وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

# سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية

## دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص:الشريعة و قانون

إعداد الطالب (ة):

يعقوب مروة

إشراف الأستاذ:

د .حباس عبد القادر

**لجنة المناقشة**

| الاسم واللقب | الجامعة | الصفة |
|---|---|---|
| د/ أحمد أولاد سعيد | جامعة غرداية | رئيسا |
| د/ عبد القادر حباس | جامعة غرداية | مشرفا مقررا |
| د / محمد حدبون | جامعة غرداية | مناقشا |

**الموسم الجامعي:**

**1443-1444هـ/2022-2023م**

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: .....

# تصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

1) اسم ولقب الطالب (01) : مروة يعقوب .....

رقم التسجيل: 18 18 3908 7717 .....

التخصص: شريعة وقانون .....

2) اسم ولقب الطالب (02): .....

رقم التسجيل: .....

التخصص: .....

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة بـ:

سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري

أصرح بشرفي أني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدي الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها في البحث العلمي(دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أتحمل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول: مروة يعقوب ..... الطالب الثاني: .....

عن رئيس المجلس العلمي
عطاالله الميسورات

الرقم التسلسلي

2021/10/03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: .....

# إذن بالطبع [مذكرة ماستر]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): عباس عبد القادر .....

المشرف على المذكرة الموسومة بـ: سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ..... دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري .....

من إعداد الطلبة: 1- مروة يعقوبي .....

2- .....

تخصص: شريعة وقانون .....

أقرّ بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قُدم لهم من نصائح وتوجيهات، واتبعوا فيها ضوابط ودليل إعداد مذكرة التخرج، وقد أصبحت جاهزة للطبع، وقابلة للمناقشة.

**إمضاء المشرف:**

عباس

**ملاحظة:** تسلم الاستمارة مع المذكرة لأمانة القسم

# الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى .

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضيئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها ،إلى من ضحت بالكثير من أجلي ، ووقفت بجانبي إلى قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

" أمي " أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان سندا لي في الحياة إلى

"أبي" أطال الله في عمره

إلى كل إخوتي :بلقاسم و هاجر و عبد الغني حفظهم الله ، و إلى كل صديقاتي :بشرى ، مروة ، حفصة ، ضاوية ، حفظهم الله

إلى كل الزملاء والزميلات ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلى كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع .

# الشكر والعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و هدانا لنوره ووفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع . واللهم صل وسلم على سيدنا محمد تسليما كثيرا .

أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير إلى الأستاذ الفاضل الدكتور حباس عبد القادر الذي وافق على إشرافه على مذكرتي و الذي شجعني و دعمني لإتمام هذا العمل المتواضع .

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى كل من ساندني ووقف بجانبي و مد لي يد العون من قريب أو من بعيد ولو بالكلمة الطيبة

كما أشكر أساتذة العلوم الإسلامية عامة و أعضاء لجنة المناقشة خاصة .

## قائمة أهم المختصرات

| الاختصار | معنى الاختصار |
|---|---|
| (د.ت) | دون تاريخ النشر |
| (د.ط) | دون طبعة |
| (د.م) | دون مكان النشر |
| (د.د) | دون دار النشر |
| ص | الصفحة |
| ط | الطبعة |
| ج | الجزء |
| د | الدكتور |
| مح | محقق |

# مقدمة

الحمد لله رب العالمين، عليه توكلت وبه أستعين وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمد عبده ورسوله أرسله الله رحمة للعالمين .

أما بعد :

إن مما أنعم الله به على الإنسان نعمة الزواج وجعله أساسا لديمومة النسل البشري في الكون، فقد أحاطته الشريعة الإسلامية بسياج من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه، فأمرت الزوجين بالتعايش معا وبحسن المعاشرة، وحثت الشريعة السمحاء الرجال على اللطف بالنساء،وأمرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته وماله وولده، كما نهت الزوجين من فعل أي شيء يسيء إلى العلاقة الزوجية أو يضر بها ، ورغم ذلك فإن واقعية الشريعة الإسلامية أخذت بعين الاعتبار الظروف المحتملة التي قد تحدث في الحياة الزوجية من الأحداث التي يستحيل معها بقاء استمرارية الزواج التي تؤذي إلى قرار أحد الزوجين بالإنفصال سواء من طرف الزوج بالطلاق الذي أقره الله على الأزواج في حال عدم التوافق بينهم وبيَّنَه فيه كتابه ودليل سنته أو من طرف الزوجة تطليق زوجها بإرادتها المنفردة لأسباب، أو بخلعه مقابل عوض تلتزم به، وهذا ما يكون حلا للخلافات والمشاكل الناجمة بين الطرفين، لذا كان موضوع بحثي موسوما بـ:**سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية**

## 1/ أهمية الموضوع

يكتسي موضوع سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية أهمية بالغة، وتتمثل في الآتي:

_ ارتباط الموضوع بالأسرة التي تعتبر الخلية الأولى للمجتمع ، و بالتالي يعتبر هدم هذه الخلية الأساسية مسألة تستحق الدراسة .

_اكتساء موضوع التطليق و الخلع أهمية بالغة كونه موضوع حيوي يمس الأسرة بشكل مباشر من مختلف جوانبها .

_ التطليق و الخلع حق مخول للمرأة أقرته الشريعة الإسلامية .

_ اعتبار التطليق و الخلع أحد أسباب تفكك الأسرة و انهيارها .

## 2/ الإشكالية

يروم هذا البحث للإجابة على جملة من التساؤلات المتعلقة بموضوع سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، وفي مقدمة هذه التساؤلات: إلى أي حد يمكن للقاضي أن يوافق طلب الزوجة في فك الرابطة الزوجية؟ وما هي ضوابط وحدود هذه السلطة شرعا وقانونا؟

و ينبثق من السؤال الرئيسي مجموعة من الأسئلة الفرعية :

- ما تعريف سلطة القاضي في قانون الأسرة ؟وما هو تعريفه بصفة عامة ؟

-ماهي الرابطة الزوجية الزوجية ؟ وما أنواع انحلالها ؟

- ما هو الخلع وما هو التطليق وما الفرق بينهما ؟ وما طبيعة وحكم كل منهما؟

- ماهي أسباب التطليق التي إن توفرت حق للزوجة أن تطلب التطليق بواسطة القاضي؟

## 3/ أسباب اختيار الموضوع

ـ شيوع ظاهرتي التطليق و الخلع في المجتمع الجزائري .

ـ الجهل بالآثار الخطيرة لظاهرة التطليق و الخلع باعتبارهما يشملا الأسرة و المجتمع بأكمله

ـ ايضاح طرق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة

ـ موضوع فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة من الموضوعات المهمة لإرتباطه بحق من حقوق المرأة و حريتها .

## 4/ أهداف الموضوع

ـالتطلع على الآثار الناتجة عن التطليق و الخلع على الأسرة عامة و على الأبناء خاصة

ـ بيان رأي الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في موضوعي التطليق و الخلع

ـ إبانة الفرق بين التطليق و الخلع

ـ بيان دور سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق و الخلع

## 5/ الدراسات السابقة

أما بالنسبة للدراسات السابقة فأهم ما إطلعنا عليه و استفدنا منه مما له علاقة مباشرة بموضوع دراستنا هي الدراسات التالية :

أ ـ الطالب هشام ذبيح ،**حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية** ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص ، تخصص قانون الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة

حيث قسم هذا الباحث مذكرته إلى بابين و كل باب إلى فصلين ، الباب الأول تناول الحديث عن حق الزوجة في التطليق و الفصل الأول ماهية التطليق و توضيح كل ما يتعلق بمفهومه بشكل مفصل

و الفصل الثاني خصص الحديث عن أسباب التطليق ، و الباب الثاني عالج جزئيتين فتناول في الفصل الأول حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع و تناول في الفصل الثاني الآثار المترتبة على التطليق و الخلع . حيث استفدت من هذه المذكرة كونها لا تختلف عن موضوعي .

ب _ الطالبة هواري خضرة والطالبة عثماني حياة ،**انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة ( التطليق _ الخلع** )مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأسرة ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق 2017/2016 م ، حيث قسمتا المذكرة إلى ثلاث فصول ، الفصل الأول انفصال الرابطة الزوجية عن طريق التطليق بمبحثين المبحث الأول بعنوان ماهية التطليق ، و المبحث الثاني أسباب التطليق ،و الفصل الثاني انفصال الرابطة الزوجية عن طريق الخلع حيث عالج في مبحثين المبحث الأول بعنوان ماهية الخلع ، و المبحث الثاني تكييف الخلع و تمييزه عما يشابهه ، و الفصل الثالث تناول فيه اجراءات التقاضي في دعاوى التطليق و الخلع و الفرق بينهما في مبحثين المبحث الأول تناول إجراءات رفع دعوى التطليق و الخلع و المبحث الثاني الفرق بين التطليق و الخلع ، حيث استفدت منها في الفصل الأول : انفصال الرابطة الزوجية عن طريق التطليق ، وفي الفصل الثاني : انفصال الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ، رغم أنها ليست بدراسة مقارنة .

ج _ الطالبة بن حسين رقية ، **حل الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة للزوجة** ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أحوال شخصية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016/2015 م ، حيث قسمت الطالبة مذكرتها مبحث تمهيدي و فصلين ، حيث كان المبحث التمهيدي عن الطلاق ، و في الفصل الاول تناولت التطليق بالإرادة المنفردة للزوجة ، أما

الفصل الثاني تطرقت إلى الخلع ، بحيث استفدت من هذه المذكرة كونها تناولت التطليق و الخلع و هما أساس موضوعي رغم عدم كونها دراسة مقارنة .

## 6/ الصعوبات

– واجهتني الصعوبة كون موضوع الخلع و التطليق موضوع اجتماعي حذر التقصير لإعطائه حقه ومستحقه الكامل لتضمنه فك الرابطة الزوجية .

– رغم كثرة الكتب و جمعها أخد مني وقتا كبيرا

– قلة الكتب القانونية التي تلم بكامل الجوانب القانونية لموضوع حقوق المرأة الطالبة للتطليق أو الخلع و الآثار الناجمة عن ذلك

## 7/ المنهج المتبع للإجابة على الإشكالية

تقتضي دراسة الموضوع كونه دراسة مقارنة أن أتبع المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، و كذا المنهج المقارن.حيث يتضح المنهج الاستقرائي من خلال اتباع النصوص الشرعية والقانونية وتجميع أجزاء المادة العلمية المتعلقة بالموضوع ، وإعادة صياغتها وفق ما يتماشى مع مقتضيات البحث ؛ أما المنهج التحليلي فيتجلى من خلال تحليل عناصر المادة العلمية من النصوص الشرعية والأدلة الفقهية والقانونية ومناقشتها للوصول إلى النتائج التي يمكن أن تخدم الموضوع ؛ ثم المنهج المقارن و ذلك بمقارنة ومقابلة النصوص ببعضها البعض و عرضها وموازنة رأي الشريعة مع القانون الجزائري .

## 8/ منهجية التهميش المعتمدة

بالنسبة لطريقتي في البحث فإني اعتمدت على المنهجية التالية :

- قسمت الموضوع إلى ثلاث فصول ، وكل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين ؛ وكل مطلب إلى فروع .

- قمت بكتابة الآيات القرآنية ونسبتها إلى موضعها من السور و رقم الآيات ووضع الآيات بين حاضنتين على هذا النحو :(...)
- نسبت الأحاديث إلى أصحابها و إلى الكتاب الذي ورد منه والكتاب المستخرج منه والباب والرقم والجزء ووضعته بين عارضتين على الشكل الآتي :{...}
- أما من ناحية التهميش فقد اعتمدت الطريقة التالية :

✓ ذكرت الاسم الكامل للمؤلف ، ثم عنوان الكتاب ؛ ثم دار النشر ؛ ثم مكان النشر فإن لم توجد كتبت (د.د:دون دار النشر )؛فرقم الطبعة فإن لم توجد كتبت ( د.ط : دون طبعة)؛ ثم أذكر تاريخ الطبعة فإن لم يوجد كتبت ( د.ت:دون تاريخ )؛ ثم أذكر الجزء ؛ ثم الصفحة .

✓ إذا استعملت الكتاب في نفس الصفحة أذكر اسم المؤلف و أكتب المرجع نفسه ؛ إن كان للمؤلف مرجعين نكتب اسم الكتاب .

✓ إذا استعملت الكتاب مرة أخرى اكتفي بذكر اسم المؤلف وعنوان الكتاب واكتب المرجع السابق .

✓ إن كتبت كلمة انظر أمام اسم الكاتب معنى ذلك أن هذا النص متصرف فيه

✓ إن كان النص مقتبسا أضعه بين مزدوجتين :"...."

✓ إذا كان المرجع بحث أكاديمي اكتب درجته (ماجستير ) ، ( دكتوراه) .

اكتب الفهارس في آخر المذكرة لتسهيل البحث والاستفادة .

**9/ خطة البحث**

بما أن البحث يتحدث عن سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية

ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاث فصول ، تناول في الفصل التمهيدي مفاهيمأساسية حول سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية قسمناه إلى مبحثين و كل مبحث إلى مطلبين و تحت كل مطلب فروع .

وفي الفصل الأول : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق قسمناه أيضا إلى مبحثين و كل مبحث إلى مطلبين و كل مطلب إلى فروع

وفي الفصل الثاني : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في الخلع قسمناه إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين و كل مطلبين إلى فروع

وفي الأخير **خاتمة** حيث استنتجت أهم النتائج والتوصيات. أرجوا من الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا في تناول هذا البحث ودراسته ويجعله خالصا لوجه الله تعالى . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آلهو أصحابه.

# الفصل التمهيدي : مفاهيم أساسية حول سلطة القاضي و التطليق و الخلع .

**تمهيد:**

لا يكاد ينفك عمل القاضي عن استعمال سلطته فيما يعرض له من القضايا التي تستلزم النظر و التروي للوصول إلى الحكم ، إذ بها يصل القاضي إلى الحكم الصواب في أقضيته ، و قد دلت على ذلك النصوص على مشروعية استعمال القاضي سلطته في النظر فيما يعرض له من قضايا ، ومن بين القضايا أكثر شيوعا في زمننا قضية انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة ( التطليق و الخلع ) ، هذا ما سنتطرق له في فصلنا هذا المتضمن عنوان مدخل عام حول سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية .

## المبحث الأول :مفاهيم أساسية حول سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية

في هذا المبحث نحاول ابراز سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية في المطلب الأول ، و كذلك ابراز ماهية التطليق و الخلع في المطلب الثاني .

### المطلب الأول:تعريف السلطة التقديرية للقاضي

#### الفرع الأول :تعريف السلطة التقديرية للقاضي

##### البند الأول : تعريف السلطة

**أولا : تعريف السلطة لغة**

" السَلاطَةُ: القهرُ. وقد سَلَّطَهُ الله فتسلط عليهم. والاسم السلطة بالضم .والسلطان :الوالى، وهو فعلان يذكّر ويؤنّث، والجمع السَلاطينُ .والسُلْطانُ أيضاً :الحجَّةُ والبرهان، وامرأة سليطة، أي صخابة. ورجلٌ سَليطٌ، أي فصيحٌ حديدُ اللسانِ بيّنُ السَلاطَةِ والسُلوطَةِ .يقال هو :أَسْلَطُهُمْ لساناً[1]

" **و منه قوله تعالى : (وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَى بِآيَاتِنَا وَسُلْطَانٍ مُبِينٍ)[2][ سورة هود/ 96]**

ومنه فالسلطة هي القهر و الحجة والبرهان

**ثانيا : تعريف السلطة اصطلاحا**

" تعرف السلطة بأنها الصلاحية في الأمر و النهي و إحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة في مواجهة الغير و هذا التعريف القانوني للسلطة لا يخرج عن التصور الفقهي لمعناها ،فهو يدور حول صلاحية تستمد من القوة التي يتم تعبها صاحبه اللإلزام بأمر معين .إذا لقوة و القهر هما أساس التفرد

[1] ا الجوهري (أبو نصر اسماعيل بن حماد) ، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية** ، مح : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط4 ، 1407هـ/1987 م ، ج 3 ، ص 1134/1133.

[2] **سورة هود** ، الآية 96

بصلاحية الأمر و النهي"[1]. وهي " إلزام الغير ، و إنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه و تكون في الدين و الدنيا و النفس و المال ، و تتعلق بمرافق الحياة و شؤونها "[2] .

**البند الثاني : تعريف التقدير**

**أولا : لغة**

"فَقدر: فضيَّقَ عَلَيْهِ، وَقد ضَيق الله جلّ وعزّ على يُونُس أشدّ التَّضْيِيق على معذَّبٍ فِي الدُّنْيَا، لأنَّه سَجَنه فِي بطن الْحُوت فَصَارَ مكظوماً، أُخِذ فِي بَطْنه بكظمه، والقَدِير والقادر من صِفَات الله جلّ وَعز، يكونَانِ فِي القُدرة، ويكونان من التَّقْدِير .[3]

**ثانيا :اصطلاحا**

"هو اعطاء المعدوم حكم الموجود ، أو اعطاء الموجود حكم المعدوم ، وهو الاحتمال أو التوقع ، و يجب أن يبنى الاحتمال على غلبة الظن "[4]

[1] د/ عادل بن عبد الله السعوي ، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي** ، مجلة كلية دار العلوم ، العدد 142 ، سبتمبر 2022 م ، ص545 .

[2] د/ محمد مصطفى الزحيلي ، **القواهد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة** ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، 1437هـ/2006م ، ج1 ، ص 486.

[3] محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور ، **تهذيب اللغة** ، مح محمد عوض مرعب ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ط1 ، 2001 م، ج9 ، ص 40/39

[4] انظر ، خالد الضو ، **تقدير القاضي بين الإطلاق و التقييد في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري** ، مجلة الذخيرة للبحوث و الدراسات الإسلامية ، المجلد 5 ، العدد 2 ،ديسمبر 2021 ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة غرداية ، الجزائر ، ص 329.

**البند الثالث : تعريف القاضي**

**أولا : لغة**

"القَضاءُ: الحكم، وأصله قَضايٌ لانه من قضيت ، والجمع الاقضية ، وقضى، أي حَكَمَ، و قد يكون بمعنى الأداء والإنهاء ،ومنه القضاء والقدر .ويقال :اسْتُقْضِيَ فلانٌ، أي صُيِّرَ قاضِياً. وقَضَّى الأمير قاضِياً ،بمعنى الصنع والتقدير"[1]

**ثانيا :اصطلاحا**

" هو الشخص الذي له ولاية القضاء التي تمنح إليه عند أداء اليمين القانونية بعد صدور المرسوم بتعينه قاضيا ، و قيل بأنه الشخص الذي يمسك ميزات العدالة ، وهو الذات الذي نصب و عين من قبل السلطان لأجل الفصل و الحسم في الدعاوى و المخاصمات الواقعة بين الناس توفيقا لأحكامها المشروعة " [2]. "وهو الخليفة أو نائبه على القضاء" [3]

إرتأينا مما سبق أن القاضي هو الحكم القاطع في الشؤون المحكم لها ، وهو رجل يحكم بين الناس بحكم القانون ، ويعتبر موظفا تعينه الدولة للنظر في المنازعات و الإجراءات و إصدار القرارات التي يراها مناسبة وفقا للقانون .

---

[1] الفارابي ، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية** ، **المرجع السابق** ، ج 6 ، ص 2464

[2] انظر ، نور عادل أبو جامع ، **السلطة التقديرية للقاضي الشرعي في تزويج البكر في المحاكم الشرعية في ضوء قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، دراسة تحليلية ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية ، 2020/12/15 ، الأردن ، ص 146

[3] محمود محمد ناصر بركات ، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي** ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ،ط1 ، 1427هـ/2007م ، ص 81

## الفرع الثاني :تعريف السلطة التقديرية للقاضي

### البند الأول : تعريف السلطة التقديرية للقاضي عامة

هي " صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر و التدبر بحسب النظر و المقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحة كذبها إلى الحكم عليها و اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي " [1]، "وهي في حقيقتها نوع اجتهاد يصدر منه ، فلا يخرج إعمال السلطة التقديرية على أن يكون اجتهاداً يجريه القاضي في التقدير الذي يحكم به أو يكون طريقاً للوصول للحكم الموافق للواقعة . ومع هذا فإن الناظر فيما كتبه الفقهاء يرى أن المتقدمين منهم لم يستعملوا هذا المصطلح في كتبهم المدونة ، فهو مصطلح حادث الاستعمال ، و استعمله القانونيون في العصور المتأخرة و أخذه من كتب في فقه القضاء من المتأخرين . وغني عن الذكر أن عدم ورود هذا الاصطلاح الحادث لا يعني عدم تقرر معناه عند الفقهاء المتقدمين ، فإن الفقهاء عرفوا السلطة التقديرية للقاضي و تعاملوا معها واقعا و إن لم يطلقوا عليها هذا الإطلاق ، فيتبين من المصطلحات التي وردها الفقهاء أنها تدل على هذا المعنى ،و ذلك راجع إلى تقدير القاضي أو إلى اجتهاده أو حسب اجتهاده ، أو بما يراه القاضي "[2]" فالاعتراف بالسلطة التقديرية حاضر دوماً في كتب الفقه المتقدمة و المتأخرة على السواء . و عمد بعض الباحثين المتأخرين إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي بما لا يخرج عن استعمال المتقدمين لهذا المعنى ، فعرفها بعضهم بأنها صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر و التدبر بحسب النظر و المقايسة ؛ لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها وعرف بأنه مكنة للقاضي تعينه على الوصول إلى الحكم أو الإجراء المناسبين بما يتفق .و مقصد الشارع من خلال إعمال نظره فيما يعرض عليه مما لا نصفيه

[1] محمود محمد ناصر بركات ، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي** ، **المرجع السابق** ، ص 81

[2] انظر ، د/عادل بن عبد الله السعوي ، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي** ، مجلة كلية دار العلوم ، العدد 142 ، سبتمبر 2022م ، ص 548.

أو كان النصفيه محتملاً و عرفت بأنها الصلاحية المشروعة للقاضي الموجبة للموازنة بين عدة أحكام ممكنة و مشروعة في الدعوى لتطبيق أكثرها ملاءمة للواقعة ، و تعرف السلطة التقديرية للقاضي بمفهومها العام الذي يشمل: النظر و التفكر لبيان المراد من النص المحتمل، و النظر في النصوص الواردة للوصول إلى الحكم في واقعة لا نصفيها ،و النظر في تحقيق مراد الشارع و مقصده عند تنزيل الحكم الكلي على الواقعة محل الحكم "[1].ومنه نستنتج أن السلطة التقديرية للقاضي هي عملية ذهنية يقوم بها القاضي بهدف الوصول إلى حل للنزاع المعروض أمامه .

**البند الثاني : تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية و القانون**

**أولا : السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية**

" صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر و التدبر بحسب النظر و المقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ؛ ابتداءً من قبول سماعها ، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها ، إلى الحكم عليها ، و اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم ، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي "[2] . " فالسلطة التقديرية متلازمة مع السلطة القضائية ، فكل من تولى القضاء فقد منحه الإمامُ أو نائبُه سلطةً تقديرية للوصول إلى الحكم القضائي الصحيح " [3] .

نستنتج مما سبق ذكره أن السلطة التقديرية ذات معنى واسع يقوم على أساس التحليل الذهني و الفكري للقاضي لفهم الواقع المطروح و استنباط عناصر لإقامة شرع الله أمام القضايا المعروضة عليه

---

[1] انظر ، د.عادل بن عبدالله السعوي ، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي ، المرجع السابق** ، ص **549**

[2] محمود محمد ناصر بركات، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**، ط 1، دار النفائس، عمّان،الأردن، 1427 هـ - 2007 م، ص 81 .

[3] د / عبد الله عويد الرشيدي ، **نظرية السلطة التقديرية و تطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي و القانون المدني الكويتي** ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت ، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الثامن لكلية القانون الكويتية العالمية الجذور التاريخية للنظريات و المدونات القانونية – دولة الكويت 24 - 25 / 11 / 2021 ، ص 232 .

**ثانيا : السلطة التقديرية للقاضي في القانون :**

"السلطة قانونا تعني إخضاع إرادة شخص لإرادة شخص قانوني آخر، فهي إذن علاقة قانونية بين إرادتين إحداهما خاضعة للأخرى التي تتفوق وتنمو عليها، فالقول بمنح القاضي سلطة معناه منحه ما تفيد كلمة السلطة من القوة والصلاحية، وأن يمكن استعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة" [1] ،كما تعرف بأنها"الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة، واحقاق الحق وتحقيق العدالة " [2]

يتبن أنّ السلطة التقديرية للقاضي قائمة على التفكير والتدبر وأن الهدف من هذه السلطة هو الوصول إلى الحكم القضائي الصحيح.

**ثالثا : المقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري للسلطة التقديرية للقاضي**

*** أوجه التشابه :**

– السلطة التقديرية تتفق في الفقه والقانون في أنها قائمة على التفكير والتدبر، وأن الهدف من هذه السلطة هو الوصول إلى الحكم القضائي الصحيح.

– تتفق الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري في اعتماد السلطة التقديرية على الأساس الفقهي و القانوني لمهنة القاضي مع إعطائه هذه الصلاحية .

– تتفق الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري على كون السلطة التقديرية للقاضي أهم منصب و مسؤولية في المجتمع الإسلامي و في القانون و بها تتحقق العدالة ، و بها يزال الظلم و الفساد .

---

[1] انظر ، محمود محمد ناصر بركات ، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي** ، المرجع نفسه، ص 80/77

[2] أحمد الأمراني، **السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي**، دار القلم، الرباط، ط1 ، 2012م ، ص 24

*** أوجه الإختلاف :**

– تختلف الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري كون السلطة التقديرية للقاضي أقرت في تاريخ الإسلام على أساس كون القاضي مجتهدا في درجته العلمية و بالغا في سنه ، عكس القانون حاليا ما جعل القضاء سهلا و ميسرا يمكن لأي شخص أن يتقلده .

**المطلب الثاني : تعريف سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية**

**الفرع الأول :تعريف فك الرابطة الزوجية**

**فك** : "يَأْتِي بِمَعْنَى الحَل ، وَ يقَال حَلْحَلَ الشَيءَ ، حَرَكَه وَ أَزَالَه منْ مَوْضعه"[1].أَي حَل عقد الزواج

وهو صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته [2] ، و يأتي بمعنى إنهاء العلاقة الزوجية ، أي ما يفرق به بين الزوجين من علاقة الزواج [3] ، و هي انحلال الزواج و انقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب .

**الرابطة الزوجية** : "يقصد بها الصلة بين الرجل و المرأة ، و يشترط أن يكون هذا الاتصال مبنيا على عقد وفقا لضوابط شرعية "[4] و بتعريف آخر هي " العقد الشرعي الذي يربط الرجل بالمرأة" [5]

[1] مجمع اللغة العربية ،**المعجم الوسيط** ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، ط4 ، 2004 ، ص 192

[2] محمد بن عبد الرحمن الحطاب ، **مواهب الجليل شرح مختصر الخليل** ، مح : زكرياءعميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1995 ، ج1 ، ص268

[3] بدران أبو العينين بدران ،**الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون** ، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، ( د ط ) ، 1998 ، ج1 ، ص 295

[4] عبد الحليم مشري ، **الجرائم الأسرية** ، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2008 ، ص 35 .

[5] د/ علام ساجي ، **المختصر في الزواج و الطلاق بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجيةالإقتصادية والسياسية ، ط 1 ، 2021 م ، ص 69

فهي عقد شرعي ملزم بين الرجل و المرأة ، يجب أن يكون مبنيا على عقد متوافق مع الشريعة الإسلامية .

**الفرع الثاني :طرق فك الرابطة الزوجية**

**البند الأول : فك الرابطة الزوجية بالتراضي**

هو" الطلاق الذي يتفق فيه الزوجان على حل الرابطة الزوجية بينهما ، أو بناء على طلب أحدهما و موافقة الآخر ، و يتم بواسطة عريضة تقدم كتابة الضبط لمحكمة ، تتضمن المعلومات الكاملة الخاصة بالزوجين ، والعبارات الواضحة التي تفيد اتفاقهما على الطلاق بالتراضي"[1]

**البند الثاني : فك الرابطة الزوجية بالوفاة**

عند وفاة الزوج تنحل الرابطة الزوجية و تصبح الزوجة أرملة وتكون في عدتها، فهنا تلتزم الزوجة المتوفى عنها زوجها بالعدة حتى تنقضي لكن إذا كانت الزوجة حاملا فتستمر عدتها إلى حين وضعها لحملها .

" حيث أورده المشرع في المادة60 من قانون الأسرة الجزائري لمدة أقصاها 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة أي بعد10 أشهر من وضع حملها لا عدة لها، كما يمكن للزوجة أن تستفيد من حقها في السكن والميراث والنفقة أثناء عدتها وهو ما أكدته المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري أي من عدم خروج الزوجة المطلقة "[2]

[1] د/ علام ساجي ، **المختصر في الزواج و الطلاق بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ، ص 75

[2] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء** ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 2 ، 2008 ، ص 90/89

" و في حالة وفاة الزوجة تنحل الرابطة الزوجية .حيث تكون تكاليف الجنازة من مال الزوجة وإن لم يكن للزوج مال، فهو الذّي يتكفل بذلك من ماله الخاص كما له نصيب في الميراث وهذا في حال كان للزوجة تركة"[1].

**البند الثالث: فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج**

" حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو الأصل إذ أن العصمة التي وضعت في الزوج وتمنح له الحق في حل عقد النكاح متى شاء وهذا ما بينته المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري ، فالطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج بعدما يستنفذ صبره على زوجته في الإستقامة فيستعمل حقه في فك الرابطة الزوجية وهذا حق مشروع باعتبار الطلاق صفة حكيمة ترفع حلية متعة الزوج بزوجته وحل الزواج وانهاء العلاقة الزوجية وإيقاف استمرارية الزواج "[2]

**المبحث الثاني: ماهية التطليق و الخلع**

للتطليق و الخلع أهمية بالغة و كبيرة في حياة المرأة حيث يعتبرا المنفذ و المخرج الشرعي و القانوني الذي تتمسك به في حالة ضررها من زوجها أو بغضها له خوفا من ألا يقيما حدود الله و عليه تستوجب هذه الحالة تبيان ماهية التطليق في الشريعة والقانون الجزائري في المطلب الأول و في المطلب الثاني ماهية الخلع في الشريعة و القانون الجزائري .

**المطلب الأول: تعريف التطليق**

**الفرع الأول: تعريف التطليق في الشريعة**

**البند الأول :تعريف التطليق لغة**

[1] بن زيطة عبد الهادي، **التّعويض عن الضرر في قانون إلجراءات الجزائية**، دار الخلدونية ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، ص 59

[2] باديس دياني ،**صور فك الرابطة الزوجة على ضوء القانون** ،دار الهدى ،عين مليلة الجزائر ،2003 م ،ص 7

"التَطْليق مَأْخُوذٌ منْ الفعْل طَلَقَ ، يُطَلقُ ، طَلَاقًا ، تَطْليقًا ، وَ هُومَأْخُوذ منْ الإطْلَاقْ وَ مَعْنَاهُ التَرْكُ وَ المُفَارَقَةُ ، وَ يُقَالُ طَلَقْتُ القَوْمَ أَيْ تَرَكْتُهُمْ وَ يُقَالُ طَلَقْتُ الأَسيرَ منْ الأُسْرَة وَ يُقَالُ طُلقَتْ المرأَةُ منْ زَوْجهَا طَلَاقًا"[1]

**البند الثاني: تعريف التطليق اصطلاحا**

"يقع الطلاق على عقد الزواج و يراد منه إنهاء عقد الزواج بعد قيامه بصورة صحيحة ، فهو منح الزوجة حق التطليق من زوجها بناء على ارادتها المنفردة و استنادا إلى قانون"[2]

و يعرف بأنه " طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة و يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة و يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة و الإنصاف "[3]

و يعرف أيضا بأنه " 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 و قانونا وفقا لتحديدات الفقهاء و التي يستحيل معها استدامة الحياة الزوجية ، و يكون التطليق بحكم من القاضي متى استقر أمامه جدية السبب الذي استندت عليه الزوجة في طلبها الرامي إلى الإنفصال عن زوجها "[4]

---

[1] جميل فخري محمد جانم ،**متعة الطلاق و علاقتهما بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون** ، دار حامد للنشر و التوزيع ، ط1 ، الأردن ، 2009 ، ص 20/19

[2] انظر ، منصوري نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الاسلامية** ، دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، ص 11

[3] محفوظ بن صغير ،**قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل** ، دار الوعي الجزائر ، ( د ط ) ، 2012 ، ص 232

[4] خالد قاري ، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، 2013 ، ص 90

ومنه يمكن القول أن التطليق هو قرار من القاضي بإنهاء الرابطة الزوجية بين الزوج و الزوجة بناء على طلب الزوجة .

**الفرع الثاني: تعريف التطليق في القانون الجزائري**

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق و اكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 حيث نصت المادة من قانون الأسرة الجزائري على : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

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

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

7- ارتكاب فاحشة مبينة

8- الشقاق المستمر بين الزوجين

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

10- كل ضرر معتبر شرعا"[1]

"حيث يقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء و يتم بناءا على طلب الزوجة و هذا ما نص عليه القانون كإضرار أحد الزوجين بالآخر أو مرض تعذر معه استمرار الحياة الزوجية بينهما ، و التطليق مشتق من الطلاق يقوم به القاضي نيابة عن الزوج و جبرا عنه إذا توفرت الأسباب الشرعية و القانونية لذلك "[2]

يتبين مما سبق ذكره أن التطليق هو طلاق بإرادة الزوجة وحدها ، بما أنها متضررة من هذا الزواج حتى لو اعترض الزوج عنه ،يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدل و الإنصاف .

**المطلب الثاني: ماهية الخلع**

**الفرع الأول: تعريف الخلع في الشريعة**

**البند الأول : تعريف الخلع لغة**

1/ " هو النزع و التجريد ، يقال : خَلَعَ الثَّوْبَ وَ الرِدَاءَ يَخْلَعُهُ خَلعًا : جرَّدَهُ، وَ الخُلْعُ- بالضم -: اسْم منْ الخَلَع ، وَ المرْأَةُ لبَاسُ الرَجُل مجَازًا " . [3]

2/"( خالَعَتْ ) المرْأَةُ بَعْلَهَا أَرَادَتْهُ عَلَى طَلَاقهَا ببَدَل منْهَا لَهُ فَهي (خَالعُ ) وَ الاسْمُ (خُلْعَة ) بالضُم ، وَ ( اخْتَلَعَتْ ) فَهَي مُخْتَلعَة"[1] .

---

[1] د. مولود ديدان ،**قانون الأسرة الأسرة ، حسب آخر تعديل له ، أمر رقم 05-02 في 27 فبراير سنة 2005** ، دار بلقيس ، ص 20

[2] انظر ، يزيد عيسات ، **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير ، الجزائر ، 2003/2002م ص 6/5 .

[3] أبو مالك كمال ابن السيد سالم ،**كتاب صحيح فقه السنة و أدلته و توضيح مذاهب الأئمة** ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، مصر، ( د.ط) ، 2003م ،ج 3، ص 340.

3/ "خَلَعْت النَعْلَ وَغَيرُهُ خَلْعاً نزَعتهُ وَخَالَعَتْ المْرْأَة زَوجَهَا مخَالَعَةً ، إذَا افْتَدَتْ منْهُ وَ طَلَقَهَا عَلَى الفديَة فَخَلَعَهَا هوَ خَلْعًا وَ الاسْمُ الخَلْعُ بالضُم وَهُوَ اسْتعَارَة منْ خَلَعَ اللبَاسَ لأَن كُل وَاحد منْهُمَا لبَاس للآخَر ، فَإذَا فَعَلَا ذَلكَ فَكَانَ كُل وَاحد نَزَعَ لبَاسَهُ عَنْهُ "[2] .

ومنه نستنج أن تعريف الخلع هو النزع و التجريد ، خالعت المرأة زوجها أي أرادت تطليقه مقابل مال أو عوض .

**البند الثاني : تعريف الخلع اصطلاحا**

هو "عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع و شرطه شرط الطلاق و حكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهته و معاوضة من جهتها وهو مشروع بالكتاب و السنة و اجماع الأمة"[3]

وهو "حل لعقدة االزوجية بلفظ الخلع فيما معناه ، في مقابل عوض تلتزم به المرأة ، كما عرف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق "[4]

و الخلع هو " فراق الزوجة على عوض"[5].

**عرف المالكية الخلع** :" إزالة العصمة بعوض من الزوجةأو غيرها ، أو هو بلفظ الخلع "[1]

---

[1] الشيخ الامام محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ،**كتاب مختار الصحاح** ، دار الحديث ، القاهرة ، (د ط ) ، 1424 هـ /2003م ، ص 110.

[2] العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ،**كتاب المصباح المنير معجم عربي _عربي** ، دار الحديث ، القاهرة ، ( د ط ) ، 1424هـ /2003م ، ص 108

[3] عثمان بن علي الزيعلي الحنفي ،**كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشلبي** ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق القاهرة ، ط 1 ، ( د ، ت) ، ج 2 ، ص 267

[4] عبد الكريم شهبون ،**شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية** ، دار المعرفة ، الرباط ، المغرب ، ط 2 ، ( د ت ) ، ج 1 ، ص 260.

[5] عبد الكريم محمد اللاحم ،**كتاب المطلع على دقائق زاد المستنقع فقه الأسرة** ، دار الكنوز اشبيليا للنشر و التوزيع ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 ، 1431هـ /2010 م ، ص 358 .

**و بتعريف آخر** "أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه ، فتقع بذلك طلقة بائنة ."[2]

**عرف الحنفية الخلع:**" إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه "[3]

أو هو " إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع "[4]

**عرف الشافعية الخلع :**" فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع "[5]، أو هو " افتراق الزوجين على عوض "[6]

**عرف الحنابلة الخلع :**"افتراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو من غيرها بألفاظ مخصوصة " [7]

و بتعريف آخر : " فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة فالخلع عندهم لابد أن يكون نظير عوض "[8]

---

[1] أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي ، **الفواكه الداوين على رسالة بن أبي زيد القيرواني** ، دار الفكر ،لبنان ،(د ط ) ، 1995، ج 2 ، ص34

[2] ابن جزي ،**القوانين الفقهية** ، دار الكتب ، الجزائر ، ( د ط ) ، 1987 ، ص 186

[3] زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ط 2 ، ج 4 ، ص 77

[4] الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند ، **الفتاوى الهندية ( الفتاوى العالمكيرية )** ، دار الفكر ، ط 2 ، ج 1 ، ص 488

[5] الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1994 ، ج 4 ، ص 430

[6] الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** ، تح علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط 1 ، 1999 ، ج 10 ، ص 3

[7] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، دار الكتب العلمية ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، ج 5 ، ص 212

[8] منال محمود المشني ، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية** ، دار الثقافة ، الأردن ، ط 1 ، 2009م، ص 40

تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه ، و خلاصة هذه التعريفات أنه : " وقوع الفُرقة بين الزوجين بتراضيهما ، و بعوض تدفعه الزوجة لزوجها " [1] و من خلال ذلك نجد أن جل التعريفات تنصب في معنى واحد مشترك و هو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها

**الفرع الثاني: مفهوم الخلع في القانون الجزائري**

نص القانون الجزائري على الخلع في مادته 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم "[2]

من خلال نص المادة أعلاه يتبن أن الخلع هو" فك للرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها"[3]

و في تعريف آخر : " الطلاق البائن الذي تحصل عليه الزوجة بحكم القاضي عند إصرارها على دعواها دون إعتبار لرضا الزوج مقابل مال تدفعه له " [4]

**المطلب الثالث : الفرق بين التطليق و الخلع**

**الفرع الأول : الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الماهية و الأساس**

**البند الأول : الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الماهية**

---

[1] أبو مالك كمال ابن السيد سالم ،**كتاب صحيح فقه السنة و أدلته و توضيح مذاهب الأئمة** ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، مصر، ( د.ط) ، 2003م ،ج 3، ص 340.

[2] مولود ديدان ،**قانون الأسرة الأسرة ، حسب آخر تعديل له ، أمر رقم 05-02 في 27 فبراير سنة 2005** ، دار بلقيس ، ص 19

[3] منصوري نورة ،**التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق** ، ص 106

[4] منال محمود المشني ، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية ،المرجع السابق** ، ص40

قالت الاستاذة منصوري نورة في كتابها التطليق و الخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية :"و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كل من التطليق و الخلع ضمن المادتين (53) و (54) منه ، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه و الواردة في الشريعة الإسلامية ، كالمبارأة و المفاداة و المباينة و الصلح و المفاسخة ، فإذا لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع ، و إنما تكون في وضعية قانونية أخرى ، فاعتبر البعض أن غياب لفظ " الخلع " مع وجود المال لا يعتبر خلعا ، وإنما يكون طلاقا على مال ، في حين ذهب المالكية و الشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع ، و زاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي ، فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي ، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة ( 203) من قانون الأسرة لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمها ، رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل مال و هذا ما لا يشترط في التطليق . و لقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي ، في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهتها لزوجها ، و خشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا"[1] لقوله تعالى : **(فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ )**[2] [ سورة البقرة : الآية 229 ]

**البند الثاني : الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الأساس**

"نص المشرع الجزائري في المادة ( 53 ) من قانون الأسرة الجزائري على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة و لكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة و هي سبعة

- التطليق لعدم الإنفاق
- التطليق للعيب

[1] منصوري نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق** ، ص 157

[2] سورة البقرة ، الآية 229 .

- التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
- التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة لمدة أكثر من سنة
- التطليق للغيبة
- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا
- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة "[1]

"بينما اكتفى في المادة ( 54) من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط ، لكن بالرجوع إلى الفقه نجده قد حدد هذه الشروط و هي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بها :

- قيام الرابطة الزوجية و الشروط المتعلقة بالزوجين
- الصيغة
- البدل "[2]

مما سبق ذكره يتبين بوضوح أن أساس التطليق هو الضرر الذي يلحق بالزوجة نتيجة إخلال الزوج بواجب أو أكثر ، بينما أساس الخلع يكمن في كراهية الزوجة لزوجها ، و منه و بهذا يكون للزوجة طريقتان لفسخ الرابطة الزوجية أولها تتمثل في التطليق و ثانيها افتداء نفسها بمبلغ من المال بما يسمى الخلع .

**الفرع الثاني : الفرق بين التطليق و الخلع من حيث السلطة التقديرية للقاضي و من حيث الآثار**

**البند الأول : الفرق بين التطليق و الخلع من حيث السلطة التقديرية**

[1] مولود ديدان ،**قانون الأسرة ، المرجع السابق** ،أمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ص 17

[2] مولود ديدان ، **المرجع نفسه**،أمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ص 18

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطليق أو الخلع .

"حيث تتسع في الأول بقدر كبير و هذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي مطابقة الوقائع على النصوص و تمحيصها ، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج ، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو برفضه ، اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة ( 53) من قانون الأسرة بينما تضيق سلطته في الثاني . حيث لا يبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم و ليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج . بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية و صحة مقابل الخلع إذا لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلا "[1]

**البند الثاني : الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الآثار**

"يشترك كل من الخلع و التطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية و المتمثلة في العدة و نفقتها ، نفقة الإهمال ، النزاع حول متاع البيت ، النسب ، حضانة الأولاد و نفقتهم و سكناهم و حق زيارة المحضون ، و ما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق جراء إخلال الزوج بالتزاماته اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ( 53 ) من قانون الأسرة إلى جانب الحكم لها بالتطليق ، في حين ينفرد الخلع بآثار متعلقة به و المتمثلة في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و سقوط الحقوق الزوجية ، فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع و تبقى المختلعة ملتزمة بتسديده ووجب في ذمتها أداءه ، فيكون دينا عليها حتى تسدده ما لم يضمنه عنها غيرها ، و يعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها . أما بالنسبة لسقوط الحقوق الزوجية و رغم اختلاف آراء الفقهاء بصددها فإنه و أخذا بالفقه المالكي المعتنق من قبل القانون الجزائري ذهب عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار

[1] منصوري نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق** ، ص159

هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزاد على ما تراضيا عليه ، و بالتالي فلا يمكن إسقاط أي حق من هذه الحقوق إلا بنص أو إتفاق . و علاوة على ما قيل فإن من الحقوق المتعلقة بالنفقة و الحضانة لا يمكن الاتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام و على القاضي الحكم بها تلقائيا "[1]

*** أوجه التشابه والإختلاف بين التطليق و الخلع :**

**1/ أوجه التشابه :**

– يقع بها الطلاق بائنا وفقا للقاعدة الفقهية ( الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن ) حيث تحتفظ الزوجة في التطليق أو الخلع بنفقة العدة و لا توارث بينهما.

– في نوع الفرقة كونها مبادرة من الزوجة حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع أو التطليق وعلى ذلك نص قانون الأسرة الجزائري.

– تتم الفرقة بحكم قضائي فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء لتختلع من زوجها حكم لها القاضي بالفرقة دون إلتفات إلى موافقة الزوج من عدمه، وكذلك الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها وفق ما قررته المادة 53 من قانون الأسرة .

**2/ أوجه الإختلاف :**

– "من حيث سببه: فسبب الخلع يكون ذاتي و معنوي يكون في بغض الزوجة لزوجها و عدم قدرتها العيش معه ، حيث يصلح كسبب ترفع به الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الحكم لها بالفرقة دون أن تكون ملزمة لإثباتها هذا البغض و الكراهية ، بل ولا يحق للقاضي مساءلتها ، بينما يرتكز

[1] منصوري نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق** ، ص 160

التطليق على أسباب مادية ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و ينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق" [1]

– "في موضوع الإيجاب و القبول نجد في الخلع بإمكان الزوجة أن تبادر بالإيجاب لزوجها كأن تقول، خالعني على ألف دينار، فيقول: قبلت، كما يمكن للزوج أن يبادر بالإيجاب كأن يقول لها : خالعتك بألف، و تقول هي: قبلت، على عكس التطليق الذي يتم عرضه من طرف الزوجة فقط دون الزوج."[2]

– في مسألة التعويض في التطليق ، للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ، على خلاف ما هو معمول به في الخلع حيث تفتدي المختلعة من زوجها مقابل مبلغ من المال و بمعنى آخر في التطليق تكون هي المستفيدة في الجانب المادي ، بينما في الخلع تكون هي البذلة للعوض .

[1] انظر ، بن شويخ رشيد ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ط 1 ، ص 209

[2] نذير حنان التونسية ، **الخلع بين الفقه و التشريع و الواقع** ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ، 1436 هـ 1437 هـ _ 2015 م 2016 ، ص 35

**خلاصة الفصل :**

نستخلص من خلال دراستنا لهذا الفصل في حدود ما اطلعنا عليه أن السلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر ، والهدف منها الوصول إلى الحكم القضائي الصحيح .و أن الرابطة الزوجية هي العقد الشرعي الذي يربط الرجل بالمرأة. و لفك الرابطة الزوجية طرق متعددة منها وفاة أحد الزوجين ، أو الطلاق بالتراضي ، أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الإرادة المنفردة للزوجة .

ومنه فإن التطليق هو الطلب الذي تقدمه الزوجة للقاضي في إنهاء العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب ، أما الخلع هو حل عقدة النكاح بطلب من الزوجة مقابل عوض تدفعه للزوج .

ويكمن الفرق بينهما من حيث الماهية بحيث لم يعرف المشرع الجزائري التطليق و الخلع في قانون الأسرة الجزائري ، ولم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق عكس الخلع ، ومن حيث الأساس شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة ، أما الخلع شرع نتيجة كراهة الزوجة لزوجها ، و من حيث السلطة التقديرية للقاضي هو اتساع السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في التطليق ما يستدعي من القاضي إجراء التحقيق للوصول إلى حكم التطليق أو رفضه . بينما في الخلع تضيق السلطة التقديرية للقاضي ومن حيث الآثار يشترك كل من التطليق و الخلع في الآثار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية و المتمثلة في العدة و نفقتها و غيرها من الآثار .

# الفصل الأول : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق

**تمهيد**

منحت الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري للرجل الحق في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته دون الحاجة إلى شرح أسباب ذلك ، كما أنه منح المرأة أيضا الحق في إنهاء العلاقة لرفع الضرر الذي أصابها ، من خلال اعطائها الحق في التطليق متى توافرت الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، سأحاول في هذا الفصل تسليط الضوء على سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق .

## المبحث الأول: أسباب التطليق

سبب التطليق هو السند الذي اعتمدت عليه الزوجة و دفعها إلى طلب التطليق و قد يكون هذا السبب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و يشترط أن يكون هذا السبب مقنعا و مقبول شرعا و قانونا.

### المطلب الأول:الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلة

يترتب على كل تطليق جملة من الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلة و هذا ما سأتعرض له في هدا المطلب على ما يلي :

#### الفرع الأول : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لعدم الانفاق

##### البند الأول : التطليق لعدم الإنفاق فقها

" الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق : فقهاء الحنفية ، و ساندهم في ذلك بعض الظاهرية وهم يرون أنه ليس للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها إذا ما أعسر بنفقتها ، و إنما من حقها الاستدانة عليه ، و إن لم تجد خرجت للعمل و أما إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسه بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق" [1].

الرأي القائل بجواز التفريق لعدم الإنفاق : قال بجواز التفريق لعدم الإنفاق جمهور الفقهاء ، فقد ذهب إلى هذا الرأي المالكية [2] ، وأيدهم في ذلك الشافعية [3]و الحنابلة[4]، و هم يرون إجمالا أن الإمساك بالمعروف هو إمساك الزوج زوجته مع تأديته لكل حقوقها دون تضييق أو تشديد عليها ، اما إذا كان

---

[1] شمس الدين الدين أبو بكر السرخسي ، **المبسوط** ، دار المعرفة ، بيروت ، ط2 ، ج 5 ، ص 190

[2] الخرشي أبو عبد الله محمد المالكي ، **الخرشي على مختصر خليل** ، دار الفكر ، ( د ط ) ، ج 2 ، ص 496

[3] أبو عبد الله محمد الشافعي ،**الأم** ، دار المعرفة ، بيروت ، ج 5 ، ص 91

[4] ابن قدامة ، **المغني** ، المرجع السابق ، ج7 ،ص 573

إمساكه لها فيه تضييق أو إضرار بها فإن هذا يخرجه من دائرة المعروف ، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها ، و الضرر في هذه الحالة إمساكها من طرف الزوج دون إنفاق و بدون رضاها .

**البند الثاني : التطليق لعدم الإنفاق قانونا**

" تجب نفقة الزوج على الزوجة بمجرد العقد عليها و يتأكد هذا بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية و يستمر هذا الواجب ما دامت الحياة الزوجية قائمة ، ما لم تكن الزوجة ناشزا و لا يجوز للزوج أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول و ذلك طبقا لأحكام المادة 53/ 1 والتي تنص على : ( ..... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ....) " [1]

" إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه بالطرق المبينة بلائحة التنفيذ ، فللزوجة أن تستوفي نفقتها منه و ليس لها أن تطلب تطليقها منه لعدم إنفاقه عليها ، سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا قريبا لغيبة أو بعيدها ؛ لأن غرضها و هو حصولها على نفقتها يتحقق بالتنفيذ فيما له الظاهر . و إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكنها أن تنفذ نفقتها فيه ، فإما أن يكون حاضرا أو غائبا ، غيبة قريبة أو بعيدة. و ادعت عليه زوجته أنه تاركها بلا نفقة و ليس له مال ظاهر تستوفي نفقتها منه و طلبت تطليقها منه لذلك ، فإن قال إني معسر و صدقته الزوجة على إعساره ، أو لم تصادقه فأثبت هب البينة ، ففي هاتين الحالتين ثبت فيهما إعساره بتصادقهما أو ببين تهيمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر ، فإن أنفق فلا تطلق و إلا طلقها منه القاضي بقوله طلقتك منه . " [2]

[1] عبد القادر دوادي ، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة** ، دار بصائر للنشر ، الجزائر ، ط 1 ، 2007 م ، ص 60.

[2] عبد الوهاب خلاف ، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ، ط 2 ، 1357 هـ / 1938م ، ص 166 .

" و يكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المواد 78 ، 79 ، 80 من قانون الأسرة الجزائري و لهذا يجب أن تتوفر الشروط الأربعة مجتمعة و هي عدم الإنفاق العمدي و صدور حكم بوجوبه و عدم علم الزوجة بإعساره وقت الزواج و عدم طلبها طلبات تتجاوز قدرة الزوج المالية ، فإنه يحق لها أن تلجأ إلى القضاء و تطلب من الحكمة أن تقضي بتطليقها حالا من زوجها بعد أن تكون قد تضررت من عدم الإنفاق عليها ، أما موقف الفقه الإسلامي فإن الأئمة الثلاثة المالكي و الشافعي و الحنبلي اتفقوا على جواز التفريق بين الزوجين في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق على زوجته و أسرته" [1] نستخلص من كل ما سبق أنه يشترط للحكم بالتطليق لعدم الإنفاق شروط يجب توافرها و ينبغي أن تتحقق لتكون للقاضي سلطة تقديرية في التطليق .

**الفرع الثاني : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لهجر المضجع فوق أربعة أشهر**

" يعتبر الهجر هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة الزوجة بهدف تأديبها و إرجاعها إلى طاعته و لقد أوجبت الشريعة على الزوجة طاعة الزوج ، حيث يقصد بالهجر في المضجع هو أن يهجر الزوج فراش الزوجة و عدم النوم في غرفة الزوجية و ذلك مع الإعراض عنها و عدم قربها في حدود الشرع و الهجر هنا هدفه الإصلاح كعقوبة يرجوا من ورائها الزوج تأديب الزوجة حتى تعود إلى رشدها ،في الهجر لمدة تزيد عن 4 أشهر كاملة فإذا أساء الزوج حقه في الهجر كوسيلة لتأديب الزوجة رفعت أمرها للقاضي و طلبت التطليق للضرر الذي يلحقها من الزوج جراء هجره إياها ."[2]

"وهو من الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثالثة منه: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،التي تخول للمرأة حق طلب التفريق، وذلك لمدة لاتتجاوز أربعة

[1] هواري خضرة ، عثماني حياة ، **انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة ( التطليق _ الخلع )** ، مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأسرة ، جامعة عمار الثليجي ، الأغواط ، 2016 /2017 م ، ص 15

[2] سليمان ولد خسال ، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الأصالة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 2 ، 2012 ، ص 157

أشهر متتالية بدونانقطاعنكاية منه بقصد الإضرار وتضييق الخناق عليها، بشرط ألا يكون ذلك بعذر مقبول "[1]

" فالهجر في المضجع يكون سببا شرعيا و مبررا قانونيا يخول الزوجة الحق في طلب فراق زوجها الذي لم تعد تطيق عشرته ، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي عليه أن يفصح بالطلاق ، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهرا المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني و قيمتها لخيرية كأداة لتقويم سلوك الزوجة ، فالتأديب لا يكون إلا أربعة أشهر ، و إذا ظلمها يستوجب تدخل القاضي لرفع هذا التأديب بتطليق الزوجة " [2]

"و بالرجوع إلى نص المادة 53 الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري نجد أنه يستوجب من القاضي عند ما تطرح عليه دعوى التطليق للهجر أني تأكد من توافر العناصر الأساسية و هي العنصر المادي المتمثل في الهجر الحقيقي دو نسب بشرعي مقبول" [3]،" أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في أي مكان آخر من أجل القيام بوظيفته ، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقه في مثل هذه الحالات ،لأن الهجر شرعي و الأسباب معقولة " [4]ومنه يتبين لنا ان الهجر في المضجع هو تعبير نفسي يعبر به الرجل لزوجته عند غضبه منها أو في نشوزها ما يجعل القاضي له سلطة اتجاه حق الزوجة في تطليقيها لهجر زوجها مضجعها فوق أربع أشهر .

**الفرع الثالث :سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لغياب الزوج**

**أولا : التطليق لغياب الزوج في الفقه الإسلامي**

[1] النجار عدنان علي، **التفريق القضائي بين الزوجين**، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجيستير)، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2004 ، ص 64

[2] فضيلسعد،**شرحقانونالأسرةفيالزواجوالطلاق**،المؤسسةالوطنيةللكتاب،الجزائر، ج 1 ، 1986 ، ص 279

[3] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 35

[4] بلحاجالعربي،**الوجيزفيقانونالأسرةالجزائري**، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ،ج1 ،ص 289

لقد اختلف الفقهاء في التفريق القضائي بسبب غياب الزوج إلى قولين هما

**القول الأول : عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج و به قال الحنفية والشافعية**

" قال الحنفية والشافعية [1]: : ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طالت غيبته، لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق. فإن كان موضعه معلوماً بعث الحاكم لحاكم بلده، فيلزم بدفع النفقة .

**القول الثاني : جواز التفريق بسبب غيبة الزوج و به قال المالكية و الحنابلة**

" التطليق لغيبة الزوج هو مذهب مالك وأحمد، دفعا للضرر عن المرأة، فللمرأة أن تطلب التفريق إذا غاب عنها زوجها ولو كان له مال تنفق منه، بشرط:

– أن يكون غياب الزوج عن زوجته لغير عذر مقبول.

– أن تتضرر بغيابه.

– أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه.

– أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة."[2]

**ثانيا : التطليق لغياب الزوج في القانون الجزائري**

"نص المشرع الجزائري في المادة 53/ 5 من قانون الأسرة الجزائري بأنه : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة ، فإذا غاب الزوج مدة

[1] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، مح : علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1415 هـ / 1994م ، ج 3 ، ص 442 .

[2] السيد سابق ، **كتاب فقه السنة** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط 3 ، 1397هـ / 1977 م ،ج 2، ص 291

طويلة عن زوجته جاز لها طلب التطليق و ذلك سواء أن كان في غياب معلوم الحال أو مجهول الحال لأنها تتضرر من الغيبة تضررا معنويا قد يدفعها للإنحراف "[1]

" إذا غاب الزوج عن زوجته لمدة تزيد عن سنة وتأكدت المحكمة من الغيبة ومدتها وذلك بجميع وسائل الإثبات الممكنة حينها يحكم القاضي للزوجة بالتطليق ،ولكن يمكن ألا يحكم القاضي بالتطليق للزوجة إلا بعد أن يرسل إنذارا للزوج سواء بالأمر بالرجوع و الإقامة مع زوجته أو إلحاق الزوجة إليه في مكان إقامته هذا إن كان معروف محل إقامته "[2] ، " أما إذا كان غير معلوم الإقامة فهنا يدخل في حكم المفقود وهو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري كما ألحق المشرع بالغائب والمفقود نفس الحكم أي بعد مرور سنة من الغياب "[3]."فإن كان غياب الزوج بعذر مقبول لطلب العلم أو ممارسة تجارة ما أو لكونه يعمل خارج أرض الوطن أو مجندا بمكان بعيد، فإن ذلك لا يعد سببا للتطليق و لا يسوغ للزوجة طلب التفريق بينهما "[4]

نستخلص في ما سبق ذكره أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة من الزمن تفوق سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها إذا تضررت منه . ولكن إذا كان الغياب لعذر كالدراسة والتجارة و غيرها لا يستجيب القاضي لطلب الزوجة بالتطليق .

**المطلب الثاني : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق للعيوب**

---

[1] عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل** ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، ط 2 ، 2005 ، ص 269

[2] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ط1 ، 2005 ،ص108

[3] محمدي فريدة زواوي، **المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق** ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ( د ط ) ، 2000 ، ص 60

[4] باديس دياني، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر ، ( د ط ) ، 2012 ، ص 50

**الفرع الأول : التطليق للعيوب فقها**

**أولا الرأي القائل بعدم جواز التفريق للعيوب** : يرى الظاهرية و على رأسهم أبن حزم بأنه لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث و لا يبرص كذلك ، و لا بجنون و لا بأن يجد بها شيء من العيوبو لا بان تجد هي كذلك و لا بعنانة ولا بأي شيء من العيوب ،إلا ان ابن حزم قد منح لكلا من الزوجين حق اشتراط السلامة من العيوب .[1]

**ثانيا الرأي القائل بجواز التفريق للعيوب** : لقد ذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى جواز التفريق للعيوب بين الزوجين ، إلا انهم اختلفوا فيمن يملك الحق و هل يملكانه معا فمنهم من يعطي هذا الحق للزوجين معا و هم الشافعية [2]و الحنابلة [3]، و المالكية [4]، و منهم من يعطي هذا الحق للزوجة فقط و هم الحنفية باعتبار ان الزوج يستطيع رفع المشقة عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه و لا داعي لرفع الامر إلى القضاء[5] .

و مما سبق نبين معنى العيوب المذكورة أعلاه في ما يلي : "الجَبَّ، والعِنَّة، والخصاء، فالجب قطع الذكر .. و(العنة) عدم القدرة على الإيلاج .. و(الخصاء) قطع الخصية"[6]. " (البَرَصِ) : بَيَاضُ الأعضَاء عَلى وَجْه العلَة ، (الجُذام): علة يَذْهَبُ معها شعورُ الأعضاء، ويتفتَّت اللحم، ويجري الصَّدِيد من

[1] ابن حزم ، **المحلى** ، مح : محمد منير الدمشقي ، دار الشريفة ، لبنان ، ( د ط ) ، 1929 ، ص 58

[2] أبو عبد الله محمد ابن ادريس الشافعي ، **الأم** ، دار المعرفة ، ج 6 ، ص 252

[3] موفق الدين ابن قدامة ، **المغني** ، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع ، ( د ط ) ، ج 6 ، ص 667

[4] شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدوسوقي، **على الشرح الكبير للدردير** ، دار احياء الكتب العربية ، ( د ت ) ( د ط ) ، ج 2 ، ص 345

[5] محمد مصطفى الشلبي ، **احكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري ، المرجع السابق** ، ص 586

[6] محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري ، **موسوعة الفقه الإسلامي** ، بيت الأفكار الدولية ، ( د ط ) ، 1430 هـ /2009 م ، ج4 ، ص21.

الأعضاء، ويُخْرِجُ الناسُ صاحبَ البرص والجذام مِنْ بينهم "[1]. **(الجنون)** : زوال العقل أو اختلافه أو ضعفه"[2] ، و هو حالة مرضية و نفسية تسبب إنعدم الإدراك.

**الفرع الثاني : سلطة القاضي في التطليق للعيوب قانونا**

"نصت المادة 2/53 يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، والمقصود بالعيوب هنا: تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفرة التي من شأنها الحيلولةدون ممارسة العلاقات الجنسية والتي لا يكن المقام معها إلا بضرر، ويشترط في العيب ليكون سببا مبرار للتطليق في قانون الأسرة ما يلي:

_ أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن المشرع قصر حق طلب التطليق على الزوجة فقط، إذ الزوج يملك حق الطلاق طبقا لإرادته المنفردة المادة ( 28من قانون الأسرة الجزائري ) .

– أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهذا الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي "[3] ، "حيث ترك له المشرع مجالا واسعا أمام سلطته التقديرية، بحيث له الحرية وفق أهداف الزواج المذكورة في المادة 2 من قانون الأسرة الجزائري في أن يكيف نوع وطبيعة العيب الذي يعاني منه الزوج، وهل يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا. فلم يقيده بأنواع معينة من العيوب حتى لا تظلم المرأة في رابطة زوجية لا تحقق لها المودة والسكن الذي هدفت إليه من زواجها، ورغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرع، إلا أنه اعتبر هذا غير كاف ففرض في المادة 7مكرر ضرورة

[1] الحسين بن محمود بن الحسن مظهر الدين الزَّيْدَانيُّ الكوفي الضَّريرُ الشِّيرازيُّ الحَنَفيُّ ، **المفاتيح في شرح المصابيح** ، مح : نور الدين طالب ، دار النوادر، ط 1 ، 1433 هـ / 2013 م ، ج 3 ، ص 238

[2] عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي** ، دار الكاتب العربي، بيروت ، ( دط ) ، ( د ت ) ، ج 1 ، ص 585

[3] العربيبلحاج،**مرجعسابق** ،ص981 ،989

الفحص الطبيقبلالزواج"[1]. "وعليه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا وجدت في زوجها عيبا مستحكما لا يمكن الشفاء منه أما إذا كان العيب قابلا للزوال يؤجل القاضي الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنةفإذا لم تزل العلة فرق بينهما" [2]

و نستخلص في الأخير أن تقدير العيوب يقع على عاتق القاضي ، حيث كونه مختصا بتقييم الأدلة التي قدمتها الزوجة ، كما أنه بإمكانه اللجوء إلى أهل الخبرة ، و لا يستطيع الاستجابة لطلب الزوجة حتى تثبت الضرر اللاحق بها .

**المطلب الثالث : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لضرر**

**الفرع الأول : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين**

**أولا : التفريق للشقاق فقها**

" المقصود بالشقاق والضرر: الشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة. والضرر: هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرّح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه"[3]

" لم يجز الحنفية و الشافعية [4] التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً ؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق ، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي ، و الحكم على الرجل بالتأديب حتى

---

[1] آيت شاوش دليلة، **إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة**، رسالة دكتوراه ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014 ، ص 71/54

[2] العربيبلحاج،**مرجعسابق** ،ص 282

[3] أ / د وهبة بن مصطفى الزحيلي ، **كتاب الفقه الإسلامي و أدلته** ، دار الفكر ، سورية ، دمشق ، ط 4، ( د ت ) ، ج9 ، ص 7060.

[4] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، دار الكتب العلمية ، ( د ط ) ، ج 2 ، ص 97

يرجع عن الإضرار بها ، و أجاز المالكية [1]التفريق للشقاق أو للضرر ، منعاً للنزاع ، و حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً و بلاء ، و لقوله عليه الصلاة و السلام : « **لا ضَرَرَ و لَا ضرَارْ** » . و بناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي ، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها ، طلقها منه ، و إنعجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها ، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين : حكماً من أهلها و حكماً من أهل الزوج ، لفعل الأصلح من جمع و صلح أو تفريق بعوض أو دونه . "[2] لقوله عز وجل : **[وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا )**[3] **[** سورة النساء / الآية **35 ].**

" و القول بالتفريق للشقاق هو مذهب مالك و أحمد ، و لا يرى أبو حنيفة و الشافعي جواز التفريق للشقاق ، فيكون القانون قدا ستمد هذا الحكم من مذهب يالمالكية و الحنابلة ، و نعم ما فعل ، فان الحياة الزوجية لا تستقيم مع الشقاق و النزاع ، عدا ما في ذلك من ضرر بالغ بتربية الأولاد و سلوكهم . و لا خير في اجتماع بين متباغضين ، و مهما يكن أسباب هذا النزاع خطيراً أو تافهاً فإن من الخير أن تنتهي العلاقة الزوجية بين هذين الزوجين لعل الله يهيئ لكل واحد منهما شريكا آخر لحياته يجد معه الطمأنينة و الاستقرار "[4] و يتبين لنا مما سبق ذكره من أقوال الفقهاء أن بعضهم أجاز التفريق للشقاق و بعضهم الآخر لم يجز التفريق للشقاق الزوجين .

**ثانيا : سلطة القاضي في التطليق للشقاق**

[1]أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 5

[2]د وهبة بن مصطفى الزحيلي ، **المرجع السابق** ، ص 7060

[3] سورة النساء ، الآية 35

[4]مصطفى بن حسني السباعي ،**المرأة بين الفقه والقانون** ، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت ، ط7 ، 1999م /1430 هـ ، ص 115 .

"اعتبر المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين من الأسباب التي تمنح للزوجة من أجل طلب فك الرابطة الزوجية ، وهذا ما جاءت به المادة 53 في فقرتها 8 بقولها :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: الشقاق المستمر بين الزوجين...إلخ "[1]

" وإن القاضي في حالة الخصام وعدم معرفة مصدر الضرر كل زوج ينسب للآخر فهنا القاضي يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ إلى التحكيم ، و في حالة عدم توصل إلى حل وسط من خلال الحكمين يرفعان أمرهما بعدم التصالح إلى القاضي، وتتمثل سلطة القاضي في أمرين هنا في بذل جهد للإصلاح بين الزوجين ويكون هذا عند وقوف القاضي على أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين بعد ثبوت الدعوى وتدخل بحسب معرفته وأسلوبه واعظاً ومرشدا ومرغبا في الاصلاح . وثاني سلطة له هي في تعيين آجال الدعوى التي يراها مناسبة على أن لا تتجاوز مدة 3 أشهر التي نص عليها المشرع. فالقاضي يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما وذلك من أجل الاصلاح بينهما" [2]

" إذا حصل الخصام أو الشقاق بين الزوجين و ساءت العشرة بينهما جاز للزوجة المطالبة بالتطليق و ذلك لما جاء في المادة 53/ 8 من قانون الأسرة الجزائري و في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين و عدمثبوت الضرر يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر فاشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في المادة 8/53 من نفس القانون فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر غير معروفي المصدر فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في استئصال جدور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ للتحكيم بين الزوجين فإن لم يجد في التحكيم نفعا يحكم القاضي للزوجة بالتطليق " [3]

---

[1] باديس دياني، **صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة** ، دار الهدى، الجزائر، ( د ط ) ، 2012، ص54

[2] أ / سي بوعزة إيمان ، **سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق** ، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، العدد السادس ، كلية الحقوق –جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان ، ص 292 .

[3] نسرين شريقي و كمال بوفروة ، **قانون الأسرة الجزائري** ، دار بلقيس ، الجزائر ، ط 1 ، 2013 ، ص 90

يتضح مما سبق ذكره أن الشقاق المستمر بين الزوجين دون سبب و الذي لا مجال للصلح فيه و في ديمومة العشرة بينهما يكون للقاضي سلطة تقديرية في الفصل فيه بالتطليق .

**الفرع الثاني : التطليق لضرر تعدد الزوجات**

**أولا : نظرة الشريعة الإسلامية للتتطليق لضرر تعدد الزوجات :**

"التطليقلضررتعددالزوجات مخالف للشريعة الإسلامية ، ذلك أن التطليق للضرر هو تطليق لسوء عشرة الزوج لزوجته ، لا مجرد شعورها بآلام من جراء الزواج عليها ، فهنا لم يضيق الشرع عليها و لم يجبرها على البقاء معه و أعطاها الحق في الخلع ، و زواج الرجل بثانية لا يعطي الزوجة الحق في طلب التطليق لأي ضرر مادي أو معنوي ، و إعطائها هذا الحق دوران حول حق الرجل في تعدد الزوجات يستهدف تعطيله و الحد منه ، وهو يؤذي إلى ضرر عام ، و مفاسد أعظم من الضرر الذي يصيب الزوجة للتزوج عليها ، و التطليق لتعدد الزوجات أو لضرر نفسي ناتج عنه يصيب الزوجة أمر مخالف للثابت في جميع المذاهب الإسلامية ، فإذا كان المدهب المالكي قد أجاز التطليق للضرر فإن مراجعة صريحة في أن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضرارا " [1]

**ثانيا : دور سلطة القاضي في التطليق لضرر تعدد الزوجات :**

"أجازت المادة 6/53 للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 التي سمحت بالزواج بأكثر من واحدة بشروط و تقدير هذه الشروط خاضع للسلطة التقديرية للقاضي . و بالتالي هذه الفقرة لا موجب لها ما دامت المادة 8 مكرر نصت على أحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق في حال التدليس "[2]، "كما أن المادة 19 من قانون الأسرة تعتبر هي الأخرى الأساس لهذه الفقرة التي تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوج لشرط عدم الزواج عليها، و عليه يبدو أن المشرع قد أخرج

[1] د / محفوظ بن صغير ، **قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02** ، دار الوعي ، المسيلة ، (د ط ) ، ( د ت ) ، ص 240/236

[2] يوسف دلاندة ، **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة** ، دار هومة ، ط 3 ، الجزائر ، 2013 ، ص 58

من دائرة عموم الضرر المعتبر ، حالة مخالفة أحكام المادة 8 و جعلها سببا مستقلا من أسباب طلب التطليق من خلال المادة 53 / 6 "[1].

" يقصد بالتعدد الزواج بأكثر من واحدة حسب المعايير المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر ، فالزوج ملزم بالإنصاف بينهن وفقا لمتطلبات الشرع و القانون فإذا أخل بهذا الإلتزام دون سبب مقبول جاز للزوجة المتضررة المطالبة بالتطليق في حالة عدم رضاها ، و على هذه الأخيرة إثبات ما تدعيه حتى يحكم لها بالطلاق و السلطة التقديرية تعود للقاضي في ذلك "[2]

ارتأينا إلى أن التطليق لتعدد الزوجات يكون بعد ضرر الزوجة الأولى و إلحاق الأذى بها و ما يترتب عن الأفعال أو نواقص التي يلحقهم بها الزوج ، مما يستدعي من الزوجة طلب سلطة القاضي في تطليقها لسبب الضرر اللاحق بها من التعدد .

**الفرع الثالث :سلطة القاضي في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**

" نص المشرع الجزائري على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في المادة 9/53 من قانون الأسرة الجزائري ، وقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون " و عليه إذا أخل الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطليق و ما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق و له السلطة التقديرية في ما إذا كان يتوافق مع أحكام قانون الأسرة أم لا ، فإذا كان مخالفا له فالقاضي

[1] أبو زهرة محمد ،**الأحوال الشخصية** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 3 ، 1957 ، ص 209 / 210

[2] بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعاتالعربية** ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008 ، ص 204 .

لا يستجيب لطلب الزوجة ." [1]ومنه ما يتضح لنا أن الإخلال بشرط من الشروط المتفق عليها في العقد تجيز للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي و ذلك بعد دراسة القاضي للعقد المتفق عليه مسبقا .

## المبحث الثاني: حكم التطليق و طبيعة الأحكام القضائية الصادرة عنه

في هذا المبحث سنعرض حكم التطليق في الكتاب و السنة و الاجماع مع عرض طبيعة الأحكام الصادرة عنه

### المطلب الأول: حكم التطليق

#### الفرع الأول: الكتاب

لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق إلا أن هناك من الآيات ما تدل ضمنيا على أن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضرر .

لقوله عز و جل : **[وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ]** [ سورة النساء / الآية 19 ]

و قوله عز وجل : **[يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا** [2]**]** [ سورة الطلاق / الآية 01]

وهو خطاب عام موجه للرسول صلى الله عليه وسلم في الأصل و لجميع أمته [3]

---

[1] بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية** ، المرجع السابق ، ص 201/200

[2] سورة الطلاق / الآية 1

[3] الأستاذة منصوري نورة ، **المرجعالسابق** ، ص 14

و قوله عز و جل : **[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]**]** سورة البقرة / الآية **229** ]**و** هذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق و دليل مشروعيته في آن واحد و يقول تعالى : **(لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ**[2]**)**[ سورة البقرة / الآية 236 ]فهذه الآية تنفي الجناح و الإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية[3] .

**الفرع الثاني : السنة**

روى حميد ابن عبد الرحمان أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «**يَقُولُ أَحَدُكُمْ لِامْرَأَتِهِ: قَدْ طَلَّقْتُكِ، قَدْ رَاجَعْتُكِ، لَيْسَ هَذَا طَلَاقَ الْمُسْلِمِينَ، طَلِّقُوا الْمَرْأَةَ فِي قُبُلِ طُهْرِهَا**»[4]

و هذا التنظيم عن رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق ، و «**رَوى مُحَاربُبندثار عَن بن عُمَرَ أَن النَبي صلى الله عليه وسلم قَالَ: أَبْغَضُ الحَلاَل إِلىَ**

[1] **سورة البقرة** / الآية 229

[2] **سورة البقرة** / الآية 236

[3] منصوري نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ،المرجع السابق** ، ص 14 .

[4] أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، **المعجم الأوسط**، تح: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، (د ط)، دار الحرمين – القاهرة، 1415 هـ - 1995 م ، رواه الطبراني في المعجم الأوسط، حديث رقم: 3953، ج 4/ ص 195 ، و قال عنه أحمد شاكر:"إسناده صحيح"، ينظر عمدة التفاسير،ج1/ص 284.

**الله الطَلَاقُ»**[1]، ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع و لكن بأسبابه و دواعيه ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ وَالْعَتَاقُ**»[2]

و روي عنه أنه طلق حفصة ثم راجعها ، و ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام .

**الفرع الثالث : الإجماع**

"انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة ، وهي محضورة أصلا و لا تباح إلا لحاجة أو ضرورة ، و إباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام ، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة"[3] .

و خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[4]

**المطلب الثاني: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة عن التطليق**

**الفرع الأول :عدم جواز الطعن بالإستئناف**

---

[1] أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني ، **سنن أبي داود مع شرحه عون المعبود** ، (د ط)، المطبعة الأنصارية بدهلي- الهند ،1323 هـ ، أخرجه أبو داود في سننه، **كتاب الطلاق**، باب في كراهية الطلاق، حديث رقم:2187، ج2/ ص 221 ، و قال عنه صاحب ابن الملقن:" إسناده صحيح" ، ينظر البدر المنير، ج2، ص 218 ،

[2] المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان ، **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، تح: بكري حياني ، صفوة السقا ، ط:5، مؤسسة الرسالة،1401هـ/1981م ، رواه المتقي الهندي في كنز العمال، كتاب الطلاق، حديث رقم: 27786 ، 9ج/ ص643 ، و قال عنه ابن حجر:"منقطع"، ينظر: التلخيص الحبير،3ج / ص448 .

[3] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 15

[4] د/ محمد كمال إمام ،**الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية و قانونية** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ( د ط ) ، 1997 ، ص 30

"أخد أصحاب هذا الاتجاه بحرفية المادة 57 من قانون الأسرة ، وبذلك فهم لا يجيزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتطليق ، ولا يفرقون بين الأحكام الصادرة بالطلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوج ولا بالطلاق بالتراضي بين الزوجين و لا بالتطليق بطلب من الزوجة ، وجعلوها كلها غير قابلة للاستئناف ، مستندين في ذلك على المادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على أن الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من نفس القانون"[1]

"ولهذا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا ، إذ صدر عنها عدة قرارات في هذا المضمار اعتبرت فيها الأحكام بالتطليق غير قابلة للاستئناف وذلك عندما قبلت الطعن فيها النقض مباشرة علما أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة عن المحاكم ابتدائيا و نهائيا تبعا لما تقضي به المادة 231 من قانون الاجراءات المدنية وما قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض مباشرة في أحكام التطليق سوى دليل يؤكد على أنها تعتبرها أحكاما نهائية "[2].

"ومن قرارات المحكمة العليا بهذا الصدد نذكر القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 تحت رقم 2001/98 و الذي جاء فيه " عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست الإجراءات الجوهرية و ان لفظ الطلاق أو التطليق يصدر دائما نهائيا " وهو الاتجاه الذي تبناه قضاة محكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس و يتبين ذلك من خلال الفصل في قضايا التطليق ، ومن بينها :

الحكم الصادر بتاريخ 2004/04/29 والذي قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعى عليه ، جاء فيه : [ حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته ورعايتها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري ، فإنه وامام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق

[1] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ،ص 73

[2] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 43

بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات و ثمانية أشهر و ذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الذي كان عضوا فيه كطيار و أنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة ، فإنه و بتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات و التي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض إليه المدعى عليه بسبب فراغه لمدة طويلة منذ 2000/05/30 و أن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا [1]

**الفرع الثاني :جواز الطعن بالإستئناف**

"يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف باعتبار هذا الأخير أحد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية و الذي يطرح في حد ذاته مبدأ أساسيا من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري ألا و هو مبدأالتقاضي على درجتين .

فالقاعدة العامة أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى و جميع أحكامه تكون ابتدائية ومن ثمة قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية إلا ما استثني بنص خاص و تلك هي القاعدة المكرسة بمقتضى المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية"[2].

"و برروا ذلك بأن إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاقا ، وما عدا ذلك فهو فسخ و يترتب عن هذا التمييز أن الطلاق هو عمل ولائي وليس للقاضي فيه إلا دور الموثق بحيث يكشف عن إرادة الزوج و يكرسها لا غير باعتبار أن المادة 49 من قانون الأسرة أكدت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي .

[1] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 74

[2] منصوري نورة ، **المرجع نفسه** ، ص 75

أما التطليق فيعد من صلب عمل القاضي ، و بذلك فهو عمل قضائي بحت يختلف في التقدير من قاضي إلى آخر ، لذلك وجبت رقابته من طرف قضاة الاستئناف و على هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للاستئناف "[1].

"و بحسب رأي الأستاذ ' زودة عمر" فإنه إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يقصد بمصطلح الطلاق ذلك الأثر الذي يترتب على استعمال الزوج لحقه الإداري ، وينجر عنه حل الرابطة الزوجية في الحال ما لم يكن مكملا للثلاث .

أما الفرقة التي لا تكون نتيجة استعمال الحق الإرادي للزوج فهي غير مشمولة بمصطلح الطلاق بل يطلق عليها مصطلح الفسخ فعندما يمارس الزوج حقه الإداري يترتب عليه حل الرابطة بإرادته .

ويفهم من سياق نص المادة 48 من قانون الأسرة أن عبارة " و يتم بإرادة الزوج " تعود على الحل و ليس على الطلاق الذي يقع بناء على إرادة الزوج في حين أن التطليق و الخلع يعدان أيضا طريقان من طرق حل الرابطة الزوجية ويقعان بطلب من الزوجة "[2].

" و بذلك فالأحكام القاضية بحل الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة و بناء على معيار التمييز بين الطلاق و الفسخ هي أحكام بالفسخ و بالتالي لا يمكن أن تدخل تحت نص خاص . ومن ثمة تسترجع القاعدة العامة سلطانها و تصبح الأحكام الفاصلة في مسألة التطليق قابلة للاستئناف .

وقد صدر في هذا الإطار قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/04/27 تحت رقم 89635 قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاة بسكرة في 1990/06/16 و الذي

[1] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص75

[2] منصوري نورة ، **المرجع نفسه** ، ص 75

صرح بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء من جديد بالتطليق و قد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي"[1] :

" فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة 57 من قانون الأسرة لا تجييز الاستئناف في الأحكام بالطلاق ، و الحكم المستأنف لم يقض بالطلاق و إنما بالتطليق "

وفي رأينا لا يمكن التسليم بأن الحكم بالتطليق تطبيقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة غير قابل للاستئناف ، فإذا كان دور القاضي في حالة الطلاق مقصورا على الحكم بما طلبه الزوج دون أن يكون من حقه طلب توضيح الأسباب ولا يسبب حكمه إلا بسبب واحد وهو طلب الزوج و إصراره على الطلاق ، أما في التطليق فإن دوره يتطلب تحقيقا جديا و مطابقة الوقائع على النص ، بالإضافة إلى موازنته بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج ، و أن يسبب حكمه تسبيبا كافيا ليس فقط ، استنادا إلى طلبات الزوجة و إنما اعتمادا على ماله من سلطة تقديرية تحتمل الصواب أو الخطأ ، لذلك ينبغي أن تكون هذه السلطة قابلة للرقابة بالطعن فيها بالاستئناف .[2]

[1] منصوري نورة ، **المرجع نفسه** ، ص 75 .

[2] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 79 .

**خلاصةالفصل :**

لقد تضمن هذا الفصل سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق و ذلك في المبحث الأول بذكر الأسباب التي منحتها الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري للمرأة في حقها للتطليق من زوجها بعد تضررها منه شرط أن يكون السبب مقنعا شرعا و قانونا ، و من بين الأسباب عدم انفاق الزوج على زوجته ، و كذا الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ، و غيبة الزوج بمدة زمنية تقارب السنة كاملة أو أكثر ، مع استدلالنا بأقوال الفقهاء و نصوص القانون . مع تبيان سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق للعيوب بما فيها الجنون و البرص و الجذام و غيرها من العيوب التي تصيب الزوج و تمنح الحق للزوجة في طلب التطليق منه فقها و القانون .ومن الأسباب المبيحة للزوجة طلب التطليق الضرر بما فيه من الشقاق بين الزوجين في حال استعصى التوافق في استمرار عشرتهم ، والتطليق لضرر تعدد الزوجات بعد سوء عشرة الزوج لزوجته المتضررة من زواجه و لعدم قدرته على التوافق بينهم و العدل و الإنصاف بين الزوجتين ، و منه أيضا التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج كشرط المرأة عملها و بعد الزواج بمنعها منه مما يجعلها تطلب التطليق .

أما المبحث الثاني فقد تعرضت فيه حكم التطليق و طبيعة الأحكام القضائية الصادرة عنه ، إذ نص على مشروعيته الكتاب و السنة و الإجماع ، و عرضنا طبيعة الأحكام القضائية الصادرة عن التطليق بما فيها عدم جواز الطعن بالإستئناف ما أخذ به أصحاب هذا الإتجاه بحرفية المادة 57 من قانون الأسرة ، و جواز الطعن بالإستئناف إذ يرى أنصار هذا الإتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن .

# الفصل الثاني : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في الخلع

**تمهيد :**

إن لم تجد الزوجة السعادة و الطمأنينة مع زوجها بسبب كرهها له أو بعدم الإستمتاع في العيش معه ، حق لها أن تتفق معه على المخالعة ، لذا وجب عليها أن تعطيه مبلغا من المال أي عوض مقابل المفارقة ، والعوض يعتبر ركنا أساسيا يقوم عليه الخلع بإعتباره عقد ثنائي الأطراف . ومن هذا المبدأ سنتطرق إلى التعرف على طبيعة الخلع و شروطه في المبحث الأول ، و إلى حكم الخلع و توابعه في المبحث الثاني .

## المبحث الأول : طبيعة الخلع و شروطه

الخلع هو فراق الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها ، أو من غيرها بألفاظ مخصوصة ، هذا ما ارتأيناه سابقا مما يجدر بنا إلى ذكر طبيعته في المطلب الأول و إلى شروطه المنصوص عليها في المطلب الثاني

### المطلب الأول : طبيعة الخلع

سأتطرق في هذا المطلب إلى طبيعة الخلع في فرعين ، الفرع الأول اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة ، و الفرع الثاني اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا .

#### الفرع الأول :اعتبار الخلع يمينا أو معارضة

إختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

– **الرأي الأول** : يرى جمهور الفقهاء أن الخلع معاوضة في حق الزوجين [1]

– **الرأي الثاني** :"قال الحنفية إن الخلع من جانب الزوج يمين ، لأنه تعليق طلاق على مال و التعليق يعتبر يمينا ، ومن جانب الزوجة معاوضة لأنها لم ترض بدفع البدل إلا لتفتدي نفسها ، و تملك عصمتها ، و تبعا لذلك تفرغت الأحكام ، فترتب على كونه يمينا أن الزوج له أن يعلقه على شرط أو يضيفه إلى زمن مستقبل ، و ليس له أن يشترط الخيار فيه ، و إذا صدر منه إيجاب الخلع لا يصح له الرجوع عنه ، و لا يبطل بقيامه من المجلس قبل القبول ، كما ترتب على كونه معاوضة من جهة المرأة وجوب عليها و رضاها به ، و جواز اشتراط الخيار لها ، و ليس لها أن تعلقه على شرط ، ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل ، و يصح لها أن ترجع عن الإيجاب قبل القبول ، كما يبطل إيجابه

[1] أبو البركات أحمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، تحقيق: كمال وصفي ، دار المعارف ، مصر ، ( د ط ) 1991 ، ج 2، ص 518

بقيامها من مجلسه ، أو مجلس تبليغه إليها إذا كانت غائبة ، و يبطل إيجابها بقيامها ، أو قيامه من المجلس قبل القبول."[1]

– **الرأي الثالث** : حيث يرى أبويوسف ومحمد بن الحسن أن الخلع يمين في حق الزوجين معا [2]

و تبعا لهذا الإختلاف في التكييف تختلف الأحكام المطبقة على الخلع ، فعند الصاحبين تطبق أحكام اليمين على الزوجين ، و عند الجمهور تطبق أحكام المعاوضات على الزوجين ، و عند أبي حنيفة تطبق أحكام اليمين على الزوج ، وأحكام المعاوضة على الزوجة "[3]

أ _"فإذا كان الإيجاب صادرا عن الزوج كأن يقول لزوجته خالعتك على ألف دينار فسكتت ولم تقم بالرد فلا يجوز لها لرجوع فيه ما دامت لم تقم من المجلس ،أما إذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطلب قيامه من المجلس و لكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول لأن المعاوضات و العقود المالية عامة تبطل إذا تفرق ت المجالس بعد الإيجاب والقبول ،و في حالة ما إذا كانت غائبة فإنها تتقيد بمجلس علمها فعند قيامها من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب و لم يعد لها الحق في القبول لأن ذلك حكما لعقود المالية ،أمّا إذا كان الإيجاب صادرا من طرفها كأن تقول لزوجها ذلك مائة جنيه إن طلقتني فلا يمكن لها الرجوع عن إيجابها قبل قبوله و إذا قامت من مجلسها أو قام هو بطلا لإيجاب"[4]

---

[1] بدران أبو العينين بدران ،**أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام** ، بحث تحليلي و دراسة مقارنة ، مطبعة دار التأليف ،القاهرة ، ط 2 ، 1961 ، ص260

[2] محمد أمين بن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، ( د ط ) ، 2003 ، ج5 ، ص 88

[3] شوقي بناسي، الاشكالات **العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري** ، مجلة الإجتهادالقضائي، المجلد 12 ، العدد 01 ، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس2019 ، ص 12

[4] أبو زهرة ،**الأحوال الشخصية ، المرجع السابق** ، ص 330

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

ج- لا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع لأنه تعليق وخيار الشرط أي حق الفسخ إنما يدخل في العقود لا في الإسقاطات. بقولها وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 69/03/12 "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين وعرض الزوج الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به ولا يمكن اعتباره كطلب مقدّم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه"[1] .

**الفرع الثاني :اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا**

**البند الأول : اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا فقها**

**القول الاول** : أن الخلع طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات ، فإن كان الزوج طلق زوجته تطليقة أو تطليقتين بعوض ، فإن الخلع يحتسب طلقة زائدة على الطلقة أو الطلقتين ، و تبين منه زوجته ، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[2] و المالكية[3] ، و أحد قولي الشافعية في الجديد[1] ، ورواية عن الحنابلة[2]

[1] بركة نور الهدى ، بوسعدية حليمة ، **أحكام الخلع بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري** ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ، تخصص قانون الأسرة ، 2019 / 2020م ، ص 27

[2] أبو بكر الرازي الجصاص ،**شرح مختصر الطحاوي** ، دار البشائر الإسلامية – ودار السراج ، ط1 ، 1431 هـ / 2010 م ، ج 4 ، 457

[3] مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، **المدونة** ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1415هـ /1994م ، ج 2 ، ص 241

**القول الثاني** : أن الخلع فسخ و لا يحتسب من عدد الطلقات ، فإن طلق الزوج زوجته تطليقة أو تطليقتين ثم خالعها بعوض منها ، فإن الطلاق على حاله و لا يحتسب الخلع طلقة زائدة ، و هذا القول القديم للشافعية[3] ، و الرواية الأخرى المشهورة عند الحنابلة[4]

نستنتج أن جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و قولي أحد الشافعية إعتبروا ان الخلع طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات ، أما أصحاب القول الثاني إعتبروا الخلع فسخا ولا يحتسب من عدد الطلقات.

**البند الثاني : اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا قانونا**

"لم يتطرق المشرع الجزائري للطبيعة القانونية للخلع، ولكن يمكن أن نستخلص بأنه اعتبره طلاقا ويظهر ذلك في أن المشرع الجزائري وضع الخلع تحت عنوان الطلاق ونص على ذلك صراحة بنص المادة 48 قانون الأسرة الجزائري يقول فيها يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بالإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون، وعند رجوعنا إلى المادة 54 قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تتعلق بالخلع وعلى ذلك فكل الأحكام

---

[1]أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ،**الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني** ،/ مح: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، ط 1 ، 1419 هـ / 1999 م ، ج 10 ، ص 9

[2]أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، **المغني لإبن قدامة** ، مح : طه الزيني – ومحمود عبد الوهاب فايد – وعبد القادر عطا ، مكتبة القاهرة ، ط 1 ، ج 10 ، ص 274

[3]أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعيّ ، **اللباب في الفقه الشافعي** ، مح : عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ، ط1 ، ص 325

[4]علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، / مح : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، ط1 ج 8، ص 392

الصادرة وفقا لنص المادة 48 قانون الأسرة الجزائري سواءا كانت بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة تعتبر طلاقا ويأخذ حكم الطلاق وليس فسخ"[1]

اعتبر المشرع الجزائري الخلع طلاقا لكونه يندرج تحت نص مادة الطلاق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري

## المطلب الثاني : شروط الخلع

للخلع شروط يجب توافرها ليتم هذا الأخير ، هذا ما سنتطرق له .

### الفرع الأول : قيام الرابطة الزوجية

"اشترط القانون أن تخالع الزوجة زوجها ،فإن كان أجنبيا عنها أو بينهما رابطة غير رابطة الزوجية ، فلا يصح أن تخالعه إطلاقا، وأن تكون العلاقة الزوجية قائمة بينهما حقيقة و حكما ، فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعتها نفسها من زوجها،لأن الطلاق رجعي و العلاقة الزوجية ماتزال محتملة على أمل العودة لمحل الزوجية هذا من جهة و من جهة أخرى أن ملكية االاستمتاع لم ترتفع ، و سواء كانت الزوجية الحكمية قائمة من بناء بها ودخول ،أو كانت قائمة من عقد صحيح لم يقع بموجبه دخول بها ولا طلاق يقطع هذه الرابطة ،ففي هذه الحالة تكون الرابطة الزوجية قائمة قياما صحيحا . أما إذا كان الطلاق بائنا فلا يصح الخلع أصلا "[2]

"حسب المادة 54 من قانون الأسرة فإنه يشترط القانون لكي تخالع الزوجة زوجها لابد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء أكان قد سجل في سجلات الحالة المدنية أم لم يسجل، لكن لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج. فلو كان الزوج مثلا أجنبيا عن

[1] خليل عمرو، **انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ( د ط ) ، 2015 ، ص 216 .

[2] ربيحة إلغات ، **إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا** ، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية ، المجلد 08 ، العدد 05 ، 2019 م ، جامعة الجزائر 1 ، ص 282

الزوجة أو لا تربطه بها علاقة زواج فلا يصح أن تخالعه ولا يمكن حصول هذا الخلع إطلاقا. والعلاقة الزوجية القائمة حكمها كتلك القائمة حقيقة، فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها من زوجها، لأن الطلاق الرجعي لا تزال فيه الرابطة الزوجية قائمة من جهة وحق الاستمتاع لم يرتفع من جهة أخرى. أما في حالة ما إذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقا لنصوص المواد 32 إلى 34 من قانون الأسرة فلا يقع الخلع."[1]

" والعلاقة الزوجية القائمة حكمها كتلك القائمة حقيقة فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها من زوجها لأن الطلاق الرجعي لا تزال فيه الرابطة الزوجية قائمة من جهة وملكية الاستمتاع لم ترتفع من جهة أخرى."[2].

**الفرع الثاني : الأهلية القانونية**

**بالنسبة للزوج** : الخلع تصرف يصحبه أثر مالي من جانب الزوجة ، فهو إذن تصرف قانوني يقتضي شروطا خاصة بكل من الزوجين ، و يشترط في الزوج أن يكون بالغا واحدا وعشرين سنة إلا إذا دعت الضرورة إلى خفضها ، و هذا يغنينا عن الكلام عن شرط الأهلية ، فلابد للزوج أن يكون مؤهلا عند مخالعة زوجته ، بمعنى أن يكون متصفا بكامل قواه العقلية و غير محجوز عليه طبقا لأحكام المادة 85 من قانون الأسرة و إلا وقع تصرفه هذا باطلا ، و كذا بالنسبة للسفيه الذي اعتبره المشرع الجزائري عديم الأهلية ، وطبقا لهذه المادة فإن الزوج إذا كان سفيها أو معتوها يكون يفتقر إلى الأهلية منذ صدور التصرف منه أو إليه ، و يصبح تصرفه باطلا و لا ينتج أي أثر ، لأن الخلع

[1] د/ حبار أمال ، **الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد 18 جانفي 2013 ، جامعة وهران 1، أحمد بن بلة ( الجزائر ) ، ص 197

[2] بركة نور الهدى ، بوسعدية حليمة ، **أحكام الخلع بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري** ، المرجع السابق ، ص 43

تصرف قانوني له أثر مالي ، فهو بحاجة إلى أهلية التصرف ، و بفقدانها أو نقصانها ، كان لابد أن ينوب عنه وليه [1]، طبقا لأحكام المادة 210 / 2[2]، فالخلع يصح من كل زوج يصح طلاقه [3]

**بالنسبة للزوجة:** فيشترط فيها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع وفق المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري بحيث إذا لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من قانون الأسرة فلا يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك لأن الخلع بالنسبة لها هو في حكم المعاوضة الشبيهة بالتبرع[4]، و من ثم لايصحللصغيرة أو المجنونة أو السفيهة أن تخالع زوجها بمال ، أما عن جواز إختلاع الأب على إبنته لصغيرة فالجواب إذا اختلعها بمالها أو بمهرها وقع الطلاق و لا يلزمها شيء كما لا يلزم الأب بشيء، أما إذا اختلعها بماله فإنه يصح الخلع و يلزم المال ، أما إذا خالع الأب إبنته البالغة فيقع الخلع موقفا على اجازتها و يجوز الخلع إذا خالعها من ماله ، و إن خلع المحجور عليها لسفه أو جنون لا يلزم به مال ، و لكن يقع به الطلاق رجعيا هذا إذا كان مدخولا بها [5]

## الفرعالثالث : الصيغة وبدل الخلع

### البند الأول : الصيغة

"الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج و قبوله من الزوجة و صيغة العقد هي ما يتحقق به الإيجاب و القبول فهي صورته في الخارج التي يوجد بها ، و في الأصل أن الصيغة عند إنشاء العقود

[1] د/ ربيحة إلغات، **المرجع السابق** ، ص 279

[2]مولود ديدان ،**قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ، المادة 210 /2 من قانون الأسرة الجزائري

[3] ابن قدامى ، **المغني ،مرجع سابق** ، ج 8، ص178

[4]غوتي بن ملحة ، **قانون الأسرة الجزائري** ، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع ، ( د ط ) ، 2007 ، ص 185

[5]مكناز حمزة ، بن الأبقع حيزية ، **الخلع و أحكامه في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري** ، مدكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأسرة ، 2021 / 2022 م ، جامعة زيان عاشر الجلفة ، ص 30

تكون باللفظ ، فإذا تعذر اللفظ كما في الأخرس و الخرساء فالإيجاب و القبول يكون بالإشارة ، وقد تكون الصيغة بالمعاطاة أي بأفعال يقوم بها طرفا العقد أو أحدهما"[1]

**أولا : الصيغة في الفقه الإسلامي**

تعددت الألفاظ بين فقهاء المذاهب الأربعة ( المالكية ، الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة )

-**المالكية** :" عندهم إيقاع الطلاق بلفظ الجمع و ما في معناه و لو بدون عوض حيث يقع طلاق بائن و من هذه الألفاظ : الصلح و الإبراء ، والإفتداء ، كما لو قال لها : صالحتك أو أنا مصالح لك أو أنت مصالحة ، أو أنا مبريك ، أو أنت مبرأة أو أنا مفتد منك أو أنت مفتداه"[2].

- **الحنفية** :" عندهم ألفاظ الخلع خمسة : خالعتك ، باينتك ، بارأتك ، فارقتك ، طلقي نفسك على كذا و يزاد على هذه الألفاظ : لفظ البيع و الشراء كبعت نفسك أو طلاقك على كذا و هو لفظ صريح "[3].

- **الشافعية**:" قالو إن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة و كناية و من كنايته لفظ: بيع و الفسخ ، فإذا قال لها: بعتك نفسك بألف ناويا بذلك الطلاق ، فقالت : قبلت كان خلعا صحيحا تبين به و يلزمها العوض أما إذا قال لها : فسخت نكاحك بألف في هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات ، ومثال صريح الطلاق أن تقول له طلقني على عشرين ، فقال طلقتك على ذلك ، فإنه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية "[4]

---

[1] زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، ج 8 ، ص 250.

[2] الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ( د ط ) ،( د ت ) ، ج 2 ، ص 351

[3] زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية** ، **المرجع السابق** ، ج 8 ، ص 168

[4] الجزيري عبد الرحمن، **الفقه على المذاهب الأربعة**، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2 ،2003 ، ج 4، ص 371

- **الحنابلة** : " عندهم ألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح و كناية ، الصريح ثلاثة ألفاظ : خالعتك ، المفاداة ، و فسخت نكاحك ، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع الخلع من غير نية ، و ما عدا هذه الألفاظ : أبنتك ، بارأتك فهو كناية"[1] ينصب لفظ الصيغة عند كل مذهب بمجموعة من الألفاظ التي تدل عليها .

**ثانيا : الصيغة في القانون الجزائري**

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة الصيغة في المادة 54 منه تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على : "كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية[2] ، "غير أن هاته المادة أصبح لا جدوى لها بعد التعديل بحيث أهل المشرع إرادة الزوج في تعديل المادة 54 من الأمر 02/05 بعد أن كان صيغة المادة غير مفهومة منها اشتراط إرادة الزوج أم لا، و عليه بما أن المشرع أغفل إرادة الزوج بوقوع الخلع دون موافقته فلا حاجة القبول منه و لا حاجة لمجلس العقد و لا حتى لإيجاب الزوجة في مخالعتها "[3].

استمد القانون الجزائري مسألة الصيغة من مبادئ الشريعة السمحاء تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري

**البند الثاني : بدل الخلع**

**أولا : بدل الخلع في الفقه الإسلامي**

" البدل هو مقابل الخلع و هو ما تقدمه الزوجة إلى زوجها مقابل طلاقها ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكل ما صح أن يكون صداقا من نقود أو غيرها المهم أن يكون مباح شرعا ، وهذا المقابل

---

[1] زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق** ، ج 8 ، 170

[2] د / مولود ديدان ، **قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق** ، المادة 222 حسب آخر تعديل له ، ص 50

[3] نذير حنان التونسية ، **الخلع بين الفقه و التشريع و الواقع** ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر ، قسم الحقوق ، تخصص أحوال لشخصية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، ص 61

يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة داخل الوطن كما يمكن أن تكون من النقود والأورق المالية المتداولة خارج الوطن."[1]

"حكم أخذ الزوج للعوض جائز"[2] ، جبرا له للضرر اللاحق به من وراء المخالعة متى كان البغض و الكراهية من قبل الزوجة ، غير أن الذي اختلف فيه الفقهاء هو مقداره حيث نجم على ذلك مذهبان :

– **المذهب الأول** : ومفاده تعليق بدل الخلع متوقف على ما اتفق عليه الزوجان دون وضع حد أدنى أو سقف أعلى و إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء و أهل العلم منهم مالك[3] و الشافعي[4] ، و ابن حزم الظاهري [5]و الحنابلة[6] عملا بقوله تعالى : **[ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ [7]**)[ سورة البقرة / الآية 229 ]

"فظاهر الآية و عمومها يفيد عدم التحديد مقابل الخلع و لا مخصص لها"[8] .

– **المذهب الثاني** :مفاده عدم جواز زيادة بدل الخلع عما أعطاه لزوجته و هو ما ذهب إليه الحنفية[9] ، و أبو بكر من الحنابلة[1].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، **شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** ، ط2 ، دار هومة، الجزائر2 ، ص 217

[2] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، **المحلى بالآثار** ، دار الفكر ، بيروت ، ( دط)، ج 9 ، ص 513

[3]انظر ، مالك ابن أنس ، **المدونة** ، **المرجع السابق**، ج 2 ، ص 243

[4]الشافعي ،**الأم** ، دار المعرفة ، بيروت ، 1410هـ /1990 م ، ( د ط ) ، ج 5 ، ص 211 .

[5]أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، **المحلى بالآثار** ، **المرجع** السابق ، ج 9 ، ص 511

[6] ابن قدامة ، **المغني** ،المرجع السابق ، ج 7 ، ص 323

[7]**سورة البقرة** / الآية 229

[8]الطبري ،**جامع البيان في تأويل القرآن** ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، 1420 هـ / 2000 م ، ج4 ، ص 581

[9]علاء الدينأبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، ج3 ، ص150 .

**ثانيا :بدل الخلع في القانون الجزائري**

جاء في المادة 54 من قانون الأسرة المتعلقة بالخلع : "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مادي ، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ."[2]

" من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري يجيز للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي غير أنه لم يحدد مقدار هذا المقابل تاركا أمر تحديده لاتفاق الزوجين ، و بهذا يكون قد أخذ برأي الجمهور الذي جعل بدل الخلع خاضعا لاتفاق الزوجين ، و هذا يعتبر دليلا على مدى تأثر المشرع بالفقه الإسلامي، غير أنه عند التنازع بين الزوجين و عدم اتفاقهما يتدخل القاضي فيحدد مقدار بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم "[3].

**المبحث الثاني : حكم الخلع و توابعه**

من خلال هذا المبحث سيتم تسليط الضوء على حكم الخلع و دليل مشروعيته من الكتاب و السنة النبوية في المطلب الأول ، و وفي المطلب الثاني توابع التطليق و الخلع .

**المطلب الأول : حكم الخلع و دليل مشروعيته**

اختلف الفقهاء في حكم الخلع أما دليل مشروعيته فنجد الخلع موجود في القرآن الكريم و السنة النبوية و الإجماع هذا ما سنوضحه في ما يلي

**الفرع الأول : حكم الخلع**

---

[1] ابن قدامة ، **المغني، المرجع السابق** ، ج 7 ، ص 325

[2] د / مولود ديدان ،**قانون الأسرة الجزائري** ، **المرجع السابق** ، المادة 54 حسب آخر تعديل ، ص 18

[3] د/ سهام حمادي ، **أثر الفقه الإسلامي في الصناعة التقنينية لأحكام الأسرة في التشريع الجزائري_ أحكام الخلع نموذجا _** ، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية ، المجلد 13 ، العدد 3 ، 2021 م ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ، ص 116

" الخلع قد يكون مباحا و قد يكون مكروها و قد يكون محرما فيكون مباحا إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه أو كرهت نقص دينه أو كبر سنه أو مرضه أو ضعفه أو نحو ذلك من العيوب. و تخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته أو لا تحقق المقصود من الزواج في الشريعة الإسلامية، رغم عدم تقصيره في حقوقها و قيامه بواجبه نحوها، فترى في كراهيتها هذه أن تفدي نفسها بمال تعطيه لزوجها لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع في المحضور فيكون في ذلك الخلع مباحا و مشروعا و لا كراهية فيه"[1]. "و يكون الخلع مكروها إذا كان سببه مكروها، كأن تميل إلى غير زوجها و ترغب في نكاحه فتخالع زوجها لتنكح من مالت إليه و رغبت فيه، فهذا الخلع مكروه"[2]." و يكون الخلع حراما إذا كان من غير بأس لقوله صلى الله عليه وسلم : « **أيُّمَا امرأةٍ سألت زوجَها طلاقًا في غيرِ ما بأسٍ فحرامٌ عليها رائحةُ الجنةِ** »[3] ، ومن غير بأس هذا يعني من غير شدة تلجئها إلى طلب فرقة المخالعة ، وهذا ما يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة و لأنه إضرار بها و بزوجها ، و إزالة لمصالح النكاح من غير حاجة لقوله عليه الصلاة و السلام « **لَا ضَرَرَ وَ لَا ضرَار** »[4]."و يكون حراما ذلك إذا كان نشوز الزوج من قبل الزوج لأجل الافتداء ، كأن ينالها بالضرب و الأذى حتى تخالعه أو يضيق عليها ، أو يمنعها حقا من حقوقها كالنفقة عليها ، حتى تفتدي منه نفسها فهذا الخلع حراما لأن سببه خبيث"[5].

---

[1] أحمد فراج حسين ، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعة الجديدة، مصر، ( د ط) ، 2004 ، ص 151

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي,**الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ،( د ط ) ، 2003 ، ص 45

[3] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني ، **سنن أبي داود** ، مح : محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، كتاب الطلاق ، باب في الخلع ، رقم الحديث : 2226 ، ج 2 ، ص 268 .

[4] أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، **المغني لابن قدامة** ، مح : طه الزيني – ومحمود عبد الوهاب فايد ، مكتبة القاهرة ، ط1 ، ج 8 ، ص 177.

[5] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، ج 3 ، ص 150

**الفرع الثاني : دليل مشروعية الخلع**

**1/ من الكتاب :**

**[الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَ لَا 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 )** [ سورة البقرة / الآية 229 ]

"و جاء في تفسير ابن كثير أنه إذا تشاقق الزوجان و لم تقم المرأة بحقوق الرجل و أبغضته و لم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ، و لا حرج عليها في بذلها ، ولا عليه في قبول ذلك منها"[1]

**2/ من السنة :**

**فحديث ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقْبَلْ الحَديقَةَ وَطَلِّقهَا تَطليقَة »**[2]، " فهي لا تريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أمر إرشاد واصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في الإسلام وفيه معنى المعاوضة" [3]

**3/ من الإجماع :**

---

[1] ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، مح : سامي بن محمد سلامة ، دار طيبة ، ط 2 ، 1999 ، ج 1 ، ص 613

[2] ابن ماجة ، **سنن ابن ماجة** ، المكتبة العصرية ، لبنان ، 2006 ، ط 1 ، ج 1 ، كتاب الطلاق ، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها ، الحديث رقم 2057 ، ص 356

[3] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته** ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 7009

"فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكرا بن عبد الله الملزيني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه، وقال الإمام مالك بهذا الصدد لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وأن الرجل إذا لم يضر المرأة ولم يسئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم. أي أنها لا تريد مفارقته لسوء خلقه، ولا لنقصان دينه، ولكن كانت تكرهه لدمامته وهي تكره أن تحملها الكراهية على التقصير فيما يجب له من حق ، و المقصود بالكفر كفران العشير "[1] .

## المطلب الثاني:توابع التطليق و الخلع

هي ما يتبع الخلع و التطليق من أثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه و على القاضي الإستجابة لهما.

### الفرع الأول :ما يثبت للزوجة

تتمثل في ما يلي :

**أولا : العدة**

"تعرف العدة بأنها أجل ضرب شرعا لإنفصال ما بقي من آثار الزواج أو هي انتظار يلزم المرأة فتمتنع عن التزويج فيه إلا بعد انتهاء الأجل المحددة شرعا و قانونا "[2]

" و شرعت العدة للتأكد من براءة الرحم (أي خلوه من الحمل) حتى لا تختلط الأنساب،وإعطاء الزوج المطلق فرصة لمراجعة زوجته مادامت معتدة في الطلاق الرجعي، وكذا حداد الزوجة على مفارقة زوجها إذا كانت العدة عدة وفاة، وفاءا للزوج وحزنا على وفاته"[1].

---

[1] ناجي بلقاسم ، **الطلاق في المجتمع الجزائري**، دار هومة ، الجزائر،2013 ( د ط ) ، ص112

[2] ورداش فاطمة الزهراء، **أسباب التطليق إشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015 ، ص12

أعطى المشرع الجزائري للمعتدة من طلاق التطليق ، حق الإقامة في السكن العائلي ما دامت في ، العدة و لم تنقض بعد، و من تفريق بين الطلاق الرجعي و البائن ، و ليس لأحد الحق في أن يخرجها من البيت إلا في حالة ارتكابها للفاحشة المبينة، بالإضافة إلى أنه قد أقر حقها في النفقة طيلة مدة عدتها[2]

**ثانيا: النفقة**

يقصد بالنفقة ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه من طعام و كسوة و دواء و مسكن و كل ما يلزم من ضروريات الحياة و ذلك بحسب المتعارف عليه بين الناس و حسب قدرة الزوج المالية[3] فهي كل ما تحتاج إليه في معيشتها من طعام وشراب ومسكن وخدمة .

**1 / نفقة العدة** :" تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة و تحددها المحكمة إجماليا أو شهريا و هذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة ، و يسقط هذا الحق الشرعي إذا تركت المطلقة مقر الزوجية و لم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز ، وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات منها:

القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 تحت رقم 34327 و الذي قضى بأنه متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تضل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية " . فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها ، ولا تسقط إلا إذا

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة _الزواج _الطلاق _الميراث _الوصية**، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، ط5 ، 2007، ج 1 ، ص 370.

[2] سلمي سامية، **الخلع بين الشريعة و القانون**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، فرع القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة ، 2013/2012 ، ص 65 .

[3] حواس فتحية ، **السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الأسرة** ، أستاذة محاضرة بجامعة الجزائر 1، ص 374

أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع ، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد ويتعين رفضه [1]

**2/ نفقة الإهمال** : "لقد أقرت المادة 74 من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها ، فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطليق و للقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين "[2]

" للقاضي سلطة واسعة عند حكمه بالنفقة المطلوبة للزوجة و الأولاد إذ عليه أن يراعي عسر و يسر الطرفين و ظروف المعيشة و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ، وعليه مراعاة ظروف المعيشة و غلاء الأسعار من يوم الطلب على ألا تقل قيمة مبلغ النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من عسر "[3]

**ثالثا: حق السكن**

"لقد ورد النص على إسكان الزوجة المطلقة و على شروطه في المادة (52 /2 )[4]من قانون الأسرة الجزائري ، ومن تحليلها يتضح لنا أنه حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها أو بإبقائها في مسكن الزوجية توافر ثلاثة شروط :

_ أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة قل عدد المحضونين أو أكثر.

_ ألا يكون لها ولي يستقبلها و يؤمن لها المسكن .

[1] الأستاذة منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 84

[2] منصوري نورة ، **المرجع نفسه** ، ص 84

[3] حواس فتحية ،**المرجع السابق** ، ص 375

[4] مولود ديدان ،**قانون الأسرة** ، **المرجع السابق** ، أمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ص17

_ أن لا يكون في استطاعة الزوج توفير السكن ."[1]

"ونصت المادة 467 من القانون المدني على أنه ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر و المستأجر و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الأولاد خاصة .

و يتضح من هذه المادة أنها أعطت الحق للقاضي أن يعين من يستفيد من مسكن الزوجية في حالة الطلاق ."[2]

**رابعا : التعويض**

" لم يتعرض فقهاء الشريعة والقانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية ، وذلك ربما يرجع إلا أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح، فهو يعني عندهم :مايلتزم به المسؤول في مسؤولية مدنية تجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه ، أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضا عنه" [3].

" و في الحقيقة أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة متعة حيث طغى استعمال المصطلح الأول على الثاني في القوانين الوضعية ، و بالتالي يمكن القول أن التعويض و المتعة وجهان لعملة واحدة وعليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد"[4]

---

[1] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 85

[2] منصوري نورة ، **نفس المرجع** ، ص 86

[3] محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهادالفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05_02** ،دار الوعي ، (د ط) ،2012 ، ص 126/125

[4] الأستاذة منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 89

**خامسا : النزاع حول متاع البيت**

"يقصد بمتاع البيت إصطلاحا بأنه كل ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت، أو هو ما يجب على الزوج لزوجته في البيت"[1] و هو "كل ما ينتفع به في بيت الزوجية من أثاث و أدوات منزلية"[2] و بتعريف أخر هو "كل ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز ، أو من أدوات منزلية جدت بعد الزفاف "[3].

" فإذا قدم أحد الزوجين بينة على ملكيته للمتاع فيقضى له به، سواء أكان من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء"[4]. " فيمكن للزوج أن يقيم الدليل على تملكه ما هو معتاد للنساء كما يمكن للزوجة أن تقيم الدليل على تملكها ما هو معتاد أن الرجل هو من يشتريه لبيته كغرفة النوم مثل "[5]

"وتعتبر مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادة وعرفا وبين ما هو ملك للزوجة عادة وعرفا، مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي إستنادا إلى التقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين"[6]

**الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد**

**أولا : النسب**

---

[1] دونه حفصية، **أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي،2015 ، ص 40

[2] بدران أبو العينين بدران ، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية** ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ( د ط )، ( د ت ) ، ج 1 ، ص 230

[3] د/ محمد مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الاسلام ، دراسة** مقارنة ، الدار جامعية ، بيروت ، ط 4 ، 1983 م ، ص 434

[4] عبد العزيز سمية، **طرق إنحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015 ، ص 221

[5] باديس دياني ، **صور وآثار فك ال اربطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2012 ، ص 103

[6] دونة حفصية ، **المرجع السابق** ، ص 78

"يعتبر النسب من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج "[1] ، وقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاه أهمية كبيرة لقوله تعالى[ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ**[2] ) [ سورة النحل / الآية 72 ]

وقوله تعالى [ **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** ) [3]

[ سورة الفرقان /الآية 54 ]

نظمه المشرع الجزائري في المواد 40 و ال45 من قانون الأسرة وتبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرمها الإسلام ، فأكد القانون ذلك في المادة 46 منه ، و يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو غير ذلك ، في حين يثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية : الفراش ، إضافة إلى الإقرار و البينة و نكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و34 من قانون الأسرة ، وهو ما تضمنته فحوى المادة 40 من ذات القانون ."[4]

**ثانيا : الحضانة**

نصت عليها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بقوله أن الحضانة هي رعاية الولد و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، وهذا حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ، كما اشترط توافر شروط معينة في الحاضن و تتمثل في العقل ، البلوغ ، القدرة ،

---

[1] بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط 1 ، 2008م ، ص 227 .

[2] **سورة النحل** ، الآية 72

[3] **سورة الفرقان** / الآية 54

[4] الأستاذة منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 93 .

الأمانة و الاستقامة أن تكون قريبة للطفل ، كما جعل للحضانة مدة تنقضي بها و هذا حسب المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري [1]

"و عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة ، أو المعتوه الذي لا يميز ، ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ، ووقايته مما يؤذيه و يضره ، و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا ، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة و الاضطلاع بمسؤلياته ". [2] " أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة هو ما بينته المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ،ثم الجدة لأم ،ثم الجدة لأب ،ثم الخالة ،ثم العمة ،ثما لأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك " [3]

تعد الحضانة من أهم الآثار التي تنجر عن انحلال العلاقة الزوجية ، والمقصود بها إسناد الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه إلى الشخص الأجدر ، و القادر على الاهتمام به و رعاية شؤونه ، و نجد أن الزوجين يتنازعان على الحق في الحضانة إلا أنا لأم تعتبر في جميع الأحوال ،أحق بحضانة طفلها بعد الطلاق .

**ثالثا : نفقة المحضون و سكنه**

[1] هواري خضرة و عثماني حياة ، **انحلال الرابطة الزوجية بالارادةالمنفردة للزوجة ( التطليق _ الخلع )** ، مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأسرة ، جامعة عمار ثليجي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2017/2016م ، ص 57

[2] السيد سابق ،**فقه السنة** ، دار الجيل ، بيروت ، 1416هـ/1995م ، المجلد 2 ، ص 351.

[3] الأستاذة منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 95

قد تضمنتها المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري تكون هذه النفقة شهريا حسب مقدور الأب و تسري إبتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا ، وعلى والده أن يهيء له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته .[1]

"ومن استقراء المادة 72 يتبين بروز ثلاث حالات :

– إذا كان للمحضون مال خاص به تكون نفقته من ماله لا من مال أبيه .

– إذا لم يكن للمحضون مال تكون نفقته ومسكنه واجبة على أبيه من مال غيره إذ على الأب أن يضمن النفقة و المسكن معا .

– يجب على الأب أن يتحمل مسؤولية الإنفاق على المحضون و إذا لم يوفر له مسكن يجب عليه أن يوفر له أجرته و المبلغ المقرر للنفقة ، وتكون هذه الأخيرة شهرية تسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا ."[2]

**رابعا : حق الزيارة**

على القاضي عند منح حق الحضانة للأم أو أي شخص آخر من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أن يحكم بحق الزيارة للأب مع تحديد أيام و ساعات الزيارة حتى لا يقع خلاف حول حق الزيارة و أيامها بين المطلقين [3]. و ما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما

[1] نسيمة عبدي ، **الخلع على ضوء الشريعة و القانون الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، الجزائر ، 2015/2014 ، ص 87/82

[2] الأستاذة منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 97

[3] عبد المؤمن بلباقي ، **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي** ، دار الهدى ، الجزائر ، (د ط ) ، ( دت ) ، ص 11/10

يترتب عنها من نفقة و حق الزيارة من النظام العام "[1] ، " تعتبر زيارة المحضون ذو أهمية بالغة لتنشأته ، و هي حق مقرر شرعا و مكفول قانونا ، و تعتبر من بابصلة الأرحام بين الوالد و ولده ، و بها تتحقق مصلحة المحضون التي ناشدها قانون الأسرة في أغلب مواد الحضانة ، فالحضانة هي رعاية من الحاضن ، والزيارة تعزز هذه الرعاية من الطرف الثاني الذي لم يحظ بحضانة الطفل "[2] . يترتب عن فك الرابطة الزوجية و انفصال الزوجين إسنادا لحضانة لأحد مستحقيها ، و قد سبق الإشارة إلى أنه في قانون الأسرة الأم أولى بحضانة أبنائها مادامت أهلا لذلك ، و إلا أسندت لأبيه . إذ يعتبر حق الزيارة في قانونا الأسرة الجزائري أداة لتقوية العلاقات الأسرية و آداة لرقابة مصلحة المحضون من خلال المراقبة الغير مباشرة للحاضنة في الممارسة اليومية للحضانة ، بالإضافة إلى دور حق الزيارة في تمتين الروابط العائلية. " و يمكن للقاضي أن يمنح حق الزيارة كتدبير مؤقت لأحد الزوج ينبعد منحه حقا لحضانة للزوج الآخر كتدبير مؤقت أيضا ." [3]

[1] منصوري نورة ، **المرجع السابق** ، ص 98

[2] هشام الذبيح ، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية** ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2020/2019م ، ص 389

[3] مولود ديدان ، قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، نص المادة 57 .

## خلاصة الفصل

في دراستنا لهذا الفصل سلطنا الضوء على سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في الخلع الذي يعتبر حق استعماله بعدم المساس بمصالح الغير و الإضرار بهم ، و لأن الخلع صار حقا أصيلا للزوجة فلا يخلو الامر من إمكانية الزوجة في اللجوء إليه أو استعماله كون هذا الحق أصبح خاضعا لإرادتها و رغبتها و لم يعد لموافقة الزوج و رضاه أي اعتبار فيه و هو المسلك الذي تبناه و انتهجه القانون الجزائري في تعديل قانون الاسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 رغم أن النص القديم للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لم يكن يشترط موافقة الزوج في الخلع إلا أن القضاء كان يعتبر الخلع عقدا رضائيا بتم بطلب الزوجة و موافقة الزوج هذا ما درسناه في فصلنا هذا بعد تناولنا لطبيعة و شروط الخلع ، و ذكرنا لحكمه و دليل مشروعيته من الكتاب و السنة ، خاتمينا المطلب الثاني بذكر كل التوابع المشتركة بين التطليق و الخلع معا .

# خاتمـــــة

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآلهوصحبه الأخيار وسلم تسليما كثيرا ؛ بعد تمام هذا البحث توصلت إلى عدة نتائج أذكر أهمها على النحوالتالي:

1. إن حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية معترف به شرعا وقانونا من حيث أنه يستند إلى أدلة شرعية راجحة تثبه وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية وأكد عليه المشرع الجزائري.

2. أن المشرع الجزائري لم يهتم بمسألة فك الرابطة الزوجية بالقدر الكافي وخاصة حالتي التطليق والخلع بحيث خص لكل حالة مادة واحدة فقط على الرغم من أهمية الموضوعين أثرهما الكبيرعلى الأسرة والمجتمع.

3.أن قانون الأسرة منح للقاضي سلطة كبيرة _موجهة ومؤدبة ورادعة_ في مختلف المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله.

4. أن التطليق هوالطلب الذي تقدمه الزوجة للقاضي في إنهاء العلاقة الزوجية إذا توافر سبب من أسبابه.

5. أن الخلع هوحل عقدة النكاح بطلب من الزوجة مقابل عوض تدفعه له.

6. منح المشرع الجزائري سلطة تقديرية للقاضي في تطليق الزوجة وحقها في فك الرابطة الزوجية بالتطليق أوالخلع متى توافرت الأسباب المبيحةلذلك.

7.أن تقدير النفقة الزوجية وكذا نفقة العدة خاضع للسلطة التقديرية مع المراعاة في كل الأحوال حال الطرفين والظروف المعيشة.

8. منح المشرع الجزائري القاضي السلطة التقديرية في مجال الحضانة غير أنه قيده دائما بالتأكد من مصلحة المحضون سواء في إسقاط الحضانة أوبقائهاوغيرها من المسائل المتعلقة بها.

**توصيات :**

–إنشاء محكمة للأسرة خاصة بالنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية حتى لا يثقل كاهل القضاة وللوصول إلى تحقيق العدالة المرجوة من اللجوء إلى القضاء.

– على المشرع الجزائري أن يحدد مفهومي التطليق والخلع حتى لا يقع هناك خلط بينهما كما عليه أن يبين شروط وأثار كل منهما كما هوالحال عليه في القوانين العربية الأخرى.

– التركيز على ضرورة طرح قضايا المرأة من خلال وسائل الإعلام ورجال الدين وعلماء الاجتماع من أجل المحافظة على استقرار الأسر.

– ندعوالمشرع الجزائري إلى ضرورة تعديل نصوص قانون الأسرة وتدارك النقائص الموجودة بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية

وفي الأخير أحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقني لكتابة هذا البحث المتواضع ؛ وندعوه سبحانه وتعالى أن يجعله في ميزان حسناتنا وكل من ساهم معنا في تحصيل وجمع مادته العلمية.وصلى الله على سيدنا محمد وآلهوأصحابه الأخيار وسلم تسليما كثيرا.

# فهرس الآيات والأحاديث

| فهرس الآيات | | |
|---|---|---|
| الآية | السورة<br>رقم الآية | رقم<br>الصفحة |
| وَلَقَد أَرسَلنَا مُوسَىٰبِـَٔايَٰتِنَاوَسُلطَٰن مُّبِينٍ | سورة هود/الآية 96 | 10 |
| فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ | سورة البقرة : الآية 229 | 64 |
| وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا | سورة النساء / الآية 35 | 41 |
| وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ | سورة النساء / الآية 19 | 45 |
| يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا | سورة الطلاق / الآية 01 | 45 |
| 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 | سورة البقرة / الآية 229 | 67/46 |
| لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ | سورة البقرة / الآية 236 | 46 |
| وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ | سورة النحل / الآية 72 | 73 |
| وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا | سورة الفرقان/ الآية 54 | 73 |

| فهرس الحديث | |
|---|---|
| الحديث | رقم الصفحة |
| قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «**يَقُولُ أَحَدُكُمْ لِامْرَأَتِهِ: قَدْ طَلَّقْتُكِ، قَدْ رَاجَعْتُكِ، لَيْسَ هَذَا طَلَاقَ الْمُسْلِمِينَ، طَلِّقُوا الْمَرْأَةَ فِي قُبُلِ طُهْرِهَا**» | 46 |
| « **رَوى مُحَاربُ بندثار عَن بن عُمَرَ أَن النَبي صلى الله عليه وسلم قَالَ: أَبْغَضُ الحَلاَل إِلىَ الله الطَلاَقُ**» | 46 |
| وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ وَالْعَتَاقُ** » | 47 |
| «**لاضَرَرَولَاضرَارْ**». | 67 |
| « **أيُّمَا امرأةٍ سألت زوجَها طلاقًا فيغيرِ ما بأسٍفحرامٌعليهارائحةُالجنةِ**» | 66 |
| «**أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق و لا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقْبَلْ الحَديقَةَ وَ طَلَقَهَا تَطليقَة** » | 67 |

# قائمة المصادر والمراجع

**قائمة المصادر والمراجع :**

**– القرآن الكريم .**

**✓ كتب التفسير**

- الطبري ،**جامع البيان في تأويل القرآن** ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، 1420 هـ / 2000 م ، ج4
- ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، مح : سامي بن محمد سلامة ، دار طيبة ، ط 2 ، 1999 ، ج 1 .

**✓ كتب الحديث**

– أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني ، **سنن أبي داود** ، مح : محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، كتاب الطلاق ، باب في الخلع

– أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني ، **سنن أبي داود مع شرحه عون المعبود** ، (د ط)، المطبعة الأنصارية بدهلي- الهند ،1323 هـ ، أخرجه أبو داود في سننه، **كتاب الطلاق**، باب في كراهية الطلاق

– أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، **المعجم الأوسط**، تح: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، (د ط)، دار الحرمين – القاهرة، 1415 هـ - 1995 م.

– ابن ماجة ، **سنن ابن ماجة** ، المكتبة العصرية ، لبنان ، 2006 ، ط 1 ، ج 1 ، كتاب الطلاق ، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها

- المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان ، **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، تح: بكري حياني ، صفوة السقا ، ط:5، مؤسسةالرسالة،1401هـ/1981م ، رواه المتقي الهندي في كنز العمال، كتاب الطلاق

✓ **كتب الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**

- أحمد الأمراني ، **السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية و القانون الوضعي** ، دار القلم ، الرباط ، ط1 ، 2012م .
- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي ، **الفواكه الداوني على رسالة بن أبي زيد القيرواني** ، دار الفكر ،لبنان ،(د ط ) ، 1995، ج 2 .
- أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعيّ ، **اللباب في الفقه الشافعي** ، مح : عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ، ط1 .
- أحمد فراج حسين ،**أحكام الأسرة في الإسلام** ، دار الجامعة الجديدة ،مصر ، ( د ط) ، 2004 .
- باديس ديابي ،**صور فك الرابطة الزوجة على ضوء القانون** ،دارالهدى ،عين مليلة الجزائر ،2003 م ،
- باديس ديابي، **صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة** ، دار الهدى، الجزائر، ( د ط ) ، 2012.
- بدران أبو العينين بدران ،**أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام** ، بحث تحليلي و دراسة مقارنة ، مطبعة دار التأليف ،القاهرة ، ط 2 ، 1961 .
- بدران أبو العينين بدران ،**الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون** ، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، ( د ط ) ، 1998 ، ج1 .

- أبو البركات أحمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام –مالك**، تحقيق: كمال وصفي ، دار المعارف ، مصر ، ( د ط ) 1991 ، ج 2.
- بلحاج العربي،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة الخطبة _الزواج _ الطلاق _الميراث _الوصية**،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، الجزائر ،ط5 ، 2007، ج 1
- بلحاج العربي،**الوجيز في قانون الأسرة الجزائري** ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ،ج1
- ابن جزي ،**القوانين الفقهية** ، دار الكتب ، الجزائر ، ( د ط ) ، 1987 ، ص 186
- الجزيري عبد الرحمن، **الفقه على المذاهب الأربعة**، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2 ،2003 ، ج 4.
- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي ,**الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،مصر ،( د ط ) ، 2003 .
- جميل فخري محمد جانم ،**متعة الطلاق و علاقتهما بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون** ، دار حامد للنشر و التوزيع ، ط1 ، الأردن ، 2009 .
- ابن حزم الأندلوسي، **المحلى** ، مح : محمد منير الدمشقي ، دار الشريفة ، لبنان ، ( د ط ) ، 1929 ،
- الحسين بن محمود بن الحسن مظهر الدين الزَّيْدَانيُّ الكوفي الضَّريرُ الشِّيرازيُّ الحَنَفيُّ ، **المفاتيح في شرح المصابيح** ، مح : نور الدين طالب ، دار النوادر، ط 1 ، 1433 هـ / 2013 م ، ج 3
- حواس فتحية ،**السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الأسرة** ، أستاذة محاضرة بجامعة الجزائر 1
- الخرشي أبو عبد الله محمد المالكي ، **الخرشي على مختصر خليل** ، دار الفكر ، ( د ط ) ، ج 2 .

- خليل عمرو، **انحلال الرابطة الزوجيةبناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ( د ط ) ، 2015
- محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ( د ط ) ،( د ت ) ، ج 2 .
- أبو بكر الرازي الجصاص ،**شرح مختصر الطحاوي** ، دار البشائر الإسلامية – ودار السراج ، ط1 ، 1431 هـ / 2010 م ، ج 4 ، 457
- أبو زهرة محمد ،**الأحوال الشخصية** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 3 ، 1957 ، ص 210 / 209
- زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، ج 8
- زيطة عبد الهادي، **التّعويض عن الضرر في قانون اإلجراءات الجزائية**، دار الخلدونية ، ( د ط ) ، ( د ت)
- زين الدين ابن نجيم الحنفي ابن عابدين ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ط 2 ، ج 4 .
- سليمان ولد خسال ، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الأصالة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 2 ، 2012 .
- السيد سابق ،**كتاب فقه السنة** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ط 3 ، 1397هـ / 1977 م ،ج 2
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، مح : علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1415 هـ / 1994م ، ج 3 / ج 4
- شمس الدين الدين أبو بكر السرخسي ، **المبسوط** ، دار المعرفة ، بيروت ، ط2 ، ج 5.
- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدوسوقي، **على الشرح الكبير للدردير** ، دار احياء الكتب العربية ، ( د ت ) ( د ط ) ، ج 2

- بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية** ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008 .

- الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند ، **الفتاوى الهندية ( الفتاوى العالمكيرية )** ، دار الفكر ، ط 2 ، ج 1 .
- عادل بن عبد الله السعوي ، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي** ، مجلة كلية دار العلوم ، العدد 142 ، سبتمبر 2022 م .

- عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل** ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، ط 2 ، 2005
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، **شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** ، ط2 ، دار هومة، الجزائر2

- عبد القادر دوادي ، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة** ، دار بصائر للنشر ، الجزائر ، ط 1 ، 2007 م .
- عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي** ، دار الكاتب العربي، بيروت ، ( دط ) ، ( د ت ) ، ج 1
- عبد الكريم شهبون ،**شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية** ، دار المعرفة ، الرباط ، المغرب ، ط 2 ، ( د ت ) ، ج 1 .
- عبد الكريم محمد اللاحم ،**كتاب المطلع على دقائق زاد المستنقع فقه الأسرة** ، دار الكنوز اشبيليا للنشر و التوزيع ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 ، 1431هـ /2010 م .
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، **المغني لابن قدامة** ، مح : طه الزيني ، ومحمود عبد الوهاب فايد ، مكتبة القاهرة ، ط1 ، ج 8 /ج 10.
- عبد المؤمن بلباقي ، **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي** ، دار الهدى ، الجزائر ، (د ط ) ، ( دت ) .

- عبد الوهاب خلاف ، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ، ط 2 ، 1357 هـ / 1938م
- عثمان بن علي الزيعلي الحنفي ،**كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشلبي** ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق القاهرة ، ط 1 ، ( د ، ت) .
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، ج3 .
- علام ساجي ، **المختصر في الزواج و الطلاق بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري** ، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية الإقتصادية و السياسية ، ط 1 ، 2021 م ،
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، **المحلى بالآثار** ، **المرجع** السابق ، ج 9 .
- علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، / مح : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، ط1 ج 8.
- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ،**الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني** ،/ مح: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، ط 1 ، 1419 هـ / 1999 م ، ج 10 .
- غوتي بن ملحة ، **قانون الأسرة الجزائري** ، دار الخلدونية للطباعة و النشر و التوزيع ، ( د ط ) ، 2007
- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ط1 ، 2005
- فضيل سعد،**شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق** ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ج 1 ، 1986 .

- كمال ابن السيد سالم ،**كتاب صحيح فقه السنة و أدلته و توضيح مذاهب الأئمة** ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، مصر، ( د.ط) ، 2003م ،ج 3،
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، **المدونة** ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1415هـ /1994م ، ج 2 .

- الماوردي ، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** ، تح علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط 1 ، 1999 ، ج 10 .
- محفوظ بن صغير ، **قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02** ، دار الوعي ، المسيلة ، (د ط ) ، 2012،
- محمد الشافعي ،**الأم** ، دار المعرفة ، بيروت ، ج 5 .

- محمد أمين بن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، ( د ط ) ، 2003 ، ج5 .
- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري ، **موسوعة الفقه الإسلامي** ، بيت الأفكار الدولية ، ( د ط ) ، 1430 هـ /2009 م ، ج4
- محمد بن عبد الرحمن الحطاب ، **مواهب الجليل شرح مختصر الخليل** ، مح : زكرياءعميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1995 ، ج1 .
- محمد كمال إمام ،**الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية و قانونية** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ( د ط ) ، 1997 .
- محمد مصطفى الزحيلي ، **القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة** ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، 1437هـ/2006م ، ج1 .
- محمد مصطفى شلبي ، **أحكام الأسرة في الاسلام** ، **دراسة** مقارنة ، الدار جامعية ، بيروت ، ط 4 ، 1983 م .
- محمدي فريدة زواوي، **المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق** ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ( د ط ) ، 2000

- محمود محمد ناصر بركات ، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي** ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ،ط1 ، 1427هـ/2007م .
- مصطفى بن حسني السباعي ،**المرأة بين الفقه والقانون** ، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت ، ط7 ، 1999م /1430 هـ .
- منال محمود المشني ، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية** ، دار الثقافة ، الأردن ، ط 1 ، 2009م.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، دار الكتب العلمية ، ( د ط ) ، ( د ت ) ، ج 5 .
- منصوري نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الاسلامية** ، دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ، ( د ط ) ، ( د ت )
- أبو محمد عبد الله موفق الدين ابن قدامة ، **المغني** ، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع ، ( د ط ) ، ج 6 .
- مولود ديدان ،**قانون الأسرة الأسرة ، حسب آخر تعديل له ، أمر رقم 05-02 في 27 فبراير سنة 2005** ، دار بلقيس
- ناجي بلقاسم ،**الطلاق في المجتمع الجزائري** ، دار هومة ، الجزائر، 2013 ( د ط ).
- نسرين شريقي و كمال بوفروة ، **قانون الأسرة الجزائري** ، دار بلقيس ، الجزائر ، ط 1 ، 2013 .
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، دار الكتب العلمية ، ( د ط ) ، ج 2 .
- وهبة بن مصطفى الزحيلي ، **كتاب الفقه الإسلامي و أدلته** ، دار الفكر ، سورية ، دمشق ، ط 4، ( د ت ) ، ج9 .
- يوسف دلاندة ، **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة** ، دار هومة ، ط 3 ، الجزائر ، 2013 .

✓ **مذكرات**

- آيت شاوش دليلة، **إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة**، رسالة دكتوراه ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014
- بركة نور الهدى ، بوسعدية حليمة ، **أحكام الخلع بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري** ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ، تخصص قانون الأسرة ، 2019 / 2020م
- خالد قاري ، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، 2013
- دونه حفصية، **أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونيةوالإدارية، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي،2015
- سلمي سامية ، **الخلع بين الشريعة و القانون** ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة ،فرع القانون الخاص، جامعة أكلي محند أو لحاج، البويرة ، 2013/2012
- عبد الحليم مشري ، **الجرائم الأسرية** ، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2008
- عبد العزيز سمية، **طرق إنحلال الرابطة الزوجية وآثارها بينالشريعةالإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015
- مكناز حمزة ، بن الأبقع حيزية ، **الخلع و أحكامه في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري** ، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأسرة ، 2021 / 2022 م ، جامعة زيان عاشر الجلفة

- النجار عدنان علي، **التفريق القضائي بين الزوجين** ، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجيستير)، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2004
- نذير حنان التونسية ، **الخلع بين الفقه و التشريع و الواقع** ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ، 1436 هـ 1437 هـ _ 2015 م 2016

- نسيمة عبدي ، **الخلع على ضوء الشريعة و القانون الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، الجزائر ، 2015/2014
- هشام الذبيح ، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية** ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2020/2019م
- هواري خضرة ، عثماني حياة ، **انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة ( التطليق _ الخلع )** ، مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأسرة ، جامعة عمار الثليجي ، الأغواط ، 2016 /2017 م
- يزيد عيسات ، **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري** ، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير ، الجزائر ، 2003/2002م


✓ **معاجم**


- الشيخ الامام محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ،**كتاب مختار الصحاح** ، دار الحديث ، القاهرة ، (د ط ) ، 1424 هـ /2003م
- العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ،**كتاب المصباح المنير معجم عربي _عربي** ، دار الحديث ، القاهرة ، ( د ط ) ، 1424هـ /2003م
- مجمع اللغة العربية ،**المعجم الوسيط** ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، ط4 ، 2004 ،

- محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور ، **تهذيب اللغة** ، مح محمد عوض مرعب ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ط1 ، 2001 م، ج9
- أبو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري الفرابي ، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية** ، مح : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط4 ، 1407هـ/1987 م ، ج 3


✓ **مجلات**


- خالد الضو ، **تقدير القاضي بين الإطلاق و التفييد في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري** ، مجلة الذخيرة للبحوث و الدراسات الإسلامية ، المجلد 5 ، العدد 2 ،ديسمبر 2021 ، قسم العلوم الإسلامية ، جامعة غرداية ، الجزائر ،
- ربيحة إلغات ، **إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا** ، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية ، المجلد 08 ، العدد 05 ، 2019 م ، جامعة الجزائر 1 .

- سهام حمادي ، **أثر الفقه الإسلامي في الصناعة التقنينية لأحكام الأسرة في التشريع الجزائري_ أحكام الخلع نموذجا _** ، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية ، المجلد 13 ، العدد 3 ، 2021 م ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ،
- سي بوعزة إيمان ، **سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق** ، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، العدد السادس ، كلية الحقوق –جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

- شوقي بناسي، الاشكالات **العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري** ، مجلة الإجتهاد القضائي، المجلد 12 ، العدد 01 ، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس2019 .
- عادل بن عبد الله السعوي ، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي** ، مجلة كلية دار العلوم ، العدد 142 ، سبتمبر 2022م

- عبد الله عويد الرشيدي ، **نظرية السلطة التقديرية و تطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي و القانون المدني الكويتي** ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت ، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الثامن لكلية القانون الكويتية العالميةالجذور التاريخية للنظريات والمدونات القانونية – دولة الكويت 24 - 25 / 11 / 2021
- نور عادل أبو جامع ،**السلطة التقديرية للقاضي الشرعي في تزويج البكر في المحاكم الشرعية في ضوء قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، دراسة تحليلية ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية ، 2020/12/15 ، الأردن
- ورداش فاطمة الزهراء، **أسباب التطليق إشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015

**ملخص البحث**

من خلال دراستنا لموضوع سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية الذي عالجنا فيه كل كبيرة و صغيرة فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة محاولين الإحاطة بكل جوانب هذا النوع من الطلاق الذي هو متمثل في صورتان ( التطليق و الخلع ) ، فإن التطليق لا يكون إلا بطلب من الزوجة ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي إذا توافرت فيه الشروط ، أما الخلع بكون بطلب من الزوجة بتقديم مال للزوج تفتدي به نفسها ويكون بدون أي سبب مقنع ولا يشترط فيه ذلك .

**الكلمات المفتاحية**

**التطليق – الخلع – فك الرابطة الزوجية – الإرادة المنفردة للزوجة – سلطة القاضي**

## Abstract :

Through our study of the issue of the judge's authority regarding the wife's right to dissolve the marital bond, we dealt with everything major and minor regarding the dissolution of the marital bond at the request of the wife, trying to capture all the aspects of this type of divorce, which is represented in two forms (divorce and DISLOCATION ). Divorce is not Except at the request of the wife and subject to the discretionary authority of the judge if the conditions are met. As for khul', it is at the request of the wife to provide money to the husband to redeem herself, and it is without any. There is a convincing reason and this is not a requiremen

**Keywords**

DIVORCE – DISLOCATION –BREAKING THE MARITAL BOND – TH SOLE WILL OF THE WIFE – JUDGE S AUTHORITY

# فهرس المحتويات

| العنوان | رقم الصفحة |
|---|---|
| الإهداء | / |
| شكر وعرفان | / |
| قائمة المختصرات | / |
| مقدمة | / |
| **الفصل التمهيدي: مفاهيم أساسية حول سلطة القاضي و التطليق و الخلع** | / |
| تمهيد | 9 |
| المبحث الأول : مفاهيم أساسية حول سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية | 10 |
| المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي | 10 |
| الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي | 10 |
| البند الأول: تعريف السلطة | 10 |
| أولا: تعريف السلطة لغة | 10 |
| ثانيا: تعريف السلطة اصطلاحا | 10 |
| البند الثاني: تعريف التقدير | 11 |
| أولا: لغـة | 11 |
| ثانيا: اصطلاحا | 11 |
| البند الثالث: تعريف القاضي | 12 |
| أولا: لغة | 12 |
| ثانيا: اصطلاحا | 12 |
| الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية للقاضي | 13 |
| البند الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي عامة | 13 |
| البند الثاني: تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية و القانون | 14 |
| أولا: تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية | 14 |
| ثانيا: تعريف السلطة التقديرية للقاضي في القانون | 15 |

| | |
|---|---|
| ثالثا: المقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري للسلطة التقديرية للقاضي | 15 |
| المطلب الثاني: تعريف سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية | 16 |
| الفرع الأول: تعريف فك الرابطة الزوجية | 16 |
| الفرع الثاني: طرق فك الرابطة الزوجية | 17 |
| البند الأول: فك الرابطة الزوجية بالتراضي | 17 |
| البند الثاني: فك الرابطة الزوجية بالوفاة | 17 |
| البند الثالث: فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج | 18 |
| المبحث الثاني: ماهية التطليق و الخلع | 18 |
| المطلب الأول: تعريف التطليق | 19 |
| الفرع الأول: تعريف التطليق في الشريعة | 19 |
| البند الأول: تعريف التطليق لغة | 19 |
| البند الثاني: تعريف التطليق اصطلاحا | 19 |
| الفرع الثاني: تعريف التطليق في القانون الجزائري | 20 |
| المطلب الثاني: ماهية الخلع | 21 |
| الفرع الأول: تعريف الخلع في الشريعة | 21 |
| البند الأول: تعريف الخلع لغة | 21 |
| البند الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا | 22 |
| الفرع الثاني: مفهوم الخلع في القانون الجزائري | 24 |
| المطلب الثالث: الفرق بين التطليق و الخلع | 25 |
| الفرع الأول: الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الماهية و الأساس | 25 |
| البند الأول: الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الماهية | 25 |
| البند الثاني: الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الأساس | 26 |
| الفرع الثاني: الفرق بين التطليق و الخلع من حيث السلطة التقديرية للقاضي و من حيث الآثار | 27 |
| البند الأول: الفرق بين التطليق و الخلع من حيث السلطة التقديرية | 27 |
| البند الثاني: الفرق بين التطليق و الخلع من حيث الآثار | 27 |

| | |
|---|---|
| خلاصة الفصل | 30 |
| الفصل الأول : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق | / |
| تمهيد | 31 |
| المبحث الأول: أسباب التطليق | 32 |
| المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلة | 32 |
| الفرع الأول: سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لعدم الانفاق | 32 |
| البند الأول : التطليق لعدم الإنفاق فقها | 32 |
| البند الثاني: التطليق لعدم الإنفاق قانونا | 33 |
| الفرع الثاني: سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لهجر المضجع فوق أربعة أشهر | 34 |
| الفرع الثالث: سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لغياب الزوج | 35 |
| أولا: التطليق لغياب الزوج في الفقه الإسلامي | 36 |
| ثانيا: التطليق لغياب الزوج في القانون الجزائري | 36 |
| المطلب الثاني: سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق للعيوب | 36 |
| الفرع الأول: التطليق للعيوب فقها | 37 |
| الفرع الثاني: سلطة القاضي في التطليق للعيوب قانونا | 38 |
| المطلب الثالث: سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في التطليق لضرر | 39 |
| الفرع الأول: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين | 40 |
| أولا: التفريق للشقاق فقها | 40 |
| ثانيا: سلطة القاضي في التطليق للشقاق | 40 |
| الفرع الثاني: التطليق لضرر تعدد الزوجات | 40 |
| أولا: نظرة الشريعة الإسلامية للتتطليق لضرر تعدد الزوجات | 41 |
| ثانيا: دور القاضي في التطليق لضرر تعدد الزوجات | 43 |
| الفرع الثالث: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج | 43 |
| المبحث الثاني: حكم التطليق و طبيعة الاحكام القضائية الصادرة عنه | 43 |

| | |
|---|---|
| المطلب الأول: حكم التطليق | 44 |
| الفرع الأول: الكتاب | 45 |
| الفرع الثاني : السنة | 46 |
| الفرع الثالث : الإجماع | 47 |
| المطلب الثاني: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة عن التطليق | 47 |
| الفرع الأول : عدم جواز الطعن بالإستئناف | 47 |
| الفرع الثاني: جواز الطعن بالإستئناف | 49 |
| خلاصة الفصل | 52 |
| الفصل الثاني : سلطة القاضي اتجاه حق الزوجة في الخلع | / |
| تمهيد | 54 |
| المبحث الأول : طبيعة الخلع و شروطه | 55 |
| المطلب الأول : طبيعة الخلع | 55 |
| الفرع الاول : اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة | 55 |
| الفرع الثاني : اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا | 57 |
| البند الأول : اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا فقها | 57 |
| البند الثاني : اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا قانونا | 57 |
| المطلب الثاني : شروط الخلع | 58 |
| الفرع الأول : قيام الرابطة الزوجية | 59 |
| الفرع الثاني : الأهلية القانونية | 59 |
| الفرع الثالث : الصيغة وبدل الخلع | 60 |
| البند الأول : الصيغة | 61 |
| أولا : الصيغة في الفقه الإسلامي | 61 |
| ثانيا : الصيغة في القانون الجزائري | 62 |
| البند الثاني : بدل الخلع | 63 |
| أولا : بدل الخلع في الفقه الإسلامي | 63 |

| | |
|---|---|
| ثانيا : بدل الخلع في القانون الجزائري | 64 |
| المبحث الثاني : حكم الخلع و توابعه | 65 |
| المطلب الأول : حكم الخلع و دليل مشروعيته | 65 |
| الفرع الأول : حكم الخلع | 66 |
| الفرع الثاني : دليل مشروعية الخلع | 66 |
| المطلب الثاني : توابع التطليق و الخلع | 67 |
| الفرع الأول : ما يثبت للزوجة | 68 |
| أولا : العدة | 68 |
| ثانيا : النفقة | 69 |
| ثالثا : حق السكن | 69 |
| رابعا : التعويض | 70 |
| خامسا : النزاع حول متاع البيت | 71 |
| الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد | 72 |
| أولا : النسب | 73 |
| ثانيا : الحضانة | 73 |
| ثالثا : نفقة المحضون و سكنه | 74 |
| رابعا : حق الزيارة | 75 |
| خلاصة الفصل | 76 |
| خاتمة | 77 |
| فهرس الآيات و الأحاديث | 78 |
| قائمة المصادر و المراجع | 83 |
| ملخص البحث | 97 |
| فهرس المحتويات | 99 |