



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عباس لغرور خنشلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم : الحقوق

تخصص: قانون خاص معمق

التطبيق قبل البناء في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون خاص معمق

إشراف الأستاذ:

د. زمورة داود

إعداد الطالبان:

حوحة إلهام

تيحمامين صباح

أعضاء لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
لخذاري عبد المجيد	أستاذ التعليم العالي	خنشلة	رئيسا
زمورة داود	أستاذ محاضر أ-	خنشلة	مشرفا ومقررا
أوشن حنان	أستاذ محاضر أ-	خنشلة	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2023 - 2024





شكر وعرfan

الحمد والشكر لله الحي القيوم أولا وأخيرا وامتنالا لقوله صلى الله عليه وسلم:

" مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ "

نتوجه بجزيل الشكر وجميل العرفان للأستاذ "داود زمورة" الذي تكرم بقبول الإشراف على هذه

المذكرة وعلى جميع التوجيهات والملاحظات والنصائح، لنا عظيم الشرف أنك كنت أستاذا

مشرفا على مذكرتنا

كما لا يفوتنا ان نتقدم بوافر التقدير والاحترام لأعضاء اللجنة المحترمين على عناء قراءة

المذكرة وقبولها وتصويبها.

وكذلك نتقدم بخالص الشكر إلى كل من درسنا من أساتذة الكلية وجزاهم الله كل خير.

وفي الاخير نشكر كل من قدم لنا يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد ونسأل الله عز

وجل أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم انه قريب مجيب





الإهداء

بسم الله خالقي وميسر أموري

"وعصمت أمري، لك كل الحمد والإمتنان"

اهدي هذا النجاح لنفسي أولاً ثم إلى كل من سعى معي لإتمام هذه المسيرة دتم لي سندا لا عمرا.
إلى النور الذي أضاء دربي، إلى العزيز الذي حملت اسمه فخرا، إلى معلمي الأول الرجل الذي سعى طوال
حياته لنكون الأفضل

"أبي الغالي"

إلى من جعل الله لها الجنة تحت قدميها و كانت الداعم الأول لتحقيق طموحي

إلى من كانت يدي اليمنى في هذه المرحلة، وسهلت لي الشدائد بدعائها

"أمي الحبيبة "

إلى مصدر قوتي الداعمين و الساندين إلى خيرة أيامي وصفوتها، والذين شد الله بهم عضدي فكانوا خير

معين

"اخواني و أخواتي الغاليين "

وأخيرا من قال انا لها " نالها " و أنا لها إن أبت رغما عنها اتيت بها

فالحمد لله شكرا و حبا و امتنانا على البدء و الختام و آخر دعواهم أن

" الحمد لله رب العالمين "

إلهام وصباح



مقدمة

تعتبر الأسرة المؤسسة التي تنشأ من إقتران رجل، وامرأة بنظام إلهي شرعه الله تعالى لخير الإنسانية، ومصالحة المجتمع البشري. في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الأمة، ذلك أن حفظ النوع الإنساني لا يتحقق إلا بالزواج في إطار العلاقة الشرعية، لأنه المنشئ للأسرة فالأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع، وكلما إنهارت الأسرة، وتفتكت إنهار المجتمع، وأنهكت الآفات الإجتماعية ومن هنا قضت الحكمة، والفطرة التي فطر الله الناس عليها، بضرورة الإجماع، والإتصال في جو المحبة، والألفة، والمشاعر الإنسانية، في إطار تشمله مجموعة من الحقوق، والواجبات ووحدة الدم في نظام الأسرة.

ومن هنا يتضح أن الأسرة تتكون إبتداءا بعقد الزواج الذي هو رابطة شرعية لها أصلها الشرعي في آيات القرآن الكريم، فالزواج يقوم على أساس السكينة، والمودة والرحمة، وذلك من خلال قوله تعالى: **" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "**. فالله عز وجل جعل الزوجان يجتمعان فتكون الأسرة، ويكون التلازم، والرغبة المتبادلة، في إطار تغمره المودة، والرحمة، ويتم التعاون المشترك. الذي لا يلبث أن يؤازره مزيد من الود، والإيثار، والتراحم، والترابط.

كما يهدف الزواج إلى أجل إيجاد السعادة، والإستقرار، والهدف منه يكون في الإحصان، والعفاف، والمحافظة على النسل، وإنشاء أسرة مستقرة تساهم في بناء المجتمع، وإحصانه من الأمراض المهلكة، والإنحلال الخلقي، فالزواج يرمي إلى إنشاء اللبنة التي تساهم في إنشاء مجتمع راقى، ومتطور فنجاح المجتمع يكون من نجاح الأسرة.

وعليه فالزواج عقد قانوني يتم بين طرفين هما الزوج والزوجة، يبرم عند ضابط الحالة المدنية فهذا العقد يعتبر من العقود الرضائية، بمقتضى نص المادة 4 من قانون الأسرة، فبمجرد إبرام هذا العقد يرتب آثاره القانونية، أما البعض الآخر لا تترتب إلا بعد البناء.

فأساس هذه الآثار هو الحقوق، والواجبات التي تقع على كلا الطرفين، وهما الزوجان، ومنه فالهدف من هذا العقد هو تكوين أسرة مترابطة أساسها المحبة، والمودة والتعاون إلا أنه في بعض الحالات يمكن لهذه الرابطة الشرعية أن تعثرها المشاكل، والخلافات أحيانا تكون مؤقتة يمكن حلها، وأحيانا تتعدى ذلك فلا يمكن حلها مما تعرقل إستمرارية بناء هذه المؤسسة المقدسة.

وقد شرع الإسلام نظام آخر لوضع الحد لهذا الإشكال ألا وهو الطلاق كحق للزوج، والتطبيق كحق للزوجة، بإعتباره آخر حل لإيقاف المشاكل إن لم تنجح جميع المحاولات، وقد كرس القانون الجزائري هذا الحق من خلال حصر أسبابه بنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

نظم المشرع الجزائري طرق تفكك الزوجة من العلاقة الزوجية في حالة تقدير إستحالة إستمرارها بعد الدخول، والآثار المادية المترتبة عنها إلا أنه لم يوضح حقها في فك الرابطة الزوجية قبل الدخول.

أولا: إشكالية الموضوع:

وسعيا منا لتحليل، ومناقشة هذا الموضوع يجدر بنا طرح الإشكالية التالية:
كيف يمكن للزوجة غير المدخول بها أن تفك الرابطة الزوجية؟
وتتطوي تحت هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية:
ما المقصود بالتطبيق قبل البناء؟

ماهي طرق التطبيق قبل البناء لدى الزوجة؟

هل يجوز أن يكون الخلع أساسا للتطبيق قبل البناء، وما هي آثاره؟

هل تحتفظ الزوجة بكامل الصداق قبل البناء، أم نصفه؟

وماهي آثار ذلك على الطرفين؟

ثانياً: أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

- تبيان ماهية وطرق، والأساس القانوني لموضوع النطق قبل البناء من الناحية الفقهية، والقانونية .
- إثراء مكتبة الجامعة بمذكرة تضاف إلى رصيد تخصص القانون الخاص.
- تزويد الطلبة ببحث قيم في مجال القانون الحقوق، وتحديدًا في موضوع: "التطليق قبل البناء".
- إظهار أهم نقائص المشرع الجزائري في صياغته لموضوع: "التطليق قبل البناء، وعدم وضع نص صريح حول هذا الموضوع .
- محاولة إقناع المشرع لوضع نص صريح يحمي حقوق الزوجة غير المدخول بها.

ثالثاً: أهمية الموضوع :

تكمن أهمية موضوع التطليق قبل البناء فيما يلي:

- إعتبره من القضايا الحساسة في المجتمع بما أن الأسرة هي النواة الأولى للمجتمع، وترابطها من ترابط المجتمع.
- الوقوف في وجه من يحاول التعسف في استخدام حقه بإسم القوامة، والتقصير في أداء حقوق المرأة إذ قد يلجأ بعض الأزواج إلى دفع زوجاتهم إلى الخلع، مما يؤدي إلى ضياع حق الزوجة في المطالبة بالتعويض.
- عدم إمكانية إجبار الزوجة على إتمام عقد الزواج عنوة.

رابعاً: أسباب إختيار الموضوع:

يرجع سبب إختيارنا لهذا الموضوع إلى جملة من الأسباب التالية:

- محاولة الوقوف على رأي المشرع في الحكم بالتطليق بين الزوجين ومحاولة بيان الحالات التي يجوز فيها للقاضي بالحكم بالتطليق.

- ضعف الدراسات القانونية حول موضوع التطلاق قبل البناء ماعدا مقال واحد للأستاذ ورة داود بعنوان "التطلاق قبل البناء في التشريع الجزائري".
- إعطاء وإكساب حقوق المرأة، وعدم ضياع حقها بسبب الضرر الذي تسبب به الزوج، وموقف القرآن والقانون من التطلاق.
- إجبار الزوجة على إتمام إجراءات الزواج رغم وجود نص صريح يبين أن عقد الزواج عقد رضائي يبرم من خلال إيجاب، وقبول طرفي العقد ألا وهما الزوج، والزوجة.
- لجوء الزوجة إلى الخلع بدلا من ممارسة حقها في طلب التطلاق للضرر، بالرغم من وجود نص قانوني يخول لها ذلك.
- تقييد المرأة في إثبات الضرر من جهة، وإعطاء السلطة التقديرية للقاضي، وكفايتها لتبرير التطلاق من جهة أخرى.
- عدم وجود نص صريح يوضح ما للزوجة من حق، وما عليها من واجبات في حالة التطلاق قبل البناء.

خامسا: صعوبات الدراسة:

- من المعلوم في مجال البحوث العلمية أنه لا يوجد أي بحث يخلو من الصعوبات في إنجازها وكأي بحث واجهتنا صعوبات منها:
- نقص المراجع الفقهية على مستوى مكتبة جامعتنا مما جعلنا نلجأ إلى القضاء.
 - ضعف الدراسات القانونية حول موضوع التطلاق قبل البناء.
 - عدم وجود مراجع قانونية ولا نصوص تشريعية حول موضوعنا بالرغم من أهميته.

سادسا: المنهج المتبع:

ولدراسة هذا الموضوع إتبعنا منهجين:

- الأول:** المنهج التحليلي وذلك من خلال إبراز ماهية التطلاق قبل البناء، وأحكامه من خلال تبيان طرقه، والتعويض، وتقييم التطلاق للضرر، والخلع من حيث الصلاحية، ومصصلحة الزوجة فيها.

كما إعتمدنا على المنهج المقارن من خلال مقارنة التطبيق في التشريعات الجزائرية بالتشريع السوري، والمغربي، والتونسي، والسعودي.

سابعاً: الخطة:

إعتمدنا في تقسيم المذكرة التي هي محل دراستنا إلى الخطة التالية:

الفصل الأول والمعنون بـ: التطبيق وأحكامه وتناولنا فيه مبحثين:

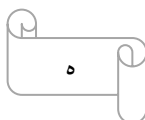
المبحث الأول: تعريف التطبيق

المبحث الثاني: أحكام التطبيق

أما الفصل الثاني بعنوان: أحكام التطبيق قبل البناء في التشريع الجزائري وتناولنا فيه مبحثين هما:

المبحث الأول: التطبيق للضرر المعتبر شرعاً والمبحث الثاني: الخلع

وانتهينا بنتائج وإقتراحات.



الفصل الأول: التطليق وأحكامه

تمهيد:

إذا كان القانون قد منح للزوج حق فك الرابطة الزوجية، وإرادته المنفردة باعتبار أن العصمة بيده إلا أنه قد منح للزوجة هي الأخرى حقها في إنهاء الرابطة الزوجية سواء برضا الزوج، أو دون رضاه، وذلك عن طريق القضاء، والمتمثل في طلب الزوجة التطليق. وقد عدد لها الأسباب التي تخول لها طلب التفريق من خلال المادة 53 ق. أ. ج. على أن يكون طلبها وجيها وله ما يبرره قانون . إنطلاقا من كل هذا جاز لنا التحدث في هذا الفصل عن المقصود بالتفريق القضائي، أو التطليق.

سنتناول في المبحث الأول: تعريف التطليق، وكمبحث ثاني: أحكام التطليق.

المبحث الأول: تعريف التطليق والتمييز بينه وبين طرق فك الرابطة الزوجية

الأخرى

سنتناول في هذا المبحث تعريف التطليق وأسبابه (كمطلب أول)، ثم إلى التمييز بينه، وبين طرق إنهاء الرابطة الزوجية (كمطلب ثاني)، على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف التطليق

يعرف التطليق عموماً بأنه فك الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة، لكن تعددت الآراء حول مفهوم التطليق شرعاً، وقانوناً، وهذا ما سنتطرق إليه كما يلي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي والإصطلاحي

ومنه يجب علينا التطرق إلى التعاريف التالية: التطليق بصفة عامة، ثم التعريف اللغوي، التعريف الإصطلاحي التعريف الفقهي، وأخيراً التعريف القانوني.

التطليق:

تجدر الإشارة إلى أن مصطلح التطليق قبل البناء لا وجود له في نصوص قانون الأسرة وأن المشرع الجزائري لم يورد حلاً قانونياً واضحاً بالنسبة لمبادرة الزوجة إلى طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء غير أن إطلاق هذا المصطلح بهذه الصورة له مبرراته، أولها أن الزوجة لا تملك حق فك عصمة الزواج بإرادة منفردة مثل الزوج، وإنما يطلقها القاضي، لذلك كان طلب فك الرابطة من قبلها تطليقاً وليس طلاقاً، أما قبل البناء فذلك تمييزاً له عن الحالات المعروفة المتعلقة بالزواج التام الذي مكنها فيه القانون من الخلع الذي تخلع فيها الزوجة الزوج، مع ضرورة الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يجعل تطبيق أحكام الخلع والتطليق قصراً على المدخول بها بالضرورة.¹

¹ زمورة داود، التطليق قبل البناء في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد رقم 09، العدد 01 سنة 2022 ص 352.

التطليق هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما، وإنشاقاق، والضرر، وعدم الإتفاق، أو دون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، وردة أحد الزوجين.¹

و منه نستنتج أن التفريق القضائي هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة، والإنصاف.²

1/ التعريف اللغوي:

مشتقة من طلق، تطليقا: طلق امرأته، فصلها عنه، وحل عقد الزواج بينهما.³
التطليق مأخوذ من الفعل طلق يطلق طالقا وتطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك⁴ مأخوذ من الفعل طلق يطلق طلاقا.

ومأخوذ من الإطلاق، وهو: الترك ويقال طلق رجل طلق الوجه، وطلق الوجه، وطلق امرأته تطليق فهي طالق، وطالقة.

جاء على لسان العرب: التخليّة، والإرسال، وحل العقد، وهو بمعنى الترك أما التطليق من جهة اللغة لا تختص به الزوجة دون الزوج لأن التطليق، والطلاق لغة كلاهما سواء، أي يمكن أن تطالب به المرأة، والرجل.⁵

¹ وهبة الزجيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط2241، 4 هـ نقلا عن نايف عضل النساء والتفريق للشقاق، ص 205.

² محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي، وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي 2012، ص 232.

³ مسعود جبران الرائد المعجم اللغوي عصري، بيروت لبنان، دار علم الملايين، ط7. مارس 1992 ص 524.

⁴ ليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهد القضائي للمحكمة العليا، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون.

⁵ محمد بن مكرم ابن منصور، لسان العرب، بيروت، لبنان دار صادر، مجلد 10 ص 299.

2/ التعريف الاصطلاحي:

هو منح الزوجة حق طلب الانفصال عن زوجها بناء على طلبها الذي تقدمه للقاضي، إذ يفيد المدلول الفقهي للتطليق صلاحية الزوجة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب المعتبرة شرعا، وقانونا وفقا لتحديدات الفقهاء، والتي يستحيل معها استدامة الحياة الزوجية.

ويكون التطليق بحكم من القاضي متى إستقر أمامه جدية السبب الذي إستندت عليه الزوجة في طلبها الرامي إلى الإنفصال عن زوجها.¹

هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة يتم بحكم من قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عمال بقواعد العدالة، والإنصاف، والتطليق يكون بطلب من الزوجة، وبموافقة القاضي، ويتدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة، وتبعا لذلك فهي لاتستطيع تطليق نفسها بنفسها من زوجها لذا أجازت لها الشريعة الإسلامية الإلتجاء إلى القضاء، وإنهاء الرابطة الزوجية جبرا على الزوج.

التطليق هو تفريق يوقعه القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة، إذا ما تحقق سبب من الأسباب المذكورة في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وعلى هذا الأساس منح لها الحق في طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة، وإستنادا للقانون.

والتطليق هو ذلك الطلاق الذي يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، طالما أن الزوجة متضررة في الحياة الزوجية والقاضي يفرق بينها، وبين زوجها طبقا لقواعد العدالة، والإنصاف.²

¹ خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أكلي محمد أو الحاج، البويرة 2013 ص 90.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط 1994، 01 ج 01، الزواج والطلاق ص 273.

أ) قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا بخصوص التطليق، وإنما إكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 ق. أ. ج.¹ كما أن المادة "48" باستقراءها نجدها قد أعطت للطلاق، والتطليق مفهوم واحد، رغم أن الأول يكون بإرادة الزوج، وهو الأصل، أما الثاني فيتم بإرادة الزوجة، والأسباب معينة عن طريق القضاء.

وقد عرفه الجندي بأنه التفريق بين الزوجين بمعرفة القضاء، إذا قامت أسباب تبريره، فإذا ظهر من الزوج ضرر، وثبت في حقه، وجب للقاضي أن يستجيب لطلب التطليق.² فالمشرع الجزائري إستعمل مصطلح التطليق في المادة 53 ق. أ. ج، للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل 53، ومابعده في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي إستعمل مصطلح التفريق في المادة "105" من قانون الأحوال الشخصية السوري.

أما المشرع التونسي لم يورد هذين المصطلحين، بل عبر عن ذلك بإنحلال الزواج بناء على رغبة الزوجة، أو بالرجوع إلى الآيات القرآنية التي تتكلم عن إنحلال الرابطة الزوجية، فلم يورد فيها إلا كلمة "الطلاق"، سواء كان طلب حل عقد الزواج صادر عن الزوج، أم عنهما معا.³

ب) التعريف الفقهي:

المرأة في الفقه الإسلامي إذا لم تجد سعادتها ترفع أمرها أمام القاضي من أجل التفريق بينها، وبين زوجها، ويتم ذلك بحكم قضائي.

¹ الأمر رقم (02-05) المتضمن قانون الأسرة، ص 211.

² أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (د.ط) دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 230.

³ منصور نور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة النشر، ص 12.

نجد أن المذهب الحنفي إقتصر فقط على العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية: كالجب، والخصاء، والعنة، وأن القاضي لايملك إلا الطلاق لعيب الزوج. أما بالنسبة للمذهب المالكي فقد وسع ذلك، فجعل التفريق لعدم الإتفاق، والتفريق للعيوب المستحكمة دون التقييد بعدد معين، والتفريق للضرر، والغياب، والسجن...¹ إذن فالتطبيق هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية للزوجة، وهو يؤسس على توافر الضرر الذي يصيبها من خلال تقاعس الزوج عن أداء واجباته الزوجية، مما يفسح المجال أكثر لتأسيس دعوى التطلاق، وهذا ما ينتج للزوجة فك الرابطة الزوجية. يختلف عن الطلاق كون أن الطلاق يقع بإرادة الزوج، وذلك لأن العصمة بيد الزوج، إما عن طريق التطلاق، فيكون بطلب من الزوجة، وإرادة القاضي. وهنا يكون سبب تدخل القاضي في هذه الحالة لأن العصمة ليست بيد الزوجة، وهي لا تملك القدرة على أن تطلق نفسها بنفسها عن زوجها، لذا أجاز لها القانون، والشريعة الإسلامية حق اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا على الزوج.²

ج) دليل مشروعية التطلاق

شرع الله عز وجل الطلاق للحفاظ على الحد الأسمى الذي شرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفظ الخلاف بين الزوجين، ليلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه، وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته. ويعتبر الكتاب، والسنة، والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعيته، وعليه سنتناول سند، ودليل مشروعية التطلاق من خلالهم في ما يلي:

¹ العربي بلحاج، نفس المرجع السابق ص 2731.

² فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب الجزائر 2008، ص35.

1- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.¹

وجه الدلالة:

الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقوم على المعاشرة بالمعروف، وأن تقوم على تبادل الحقوق المشروعة بينهما، فإذا إنتفى أهم هذه الحقوق، وهو الإمساك بالمعروف تعين التسريح بإحسان، لرفع الضرر عن الزوجة.²

فإن قام به الزوج إستجابة لأمر الشارع فعل خيرا، وإن لم يقم بذلك فإن القاضي هو الذي يوقع الفرقة لرفع الضرر عن الزوج .

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾.³

وجه الدلالة:

تدل الآية على جواز التفريق بين الزوجين، إذا تعذر الصلح بينهما، ويكون التفريق بينهما في هذه الحالة خيرا لهما من إستمرار حياة التعب، والشقاق، وإذا لم تتم التفريقة بإرادة الزوج بالطلاق، أو كليهما بالخلع، فيمكن للقاضي أن يتدخل بطلب من أحد الزوجين للتفريق بينهما، لرفع الضرر، وحل النزاع، والشقاق بينهما.⁴

2- من السنة:

قول الرسول صلى الله عليه و سلم: { لا ضرر ولا ضرار }.

¹ سورة البقرة، الآية 2291

² نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط، 2010 ص 205.

³ سورة البقرة، الآية 2293.

⁴ نايف محمد الجنيدي، نفس المرجع السابق، ص 2064

وجه الدلالة:

الحديث بمعناه النهي عن الضرر، وإن كان لفظه الإخبار أي لا يضر بعضكم بعضاً، والحديث عام، فالضرر الواقع من أحد الزوجين يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه.

فتجب إزالته وفقاً للقاعدة الفقهية الضرر يزال، ومن أمره، إزالته لإستحالة الأمر بالنقيضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق، إذا توافرت الأسباب.¹

ماروى محارب بن دثار بن عمر: أن النبي صلى الله عليه وسلم: {قال أبغض الحلال عند الله الطلاق}، ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع، ولكن بأسبابه، ودواعيه. وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والقتاف}.

وروى عنه أنه طلق حفصة، ثم راجعها، وما ورد عن النبي من قول، أو فعل، أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام.²

3- من الإجماع:

إنعقد الإجماع منذ عصر الرسول - صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محضورة أصلاً، ولا تباح إلا لحاجة، أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين، وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم، إلا لأسباب ملحة.

وما ورد عن النبي من قول، أو فعل، أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام.

¹ النجار عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستير) كلية الشريعة والقانون فلسطين 2004 ص 9.

² منصور نور، نفس المرجع السابق ص 15.

الفرع الثاني: أسباب التطبيق

إن الكشف عن الأسباب الدافعة إلى إنهاء علاقة الزواج متنوعة ومختلفة، وقد تتجاوز مسألة الكراهية، أو النفور، وتتعداه إلى أسباب موضوعية تتعلق بالعمل، وظروفه، أو الأهل، أو السكن، أو الدخل، أو العائلة، أو العادات، أو غيرها من الأسباب، مما يكشف لأحد الطرفين أن مشروع الزواج هذا فاشل، ولم يعد مغريا.¹

تبعاً لما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يمكننا تقسيم هذه الأسباب وفقاً لمضمونها إلى ثلاثة أقسام منها، ما هو متعلق بإخلال الزوج بالتزاماته إتجاه أسرته (أولاً)، ومنها ما هو متعلق بالجرائم المرتكبة من قبل الزوج على نحو يستحيل معه استمرار العلاقة الزوجية، (ثانياً)، ومنها ما يشكل مساساً بالنظام الأسري (ثالثاً).

أولاً: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الإلتزامات الزوجية

يعد إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية، وفقاً لما تضمنته المادة 53 ق. أ. ج، المذكورة أعلاه أحد الأسباب التي يمكن للزوجة من خلالها طلب التطبيق، متى كان هذا الإخلال يشكل مساساً بحقوقها، ويلحق ضرراً بها.

و قد ذكرت ذات المادة هذه الأسباب، على سبيل الحصر نذكرها كما يلي:

1) عدم الانفاق بعد صدور حكم قضائي يوجبه

نفقة الزوجة، وأولادها واجبة على الزوج، وهذا ما هو مقرر شرعاً، وقانوناً، فقد أقر المشرع بوجود نفقة الزوجة على زوجها هي، وأولاده.

وهذا ما جاء في قوله تبارك وتعالى: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ

فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا}.²

فدليل وجوب النفقة في قوله تعالى، في الآية الكريمة، هي كلمة "ينفق" أي على الزوج، أن

ينفق على زوجته، وولده بقدر سعة رزقه.

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 352.

² سورة الطلاق، الآية 07.

أما من الناحية القانونية، فقد أوجب قانون الأسرة الجزائري نفقة الزوجة على الزوج.¹ وفقا لنص المادة 74 منه والتي جاء فيها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو بدعوتها إليه ببينة، مع مراعاة أحكام المادة 78، 79، 80 من هذا القانون".² بناء على إعتبار النفقة حق للزوجة في مواجهة الزوج، فقد رتب المشرع على إخلال الزوج بهذا الواجب حق الزوجة في طلب التطليق من زوجها،³ وفقا لما جاء في نص المادة 53 ق.أ.ج، في فقرتها الأولى: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الانفاق بعد صدور حكم يوجبه ما لم تكن عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

ونستخلص من النصوص المذكورة أعلاه أنه تقرر للزوجة طلب التطليق من زوجها، في حالة إخلاله بواجب النفقة عليها، أو على أولادها، أو عليهما معا.

(2) الهجر في المضجع فوق أربعة اشهر

شرع الهجر في المضجع كوسيلة من الوسائل التأديبية، التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بغية تهذيبها، وإرجاعها إلى طاعته، في حال نشوزها منه، أو عدم إحترام واجباتها الزوجية.

لكن الهجر من المضجع كوسيلة تأديبية ينضبط وفقا لما اقتضاه الشرع من ضوابط، وشروط محددة.⁴

¹ خالد قاري، المرجع السابق، ص 26.

² الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة.

³ الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة.

⁴ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية الجزائر، ص 105.

فمن الناحية القانونية نص المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الثانية، نصت على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حال الهجر في المضجع لمدة تزيد على أربعة أشهر، بغير عذر مبرر شرعا، ولا قانونا.

أما من الناحية الشرعية، فالدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾.¹

(3) الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

تقوم العلاقة الزوجية وفقا لما هو محدد شرعا، وقانونا على المودة، والتعاون بين الزوجين، وحق كل منهما في التمتع بالآخر، على الوجه الشرعي، والقانوني المحدد لذلك، وهو الأمر الذي يتطلب من الناحية المنطقية إجتماع الزوجين المستمر.

من هذا المنطلق فإن الضرر لا محال متوقع في حال غياب أحد الزوجين عن الآخر، ونخص هذا تحديدا غياب الزوج عن زوجته لمدة طويلة، وبصفة مستمرة، وهو الأمر الذي راعته أحكام الشرع، والقانون.²

فالغيبة سبب من أسباب طلب الزوجة للتطليق، وعلى القاضي أن لا يحكم بالتطليق إلا بعد إنذار الزوج، إما بالإقامة مع زوجته، أو بضمها إليه في مكان إقامته، على أن يضرب له أجلا لا يتجاوز سنة.³

¹ سورة النساء، الآية 34.

² خالد قاري، المرجع السابق، ص 29.

³ الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 108.

وقد جرم قانون العقوبات فعل ترك الأسرة بمعاقبة الزوج بالسجن، والغرامة، وذلك وفقا لما

جاء في نص المادة 331 منه.¹

ثانيا: الأسباب المتعلقة بالجرائم المرتكبة من طرف الزوج

الزواج هو ذلك الميثاق الغليظ القائم على حفظ، وصون كرامة كل من الزوجين، من خلال سعيهما للحفاظ على سمعة، وشرف الطرف الآخر، وهو الأمر الذي لا يتحقق، إلا بحرص كل منهما، على الابتعاد عن كل سلوك، أو فعل قد يشكل مساسا بسمعة، أو شرف الطرف الآخر من جهة اخرى، وكيان الاسرة ككل من جهة اخرى.

ومن هذا المنطلق فإنه يتعين شرعا، وقانونا، للزوجة طلب الانفصال عن زوجها، بداعي إرتكابه لأفعال تشكل مساسا بشرف، وسمعة الأسرة، وتحول دون إمكانية إستمرار العلاقة الزوجية.²

1) الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

يجب أن يكون الزوج قد إرتكب جريمة فيها مساس بالشرف، و يستحيل معها مواصلة العشرة، والحياة الزوجية³ وهذا ما إشتطره المشرع الجزائري في الفقرة "4"، من المادة 53 من ق. أ. ج، دون تحديد مدة معينة للعقوبة، التي يمكن على إثرها للزوجة طلب التطليق، بل إكتفى فقط بذكر جواز طلب الزوجة للتطليق بمجرد إدانة الزوج، ولا تهم مدة العقوبة، كما لم يشر نهائيا للجرائم التي تمس بشرف العائلة، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

على خلاف ماكانت تنص عليه المادة 53 في فقرتها 04 من ق أ ج، قبل التعديل الجديد بموجب الأمر 02 / 05 على أنه: "يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائعة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، ويستحيل

¹ الأمر 155\66، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 48، المؤرخ في 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

² خالد قاري، المرجع السابق، ص 32.

³ المرجع نفسه، ص 32.

معها مواصلة للحياة، والعشرة الزوجية" حيث قام بحذف "العقوبة الثنائية" كما قام بتحديد العبارة الدالة، على تحديد مدة العقوبة "أكثر من سنة".¹

(2) إرتكاب الزوج فاحشة مبينة

نصت الفقرة السابقة من المادة 53 ق.أ.ج على: "أنه يجوز طلب التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة، وهي حالة يوشك المشرع الجزائري، أن ينفرد بالنص عليها من القوانين العربية الإسلامية الأخرى، وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة، هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم، والمنصوص عليها في المادة "337" مكرر، من قانون العقوبات الجزائري.²

بما أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي التي إعتبرتها كذلك فإنه بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني نجدها تنص على ما يلي: "يسري القانون جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها، أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".³

يتحدد مفهوم الفاحشة المبينة كسبب لطلب التطليق من زوجها أن هو إرتكب هذه الفاحشة، وفقا لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، فقد ورد في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك، والأنظمة إخلالا كبيرا ومن ذلك:

قول المولى عز وجل: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾.⁴

وقوله أيضا:

¹ الأمر رقم 48-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد المؤرخ في 12 جوان 1984 المعدل و المتمم.

² منصورى نورة ، المرجع السابق ص 62.

³ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26-09-1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخ في 30-9-1975 المعدل والمتمم.

⁴ سورة الإسراء، الآية 32.

﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾¹

ثالثاً: الأسباب التي تمس بالنظام الأسري:

تقوم الرابطة الزوجية على أساس المودة، والرحمة، والإحترام المتبادل بين الزوجين، بما يضمن الإستقرار النفسي، والإجتماعي للزوجين، وللكيان الأسري ككل، وبذلك فقد حرصت أحكام الشرع، والقانون على إلزام كل من الزوجين بالمحافظة على البناء الأسري، وعدم المساس به، وتعريضه للإهيار.

بالمقابل فإننا نجد أن قانون الأسرة الجزائري قد أعطى الزوجة حق طلب التطبيق من زوجها، في حال ما ثبت لها ما يستحيل معه المحافظة على الكيان الأسري بينهما وذلك من خلال المادة "53" من ق. أ.ج. فيما يلي توضيح ذلك:

(1) العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

أجاز القانون للزوجة طلب التطبيق على الزوج لوجود عيوب به تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والنص أطلق بالنسبة للهدف من الزواج، وأهداف الزواج متعددة حددت المادة الرابعة من القانون بعض منها: تكوين أسرة أساسها المودة، والرحمة، والتعاون، وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب.

والقانون أظهر هذا الهدف لأن المجتمع لا يكون صالحاً إلا إذا كان تكوينه من أسرة سليمة صالحة.

والقضاء الجزائري يقول من المقرر قانوناً، وقضاءاً أنه يجوز للزوجة طلب التطبيق إستناداً إلى عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء.

والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هي: مقاصد الزواج التي شرعها الله

عز وجل فإذن في إبتغائها.

¹ سورة الأعراف، الآية 33.

إذا كان نص المادة أجاز للزوجة وحدها طلب التطلق على زوجها للعيوب، فإن المقصود بالعيوب تلك التي تكون في الزوج، وهي: (الجب، والخصاء، والعنة، والإعتراض، يضاف إلى ذلك الجنون والجدام والبرص) ويدخل في ذلك كل عيب ينفر منه الطبع السليم، ولا يسكن النفس بالعيش مع المصاب به.¹

(2) التطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين

إعتبر المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين سبب من الأسباب التي تمنح للزوجة الحق في طلب التطلق² وقد كان للإجتهد القضائي أثر كبير في إحداث قاعدة إعتنى بها المشرع لترقى إلى قاعدة قانونية، إستحدثت بموجب التعديل الجديد، وخص به الفقرة الثانية، من المادة 53 بنصها "...الشقاق المستمر بين الزوجين" في حين جل التشريعات تلحقه إلى الفقرة العاشرة، من نفس المادة.. كل ضرر معتبر شرعا".

يحق للزوجة طلب التطلق في حالة الشقاق المستمر الذي يستحيل معه إستمرار الحياة الزوجية، وعلى القاضي بذل الجهد للإصلاح بين الزوجين، وإذا عجز عن الإصلاح، وثبت الضرر حكم بتطبيق الزوجة.³

يجب أن يستوفي الشقاق جميع إجراءات المعالجة ومنها التوفيق بين الزوجين والوساطة والتحكيم بينهما حتى يكون مبررا لطلب الزوجة الرامي إلى التطلق⁴، إذ جاء في نهاية نص المادة 56 ق.أ.ج:

"إن إشتد الخصام بين الزوجين و ترتب الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

¹ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ص 114-115
² صغير سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطلاق والخلع من خلال قانون أ.ج مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

القانون الخاص تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية الوادي 2014 -2015

³ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 109.

⁴ المرجع نفسه، ص 110.

3) التطبيق لمخالفة شروط القانون عند تعدد الزوجات

نصت المادة 8 من ق.أ.ج، بأنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8..."، أجاز القانون للزوجة بأن تطلب التطبيق على زوجها عند مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8...

وقد إختص نص المادة 8 والمادة 8 مكرر بالالتزام بالشروط التالية: إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجة.¹

4) مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

يعد الإسلام الركن الأصل للأسرة، وهذه الأخيرة هي الدعامة الأولى في بناء المجتمع، وقد منح حق الإشتراط لكلا الزوجين في عقد الزواج، ما دامت هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله، وسنة نبيه.

كما أعطى الإسلام الشروط التي بين الزوجين من المكانة ما يتناسب وقيمة العلاقة الزوجية، والشروط المقصودة هنا، كأن تشترط الزوجة أن تواصل عملها، أو دراستها بعد الزواج، أو تشترط أن يكون لها مسكن خاص، ومنفرد عن منزل عائلة الزوج.

والمشعر الجزائري أجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يرون أنه ضروريا ما لم يكن مخالفا لنص القانون،² وقد خص بذلك صورتين للإشتراط، وهما: تعدد الزوجات، وعمل المرأة، وهو ما نصت عليه المادة 19 من ق.أ.ج

5) كل ضرر معتبر شرعا

عرف المالكية الضرر بأنه ما لا يجوز شرعا، وضربوا لذلك أمثلة، كهجر الزوج زوجته بلا موجب شرعي، وضربها، أو سبها، أو سب أبيها، حتى إن البعض إعتبر الضرر بأنه

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 118-119.

² نذير سعاد، التطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة السنة الجامعية 2012-2013 ص 30.

مضابطة أحد الزوجين للآخر، مما لا يجوز شرعا، ولا يحتمل عادة، والبعض الآخر وصف الضرر بأنه لا يمكن معه إستمرار الحياة الزوجية من أجل ذلك تدخل القضاء لتقدير الضرر الذي تطلب الزوجة التطليق بسببه، فقيل أن التطليق للضرر إنما شرع للأخذ بناصر من يلحقه الأذى، والضرر من الزوجات، مادامت الإساءة آتية من الزوج، لأن الحكمة من الزواج، إنما هي دوام الألفة، والمحبة، والإخلاص بين الزوجين، وهذه الحكمة ينافيها تشهير الزوج بزوجته. والضرر بالمعنى الذي وصفه القانون يدخل فيه "الضرر المعنوي" ، و"الضرر النفسي"، أي كل ما يلحق بنفس الزوجة من ألم بسبب قول غير لائق بها، أو حتى تشبيهها بما لا يليق من الأمور.

كما أن ترك الكلام مع الزوجة يعتبر ضررا والقضاء الجزائري في أحكامه إعتبر من الضرر أن لا يوفر الزوج لزوجته مسكنا منفردا بعد الحكم عليه بذلك وطالت فترة الخصام بين الزوجين بسبب ذلك، كما اعتبر كل الخلاف بين الزوجين لعدم الإتفاق ضررا والضرب الواقع من الزوج على زوجته يعتبر ضررا.¹

المطلب الثاني: التمييز بين التطليق والخلع والطلاق

يعتبر كل من التطليق، والخلع، والطلاق وسيلة لفك الرابطة الزوجية، لذلك سندرس في هذا المطلب التمييز بينهما، من أجل توضيح ذلك سنتناول في الفرع الأول (التمييز بين التطليق للضرر والخلع) أما بالنسبة للفرع الثاني سنتطرق إلى (التمييز بين التطليق والطلاق) على النحو الآتي:

الفرع الأول: التمييز بين التطليق و الخلع

قبل التطرق إلى الفرق بين التطليق للضرر والخلع، يجب علينا أولا دراسة الخلع لغة وإصطلاحا، وكذلك بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري كما هو موضح كالاتي:

¹ أحمد نصر الدين الجنيدي، المرجع السابق، ص 123-124.

أولاً: تعريف الخلع لغة

يقال خلع الرجل ثوبه خلعا بفتح الخاء أي أزاله عن جسده، وخلع زوجه خلعا بضم الخاء، أي أزال عصمتها والخلع هو إفتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها.¹

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

1- شرعا

عرفه الفقهاء تعريفات كثيرة حسب نظرة كل فريق لمسألة الخلع، وقد إهتموا بتحليل وطرح المفاهيم المختلفة لمعنى الخلع شرعا، العديد من فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة وغيرهم، وسنتعرض لبعض الآراء فيما يلي:

أ) عند الحنفية

عرفه ابن نجيم الرائق، وهو من الأحناف: " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه.²

2) عند المالكية

عرفه بعض المالكية بأنه طلاق بعوض أي معاوضة فلو أحال عليها الزوج فماتت أخذ من تركها أو إتبعته به.

3) عند الشافعية

عرف الشافعية الخلع كما عرفه المالكية، وليس لديهم الفرق بين الخلع، والطلاق على مال، فهما شيء واحد، وغالبا لا يكون عندهم الخلع بدون عوض. كما أنه لا يختص بلفظ معين، وعرفوا الخلع بأنه هو فرقة بعوض مقصود بلفظ، طلاق، أو خلع ارجع لجهة الزواج.

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص352.

² محمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير ط 02، دار الفكر، ج 04، بيروت، ص 210.

4) عند الحنابلة

عرفه فقهاء الحنابلة الخلع بأنه فراق الزوج إمراته بعوض يأخذه منها، أو من غيرها

بألفاظ مخصوصة.¹

2) قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع تناول الخلع، في نص واحد من دون أن يعطي تعريفا له، وهو نص المادة 54 منه المعدلة بموجب الأمر 02/05، المعدل، والمتمم لقانون الأسرة "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم".²

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري، بين أن للخلع أحقية للزوجة لمخالعة نفسها، دون حاجة إلى موافقة الزوج، مقابل مبلغ من المال.

ثانيا: التمييز بين التطبيق للضرر والخلع

1) من حيث ماهية:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يعرف كلا من التطبيق، والخلع في المادتين

53 و 54 ق. أ.ج

كما أنه لم يحدد الصيغة، أو ألفاظ التطبيق على عكس الخلع، الذي إشتراط فيه لفظ "المخالعة".

والخلع يعتبر وسيلة الزوجة لفك الرابطة الزوجية بينها، وبين زوجها، لكنه لا يكون لهذا

السبب أي أضرار من الزوج بها، وإنما بمجرد بغضها له، والتي تكون بدون موافقة الزوج

حسب نص المادة 54 ق. أ.ج.³

¹ ابو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 04، ج 02، 1975 ص 50.

² الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

³ سميرة معاشي، أحكام التطبيق على ضوء التعديلات الجديدة ق أ ج، مجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 06، ص 202.

فلا يمكن للزوجة ممارسة حقها في التطليق إلا تأسيساً على ضرر منصوص عليه قانوناً، أو ضرر معتبر شرعاً، وهذا ما جاء في المادة 54 الفقرة 2 ق.أ.ج، قبل التعديل، والتي أصبحت في الفقرة العاشرة، خلافاً للخلع الذي لا يكون سبب أي أضرار من الزوجة لزوجها لمجرد بغضها له.¹

(2) من حيث الأساس:

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي جاء من أجله النكاح، ليكون وسيلة لغض النزاعات، والخلافات بين الزوجين، وهذا من ناحية القرآن، والسنة النبوية لأساس أي فعل، وهذا ما نعالجه في التطليق.

* القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ²﴾

* السنة النبوية

روى حارب بن دثار عن عمر: أن الرسول صلى الله عليه وسلم: قال "أبغض الحلال عند الله الطلاق".

¹ عبد القادر بن داوود، إشكالات ق.أ.ج، الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 05-02، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، الجزائر، ص 91.
² سورة البقرة، الآية 231.

*الناحية القانونية

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 ق.أ.ج على جواز التطليق من طرف الزوجة،

ولكن للأسباب التالية:¹

- 1- التطليق لعدم الإنفاق.
- 2- التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- التطليق للهجرة في المضجع فوق أربعة اشهر.
- 4- التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة، والحياة الزوجية.
- 5- التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.
- 6- التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في نص المادة 8 ق.أ.ج.
- 7- التطليق للإرتكاب فاحشة مبينة.
- 8- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين .
- 9- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .
- 10- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

بينما الخلع قد جاءت آيات قرآنية منها قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾²

¹ أبو داود: سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق باب في كراهية الطلاق رقم الحديث

2178 المكتبة العصرية، بيروت ج 2.

² سورة البقرة، الآية 229.

3) من حيث الآثار

من المعلوم أن الطلاق بصفة عامة يترتب عليه جملة من الآثار الخاصة بالزوجين من نفقة، وعدة، وما هو خاص بالأولاد، من نسب، وحضانة¹، وسكن. وما يميز التطبيق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها، جراء إخلال الزوج بالتزاماته إتجاهها، حسب نص المادة 53 مكرر ق. أ. ج، فهذا الفراق الذي يقوم القاضي فيه تمليك الزوجة عصمتها كرها على زوجها، ومن ثم يكون تفريضا لها بدل من تطليقها على المال، أو مخالعة نفسها على فداء تقدمه لزوجها²، بخلاف الخلع، فإنه سقط ما نشأ قبله من الحقوق الزوجية مثل: النفقة الزوجية، والصداق المؤجل، والمؤخر، واللاحق، والنفقة المتعلقة بالعدة، لأنه ينشأ بعد الطلاق، ولا يجوز أن تكون الحضانة مقابل الخلع لإعتباره عقد معاوضة³.

الفرع الثاني: التمييز بين التطبيق للضرر والطلاق

قبل التطرق إلى الفرق بين التطبيق والطلاق سوف نحاول بشكل مختصر إعطاء مفهوم حول الطلاق أولا.

أولا: مفهوم الطلاق لغة

جاء في لسان العرب طلقت البلاد فارقتها طلقت تركتهم، والطارق من الإبل التي طلقت في المرسى، وقيل هي التي لا قيد عليها وطلاق النساء لمعنيين أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية، والإرسال ويقال للإنسان، إذا اعنق طليق، أي صار حرا، ويعبر طلق بغير قيد، والطلاق الأسراء العنقاء⁴.

¹ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص 175-176

² الجندي أحمد نضر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2009 ص 125.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 256.

⁴ محمد بن كريم بن منصور، لسان العرب، بيروت، لبنان، دار صادر، مجلد 10.

* التعريف الفقهي

سنورد فيما يلي تعريف الطلاق في المذاهب الأربعة على النحو الآتي:
المذهب المالكي: يعرف الطلاق بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج لزوجته موجبا تكرارها مرتين، زيادة على الأولى للتحريم.¹

المذهب الحنفي:

يعرف الطلاق بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال والمال بلفظ مخصوص"، فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون في الطلاق البائن، وفي المآل يكون بعد العدة أي الطلاق الرجعي واللفظ المخصوص: هو الصريح كلفظ الطلاق والكتابة كلفظ البائن، والحرائم، والإطلاق يقوم مقام اللفظ والكتابة، والإشارة المفهمة.²

المذهب الشافعي: عرف الشافعية الطلاق بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق".³

المذهب الحنبلي: عرف الحنابلة الطلاق بأنه "حل قيد النكاح أو بعضه".⁴

3- التعريف القانوني

المشعر الجزائري وفي الوقت الذي الف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 84-11 وأعطى معنى للطلاق إذ نص صراحة على: "أن الطلاق حل عقدة الزواج...". فقد وضح أن الطلاق وسيلة يحل بها عقد الزواج.

¹ الشنقيطي أحمد بن أحمد الحنكي، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار أحياء التراث الإسلامي، قطر 1989، ص 04.

² ابن عابدين، محمد أمين بن عمر أفندي، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت 1994، ص 3.

³ الخطيب الشربيني محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج، ط 01، دار المعرفة، بيروت 1997 ص 34-35.

⁴ ابن قدامة، موفق الدين ابو محمد، عبد الله بن احمد بن محمود، المغني علي المختصر عمر بن أحمد الخرقى (دط) مكتبة الرياض الحديث، ج 07، الرياض، ص 306.

وهذا التعريف قريب لتعريف الحنابلة، ثم بين المشرع بعدها الأنواع التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتين 53-54 من نفس القانون.¹

ثانياً الفرق بين التطبيق والطلاق

(1)- من حيث الماهية:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف كلا من التطبيق، والطلاق بنوعيه في المادتين 48. 53 ق. أ. ج .

كما أنه لم يحدد ألفاظ التطبيق، بينما حدد ألفاظ الطلاق بإرادة منفردة للزوج وبالتراضي الذي يمكن أن تحدد ألفاظ الطلاق، أن تكون صراحة أو كتابة فألفاظ الطلاق صراحة مثل: كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، ويكون كتابة فالنية وحدها بدون تلفظ بالطلاق، كأن يقول الزوج لزوجته إذهبي إلى بيت أهلك.²

وقد يكون الطلاق بإرادة الزوج وحده، وهذا ما قد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها ومعاشرتها، وهو السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها وعليه فإن الشريعة الإسلامية أباحت الطلاق للزوج، فإنها جعلته في أضيق نطاق بناء لمبررات مشروعة وإلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق.³

أما عن الطلاق بالتراضي حسب المادة 48 ق. أ. ج. يجوز للزوجين سواء بناء على طلب أحدهما، وموافقة الآخر أو بناء على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة أن يلجأ

¹ بديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ط: دار الهدى، عين مليلة، 2012 ص 11-12.

² الجزائري أبو بكر جابر، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، دار الكتاب الحديث، مصر، ط 1422، 2002\02، ص 421.

³ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 221.

إلى المحكمة بقصد الطلاق، ووضع حل للرابطة الزوجية، وأنهما يرغبان في الفراق بإحسان مثلما تلاقيا قبل ذلك بإحسان¹.

أما عن التطليق هو الذي يقع بحكم من القاضي لتمكين الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية، إلا إذا تأسست عندها ضرر، والمنصوص عليه في المادة 53 الفقرة العاشرة، والتي حددت أسباب التطليق التي بواسطتها تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا تضررت منه².

(2) من حيث الأساس

لقد شرع الله تعالى الزواج لكي تبني أسرة أساسها المودة، والرحمة من أجل الحفاظ على الأسرة، وإنجاب الأولاد، والمحافظة على الأنساب، ولكن إذا إشتد الشقاق، والخصام بين الزوجين، شرع الله الطلاق الذي يعتبر حل للمشاكل التي تنتج عن الزوجين، وقد تتحل الرابطة الزوجية إما بالوفاء، والتي لا دخل للزوجين فيها، وهناك حالة أخرى تتحل بإرادة الطرفين، وعليه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد الكتاب، والسنة النبوية دليل مشروعية لأي موضوع.

* من القرآن الكريم

قال الله تعالى: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا}³.

قوله عز وجل: {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ}⁴.

* من السنة النبوية

نجد أحاديث كثيرة منها ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله عمر طلق إمراته في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فسأل عمر رسول الله عن ذلك فقال: "الرسول أمره فليراجعها فليمسكها

¹ سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد الطلاق، دار هومة، الجزائر، ط 2009، ص 124.

² بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2007، ص 227.

³ سورة النساء، الآية 130.

⁴ سورة البقرة، الآية 229.

حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء الله بعد و شاء طلق قبل أن يمسه العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"¹.

(3) من الناحية القانونية

فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 ق.أ. ج "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة و يمكن أن تكون هناك شروط للمطقة في الطلاق.

(1) الشروط الواجب توافرها في المطلق:

- أن يكون الزوج شخصيا أو رسولا عنه.
- أن يكون الزوج بالغا عاقلا.
- أن يكون الزوج قاصدا للطلاق، و مختارا غير مكره.

(2) الشروط الواجب توافرها في المطلقة:

أن تكون محلا للطلاق وتتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقية أو حكما لا يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- المرأة المتزوجة في عقد زواج فاسد.
- المطلقة قبل الدخول المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى.
- ألا تكون حائض، ولا في طهر منها فيها الزوج.²

أما عن التطليق لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 ق.أ. ج، التي أجازت للزوجة طلب التطليق الذي يوقعه القاضي وذلك للأسباب منصوص عليها في المادة 53 ق.أ. ج، والملاحظ أيضا من نص المادة، لم يوضح المشرع الجزائري الشروط التي تعتمد عليها الزوجة لرفع دعوى التطليق، أما عن الطلاق بالتراضي حسب المادة "48" ق.أ. ج. لم يبين المشرع كيفية إتمامه ويكون السبب القانوني للطلاق بالتراضي هو الإرادة المنفردة المشتركة، فهو يرفع

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص173.

² بلحاج العربي، المرجع السابق ج 01، ص 206.

الخرج عن الزوجين معا فإذا إشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين، ولم يتمكن من الإنسجام من بعضهما البعض بعد إستيفاء جميع الطرق اللازمة للمصلح بين الزوجين، واتفقا على الطلاق بطريق ودي فلهما ذلك.¹

ثالثا: من حيث الآثار

يترتب على الطلاق بكل أنواعه جملة من الآثار الخاصة بالزوجين، والأولاد من النفقة، والعدة، والنسب، والحضانة، والتعويض، وسكن المحضون فهنا لا يميز، ولا يغير الآثار، وتبقى نفس الآثار بالنسبة للزوجة، والأولاد.

¹ بن شويخ، المرجع السابق، ص 176.

المبحث الثاني: أحكام التطليق وطرقه

قد يحصل أن تتعرض الحياة الزوجية لمشاكل وخلافات بين طرفيها، مما يؤدي إلى تزعزع الثقة والتفاهم بينهما، ويحدث إذا تنافرت الطباع وصار الشقاق محكما فعجزت كل الحلول، مما يؤدي إلى إنهاؤها فتتعرض فيه الزوجة إلى أذى من قبل زوجها، لدرجة تصبح العشرة بينهما مستحيلة وبما أن العصمة عند الرجل حسب ما قضت به الشريعة الإسلامية، إلا أنه عندما تريد الزوجة فك الرابطة الزوجية، تلجأ للقضاء مقدما أسبابها فالشريعة الإسلامية كعدالة للزوجة، أعطتها الحق في طلب التفريق، أي أن التطليق كحق للمرأة، مقابل الطلاق للزوج.

وهذا ما سنتطرق إليه في **المطلب الأول**، تحت عنوان " طرق التطليق " مقسم إلى فرعين، أجازهما المشرع: التطليق للضرر المعتبر شرعا، والخلع.

المطلب الأول: طرق التطليق

والذي تناولنا فيه فرعين **الفرع الأول** تحت عنوان " مفهوم التطليق للضرر المعتبر شرعا"، و**الفرع الثاني** " الخلع".

الفرع الأول: التطليق للضرر المعتبر شرعا

تتعرض الزوجة لأنواع شتى من الضرر من قبل زوجها، وقد تتضرر منه ضررا مستمرا على وجه يستحيل معه استمرار العشرة بينهما وقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة، ولا ويؤذيها بأي نوع من الأذى سواء كان ماديا، أو معنويا فيخالف أحكام عقد الزواج، فإذا تعرضت للظلم والإهانة، والأذى، هنا يتطلب على الزوجة أن تسعى إلى حل هذه الرابطة الزوجية.

فالشريعة الإسلامية لم تحرم بدورها المرأة من رفعها للعصمة الزوجية، كحماية لها من الأذى الذي يلحق بها، والمتمثل في تصرفات تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج، والضرر يزال بموجب قوله تعالى: {إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا}.¹

قد أولى المشرع أهمية كبيرة لحقوق الزوجة، ولا يبخل حقها في الطلاق، فأعطى لها الحق أن تقيم دعوى أمام محكمة الأسرة تطلب فيها التطبيق من الزوج لإستحالة العشرة، والعلاقة الزوجية بينهما، وهذا ما جاءت به حصرًا المادة "53" من قانون الأسرة الجزائري.

1) مفهوم الضرر

أولاً: الضرر لغة: الضَرْ، الضَّرُّ، كل ما هو ضد النفع²، والضرُّ بالضم الهزال، وسوء الحال، ومن هنا أتت المَصْرَّةُ والهزال والفقر، والشدة ويرد الضرر أيضا بمعنى الضيق والنقصان يدخل في الشيء.³

وقد وردت لفظة الضرر في كتاب الله قوله تعالى: ﴿وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾.⁴

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرِّ مَسَّهُ ۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾.⁵

والضرر إلحاق الأذى بالغير.

¹ سورة النساء، الآية 35.

² عبد القادر رازي، مختار الصحاح، ص 538.

³ ينضر في ذلك ابن منصور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري.

⁴ سورة البقرة، الآية 177.

⁵ سورة يونس، الآية 12.

ثانيا: الضرر اصطلاحا

(أ) في الفقه الاسلامي: يرتبط مصطلح الضرر في الفقه الإسلامي كما عالجتها المذاهب الفقهية المختلفة، بالقاعدة الفقهية الرئيسية التي بنت عليها الشريعة الإسلامية أسسها وأحكامها، وهي قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" أو ما يعرف بالضرر يزال.

وتعددت التعاريف كما يلي:

فقه الشافعية وفقه الحنيفية والحنابلة: يربطون بالمنفعة التي تخص الشارع الأصلية في

الحقوق المرتبطة بالغير بما يضيق فيها ولا يجعلها نافذة.¹

الفقه المالكي: عرف الضرر أنه إيصال لمنفعة مستحقة.

من هذه المفاهيم نجد أن الضرر في العلاقة الزوجية هو إخلال أحد الطرفين بواجباته، وكل واجب يقتضيه حق الطرف الآخر، أو أي إهمال، أو إخلال يترتب عليه إستحالة العشرة الزوجية، وعدم تحقق الهدف من الزواج، إذا ثبت الضرر، ويؤدي للتطبيق سواء كان الإيذاء الصادر من الزوج "لفضيا"، أو "بدنيا".

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر، لكن ورد الضرر في ما يلي:

الضرر في قانون الأسرة الجزائري:

يربط قانون الأسرة الجزائري صراحة بين مصطلح الضرر، والطلاق التعسفي من

الرجل ضد المرأة²، فنص عليه صراحة في المادة 53 مكرر، بأنه "يجوز للقاضي في حالة

الحكم بالتطليق، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، كما ارتبط بكلا الزوجين

في حالة نشوز أحدهما، واستوجب على القاضي بذلك الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.³

¹ أحمد، سوافي، الضرر في الفقه الإسلامي تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، مجلد 1 دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية سنة 1997، ص 80-81.

² الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير، 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد 15

3 المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري

وعليه نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر المعتبر شرعا، كما لم يحدد أنواعه، ويمكن توافره إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق شرعا، أو إهمال النفقة الشرعية، أو التصرفات المسيئة تجاه زوجته...

من خلال النصوص السابقة نلاحظ غياب تعريف الضرر، لذلك يتعين علينا الرجوع إلى القواعد العامة في التشريع الجزائري.

الضرر في القانون المدني الجزائري

إن المسؤولية المدنية هي إلزام شخص بتعويض الضرر الذي يسببه لشخص آخر، وهذا ما تنص عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري، في إطار المسؤولية التقصيرية، بقوله "كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض."

من هنا فالأركان العامة التي تشترك فيه المسؤولية التقصيرية، والعقدية بإعتبارهما من المسؤولية المدنية هم: الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

بتطبيق هذه المفاهيم على دراسة العلاقات الزوجية بشكل عام فإن الأزواج المخالفون لأحكام الشريعة الإسلامية في ما يتعلق بمقاصد الزواج العامة، والخاصة كالأمن، والطمأنينة، وبالالتزامات الزوجية المفروضة كوجوب النفقة، والمعاشرة الزوجية بالمعروف يؤدي هذا التعسف إلى تضرر الزوجة.

حالات التطبيق للضرر المعتبر شرعا

(1) الشريعة الإسلامية:

قوله تعالى: { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ }¹

¹ سورة البقرة، الآية 231.

بمعنى أن عدم الإعطاء، وعدم الإنفاق على الزوجة يعتبر إضراراً بها، لأن النفقة من التزامات الزوج لزوجته قوله تعالى:

{أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ} ¹

التفريق للشقاق ويقصد به وصول العلاقة الزوجية إلى نزاع، وشقاق مستمر إلى درجة إستحالة العشرة الزوجية بينهما، ويختلف ما إذا أثبتت الزوجة الضرر فيطلقها القاضي.

وهذا التفريق للشقاق أخذ به الإمام مالك، وأحمد بن حنبل

وقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوقِّعِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا} ²

التفريق لوجود عيب، أو علل، وقد قسم الفقهاء العيوب إلى قسمين:

أ- عيوب جنسية تمنع وقوع الحق الشرعي بينهما.

ب- عيوب لا تمنع وقوع الحق الشرعي، لكنها منفرة، ويقع الضرر بسببها، وهذه العيوب إما تكون خاصة بالنساء.

وقد تعددت آراء الفقهاء في نوع الطلاق في حال التفريق للعيب، فذهب الحانفية،

والمالكية إلى أنه طلاق بائن، وذهب الشافعية، والحنابلة إلى كونه فسخ للعقد. ³

التفريق لحبس الزوج: وقد يكون حبس الزوج، والحكم عليه بعقوبة، وقد إعتدده مذهب

الحنابلة فإذا حبس الزوج كان لزوجته الحق في طلب التفريق، وأن تكون مدة الحبس قد مر

عليها عاما كاملا فما أكثر. ويكون الطلاق في هذه الحالة، طلاقا بائنا لوقوع الضرر عليها

في هذه المدة. ⁴

¹ سورة الطلاق، الآية 6 .

² سورة النساء، الآية 35.

³ كمال سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة 396-399 بتصرف.

⁴ عبد الوهاب حلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ص 172 بتصرف.

التفريق لنشوز احد الزوجين فيما فرض الله عليهما من طاعته ، قوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾¹

كما ورد في السنة:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: "الرجل تكون عنده المرأة، ليس بمستكثر منها، يريد أن يفارقها، فتقول: أجبك من شأني في حل،" فنزلت هذه الآية في ذلك.

التفريق لليلاء: وهو حلف أي يمين زوج على ترك وطء امرأته أربعة أشهر، فصاعداً

أي عدم معاشرتها

قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ،

وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾²

التفريق للغرور: هو طلب الزوجة التفريق بسبب الخداع، وإضهار عكس الحقيقة، وهو

إستعمال الرجل للحيلة قصد إبرام عقد الزواج، قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ﴾³.

(2)- في قانون الأسرة الجزائري والإجتهااد القضائي

قبل الدخول إلى حالات التطليق للضرر نتطرق قبلها إلى ما يلي:

الفقرة العاشرة من المادة " 53 " من قانون الأسرة الجزائري قبل، وبعد التعديل .

¹ سورة النساء، الآية 128.

² سورة البقرة، الآية 226.

³ سورة النساء، الآية 142.

أولاً: قبل تعديل 2005¹ :

نصت المادة 53 ق.أ.ج. فقرتها السادسة: "كل ضرر معتبر شرعاً "لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 و"37 أعلاه".

حيث أن المادة 8 تنص على "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة 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 "

أما المادة 37: تدور حول واجبات والتزامات الزوج نحو زوجته.

من خلال هذه المواد نصل إلى أن المشرع الجزائري ذكر على سبيل المثال ما يعد ضرراً

معتبراً شرعاً، كالتالي:

في ما يخص تعدد الزوجات قيد التعدد إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما نصت عليه من شروط متمثلة في:

العدل بين الزوجات والقدرة على النفقة وعدم الزيادة على أربع أما بالنسبة في ما يخص علم الزوجة السابقة، واللاحقة.

إن الإجتهد القضائي أكد اشتراط موافقة الزوجة على عكس المشرع وهذا ما جاء به في قرار

المحكمة العليا 1-2005-19.

توفر المبرر الشرعي للتعدد

وهي المبررات الشرعية التي ألمّ بها الفقه للتعدد:

حالة عقم الزوجة.

إستمرار الشقاق بين الزوجين.

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق لـ 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15.

زيادة الرغبة الجنسية للرجل أكثر من زوجته ،حيث لا يمكن لها أن تلبى حاجياته الجنسية،
فيلجأ للزواج هروبا من المعاصي .

طلب الزوجة للتطليق في حالة غش الزوج

وذلك بإثباتها، ومن الحالات الواردة في إجتهاادات المحكمة العليا للتطليق المعتبر شرعا

ما يلي :

العجز الجنسي للزوج بعد إعطائه سنة كاملة للعلاج.¹

إساءة معاشرة الزوجة عن طريق اهانات خطيرة أو جسيمة.²

تهربه من الواجبات الزوجية دون سبب شرعي.³

تماطل الزوج في إرجاع زوجته.

تأخر الزوج بدخوله على زوجته لمدة خمس سنوات.

التطليق قبل البناء.⁴

ضرب الزوجة المبرح دون صدور حكم جزائي.⁵

ثانيا: بعد تعديل 2005

ألق المشرع الجزائري المادة 8 قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بتعدد الزوجات ضمن

الفقرة السادسة بعد التعديل، وألغى بالمقابل نص المادة 37 من نفس المادة.

وجاء ضمن هذا التعديل:

إشتراطه للترخيص القضائي في الزواج الجديد.

فسخ الزواج الجديد قبل الدخول.

¹ قرار قضائي 41703، بتاريخ 5-3-1986 محكمة عليا غ أش غير منشور، مق، 1992 ص 48.

² قرار قضائي 50519، 26-9-1998 محكمة عليا غ أش، م ق، عدد2، ص 48.

³ قرار قضائي رقم 34784، بتاريخ 19-11-1984، محكمة عليا 1989 غ أش م ق، عدد 3، ص 73.

⁴ قرار قضائي رقم 127179، بتاريخ 16-03-1996 محكمة عليا، غ أش، عدد 1 .

⁵ قرار قضائي رقم 2588555 بتاريخ 23-1-2001، محكمة عليا، غ أم ش، 2002.

جعل محكمة مقر الزوجية هي الهيئة القضائية المختصة في الترخيص للزواج في حالة التعدد [تعديل المادة 8 قانون الأسرة الجزائرية].

ثانياً: شروط الضرر الموجب للتطبيق

إكتفى المشرع الجزائري بوصف "الضرر المعتبر شرعاً".

فبالزوجة لا تطلق جبراً على زوجها، إلا إذا اثبتت الضرر الحاصل لها، ومن شروطه التي إستمدت من أحكام الشريعة الإسلامية ما يلي :

1- أن يكون صاحب الضرر الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته، أما إذا حدث الضرر بسبب غيره، كأقاربه، أمه، أبيه إنتفى شرط الضرر.

2- يجب أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج إضراراً يلحق بالزوجة، أو أحد فروعها، أو أصولها، ويقصد بالفروع الأبناء.

3- لا يمكن أن يعاقب الزوج بسبب الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة لممارسة حقه الشرعي، على سبيل المثال : أن يرفض تربية أولاده على ديانة أمهم المسيحية أو اليهودية

4- أن يكون مرتكب الضرر راشداً وأهلاً للتصرفات القانونية، أي كامل الأهلية وسن الرشد قانوني فأذا اجتمعت هذه الشروط يجوز للمرأة أن تطلب التطبيق طبقاً للمادة 10-53 قانون الأسرة الجزائري فإذا اعترف الزوج أو أثبتت الزوجة دعواها وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طليقة بائنة، وإذا عجزت عن إثبات البينة ورفض زوجها رفضت دعواها.

أما إذا طال أمد الخلاف وتكررت دعواها دون البينة فيعين القاضي حكمين للتوفيق بينهما، ويكون أحدهما من أهل الزوجة، والثاني من أهل الزوج محاولة للإصلاح بينهما وإذا تبين من الحكمين أن الزوج تسبب بضرر لزوجته، فما على القاضي إلا الحكم بالتطبيق، وإلزام الزوج بالتعويض إذا طلبت الزوجة.

الفرع الثاني: الخلع

إذا كان الأصل في فك الرابطة الزوجية أن يتم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي وضع الله عز وجل العصمة في يده، إلا أن الطلاق بإرادة الزوج ليس الطريق الوحيد لحل الرباط الأسرية، فمن الطرق التي يتم فك بها الرابطة الزوجية حسب ما جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة، "الخلع".

قد يحدث أن تكون المرأة هي الراغبة في التسريح، والكارهة للرجل لأسباب جسدية، أو خلقية، أو دينية، أو صحية لكبر السن، أو لضعف ونحو ذلك.

وهذا منشأ شقاق ونزاع، وعدم وفاق بين الزوجين ففي هذه الحالة فإن الإسلام قد شرع للمرأة في موازات الطلاق الخاص بالرجل طريقاً للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج، ورفع الضرر عنها، وذلك ببديل شي من المال تقتدي به نفسها، وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها لكن المشرع الجزائري لم يحدد في إجراءات الخلع "مدى إمكانية طلب الخلع قبل الدخول عن عدمه".

أولاً: تعريف الخلع

1- لغه: خلع، يخلع، خلعا، فيقال "خلع الثوب بمعنى نزعهُ"¹

وقد جاء في المصباح المنير: خالعت المرأة زوجها مخالعةً: إذا اقتدت منه، وطلقها على الفدية، فخلعها هو خلعا، والإسم الخلع بالضم، وهو إستعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس الاخر، فإذا فعلا ذلك، فكان كل واحد، نزع لباسه عنه.²

لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهن.³

¹ مسعود جبران ، الرائد معجم اللغوي عصري ص 342-343.

² المصباح المنير، المرجع السابق، ص 67.

³ أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفرق، دار هوسة للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر 2015 ص 186.

2- معنى الخلع اصطلاحاً:

(أ) فقها:

عند المالكية: عرفه ابن رشد بقوله: "الخلع هو بذل المرأة العوض على طلاقها"¹
 الحنفية: عرفه السيواسي بقوله: "لإزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع"²، والخلع شرعاً: إزالة ملك
 النكاح المتوقعة على قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه.

تعريف الشافعية: عرفه الشربيني أنه "فرقة بين الزوجين، ولو بلفظ مفاده بعوض مقصود

راجع لجهة الزوج"³

(ب) الخلع قانوناً:

يتم الخلع بعد إقامة دعوى أمام قضاء شؤون الأسرة المختص إقليمياً، ونوعياً، حسب
 الشروط، والأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، والإدارية الجزائية، وقواعد
 شؤون الأسرة.

نصت المادة 54 من الأمر 02-05 على الخلع، أنه: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج
 أن تخلع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوج على المقابل المالي للخلع بحكم القاضي بما
 لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"
 وبالرجوع إلى نص المادة 48 سالفه الذكر، نستنتج أن الخلع هو وسيلة لفك الرابطة الزوجية،
 وذلك عن طريق دفع مبلغ مالي للزوج، وبدون موافقته، وفي حالة عدم الإتفاق على هذا المبلغ
 من طرف الزوجين يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم.⁴

¹ أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي بداية المجتهد و نهاية المقتصد ط 04، ج 02، 1975 ص 50.

² محمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط 02، دار الفكر، ج 04 بيروت، ص 210.

³ الشربيني محمد الخطيب، المرجع السابق، ص 434.

⁴ صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطبيق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة
 ماجستير، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي 2014-2015.

3- دليل مشروعية الخلع

لقد ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب، والسنة.

أفي القرآن الكريم: لقد وردت آيات كثيرة استنبط منها الفقهاء أحكام الخلع، ونشير إلى أن الآيات التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع.

من الكتاب قوله تعالى :

"الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُعْتَمِرَ اللَّهُ حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُعْتَمِرَ اللَّهُ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"¹

وذكر الله تعالى في هذه الآية أن الطلاق مرتان، إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان،

فشرح الله للزوجة التي تريد التخلص من الرابطة الزوجية أن تدفع لزوجها مالا نظير تطليقها²

2- من السنة:

ذكر البخاري في الصحيح روايات لأحاديث عدة في موضوع الخلع منها: عن ابن عباس

رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله،

ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

إقبل الحديقة، وطلقها تطليقة".³

¹ سورة البقرة، الآية 229.

² بن الكثير، تفسير القرآن العظيم، ج 1 دار ابن الجوزي القاهرة 2008، ص 405-400.

³ صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري: 9: 466-467.

شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 لم يتعرض في نص المادة 54 منه على شروط الخلع بل أهملها، وأغفلها واكتفى فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان، أو يحدده القاضي عند مخالفتها على مقداره. بحيث أن لا يتجاوز المثل، ولهذا فبيان شروط وقوع الخلع سيكون اعتماداً على القواعد العامة في الفقه الإسلامي.

هناك عدة شروط للخلع نذكر منها ما يلي:

أ- بالنسبة للزوج "المخالع":

بناءً على "مبدأ كل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه" يشترط في الزوج أن يكون عاقلاً، راشداً وأهل للتصرف في ماله، وهذا ما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائرية: "على أنه يجب على الزوج أن يبلغ من العمر 21 عاماً على الأقل، إلا أن هناك حالات يجيز فيها القاضي الخلع قبل بلوغ سن 21 عاماً، إذا وجدت مصلحة في ذلك أما في حالة الزوج مريض الموت، فإنه إذا خالع زوجته ينفذ الحكم، ويلزم بدفع العوض.

ب- بالنسبة للزوجة "المختلعة":

نصت المادة 203 من قانون الأسرة الجزائرية

"يشترط أن تكون الزوجة بالغة، عاقلة، راشدة، وأن تتمتع بأهلية التبوع، وأن تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري، ويسقط صحته في حالة المجنونة، أو الصغيرة، أو السفيةة".

فلو كانت الزوجة كبيرة عاقلة، ولكنها غير رشيدة بأن كان محجوراً عليها لسفه، وأختلعت من زوجها على مال، سواء كان المال هو المهر، أو غيره وقع الطلاق البائن، ولا يلزم المال إما وقوع الطلاق، فلتعليقه على القبول، وقد وجد، وأما عدم لزوم المال فلان المحجور عليه للسفه ليس له أن يتبوع بشئ من أمواله، فالغى لزوم المال، وهذا بالنسبة للخلع وإن خالع الأب

غير الرشيدة على مال ضامنا له أي ملتزما لا كفيلا، لعدم وجوب المال عليها صح، والمال عليه بلا سقوط المهر لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب.

فإذا كان الذي تولى الخلع عن المحجور عليها وليها، فإن إلتزم أداء المال من ماله، فإن الطلاق يقع أما الزوجة المريضة مرض الموت¹، فإن طالبت الخلع فهو مقبول، وتكون ملزمة بدفع البذل لأنها أهل لجمع التصرفات المالية.

ج- وجود زواج شرعي

يشترط وجود زواج شرعي قانوني صحيح للزوجة حسب المادة " 54 " من قانون الأسرة الجزائرية، ولا يشترط أن يكون مسجلا في سجلات الحالة المدنية، وإذا كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي يجوز لها مخالفة نفسها.

أما إذا فسدت الرابطة الزوجية فإن حسب المواد (32....إلى 34) من قانون الأسرة الجزائري فالخلع هنا لا يقع أي بمعنى أن يكون محلا لإيقاع الطلاق، وذلك بأن تكون الزوجية صحيحة قائمة بينها وبين زوجها، سواء كان زوجها قد دخل بها أم لا، وأن تكون معتدة من طلاق رجعي.

د- بدل الخلع

حسب المادة 14 من قانون الأسرة الجزائرية، هو ما تدفعه الزوجة لزوجها مقابل أن تخلعه وقد تختلف قيمة البذل إما يكون نقدا أو ورقا، أو ذهباً، ومن شروط البذل أي الشيء المقابل للخلع، أن يكون معيناً، أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام.² ولا يصح بدل الخلع إذا كان مالا غير متقوم، كالخمر، والخنزير فإن خالغ الزوج زوجته على ذلك وقع الطلاق بائنا، وبطل البذل.

¹ عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه.

² المادة 94 و 96 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني : التعويض

يعتبر الضرر من الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم، فالضرر هو ذلك الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه، من بين النزاعات المطروحة مسائل "الطلاق" فالله تعالى خلق الزوجين، الذكر والأنثى، وأطر علاقتهما في إطار شرعي هو "الزواج"، الذي يقوم على أساس المودة، والرحمة، قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹

فبالرغم من أن الزواج يستلزم الاتزان ويبنى على أساس المودة، والدوام، إلا إن دوام الحال من المحال، وهذا الأمر لا يعدوا إلا أن يكون مجرد قاعدة ترد عليها الإستثناءات أهمها الفراق، والذي تتعدد أسبابه، فبمجرد إثبات الزوجة للضرر الذي تعرضت إليه من قبل زوجها وجب قانونا تعويض الضرر الناتج ، كما أن تقدير هذا التعويض تحكمه ضوابط لا بد أن يراعيها القاضي، دون الإخلال بسلطته التقديرية والتعويض هو: "واجب رد الشيء، أو بدله بالمثل أو القيمة"²

وضع قانون الأسرة الجزائري قيودا للطلاق ووضع اليات قانونية للحد من إنتشار هذه الظاهرة ومن جملة تلك الآليات "التعويض عن الضرر"، فقد منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة، سلطة تقديرية واسعة، ومطلقة خاصة دعوى التطبيق للضرر، وأثاره، حيث يجب على القاضي أن يتحقق من توافر أسباب التطبيق التي جاءت بموجب المادة 53 قانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005، وذلك بثبوت الضرر، وتقديره، والتعويض اللازم لذلك منصوص عليه في المادة 53 مكرر ق.ا.ج.

وهذا ما سندرسه في هذا المطلب الذي ينقسم إلى فرعين، الفرع الأول: مفهوم التعويض، والفرع الثاني: وسائل إثبات الزوجة للضرر.

¹ سورة الروم ، الآية 21.

² وهبة الزجيلي ، المرجع السابق ص 21..

الفرع الأول: مفهوم التعويض

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التعويض لغة، اصطلاحاً ثم إلى التعويض في القانون

الجزائري

أولاً: تعريف التعويض

1- التعويض لغة: عوض الشيء مثله، أو بدله، فيقال إعتاض هذا الأمر من ذلك اعتياضاً، ويقال " خذ هذا عوض عن ذلك".

العوض مصدر قولك عاضه، عوضاً، وعياضاً ومعوضة، وعوضه وأعاضه، وفي حديث أبي هريرة: " فلما احل الله ذلك للمسلمين، يعني الجزية، عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا والمستقبل التعويض"¹

التعويض إصطلاحاً: إن جمهور العلماء المالكية، والشافعية، والحنابلة لم يستعملوا لفظ التعويض، إنما إستعملوا مصطلح "الضمان"، أو "التضمنين"، الذي يقصدون به الكفالة ويراد بها ما يعم من ضمان للمال، أو ضمان للنفس، وذلك عند إلتزام الكفيل بعقد الكفالة، لذلك نجد في كتبهم باب الكفالة في الفقه بعنوان "الضمان"² ومن بين المفاهيم الفقهية ما يلي: التعويض وسيلة القضاء لجبر الضرر، أو التخفيف من وطأته وهو يدور مع الضرر وجوداً، وعدمًا ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه. وينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون أن يزيد، أو ينقص عنه، كي لا يكون عقاباً، أو مصدر ربح للمضرور، وعليه فالتعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية ويقدر بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات التي تتصل بالفعل غير المشروع كما قد يتداخل مفهوم التعويض مع المتعة، هذه الأخيرة

¹ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور الإفريقي المصري ، نفس المرجع السابق ص 21

² خارف محمد ، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع شريعة وقانون كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 27.

التي يدفعها الزوج للزوجة إذا وقع الضرر منه، وهي تعويض لما أصابها من ضرر وجبر لخطرها لما قام به، غير أنه إذا كان الطلاق من جهة الزوجة فلا متعة لها¹.

وحكم القاضي بالتعويض يكون على أساس الضرر الذي يلحق بها من زوجها، وعلى الزوجة أن تثبت الضرر الذي مسها بكافة وسائل الإثبات حتى يحكم القاضي لها بالتعويض الذي يتناسب مع الضرر².

ماهية التعويض:

يتولد عن المساس بجسم الانسان أو دمه المالية آثار من بينها التعويض العادل، والذي يعتبر جزءا لتحقيق أركان المسؤولية المدنية حيث بموجبه يتحمل مسؤوليته تجاه المضرور، فبالرغم أن التعويض لا يمحوا الضرر إلا أنه يساعد على الإصلاح ما حصل قدر المستطاع، ويهدف التعويض الى إعطاء المضرور مقابلا عما أصابه من خسارة، كما يشمل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر.

ثانيا: التعويض في القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري في نصوصه القانونية لم يفرق بين الضرر المادي، والضرر المعنوي أي أنه جاء بنص مطلق، وبما أن المبدأ العام للتفسير القانوني يقتضي بعدم التمييز طالما أن القانون لم يميز.

بالرجوع إلى نصوص المشرع الجزائري نجد أن المادة 124 ق.م.ج تنص على:

"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182...."
تنص المادة 182 من نفس القانون على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فإن القاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب"، من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع لم يتحدث إلا عن التعويض عن

¹ ندير سعاد، المرجع السابق ص 73.

² لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 100.

الضرر المادي وأهمل الضرر المعنوي على عكس ما أخذ به في قانون الأسرة، وهو ما جاء به في نص المادة 5 التي تنص على: "... إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي، أو معنوي لأحد الأطراف جاز الحكم له التعويض".

كما قد جاء في نص المادة 53 مكرر ق.أ.ج بالنسبة لمقصود بالتعويض إذ جاء فيه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتعويض أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ثانيا: مدى إعتبار مسألة التطبيق والخلع موجبة للتعويض

التطبيق والخلع هما طريقتان لحل الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، وهذا ما جاء به الشرع والقانون كحل لها وكلاهما يجد أساسه من الشريعة الإسلامية بجميع مصادرها، وكذلك في القوانين الأخرى من الدول العربية والإسلامية كما هو منصوص عليه في القانون الجزائري، ويعتبران طلبة بائنة ويثبتان إلا بواسطة القضاء الذي بدوره يفصل في طلب الزوجة. يعتبر مبلغ التعويض المبلغ الذي يحكم به للزوجة المطلقة نتيجة للضرر اللاحق بها، بسبب زوجها الذي أخل بواجبه تجاهها، إذا انطبق عليها أي سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ.ج.

والزوجة المختلفة تلتزم بدفع بدل الخلع للزوج، وفقدان حقوقها الزوجية، إلا أن بدل الخلع هو شرطا مسبقا أساسيا لصحة الخلع.

إن المشرع الجزائري يرى أنه لايجوز إسقاط أي حق من الحقوق¹ الزوجية في الخلع، لأن الخلع عقد معاوضة، وبالتالي لا يمكن أن يزيد على ما اتفق عليه الزوجين.

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 158.

الفرع الثاني: وسائل إثبات الزوجة للضرر

تتسم وسائل الإثبات في قضايا الشأن العائلي، والأسرة بخضوعها، ومرونتها، وقد لا تكون وسيلة الإثبات لواقعة ما وسيلة إثبات لواقعة أخرى، فعلى سبيل المثال: الشهادة من أهم وسائل الإثبات للوقائع المادية كالزنا، والهجر...، لكن في حالة عدم ممارسة الحقوق الزوجية "الهجر في المضجع"، لا يتصور إثبات ذلك عن طريق الشهود، فهي مسألة صعبة من حيث الإثبات، وكذلك الأذى النفسي... وهذه من الصعوبات التي تواجه المرأة في إثبات الضرر أثناء ممارسة حقها في طاب التطبيق للضرر.

إن المشرع الجزائري، أغفل الحديث عن وسائل الإثبات، إلا أن سكوته في حد ذاته يتيح للمتضرر إثبات ضرره، بكل وسيلة متاحة، ومن جهة أخرى نص على التطبيق للضرر بحالاته في المادة 53 ق.أ.ج.

عند رغبة الزوجة في التطبيق لتضررها وجب عليها أن تلجأ الى وسائل لإثبات الضرر وبعد تقديمها لتلك الوسائل تتدخل بعدها مهمة السلطة التقديرية للقاضي من وسائل إثبات الزوجة للضرر ما يلي:

(1) - الشهادة :

الإثبات بالشهادة هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤدون صحة الوقائع المتصلة بالقضية موضوع الدعوى، فالشهادة من الوسائل الإثبات المستعملة أكثر في إثبات الضرر في مواد التطبيق حسب المادة 150 ق.أ.م.إ.م. الوقائق التي تكون قابلة لإثباتها بشهادة الشهود، وتكون الشهادة مقيدة في القضية مثل: عقود الزواج العرفية يجوز فيها سماع الشهود¹ غير أن هناك أشخاص أعفاهم القانون من أداء الشهادة، ولا يجوز سماعهم كشهود، وهؤلاء حسب المادة 153 ق.أ.م.ج :

¹ عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص 61 و ما يليها.

لا يجوز سماع شخص كشاهد اذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.
لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقاً.
لا يجوز أيضاً قبول شهادة الأخوة، والأخوات، وأبناء العمومة لأحد الخصوم.
غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا

الخاصة بالطلاق، والأشخاص

(أ) - في القانون الجزائري والإجتهادات القضائية

تناول المشرع الجزائري شهادة الشهود في المواد من 333 إلى 336 من القانون المدني، إضافة إلى المواد 150 إلى 163 ق.م.أ.، تأخذ بشهادة الشهود سواء في قضايا الطلاق¹ أو التطبيق عموماً ويطلق عليها البيعة، ومن الإجراءات التي أحاطها المشرع بشهادة الشهود ما يلي²:

حضور الشهود المادة 154 ق.م.أ. عن طريق كتابة الضبط

أداء اليمين المادة 152 ق.م.أ.

أداء الشهادة الفقرة (2) المادة 158 ق.م.أ.

التوقيع على أقوالهم المادة 160 ق.م.أ.

والشهادة المتبعة والمعتمدة من قبل المشرع الجزائري هي شهادة رجل مع يمين المدعية في حالة التطبيق، وأوجب القضاء الأخذ بالشهادة على ما وقع على الزوجة المتضررة بالشهادات الطبية كون الطبيب المحرر للشهادة شاهد على ما وقع للزوجة من آثار ضرب أو أي آثار أخرى.

¹ قرار رقم 35322 بتاريخ 17\12\1984 محكمة عليا غ أش م ق 1989 عدد 4، ص 91.

² منصور المبروك، إجراءات الإثبات بالشهادة أمام القاضي شؤون الأسرة، مجلة معلم للدراسات القانونية، والسياسية، مركز جامعي تندوف العدد 01، 2009، ص 31-35.

(2) الإقرار

(أ) - الإقرار في القانون الجزائري

الإقرار أحد أدلة وطرق الإثبات التي أقرتها وقننت أحكامها أشرائع القانونية عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري على أنه:

" إقرار خصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بهاو عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " عندما تطلب الزوجة التطليق للضرر تكون أمام اقرار قضائي، أي اقرار الزوج أمام القضاء، بأنه يسوء معاملة زوجته .

فالإقرار عبارة عن نزول الحق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها، فلا يتضمن إنشاء لحق جديد في ذمة المقر، ولذلك أقرت المحكمة العليا أن عدم نفي الزوج بالإدعاءات الموجهة له من قبل الزوجة يعتبر إقرار منه.

بالإضافة للمشرع الجزائري، فقد عرفه المشرع اللبناني في م 210 أ.م.ل على أنه: " إقرار الخصم بواقعة أو بعمل قانوني مدعي بأي منهما عليه، ويكون قضائيا إذا تم أمام القضاء أثناء النظر في نزاع يتعلق بهذه الواقعة أو العمل، ويكون غير قضائي إذا تم على غير هذا الوجه، وعندئذ ثبت وفق القواعد العامة في الاثبات " ولذلك أقرت المحكمة العليا أن عدم نفي الزوج بالإدعاءات الموجهة له من قبل الزوجة يعتبر إقرارا منه.

(3) اليمين

هو القسم والحلف، وهو توكيد الشيء بذكر إسم أو صفة لله تعالى، وهي مأخوذة من اليمين التي هي اليد، لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه، واليمين هو توكيد الحكم بذكر إسم الله سبحانه وتعالى، أو صفة من صفاته على وجه مخصوص والقاعدة في اليمين هي "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

مشروعية اليمين:

تعتبر اليمين من قضاء الترك، ولا يصار إليها الا بعد عجز المدعي إثبات دعواه ولكن لا يحلف المدعى عليه أو المنكر لليمين إلا بطلب من الخصم، ويستثنى من ذلك بعض الحالات،

التي تقوم المحكمة بطلب ذلك والذي يحلف باليمين هو المدعى عليه نفسه، ولا يقبل من وكيله الحلف عنه، ولا يجوز الحلف بغيره لقوله صلى الله عليه و سلم: "إذا حلف أحدكم فليحلف بالله أو يصمت".

(أ) في القانون الجزائري:

ينقسم اليمين إلى "يمين حاسمة" ، و"يمين متممة"¹

وهذا ما نصت عليه المواد 343، 348 ق.م.ج، فيتمكن للزوجة التي تطالب بالتطبيق للضرر أن توجه اليمين لزوجها لكي تثبت ما تدعيه²، فإذا رفض تقبل دعواها، وهذا ما جاء في المادة 347 قانون مدني الجزائري "كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه فنكل عنها خسر دعواه".

ويترتب على ذلك أن الخصم الذي خسر دعواه نتيجة نكوله عن حلف اليمين لا يجوز له الطعن على الحكم الصادر بناء على النكول على اليمين إلا إذا كان هذا الطعن مبنيا على أن اليمين وجهت في غير حالتها أو على بطلان إجراءات توجيهها.

ج-القرائن

القرينة: هي العلاقة بين واقعتين الأولى مؤكدة والثانية مجهولة، وهي العملية المنطقيه التي تمكن القاضي من الإنطلاق من واقعة معلومة، من أجل الوصول إلى واقعة أخرى بطريق الإستدلال والإستقراء، وحسب القناعة التي يصل اليها القاضي من خلال ما عرض عليه في الدعوى موضوع النزاع .

¹ عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة ماستر كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون جامعة وهران 2006 ص 121-122.

² عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 122.

كما قد عرفها الأستاذ يحي بكوش كما يلي: "النتائج التي يستخلصها المشرع أو القاضي من واقعة، أو وقائع معلومة ثابتة لسحبها على واقعة أخرى غير موجودة، أو متنازع فيها، وكان يستحيل، أو يصعب إثباتها من الناحية العلمية¹."

القرائن في التشريع الجزائري:

قام المشرع الجزائري بتخصيص الفصل الثالث من الباب السادس المتعلق بإثبات الإلتزام من القانون المدني لموضوع القرائن، ولم يضع تعريف للقرائن بصفة عامة، ولا بصفة مباشرة، وخصص لها المواد من 337 الى 340 من القانون المدني، واكتفى بقوة الإثبات التي منحها لدليل القرينة القانونية ذلك حسب نص المادة "337" من القانون المدني الجزائري.

ونصت المادة 340 ق.م.ج " يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيزها قانون الإثبات بالبيينة.

وفي قانون الأسرة الجزائري المادة 53 المعدل، و المتمم بموجب الأمر رقم 0502 المؤرخ في 27 فبراير 2005 نجد الحالات التي ذكرها المشرع في فقرتها العاشرة، والتي تجيز طلب التطبيق بثبوت أحدها، فهي بذلك تصنف قرينة قانونية مقيدة للقاضي وجب عليه الحكم بالتطبيق لصالح الزوجة.

¹ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، طبعة 2، سنة 1988، ص 355.

ملخص الفصل الأول:

بعد أن تطرقنا في هذا الفصل إلى تعريف التطليق وأسبابه، إضافة إلى التمييز بين التطليق، والخلع، والطلاق وكذا إلى أحكام التطليق من خلال طرقه، وتقدير التعويض . نكون بذلك قد توصلنا إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق في قانون الأسرة، بل جعله حكرا على الزوجة فقط مقارنة ببعض التشريعات العربية الأخرى، هذه الأخيرة منحت حق التطليق لكلا الزوجين، وفي مقابل ذلك نجد أن أحكام الشريعة الإسلامية التي تحلينا إليها في المادة 222 ق.أ.ج لم تنص على التعويض المالي للأضرار المعنوية عكس القانون المدني. وما توصلت إليه الإجتهاادات القضائية قبل، وبعد تعديل قانون الأسرة والملاحظ أيضا نتيجة لصعوبة إثبات لضرر في التطليق تلجأ الزوجة إلى الخلع رغم فقدانها لحق التعويض.

الفصل الثاني: أحكام التطليق قبل البناء
في التشريع الجزائري

تمهيد:

لم يبقى الطلاق كما سلف حق إيقاعه من طرف الزوج وحده بإرادته المنفردة دون أن يتوقف على رضا من زوجته عنوة، وتتضرر من البقاء معه بل أصبح حق إيقاعه من طرف كلا الزوجين، فحل ميثاق الزوجية تمارسه الزوجة والزوج، كل بحسب شروط تحت المراقبة القضائية، وطبقا لأحكام القاضي.

فالزوجة جعل لها المشرع سبيلين لفك الرابطة الزوجية إما عن طريق "التظليق للضرر" أم "الخلع" لكن المشرع في قانون الأسرة لم يحدد ضوابط، وأحكام التظليق قبل البناء، بمبادرة من الزوجة في نص صريح ما عدا في مسألة إستحقاق الصداق قبل أو بعد الدخول وهذا ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة ج.

وبالتالي هل يصلح أن تكون طرق التظليق المعروفة "التظليق للضرر، أو الخلع"، صالحة التطبيق على حالة التظليق قبل البناء.

سوف نحاول في هذا الفصل معرفة أيهما الأصلح للزوجة هل التظليق للضرر، والذي تناولناه في المبحث الأول، أم الخلع في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التطلاق للضرر

من المعتبر شرعا وقانونا أن للزوجة الحق في طلب التطلاق جراء الضرر الذي لحقها من قبل زوجها، وهو ما يعرف بالتفريق القضائي، لأنه يوقع من طرف القاضي. يقع عبء إثبات هذا الضرر على الزوجة وهذا ما حددته المادة 53 قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 10، أن الضرر حالة من حالات التطلاق في سبيل توضيح أفكارنا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما: **المطلب الأول**، من حيث الصلاحية، أما **المطلب الثاني**، من حيث مصلحة الزوجة فيها.

المطلب الأول: من حيث الصلاحية

يعتبر التطلاق للضرر إحدى الوسائل التي يمكن للزوجة إستخدامها. يمكن للزوجة قبل الدخول أن تطلب التطلاق للضرر، وهذا ما سنتطرق إليه من ناحية مشروعية التطلاق للضرر قبل البناء، ومن ناحية القانون.

الفرع الأول: شرعا

قبل أن نتطرق إلى مشروعية التطلاق للضرر، يجدر بنا التطرق أولا إلى مشروعية التطلاق قبل البناء أجازت الشريعة الإسلامية للزوجة فك رابطة الزواج قبل الدخول، فالتطلاق قبل البناء جاء في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ [1] فَمَالِكُمْ [2] عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا [3] فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾¹ حسب ما جاء في قوله تعالى أن القاعدة تقوم على أن الطلاق لا يقوم إلا بعد النكاح، فلو طلقها قبل أن ينكحها لم يقع، لكن الزوجة تبقى زوجة إذا كان العقد صحيحا، فتجري عليها أحكام الطلاق من حيث العقد فلا فرق إذا دخل بها، أو "لم يدخل" فبجوز لها أن تطلب التطلاق منه أو تخالعه، كما أباح الشرع للزوجة أن تفتدي نفسها منه، برد ما دفع لها الزوج من مهر.

¹ سورة الأحزاب، الآية 49.

قوله تعالى في كتابه الكريم:

الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ [1]

من خلال ما جاء في الشريعة الإسلامية نصل إلى أن الرجل له الحق في الطلاق دون حاجة أن يلجأ للقضاء على عكس المرأة فالزوجة منح لها الشرع الحق في طلب التطلاق أو ما يسمى "التفريق القضائي"، أي اللجوء للقضاء كشرط. وجاء في الفقه ايضا:

قال ابن رشد رحمة الله عليه: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل".²

مشروعية التطلاق للضرر:

أعطى الشرع الحق للمرأة في طلب التطلاق بواسطة القضاء، وتعددت الأسباب التي يفرق بينهما القاضي لأجلها، كالضرر أو العيوب التي تؤول أن تكون العلاقة صحيحة، وتعددت تلك الأسباب في الشريعة الإسلامية فذهب مذهب المالكية أن للمرأة الخيار بين البقاء مع الزوج المعسر، وبين طلب التفريق فاستدلوا بالآية:

"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ [3]

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة، دط 2004، ج3، ص 90.

³ سورة البقرة، الآية 229.

التطلاق جائزا أيضا للعيوب التي تلزم التفريق كالجذام، والجنون، وغيرها من العيوب التي تؤدي إلى إستحالة العيش في حياة طبيعية، ويمكن التفريق بين الزوجين للضرر، وسوء المعاشرة التي تكون ضد الشرع، وتتنافى مع أهداف الزواج كما يمكن أن تكون الغيبة الطويلة بلا موجب شرعي سببا من أسباب طلب فك الرابطة الزوجية، فعند غياب الزوج مدة طويلة تخشى الزوجة على نفسها الضرر، والفتنة. وكل ما هو مرتبط بسوء العشرة والتطلاق للضرر هو طلاق بائن.

الفرع الثاني: قانونا

إن الحياة الزوجية سواء كانت قبل البناء أو بعده بالشقاق والنزاع المستحکم تصبح جحيما وبلاء، وهذا الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة وهذا ما سنوضحه من خلال ما أقره المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، وما جاء به القضاء من اجتهادات لم يتطرق لها أو لم يوضحها المشرع على النحو الآتي:

أولا ما جاء به قانون الأسرة الجزائري

بنيت معظم أحكام قانون الأسرة الجزائري في التشريع الجزائري على بعض القضايا التي تخضع لظروف التغيير، من خلال التعديلات الجديدة، بموجب الأمر 02-05، وسطية لمسائل المرأة، وتقوية مركزها القانوني، والإجتماعي.

فقد وسع المشرع من دائرة الاشتراط في عقد الزواج. لجأ المشرع الى تحقيق المساواة بينهما، و التي تجيز للمرأة التطلاق إذا تضررت من قبل زوجها.

كما أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، مما جاز للزوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع و أهداف عقد الزواج ان ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطلاق، من خلال ما أقرته المادة "53" من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها العاشرة، يقول المقنن "كل ضرر معتبر شرعا" فاذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها باي نوع من انواع الضرر الذي لايستطيع معه دوام العشرة بينهما، وثبت ما إدعته من الضرر، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه.

أما بالنسبة لمعيار تقدير تضرر الزوجة، فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى ، بإختلاف البيئة والثقافة، والعمل والوسط الاجتماعي.

هذا وإن هذا النص القانوني "كل ضرر معتبر شرعا ". يعتبر من أكثر النصوص مرونة، وخدمة لمصلحة المرأة. حيث أطلق الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين دون حصر ذلك، إيذاء مادي أو معنوي، ودون تحديد درجة الضرر من حيث الشدة و الخفة، أو من حيث وقوع الضرر مرة واحدة أو بشكل متكرر، وإنما الفاصل في كل ذلك هو السلطة التقديرية للقاضي. فهو الذي جرى عليه الشرع، والعرف كما أننا نلاحظ في الفقرة الأولى من نفس المادة من نفس المادة السالفة الذكر أنه يجوز للزوجة"، ولم يوضح هل الزوجة قبل البناء، أم بعده، وإن كانت معظم تلك الأسباب تتجه إلى بعد البناء، والدخول، أو قبله ولكن يبقى الإشكال المطروح

✓ هل يمكن للزوجة قبل البناء، والمتضررة من سبب ضمن هذه الأسباب، أو غيره أن

ترفع دعوى التطليق للضرر؟

الإجتهادات القضائية حول التطليق قبل البناء:

مما لا شك فيه أن لإجتهادات المحكمة العليا دور كبير في إستكمال ما غفل عنه المشرع في قانون الأسرة الجزائري، وذلك على إعتبار أن الصياغة التشريعية ولدت كثيرا من النصوص الغامضة، والمسائل العالقة التي يكتسيها العموم وتحتاج التفسير فضلا عن مسائل اخرى شابها النقص، والتعارض، حيث وضع المشرع المادة 222 "من قانون الأسرة الجزائري.

للمرجع لأحكام الشريعة الإسلامية حتى يكمل التطليق القضائي مهمته في سد ثغرات القانون على أكمل وجه، لكل مسألة لم ترد فيه "كالتطليق قبل البناء".

أولا : رأي القضاة في التطبيق قبل البناء

وضحت المحكمة العليا رأيها في هذا الموضوع من خلال جملة من القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية من بينها مايلي:

*ملف رقم 135435 23 أفريل 1996 طلاق قبل البناء معتبر شرعا طلب التطبيق مع التعويض إستنادا على وجه، ضرر معتبر شرعا من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطبيق مع التعويض إستنادا على وجه ضرر معتبر شرعا و لما ثبت في قضية الحال.

إن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن¹ في حكم قضائي آخر صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا المتعلق:

* بملف رقم 372290 بتاريخ 15 نوفمبر 2006 أكدت على أن إطالة مدة الزفاف والبناء يعد ضرر يلحق الزوجة قانونيا.

وبالتالي يمكنها أن تأسس طلبها وفقا للمادة 53، ولها الحق في التعويض حيث جاء نص الحكم كما يلي: "يحق للزوجة قبل البناء طلب التطبيق بسبب استنادا إلى الفقرة 4، من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري.

وهي الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة المعاشرة، والحياة الزوجية .

حيث جاء في حكم قضائي صادر عن غرفة شؤون الأسرة لسنة 2014 ما يلي: " يحق للزوجة طلب التطبيق قبل الدخول، بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة وإستحالة تحقيق الهدف من الزواج لكن حيث أن المحكمة...".²

¹ غرفة الأحوال الشخصية، عن المحكمة العليا ،ملف رقم 135435 ، بتاريخ 23\04\1996

² سعادة فاطمة الزهراء ، الطلاق قبل البناء في ظل التشريع الجزائري والقضاء ، مقال منشور في مجلة النوازل الفقهية والقانونية، مجلد رقم 06، العدد 03 سنة 2022، ص ص 52-54.

وبالتالي يعكس هذا القرار مبدأ إمكانية المطالبة بالتطليق قبل البناء للأسباب المشروعة الواردة حصرا بالمادة 53 من قانون الأسرة¹.

والغرض من الزواج إنما هو الألفة والمحبة والإخلاص وتكوين أسرة أساسها المودة، والرحمة، والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وفقا للأهداف المقررة في المادة "4" من قانون الأسرة الجزائري وأن المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن، وإصرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي بررت لها الطلاق، فإن أهداف الزواج صارت منتفية، وخاصة المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام، والمودة، والرحمة، وفقا لنص المادة 36" الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري .

وان المحكمة باستجابتها للطلب وقضائها بالتطليق قبل الدخول، قد إستعملت سلطتها التقديرية المخولة لها قانونا، بما لها من ولاية فحص النزاع، وتقدير مدى تحقق أهداف الزواج، مستدلة في ذلك بأسباب كافية، وتكون قد أعطت لحكمها الأساس القانوني، مما يجعل الوجه غير سديد، ويتعين معه رفض الطعن.

ما يستخلص من مجموع هذه الأحكام القضائية، أن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري شمل الزوجة بصفة عامة، سواء قبل الدخول، أو بعده فيمكن الإستناد عليها في طلب التطليق للضرر اللاحق بها، فقط كما أن العبارة الاخيرة "كل ضرر معتبر شرعا"، جاءت مرنة لتحتمل أسباب اخرى لم تذكر في نص المادة، وحسن فعل المشرع الجزائري.

ثانيا: رأي التشريعات العربية في التطليق قبل البناء

جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد المواد 113/ 108 مايلي:
التطليق للضرر والشقاق بين الزوجين قال الإمام مالك: " وهو أصح القوانين عند الحنابلة وأصبح هو السائد في قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في كثير من البلدان العربية".

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 352.

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري أنه للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها.

أولاً: إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها وهذا ماجاءت به المادة 108 من قانون الأحوال الشخصية السوري

ثانياً: إذا جن الزوج بعد العقد.¹

أما في مدونة الاسرة المغربية فتعتبر الزوجة بمجرد إبرام عقد الزواج وبغض النظر عن وقوع الدخول أم لا، فإذا طلقت قبل البناء حدد لها المشرع نصف الصداق المسمى بالطلاق كما هو معرف في القانون هو حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقاً لأحكام مدونة الاسرة وهذا ما جاء في المادة 78 من نفس المدونة وجاء أيضاً في مادتها 109 " لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به أو كتم عنه العيب قصداً".²

كما أن القانون السعودي أيضاً لم يغفل عن هذا النوع من الطلاق، فوفقاً لما تظهره المادة السادسة بعد المائة (106)، من نظام الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية " تفسخ المحكمة عقد الزواج للزوجة التي لم يتم الدخول بها بناء على طلبها".

كما أنه لا يفسخ عقد الزواج لعدم أداء المهر للزوجة التي تم الدخول بها ويبقى دينا في ذمة الزوج ويحكم بالمهر الحال منه عند مطالبة الزوجة به.³

ونستخلص من كل ما سلف ذكره أن المشرع الجزائري إهتم بحقوق الزوجة ولم يهمل حقها في الطلاق، سواء كان قبل الدخول أو بعد الدخول، فإذا لم تجد الزوجة سعادتها في

¹ قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية السورية (1953/59) المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07

² القانون رقم 70-03 بمناياة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2، بتاريخ فاتح الربيع

³ نظام الأحوال الشخصية الفهارس./ وليد بن ابراهيم بن عبد الله الخليفة. ط1... - الرياض 1444 هـ .97. ص، 17*24

الحياة الزوجية، كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي مع إثبات الأسباب التي جاءت بها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ويكون للقاضي سلطة التطلاق أو التفريق بين الزوجين بما له من ولاية رفع الظلم، ومن خلال التطلع على التشريعات العربية يتضح لنا أن معظم الدول العربية تعرضت لمصطلح التطلاق قبل البناء، لكنهم أطلقوا عليه مصطلح "فسخ عقد الزواج قبل البناء"، كالتشريع السوري والسعودي.

المطلب الثاني: من حيث مصلحة الزوجة فيها

لم يحدد المشرع الجزائري ضوابط وأحكام التطلاق قبل البناء، لكن عالج مصلحة الإستحقاق في الصداق قبل، وبعد الدخول أو بعد وفاة الزوج من جانب آخر هناك عدة إجتهدات قضائية تطرق إليها القضاء، في عدة مسائل بخصوص التطلاق قبل البناء، وهذا ما سندرسه في الفرع الأول تحت عنوان "ما للزوجة من ماديات"، والفرع الثاني "ما على الزوجة من ماديات".

الفرع الأول: ما للزوجة من ماديات

إذا إنحلت الرابطة الزوجية بالتطلاق فإنه يترتب بذلك اثار مالية كنتيجة لها، ومن أثار العقد هو الصداق الذي جعله الله رمزا لكريم المرأة، وإعزازها، فالشريعة الإسلامية السمحاء كما هو معروف منذ أن نزلت أولت إهتمامها للمرأة فأقرت لها كل حقوقها المهدورة، التي كانت في الجاهلية وعلى مر العصور لهذا سنعرف الصداق وندرس إستحقاق الزوجة له في القانون الجزائري.

الصداق لغة: هو إسم مصدر (لأصدق)، وهو بفتح الصاد مهر للمرأة، وهو ما يدفعه الزوج لزوجته بعقد الزواج، وقيل أنه مأخود من الصدق، وهو ضد الكذب الصداق.

إصطلاحا: هو ما يعطى للزوجة في مقابلة الإستمتاع بها، والصداق هو أثر من أثار عقد الزواج، فيجب على الرجل دفعه للمرأة، ولا يجوز الزواج بدونه أدلته من القران الكريم:

قوله تعالى: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّن لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾¹.

وقوله تعالى: { فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً²

فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ³

قوله تعالى: أدلته من السنة النبوية الشريفة:

قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وصداق"

وقوله: "إِنْ مَسَهَا فَلَهَا لِمَا الْمَهْرَ لِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا"⁴.

وكذا حديث سهل بن سعد الذي روى فيه قصة الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم، إذ قال له أحد الصحابة زوجته إن لم تكن لك بها حاجة يا رسول الله، فطلب منه النبي صلى الله عليه وسلم بأن يعطيها صداقا، وقال له "إلتمس ولو خاتما من حديد".

الصداق في القانون الجزائري

عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: "هو ما يدفع نحلة للزوجة كم نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

فتناول الفقهاء المسلمين وكذا قانون الأسرة مسألة إستحقاق الزوجة للصداق في ما يلي: موقف الفقهاء المسلمين من إستحقاق الصداق إختلف العلماء المسلمين حول مسألة إستحقاق الزوجة للصداق، فالحنفية، والحنابلة ذهبوا إلى أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالعقد الصحيح، سواء تم الدخول بها أم لا، وتستحق الصداق كاملا بالزواج الفاسد بعد الدخول.

أما الشافعية، والمالكية فقد ذهبوا إلى أنه يستحق نصف الصداق بالعقد الصحيح قبل الدخول، وتستحق الصداق كاملا بعد الدخول الحقيقي أو الخلوة، أو بوفاة الزوج، أو الزوجة قبل الدخول، أو بعد الدخول، وكذا بإقامة سنة في بيت الزوجية وبالدخول في النكاح الفاسد.

1 سورة النساء ، الآية 4.

2 سورة النساء، الآية 24.

3 سورة النساء، الآية 52.

4 أخرجه أبو داوود كتاب النكاح، باب في الولي 2-229 وابن ماجه "كتاب النكاح".

تستحق الزوجة نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول، أما في حالة فسخ عقد الزواج قبل الدخول، فذهبت الحنفية، والحنابلة إلى أنها تستحق نصف الصداق، أما المالكية فذهبت إلى أنه لا يجب عليها شيء، أما في حالة سقوط المهر فهي وفقا لما ذهب إليه الأحناف في حالة الطلاق قبل الدخول بالمرأة، أو الخلو بها، أما المالكية فتري أنه يسقط الصداق بفسخ العقد أو برده للعيب في الزوجة قبل الدخول.

أما الحنابلة، والشافعية، إلى أن الفرقة بسبب الزوجة قبل الدخول تسقط المهر كلياً، أما إذا كانت الفرقة قبل الدخول ليس بسبب الزوجة، فتستحق به نصف الزواج إستحقاق الصداق وفقاً لقانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري على حالة إستحقاق الزوجة للصداق في نص المادتين "16 و33" من قانون الأسرة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

أولاً: إستحقاق الزوجة بكامل الصداق

وفقاً لنص المادة "16" من قانون الأسرة فإن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول، أو الوفاة.

الدخول: تستحق كامل الصداق بالدخول طبقاً للمادة 16 من قانون الأسرة، وذلك بعد إبرام عقد زواج صحيح، وفي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي الحنبلي.

الوفاة: وفقاً لنص المادة 16 ق.أ.ج فالمشرع الجزائري أعطى للزوجة إستحقاقاً كاملاً للصداق عند وفاة أحد الزوجين.

ثانياً: إستحقاق الزوجة نصف الصداق

هناك إتجاه يذهب إلى القول باستحقاق الزوجة المطلقة لنصف الصداق سواء كان طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء بمبادرة من الزوج، أو الزوجة¹.

القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 16 أكتوبر 1993، الذي جاء فيه:

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 352.

"من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أن العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة رغم أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون.¹ من خلال ما جاء في هذا القرار نجد أن المحكمة العليا أسقطت حكم الطلاق قبل البناء على التطبيق قبل البناء، ولم تعر أهمية للطرف الذي عدل عن الزواج وكأنها قاعدة تلزم الحاليتين.²

ويمكن ملاحظة التباين الكبير بين الأحكام القضائية في الفصل في أحكام فك الرابطة الزوجية قبل البناء سواء ما تعلق بأساس الحق أو النثار المترتبة عنه.³ القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 24 سبتمبر 1994 الذي جاء فيه:

"من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع بإعتبارهم الطلاق المحكوم به فسحا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه..."⁴

ثالثا: إستحقاق الزوجة لصداق المثل

جاء صداق المثل في نص المادة 33 من ق.أ.ج ، وهي حالة تحدث عندما لا يتم ذكر الصداق، أو تسميته، أو تحديده فهنا الزوجة تستحق صداق المثل دون أن يحدد المشرع ما هو صداق المثل، وما هي المعايير المستعملة التي يمكن اللجوء إليها لتحديد صداق المثل،

¹ الدكتورة دليلة برف، التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، 213-216.

² زمورة داود، المرجع السابق، ص 352.

³ المرجع نفسه، ص 352.

⁴ دليلة برف، المرجع السابق، ص 217.

وهو ما يستدعي بنا الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، في تحديد صدق المثل.

والذي تجسد في قرار المحكمة العليا رقم 210422 المؤرخ في 17 نوفمبر 1998 إذ جاء فيه أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصدق المثل.

ويمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض إطلاقاً إلى الخلوة، وهو ما يؤدي بنا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 قانون الأسرة.

الفرع الثاني: ما على الزوجة من ماديات

تجدر الإشارة بداية إلى أن المشرع الجزائري لم يوضح في نص قانوني ما للزوجة من حق، وما عليها من واجب، ومتى تستحق التعويض، ومتى يسقط حقها في التعويض.

إذا كانت مسألة إستحقاق الزوجة لطلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء سواء بأسباب التطليق الواردة بالمادة 53 من قانون الأسرة ، أو الخلع طبقاً للمادة 54 من نفس القانون، كمبدأ باتت واضحة إلا أن آثار ذلك على التبعات المالية لا تزال تشكل تبايناً في التطبيقات القضائية¹، حيث صدر في إحدى المجالس القضائية ، قراراً يلزم فيه الزوجة برد كامل الصداق المحكوم به من قبل محكمة أول درجة، تأسيساً على نص المادة 54 من قانون الأسرة ، بالإضافة إلى مبلغ ثانٍ يمثل نصف الصداق تأسيساً على نص المادة 16 من نفس القانون.²

وقد صدر هذا القرار بعد رفع دعوى تفسيرية لقرار كان قد صدر في شأن النزاع من قبل، يقضي بالمصادقة على الحكم المستأنف مبدئياً، وتعديلاً له إلزام المستأنف عليها برد نصف الصداق للمستأنف، حيث ورد في حيثيات القرار الأخير المفسر الأول أن "المبلغ المحكوم برده هو نصف الصداق المدفوع لها تأسيساً على المادة 16 من قانون الأسرة، ذلك أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق و تعيد النصف الآخر للزوج، حيث

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 357.

² سعادة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 55.

بخصوص مقابل الخلع المحكوم به والذي هو العوض المالي الذي حكم به قاضي الدرجة الأولى ، فذلك مبلغ آخر يخضع لنص قانوني آخر هو 54 من قانون الأسرة، وهو المال الذي تدفعه المرأة مقابل مخالعة نفسها وفديتها حيث أن الفصل في مسألة المبلغين المحكوم بهما، الأول من طرف المحكمة والثاني من طرف المجلس، تبقى مسألة قانونية هي من أسباب الطعن بالنقض وليس توضيح مدلولها"

وبهذا الشكل يكون المجلس القضائي قد فصل في النزاع بين الزوجين بأن ألزمت الزوجة بمبلغين يعكس كل واحد منهما أساسين قانونيين متباينين، الأول يعكس حالة الطلاق قبل البناء، وأساسه المادة 16 من قانون الأسرة، والثاني متعلق بنص المادة 54 من نفس قانون، إلا أن الإعتماد على الأساسين يعكس عدم تحكم القضاء في مفهوم كل منهما، والحالات الخاصة بكل منهما، فلم يميز بين التطلاق قبل البناء الذي يبادر إليه الزوج، وبالتالي اعتبر المجلس أن فك الرابطة الزوجية قبل البناء يعني إستحقاق الزوجة لنصف الصداق، والتزامها برد نصفه في كل الحالات، ومهما كانت أسبابه، بالإضافة إلى الخلع المعروفة أحكامه.

حيث يبدو جليا عدم تمكن المجلس من التوفيق بين أحكام المادة 16 والمادة 54 من قانون الأسرة إلى حد القول بتطبيقهما على نفس الحالة ودعوة الأطراف إلى مناقشة هذه المسألة القانونية على مستوى المحكمة العليا، وكأنه يرغب في بسط المحكمة العليا لرقابتها عليه، وتوجيه القضاء إلى الحل القانوني الذي يكفل التوفيق بين أحكام الطلاق والتطلاق قبل الدخول، وتبعات ذلك على الصداق والعدة¹.

وهذا ما سنتطرق إليه الحالات التي تفقد فيها الزوجة التعويض، متى تحتفظ بنصف الصداق، ومتى تفقد كل الصداق على النحو الآتي:

أولاً: تعويض المرأة للزوج في حالة نشوزها منه

لقد سوى المشرع الجزائري في التطلاق للضرر بين الزوج و الزوجة لكليهما، فنتيجة لطلب الزوج التطلاق لنشوزها منه، فإن للزوج الحق في طلب التعويض، وفي هذه الحالة تفقد

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 352.

الزوجة الحق في المطالبة بالتعويض جراء فك الرابطة الزوجية بسبب النشوز، وعليه فيجب أولاً التعرض لتعريف النشوز، ومن ثم الأساس القانوني للنشوز.

أ. التعريف النشوز:

إن المشرع الجزائري لم يعرف النشوز، لكن الفقه تطرق إلى تعريفه، من الجانب اللغوي ومن الجانب الفقهي وهذا ما سندرسه.

1/ التعريف اللغوي:

يعرف النشوز بأنه جمع نشز، ويطلق على المكان المرتفع ويقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشز وناشزة، إذا أعصت عليه وخرجت عن طاعته¹.

2/ التعريف الفقهي:

عرف الفقهاء النشوز بأنه كراهية أحد الزوجين للآخر، وامتناعه عن آداب الحق الذي أوجبه الله عليه للآخر، وعليه فالنشوز يكون من كلا الزوجين سواء كان بالعصيان، أو بالكراهية، أو بالمخالفة، والنفور، والجفاء، والنشوز، وصف يطبق على الزوجة، والزوج².

ب/ الأساس القانوني للتعويض عن النشوز

يحق للزوج المتضرر من النشوز طلب التعويض وذلك وفقاً لأحكام المادة 55 ق.أ.ج، التي تنص على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

تجدر الإشارة إلى أنه من الناحية العلمية، فإن القاضي يحكم بالطلاق لنشوز الزوجة، إذا صدر حكم يقضي برجوع الزوجة إلى محل الزوجية، فإذا امتنعت عن الرجوع، ولم تمتثل يحرر محضر قضائي امتناع عن الرجوع، ويعتبر دليل على النشوز، وعلى القاضي التأكد من صحة المحضر، وأنه مستوفى شروطه القانونية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر

¹ نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015 ص 90.

² نين عمارة، المرجع نفسه، ص 91.

بتاريخ 1998-2-17¹، وكذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2000-11-21 الذي جاء في معرض تأسيسه، أن الإمتناع عن مساكنة أقارب الزوج، وذويه لا يعتبر نشوزا من طرف الطاعنة لقول الخليل لها، " ولها الإمتناع من أن تسكن مع أقاربه".

ذلك لأن المعاش المستقبل لا يقوم مقام المسكن المستقبل، الأمر الذي يجعل المطعون ضده قد تعسف في إيقاع الطلاق على الطاعنة².

ثانيا: ضمان إستحقاق الزوجة للصداق في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

أ. في الشريعة الإسلامية:

تملك المرأة المهر بمجرد العقد، فإذا حدث تطليق قبل الدخول فإن المهر ينتصف بين الزوجين المقدم والمؤخر، قال تعالى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾³.

كما قد يكون الطلاق قبل البناء وفي هذه الحالة تستحق الزوجة المطلقة نصف الصداق مثلما تملك إسقاطه عنه أن لم تكن قبضته أصلا، أو أن يعفيها هو عن إرجاع النصف الآخر عفوا، وفضلا منه⁴، قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾⁵.

هذا كله في حالة عدم دخول الزوج أو الخلوة أو خلوته بها خلوة يمكن فيها الوطء عادة، فإذا كانت الخلوة الصحيحة بين الزوجين لها حكم الدخول، على الراجح أقوال أهل العلم إذا ثبتت بينهم بالإقرار بالبينة، فإنها تجع للزوجة جميع الحقوق المقررة للمدخول بها، ولم يخل بها خلوة الوجه المتقدم فإن النفقة لا تجب لها إلا إذا كانت الزوجة ممن يوطأ مثلها، وسلمت نفسها للزوج، ومكنته من الدخول بها.

¹ المرجع نفسه، ص 93.

² دليلة براف، المرجع السابق، ص 218.

³ سورة البقرة، الآية 237.

⁴ زمورة داود، المرجع السابق، ص 352.

⁵ سورة البقرة، الآية 237.

ب. قانون الأسرة الجزائري

لقد وافق المشرع الجزائري فقهاء الشريعة الإسلامية في جعل الصداق شرطاً في عقد الزواج، وقررت الشريعة الإسلامية أن الصداق حق للمرأة، وأن لها أن تتصرف به كيفما شاءت، هو ما أجمع عليه العلماء دون الولاية عليها فهو ملك خاص بها، ولم يقتصر الأمر على ذلك فقط بل ضمنا لها استحقاق هذه الملكية، كما لم يدخل بها، ومسمى لها صداقا، وفارقها بموت، أو طلاق.

لذلك فإن مسألة استحقاق ملكية الصداق للزوجة تثير العديد من الإشكالات القانونية والفقهية مع وجود بعض الاختلاف بين فقهاء المذاهب في بعض المسائل، الأمر الذي يدفعنا لدراسة الأحكام الفقهية التي بموجبها ضمننت الشريعة الإسلامية للمرأة هذا الصداق¹.

ج- عدم استحقاق الزوجة للصداق

لا تستحق الزوجة شيئاً من الصداق في الحالات التالية: الفرقة قبل الدخول، الإبراء عن كل الصداق بعد الدخول، الفرقة قبل الدخول لفساد عقد الزواج. كما هو موضح كآتي:

الفرقة قبل الدخول بسبب المرأة

أجمع الفقهاء على أن الصداق يسقط كله إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بسبب المرأة كما لو ارتدت أو كان زوجها كافراً وأسلمت، فكل فرقة حاصلة من قبل الزوجة أو بسبب منها قبل الدخول يسقط الصداق، وذلك لأن الفسخ لما كان من جهتها فلا تستحق شيئاً²، لأنها كالبائع الذي امتنع عن تسليم المبيع.

أما إذا كان الفسخ قبل الدخول بسبب عيب في أحد الزوجين، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

¹ ابن قامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن أحمد ابن محمد ابن قامة، 1417 هـ - 1997 م، المغني، ج 10، الرياض، دار عالم الكتب، ص 189.

² خليل ابن إسحاق المالكي، 1994، سراج المسالك، شرح أسهل المسالك، ج2، بيروت لبنان، دار صادر، ص 122.

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخيار يثبت للزوج فقط إذا ظهر عيب في زوجته، كذلك للزوجة إذا ظهر عيب في الزوج، وفي هذه الحالة يسقط الصداق كله، وحجتهم في ذلك أن الفسخ إن كان من قبل الزوجة لم تستحق شيئاً من الصداق لأن الفرقة جاءت من جهتها فهي التي اختارت الفسخ فكانت كالبائع الذي امتنع عن تسليم المبيع، فلا تستحق البديل (الصداق)، وأما إذا كان الفسخ من طرف الزوج فهو فسخ قائم فيها فكان كفسخها، وكذلك لأنها هي التي دلست عليها إخفاء العيب¹.

ذهب الحنفية إلى أن الزوج لا خيار له، لأنه يقدر على التخلص من الزوجة بالطلاق، أما المرأة فلها أن تطلب التفريق إذا وجدت به عيباً من العيوب التي توجب ذلك كالجب، والعنة وهذا التفريق يوقعه القاضي عليه نيابة عنه في حالة رفضه.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على الحالات التي تستحق الزوجة فيها الصداق، وسكت على أحكام الشريعة الإسلامية، موحلاً بذلك على أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 من ق.أ.ج و لا مناص في ذلك بتقرير الحكم الشرعي، الذي أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو سقوط صداق المرأة، إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بسببها.

ب. الإبراء عن كل الصداق بعد الدخول

إتفق العلماء على أن للزوجة المالكة نفسها أن تهب الصداق لزوجها كما أن تعفو عنه وأن الصداق ديناً في ذمة الزوج، لأن الإبراء إسقاط وإسقاط إذا حصل من شخص تتوفر فيه أهلية الإسقاط في محل قابل للسقوط فإنه يصح إسقاطه، والصداق يكون ديناً في ذمة الزوج، إما لأنه جعل صداقها عينا فتلفت، وهي تحت يده فصار غرامة في ذمته، ويصح الإبراء كما لو قالت: عفوت، أو أبرأت، أو وهبت²، لقوله تعالى: " فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً"³.

¹ السرخسي، محمد ابن أحمد ابن أبي سهل أبو بكر، 1989، المبسوط، ج5، بيروت لبنان، دار المعرفة، ص 172.

² العمري ظافر بن حسن، 1433 هـ، 2012 م، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، مصر، السعودية، دار الهدى النبوي، دار الفضيلة ص 377.

³ سورة النساء، الآية 4.

وبذلك فقد وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في جواز الإبراء عن كل الصداق وفقاً لما نصت عليه المادة 14 من ق،أ.ج، حيث أن الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء من بيع، إجارة، هبة، وصدقة وغيرها، وذلك لأن للزوجة الولاية على مالها إن كانت مكلفة رشيدة.

ج. الفرقة قبل الدخول لفساد العقد

الفرقة بين الزوجين قبل الدخول لفساد عقد النكاح لأن الفاسد لا يحكم له قبل الدخول، ولا تعد الخلوة الصحيحة لفسادها بفساد النكاح، إن الخلوة في النكاح الفاسد لا يثبت بها التمكين فلا تقوم مقام الوطء¹.

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق باستحقاق الزوجة للصداق، فالصداق بجميع أحواله ملك لها، وإذا دخل ملكيتها لا يخرج ولا يجوز لأحد أن يأخذه منها إلا في حالة رضاها بالتنازل عن شيء من الصداق عن طيب نفسها وخاطر.

¹ البهوتي منصور بن يونس بن ادريس 1403 هـ، 1983، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 05، بيروت لبنان، دار الكتب ص 161.

المبحث الثاني: الخلع

حصر المشرع الجزائري بدقة طرق حل الرابطة الزوجية للزوجة عندما تبادر هي في طلب ذلك، وجعل لها سبيلين كما ذكرناهم، الخلع الوارد بالمادة 54 من قانون الأسرة، الذي ينص على منح الزوجة الحق في مخالعتها لنفسها مقابل "بدل"، حتى إذا لم يوافق الزوج على ذلك، والسبيل الثاني هو "التظليق للضرر" الوارد حصرا في المادة 53 من قانون الأسرة.

لكن المشرع الجزائري لم يوضح في كلا السبيلين، للزوجة بعقد صحيح قبل البناء طريقة الإجراءات إذا تراجعت عن الزواج، كما لم يوضح الآثار المتعلقة بالصداق، وهذا ما سنعالجه عند دراسة "الخلع" وتقييمه شرعا، وقانوا ومن حيث التكييف القانوني له.

من خلال قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يذكر مصطلح "قبل البناء"، كما أنه لم يوضح حولا مباشرة للزوجة عندما تبادر في التراجع، وفك الرابطة الزوجية قبل البناء، فعندما تطلب الزوجة فك رابطة الزواج يعتبر تظليقا.

المطلب الأول: تقييمه

إن عنصر الرضا في عقد الزواج ضروري لصحته عند العقد، وكذلك بعده لذلك لا يمكن إجبار المرأة على الزواج رغما عن إرادتها، كما لا يمكن إكراهها على الإستمرار فيه. بالرجوع إلى أحكام الخلع في قانون في القانون الذي يجيز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها، بمقابل مالي¹.

لهذا سنتطرق إلى الخلع شرعا، وقانونا.

الفرع الأول: قانونا يجوز

حسب ما جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة التي نصت على أن للزوجة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية، ولم تحدد أو تميز بين الزوجة المدخول بها ، أو غير المدخول بها.

¹ المادة 54 من نفس القانون .

هذا ما أقرته إحدى المحاكم الابتدائية، إستنادا على نص المادة السالفة الذكر من خلال حكم المحكمة الابتدائية تبين ميولها نحو إستحقاق الزوجة لطلب الخلع¹، أو التطليق إلى صفة العموم التي جاءت بها المادة 48، والتي أعطت الحق للزوجة دون تحديد، أو تمييز، إذا كانت مدخول بها، أو غير مدخول بها.

لذلك يمكن القول أن النص القانوني يشمل حكمه حتى على "الغير مدخول بها".

إعتبرت الشريعة الإسلامية "الخلع" عقدا رضائيا، غير أن المشرع الجزائري تذبذب موقفه بين إعتبره عقدا رضائيا، أو حقا شخصيا طبقا لنص المادة 54 من ق.أ.ج، بين النص القديم الوارد في القانون 84-11، ونص المادة 54 المعدل بالأمر 02-05 ونوضح ذلك في ما يلي:

أ/ الخلع عقد رضائي:

إن المشرع الجزائري طبقا لما جاء في المادة 54 من ق.أ.ج القديم 84-11 قبل التعديل كان يعتبر الخلع عقد رضائي بين الزوجين: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من ووجهها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شئ يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم، حيث يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري يعتبر الخلع عقد رضائي بين الزوجين، والتأثر كان واضحا بالمذهب "المالكي"، وهذا الأخير يرى أن الخلع معاوضة من الجانبين، حيث تبنى المشرع الجزائري للرأي القائل بضرورة إشتراط إتفاق بين الزوجين على مبدأ "المخالعة"²

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 355.

² - ذباني بديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر 2007، ص 72-

ب/ الخلع حق شخصي.

إن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه على قانون الأسرة بالأمر 02=05 في المادة 54 منه، الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع، حيث أنه بتعديل المادة السابقة أضاف عبارة "دون موافقة الزوج".

ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري بين صراحة أن "الخلع" حق للزوجة لا يتطلب موافقة الزوج، ولكن رغم أنه منح للزوجة هذا الحق، إلا أنه نص على أن يكون مقابل مبلغ من المال تدفعه الزوجة إلى زوجها مقابل خلعها منه حفاظا على حق الزوج، وهذا طبقا لما جاء به في المادة 54 في ق.أ.ج .

"فإن لم يتفقا يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".¹

وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011، عن غرفة شؤون الأسرة، والمواريث في قضية (ب-ع) ضد (ط.ي) بحضور النيابة العامة، حيث تبين مما ورد في رد المحكمة العليا على أوجه الطعن، والأسباب التي أثارها الطاعنين: "أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة تبين حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن، واستندت إلى المادة "54" من ق.أ.ج، بالتالي فإن الحكم المطعون فيه بما فيه الكفاية، ما دام أن القاضي قام بإجراء محاولة صلح، وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع"².

ومنه نستخلص من كل ما سلف ذكره، أن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه على قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005 في المادة 54 منه، بين صراحة أن الخلع حق شخصي، وإرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية، من دون البحث عن الأسباب، على خلاف الشريعة الإسلامية، التي اعتبرته عقدا رضائيا، يستوجب إستيفاء شروط معينة لوقوعه.

¹ المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 المعدل والمتمم المعدل بالأمر 05-02 المنشور بالجريدة الرسمية 2005 العدد 15.

² سعادة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 219.

الفرع الثاني: جواز الخلع شرعا

لقد شرع الله تعالى الزواج واضفى عليه من القدسية ما جعله متميزا عن سائر العقود ولكن لا بد من أن هذه الرابطة أن تغشوها المشاكل التي تستحيل إستكمال هذه المعاشرة، فشرعت الشريعة الإسلامية طرق فك الرابطة الزوجية ومن بين هذه الطرق الخلع مشروع بالكتاب، والسنة هذا ما سنتطرق اليه في هذا الفرع على النحو التالي:

أولا : مشروعية الخلع من القرآن

استدل القائلون بمشروعية الخلع من الكتاب بقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ."¹

ففي قوله تعالى و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا ان يخافا الا يقيما حدود الله، دلالة على جواز إيقاع الخلع ، فإذا خافا الا يقيما حدود الله وخشيت المرأة أن لا تؤدي حق الله في طاعته لكرهيتها العيش معه لأسباب قد تكون جدية مردها إلى خلقته، أو خلقه، أو دينه أو حتى قوته ، وضعفه فيكون لها سلوك هذا السبيل، ولا حرج في ذلك².

ثانيا: من السنة:

إستدل القائلون بمشروعية الخلع من السنة بما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت " يارسول الله ما انقم على ثابت من دين، ولا خلق إلا اني أخاف الكفر، فقال: رسول الله فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فردت عليه وأمره ففارقها"³.

فدل الحديث على امرأة ثابت بن قيس بن شماس، لم تكن لتريد المفارقة لسوء خلق فيه، او لتقصير في الدين وإنما كرهت كفران العشيرة، والتقصير فيما يجب عليها له بشدة بغضها

¹ سورة البقرة، الآية 229

² الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصالح قمحاوي دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، 1992، ص 82

³ البخاري، صحيح البخاري، تحقيق قاسم الشماعي الرفاعي، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 200

له فابرها صلى الله عليه وسلم ، والأمر هنا أمر إرشاد، وإصلاح برد ما أخذته كمهر لها، وهو البستان كما يقولون يعد هذا أول خلع وقع في الإسلام .

ثالثا: من الإجماع

وفي مشروعية الخلع بالاجماع جاء في المعنى...، وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز، والشام قال ابن عبد البر، ولا نعلم احدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني، فإنه لم يجزه، ورغم أن آية الخلع منسوخة. قوله سبحانه: "إن اردتم استبدال زوج مكان زوج"¹

رابعا: من الاثر

ومن الأثر ما يدل على مشروعية الخلع ما ذكر من ابن وهب عن اشهل بن عبد الله ابن عون عن محمد بن سيرين قال: جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب تشتكي زوجها فحبست في بيت فيه زبل فباتت فيه قلما أصبحت بعث اليها فقال كيف بت الليلة؟ فقالت: ما بت ليلة كنت فيها اقر عينا مني الليلة فسالها، عن زوجها فاثبت عليه خيرا وقالت انه وأنه ولكن لا املك غير هذا فاذن لها عمر في الفداء.²

وعن سفيان الثوري والحارث عن ايوب بن تميم السخثياني عن كثير مولى بن سمرة بنحو هذا الحديث، وقد قال: "عمر لزوجها اخلعها ولو من فرطها"³.

وروى عن عبد الله بن محمد عقيل ان الربيع بنت معاذ بن عفراء حدثته قال: كان لي زوج يقل على الخير إذا حضر ويحرمني اذا غاب قالت وكانت مني ذله يوما فقالت: اخلع منك بكل شئ أملكه قال: نعم قالت: ففعلت فخاصم عني معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فأجاز الخلع و امره أن يأخذ ما دون عقاص الراس⁴.

¹ سورة النساء، الآية 20.

² الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، ج3، ص 341.

³ المرجع السابق ص 341.

⁴ ابن ماجه، سنن ابن ماجه كتاب الطلاق، باب عدة المختلعة، ج1، دار إحياء الكتب العربية، ص 663.

فدل ما انتهى إليه كل من سيدنا عمر، وسيدنا عثمان رضي الله عنهما، أن الخلع جائز، وحكمه ثابت، ثانياً حكم الخلع قد يصدر طلب الخلع من الزوجة، وهو الغالب، وقد يصدر من جانب الزوج، فما حكم طلبه من قبل المرأة؟.

أ) حكم الخلع.

من الأدلة التي سلف ذكرها بصدد الحديث عن مشروعية الخلع أنه جائز، ومشروع إذا ما توفرت أركانها، فما حكمه إذا جاء من طلب الزوجة؟
ومن شروط الخلع أن يكون البغض من الزوجة فإن كان الزوج هو الكاره فليس له أن يأخذ منها فدية وإنما عليه أن يصبر عليها، أو يطلقها إن خاف ضرراً.¹

1) الخلع المباح:

الأصل في الخلع أن يكون مباحاً إذا كرهت الزوجة زوجها لسبب مشروع، كنقص في ديانته، أو في أداء واجباته الشرعية، أو لكبر سنه، أو ذمامة، أو قبح في خلقته، وخافت أن يؤدي بها ذلك إلى تقريظ بحقه، إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر، أو سوء عشرة، وخافت ألا تؤدي حقه جاز لها أن تخالعه على عوض، لقوله عز وجل: "فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"²، وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقته، أو لخلقته، أو دينه، أو كبره، أو نحو ذلك، وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه بعوض تقتدي به نفسها منه، لقوله تعالى "فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"³.

2) الخلع المكروه:

وقد يعتري الخلع الكراهة إذا كانت العلاقة بين الزوجين جيدة، والحياة مستقرة، والعشرة حسنة، ولا يوجد ما يدعو إلى طلبه سوى أن الزوجة كانت في نفسها ميل لغيره، مثلاً: فرغبت

¹ زمورة داود، المرجع السابق، ص 361.

² الشيرازي، المهذب، دار حياء الكتب العربية، ج16، ص 03.

³ ابن قدامة، نفس المرجع السابق، ص 173.

في الخلع لتتكح غيره لقوله صلى الله عليه وسلم: "المختلعات المتنازعات هن المنافقات اي التي تخالغ زوجها لميلها إلى غيره، ولو خالغته لغير ما ذكرناه كره لها ذلك ووقع الخلع".¹

(3) الخلع المحرم:

قد يكون حراما إذا كان من غير يأس لقوله صلى الله عليه وسلم: "ايما امرأة سألت زوجها الطلاق بغير يأس فحرام عليها رائحة الجنة".²

وقوله صلى الله عليه وسلم: "ايما امرأه اختلعت من زوجها من غير يأس لم ترح رائحة الجنة"³ غير يأس هنا يعني من غير شدة بلجأها الى طلب الفرقة مخالعة لغير حاجة، ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة لقوله عليه السلام: "لا ضرر ولا ضرار".⁴

ثالثا: الحكمة من تشريع الخلع

تتمثل في رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من زوجية الغرض منها مفوضا تدفعه لزوجها باعتبار النفور، قد جاء من جانبها ولعل ما أشارت اليه الآية الكريمة إن صح فهمها، في قوله تعالى: "فإن خفتم حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به".⁵

وما اشار إليه الحديث النبوي الشريف، بشأن امرأة ثابت بن قيس عندما قالت الرسول صلى الله عليه وسلم يارسول الله" ما اقمتم على ثابت في دين، ولا خلق إلا اني أخاف الكفر"⁶، وما فهمه ابن قدامة عندما قال "والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة، والمقام مع من تكون معه، وتبغضه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة في دفع أعلاه بأدناه".⁷

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 177.

² الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 19، ص 06.

³ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 177.

⁴ أحمد حنبل، المسند، تحقيق أحمد شاكر، دار المعارف، ج 05، ط 03، ص 277.

⁵ الترميذي، سنن الترميذي، دار الفكر، بيروت، ج 04، ص 366.

⁶ ابن قدامة، المصدر السابق، ص 177.

⁷ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج 8، ط 3، 1997.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للخلع

لقد فصل المشرع التكييف القانوني للخلع في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05، حينما عدلت المادة 54 منه.

ومن خلال هذا كله سنتطرق في هذا التطلب إلى التكييف القانوني للخلع بين الفسخ، والطلاق كفرع أول، وإلى العوض كفرع ثاني، كما هو موضح كالتالي:

الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق

نظرا لما يوافق الخلع من عوض وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي وبطلب من الزوجة، كل هذا سبب اختلاف بين الفقهاء حول طبيعة الخلع وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفرع الاختلاف الفقهي حول إعتبار الخلع فسحا أم طلاقا (أولا)، وموقف المشرع الجزائري من هذا الإختلاف (ثانيا).

أولا: الإختلاف الفقهي حول مسألة الخلع

انقسمت الآراء الفقهية حول طبيعة الخلع إلى اتجاهين، فهناك من يرى أن الخلع فسخ، ورأي آخر يرى بأنه طلاق بائن، كما يلي:

1/الإتجاه القائل بأن الخلع فسخ :

وهو رواية عن أحمد بن خليل والشافعي في أحد أقواله وقول ابن عباس، وعكرمة، وإسحاق وطاووس، وأبو ثور واستدلوا بالكتاب، والسنة.

من الكتاب:

قوله تعالى: "طلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتمهن شيئا إلا أن تخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"¹.

¹ سورة البقرة، الآية 229.

وقوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله و تلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون".¹

ووجه الإستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق نكحه مرتان: "الطلاق مرتان"، ثم ذكر الإقتداء "فلا جناح عليهما فيما افتدت به، ثم ذكر الطلقة الثالثة "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فلو كان الخلع طلاقا، لكان عدد الطلقات هنا حسب ماورد في الآية الكريمة أربعا، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر، إن هو دخل بها دخولا شرعيا، ثم طلقها فتحل لزوجها الأول.²

من السنة النبوية:

واستدلوا من السنة أنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته و أمر أن تعتد بحيضة واحدة، وهذا دليل آخر على أنه فسخ، لا طلاق فلو كان طلاقا لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات³، لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء."⁴

واستدلوا برواية عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي الله عليه وسلم فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أن يتزوجها؟ قال صلى الله عليه وسلم: "نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق" وذكرى الله الطلاق في أول آية وآخرها والخلع فيما بين ذلك فليس الخلع بشيء⁵.

¹ سورة البقرة، الآية 230.

² منال محمود المشني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره- دراسة مقارنة - بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008 ص 64.

³ أمينة بن جناحي: دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والإجتهاد القضائي، رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر 2014، ص 29.

⁴ الآية 228 من سورة البقرة .

⁵ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، المجلد الأول: دار الفكر للطباعة ص 133- 134.

وروى نافع مولى عن عمر أنه سمع الربيع بن معوذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء الى عثمان بن عفان، فقال: إن ابنة معوذ اختلعت اليوم أفنتقل؟ فقال عثمان: "لنتنقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تتكح حتى تحيض خشية أن يكون بها حبل فقال عمر: "عثمان خيرنا وأعلمنا".¹

كما يجوز وقوع الخلع في الحيض، فلو كان طلاقاً لم يصح وقوع الخلع فيه، فقد أجازهُ الرسول صلى الله عليه وسلم بينما أمر الذي طلق في الحيض بمراجعة زوجته.

واستدلوا كذلك أنه لو كان طلاقاً لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى، والثانية فلما لم تصح الرجعة فيه بل دل على أنه فسخ وليس طلاقاً.²

2/الإتجاه القائل بأن الخلع طلاق:

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف الخلع يقع به طلاق بائناً.

واستدلوا بقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقوله أيضاً: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به..." ثم قال الله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره".

ووجه الإستدلال أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما.³

ووجه الدلالة كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه عن عكرمة ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته" فقالت: نعم، فقال: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فقد جعله

¹ ابن همام: شرح فتح القدير، ص 190، 191، مشار إليه عند أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص 29

² بلبولة بختة: أثر فكرة التعسف في إستعمال الحق على الزواج وإنحلاله، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2004، 2005، ص 133.

³ جمال عبد الوهاب بد الغفار الهلبي: الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 2003، ص 111-112.

الرسول صلى الله عليه وسلم طلاقاً حيث قال لثابت بن قيس اقبل الحديقة واستدلوا بالمعقول بأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه الطلاق دون فسخ.¹

3/ثمرة الخلاف والفائدة منه

تظهر ثمرة هذا الخلاف بين الفقهاء وفائدته فيما يلي:

أ. من قال بأن الخلع فسخ:

فإن للرجل المخالغ أن يعيدها بعقد نكاح ومهر جديدين، وإن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وعلى هذا فهي تعود إليه بعد نكاح جديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

إن كان قد طلقها واحدة، ثم خالغها، ثم عقد بنكاح جديد عليها، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طقة واحدة فقط.

إن لم يكن قد طلقها قبل الخلع، ثم أعادها بعقد نكاح فإنها تعود إليه وهو يملك عليها تطليقتين لأن مخالغته لها قد اعتبرت تطليقة بائنة أنقص من عدد الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة، فبقيت له عليها طقتان فتعود إليه، وهو يملك عليها طقتين.

ب. الفرقة طلاق:

إن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها، فلا توجب لها أي شيء منه، وكان من جانب الزوج، أو من جانب الزوجة.²

ج. معظم الذين قالوا الخلع طلاق:

قالوا أن عدة المختلعة هي عدة الطلاق ومن جعلوه فسخاً قالوا بأن عدة المختلعة حيضة، إلا الإمام بن خليل الذي قال أن عدة المختلعة ثلاث خيضات رغم أن الخلع فسخ.

¹ جلال الدين السيوطي، سنن نسائي، جزء خامس، دار الفكر بيروت، ص 168.

² المرجع نفسه، ص 168.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الخلع:

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري كان واضحا منذ الوهلة الأولى بتبنيها للاتجاه القائل بأن الخلع بعد طلاقا لا فسخا وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان أنه طلاق، ومعنى الفسخ هو الترتيب الذي دعم هذا الرأي، ونجد أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية الموجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثير الواضح وتبنى المشرع الجزائري للرأي القائل بالخلع طلاقا لا فسخا (57)، وبهذا فقد سائر المشرع الجزائري موقف جمهور العلماء من حكم الخلع، واعتبره طلاق.

وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون بالزواج " في المواد (32) وما بعدها، بينما أورد أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بانحلال الزواج" وقد أورد حكم الخلع في المادة (54) من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق، فيكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا، ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد، بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد، وإنما نتيجة ظروف، وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق.¹

الفرع الثاني: العوض

سنتناول في هذا الفرع مفهوم العوض و موقف المشرع الجزائري منه (أولا)، ثم الشروط

المتعلقة بصحة العوض (ثانيا) كما هو موضح كالاتي:

¹ سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 53-54.

أولاً: مفهوم العوض وموقف المشرع الجزائري منه

أ. مفهوم العوض:

هو المال الذي تبذله الزوجة أو من ينوب عنها للزوج كمقابل الخلع، والأصل أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة وهي إذا خافا ألا يقيما حدود الله، لذا فإن بوادر الخلاف و الخصام بين الزوجين، واستحالت المعاشرة بينهما، ففي هذه الحالة يجوز أن يأخذ منها ما تقتدى به نفسها منه مقابل مخالعتها، والعوض هو المقابل الذي تمنحه الزوجة أو وليها أو من ينوب عنها مقابل خلعها من عصمة الزوج، فقد يكون نقدا وقد يكون نفقة عدة، أو عرض تجارة، أو حضانة¹.

ب. موقف المشرع الجزائري من العوض

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يورد شروط خاصة يجب توافرها في عوض الخلع وتحدث في قانون الأسرة على الصداق في المادة 14 على أن: "الصداق يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"² ونصت المادة 54 من قانون الأسرة المعدل تحت رقم 02-05: "يجوز للزوجة جون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"³.

ثانياً: الشروط المتعلقة بصحة العوض

ضابط العوض عند الفقهاء "أن كل ماجاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع لأن ما صلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم".
أما أهم الشروط المتعلقة في العوض حبي يصلح بدلا في الخلع فهي في المسائل التالية:

¹ عامر سعد الزبياري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى دار بن حزم بيروت 1997 ص 150.

² المادة 14 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005

³ سليم سعدي: الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر ص 33.

أولاً: أن يكون العوض مما يصح جعله صداقا

إذا خالغ الزوج زوجته على ما لا يصح جعله صداقا، كما لو خالغها على أن يكون العوض عقوبةً بدنية مثلا أو شرطا فاسدا وقع الخلع بمهر المثل.

ثانياً: أن يكون العوض مالا متقوما

المال المتقوم شرعا هو ماله قيمة مقبولة في الشرع، فيخرج به الخمر، والخنزير، والدم، والميتة، أما الخمر والخنزير فلحرمة الإستفادة منهما، وأما الميتة، والدم فلأنه لا قيمة مادية لهما، وقد اختلف الفقهاء في الأثر المترتب عنه تخلفه:

حيث ذهب جمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، إلى وقوع الخلع، ولا شيء للزوج، ووجه ذلك أن الزوج إذا قبل الخلع على ما يمكن له الإستفادة منه، كان كمن قبل الخلع مجانا، كما أن الزوجة لم تسم شيئا متقوما لتكون قد غرته به، ولا كان العوض متقوما لتجت عليه قيمته.

وذهب الشافعية إلى عدم جواز الخلع على محرم لكن إذا كان حصل وقع الطلاق ورجع على الزوجة بمهر المثل، إذا كان المحرم خمرًا، أو ميتة أما إذا كان دما، فيقع الطلاق رجعيا، ووجه ذلك أن الدم لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء¹.

يشترط المالكية في العوض أن يكون مالا حلالا و لا يكون مغصوبا فإن كان كذلك وجب على الزوج رده إلى أصحابه ، ولا يشترط أن يكون هو الخلع بالغرر، كالجنين في بطن أمه الذي قد لم يولد حيا، وقد ينزل ميتا كما أنه يصح على شيء غير معين، كأن يتفقا مثلا قطعة من القماش، فهنا يكون الخلع على قماش من نوع وسط، كما يصح الخلع على نفقة العدة، وكذا الإضرار به لمفارقة أمه، ونجد هنا أن هناك من لا يجيز الإتفاق على التنازل عن الحصانة مقابل الخلع ،لأنه من مصلحة الولد البقاء مع أمه².

¹ سلطان بن محمد دعليج، دعوى الخلع في القضاء السعودي، دراسة تطبيقية رسالة ماجستير في قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا، الرياض 1434-2013م ص 69.

² شمس الدين السرخسي المبسوط، الجزء 6 دار المعرفة، بيروت، ص 196.

ثالثا: أن يكون العوض معلوما

ذهب الفقهاء في جواز الخلع بالمجهول إلى قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، وبعض الشافعية، وجمهور الحنابلة، إلى جواز الخلع بالعوض المجهول، واستدلوا لذلك بأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق العوض المجهول، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع، وليس فيه تملك شيء، والإسقاط تدخله المسامحة، فجاز بعوض مجهول من باب أولى.

القول الثاني:

ذهب جمهور الشافعية وابن حزم الظاهري، إلى عدم جواز الخلع بالعوض المجهول، فلو خالعت الزوجة زوجها على عوض مجهول، فالخلع باطل. واستدلوا بذلك بأن المختلع لا يدري ما يجب له عند المختلعة، ولا تدريه هي فهو عقد باطل، وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لا صحة له غير صحيح.

رابعا: جواز العوض في حالة الشقاق بين الزوجين

اختلف الفقهاء في اشتراط وجود الشقاق بين الزوجين لجواز أخذ الزوج العوض من زوجته، منهم من لا يشترط وجود الشقاق، بل يجوز مع الكراهة أخذ العوض من الزوجة في حالة الوفاق بين الزوجين، وإليه ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، ومنهم من لا يجيز أخذ المال إلا بوجود الكراهية منها، أو منهما معا، وإليه ذهب الظاهرية وابن المنذر. أما اشتراط عدم العضل فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز عضل الزوج زوجته، وإساءة عشرتها ليحملها على افتداء نفسها منه، ولكن إذا فعل ذلك فقد اخبلف الفقهاء في خلعه، وأخذ العوض منها، فالحنفية قالوا أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته، ولا يبطل بعضله الخلع إذا طلبت المخالعة، ولكن لا يطيب له أخذ العوض.

بينما ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الخلع باطل في هذه الحالة، والعوض مردود عليها إن أخذ منها، ويقع به طلاق رجعي لأنه طلاق ليس في مقابل مال.

ملخص الفصل الثاني:

عالجنا في هذا الفصل الأحكام الخاصة بالتطليق قبل البناء من خلال التطرق إلى الطرق التي منحها الشرع، والقانون للمرأة في المطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية قبل البناء. ومنه تناولنا في هذا الفصل مصلحة الزوجة في التطليق للضرر قبل البناء، والإجتهادات القضائية في الحكم على هذا النوع من التطليق وكذا جواز الخلع كطريقة من طرق إنهاء الرباط الزوجي قبل البناء. كما أننا عرجنا على آراء الفقهاء، ومذاهب الشريعة الإسلامية من الخلع وأخيرا موقف الشرع، والقانون من طبيعة الخلع.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التطليق قبل البناء في التشريع الجزائري ومن خلال بيان أحكامه نجد أن المشرع والشرع لم يهملوا حق المرأة في المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للضرر أو الخلع من خلال ما جاءت به المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري.

فالمشرع لم يحدد ضوابط وأحكام هذا النوع من التطليق فهذه النصوص السابقة يشوبها الغموض، والعموم

وعلى هذا الأساس توصلنا إلى جملة من النتائج، والإقتراحات الموضحة كالآتي:

أولاً: النتائج

✓ إقرار الإسلام والقانون بحق الرجل في إنهاء عقد الزواج كما أقر بحق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

✓ أن حق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء أو بعده ثابت.

✓ غياب تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى كالمغربي مثلاً، والرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني والإجراءات المدنية، والإدارية، إضافة إلى المادة 222 ق.أ.ج التي تمنح إمكانية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

✓ أن للزوجة طلب الخلع قبل البناء إن كان العدول من جانبها و لم تكن تعيب على الزوج شيء إلترمت برد الصداق كاملاً أو صداق المثل.

✓ أن للزوجة طلب التطليق قبل البناء متى توافرت أسبابه دون الإلتزام برد الصداق كاملاً ولا نصفه لأنه حق لها عن عقد القران ولم تتسبب هي في تحقق أسباب التطليق بل الزوج.

✓ ميز المشرع الجزائري بين كل من الطلاق، والتطليق، والخلع لضمان حق كلا من الزوجين، وعدم ضياعها.

- ✓ هدف المشرع الجزائري من الفقرة 10، المادة 53 ق.أ.ج هو حماية المرأة من جهة وترك السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في مجال تقدير الضرر والتعويض له.
- ✓ إمكانية الزوجة في رفع دعوى التطليق قبل البناء لأن عقد الزواج عقد رضائي.
- ✓ اقتصر المشرع الجزائري على معالجة الطلاق قبل البناء في المادتين 16 و 74 فقط
- ✓ حق الزوجة في طلب التعويض عن التطليق للضرر إضافة إلى إحتفاظها بكامل الصداق.
- ✓ تناقض الإجتهاادات القضائية بداية في استحقاق المطلقة قبل البناء للصداق إلى حقها في الخلع أو التطليق للضرر وفقا للمادة 53 ق.أ.ج.
- ✓ للزوجة أن توقع الخلع بإرادتها المنفردة ويمكن إجبار الزوج على إيقاعه قضاء ولو بدون موافقته.
- ✓ للزوجة الحق في مخالعة زوجها قبل البناء مع إلتزامها برد كامل الصداق أو صداق المثل إن كان الزوج خال من العيوب.
- ✓ المشرع الجزائري لم يورد شروط توافر عوض الخلع بل إكتفى بالتحدث عن الصداق من خلال المادة 14 ق.أ.ج .
- ✓ اختلاف الآراء الفقهية حول طبيعة الخلع إن كان فسخا أم طلاقا.

ثانيا: الإقتراحات

- نظرا لأهمية الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع ودور الزوجين في إنشائها واستمرارها نقترح مايلي:
- ✓ عقد الكثير من الندوات والمحاضرات وكذا التكتيف من الدروس في المساجد، قصد التوعية، والإرشاد في قضايا الأسرة، وكيفية المحافظة على الرابطة الزوجية المقدسة، وحمايتها من التفكك.

✓ ضرورة إعادة النظر في العيوب التي سببها تبني الزوجة لطلب التطلاق وذلك من خلال التمييز بين العيوب المرجو منها الشفاء، والعيوب الدائمة التي لا تزول وكذا يجب التفريق بين علم المرأة بالعيوب سواء قبل البناء، أو بعده.

✓ وفيما يخص التطلاق، يلاحظ أن المشرع لم يعطي تعريفا له، وترك المجال مفتوحا لإجتهاادات أساتذة، وآراء الفقهاء.

✓ رغم فطانة المشرع الجزائري، و توسيعه لدائرة حق المرأة في طلب التطلاق ، إلا أنه لم يخصص نصا للزوجة غير المدخول بها، وما لها من حق، وما عليها من واجب.

✓ لم يبين المشرع الجزائري من خلال المادة 54 حكم التفريق عند وقوعه ، هل يقع طلاقا رجعيا، أم طلاقا بائنا.

وعليه فلتجنب الوصول إلى التطلاق، أو الطلاق بكل أنواعه يجب وضع برامج خاصة لإعداد المقبلين على الزواج حيز أن تكون برامج عائلية تساعد الزوجين على تحسين علاقتهما، وكيفية التعايش مع بعضهما، وتوجيههم إلى الشريعة الإسلامية أين توجد حلول لمشاكلهم. وكذا الزواج في سن ملائم، وذلك ببلوغ سن الرشد، وعدم التسرع في إتخاذ القرار. إضافة مصطلح "مطلقة قبل الدخول"، بالنسبة للمطلقة قبل البناء في وثيقة الطلاق.

إن موضوع التطلاق قبل البناء في التشريع الجزائري من بين أهم المواضيع البارزة التي أولتها التشريعات العربية أهمية كبرى، لكن بالرغم من ذلك إلا ان المشرع الجزائري، لم يضع نص له، بل إكتفى بذكر طرقه، التطلاق للضرر في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، والخلع في المادة 54 من نفس القانون، ولكنه لم يوضح في نص صريح ما للزوجة من حق وما عليها من واجب، فقد نص فقط على إستحقاق الزوجة للصداق في المادة 16ق.أ.ج. "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

أما بالنسبة للقضاء هناك عدة إجتهادات قضائية في مجموعة من المسائل التي اثارها الطلاق قبل البناء منها: الخلع حيث وردت بعض الإجتهادات القضائية التي تجيز ذلك للزوجة قبل الدخول، كما للزوجة بعد الدخول مادام العقد صحيحا.

Summary

The issue of divorce before consummation in Algerian legislation is among the most prominent topics given great importance by Arab legislation. However, despite this, the Algerian legislator did not establish a text for it, but rather merely mentioned its methods, divorce for harm in Article 53 of the Algerian Family Code, and Khul' is stipulated in Article 54 of the same law, but it does not clearly state the wife's right and duty. It only stipulates that the wife is entitled to the dowry in Article 16 of the Code.

"The wife is entitled to the full dowry upon consummation or death of the husband, and she is entitled to half of it upon divorce before consummation".

As for the judiciary, there are several jurisprudences on a group of issues raised by divorce before consummation, including: "Khula", as some judicial jurisprudences have been reported that allow this for the wife before consummation, as well as for the wife after consummation, as long as the contract is valid..

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر:

* القرآن الكريم

* السنة النبوية الشريفة

1- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر أفندي، رد المختار على الدر المختار، تحقيق 1994.

2- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني 22/مختصر.

3- عمر بن أحمد الخرقى (د،ط) مكتبة الرياض الحديث، ج 07، الرياض

4- أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط04، ج 02، 1975.

5- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، المجلد الأول: دار الفكر للطباعة. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، المجلد الأول: دار الفكر للطباعة.

6- الجزائري أبو بكر جابر، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، دار الكتب الحديثة، مصر، ط 1422، 2002/02 .

7- الشنقيطي أحمد بن أحمد الحنكي، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار أحياء التراث الإسلامي، قطر 1989.

1- القوانين

أ- القوانين الجزائرية:

1. الأمر 02-05، المتضمن قانون الأسرة

2. الأمر 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة

الرسمية العدد 48 المؤرخ في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم

3. الأمر رقم 11-48، المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة

الرسمية، العدد المؤرخ في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم

4. الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26-09-1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخ في 30-09-1975، المعدل والمتمم

5. الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد15

ب/ القوانين الاجنبية

1. القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2، بتاريخ فاتح الربيع.

2. نظام الأحوال الشخصية الفهارس./ وليد بن ابراهيم بن عبد الله الخليفة. ط1... - الرياض 1444 هـ. 97. ص، 17*24 سم.

2- المراسيم التنفيذية

1- قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية السورية (1953/59) المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953
3- الكتب :

1- أبو داود سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق باب في كراهية الطلاق رقم الحديث 2178 المكتبة العصرية، بيروت ج10.
2- أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفرق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2015.

3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات .

4- أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (د،ط) دار الكتب القانونية، مصر 30.
5- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ط: دار الهدى، عين مليلة، 2012 .

6- بلحاج العربي، الوجيو في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط 1994، 01 ج01، الزواج والطلاق.

- 7- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 8- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجيد، أحكام الزواج والطلاق بعد الطلاق، دار هومة، الجزائر، ط 2009
- 9- سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة ق أ ج ، مجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد 06 .
- 10- عبد القادر بن داوود، إشكالات ق، أ، ج، الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 05/02 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران الجزائر.
- 11- الغوثي بن ملحّة قانون الأسرة الجزائري على الفقه والقضاء الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية الجزائر،
- 12- فضيل العيش شرح وجيز لقانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب الجزائر 2008.
- 13- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 .
- 14- ليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون .
- 15- مجمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير ط 02، دار الفكر، ج 04 ، بيروت.
- 16- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 02-05، دار الوعي 2012.
- 17- محمد بن مكرم ابن منصور، لسان العرب، بيروت، لبنان دار صادر، مجلد 299 .
- 18- محمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط 02، دار الفكر، ج بيروت ،
- 19- مسعود جبران الرائد، المعجم اللغوي عصري، بيروت لبنان، دار الملايين ط 7 مارس 1992.
- 20- معلوف المنجد في اللغة و الأدب ، لبنان بيروت ، المطبعة الكاثوليكية، ط 19.
- 21- منصور المبروك، إجراءات الإثبات بالشهادة أمام قاضي شؤون الأسرة، مجلة معلم للدراسات القانونية، والسياسية، مركز جامعي تتدوف العدد 01، 2009.

- 22- منصورى نورة، التطلّيق والخلع وفق القانون الشريعة الإسلامية، جار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة النشر.
- 23- نايف محمد الجنيدى، عضل النساء والتفريق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط، 2010 .
- 24- وهبة الزجيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط، 2241، 4هـ، نقلا عن نايف عضل النساء للشقاق.
- 25- يجي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، طبعة، 02 سنة 1988.

4- المقالات

- مقالة الدكتور زمورة داود، "التطليق قبل البناء في التشريع الجزائري"، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد رقم 09، العدد 01، سنة 2022.
- سعادة فاطمة الزهراء، الطلاق قبل البناء في ظل التشريع الجزائري والقضاء، مقال منشور في مجلة النوازل الفقهية والقانونية، مجلد رقم 06، العدد 03 سنة 2022.
- الدكتورة دليلة براف، التطلّيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية.

5- المذكرات الجامعية والرسائل:

الماجستير.

- 1- أمينة بن جناحي: نور القاضي في الخلع، جراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس الجزائر 2014
- 2- بلبلولة بختة: أثر فكرة التعسف في استعمال الحق الزواج وانحلاله، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2004-2005
- 3- خارف محمد، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع شريعة وقانون كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران 2013-2014

- 4- صغير سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية الوادي 2015/2014
- 5- نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015
- 6- سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.

الماستر

- 1- خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أكلي محمد أو الحاج، البويرة 2013
- 2- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة ماستر كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون جامعة وهران 2006
- 3- نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو الحاج البويرة، السنة الجامعية 2012-2013.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ-هـ	المقدمة
الفصل الأول : التطلاق وأحكامه	
08	المبحث الأول: تعريف التطلاق والتميز بينه وبين طرق التطلاق الأخرى..
08	المطلب الأول: تعريف التطلاق
08	الفرع الأول: التعريف اللغوي و الإصطلاحي
15	الفرع الثاني: أسباب التطلاق
23	المطلب الثاني: التميز بين التطلاق والخلع والطلاق
23	الفرع الأول: التميز بين التطلاق والخلع
28	الفرع الثاني: التميز بين التطلاق والطلاق
34	المبحث الثاني: أحكام التطلاق
34	المطلب الأول: طرق التطلاق
34	الفرع الأول: التطلاق للضرر المعتبر شرعا
43	الفرع الثاني: الخلع
48	المطلب الثاني: التعويض
49	الفرع الأول: مفهوم التعويض
52	الفرع الثاني: وسائل إثبات الزوجة للضرر
57	ملخص الفصل الأول
الفصل الثاني: التطلاق قبل البناء في التشريع الجزائري	
60	المبحث الأول: التطلاق للضرر
60	المطلب الأول: من حيث الصلاحية
60	الفرع الأول: شرعا
62	الفرع الثاني: قانونا
67	المطلب الثاني: من حيث مصلحة الزوجة فيها
67	الفرع الأول: ما للزوجة من ماديات

فهرس المحتويات

71	الفرع الثاني: ما على الزوجة من ماديات
78	المبحث الثاني: الخلع
78	المطلب الأول: تقييمه
78	الفرع الأول: قانونا يجوز
81	الفرع الثاني: جواز الخلع شرعا
85	المطلب الثاني: التكيف القانوني للخلع
85	الفرع الأول: التكيف القانوني للخلع بين الفسخ الطلاق
89	الفرع الثاني: العوض و موقف المشرع الجزائري منه
93	ملخص الفصل الثاني
95	الخاتمة
99	قائمة المصادر والمراجع
	فهرس المحتويات
	الملخص