جنان، المرجع السابق، ص 291-292.

(2)- أحمد نصر الجندي، من الفرق الزوجية، المرجع السابق، ص 82.

(3)- المرجع نفسه، ص 83.

(4)- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، فصل في جواز الخلع، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي وشركاه -، مصر، ج 02، د.س.ن، ص 357-358.

(5)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 311.

(6)- المرجع نفسه، ص 312. انظر كذلك عباس سهيل جنان، المرجع السابق، ص 290.

غير أن المالكية قالوا: بجواز أن يكون إسقاط حضانة المرأة للصغير بدلاً للخلع وانتقالها إلى الأب لكن بشرط توافر شرطان أساسيان⁽¹⁾:

▪ ألا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه.

▪ أن يكون الأب قادرًا على حضانة الولد، وإلا يقع الطلاق ولم تسقط الحضانة.

ومثل إسقاط حق المرأة في الحضانة، اشتراط أن يكون بدل الخلع، بقاء الصغير في حضانة أمه حتى البلوغ، أي بعد تجاوز سن الحضانة، وذلك لأن الطفل بعد سن الحضانة أكثر حاجة لأبيه من أمه إذا كان ذكرًا حيث يحتاج إلى من يعود عادات الرجال ببقاؤه بيد أمه إخلال بمصلحته، ولذا يقع الطلاق ويلغوا الشرط، أما إذا كانت المحضونة أنثى فيصح الشرط، لأنها تحتاج إلى من يعودها عادات النساء⁽²⁾.

والخلع لا يكون إلا بعوض، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقًا رجعيًا، لأن الخلع من كنايات الطلاق، فإن تلفظ به ولم ينو الطلاق لم يكن شيئًا، لأن التلطيق بأسلوب الكناية، لا يقع إلا مع النية أو بذل العوض، إذ يقوم بذل العوض مقام النية، وبدل الخلع كالعوض في البيع والصداق، لا يدخل في ضمان الزوج حتى يقبضه⁽³⁾.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وبموجب المادة (54) منه فقد قيد حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بتقديم المقابل المالي الذي يتم الاتفاق عليه بين الزوجين، وفي حالة عدم الاتفاق عليه يتدخل القاضي بما له من سلطة تقديرية في تحديده بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم به وهو بذلك قد تبنى رأي الشافعية.

إلا أنه وبالرغم من ذلك فقد عزف المشرع الجزائري عن تبيين المسألة - بدل الخلع - من كل جوانبها وخاصة وأنه لم يتعرض في موضوع الخلع إلى شروطه ولا لأهلية الزوجة للوفاء ببذل الخلع، فالمشرع الجزائري وبموجب المادة (54) ق.أ.ج لم ينص صراحة على نوع المقابل المالي الذي تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها، كما لم ينظم الأشياء التي ينبغي أن تكون بدلاً للخلع والتي لا ينبغي أن تكون كذلك، كما لم ينص على الأشياء التي يحرم التعامل فيها طبقًا لقواعد الشريعة الإسلامية للحيلولة دون أن تكون بدلاً للخلع⁽⁴⁾.

كل هذه الأمور والتساؤلات لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وهذا على غرار بعض التشريعات العربية التي نظمت المسألة وراعت فيها كل الجوانب المرتبطة بالموضوع، ومنها القانون المغربي الذي نص صراحة على بدل الخلع بالتنسيق في نص المادتين (118) و(119) م.أ.م، ذلك أن المادة (118) من المدونة نصت على أنه: « كل ما صح الالتزام به شرعًا صح أن يكون بدلاً في الخلع دون تعسف ولا مبالاة ».

(1)- تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء، المرجع السابق، ص 16.

(2)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 312.

(3)- المرجع نفسه، ص 312.

(4)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 83.

وكذا نصت المادة (119) منها على أنه: « لا يجوز الخلع بشيء تعلق بحق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة.

إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على أبيهم دون مساس بحق في الرجوع عليها».

وأخيراً ما يمكن التنويه إليه هنا أن تنظيم المشرع الجزائري لمسألة الخلع بمادة واحدة ليس أمراً كافياً لمعالجة المسألة من كل جوانبها وخاصة وأن المشرع الجزائري بتبنيه لمسألة الخلع خالف أحكام الشريعة الإسلامية في اعتبار الخلع عقد رضائي بين الزوجين، ذلك أن الشريعة الإسلامية صانت حق الزوجين في حل الرابطة الزوجية، فهي منحت الطلاق للرجل وفي نفس الوقت التطلق للمرأة إذا وجد المبرر الشرعي، وبين هذين الحقيقتين أجازت حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع باتفاقهما.

وتحريف المشرع الجزائري للمبادئ التي أقرتها الشريعة الإسلامية فتح له لباب الفتن ومساهمة منه في فتح شهية النساء في المطالبة بالخلع ومن ثم تهديد كيان الأسرة والمجتمع معاً، وفضلاً عن مخالفة المشرع الجزائري لمبادئ الشريعة الإسلامية أغفل أموراً هامة جديرة بالذكر هي على النحو التالي:

- لم يبين الحالات التي يجوز للمرأة أن تختلع فيها.
- لم يحدد صراحة نوع المقابل المالي الذي تلزم الزوجة بدفعه للزوج نظير مطالبته بالخلع.
- لم يحدد الأمور التي ينبغي أن تكون بدلاً للخلع والتي لا ينبغي أن تكون كحضانة الأولاد والأشياء المتعلقة بحقوقهم وذلك تكريماً لمصلحة المحضون.
- لم يحدد الأشياء الممنوع التعامل فيها طبقاً للشريعة الإسلامية للحيلولة دون أن تكون بدلاً في الخلع. وعليه ولما كان الأمر كذلك وفضلاً عن الاقتراح الذي سبق وأن تم تقديمه بتعديل المادة (54) ق.أ.ج وبما يتناسب وأحكام الشريعة الإسلامية في اعتبار الخلع عقد رضائي بين الزوجين، نقترح على المشرع الجزائري إضافة مواد أخرى إلى جانب المادة (54) ق.أ.ج وذلك لمعالجة النقاط التالية:
- تحديد الحالات التي تخول للمرأة الاختلاع من زوجها.
- تحديد بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة صراحة مقابل طلاقها.
- تحديد الأمور التي ينبغي أن تكون بدلاً للخلع والتي لا ينبغي أن تكون كذلك.
- تحديد الأشياء الممنوع التعامل فيها وذلك للحيلولة دون أن تكون بدلاً للخلع.

ثالثاً: الحصول على موافقة الزوج

وهذا الشرط انفردت به الشريعة الإسلامية، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المسلمين إلى اعتبار الخلع عقد بين الزوجين ولا يقع إلا بالتراضي بينهما، فالإيجاب والقبول ركن فيه ولا يقوم بدونهما، فهو ينعقد بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، وقد تكون الزوجة هي البائدة وهو المكمل أو هو البادئ وهي المكمل ولا حصول للفعل بدون إرادتهما، والسبب في اعتباره عقد أنه يترتب عليه سقوط حق الزوج قبل زوجته لذلك لا بد من رضاه، ويترتب عليه أيضاً إلزام الزوجة بالعوض المتفق عليه، ومن ثم لا بد من رضاها أيضاً.

وبناءً على ما تقدم ذكره، فلا يجوز للزوج أن يجبر زوجته على الخلع ولا الزوجة أن تجبر زوجها على الخلع، ومن ثم كان الخلع لا يقع صحيحاً إلا بالاتفاق بين الزوجين.

وعليه فالخلع أو المخالعة كما يسميه الفقهاء المسلمون هو عبارة عن عقد اتفاقي ثنائي الأطراف ينعقد عادة وفي أغلب الأحيان بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المقوم شرعاً مقابل طلاقها بقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق، كما يمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة⁽¹⁾.

وعليه فالزوجة وفي حالة عرضها الخلع على الزوج يكون حقها في ذلك مقيد ومرتببط بقبول الزوج له فإذا رفضه فلا يمكن للزوجة أن تخالع نفسها منه ما دام متمسكاً بالحياة الزوجية معها وملتزمًا بواجباته اتجاهها فالشريعة الإسلامية إضافة إلى القيد السالف ذكرهما، قيدت حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بموافقة الزوج الصريحة على طلبها، وبدونه يسقط حقها في ذلك.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وبموجب المادة (54) منه قبل تعديلها، ونظرًا للغموض الذي كان يكتنف هذه الأخيرة في مدى اعتبار الخلع عقدًا يتطلب إيجابًا وقبولًا، فلا يقع إلا بموافقة الزوج إذا صدر الإيجاب من الزوجة، أم أنه تصرف انفرادي من الزوجة، فلا تحتاج إلى موافقة الزوج، بحيث يقع الخلع بمجرد إبداء رغبتها في الخلع وعرضها للعرض على زوجها، ولا يهم بعد ذلك موافقته من عدمه فكل ما تطرقت إليه المادة هو إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له إذا تم الاتفاق عليه، أما إذا لم يحدث اتفاق بينهما على هذا المال، كان للقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

وأمام هذا الغموض رجع الفقه الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناءً على نص المادة (222) ق.أ.ج وقرر أن الخلع عقد يتم بالتراضي بين الزوجين، ولا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره حقًا من حقوق المرأة تمارسه بإرادتها الانفرادية⁽²⁾.

ومنه فحق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في هذه الحالة مقيد بمدى موافقة الزوج عليه، فإذا طلبته الزوجة ورفضه الزوج سقط حقها في المطالبة بالخلع، فالمشرع الجزائري وبموجب المادة (54) ق.أ.ج قبل تعديلها قيد حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بما تقدمه من عوض للزوج، وكذا ضرورة الحصول على موافقته في ذلك.

إلا أنه وبموجب تعديل 05-09 تراجع المشرع الجزائري وفي نفس المادة عن موقفه السابق، وأبقى على قيد واحد ووحيد على حق الزوجة في مطالبتها بالخلع وهو دفع المقابل المالي ولا حاجة بعد ذلك لموافقة الزوج من عدمه.

وهذا ما أكدته المادة (54) ق.أ.ج: « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ».

(1)- خمري أعمار، المرجع السابق، ص 91.

(2)- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 23-24.

فالمشرع الجزائري اعتبر الخلع كحق أصيل للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق والزوجة لا تكون فيه مقيدة إلا بدفعها المقابل المالي للزوج كتعويض له عن الطلاق، وفي ذلك خروج منه عن القيود التي فرضتها الشريعة الإسلامية على حق الزوجة في مطالبته بالخلع.

وعليه وبالإضافة إلى القيود التي تواجه الزوجة أثناء ممارسة حقها في حل الرابطة الزوجية بناءً على أحكام المادتين (53) و(54) ق.أ.ج، فإن الزوجة تواجه قيود أخرى قانونية وموضوعية تطبيقاً لنص المادة (57) ق.أ.ج التي تنص على أنه: « تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ».

وعليه ولما كان الأمر كذلك فمتى طلبت الزوجة حقها في حل الرابطة الزوجية استناداً إلى نص المادتين (53) و(54) ق.أ.ج فلا يمكنها بعد ذلك استئناف ذلك الحكم إلا إذا تعلق الأمر بالجوانب المادية، فعدم استئناف الحكم الصادر في دعوى التطليق والخلع هو بمثابة قيد على الزوجة في طلبها الرامي إلى حل الرابطة الزوجية فضلاً عن القيود التي سبق التطرق إليها.

فالمشرع الجزائري واستناداً إلى المادة (57) ق.أ.ج أخذ بمبدأ عدم إطالة الإجراءات على المتقاضين فإن هذا يساعد على استقرار العلاقات وثباتها، فمن غير المعقول أن يطلق الرجل زوجته أو تطلب الزوجة التطليق أو الخلع ومع ذلك يستأنف الحكم⁽¹⁾.

إن الاستئناف لا يغير من الوضع شيئاً، مادام كل من الزوجين مصران على فك الرابطة الزوجية سواء بطلب من الزوج أو بطلب من الزوجة، لكون هذا فيه تطويل للإجراءات ومضيعة للوقت، كما أن فيه تأثير على نفسية الزوجين ونفسية الأبناء، مما يستوجب بضرورة الإجراء أنه لا فائدة من استئناف الحكم ما تعلق بالطلاق.

(1)- وهو الأمر الذي نجده كذلك في القضاء الفرنسي الذي يعتبر حكم الطلاق نافذ بمجرد النطق به من طرف القاضي ويكون غير قابل للاستئناف. انظر

-VIRGINE Larribeau-Terneyre, Divorce sur double avue et divorce pour acceptation de la rupture, revue mensuelle lexisnexis jurisclasser, France, 2008, p 19.

الفصل الثاني
الأثار المترتبة على الطلاق

الطلاق كنقطة ضغط على الكيان الاجتماعي⁽¹⁾، وكمرحلة نهائية فاصلة في العلاقة الزوجية⁽²⁾، وجد منذ القدم وعرفته البشرية منذ أزلهما وأقرته فيما بعد جميع الأديان كل بحسب طريقتة وكيفيته وعرفه العرب منذ الجاهلية⁽³⁾.

ويزوغ فجر الإسلام اعترف هو الآخر بالطلاق وفصل فيه ونظمه تنظيمًا دقيقًا بالشكل الذي راعى فيه حماية الأسرة من الشتات والضياع، وعلى النحو الذي يحفظ لكلا الزوجين كرامته وشرفه⁽⁴⁾ قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَأَمَّا أُولُو الْأَرْحَامِ فَلْيُنْفِقُوا حَسَنًا كَمَا نَفَقُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾⁽⁵⁾، فرغم أنه مكروه ونفر منه الرسول " صلى الله عليه وسلم " حينما قال في حديثه: [أَبْعَضُ الْحَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ]⁽⁶⁾، إلا أنه اعتبره أنجح وأنجع علاج لإخماد نار الفتنة بين زوجين كانا متحابين من قبل وإنهاء لعلاقة زوجية استحال استمرارها بسبب التباغض والتباعد والتنافر وسوء العشرة بينهما⁽⁷⁾.

وعليه ورغم ذلك، فالطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية اكتسحت عالمنا الإسلامي بشكل ملفت للانتباه مقارنة بباقي دول العالم الأخرى، ومن أجل ذلك وحفاظاً على حقوق الأزواج والأولاد، رتب الإسلام آثاراً للطلاق تتجم عن حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشأ الالتزامات⁽⁸⁾.

وعليه وفي مقام تعرضنا لهذه الآثار سنتطرق إلى الآثار التي تنتج عن انحلال الرابطة الزوجية بالنسبة للزوجين (المبحث الأول) وكذا التطرق إلى الآثار الناتجة عن هذا الانحلال بالنسبة للأولاد الناتجين عن هذا الزواج المنحل (المبحث الثاني)، وهذا كله في إطار الإجابة عن الإشكالية الفرعية التي يقتضيها هذا الفصل، وهي مدى مساهمة المشرع الجزائري لما أقرته الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بموضوع آثار الطلاق، وهل كان موفقاً في تحديدها والتفصيل فيها في ظل مواد المختصرة للقانون والآراء المتشعبة للفقهاء والمذاهب؟

(1)-بروين محمد، دراسة إحصائية لتحديد تأثير بعض العوامل الاجتماعية والاقتصادية على ظاهرة الطلاق في المحافظة السلمانية، مجلة الإدارة والاقتصاد، جامعة السلمانية، كلية الإدارة والاقتصاد، العراق، ع 64، 2007، ص 68.

(2)-أيمن الشبول، المتغيرات الاجتماعية والثقافية لظاهرة الطلاق (دراسة أنثروبولوجية في بلدة الطرة)، مجلة جامعة دمشق، كلية الآثار والأنثروبولوجيا، الأردن، ع 03 و 04، 2010، ص 658.

(3)-باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 04.

(4)-المرجع نفسه، ص 03.

(5)-سورة البقرة، الآية 229.

(6)-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب كراهية الطلاق، ص 255.

(7)-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 133.

(8)-باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 05.

المبحث الأول

آثار الطلاق بالنسبة للزوجين

إذا وقع الطلاق فهذا يعني نهاية العلاقة المشتركة بين الزوجين ونهاية كل الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، بحيث يصبح كل طرف أجنبي عن الآخر، وعليه فيمجرد صدور الحكم الذي يقضي بالطلاق تترتب على الزوجين آثارًا مختلفة، منها ما هو متعلق بالجانب الشخصي (المطلب الأول) ومنها ما هو متعلق بالجانب المادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الآثار المترتبة بالزوجين شخصيًا

تترتب على انحلال الرابطة الزوجية آثارًا شخصية مختلفة، منها ما هو مرتبط بالزوجين المطلقين معًا (الفرع الأول) ومنها ما هو مرتبط بالزوجة المطلقة فقط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الآثار الشخصية الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجين المطلقين معًا

إنه وبمجرد صدور الحكم الذي يقضي بالطلاق ينتهي عقد الزواج وتنتهي معه أمورًا وسلطات يملكها الزوجين على بعضهما البعض أثناء زواجهما⁽¹⁾، فالطلاق إنهاء للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين⁽²⁾، به ينتهي الالتزام بالمعاشرة بين الزوجين وتنقطع العلاقة الزوجية بينهما، وكذا المهام المعترف بها للزوج باعتباره رب العائلة⁽³⁾، ويتحول مركزه من مركز الزوج إلى مركز المطلق، ويصبح كل واحد منهما غريب عن الآخر فكل اتصال جنسي بينهما يعتبر زنة ويعاقب عليه شرعًا وقانونًا⁽⁴⁾.

غير أنه بإمكان الزوجين بعد الطلاق إعادة الزواج مرة أخرى باستثناء المرأة التي لا بد عليها انتظار فترة انتهاء العدة حتى تتمكن من الزواج مرة أخرى⁽⁵⁾.

كما أن الطلاق يضع حدًا للواجبات المتبادلة بين الزوجين اتجاه بعضهما البعض، فلا يبقى عليهما واجبًا من الواجبات ولا حقًا من الحقوق التي حددها الشرع والقانون⁽⁶⁾، فالطلاق يخرجهما من أحكام المادة (36) ق.أ.ج⁽⁷⁾.

(1)-نعيمه تبودشت، المرجع السابق، ص 228.

(2)-CORINNE Renault-Brahinsky, op.cit, p 211.

(3)-SAHEB Hakim, op.cit, p 132.

(4)-نعيمه تبودشت، المرجع السابق، ص 228.

(5)-ALAIN Benabent, op.cit, p 269.

(6)-ibid, p 270.

(7)-تنص المادة (36) ق.أ.ج على أنه: « يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، التشاور في تسيير

كذلك لا يحدث الطلاق أثرًا على الاسم العائلي للزوجين المطلقين، فكل واحد منهما يبقى خلال الزواج أو بعد انحلاله محتفظًا باسمه العائلي، وذلك بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للقوانين الغربية خاصة في القانون الفرنسي، حيث تطرح العديد من المشاكل عند الطلاق بشأن الاسم العائلي للزوج السابق الذي كانت تحمله غالبًا الزوجة خلال الحياة الزوجية وتريد المحافظة عليه بعد الطلاق⁽¹⁾.

كذلك لا يؤثر الطلاق على جنسية الزوجين المطلقين وخاصة إذا كان الجزائري متزوجًا من امرأة أجنبية اكتسبت الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج منه، فهذه المرأة تبقى محتفظة بالجنسية الجزائرية المكتسبة وذلك بالرغم من طلاقها من الزوج الجزائري السابق، ما عدا في حالة ما إذا جردت من هذه الجنسية إذا توافرت إحدى الحالات التي يتم فيها التجريد كما هو الحال في ق.ج.ج⁽²⁾.

وأخيرًا وبالطلاق يضع حدًا للتوارث بين الزوجين متى أصبح الطلاق بائنًا، بحيث إذا توفي أحد الزوجين بعد انقضاء فترة العدة بخلاف ما إذا توفي أحدهما أثناء فترة العدة، فهنا للزوج الباقي على قيد الحياة الحق في الميراث⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة (132) ق.أ.ج بنصها على أنه: « إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث ».

الفرع الثاني

الآثار الشخصية الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجة المطلقة(العدة)

بعد أن يفارق الزوج زوجته بأي نوع من أنواع الفرقة، سواء أكانت وفاة أو طلاق فإن عرى الزوجية لا تقصم من كل الوجود بمجرد وقوعها بل تنتظر الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فترة زمنية معينة لا تتزوج ولا تخطب فيها حتى تنتضي هذه الفترة التي حددها الشرع والتي سماها بالعدة⁽⁴⁾. وعليه يقتضي بنا الأمر في هذا المقام التطرق إلى العدة كأثر من آثار حل الرابطة الزوجية من خلال تعريفها سبب وجوبها ومشروعيتها(أولاً) وأنواعها وتحولاتها(ثانياً) وأخيراً نظرة المشرع الجزائري لها كأثر من آثار الطلاق(ثالثاً).

=شؤون الأسرة وتباعد الولادات، حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم، المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف ».

(1)-محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 154. انظر كذلك

-THIERRY Gare, op.cit, p p 66-67.

-CORINNE Renault-Brahinsky, op.cit, p 212.

(2)-انظر الفصل الثالث والرابع من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، ج ر ع 105 مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005، ج ر ع 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005.

(3)-نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص 229. انظر كذلك

-GHAOUTI Benmalha, op.cit, p 210.

(4)-محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 157.

أولاً: تعريف العدة سبب وجوبها ومشروعيتها

إن الحديث عن العدة كأثر ونتيجة من آثار الطلاق ونتائجه يقتضي منا تعريفها وتحديد سبب وجودها والوقوف على مشروعيتها.

1- تعريف العدة

يقتضي تعريف العدة تعريفها لغةً ثم اصطلاحاً.

أ - العدة في اللغة⁽¹⁾

من عدّ الشيء ويعدّه عدّاً وعدّةً ومنه الحديث: [لم يكن للمرأة المطلقة عدّةً فأنزل الله - عزوجل - العدة للطلاق]؛ وعدة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعدّه من أيام أقرانها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشر ليالٍ، والمرأة مُعدّدةٌ، وقد تكرر ذكرها في الحديث.

ومنه حديث النخعي: [إذا دخلت عدّة في عدّة أجزأت إحداهما]؛ يريد إذا لزمت المرأة عدتان من رجل واحد في حالٍ واحد كف إحداهما عن الأخرى، كمن طلق امرأته ثلاثاً ثم مات وهي في عدتها فإنها تعتد أقصى العدتين، وغيره يخالفه في هذا أو كمن مات وزوجته حامل فوضعت قبل انقضاء عدة الوفاة، فإن عدتها تنتقض بالوضع عند الأكثر.

ب - العدة في الإصطلاح الشرعي

عرف الفقهاء العدة تعريفات مختلفة، يمكن بيانها على النحو التالي:

- عرفها الحنفية: " اسم لأجل ضرب لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح "⁽²⁾.
- وكذلك عرفها في تعريف آخر: " تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح "⁽³⁾.
- عرفها المالكية: " المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم لفسخ النكاح، أو موت الزوج أو طلاقه "⁽⁴⁾.
- عرفها الشافعية: " اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها "⁽⁵⁾.
- عرفها الحنابلة: " التربص المحدد شرعاً "⁽⁶⁾.

ويلاحظ أن جميع تعريفات الفقهاء متقاربة والاختلاف بينهما لفظي لا يؤدي إلى الاختلاف في المعنى المقصود من العدة⁽⁷⁾، ومع ذلك يبقى تعريف الحنفية الأولى للعدة جامعاً ومانعاً وهو أهم التعريفات وأشملها وذلك لتناوله لعدة ذات الحيض، وعدة اليائسة لكبر أو صغر، وعدة الحامل، وعدة المتوفى عنها زوجها إذا لم

(1)- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 596.

(2)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 337.

(3)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 105.

(4)- المرجع نفسه، ص 103.

(5)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 327.

(6)- ليلي حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2007،

ص 28.

(7)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 337.

تكن حاملاً، كما أن هذا التعريف يشمل أيضاً عدة المطلقة طلاقاً رجعيًا، لأن طلاقها جعل له الشارع أجلاً لا يزول النكاح إلا به وهو العدة، كما وشمل التعريف الأجل المضروب للأمة الموطوءة بملك اليمين لا بالنكاح⁽¹⁾.

2- سبب وجوب العدة

الإسلام أحرص الأديان على نجاح العلاقة الزوجية وتكون الأسرة المسلمة في كنف المودة والرحمة والطاعة، ذلك أن الرباط المقدس بين الرجل والمرأة وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، وفشل علاقة زوجية تعد في الإسلام من أكبر المعضلات المتسببة في تشتيت المجتمع وتفريقه وتشرذمه⁽²⁾.

ولأن وقع الطلاق عظيم على كل من الزوجين، وجبت العدة على المرأة بسببه سيما إذا كانت مدخول بها، أما إذا لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا عدة للمرأة⁽³⁾.

أما إذا كانت العدة متعلقة بوفاة الزوج وكان العقد صحيحاً، فإن معظم الفقهاء قالوا بوجود اعتداء الزوجة غير المدخول بها عدة الوفاة، حتى ولو لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة بالزوجة⁽⁴⁾، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁽⁵⁾.

وعليه فكل زوجة شرعية توفي عنها زوجها وجبت عليها العدة، ولأن من حكمة إيجاب العدة على المتوفى عنها زوجها الوفاء لزوجها المتوفى بحدادها وحزنها عليه بعد وفاته، وهذا الوفاء حل لكل زوج شرعي سواء توفي بعد الدخول بزوجه أو قبله⁽⁶⁾.

أما إذا كان الزواج غير صحيح شرعاً وقبل أن يفترقا الزوجان منه توفي الزوج ولم يكن قد دخل بزوجه لا تجب عليها العدة وتحل للأزواج في الحال، لأن الآية في الذين يتوفون ويذرون أزواجاً شرعيات بعقد صحيح ولأن هذا الزواج بعقد غير صحيح ليس من حقه عليها الوفاء له، وإن توفي هذا الزوج غير الشرعي بعد أن دخل بمن تزوجها وجب عليها العدة، ولكنها عدة للتحقق من براءة رحمها من الحمل لا للوفاء لهذا الزوج المتوفى ولذا تكون عدتها في هذه الحالة ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر لا أربعة أشهر وعشرة أيام⁽⁷⁾.

أما إذا كانت الفرقة لغير وفاة الزوج بأن كانت بالطلاق فلا تجب العدة على الزوجة إلا إذا وقعت هذه الفرقة بعد الدخول بها حقيقةً أو حكماً في الزواج الصحيح، فإن وقعت هذه الفرقة قبل الدخول فلا تجب على

(1)- ليلي حسن محمد الزويبي، المرجع السابق، ص 29.

(2)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 30.

(3)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 339.

(4)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 30.

(5)- سورة البقرة، الآية 234.

(6)- عمر عبد الله ومحمد حامد قماوي، المرجع السابق، ص 205.

(7)- المرجع نفسه، ص 205-206.

الزوجة العدة⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾⁽²⁾.

ويرى الأحناف والحنابلة والمالكية أن المقصود بالدخول الدخول حقيقةً أو حكماً، أي أن الخلوة الصحيحة في نظرهم تعتبر دخولاً تجب بها العدة⁽³⁾، أما عند الشافعية فإن العدة لا تجب على المطلقة إلا بعد الدخول حقيقة ولا عدة على الزوجة بمجرد الخلوة⁽⁴⁾.

وقد تبني المشرع الجزائري في قانون الأسرة الرأي السائد عند الفقهاء والقائل بألا عدة للزوجة غير المدخول بها، وهذا ما يستشف من نص المادة (58) ق.أ.ج والتي تنص على أنه: «تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق».

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة عدد على سبيل الحصر الزوجات المطلقات الواجب عليهن الاعتداد، وذكر المدخول بها غير الحامل والمدخول بها اليائس من المحيض، ولم يذكر المطلقة غير المدخول بها، ويعني ذلك بمفهوم المخالفة أن المطلقة غير المدخول بها مستثناة من نص المادة (58) المذكورة أعلاه وفي ذلك تبني لما أجمع عليه الفقهاء⁽⁵⁾.

وأكد قضاة المحكمة العليا في الجزائر هذا الاتجاه من خلال العديد من القرارات، ومنها القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 وجاء فيه⁽⁶⁾: «من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها».

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول، والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن «.

(1)- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص 206.

(2)-سورة الأحزاب، الآية 49.

(3)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 31.

(4)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 405.

(5)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 31.

(6)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/06/18، ملف رقم 137571، م.ق، 1997، ع 02، عن قسم الوثائق

للمحكمة العليا، ص 93.

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن الوجه الأول مأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المطعون فيه قد اعتبر الزواج الحاصل بين الزوجين، زواجاً شرعياً وأنها زفت إلى زوجها الثاني بعد أربعة أيام فقط من طلاقها من زوجها الأول.

وقد ردت المحكمة العليا بأن الوجه في غير محله، ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتتزوج من ساعة طلاقها إن شاءت⁽¹⁾.

وتأكيداً لقول المالكية والحنابلة والأحناف بأن الخلوة الصحيحة تعتبر دخولاً تجب بها توابع العصمة بما فيها العدة، تبنى القضاء الجزائري هذا الاتجاه من خلال قراراته والتي من بينها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/06/18 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن الطاعن أبرم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية المفترض توفر فيه الشروط المطلوبة، وأن المحكمة تأكدت من وقوع الدخول والاختلاء بين الزوجين، فإن القاضي الذي منحها جميع توابع العصمة الصداق بعد الطلاق طبق الشرع والقانون تطبيقاً سليماً، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ».

وفي معرض تأسيسه عن الأوجه المثارة والمتمثلة في عدم قيام عقد زواج وانعدام ركن الولي في عقد الزواج وعدم وجود دخول شرعي وأن الأمر يتعلق بالفسخ قبل الدخول وليس بالطلاق.

أكد قضاة المحكمة العليا أن قاضي المحكمة قد اعتبر الزواج صحيحاً وأن اختلاء الزوج بزوجه كاف لجعل العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين، فقد جاء في حيثيات الحكم مايلي: « حيث أن المدعي رافع المدعى عليها أمام المحكمة طالباً بالطلاق وفي المذكرات اللاحقة طلب إبطال العقد كون المدعي وقع في إكراه أثناء إبرامه.

حيث أنه تبين للمحكمة أنه تم الزواج باختلاء الزوج بزوجه وبالتالي تعتبر العلاقة الزوجية قائمة قانوناً.

(1)- ما يؤخذ على هذا القرار حسب رأي الأستاذ باديس ديابي أن القرار ورغم نتيجته السليمة في الأخير برفضه للطعن والقول بعدم اعتداء المطلقة غير المدخول بها، إلا أن الكيفية التي وصل بها إلى خلاصة القرار لم تكن كافية، إذ اكتفى بالقول: " بأن الوجه في غير محله، ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتتزوج من ساعة طلاقها إن شاءت دون تعزيز التعليل بالسند الشرعي ولا الأساس القانوني، وخاصة أن قرارات المحكمة العليا ترسيخ لمبادئ قانونية تكون جواباً لكل نزاع من هذا النوع ". انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 32.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 74375، م.ق، 1993، ع 01، عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، ص 61.

وحيث أن الخلوة صحيحة وتنتج آثارها، مما جعل المحكمة اعتبار الدخول قد تم وللزوجة الحقوق الكاملة الناتجة عن الدخول....الخ.

فقد تبنت المحكمة العليا حيثيات قاضي الدرجة الأولى في اعتباره الخلوة الصحيحة شأنها شأن الدخول الحقيقي كونه دخولاً حتمياً مما جعل جميع الآثار ثابتة.

وفوق كل ذلك اعتبرت المحكمة العليا وجود عقد زواج مسجل مدنياً ومستوف لكافة أركانه وشروطه دليلاً على وجود خلوة صحيحة ودخول تم دون احتقال مما يجعل جميع الجوانب المنجزة عن الطلاق منتجة لآثارها وأولها العدة «.

3- مشروعية العدة

اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

أ- القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (1).

■ قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ (2).

■ قوله تعالى: ﴿ وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (3).

ب- السنة النبوية الشريفة

وردت روايات متعددة تؤكد هذا المعنى منها:

- ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت: [أَمَرْتُ بِرَبْرَةٍ أَنْ تَعْتَدَ بِثَلَاثِ حَيْضَاتٍ] (4).
- ما ورد أنه قال " صلى الله عليه وسلم " لفاطمة بنت قيس: [اَعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ] (5).
- ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله " صلى الله عليه وسلم " قال: [لَا يَحِلُّ لَامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا] (6).

(1)-سورة البقرة، الآية 234.

(2)-سورة البقرة، الآية 228.

(3)-سورة الطلاق، الآية 04.

(4)-ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني(سنن ابن ماجه)، المرجع السابق، باب خيار الأمة إذا أعتقت، ص 671.

(5)-عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي(تفسير القرآن الكريم)، المرجع السابق، من سورة الحديد

إلى الناس، ج 08، ص 144.

(6)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر

وعشرًا، ص 59.

ت - الإجماع

فقد أجمعت الأمة من لدن حياة الرسول " صلى الله عليه وسلم " إلى يومنا هذا على مشروعية العدة ووجوبها⁽¹⁾.

وقد حصر الفقهاء حكمة العدة ومشروعيتها في نقاط منها:

- التأكد من براءة الرحم وطهارته، حتى لا يجتمع ماء الواطئين في رحم واحد فتختلط الأنساب ببعضها البعض⁽²⁾، والحكمة من ذلك تكون لصالح الزوج الذي فارق زوجته حتى لا ينسب ولده لغيره، ولصالح الزوج الذي يريد الزواج من هذه المرأة المطلقة لئلا ينسب إليه ولد من غيره⁽³⁾.
- إمهال الزوجين فترة يستطيعان فيها مراجعة نفسيهما، فيمهل الزوج لمراجعة نفسه في إرجاع مطلقته وإمهال الزوجة أيضاً مراجعة نفسها، والمقارنة بين الحياة مع الزوجة وبين البعد عنها⁽⁴⁾، وذلك يتجلى من خلال قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁽⁶⁾.

- التتويه بفخامة أمر النكاح واحترامه وتعظيمه⁽⁷⁾، حيث لم يكن أمراً ينتظم إلا بجمع الرجال ولا ينفك إلا بانتظار طويل، ولولا ذلك لكان بمنزلة لعب الصبيان ينظم ثم ينفك بسرعة⁽⁸⁾.
 - أن مصالح النكاح لا تتم حتى يوطنا أنفسهما على إدامة هذا العقد ظاهراً، فإن حدث حادث يوجب فك النظام لم يكن بد من تحقيق صورة الإدامة في الجملة بأن تترص مدة تجد لتربصها بالاً وتتقاسى لها عناء⁽⁹⁾.
- ويرى الإمام ابن حزم - رحمه الله - أن العدة لا تتوقف عند النقاط المذكورة لكنها تتعدى لكونها من الأمور التعبدية التي لا يدرك الحكمة منها إلا الله، لأننا لسنا بحاجة إلى معرفة براءة رحم العاقر إذا طلقت ولا إمكانية في الرجوع بالنسبة للمطلق طلاقاً بائناً، وإنما وجبت العدة حتى على العاقر وفي حال

(1)-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 484.

(2)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 390. انظر كذلك ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 35.

(3)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 35.

(4)-المرجع نفسه، ص 35.

(5)-سورة الطلاق، الآية 01.

(6)-سورة البقرة، الآية 228.

(7)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 390.

(8)-السيد سابق(فقه السنة)، المرجع السابق، ص 209.

(9)-المرجع نفسه، ص 209. انظر كذلك محمد عاطف المقصورطي، المرجع السابق، ص 148.

الطلاق البائن، لأن عدم وجود مصلحة ما لا يستلزم نفي بقية المصالح، وأيضاً ليمضي الباب كله على وتيرة واحدة⁽¹⁾.

ثانياً: أنواع العدة وتحولاتها

تختلف عدة المرأة بحسب الوضع الذي هي عليه وكذا بطبيعة الفرقة بينهما⁽²⁾، وفي بعض الأحيان قد يطرأ على المعتدة بالأشهر أو الأقراء ما يوجب تغيير نوع العدة فيجب عليها الاعتداء بمقتضى الأمر الطارئ وهذه هي الحالات التي تقضي بتحول العدة⁽³⁾.

1- أنواع العدة: العدة أنواع:

أ- عدة المرأة التي تحيض وهي ثلاثة حيضات.

ب- عدة المرأة التي يبست من المحيض وهي ثلاثة أشهر.

ت- عدة المرأة الحامل إلى أن تضع الحمل.

ث- عدة المرأة التي مات عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشراً ما لم تكن حاملاً.

ج- عدة زوجة المفقود وهي أربعة أشهر وعشراً.

أ- عدة الحائض: تعدت المرأة التي تحيض ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ

ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽⁴⁾.

1- القرء في اللغة

الوقت: يريد وقت نؤها الذي يُمَطَّرُ فيه الناس، ويقال للحمى: قَرءٌ؛ وللغائب: قَرءٌ؛ وللبعيد:

قَرءٌ؛ وَالْقَرءُ وَالْقُرءُ: الحيض والطهر ضدّ ذلك أن القَرءُ الوقت، فقد يكون للحيض والطهر.

قال أبو عبيد: القَرءُ يصلح للحيض والطهر. وأظنه من أقرأت النجوم إذا غابت. والجمع

أقراء⁽⁵⁾.

2- القرء في الاصطلاح الشرعي

كان محل اختلاف الفقهاء في كون اعتباره طهراً أم حيضاً⁽⁶⁾.

المشرع الجزائري وكعادته لم يفصل في مسألة تعريف القرء إن كان حيضاً أو طهراً واكتفى في المادة

(58) ق.أ.ج بالقول: «تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء....».

(1)-انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 35-36.

(2)-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

(3)-عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 336.

(4)-سورة البقرة، الآية 228.

(5)-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الاريقي المصري(لسان العرب)، المرجع السابق، م 01، ص 130.

(6)-للتفصيل في اختلاف الفقهاء حول كون القرء حيضاً أو طهراً. انظر ص ص 55-56.

والأكيد أنه ترك الاجتهاد مفتوحاً على مصراعيه لتبني أي تعريف وبالتالي الآثار المنجزة عنه، أما فيما يتعلق بأقل مدة للاعتداد بالإقراء فقد اختلف الفقهاء في تحديدها:

فالشافعية قالوا أن العدة بالإقراء تكون خلال اثنتين وثلاثين يوماً وساعة، وذلك بأن يطلقها في الظهر ويبقى من الظهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءً، ثم تحيض يوماً، ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثاني، ثم تحيض يوماً، ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثالث، فإذا طهرت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها⁽¹⁾، وقد سائر المالكية والجعفرية هذا القول لكونهما يتفقان والشافعية باعتبار القرء هو الطهر⁽²⁾.

أما الأحناف فيعتبرون أن أقل مدة للعدة هي ستون يوماً، فهي تبدأ عند الإمام أبي حنيفة بالحيض عشرة أيام وهي أكثر مدته، ثم بالظهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض عشرة والظهر خمسة عشر، ثم بالحيضة الثالثة ومدتها عشرة أيام، فيكون المجموع ستين يوماً، فإذا نصت هذه المدة وادعت أن عدتها انتهت صدقت بيمينها وصارت حلالاً لزوج آخر⁽³⁾.

ب- عدة غير الحائض: المطلقة غير الحائض أنواع، فقد تكون صغيرة لم تبلغ أو كبيرة لا تحيض سواء انقطع عنها الحيض بعد وجوده أو لم يكن موجوداً أصلاً⁽⁴⁾.

فعدة غير الحائض هي ثلاثة أشهر مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾⁽⁵⁾.

وفي تفسير ابن أبي هاشم عن عمر بن سالم عن أبي بن كعب⁽⁶⁾، قال قلت يا رسول الله إن أناساً بالمدينة يقولون في عدة النساء، ما لم يذكر الله في القرآن الصغار والكبار وأولات الأحمال فأنزل الله سبحانه في هذه السورة: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁷⁾.

(1)- انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 38.

(2)- المرجع نفسه، ص 38.

(3)- المرجع نفسه، ص 39. انظر كذلك إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 414.

(4)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 39.

(5)- سورة الطلاق، الآية 04.

(6)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 211.

(7)- سورة الطلاق، الآية 04.

وعن سعيد بن جبير في قوله⁽¹⁾: ﴿وَالَّتِي يَسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ يعني الآية العجوز

التي لا تحيض، أو المرأة التي تعدت من الحيضة، فليست هذه من القروء في شيء وفي قوله: ﴿إِنْ أَرْتَبْتُمْ﴾ يعني إن شككتم وفسرها آخر إن سألتكم عن حكمهن وشككتم فيه فقد بينه الله لكم.

أما إذا طلقت المرأة وهي من ذوات الحيض، ثم أنها لم تر الحيض في عاداتها ولم تعرف سبب ذلك فإنها تعدت سنة كاملة، وذلك أن تتربص بنفسها مدة تسعة أشهر لتتأكد من براءة رحمها أنها ليست حاملاً وبعدها تعلم ببراء الرحم تعدت عدة الآية من المحيض وهي ثلاثة أشهر⁽²⁾.

وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك في حديث عن مالك، عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن الحسين أنه قال: قال عمر بن الخطاب: "أيا امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان لها حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر ثم حلت"⁽³⁾.

هذا وقد اختلف الفقهاء في سن اليأس على أقوال كثيرة، فقال بعضهم: إنها خمسون، وقال آخرون أنها ستون، والحق أن ذلك يختلف باختلاف النساء، قال: "اليأس مختلف باختلاف النساء وليس له حد يتفق عليه النساء، والمراد بالآية أن يياس كل امرأة من نفسها، لأن اليأس ضد الرجاء فإن كانت المرأة قد يئست من المحيض ولم ترجه فهي آيسة، وإن كان لها أربعون أو نحوها، وغيرها لا تياس منه وإن كان له خمسون"⁽⁴⁾.

ت- عدة الحامل: عدة الحامل تكون بوضع الحمل، سواء أكانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁵⁾.

وذكر السيد سابق نقلاً عما جاء في كتاب زاد المعاد في تفسير هذه الآية أن المرأة إذا كانت حاملاً بتوأمين لم تنقض العدة حتى تضعهما جميعاً، ودلت أن من عليها الإستبراء فعدتها وضع الحمل أيضاً ودلت على أن العدة تنقضي على أي صفة كان، حياً أو ميتاً تام الخلقة أو ناقصها، نفخ في الروح أو لم ينفخ⁽⁶⁾.

(1)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 211.

(2)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 40.

(3)- المرجع نفسه، ص 40.

(4)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 211.

(5)- سورة الطلاق، الآية 04.

(6)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 211.

عن سبيعة أنها كانت تحت سعد بن خولة، وهو من بني عامر، وكان ممن شهد بدرًا تُوفِّي عنها في حجة الوداع، وهي حامل فوضعت حملها بعد وفاته، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار، فقال لها: [ما لي أراك متجملة؟ لعلك تُريدين النكاح، إنك والله ما أنت بناكح حتى يمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة: فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حتى أمسيت فأتيت رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فسألته عن ذلك، فأفتاني بأنني قد حلت يوم وضعت حملي، وأمرني بالترج إن بدا لي]⁽¹⁾، والعلماء يجعلون قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾⁽²⁾، خاصة بعدد الحوائل، ويجعلون قوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾⁽³⁾، في عدد الحوامل، فليست الآية الثانية معارضة للأولى.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة (60) ق.أ.ج على أن: « عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ». وتأكيداً على ما جاءت به المادة (60) ق.أ.ج نقضت المحكمة العليا قراراً مطعوناً فيه باعتبار الطاعة بنتاً للزوج الثاني اعتماداً على قاعدة الولد للفراش واعتبرته خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. وقد جاء في القرار مايلي⁽⁴⁾: « من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى تبين في - قضية الحال - أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعة بنتاً للزوج الثاني اعتماداً على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة ». وتأسيساً لقرارهم أكد قضاة المحكمة العليا أن القرار المنتقد قد اعتبر الطاعة بنتاً للزوج الثاني (م.ع.ر) بقاعدة الولد للفراش، مع أن هذا الزواج باطل شرعاً، لأنه وقع على امرأة لازالت في العدة، لأن عدتها وضع حملها، وما دام الزواج الثاني باطلاً لا يعتبر فراشاً، زيادة على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ولا يمكن إلحاقه بالزوج الثاني بأي حال مما يعني أن الطاعة هي من الفراش الأول لولدها (ف.ع.ب.ب)، وعليه فالوجهان مؤسسان، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

(1)- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بالحمل، ص 1122.

(2)- سورة البقرة، الآية 234.

(3)- سورة الطلاق، الآية 04.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 193825، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 73.

ث- عدة المتوفى عنها زوجها: رغم أن هذا النوع من العدة سبق وأن تطرقنا إليه في دراستنا هذه⁽¹⁾، لكن لا يمنعنا ذلك من الإشارة مجدداً إلى أن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشراً ما لم تكن حاملاً لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁽²⁾.

وحكمة التحديد بهذه المدة كما ذكر السيد سابق تفسيراً لآية سورة البقرة 234 كونها المدة التي تكمل فيها خلقة الولد وينفخ فيه الروح بعد مضي 120 يوماً، وهي زيادة على أربعة أشهر لنقصان الأهلة فحجر الكسر إلى العقد على سبيل الاحتياط، وذكر العشر مؤنثاً لإرادة الليلي، والمراد مع أيامها عند الجمهور، فلا تحل حتى تدخل الليلة الحادية عشر⁽³⁾.

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيًا ثم مات وهي في العدة تتحول عدتها من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة كونه لا يزال زوجها⁽⁴⁾.

ج- عدة زوجة المفقود: وهي أربعة أشهر وعشراً، وقد سبق أن تطرقنا إليها بنوع من التفصيل في الفصل التمهيدي⁽⁵⁾.

2- انتقال العدة من حال إلى حال

الأصل في العدة أنها إن كانت بالأشهر، أن تتم بالأشهر، وإن كانت بالقروء أن تتم بالقروء، غير أنه قد يطرأ أثناء العدة ما يحتم انتقالها من نوع إلى آخر⁽⁶⁾، ويكون ذلك في الحالات التالية:

أ- انتقال العدة من الأشهر إلى الأقراء

فالصغيرة التي لا تحيض أو البالغة التي لم تحض بعد، فإن طلقت وبدأت عدتها بالأشهر وفي أثناءها رأت الدم فتستأنف عدتها بالأقراء، لأن الشهور في حقها بدل عن الأقراء، والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود بالمبدل يبطل حكم البديل، كالقدرة على الوضوء في حق المتيمة، فإذا حاضت فقد ثبتت القدرة على المبدل وهو الحيض فيبطل حكم الأشهر⁽⁷⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة للأيسة، فإذا اعتدت بالأشهر لبلوغها سن اليأس ثم رأت الدم أو حملت من زوج آخر، فيرى الحنفية أن عدتها قد بطلت وفسد نكاحها الثاني إن كانت قد تزوجت، ثم عليها أن تستأنف العدة بالحيض، لأن الأشهر بدل للحيض وشرط تحقق البديل تحقق اليأس في المبدل، ويكون التحقق من ذلك بالعجز الدائم إلى الموت، وهذا هو القول المعتمد عند الحنفية، غير أن هناك قولاً آخرًا لهم أنها إذا رأت الدم قبل تمام

(1)- انظر ص ص 17-20.

(2)- سورة البقرة، الآية 234.

(3)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 210.

(4)- المرجع نفسه، ص 212.

(5)- انظر ص 28.

(6)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 364.

(7)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 414.

الأشهر انهدمت عدة الأشهر، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض، أما إذا تمت الأشهر فلا تستأنف العدة والنكاح جائز وتعتد في زواجها الجديد بالحيض⁽¹⁾.

ب- انتقال العدة من الأقراء إلى الأشهر

إذا شرعت المطلقة في العدة بالأقراء، ثم ظهر بها حمل من الزوج على رأي المالكية والشافعية بأن الحامل قد ترى الدم، سقط حكم الأقراء وتعتد بوضع الحمل، لأن الأقراء دليل على براءة الدم في الظاهر والحمل دليل على شغل الرحم قطعاً فيسقط الظاهر بالقطع⁽²⁾.

وإذا طلقت المرأة التي كانت تحيض، فحاضت مرة أو مرتين، ثم يئست تنتقل عدتها من الأقراء إلى الشهور، فتستأنف عدتها بالأشهر لأنها لما يئست فقد صارت عدتها بالأشهر⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿وَأَلْتَمِسْ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾⁽⁴⁾.

ت- انتقال العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة

إذا كانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي، سواء كانت تعند بالأقراء أو بالأشهر ثم مات زوجها أثناء العدة، فإن عدتها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، لأن المطلقة رجعيًا تعتبر زوجة من كل وجه ما دامت في العدة تبدوها من وقت الوفاة ولذا ترثه، ويستوي في ذلك أن يكون طلاقها في صحته أو في مرض موته⁽⁵⁾.

أما إذا كان الطلاق بائنًا ومات الزوج في عدتها، فإن كان الطلاق لا يعتبر فرارًا من الميراث فإنها لا تستأنف عدة جديدة، وتكتمل عدتها السابقة بالأشهر أو الأقراء، لأن المطلقة طلاقًا بائنًا ليست زوجة، إذ الطلاق البائن يزيل الملك فلا تعود العلاقة الزوجية قائمة، ولذلك فإنها لا ترثه⁽⁶⁾.

أما إذا كان الطلاق بائنًا وقصد به المطلق الفرار من الميراث بأن طلقها طليقة بائنة في مرض موته، ثم مات وهي في العدة فإنها تعند بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو الأقراء، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أبو يوسف: تعند عدة الطلاق ولا تتحول إلى عدة الوفاة ولا تعند بأبعد الأجلين لأن الزوجية قد انتهت ولا يدل ثبوت الميراث على بقاء الزوجية، لأنه ثبت ليرد عليه قصده بحرمانها من الميراث⁽⁷⁾.

(1)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 364-365.

(2)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 336.

(3)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 414-415.

(4)- سورة الطلاق، الآية 04.

(5)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 187.

(6)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 345.

(7)- المرجع نفسه، ص 345.

ثالثاً: نظرة المشرع الجزائري للعدة كأثر من آثار الطلاق

سن المشرع الجزائري على العدة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون

بـ " انحلال الزواج " .

وقد اتجه المشرع عندنا الاتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديده لأنواع العدة على النحو التالي:

- 1- لا عدة على المطلقة غير المدخول بها.
- 2- عدة اليأس من المحيض ثلاثة أشهر.
- 3- عدة المطلقة غير الحامل ثلاثة قروء.
- 4- عدة الحامل وضع حملها سواء أكانت في طلاق أو وفاة.
- 5- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً.
- 6- عدة زوجة المفقود أربعة أشهر وعشراً.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه النقاط في كل من المواد التالية:

✓ فالمادة (58) ق.أ.ج نصت على مايلي: « تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ».

✓ وفي المادة (59) ق.أ.ج أكد على أنه: « تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده ».

✓ وفي المادة (60) ق.أ.ج نص المشرع على أن: « عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ».

غير أن الإشكال المطروح على مستوى التشريع الجزائري يتلخص في عدم النص على الطلاق الرجعي فقانون الأسرة الجزائري لم يتحدث عن الطلاق الرجعي ولم يتبناه من حيث مفهومه وآثاره واكتفى بالنص على الطلاق البائن بينونة صغرى، والطلاق البائن بينونة كبرى.

ذلك أنه وبالرجوع إلى مفهوم الطلاق الرجعي نقول أن مراجعة الرجل لزوجته لا تتم بعقد ولا مهر جديدين، بل تكون مواصلة طبيعية للعشرة الزوجية، والثابت في قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقاً لما نصت عليه المادة (49) منه.

والثابت أيضاً أن الأحكام الصادرة في دعاوي فك الرابطة الزوجية بجميع صورها غير قابلة للاستئناف إلا فيما تعلق بجوانبها المادية طبقاً لنص المادة (57) ق.أ.ج.

ومادام الطلاق لا يثبت إلا بحكم يكون غير قابل للاستئناف، فإنه لا يمكن تصور مراجعة الرجل لزوجته دون عقد ولا مهر جديدين.

فلا بد له من هذين العنصرين كي يعيد الحياة الزوجية بينه وبين زوجته، إلا أن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إظهار محاولته للقول بأنه تبنى ونص على الطلاق الرجعي من خلال نص المادة (50) ق.أ.ج:

« من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ».

فالمشرع الجزائري حاول أن يتحدث في هذه المادة عن الطلاق الرجعي وحاول تصنيفه وتمييزه عن الطلاق البائن من حيث آثاره بمراجعة الزوجة دون عقد جديد خلافاً للطلاق الصادر بحكم. لكن ما حاول المشرع الجزائري تفسيره والنص عليه أوقعه في تناقض وعدم وضوح فيما يتعلق بالطلاق وأنواعه، فمن جهة يؤكد أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، ومعنى ذلك أنه لا يمكن الحديث عن فك الرابطة الزوجية بين الزوجين إلا إذا نطق القاضي بشكل قطعي نهائي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف. وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه إذا لم يتم النطق بحكم الطلاق بمعنى ذلك أن الزوجية قائمة بين الزوجين ومنتجة لكافة آثارها الشرعية والقانونية.

ثم أن محاولة المشرع النص على الطلاق الرجعي بالشكل الذي جاء به في المادة (50) ق.أ.ج تصطدم مع النص القانوني الوارد في المادة (58) من نفس القانون حينما اعتبر أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق.

ومعنى التصريح بالطلاق هو النطق بالحكم من طرف القاضي كوننا لا يمكن تصور شكل آخر من هذا التصريح أخذاً بمبدأ أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم⁽¹⁾.

وهذا أمر غير معقول، لأن صدور الطلاق وخصوصاً إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون بوقت سابق على التصريح به، وحساب العدة في هذه الحالة يكون من تاريخ التلفظ به وليس من تاريخ الحكم به⁽²⁾. وفضلاً عن ذلك فإذا ما تجاوزنا مع محاولة المشرع الجزائري بإقناعنا بوجود الطلاق الرجعي والنص عليه، فإن المطلقة طلاقاً رجعيّاً تحتاج إلى زمن أطول لحساب عدتها، كون فترة المراجعة قد تكون سابقة بأمر طويل على فترة التصريح بالطلاق.

وبمعنى أوضح فإنه حتى إذا تصورنا أن الخلاف بين الزوجين والانقطاع بينهما دام لأكثر من سنة، ثم نطق بالطلاق فإن مدة السنة لا معنى لها ولا أساس، وأن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق الذي يعد طلاقاً بائناً كونه يحتاج إلى مهر وعقد جديدين، وعدم الأخذ بالمدة السابقة للتصريح بالطلاق يعني بشكل واضح أن المشرع الجزائري لم ينص على الطلاق الرجعي وعلى الآثار المنجزة عنه رغم حرصه شكلياً على ذلك⁽³⁾. وعليه فالمشرع الجزائري وبموجب المادة (58) ق.أ.ج لا يترتب آثاراً على الطلاق إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي به وإن انتهت العدة قبل أن يحكم القاضي بالطلاق، وصياغة المشرع الجزائري لهذه المادة يجعله يحرم الحلال ويحلل الحرام⁽⁴⁾:

(1)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 45-46.

(2)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 225.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 47.

(4)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 426.

- يحرم الحلال بعدم اعتباره طلاق الزوج طلاقاً ويحلل الحرام ببقاء المطلقة ولو آلاف المرات مع زوجها إن لم يحكم القاضي بالطلاق، فالمرأة في هذه الحالة في نظر الشرع أجنبية عن مطلقها وفي نظر القانون زوجته.
 - يؤدي إلى تعليق المرأة، لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، فالزوج يرى أنها حرمت عليه شرعاً، لأنه طلقها وقد انقضت أو قد طلقها ثلاثاً فلا يقر بها لهذا، والقانون يرى أنها زوجة له، فلا يجوز لها أن تتزوج غيره ولو أن المرأة أتت بولد في هذه الفترة، ففي نظر الشرع ليس ابناً له، لأنه طلقها منذ كذا وكذا وهي ليست امرأته في نظره.
 - إذا مات أحد الزوجين ولم يحكم القاضي بالطلاق وكان الطلاق بائناً وقد يكون رجعيًا لكن انتهت عدتها ففي نظر الشرع لا توارث بينهما والقانون يقضي بالتوارث بينهما.
 - معاشرته الزوج لمطلقة في هذه الحالة فهو في نظر الشرع زنا يوجب إقامة الحد عليهما، ولا نسب للأولاد وفي نظر القانون حلال ويوجب نسب الأولاد.
- فهذه كلها ويلاّت توجبها هذه المادة على الشعب الجزائري المسلم وليس للمشرع الجزائري في هذه الحالة إلا أن يسارع بالإصلاح العاجل لهذه المادة على النحو الذي يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية وبما يتناسب مع التعديل الذي اقترحنه في نص المادة (49) ق.أ.ج وتكون المادة (58) على النحو التالي:
- « تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.
- غير أنه إذا تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة فإن حساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به وبأثر رجعي ».

المطلب الثاني

الآثار المرتبطة بالزوجين مادياً

إنه ونظرًا لكون العصمة الزوجية حق خالص للزوج فإنه من حكمته عزوجل وحتى لا تحس المرأة أن حقوقها قد أهدرت، وأن الله تعالى لم يعدل بينها وبين زوجها فقد خصها بجملة من الحقوق، غير أن هذه الحقوق ليست حكرًا على المرأة فقط وإنما للزوج كذلك في الحدود المخولة له، وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى النفقة (الفرع الأول) والنزاع في متاع البيت (الفرع الثاني) وأخيرًا قسمة الأموال المشتركة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

النفقة

إذا كانت النفقة واجبة على الزوج بحكم الزواج فهي من باب أولى واجبة للمرأة بعد الطلاق سواء أكان الطلاق رجعيًا أو بائنًا⁽¹⁾، والنفقة بهذا النوع تنقسم إلى نفقة العدة (أولاً) ونفقة الإهمال (ثانياً) ونفقة المتعة (ثالثاً).

(1) -محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 255. انظر كذلك خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، العراق، ع 40، 2009، ص 75.

أولاً: نفقة المعتدة

يقول الفقهاء " من حبس لأجل غيره وجبت نفقته عليه " وعليه واستناداً إلى هذه القاعدة الشرعية فقد قرر الفقه الإسلامي حق النفقة في العدة، غير أن السؤال الجدير بال طرح في هذا الشأن هو: هل في كل حالات العدة تستحق فيها المرأة النفقة؟

إنه وللإجابة على هذا التساؤل، لا بد أن نميز بين أنواع النساء اللواتي تلزم فيهن نفقة العدة وهذا لا يتأتى إلا وفق استظهار معيار الصورة التالية وهي: من الفئات من النساء اللواتي لا تجب لهن نفقة العدة؟ ومن من النساء اللواتي تجب لهن نفقة العدة؟

1- الفئة التي لا تجب عليها النفقة: وهي كالتالي:

أ- المعتدة من الوفاة: فكل امرأة توفي عنها زوجها، لا سبيل لإيجاب نفقتها على أحد، لا على الزوج لأنه بعد الوفاة لا ملك له، وليس أهلاً للإيجاب ولا على وراثته، لأن نفقة الزوجية حق شخصي على الزوج لا ينوب عنه فيه وراثته⁽¹⁾.

ب- المعتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهي محظورة غير مشروعة: لأنها صارت حابسة لنفسها بغير حق فصارت كالناشئة بل أبعد لأنها أزلت الحل والنكاح بينهما، كأن تترد عن دين الإسلام أو تمتنع عن الدخول فيه بعد أن أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو تفعل مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، لأن النفقة فيها معنى الصلة، ولأن الفرقة لما جاءت من جهتها بغير حق كانت مبطللة لحقها في النفقة قياساً على الوارث إذا قتل مورثه بغير حق فإنه يحرم من الميراث⁽²⁾.

ت- المعتدة من فراق بعد زواج فاسد أو دخول بشبهة: والسفر في عدم إيجاب نفقة العدة في أحد هاتين صورتين هو أن الزواج الفاسد والوطء بشبهة لا يكون أحدهما سبباً في احتباس الرجل للمرأة بل يجب عليهما أن يفارقا منه، لكون أن الأصل في النفقة من حيث وجوبها أن تكون جزءاً للإحتباس، وعليه فإذا كان الإحتباس غير جائز شرعاً كانت النفقة غير واجبة⁽³⁾.

2- الفئة التي تجب عليها النفقة: إن نفقة العدة تجب على ثلاثة أنواع من النساء وهن:

أ- المعتدة لفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسحاً بسبب محظور أو غير محظور: فكل امرأة فارقها زوجها بغير الوفاة بعد زواج صحيح شرعاً وبسبب من عنده، سواء كانت الفرقة بالطلاق أم كانت بالفسخ وسواء أكان سبب الفسخ مشروعاً، كاختياره نفسه بعد البلوغ أو لم يكن مشروعاً كإرتداده عن الإسلام أو بفعله ما يوجب حرمة المصاهرة بأصلها أو فرعها⁽⁴⁾.

(1)- عمر عبد الله ومحمد حامد قماوي، المرجع السابق، ص ص 211-212.

(2)- MOSTEFA Kouidri, L'obligation d'entretien de l'épouse entre deux systèmes juridiques distincts, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, Nouvelle série n° 04, 2012, p 05 .

(3)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 117.

(4)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 475.

ب- المعتدة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور: كأن تختار فسخ الزواج عند البلوغ، وذلك عندما يزوجها غير الأب والجد أو فسخ العقد لنقصان مهرها عن مهر المثل أو لعدم الكفاءة بطلب وليها العاصب⁽¹⁾.
ت- المعتدة من فرقة قضى بها القاضي في الحالات التي يجوز لها فيها التفريق بينهما: وهذا في حالة إذا كان الطلاق ينصب على الزوجة التي ترتبط بزوجها بعقد صحيح مستوف لجميع أركانه وشروطه، أما إذا كان العقد مفتقراً لشروط صحة أو لركن من أركانه، فإن نهايته تكون بالفسخ ولذلك يجب علينا في هذه الحالة أن نميز بين المعتدة من فسخ والمعتدة من طلاق:

1- المعتدة من فسخ: إذا كانت الفرقة بين الزوجين بسبب فسخ العقد طبقاً للمادة (33) أو (34) ق.أ.ج⁽²⁾ فإنه وفي هذه الحالة لا يترتب أي أثر، وذلك لانعدام الزوجية بناءً على العقد الباطل، حيث جاء في هذا الصدد وفي المادة (131) ق.أ.ج على أنه: « إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين ».

وعليه فإنه حيث ينعدم التوارث فإن ذلك يعني انعدام الزوجية، وبالتالي إذا فسخ العقد بسبب معصية أو تخلف ركنًا من أركانه فإن الزوجة تعتد ولا نفقة لها، لأن هذه الأخيرة إنما هي أثر للعقد الصحيح.
أما الفاسد فلا يترتب نفقة على الزوج لا قبل الفسخ ولا بعده إلا إذا كان الفسخ بسبب آخر لا يمس صلب العقد في تكوينه أو صحته كفرقة اللعان أو الإيلاء أو الخلع أو بسبب الحق المباح شرعاً لمن زوجه ووليّه وهو في حالة جنون ويسمى هذا بخيار الآفاقة، وعليه ففي جميع هذه الأحوال تستحق الزوجة النفقة وتحكم لها بذلك الجهة القضائية المختصة⁽³⁾.

2- المعتدة من طلاق: إن ما هو معلوم بضرورة أحكام الطلاق الشرعية، أن الطلاق إما أن يحصل قبل الدخول بالمطلقة أو بعده، ومتى حصل ذلك فإنه إما أن يكون الطلاق رجعيًا أو بائنًا ولكل حالة حكم خاص.

أ- المطلقة قبل الدخول: إذا طلق الرجل زوجته قبل أن يدخل بها، فإنها تطلق منه طليقة بائنة بدون عدة وذلك لخروجها عن حكم المادتين (58) و(59) ق.أ.ج واللتين أوجبنا العدة على المدخول بها والمتوفى عنها زوجها ولو قبل الدخول، وهذا طبقاً لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾⁽⁴⁾.

(1)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 192.

(2)- تنص المادة (33) ق.أ.ج على أنه: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل». «.

وتنص المادة (34) ق.أ.ج على أنه: « كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء ».

(3)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 118.

(4)- سورة الأحزاب، الآية 49.

وحيث لا تجب العدة، فإنه لا يمكن الحكم للمطلقة قبل الدخول بالنفقة، لأن هذه الأخيرة مقابل الاحتباس الحاصل بموجب العدة⁽¹⁾.

ب- **المطلقة طلاقاً رجعيّاً**: تجب النفقة للمعدّنة في عدة الطلاق الرجعي بلا خلاف بين الفقهاء، لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح ولا يزيل الحل فتبقى مدة العدة بحكم الزوجة ولها ما لغيرها من الزوجات اللاتي لم يقع عليهن أي طلاق، ويجب على الزوج نفقة المطلقة رجعيّاً وكسوتها وسكنها كالزوجة لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽²⁾، ولأنها زوجة يلحقها طلاقه.

عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ قَالَتْ: أَتَيْتُ النَّبِيَّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقُلْتُ: إِنَّ زَوْجِي فَلَانًا أُرْسِلَ لِي بِطَلَاقٍ وَأَنْتِي سَأَلْتُ أَهْلَهُ النَّفَقَةَ وَالسَّكْنَ فَأَبَوْا عَلَيَّ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ: إِنَّهُ أُرْسِلَ إِلَيْهَا بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ، قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ لِمَنْ كَانَ لِرِزْوَجِهَا عَلَيْهَا رَجْعَةٌ]⁽³⁾.

ت- **المطلقة طلاقاً بائناً**: اختلف الفقهاء في وجوب النفقة على الزوج للمطلقة طلاقاً بائناً: فالحنفية قالوا: **لها الحق في النفقة والسكن مثلها مثل المطلقة رجعيّاً**، لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية، فهي محتسبة لحقه عليها، فتجب لها النفقة وتعتبر هذه النفقة ديناً صحيحاً من وقت الطلاق ولا تتوقف على قضاء القاضي أو التراضي عليها ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء⁽⁴⁾، وقد استدلوا ب:

• القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسُتْرُوعٌ لَهُنَّ أُخْرَى﴾⁽⁵⁾.

(1)- عبد الفتاح تقيه، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 119. انظر كذلك نازك سالم محمد حنيني، المرجع السابق، ص 46.

(2)- سورة البقرة، الآية 228.

(3)- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (سنن النسائي)، المرجع السابق، باب الرخصة، ص 144. انظر كذلك أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (سنن الدارقطني)، المرجع السابق، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، ص 40.

(4)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 47. انظر كذلك أحمد محمد نمر أبو عرجة، المرجع السابق، ص 66.

(5)- سورة الطلاق، الآية 06.

وجه الاستدلال: أن الآية دلت على أن المقصود هنا ﴿ وَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ قراءة ابن مسعود المروية عن الرسول " صلى الله عليه وسلم " وهي مفسرة له، كذلك لو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات لكان التقدير " اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم..... " (1).

■ قوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾ (2).

وجه الاستدلال: أن الله عزوجل أمر بالإنفاق من غير فصل ما بين قبل الطلاق وبعده في العدة (3).

• السنة النبوية الشريفة

عن جابر عن النبي " صلى الله عليه وسلم " أنه قال: [الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ] (4).

أما الحنابلة فقالوا: لا نفقة لها ولا سكن (5)، وقد استدلت أصحاب هذا الاتجاه بقوله " صلى الله عليه وسلم " لفاطمة بنت قيس: [لَيْسَ لَكَ نَفَقَةٌ وَلَا سَكْنَى] (6).

أما المالكية والشافعية فقالوا: لها السكن ولا نفقة لها، إلا أن تكون حاملاً ودليلهما في ذلك أن عائشة رضي الله عنها وابن المسيب أنكرا على فاطمة بنت قيس حديثها، قال مالك: سمعت ابن شهاب يقول: " المبتوتة (المطلقة طلاقاً بانئاً) لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليست لها النفقة، إلا أن تكون حاملاً، فينفق عليها حتى تضع حملها " ثم قال: " وهذا الأمر عندنا " (7).

ولعل الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية بوجود النفقة والسكن للمطلقة سواء أكانت مطلقة رجعيًا أو بانئاً، وذلك لقوة أدلتهم فقراءة ابن مسعود بمثابة تفسير لقوله تعالى: ﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِّنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ ﴾ (8)، فهؤلاء هم الصحابة وهم أعرف لمعاني القرآن، ثم إن السكن بحد ذاته نفقة فإذا وجب السكن وجبت النفقة.

(1)- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 429.

(2)- سورة الطلاق، الآية 07.

(3)- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 429.

(4)- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (سنن الدارقطني)، المرجع السابق، ص 39.

(5)- ليلي حسن محمد الزوبعي، المرجع السابق، ص 109. انظر كذلك خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 86.

(6)- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ص 1114.

(7)- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (الموطأ)، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة، ص 837.

(8)- سورة الطلاق، الآية 06.

وقد تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بالقول أن للمطلقة الحق في السكن والنفقة، وذلك ما تجلى بوضوح في نص المادة (61) ق.أ.ج والتي نصت على أنه: « لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق ».

وقد سار قضاء المحكمة العليا في هذا الاتجاه وهو ما أكده في قرار مؤرخ في 1984/10/22 وجاء فيه مايلي⁽¹⁾: « متى كان من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيه قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعاً إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن ».

ثانياً: نفقة الإهمال

لما كان وجوب الإنفاق على الزوجة ثابت بمصادر الشريعة الإسلامية الغراء وبنصوص تشريع الأسرة الجزائري على وجه الخصوص⁽²⁾، فمن ضمن حقوق المطلقة الحق في النفقة أيضاً طالما وأنها لا زالت في عصمة زوجها فنفتتها بعد النطق بالطلاق وإلى غاية انقضاء العدة تسمى نفقة العدة كما سبق بيانه أما النفقة المستحقة قبل النطق بالطلاق فهي نفقة الإهمال.

وفيها وفي أغلب الأحيان تغادر الزوجة مسكن الزوجية وتبقى مدة زمنية عند أهلها دون الإنفاق عليها، ومن هنا كان للزوجة الحق في المطالبة بنفقة إهمالها وطبعاً القاضي لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم ولا يحكم بما لا يطلبه الخصوم، وعليه فيجب أن تتقدم الزوجة بطب هذه النفقة حتى يحكم لها بذلك⁽³⁾.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/10/22، ملف رقم 34327. انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 48.

(2)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 122.

(3)- نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص 246.

على عكس المشرع الجزائري فإن القانون الفرنسي يطلق على النفقة الواجبة قبل النطق بالحكم بالطلاق " واجب المساعدة بين الزوجين قبل النطق بالطلاق "، حيث يقتضي المشرع الفرنسي أن تتلائم هذه النفقة بالقدر الكافي مع الوضعية المالية لكلا الطرفين ويجب على الطرف المحكوم بها أن ينفذ هذا الالتزام على النحو الذي فرضه القانون، وينتهي هذا الالتزام (النفقة) بمجرد النطق بحكم الطلاق أيًا كان الشكل الذي يظهر فيه. انظر

- ELODIE Mulon, Le devoir de secours pendant l'instance en divorce, G.P., France, 2008, p 3711.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وفي المادة (80) منه نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على أحقية استحقاق الزوجة للنفقة في المادة المذكورة أعلاه، حيث نصت على أنه: « تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ».

وعليه فالأصل في استحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء، ذلك أن المشرع قد راعى حالات عديدة يغادر فيها أحد الزوجين لمسكن الزوجية، والتي قد تدوم الفرقة بينهما مدة زمنية قبل المطالبة القضائية بالطلاق، دون أن يلتزم الزوج بالإنتفاق على زوجته.

وكاستثناء أمكن المشرع الجزائري القاضي بأن يحكم للزوجة بنفقة الإهمال للمدة التي تدعي الزوجة فيها عدم الإنتفاق عليها، حيث تقدم الدليل على ذلك بشرط أن لا تتجاوز تلك المدة سنة قبل رفع الدعوى⁽¹⁾، وذلك لتمكينها من طلب التطلق في حالة عدم الإنتفاق عليها، وبالتالي فإن مدة السنة تعتبر مدة كافية لمطالبتها بالنفقة والمطالبة بعد ذلك بالتطبيق إن لم يمثل للحكم الذي يلزمه بالنفقة إن أرادت ذلك⁽²⁾.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل المشرع الجزائري يشترط وجود بينة على عدم الإنتفاق لتمكين القضاء من الحكم للزوجة بالنفقة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى؟ فإن كان كذلك كما جاء في صلب المادة (80) ق.أ.ج فما هي إذن البينة التي يمكن للزوجة أن تعتمد عليها؟

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ولنفرض أن الزوج قد يعترف فعلاً أنه لم ينفق على الزوجة المطلقة، وبالتالي لا إشكال يطرح في هذه الحالة، غير أنه وفي مقابل ذلك قد ينكر الزوج ذلك ويدعي أنه قد أنفق على زوجته، ففي هذه الحالة كيف يمكن لها أن تثبت عدم الإنتفاق؟

وعليه وفي هذه الحالة فالقضاة في الميدان العملي يعتمدون على شهادة الشهود، خاصة الجيران الذين يشهدون أن الزوجة قد غادرت بيت الزوجية، وأن الزوج لا يسأل عن زوجته ولا عن أبنائه، وغيرها من الأمور التي تثبت إهمال الزوج لزوجته، فقد يثبت الزوج عكس ذلك بأن يقدم وصولات بريدية تثبت أنه كان يرسل لها مبالغ مالية أثناء تواجدها ببيت أهله⁽³⁾.

فمسألة الإثبات في هذه الحالة تبقى صعبة، ذلك أن انعدام البينة عند القاضي تجده مضطراً إلى استصدار الحكم بالنفقة من يوم رفع الدعوى القضائية للمطالبة بالطلاق.

وعليه فمن الملاحظات التي نستشفها من الواقع الفعلي، أنه غالباً ما يطالب الزوج بالطلاق وتتمسك الزوجة بطلب الرجوع، وبالتالي لا تطالب بأي حق مما يضطرها بعد الحكم بالطلاق إلى رفع دعوى أخرى للمطالبة بحقوقها الناجمة عن الطلاق، غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه هنا: هو عندما تطالب الزوجة بنفقة الإهمال، وعندما يمنحها لها القاضي لمدة سنة قبل رفع الدعوى فأى دعوى يعتمد عليها لحساب هذه السنة فهل هي الدعوى الأولى الخاصة بالطلاق أم الدعوى الثانية الخاصة بالمطالبة بالحقوق المترتبة عن الطلاق؟

(1)- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 197.

(2)- نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص 247.

(3)- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 198.

المشرع الجزائري لم يوضح موقفه في هذه الحالة واكتفى بالقول: « لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى »، لذلك نجد أن بعض القضاة يخلطون بين الدعويين، وفي الحقيقة أن النفقة هي واجب من واجبات الزوج على زوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية، وبالتالي فبمجرد صدور الحكم بالطلاق بين الزوجين فلا مجال للحديث عن ذلك، فإن الدعوى التي قصدها المشرع هي دعوى الطلاق، والأجدر به ولقطع كل لبس أن يعدل المادة (80) ق.أ.ج على النحو الذي يزيل هذا الغموض وذلك كالتالي: « ... قبل رفع دعوى الطلاق ».

ثالثا: المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

إنه ولما كان الطلاق تصرف إرادي والزوج فيه صاحب الحق، له أن يستعمله في غرضه فإذا استعمله في غير موضعه اعتبر متعسفاً في ممارسة حقه، مما يستوجب عليه التعويض للطرف الآخر، وهذا ما يطلق عليه بالمتعة، غير أن السؤال الذي يثور في هذه الحالة: ما العلاقة الموجودة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي؟

فهل المقصود بأن نفقة المتعة هي التعويض عن الطلاق التعسفي أم أن الأمرين شيئين مختلفين؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يقتضي بنا الأمر التطرق إلى كل عنصر على حدى، ثم تحديد العلاقة الموجودة بينهما، وهذا على النحو التالي:

1- المتعة

إذا كان الشرع كما سبق وأن ذكرنا، قد أعطى الزوج حق الطلاق، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه وإنما هو مقيد بتقييد الله له ولم يقف الشرع عند هذا الحد، بل قرنه بتوجيهات وإرشادات مرغبا في البقاء على الحياة الزوجية تارة ومرهبا عن الطلاق تارة أخرى، فأمره بالصبر على تحمل بعض الأخلاق التي قد نفر منها، ونلمس ذلك في قول المصطفى " صلى الله عليه وسلم ": [لا يَفْرُكُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ]⁽¹⁾، ثم أمره بالعلاج والمصالحة والعشرة بالمعروف لقوله تعالى: ﴿ فَإِنَّ أَطْعَمَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾⁽²⁾، ولم يقف عند هذا الحد، وإنما نفر من الطلاق بأشد عبارة [أَبْغَضُ الْحَالِلِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ]⁽³⁾.

وهذا كله من أجل ألا يسيئ الرجل في استعمال حقه في الطلاق، فيضار بزوجه أو يلحق بها ضررا وقد ثبت أنه لا ضرار ولو أن الناس استلهموا من هذا الهدى الإلهي ما عانوا مشكلات قط.

(1)-مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري(صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ج 02، 1091.

(2)-سورة النساء، الآية 34.

(3)-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني(سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 255.

وعليه فإذا تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ملحقاً الضرر بزوجته اقتضت الحكمة الإلهية وضع تشريع لمعالجة هذا الأمر، وهو فرض المتعة التي تعطى للزوجة المطلقة جبراً لخاطرها مما حل بها من حزن وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج كحق متعسف فيه⁽¹⁾.

هذا ولم يقتصر الشرع هذه المتعة على حالات التعسف فقط وإنما شملت معظم حالات الطلاق كما سنرى إن شاء الله تعالى.

أ - تعريف المتعة

يقتضي تعريف المتعة تعريفها لغةً ثم اصطلاحاً.

1- المتعة في اللغة

من متع، يمتع، متاعاً، وهو من التمتع بالشيء: الانتفاع به أو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا قليلها وكثيرها يقال: تمتعت به أتمتع تمتعاً. والاسم: المتعة، كأنه ينتفع بها إلى أمد معلوم⁽²⁾.

وفيه ذكر [متعة الحج]؛ التمتع بالحج له شرائط معروفة في الفقه، وهو أن يكون قد أحرم في أشهر الحج بعمره، فإذا وصل إلى البيت وأراد أن يحل ويستعمل ما حرم عليه، فسبيله أن يطوف ويسعى ويحل ويقدم حلالاً إلى يوم الحج، ثم يحرم من مكة بالحج إحراماً جديداً، ويقف بعرفة ثم يطوف ويسعى ويحل من الحج فيكون قد تمتع بالعمرة في أيام الحج؛ أي: انتفع؛ لأنهم كانوا لا يرون العمرة في أشهر الحج فأجازها الإسلام⁽³⁾.

وفيه: [أن عبد الرحمن طلق امرأة فمتع بوليدة]؛ أي أعطاها أمةً، وهي متعة الطلاق ويستحب للمطلق أن يعطي لإمرأته عند طلاقها شيئاً يهبها إياه⁽⁴⁾.

2- المتعة في الاصطلاح الشرعي

عرفها الفقهاء تعريفات مختلفة هي كالآتي:

▪ عرفها المالكية: " ما يؤمر الزوج بإعطائه للمطلقة ليحبر بها ألم فراقها "⁽⁵⁾.

▪ عرفها الشافعية: " هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها ".

وقالوا أيضاً: " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقتها في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط "⁽⁶⁾.

(1)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص ص 221-222.

(2)-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 854.

(3)-المرجع نفسه، ص 855. انظر كذلك أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الاثري المصري (لسان العرب)، المرجع السابق، م 08، ص 329.

(4)-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 855.

(5)-نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، متعة المطلقة (دراسة حديثة موضوعية)، مجلة العدل، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الآداب، الرياض، ع 52، 1432هـ، ص 160.

(6)-المرجع نفسه، ص 159.

- أما الحنفية والحنابلة فلم يقوموا بتعريفها بالرغم من ورود أحكامها في كلا المذهبين⁽¹⁾.
- ب- مشروعية المتعة

الأصل في مشروعية المتعة قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽³⁾ وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾.

ولعل الحكمة من تشريع المتعة تكمن فيما يلي:

- من حكمة الله في تشريعه أنه جعل على الرجل التزاماً (المتعة) نحو مطلقة مقابل أن جعل الطلاق بيد الرجل، حتى يكون رادعاً له للتفكير ملياً في استعمال حقه في الطلاق بعد استنفاد جميع الوسائل للإصلاح والاتفاق، وهذه المتعة مزيد تأكيد على المهر والنفقة، لأن النفقة مقابل الاحتباس للزوجة عن العمل، ولا يؤدي المهر وحده الغرض المراد بالتروي في الطلاق وجرت العادة بالتساهل فيه⁽⁵⁾.
- لما كان للأسر أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيها تنتشر المودة بين القبائل والشعوب، أمكن أن يكون للتفريق أثر في القطيعة وعدم التراحم بين الشعوب والقبائل، لذا أمر الله عزوجل أن يكون التفريق بإحسان ﴿فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁶⁾، وحتى يكون كذلك أمر الزوج بإعطاء الزوجة المطلقة متعة وحث على ذلك في آيات كثيرة وبين أنها من علامات التقوى ومن صفات المحسنين ترغيباً لهم على الامتثال بها⁽⁷⁾.
- شرعت حفاظاً لحقوق المطلقة التي كانت تعيش في بيت الزوجية وتنفق من نفقته، فشرعت المتعة دعماً مادياً تتمتع به في مرحلتها الانتقالية إلى غيره من ولي أو زوج أو بيت مال⁽⁸⁾.

(1)-نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 159.

(2)-سورة البقرة، الآية 236.

(3)-سورة الأحزاب، الآية 49.

(4)-سورة البقرة، الآية 241.

(5)-أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 63.

(6)-سورة البقرة، الآية 229.

(7)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 180.

(8)-نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 161-162.

■ في المتعة تطيب لخطر المطلقة من ألم الفراق وجبر لها من استيحاش الطلاق⁽¹⁾، ودفعًا لما يمكن أن يحوم حولها من الريبة في أسباب طلاقها، فهي بمنزلة الشهادة لنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من جهته لغدر يختص به لا من قبلها⁽²⁾، وبهذا استبقاء للمودة الإنسانية واحتفاظ بالذكرى الكريمة، وفي الوقت نفسه لا يكلف الزوج ما لا يطيق، فعلى الغني بقدر غناه وعلى الفقير في حدود ما يستطيع⁽³⁾.

ت - حكم المتعة

اختلف الفقهاء في شأن المتعة بين موجب وموجز⁽⁴⁾، والمطلقات بحسب وجوب المتعة أو استحبابها لهن

ثلاثة أنواع:

1- مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق.

2- مطلقة قبل الدخول وفرض لها صداق.

3- مطلقة بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض لها.

1- مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق: يقول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا

لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا

بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْحَسَنِينَ﴾⁽⁵⁾.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يسمى لها مهر أو كانت

التسمية فاسدة⁽⁶⁾.

وذهب مالك والليث وابن أبي ليلى إلى أن المتعة متسحبة غير واجبة في جميع الأحوال، لأن الله تبارك

وتعالى خص المحسنين على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب ولو كانت واجبة لم تختص

بالمحسنين دون غيرهم⁽⁷⁾.

2- مطلقة قبل الدخول وفرض لها الصداق: اتفق الفقهاء على أن المطلقة قبل الدخول والتي قد فرض لها

صداق، فإن لها نصف المهر المسمى⁽⁸⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ

(1)- نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 162. انظر كذلك أنور العمروسي، شرح قانون الأحوال الشخصية

المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، ط2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 36.

(2)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 63.

(3)- نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 162.

(4)- محمد عاطف المقصورطي، المرجع السابق، ص 155.

(5)- سورة البقرة، الآية 236.

(6)- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 431. انظر كذلك نازك سالم محمد حنيني، المرجع السابق، ص 52.

(7)- محمود علي السراطوي، المرجع السابق، ص 181.

(8)- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 431.

فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴿١﴾.

ثم اختلفوا في حق المتعة لها، فذهب الجمهور إلى أن لا متعة لها، جمعاً بين هذه الآية وآيات المتعة ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ (2)، وقوله أيضاً: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (3).

وذهب ابن حزم إلى أن لها المتعة ونصف المهر المسمى، وهو مروى عن الزهري أن لكل مطلق متعة، وروى عن الحسن وأبي العالية، وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن جبير، وهي رواية لأحمد (4).
3- مطلق بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض لها: اختلف الفقهاء في المطلقة بعد الدخول سواء فرض لها صداق أم لم يفرض لها شيء؟ لأن المهر يثبت بالدخول بلا منازع، لكن هل المتعة لها من باب الوجوب؟ أم من باب الاستحباب؟

أ- الرأي القائل بالوجوب: ذهب الشافعي في الجديد وفي رواية لأحمد بن حنبل أن المتعة واجبة لها (5)، وأن الأمر للوجوب في قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ (6)، وهو مروى عن عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر ولا مخالف لهم في الصحابة، وهو مروى عن سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور، وهو قول ابن حزم الظاهري وغيرهم (7)، واستدلوا بـ:

■ قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (8).

وجه الاستدلال: أن لفظ المطلقات عام يشمل كل مطلق سواء أكان قبل الدخول أو بعده، فتكون المتعة واجبة للمطلقات عموماً ولم تخرج إلا التي لم يسم لها مهر وطلقت قبل الدخول (9).

(1)-سورة البقرة، الآية 237.

(2)-سورة البقرة، الآية 236.

(3)-سورة البقرة، الآية 241.

(4)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 227.

(5)-أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 36.

(6)-سورة البقرة، الآية 236.

(7)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 227.

(8)-سورة البقرة، الآية 241.

(9)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 433.

■ قوله تعالى: ﴿ فَتَعَالَىٰ أُمَمْتُهُنَّ وَأَسْرَحَكُنَّ سَرَاخًا جَمِيلًا ۗ ۱﴾.

وجه الاستدلال: فالله عزوجل قد أوجب بهذه الآية المتعة على الرسول " صلى الله عليه وسلم " لو طلق الرسول نساءه، ومعلوم أن الرسول " صلى الله عليه وسلم " كان قد دخل بنسائه⁽²⁾.

■ قوله تعالى: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْحَسَنِينَ ۗ ۳﴾.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى كما أوجب على المتقين والمحسنين وجب على العباد المسيئين، فليس في ترك تحديدها ما يسقط وجوبها كنفقات البنين والزوجات⁽⁴⁾، ثم إن عموم قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ ۗ ۵﴾،⁽⁵⁾ يوجب المتعة لكل مطلقة سواء أكان مدخولاً بها أو لا، وإخراج المطلقة قبل الدخول من العموم لا دليل عليه، وأما القول بأن الله فرض لها النصف وهو حقها، فصحيح ولكن ليس فيه دليل على عدم وجوب المتعة⁽⁶⁾.

ب- الرأي القائل بالاستحباب: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن المتعة لا تجب للمطلقات بعد الدخول وهي مستحبة لكل المطلقات ولا تجب إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقت قبل الدخول ولم يكن قد سمي لها مهراً أو كانت التسمية فاسدة، وهو قول مالك والليث والشافعي في القديم، وقول سفيان الثوري والحسن بن صالح والأوزاعي⁽⁷⁾، واستدلوا بمايلي:

■ قوله تعالى: ﴿ حَقًّا عَلَىٰ الْحَسَنِينَ ۗ ۸﴾،⁽⁸⁾ وقوله أيضاً: ﴿ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ ۗ ۹﴾.

وجه الاستدلال: فلو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين وإنما قصرها على المتقين والمحسنين، فهي إذن على سبيل الإحسان والتفضل وليس ذلك بواجب⁽¹⁰⁾.

(1)-سورة الأحزاب، الآية 28.

(2)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 433.

(3)-سورة البقرة، الآية 236.

(4)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 433. انظر كذلك المصري المبروك، المرجع السابق، ص 228.

(5)-سورة البقرة، الآية 241.

(6)-إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 434.

(7)-المرجع نفسه، ص 432.

(8)-سورة البقرة، الآية 236.

(9)-سورة البقرة، الآية 241.

(10)-المصري المبروك، المرجع السابق، ص 229.

ولعل الرأي الراجح ما قيل أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد فرض لها، فلها نصف المهر⁽¹⁾.

ث - تقدير المتعة

ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة في وجه إلى أنه يرجح في تقديرها إلى الحاكم، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الاجتهادية⁽²⁾.

وذهب بعض الشافعية إلى القول بأنها تصح بما يصدق عليه اسم المال، لأن الله سبحانه وتبارك جعلها على الموسر بقدر طاقتة، فلا يقبل منه ما يصدق عليه اسم المال⁽³⁾.

كما أن سبحانه قال: ﴿ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽⁴⁾، وليس من المعروف أن يعطى الغني امرأته ما يصدق عليه اسم المال⁽⁵⁾.

وذهب بعض الحنابلة إلى أن أعلاها خادم على الموسر وأدناه كسوه⁽⁶⁾، وذهب الحنفية إلى مثل هذا الرأي فقدها بالمعروف على حسب زمانهم، فقالوا في المتعة الواجبة هي درع وخمار وملحفة، وحدها الأعلى ألا تزيد عن نصف مهر المثل، وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف مهر ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل فلا تزيد عن نصفه، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم، فلا تقل عندهم عن نصفه وللمطلق أن يزيد عن نفسه ما شاء، وهذا في المتعة الواجبة لا المستحبة⁽⁷⁾.

ولعل الرأي الراجح أن تقدير المتعة يرجع إلى الحاكم، لأنه أمر يحتاج إلى اجتهاد، فيجب فيه الرجوع إلى الحاكم كسائر الاجتهادات الأخرى، وهذا ما روي عن الإمام أحمد وهو أصح قول الشافعي⁽⁸⁾.

ومما يؤكد هذا ما روي عن الحسن أنه سئل عن المتعة فقال: كان منهم من متع بالخادم والنفقة، ومن كان دون ذلك متع بالنفقة والكسوة، ومن كان دون ذلك متع بملحفة ودرع وجلباب، ومن كان دون ذلك متع بثوب واحد، إذن فكل واحد متع على حسب قدره من الخادم إلى الثوب الواحد⁽⁹⁾.

(1)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 230. انظر كذلك محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 182؛ إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 434.

(2)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 65.

(3)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183.

(4)- سورة البقرة، الآية 236.

(5)- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 65.

(6)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 232.

(7)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183.

(8)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 233. انظر كذلك محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183؛ ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن الأستاذ محمود علي السرطاوي أضاف شرطاً آخرًا، وهو أن لا يزيد تقدير المتعة في حدها الأعلى عن مهر المثل.

(9)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 233.

أما إذا تراضى الرجل ومطلفته على قدر معين، ينفذ ما تراضيا عليه قل أم كثر، فإن اختلفا ولجأت المطلقة إلى القضاء فينبغي أن يحكم لها بقدر من المال يراعى فيه حال الزوج يسراً وعسراً، كما يراعى فيه نسبة الضرر اللاحق بالزوجة، وحال كون الرجل متعسفاً في استعماله لهذا الحق الاستثنائي أو وضعه في موضعه الذي شرع له، فلا ضرر ولا إضرار⁽¹⁾.

2- التعويض عن الطلاق التعسفي

يقنضي التعويض عن الطلاق التعسفي تعريف الطلاق التعسفي (أولاً) وتحديد شروطه (ثانياً).

أ- تعريف الطلاق التعسفي

الطلاق كما سبق الذكر أنه وإن كان حقاً مطلقاً بيد الزوج بمقتضى الشرع والقانون، إلا أنه مقيد بأسبابه ودواعيه، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسئ إلى سمعتها، فالزوج في إيقاعه الطلاق مقيد بقيود حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه⁽²⁾.

أما إذا حدث وأن طلق الزوج زوجته، بغير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه كان متعسفاً في استعمال حقه وقرينة على قصده إيذاء زوجته، ولذلك فقد فرض عليه القانون في هذه الحالة بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي أصابها جراء ذلك، وهذا ما يطلق عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

ب- شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

لكي يكون الزوج ملزماً بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقاً تعسفياً لابد من توافر الشروط

التالية:

- 1- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين.
- 2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة.
- 3- أن يكون الزوج متعسفاً في طلبه الرامي إلى الطلاق.

وسنفضل في هذه الشروط بالشكل التالي:

1- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين

الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعلياً بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقد بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لابد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وأن تمكنه من الاستمتاع بها، فإذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفياً⁽³⁾.

(1)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 233.

(2)- العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 370.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 08-09.

فإذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وهي صغيرة لا يجمع مثلها فعند المالكية والصحيح من مذهب الشافعية أن النفقة لا تجب، لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع فلا تستحق التعويض⁽¹⁾، وقالوا إن كانت كبيرة والزوج صغير فالصحيح أنها تجب، لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة، كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها⁽²⁾.

أما الأحناف فقالوا أن الزوج إذا استبقى الصغيرة في بيته، وأسكنها للاستئناس بها وجب لها التعويض وإن لم يمسكها في بيته فلا تعويض لها⁽³⁾.

إذا سلمت الزوجة نفسها وهي مريضة مرضاً يمنعها من مباشرة الزوج لها وجب لها التعويض ومثل المريضة الرتقاء⁽⁴⁾، والنحيفة⁽⁵⁾، والمعيبة بعيب يمنع من مباشرة الزوج لها وكذلك إذا كان الزوج عنيئاً⁽⁶⁾ أو مجبوياً⁽⁷⁾ أو خصياً⁽⁸⁾، ومريضاً مرضاً يمنعه من مباشرة النساء أو حبس في دينه أو جريمة ارتكبتها، لأنه وجد التمكين من الاستمتاع من جهتها وما تعذر فهو من جهته وهو بسبب لا تنسب فيه إلى التفريط، وإنما هو الذي فوت حقه على نفسه.

فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به من تعويض عن الطلاق قبل الدخول، إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي⁽⁹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه⁽¹⁰⁾: « من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

ومتى تبين في - قضية الحال - أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون ».

(1)- السيد سابق(فقه السنة)، المرجع السابق، ص 111.

(2)- المرجع نفسه، ص 111.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 09.

(4)- الرتقاء: وهي التي سد فرجها. انظر المرجع نفسه، ص 09.

(5)- النحيفة: وهي الهزيلة. انظر السيد سابق(فقه السنة)، المرجع السابق، ص 111.

(6)- العنين: انظر ص 133.

(7)- المجبوب: انظر ص 133.

(8)- الخصاء: قطع الأنتيين مع بقاء الذكر ينتصب. انظر ماحمادو الآسان، المرجع السابق، ص 45.

(9)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 09-10.

(10)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 16865، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

2001، ع خ، ص 256.

2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة

العصمة الزوجية مملوكة شرعاً للزوج، فله أن يطلق زوجته، لأنه هو من أخذ بالساق لقوله " صلى الله عليه وسلم ": [إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ] (1).

وفكرة أحقية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء إلى واجبات مالية وأخرى غير مالية.

فالواجب المالي يتلخص أساساً في المهر والنفقة، والواجب غير المالي يتلخص أساساً في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجاً بأكثر من واحدة ومثلها أيضاً عدم الإضرار بالزوجة.

فبالنسبة إلى المهر جعله الإسلام حقاً على الرجل لزوجته وليس لأبيها أو أقرب إليها أن يقبضه أو يأخذ منه شيئاً إلا في حال الرضا أو عدم قدرتها على قبض المال كما لو كانت سفية أو معتوهة (2)، فقد

قال عزوجل: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا

مَرِيئًا ﴾ (3).

وآتوا النساء مهورهن عطاءً مفروضاً لا يقابله عوض، فإن أعطين شيئاً من المهر بعدما ملكن من غيره إكراه ولا حياء ولا خديعة فخذوه سائغاً لا غصة فيه ولا إثم معه (4).

فإذا أعطت الزوجة شيئاً من مالها حياءً أو خوفاً أو خديعةً، فلا يحل أخذه (5)، قال تعالى: ﴿ وَإِن

أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ

بُهْتِنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا

غَلِيظًا ﴾ (6).

وقد فرض الله سبحانه وتعالى المهر للمرأة طيباً للنفس، فقال تعالى: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى

النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ (7).

(1)- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني (سنن ابن ماجه)، المرجع السابق، باب طلاق العبد، ص 672.

(2)- فضيل سعد، المرجع السابق، ص 106.

(3)- سورة النساء، الآية 04.

(4)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 101.

(5)- المرجع نفسه، ص 101.

(6)- سورة النساء، الآية 20-21.

(7)- سورة النساء، الآية 34.

أما النفقة فهي واجبة على الزوج لزوجته لقاء احتباسه لها عن الزواج بغيره، فما دامت الزوجة محتبسة لحق الزوجية، كالإشراف على تربية الأولاد والقيام بواجباتها في بناء الأسرة وغير ذلك، فوجب أن تكون نفقتها على الزوج سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة.

وتشتمل النفقة الزوجية الطعام والكسوة والسكن والتطبيب وخدمة الزوجة بالقدر المعروف بين الناس وبحسب وضع الزوج المادي والاجتماعي⁽¹⁾.
والنفقة ثابتة بحكم القرآن والسنة النبوية والإجماع.

وفي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾⁽²⁾.

وقوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾⁽³⁾.

أما من السنة فقد روى مسلم أن الرسول " صلى الله عليه وسلم " قال في حجة الوداع: [فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَأَسْتَحْلِلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُؤْطِنَنَّ فُرُوسَكُمْ أَحَدًا، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ]⁽⁴⁾.
وفي الإجماع فقد قال ابن قدامة⁽⁵⁾: " اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن، ذكره ابن المنذر وغيره، وفيه ضرب من العبرة وهو أن امرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والإكتساب، فلا بد أن ينفق عليها ".

أما الواجب غير المالي يتمثل أساساً في حسن معاشرتها، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾⁽⁶⁾، وصيانتها وحفظها من كل ما يخدش شرفها ويمتهن كرامتها وتحسينها، ومقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه إزاء زوجته بالشكل الذي سبق ذكره.

(1)-جسام علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص ص 117-118.

(2)-سورة الطلاق، الآية 06.

(3)-سورة الطلاق، الآية 07.

(4)-مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري(صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الحج، باب حجة النبي " صلى الله عليه وسلم "، ج 02، ص 886.

(5)-انظر السيد سابق(فقه السنة)، المرجع السابق، ص 110.

(6)-سورة النساء، الآية 19.

وقد أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة كونه الأحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها المال الكثير لاسيما بعد الطلاق التي تستتبع أموراً مالية تجعله أصبر ما يكره من المرأة⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/27 وجاء فيه⁽²⁾: « متى كان مقررًا قانونًا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفًا زوجته ونتج عن ذلك ضررًا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهمًا خاطئًا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلاً له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة (52) ق.أ.ج فهمًا خاطئًا ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيًا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال».

3- أن يكون الزوج متعسفًا في طلب الطلاق

يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر.

والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة (52) ق.أ.ج لم يعطه المشرع تعريفًا محددًا، تاركًا المجال للفقهاء الشرعيين والقانونيين للخوض في هذا الأمر، والذي خلاص في مجمله أن التعسف هو الانحراف عن سبيل استخدام الحق الاستخدام الشرعي والقانوني.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف التعسف حصريًا إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور عددها في المادة (124) مكرر ق.م.ج وهي:

- إذا وقع الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتعد الصورة الأولى أوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق، عد ذلك دليلاً على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة وتبرير الطلاق تظل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه.

والواقع السائد في محاكم الجزائر هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية⁽³⁾.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 13.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 853017، م.ق، 1991، ع 01، ص 56.

(3)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 14.

وتبعاً للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في إيقاع الطلاق كما سبق ذكرها، فإن كل ما يدعيه الزوج في محاولة منه لتبرير طلاقه ينبغي أن يؤسس به دليل والإثبات القاطع وإلا عدّ متعسفاً في طلبه الرامي إلى الطلاق. وعند تحقق الشروط الثلاثة تكون المطلقة محقة في طلبها الرامي إلى التعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساساً عن العصمة الزوجية المملوكة شرعاً للزوج.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد مدد حالات التعويض عن الطلاق إلى الصورة الثانية المتمثلة في التطليق، وذلك عندما نص في المادة (53) مكرر ق.أ.ج على أنه: « يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ».

وقد جاءت هذه المادة بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 05-09 ليضع حداً للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها واعتبار الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق هو تعويض لها في حد ذاته. والمبادرة نحو تكريس المادة (53) مكرر كقاعدة قانونية كانت من المحكمة العليا مجسدة المبدأ في عدة قرارات منها:

▪ القرار الصادر بتاريخ 2000/06/20 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المستقر عليه قضاءً أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلاً.

من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة متضررة فعلاً بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض».

وتبقى مسألة تقدير التعويض موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع.

▪ القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أنه تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن ».

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/06/20، ملف رقم 245159، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 259.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216865، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 256.

3- العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

يثور التساؤل حول العلاقة الموجودة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، فهل المقصود بأن نفقة المتعة هي التعويض عن الطلاق التعسفي أم أن الأمرين شيئين مختلفين؟
الإجابة عن هذا التساؤل ليست واحدة عند الفقهاء والمشرع والقضاء فكل واحد أدلى بدلوه في هذه المسألة بالشكل الذي يدعم رأيه واجتهاده وهذا على النحو التالي:

أ- المتعة كأثر للطلاق قبل الدخول

فالفقهاء قالوا أنه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقاً وجب عليه المتعة تعويضاً لها عما فاتها، وهذا نوع من التسريح الجميل، والتسريح بإحسان⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁾، وقد أجمع الفقهاء على أن التي لم يفرض لها ولم يدخل بها لا شيء لها غير المتعة والمتعة تختلف باختلاف ثروة الرجل، وليس لها حد معين⁽³⁾، قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁴⁾.

فالمتعة توجب في حال الطلاق قبل الدخول أو قبل فرض المهر، وبمفهوم المخالفة فإن الدخول بالزوجة أو تسمية المهر يحولان دون تسديد المتعة⁽⁵⁾.

ب- المتعة كأثر للطلاق بعد الدخول

على مستوى التشريع الجزائري، فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى نفقة المتعة ولم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا من آثار الطلاق بعد الدخول، فهو لم ينص عليها قط.
فالباب الثاني المعنون "بأنحلال الزواج" والفصل الأول منه المعنون "بالطلاق" تطرق في مادته (48) منه إلى صور فك الرابطة الزوجية، وفي المادة (49) نص عن إجراء محاولات الصلح بين الزوجين منعاً من وقوع الطلاق، والمادة (52) تحدثت عن التعسف في إيقاع الطلاق، والمادة (53) تحدثت عن حالات التطليق عن طريق القضاء ثم باقي المواد تحدثت عن آثار فك الرابطة الزوجية من التعويض عن الطلاق التعسفي إلى العدة، مروراً بالحضانة ثم النفقة وكذا أثاث بيت الزوجية.

(1)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 107.

(2)- سورة البقرة، الآية 229.

(3)- السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 107.

(4)- سورة البقرة، الآية 236.

(5)- باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 23.

كل ما جاء في الباب المذكور لم يذكر ما سمي بالمتعة، كما أن المادة (16) ق.أ.ج والتي نصت على أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول والثابت أن نفقة المتعة لم ينص عليها حصرياً حتى بعد الطلاق قبل الدخول.

وذلك خلافاً لبعض التشريعات ولعل أهمها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والذي نص في مادته 96 على مايلي⁽¹⁾:

أ- تستحق المطلقة المدخل بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة.

ب- للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق.

وعليه ما يلاحظ على المشرع العربي وفي مشروعه اعتبر المتعة كأثر من آثار الطلاق بعد الدخول وليس قبله، وذلك خلافاً للرأي الأول القائل بأن المتعة أثر للطلاق قبل الدخول إذا لم يدخل بالمطلقة أو لم يفرض لها فريضة (المهر)⁽²⁾.

ت- موقف القضاء الجزائري من المسألة

لم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسألة واختلطت عليه الأمور ولم يتبين موقفاً واحداً ولعل اجتهاده تطبيقاً للمادة (222) ق.أ.ج جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد⁽³⁾، ذلك أن القضاة في الواقع العملي التطبيقي نجدهم وفي أغلب الأحيان يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي، تحت تسميات مختلفة فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بالمتعة ومرة يصفونه بالتعويض، وذلك لما له من علاقة ارتباط أو تفريق في نظرهم بين عبارتي المتعة والتعويض هذه الأخيرة التي شاع استعمالها في مجال التعويض عن الطلاق التعسفي⁽⁴⁾.

فالرأي الأول من القضاة يعتبرون أن المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة ومعنى واحد مثلما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/01/27 وجاء فيه⁽⁵⁾: « من المقرر شرعاً وقضاءً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معاً فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة ».

واضح من القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضاً عن طلاق غير مبرر وهو التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان بتظلم المطلق.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 23.

(2)-المرجع نفسه، ص 24.

(3)-المرجع نفسه، ص 24.

(4)-عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 77.

(5)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م.ق، 1993، ع 04، ص 61.

وذلك مؤكداً بتأسيس القرار الذي خلص إلى أن نفقة المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر، وأنه بما أن القرار المطعون فيه ظلم الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما وأن منح المطلقة التعويض يعرض القرار للنقض.

وتأكيداً على نفس الاتجاه، صدر قرار آخر يؤكد أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي وأن منح المطلقة التعويض رغم أنها هي من طالبت بالطلاق يعد خرقاً للقانون.

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/12/29 وجاء فيه⁽¹⁾: « من القواعد المقررة شرعاً أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوى التظليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية ».

القرار هذا يرسخ أن المتعة المتحدث عنها هي التعويض عن الطلاق التعسفي وخلص إلى أنه ما دام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة بالتظليق، فإن ذلك يعد عقاباً للزوج ولا يزداد عليه غيره ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة.

وهو نفس المبدأ الذي يتحدث فيه عن التعويض الذي لا تستفيد منه المطلقة كونها هي من طالبت بفك الرابطة الزوجية وليس هناك ما يؤكد وجود تعسف الزوج في طلب الطلاق.

وفي تأكيد آخر على نفس الاتجاه صدر قرار آخر بتاريخ 1988/11/21 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتظليق المطعون منها من الطاعن والحكم لها بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ».

والقرار الأخير يؤكد أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي.

وعلى نقيض من الرأي الأول القائل بأن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، فإن جانباً من القضاء الجزائري سلك مسلكاً آخرًا باعتماده على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي فكل مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م.ق، 1993، ع 02، ص 41.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51614، م.ق، 1990، ع 04، ص 67.

وذلك ما جسدهته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/04/07 وجاء فيه⁽¹⁾: « من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح الزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي ».

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن الشريعة تقرر قانوناً أن للزوجة عدة نفقات وهي نفقة الإهمال ونفقة العدة، ونفقة المتعة، وحتى مبلغاً على سبيل التعويض.

فالقرار جاء متبنياً لاتجاه آخر يقول فيه أن نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وأن ذلك يعكس ما جاء في القرارات المشار إليها سابقاً.

ورغم غياب الإجماع حول هذه المسألة يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، لا تظهر إلا من خلال اشتراكها في مدلول واحد يعني اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ من المال نقداً أو عيناً إلى مطلقته تعويضاً عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق بسبب تعسفي.

كما يرى أيضاً أن مجال استعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيراً مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية، ذلك نظراً إلى أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة، ويراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق المطلقة وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، أما الثانية يجوز استعمالها لجبر أي فعل غير مشروع، ويراعى القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه⁽²⁾.

غير أنه وفي اعتقادنا أن المتعة التي فرضتها الشريعة الإسلامية هي أعم وأشمل من التعويض الذي فرضته القوانين الوضعية، ذلك أن المتعة هي جبر لخاطر الزوجة المطلقة من ألم فراق زوجها سواء كان الزوج متعسفاً في إقامة الطلاق أم لا، فبمجرد وقوع الطلاق تفرض المتعة للزوجة إلى جانب نفقة العدة، أما التعويض فهو جبر لخاطر الزوجة المطلقة من ألم فراق زوجها، ولكن فقط في حالة تعسفه في إيقاع الطلاق، فلو أوقع الزوج الطلاق ولم يتعسف فيه فلا حاجة لتعويض الزوجة ما دام يمارس حقه الشرعي الذي فرضته له الشريعة الإسلامية.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ المصري المبروك ضرورة تعديل نص المادة (52) ق.أ.ج على النحو الذي يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية، وذلك بإزالة عبارة كل من التعسف والتعويض واستبدالها بعبارة " المتعة " حتى تكون الفائدة أعم وأشمل، لأن الأخذ بالمتعة وأحكامها على النحو الذي تناولناه بالدراسة محقق

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م.ق، 1989، ع 02، ص 69.

(2)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 309-310.

للمصلحة وتكون صياغة المادة على النحو التالي⁽¹⁾: « تجب المتعة للمطلقة إذا طلقت بغير رضاها ولا بسبب من قبلها على النحو التالي:

- المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها، فحسبها نصف المسمى.
- المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها المتعة.
- المطلقة بعد الدخول لها المتعة أيضا سمي لها أم لا.
- وتقدر المتعة بحال الزوج يسراً وعسراً، وظروف الطلاق وما لحق بالمطلقة بسببه ومدة الزوجية ويجوز أن يخصص للمطلق في سدادها على أقساط.

الفرع الثاني

النزاع في متاع البيت

إن أهم وأخطر أثر من آثار الطلاق تعقيداً وأشدّها خصاماً بين المتطالقين هو النزاع القائم حول محتويات منزل الزوجية، وما يشملها من أثاث ومفروشات قد يكون الزوج جهز بها بيت الزوجية⁽²⁾، وقد تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها في جو من الرحمة والمحبة والانسجام بينما يتحول هذا الانسجام إلى شقاق والمحبة إلى كراهية، فطلاق ثم تبدأ مرحلة الحساب وتتلوها مرحلة الخصام، والتردد على المحاكم وعلى المحامين وكتاب الضبط وكل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه وحقه له كله أو بعضه، وفي الغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما دليل عليه ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة⁽³⁾.

وعليه فإن أهم مشكلة تشغل محاكمنا اليوم في مجال الأحوال الشخصية هي الاختلاف والنزاع الذي ينشأ بين الزوجين عند طلاقهما أو بين أحد الزوجين وورثة المتوفي منهما بسبب الاختلاف حول ملكية متاع البيت⁽⁴⁾، وخاصة أن الصعوبة تكمن في كيفية إثبات الأثاث سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة والتي تكون في معظم المواقف الطرف الأضعف، لأن المتاع عادة ما يتواجد ببيت الزوج والذي هو بيت الزوجية، ولأن الزوجة عادة ما تغادر البيت المشترك دون أن تأخذ كامل أثاثها، ثم تجد بعد ذلك صعوبة في إثباته والقول به سيما إذا أنكر الزوج ما تدعيه نكايه بها، ومحاولة لابتزازها مقابل التنازل له عن حقوق كفلها الشرع والقانون لها⁽⁵⁾.

قانون الأسرة الجزائري عالج هذا الأمر بموجب المادة (73) منه سواء قبل التعديل أو بعده، والتي نصت على أنه: « إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته في المعتاد للرجال.

(1)- المصري المبروك، المرجع السابق، ص 238.

(2)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 147.

(3)- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 131.

(4)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 147.

(5)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 95.

والمشتركات بينهما يفتسمانها مع اليمين «.

والقانون وبهذا الشكل لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، فالشافعي رحمه الله يقول: " إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء، والمتاع إذا كان ساكني البيت في أيديهما معًا فالظاهر أنه في أيديهما، كما تكون الدار في أيديهما أو يد رجلين، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعًا فالمتاع بينهما نصفان، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، فلما كان هذا ممكنًا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا" (1).

أما ما جاء عن الإمام مالك قال: " قلت رأيت إن تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعًا، وقد طلقها أو لم يطلقها أو ماتت أو مات هو قال: قال مالك: ما كان يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجل، وما كان يعرف أنه من متاع النساء، فهو للنساء، وما كان يعرف أنه يكون للرجال والنساء فهو للرجل، لأن البيت بيت الرجل، ومن كان من متاع النساء ولي شراءه الرجل وله بذلك بينة فهو له، ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه ما اشتراه لها، وما اشتراه إلا لنفسه ويكون أحق به، إلا أن يكون لها بينة أو لورثتها أنه اشتراه لها قلت رأيت ما كان في البيت من متاع الرجال أقامت المرأة البينة أنها اشتريته قال: هو لها" (2).

وروايات الأئمة في متاع البيت مختلفة.

قانون الأسرة الجزائري لم يخرج عن النطاق الذي رسمه الفقه الإسلامي في معالجة هذه المسألة بموجب المادة (73) سالف الذكر، غير أنه ما يستشف أن هذه المادة قد صنف في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وبالتالي فالحديث عن الزوجة أو ورثتها لا يتصور منه انحلال الزواج بالوفاة، وإنما الحديث هو النزاع بين المطلقين حول أثاث بيت الزوجية، ثم حدوث الوفاة أثناء النزاع لأحدهما، ففي هذه الحالة يأتي الحديث عن ورثة كل واحد منهما، ومسألة انحلال الزواج بالوفاة تخضع لقواعد الميراث المنوه عنه شرعًا وقانونًا (3).

(1)- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، كتاب الطلاق، باب اختلاف الزوجين في متاع البيت، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ج 06، 2001، ص ص 248-249.

(2)- انظر المصري المبروك، المرجع السابق، ص 529.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 96.

على عكس المشرع الجزائري فإن المشرع الفرنسي يأخذ بما يسمى بنظام تصفية الملكية الزوجية، هذا الأخير الذي يعتمد الزوجان في تقسيم أملاكهما بعد الطلاق والذي يختلف باختلاف نوع الطلاق الذي وقع بينهما، ففي حالة الطلاق بالتراضي قد يتفق الزوجان مسبقًا على هذا النظام في شكل وثيقة تبين ملكية كل زوج للممتلكات التي امتلاكها أثناء الزواج، وهذا الأمر من شأنه تسهيل مهمة القاضي في الحكم بالطلاق دون حدوث أية مشكلات، أما باقي صور الطلاق الأخرى فهو أقل وضوحًا من سابقه لعدم وجود الاتفاق بينهما، فكل من الزوجين يدعي ملكيته للممتلكات، وفي هذه الحالة ما على الزوجين إلا تقديم الدليل الذي يثبت ملكيتهما للشئ المدعى به، غير أن الأمر يبقى مجرد قرينة من طرفهما، ذلك أن القاضي هو الذي له السلطة التقديرية في تصفية الأملاك

من المادة أيضًا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يختار المصطلح الصحيح لطرفي النزاع، فالحديث عن الأثاث كأثر من آثار الطلاق، يجعل من الزوجية منفكة، وبالتالي يسقط عن المرأة المطلقة مصطلح " الزوجة " كما يسقط عن الرجل المطلق مصطلح " الزوج " .

وعليه ما يمكن القول هنا أن معالجة المشرع الجزائري لهذه المسألة ورغم أهمية الموضوع وما يثيره من تساؤلات في مادة واحدة أمر غير كاف وخاصة أن المادة (73) ق.أ.ج لم تتطرق إلى العديد من الإشكالات الموجودة في الواقع العملي، ولئن الاجتهاد القضائي فصل في ذلك على النحو الذي غطى الفراغ الموجود، لما عالج المشرع الجزائري هذه الأمور، لذلك فأصلح عليه أن يتطرق للمسألة بشكل واضح ومفصل⁽¹⁾.

أولاً: الإشكالات القانونية التي تثيرها المادة (73) ق.أ.ج

تثور عدة إشكاليات فيما يتعلق بإثبات الأثاث من عدمه، فالمادة (73) ق.أ.ج تنص على أنه إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة، تطرح في هذه الحالة مسألتين هما على النحو التالي:

1- قاعدة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "

يشترط في المتاع محل النزاع أن يكون موجوداً ومشاهدًا للجميع، بما فيها المطلقين أو ورثتهما فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنشأ خصومة قضائية حول متاع لا يوجد أصلاً أو محل إنكار من الخصم⁽²⁾.

ففي هذه الحالة يقدم أحد المطلقين قائمة من الأثاث، وعادة ما تكون صاحبة الطلب القضائي هي المرأة، باعتبار أن متاعها متواجد ببيت الزوجية الذي يكون عادة مملوكاً أو مستأجراً من طرف المطلق وبطالب صاحب الدعوى تمكنه من أثاثه، فهنا نكون أمام حالتين هما⁽³⁾:

■ إما أن يدعي المدعي بوجود الأثاث محل الدعوى ويقر المدعى عليه بوجوده كما ذكره المدعي، ففي هذه الحالة يحكم لصالح المدعي ويلزم المدعى عليه بأداء المتاع للمدعي دون تطبيق قاعدة الإثبات، إذ أن الموضوع أضحى دون نزاع.

■ أما إذا ادعى المدعي وجود المتاع ببيت الزوجية وأنكر المدعى عليه هذا الأثاث، فهنا نكون أمام تطبيق القاعدة الفقهية الشهيرة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "، أي أن المدعي ينبغي أن يقدم

=الزوجية طبقاً لما تم تقديمه من أدلة بخلاف الطلاق بالتراضي الذي يحكم فيه القاضي مباشرة بالطلاق وبتصفية الأملاك التي ترجع إلى كل واحد منهما، وذلك لوجود الإتفاق المسبق بينهما. انظر

-JEROME Casey, Procédure de divorce et liquidation de régime matrimonial, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p p 07-08.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 96.

(2)-العيش فضيل، المرجع السابق، ص 78.

(3)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 97.

الدليل الذي يثبت وجود المتاع المدعى به، والإثبات حر في هذه المسألة فإن عجز عن إثبات ما يدعيه توجه يمين النفي للمدعى عليه ينكر من خلالها وجود المتاع المدعى به أصلاً. وهذا ما جسده المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " . ومتى تبين - في قضية الحال - أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون، وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ».

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنه وفي حالة إنكار وجود الأمتعة المطالب بها عند أحد الزوجين ستطبق القاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " وليس المادة (73) ق.أ.ج التي تطبق عندما يدور النزاع حول ملكية الأمتعة المطالب بها، وبذلك فإن قضاة الاستئناف أصابوا لما حكموا بأن قاضي الدرجة الأولى بتوجيه اليمين للمدعية قد خالف القاعدة العامة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " باعتبار أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها ولكن كان على قضاة الموضوع تطبيق هذه القاعدة العامة وتوجيه اليمين للمدعى عليه عوضاً عن رفض الدعوى في الحال، مما استوجب نقض القرار .

ففي هاته الحالة نكون أمام تطبيق القاعدة العامة في الإثبات كما هو منوه عنه في المادتين (347) و(348) ق.م.ج⁽²⁾. وفي قرار آخر قضت به المحكمة العليا بتاريخ 1999/10/27 وجاء فيه⁽³⁾: « إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة إنعدام التسبب وخرق واضح لقواعد الإثبات .

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216836، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 245.

(2)- تنص المادة (347) ق.م.ج على أنه: « كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه ».

وتنص المادة (348) ق.م.ج على أنه: « للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين لبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به .

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ».

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/10/27، ملف رقم 86097، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 233.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبب وخرقوا قواعد الإثبات، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ.»

وفي تأسيسه خُصَّ القرار إلى أنه بالفعل فإن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابنها وأن قضاة الموضوع لم يجيبوا على ذلك وبادروا بتوجيه اليمين للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ.

وأن المادة (73) ق.أ.ج لا تمنح أي طرف بتوجيه اليمين إليه قبل التأكد من وجود ما يدعيه أولاً، ثم تأتي مرحلة اليمين بعد ذلك عند عجز أحد الطرفين عن إثبات ما يدعيه، وأن الاكتفاء بأداء اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرقاً واضحاً لقواعد الإثبات.

ويثور التساؤل حول كيفية تطبيق قاعدة الإثبات في حالة ما إذا ادعت المطلقة وجود متاعها بالبيت الزوجية ولا ينكر المدعى عليه (المطلق) المتاع، لكنه يدعي أنها تسلمته وأخذته إليها.

ففي هذه الحالة يتم تطبيق نفس القاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " ويصبح المدعى عليه مدعياً بشيء جديد وهو تسلم المدعية لأثاثها، في حين تصبح المدعية مدعى عليها في هذا الجانب، ثم يطلب من المطلق إثبات ادعائه بما أن المدعية أخذت متاعها، فإذا أثبت ذلك كان الحكم لصالحه، وإذا عجز عن الإتيان بالدليل توجه المحكمة يمين النفي للمطلقة وأنها لم تأخذ المتاع المدعى به ثم ينطق بالحكم لصالحها⁽¹⁾.

وذلك ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في العديد من قراراتها من بينهم القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 وجاء فيه⁽²⁾: « متى كان مقررًا شرعاً أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن ثم فإن ادعاء الزوج زوجته أنها أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها يصير مكلفاً بإثبات دعواه، فإن عجز القول للزوجة مع يمينها، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع وتلقوها منه مباشرة، يكونوا لقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.»

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 99-100.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/07/18، ملف رقم 50075، م.ق، 1990، ع 04.

أ- مكان أداء اليمين

إن قانون الأسرة الجزائري وبموجب المادة (73) منه لم ينص عن المكان الذي يجب أن تؤدي فيه هذه اليمين ولا على الكيفية أو الإجراءات الواجب إتباعها عند أداء اليمين.

غير أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة وبموجب نص المادة (193) ق.إ.م.إ فإن اليمين تؤدي من قبل الخصم الذي وجهت له شخصياً بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وإذا برر استحالة التنقل يمكنه أدائها إما أمام قاضٍ منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط، وإما أمام المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها محل إقامته.

وتؤدي اليمين حسب الحالة، بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرر محضراً بذلك وفي جميع الحالات تؤدي بحضور الخصم الآخر أو بعد صحة تبليغه.

وعليه ففي الغالب تؤدي اليمين بالجلسة أو بالمكان الذي يحدده القاضي وغالباً نجد أن القضاة يحددون المساجد لتأدية اليمين، إلا أن هذه الفكرة كانت محل انتقاد من قبل المحكمة العليا التي تعتبر أن اليمين تؤدي فقط أمام القاضي في الجلسة وأن تأديتها بالمسجد من الخطأ الشائع، وهذا ما أكدته في قرارها الصادر بتاريخ 1997/06/10 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو وردت عليه، فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه بالجلسة.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن القاضي الأول قد حدد مكان تأدية اليمين بالمسجد الكبير وهو ما جعل المطعون ضدها تتراجع على مستوى الاستئناف عن طلب المتاع محل الإنكار من طرف الطاعن مع أن اليمين في حالة الإنكار توجه للمدعى عليه وهو الطاعن في هذه القضية وتسمى يمين النفي طبقاً للقاعدة العامة في الإثبات، فإن القرار المنتقد لما أيد الحكم المستأنف بخصوص أداء اليمين بالمسجد الكبير فيما يتعلق بالمتاع من طرف المطعون ضدها، رغم إنكار الطاعن أغلبية المتاع ودون مناقشة سبب تراجع المطعون ضدها عن طلب المتاع، خالف القانون مما يستوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص اليمين ». «

وفضلاً على أن اليمين تؤدي بالجلسة أو بالمكان الذي يحدده القاضي، فلا بد أن تؤدي من قبل الخصم الذي وجهت له شخصياً وبحضور الخصم الآخر أو بعد صحة تبليغه، ولا ينبو به في ذلك أي شخص آخر وهذا عكس ما كان عليه الأمر في ظل قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة (433) منه والتي تقضي بجواز حضور المحامي نيابة عن الخصم أثناء تأدية اليمين.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/06/10، ملف رقم 163381، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 239.

وهو ما أكدته كذلك المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1987/12/07 وجاء فيه⁽¹⁾: « إذا كان مؤدى المادة (433) ق.إ.م. توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر، أو بعد تبليغه لحضور الجلسة، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم، ومنه فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه يتعين رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها أدت اليمين حول الأمتعة طبقاً للمادة (73) ق.أ.ج. بحضور محامي الزوج الطاعن فإن قضاة المجلس الذين حكموا على الطاعن بإرجاع الأمتعة التي أدت المطلقة اليمين بشأنها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.»

ب- نكل اليمين

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ماذا لو وجه لأحد الطرفين أداء يمين النفي بمناسبة النزاع حول المتاع ثم ينكل عنها؟

الإجابة على هذا السؤال مقررة في المادة (347) ق.م.ج. والتي أكدت المبدأ العام القائل « كل من وجهت له اليمين نكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين نكل عنها خسر دعواه.»
فمن نكل عن أداء اليمين خاسر لدعواه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1992/04/14 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقاً لأحكام المادة (73) ق.أ.ج. على تركها أثاثها ومصوغها في بيت الزوجية، غير أنها امتنعت عن تأديتها، وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقاً ونكلت عنها خطأ في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ.»

وفي معرض تأسيسه أكد القرار بأنه بالفعل فإن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين تطبيقاً للمادة (73) المذكورة على أنها تركت بيت الزوجية أثاثها ومصوغها قد امتنعت عن تأدية اليمين الموجهة وذلك يعتبر نكولاً منها، وأن المادة (347) ق.م.ج. تعتبر الناكل خاسر لدعواه وهو مبدأ عام يشمل اليمين الحاسمة والمتممة المنصوص عليهما في المادة (348) ق.م.ج. وأن اليمين بمعنى المادة (73) ق.أ.ج. هي يمين متممة.

2- قاعدة أن يكون لأحد الزوجين البينة على المتاع

إذا كان لأحد الزوجين البينة على أي جزء من المتاع فيقضي له لذلك سواء أكان من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء، لأن البينة تعد دليلاً كاملاً يقدم على نصف الدليل.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/12/07، ملف رقم 47284. انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 101-102.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/04/14، ملف رقم 81850، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 230.

فيمكن للزوج أن يقيم الدليل على تملكه لما هو معتاد للنساء، فقد يملك لباساً نسائياً أو مصوغاً أو مواد تجميل ويقدم ما يثبت أنه مالكةا.

ويمكن للزوجة أن تقيم الدليل على ما يملكه الرجال أو المعتاد أن الرجل من يشتريه كغرفة، التلفاز الثلاجة، آلة الغسيل وغيرها من المتاع الذي يبادر به الزوج في بيته.

ويعتد بسماع الشهود كإثبات لتملك المتاع، رغم إمكانية إقامة الدليل بالفواتير، لكن غياب هذه الأخيرة تعوضها شهادة الشهود⁽¹⁾، لكن المحكمة العليا أكدت في قرارها باعتمادها شهادة الشهود، جاء في القرار الصادر بتاريخ 1983/12/12 ماي⁽²⁾: « إن الشريعة الإسلامية تسمح بسماع الشهود إن اقتضى الحال في كل مواضع النزاعات وذلك مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته ».

ثانيا: حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع

إذا افتقر كل طرف لأي دليل يثبت به ادعاءه، نكون هنا أمام تطبيق المادة (73) ق.أ.ج والتي أكدت أنه بوقوع نزاع حول متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال وفي حال المشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين.

فالمادة (73) ق.أ.ج أعطت 3 حلول هي على النحو التالي:

1- القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المتاع المعتاد للنساء

وفي هذه الحالة لا بد أن يكون الطرفان متفقين بأن المتاع موجود وجوداً كاملاً، ولا نزاع بينهما فيما يخص ذلك، فإذا ادعت الزوجة ملكية الأثاث دون تقديم أية بينة، وكان الأثاث من المعتاد للنساء، وجهت لها اليمين مقابل الحكم لها به⁽³⁾.

وترسيخاً لذلك فقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها صادر بتاريخ 1984/11/05 وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر شرعاً أن النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي الأشياء التي كانت ببيت الزوجية في حياته، نزاع يتعلق بمتاع البيت والخلاف بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معاً، فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، ونفس الشيء يقال فيما هو خاص للرجال، فإن كان مما يصلح لهما معاً، فيحلف كل منهما ويقتسمانه، ولا يختلف الأمر إلا في كيفية الحلف، فالزوجان يحلفان على البت والورثة

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 103. انظر كذلك دنوني بن الشيخ هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 01، 1994، ص 154.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1983/12/12، ملف رقم 31851، ن.ق، ع 46.

(3)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 104.

(4)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/05، ملف رقم 32131، م.ق، 1990، ع 02.

يحلّفون على العلم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الشرعية وتشويهاً لوقائع النزاع.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها تمكينها من أثاثها الباقي لها ببيت الزوجية وحققها من زوجها فإن قضاة الاستئناف بتأكيدهم للحكم المصادق على تقرير الخبرة المتضمن حصر ممتلكات المالك المنقولة وقسمتها على الورثة مع إلزام الطاعن بإعطاء حق المطعون ضدها وبمعالجتهم للنزاع على هذا النحو يكونوا قد خرجوا عن القواعد الشرعية والخطأ في فهم طلبات الزوجة وإخراجها من معناها الحقيقي إلى معنى بعيد عنه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المشار إليه تلقائياً من المجلس الأعلى بمخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي.»

وفي معرض تأسيسه أشار المجلس الأعلى وجهاً تلقائياً أكد من خلاله أنه بالرجوع إلى الحكم المعين للخبير يظهر منه واضحاً أن الزوجة طلبت أشياءها التي كانت لها ببيت الزوجية في حياة زوجها، وبذلك يكون نزاعها مع والد زوجها متعلق بمتاع البيت، وكما سجل الموثق في مكتوبه فإن في المتاع ما هو صالح للزوجة وما فيه احتمال أن يكون لها أو لزوجها والخلاف حول ذلك كله بينهما وهما على قيد الحياة لا يختلف عن الخلاف بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو هما معاً تجري عليه قاعدة ما يصلح للنساء ولا بينة للزوجة عليه، تأخذه مع يمينها ونفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال فإن كان مما يصلح لهما معاً يحلف كل منهما ويقتسمانه.

وفي رواية أن للزوج يأخذه مع حلفه، وهي رواية سار عليها الشيخ خليل وورثتهما كليهما، ولا يختلف الأمر إلا في كيفية الحلف، فالزوجان يحلفان على البت والورثة يحلفون على العلم، وأن الطريقة التي عولجت بها هو خروج عن قواعد الشرع، وخطأ في فهم طلبات المدعية وإخراجها من معناها الحقيقي إلى معنى بعيد مما يجعل القرار معيباً ويعرضه للنقض.

2- القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المتاع المعتاد للرجال

إذا ادعى الزوج ملكيته للمتاع وكان من المعتاد للرجال، ولم يقدم بشأنه أي دليل مثل الزوجة، توجب له اليمين للحكم له به.

ويثور الإشكال حول ما هو معتاد للرجال، وما هو معتاد للنساء سيما وإن ذلك ليس مذكوراً على سبيل الحصر، ولا يمكن حصره على اعتبار أن هناك من يعتبر أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكاً للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكاً لها.

وهذا ما تبناه قضاة المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1989/01/16 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المستقر عليه قضاءً وشرعاً أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكاً للزوج ما لم تثبت

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/16، ملف رقم 52212، م.ق، 1989، ع 03؛ للأستاذ باديس ديابي رأي حول هذا القرار حيث يرى أن القرار لم يعد ذو أساس متين سيما وأن متاع البيت الزوجية لا يمكن أن ينسب ملكيته آلياً إلى

الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها، اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا، فالزوج أحق به مع يمينه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه فإن المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزوج داخلاً في أمتعة زوجته وحكم لها دون أن يطالبها بإقامة البينة بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.»

وجاء في معرض تأسيسه أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي من الزوجين مثل الفراش والغطاء وغرفة النوم وما شابه ذلك من أرائك وزرابي وأواني الطبخ هو مبدئياً يعتبر ملكاً للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه.

وأن الزوج ولئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه غير أن المجلس لم يغير استثناءه هذا واعتبر ما استثناءه داخلاً في أمتعة زوجته، وحكم لها بجميع ما طلبت دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه وهو ما جعل القرار قائماً على أساس غير شرعي.

وعليه يستشف من القرار أن كل ما هو داخل البيت الزوجية يعد معتاداً للرجال وملك للرجل، وما على الزوجة إلا تقديم ما يثبت خلاف ذلك.

3- تقسيم المشتركات مع اليمين

الفقرة الثانية من المادة (73) ق.أ.ج نصت على أن المشتركات بين الزوجين يقسمانها مع اليمين باعتبار أن المتاع المشتركة قد يصلح للرجل ويستعمل عادة، كما يصلح للمرأة. فالمادة أوجبت عليها تأدية اليمين ويقسمانها سوية أو يقسمان ثمنها " المشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين ".

وتطبيقاً لهذه الفقرة صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا، منها القرار الصادر بتاريخ 1998/04/21 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة ينقسمانها مع اليمين.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة (2/73) ق.أ.ج، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً.»

=الرجل دوناً عن المرأة، على اعتبار أن التطور الاجتماعي والذي أضحي يحصي نسباً كبيرة في صنف المرأة العاملة والموظفة والأجيرة يجعل من المرأة مالكة لمتاع قد يكون معتاداً للرجال، ولذلك فإن حدة القرار المذكور في تناقض مستمر قياساً بالاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية المستحدثة في المجتمع. انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 107.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189245، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 242.

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن الطاعنة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه، وفي حالة إنكاره له، عليه أن يؤدي يمين النفي تطبيقاً لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، إضافة إلى أن القرار المنتقد قد اعتبر أن جهاز التلفاز والراديو لم تقدم بشأنهما معاً الطاعنة أي دليل مع أنهما يعتبران من الأمتعة المشتركة يحلفان بشأنها معاً وتقتسمانهما طبقاً للمادة (73) ق.أ.ج.

وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 2002/07/13 وجاء فيه⁽¹⁾: « يتقاسم الزوجان في حالة النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين.

وفي معرض تأسيسه اعتبر قضاة المحكمة العليا أن القرار المنتقد أساء تطبيق القانون وخاصة المادة (73) ق.أ.ج فيما يخص النزاع الخاص بالمتاع بين طرفي القضية لكون كل من الطاعنة والطاعن ضده يدعيه لنفسه ويزعم بأنه له أو ساهم في شرائه وكان المفروض إزاء هذا الخلاف وانعدام أي حجة لأي منهما توجيه اليمين للمطلقة في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال فتوجه اليمين بشأنه للزوج المطعون ضده والمشتريات بينهما يتقسمانهما مع يمينهما وذلك عملاً بأحكام المادة (73) بفقرتها الثانية من ق.أ.ج.

ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف هذا، فإن قرارهم المنتقد جاء مخالفاً للقانون الأمر الذي يتعين معه نقضه بالنسبة للمتع «.

الفرع الثالث

قسمة الأموال المشتركة

إذا كان النزاع في متاع البيت من أهم القضايا والنزاعات التي تثار بشأن الطلاق، فإن قسمة الأموال المشتركة بين الزوجين لا يقل أهمية عليه.

وعليه ولما كان الأمر كذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: كيف يتم حسم النزاع في المكتسبات المالية المشتركة بين الزوجين؟

إنه ومن بين المستجدات التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-09 نص المادة (37) والتي تنص على أنه: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما «.

باستقراء مقتضيات هذه المادة، يتجلى أنها تتضمن مبدأين أساسيين: الأول يتعلق باستقلال الذمة المالية للزوجين، والثاني يتعلق بإمكانية الاشتراك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/13، ملف رقم 277411، م.ق، 2004، ع 02.

أولاً: مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة (37) المعدلة ق.أ.ج نجدها تنص على أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، يتصرف فيها كيفما يشاء، ويبقى كل واحد من الزوجين محتفظاً بأمواله الشخصية التي اكتسبها قبل الزواج.

والمقصود بالذمة المالية هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من التزامات ديون تقدر بالنقود في الحال أو الاستقبال أو هي مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية لكل شخص⁽¹⁾.

ويدخل في الذمة المالية للزوجين العناصر التالية⁽²⁾:

- العقارات والمنقولات المكتسبة قبل إنشاء الرابطة الزوجية.
 - ما يدخل في الملكية من أموال عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية أو الوقف.
 - التعويضات المادية الناشئة عن التصرفات الضارة ضرراً مادياً أو معنوياً.
 - الديون المرتبطة بالذمة لصالح الغير.
 - الديون التي تتعلق بذمة الغير لصالح الدائن.
- وتتفرد المرأة بعناصر أخرى تدخل في ذمتها وهي ما يسمى أيضاً بالحقوق المالية للمرأة وهي:

- الصداق الذي يدفعه الزوج كشرط يفرضه القانون لصحة عقد الزواج (المادة 09 مكرر ق.أ.ج).
- النفقة حيث أوكل المشرع مسؤولية الإنفاق على الزوجة وعلى الفروع إلى الزوج باعتباره صاحب القوامة والعصمة، فالنفقة حق مالي للزوجة نظير احتباسها لحق الزوج ويسري هذا الحق ابتداءً من تاريخ الدخول كقاعدة عامة وقد يتوجب قبل ذلك إذا دعت للبناء بيينة وتماطل في الاستجابة (المادة 74 ق.أ.ج).

أما في الفقه الإسلامي، فلا خلاف بين الفقهاء في أن للزوجة ذمة منفصلة عن ذمة زوجها ولا يحق للزوج في أن يتصرف في شيء من أموال زوجته أو بأحد منه إلا بإذنها ورضاها⁽³⁾، فلها أن تتصرف فيها بمحض إرادتها من غير توقف على إذنه، بل ولها الحق أيضاً أن توكل غير زوجها بتنفيذ عقودها مطلقاً دون توقف الأمر على إجازته.

وقد ورد في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ما يفهم منه ذلك نذكر منها على سبيل المثال لا

الحصر مايلي:

(1)- ليلي حداد وزبيدة إقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 04، 2012، ص 108.

(2)- المرجع نفسه، ص 122.

(3)- عبد الفتاح تقيية، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 02، 2011، ص 150. انظر كذلك دنوني بن الشيخ هجيرة، النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 167.

1- القرآن الكريم

■ قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى جعل المرأة في أمور التعامل بالمال مع الزوج كالأجانب تماماً مما يدل على استقلالها مالياً عنه، فكما أن على الرجل أن يدفع للأجانب ما استحقوه بوجه من الحق، فإن عليه أن يدفع ويسلم لامرأته ما فرضه الله عزوجل لها من المهر، وكما يحل للرجل أخذ مال الغير إذا طابت نفس الغير بذلك، فكذلك الحال في أخذه من مال زوجته، وإذا كان ذلك كذلك في مهرها وهو ما تملكه من قبل الزوج فأولى منه في سائر أموالها الأخرى⁽²⁾.

■ قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينَ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن مال المرأة يورث عنها، وأنها توصي لمن شاءت، وأن دين المرأة لازم لها في مالها مما يعني أن لها أهلية التملك والتصرف، وأن نتائج تصرفها لازمة لها في مالها.

■ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانٍ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى حرم على الزوج إذا فارق زوجته وأراد الزواج بأخرى أن يأخذ من مهر الأولى شيئاً، واعتبر الأخذ حينئذ من البهتان والإثم لهذا الميثاق الغليظ، وعليه فإذا كان يحرم على الزوج أن يأخذ شيئاً مما دفعه لها مهرًا ولو كان هذا المهر كبيراً، فإن ما يدخل في نعمتها من أموال وممتلكات فيجب أن تكون بعيدة عن طمع الزوج، لأن عقد الزواج في التشريع الإسلامي لا يعطي للزوج الحق في التدخل في أمور وتصرفات الزوجة المالية، لأن حق القوامة عليها حق شخصي وليس مالي، ومنه إعمالاً وتكريساً للقاعدة الشرعية " الزواج مبني على المكارم والبيوع مبنية على المكايسة والمشحاة"⁽⁵⁾.

(1)-سورة النساء، الآية 04.

(2)-إيلي حداد وزوييدة إقروفة، المرجع السابق، ص 110.

(3)-سورة النساء، الآية 12.

(4)-سورة النساء، الآية 20.

(5)-عبد الفتاح تقيّة، الذمة المالية للزوجة، المرجع السابق، ص 151.

2- السنة النبوية الشريفة

▪ حديث عروة بن الزبير قال: كان عبد الله بن الزبير أحب البشر إلى عائشة بعد النبي " صلى الله عليه وسلم " وأبي بكر رضي الله عنه، وكان أبر الناس بها وكانت لا تمسك شيئاً مما جاءها من رزق الله إلا تصدقت به فقال ابن الزبير: ينبغي أن يؤخذ على يديها فقالت: أيؤخذ على يدي علي نذر إن كلمته "(1).

وجه الاستدلال: أن السيدة - عائشة رضي الله عنها - بقيت تتصرف في أموالها بالعطاء والبيع والعتق دون رقيب عليها.

▪ ورد في قصة بريرة - رضي الله عنها - أنها كانت جارية مملوكة وقد كاتب أسياها على عتقها فطلبت من السيدة عائشة - رضي الله عنها - مساعدتها، فاستجابت لذلك إلا أن أسياها بريرة اشترطوا أن يكون الولاء لهم فبلغ ذلك رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقال: [اشترى وأعتقني، فإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ] (2).

وجه الاستدلال: هذا دليل صحيح من السنة على جواز تصرف المرأة في مالها، لقول الرسول " صلى الله عليه وسلم " : " اشترى وأعتقني "، قال شراح الحديث تعليقا على هذا الحديث: " وفيه - أي في الحديث - أن المرأة الراشدة تتصرف بنفسها في البيع وغيره ولو كانت متزوجة وجواز تصرف المرأة الراشدة في مالها بغير إذن زوجها ".

وعلى غرار الشريعة الإسلامية، كرسق قوانين الأسرة والأحوال الشخصية للعديد من الدول العربية مبدأ فصل الأموال بين الزوجين(3)، بما فيها قانون الأسرة السابق(4)، وقانون الأسرة الحالي(5)، غير أن المشرع الجزائري قد لطف من حدة هذا المبدأ وأكد في الفقرة الثانية من المادة (37) ق.أ.ج على دور إرادة الطرفين عند إبرام عقد الزواج حول المكتسبات الزوجية خلال الحياة الزوجية وكيفية إدارتها واستثمارها ونسب الاستحقاق فيها، وذلك لضمان حقوقهما معاً.

(1)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب المناقب، باب مناقب قرش، ج 04، ص 180.

(2)- المرجع نفسه، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ج 01، ص 98. انظر كذلك مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ج 02، ص 1141.

(3)- انظر على سبيل المثال الفصل (24) ق.أ.ش.ت والمادة (49) م.أ.م.

وعلى خلاف القوانين العربية التي أخذت بمبدأ الفصل بين أموال الزوجين، نجد أن القوانين الغربية تأخذ بما يسمى بالاتحاد الفعلي لزم الزوجين، فالحياة الزوجية المشتركة تفرض على الزوجين الغربيين وضع كل مواردهما المادية والمعنوية في ذمة واحدة وهذا من أجل رعاية مصالح الأسرة والحفاظ على الروابط الزوجية.

(4)- تنص المادة (2/38) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها ».

(5)- تنص المادة (1/37) ق.أ.ج على أنه: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ».

ثانياً: اتفاق الزوجين على الاشتراك في الأموال

منح المشرع الجزائري حرية إفراغ اتفاق الزوجين حول المكتسبات الزوجية وكيفية إدارتها واستثمارها ونسب الاستحقاق في الربيع في قالب شكلي يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم بينهما، هذا الاتفاق يكون ملازمًا ومصاحبًا لواقعة إبرام عقد الزواج أو يأتي لاحقًا من غير تحديد الأجل، وهذا ما تضمنته المادة (2/37) ق.أ.ج: « ... غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ».

وهنا لابد من التمييز بين وضعين نظرًا لتعدد الجهة المكلفة بتوثيق عقود الزواج (المادة 18 ق.أ.ج):

1- البلدية: إذا اختار الطرفان المتناكحان ضابط الحالة المدنية ببلدية إقامتهما أو إقامة أحدهما لتسجيل عقد زواجهما، فإن اتفاقهما المتعلق بالأموال المشتركة بينهما يبقى مجرد اتفاق شفوي يعلن في مجلس العقد أمام الضابط المؤهل والشاهدين، والولي نظرًا لافتقار الاستمارات المعدة لإبرام عقود الزواج لمكان تُدون فيه هذه الشروط، وهنا لا خيار أمام الطرفين إلا إبرام وثيقة مستقلة أمام الموثق⁽¹⁾.

2- الموثق: إذا كان عقد الزواج سيتم إبرامه بين يدي الموثق، فإن ذلك أفضل لأن هذا الأخير بإمكانه تحرير كل الشروط التي يتقدم بها الزوج والزوجة، سواء كانت شروط عامة أدبية أو مالية كحسن العشرة، والمكوث في البيت، والاستقلال بالسكن الزوجي، والتعدد، واقتسام الأرباح التي تديرها مشاريعهما المستقبلية أو مساهمة الزوجة بجزء من أموالها في تحمل الأعباء الزوجية تجسيدًا لنص المادة (19) ق.أ.ج: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون »، التي تناولت موضوع الاشتراط في عقد الزواج بصورة عامة سواء تعلقت بالحقوق المعنوية أو المالية.

وبنفس القوالب الواردة في المادة (37) فهما تنصبان في نفس التوجه للمشرع الجزائري بخصوص الاتفاق حول الثروة المكتسبة بين الزوجين المبنية في المادة (37) من خلال إقرار حرية الاشتراط بين الزوجين حول كل ما يتعلق بواجبات الحياة المشتركة بما يضمن مصالحهما الخاصة ومصحة الأسرة ككل.

كل هذه الشروط بإمكان الموثق إدراجها في ملخص عقد الزواج الذي يحرره بلغته وأسلوبه، سواء أكان صفحة واحدة أم صفحات متعددة، مع تضمين العقد العناصر التي يفرضها القانون من الركن والشروط وأسماء وألقاب أطراف العقدة المجتمعة، ومبلغ الصداق وتاريخ إبرام العقد وختمه، وغيرها من البيانات الضرورية، كما يمكنه أيضًا تحرير عقد مستقل عن عقد الزواج، يفرد للنظام المالي المتفق عليه بين الزوجين⁽²⁾.

(1)- ليلي حداد وزوييدة إقروفة، المرجع السابق، ص 124.

(2)- المرجع نفسه، ص ص 124-125.

وقد فتح المشرع الجزائري مجالاً واسعاً أمام الزوجين، لتوجيه إرادتهما نحو أي أسلوب أو نظام قانوني يقترحانه لتسوية الوضع المالي المشترك بينهما نتيجة المكتسبات المحققة سويًا في ظل الرابطة الزوجية ولم يقيدتها بوقت معين، بل جعل ذلك ساريًا متى دعت الحاجة إليه في أي مرحلة من مراحل الحياة الزوجية ولو بعد إبرام عقد الزواج والدخول وإنجاب الأولاد، فما على الطرفين إلا التوجه نحو الموثق لإبرام عقد رسمي رضائي يضمنانه اتفاقهما، دون أن يفصح المشرع عن طبيعة هذا العقد وكيفية تسميته وشروطه والأحكام التي تعنتريه والتي تختلف حسب الطبيعة والمضمون، فقد ينصب هذا العقد الرسمي على تسيير وإدارة الأموال أو مشاركة أحد الأطراف بالخبرة والكفاءة، وقد يتضمن نسبة الاستحقاق من الأرباح بالتساوي أو التفاوت حسب رأس مال كل واحد من الزوجين⁽¹⁾.

مع العلم أن هذا العقد الذي يمكن تسميته بعقد تدبير الأموال الأسرية⁽²⁾، يمكن إبرامه حتى بين الأزواج الذين وثقوا عقود زواجهم قبل تعديل 2005 الذي حمل هذا الجديد، فالمادة (37) ق.أ.ج سارية في حقهم ولا تختص أحكامها بعقود الزواج المبرمة فقط بعد 2005.

ويمكن تلخيص معالم وخصائص نظام الأموال في حدود نص المادة (37) ق.أ.ج في النقاط التالية:

- إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل طرف كقاعدة أصلية.
- فسح المجال أمام الزوجين لتحديد واختيار نظام تسيير ممتلكاتهما المشتركة بينهما التي يكسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.
- وجوب إفراغ اتفاقهما في قالب قانوني - عقد رسمي - .
- الاتفاق يكون إما مصاحباً لواقعة إبرام عقد الزواج أو لاحقاً في عقد مستقل مفتوح الأجل.
- مادام الاتفاق يفرغ في عقد رسمي فإنه يخضع لحكم العقد شريعة المتعاقدين، فيمكن تعديله أو استبداله أو توقيفه حسب إرادتيهما، سواء في ظل الرابطة الزوجية أو في حالة انفكاكها.
- حالة انعدام اتفاق بين الطرفين حول الثروة المكتسبة سويًا والتنازع على الاستحقاق من عدمه يضطرنا لإعمال قواعد الإثبات العامة التي يسري العمل بها قانونًا.

غير أنه ما يعاب على المشرع الجزائري اكتفائه بمادة واحدة يتيمة في موضوع الثروة المكتسبة بين الزوجين أمر غير كاف، وذلك بالنظر إلى أهمية هذا الموضوع وآثاره على الزوجين والأسرة، والأولى عليه تخصيص أكثر من نص قانوني لبيان الأحكام التي تعنتري مسألة المكتسبات الزوجية المشتركة ابتداءً من مشتملاتها وتاريخ سريانها وكيفية إفراغها في قالب رسمي، وحصر حالات انقضاء اتفاقها والآثار المترتبة على ذلك، وتبيان وقت المطالبة بتقسيم هذه الأموال سواء أثناء الزواج أو بعد الطلاق أو الوفاة، مع تحديد طرق فض النزاع الذي قد يثار حولها.

(1)-ليلي حداد وزوييدة إقروفة، المرجع السابق، ص 125.

(2)-المرجع نفسه، ص 126.

المبحث الثاني

آثار الطلاق بالنسبة للأبناء

إن الطلاق ما كان ليكون مكروهاً لولا أنه يهدم الأسرة بكاملها، ويشتت أفراد عائلة وخاصة الأبناء فمن أخطر آثار الطلاق هو انفصال الأبناء عن أحد والديهما أو عن كلاهما أحياناً، فبمجرد وقوع الطلاق وإلى جانب أنه يرتب آثاراً بالنسبة للزوجين، فإنه كذلك يرتب آثاراً بالنسبة إلى الأولاد، فيتغير مركز الزوجين إلى مركز المطلقين ويتأثر الأطفال لا محالة بهذا التغيير، فتتولد حقوقاً جديدة للأطفال، وتترتب التزامات أخرى بالنسبة لكلا الزوجين وكأنه عقد جديد أبرم بينهما، ولهذا يقتضي منا الأمر في هذا المبحث التطرق إلى الآثار والنتائج التي تثبت لأولاد بمجرد حل الرابطة الزوجية (الطلاق) والتي تتمثل في النسب (المطلب الأول) والحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النسب

من الحقوق التي تترتب على العلاقة الزوجية أثناء قيامها وبعد انتهائها هو النسب، والنسب لغة: القرابة⁽¹⁾، وشرعاً: صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد⁽²⁾. وللنسب في الإسلام أهمية كبيرة، فثبوت النسب للولد يدفع عن الوالد والولد التعرض للعار والضياع وثبوت النسب للأم يحميها من الفضيحة والرمي بالسوء، ويؤدي إلى صيانة الأسرة من كل ريبة⁽³⁾.

ومن هنا جاءت دعوة الإسلام للآباء أن ينسبوا أبنائهم إليهم وتحريم نسب الأولاد إلى غير آبائهم وشدد في الوعيد لمن يفعل ذلك قال " صلى الله عليه وسلم " : [مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ]⁽⁴⁾، ويحرم على النساء نسبة الولد إلى غير أبيه، قال " صلى الله عليه وسلم " : [أَيُّمَا امْرَأَةٍ ادَّخَلْتُ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يَدْخُلَهَا اللَّهُ جَنَّتُهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَدَّ وَلَدَهُ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ]⁽⁵⁾.

ونظراً لأهمية هذا الموضوع ومنعاً لاختلاط الأنساب، لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقاً أصلياً في ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحاً، ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة وسائل أخرى، ولهذا نجد أن الفقهاء يعبرون عن

(1)- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (لسان العرب)، المرجع السابق، م 01، ص 755.

(2)- أحمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 175.

(3)- المرجع نفسه، ص 175.

(4)- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (فتح الباري بشرح صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، ج 12، ص 54.

(5)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب التغليب في الإنتقاء، ص 279.

هذا " بثبوت النسب بالفراش " أي ما ينتج عن الزواج الصحيح استناداً إلى قوله " صلى الله عليه وسلم " : [الوالدُ للفراشِ ولِغَايِرِ الْحَجْرِ]⁽¹⁾.

أما قبل الزواج أي أثناء الخطبة أو قبلها فلا يثبت به النسب، لأن الخطبة لا تعد زواجا فالطبيعة القانونية للخطبة تقضي بأنها وعد بالزواج غير ملزم وهذا طبقاً لنص المادة (1/05) ق.أ.ج التي تنص على أن: « الخطبة وعد بالزواج ».

فالخطبة لا تبيح التلاقي بين الزوجين لعدم وجود عقد الزواج وبناءً عليه فإن كل واحد من الخطيبين يعتبر أجنبي عن الآخر في هذه المرحلة وأي اتصال جنسي بينهما يعتبر غير شرعي⁽²⁾.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1998/10/08 وجاء فيه⁽³⁾: « من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً ومن ثم لا تعتبر العلاقة الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان الأمر كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه يعاشر صاحبه جنسياً، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ».

وفي قرار آخر جاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر شرعاً أن الاتصال الجنسي قبل العقد زنا وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه ».

وفي نفس اتجاه القضاء الجزائري سار القضاء التونسي، حيث قضت محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1992/06/02 أن: « الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية لم يرتب عن الخطبة زواجا لا يقضي بأحكام الزواج فيما بين الخطيبين، فلا يحل ولا يحق للخطيبين تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصال غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خيانية لا ترتب نسباً ».

أما مدونة الأسرة المغربية فهي تخالف ما ذهب إليه كل من القضاء الجزائري والقضاء التونسي حيث نصت المادة (156) منها على أنه: « إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخطيب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.
- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.
- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

(1)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج 08، ص 153.

(2)-المقصود بوسائل أخرى هي الإقرار والبينة والتي اعتبرها المشرع الإسلامي طرقاً ثانوية لثبوت النسب.

(3)-قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/10/08. انظر بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 228.

(4)-المرجع نفسه، ص 230.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن، إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.»

وعليه مهما يكن من أمر واختلاف بين القوانين فيما يخص مسألة النسب سوف نتطرق في هذا المطلب إلى حالات ثبوت النسب (الفرع الأول) وحالات نفيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حالات ثبوت النسب

يثبت النسب للأُم بالولادة، سواء كانت الولادة شرعية أو غير شرعية، أما النسب للأب ليس دائماً سهلاً كسهولة نسبه إلى أمه، وإنما ينسب بأحد الأسباب التالية:

أولاً: ثبوت النسب بالفراش

الأصل في هذا قوله " صلى الله عليه وسلم " : [الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ]⁽¹⁾، فلا يثبت الزنا نسباً لأن النسب نعمة، والزنا جريمة يستحق فاعله النعمة، وما عهدت الجرائم مقررة للنعم في عرف العقلاء، فضلاً عن الشرع الحكيم.

والزنا الذي لا يثبت به النسب هو الخالي من أي شبهة مسقطه للحد، فإن وجدت شبهة لا يكون الفعل معها جريمة ثبت النسب اتفاقاً، وإن وجدت شبهة لا تنفي كون الفعل جريمة ولكنها تسقط الحد، فإن وجدت يثبت معها على الأرجح⁽²⁾.

فالفراش الذي يثبت به النسب هو الفراش الثابت بـ:

1- عقد الزواج الصحيح

ما الزواج في حقيقته إلا تنظيم لصلات الرجال والنساء على شكل معين وفق نظام خاص والذي ينتج عنه الإنجاب الشرعي الذي يؤدي إلى تكاثر النوع البشري واستمرار الوجود الإنساني، لذا شرع الله العلاقة الزوجية وسيلة للاستقرار والتناسل، وهذه العلاقة لا تتم إلا في إطار عقد حددت الشريعة والقانون أركانه وشروطه، والعقد الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين سواء من طلاق أو وفاة.

أ- ثبوت النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية

لا خلاف بين الفقهاء في أن النسب يثبت أثناء قيام العلاقة الزوجية بعقد صحيح⁽³⁾، ولكنهم اختلفوا في الشروط الواجب توافرها بثبوت النسب به.

(1)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 153.

(2)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 349.

(3)- وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة (40) ق.أ.ج على أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح...»، وهو كذلك نفس الاتجاه الذي قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 وجاء فيه: « من المقرر قانوناً أنه

1- الدخول الحقيقي أو إمكانيةه: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ما يثبت به فراش الزوجية والذي يتم بسببه النسب هو العقد مع إمكانية الوطء (الدخول) لأن معرفة الوطء المحقق متعسرة، فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب ولذا يحتاط فيها، وذلك لاعتبار مجرد الإمكانية، فهو طريق هذا الاحتياط⁽¹⁾.

أما إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين كما في المشرقي الذي يتزوج مغربية، ولم يلتقيا في مدة الحمل فلا يثبت النسب، أي أنهما إن كان قريبين بحيث يتمكن الرجل من زيارتها ومباشرتها فإن الولد ينسب إليه، وإن كان بعيدين فلا يتصور العقل أنه يزورها ويباشرها وتحمل منه لا ينسب الولد إليه⁽²⁾.

أما الحنفية فالفراش الزوجية الذي يتم بسببه النسب هو عقد الزواج الصحيح، فإذا عقد رجل نكاحه على امرأة ثم ولدت بعد ذلك في فترة الحمل الشرعية وهي عندهم ستة أشهر في الأدنى وسنتان في الأقصى فإن نسب هذا المولود يثبت من الرجل، حتى وإن كان قد طلقها عقب نكاحه عليها مباشرة، لأن معنى النسب ومعنى الفراش ينحصر عندهم في عقد النكاح وقد حصل العقد ولذا فيلحق الولد بالرجل إلا أن ينفيه⁽³⁾.

ولذا فلا يشترط عندهم تلاقي الزوجين واجتماعهما أو في إمكانية الاجتماع حتى يثبت النسب، بل لو ثبت فعلاً وبالبيينة عدم اللقاء بين الزوجين فإن النسب يثبت من الزوج، كما لو عقد نكاح رجل مشرقي على امرأة مغربية دون أن يلتقيا وثبت عدم تلاقيهما، فإذا ولدت المرأة بعد هذا العقد بستة أشهر، فإن الولد ينسب إلى الزوج، وعللوا ذلك على مجرد تصور اللقاء ولو كان هذا التصرف بعيداً جداً، أما إذا كان معدوماً فلا يثبت به النسب كما لو تزوجت امرأة بالغ بطفل صغير لا يولد لمثله، ثم حملت بولد فإن نسب هذا المولود لا يثبت من الزوج لعدم اتصال الطفل بزوجه⁽⁴⁾.

أما ابن تيمية وتلميذه ابن القيم: فيريان أنه ما يثبت به فراش الزوجية والذي يترتب عليه النسب هو العقد مع الدخول المحقق لا مجرد إمكانية الدخول⁽⁵⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بما استقر عليه جمهور الفقهاء من أن النسب يثبت بالعقد مع إمكانية الدخول، وهذا طبقاً لنص المادة (41) ق.أ.ج التي نصت على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ».

=يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً؛ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/06/1999، ملف رقم 222674، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 88.

(1)-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 372.

(2)-المرجع نفسه، ص 372. انظر كذلك محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 350؛ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 213.

(3)-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 371.

(4)-المرجع نفسه، ص 372.

(5)-محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 485.

2- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل

يحتاج الجنين إلى البقاء في بطن أمه مدة يتكون فيها بناؤه ويكتمل خلقه وتتم أعضائه حتى يخرج إلى الحياة بشراً سوياً، ومن المعلوم أن النساء يلدن في (09) أشهر وغالباً ما تنقص أو تزيد هذه المدة.

وعليه يقتضي بنا الأمر التفصيل في مسألتني أقل مدة الحمل وأقصاها على النحو التالي:

أ- أقل مدة الحمل: لا خلاف بين الفقهاء في أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، وقد أخذوا ذلك من القرآن الكريم:

▪ كقوله تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾⁽¹⁾.

▪ قوله تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾⁽²⁾.

▪ قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى جعل مدة الفصال - الذي هو الرضاع - وحدها حولين كاملين وهما أربعة وعشرون شهراً، وجعل مدة الحمل والرضاع جميعاً ثلاثين شهراً⁽⁴⁾، فإذا سقطت مدة الفصال من مدة الحمل والفصال معاً، كانت أقل مدة للحمل هي ستة أشهر⁽⁵⁾.

ب- أقصى مدة الحمل: أما هذه الأخيرة فكانت محل اختلاف كبير بين الفقهاء⁽⁶⁾:

▪ أنها أربع سنين، وهو قول جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية.

▪ أنها ست أو سبع سنين وهو قول الزهري وبعض المالكية.

▪ أنها سنة قمرية وهو قول محمد بن عبد الله بن الحكم من المالكية.

▪ أنها ثلاث سنين وهو قول الليث بن سعد.

▪ أنها خمس سنين وهو قول عبد الله بن العوام.

▪ أنها تسعة أشهر وهو رأي الظاهرية.

(1)-سورة الأحقاف، الآية 15.

(2)-سورة لقمان، الآية 14.

(3)-سورة البقرة، الآية 233.

(4)-محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 370.

(5)-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 372. انظر كذلك سلامي دلييلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2008، ص 09.

(6)-عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 273.

▪ أنها سنتان وهو رأي الحنفية، ومستند هذا الرأي ما روى من قول عائشة - رضي الله عنها - : [لا يَبْقَى الْوَلَدُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَكْثَرَ مِنْ عَامَيْنِ وَلَوْ بِظِلِّ مَعْزَلٍ]⁽¹⁾.

غير أن هذه التقديرات جميعها متباينة ومتباعدة وليس لأحدهما دليل شرعي من نص ملزم. وما استقر عليه المشرع الجزائري أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر وهذا طبقاً لنص المادة (42) ق.أ.ج التي نصت على أن: « أقل مدة الحمل ستة أشهر (06) وأقصاها عشرة (10) أشهر ».

وهو كذلك ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1998/05/19 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ».

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزواج قد وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعة بنتاً للزوج الثاني اعتماداً على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ».

وبعد الحمل تأتي الولادة كإثبات لواقعة الاتصال الجنسي بين الذكر والأنثى، غير أن الحمل بهذا المفهوم (الإنجاب الطبيعي) أي الناتج عن الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين أخذ أبعاداً أخرى في وقتنا الحالي وخاصة نتيجة لمشكلة العقم التي قد تصيب الزوجين، لذلك اكتشف العلم الحديث وتوصل إلى حل بديل عن الإنجاب الطبيعي، فظهرت تقنية التلقيح الاصطناعي إلا أن هذه الأخيرة قد أثارت تساؤلات وإشكالات حول نسب الأطفال المولودين بهذه الطريقة بالنظر إلى أحكام النسب المحددة شرعاً وقانوناً، مما جعل المشرع الجزائري ينص في قانون الأسرة الجديد على جوازية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب المادة (45) مكرر منه، وهذا باعتباره أحدث الوسائل العلمية للإنجاب ومؤكداً في نفس الوقت على عدم اللجوء إليها إلا في إطار عقد زواج صحيح مستوفياً لشروطه وأركانه، وذلك كله باعتبار أن هذه الحالة تعتبر من مستجدات العصر ومن أمهات مسائل الفقه الحديثة والتي استدعت معايير وشروط لا تتعارض مع الشريعة ولا الطب.

ونظراً لأهمية هذا الموضوع إرتأيت التطرق لمسألة الانجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي وشروطها كونها من المستجدات التي جاء بها تعديل 2005.

(1)-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي(شرح فتح القدير)، المرجع السابق، باب ثبوت النسب، ص 310.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 193825، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 73.

• التلقيح الاصطناعي

أمام تعدد طرق حمل المرأة وبعدها كان الإنجاب ينحصر في مفهومه الطبيعي ظهر الإنجاب الاصطناعي، وهو حمل المرأة عن طريق التلقيح الاصطناعي، هذا الأخير الذي يعتبر الأمل الوحيد لتحقيق الأمومة وخاصة بعد تقادم مشكلة العقم التي أصبح يعاني منها الكثير⁽¹⁾، وأمام هذا الوضع حاول المشرع الجزائري تبني هذه التقنية على النحو الذي يحقق مصلحة الأسرة وبما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية واستجابة للتطورات العلمية، وذلك استناداً إلى المادة (45) مكرر ق.أ.ج.

أولاً: شروط اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي

عملية التلقيح الاصطناعي هي إدخال البذور الذكرية في الجهاز التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي وهذه العملية الحساسة تتم بكيفيتين هما التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي إلا أنه ونظراً لأهمية وحساسية هذه المسألة نظمها المشرع الجزائري بمجموعة من الشروط وردت في نص المادة (45) مكرر ق.أ.ج هي على النحو التالي:

- 1- أن يكون الزواج شرعياً: أي أن يثبت الزواج بين الزوجين بموجب عقد زواج صحيح مستوفياً لشروطه وأركانه طبقاً لنص المادتين (09) و (09) مكرر ق.أ.ج.
- 2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: وقد استعمل هذا الشرط لمنع الناس من اللجوء إلى بنوك النطف المجمدة، وما قد ينتج عن ذلك من مشاكل كبيرة من شأنها أن تؤدي إلى اختلاط الأنساب وتحايل من جهة، ونظراً لكون العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة من جهة أخرى، ولهذا لا يمكن أن تلقح المرأة بنطف زوجها تلقياً اصطناعياً ويلحق به النسب والعلاقة الزوجية تكون قد انتفتت أو انحلت بالوفاة.
- 3- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها: أجاز المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين، وذلك تفادياً لإختلاط الأنساب والتلقيح الاصطناعي وفقاً لمنطوق الفقه الإسلامي يتم بطريقتين هما:

أ- أن تأخذ نطفة من الزوج وبويضة من الزوجة ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع في اللقحة في رحم الزوجة.

ب- أن تأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقياً داخلياً.

- 4- لايجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة: فلا بد أن تكون المرأة المراد تلقيحها بمني الزوج هي الزوجة التي دخل عليها بموجب عقد صحيح وليست أية امرأة أخرى، وذلك حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر، لأن الأمومة ليست مجرد علاقة بيولوجية بل معنى الأمومة أرقى بذلك كثيراً، لذلك قال تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلًى وَهْنًا ﴾⁽²⁾، وقوله

(1)-تشار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

2001، ص 153.

(2)-سورة لقمان، الآية 14.

تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾⁽¹⁾، فقد ربط القرآن الكريم بين الأمومة والحمل، فالأم هي التي تحمل وليست من تمنح البيضة لغيرها مقابل أجر معين، فتعين من باب سد الذرائع ومنعاً لاختلاط الأنساب منع استعمال الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة وضرورة تقتضيها لأن المفسدة فيها أكبر.

ثانياً: مسألة تخلف إحدى شروط عملية التلقيح الاصطناعي

إن المشرع الجزائري وإن أباح اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي ووضع الإطار القانوني لهذه المسألة وحاول تنظيمها إلا أنه لم يفكر فيما يترتب عليه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة وبالنسبة لثبوت النسب ونفيه من جهة أخرى وخاصة أن هذه الشروط تعتبر في غاية الأهمية. مما يجعل التفكير عن الآثار المترتبة عن تخلفها في غاية الدقة، ومن ثم كان لا بد من التساؤل عن هذه المسألة.

فلو تصورنا مثلاً أن عملية التلقيح الاصطناعي قد تمت من غير مني الزوج أو من دون عقد زواج شرعي أو بتخلف شرط موافقة الزوج الصريحة فما أثر ذلك؟ وما موقف المشرع من ذلك؟ المشرع الجزائري وإن وضع الإطار القانوني لمسألة التلقيح الاصطناعي إلا أنه لم يتحدث عما يترتب عليه تخلف إحدى شروطه، فلو حبذا لو يضيف مادة أخرى في الموضوع تتطرق إلى حالة تخلف إحدى الشروط الواجب توافرها في عملية التلقيح الاصطناعي على النحو الذي تقتضيه هذه الأخيرة نظراً لإهميتها البالغة في عملية الإنجاب.

ب- ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة

إذا طلقت المرأة، سواء قبل الدخول أو بعده، وسواء كان الطلاق رجعيًا أم بائنًا أو كانت الفرقة بوفاة فقد وضعت أحكاماً لا يثبت النسب إلا بها، وفي هذا نصت المادة (43) ق.أ.ج على أنه: « ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ».

هذا ولم يورد المشرع الجزائري تفصيلاً للحالات المختلفة في ثبوت النسب سواء قبل أو بعد الطلاق أو الوفاة، كما فعل بعض المشرعين، لذا سنتطرق إلى الأحكام المختلفة فيما يخص هذه الحالة طبقاً لرأي الفقهاء.

1- ثبوت نسب ولد المطلقة: قد يكون الطلاق قبل الدخول وقد يكون بعده إما رجعيًا أو بائنًا.

أ- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول

المطلقة قبل الدخول إما أن تكون ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق أو لأكثر، فإن كانت ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فلا يثبت نسب ولدها من زوجها المطلق، وإذا كانت ولادتها لتمام ستة أشهر من تاريخ طلاقها فلا يثبت نسبه منه، لأن الطلاق قبل الدخول والخلوة لا يثبت بها النسب إلا إذا

(1)-سورة الأحقاف، الآية 15.

ثبت يقيناً أن الحمل حصل قبل الفرقة، وولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يثبت به اليقين بأنها حملت قبل الفرقة، باعتبار أنها أقل مدة للحمل وبحكم أن الزوج لم يدخل بزوجته وحملت منه قبل أن تطلق منه وتعتبر الولادة دليلاً على أن الطلاق كان قبل الدخول لا بعده، ولذلك لا يجب لها جميع المهر⁽¹⁾.

وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحمل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة، لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الفرقة، ولأن مدة الستة أشهر تصلح لتكوين الجنين ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها ومتى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب، ذلك أنه كما سبق الذكر من أن المطلقة قبل الدخول والخلو يشترط في ثبوت نسب ولدها أن يحصل اليقين بأنه منه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا، ويحمل على أنه اتصل بها بناء على شبهة احتياطاً في الأنساب وستراً للأعراض⁽²⁾.

ب- ثبوت نسب المطلقة بعد الدخول

يقتضي الأمر في هذه المسألة أن نميز بين كون الطلاق رجعيًا أو بائنًا، فالمادة (43) ق.أ.ج حددت حكم المطلقة على أنه يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، غير أن المشرع الجزائري لم يميز بين المطلقة رجعيًا والمطلقة طلاقًا بائنًا، ولهذا نرجع إلى رأي الفقهاء في ذلك أيضًا.

✓ حالة كون الطلاق رجعيًا: المطلقة رجعيًا إما أن تكون قد أقرت بانقضاء عدتها أو لا.

فإذا أقرت بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمل انقضاؤها ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار لا يثبت نسبه من مطلقته⁽³⁾، لجواز أن تكون حملت بعد الإقرار بانقضاء العدة ومدة الستة أشهر كافية لتكوين الجنين فيحتمل أنها حملت به بعد انقضاء العدة، والمقر يؤخذ بإقراره ما لم يوجد دليل قاطع على كذبه في إقراره⁽⁴⁾.

أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار فيثبت نسبه⁽⁵⁾، وذلك لتيقن قيام الحمل وقت هذا الإقرار، فتكون كاذبة أو مخطئة في إقرارها بانقضاء العدة، فيبطل إقرارها ويثبت النسب⁽⁶⁾.

أما إذا لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يثبت نسب ولدها مطلقًا ولو جاءت به لسنتين أو أكثر من وقت الطلاق⁽⁷⁾ مهما طاللت المدة، لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها فيجوز له شرعًا الاستمتاع بها، ويكون ذلك رجعة منه⁽⁸⁾.

(1)- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة أحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، 2006، ص 50.

(2)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 208.

(3)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص ص 485-486.

(4)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

(5)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 486.

(6)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

(7)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 486.

(8)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

فإذا ولدت قبل مضي سنتين من وقت الطلاق حمل ذلك على أنها حملت به قبل الطلاق، لأن أكثر مدة الحمل سنتان، وإذا ولدته لسنتين أو أكثر حمل ذلك على أنها حملت به أثناء العدة، لأن الغرض أن هذه المطلقة رجعيًا لم تقر بانقضاء عدتها.

والمعددة من طلاق رجعي زوجيتها قائمة، ويحل لزوجها أن يستمتع بها في أي وقت، ما دامت في العدة فيحمل على أن عدتها طاللت لأنها كانت ممتدة الطهر، وأن مطلقها راجعها بالفعل فحملت منه فيثبت النسب منه⁽¹⁾.

✓ حالة كون الطلاق بائنًا: إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائنًا ثم جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه منه، لأنها كانت حاملاً به وقت الطلاق، وذلك لما هو منصوص عليه في المذهب الحنفي من أن أكثر مدة الحمل سنتان⁽²⁾.

وإن جاءت به لسنتين أو لأكثر بعد الطلاق لا يثبت النسب منه، لأن الحمل حينئذ كان بعد الطلاق ولا يحتمل أنه منه لحرمة وطئها بعده ولو كانت في العدة، لأنه طلاق بائن به تحرم المرأة على زوجها إلا إذا ادعاه لأنه التزمه، وله وجه وهو أن يكون قد اشتبه عليه الأمر فوطئها في العدة بناءً على هذه الشبهة، هذا إذا لم تقر بانقضاء العدة، فإن أقرت بانقضائها وكانت المدة تحتل ذلك، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين ثبت نسبه، لظهور كذبها في إقرارها بانقضاء العدة، ولأن أقصى مدة الحمل سنتان وقد ولدته قبل مضي السنتين، وإن ولدته لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه لاحتمال أنها حملت به بعد انقضاء العدة فلا يكون منه⁽³⁾.

2- ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها

المتوفى عنها زوجها كالمطلقة بائنًا، فإذا زادت المدة بين الوفاة والولادة عن أكثر مدة الحمل لم يثبت نسبها من هذا المتوفى، وإذا كانت أقل من ذلك ثبت نسب ولدها منه ثبوتًا لا يقبل الانتفاء إلا إذا أقرت بانقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام، ثم جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الإقرار، فإن نسبه لا يثبت، وفي الفقه الجعفري يثبت نسب ولد المطلقة رجعيًا أو بائنًا إن ولدته لأكثر مدة الحمل من وقت الفراق ولو نفاه ولاعنه وإن ولدته لأكثر من أقصى من مدة الحمل لا يثبت نسبه ولا يحتاج إلى لعان⁽⁴⁾.

أما المتوفى عنها زوجها فيثبت نسب ولدها من زوجها إذا جاءت به لأقصى مدة الحمل من حين الوفاة وإن جاءت به لأكثر من مدة الحمل لا يثبت نسبه منه ولو ادعاه الورثة لا تقبل دعواهم⁽⁵⁾.

(1)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 209.

(2)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 486. انظر كذلك سلامي دلييلة، المرجع السابق، ص 10.

(3)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 210.

(4)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 486. انظر كذلك طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص 53.

(5)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 486.

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى المادة (43) ق.أ.ج السالفة الذكر فإن المتوفى عنها زوجها يثبت نسب ولدها من الزوج المتوفى إذا أتت به خلال مدة أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الوفاة. إن قانون الأسرة الجزائري وبالرغم من أنه نص على المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل فبمجرد الطلاق أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة إلا أنه لم يحتط لبعض المسائل التي تفرض نفسها مما قد يؤدي إلى عدم ثبوت النسب. فإذا تبين للزوج على سبيل المثال بأن الزوجة غادرت بيت الزوجية ولم تعد إليه مدة من الزمن بأن اعتبرت ناشراً قانوناً وبناءً عليه حكم القاضي بالطلاق، فإن النص القانوني يسمح بثبوت النسب بعد 10 أشهر من تاريخ الطلاق، بل قد يكون الزوج قد طلقها قبل الحكم، فاعتماد مدة 10 أشهر لا يستقيم.

وقد يثبت بأن الزوج كان مسافراً مثلاً مدة 06 أشهر وتوفي في الخارج ثم وضعت الزوجة حملها في الشهر الثامن بعد الوفاة، فنص المادة (43) ق.أ.ج تقضي بثبوت النسب، لأن الوضع جاء في ميعاده القانوني بعد الوفاة، في حين أن الواقع يكذب ذلك فستة أشهر مضاف إليها ثمانية أشهر يصبح العدد 14 شهراً وهو أمر غير مقبول.

زيادة على أن الزوج قد يطلق زوجته قبل الدخول بها، وبالتالي فإن الحمل لا ينسب إليه لعدم الدخول في حين أن النص القانوني لم يشر إلى هذه الحالة، لذا يرى الدكتور بن شويخ الرشيد على المشرع الجزائري إضافة فقرة ثانية في المادة (43) بنصها على أنه: « لا يثبت النسب إذا كان الطلاق قبل الدخول أو تبين عدم التلاقي حقيقة بين الزوجين لمدة تزيد عن عشرة (10) أشهر قبل الطلاق أو الوفاة »⁽¹⁾.

2- عقد الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءً للولد ومحافظة عليه⁽²⁾، ولكن بشروط ثلاثة:

- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل، بأن يكون بالغاً حسب قول المالكية والشافعية، وأن يكون بالغاً أو مراهقاً حسب قول الحنفية والحنابلة⁽³⁾.
- تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية، فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد لم يثبت نسب الولد، والخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح لإمكان الوطء في كل منهما. أما الحنفية فقد اشترطوا حصول الدخول فقط، أما الخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد، لأنه لا يحصل فيها الوطء بين الرجل والمرأة⁽⁴⁾.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 233-234.

(2)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 353.

(3)- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 351.

(4)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 275.

■ أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوّة عند المالكية، ومن تاريخ الدخول فقط عند الحنفية، فلو ولدت المرأة مولوداً قبل مضي ستة أشهر من الدخول أو الخلوّة عند المالكية، لا يثبت نسبه من الرجل، لأن هذا يدل على وجوده قبل ذلك ومعناه أنه من رجل آخر⁽¹⁾، وإذا ولدته بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوّة ثبت نسبه من الرجل⁽²⁾.

ولا ينتفي نسبه عن الرجل إلا باللعان في رأي المالكية والشافعية والحنابلة، ولا ينتفي نسبه ولو باللعان في رأي الحنفية، لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح والزواج هنا فاسد⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فإنه لا يعتبر بثبوت النسب في الزواج الفاسد قبل الدخول ويعتبره زنا ويعترف به بعد الدخول، وذلك طبقاً لنص المادة (40) ق.أ.ج: «..... أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون».

3- الوطاء بشبهة

الوطاء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناءً على عقد زواج صحيح أو فاسد، وعليه إذا دخل رجل على امرأة بشبهة بأن عقد على امرأة فزفت إليه أخرى وقيل له أنها زوجتك أو طلق الرجل امرأته ثلاثاً، ثم اتصل بها في أثناء العدة معتقداً أنها تحل له، ثم جاءت هذه أو تلك بولد فإنه لا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه حتى يثبت أنه كان يعتقد الحل⁽⁴⁾.

أما الاتصال الجنسي بطريق الزنا فلا يصلح نسباً لثبوت النسب الولد من الزاني لقول النبي " صلى الله عليه وسلم ": [الْوَالِدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ]⁽⁵⁾، أي للزاني حد الرجم إن كان محصناً ولأن الزنا محظور شرعاً فلا يكون سبباً لنعمة النسب⁽⁶⁾.

ثبوت النسب بنكاح الشبهة، هو كذلك واحد من الطرق التي تضمنها المشرع الجزائري في مجال إثبات النسب، وذلك طبقاً لنص المادة (40) ق.أ.ج التي نصت على أنه: «..... أو بنكاح الشبهة.....».

ثانياً: ثبوت النسب بالإقرار

النسب كما يثبت بالفراش الصحيح، يثبت بالإقرار⁽⁷⁾، والإقرار هو الاعتراف بالشيء، والإقرار بالنسب هو اعتراف الشخص وإعلانه صراحة بأن شخصاً معيناً ابنه أو ابنته.

(1)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 275.

(2)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص ص 354-355.

(3)- المرجع نفسه، ص ص 354-355.

(4)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 212.

(5)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 153.

(6)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 276.

(7)- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 575. انظر كذلك

1- أنواع الإقرار بالنسب: الإقرار بالنسب على نوعين:

- أ- إقرار بالنسب على النفس، أي أن يلحق مجهول النسب بنفسه.
- ب- إقرار بالنسب على الغير، أي إلحاق النسب ليس بنفس المقر وإنما بغيره.

وسنفصل فيهما على النحو التالي:

أ- إقرار بالنسب على النفس

وهو ما يعرف كذلك الإقرار بأصل النسب أو الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، ويشترط للأخذ بهذا الإقرار أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- أن يكون الولد مجهول النسب، بمعنى أنه لا يعرف له أب فإذا كان له أب معروف لا يصح الإقرار، لأن النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الفسخ أو الانتقال من شخص إلى شخص آخر⁽¹⁾.
- أن يصدق المقر العقل، وذلك بتصور أن يولد للمقر مثل المقر له بالبنوة، فإذا كان العقل لا يتصور ذلك فلا يصح الإقرار، فليس طبيعياً أن يثبت نسب رجل عمره ناهز الخمسين من رجل عمره ناهز الخامسة والأربعين أو أن يكون المقر مقطوع الذكر والأنثيين، في زمن سابق على بدء الحمل بالمقر به⁽²⁾، فلا يصح هذا الإقرار، لأن العقل يكذبه أو كأن يقر رجل لنسب ولد من بلد بعيد، يعلم يقيناً أن هذا الرجل لم يدخلها في حياته فالعادة والعقل يكذب مثل هذا الإقرار⁽³⁾.
- أن يصدقه المقر له في إقراره، إن كان أهلاً للتصديق، بأن يكون بالغاً، عاقلاً، لأن الإقرار حجة قاهرة على المقر، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير⁽⁴⁾.
- قال المالكية: ليس تصديق المقر به شرطاً لثبوت النسب من المقر، لأن النسب حق للولد على الأب فيثبت بإقراره من دون توقف على تصديق منه إذا لم يقدّم دليل على كذب المقر⁽⁵⁾.
- ألا ينازع المقر منازع آخر له في النسب، كأن يقر بنسب الشخص الواحد رجلاً، فإذا نازع المقر غيره في إدعاء النسب تعارضاً، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر⁽⁶⁾.
- ألا يصرح المقر، بأن الولد ابنه من الزنا، فإن صرح في إقراره بذلك لا يثبت النسب منه، لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب⁽⁷⁾.

فإذا توافرت هذه الشروط ثبت النسب، وصار المقر له ابناً للمقر، ومن ثم تكون له جميع ما للأبناء من حقوق على والدهم، ومنها النفقة والميراث، كما يكون للمقر جميع حقوق الأب على ابنه.

(1)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 213.

(2)- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 488.

(3)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 377.

(4)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 278.

(5)- المرجع نفسه، ص 278.

(6)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 377.

(7)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 214.

وكما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر بأبوته يثبت نسبه من المرأة التي تقر بأبومتها له إذا توافرت فيها الشروط التي سبق ذكرها، ما عدا الشرط الأخير فإنه لا يشترط بالنسبة لإقرار الأم، حيث يثبت النسب بإقرار الأم ولو أقرت بأنه ابنها من غير زواج شرعي.

هذا وقد يكون المقر هو الولد نفسه بأن يقر أن أباه فلان أو أمه فلانة وفي كلا هاتين الحالتين لا يثبت نسبه إلا بمصادقة من يدعي نسبه إليه وألا يكون له أب معروف أو أم معروفة وأن يكون ممن يولد مثله لمثل فلان ذلك أو فلانة تلك، هذا إذا كانت المرأة خالية الأزواج وعدتهم⁽¹⁾.

أما إذا كانت المرأة ذات زوج أو معتدة من طلاق يشترط على إقرارها بمصادقة زوجها أو مطلقها على ذلك.

فإن صادقها على إقرارها، كانت هذه المصادقة إقراراً منه بنسب الطفل أو المطلقة، فيصير هو أباً ويصير الطفل ابناً له، وإن لم يصادقها فإما أن يقر - مع ذلك - بولادة زوجته وتحت هذه الحالة صورتان⁽²⁾:

- 1- أن ينفي أبوته مطلقاً لمن ولدته زوجته، فيقول: هذا الذي ولدته زوجتي ليس بابني.
- 2- أن يثبت أبوته لغير من تدعي زوجته أمومته، فيقول: إن الذي ولدته زوجتي غلام وهذه صبية، وإما ألا يقر بولادتها أصلاً، فيقول: إن زوجتي لم تلد، وإن هذا الطفل لقيط مثلاً.

فإن أقر بالولادة ونفى أبوته مطلقاً كان ذلك إنكاراً لولد ثابت بالفراش، وإن أقر بأبوته لغير من تدعيه المرأة أو أنكر الولادة بته فإنه يكتفي بشهادة القابلة أن هذه المرأة قد ولدت أو أن هذا الذي تدعيه هذه المرأة هو الذي ولدته⁽³⁾، والإقرار بالنسب على النفس يجوز في حالتي الصحة والمرض، لأنه إقرار على النفس وليس فيه حمل على الغير، والإنسان ليس متهمًا في حق نفسه⁽⁴⁾.

ب- الإقرار بالنسب على الغير

أو ما يعرف كذلك الإقرار بنسب فرعي أي الإقرار بغير البنوة والأبوة والأمومة وجميع الشروط السابقة بالإضافة إلى شرط آخر: هو أن يوافق المحمول عليه النسب على الإقرار، فإن لم يوافق فلا يلحقه النسب، فمن أقر بأخوة إنسان آخر بأن قال عن مجهول النسب هذا أخي، فإن هذا الإقرار يحتاج إلى تصديق والد المقر فإن لم يصدقه لا يثبت نسب المقر له⁽⁵⁾.

أما إذا كان المحمول عليه النسب متوفى، فيشترط الإقرار من جميع الورثة حتى يثبت النسب، فإذا أقر بعض الورثة وأنكر البعض الآخر فلا يثبت النسب، وقال الحنفية: إن أقر اثنان من الورثة يثبت النسب لأنهما بينة، ولو مات رجل وخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ ثالث، فنسب هذا الأخ لا يثبت على رأي الجمهور، لأن

(1)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 214.

(2)- محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 378.

(3)- المرجع نفسه، ص 378.

(4)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 377.

(5)- المرجع نفسه، ص 377.

النسب لا يتجزأ فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقهما لأن أحدهما منكر، ولا توجد بينة على النسب، غير أن الحنفية والحنبلية قالوا: إن المقر له يشارك المقر في الميراث، وذلك لأنه أقر بسبب مال (النسب) لم يحكم ببطلانه فلزمه المال، وقال الإمام الشافعي رحمه الله: لا يشارك المقر له المقر بالميراث، لأن النسب لم يثبت والميراث معلق بالنسب أو الزوجية وكلاهما منفيان هنا فلا ميراث للمقر له⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أورد الإقرار بنوعية في كل من المادتين (44) و(45) ق.أ.ج، فالمادة (44) منه نصت على أنه: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة »، أما المادة (45) منه نصت على أنه: « الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ».

وفي ثبوت النسب بالإقرار قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1998/12/15 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في بيان أحكام الإقرار..... ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة.....الخ.

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام موثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صالحاً بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين (341) و(461) ق.م.ج لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة المدنية التي يحكمها قانون الأسرة كما لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة (41) ق.أ.ج التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وطلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه «.

(1)- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 377-378. انظر كذلك ابن قدامة المقدسي(المغني)، المرجع السابق، كتاب إقرار الحقوق، فصل في شروط الإقرار بالنسب، ص 1147.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، ملف رقم 20243، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 77.

2- تمييز نظامي التبني واللقيط عن النسب الثابت بالإقرار

لقد أبطل الإسلام نظام التبني وحرمه تحريمًا مطلقًا، وأمر أن من يتبنى أحدًا ألا ينسبه إلى نفسه وإنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف، فإن جهل أبوه دعي أخًا في الدين، ولعل سبب تحريم نظام التبني هو لمنع اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق، لأن نظام التبني يعني إعطاء كل الحقوق التي هي للإبن الحقيقي من نسب وعلاقة وحرمة ونفقة واجبة وميراث، وهذا أمر باطل لا تقره الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وما دام نظام التبني مرتبط بالنسب أصبح العديد يخلطون بينه وبين الإقرار بالنسب، ويعتبر أنهما نظام واحد، غير أن الأمر على خلاف ذلك، فالإقرار بالنسب هو إقرار نسب صحيح شاعت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته، فالإقرار عبارة عن كشف واقعة شرعية صحيحة وليس إثبات واقعة جديدة أما التبني فهو عملية استلحاق شخص آخر به، معلوم النسب كان أو مجهوله مع علمه يقينًا أنه ليس منه⁽²⁾.

وقد نص عليه القرآن الكريم في سورة الأحزاب في قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا بَلَاغٌ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾⁽³⁾.

وتطبيقًا لهذا المعنى نصت المادة (46) ق.أ.ج على أنه: « يمنع التبني شرعًا وقانونًا »، وهو كذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/06/28 وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر أنه يمنع التبني شرعًا وقانونًا ».

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يكن ابنًا شرعيًا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث، لأن التبني ممنوع شرعًا وقانونًا، وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني، قد أخطئوا في تطبيق القانون.

ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه «.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 251. انظر كذلك

-AKROUNE Yakoute, La protection de l'enfant, op.cit, p 79.

(2)- فضيل سعد، المرجع السابق، ص 224.

(3)- سورة الأحزاب، الآية 04-05.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1994/06/28، ملف رقم 122761، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 155.

والملاحظ أن جل التشريعات العربية تحرم التبني بشكل صريح كما هو الحال في المدونة المغربية من خلال المادة (149) التي تقضي بأنه: « يعتبر التبني باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية».

وبخلاف كل من التشريع الجزائري والمغربي فقد خرج المشرع التونسي عن هذه القاعدة الشرعية من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، حيث نص في الفصل الثامن منه على مايلي: « يجوز التبني حسب الشروط المبينة في الفصول الآتية:

ينبغي أن يكون المتبني شخصاً رشيداً ذكراً أو أنثى متزوجاً متمتعاً بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادراً على القيام بشؤون المتبني....».

أما الفصل 14 منه فنص على أنه: « يحمل المتبني لقب المتبني ويجوز أن يبدل اسمه وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبني ».

أما الفصل 15 فنص على أن: « للمتبني نفس الحقوق التي للإبن الشرعي وما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبني نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه القانون من الواجبات عليهما ».

وهي أحكام غريبة في القانون التونسي خالفت وبصورة صريحة أحكام الشريعة الإسلامية والأغرب من ذلك أن المشرع التونسي يعرف نظام الكفالة والتي نص عليها في الفصول من 03 إلى 07 من نفس القانون⁽¹⁾.

أما الشريعة الإسلامية اعتبرت مجهول النسب كأبي فرد من أفراد الأمة له حق المواطنة والدين والعيش في سلام وأمن في المجتمع، وإن كانت قد حرمت نظام التبني إلا أنها قررت في حقه نظام الكفالة لرعايته وتعليمه والقيام على شؤونه وحافظت على نسبه وإن كان معلوم النسب ويجوز للكافل أن يملكه شيئاً حال الحياة من باب الهبة أو يوصي له بجزء من ماله.

وهو كذلك ما تبناه المشرع الجزائري في المادة (119) ق.أ.ج على أن: « الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب ».

كما نص في المادة (120) ق.أ.ج على أنه: « يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية ».

ومقتضى المادة (64) ق.ح.م.ج تقضي أنه في حالة مجهول النسب يتوجب على ضابط الحالة المدنية أن يعطي له اسماً ثلاثياً على أن يكون الاسم الثالث هو اللقب العائلي له، وذلك لأن الضرورة اقتضت وخصوصاً في الوقت الحاضر، فضبط مثل هذه القضايا بشكل جيد من شأنه أن يحول دون وجود عقبات أمام هؤلاء في المستقبل بعد بلوغهم سن الرشد⁽²⁾.

(1)-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 252.

(2)-المرجع نفسه، ص 252.

أما اللقيط هو مولود حديث العهد بالولادة، غالبًا ما تركه أهله في الطريق أو في مكان عام⁽¹⁾، بغض النظر عن الأسباب التي أوجدته في هذا الوضع، فقد يكون متروكًا بسبب الفقر أو بسبب الضياع أو ترك خشية العار لكونه ابن زنا، وقد يضيع بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي تصيب المجتمع⁽²⁾.

وقد وضعت الشريعة الإسلامية أحكامًا للقيط تكفل له الحياة وعدم الضياع وكما قرر الفقهاء جملة من الأحكام هي كالتالي:

- من وجد طفلاً عاجزاً في مكان يغلب على ظنه الهلاك لو ترك كان التقاطه فرض عين، بمعنى يصير أمراً واجباً ولا يجوز تركه للهلاك ولا يهم بعد ذلك الجهة التي ترعاه سواء الملتقط أو الدولة من خلال الجهة المكلفة بالرعاية⁽³⁾.
 - الملتقط أحق بالقيط من غيره إذا رغب في رعايته، ولا ينزع منه إلا لضرورة معقولة، وعليه كفالاته وتربيته وتعليمه، فإذا عجز سلمه للدولة لرعايته⁽⁴⁾.
 - إذا وجد مع الملتقط مال يحفظ له هذا المال حتى يبلغ، وإذا احتاج الملتقط لهذا المال أو بعضه للإنفاق منه على اللقيط، جاز له أن يطلب من القاضي ترخيصاً باعتباره وصياً عليه أو كفيلاً له⁽⁵⁾.
 - إذا أقر الملتقط بنسب اللقيط صح هذا النسب بالإقرار، لأن الإقرار كما سبق الذكر يثبت به النسب متى صدقه العقل والعادة، أما إذا ادعى غير الملتقط نسب اللقيط بواسطة الطرق الشرعية لإثبات النسب ثبت نسبه منه وبأخذه من الملتقط، لأن الأحق به هو من ثبت نسبه منه، كما أن مصلحة اللقيط تكون مع المنسوب إليه قبل غيره⁽⁶⁾.
 - إذا لم يوجد من ينفق على اللقيط ولم يوجد لديه مال وجب على الدولة أن تتفق عليه، لأنها تكفل كل من هو غير قادر على الإنفاق لأن له حق في بيت مال المسلمين، ولا يجوز للحاكم أن يضيعه⁽⁷⁾.
 - يعتبر اللقيط مسلماً إذا وجد في بلاد المسلمين أو في منطقة يوجد فيها المسلمون، فإذا وجد في بلد غير مسلم فهو على دين ذلك البلد إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك⁽⁸⁾.
- ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى أحكام اللقيط مجهول النسب إلا من باب الإشارة عرضاً في مواطن متفرقة في مختلف القوانين، كقانون الأسرة الجزائري في النسب المادة (44) وفي موضوع الكفالة المادة (119) و(120) وقانون الحالة المدنية (64) وكذا المادة (67) وهذا على النحو التالي:

(1)-محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 383.

(2)-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 245.

(3)-المرجع نفسه، ص 246. انظر كذلك محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص 383-384.

(4)-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 246.

(5)-المرجع نفسه، ص 246.

(6)-المرجع نفسه، ص 246.

(7)-المرجع نفسه، ص 246.

(8)-محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 384.

- نصت المادة (44) ق.أ.ج على أنه: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة ».
 - نصت المادة (119) ق.أ.ج على أنه: « الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب ».
 - نصت المادة (120) ق.أ.ج على أنه: « يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية ».
 - نصت المادة (4/64) ق.ح.م.ج على أنه: « يعطى ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح لهم أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي ».
 - نصت المادة (67) ق.ح.م.ج على أنه: « يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة ».
- ومع هذا كله كان على المشرع الجزائري أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة، لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمعات كثيرة، وبالتالي لابد من إعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء لأنه لا ذنب لهم.
- كما نظم قانون الأسرة الجزائري بعض أحكام اللقيط أثناء تعرضه لموضوع الكفالة في المواد (116) إلى (125) تعرض فيها لتعريف الكفالة، حيث عرفها بأنها رعاية الولد الصغير من وجوه عدة وعلى سبيل التبرع.
- كما نص على أنها لا تكون إلا بعقد شرعي قانوني يبرم أمام المحكمة أو أمام الموثق بموافقة المشمول بالكفالة وبحضور الأبوين وهو أمر طبيعي، لأن الكفالة تكون على سبيل التبرع من جهة ومن جهة ثانية لابد فيها من موافقة المكفول وأهل الكافل حتى تستطيع الكفالة أن تحقق الهدف الذي وجدت من أجله، وفي حالة عدم وجود الأبوين بسبب الوفاة أو أن المشمول بالكفالة لقيط أو مجهول النسب، فلا بد في هذه الحالة إبرام عقد كفالة أمام القضاء.
- كما تحدث القانون عن الشروط والضوابط المطلوبة في الكفيل وهي على العموم الإسلام والبلوغ والعقل والقدرة المادية والمعنوية للقيام بمهمة الرعاية، وهي من المسائل المهمة التي حرص المشرع والقانون على وجودها وعلى القاضي أو الموثق أن يراعي هذه الجوانب حتى لا يتضرر الصغير من هذه الكفالة.
- والكفالة كما سبق الذكر إما أن تكون على صغير معلوم النسب من الأبوين أو من أحدهما، وهنا يحتفظ الولد المكفول بنسبه طبقاً لأحكام المادة (120) ق.أ.ج.
- أما إذا كان الولد مجهول النسب فتطبق عليه كما سبق وأن تم الذكر أحكام المادة (64) ق.ح.م.ج أي تسوية وضعيته الإدارية بمنحه الاسم واللقب العائلي وهي ضرورة اقتضتها الحياة في المجتمع، لأن كل إنسان لابد له من اسم يميزه عن غيره، وهو أحد أهم صفات الشخصية بالنسبة للإنسان.

غير أن الملفت للانتباه هو صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية والذي يقضي بالسماح للشخص الكافل والذي يكفل ولدًا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده، وذلك لمطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

غير أن هذا الأمر لا يمكن قبوله من الناحية القانونية والشرعية، لأنه يتناقض مع النصوص في مخالفته لمسألة تدرج القوانين وهي مسألة دستورية، فلا يمكن لمرسوم تنفيذي أن يعدل أو يخالف القانون وهو من هذه الزاوية خالف أحكام المادة (120) ق.أ.ج التي تحيل الموضوع لقانون الحالة المدنية، وكذلك خالف المادة (64) ق.ح.م.ج وبالتالي لا حاجة مطلقًا لما ورد في هذا المرسوم إلا إذا كان القصد منه إلحاق ولد الزنا بالرجل وهو أمر لا تقره الشريعة الإسلامية، لأن النسب لا يثبت إلا بالزواج الشرعي والصحيح، كما خالف أحكام المادة (46) ق.أ.ج التي تقضي صراحة بأنه يمنع التبني شرعًا وقانونًا⁽¹⁾.

أما عن سلطات وحقوق الكافل، فإنه بالنسبة للحقوق التي تخول له الكفالة ما دام متبرعًا بطبيعة الحال الحق في تقاضي المنح العائلية والمدرسية التي يتمتع بها أي طفل بصورة عادية.

وفيما يخص الأموال يكون له سلطة إدارة أموال الصغير التي اكتسبها سواء عن طريق التبرع أو الميراث أو الوصية بطريقة تحفظ مال الصغير من الضياع أو التبذير بغير ضرورة ولا يتصرف فيها إلا بالطرق القانونية وفي الحدود المعقولة، كالتالي نص عليها القانون في المادة (123) ق.أ.ج والتي تجيز للكافل أن يتبرع بطريق الهبة أو يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث⁽²⁾.

إن هذا الأمر قد يضر بمصلحة المكفول اللقيط من الناحية المالية، فهو عديم التمييز والمنطق يقضي حفظ مال الصغير حتى يبلغ السن القانونية التي تسمح له بالتصرف لقوله تعالى: ﴿ فَإِنَّ أَدْنَسَ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾⁽³⁾ أو على الأقل أن يجعل القانون هذه التصرفات تجري تحت رقابة القضاء حتى لا يضر الصغير بتصرفات الكافل وهو مجرد ضمان إضافي من الضمانات القانونية⁽⁴⁾.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 248-249.

(2)- المرجع نفسه، ص 249.

(3)- سورة النساء، الآية 06.

(4)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 249.

كما تعرض قانون الجنسية لتحديد وضعية الطفل المكفول مجهول النسب، فإنه بالنسبة للرابطة القانونية بينه وبين الدولة التي وجد فيها فإنه يأخذ جنسيتها طبقاً لأحكام المادة (2/06) ق.ج.ج الصادر سنة 1970⁽¹⁾ حيث اعتبرت الولد من أم جزائرية وأب مجهول جزائري الجنسية بالنسب.

أما المادة (1/07) منه فقد اعتبرت الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين جزائرياً بالولادة ونفس الحكم يطبق على المولود الذي يعثر عليه في الجزائر دون أن ينسب لأحد، فهو يعتبر جزائري الجنسية.

وهذه الرابطة تخص حق الحماية والرعاية سواء من طرف الأشخاص الطبيعيين كما هو الحال في موضوع الكفالة أو تتكفل به الدولة من خلال المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض والمسماة بمراكز الطفولة المسعفة⁽²⁾.

ثالثاً: ثبوت النسب بالبينة

البينة عبارة عن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة ومحمد وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف⁽³⁾، ويثبت بالبينة النسب كما يثبت بالفراش والإقرار سواء كان النسب المدعى نسباً أصيلاً وهو البنوة والأمومة في الدرجة الأولى أو غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية كالأخوة والعمومة⁽⁴⁾.

فإذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه وكانت الدعوى مستوفية لشروطها الشرعية وأنكرها المدعى عليه، وأثبتها المدعي بالبينة، وحكم له القاضي بدعواه بناءً على البينة ثبت نسبه من المدعى عليه، وترتبت عليه كل الحقوق والأحكام المترتبة على قرابة النسب.

ثم إن كانت دعوى النسب بالأبوة أو البنوة حال حياة الأب أو الابن المدعى عليه تسمح الدعوى ولو كانت مجردة من أي حق آخر كالإرث والنفقة، لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد لذاته⁽⁵⁾.

وإن كانت دعوى النسب بما ذكر بعد وفاة الابن أو الأب المدعى الانتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البنوة أو الأبوة كالأخوة والعمومة مطلقاً، أي سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الانتساب إليه أو بعد وفاته، فإن الدعوى لا تسمح شرعاً إلا في ضمن دعوى بحق آخر، لأن النسب حينئذ غير مقصود لذاته بالدعوى وإنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة والإرث، فيجب على المدعي أن يدعي بالحق المقصود له بالذات وفي ذمته النسب حتى إذا ما ثبت الحق المدعى قصدًا ثبت النسب ضمناً⁽⁶⁾.

(1)-تنص المادة (06) ق.ج.ج قبل التعديل على أنه: « يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية ».

(2)-بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 250.

(3)-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 577.

(4)-أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 216.

(5)-المرجع نفسه، ص 216.

(6)-المرجع نفسه، ص 216.

والمشروع الجزائري هو الآخر أقر بثبوت النسب بالبينة، وذلك استناداً إلى نص المادة (40) ق.أ.ج التي نصت على أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة... ».

رابعاً: ثبوت النسب بالطرق العلمية

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بالموجة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسائراً في ذلك التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استخدام تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة، حيث فتح المجال لمعالجة قضايا جد مثيرة لم تشهدا البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية، ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب والتي استحدثها المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة (40) ق.أ.ج: « ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ».

1- تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد كان المجمع الفقهي الإسلامي سباقاً للإعتداد بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب، غير أن هذا الأمر لم يجد صده لدى المشرع الجزائري في ظل قانون الأسرة لسنة 1984 الذي لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب مكتفياً بذلك بالطرق المقررة شرعاً والمنظمة في الفقرة الأولى من المادة (40) ق.أ.ج.

أ- إشكالية إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب

لقد كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب والرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فنظروا إلى اعتبار اللعان كطريقة وحيدة لنفي النسب لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ (1).

فالآية الكريمة ذكرت أن الزوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان واعتماد أي طريق من الطرق العلمية فهو مزيد عن كتاب الله وسنة نبيه " صلى الله عليه وسلم " وخاصة أن الرسول " صلى الله عليه وسلم " قال: [الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ] (2).

وانطلاقاً من كل ذلك تبنى المجلس الأعلى موقفاً صريحاً في مسألة النسب بالطرق العلمية رغم عدم اصداره لأي فتوى توضيحية مستظهراً وضوح القواعد الفقهية التي لم تسمح باستعمال أي طريقة غير شرعية قد تثبت أو تنفي النسب.

واعتماداً على كل ذلك قرر هذا الإتجاه عدم الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب لما في ذلك من خروج عن القواعد الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بأغراضها الأساسية في حفظ

(1)-سورة النور، الآية 06.

(2)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، ص 153.

الكليات الخمس من عقل، ونفس، ونسل، ودين، ومال، وحماية لحياة الإنسان، وحفاظاً لتعريض النسل لأي خطر⁽¹⁾.

وهو الأمر الذي اعتمده المشرع الجزائري في ظل قانون 84-11، وهو أيضاً ما كرسه القضاء الجزائري فعلاً مكتفياً بجمود النص القانوني الذي يقضي باستعمال الطرق الشرعية لإثبات النسب والمنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (40) ق.أ.ج.

ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15/06/1999 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد (32)، (33)، (34) من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفاً للقانون.

ومتى ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة (40) وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ».

يتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا قد طبقوا نص المادة (40) ق.أ.ج قبل تعديلها والتي تقضي فقط باعتماد الطرق المذكورة سابقاً تطبيقاً حرفياً، واعتبرت لجوء القاضي لأي خبرة طبية أو علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب تجاوزاً للسلطة.

لم يكن الرأي المذكور أعلاه والرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب جامعاً بين فقهاء القانون ذلك أنه رأى اتجاه آخر إمكانية استخدام الطرق العلمية لإثبات النسب، باعتبار أن قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ

يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾⁽³⁾، إنما تتعلق بالعذاب الذي يوقع على المرأة وليس منعاً لاستعمال الطرق العلمية في إثبات النسب.

واعتباراً لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب بموجب تعديل 05-09 في الفقرة الثانية من المادة (40) ق.أ.ج، غير أن هذه المادة اكتفت فقط بالإشارة إلى الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها، علماً أن البحوث العلمية والتوصيات المقدمة في هذا الشأن أثبتت تعدد وتنوع الطرق العلمية.

(1)-إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق الحديثة، ص 35. مقال تم الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://kenanaonline.com> يوم 2014/04/14 على الساعة 18:13.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/06/1999، ملف رقم 222674، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 88.

(3)-سورة النور، الآية 06.

وهو الأمر الذي سوغ لقضاة المحكمة العليا على إثر هذا التعديل إمكانية الإعتماد على الطرق العلمية لإثبات النسب، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/03/05 وجاء فيه⁽¹⁾: « المبدأ أنه يمكن طبقاً للمادة (40) ق.أ.ج إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية " الحمض النووي ADN " ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي طبقاً للمادة (41) من نفس القانون، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ».

وقد أسست المحكمة العليا قرارها المذكور أعلاه على أنه: " حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود " ص.م " للمطعون ضده باعتباره أب له، كما أثبتت الخبرة العلمية " ADN " معتمدين في ذلك على المادة (40) ق.أ.ج رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومن بينها البينة. ولما كانت الخبرة العلمية " ADN " أثبتت أن هذا الطفل ابن المطعون ضده ومن صلبه بناءً على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق الولد بأبيه وهو الطاعن وأن لا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة (41) وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل منهما آثاراً شرعية كذلك.

ولما تبين - في قضية الحال - أن الولد من صلب المطعون نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه " .

ب- أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب

من بين الإشكالات التي أثارها الفقرة الثانية من المادة (40) ق.أ.ج أنها فتحت المجال للقاضي في استنباط استعمال الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم تحديد المشرع الجزائري لها، لذلك تطلب الأمر الاستعانة إلى ما توصلت إليه البحوث الطبية والدراسات العلمية من خلال التقسيم الذي تبنته هذه الأخيرة من طرق علمية قطعية الدلالة وأخرى لا ترقى بالشك إلى اليقين كونها ظنية.

1- الطرق العلمية القطعية

وهي تتمثل في البصمة الوراثية ADN ونظام HLA.

أ- البصمة الوراثية ADN: البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي ينفرد بها كل شخص والتي تمكنا من التحقق من الشخصية والوالدية البيولوجية.

تعد البصمة الوراثية أو الحمض النووي منقوص الأوكسجين " ADN " ثروة هائلة قدمتها البيولوجيا الجزيئية إلى الإنسانية، بل وأحدثت دويًا كبيرًا في فضاء الإثبات، إذ بفضلها لم يعد إثبات النسب أمرًا مستحيلًا بالإضافة إلى ذلك فقد عززت بقوة عديد المبادئ مثل مطابقة الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية، وكذا بناء الأحكام القضائية على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.ق، 2006، ع 01، ص 469.

إن البصمة الوراثية كدليل علمي ونقله نوعية في الإثبات تبنتها الكثير من دول العالم واعتمدها كدليل اثبات في مختلف القضايا سيما في الكشف عن الجريمة والمجرمين من جهة والتحقق من الوالدية البيولوجية وإثبات النسب من جهة أخرى، والسبب في ذلك يعود إلى كون نتائج الخبرة الجينية تكاد تكون قطعية في الإثبات ولا يتزعزع يقين القاضي بشأنها بل ويصدر حكمه وهو في غاية الثقة والإطمئنان⁽¹⁾.

ب- نظام HLA: يعتبر نظام HLA إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق العلمية القطعية في إثبات أو نفي النسب، فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال النسب نفيًا وإثباتًا فنظام Human Leukocyte Antigen أو مولّد المضاد الليمفاوي البشري أو تحديد البصمة أو الشفرة الجينية هو عبارة عن بروتين معين موجود على جدار كل خلية، وتُميّز هذه البصمة أو الشفرة الجينية، كل إنسان عن الآخر ولا يمكن تكرارها إلا في حالات التوائم المتطابقة.

ويعتبر نظامًا جد ثابت ووازن في انتقاله من الآباء والأبناء مما يعطيه خاصية ثالثة تتمثل في قدرته العليا في تصنيف وتعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص⁽²⁾.

2- الطرق العلمية الظنية

تعد الطرق العلمية الظنية وسيلة من وسائل إثبات النسب وإن كانت تختلف عن الطرق العلمية القطعية من حيث قوة الإثبات إلا أن هذه الأخيرة أنواع وهي ليست على سبيل الحصر، ولما كان الأمر كذلك سأقتصر الأمر على مثالين فقط كنموذج في إثبات النسب أو نفيه وهي كالتالي:

أ- نظام ABO و RH⁽³⁾: أو ما يعرف بنظام فحص الدم، هذا الأخير الذي يعتبر كطريق من الطرق العلمية ووسيلة من وسائل إثبات النسب أو نفيه، ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تتحدد عن طريق فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأب أو الأم.

ونظام " ABO " يحتوي على أربع فصائل دم هي: (A-B-AB-O)، أما نظام " RH " يحتوي على فصيلتين هي: (+) أو (-).

وبالتالي فالشخص قد تكون فصيلته A+ أو A- أو B+ أو B- ونفس الأمر بالنسبة للفصائل الأخرى.

(1)-سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 06. انظر كذلك ايناس هاشم رشيد، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العراق، 2012، ص ص 213-215. انظر كذلك تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص ص 166-167.

(2)-أمراض المناعة الذاتية، مقال تم الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://www.qalqilia.edu.ps/dissa.html> يوم 2014/04/14 على الساعة 18:25.

(3)-محافظي محمود، البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2012، ص 26.

مثال: فصيلة دم الأم (O) وفصيلة دم الابن (A) ففي هذه الحالة إذا كانت فصيلة دم الأب المفترض هي (O) فلا يكون هو أب الطفل على أساس أن الطفل حصل على خاصية (A) من أبيه الحقيقي.
ب- نظام MNS⁽¹⁾: يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه على عدة خصائص وراثية جد نادرة، يستخدم بنفس طريقة الـ ABO.

مثال: الأم M+N+ الأب M+N- الابن M-N+

ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على N+ من أمه و M- من أبيه، لكن الأب المفترض يحمل M+ وليس M- وبالتالي فالنسب منفي بطريقة علمية.

ت- عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب

رغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة فإن أعمال القضاء لتلك الظروف لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عملياً وهي إما أن تكون عوائق قانونية أو مادية.

1- العوائق القانونية: وتتمثل في:

أ- حرمة الحياة الخاصة

تنص المادة 34 من دستور 1996 على أنه⁽²⁾: « تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة ».

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب وخصوصاً فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلاً في الحياة الخاصة للفرد، لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية للشخص، مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة وهذا أمر غير مقبول.

ب- إنتهاك السلامة الجسدية

تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه: « يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان ».

وقد تتطوى الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان والذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه، وهو ما يعد مساساً بسلامته الجسدية.

(1)- إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق الحديثة، المرجع السابق، ص 42.

(2)- دستور 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ع 76 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل بمقتضى القانون رقم 02-03 المؤرخ في 27 محرم 1423 الموافق لـ 10 أبريل 2002، ج ر ع 25 مؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق لـ 15 نوفمبر 2008، ج ر ع 63 مؤرخة في 16 ديسمبر 2008.

ت- عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

لقد كرس مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأً عاماً لا يجوز لأي شخص إجبار شخص آخر على تقديم دليل ضد نفسه، وهو ما سوف يتم إنتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ العتاد الخلوي منه، وذلك من أجل فحص الحمض النووي مثلاً وهو ما يعد إجباراً للشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما قد يجعله دليلاً باطلاً طبقاً لقانون الإجراءات.

2- العوائق المادية: وتتمثل في:

أ- وجود مخبر علمي واحد ووحيد⁽¹⁾

لقد خصص قسم البيولوجيا الشرعية من خلال تدشين مخبر الـ ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 بالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال، حيث يشرف عليه تقنيين وباحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة تتجلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في المجال الجنائي أو في إثبات ونفي النسب بإعتبار الطرق العلمية وسيلة مستحدثة في المادة (2/40) ق.أ.ج إلا أن إستحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني مقارنة بإستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع وقف عائفاً مادياً حال أمام صعوبة إستصاغة الأمر من خلال الأوجه التالية:

- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذو جودة عالية وتقنية محظية نظراً لصعوبة إستعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال.
- يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية الإلمام الشامل والمعرفة الدقيقة بعلم الجينات وكل الأنظمة المستعملة في هذا المجال الذي يركز على الفرضيات والحالات النادرة وإستعمال بعض المفاعلات الصعبة والمعقدة يجب مراقبتها بصورة دقيقة فمثلاً أثبت الخبراء بأنه يتطلب إستعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي.
- يتطلب إعتقاد نظام HLA دون سواه إمكانيات ضخمة سواء بالإعتقاد على مخبر عالي الجودة وعلى خبراء تقنيين أخصائيين رفيعي المستوى من بينهم أخصائيين في الإحصائيات والإحتمالات نظراً لأنه يشكل إحدى الأنظمة المعقدة والشائكة.

ب- مسألة مصاريف الخبرة⁽²⁾

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يركز في الأساس على ضرورة توافر العتاد والهيكل المادية الضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآليات قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية والإقتصادية للمواطن الجزائري مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضعيفاً جداً.

(1)-إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق الحديثة، المرجع السابق، ص 47.

(2)-المرجع نفسه، ص 47.

2- القيمة القانونية للطرق العلمية

لم يشر المشرع إلى القيمة القانونية للطرق العلمية لإثبات النسب مما يثير التساؤل عن مدى حجيتها وسلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها فيما إذا كان الأمر يبقى خاضعاً للقواعد المنوطة بالخبرة العلمية أم أن الأمر يتطلب إخضاع هذه الطرق إلى قواعد خاصة نظراً للطبيعة العلمية والحتمية لهذه الطرق.

أ- حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

نظراً لعدم تحديد المشرع الجزائري لحجية الطرق العلمية في إثبات النسب فإن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة وبأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية ومن ثمة يجدر بنا التساؤل عن مدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم وجوداً أو عدماً وهو ما سيتم مناقشته فيما يلي:

1- الحجية المطلقة للطرق العلمية

لقد تبنى معظم رجال القانون إنطلاقاً من القيمة التي تعتري مجال الطرق العلمية أن لهذه الأخيرة حجية مطلقة، ذلك أن الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون في هذا المجال، وبالتالي فإن لآرائهم تأثير على قرارات القضاة في تبني اتجاههم، فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بإنفراد كل شخص بنمط وراثي معين لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه الـ ADN لشخصين إلا مرة واحدة كل 86 بليون حالة.

ومن ثم يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماماً لذلك كانت من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للآباء، لأن الحمض النووي وأيضاً الـ ADN يعد دليل إثبات ونفي قاطع بنسبة 100% بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة ما دام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطرق العلمية المتمثلة حسبما توصل إليه العلماء في نظامي البصمة الوراثية ADN ونظام HLA هي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية وما يؤكد هذه الحجية المطلقة إمكانية أخذها من بين مخلفات آدمية سائلة (دم، مني) أو أنسجة (لحم، عظم، جلد، شعر)، كما أنها تقاوم عوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة وبرودة وجفاف ليس ذلك فقط بل أنه يمكن الحصول عليها حتى من الآثار القديمة والحديثة، كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنان " إيف مونتان " حيث ادعت امرأة أن لها إبنة منه تدعى " أنياس " وما أضفى على الأمر نوعاً من المصادقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفنان في ملامح وجهه وقد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان وأخذ عينة من جسمه لفحص عينة من حمضه النووي ومقارنتها بالحمض النووي للنبت التي تدعي أنه أباه، وبعد مدة سارت القضية وظهرت النتائج وأثبتت الخبرة أنه لا يربط الفنان والسيدة أي علاقة أبوة أو بنوة⁽²⁾.

(1)-إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق الحديثة، المرجع السابق، ص 48.

(2)-المرجع نفسه، ص 49.

ولعل أكبر مثال على فعالية فحص الحمض النووي كوسيلة من وسائل إثبات النسب ما ذكرته إحدى الصحف السعودية بخصوص إنسان الذي وجدت جنته محفوظة في الثلج منذ حوالي 9000 سنة وعلم ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية فكيف لا يكون لها بذلك حجية مطلقة في إثبات أو نفي النسب، لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقاً في مدى نجاعة الإعتماد على هذه الطرق العلمية سواءً القطعية منها والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال إثبات النسب أو الظنية التي تعطينا نتائج حتمية في مجال النفي واحتمالات في مجال الإثبات، والذي يمكن القاضي دائماً من الإستعانة إليها لحل الكثير من المسائل العالقة في إحقاق الأبناء بأبائهم⁽¹⁾.

2- الحجية النسبية للطرق العلمية

إذا كان معظم علماء الطب والقانون قد توصلوا إلى إعتبار بعض الطرق العلمية كالبصمة الوراثية ونظام الـ HLA ذات حجية قطعية الدلالة نظراً للخصائص التي تم التطرق إليها، فإن رأي آخر تبني فكرة الحجية النسبية لهذه الطرق العلمية إعتماً على ما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ولو كانت علمية مبنية على أسس تقنية محضه⁽²⁾.

فالطرق العلمية الظنية كنظام الـ ABO (تحليل فصائل الدم) تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى واردةً بدرجة كبيرة، ومن ثم فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هاته الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية⁽³⁾.

ليس ذلك فقط بل أن البعض رأى في الطرق العلمية القطعية التي تم تفصيل بيانها سابقاً حجية نسبية كذلك فتقنية الـ ADN لا يمكنها بأي حال من الأحوال منحنا الدليل القاطع على إتهام شخص معين أو إحقاق نسب ولد ما أو نفيه لذلك، فإن القاضي وإن إعتد عليها عند دراسته لملف معين فهي لا ترقى لدليل قطعي غير قابل لإثبات العكس، كما إعتبر علماء الطب أن التحاليل الجينية لا تشكل كذلك بأي حال من الأحوال سلاحاً مطلقاً لأول وهلة، لأن هذه التقنية رغم حساسيتها تقنضي من القضاء إحاطتها بشروط صارمة للأخذ بها⁽⁴⁾.

وهو ما يجرنا إلى التساؤل عن مدى تقارب المعنيين معاً فكيف يمكن إعتبارها طرقاً علمية قطعية الدلالة من جهة، وبقاء إحتمال الشك واردةً من الجهة الثانية؟ وهو ما يجرنا إلى الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الخبرة في مجال الطرق العلمية لإثبات أو نفي النسب.

(1)- إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق الحديثة، المرجع السابق، ص 49.

(2)- المرجع نفسه، ص 50.

(3)- المرجع نفسه، ص 50.

(4)- المرجع نفسه، ص 50.

ب- سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

تعتبر الخبرة القضائية طبقاً للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، بإعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كلياً أو جزئياً، كما له الحكم من دونها فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في مسألة النسب إثباتاً ونفياً للقواعد العامة أم لسلطة القاضي التقديرية في ذلك؟

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى إستشارة آراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، بإعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالإستعانة بهم والإسترشاد بأرائهم، ومن ثم فإن القاضي في هذه الحالة يلجأ طبقاً للقواعد العامة للفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيصدر من خلالها حكماً تحضيريّاً قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية⁽¹⁾.

والقول بأن الحكم تحضيري مفاده عدم إتضاح نية القاضي في الفصل في مسألة النسب ثبوتاً أم نفيّاً بطبيعة الحال طبقاً لما يعرف في ذلك عن الأحكام التحضيرية والتمهيدية كذلك إلا أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتها بإعتبارها خبرة علمية اعتمدت على رأي خبراء مختصين في مجال البيولوجيا من جهة واستناداً إلى القيمة العلمية للطرق الحديثة القطعية منها خاصة كالبصمة الوراثية ونظام الـ HLA من جهة أخرى، وهو ما رأى فيه البعض خروجاً عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الإعتماد عليها رغم أن هذا الطرح قد لا يكون بنفس هذا الوضوح في التطبيق.

ذلك أن هاته الطرق قد لا يتيح للقاضي فهمها وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها بإعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحثة ودقيقة، ومن ثمة فإن جهل القاضي بهذه الطرق ومصطلحاتها يقف عائقاً أمام مناقشته لها فيلجأ إلى قبولها والإستناد عليها ثبوتاً للنسب أو نفيّاً له⁽²⁾.

الفرع الثاني

حالات نفي النسب

الأصل أنه متى تم الزواج صحيحاً وأمكن الاتصال بين الزوجين، ومضت المدة الكافية التي تطلبها الشرع والقانون وهي حسب القانون الجزائري بين 6 و10 أشهر، ثبت نسب المولود من الأبوين معاً⁽³⁾، ولا يجوز

(1)- إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق الحديثة، المرجع السابق، ص 51.

(2)- المرجع نفسه، ص 51.

(3)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 237.

للزوج نفي المولود إلا بالطرق المشروعة كما عبر عنها القانون في المادة (41) ق.أ.ج والتي نصت على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ». ويستفاد ضمناً بأن نسب الولد من أمه ثابت مهما كان الحال، أما الزوج فلا يثبت نسب المولود منه إلا بالزواج الصحيح، ولم يحدد النص المقصود بالطرق المشروعة وهي كل الطرق المؤدية شرعاً وقانوناً لنفي النسب ويمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: نفي النسب عن طريق إنكار الولادة

يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته إذا كان لا يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها أو يقيم الدليل على عدم ولادتها، وإذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة، لأن الأصل هو صحة النسب بصحة الولادة في الزواج الصحيح.

كما يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة أو شهادة المستشفى التي وضعت فيها الحمل أو بشهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع⁽¹⁾.

ثانياً: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب

إذا تبين للزوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه أو كان مصاباً بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى على الإنجاب جاز له نفي النسب، فإذا وضعت الزوجة مولوداً كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، لكن يستحسن ألا ينفي النسب إلا بتقرير الخبرة احتياطاً فربما قضى الله أمراً كان مفعولاً، وقد حدث هذا في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ قَالَتْ يَوَيْلَتِي ءَأَلِدُ وَأَنَا عَجُوزٌ وَهَذَا بَعْلِي شَيْخًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عَجِيبٌ ﴾⁽²⁾.

ولكن إذا اكتشف الزوج بعد مدة على زواجه، ويعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه غير مؤهل للإنجاب بيقين علمي غير قابل للشك، فما مصير نسب الأولاد وهل ينفي النسب بأثر رجعي أم لا؟.

يبدو أن الإجابة بنعم أو لا من الصعوبة حصرها، إلا أن نص المادة (41) السالفة الذكر أشارت إلى إمكانية نفي النسب بالطرق المشروعة وهو مصطلح واسع، وبالتالي يمكن إدخال الحالة السابقة ضمنه⁽³⁾، لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة في استطاعة الطب الحديث أن يثبتها وهي وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب إلا إذا قرر الزوج نفسه نفي نسب الحمل فقط دون الولادة السابقة، ففي هذه الحالة يسري النفي عليه فقط⁽⁴⁾.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 238. انظر كذلك سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 12.

(2)- سورة هود، الآية 72.

(3)- استقر القضاء الجزائري على أن النفي يكون خلال ثمانية (08) أيام من تاريخ العلم بالحمل.

(4)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 238-239.

ثالثاً: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين

إذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول، ويلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري في المادة (43) منه أقرت النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ولم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول، فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق، فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانوناً، فإذا تبين بأن الزوج طلقها قبل الدخول فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما.

والمفروض أن يذكر القاضي في حكمه بالطلاق بأنه حصل قبل الدخول، حتى يمنع على الزوجة الإدعاء بالحمل بعد الطلاق، وأساس هذا المنع قاعدة "سد الذرائع" المعروفة في الفقه الإسلامي إلا أن هناك مشكلة أخرى موجودة في النص فعندما حدد المدة من تاريخ الانفصال فهل هو تاريخ الحكم، لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم أم من تاريخ التلفظ بالطلاق إذا أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، لأنه يقع شرعاً باتفاق الفقهاء وبهذه الصورة سيختلف حساب المدة.

والحقيقة فحساب المدة شرعاً يبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق، ما لم يثبت مراجعته لها بأن عاشرها من جديد وليس من تاريخ الحكم، إلا إذا لم يتلفظ الزوج بالطلاق حتى أوقعه القاضي، فهنا يكون حساب المدة من تاريخ الحكم⁽¹⁾.

رابعاً: نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل

سبق وتم الإشارة إلى أن نص المادة (42) ق.أ.ج تقضي بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر⁽²⁾، فإذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول، لأن العبرة بالدخول كما سبق الذكر لا يثبت نسب المولود منه، وكذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ولم يبين النص القانوني المقصود بالانفصال هل هو الانفصال الجسماني أي تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أو الخصام، فكثيراً ما تذهب المرأة إلى بيت أهلها مدة طويلة ولا تعود إلى الزوج وقد يكون عدم الرجوع هو الذي أدى إلى الطلاق، فهنا نعتقد بأن حساب المدة يكون من تاريخ الخروج من بيت الزوجية.

فإذا تبين بأنها خرجت لمدة ستة أشهر ولم تعد لبيت الزوجية وحدث الطلاق بعد ذلك، ثم وضعت حملها بعد 08 أشهر من تاريخ الطلاق، فهنا يثبت النسب بحسب النص القانوني، لأن الوضع تم في المدة المقررة قانوناً⁽³⁾.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 239.

(2)- الملاحظ أن القانون الجزائري هو القانون الوحيد الذي حدد الحد الأقصى للحمل بعشرة (10) أشهر وجل التشريعات العربية جعلته سنة كاملة إما شمسية أو قمرية.

(3)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 240.

أما إذا تمعنا في القضية نجد أن الزوج لم يتصل بزوجته مدة ستة أشهر قبل الطلاق، لأنها غائبة عنه ومع ذلك وضعت حملها بعد ثمانية أشهر بعد الطلاق فيكون المجموع هو 14 شهراً، وهي مدة لا يمكن التسليم بها، ففي هذه الحالة بإمكان الزوج أن ينفي النسب شريطة أن يثبت عدم اتصاله بالزوجة قبل الوضع بمدة كافية.

وقد يكون الانفصال هو تلفظ الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة لمدة معينة وكثيراً ما تذهب الزوجة إلى بيت أهلها فتكون بعيدة عن الزوج، ولما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم، فكان لابد على الزوج أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق.

وقد تكون المدة الفاصلة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وتاريخ الحكم بالطلاق طويلة، ثم بعد ذلك وضعت الزوجة المطلقة الحمل بعد تسعة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق، فهنا يثبت النسب بحسب النص ولا يمكن التسليم بهذا، لأن الطلاق بينهما قد حدث بالإرادة المنفردة للزوج قبل ذلك بمدة تجاوزت الحد الأقصى للحمل.

وسبب هذا الخل هو عدم اعتماد القاضي طلاق الزوج بالإرادة المنفردة، إذ أن القاضي المفروض عندما تعرض عليه دعوى الطلاق من الزوج يسأله هل تلفظ بالطلاق أم لا لكي يبيّن عليه حكمه، لأنه بالتلفظ به يقع شرعاً وينبغي أن يكون حكم القاضي موافقاً للشرع أيضاً، أي يضيف الطلاق إلى زمن حدوثه بأثر رجعي، وهنا يكون حكم القاضي كاشف لواقعة الطلاق وكل نتائج الطلاق تترتب من هذا التاريخ كالنفقة والعدة والميراث والنسب.

أما إذا لم يتلفظ الزوج، فهنا يكون حكم القاضي منشأً لواقعة الطلاق، وتحسب مدة الحمل اعتباراً من تاريخ الحكم، كذلك إذا تبين بأن الزوج كان غائباً عن زوجته مدة كافية لا تسمح بثبوت النسب، فلو تزوج رجل وامرأة ودخل بها، ثم سافر إلى الخارج للعمل وعاد لزوجته بعد مضي سنة، فتبين بأنها حامل في شهرها الثالث مثلاً فهنا لا يثبت النسب، لأنه إن قد تركها وهي حامل عند سفره فمدة السفر وحدها كافية لوضع الحمل وهي سنة كاملة.

ولهذه الأسباب نقترح على المشرع تعديل النص بالكيفية التي تتسجم مع الشرع وإضافة حالة الغياب للوفاة أو الطلاق، مع العلم أن الغياب قد يكون سفرًا أو حبسًا مدة تزيد عن 10 أشهر⁽¹⁾.

خامساً: نفي النسب عن طريق اللعان

لقد سبق الإشارة إلى أن اللعان يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، فإذا حدثت الملاعنة بين الزوجين فرق القاضي بينهما، والأصل أن تقتصر الفرقة على الزوجين، غير أن الأمر قد يتعداه إلى نفي النسب، لأن سببه هو اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية، فإذا تبين أنها حامل بعد اللعان أجاز له الشرع نفي السبب ولا يعلم إن كان صادقاً أو كاذباً، لأن الآية أشارت إلى ذلك صراحة، وبالنفي لا يثبت النسب ولا يطالب الزوج بتقديم الدليل فالاتهام كاف وحده لنفي النسب، والمسألة خاصة بالزوجين فقط ولا تتعدى إلى الغير.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 240-241.

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان كسبب للطلاق كما سبق الذكر ولا ندري هل أدخله المشرع ضمن الطرق المشروعة لنفي النسب أم لا ونعتقد أنه كذلك، لأن قانون الأسرة الجزائري في حالة عدم وجود نص يحيل من خلال نص المادة (222) إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يكون طريقاً مشروعاً لنفي النسب.

أما القضاء الجزائري فقد استقر على اعتماد اللعان كطريق مشروع لنفي النسب ومما جاء فيه⁽¹⁾: « من المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.....».

وهناك أمر هام لا بد من التعرض إليه هنا، وهو أمر يتعلق بالجانب القضائي في هذا الموضوع، فإذا اتهم الزوج زوجته بالخيانة ونفت هذه التهمة يمتنع التحقيق كما يمتنع العقاب، حتى ولو كانت التهمة باطلة يعلمها الزوج وحده أو كانت الزوجة هي الكاذبة، ومع ذلك لا يثبت النسب في حالة نفيه من الزوج، هذا ما قرره الشرع الإسلامي والفقهاء.

إلا أن هذا الأمر لا بد أن نقف عنده في الوقت الحاضر، نظراً لخطورة اللعان على حق الولد في النسب لأبيه لاحتمال كذب الزوج في اتهامه، بالإضافة إلى أن هذه التهمة تصيب الزوجة في شرفها وتؤثر على حقوق ولدها المادية والمعنوية، فإن كانت متأكدة من براءتها فلها الحق في إثبات براءتها أمام القضاء بكافة الطرق لرد الاعتبار من جهة، ومن جهة أخرى فإن إثبات نسب ابنها من الزوج أيضاً له أهميته، لأنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل لمجرد ادعاء قد يكون كاذباً وفي هذه الحالة يصبح اللجوء إلى الطرق العلمية أمراً لا بد منه لحسم موضوع النسب⁽²⁾.

وقد يتطلب الأمر إحضار الزوج لإجراء التحاليل وهنا سنتصدم حتماً بقاعدة جوهرية في الإثبات وهي أنه لا يجوز كقاعدة عامة إجبار الخصم في الدعوى أن يقدم دليلاً ضد نفسه، لأن إرغامه على إجراء التحاليل قد يقلب المسألة رأساً على عقب، أما إذا وافق على إجراء التحاليل مختاراً فلا مانع من إجرائها ولمراعاة الجانب الشرعي في الموضوع نقول فيما يتعلق بنفي الزوجة للتهمة فمن حقها ذلك بكافة الطرق.

فإذا أثبتت براءتها يكتفي برد الاعتبار، وإمكانية طلب التعويض عما أصابها من ضرر والمطالبة بسائر الحقوق ولا يعاقب الزوج من الناحيتين الجنائية، لأن النص القرآني لم يقرر العقاب بينهما. أما إجبار الزوج على إجراء التحاليل اللازمة للتأكد من النسب، فهي لمصلحة الولد بغض النظر عن التهمة بين الزوجين ونتائجها.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/10/20، ملف رقم 204821، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 82.

(2)- المشرع في تعديل 2005 أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب بعدما كان القضاء يمنع من اللجوء إلى هذه الوسيلة.

وفي هذا يقول الدكتور بن شويخ الرشيد: " لا يمكن التضحية بنسب الولد لمجرد اتهام الزوج لزوجته صحيح أن الفقهاء رحمهم الله قرروا ذلك لانعدام الوسائل الكفيلة بإثبات أو نفي النسب في ذلك الوقت، أما الآن فيمكن التأكد من النسب من الناحية العلمية"⁽¹⁾.

سادسا: مدى جواز نفي النسب بالطرق العلمية

المتعارف عليه أن التشريع الرباني شرع اللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود أو أراد قطع نسب الحمل أو الطفل المولود عنه، وهي أيضاً حماية وصيانة للزوجة ودفعاً للحد عنها. والطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب هي اللعان الذي يعد بمثابة شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج والغضب من جانب الزوجة، وبناءً على ذلك كان لنا أن نتساءل هل يصح نفي النسب بالطرق العلمية سواء منها القطعية أو الظنية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضاً، وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللعان؟ في الحقيقة اختلف الفقهاء في صحة نفي النسب بالطرق العلمية (البصمة الوراثية) فقط دون اللعان ويمكن تلخيص ذلك بالآراء التالية:

الرأي الأول

لا ينفى النسب الشرعي الثابت بالفراش " الزوجية " إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الإسلامي بالرباطة لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"⁽²⁾.

الرأي الثاني

ذهب هذا الرأي إلى إمكانية الأخذ بالطرق العلمية في هذا النفي وترجيحها على اللعان ما دامت نتيجتها قطعية على عكس دعوى اللعان التي تركز على أسس وشروط تعجيزية أحياناً كالمدة التي يتطلبها اللعان (08 أيام) أو عدم حصول الزوج على شهود في ذلك"⁽³⁾.

الرأي الثالث

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الطفل لا ينفى نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن، وينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد قوله وتعتبر دليلاً تكميلياً"⁽⁴⁾.

(1)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 242-244.

(2)- يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "..... لا لا يجوز أن يلجأ الرجل إلى البصمة الوراثية ADN لينفي الولد عنه إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بينه وبين المرأة ولو شك، وإذا أراد أن ينفي الولد عنه ينفيه باللعان، لكن أنا أرى العكس يجوز وإن لم يوافقني المجتمع الفقهي على ذلك، فللمرأة أن تطلب البصمة الوراثية إذا قال الرجل لها إنه يشك في نسب الولد، ففي هذه الحالة يمكن لها أن تطلب الإحتكام للبصمة الوراثية". انظر سلطاني توفيق، المرجع السابق، ص 90.

(3)- إثبات النسب وتأثير التعديل الجديد بالطرق العلمية الحديثة، المرجع السابق، ص 52.

(4)- سلطاني توفيق، المرجع السابق، ص 91.

الرأي الرابع

يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه إذا ثبت يقينًا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان وينفى النسب بذلك إلا أنه يكون الحق للزوجة في طلب اللعان لنفي الحد عليها لإحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف⁽¹⁾.

الرأي الرابع

ولعل الرأي الرابع هو إمكانية الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب مادامت نتيجتها قطعية كما ترد دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحقوق الطفل به، لأن قول الزوج حينئذ مخالف للحس والعقل وليس ذلك تقديمًا عن اللعان وينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجية قبل إجراء اللعان لفحوص البصمة الوراثية، لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود شهود، فإذا كان لأحد الزوجين بينة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان⁽²⁾.

والأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويصد ضعفاء الضمائر من التجاسر على الحلف بالله كاذبين.

المطلب الثاني

الحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، لما تخلفه من آثار ايجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة.

وإذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معًا وبشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدًا بالنسبة للصغير.

وفي حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بشدة وكثيرًا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير.

ولهذا السبب نجد أن التشريع الإسلامي قد ضبط هذا الموضوع من خلال النصوص الشرعية والاجتهادات الفقهية حتى لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين وهو ما أثر إيجابًا على التشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري الذي نظم موضوع الحضانة من المواد (62) إلى (72) ق.أ.ج وراعى فيها أهم المسائل المرتبطة بمصلحة المحضون.

ونظرًا لأهمية هذا الموضوع فقد تم بالجزائر العاصمة تنصيب اللجنة المكلفة بإعداد مشروع قانون لإنشاء الصندوق الخاص بالنساء المطلقات الحاضنات لأطفال قصر الذي أمر به رئيس الجمهورية بمناسبة

(1)-سلطاني توفيق، المرجع السابق، ص 91.

(2)-المرجع نفسه، ص 98.

الاحتفال باليوم العالمي للمرأة، ذلك أن الواقع أثبت أن النساء المطلقات الحاضنات لأطفال قصر تعترضهن عدة عراقيل وصعوبات في كثير من الأحيان هي ناتجة عن عدم ضمان دفع النفقة أو عدم دفعها بانتظام معتبراً أن هذا الأمر ترتب عليه وضعيات صعبة وأيضاً آثاراً اجتماعية ونفسية سلبية على المرأة المطلقة الحاضنة وأيضاً على الأطفال.

لذلك يقتضي بنا الأمر في هذا المطالب التطرق إلى تعريف الحضانة ومشروعيتها والتكييف الفقهي لها (الفرع الأول) وشروط استحقاقها (الفرع الثاني) وترتيب أصحاب الحق في الحضانة (الفرع الثالث) وأخيراً آثار الحضانة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف الحضانة مشروعيتها وتكييفها الفقهي

حضانة الأب والأم لأولادهما الذين هم ثمرة العلاقة الزوجية حين تكون العلاقة الزوجية قائمة بشكل سوي واجبة عليهما، وتصبح هذه القضية تحتاج إلى علاج إذا حصلت الفرقة بين الزوجين لسبب أو لآخر.

أولاً: تعريف الحضانة

يقتضي تعريف الحضانة تعريفها لغةً ثم شرعاً.

1- الحضانة في اللغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحِضُن: ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعُضدان وما بينهما، والجمع أحضان؛ ومنه الإحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها؛ والحِضُن: الجُنْبُ وهما حضنان. حِضْنَا الليل: جانباه. وحِضُنُ الجبل: ما يطيف به، وحِضْنُهُ وحِضْنُهُ أيضاً: أصله. ويقال أيضاً حَضَنَ الطائر بيضه وعلى بيضه يَحْضُنُ حَضْنًا وحِضَانَةً وحِضَانًا وحِضُونًا إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه. وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحِضَانَةُ: مصدر الحاضِنِ؛ والحَاضِنُ والحَاضِنَةُ: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه⁽¹⁾.

2- الحضانة في الاصطلاح الشرعي

الحضانة هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ممن له حق تربيته شرعاً⁽²⁾، وباختصار توفير لهم كل المتطلبات الضرورية لرعايتهم⁽³⁾.

(1)- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الاقريقي المصري (لسان العرب)، المرجع السابق، م 13، ص ص 122-123.

(2)- MOSTEFA Kouidri, L'evolution de la jurisprudence en matiere de hadana, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, série n° 01, 2004, p 93.

(3)- MOSTEFA Kouidri, La garde de l'enfant après la réforme du code de la famille, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, nouvelle série n° 01, 2010, p 50.

وجاء في تعريف الفقهاء للحضانة التعريفات التالية:

- عرفها الحنفية: " الحضانة شرعاً تربية الولد ممن له حق الحضانة " (1).
- عرفها المالكية: " الحضانة هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه (2)، وصيانته حتى يحتلم، ثم يذهب الغلام حيث يشاء " (3).
- عرفها الشافعية: " الحضانة هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه " (4).
- عرفها الحنابلة: " الحضانة حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحتهم، كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر مما يتعلق بمصالحه " (5).

وعليه ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن الحديث يدور عن الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد وذلك مقصود في حد ذاته، كون أنه لا بد من الصغر أو العتة في إيجاب الحضانة، ذلك أن البالغ الراشد لا حضانة عليه وله الخيار في الإقامة عند من يشاء عند والديه، فإن كان ذكراً له الاستغناء عنهما والانفراد بنفسه، وإن كانت أنثى لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها، لأنه لا يأمن من فساد أخلاقها وبالتالي إلحاق العار بأهلها، فإن لم يكن لها أباً فلأهلها ووليها منعها من ذلك (6).

وخلافاً لما ألفه وتعود عليه المشرع الجزائري، عرف الحضانة ولم يتركها للاجتهاد الفقهي، وذلك بموجب نص المادة (62) ق.أ.ج التي نصت على أن: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك ». المشرع الجزائري لم يخرج إجمالاً عن التعريف الفقهي للحضانة سوى أنه استعمل مصطلح الولد بدلاً من الصغير، ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في مادته (65) أجاز للقاضي أن يمدد الحضانة إلى ستة عشر (16) سنة بالنسبة للذكر والأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانوناً بـ 19 سنة طبقاً لنص المادة (07) من نفس القانون (7).

(1)- وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة، مجلة جامعة أم القرى، جامعة أم القرى، كلية الشريعة واللغة العربية وآدابها، السعودية، ع 27، 1424هـ، ص 371.

(2)- عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 287.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 50.

(4)- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 371.

(5)- وجنات عبد الرحيم ميمني، المرجع السابق، ص 371.

(6)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 50.

(7)- تنص المادة (07) ق.أ.ج على أنه: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ».

والمعقول أن الولد في سن 16 سنة والبنات في سن 18 يكونان بالغان من الناحية الشرعية، وعليه واعتماداً على ما سبق نقول أن المشرع الجزائري أخذ في تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة لكنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر وعدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي لسن التمييز. وانطلاقاً من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها فإنه يتضح جلياً أن الحضانة تتمثل أساساً في:

أ - **تعليم الولد:** ويقصد به التمدريس الرسمي الذي يعد حقاً لكل طفل ويضمنه له القانون مجاناً وإجبارياً إلى غاية استنفاد طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناءً على ملكاته وكفاءته⁽¹⁾.

ب - **تربيته على دين أبيه:** ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بزواج المسلم بغير المسلمة، وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة (30) ق.أ.ج المعدلة بالأمر 09-05 عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وأن العكس جائز شرعاً وقانوناً، وما يثبت ذلك أيضاً تأكيد المشرع في المادة (62) ق.أ.ج بنصها على أنه: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه... ».

أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل⁽²⁾.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/03/13 وجاء فيه⁽³⁾: « من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضاة بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإن بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين باعتبارهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنات خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة (67) ق.أ.ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنات دون إحالة ».

ب - **السهر على حمايته:** تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المادية والمعنوية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال برمته أو عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسياً أو معنوياً.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 51.

(2)-المرجع نفسه، ص 51.

(3)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، ملف رقم 52221، م.ق، 1993، ع 01.

كما أن حمايته تتطلب أيضاً تأديبه وتنشئته الناشئة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيباً له عن أي خطأ أو سوء معاملة يبديها اتجاه الغير⁽¹⁾.

ث - حمايته خلقياً: الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فرداً صالحاً وسوياً وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء⁽²⁾.

ج - حمايته صحياً: التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن ذلك أن عافية البدن هي القياس الأساسي لتنشئة الطفل الناشئة السوية خلقياً ودراسياً والاعتناء به ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في قمتها وعرضه على الطبيب كلما استدعى الأمر ذلك⁽³⁾.

وتدعيماً لحقوق المحضون وصوناً له من أي تهديد، أولى القضاء الجزائي تطبيقاً للقواعد الشرعية والقانونية الأهمية القصوى لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوفر فيه لاسيما الاستقامة الخلقية ضماناً لتربية الطفل تربية سوية⁽⁴⁾.

وذلك ثابت من خلال العديد من قرارات المحكمة العليا ومنها القرار الصادر بتاريخ 1984/01/09 وجاء فيه⁽⁵⁾: « متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضاً من أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معاً.

والحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغيم زوجها على طلاقها ».

وجاء في تأسيس القرار أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها لهما يسقط حق أمها في الحضانة كذلك، لأن الأم لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضاً على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معاً.

(1)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 52.

(2)- المرجع نفسه، ص 52. انظر كذلك أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 01، 1994، ص 142.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 53.

(4)- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 142.

(5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/01/09، ملف رقم 31997، م.ق، 1989، ع 01، ص 73.

ثانياً: مشروعية الحضانة

الحضانة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- القرآن الكريم

- قوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾ (1).

وجه الإستدلال: أن الله تعالى حث على الرعاية بالآباء عند الكبر وهو مظنة العجز والحاجة إلى الرعاية معززاً بالتذكير بما قدماه من تربية وحضانة ورعاية للأبناء في مرحلة الطفولة، فلا أقل من أن تقابل الحسنة بمثلها والبادئ أفضل (2).

والآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية والحضانة لكل من هو في حاجة إليهما سواء كان صغيراً أو كبيراً.

2- السنة النبوية الشريفة

- ما رواه أبو داود حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ السُّلَمِيُّ، حَدَّثَنَا الْوَلِيدُ، عَنْ أَبِي عَمْرٍو يَعْني الْأَوْزَاعِيَّ، حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءً، وَتُدْبِي لَهُ سِقَاءً، وَحَجْرِي لَهُ جَوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي] (3).
- ما ورد من حديث البراء بن عازب: أَنَّ ابْنَةَ حَمْرَةَ بِنْتُ عَبْدِ الْمُطَلِّبِ اخْتَصَمَ فِيهَا عَلِيٌّ، وَزَيْدٌ، وَجَعْفَرٌ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَحَقُّ بِهَا وَهِيَ ابْنَةُ عَمِّي، وَقَالَ جَعْفَرٌ: ابْنَةُ عَمِّي وَخَالَئُهَا تَحْتِي، وَقَالَ زَيْدٌ: ابْنَةُ أَخِي، فَقَضَىٰ بِهَا النَّبِيُّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لِخَالَئِهَا، وَقَالَ: " الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ " (4).

(1)-سورة الإسراء، الآية 23-24.

(2)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 362.

(3)-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني(سنن أبي داود)، المرجع السابق، باب من أحق بالولد، ص 283.

(4)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان، وفلان بن فلان، وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، ص 184.

- ما ورد في السنن: قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَقُولُ هَذَا إِلَّا أَنِّي سَمِعْتُ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " وَأَنَا قَاعِدٌ عِنْدَهُ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ زَوْجِي يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي وَقَدْ سَقَانِي مِنْ بَيْتِ أَبِي عِنَبَةَ وَقَدْ نَفَعَنِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " اسْتَهَمَا عَلَيْهِ فَقَالَ زَوْجُهَا مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وُلْدِي فَقَالَ النَّبِيُّ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمُّكَ فَخُذْ بِبَيْدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ فَأَخَذَ بِبَيْدِ أُمِّهِ فَأَنْطَلَقَتْ بِهِ (1).

3- الإجماع

لا خلاف في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأنه من فروض الكفالة، إذا قام به قائم سقط عن الناس ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده، ويتعين على الأم في حولي الرضاعة وتجبر على رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال تستأجر منه أو كان لا يقبل ثدي سواها (2).

4- المعقول

خلق الله الإنسان ضعيفاً، وأمر الأبوين بوجوب رعايته والعناية به في كل ما يحتاجه من رضاع ونفقة وحسن تربية وتعليم وغير ذلك حتى يكون أهلاً لحمل الدعوة وحمل رسالة الإسلام (3).
وقد تضافرت الأدلة على ذلك منها:

- قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ (4).
 - قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (5).
- وجه الاستدلال: فإذا أوجب الله تعالى نفقة الزوجة لأنها أم ولده، فلأن تجب النفقة عليه من باب أولى.
- قوله تعالى: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوًا أَنفُسَكُمُ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ ﴾ (6).
 - قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ ﴾ (7).

وجه الاستدلال: منع الله سبحانه وتعالى قتل الأولاد خشية الإملاق وهو الفقر، فلولا أن النفقة واجبة عليهم لما خافوا الفقر.

(1)-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني(سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 283.

(2)-عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص ص 287-288.

(3)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 362.

(4)-سورة البقرة، الآية 233.

(5)-سورة البقرة، الآية 233.

(6)-سورة التحريم، الآية 06.

(7)-سورة الإسراء، الآية 31.

وفي وجوب رعاية الأبناء يقول الشيخ أبو حامد الغزالي: " الصبي أمانة عند والديه وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة، خالية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش ومائل إلى كل ما يمال إليه، فإن عود على الخير وعلمه نشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة وشاركه في ثوابه أبواه وكل معلم مؤدب، وإن عود على الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك، وكان الوزر في رقبة القيم عليه والولي له " (1).

ثالثاً: التكيف الفقهي للحق في الحضانة

لقد اختلف الفقهاء في تكيف الحق في الحضانة، هل هو حق خالص لله تعالى أم حق خالص للحاضن أم للمحضون أم مشترك بينهما؟

الرأي الأول

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنها حق لله تعالى، وعليه فلا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن أو إرادة المحضون، ووجهه أن الحضانة تحقق مصلحة عامة للمجتمع بحسن تربية أفراده وتنشئتهم تنشأة سليمة والبنیان الاجتماعي يقوى بقوة لبناته وصلابته، ويضعف بضعفها، فكانت الحضانة حقاً بهذا الاعتبار، ووجب على المجتمع كفالة الطفل والقيام بشؤونه عند عدم وجود الولي الخاص أو الحاضنة التي تتولى هذه المهمة، وقد أشار القانون إلى اعتبار هذا الجانب بوجوب تحقق شروط خاصة في من يتولى الحضانة، بوجوب منع الحاضن من السفر إذا لم تتحقق له مصلحة بالسفر وخشي عليه من الضياع، كل هذا يفيد بأن حق الحضانة ليس حقاً خاصاً بالمحضون أو الحاضنة أو مشترك بينهما (2).

الرأي الثاني

يرى بعض الفقهاء أن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية وهو مذهب الشافعية (3)، وإذا تعينت الأم لحضانة الصغير بأن لم يجد غيرها ولكن الصغير امتنع من قبول غير أمه أو لم يكن للصغير أو للأب مال يستأجر له منه حاضنة ففي هذه الحالة الأحوال تجبر الأم على حضانة الصغير، وأما غير الأم فلا تجبر على الحضانة وينتقل الحق إلى من تليها من النساء ممن لهن الحق في الحضانة (4)، وذلك لقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾ (5).

ولقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُمَّ أُخْرَى ﴾ (6)، فإذا كانت الأم لا تجبر على إرضاع ولدها

إن وجدت مرضعة أخرى، فلا تجبر على حضانتها إن وجدت حاضنة أخرى، وإن كان حال الأم فغيرها لا

(1)-انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص ص 362-363.

(2)-المرجع نفسه، ص 363.

(3)-عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 288. انظر كذلك أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 226.

(4)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 363.

(5)-سورة البقرة، الآية 233.

(6)-سورة الطلاق، الآية 06.

تجبر من باب أولى، ووجه حقها في الحضانة أنها الأحق بإرضاعه إلا إذا تعاسر الزوجان واختلفا على أجرة الرضاع فترضعه أخرى، وهذا يدل على أحقيتها في الحضانة، لأنه لا فرق بين الرضاع والحضانة من حيث حاجته إليه، وحسن قيام الأم به أكثر من غيرها، ولأن الأم تقوم برعاية ولدها بدافع الشفقة التي أودعها الله تعالى فيها⁽¹⁾، ولقوله " صلى الله عليه وسلم ": [أَنْتِ أَحَقُّ بِهٖ مَا لَمْ تُكْحِي]⁽²⁾، وفي هذا دلالة واضحة على أن للأم الحق في الحضانة.

الرأي الثالث

يرى بعض الفقهاء أن الحضانة **حق للمحضون**، فتجبر الحاضنة على الحضانة وقد اختار هذا الرأي بعض مشايخ الحنفية⁽³⁾، فلا تسقط بإسقاط الحاضنة وتجبر الحاضنة عليه، لأن المحضون يهلك بتركها ويضيع، فوجب حفظه عن الهلاك والضياع، ولذا فإن الحضانة حقه إلا أنها لا تتعين على الأم إذا وجد غيرها ولا تتعين على غيرها ممن يستحق الحضانة إن امتنعت عنها ووجد غيرها، فحقه في الحضانة دون تعيين، فإن لم يوجد غير أمه مثلاً فقد تعينت وتجبر عليها وكذلك في سائر من يستحق الحضانة⁽⁴⁾.

الرأي الرابع

ويرى بعض الفقهاء أن الحضانة حق يعطى **للحاضن والمحضون على سبيل الاشتراك** فليست حقاً خالصاً لواحد منهما، بل لكل منهما حق فيه وإليه ذهب الحنفية وبعض المالكية⁽⁵⁾.

الرأي الخامس

ولعل الرأي الخامس أن الحضانة تشمل أموراً ثلاثة وهي: حق الله تعالى باعتبار ضرورة حفظ الأنفس وصيانتها تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية وحق للمحضون باعتبار احتياجه إليها لحسن تربيته وحق للحاضن باعتبار أولوية القيام بها حسب الترتيب الذي وضعه الشرع رعاية للمحضون بما يحقق المعاني الإنسانية لكل من الحاضن والمحضون ويترتب على ذلك أن تتم هذه الرعاية بإشراف القاضي وولايته حتى يتبين تحقق المقاصد الشرعية من مشروعية الحضانة⁽⁶⁾.

(1)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص ص 363-364.

(2)-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السَّجِسْتَانِي(سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 283.

(3)-عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 289.

(4)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 364.

(5)-عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 289. انظر كذلك حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي(دراسة مقارنة)، مجلة التقني، جامعة الأنبار، كلية الشريعة والقانون، العراق، ع 10، 2011، ص 146.

(6)-محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 364. انظر كذلك عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 265.

الفرع الثاني

شروط استحقاق الحضانة

كان المشرع الجزائري مقتضياً جداً من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوفر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة (62) ق.أ.ج بنصه: «...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك».

ويثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع الجزائري، وهل تتحد مع الأهلية المنصوص عليها في التشريع المدني والإجراءات المدنية والإدارية.

يبدو أن ما يقصده المشرع الجزائري بالأهلية المنوه عنها في المادة (62) ق.أ.ج، إنما تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه، والكفاءة للإطلاع على هاته المهمة التي لا يمكن أن تؤدي على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط أجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة الجزائري من خلال نصه في المادة (222) منه على أنه: « كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء (أولاً) وشروط أخرى تخص النساء بمفردهن (ثانياً) وشروط تخص الرجال لوحدهم (ثالثاً)، وسنتناول ذلك على النحو التالي:

أولاً: الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء والرجال

قدم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملاً وصبراً على تربية طلباته وحاجياته⁽¹⁾، والشروط العامة هي كالتالي:

1- العقل

يجب على الحاضن أن يكون مدرجاً لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير وملماً بكل المخاطر والتحديات التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة، فليس باستطاعة المجنون أو الذي يعاني من الخرف أو البلاهة أن يقوم بشؤونه بنفسه، ومن المنطقي لا يكون قطعاً في منصب المتولي لشؤون غيره⁽²⁾، ذلك أن الحضانة ولاية على النفس وغير العاقل لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره⁽³⁾.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 55. انظر كذلك لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 110.

(2)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 55. انظر كذلك

-MOSTEFA Kouidri, La garde de l'enfant, op.cit, p 56.

(3)-محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 491. انظر كذلك عيد نايل، حق الحاضنة وصغار المطلق في الاستقلال بمسكن الزوجية بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، ع 01 و 02، 1989، ص 33.

ويرى بعض الفقهاء بأنه لا حضانة لمجنون، سواء كان جنوناً مستمراً أو متقطعاً أو متقطعاً بين الحين والآخر⁽¹⁾، ذلك أن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون ولو جنوناً متقطعاً يحمل الضرر الكبير للمحضون على اعتبار أن الهدف من الحضانة المتلخص في توفير الحماية بشموليتها ينعهد لدى المجنون ويتساوى المجنون مع المعتوه، لأنه يأخذ صورة الفاقدة للقدرة على تدبير شؤونه، وبالتالي فعجزه منطقي على تدبير شؤون غيره⁽²⁾.

وإضافة إلى شرط العقل اشترط الشافعية والمالكية الرشد، وذلك حتى يسان المال فلا يعطى لسفيه ولا مبذر، قال الشافعية في شروط الحاضن: " وعاشرها أن يكون رشيداً، فلا حضانة لسفيه لأنه ليس أهلاً للحضانة "، غير أن البعض الآخر من الحنابلة اشترطوا في الحاضن العقل والبلوغ ولم يشترطوا الرشد لأن الغرض من الحضانة القيام بمصالح وحاجات المحضون الشخصية وليس القيام بشؤونه المالية، وقالوا: " ولا حضانة لمجنون ولا معتوه ولا لطفل "⁽³⁾.

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس طبقاً لما ورد في المادة (87) ق.أ.ج⁽⁴⁾، والتي نصت في فقرتها الأخيرة على أنه: « وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ».

فالحضانة حسب هذه المادة هي ولاية عن النفس لما أسندت له الحضانة وأن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا أصدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه طبقاً لما أكدت عليه المادة (85) ق.أ.ج⁽⁵⁾، ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يرى بألا حضانة لغير العاقل ولا المعتوه ولا للسفيه، كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة⁽⁶⁾.

2- البلوغ

الحضانة مهمة صعبة وشاقة، لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار بل إن وظائفها لا يقوم بها إلا الكبار وليس المراهقين وغايتها لا تتحقق بغير ذلك⁽⁷⁾، فالصغير ولو كان مميزاً يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره⁽⁸⁾.

(1)- حسين رجب محمد مخلف الزيدي، المرجع السابق، ص 148. انظر كذلك

-MOSTEFA Kouidri, L'evolution de la jurisprudence en matiere de hadana, op.cit, p 100.

(2)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 55.

(3)-وجنات عبد الرحيم ميمني، المرجع السابق، ص 380.

(4)-تنص المادة (87) ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: « يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً ».

(5)-تنص المادة (85) ق.أ.ج على أنه: « تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ».

(6)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 56.

(7)-محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 491.

(8)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 56.

وتدق التفرقة هنا بين البالغ بلوغاً طبيعياً من حيث السن والعلاقات المميزة لذلك، وبين البالغ بلوغاً حكماً كأن تدعي المراهقة مثلاً البلوغ وتظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة ما دام الظاهر يشهد على ذلك ويصدق إدعاءها.

والمشرع الجزائري سار على هذا المنوال في تعديله الأخير بموجب الأمر 05-09 فالمادة (07) ق.أ.ج نصت على أنه: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج... ».

فالمشرع الجزائري أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وآثاره أو بالطلاق وما ينجم عنه، لكن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى أهليته ذلك آثار الزواج وانحلاله ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم، لكن المشرع الجزائري أكد في المادة (3/87) ق.أ.ج وفيما يتعلق بالولاية عمائلي: « ... وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ».

فالواقع أبرز التعديل حول هذه النقطة عدة إشكالات عملية فيما يتعلق بتطبيق هذه المادة سيما إذا كانت المطلقة المستفيدة من إعفاء شرط سن الزواج ما زالت لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني، فكيف الحال بالنسبة للدعاوي التي تباشرها بصفتها صاحبة الصفة الإجرائية عن محضونيتها القصر، ما دامت لها الولاية بقوة القانون كونها حاضنة، وهي ليست بالغة سن الرشد بعد.

من هنا نقول أن المشرع الجزائري الذي حاول أن يعالج إشكالاتاً عملياً متمثلاً في بقاء ولاية الأب على الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة وما سبب ذلك من معاناة للحاضنة في التعامل مع صاحب الولاية الذي عادة ما يكون المطلق، وذلك ما كان مجسداً في المادة (63) ق.أ.ج قبل التعديل والتي كانت تنص على أنه: « في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأب بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني ».

غير أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد، ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تستند لها الولاية بقوة القانون، وتمارس في ذلك كافة الآثار المنجزة عنها دون اللجوء إلى طلب الإذن⁽¹⁾.

غير أن المعالجة خلقت إشكالاتاً عملياً آخرًا ينتمل في سؤال، كيف نولي قاصر على قاصر؟ بالمثال العلمي المذكور سابقاً.

الواضح أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار القائل بالبلوغ حكماً، أي أن علامات البلوغ كافية للقول بترشيد الحاضن حتى ولو كان ناقص الأهلية دونما الالتفات إلى موضوع الصفة الإجرائية في مباشرة الدعوى المملوكة قانوناً للمحضون والذي يبقى إشكالاتاً لم يتم الفصل فيه بعد⁽²⁾.

(1)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 57.

(2)- المرجع نفسه، ص 57-58.

3- القدرة على التربية

يجب أن يكون الحاضن ذو لياقة بدنية لائقة لممارسة الحضانة، فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبير في السن أو لمرض⁽¹⁾، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحياً، خلقياً واقتصادياً واجتماعياً⁽²⁾.

ويرى غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضاً معدياً أو مرضاً يقف بينها وبين المحضون حائلاً عن القيام بشؤونه ولا لمتقدمة في السن ولا لغير المكثرثة بشؤون بيتها وأبنائها بحيث يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو لقاطنة مع مريض مرضاً معدياً أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريباً له، حيث لا تتوفر له الرعاية الكافية ولا الجو الصالح⁽³⁾.
ومن الفقهاء أيضاً من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها⁽⁴⁾.

غير أن القضاء الجزائري سار خلاف هذا المبدأ، وأكد في عديد من قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها.

ويكاد الأمر يكون مطلقاً دونما ورود أي استثناء والقائل أساساً أنه إذا كان العمل يمنعها عن تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة، ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18 وجاء فيه⁽⁵⁾: « من المستقر عليه قضاءً أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ».

وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقطاً للحضانة.

واضح أن القرار المذكور سابقاً وضع المبدأ، وهو أن عمل المرأة الحاضنة غير مسقط للحضانة، ولم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه ومكانه في إمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة، وهذا ما يختلف جذرياً عن رأي الفقهاء الذين قالوا بألا حضانة للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون وتديبير شؤونه⁽⁶⁾.

(1)- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 360.

(2)- صادق موريس، قضايا النفقة والحضانة والطاعة، دار الكتاب الذهبي، مصر، 1999، ص 55.

(3)- السيد سابق(فقه السنة)، المرجع السابق، ص 219.

(4)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 58.

(5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/07/18، ملف رقم 245156. انظر المرجع نفسه، ص 58.

(6)- المرجع نفسه، ص 59.

غير أن المحكمة العليا استدركت ذلك في قرار آخر لاحق للأول وقالت بالاستثناء المتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية، إذ جاء القرار المؤرخ في 2000/07/05 يتضمن مايلي⁽¹⁾: « عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقه في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية ». وتأسيساً لما ذكر أكد قضاة المحكمة العليا أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقه في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية. وهو تأكيد على أن القاعدة لا بد لها من استثناء ولا بد لهذا الاستثناء من دليل وإثبات، كون المسألة موضوعية.

4- الأمانة على الأخلاق

يعتبر هذا الشرط من أعظم الصفات التي ينبغي على الحاضن التمتع بها فالحاضن أمين ومن تعذر عليه حفظ أمانته تعذر عليه حفظ محضونه⁽²⁾. فالتربية في بيئة مسيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبيًا، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته حتى أن بعض الفقهاء قالوا: " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة واستولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها عن الولد، ولزم ضياعه، نزع منها وسقطت الحضانة عنها"⁽³⁾. وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان رجل أو امرأة تسقط عنه الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقاً سيئة وهم من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفاً على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون، ومن بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال نجد القرار المؤرخ في 1997/09/30 وجاء فيه⁽⁴⁾: « من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة (62) ق.أ.ج ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة ».

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/07/05، ملف رقم 274207. انظر باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 59.

(2)- حسين رجب محمد مخلف الزيدي، المرجع السابق، ص 149. انظر كذلك صادق موريس، المرجع السابق، ص 55.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 60.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/09/30، ملف رقم 171684، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 169.

وفي معرض تأسيسه أكد قرار المحكمة العليا أن المادة (62) ق.أج قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم والسهر على حماية وحفظه صحةً وخلقاً، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر. وأضاف القرار أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه.

فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا تعد من أهم المسقطات لحق الحاضنة في ممارسة الحضانة، لكن استطرد القرار وخص المبدأ باستثناء عام أولى له مصلحة المحضون لأن هذه المصلحة إذا توافرت في بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإن ذلك يقف حائلاً أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، إذا ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضرراً من المحال.

وفي قرار آخر اعتبر القضاء الجزائري أن الحضانة تسقط عن الجدة لأم بعد إسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع كبح جماح ابنتها لفساد أخلاقها، وخلص إلى أنه لا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك لفقدان الثقة والأمانة فيهما معاً⁽¹⁾.

5- الإسلام

اختلف الفقهاء بشأن الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة.

فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد الحضانة عندهم لكافر على مسلم إذ لا ولاية له عليه، قال تعالى: ﴿وَلَنْ نَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾، ولأن الحضانة جعلت لمصلحة الولد ولا مصلحة للولد المسلم في حضانة الكافر، لأنه يفتنه عن دينه، وذلك من أعظم الضرر ولكن الحضانة تثبت للمسلم على الكافر، لأن فيه مصلحة المحضون⁽³⁾.

أما المالكية والأحناف فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطاً لممارسة الحضانة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أمّاً أو غيرها، وتبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته وذلك يجوز للمسلمة ولغيرها ومناطها الشفقة⁽⁴⁾.

أما المدة التي يبقى المحضون فيها عند الحاضنة غير المسلمة فلم تكن واحدة عندهم فالأحناف قالوا: يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة ويتجلى أنه في مكوثه لديها خطر عليه كأن تذهب به إلى المعبد أو تعود على ما هو محرم عند المسلمين كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/01/09، ملف رقم 31997، م.ق، 1989، ع 01، ص 73.

(2)- سورة النساء، الآية 141.

(3)- وجنات عبد الرحيم ميمني، المرجع السابق، ص 380. انظر كذلك صادق مورييس، المرجع السابق، ص 55.

(4)- باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 61.

والمالكية قالوا ببقاء المحضون مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً، فإن خيف عليه من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد⁽¹⁾.

وأضاف الأحناف شرطاً بالنسبة لغير المسلمة وهو ألا تكون مرتدة، لأن الحضانة كما سبق الذكر نوع من الولاية، والمرتدة لا ولاية لها على المحضون⁽²⁾، وهي بذلك عندهم تستحق الحبس والضرب حتى تتوب أو تعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس⁽³⁾، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة⁽⁴⁾.

المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطاً لممارسة الحضانة لكون هذه الخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون، والدليل على ذلك ما ورد في المادة (62) ق.أ.ج التي نصت على أن: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً ».

فعبارة القيام " بتربيته على دين أبيه " تعني بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلماً يمكن أن يتزوج بإمرأة غير مسلمة وأن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم وهو الإسلام ولا يمكن تصور الأمر معكوساً.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قرارات منها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13 وجاء فيه⁽⁵⁾: « من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة (62) ق.أ.ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنت دون إحالة».

ثانياً: الشروط المتعلقة بالنساء

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة والمتمثلة في العقل والبلوغ، الأمانة في الأخلاق، والقدرة على التربية، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة، وهي على النحو التالي:

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 62.

(2)-أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 20.

(3)-محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 405.

(4)-السيد سابق(فقه السنة)، المرجع السابق، ص 220.

(5)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، ملف رقم 52221، م.ق، 1990، ع 01، ص 48.

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه

أراء الفقهاء في هذا الشرط لم تكن واحدة، فالأئمة الأربعة مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل قالوا أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقاً، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، واستدلوا في ذلك بحديث الرسول "صلى الله عليه وسلم" عما رواه عبد الله بن عمرو: أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءً، وَتُدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحَجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " : [أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَّكِحِي]⁽¹⁾.

فالحديث صريح في أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب، إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت حضانتها ولأن حق الحضانة ثبت نظراً للصغير وقد فات بزواج الحاضنة بأجنبي عنه، لأن شأن الأجنبي أن يبعثه ويتمنى موته، لأنه يراه غريماً في حب زوجته، فيعطيه لذلك نذراً وينظر إليه شذراً، وذلك يلحقه الجفاء والمذلة ويربي فيه الخنوع والاستكانة⁽²⁾.

فيما ذهب الظاهرية والحسن البصري إلى أن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقاً، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، واستدلوا في ذلك بما روي عن طريق البخاري عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنَّ صُهَيْبَ عَنْ أَنَسِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَدِمَ الرَّسُولُ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " الْمَدِينَةَ لَيْسَ لَهُ خَادِمٌ، فَأَخَذَ أَبُو طَلْحَةَ بِيَدِي فَأَنْطَلَقَ بِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " الْمَدِينَةَ أَخَذَ أَبُو طَلْحَةَ بِيَدِي فَأَنْطَلَقَ بِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أُنْسًا غُلَامٌ كَيْسٌ فَلْيُخْذِمَكَ قَالَ فَخَدَمْتُهُ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ.....، وَإِنْ أُنْسًا كَانَ فِي حِضَانَةِ أُمِّهِ، وَلَهَا زَوْجٌ وَهُوَ أَبُو طَلْحَةَ بَعَلِمَ رَسُولُ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " وَهُوَ لَمْ يَنْكَرْ ذَلِكَ "⁽³⁾.

واستدلوا كذلك لرأيهم هذا ما روي أن أم سلمة تزوجت بالنبي " صلى الله عليه وسلم " وبقي ولدها في كفالته⁽⁴⁾.

وإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وقربته للطفل كابن الأخ تجعله ذو شفقة عليه ورعاية له، وإن تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فقد لا يعطف عليه ولا يمكنها هي من رعايته والسهر على حمايته والتكفل بشؤونه، وقد لا يجد المحضون الجو الملائم ولا الظروف المناسب لحسن تربيته صحياً وأخلاقياً واجتماعياً⁽⁵⁾.

(1)- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 283.

(2)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 236. انظر كذلك أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، المرجع السابق، ص 17.

(3)- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (فتح الباري بشرح صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الديات، باب من استعان عبداً أو وصياً، ج 12، ص 253.

(4)- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 147.

(5)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 64. انظر كذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، مجلة دراسات قانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ع 02، د.س.ن، ص 71.

أما على مستوى التشريع الجزائري فإن المادة (66) ق.أ.ج نصت على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون.

فالمبدأ العام سار وفق ما توصل إليه الفقهاء في كون زواج الحاضنة بغير قريب محرم للصغير يسقط عنها حق ممارسة الحضانة، لكن المشرع أورد في نفس المادة استثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا ما كانت مصلحة المحضون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم فإن الحضانة تظل من نصيب الحاضنة مراعاة لمصلحة المحضون⁽¹⁾.

وعلى هذا المبدأ سارت عديد قرارات المحكمة العليا، منها القرار الصادر بتاريخ 1998/04/21 وجاء فيه⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ».

وأكد القرار في تأسيسه أنه وحيث أن المادة (66) ق.أ.ج تقضي بأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون.

(1)- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ع 01، 2010، ص 145.

على غرار المشرع الجزائري الذي اعتبر زواج الأم من قريب غير محرم سبباً لسقوط الحضانة منها إلا ما تعلق منها بمصلحة المحضون، فإنه لمن الضروري لفت الانتباه إلى أن المشرع المغربي ومراعاة منه لمصلحة الطفل فإن المدونة الجديدة قد أدخلت تعديلاً بالنظر إلى القانون الكلاسيكي إلى إمكانية المرأة الاحتفاظ ببعض الشروط بحضانة ابنها وحتى بعد إعادة زواجها أو تنقلها للعيش في إقليم غير ذلك الذي يقطن فيه الزوج (المادة 174)، ذلك أنه قبل التعديل فإن للمرأة التي تعيد زواجها أو تلك التي تغير محل إقامتها بأكثر من 120 كلم عن مسكن الزوج وبالنظر إلى سلطته الأبوية، كانت الحضانة تسحب من الأم عند الاخلال بهذين الشرطين.

غير أنه تستطيع المرأة أن تستعيد الحضانة بعد انتفاء السبب القسدي أو غير القسدي والذي كان سبباً في إسقاط الحضانة وبالمقارنة فإن القانون القديم كانت المرأة تضيع وبغير رجعة حقها في الحضانة.

أما في تونس فإن إعادة الزواج بالنسبة للأم الحاضنة يمر تحت الرقابة القضائية حيث تنص المادة (58) ق.أ.ش.ت: « المستفيد من حق الحضانة من جنس أنثى يجب أن يكون غير متزوج، إلا إذا رأى القاضي العكس من ذلك وفي مصلحة الطفل أو إذا كان الزوج قريب بدرجة عالية للطفل أو قيماً لهذا الطفل أو إذا كانت المرأة أمّاً وقيمة على الطفل في نفس الوقت ».

وأكثر من ذلك وبالرجوع إلى المادة (61) ق.أ.ش.ت: « تلتزم الأم الحاضنة أن تقطن بالقرب من مسكن الزوج الحاضن وكل اخلال يؤدي إلى إسقاط الحضانة عليها، وعليه فإن ممارسة حق الحضانة للأب مشروط بوصاية الأب ». انظر

- SAHEB Hakim, op.cit, p p 134-135.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189234، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 175.

وتأكيداً لهذا المسار صدر قرار ثان بتاريخ 1999/04/20 وجاء فيه⁽¹⁾: « من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصحتهم.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرّمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقاً لأحكام المادتين (66) و(67) ق.أ.ج.

وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطئوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.»

وأكد القرار أن تنازع الحاضنة عن الحضانة لا يحرّمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك تطبيقاً لنص المادتين (66) و(67) ق.أ.ج، لأن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص.

وبالتالي فإن القضاة حينما اعتمدوا فقط على تنازل الأم على الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد جانبهم الصواب في تطبيق القانون.

فالملاحظ من خلال هذين القرارين أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي واسع الصلاحيات والسلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون.

إضافة إلى ذلك فلاستثناء الوارد عن شرط الزواج بغير قريب محرم يتّصل أيضاً في:

1- إذا كان المحضون في دار من ديار الحضانة، فإن حضانتها تكون أولى به رغم زواجها.

2- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة.

3- إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجز عن حضانتها.

4- أن يقع التراضي بين الأب أو من يقوم مقامه والأم في ترك المحضون لها.

ومعنى ذلك أن تكون الحاضنة رحماً محرماً على المحضون كأمه أو أخته أو جدته، فلا يحق لبنات العم أو العمة وبنات الخال أو الخالة بحضانة الذكور لعدم وجود المحرم، ولكن يبقى لهم الحق في حضانة الإناث.

كذلك الشأن بالنسبة لأبناء الخال والخالة والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور⁽²⁾.

2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون

معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/04/20، ملف رقم 220470، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية،

2001، ع خ، ص 181.

(2)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 66.

ذلك ما نوه عنه المشرع الجزائري في مادته (72) ق.أ.ج عندما نص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنًا ملائمًا للحاضنة، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار. وتتص المادة (70) من نفس القانون على أنه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

والملاحظ أن لفظ الملائم في المادة (72) وما جاءت به المادة (70) تفسر تكريسًا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدًا عن كل ما من شأنه التأثير سلبيًا على أخلاقه ومستقبله⁽¹⁾.

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضائته مجانًا والأب معسرًا

امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانًا عند إعسار الأب يعد مسقطًا لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطًا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسرًا لا يستطيع دفع أجره الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانًا، سقط حق الأولي في الحضانة⁽²⁾.

ثالثًا: الشروط المتعلقة بالرجال

زيادة على الشروط المشتركة المتمثلة في العقل، الأمانة، الاستقامة، فإن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطًا خاصة به، يتعلق الشرط الأول في أن يكون الحاضن محرّمًا للمحضون إذا كانت أنثى والثاني يخص اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

1- أن يكون الحاضن محرّمًا للمحضون إذا كانت أنثى

أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرّمًا لها، وقال الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديًا أو حذرًا من الخلوة بها لانتهاه المحرمية، أما في حال عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة فلا مانع من حضانتها، لأنه في حال البلوغ لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه البالغة، غير أن الحنفية أجاز حضانة ابن العم لابنة العم إذا لم يكن لها أحدًا⁽³⁾.

2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

المبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلمًا فليس له حق الحضانة بل حضائته إلى ذوي رحمه من أهل دينه وإذا كان المحضون مسلمًا وذا رحمه دون ذلك فلا حضانة إليه، لأنه لا توارث بينهما⁽⁴⁾.

(1) - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 66-67.

(2) - المرجع نفسه، ص 67.

(3) - المرجع نفسه، ص ص 67-68.

(4) - المرجع نفسه، ص 68. انظر كذلك فضيل سعد، المرجع السابق، ص 373؛ صادق موريس، المرجع السابق، ص 55.

الفرع الثالث

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة الحنفي، المالكي، الشافعي، والحنبلي وذلك وفقاً للمادة (64) ق.أ.ج، لكن ذلك قبل تعديل الوارد في الأمر 09-05.

حيث نصت المادة (64) ق.أ.ج قبل التعديل على مايلي: « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ». فالمادة (64) تحدثت عن الولاية بتلفظها لمصطلح (أولى)، والمعروف أن الولاية نوعان ولاية على النفس وولاية على المال.

فالولاية على النفس تشمل الإشراف على شؤون المحضون العامة من صحة وأخلاق وتأديب ورعاية وتعليم وتمدرس وكل ما يشمل ذلك، أما الولاية على المال فهي الإشراف على شؤون المحضون المالية في حدود التصرفات المالية كالبيع والإيجار والرهن وغيرها.

أولاً: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005

بالرجوع إلى نص المادة (64) ق.أ.ج فإن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة على النحو التالي:

1- الأم: حسم الإجماع على أن الأم أحق بحضانة ولدها بعد الطلاق أو الوفاة لكونها تعد عنصر إجماع، ولما رزقها الله تعالى من وافر الشفقة والرحمة والعطف والحنان فعدت بذلك الملاك المحبذ للمحضون⁽¹⁾.

ومن الأدلة الشرعية ما روي أن امرأةً جاءت الرسول " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " فقالت: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ، وَتُدْيِي لَهُ سِقَاءٌ، وَحَجْرِي لَهُ حِوَاءٌ، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَرِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَكْحِي]⁽²⁾.

وَقَالَ " صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ": [مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ]⁽³⁾.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 69.

(2)-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني(سنن أبي داود)، المرجع السابق، ص 283.

(3)-محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى(سنن الترميذي)، المرجع السابق، أبواب البيوع عن الرسول " صلى الله عليه وسلم "، باب ما جاء في كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع، ج 03، ص 572.

وما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه حين فصل في النزاع الذي رفع إليه بين عمر بن الخطاب ومطلقته إذ كان عاصم في حضانتها ولكن عمر أراد حرمانها منه فذهب إليها ومسك الغلام وأخذ يجذبه من بين يدي أمه التي راحت تلتصق فيه هي الأخرى فتجاذباه حتى بكى فرفعا أمرهما إلى أبي بكر الذي قال في جمع من صحابة رسول الله " صلى الله عليه وسلم " يخاطب عمر ابن الخطاب: [رِيحُهَا وَمَسُّهَا وَمَسْحُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنَ الشَّهْدِ وَالْعَسَلِ عِنْدَكَ يَا عُمَرُ]⁽¹⁾.

فلا يسقط حقها إلا أحد الأمور القانونية فكفى به عدلاً، وهم على هدى رسول الله سائرون فالصواب فيما رأوه والضلال فيما لم يعملوا به، ومن أجل ذلك حث الرسول " صلى الله عليه وسلم " على تقليدهم في قوله: [أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِمَنْ أَقْتَدَيْتَهُمْ أَهْتَدَيْتَهُمْ] ولأن قضائهم هذا إنما هو على سند قضاء رسول الله " صلى الله عليه وسلم " ⁽²⁾.

فالأم حقيقة أحب الناس إلى الطفل وأرحم من غيرها وذلك لعظمة دورها في تربيتهم وتنشئتهم صحياً واجتماعياً وأخلاقياً ولولا ذلك ما ورد عن الرسول " صلى الله عليه وسلم ": [الْجَنَّةُ تَحْتَ أَقْدَامِ الْأُمَّهَاتِ]⁽³⁾ وقيل أنه سئل عن أقرب الناس إليه فقال: [أُمِّي، ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ أُمِّي، ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ أُمِّي قِيلَ ثُمَّ مَنْ، قَالَ: أَبِي] فلا حق في حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا بعد أن يتعذر ضمان ذلك الحق⁽⁴⁾.

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة بل واعتبر حتى تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلباً على حال المحضون النفسية وأن إسناد حضانتها لشخص آخر يجعل من القرار مجاناً للصواب.

(1)-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي(شرح فتح القدير)، المرجع السابق، باب الولد من أحق به، ص 314.

(2)-فضيل سعد، المرجع السابق، ص 374.

(3)-إن حديث [الْجَنَّةُ تَحْتَ أَقْدَامِ الْأُمَّهَاتِ] رواه الثعلبي في تفسيره والدولابي في الكنى في ترجمة أبي النصر عن أنس وكذا رواه القضاعي في مسند الشهاب والخطيب في الجامع، فالحديث ضعيف ولا صحة له، وهو من الأقوال التي انتشرت بين الناس أيضاً بشكل كبير، ومنسوب للرسول " صلى الله عليه وسلم " على أنه حديث صحيح، ويسمعه الأبناء كل يوم في المنازل نقلاً عن آبائهم وأجدادهم، إلا أن الحقيقة أنه حديث غير صحيح، ولا يجوز نسبته للرسول " صلى الله عليه وسلم " وقد روى الإمام أحمد والنسائي في الجهاد من سننه والحاكم وصححه عن معاوية بن جاهمة أن جاهمة جاء إلى النبي " صلى الله عليه وسلم " فقال: يا رسول الله أردت أن أغزو وقد جئت أستشيرك، فقال: هل لك من أم؟ قال: نعم، قال: [فَأَلْزِمُهَا فَإِنَّ الْجَنَّةَ عِنْدَ رِجْلِهَا]، ففي هذا الحديث عظم حق الأم وتقديمه على الجهاد في سبيل الله. انظر أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي(سنن النسائي)، المرجع السابق، كتاب الجهاد، باب الرخصة في التخلف لمن له والدته، ج 06، ص 11.

(4)-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(صحيح البخاري)، المرجع السابق، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحابة، ج 08، ص 02.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا مايلى⁽¹⁾: « إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجددة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقارير التي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصوراً في التسبيب ».

وجاء في القرار أن الأم تنازلت عن حضانة ابنها وتم لها الإشهاد بذلك بموجب حكم صادر عن محكمة وهران، مما جعل هذه الأخيرة تسند الحضانة لصاحبة المرتبة الثانية الجدة لأم.

فكان جواب قضاة المحكمة العليا أن عدم مناقشة الدفوع المثارة من طرف الطاعن حول الحالة النفسية للولد والوثائق المقدمة من الطاعن حول وضعية الولد والمحيط غير اللائق الذي يعيش فيه.

كما أشارت إليه المساعدة الاجتماعية وعدم مراعاة مصلحة المحضون يعد قصوراً في التسبيب، مما جعل القرار مطعون فيه بالنقض.

وفي قرار أكثر دقة ووضوح يؤكد أهمية الأم في إعطائها أحقية حضانة أولادها وإسنادها لها حتى وإن تنازلت عنها جاء فيه مايلى⁽²⁾: « من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذ أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون ».

بل إن تنازل الأم عن الحضانة وتراجعها عن ذلك لا يحرمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك كما جاء في قرار آخر للمحكمة تبني مايلى⁽³⁾: « من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم ».

ومتى تبين - في قضية الحال - أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقاً لأحكام المادتين (66) و(67) ق.أ.ج. وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ».

وفي تكريسه للمبدأ أكد القرار أن تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يحرمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة، كون هذه الأخيرة تخص حالة الأشخاص وأن مصلحة المحضون تبقى المعيار الأسمى في تحديد أحقية الجهة المسند إليها الحضانة.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2005/07/13، ملف رقم 332324، ن.ق، ع 59، ص 236.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/04/21، ملف رقم 189234، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 175.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/04/20، ملف رقم 220470، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 181.

والواضح أن هذا الاجتهاد عاكس ما كان قبله من القول بأن تنازل الأم عن الحضانة لا يقبل طلب استرجاعها، في قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1989/03/27 والذي جاء فيه مايلي⁽¹⁾: « من المقرر فقهاً وقانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة ».

والأم أولى بحضانة ولدها المسلم حتى ولو كانت كافرة، كما دافع عن ذلك قضاة المحكمة العليا في قرار سبقت الإشارة إليه، أكد أنه⁽²⁾: « من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ».

2- أم الأم (الجددة): رتب سابقاً المشرع الجزائري الجدة لأم في المرتبة الثانية في حال سقوط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب كان، سواء تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج بأجنبي أو أي سبب آخر .

وعلى منواله سارت غالبية التشريعات العربية، ويبقى الاعتبار في ذلك أن أم الأم مشاركة للأم في الإرث والولادة، وكذلك لأن الجدة أكثر رافة وشفقة على المحضون من غيرها⁽³⁾.

3- الخالة: إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، هذا ما اتفق عليه في الأثر، حيث روى البراء بن عازب أن النبي " صلى الله عليه وسلم " قضى في ابنة حمزة لخالتها قال: " الخالة أم " .

وخالة المحضون بعموم اللفظ سواء كانت أختاً شقيقة للأم أو أخت لأب أو أخت لأم، جاء ترتيبها بعد الأم وأم الأم، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء أيضاً، وصدقته المادة (64) ق.أ.ج قبل تعديلها، وكرسه اجتهاد المحكمة العليا في العديد من قراراته.

فقد تقدمت الخالة على الأب في إعطائها حق ممارسة الحضانة، وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23 مايلي⁽⁴⁾: « من المقرر قانوناً أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة (64) ق.أ.ج بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 53340، م.ق، 1990، ع 03، ص 85.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، ملف رقم 52221، م.ق، 1990، ع 01، ص 48.

(3)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 72.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/02/23، ملف رقم 89672، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعة وهي خالتهما التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كأستاذ يجعله أقدر على الرعاية والإنفاق من الخالة مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.»

وتقدمت الخالة أيضاً عن الأخت لأب كما جاء في قرار ثان للمحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 وجاء فيه مايلي⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة (64) ق.أ.ج إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.»

ويجب أن تتوفر في الخالة الشروط الواجب توافرها في الحاضنة.

4- الأب: العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى مغلب على جانب الذكورة لخصوصيتها والهدف، ذلك أن الأنثى تمتاز على الذكر برعاية الصغير وحمايته والصبر على مشاق ذلك.

لكن المشرع الجزائري الذي غلب جانب الأنثى من الأم في الحضانة في المادة (64) ق.أ.ج قبل التعديل خالف المبدأ من جانب الأبوة بتسويقه للأب على أم الأب خلافاً لما قال به الإمامان مالك وأبو حنيفة تقديم الأب على أم الأب وترتيبها يعني أن المشرع أقر بقدرة الأب على رعاية المحضون كمرعاة النساء له.

ويظهر جلياً تأثر المشرع الجزائري بالمذهبيين الشافعي والحنبلي بتقديمهما للأب على أم الأب⁽²⁾.

5- أم الأب: تأتي مرتبة الجدة لأب مباشرة بعد الأب وهذا قبل تعديل 2005، وأن المشرع الجزائري سبق الأب عن أمه في ترتيب الحاضنين خلافاً للمذهب المالكي وأخذ بالمذهب الشافعي. وكما تكون الحضانة لأم الأب، تكون لأمها وجدتها أخذاً بمبدأ الأم وإن علت، مع مراعاة توافرها على الشروط المذكورة سلفاً في ممارسة الحضانة⁽³⁾.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، ملف رقم 179471، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 172.

(2)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 74. انظر كذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، المرجع السابق، ص 75.

(3)- المرجع نفسه، ص 75.

6- الأقرب درجة: سكت المشرع الجزائري عن تعريف الأقرب درجة أثناء ترتيبه للحاضنين، ولما سمح لنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند وجودنا لنص مبهم وغير واضح تطبيقاً سليماً للمادة (222) ق.أ.ج فقد تباينت الآراء الفقهية في تحديد الأقربين درجة غير أنهم اتفقوا على التصنيف الآتي ذكره.

• **القريبات من المحارم:** تصنفها المذاهب الأربعة وفق الترتيب التالي:

أ- **المالكية:** يقولون أن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن: الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب ثم العمّة أخت أبيه، ثم عمّة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهم للحضانة وإن تساوت الحاضنات جميعهن تقدمت أكبرهن سناً، فإن تساوين من كل وجه تقدم دوماً الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب⁽¹⁾.

ب- **الشافعية:** يقولون القريبات من المحارم حسب الترتيب هن: الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمّة، ثم بنت العمّة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب تقدم على التي لأم خلافاً للمذهب المالكي والحنفي⁽²⁾.

ت- **الأحناف:** يقولون أن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن: أخوات المحضون، ثم بنات الأخوات، ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي⁽³⁾.

ث- **الحنابلة:** يقولون أن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن: الأخت الشقيقة، ثم أخت لأم، ثم أخت لأب فالخالة، فالعمّة، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه⁽⁴⁾.

• **العصبات من المحارم من الرجال:** ترتيب هذه الفئة يكون بناءً على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح.

فالمالكية قالوا أن الجد، ثم الأخ، ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق، ثم عم المحضون لأب وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون لأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون، ثم أبناء العم، ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور كونهم من العصبات غير المحارم، ولا حضانة لهم لأنثى، ولا تتوقف القرابة عند الحد المذكور، بل تتعداها إلى محارم المحضون من غير العصبية إذا لم يوجد من هذه الفئات من يحضن الولد أو وجد وليس أهلاً للحضانة وهم على الترتيب التالي⁽⁵⁾:

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 75. انظر كذلك عيد نايل، المرجع السابق، ص 31.

(2)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 76.

(3)-المرجع نفسه، ص 76.

(4)-المرجع نفسه، ص 76. انظر كذلك محمد سمارة، المرجع السابق، ص 387.

(5)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 76. انظر كذلك أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات،

المرجع السابق، ص 49.

الجد لأم، ثم الأخ، ثم الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، ثم الخال لأم.

7- الأصلح وفقاً لمصلحة المحضون: تمتد حق ممارسة الحضانة إلى من يراه صاحب الأمر أهلاً للقيام بها أي حال عدم وجود الأقارب المنوه عنهم في ترتيب الحاضنين، ويحرص القاضي في سبيل ذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

إن الحديث عن مصلحة المحضون يقودنا بصفة آلية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد حصراً في المادة (64) ق.أ.ج ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلاً للقيام بها وأن غيره من ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23 السالف الذكر مايلي⁽¹⁾: « من المقرر قانوناً أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة (64) ق.أ.ج بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون ».

وفي قرار آخر للمحكمة العليا منح الأب حق الحضانة بدلاً عن الجدة لأم التي كانت الأحق بالحضانة من الأب على ضوء المادة (64) ق.أ.ج قبل التعديل وجاء فيه مايلي⁽²⁾: « إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد المحضون بعد وفاة الزوجة الأم إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة ».

وأكد القرار في معرض تأسيسه أنه لما كان النزاع مطروحاً بين الجدة لأم والأب على حضانة الأولاد (س) تبلغ من العمر 16 سنة، و(س) 11 سنة و(ي) 4 سنوات، وأن قضاة الموضوع قضوا برفض دعوى المدعية الرامية إلى طلب الحضانة، فإنهم يكونون قد فصلوا في النزاع المطروح عليهم، وبالنظر إلى سن البننتين، فإنه مصلحتهما يكون ببقائهما تحت رعاية والدهما، ولما كانت الحضانة لا تتجزأ، فإن الطفل الصغير من مصلحته العيش بين أخته (س) و(س) وتحت رعاية الأب، وهو ما يجعل الأوجه غير مؤسسه وما قضى به قضاة الموضوع قضاء سليم، الأمر الذي يتعين رفض الطعن.

فالترتيب الوارد في المادة (64) ق.أ.ج ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ما أثبت أن مصلحة المحضون تكون في تواجده مع شخص قد لا يحظى بأي مركز من المرتبتين لممارسة الحضانة، لتبقى مسألة إثبات الأجدر والكفاء للحضانة أمر موضوعي يخضع لسطة القاضي التقديرية.

ثانياً: ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير 2005

أحدث المشرع الجزائري انقلاباً في المادة (64) بمناسبة تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-09 إذ نصت على مايلي: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العم، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ».

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/02/23، ملف رقم 89672، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 166.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/12/12، ملف رقم 274683، م.ق، 2004، ع 02، ص 347.

فالتعديل جاء مخالفاً لما سبق تبيانه في السابق وجاء معاكساً لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية ويظل البحث عن السبب في تعديل هذه المادة متواصلاً طالما أن الأعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل إلى القانونيين والمنتبعين في هذا المجال.

ومع ذلك يمكن القول أن تعديل المادة (64) ق.أ.ج جاء معالجة للواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية لاسيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة.

ويذكر بعض المسؤولين في وزارة العدل في الجزائر أن إحصائيات أجريت أكدت أهمية النزاع بين الأم والأب وذويهما فيما يتعلق بأحقية الحضانة كما أن الأب يعتبر حقه مهضوماً على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها.

فتعديل 2005 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول⁽¹⁾. وإذا كانت المادة (64) المعدلة واضحة المعالم بشأن المراكز القانونية التي تعرض بعد صدور القانون الجديد، إلا أنه يظل الإشكال قائماً حول المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل إلا بصدور القانون الجديد.

فإذا ما نازع الأب الجدة لأم من أجل إسناد حضانة ولده أثناء سريان القانون القديم وحكم لصالح الجدة لأم في ممارسة الحضانة، وبعدها بأيام صدر القانون الجديد الذي يمنح للأب مرتبة أسبق من الجدة لأم وعاود الأب تأسيساً على ذلك رفع دعوى للمطالبة بإسناد حضانة الابن له فهل يخضع النزاع للقانون القديم أم أنه يخضع للقانون الجديد؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يتوقف على معرفة القواعد العامة المنظمة لتنازع القوانين من حيث الزمان، ثم التطرق إلى مدى انسجام القانون الجديد مع هذه القواعد.

ثالثاً: مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان

تخضع إشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان إلى مبدئين، يتمثل الأول في مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي والثاني يقوم على الأثر الفوري للقانون الجديد.

1- عدم رجعية القانون الجديد على الماضي

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت وليس له أثر رجعي على الآثار القانونية التي ترتبت في ظل القانون القديم، والدليل على ذلك ما انطوت عليه المادة (02) ق.م.ج بنصها على أنه: « لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي....».

وتطبيقاً لذلك فإن أصحاب الحق في الحضانة طبقاً للقانون القديم يكونون قد اكتسبوا مركزاً قانونياً مكتملاً إذا انقضت المدة المحددة للحضانة قبل صدور القانون الجديد، وبالتالي فالآثار المنجزة عن ممارسة

(1) -باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 79. انظر كذلك -BENGHALEM Imene, op.cit, p 11.

الحضانة تبقى خاضعة للقانون القديم، باعتبار المركز القانوني لصاحب الحق في الحضانة قد نشأ واكتمل في ظل القانون القديم ولا يسري القانون الجديد على المراكز القانونية التي تشكلت وانقضت وعلى الآثار التي ترتبت تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد⁽¹⁾.

2- الأثر الفوري للقانون الجديد

معنى الأثر الفوري للقانون الجديد هو سريان هذا الأخير على جميع الوقائع التي حصلت بعد سريانه إذ تكون المراكز القانونية التي تكونت وانقضت وكذا آثارها التي ترتبت في ظلها خاضعة له، وذلك تطبيقاً لنص المادة (07) ق.م.ج التي تنص على أنه: « تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالياً... ». وفي هذا يقول الأستاذ باديس ديابي نقلاً عن الأستاذ عمر زودة أن مبدأ الأثر الحال أو الفوري أو المباشر لا تخضع له الإجراءات فحسب - كما يفهم من سياق النص - بل تخضع له القواعد الإجرائية والموضوعية على حد سواء⁽²⁾.

إلا أنه يوجد صنف ثالث من المراكز القانونية التي تبدأ في التشكيل أو الإنقضاء في ظل القانون القديم ولكن تمام التشكيل والانقضاء لا يتم إلا في ظل القانون الجديد فكيف الحل إلى ذلك؟

3- مدى انسجام القانون الجديد مع القواعد العامة

فلو فرضنا أنه بتاريخ 2005/01/01 قضت محكمة (س) بإسناد حضانة الطفل (أ) إلى أم أمه (ب) بعدما قام (ج) وهو أب الطفل بمرافعة الجدة لأم (ب) من أجل إسقاط الحضانة عنها وإسنادها له. وكان حكم المحكمة (س) مبنياً على المادة (64) ق.أ.ج قبل تعديلها والتي تضع أم الأم في مرتبة أولى من أب المحضون.

فمركز الجدة لأم نشأ في ظل القانون القديم غير أنه لم يكتمل طالما أن ممارسة الحضانة مستمرة لبلوغ المحضون سن العاشرة أو السادسة عشر وسن الزواج بالنسبة للأنثى.

ثم يصدر قانون جديد كالذي صدر في 2005 بموجب الأمر 09-05 وينص في مادته (64) الجديدة بأن الأب أولى بحضانة ولده من الجدة لأم.

فلو فرضنا أن الأب (ج) رافع الجدة لأم (ب) من جديد مطالباً بإسقاط حضانة الولد (أ) عنها وإسناد حضانته له، فهل نطبق القانون القديم أم القانون الجديد؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يحتم علينا التوقف عند المبدئين المذكورين المشار إليهما أعلاه سابقاً وعليه نقول أن المركز القانوني الذي تشكل وانقضى في ظل القانون القديم يكتسب مركزاً مكتملاً، وبالتالي فهو لا يخضع للقانون الجديد.

أما المركز القانوني الذي بدأ في التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم ولم يكتمل هذا التكوين أو الانقضاء إلا في ظل القانون الجديد فهل يكون هذا المركز خاضعاً للقانون القديم أم الجديد؟

(1)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 80-81.

(2)- المرجع نفسه، ص 81.

فإذا أجبنا بالقول إن تمام تشكل هذا المركز يخضع للقانون القديم الذي نشأ في ظله، فإن معنى ذلك أن دعوى الأب ترفض ويبقى حق ممارسة الحضانة من نصيب الجدة لأم طبقاً لما قضى به القانون الذي أنشأ للجدة لأم هذا المركز.

فإذا قلنا هذا الكلام، معنى ذلك أننا جعلنا للقانون القديم أثر مستمرًا يصطدم مع الأثر الفوري للقانون الجديد، وفي نفس الوقت يتناقض هذا الحل مع الهدف الذي توخاه المشرع الجزائري من إعطاء الأب فرصة ممارسة حقه في رعاية أولاده وحمايتهم بعد أمهم، وذلك بمناسبة الانفصال.

أما إذا أجبنا على هذا التساؤل بالقول إن تمام تشكل أو انقضاء المركز القانوني المستمر يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد وهو الجواب الصحيح، ومن ثمة على القاضي أن يسقط حق الحضانة عن الجدة لأم ويسندها للأب لأن مركز الجدة لأم الذي تشكل في ظل القانون القديم لم يكتمل إلا في ظل القانون الجديد والاكتمال الذي يقصد هنا هو انقضاء الحضانة ببلوغ المحضون السن المحدد قانوناً⁽¹⁾.

الفرع الرابع

آثار الحضانة

رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية آثارًا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته الناشئة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، وبظل السؤال مطروحًا فيما يتعلق بأجرة الحضانة كون الحاضنة تبذل جهدًا في سبيل ذلك. إضافة إلى حق الزيارة الذي يكلفها الشرع والقانون لأحد الوالدين الذي ابتعد عن ابنه بمناسبة الحضانة وبعد طلاق الوالدين، وسنخوض بالتفصيل في هذه الآثار على النحو التالي:

أولاً: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

تشمل النفقة الغذاء والكساء والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات، وإذا كان المؤكد أن المحضون لا بد له من نفقة كما سيأتي لاحقاً، فإن السؤال يطرح بالنسبة للحاضنة فهل لها مقابل ما تبذله من رعاية وتربية للمحضون؟

1- نفقة المحضون

الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، ذلك رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكنه تكون من ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده⁽²⁾.

(1)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 81-83.

(2)- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون

الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ص 120.

وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنهج في المادة (75) ق.أ.ج التي تنص على أنه: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، وبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ». ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب قادراً وأن يكون الابن محتاجاً للنفقة إذا لم يكن له مال أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولاً لدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج.

ويبقى حكم النفقة سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة⁽¹⁾:

▪ إذا كان الأب عاجزاً والأم قادرة على النفقة.

ويرى بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة " عجز " والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس.

▪ يجب أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق.

وعلى ذلك سار القضاء في الجزائر إذ أكد قضاة المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2000/02/22 وجاء فيه مايلي⁽²⁾: « من المقرر شرعاً أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي.

إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة - الطاعنة - رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون ».

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق البنيتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة للنفقة الزوجية الواجبة لها أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعاً أو بالنسبة لنفقة البنيتين الفقيرتين، وأن الحكم المستأنف لم يذكر المطعون ضده الإعسار وإنما ذكر ذلك أمام المجلس وأن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد (37)، (61)، (72)، (75) و(78) ق.أ.ج التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

وفي قرار آخر صادر في 2004/01/21 جاء فيه مايلي⁽³⁾: « لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد ما دامت النفقة حقاً للمحزون ».

(1)- باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 84.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 237148، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 84.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2004/01/21، ملف رقم 311458، م.ق، 2004، ع 02، ص 379.

وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الأولاد لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله وأن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد.

2- أجرة الحاضنة

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحاضنة من عدمها:

يرى المالكية أنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أمًا أو غير أم، وبغض النظر عن حالتها المادية، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال فإنه ينفق عليها من مال ولدها لفقرها وليس لكونها تمارس حضانتها⁽¹⁾.

أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفراش والحاضنة تقبضه منه وتتفقه عليه وليس له أن يقول لها: أرسليه ليأكل عندي ثم يعود لما في ذلك من الإضرار بالطفل والإخلال بصيانتها والضرر على الحاضنة للمشقة، وليس لها موافقة الأب على ذلك وكلامه باطل إلا إذا كان هذا الأب فقيرًا جدًا.

وجاء في وثائق ابن أبي القاسم أن الابن لو مات قبل انتهاء مدة الحضانة، رجع الأب أو الوصي بما بقي من النفقة والكسوة، وقال المتيطي: أن الكسوة الرائية لا شيء للأب فيها⁽²⁾.

أما الشافعية فيرون أن الحاضنة تستحق الأجرة سواء كانت أمًا أو غير أم، وهي غير أجرة الرضاع فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال، كانت الأجرة من ماله وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها بحسب حالها⁽³⁾.

أما الحنفية فإنهم يرون أنه إذا كانت الحاضنة أمًا، فليس لها أجرًا طالما أنها في رحاب الزوجية وكذا إذا كانت لا تزال في العدة لأنها تستحق نفقة، فلا يجوز لها أن تجمع بين نفقتها وأجرة حضانتها⁽⁴⁾.

قال تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى

الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽⁵⁾، وقال أيضًا: ﴿ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَغَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ﴾⁽⁶⁾.

(1)- سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 151. انظر كذلك السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 221.

(2)- سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 151.

(3)- المرجع نفسه، ص 151.

(4)- المرجع نفسه، ص 151. انظر كذلك أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، المرجع السابق، ص 57.

(5)- سورة البقرة، الآية 233.

(6)- سورة الطلاق، الآية 06.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فلها أجره الحضانة ما لم تكن متبرعة بالحضانة وتختلف أجره الحضانة عن أجره الرضاع وهي واجبة في مال الصغير إن كان له مال، وإن لم يكن له مال لزمته أباه أو من تجب عليه النفقة.

على مستوى التشريع في الجزائر فإنه لم يقل بأجره الحضانة بالتمتع في المواد (75)، (76)، (77) و(78) ليظل التساؤل قائماً في القول بأجره الحاضنة من عدمها، سيما وأن المادة (222) ق.أ.ج تحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد في هذه المسألة وتظل المسألة في غياب الحسم اجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء.

ثانياً: سكن الحاضنة

مما هو معروف أن أي امرأة تسند لها حضانة الصغير سواء كانت أمه أو أية امرأة أخرى من قريباته تكون بحاجة إلى بيت تمارس فيه واجب الرعاية.

يرى المالكية أن السكن على الأب للمحضون والحاضنة ولا اجتهاد فيه، ورأي مالك أن أجره المسكن على الموسر من الأب والحاضنة، وهذا معناه أن الحاضنة أيسرت دون الأب لم يكن على الأب السكن، وإذا أيسر الأب دون الحاضنة لم يكن له على الحاضنة شيء من أجره السكن⁽¹⁾.

أما الحنفية فيرون أن على الأب سكن الحضانة والمحضون، ولكن اختلف فقهاء الحنفية فيما يخص أجره المسكن، وتبين من استقرار النصوص عندهم على وجوب دفع أجره المسكن ولو كانت الحاضنة تملك مسكناً آخر تسكنه فعلاً هي والمحضون مادام المسكن من النفقات الواجبة للولد، وقال بعضهم: النفقة والسكن توأمان لا تتفك إحداهما عن الأخرى.

وهذا يعني وجوب دفع أجره سكن الحاضنة، وهي مقررة على من تجب عليه النفقة، ومع ذلك فهناك من فقهاء الحنفية من يرون عدم لزوم أجره المسكن⁽²⁾.

وقد حاول ابن عابدين أن يوفق بين الرأيين المتعارضين، فرأى في رد المختار أنه إذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها لم يلزم المسكن لعدم احتياج الطفل له⁽³⁾.

أما على مستوى التشريع الجزائري فقد ضمن في قانون الأسرة 84-11 حق المطلقة في السكن وفقاً لشروط جاءت بها المادة (2/52) منه والتي جاء في صلبها مايلي: «... وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج».

(1)- سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 147.

(2)- المرجع نفسه، ص 148.

(3)- محمد أمين المعروف بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق الشيخان عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، كتاب الطلاق، باب الحضانة، ط خ، دار عالم للكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ج 05، 2003، ص ص 261-262.

وعليه حتى يمكن للزوجة المطلقة أن تطلب الحكم بإسكانها أو بقائها في مسكن الزوجية أن تتوفر على ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة، أي أن تكون حاضنة قانونًا لثلاثة أولاد فما فوق، لأنه إذا لم يكن محكوم لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضمان السكن مع المحضونين⁽¹⁾، وهذا شرط موضوعي، إذ لا يمكن تصور منح السكن لزوجبة بدون حضانة⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن لا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها مسكنها، فإذا وجد من يضمن لها المسكن هي ومحضونيتها من أقرانها مثلاً أو من غيرهم فإنها لا تعود بحاجة إلى مطلقها ليضمن لها السكن مع محضونيتها⁽³⁾، وفي نظرنا هذا شرط فيه إجحاف بالنسبة للمرأة وفي حق وليها، فقد أثبتت تجربة تطبيق القضاة لهذا النص أن الولي لا يقبل إيواء المطلقة، وربما يدفع بالمرأة الأم إلى التنازل عن حضانة الطفل، لأن الولي قد يقبل سكن ابنته ولكن مع أولادها فهذا أمر صعب⁽⁴⁾.

الشرط الثالث: لكي يجب على الزوج السابق أن يضمن السكن لمطلقاته مع محضونيتها يجب بالإضافة إلى ضرورة وجود أولاد في حضانتها وعدم وجود من يقبل إيوائها لديه، أن يكون في استطاعة الزوج مادياً أن يضمن لها السكن⁽⁵⁾، وقد استثنى مسكن الزوجية من النزاع إذا كان وحيداً وهو أمر منطقي، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار واقع الأسرة الجزائرية خاصة إذا كان الزوج مقيم مع أهله، فهل يعقل أن ترمي عائلة بكاملها وتبقى الزوجة في مسكن الزوجية بحجة ممارسة الحضانة⁽⁶⁾.

وعليه فإنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم للمطلقة بحق السكن أو البقاء في مسكن الزوجية إلا إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة مجتمعة، وأن فقدان أي شرط منها كاف وحده لحرمان الزوجة المطلقة من هذا الحق وحرمان المحكمة من الحكم به⁽⁷⁾.

والشيء الملاحظ هو أن ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (52) ق.أ.ج قبل التعديل والتي تقضي بضرورة إسكان الزوجة المطلقة مع محضونيتها هو بمثابة ضمان للزوجة إلا أنه ضمان خالي من الحماية القانونية والإجرائية في حالة رفض الزوج إسكان الحاضنة وأولادها، كما أنه لا وجود لحماية جزائية في حالة الإخفاء العمدي للزوج المطلق للسكنات المملوكة له بغرض حرمان الزوجة المطلقة مع محضونيتها من هذا السكن⁽⁸⁾.

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 307.

(2)- لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 121.

(3)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 307.

(4)- لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص ص 121-122.

(5)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 307.

(6)- لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 123.

(7)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 307. انظر كذلك تركماني نبيلة، المرجع السابق، ص 106.

(8)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص 74.

وعليه ونظرًا للإجحاف الذي تعرضت إليه المادة (52) ق.أ.ج قبل تعديلها ومحاولة من المشرع الجزائري لتوفير الحماية القانونية للزوجة المطلقة قام بإلغاء هذه الفقرة (الفقرة 2 من المادة (52) ق.أ.ج 84-11) ونص في المادة (72) ق.أ.ج المعدلة بموجب الأمر 05-09 على أنه: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنًا ملائمًا وإن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن».

المادة المعدلة جاءت أكثر وضوحًا وصرامة من سابقتها التي وإن نصت هي الأخرى على السكن، لكن أسلوبها لم يكن صارمًا، إذ جاءت على النحو التالي: « نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنًا وإن تعذر فعليه أجرته».

الألفاظ والمفردات التي خطت هذه المادة جعلت القضاة يحدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزامًا صريحًا وواجبًا على المعني القيام به⁽¹⁾.

وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا يؤكدون على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل الإيجار.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/03/13 مايلي⁽²⁾: « السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدًا لأنه من عناصر النفقة».

وأسس قراره بقوله أن القرار المنتقد خرق فعلاً نص المادة (72) ق.أ.ج وذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأنه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة.

وأن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة (72) ق.أ.ج والتي لا تشير مطلقاً إلى عدد المحضونين.

وفي قرار آخر عن نفس الجهة القضائية جاء فيه مايلي⁽³⁾: « لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن».

وتأسيساً له اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج، طبقاً للمادتين (52) و(72) ق.أ.ج، وبما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقاً للمادة (78) ق.أ.ج فإن امتلاك الزوجة لسكن لا يعفي الأب من هذا الواجب.

(1)- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 87.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/03/13، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع 01، ص 274.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/31، ملف رقم 288072، م.ق، 2004، ع 01، ص 285.

الجدير بالذكر أن القرارين المذكورين صدرا قبل التعديل (في سنة 2002) وكان بمثابة المحفز للمشرع الجزائري كي يعدل المادة (72) باختيار الألفاظ المناسبة والتأكيد على وجوب توفير السكن الملائم من طرف الأب أو دفع بدل الإيجار.

وعليه وإمكانية تطبيق المادة (72) ق.أ.ج المعدلة تطبيقاً سليماً وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقييم فيه وهي ومحضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية⁽¹⁾:

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر.
- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هو الجدة أو العمة مثلاً، لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير مسكن للحاضنة.
- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه يجب عليه في هذه الحال أن يدفع لها ما يساوي قيمة إيجار سكن لمثل حالة زوجها ولمثلها.

إن أساس تعديل قانون الأسرة الجزائري في هذه النقطة يتعلق بمعالجة مشكل المسكن الزوجي وخاصة وأنه في ظل القانون القديم كان يتوقف على شروط بالنسبة لكلا الزوجين منها تعسف الزوج في الطلاق، وانعدام من يأوي المطلقة، واستثناء السكن الوحيد، ويسقط من هذا الحق الزواج والانحراف.

غير أن المادة (72) ق.أ.ج المعدلة جاءت على سبيل الوجوب والإلزام دون مراعاة منه للمتسبب في الطلاق والقدرة على توفير المسكن من عدمه، وبالتالي فالزوج في هذه الحالة مجبر على توفير سكن للزوجة المطلقة وإذا تعذر عليه الأمر فهو مجبر على دفع بدل الإيجار⁽²⁾.

إن وجوبية وإلزامية توفير سكن الزوجية ودفع بدل الإيجار في حالة تعذر توفيره على النحو الذي فرضته المادة (72) ق.أ.ج وكحماية قانونية للزوجة المطلقة لم يعالج المشكلة بالطريقة السليمة⁽³⁾، ذلك أن المشرع الجزائري وبتبنيه لهذه النقاط:

(1) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 145-146.

(2) - العيش فضيل، المرجع السابق، ص 74.

وهو كذلك المبدأ الذي أخذت به محكمة الاستئناف الفرنسية بموجب القرار رقم 356147 المؤرخ في 2008/02/20 إذ نص على إلزامية بقاء الزوجة المطلقة مع الطفل في بيت الزوجية وفي حال تعذر الزوج توفير المنزل كان له دفع بدل الإيجار. انظر - VIRGINE LAarribau-Ternyre, op.cit, p 22.

(3) - العيش فضيل، المرجع السابق، ص 74.

- إلزامية توفير مسكن الزوجية ودفع بدل الإيجار في حالة عدم قدرته على توفيره دون تحديد الملائمة أو القدرة هو أمر غير منطقي وغير معقول، وكأنه وفي نظره كل الأزواج في الأسر الجزائرية حالتهم ميسورة والإيجار متوفر بمبلغ معقول، الأمر الذي يفنده المنطق والعقل في تطبيق هذه المادة المستحدثة⁽¹⁾.
- ما ورد النص عليه في الفقرة 2 من المادة (72) ق.أ.ج والتي نصت على أنه تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق، وأن الزوجة ما زالت في سكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالطلاق بل إلى غاية تنفيذ الجزء من الحكم المتعلق بالسكن، وهذا أمر كذلك لا يستوعبه لا العقل ولا المنطق، ويكاد من المستحيل تحقيقه ولم يعد الزوجين يطبق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة قيام النزاع⁽²⁾.
- في معنى الفقرة الثانية قرم المشرع الحاضنة في الأم المطلقة، بالرغم من أن الحاضنة قد تكون أمًا أو خالة أو أم الأم أو أي حاضنة أخرى، فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.
- كذلك وبالمقارنة مع الفقرة الأخيرة من المادة (52) ق.أ.ج القديمة والتي نصت على أنه تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزواج آخر أو ثبت انحرافها، فإن المادة (72) ق.أ.ج المعدلة أغفلت عمدًا ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة في السكن أو بدل إيجاره بدون أي مبرر⁽³⁾ خلقت إشكالات مادية وموضوعية لاستحالة تحقيق كل هذه الشروط التي تفرضها المادة (72) ق.أ.ج، مما يجعل روح تطبيق هذه المادة غير ملائمة، وتخلق مشاكل متفرعة من امتناع وإهمال والدخول في متاهات إجرائية لا تحد من ظاهرة الطلاق بل تزيد في تفاقمها وتضخمها والعزوف عن الزواج وحتى إنجاب الأولاد⁽⁴⁾.
- ومنه أيضًا ما تعلق بهذا الحق أن المشرع الجزائري ألزم الزوجة المطلقة والمتوفى عنها زوجها بالمكوث في المسكن العائلي، وقد ورد هذا في المادة (61) ق.أ.ج والتي نصت على أنه: « لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها.... »، وهو أمر غير منطقي وخاصة أن هذه القاعدة غير مطبقة من الناحية الواقعية، إذ أن الزوج المطلق يتسرع إلى رمي مطلقته للشارع⁽⁵⁾.

(1)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص 74.

(2)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 146.

(3)- المرجع نفسه، ص 146.

(4)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص ص 74-75.

(5)- SAHEB Hakim, op.cit, p 132.

وما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد أن المشرع الجزائري في المادة (57) مكرر ق.أج أجاز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في مسألة حق السكن واعتبره من التدابير التحفظية المؤقتة التي يفصل فيها بموجب أمر على عريضة كما ورد ذلك في صلب المادة (57) المذكورة أعلاه والتي نصت على أنه: « يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ».

وما يلاحظ على نص هذه المادة أن هذه العناصر التي جمعها المشرع الجزائري إنما تتعلق بتوابع الطلاق على العموم من حضانة ونفقة وزيارة ومسكن، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: ما هي الجهة القضائية المختصة في اتخاذ هذه التدابير هل هو قاضي الأمور المستعجلة أو رئيس قسم الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة ضمن الأعمال الولائية المخولة له قانوناً؟

فالمادة (57) مكرر ق.أج جاءت بدون موضوع وطرحت إشكالات في الصميم، ذلك أنه وحسب هذه المادة المستحدثة نصت بموجب أمر على عريضة، والأمر على عريضة هو إجراء تحفظي لا يمس بأصل الحق بينما النفقة والزيارة والسكن أغلبها من توابع الطلاق، مما يجعل هذه المادة تعرف عدة إشكالات في التطبيق وحرمان أحد الأطراف من درجات التقاضي المنصوص عليها دستورياً والامتناع من تطبيق هذا الأمر على العريضة لا يحدث أي أثر أو جزاء، وبالنتيجة فإن هذه المادة شملت النزاع الأساسي والجدي في قضايا الطلاق وتوابعه، ولم تقدم الحل بل قدمت إشكالات يستحيل تنفيذها قانوناً، مما يجعل تدخل المشرع في أول تعديل لصياغة موضوعية لهذه المادة تماشياً مع روح القانون غير منطقي⁽¹⁾.

ثالثاً: حق الزيارة مكانها ومدتها

المحضون حضانة من طلاق لا بد له أن يعيش مع أحد الوالدين ويغادره الثاني، لكون الزوجية القائمة بينهما قد انفكت وانحلت، وإذا أسندت الحضانة لأحدهما، فإن الحق للآخر يكون له الحق في زيارة ابنه المحضون وذلك هو منع حرمان المحضون من والديه حتى ولو كانا مطلقين⁽²⁾.

والمادة (64) ق.أج أكدت على ذلك عندما نصت على أنه: « ... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ».

(1)- العيش فضيل، المرجع السابق، ص ص 74-75.

(2)- BENGHALEM Imene, op.cit, p 11.

إن حق الزيارة الذي نص عليه قانون الأسرة الجزائري لأحد الوالدين في حالة الطلاق ليس وليد عصرنا أو على مستوى قانونينا فقط، فحتى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نجدت تأكد على حق زيارة الوالدين للطفل في حالة الانفصال واعتبرت هذا الحق بمثابة التزام وحق من أهم الحقوق المرتبطة بمصلحة الطفل في حال فك الرابطة الزوجية. انظر

-ADELINE Gouttenoire, Le droit de la famille dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, revue mensuelle lexisnexis jurisclasser, France, 2008, p 16.

- فأسلوب المادة جاء على سبيل الوجوب بلفظ " وعلى القاضي " بمعنى أنه يجب على القاضي، ويمكن استنتاج بعض الدلالات من خلال الجملة الأخيرة من المادة أهمها⁽¹⁾:
- أن المشرع حينما رتب الحاضنين، خول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس الجوازية والاختيار.
 - الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيياً إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطلق ذلك ليس للمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائياً.
 - حق الزيارة المنوه عنه في المادة لم يكن حصرياً على الأب والأم ممن لم تسند إليهم الحضانة بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهيمه أن يظل المحضون على صلة به.

فإعطاء حق الزيارة لجد المحضون يعد تطبيقاً صحيحاً للقانون كما أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ 1998/04/21 وجاء فيه مايلي⁽²⁾: « من المقرر شرعاً أنه كما تجب النفقة على الجد لإبن الإبن يكون له حق الزيارة أيضاً.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلاً للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة، يكون له أيضاً حق الزيارة طبقاً لأحكام المادة (77) ق.أ.ج فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».

فالمحكمة العليا من خلال هذا القرار وإن عللت أحقية الجد لأب في الزيارة بالنفقة، إلا أنها توصلت في الأخير أن الجد أصل، وما يحق للفرع يحق للأصل وأن المادة (64) ق.أ.ج حينما أعطت حق الزيارة لم تحصر ذلك في أب المحضون أو أمه فحسب، بل تركت اللفظ العام ومن يحق له شرعاً الزيارة كان له ذلك.

1- مكان الزيارة

مكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجاً للزائر لمسكن المطلقة مثلاً لأنها أصبحت أجنبية عنه⁽³⁾. وهذا ما أكده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15 إذ جاء فيه مايلي⁽⁴⁾: « من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.

(1)-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 90.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/14، ملف رقم 189181، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 192.

(3)-تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص 193.

(4)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، ملف رقم 214290، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 194.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة.»

2- مدة الزيارة

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن هذه المسألة في الأساس الأصل فيها أن تكون رضائية، ذلك أن الهدف هو مد أواصر المحبة بين الآباء والأبناء وعدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون⁽¹⁾.

المشرع الجزائري لم يخص مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يومياً، أسبوعياً أم شهرياً؟

ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، ومسألة العطل تحديداً يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع أي خلال العطلة الأسبوعية، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء.

فقرار للمحكمة العليا اعتبر القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، فقد جاء فيه مايلي⁽²⁾: « متى أوجبت أحكام المادة (64) ق.أ.ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.»

رابعاً: مسألة الانتقال بالمحضون

لم ينص قانون الأسرة الجزائري صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة ولكن الأكيد أن المشرع الجزائري لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك.

(1)-سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 155. انظر كذلك

-MOSTEFA Kouidri, L'evolution de la jurisprudence en matiere de hadana, op.cit, p 102.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق، 1991، ع 04.

هذا ما يستشف من خلال ما نصت عليه المادة (69) ق.أ.ج والتي أكدت على أنه: « إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ».

فالمشرع هنا أوحى برغبته في ممارسة الحاضن لحضانة المحضون في بلد يقيم فيه أهله حتى لا ينقطع عنهم لاسيما أبيه وأمه.

ولقد سارت المحكمة العليا نفس المسار عندما أسقطت الحضانة عن الأم التي تقطن بلدًا أجنبيًا وجاء في القرار ماييلي⁽¹⁾: « تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر ».

وفي معرض تأسيسه أكد قضاة المحكمة العليا أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة (69) ق.أ.ج حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصًا في القرار، فإن معناها يستنتج من الأسباب وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا تمكن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي، مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين.

غير أنه إذا كان الزوجان يقطنان بلدًا أجنبيًا واحد فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار ثان جاء فيه ماييلي⁽²⁾: « لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي ».

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أنه لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع حضانة الأولاد الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني وهو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضًا، كما أنه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/12/26، ملف رقم 273526، م.ق، 2004، ع 01، ص 264.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/05/08، ملف رقم 282033، م.ق، 2004، ع 02، ص 363.

نتوصل في الأخير إلى أن قانون الأسرة الجزائري خاض في مسألة طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري بشكل مقتضب وبمواد مختصرة، الأمر الذي جعله في أغلب الأحيان يحيل إلى الشريعة الإسلامية للتفصيل في أحكامه كما نوه عن ذلك في المادة (222) منه.

فالمشرع الجزائري وإن سار في خطى الشريعة الإسلامية في اعتبار الطلاق حقاً للزوجين كل على حدى إلا أنه مقيد بشرع الله في تقييده مما يجعل ممارسته على النحو المشروع وبما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، ولما كان الأمر كذلك كان لنا إبداء الملاحظات التالية:

■ إن اعتبار المشرع الجزائري الطلاق حقاً أصيلاً للزوج يوقعه بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة (48) ق.أ.ج وانطلاقاً من العصمة الزوجية المكفولة له شرعاً جعله يقع في تناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ففقهاء الشريعة الإسلامية أكدوا على أن الشارع قد اقتصر على تحديد واقعة الطلاق في مضمونها وترك وسيلة التعبير عن الإرادة حرة، لأن الطلاق حق له فمتى أوقعه كان صحيحاً ومرتباً لكافة آثاره.

غير أن قانون الأسرة الجزائري وبموجب المادة (49) منه لم يعترف بما يسمى بالطلاق الشرعي الذي تعترف به وتقره الشريعة الإسلامية، فالطلاق بالنسبة إليه لا ينتج أثره إلا بصور الحكم الذي يقضي به والذي يكون نهائياً وغير قابل للاستئناف إلا فيما تعلق بجوانبه المادية ويبدأ دخول الطلاق حيز التنفيذ حسبه من يوم النطق به بموجب حكم قضائي.

■ ما نصت عليه المادة (50) ق.أ.ج: « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد..... »، وهذه الحالة فيها نوع من الاستغراب، ذلك أن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق ونحن أمام إجراءات المخاصمة والمصالحة، ويكفي أن يعود الزوجان إلى منزل الزوجية ويعيشان حياة زوجية وفقاً للوضع التي كانا عليها قبل الزواج.

■ ما نصت عليه المادة (50) نفسها: «..... » ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد»، وهذا يعني أننا أمام طلاق حقيقي رسمي بائن بينونة صغرى، والمراجعة بعده لا تكون مراجعة قانونية ولا شرعية إلا بموجب عقد وصدّق جديدين، وكأن الزوج يتزوجها لأول مرة، ويجب أن تتوفر في مثل هذا العقد كل الشروط والأركان المنوه عنها في المادتين (09) و(09) مكرر ق.أ.ج.

■ ما ورد في نص المادة (51) ق.أ.ج: « لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يتوفى عنها بالبناء »، وهي نتيجة تعني من الناحية العملية أن الرجل يطلق زوجته ثم يراجعها بعقد جديد، ثم يطلقها ويرجعها بعقد جديد، ثم يطلقها ويرجعها بعقد جديد، ثم بعد كل هذه الطلاقات الثلاثة يرغب في مراجعة مطلقته مرة أخرى وفيها لا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج غيره ويدخل بها رسمياً ثم يتوفى عنها، أليست هذه حالة من النواذر؟

■ إذا كان قانون الأسرة الجزائري قد حدد وسيلتين لإثبات عقد الزواج بموجب المادة (22) منه فإنه بالنسبة لإثبات الطلاق قصر على الحكم القضائي بعد محاولات الصلح التي يجريها القاضي، إلا أنه لم يأت بأية إجراءات تنظم سير ومراحل إثبات الطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء وإرادة الزوج منذ شهور أو سنوات

وبدون حكم قضائي، وهذا التعامل مع مثل هذه الحالات من طرف القضاء كشف عن وضعيات معقدة ومأسوية في بعض الأحيان، كحالة المرأة المطلقة شرعاً دون الحكم القضائي، والمتزوجة عرفياً ثانية دون العقد الرسمي، والمنجبة للأولاد مع الزوج الثاني والذي يفتضي تصحيح وضعيتها مع الزوج الثاني أو تصحيح وضعية طلاقها رسمياً مع الزوج الأول، كل هذه الإشكالات والتساؤلات لم يوجد لها أي تفسير أو إجابة في قانون الأسرة الجزائري.

■ إن تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ومحاولة منه الارتقاء بحق المرأة في حل الرابطة الزوجية من مجرد رخصة جوازية تتوقف على موافقة الزوج أو القضاء إلى حق أصيل، جعله هو الآخر يقع في تناقضات عديدة، ذلك أن التطبيق كان واضحاً منذ البداية، وذلك استناداً إلى الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) ق.أ.ج إلا أن الغموض والإشكال كان سيد المادة (54) ق.أ.ج وهذا على النحو التالي:

● إن اعتبار الخلع تصرفاً انفرادياً من الزوجة دون موافقة الزوج، فيه تكييف مخالف وإخلال بالتوازن الذي أقرته الشريعة الإسلامية التي اعتبرت الطلاق بيد الرجل والتطبيق بيد المرأة والخلع يقع بينهما، كما اعتبرت الخلع عقد رضائي بين الزوجين يقوم على إيجاب وقبول من الزوجين، ولا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره حقاً من حقوق الزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة وإذا مارسته يقتضي موافقة الزوج على ذلك.

● إن الصياغة الحالية للمادة (54) ق.أ.ج سلبت القاضي كل سلطته التقديرية في النظر في القضية المعروضة أمامه، حيث جعلته مجبراً على الاستجابة لطلب الزوجة في الخلع وأصبح دوره يقتصر فقط على تحديد بدل الخلع في حال عدم الاتفاق عليه بين الزوجين.

● إذا كان الطلاق بيد الرجل ورغم ذلك يسأل فيما إذا تعسف فيه استناداً إلى نص المادة (52) ق.أ.ج المعدلة فلماذا لم تتضمن المادة (54) حكماً في نفس الاتجاه يقضي بمساءلة الزوجة إذا أوقعت الخلع تعسفاً وبدون سبب يرجى له؟ فإذا كان الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بيد الزوج بما يعادل الخلع عند المرأة، فلماذا لا يخضعان إلى نفس الأحكام عند التعسف في استعمال الحق.

● المشرع الجزائري وبموجب تعديله للمادة (54) ق.أ.ج لم يبين الحالات التي يجوز للمرأة أن تخضع فيها، كما لم يحدد صراحة نوع المقابل المالي الذي تلتزم الزوجة بدفعه نظير مطالبتها بالخلع.

● كذلك لم يحدد المشرع الجزائري الأمور التي ينبغي أن تكون بدلاً للخلع، والتي لا ينبغي أن تكون كذلك، كما لم يحدد الأشياء الممنوع التعامل فيها طبقاً للشريعة الإسلامية للحيلولة دون أن تكون بدلاً للخلع.

● مادة واحدة في موضوع الخلع أمراً ليس كافياً كونها صورة لها من الحساسية ما يجعلها مهمة للغاية لأن الأمر يتعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه للزوج.

■ ما نصت عليه المادة (57) ق.أ.ج: « تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية »، فالمادة عدت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة

للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع ولم تذكر صورة الطلاق بالتراضي، وفي هذا تأكيد على أن هذا الأخير لا يسري عليه ما يسري على باقي صور الطلاق الأخرى باعتباره مجرد إسهاد من المحكمة فهو لا يوصف لا بالابتدائية ولا النهائية وليس بذلك غير قابل للاستئناف لا من حيث الطلاق ولا من حيث الجوانب المادية.

■ ما نصت عليه المادة (57) مكرر ق.أ.ج: « يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة وسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن »، فالمادة جاءت بدون موضوع وطرح إشكالات في الصميم، ذلك أنه وحسب هذه المادة نصت على أمر على عريضة والأمر على عريضة هو إجراء تحفظي لا يمس بأصل الحق، بينما النفقة والزيارة والسكن أغلبها من توابع الطلاق الذي هو أصل الحق، وهذا تناقض واضح في بناء هذه المادة، كما أنها تؤدي إلى حرمان أحد أطراف النزاع من درجات التقاضي المنصوص عليها دستورياً، والامتناع من تطبيق هذا الأمر على العريضة لا يحدث أي أثر أو إجراء.

وبالنتيجة فالمادة (57) مكرر شملت النزاع الأساسي والجدي في قضايا الطلاق وتوابعه ولم تقدم الحلول بل قدمت إشكالات يستحيل تنفيذها قانوناً.

■ إن الحديث عن العدة كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية كان مقتصرًا بتحديد زمن كل عدة في مواد مقتضبة (58)، (59)، (60) ق.أ.ج في الوقت الذي لم يعرف المشرع الجزائري العدة على غرار ما قام به بخصوص الحضانة، ولم يحدد بدء سريان العدة وترك كل ذلك للفقهاء الذي لم يكن منسجمًا مع القانون في هذه النقطة سيما وأن الطلاق عندنا لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، ولا يمكن الحديث عن العدة إلا بصدوره، وفي ذلك ضرر للزوجة، لأن الحكم الصادر بالطلاق عادة ما يكون تنويجًا لخصومة دامت أشهرًا، إن لم نقل سنوات وهي المدة التي لا يلتقي الزوج مع زوجته بسبب الخصام وهو ما يجعل المرأة حقيقة معلقة وتزداد تعليقًا ببدء العدة بعد النطق بالطلاق.

كما أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع تحول العدة أو ما يسمى فقهاً بطرود عدة على عدة، وذلك ما يفتح الباب على مصارعيه لنزاعات قد تضيع معها الحقوق.

■ إن المتعة التي فرضتها الشريعة الإسلامية وتحدث عنها الفقهاء كانت مغيبة تمامًا في قانون الأسرة الجزائري بلفظها ومدلولها الشرعيين، ذلك ما جعل القضاة يخضون في أودية مختلفة، فمنهم من اعترف للمطلقة بالمتعة مستقلة عن باقي الآثار من عدة وتعويض عن الطلاق التعسفي، ومنهم من أكد أن حكم المتعة هو نفسه التعويض عن الطلاق التعسفي المنوه عنه في المادة (52) ق.أ.ج.

وبقي المشرع الجزائري صامتًا حول توضيح المسألة بشكل يوحد العمل القضائي، فبين من يعطي للمطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة ونفقة العدة، وبين من يعتبر المتعة تعويضًا عن الطلاق التعسفي فيه نوع من ضربة حظ، وأكد أن من يحكم لها بالمتعة والعدة والتعويض أفضل بكثير ممن يحكم لها بالتعويض ونفقة العدة فحسب.

■ في ما يتعلق بموضوع الحضانة وخلافاً لما ألفه المشرع الجزائري عرف الحضانة ولم يتركها للاجتهاد القضائي، وذلك بموجب نص المادة (62) ق.أ.ج فهو لم يخرج عن التعريف الفقهي للحضانة، غير أنه استعمل فقط مصطلح الولد بدلاً من الصغير، ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا بعد.

كما كان المشرع الجزائري مقتضياً جداً من حيث تحديده لشروط الحضانة التي ينبغي أن تتوفر في الحاضن بشكل عام، إذ خص مادة واحدة ووحيدة هي المادة (62) ق.أ.ج: «..... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك».

المشرع الجزائري وبموجب المادة (64) ق.أ.ج أحدث انقلاباً في ترتيب الحاضنين وساوى بين جهة الأب والأم، فتعديله للمادة جاء مخالفاً لما سبق ذكره قبل التعديل وجاء معاكساً لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويظل البحث عن السبب في تعديل هذه المادة متواصلاً طالما أن الأعمال التحضيرية لم تصل إلى القانونيين والمنتبعين في هذا المجال.

■ إن وجوبية وإلزامية توفير مسكن الزوجية ودفع بدل الإيجار في حالة تعذر توفيره على النحو الذي فرضته المادة (72) ق.أ.ج، وكحماية قانونية للزوجة المطلقة لم يعالج المشكلة بالطريقة السليمة، ذلك أن إلزام الزوج بتوفير السكن أو دفع بدل الإيجار في حالة تعذر قدرته على ذلك دون تحديد الملائمة أو القدرة هو أمر غير منطقي وغير معقول، وكأنه وفي نظره كل الأزواج حالتهم ميسورة والإيجار متوفر بمبلغ معقول، الأمر الذي يفنده المنطق والعقل في تطبيق هذه المادة المستحدثة.

كذلك ما ورد النص عليه في الفقرة الثانية من المادة (72) والتي نصت على أنه تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق والزوجة ما تزال في بيت الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالطلاق وهذا كذلك أمر لا يستوعبه لا العقل ولا المنطق.

وفي معنى الفقرة الثانية من المادة (72) قزم المشرع الحاضنة في الأم المطلقة، بالرغم من أن الحاضنة قد تكون أمّاً أو خالة أو أم الأم أو أي حاضنة أخرى، فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.

كذلك وبالمقارنة مع الفقرة الأخيرة من المادة (52) ق.أ.ج القديمة والتي نصت على أنه تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر أو ثبت انحرافها، فإن المادة (72) المعدلة أغفلت عمداً ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة في السكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر شرعي، الأمر الذي خلف إشكالات مادية وموضوعية لاستحالة تحقيق كل الشروط التي فرضتها هذه المادة، مما يجعل تطبيقها أمر غير ملائم وتخلق مشاكل متفرعة من امتناع وإهمال والدخول في مناهات إجرائية لا تحد من ظاهرة الطلاق بل تزيد في تفاقمها وتضخمها وحتى العزوف عن الزواج وإنجاب الأولاد.

■ لم يكن المشرع الجزائري موفقاً كذلك عند تطرقه لموضوع النزاع حول أثاث بيت الزوجية وذلك باقتصاره على مادة واحدة ووحيدة في هذا الموضوع، فالمادة (73) ق.أ.ج التي تحدثت عن النزاع حول متاع بيت الزوجية لا تجيب عن كل الأسئلة والاستفسارات التي يطرحها النزاع بصفة جدية، وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله وترك باب الاجتهاد مفتوحاً مما خلق ممارسة قضائية ليست سليمة، وجعلت من الشراح والمفسرين يثيرون الموضوع تحت تسمية الإشكالات التي تثيرها المادة (73) ق.أ.ج.

■ وأهم ملاحظة مادام قانون الأسرة الجزائري هو فرع مستقل بذاته من فروع القانون الخاص وله ذاتية خاصة كان من الأفضل أن يتضمن إجراءات خاصة ترشد القضاة والمتقاضين إلى معرفة إجراءات المحاكمة وإجراءات التقاضي التي يجب عليهم السير في مناهجها بدلاً من البحث في قواعد التطبيق المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه وإجمالاً نقول أن قانون الأسرة الجزائري مازال بعيداً عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية من خلال إغفاله الحديث عن الكثير من المسائل ذات الصلة بالحالة الشخصية للفرد، ولهذا يظل تدخل المشرع الجزائري ضرورياً في هذا الموضوع، وذلك بابتعاده عن الغموض والتعميم ومخالفته الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية في بعض الأمور، وهذا حتى نكون أمام قانون مكتوب متوازن وليس أمام اجتهاد قضائي مضطرب وغير منسجم.

وأمام هذا الوضع حاولنا تقديم بعض الاقتراحات التي من شأنها النهوض بقانون الأسرة الجزائري وذلك حتى يصبح لبلدنا قانوناً شاملاً كاملاً مكيفاً مع واقع المجتمع ومسايراً للتطور مثله في ذلك الشريعة الإسلامية الغراء الصالحة لكل زمان ومكان وهذا على النحو التالي:

أ- اقتراحات عامة

- الابتعاد عن الغموض والتعميم في نصوصه القانونية واتخاذ موقف محدد.
- مراعاة عمل القاضي باعتباره قاضياً لا مقنناً.
- النص بالتفصيل في كل القضايا المختلف فيها فقهيًا.
- الأخذ من الأقوال الفقهية المعتمدة بما يحقق المصلحة مع صحة الدليل من جهة، ومما يعمل على تسهيل مهمة القضاة من جهة، وليضع استقرار الأحكام القضائية من جهة أخرى.
- وضع مشروع لتقنين أحكام الأسرة يشارك فيه علماء متخصصون في الشريعة الإسلامية والقانون والطب وعلم الاجتماع وعلم النفس مراعاة لتفسير الأحكام بتغيير الزمان واعتباراً للاجتهاد الجماعي، وذلك حتى يكون قانوناً مسايراً للعصر، محققاً للمصلحة، متوافقاً مع الشرع لا يتعارض مع نصوصه ولا مع قواعده العامة.

ب- اقتراحات بصياغة بعض المواد

- إلغاء المادة (49) ق.أ.ج وذلك لمخالفتها الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية إما:

- مسايرة الشريعة الإسلامية في اعتبار الطلاق حق إرادي للزوج لا يخضع للشكل القانوني، ومتى أوقعه الزوج وتوافرت فيه الشروط اللازمة كان صحيحاً ومرتباً لآثاره.
- تعديل المادة (49) على النحو التالي:
 - « لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر.
 - وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبتته من تاريخ وقوعه.
 - وعلى كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.»
- إلغاء نص المادة (50) ق.أ.ج هي الأخرى لمخالفتها لصريح النصوص الشرعية من جهة ولتناقض المشرع الجزائري مع نفسه من جهة أخرى، فنص المادة « من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد» تنير نوعاً من الاستغراب، ذلك أن المراجعة لا تكون إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي بالطلاق، فإذا وقع اتفاق بين الزوجين على العودة إلى الحياة الزوجية فلا يعتبر ذلك مراجعة.
- ونصها « من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد»، وهذا يعني أننا أمام طلاق حقيقي رسمي بائن بينونة صغرى، والمراجعة بعده لا تكون مراجعة قانونية ولا شرعية إلا بموجب عقد وصادق جديدين، وكأن الزوج يتزوجها لأول مرة ويجب أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادتين (09) و(09) مكرر ق.أ.ج.
- إضافة إلى المادة (51) ق.أ.ج: « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة، ولا يلحق المعتدة طلاق.»
- استبدال مصطلح التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة (52) ق.أ.ج بمصطلح المتعة، وذلك لعمومها وشمولها، وتكون صياغتها على النحو التالي:
 - « تجب المتعة للمطلقة وإذا طلقت بغير رضاها ولا سبب من قبلها على النحو التالي:
 - المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها، فحسبها نصف المسمى.
 - المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها المتعة.
 - المطلقة بعد الدخول لها المتعة أيضاً سمي لها أم لا.
- وتقدر المتعة بحال الزوج يسراً وعسراً، وظروف الطلاق وما لحق المطلقة بسببه، ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سدادها على أقساط.»
- تعديل المادة (54) ق.أ.ج على النحو الذي يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية وتكون صياغتها على النحو التالي:
 - « الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض.
 - إذا اتفقا الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في قيمة العوض حكم القاضي للزوج بمهر المثل وقت صدور الحكم.

استثناء من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تبين للقاضي أن الزوج مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر بها بغير حق من قول أو فعل جاز له الحكم بالخلع جبراً على هذا الزوج مقابل رد الزوجة للمهر الذي قبضه.»

إضافة إلى تعديل المادة (54) على النحو المذكور سابقاً نقتراح على المشرع الجزائري إضافة مواد أخرى إلى جانب المادة (54) ق.أ.ج وذلك لمعالجة النقاط التالية:

- تحديد الحالات التي تخول للمرأة الاختلاع من زوجها.
 - تحديد بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة صراحة مقابل طلاقها.
 - تحديد الأمور التي ينبغي أن تكون بدلاً للخلع والتي لا ينبغي أن تكون كذلك.
 - تحديد الأشياء الممنوع التعامل فيها وذلك للحيلولة دون أن تكون بدلاً للخلع.
- تعديل المادة (58) ق.أ.ج على النحو التالي:

« تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

غير أنه إذا تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة، فإن حساب العدة يكون من تاريخ التلفظ به وبأثر رجعي.»

وأخيراً وليس آخراً، فإنه إن كان شيئاً مما تناولناه في هذه الملاحظات والنتائج والاقتراحات من قبيل الرأي الذي يقبل ويرد.

I_ المراجع باللغة العربية

أولاً: القرآن الكريم مع التفاسير

1- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1936.

2- _____، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، 2006.

3- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999.

ثانياً: الكتب

أ- كتب الأحاديث

1- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي -، مصر، 1952.

2- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي عبد اللطيف، حرز الله أحمد برهوم، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2004.

3- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - لبنان -، د.س.ن.

4- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الصغرى للنسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، لبنان، 1986.

5- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

6- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.

7- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري شهاب الدين شيخ الإسلام أبو العباس، الإفصاح عن أحاديث النكاح، تحقيق محمد شكور أمرير المياديني، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن.

8- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي - الإمارات -، 2004.

- 9- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، **صحيح البخاري**، تحقيق زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، د.ب.ن، 1422 هـ.
- 10- محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى، **سنن الترميذي**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1975.
- 11- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- ب- المعاجم اللغوية**
- 1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، 2003.
- 2- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ.
- ت- كتب أخرى**
- 1- إبرهارد أرنولد، **المسيحيون الأوائل**، ط1، مكتبة المنار، القاهرة، 2000.
- 2- ابن داود عبد القادر، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د.س.ن.
- 3- ابن قدامة المقدسي، **المغني**، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- 4- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، **المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار**، تحقيق حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، لبنان، د.س.ن.
- 5- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط6، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، 1982.
- 6- أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، **المصنف**، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المكتب الإسلامي، لبنان، 1983.
- 7- أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008-2009.
- 8- أحمد حسام نجار، **الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العلمية وأحكامه**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 9- أحمد دكار، **الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف (دراسة ميدانية)**، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 10- أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2010.

- 11- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقًا لأحدث التشريعات القانونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- 12- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 13- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة للنشر، القاهرة، 1936.
- 14- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية مصر، 2004.
- 15- _____، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 16- _____، من الفرق الزوجية (الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان)، دار الكتب القانونية، مصر 2009.
- 17- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية (دراسة مقارنة بالقانون)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 18- أشرف ندا، الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية بور سعيد، مصر، د.س.ن.
- 19- أنور العمروسي، شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، ط2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- 20- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 21- _____، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 22- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 23- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 24- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 25- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 26- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

- 27- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 28- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 29- دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 30- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 31- سهيل قاشا، شريعة حمورابي، ترجمة محمود الأمين، ط1، دار الوراق للنشر المحدودة، لندن، 2007.
- 32- السيد سابق، فقه السنة، ط خ، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1365 هـ.
- 33- شمس الدين السرخي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
- 34- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي وشركاه -، مصر، د.س.ن.
- 35- صادق موريس، قضايا النفقة والحضانة والطاعة، دار الكتاب الذهبي، مصر، 1999.
- 36- صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 37- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 38- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثرهما (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ليبيا، 2009.
- 39- عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، الحكم المشروع في الطلاق المجموع، دار طرابلس للنشر والتوزيع، الرياض، 1997.
- 40- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
- 41- _____، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 42- عبد الفتاح تقيية، محاضرات في الأحوال الشخصية، ثالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 43- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 44- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الهدى، الجزائر، 2000.

- 45- عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، ط1، دار الجيل، لبنان، 1991.
- 46- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 47- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخان علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 48- علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 2008.
- 49- عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.
- 50- العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، مطبعة الطالب، الجزائر، 2007.
- 51- غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، ط1، دار الساقى للنشر والتوزيع، لبنان، 2004.
- 52- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 53- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 54- كسال مسعودة، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري (دراسة ميدانية حول عينة من المطلقات في الوسط الحضري الجزائري)، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1986.
- 55- كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام محدد ومقيد، دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة، 1990.
- 56- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير والكفاية على الهداية، تحقيق سعد الله بن عيسى المفتي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر المحمية - القاهرة -، 1316 هـ.
- 57- لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 58- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 59- ليلي حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 60- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 61- محمد أديب القبسي، فقه الطلاق وتوابعه، ط1، دار الملاك للنشر والتوزيع، لبنان، 2007.
- 62- محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكش، 2010.

- 63- محمد أمين المعروف بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق الشيخان عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط خ، دار عالم للكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003.
- 64- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001.
- 65- محمد خرشي أبو عبد الله، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر المحمية - القاهرة -، 1317 هـ.
- 66- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 67- محمد عاطف المقصورطي، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
- 68- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 69- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2003.
- 70- محمد نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 71- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.
- 72- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 73- المصري المبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 74- مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988.
- 75- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 76- نادية حليم، الآثار الاجتماعية للخلع (دراسة مقارنة بين الخلع والتطليق)، مركز قضايا المرأة المصرية، القاهرة، 2005.

ثالثاً: الرسائل والمذكرات

أ- الرسائل

- 1- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005.
- 2- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007.

ب- المذكرات

- 1- أحمد محمد نمر أبو عرجة، من لا تجب لهم النفقة في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2009.
- 2- إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008.
- 3- إيناس هاشم رشيد، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العراق، 2012.
- 4- تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001.
- 5- خمري أمير، الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.
- 6- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007.
- 7- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2008.
- 8- سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.
- 9- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة أحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، 2006.
- 10- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، خروبة، 2002.
- 11- علالي بلقاسم، الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع الديني، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، بوزريعة، 2009.
- 12- ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباءة الإسلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2010.
- 13- ماحمادو الآسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارنًا بالشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، خروبة، 2007.
- 14- محافظي محمود، البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2012.

- 15- محمد طويل، عوامل انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري (دراسة لعينة من المطلقين والمطلقات بمدينة الجزائر والبويرة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع الديموغرافي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، بوزريعة، 2006.
- 16- مسعود جمادي، الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2007.
- 17- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007.
- 18- مؤمن أحمد ذياب شويح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2006.
- 19- نازك سالم محمد حنيني، أحكام الطلاق قبل الدخول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011.
- 20- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2000.
- 21- اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003.
- رابعاً: المقالات**
- 1- أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 01، 1994، ص ص 139-150.
- 2- أيمن الشبول، المتغيرات الاجتماعية والثقافية لظاهرة الطلاق (دراسة أنثروبولوجية في بلدة الطرة)، مجلة جامعة دمشق، كلية الآثار والأنثروبولوجيا، الأردن، عدد 03 و 04، 2010، ص ص 647-705.
- 3- بروين محمد، دراسة إحصائية لتحديد تأثير بعض العوامل الاجتماعية والاقتصادية على ظاهرة الطلاق في المحافظة السليمانية، مجلة الإدارة والاقتصاد، جامعة السليمانية، كلية الإدارة والاقتصاد، العراق، عدد 64، 2007، ص ص 64-91.
- 4- تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة (54) قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 02، 2003، ص ص 09-22.

- 5- جسام علي سالم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 101-143.
- 6- حسين رجب محمد مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة التقني، جامعة الأنبار، كلية الشريعة والقانون، العراق، عدد 10، 2011، ص ص 143-163.
- 7- حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، غرداية، عدد 06، 2005، ص ص 232-242.
- 8- خالد أحمد صالح، خلاف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث وطلاق المدهوش والغضبان، مجلة كلية التربية، جامعة الأنبار، كلية الشريعة والقانون، العراق، عدد 02، 2009، ص ص 215-283.
- 9- خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، العراق، عدد 40، 2009، ص ص 73-116.
- 10- دنوني بن الشيخ هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 01، 1994، ص ص 154-169.
- 11- _____، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 475-487.
- 12- ربيعة إلغات، الطلاق بالخلع (دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 04، 2009، ص ص 303-331.
- 13- سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والأسرة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 341-369.
- 14- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 01، 2010، ص ص 136-159.
- 15- سعاد سطحي، موقف الشريعة الإسلامية من التفريق القضائي بسبب الإعسار بالنفقة، مجلة الحقيقة، غرداية، عدد 06، 2005، ص ص 189-201.
- 16- سليمان بن براهيم الأصقة، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الآداب، الرياض، عدد 27، 1426 هـ، ص ص 162-172.
- 17- سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، عدد 06، 2009، ص ص 202-209.

- 18- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة القادسية، كلية القانون، العراق، عدد 01، 2009، ص ص 01-28.
- 19- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 04، 2008، ص ص 07-45.
- 20- الطيب لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائرية لبعض مبادئه، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 255-261.
- 21- عباس سهيل جنان، الطلاق الخلعي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، عدد 01، 2004، ص ص 277-308.
- 22- عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، عدد 10، 2006، ص ص 181-205.
- 23- عبد الرحمن طالب، حقوق وواجبات المرأة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 181-204.
- 24- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 02، 2003، ص ص 83-110.
- 25- _____، عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 02، 2009، ص ص 213-229.
- 26- _____، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 02، 2011، ص ص 147-160.
- 27- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، عدد 03، 2004، ص ص 112-131.
- 28- العشي نورة، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر 05-02 في حماية عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 02، 2012، ص ص 167-190.

- 29- عيد نايل، حق الحاضنة وصغار المطلق في الاستقلال بمسكن الزوجية بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، عدد 01 و02، 1989، ص ص 01-75.
- 30- فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 04، 1996، ص ص 626-643.
- 31- قيس عبد الوهاب الحياي، إشكالية الطلاق الرجعي، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية القانون، العراق، عدد 32، 2007، ص ص 01-50.
- 32- لحسين بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، مجلة دراسات قانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، عدد 02، د.س.ن، ص ص 67-83.
- 33- ليلي حداد وزوييدة إقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 04، 2012، ص ص 103-129.
- 34- محمد صلاح الدين المستاوي، المرأة والأسرة بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية (نموذج مجلة الأحوال الشخصية بتونس)، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 393-419.
- 35- نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، متعة المطلقة (دراسة حديثة موضوعية)، مجلة العدل، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الآداب، الرياض، عدد 52، 1432هـ، ص ص 158-204.
- 36- نور الدين زمام وبن قفة سعاد، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، عدد 07، 2012، ص ص 156-175.
- 37- وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة، مجلة جامعة أم القرى، جامعة أم القرى، كلية الشريعة واللغة العربية وآدابها، السعودية، عدد 27، 1424هـ، ص ص 370-397.
- 38- وسن كاظم زرزور الدفاعي، الطلاق الخلعي (دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون العراقي)، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط، كلية القانون، العراق، عدد 16، 2011، ص ص 425-451.

خامسا: النصوص القانونية

أ- الدساتير

- 1- دستور 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل بمقتضى

القانون رقم 02-03 المؤرخ في 27 محرم 1423 الموافق لـ 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 مؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1429 الموافق لـ 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 مؤرخة في 16 ديسمبر 2008.

ب- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 48 لسنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-05 المؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق لـ 22 ماي 2001، جريدة رسمية عدد 29 لسنة 2001، والملغى بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، ج ر ع 21 لسنة 2008.

2- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق لـ 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 21 مؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق لـ 09 أوت 2014، ج ر ع 49 مؤرخة في 09 أوت 2014.

3- أمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، جريدة رسمية عدد 105 مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005.

4- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 جوان 2005، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 26 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007.

5- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005، والموافق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 04 ماي 2005، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 22 جوان 2005.

6- أمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، جريدة رسمية عدد 21 لسنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ت- المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 الموافق لـ 11 ماي 2006 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة (07) مكرر قانون الأسرة الجزائري.

سادسا: الاجتهادات القضائية

أ- قضاء المجلس الأعلى

- 1- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1982/02/08، ملف رقم 26709، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 258.
- 2- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/11، ملف رقم 33652، مجلة قضائية، 1989، عدد 03، ص 38.
- 3- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/04/22، ملف رقم 36709، مجلة قضائية، 1989، عدد 01، ص 92.
- 4- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51728، مجلة قضائية، 1990، عدد 03، ص 72.

ب- قضاء المحكمة العليا

- 1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1983/12/12، ملف رقم 31851، ن.ق، ع 46.
- 2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/01/09، ملف رقم 31997، مجلة قضائية، 1989، عدد 01، ص 73.
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، ملف رقم 34784، مجلة قضائية، 1989، عدد 03، ص 73.
- 4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/03، ملف رقم 35026، مجلة قضائية، 1989، عدد 04، ص 86.
- 5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/04/08، ملف رقم 35912، مجلة قضائية، 1989، عدد 01، غير منشور.
- 6- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، مجلة قضائية، 1989، عدد 02، ص 69.
- 7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/16، ملف رقم 52212، مجلة قضائية، 1989، عدد 03.
- 8- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/05/14، ملف رقم 33275، مجلة قضائية، 1990، عدد 02، ص 75.
- 9- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/05، ملف رقم 32131، مجلة قضائية، 1990، عدد 02.

- 10- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/02/23، ملف رقم 44994، مجلة قضائية، 1990، ص 58.
- 11- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/07/18، ملف رقم 50075، مجلة قضائية، 1990، عدد 04.
- 12- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51614، مجلة قضائية، 1990، عدد 04، ص 67.
- 13- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، ملف رقم 52221، مجلة قضائية، 1990، عدد 01، ص 48.
- 14- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 53340، مجلة قضائية، 1990، عدد 03، ص 85.
- 15- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 853017، مجلة قضائية، 1991، عدد 01، ص 56.
- 16- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/04/16، ملف رقم 59784، مجلة قضائية، 1991، عدد 04.
- 17- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75141، مجلة قضائية، 1991، ص 75.
- 18- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/27، ملف رقم 39731، مجلة قضائية، 1993، عدد 04، ص 61.
- 19- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/12/29، ملف رقم 43860، مجلة قضائية، 1993، عدد 02، ص 41.
- 20- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/13، ملف رقم 52221، مجلة قضائية، 1993، عدد 01.
- 21- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 74375، مجلة قضائية، 1993، عدد 01، عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، ص 61.
- 22- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/04/27، ملف رقم 896345، مجلة قضائية، 1994، عدد 01، ص 53.
- 23- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/12/22، ملف رقم 87301، مجلة قضائية، 1995، عدد 02، ص 92.
- 24- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/06/18، ملف رقم 137571، مجلة قضائية، 1997، عدد 02، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 93.

- 25- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/09/24، ملف رقم 139393، مجلة قضائية، 1997، عدد 02، ص 96.
- 26- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم 141262، مجلة قضائية، 1998، عدد 01، ص 120.
- 27- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/10/23، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، عدد 55، ص 197.
- 28- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/23، ملف رقم 135435، مجلة قضائية، 1998، عدد 01، ص 123.
- 29- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/04/21، ملف رقم 189234، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 175.
- 30- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/04/14، ملف رقم 81850، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 230.
- 31- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 134.
- 32- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/10/27، ملف رقم 86097، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 233.
- 33- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/02/23، ملف رقم 89672، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 166.
- 34- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1994/04/19، ملف رقم 103637، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 94.
- 35- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1994/06/28، ملف رقم 122761، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 155.
- 36- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/06/10، ملف رقم 163381، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 239.
- 37- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/09/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 169.
- 38- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، ملف رقم 179471، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 172.
- 39- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/14، ملف رقم 189181، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 192.

- 40- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189234، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 175.
- 41- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189245، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 242.
- 42- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 147.
- 43- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 193825، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 73.
- 44- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/07/21، ملف رقم 192665، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 116.
- 45- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/10/20، ملف رقم 204821، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 82.
- 46- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، ملف رقم 20243، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 77.
- 47- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/12/15، ملف رقم 214290، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 194.
- 48- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/02/16، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 119.
- 49- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/02/16، ملف رقم 216850، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 100.
- 50- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 16865، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 256.
- 51- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 138.
- 52- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216836، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 245.
- 53- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216865، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 256.
- 54- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 217179، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 122.

- 55- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/04/20، ملف رقم 220470، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 181.
- 56- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 126.
- 57- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 88.
- 58- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 104.
- 59- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 129.
- 60- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 235367، مجلة قضائية، 2001، عدد 01، ص 275.
- 61- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 237148، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 84.
- 62- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/05/23، ملف رقم 243417، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 109.
- 63- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/05/23، ملف رقم 243943، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 112.
- 64- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 259.
- 65- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/12/12، ملف رقم 274683، مجلة قضائية، 2004، عدد 02، ص 347.
- 66- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/12/26، ملف رقم 273526، مجلة قضائية، 2004، عدد 01، ص 264.
- 67- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/03/13، ملف رقم 276760، مجلة قضائية، 2004، عدد 01، ص 274.
- 68- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/05/08، ملف رقم 282033، مجلة قضائية، 2004، عدد 02، ص 363.
- 69- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/13، ملف رقم 277411، مجلة قضائية، 2004، عدد 02.

- 70- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/31، ملف رقم 288072، مجلة قضائية، 2004، عدد 01، ص 285.
- 71- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2004/01/21، ملف رقم 311458، مجلة قضائية، 2004، عدد 02، ص 379.
- 72- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2005/07/13، ملف رقم 332324، نشرة القضاة، عدد 59، ص 236.
- 73- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2005/12/14، ملف رقم 348644، نشرة القضاة، عدد 59، ص 244.
- 74- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006/03/05، ملف رقم 355180، مجلة قضائية، 2006، عدد 01، ص 469.
- 75- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/01/14، ملف رقم 77546، مجلة قضائية، 2009، عدد 02، ص ص 281-279.
- 76- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/02/11، ملف رقم 480240، مجلة قضائية، 2009، عدد 01، ص 279.
- II - المراجع باللغة الفرنسية

A_ OUVRAGES

- 1- ALAIN Benabent, Droit civil (la famille), édition Litec, Paris, 1998.
- 2- BERNARD Schnapper, Voies nouvelles en histoire du droit (la justice, la famille, la répression pénale), Presses Universitaires de France, Paris, 1991.
- 3- CORINNE Renault-Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, Gualino Editeur, Paris, 2007.
- 4- FRANCOIS Terre et DOMINIQUE Fenouillet, Droit civil (les personnes, la famille, l'incapacité), 6^{eme} édition, Dalloz, Paris, 1996.
- 5- GHAOUTI Benmalha, Le droit Algérien de la famille, Office des Publications Universitaires, Alger, 1993.
- 6- JEAN Carbonnier, Droit civil (la famille, l'enfant, le couple), 1^{er} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.
- 7- PATRICIA Vannier, Le droit de la famille en QCM, édition Ellipses, Paris, 2003.
- 8- PATRICK Courbe, Le divorce, 2^{eme} édition, Dalloz, Paris, 1996.

9- THIERRY Gare, Droit des personnes et de la famille, édition Montchrestien, Paris, 1998.

B_ THESES ET MEMOIRES

a. THESES

1- MELANIE Lauer, Obligations procédurales et droit au divorce, thèse pour le grade de docteur en droit discipline - droit privé - université du sud de Toulon-var, Faculté de Droit, 2010.

2- MUSTAFA Salmi, Le mariage juif et le mariage musulman au maroc entre tradition et modernisation approches sociologique et juridique, mémoire présenté pour obtention du diplôme de doctorat en sociologie, université de Paris VIII, 2011.

b. MEMOIRES

1- BENGHALEM Imene, Etudes des facteurs de résilience (facteurs de protection) chez les enfants victims de divorce, diplôme de magister en psychologie Clinique, université de Constantine, 2010.

2- SAHEB Hakim, Statut de la femme en Algérie et droit International, mémoire en vue de l'obtention du diplôme magister en droit, université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, s.a.s.

C_ ARTICLES

1- ADELIN Gouttenoire, Le droit de la famille dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p p 13-18.

2- AKROUNE Yakout, La protection de L'enfant en droit Algérien, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, série n° 03, 2003, p p 73-88.

3- _____, Droit de la famille et droits de l'homme en Algérie (une coexistence toujours conflictuelle), revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, universitaire d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, nouvelle série n° 02, 2008, p p 73-88.

- 4- BENDJABALLAH Souad, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille Algérien, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, Nouvelle série n° 03, 2001, p p 09-16.
- 5- BERNARD Beiginier, Le divorce (le juge, l'avocat et le notaire), revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p p 09-12.
- 6- ELODIE Mulon, Le devoir de secours pendant l'instance en divorce, Gazette du Palais, France, 2008, p p 3711-3715.
- 7- ILISE Petter, Couple Top 10 des motifs les plus fréquents de divorce: <http://www.terrafemina.com>.
- 8- JEROME Casey, Procédure de divorce et liquidation de régime matrimonial, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p p 01-22.
- 9- MARIE Lamareche, Autant en emport le divorce, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p p 01-02.
- 10- MOSTEFA Kouidri, L'évolution de la jurisprudence en matière de hadana, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, série n° 01, 2004, p p 93-128.
- 11- _____, la garde de l'enfant après la réforme du code de la famille, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, nouvelle série n° 01, 2010, p p 47-75.
- 12- _____, L'obligation d'entretien de l'épouse entre deux systèmes juridiques distincts, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'Alger, Faculté de Droit, Ben Aknoun, Nouvelle série n° 04, 2012, p p 05-41.

- 13- VIRGINE Larribau-Terneyre, Divorce sur double avue et divorce pour acceptation de la rupture, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, France, 2008, p p 19-23.

D- SITES ELECTROUNIQUES

- 1- <http://www.al-eman.com>
- 2- <http://www.Dossier familial. Com/donner-une-procuration-5488.html>.
- 3- <http://www.elbilad.net>.
- 4- <http://www.islamicbook.ws/hadeth/almwta-rwait-mhmd-007.html>
- 5- <http://kenanaonline.com>
- 6- <http://manifest.univ-ouargla.dz>.
- 7- <http://www.qalqilia.edu.ps/dissa.html>.
- 8- <http://www.terrafemina.com>.

الصفحة	فهرس
3	مقدمة.....
16	فصل تمهيدي.....
45	الفصل الأول: الطلاق بين الإطلاق والتقييد.....
47	المبحث الأول: الطلاق حق مطلق للزوجين.....
48	المطلب الأول: الطلاق بناءً على طلب الزوج.....
48	الفرع الأول: تعريف الطلاق وتمييزه عن الفسخ.....
48	أولاً: تعريف الطلاق.....
48	1-الطلاق في اللغة.....
49	2-الطلاق في الاصطلاح الشرعي.....
50	3-الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....
52	4-الطلاق كظاهرة اجتماعية.....
53	ثانياً: تمييز الطلاق عن الفسخ.....
53	1-تعريف الفسخ.....
53	أ-الفسخ في اللغة.....
53	ب-الفسخ في الاصطلاح الشرعي.....
54	2-الفرق بين الفسخ والطلاق.....
54	أ-أوجه التشابه.....
57	ب-أوجه الاختلاف.....
58	الفرع الثاني: أساس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....
59	أولاً: القرآن الكريم.....
59	ثانياً: السنة النبوية الشريفة.....
67	الفرع الثالث: طبيعة الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق.....
74	المطلب الثاني: الطلاق بناءً على طلب الزوجة.....
74	الفرع الأول: التطلق.....
75	أولاً: تعريف التطلق.....
75	1-التطلق في اللغة.....
75	2-التطلق في القانون.....
77	ثانياً: مشروعية التطلق.....

79	الفرع الثاني: الخلع.....
79	أولاً: معنى الخلع، أدلته ومميزاته.....
79	1- معنى الخلع.....
79	أ- الخلع في اللغة.....
80	ب- الخلع في الاصطلاح الشرعي.....
81	2- مشروعية الخلع.....
81	أ- القرآن الكريم.....
82	ب- السنة النبوية الشريفة.....
82	ت- الإجماع.....
83	ث- المعقول.....
83	3- تمييز الخلع عن الطلاق على مال.....
83	أ- أوجه التشابه.....
83	ب- أوجه الاختلاف.....
84	ثانياً: التكيف الفقهي للخلع.....
84	1- اعتبار الخلع يميناً أم معاوضة.....
85	2- اعتبار الخلع فسحاً أم طلاقاً.....
87	3- موقف المشرع الجزائري من المسألتين.....
88	ثالثاً: ارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري.....
89	1- الخلع كحق للزوجة أم رخصة لها في التشريع الجزائري.....
89	أ- مرحلة ما قبل الثورة.....
90	ب- مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984.....
91	ت- مرحلة تعديل القانون بالأمر 05-09.....
92	2- تطور الخلع كحق للزوجة في القضاء الجزائري.....
97	المطلب الثالث: الطلاق بناءً على الطلب المشترك للزوجين.....
97	الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.....
99	الفرع الثاني: الفائدة من استحداث الطلاق بالتراضي.....
103	المبحث الثاني: الطلاق حق مقيد للزوجين.....
103	المطلب الأول: القيود الواردة على الزوج.....
104	الفرع الأول: القيود الشرعية الواردة على حق الزوج في إيقاع الطلاق.....

104	أولاً: أن يكون الطلاق لحاجة.....
106	1-الرأي القائل بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي.....
106	2-الرأي القائل بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي.....
106	3-الرأي الراجح.....
108	ثانياً: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه.....
108	1-الرأي القائل بوقوع طلاق البدعة.....
110	2-الرأي القائل بعدم وقوع طلاق البدعة.....
111	3-الرأي الراجح.....
112	ثالثاً: أن يكون طلاق واحدة لا يتبعها طلاق آخر.....
112	1-الرأي القائل بوقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً.....
114	2-الرأي القائل بوقوع الطلاق الثلاث طلاق واحدة.....
116	3-الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق الثلاث أصلاً.....
116	4-الرأي الراجح.....
118	الفرع الثاني: القيود القانونية والإجرائية الواردة على حق الزوج في إيقاع الطلاق.....
118	أولاً: القيود القانونية.....
122	ثانياً: القيود الإجرائية.....
127	المطلب الثاني: القيود الواردة على الزوجة.....
128	الفرع الأول: القيود الواردة على حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلق.....
128	أولاً: التطلق لعدم الإنفاق.....
136	ثانياً: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....
140	ثالثاً: الهجر في المضجع.....
144	رابعاً: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.....
147	خامساً: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.....
151	سادساً: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.....
153	سابعاً: ارتكاب فاحشة مبينة.....
154	ثامناً: الشقاق المستمر بين الزوجين.....
157	تاسعاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
160	عاشراً: كل ضرر معتبر شرعاً.....

161	الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.....
161	أولاً: أن يكون الخلع حاجة.....
163	ثانياً: دفع المقابل المالي.....
170	ثالثاً: الحصول على موافقة الزوج.....
174	الفصل الثاني الآثار المترتبة على الطلاق
175	المبحث الأول: آثار الطلاق بالنسبة للزوجين.....
175	المطلب الأول: الآثار المرتبطة بالزوجين شخصياً.....
175	الفرع الأول: الآثار الشخصية الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجين المطلقين معاً.....
176	الفرع الثاني: الآثار الشخصية الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجة المطلقة(العدة).....
177	أولاً: تعريف العدة سبب وجوبها ومشروعيتها.....
177	1-تعريف العدة.....
177	أ-العدة في اللغة.....
177	ب-العدة في الاصطلاح الشرعي.....
178	2-سبب وجوب العدة.....
181	3-مشروعية العدة.....
181	أ-القرآن الكريم.....
181	ب-السنة النبوية الشريفة.....
182	ت-الإجماع.....
183	ثانياً: أنواع العدة وتحولاتها.....
183	1-أنواع العدة.....
183	أ-عدة الحائض.....
184	ب-عدة غير الحائض.....
185	ت-عدة الحامل.....
187	ث-عدة المتوفى عنها زوجها.....
187	ج-عدة زوجة المفقود.....
187	2-انتقال العدة من حال إلى حال.....
187	أ-انتقال العدة من الأشهر إلى الأقرء.....
188	ب-انتقال العدة من الأقرء إلى الأشهر.....
188	ت-انتقال العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة.....
189	ثالثاً: نظرة المشرع الجزائري للعدة كأثر من آثار الطلاق.....

191	المطلب الثاني: الآثار المرتبطة بالزوجين مادياً.....
191	الفرع الأول: النفقة.....
192	أولاً: نفقة المعتدة.....
192	1- الفئة التي لا تجب عليها النفقة.....
192	أ-المعتدة من الوفاة.....
192	ب-المعتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهي محظورة غير مشروعة.....
192	ت-المعتدة من فراق بعد زواج فاسد أو دخول بشبهة.....
192	2-الفئة التي تجب عليها النفقة.....
192	أ-المعتدة لفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسحاً بسبب محظور أو غير محظور.....
193	ب-المعتدة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور.....
193	ت-المعتدة من فرقة قضى بها القاضي في الحالات التي يجوز لها فيها التفريق بينهما.....
196	ثانياً: نفقة الإهمال.....
198	ثالثاً: المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....
198	1- المتعة.....
199	أ-تعريف المتعة.....
200	ب-مشروعية المتعة.....
201	ت-حكم المتعة.....
204	ث-تقدير المتعة.....
205	2-التعويض عن الطلاق التعسفي.....
205	أ-تعريف الطلاق التعسفي.....
205	ب-شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.....
211	3-العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.....
211	أ-المتعة كأثر للطلاق قبل الدخول.....
211	ب-المتعة كأثر للطلاق بعد الدخول.....
212	ت-موقف القضاء الجزائري من المسألة.....
215	الفرع الثاني: النزاع في متاع البيت.....
217	أولاً: الإشكالات القانونية التي تثيرها المادة (73) ق.أ.ج.....
217	1- قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.....
220	أ-مكان أداء اليمين.....
221	ب-نكل اليمين.....

221	2- قاعدة أن يكون لأحد الزوجين البينة على المتاع.....
222	ثانيا: حالات انعدام الدليل في إثبات المتاع.....
222	1- القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المتاع المعتاد للنساء.....
223	2- القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المتاع المعتاد للرجال.....
224	3- تقسيم المشتركات مع اليمين.....
225	الفرع الثالث: قسمة الأموال المشتركة.....
226	أولا: مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين.....
229	ثانيا: اتفاق الزوجين على الاشتراك في الأموال.....
231	المبحث الثاني: آثار الطلاق بالنسبة للأبناء.....
231	المطلب الأول: النسب.....
233	الفرع الأول: حالات ثبوت النسب.....
233	أولا: ثبوت النسب بالفراش.....
233	1- عقد الزوج الصحيح.....
233	أ- ثبوت النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية.....
238	ب- ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة.....
241	2- عقد الزواج الفاسد.....
242	3- الوطء بشبهة.....
242	ثانيا: ثبوت النسب بالإقرار.....
243	1- أنواع الإقرار بالنسب.....
243	أ- إقرار بالنسب على النفس.....
244	ب- إقرار بالنسب على الغير.....
246	2- تمييز نظام التبني واللقيط عن النسب الثابت بالإقرار.....
251	ثالثا: ثبوت النسب بالبينة.....
252	رابعا: ثبوت النسب بالطرق العلمية.....
252	1- تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب.....
252	أ- إشكالية إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب.....
254	ب- أنواع الطرق العلمية لإثبات النسب.....
256	ت- عوائق تطبيق الطرق العلمية لإثبات النسب.....
258	2- القيمة القانونية للطرق العلمية.....
258	أ- حجية الطرق العلمية في إثبات النسب.....

260	ب-سلطات القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب.....
260	الفرع الثاني: حالات نفي النسب.....
261	أولاً: نفي النسب عن طريق إنكار الولادة.....
261	ثانياً: نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب.....
262	ثالثاً: نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين.....
262	رابعاً: نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل.....
263	خامساً: نفي النسب عن طريق اللعان.....
265	سادساً: مدى جواز نفي النسب بالطرق العلمية.....
266	المطلب الثاني: الحضانة.....
267	الفرع الأول: تعريف الحضانة مشروعيتها وتكييفها الفقهي.....
267	أولاً: تعريف الحضانة.....
267	1- الحضانة في اللغة.....
267	2- الحضانة في الاصطلاح الشرعي.....
271	ثانياً: مشروعية الحضانة.....
271	1- القرآن الكريم.....
271	2- السنة النبوية الشريفة.....
272	3- الإجماع.....
272	4- المعقول.....
273	ثالثاً: التكييف الفقهي للحضانة.....
273	1- الحضانة حق لله تعالى.....
273	2- الحضانة حق للحاضنة.....
274	3- الحضانة حق للمحزون.....
274	4- الحضانة حق للحاضن والمحزون على سبيل الاشتراك.....
274	5- الرأي الراجح.....
275	الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة.....
275	أولاً: الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء والرجال.....
275	1- العقل.....
276	2- البلوغ.....
278	3- القدرة على التربية.....
279	4- الأمانة على الأخلاق.....

280	5- الإسلام.....
281	ثانيا: الشروط المتعلقة بالنساء.....
282	1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه.....
284	2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون.....
285	3- ألا تكون قد امتنعت عن حضنته مجاناً والأب معسراً.....
285	ثالثا: الشروط المتعلقة بالرجال.....
285	1- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى.....
285	2- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.....
286	الفرع الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....
286	أولاً: ترتيب الحاضنين قبل تعديل فبراير 2005.....
286	1- الأم.....
289	2- أم الأم (الجدة).....
289	3- الخالة.....
290	4- الأب.....
290	5- أم الأب.....
291	6- الأقرب درجة.....
292	7- الأصلح وفقاً لمصلحة المحضون.....
292	ثانيا: ترتيب الحاضنين بعد تعديل فبراير 2005.....
293	ثالثا: مسألة تنازع القانونيين من حيث الزمان.....
293	1- عدم رجعية القانون الجديد على الماضي.....
294	2- الأثر الفوري للقانون الجديد.....
294	3- مدى انسجام القانون الجديد مع القواعد العامة.....
295	الفرع الرابع: آثار الحضانة.....
295	أولاً: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة.....
295	1- نفقة المحضون.....
297	2- أجرة الحاضنة.....
298	ثانيا: سكن الحضانة.....
303	ثالثا: حق الزيارة مكانها ومدتها.....
304	1- مكان الزيارة.....
305	2- مدة الزيارة.....

305	رابعاً: مسألة الانتقال بالمحزون.....
307	خاتمة.....
314	قائمة المراجع.....
335	فهرس.....

ملخص

ينتهي عقد الزواج وتنحل الرابطة الزوجية وينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية وهذا إما بسبب الوفاة أو الطلاق.

ولما كانت الوفاة - سواء كانت وفاة طبيعية أو اعتبارية - كطريق من طرق انحلال الرابطة الزوجية لا تثير أية إشكالات فيما يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية مقارنة بالإشكالات والتساؤلات التي يثيرها موضوع الطلاق، فقد اقتصر في دراستي هذه على جانب الطلاق والآثار المترتبة عليه بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

ذلك أنه ولما كان الطلاق من أهم المواضيع المثارة في الواقع المعاش لم تجعله الشريعة الإسلامية دون تنظيم أو قيد، فقد راعته بمجموعة من الشروط والآثار التي تجعل ممارستها على النحو المشروع، فلا يستعمل هذا الحق إلا في موضعه وبمقتضى أحكام تضبطه وأسباب قاهرة تدعوه إليه، فالطلاق إذن عند عدم الوفاق هي شريعة الله التي تحكم الناس إلى يوم القيامة.

وهو ما تبناه أيضا المشرع الجزائري من خلال نصوصه القانونية وأحكامه التنظيمية محاولا منه تنظيم موضوع الطلاق تنظيما دقيقا وشاملا لكل جوانبه على النحو الذي يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء.

Résumé

La relation conjugale est dissoute avec cessation du mariage et ce qui lie les époux en raison du décès de l'un d'eux ou de leur divorce.

Du moment que le décès comme cause de la dissolution de mariage ne pose aucun problème, je me suis concentrée dans ma présente étude sur l'aspect du divorce et les conséquences qui il en fendre sur la base d'une étude comparative entre la religion islamique et le code de la famille algérien.

Etant l'un des plus important sujets du vécu quotidien, la religion musulmane a règlementé le divorce et a entouré d'un ensemble de conditions et d'effets structurant ainsi sa pratique, pour n'y ouvrir droit que dan son contexte et en vertu de dispositions régissant et des raisons ultimes l'exigeant. Ainsi, le divorce n'est permis qu'en cas de mésentente.

De ce fait, le législateur algérien a adopté ces principes dans sa structure juridique et ses dispositions règlementaires, tentant ainsi de règlementer le divorce de façon stricte et intégrale dans tous ses cotés en adéquation avec la religion musulmane sacrée.