الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جـامـعـة غـردايـة

كلية : الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق سنة رابعة كلاسيك

العنوان:

أحكام التطليق و الخلع

في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ليسانس اكاديمي في مسار

إعداد الطالبـان:

- الشيهـاني يـاسين
- شريـفي ابـراهيـم

إشراف:

حـاج محمد قـاسم

السنـة الجـامعية : 2013/2012

اهـداء

بسم الله الرحمن الرحيم

»وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون«

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا أما بعد

فإلى من نزلت في حقّهم الآيتين الكريمتين في قوله تعالى
أهدي هذا العمل المتواضع أمي و أبي العزيزين حفظهما الله لي

اللّذان سهرا وتعبا على تعليمي في إتمام هذا العمل من قريب أو من بعيد

وإلى أفراد أسرتي ، سندي في الدنيا ولا أحصي لهم فضل

إلى كل الأصدقاء و الأحباب من دون استثناء .

إلى أساتذتي الكرام و كل رفقاء الدراسة

إلى جميع طلبة السنة الرابعة حقوق دفعة 2013

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه

جميع الطلبة المتربصين المقبلين على التخرّج

مع تحياتي الخالصة لكم جميعا

مـــقـــدمـــــــة :

الحمد لله فاطر السماوات والأرض خلق الأزواج كلها مما نعلم ومما لا نعلم القائل في محكم كتابه : **{ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا أليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون }.**

نحمده سبحانه وتعالى حمدا طيبا بما هو أهل له على ما أسبغ علينا من جزيل نعمائه وآلائه ، وما امتن بت على البشر من بالغ فضله وإحسانه إذ جعلهم ذكرانا وإناثا ، وشرع لهم الزواج سبيلا طاهرا ، وحرم عليهم السفاح سبيلا فاسدا وأصلي وأسلم على رسوله الأمين خاتم الأنبياء والمرسلين القائل : **"...أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني".**

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالزواج أبلغ اهتمام وعنيت به أعظم عناية لما يحتله من مكانة هامة في حياة الأفراد والجماعات كما حرص الإسلام كل الحرص على بناء الأسرة على أسس ثابتة وقواعد محكمة ، فسن لها من الأحكام ما يحفظ لها كرامتها ويصون لها حرمتها ، وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى الترابط بين أفراد الأسرة لما لذالك من انعكاس على وحدة المجتمع وتماسكه.

فالإسلام باعتباره تشريعا ربانيا قد جعل العلاقة الزوجية قائمة على عقد الزواج القائم على أساس القرءان الكريم والسنة النبوية ، وأوسع من دائرة التحريم في النكاح ، ووضع شروطا وقيودا لتقوى بذلك دائرة الود والرحمة والمحبة بين الناس وتنمو روابط المودة والالتحام والتقارب بين العباد.

ولقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء لقوله عز وجل **{وعاشروهن بالمعروف}** ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون للائتلاف والوئام ، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما ونقمة ، بعد أن كانت نعمة وسعادة ، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها ، فإن كان الزواج يهدف أساسا إلى

تنظيم العلاقة الزوجية وحفظ أعراض الناس ، وإثبات نسب كل مولود ، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر الشقاء ، وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف ، ولا أن يقوم كل منهما بالحقوق الزوجية وواجباتها وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق ، ولم يشترط أن يكون الطلاق برضا الزوجين واتفاقهما كما في عقد الزواج إذ لو اشترط ذلك قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها وبذلك قررت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادة الزوج وطبقا لمشيئته ، غير أن قانون الأسرة في مادته 53 قد أعطى للزوجة أيضا الحق في طلب الطلاق حيث يفرق القاضي بين الزوجين بالتطليق ويكون ذلك بطلب من الزوجة و بإرادتها المنفردة وهذا إنصافا لها ورفع كل ظلم عليها وأن الحالات المذكورة في المادة 53 ملزمة على الزوجة إثباتها حتي يتم التطليق.

كما خول لها مسلك آخر قد تلتجئ إليه لتفتدي به نفسها وتتخلص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطاق ولدى المذهبين المالكي والحنفي فإن الغاية من الخلع هو إزالة الضرر الواقع على الزوجة.

فعندما تريد الخلاص من الحياة الزوجية التي لم تتحقق معها الغاية فعليها اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها لقاء بدل تدفعه للزوج وفي حالة عدم الاتفاق على هذا المقابل يتدخل القاضي لتقديره بشرط أن لا يتجاوز قيمته صداق المثل.

وأهم اختلاف بين التطليق والخلع يكمن في كون أن الأول ينهي العلاقة الزوجية بحكم من القضاء ويتم بناء على طلب من الزوجة التي يجب عليها أن تثبت سبب من الأسباب الواردة على سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر بينما الثاني هو اتفاق الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها.

فما هي إذا أحكام التطليق وماهي أسبابه؟ وماهو مفهوم الخلع والفرق بينه وبين التطليق؟ وهل كل الأسباب الواردة في المادة 53 مذكورة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال؟

وللإجابة على هذه التساؤلات و غيرها اخترنا موضوع :

" أحكام التطليق و الخلع في قانون الأسرة الجزائري "

فاتجهنا إلى دراسة الموضوع بالرجوع إلى الكتب الفقهية مستفيدين من احكام المادة 53 من قانون الأسرة بالإضافة إلى أبرز مواقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بها.

و منه تناولنا هذا الموضوع حسب الخطة التالية:

أ- في الفصل الأول : تناولنا ماهية التطليق و مبرارته بنوعيها المادية و المعنوية.
ب- و في الفصل الثاني : ماهية الخلع و شروطه وصولا إلى آثاره و الفرق بينه و بين التطليق

الفصل الأول: انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة.

إن الزوج و بحكم مسؤوليته الأسرية، تقع على عاتقه مجموعة من الإلتزامات المادية و المعنوية حتى يحقق مقاصد الحياة الزوجية ماديا بالإنفاق على زوجته، و معنويا بإعفافها و عدم الغياب عنها، لأن تواجده مطلب ضروري له أثره على كيان الحياة الزوجية، فإذا أخل الزوج بهذه الإلتزامات، أو تضررت الزوجة من جراء ذلك، فلها الحق في أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق.

فالتطليق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة و بإرادتها المنفردة و لأسباب عددها المشرع، لذلك تتناول مسألة التطليق في ثلاثة مباحث، بادئين بماهيته لنتعرض بعدها لأسبابه المادية و ننتهي في الأخير بالأسباب المعنوية.

المبحث الأول : ماهية التطليق

قبل التطرق إلى أسباب التطليق، لابد من التعرض لماهيته و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : تعريف التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق و اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، و بالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة "تطليق" يعود إلى (طلق- تطليقا) أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منه، بمعنى خلاّها من قيد الزواج، و تطليق الرجل من قومه يعنى تركهم و مفارقتهم(1)

أما في الإصطلاح فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة و إستنادا إلى القانون.

فالأصل أن الطلاق أنه يكون للزوج وحده، و قد يقوم به غيره بإنابته كما في الوكالة و التفويض، أو بدون إنابة كالقاضي في بعض الأحوال كحالة التطليق.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة و رد النص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة، و هذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب الهجر في المضجع الغياب الضرر الحكم بعقوبة شائنة و ارتكاب فاحشة.

وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء و بموجب دعوى قضائية، و في حالة الاستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، و ثبوت نسب الأولاد و حضانتهم و غيرها من الآثار.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة (53) من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، و نجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة

[1]- المنجد الأبجدي، الطبيعة الثامنة-دار المشرق-بيروت-لبنان- توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر- صفحة 665.

(48)[2] منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفرق وهذا اعتمادا على ظاهر النص غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا و ذلك إستنادا إلى أحكام المادة (53) من نفس القانون و التي جاء فيها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..." مما يدل على أن المشرع فرَّق بين مدلولي الطلاق و التطليق لاختلاف أثارهما لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما و من حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما و هو ما سنتكلم عنه في حينه عند التطرق لآثار التطليق.

المطلب الثاني : دليل مشروعية التطليق

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شُرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين، يُلجأ إليه عند الحاجة و مع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه و أخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته، رغم مشروعيته.

و يعتبر الكتاب و السنة و الإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل و عليه سنتناول سند و دليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي:

من الكتاب :

قوله تعالى : {وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعاً حَكِيماً} [3]

وقوله تعالى: {يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ

---

[2] ـ نصت المادة 48 من قانون الأسرة على أن "الطلاق حل عقد الزواج"، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين(54-53) من هذا القانون.

[3] ـسورة النساء الآية 130

وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً} (4)

وهو خطاب عام موجه للرسول-صلى الله عليه وسلم- في الأصل و لجميع أمته.

ويقول أيضا في كتابه العزيز: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (5)

وهذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق و دليل مشروعيته في آن واحد و يقول تعالى: {لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء}(6) فهذه الآية تنفي الجناح و الإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية.

من السنة:

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: قال رسول الله -صلى الله عليه و سلم "يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تُطلق المرأة من قبل عدتها"

وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق.

و روى محارب بندثار عن بن عمر أن النبي -صلى الله عليه و سلم قال:"أبغض الحلال إلى الله الطلاق و يشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع و لكن

---

[4] -سورة الطلاق الآية 1
[5] - سورة البقرة الآية 229
[6] -سورة البقرة الآية 236.

بأسبابه و ودواعيه و روى أن النبي -صلى الله عليه و سلم قال:"ثلاث جدُّهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق"

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

من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول -صلى الله عليه و سلم حتى اليوم على جواز الفُرقة، و هي محظورة أصلا و لا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، و إباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، و تكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين و واجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة.

و خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، و الضرورة تقدر بقدرها و عند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه و حرام على الزوجة طلبه.(7)

المبحث الثاني: المبررات المادية للتطليق

تمهيد:

من جملة الأسباب القانونية الموجبة للطلاق والتي أقرها المشرع الجزائري تلك الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة[1] و التي منح بموجبها المشرع للزوجة حق طلب التطليق من زوجها و بناءا على ارادتها المنفردة.

---

[7] - الدكتور "محمد كمال إمام" - الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- طبعة 1997 صفحة 30.

[1] المادة 53 من ق.الأسرة: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالي:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78،79،80 .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

لكن و إذا كان المشرع الجزائري قد منح للزوج حق طلب الحكم له بالطلاق دون ان يقيد طلبه بقيد معين، و من غير أن يشترط عليه أي شرط فإنه جعل حق المرأة في طلب التطليق بإرادتها المنفردة مقيدا و محصورا في حالات معينة،و وضع مبررات و شروط لابد من توافرها من اجل الحكم لها بذلك، و حسب المادة 53 من قانون الأسرة فيمكننا تقسيم هذه المبررات إلى مبررات مادية ، و مبررات معنوية .

المبررات المادية التي تجيز للزوجة طلب الحكم لها بالتطليق من زوجها هي: عدم الإنفاق ، غياب الزوج ، و حبس الزوج .

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق

إن النفقة على الزوجة أمر واجب على الزوج حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها طبقا للمادة 37 ق.أ ، فهل مجرد عدم الإنفاق يكفي للحكم بتطليق الزوجة من زوجها؟

الفرع الأول تعريفه

تعريف عدم الانفاق يستوجب علينا أولا تعريف النفقة، و النفقة هي توفير ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام و شراب و لباس و سكن و خدمة و علاج

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوجة لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.
5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
6- كل ضرر يعتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.

و كل الضروريات بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس في عاداتهم[1] و هذا ما جاء به نص المادة 78 من قانون الأسرة.

ومن ثمة فعدم الإنفاق هو امتناع الزوج عن اداء أهم الواجبات الزوجية و الكف عن توفير أسباب العيش الكريم لزوجته لأي سبب كان، سواء كان ذلك لباسا ، أو علاجا، أو غذاءا ، أو غيره.

إذا فامتناع الزوج عن أداء واجبه الشرعي و القانوني، و المتمثل في النفقة ، ففي هذه الحالة للزوجة الحق في طلب أداء هذه النفقة من القضاء، فإذا امتنع الزوج عن أدائها بعد يقرر لها حق طلب التطليق لعدم الإنفاق و بإرادتها المنفردة، لكن هذا الحق يبقى مرتبطا بعدة شروط يجب تحققها حسب المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: شروط التطليق لعدم الإنفاق

جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 53 ق.أ " ... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.." و من ثمة يمكن استخلاص الشروك التي يجب توافرها لقيام حق الزوجة في طلب التطليق و هي:

1- امتناع الزوج عمدا و قصدا عن الإنفاق:

و هنا يشترط عنصر العمد و القصد في عدم الانفاق سواء كان ذلك من الزوج و هو موسر أو كان ذلك و هو مسعر مع تقاعسه عن تحصيل و اداء النفقة الواجبة شرعا للزوجة.

[1] **أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 232**

فلو كان امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، مع جده في العمل من أجل أداء هذه النفقة فهنا لا ظلم ولا اعتداء له عليها،فالعسر بيد الله، و الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا، و القاضي لا يطلق عليه لعسره هذا[1]، و هذا ما نلمسه أيضا من نص المادة 37 ق.أ في فقرتها الأولى " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب و سعه...".

أما إذا كان الزوج موسرا، و له مال ظاهر و ادعى العجز وجب تنفيذ الحكم عليه بالنفقة، من دون الحكم بالتطليق.

أما إذا لم يكن له مال ظاهر فلا يخلو الأمر من فرضيتين:

إما أن يكون الزوج قد أثبت عجزه، فيمهله القاضي مهلة مناسبة،

و إما عدم اثباته ذلك، و أصر على الامتناع و في هذه الحالة يفرق بينهما القاضي

2- أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يوجب نفقة الزوج:

المقصود بذلك أن يكون الزوج قد امتنع عن اداء النفقة امتناعا حقيقيا لمدة من الزمن قصيرة كانت أم طويلة، فقط يكفي إثبات تضر الزوجة خلال تلك المدة، أي أن الزوجة ليس من حقها طلب الحكم لها بالتطليق لمجرد عدم الإنفاق، بل عليها اولا استصدار حكم يلزم الزوج بالنفقة عليها، و بعد رفض الزوج الإمتثال لذلك الحكم يتقرر لها حق طلب التطليق.

و ما يلاحظ في نصوص المشرع الجزائري في هذا الصدد هو التضارب حيث نجده ينص في موضع آخر على النفاذ المعجل و الجبري لحكم النفقة.[2]

3- ألا تكون الزوجة عالمة باعسار الزوج وقت العقد:

---

[1] عبد العزيز سعد :الزواج والطلاق في قانون الآسرة الجزائري ص 257

[2] م 40. إ.م

فإذا كانت عالمة باعساره وقت الزواج يسقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق، بسبب رضاها بحالة العسر، و يقوم على الزوج إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات.

أما إذا استطاعت الزوجة أن تثبت تغرير الزوج بها أثناء عقد الزواج كتظاهره بالغنى مثلا، فإنه ينظر إلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة، فإن لم ينفق الزوج و طال عسره إلى مدة تضر بالزوجة ، و لم تظهر له أية علامة لليسر، وجب على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة، و القاعدة هي صدور حكم النفقة و امتناع الزوج عن تنفيذه.[1]

لكن هنا يثور التساؤل عن المدة القانونية التي يمكن للزوجة أن تتقدم خلالها بطلب التطليق من المحكمة ؟

إن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على المدة التي تنتظرها الزوجة بعد صدور الحكم لها بالنفقة، لتستطيع بعدها طلب التطليق لكن و بالرجوع للأحكام الواردة في المادة 331 عقوبات، نجدها تنص على أن: الممتنع عن تقديم المبالغ المقررة لإعانة أسرته، و عن أداء النفقة الشرعية، يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج، و يفترض عدم الدفع العمدي ما لم يثبت عكس ذلك، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن سوء السلوك او الكسل او السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الاحوال.

و خلاصة القول أن المقصود من الأحكام الواردة في المادة في المادة 53 ق.أ ، فيما يخص عدم الإنفاق، هو عدم الإنفاق العمدي و انقطاع الزوج نهائيا عن اداء النفقة بكل ممولاتها و تضرر الزوجة من ذلك.

و ليس المراد نقص النفقة أو قلتها لان المشرع لم يقرر النفقة على الزوج إلا بحسب وسعه و مدخولاته و موارده المالية و بالمعروف.

---

[1] الأستاذ بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج و الطلاق، ص292

كما ان المشرع لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك، و حالة امتناعه مع عدم قدرته و اعساره.

كما انه لم يفرق بين الزوجة الفقيرة و الغنية، و لم يحدد مقدار النفقة التي يفرق على أساسها بين الزوجين بسبب عسر الزوج و عدم إنفاقه و هنا تبقى المادة 222 ق.أ، هي مرجع القاضي لحل هذه التساؤلات.

و التطليق من اجل الإنفاق يقع رجعيا، فللزوج حق مراجعة زوجته خلال العدة، شريطة ان يثبت يسره و استعداده للإنفاق، فإن لم يتحقق هذا الشرطان سقط حقه في مراجعتها.

و إذا راجع الزوج زوجته خلال مدة العدة و مازال معسرا و رضيت هي بذلك صدقت الرجعة، ولا يحق لها طلب التطليق لنفس السبب مرة أخرى.[1]

الفرع الثالث: حكم عدم الإنفاق و أساسه:

إذا رفعت دعوى التطليق لعدم الانفاق و لم يتوفر الشرط الأساسي في ذلك، و هو عدم الانفاق بشروطه فالدعوى تكون مرفوضة لعدم التأسيس.[2]

أما إذا رفعت الزوجة الدعوى و أقامت الدليل على امتناع زوجها عن دفع النفقة عمدا،و رغم الحكم عليه بذلك، و أنها لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، و أثبتت تضررها منه، فعلى القاضي هنا ان يجيبها إلى طلبها.

مع العلم إن الانفاق الذي يؤسس القاضي حكمه عليه و إجابة الزوجة إلى طلبها هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، بحسب دخله و موارد رزقه، لأنها لا

---

[1] الأستاذ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص292

[2] الأستاذ عبد المؤمن بلباقي: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي،ص 87،88، 89

تستطيع أن تزعم عدم الإنفاق إذا كانت طلباتها مبالغا فيها و تفوق دخل زوجها، و تعجزه عنها.[2]

و نشير إلى ان للقاضي سلطة تقديرية في تحديد قيمة و مدى عدم الإنفاق الموجب التطبيق، ذلك أن ما يعتبر إنفاقا في منطقة ما قد لا يعتبر كذلك في منطقة اخرى، كما يختلف الأمر بين الطبقات الفقيرة في المجتمع، و الطبقات الغنية منه و هذا ما نلمسه من نص المادة 37 ق.أ .

كما نشير في هذا المجال إلى ان قانون الأسرة الجزائري على غرار معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية الأخرى لم يفرق بين الزوجة الغنية و الزوجة الفقيرة، لكن البعض منها منج للزوج مهلة للقيام بواجب الإنفاق، و من هذه التشريعات نجد الفصل (39) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي منحت للزوج مهلة شهرين و كذا المادة (110) من قانون الاحوال الشخصية السورية الذي أمهل للزوج مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، إلا أن اغلب القوانين العربية و كما سبقت الإشارة إلى ذلك لم تمنح الزوج هذه المهلة.

فالقانون الجزائري لم يعر أي اهتمام للمهلة التي يمكن أن تمنح للزوج، ولا للحالة التي يكون عليها الزوج موسرا أو معسرا، و لم يشر إلى الأجل الذي يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة، و تاريخ إقامة دعوى التطليق ، مما يحمل على الإعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات و هو أجل شهرين متتاليين.

و لكي تتجلى النظرة أكثر نورد بعض الأمثلة القضائية حول الموضوع.

---

[2] **المرجع نفسه، ص90**

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2 مارس 1995، نشرة القضاء العدد 49. 1996 ما يلي: " لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و أن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك ".

ملف رقم: 44457 بتاريخ: 1987/01/26

قضية: (ح ز) ضد: (ع ز)

تطليق طول أمد الخلاف بين الزوجين، عدم الإنفاق من طرف الزوج، يعتبر إضرارا بما يستوجبه.

(أحكام الشريعة الإسلامية وم 53 فـ1 ق س)

من المقرر فقها و قانونا انه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح.

و لما كان ثابتا، في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين و ثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر و بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه :

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 14 مارس 1985، و على مذكرة الرد التي قدمها محامي المطعون ضدها.

بعد الإستماع إلى السيد/ جماد علي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد/ تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة.

حيث بتاريخ: 1984/06/09 أصدر مجلس قضاء البليدة قرارا حضوريا في القضية المطروحة امامه بين المطعون ضدها (ع ز) و الطاعن (ح ز) قضي بإلغاء الحكم المستأنف و فصلا من جديد قضي بالطلاق بين الطرفين و أسند حضانة الأولاد الثلاثة خليل و حكيم و زروق إلى أمهم المستأنفة و على أبيهم باجرائه على كل واحد منهم نفقة شهرية قدرها مائتا (200) دينار ابتداء من صدور هذا القرار و قضى على المستأنف عليه بالمصاريف.

و حيث بتاريخ: 1985/03/14 طعن بالنقض في هذا القرار (ح ز) و قدم عريضة محررة بواسطة محاميه الأستاذ قسول حميد المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى ضمن عريضة طعنه وحيدا يتعلق بأن القرار المطعون فيه قد خالف القانون فيما يخص العصمة الزوجية التي هي بيد الزوج ذلك أنه قضى بالطلاق رغم إرادة الزوج بعد ان كان المجلس قد سبق له أن قضى بتاريخ: 1980/10/27 بالرجوع.

و حيث ردت المطعون ضدها بواسطة محاميها الأستاذ ميمونا المحامي المقبول لدى المجلس الأعلى بأن أسباب الطعن غير واضحة و لم يبين الطاعن ما هي النصوص القانونية التي تم خرقها عليه فإن النقض غير مؤسس.

و أما القرار المطعون فيه فإنه قضى باعتبار المطعون ضدها متضررة و قضى لها بالتطليق و عليه فلا يوجد خرق لحقوق العصمة الزوجية و طلبت رفض الطعن، و تحميل الطاعن المصاريف.

بناء على ذلك المجلس الأعلى

حيث أن الطعن قدم في ميعاده و مستوفيا لكل الشروط القانونية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية ، و عليه هو مقبول شكلا.

و من حيث الموضوع:

عن الوجه: المتعلق بخرق أحكام قواعد الشريعة فيما يخص العصمة.

حيث أن قضاة المجلس قضوا بالتطليق بناء على طلب الزوجة بعد ان تأكد لديهم وجود ضرر تمثل في استحكام الخلاف الطويل بين الطرفين بالرغم من أحكام قضائية متعددة بينهما بالخصوص تبوت ضرر خاص بعدم الإنفاق بالرغم من الأحكام القضائية بالنفقة إدانة الزوج جزئيا بسبب الإهمال العائلي المتمثل في عدم الإنفاق كما هو ثابت و مبين بالوثائق المقدمة بالملف و التي فحصها قضاة المجلس بدقة و سببوا قرارهم وفقا للقانون بناء على هذه الدلائل و عليه فإنه لا يوجد خرق لأحكام قواعد الشريعة الإسلامية التي تجيز للزوجة طلب التطليق في حالات منها حالة عدم الإنفاق و خاصة بعد صدور حكم بوجوبها و بالتالي كان هذا الوجه غير مؤسس و تعين رفضه.

و حيث أن مصاريف الطعن يلزم بها من خسر الدعوى.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى

قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا.

و قضى على الطاعن بالمصاريف.

بهذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

السادس و العشرين من شهر جانفي سنة سبع و ثمانين و ألف ميلادية من قبل المجلس الاعلى غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد: الرئيس.

جماد علي: المستشار المقرر.

ولد عوالي يوسف: مستشار.

و بحضور السيد/تقية محمد النائب العام المساعد و بمساعدة السيد/ صالح دليلش كاتب الضبط.

المطلب الثاني: طلب التطليق لغياب الزوج

من بين الأسباب التي اجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها، بسبب غياب الزوج بعد مضي سنة دون عذر ولا نفقة، و هو ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة 53 ق.أ.

و عليه فإذا حصل و غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، قام حقها في طلب التطليق من زوجها، سواء كان في غياب معلوم، الحال او مجهول لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلا ما لا تحمد عقباه.

الفرع الأول: تعريفه:

من خلال نص المادة 53 ق.أ يبدو أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الغائب و المفقود، في حين أن الأمر عكس ذلك.

فينبغي ألا نخلط بين أحكام الغائب الواردة في المادة المذكورة أعلاه، و أحكام المادة 112 ق.أ المتعلقة بوضعية الغائب و المفقود.

فالمفقود هو الغائب الذي لا يدرك مكانه ولا تعلم حياته من موته و هذا ما نصت عليه المادة 109 ق.أ .[1]

أما الغائب فهو الذي يدرك مكانه،وهذا ما نفهم من أحكام قانون الأسرة ، كإيراد عبارة "انعدام العذر" فالعلم بانعدام عذر مقبول لغياب الزوج يستلزم حتما العلم بمكانه، إذا فالغيبة التي عاينها المشرع الجزائري هي ما نصت عليها المادة 110 ق.أ بقولها: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر للغير".

إذا نلاحظ اختلافا بين الغائب و المفقود في السبب و اتحاد بينهما في النتيجة فالحالة الأولى تفترض أن يكون الزوج معلوم المكان، و محقق أثر حياته، في حين أن المفقود يفترض عدم علم مكانه، و علم علم حياته من وفاته.

أما اتحاد النتيجة فيتمثل في ان للزوجة الحق في طلب التطليق في كلتا الحالتين بعد تأكد تضررها سواء كان زوجها غائبا أو مفقودا.

---

[1] الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة،ج3 ، ص206

الفرع الثاني: شروطه

تنص المادة 53 ق.أ على انه "...إن للزوجة ان تطلب الحكم بتطليقها من زوجها في حالة الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة."

إذا لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من المحكمة وفق احكام هذا النص إلا بتوفر ثلاثة شروط و هي:[1]

1- أن يغيب الزوج عن زوجته غيبة طويلة تفوق السنة، ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، فالزوجة لا يمكنها ان ترفع دعوة تطليق ضد زوجها الغائب، إلا إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن.
2- أن يكون الغياب بدون عذر شرعي او قانوني مقبول، كما لو غاب الزوج مدة تزيد عن السنة في إطار الخدمة العامة، أو لأداء واجب الخدمة الوطنية، أو من اجل التعلم في الخارج، أو لأي سبب جدي آخر، ففي مثل هذه الحالات يكون طلب الزوجة مصيره الرفض، إذ ان العادة و الأخلاق أن تتقاسم الزوجة مع زوجها أعباء الحياة و تتحمل عناء الغربة كما يتحملها، و تصبر على الضرر الذي يسمح برقي زوجها و بلوغه ما من شأنه ان يعود بالفائدة على الأسرة بكاملها.
3- أن يكون الزوج قد غاب لمدة سنة كاملة، و لم يترك للزوجة مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها و على أولادها و تقدير هذه الحالة يعود للسلطة التقديرية للقاضي و بتاكد منها بجميع الطرق، حيث ينظر في الأسباب التي دفعت الزوج للغياب، و البلد الذي يوجد فيه، و الوضعية التي آل إليها خلال الغياب، و الإجراءات السياسية و الإدارية المحيطة به، و ما إذا كان التحويل ممكنا، و على ذلك فإذا كان عدم وصول ما يرسله الزوج من مال بسبب

---

[1] **بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص295**

خطأ مادي في الحساب البريدي مثلا، أو العنوان، فيكون هذا عذرا شرعيا للزوج، فالإنفاق المعتد به هو الإنفاق الحقيقي.

أما إذا كانت الوضعية المالية للزوج حسنة و له مصادر دخل و مع ذلك لم يترك للزوجة ما تنفقه، فإن القاضي في هذه الحالة يحكم للزوجة بأخذ ما يكفيها من النفقة من ذلك المال، و يكون هذا الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل، ولا يمكنه الحكم لها بالتطليق، و نفس الشيئ لو ترك لها ما لا تنفق منه.

و مما تقدم نقول بأن طلب الزوجة للتطليق بسبب غياب الزوج يكون مآله الرفض إذا لم تتوفر الشروط السالفة الذكر مجتمعة.

ذلك أن عدم اجتماعها أو تخلف شرط منها يسقط حق الزوجة في طلب التطليق للغياب، و يمكن لها طلب ذلك لسبب آخر غير الغياب.[1]

الفرع الثالث: حكمه و أسبابه

إن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر المتوقع فقط، أي أن الزوج قد قصد الإضرار بزوجته تعنتا، لانه غاب ولم يعلمها، و من ثم يكون جزاؤه قبول طلبها للتطليق، و بالتالي إيقاع الطلاق بدون موافقة الزوج.

و تجدر الإشارة هنا إلى ان الغياب الذي قصده المشرع في هذا السياق، هو الغياب الذي نصت عليه المادة 110 ق.أ المذكورة آنفا أي أن غياب الزوج يكون بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه الزوجة، اما غيبته عن بيت الزوجية و عيشه في بيت منفرد و في نفس البلد، فهي من الأمور التي تدخل في الضرر الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 53 ق.أ.

---

[1] **بلحاج العربي: مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية،1999**

بهذا تكون المادة 110 ق.أ قد أوضحت معنى الغائب، و المادة 53 ق.أ حددت شروط طلب التطليق للغياب من جراء الضرر الذي يلحق بالزوجة، و عليه يمكن التمييز بين حالتين:

- الحالة الأولى:عندما يكون الزوج غير معلوم المكان، أو لا يمكن الإتصال به، في هذه الحالة القاضي بعد التأكد من الشروط القانونية الواردة في المادة 53 .أ يفرق بينهما في الحال.
- الحالة الثانية: عندما يكون الزوج معلوم المكان، و يمكن الإتصال به، في هذه الحالة يمنح له القاضي أجلا معينا حتى يحضر إلى زوجته أو ينقلها إليه، فإن انقضى الاجل و لم يحضر و لم يبد عذرا مقبولا لعدم حضوره، فرق القاضي بينهما لرفع الضرر عن الزوجة.[2]

خلاصة القول في كل ما تقدم، أنه إذا فقد الشخص أو غاب و لم يكن ممكنا التأكد من حياته أو وفاته، أو علم مكانه و حياته و حالة الظروف بينه و بين رجوعه، و كان غيابه قد تسبب في ضرر للزوجة، فإن لهذه الأخيرة الحق في طلب الحكم لها بالتطليق.

كما أن المطلقة للغياب لو تزوجت بعد انقضاء عدتها، حيث أنها تعتد عدة وفاة ابتداء من تاريخ الحكم،ثم ظهر زوجها الأول فإن الزواج الثاني لا يفسخ على اعتبار أن الاول قد انتهى بالطلاق الذي اوقعه القاضي.

أما إذا حكم القاضي بوفاة الزوج الأول ثم تزوجت بآخر و تحققت حياة زوجها الأول قبل اتمام الزواج الثاني، فإنه يترتب على ذلك فسخ عقد الزواج الثاني لأنه جاء على أساس أن الأول انتهى بوفاة الزوج الأول، ثم ظهر بأن هذا الأساس غير صحيح و أن الزوج لا زال حيا.

---

[2] بدران أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، دار الوفاء، 1988

و في الاخير هذه بعض المقارنات بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية الاخرى في هذا المجال مع أحكام و قرارات قضائية.

تنص المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي: " إذا غاب الزوج سنتين فأكثر بلا عذر مشروع و كان معروف الإقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر و غن كان له مال تنفق منه".

تنص المادة 12 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 على: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب إلى القاضي تطليقها عليه بائنا، إذا تضررت من بعده عنها، و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"

و تنص المادة 13 من نفس القانون على: " إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا، و أعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها،أو ينقلها إليه، أو يطلقها فإذا انقضى الأجل و لم يفعل لو يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة" [1]

المطلب الثالث: طلب التطليق لحبس الزوج

لقد أباح المشرع الجزائري للمرأة طلب التطليق بسبب حبس زوجها و هذا ما تناولته المادة 53 ق.أ في فقرتها الرابعة بقولها: "...الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة اكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية".

الفرع الأول تعريفه

للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب حبس زوجها أكثر من سنة، و الجبس الذي يعينه المشرع هو الحبس المتسبب في إلحاق ضرر بالزوجة، و هو الحبس

[1] **الدكتور حسن حسن مصطفى: الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002**

المقيد للحرية،و هو يشمل الحبس و السجن و حتى الأشغال الشاقة، و كل عقوبة تقيد حرية الزوج و تلحق ضررا بالزوجة جراء ذلك.

ثم أن الحبس الذي يبيح للزوجة طلب التطليق هو ما كان الجزاء فيه مقابل أفعال مستنكرة شرعا، فإذا كان الحبس جزاء لأفعال اخرى غير التي أوردها المشرع، فلا حق للزوجة ان تطلب بسببها التطليق مهما طالت مدة حبس الزوج.

فقانون الأسرة قد وضع جملة من الشروط الواجب توفرها حتى يكون طلب الزوجة مقبولا.

الفرع الثاني: شروطه

إن المشرع الجزائري و إن منح للزوجة حق طلب التطليق من زوجها بسبب الحكم عليه بعقوبة بدنية مقيدة للحرية، فإنه قيد استعمال هذا الحق بجملة شروط، حيث أن عدم توفر هذه الشروط جملة أو فقدان بعضها، يحرم الزوجة من ممارسة هذا الحق و هذه الشروط هي:

1- يجب على الزوجة أولا أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها قد ارتكب جريمة معينة و انه إلى جانب ذلك قد تم صدور حكم قضائي ضده، حائزا لقوة الشيئ المقضي به و لم يعد يقبل الطرق القانونية العادية، أو غير العادية للطعن، و تقدم إلى المحكمة نسخة من هذا الحكم لتدعم به طلبها باعتباره حجة قانونية قاطعة.
2- أن تكون العقوبة شائنة une peine infamant و يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال التي تشمئز منها النفوس، و منافية لكرامة الإنسان مجافية للطبع البشري تقشعر منها الأبدان، كالوقوع في جريمة الزنا مع المحارم، و كل الأفعال المنافية للأخلاق و تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة و كرامتها.
فالمشرع توسع كثيرا و فعل حسنا حين اكتفى باللفظ العام فقط "لفظ شائنة".

و من جهة نظر القانون و التشريع فإن الوصف بالشائن يعتمد على معيار الأخلاق و هذا ما يلمس من قول المشرع ان تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة.

و في هذا السياق يرى الأستاذ فضيل سعد أن وصف شائنة غامض، و ينصرف إلى العقوبة و ليس إلى الفعل المعاقب عليه، و بذلك يكون المشرع قد وصف الحكم أو العقوبة المشينة و القبح و ترك العمل الذي ارتكبه المجرم.

غير أنه بالإعتماد على التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة يتبين أن المشرع كان يقصد الأفعال التي تنعكس آثارها على ثقة الزوجين، و تنفرهما من بعضهما.

3- ان تكون العقوبة مقيدة للحرية ، أي أن تضمن الحكم عقوبة بدنية بالحبس او السجن، أو أيه عقوبة أخرى تقيد حرية الزوج، مع استنفاذ كل طرق الطعن دون أن يستفيد من أي عفو كلي أو جزئي.

فإذا كانت العقوبة شائنة و لكنها لم تقيد حرية الزوجة، مثلا كإدانته بالحبس مع وقف التنفيذ، أو حرمان الزوج من الحقوق السياسية أو المدنية أو الحكم عليه بغرامة أو الحكم عليه بالإفلاس.

فهذه العقوبة على الرغم من اشتمالها على وصف الشينة، إلا أنها لا تكون مبررا لطلب التطليق.

4- أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة، أي أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إلا إذا كان الحكم الذي صدر ضد زوجها يتضمن عقوبة بالحبس، أو عقوبة تقيد حريته لمدة سنة فما فوق، فلو قلت المدة عن ذلك و لو بيوم واحد ، ما جاز للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق، و لهذا لعدم توفر النصاب القانوني للزمن المطلوب و هو سنة أي اثنا عشر شهرا كاملة، رغم توفر الأوصاف الأخرى في الفعل المعاقب عليه.

5- أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة و العقوبات و الجرائم التي تمس بشرف الأسرة تتسع كثيرا لتشمل ممارسة القمار، شرب الخمر، السرقة، النصب و خيانة الأمانة... إلخ. فكل هذه الجرائم تمس بشرف الأسرة، كما ان مفهوم الأسرة الوارد في المادة 02 ق.أ تزيد الأمر اتساعا مما يفسح المجال أمام الزوجة للتعذر بأية عقوبة حتى و لو لم تمسها مباشرة، إلا انه و مع ذلك يمكن القول أن معظم العقوبات التي تسلط الزوج تمس بشرف الأسرة، و المقصود بالأسرة هنا، أسرة الزوجين و أقاربهما.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هو أن الأسر تختلف من حيث الدين و الأخلاق و العادات...، و بالتالي فالعقوبة أو الفعل الذي يعتبر شائنا و يمس بكرامة أسرة ما، قد يكون غير ذلك بالنسبة لاسرة أخرى، و بالتالي ما المعيار الذي يعتمده القاضي في اصدار حكمه، بإجابة الزوجة إلى طلبها ام لا.

6- أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية، أي أن يتعذر مع تلك العقوبة الإستمرار في الحياة الزوجية. لما وصلت إليه من البغض و الكراهية و الحقد بسبب الإختلافات الحادة و الخصومات المستحكمة التي تنشا بين الزوجين فتحول الراحة إلى فتنة و السعادة إلى شقاء و تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق.

ففي الحقيقة هناك أفعال قبيحة مستنكرة، يحرمها الإسلام و ترفضها الطبيعة البشرية، و تكون الحياة الزوجية معها مستحيلة.

فمثلا من التي تقب ان تكون زوجة لشخص يمارس اللواط، أو زوجا يسير بيتا للدعارة، فهذه و غيرها كثير، أفعال مستنكرة ولا مبرر لها و فاعلها مهما كانت العقوبة المسلطة عليه بسببها فالزوجة لها الحق في طلب التطليق من هذا الزوج بعد مضي سنة من حبسه.

الفرع الثالث: حكمه (أساسه)

بناءا على ما تقدم فإنه إذا توفرت الشروط السابق ذكرها، و استطاعت الزوجة إثبات ذلك فإن حقها في طلب التطليق يكون مقررا و ثابتا، و على القاضي اجابتها إليه، و يكون طلاقها رجعيا، أما إذا فقد احد تلك الشروط فإن حق الزوجة في طلب التطليق يكون مآله السقوط قانونا.

لكن ما يلاحظ على النص السابق أنه و على الرغم من تحديده لمجموعة شروط و ضوابط يستوجب توفرها في العقوبة المقيدة لحرية الزوج، و محاولة المشرع الإحاطة بكل جوانب الموضوع إلا أنه لم يفرق بين أن تكون هذه العقوبة منفذة حالا، و بين ان تكون موقوفة التنفيذ ، و دون أن يشترط بوضوح ما إذا كان هذا الحق يمكن ممارسته بعد مضي سنة من إقامة الزوج محبوسا في المؤسسة العقابية أم غير ذلك، لأنه من الممكن أن يحكم عليه بالحبس لمدة اكثر من سنة مع وقف التنفيذ، أو يحكم عليه بمدة تزيد عن السنة، ثم يصدر عليه عفو عام او خاص، مما يجعل الغرض الشرعي، أو القانوني لطلب التطليق غير متوفر، مع الإشارة إلى ان مدة سنة تحتسب ابتداء من تاريخ حبس الزوج، لا من تاريخ إلان الحكم عليه.

كما نشير في الاخير إلى أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة، في إجابة الزوجة إلى طلبها للتطليق، أو عدم إجابتها إليه. إذ أن العقوبة التي تكون شائنة بالنسبة لزوجة ما قد لا تكون كذلك بالنسبة لزوجة اخرى، و العقوبة التي تمس بشرف أسرة ما قد لا تكون كذلك بالنسبة لأسرة أخرى، ثم غن المجتمع يشهد في الجرائم كزوال بعضها و ظهور البعض الآخر، كجرائم القرصنة الالكترونية و جرائم الإرهاب مثلا، مما يجعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الجرائم.

و في الأخير هذه بعض النصوص العربية، و بعض الأحكام و القرارات حول الموضوع:

-تنص المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي: " لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

- تنص المادة 14 من القانون المصري رقم 25 لعام 1929 على ما يلي: " لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه، التطليق عليه بائنا للضرر و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

ملف رقم 181948 قرار بتاريخ 1997/12/23

قضية: (ش ع) ضد (أ ح)

التطليق – إثبات الضرر المبالغ فيه من طرف الزوج- منح التعويض للزوجة.

(المادة 53، 55 من قانون الأسرة)

من المقرر قانونا أنه "يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا" و من المقرر أيضا أنه "في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر" و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم يقومون بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 بالأبيار، الجزائر العاصمة.

و بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 257،244،239،233،231، و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1997/05/12 و على مذكرة الجواب التي قدمها المحامي المطعون ضدها.

المكتوب و إلى السيد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن (ش ع) طلب بواسطة وكيله الأستاذ عيسى شرقي المعتمد لدى المحكمة العليا و المقيم بالبويرة نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء البويرة بتاريخ 1996/07/29 القاضي بقبول الإستئناف شكلا و إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتطليق بين الطرفين (أ ح) و (ش ع) بتظليم هذا الأخير و إلزام المستأنف عليه بأن يدفع إلى المستأنفة (20000 دج) تعويضا عن الطلاق- 6000 دج نفقة العدة و 1000دج نفقة الإهمال يسري من نوفمبر 1993 إلى غاية صدور القرار و رفض ما زاد عن ذلك من طلبات. حيث استند الطاعن لتدعيم طعنه على ثلاثة اوجه.

حيث ان المطعون ضدها أجابت عن الأوجه المذكورة و التمست رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة تبلغت بالملف مصحوبا بتقرير المستشار المقرر طبقا للمادة 248 من قانون الإجراءات المدنية و أودعت مذكرة طالبت فيها برفض الطعن.

حيث ان الطعن جاء مستوفيا لاوضاعه الشكلية المنصوص عليها قانونا.

و عليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

بدعوى أن استئناف المدعية للحكم الصادر عن محكمة البويرة بتاريخ 1995/02/08 كان خارج الأجل القانوني باعتباره جاء في تاريخ 1996/06/02 و محضر التبليغ كان في 1995/07/04 و هذا يعتبر مخالفا لنص المادتين 102،110 حين قبلوا الاستئناف شكلا مما يعرض قرارهم إلى النقض.

طرف المحضر مؤرخ في 1995/07/04 أرسل إلى المطعون ضدها برسالة مضمنة تحمل رقم 31172، و لم يثبت من ذلك ان محضر التبليغ المذكور وصل إلى المدعية أو إلى موطنها الحقيقي أو المختار كما نصت المادة 102 من قانون الإجراءات المدنية و أن قضاة الاستئناف بقبولهم الاستئناف شكلا يكونون قد طبقوا المادة 102 تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجهين الثاني والثالث معا: المأخوذان من انعدام الأساس القانوني و قصور التسبيب .

بدعوى أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 53 من قانون الأسرة، فقضوا بتطليق المستأنفة استجابة لطلبها على أساس الضرر الذي لحقها و منحت تعويضا على الطلاق فهذا التعويض ليس له أي أساس قانوني مما يعرض القرار إلى النقض و الإبطال.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين بأن الضرر بالزوجة كان مبالغ فيه من طرف الزوج الأمر الذي يجعله مبالغا في التعسف في إلحاق الضرر بها فالتطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل هذا الضرر متروك تقديره لقضاة الموضوع تأسيسا على المادة 55 من قانون الأسرة التي تجعل الأمر بيد القاضي في تقديره التعويض للطرف المتضرر من الزوجين و لما كان الزوج في قضية الحال مبالغ في إلحاق الضرر بها فاستحقت التعويض طبقا للمادة

55 من قانون الأسرة و بذلك يكون القرار مسببا تسبيبا كافيا الأمر الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين و يتعين معهما رفض الطعن.

حيث أن المصاريف تقع على عاتق من خسر الطعن طبقا للمادة 278 من قانون الاجراءات المدنية.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا

غرفة الأحوال الشخصية و المواريث:

قبول الطعن شكلا، و رفضه موضوعا، و على الطاعن المصاريف القضائية.

بهذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث و العشرين من شهر ديسمبر سنة سبعة و تسعين و تسعمائة و ألف ملادية من قبل المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية و المواريث- المتركبة من السادة:

هويدي الهاشمي	الرئيس المقرر
أمقران المهدي	المستشار
صوافي إدريس	المستشار

و بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام و بمساعدة السيد زاوي ناصر كاتب الضبط.

المبحث الثاني: المبررات المعنوية للتطليق

لقد سبق لنا و أن أشرنا إلى أن التطليق أو التفريق يمكن أن يتم لأسباب أو مبررات مادية، فإنه كذلك يمكن أن يتم لأسباب معنوية. فبعد تطرقنا في المبحث الاول إلى الأسباب و المبررات المادية للتطليق سنتناول في المبحث الثاني الأسباب المعنوية لطلب المرأة للتطليق، و التي تتجزأ بدورها و حسب نص المادة 53 ق.أ إلى أربعة أجزاء.

1- التطليق للعيوب ،2- التطليق للهجر في المضجع ، 3- التطليق للضرر، 4- التطليق لارتكاب الفاحشة.

و فيما يلي سنتطرق إلى هذه الأجزاء السالفة الذكر كل على حدى، حتى نتمكن من الفهم الصائب لهذه الأسباب، و التي تعتبر الأساس المتين لقبول دعوى الزوجة المتعلقة بطلب التطليق، و حتى تكون لها قيمة قانونية أمام القاضي.

المطلب الأول: طلب التطليق للعيوب

إن من بين الأهداف المترتبة على إبرام عقد الزواج تحقق الجنس بين الزوجين و كذلك تنظيم الاتصالات المبنية بين الطرفين الزوج و الزوجة،و إنجاب الأولاد في أسرة يسودها الإنسجام و التفاهم (م4 ق.أ ج) إلا أن هذا البناء و الانسجام قد تعتريه أمور لا تظهر إلى الوجود إلا بعد الزواج، فتعكر صفو الحياة الزوجية و تتحول المحبة إلى كراهية و الهدوء إلى ثورة و تنافر، و قد تؤدي إلى نتيجة اخرى و هي حل الرابطة الزوجية و الطلاق.

الفرع الأول: تعريفه

إن المقصود بالعيوب هنا هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة، و التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، و التي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، و انه من الأهداف التي شرع من اجلها الزواج التناسل و إنجاب

الأولاد، و تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة، فللزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب في الزوج قبل العقد، و لم تعلم به ، أم حدث بعد العقد طبقا لما بينه المشرع الجزائري في نص المادة 53 فـ2 ق.أ.ج (بأنه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج).

فقد يوجد في الزوج عيب تناسلي خاص بالرجال، و هذا العيب قد يكون الجب أي استئصال عضو الذكورة، و الخصاء و هو الخصيتين أو العنة و هو ارتخاء العضو و عدم القدرة على الاتصال الجنسي.

كما انه يمكن ان يوجد في الزوج أيضا مرض من الأمراض المشتركة بين الرجال و النساء كالجنون و الجذام و البرص و السل، و غيرها من الأمراض الضارة الو معدية التي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، كالسرطان أو السيدا مثلا، و بالرجوع إلى نص المادة 53 ف 2 ق.أ.ج بأن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج بالمرأة، أي أنه إذا تبين للزوجة وجود عيب منها فيه كان لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطليق بينها و بين زوجها.

و يستوي أن يكون العيب عقليا (معنويا) كالجنون مثلا أو ماديا (جسميا) كالعلل الجنسية و الجذام و السل....إلخ.

ذلك أنه حتى يمكن اعتبار السبب مبررا لطلب التطليق لابد من توافر شروط عدو في هذا العيب ذكرها المشرع الجزائري.

أولا: شروطه

مما سبق الإشارة إليه أنه حتى يمك اعتبار العيب مبرر من مبررات طلب التطليق، لابد أن تتوافر فيه عدة شروط ذكرها المشرع الجزائري:

أ- أن يكون هذا العيب في الزوج دون الزوجة ذلك أنه إذا كانت العيوب في المرأة مثلا فلا خيار للرجل في فسخ الزواج لأنه عليه تطليقها في أي وقت شاء طبقا لإرادته المنفردة حسب المادة 48 ق.أ.ج .

ب- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي.

و كذا الأمراض الضارة أو المنفردة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على الألفة و المودة.

ثانيا: حكمه

ذلك أنه إذا اكتشفت الزوجة عيبا في الزوج لم يكون معلوما قبل الزواج، أو اطلعت عليه بعد الزواج، و كان من شانه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، أو دون إنجاب الأولاد، أو أنه يدفع الزوجة إلى النفور من زوجها، و الاشمئزاز من مرضه، فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء من اجل طلب وضع حد لحياتها الزوجية، و تطلب الحكم بتطليقها من زوجها المعيب، و حينها تدرس المحكمة هذه الحالة بالاستناد إلى الأدلة و البراهين، ثم تصدر حكمها بالتطليق أو برفضه حسب الأدلة المقدمة.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/12/22 – المجلة القضائية- العدد 02- 1995 "أنه للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الأسرة - كتكوين أسرة و تربية أبناء – حيث طلبت الزوجة التطليق استنادا لعقم الزوج"

الفرع الثالث: سقوط حق المرأة في طلبه

يرى القضاء الجزائري أن حق الزوجة في طلب التطليق يسقط إذا علمت بالعيوب قل العقد أو أثناء العقد، أو بعده و رضيت به صراحة أو دلالة.

كما أنه لم يحدد مدة معينة يسقط فيها حقها في ذلك و إنما أباح لها أن ترفع دعواها و سماعها و الإستجابة لها، متى توافرت الشروط التالية:

1- أن ترفع دعوى التطليق.
2- أن يتأكد وجود ما تدعيه بأي وسيلة كالإقرار أو خبرة الجزاء.

و هذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنيا، لأن مجرد الدعوى يعتبر رفض، و متى حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا أوجب دفعه و بالتالي الاستجابة لطلبها، ذلك أنه إذا تنازلت عليه صراحة امام القاضي، بعد ان رفض طلبها فلا يحق لها أن تطلب التطليق بسبب العيب مرة أخرى، لأنها تنازلت صراحة على ذلك و رضيت به، و لها ان تطلب التطليق للضرر من الحياة مع زوجها لأي سبب آخر، كما لها أيضا أن ترفع دعواها بسبب عيب جسمي إلا ذلك الذي رضيت به أمام القضاء، لأن مدة سقوطها قد تكون بسبب طبيعة المرض تطلبتها كما لو كان الظن يغلب على شفائه منه، فانتظرته كما لو كان الظن يغلب على شفائه منه فانتظرته، و هذا ما يحدث غالبا لمن يهمهم شرطان.

و زيادة على ما قلناه فإن المشرع الجزائري أباح حق طلب التطليق للزوجة في م 53 فـ2 ق.أ.ج، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأن حقه في الطلاق مقرر في م 48 ق.أ.ج .

و يرى القضاء الجزائري أن حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب يسقط إذا علمت بها قبل العقد و رضيت بها، كما أن سكوت الزوج عن عيوبه و إخفائه لها، يجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل، فإن رفقت الزوجة دعوى تطليق زوجها فإنه على المحكمة أن تتأكد من وجود ما تدعيه بواسطة الخبرة أو الإقرار...إلخ.

و لقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر يوم 1988/02/08 بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للطلاق لمجرد الإدعاء بها، بل لابد من معرفة مصيرها و

مدى قابلية العيب للعلاج، و في هذه الحالة لابد من ضرب أو تحديد أجل للمصاب بها لمعالجتها، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك، و ضرب أجل له للعلاج و في ذلك مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية.

كما أنه لو تطلب الزوجة التطليق بسبب أن الزوج مصاب بمرض تناسلي معدي و أقر الزوج بذلك، و لكنه دفع بأن المرض قد انتقل إليه من زوجته، إذ هو مرض وراثي في عائلتها، و يشهد على ذلك الأطباء المعالجون، فإنه في هذه الحالة الدعوى ترفض من قبل القاضي، ولا يجاب لطلب الزوجة لأنها هي المتسببة في مرض زوجها بهذه العلة و بالتالي لا يجوز أن يستفيد المخطئ من خطئه و الآثم إثمه.

و الحكمة من الإمهال هي المحافظة على الرابطة الزوجية و إعطاء الفرصة للعلاج و المرأة الكريمة هي التي تبقى مع زوجها في اليسر و العسر و الصحة و المرض و تساعده على العلاج بدلا من التخلي عنه، و هو في وقت أحوج ما يكون فيه إليها، فإذا اتضح على زوال العلة بعد تلك المدة المناسبة فرق القاضي بينهما في الحال.

المطلب الثاني: طلب التطليق للهجر في المضجع

الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها و إرجاعها إلى طاعته، و لقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجها (في غير ما نهى الله عنه) ولا يبيح لها النشوز أو العصيان، بل أباح له أن يتخذ حيالها من وسائل الإصلاح و التهذيب لقوله تعالى: "و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن، و اهجروهن في المضاجع، واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا".

الفرع الأول: تعريفه

الهجر في المضجع – كنوع من انواع التأديب- هو هجر الزوج فراش الزوجة، بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة النوم الزوجية، و ذلك بالإعراض عنها، و عدم قرابتها، في حدود الشرع لقوله سبحانه: " و اهجروهن هجرا جميلا " .

و قد شرع الله هذا التأديب بهدف الإصلاح، و لعقوبة يرجو من ورائها الزوج تهذيب زوجته حتى تعود إلى رشدها و طاعته فإن أساء استعمال هذا الحق في التأديب عن طريق الهجر في المضجع، لزوجته أن ترفع أمرها إلى القاضي او تطلب التطليق للضرر الذي لحقها من جراء هجرها إياه.

و لقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من المبادئ الفقهية في المادة 3/53 ق.أ (بأنه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر) غير أنه و حتى يحق للمرأة طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع من توافر عدة شروط حددها الشرع.

الفرع الثاني: شروطه و حكمه

أولا شروطه:

أباح المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، و عليه فالهجر في المضجع كهجر قانوني يخول للزوجة حق التطليق و يشترط فيه ثلاث شروط هي:

الشرط الأول:

هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية و الإعراض عنها و عدم الإقتراب منها.

الشرط الثاني:

أن يدوم هذا الهجر لمدة تزيد عن 4 أشهر متتالية على أن لا يقع بين الشهر و الآخر أي اتصال بينهما، و هذا ما يدل على ان الهدف من الهجر ليس الإصلاح لأنه بهذه المدة يفقد التأديب معناه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب و التهذيب، لتقويم سلوك الزوجة و إعادتها إلى رشدها محافظة على الحياة الزوجية من التدهور و الإنحلال.

الشرط الثالث:

أن يكون الهجر عمديا و مقصودا لذاته، و ليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية و القانونية، و هو ما يسمى بالهجر غير المشرع الذي يتجاوز حدود الحق.

فإن رفعت الزوجة دعوى التطليق للهجر فإن القاضي لا يستجيب لها إلا بعد ان يتأكد من وجود الهجر الحقيقي بدون سبب شرعي مقبول، و ان يتجاوز هذا الهجر 4 أشهر كاملة أي متتالية بدون انقطاع، و بعد مراعاة العنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة، مما يستوجب عليه البحث عن سبب الهجر و نية الزوج الحقيقية.[1]

ثانيا حكمه:

إذا كان الهجر ليس شرعي أو قانوني و له مبررات كمرض الزوج و دخوله المستشفى او كان في مكان عمله، مهما كان نوعه، كأن يكون في الخدمة العسكرية مثلا. أو إذا كان الهجر بسبب غضب الزوج عن زوجته نتيجة سلوكها السيئ، او كان الهجر لا يتجاوز الأربع أشهر، أو كان في أوقات مختلفة أو متفرقة فلا يجوز للمحكمة ان تحكم للزوجة بالتطليق لسبب الهجر إلا بعد أن تتأكد من وجود واقعة الهجر الحقيقي بدون أي سبب أو مبرر مقبول. كما يجب على المحكمة مراعاة العنصر المعنوي في هذه الحالة و التأكد من سبب الهجر و نية الزوج الحقيقية، فإذا

[1] **الأستاذ فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء 1 ص 279-280**

لم تتوفر لدى القاضي جميع الأسباب و المبررات المدنية و كذلك إذا لم تتوافر العناصر المعنوية فإنه لا يجوز له الحكم بالتطليق.[1]

الفرع الثالث: سقوط حق المرأة في طلبه

إن الهجر المباح أو المشرع هو الذي توافرت فيه الشروط السالفة الذكر كلها فإذا توافرت هذه الشروط يكون للمرأة الحق في طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع. فعدم توافر هذه الشروط و هذه العناصر كلها مجتمعة فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق، فإذا ما وقع الهجر و كان لعدة مرات أو في أوقات متفرقة و مختلفة أو إن كان لعذر شرعي كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية، أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، أو تعبيرا عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش و من ثم عد الهجر شرعيا و أسبابه معقولة ولا يجوز للمحكمة تطليقها لو تجاوزت المدة أربعة أشهر.

ملف رقم 35891 قرار بتاريخ 1985/02/25

قضية (ف م) ضد (ق خ)

تطليق الزوجة - أسبابه وجوب إثبات الضرر

من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، ان الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مه زوجها سببا لتطليقها منه.

و للقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجا.

المجلس الأعلى

---

[1] **الأستاذ عبد العزيز سعد : الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري ص232،233**

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231 و233 و239 و244 و257 و ما بعدها من ق،أ،م

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن المودعة يوم 26 ماي 1983 و على مذكرة الجواب التي قدمتها المطعون ضدها.

بعد الإستماع إلى السيد حمزاوي أحمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة.

حيث أقام السيد (ف م) طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره المجلس القضائي بسطيف بتاريخ 1983/01/11 المتضمن إلغاء الحكم الصادر من محكمة رأس الوادي يوم 1982/05/25 الرافض لطلب الطلاق الذي تقدمت به المطعون ضدها و إلزامها بالرجوع إلى بيت الزوجية خلال شهر ابتداء من انقضاء أجل الاستئناف و حرمانها من نفقة الإهمال و في حالة رفضها لذلك فإنها تتحمل مسؤولية الطلاق.

من جديد حكم المجلس بتطليق الطالبة و حرمانها من جميع حقوقها و حفظ حقها في الإناث.

و قد استند محامي الطاعن في طعنه على وجهين.

الوجه الأول: مأخوذ من خرق القانون و العمل القضائي.

و ذلك أن محاولة الصلح المطلوب في دعوى الطلاق لم تتخذ في القضية لمعرفة رغبة الزوجين إذا كان يمكن بواسطتها معرفة ما إذا كانت المطعون ضدها ترغب شخصيا في الطلاق أو أن والديها هما اللذان قاما بإجراءات الدعوى فيها و من ثم

فعدم القيام بمحاولة الصلح من طرف القضاة هو خرق للقانون و ما يجري عليه العمل القضائي الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض.

الوجه الثاني: مأخوذ من انتهاك أحكام الشريعة الإسلامية.

و ذلك أن قضاة القرار المطعون فيه التزموا الصمت فيما يرجع لطلب الزواج الرامي إلى أنه إذا بقيت الزوجة متمسكة بالطلاق فإنها توجه إلى تطليق نفسها عن طريق الخلع و القرار المذكور نص على أن مسؤولية الطلاق تقع على عاتق الزوجة في هذه الحالة كان يجب عليه أن يتمسك بما يرغب به الزوج لكنه لم يفعل، مخالفا بذلك الشريعة الإسلامية و غير مسبب قراره بما فيه الكفاية معرضا أيضا إياه للنقض.

و قد أجاب محامي المطعون ضدها على الوجهين رادا إياهما و مطالبا برفض الطعن.

فيما يخص وجهي الطعن

أحكام الشرع يجب أن تراعى في كل حكم يصدر في الأحوال الشخصية و إلا كان باطلا و الزوجة لا تطلق على زوجها قسرا عليه إلا إذا أثبتت ضررها بالوسائل الشرعية.

حيث أن الزوجة المطعون ضدها طلبت التطليق بدعوى أن زوجها منعها من السفر إلى فرنسا لزيارة أهلها و هذا ليس داخلا في باب الضرر ولا تطلق بموجبه بل يمكن الرجوع فيه إلى القاضي بإصدار أمر من شأنه يؤذن فيه بالزيارة و يحدد عددها سنويا و يراعي فيه بعد المسافة و مكانها و أهل المطعون ضدها يوجدون بفرنسا و زيارتها لهم تكلف الزوج نفقات قد لا يكون قادرا عليها زيادة على طول مدتها و ذلك يضر به و من ثم فالإكثار فيها و تكررها عدة مرات في السنة غير مقبولين و القرار المطعون فيه بعدما لاحظ تعسف الزوجة في طلب الطلاق حكم لها به على أساس أنها غير راغبة في زوجها الذي ليس من الأسباب

الشرعية الموجبة للتطليق متناقضا مع نفسه و مخالفا لأحكام الشرع ملغيا الحكم الملتمس معها دون سند شرعي الأمر الذي يعيبه و يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء سطيف بتاريخ 1983/10/11 و إحالة القضية و الأطراف إلى مجلس بجاية للفصل فيها من جديد طبقا للقانون و على المطعون ضدها المصاريف القضائية.

و أمر بتبليغ هذا القرار برمته إلى الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب بهامش الأصل بواسطة كتابة الضبط.

بهذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس و العشرين من شهر فيفري سنة خمس و ثمانين و تسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد	الرئيس المقرر
قاضي حنيفي عبد القادر	المستشـــــــار
يسعد أحسن	المستشـــــــار

و بمحضر السيد تقية محمد النائب العام المساعد و بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط.

المطلب الثالث: طلب التطليق للضرر المثبت شرعا

من المؤكد أنه من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل واحد منهما معاشرة الآخر، و يحاول أن يدفع الضرر عنه، وذلك لكي تسعد الحياة الزوجية بينهما، و ذلك لقوله تعالى: " و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف ' و لذلك فقيام كل واحد منهما بحقوق الآخر و أداء واجبه نحوه، يؤدي بلا شك إلى الدوام الإستقرار و البقاء.

و قد ورد على الرسول صلى الله عليه و سلم انه قال في حجة الوداع: " إن لكم من نسائكم حقا و إن لنسائكم عليكم حق".

كما قال عز و جل: (و التي تخافون نشوزهن فعضوهن،و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، إن الله كان عليا كبيرا).

فهذه الآية الكريمة تبين لنا أن للزوج ولاية تأديب زوجته بالمعروف شرعا، إذا نشزت و لكن في نفس الوقت لا يجوز له ان يضرب زوجته ضربا مبرحا، ولا يجوز له أن يظلمها، حيث أننا نجد م 39 فـ1 ق.أ.ج تنص على حق الزوج في تأديب زوجته يمقتضى ولايته و رئاسته في الأسرة، لكن لا يجب عليه أن يتجاوز حدوده في ذلك حيث انه يجب عليه حسن معاشرتها و النفقة عليها .

أما إن تجاوز حدوده في تأديبه لزوجته كأن يضربها ضربا مبرحا أو أن يشتمها أو يحملها على فعل ما حرم الله، أو يقوم بأي فعل يسيئ إليها أو يؤذيها دون سبب .

الفرع الأول: تعريفه

طلب التطليق للضرر حق من الحقوق التي قررها المشرع للزوجة تجاه الزوج، ذلك طبقا لنص المادة 53 فـ6 ق.أ.ج التي تقضي بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الضرر المعتبر شرعا.

و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواع معينة من الضرر، ولا أسباب الشقاق، بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع و الشقاق بين الزوجين كما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما.

الفرع الثاني: أنواعه

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الضرر المعتبر شرعا، و الذي يكون إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي، أو أصل النفقة الشرعية، أو أساء معاشرة الزوجة ذلك عن طريق إهانات خطيرة أو جسمية أو ترك بيت الزوجية أو التهرب من الواجبات الشرعية دون عذر شرعي. و المشرع عندما أورد عبارة (الضرر المعتبر شرعا) لم يتقيد فيها بضرر معين، و برك للقاضي سلطة تقديرية في مثل هذه الأمور، بحبيث لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى و المقصود بالضرر المعتبر شرعا في م 53 ق.أ.ج: كل ضرر نتج عن قول و استحالت معه الحياة المشتركة، و منه نجد أن الضرر الموجب للتطليق في هذا الإطار نوعان: قول و فعل. فالضرر بالقول هو ما كان في صورة شتم و إهانات لا تليق بكرامة الإنسان، و ليس المقصود به مجرد الستم الصادر عن ثورة عصبية، أو غضب يمر به الزوج، و إنما من الضروري أن يرقى إلى مستوى الخطورة التي تهدم الطمأنينة و تسبب الحزن العميق في نفسية الزوجة.

أما الضرر بالفعل أمر الأذى بالفعل هو ذلك التصرف الذي يمس جسم الزوجة و يلحق بها ضررا كالضرب و الجرح و المضايقات.

و منها أيضا عدم العدل بين الزوجات و يتضح في صورة اغتنام أسلوب الإحسان إلى الزوجة الثانية على مرأى من الاولى و التي لا تحظى بذات الإهتمام.

الفرع الثالث: دور الحكمين و شروطها

أولا دور الحكمين:

إذا استطاعت الزوجة أتثبت بجميع طرق الإثبات أن لا زوجها لا يحسن معاملتها أوب على القاضي الاستجابة لطلبها في التطليق، أما إذا لم يتضح الضرر الذي تدعيه، و لم يحصل من الزوج التحسين من سلوكه مع زوجته، و لم يفيده الزجر و النهي يلجأ القاضي إلى أسلوب آخر بأن يأمر الزوجة بالعودة إلى بيت الزوجية على أمل التغلب على الأزمات، فإن عاد الزوج إلى فعله و رفعت الزوجة طلبها ثانية لرئيس المحكمة، كان ذلك قرينة على شدة النزاع و استحكامه حينئذ يستوجب على القاضي أن يعمل في هذه الحالة على تطبيق المادة 56 ق.أ.ج أن تختار حكمين للتوفيق و الإصلاح بين الزوجين في حالة استداد النزاع و يشترط في ذلك ثلاثة شروط.

ثانيا شروط تعيين الحكمين:

يشترط في تعيين الحكمين ثلاثة شروط:

1- يجب أن يكون تعيين الحكمين إثر شدة الخصام و ليس لمجرد رفع الطلب الأول في المرة الأولى على الزوجة أن تقيم البينة على دعواها، و إلا أرجعها القاضي إلى بيتها، و زجر الزوج و نهيه فإن رفعت الدعوى من جديد تمهل القاضي على اشتداد الخصام.
2- أن تعجز الزوجة عن إثبات دعواها رغم تعدد طلباتها بالتطليق، و هذا حسب م56 فـ2 ق.أ.ج.
3- أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، أحدهما من أهل الزوجة و الآخر من أهل الزوج، حتى يتسنى لهما كشف الحقيقة و تأدية المهمة المنوطة بهما.

هذا و تنحصر صلاحية الحكمين في ثلاث أمور أساسية إثنان منهم نص عليها المشرع، و الثالث قال به الإمام مالك-رضي الله عنه-

الأول: المصالحة بين الزوجين كمهمة أولى يتطلب تعيينهما، حيث أن الطلاق مفروض من الله و مكروه شرعا، كما أنه استثناء من الأصل الذي استدامه.

الثاني: أنهما ملزمين بتقديم تقرير مهمتهما طبقا لما حدده القاضي بحيث يرفقان بالتفصيل مسلكهما في الإصلاح، و ما اقترحاه على الزوجين، و موقف كل منهما ضد الآخر و شروطه فإذا أشارا على التفريق، أوجب عليهما التسبب بما يكون للقاضي استدعاؤهما إلى الجلسة ليسمع تسببهم الشفوي، إذا رأى أن تفريقهما غير دقيق.

الثالث: هذا الدور الثالث قال به الإمام مالك، و هي صلاحيتهما في اعتماد الخلع فريق و هذا لخلاص الزوجة، من ظلم زوجها، إذا لم يريا إصلاحا من كشف أسباب الشقاق، ولا ينفذ الخلع إلا بتصديق القاضي و لكن الجدير بالذكر أن المشرع في هذا الإطار أعطى للزوجة حق التطليق للضرر ولا يجوز من ذلك الباب اقتراح الحكمين للخلع، لأن هذا الطريق يقترح عند نشوز الزوجة، و هذا بعيد كل البعد عن مسألة التطليق للضرر الوارد في م 53 ف 06 ق.أ.ج.

المطلب الرابع: طلب التطليق لارتكاب الفاحشة

إن آخر سبب من أسباب التطليق التي تضمنتها المادة 53 ق.أ.ج و نصت عليها في البند السابع منها هي حالة (ارتكاب الفاحشة المبينة) و هي حالة أو سبب من أسباب التطليق، حيث أن في معظم الدول العربية الإسلامية الأخرى لا نجد أثرا لهذا السبب.

الفرع الأول: تعريفه

إن المقصود بالفاحشة أولا من الناحية اللغوية أن الفاحشة هي ما زاد عن الحد المعقول، و نقول عن عبارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة فيصبح معنى الفحش هو الزيادة المبالغ فيها.أما الناحية الاصطلاحية فهي الخطأ المخل بالأدب بصفة خطيرة أو جسمية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي أو العرف و الضمير...إلخ.[1]

[1] **الأستاذ عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري : ص 275.**

فارتكاب الفاحشة إذا لا يقتصر على فعل واحد، و إنما هو كل عمل أو سلوك شيئ يقوم به الزوج، و قد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة عددت بعض أنواع الأفعال التي يمكن أن نعتبرها فواحش و هي عدة مسائل تحل بالسلوك و الأنظمة إخلالا كبيرا، منها قوله تعالى: (ولا تقربوا الزنا إنه كان مقتا و ساء سبيلا) حيث أن هذه الآية الكريمة و بشكل صريح تؤكد لنا أن الزنا فاحشة و بالتالي فإن الزوجة إذا تبين لها أن زوجها زنى فإن لها الحق في طلب التطليق، هذا حسب القانون الجزائري.

ذلك أن القاضي إذا تأكد من الزوج قد قام بارتكاب جريمة الزنا من الأدلة التي قدمتها له الزوجة، فإنه يقوم بتطليق هذه الأخيرة لارتكاب زوجها الفاحشة المبينة.

كما جاء في قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء، إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا).

و قوله كذلك عز و جل: (قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها و ما بطن).

إذن حسب هذه الآيات فإن الفاحشة تتجسد في أعمال كثيرة منها الزنا أو الكفر، أو القيام بأعمال حرمها الله تعالى ك الإنحراف و القيام بالأعمال المجرمة التي تتنافى مع ديننا الحنيف و تتنافى مع ضمائرنا و مجتمعنا، كما تتنافى مع الفعل .

الفرع الثاني: شروطه

حين ترفع الزوجة طلبها بالتطليق لسبب أن زوجها قد ارتكب فاحشة فإن القاضي لا يجيبها على طلبها هذا، إلا بعد التأكد من أن الفعل المرتكب من قبل الزوج يطابق وصف الفاحشة الذي تؤسس عليه دعواها.

و حينما يقوم بذلك فإنه يشهد على ثلاثة أمور أساسية كمعايير يقيس بها الفعل المرتكب، و بذلك يكفيه ما كان فاحشة أم لا، و هذه المعايير هي: نظرة الدين إلى الفعل، و معيار مقتضى الفعل السليم، و معيار الإرادة الإجتماعية.

1- نظرة الدين إلى الفعل:

تعد فاحشة في نظر الدين كل فعل من الكبائر كالشرك بالله، أو عصيان الوالدين في أية صورة كطردهما من المسكن، أو الإعتداء عليهما بأي شكل كالضرب، و كذلك من صور الكبائر أن يكشف الزوج مع إحدى محارمه أو مع محارم زوجته، أو أن يقع في جريمة اعتداء على قاصر لا تقوى على الوطء.كذلك من الكبائر أن يطلب الرجل من زوجته أن تواقع رجل أجنبي و غير ذلك من صور الفاحشة في نظر الدين سواء كانت الفاحشة ظاهرة للناس أم خافية.

2- مقتضى الفعل السليم:

الفعل السليم بطبيعته يفر من الخطأ و يرفض الإنحراف، و هي في ذلك مع قواعد الشريعة الإسلامية، و ما تعارف عليه العقلاء، و ما عليه المجتمع في العامة فيرفض أن تكون مواطن المجتمع في العامة فيرفض أن تكون مواطن العيش و مصادرة غير شريفة كمركز الذعر، أو الإعتماد على الخطف، و السرقة كمصدر لغذاء الزوجة.

3- الإرادة الاجتماعية:

بناء على إرادة المجتمع الإسلامي في التمسك بالقيم و الأصالة سيرا على مدى كتاب الله و سنة الرسول صلى الله عليه و سلم، فيهتدي القاضي بناء على ما يجب ان يكون عليه المجتمع المثالي الصالح الذي تكون تعريفاته وفقا للأحكام الصحيحة، لا المجتمع الذي يريد تكييف الأحكام على الواقع الجديد.

و على ذلك فكل فصل تستنكره القيم و أخلاق المجتمع الإسلامي المتحضر بحيث أن هذه الحضارة لا تعارض كتاب الله و سنة رسوله ، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التفريق من زوجها بناء عليه.[1]

و في كل الحالات تبقى للقاضي السلطة التقديرية و الموضوعية في هذا الشأن حتميا أنه جدير بالتأكيد على أن المشرع قد منح للزوجة طلب التطليق بسبب فاحشة ارتكبها زوجها على أن قبول طلبها هذا مقيد بأمرين أن تبين الزوجة ما تدعيه على زوجها بأدلة و براهين، و أن يهتدي القاضي في تأكده من صحة أدلتها، أن ذلك الفعل ينطبق عليه وصف الفاحشة.

الفرع الثالث: أساسه

لأن الفاحشة البينة سبب يمس كرامة الزوجة إن حصلت، فإنه إذا تبين أن زوجها ارتكب فاحشة بالمعنى المبين سابقا، و كانت لا تطيق العيش معه و رغبة في انحلال بينها و بين زوجها فإنه يجوز لها أن ترفع دعواها أمام القضاء لتطلب الحكم بتطليقها إلا أنه لا يترتب على دعواها تلك تطليقها مباشرة إنما أن تقدم للمحكمة إثباتا بما تدعيه.

و ذلك بتقديم الصحة و الدليل على أن ما يقوم به زوجها هو حقيقة فاحشة و كمثال عن الفاحشة بالمعنى العام، شرب الخمر قد يكون سببا يمنح للزوجة بطلب تطليقها من زوجها، بأن تبين بالحجة القاطعة أنه يتعاطى هذا الشرب بطريقة زائدة عن العادة، و تبين أن شربه هذا يدفعه إلى الإضرار بسمعة عائلته و المساس بالأسرة و راحتها، و تبين كذلك أن شرب الخمر يجلب المشاكل للزوجة كالضرب و الشتم، حيث تدفع هذه العادة السيئة الزوج إلى التخلي عن واجباته الزوجية و عن أولاده، هذا إذن ما يجدر قوله عن الضرورة الملحة التي تلزم الزوجة عن رفعها لدعوى التطليق التي تؤسسها عن ارتكاب زوجها

[1] **الأستاذ فضيل سعد : شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء 1 ص 298-299**

الفاحشة إذا أثبتت أن ما يقوم به الزوج هو فاحشة و كذلك يعتبر ذلك الفعل إخلالا كبيرا و خطيرا يؤدي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين، و للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية في هذا الشأن.

كخاتمة لدراستنا حول أسباب التطليق الواردة في المادة 53 ق.أ.ج فما يمكن استنتاجه أن المشرع الجزائري قد اهتم بحقوق الزوجة، و لم يهمل حقها في طلب التطليق إن لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية أن ترفع أمرها إلى القاضي بعد استيفاء دعوى التطليق بين الزوجين بما له من ولاية لرفع الظلم، و تترتب عن هذه الدعوى جميع الآثار المترتبة عن دعوى التطليق من عدة و حضانة إذا كانت الزوجة حاضنة و نفقة لها و حقها في المسكن، إذا تيسر ذلك حسب امكانيات الزوج.

و قد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق، و ذلك طبقا لسياسته الشرعية في حماية حقوق المرأة، و إعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها رفع الضرر عن نفسها خاصة و قد كثرت الشكوى من بقاء الطلاق في يد الرجال، حيث يستعملونه كسلاح للانتقام من المرأة بشتى الوسائل و متى أرادوا ذلك.

و كما تجدر الإشارة أيضا أن القانون الجزائري بسبب حداثته و صدوره متأخرا نوعا ما اشتمل على عدة نقائص، خاصة فيما يتعلق بالحقوق التي أعطاها للمرأة في طلب التطليق و المتمثلة في الطلاق الذي يملكه القاضي سواء كان ذلك برضى الزوج أو بعدم رضاه، إذ أنه لم يتناول بالتفصيل الحالات التي يجوز فيها للمرأة طلب التطليق، فقد أوردها بنوع من الغموض و الإختصار.

و الحكم بالتطليق رغم أنه حاصل بصفة جبرية على الزوج غير أنه لا يجوز قانونا إذا كان غير قائم على أحد المبررات أو الأسباب الموجبة لإثباته شرعا.

كما أن المشرع ترك باب الإجتهاد واسعا أمام القضاء بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية عملا بالمادة 222 ق.أ.ج التي تحيلهم إلى الشريعة الإسلامية مباشرة في حالة عدم وجود نص قانوني في ق.أ.ج .

الفصل الثاني: أحكام الخلع والفرق بينه و بين التطليق

شرَّع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، و نظرا لخطورته جعل بيد الزوج، و في مقابل ذلك و عند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، فُتح لها طريقان للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، **أولهما** : **التطليق و مبرراته** الذي تناولناه في الفصل الأول، و **ثانيهما: أحكام الخلع والفرق بينه و بين التطليق** الذي سنتناوله بالدراسة في هذا الفصل، ووُجد الخلع عند انتفاء الأسباب المستند عليها في المادة (53) من قانون الأسرة لطلب التطليق، و شروطه تختلف عن شروط هذا الأخير، و قد اختلف الفقهاء المسلمون بشأنه، كما تذبذب قضاء المحكمة العليا بصدد انعقاده، و لتحليل كل ذلك ارتأينا دراسة موضوع الخلع في أربعة مباحث، نستهلها بماهيته، ثم شروطه، ثم آثاره لتنتهي في الأخير إلى الفرق بين التطليق و الخلع.

المبحث الأول : ماهية الخلع

لمعرفة حقيقة الخلع لا بد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة و اصطلاحا و ألفاظه في المطلب الأول، ثم لحكمه و دليل مشروعيته والحكمة منه كمطلب ثان، لنخلص في الأخير إلى طبيعته ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول : تعريفه و ألفاظه

لغة :الخَلع بفتح الخاء مصدر قياسي "خلع" و يستعمل في الأمور الحسية فيقال : خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه و نزعه عنه، و يقال : "خلعت النعل خلعا" أي نزعته مصداقا لقوله تعالى:

{فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَى{11} إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى{12}[8] و في هذه الآية الخلع بمعنى النزع و في الأمور المعنوية "كخلع الرجل امرأته خلعا" إذ أزال زوجيتها و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه.

و الخُلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس **{هُنَّ لِباسٌ لَكُم و أَنْتُم لِباسٌ لَهُنَّ}**، هذا و قد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، و الخلع بالضم في إزالة الزوجية.[9]

---

[8] - سورة طه الآية 11-12.

[9] -"الدكتور محمد مصطفى شلبي" – فقه المذاهب النسبية و المذهب الجعفري و القانوني- أحكام الأسرة في الإسلام - الدار الجامعية للطباعة و النشر- الطبعة الرابعة – صقحة 551-552 لسنة 1983.

في اصطلاح الشرع:

عرفه بعض الفقهاء بأنه:"حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة" كما عُرِّف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق"[10]

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها و استعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.

المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته:

اختلف الفقهاء في حكم الخلع، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كُره لها ذلك،

من الكتاب:

فقوله تعالى: **{ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ{229}** [11]

و وجه الدلالة من الآية :"لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله و أداء الحقوق الزوجية بينهما مثل بغض الزوجة لزوجها و كراهيتها له، ففي هذه الحالة التي استفحل فيها الشقاق و النشوز، إذا تعذر الإصلاح و التوفيق، أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها.

---

[10] -"عبد الكريم شهبون"- مدونة الأحوال الشخصية المغربية- صفحة 260
[11] - سورة البقرة الآية 229

من السنة :

ما رواه البخاري و النسائي عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم- : أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم-: **" اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"** و هذا أول خلع في الإسلام. و معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أُبَيٍّ، ذكرت لرسول الله - صلى الله عليه و سلم- أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها و لا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها.

و أساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة (54) منه التي نصت: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

المطلب الثالث: طبيعة الخلع

يترتب عن الخلع طلاق، ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا.

والطلاق هو حل عصمة تالزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية.

وقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا. وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون "بالزواج" في المواد (32) وما بعدها.

بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بانحلال الزواج "، وقد أورد حكم الخلع في المادة (54) من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق.

فيكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة ، لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية، والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق. ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي: "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح".

وفي هذا الشأن يقول الدكتور "العربي بلحاج":" لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد، بل يجب التفريق حالا بين الزوجين، وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة أم اختلال في أركانه الأساسية طبقا للمواد (34-33-32-31) من قانون الأسرة".[12]

ويضيف أنه يشترط لصحة الخلع ما يشترط في إنشاء الطلاق، وعليه فما سبق ذكره عن الطلاق ينطبق على الخلع إذ حسب الدكتور بلحاج العربي ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة.

يُعد تطرقنا لماهية الخلع ودراستنا لمختلف ألفاظه الصريحة والكناية التي يقع بها، والوقوف على اجماع الجمهور على جوازه في حالة كره الزوجة لزوجها ونفورها منه.

---

[12] -"الأستاذ بلحاج العربي" –الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول. صفحة 246-247.

فالسؤال الذي يطرح نفسه : هل للزوجة الحرية التامة في ممارسة هذا الحق أم هناك شروط تقيدها؟

هذا ما سوف نوضحه في المبحث الثاني متطرقين لهذه الشروط وكذا موقف المشرع الجزائري من كل شرط.

المبحث الثاني: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها واكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره، بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا ستعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه العامة وذلك في ثلاثة مطالب، نتناول فيها: قيام الرابطة الزوجية، الصيغة والبدل.

المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل والزوج

يشترط في الخلع قيام رابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة، فلا يقع الخلع وكذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

وإذا كانت قائمة من عقد صحيح، ولم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة. ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها، لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى.

فإذا توافر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح حينها:من يصح خلعه؟ لا سيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وآثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من

كل زوج ولا في كل الأحوال، بل لابد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي:"كل من صح طلاقه صح خلعه".[13]

ولأن الخلع طلاق بعوض فإذا جاز الطلاق بلا عوض فمن باب أولى جوازه بالعوض وعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالع ما يشترط في المطلق فإذا كان الزوج لا يمكنه إيقاع الطلاق فبالتبعية لا يمكنه أن يخالع زوجته مادام لا يتمتع بالأهلية الكاملة للطلاق.[14]

ولكون الخلع في أصله تصرفا قانونيا يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلا للطلاق، يشترط في الزوجة الملتزمة بالعوض أن تكون أهلا للتصرف المالي وهو ما سنتعرض إليه بشيء من التفصيل في القانون.

لم يرد في نص المادة (54) من قانون الأسرة الشروط الواجب توافرها في كل من الزوجة والزوج والتي سبق وأن تناولناها في الفقه، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها، ذلك لأن المشرع في نص المادة السابعة من قانون الأسرة نص على أن:"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته أي أن يكون متمتعا بقواه العقلية، وغير محجورٍ عليه طبقا لنص المادة (85) من قانون الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وإلا وقع تصرفه باطلا، ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي

---

13 -"الدكتور عامر الزيباري"-أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية-صفحة93.

14 -"الدكتورعبد الرحمن الجزيري"- كمرجع سابق- صفحة 352

أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه طبقا للمادة (2/210) من قانون الأسرة[15].

كما يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن الخلع هو:" تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة" [16]، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، و لكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوّم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته. و بالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة و بذلك فإذا كانت سفيهة محجوراً عليها، فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة و المعتوهة و الصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها و هي على هذا الحال فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك ، و في حالة غياب هذا الأخير، يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

و لكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني – فهل يصح لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري.[17]

كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك

---

[15] - تنص المادة 2/210 من قانون الأسرة "وإن كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

[16] -تنص المادة 203 قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسعة عشرة (19) سنة و غير محجور عليه".

[17] -تنص المادة 83 "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة له و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"

الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن و باعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه" فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن.

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت-هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول – وتكون ملزمة ببدل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه.

وفي حالة وفاتها فبدل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة و إن زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ما عدا التبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث، لأن الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ، لكون بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، و تطبيقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

المطلب الثاني: صيغة الخلع

لا بد للخلع من صيغة و فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالاً و تخرج من داره بدون أن يقول لها: "اختلعي على كذا"، فتقول له: "اخلعني على كذا"، فيقول لها: "خلعتك على ذلك"، فالإيجاب و القبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، و إن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفاً.

و في صيغة الخلع و شروطها نتعرض موقف المشرع الجزائري و ما توصل إليه الإجتهاد القضائي.

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة (54) منه، لمسألة الصيغة و شروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له،

تطبيقا لنص المادة (222) التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

حتى أن المادة (54) بنصها على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع.و منهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى.

و قد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

1. الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا و قد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 و الذي جاء فيه:" من المقرر فقهاً و قضاءاً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته". [18]

[18] -القرار الصادر في 21-12-1988 رقم الملف 51728 المجلة القضائية لعام 1990 – العدد الثالث- الصفحة 32.

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 و تحت رقم 73885 جاء فيه:"من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون"[19].

2. الاتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع و قد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 و الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال و قدره و في حالة عدم اتفقاهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا. و عليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك رفض الطعن"[20]

- القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 و الذي جاء فيه :"الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، و من ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا

---

[19] -القرار الصادر في 03-04-1991 المجلة القضائية لعام 1993 – العدد الثاني- الصفحة 55.

[20] - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 92/07/21 ملف رقم 83603- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 134

دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن" [21]

- من خلال العرض السابق للآراء الفقهية و سكوت المشرع الجزائري و عدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضى الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية، و هو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري و الذي سبق و أن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضى الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية- قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30 و الذي قضى :" أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، و ليس عقدا رضائيا بين الزوجين"[22] و بالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، و يبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

المطلب الثالث: بدل الخلع

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. و بدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" و سكت لم يكن ذلك خلعاً، و إن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً. و إذا لم ينو شيئا "لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

---

[21] - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 138

[22] -القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 تحت رقم 1141262 –غير منشور – مأخوذ عن كتاب الأستاذ "زودة عمر" –المرجع السابق-صفحة 159.

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها و خلاص نفسها منه.

فما حكم أخذ الزوج لبدل الخلع؟ و ما يصح أن يكون بدلا؟ و ما يشرط غيره؟

و للإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من القانون و كذا اجتهادات المحكمة العليا.

موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة و كذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، و بعبارة فقهية أكثر دقة:"أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع"، و لهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع و الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً و قانوناً.

و لكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، و ليس للزوجة حق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

و في جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً و متفقاً عليه بين الزوجين.

- أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع و لم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

و قد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا، و الذي جاء فيه:

"إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع و ليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءاً على صداق مؤجل و ما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق" (23)

- كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء فيه:"من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره بعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

و تأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج مبلغاً قدره

---

[23] **- قرار منشور في مجموعة الأحكام القضائية – الجزء 1**

خمسين ألف دج (000 50دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معاً " [24]

و خلال تربصنا الميداني لدى محكمة سيدي بلعباس و مجلسها القضائي عاينا بعض التطبيقات حول الخلع من أمثلتها:

- الحكم الصادر في 2000/06/04 و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

رفعت المدعية (ع م) دعوى في 2000/04/02 ضد (ق م) جاء فيها أنها تزوجت به في1998/07/08 وصدر حكم بشع ضدها عن محكمة سيدي بلعباس في 2000/01/16 قضى بإرجاعها إلى بيت الزوجية و لم يسع الزوج إلى إرجاعها و طلبت في دعواها التطليق.

و في عريضة إضافية اقترحت أن تدفع للمدعى عليه قيمة صداقها المقدرة بـعشرين ألف دينار جزائري بدلا للخلع (000 20دج) في حين طلب المدعي عليه الرجوع إلى بيت الزوجية و احتياطيا في حالة تمسكها بالخلع فله الحق في صداقها المتمثل في سلسلة ذهب قيمتها ألفي دينار جزائري (2000دج) و تعويضا قيمته خمسة آلاف دينار جزائري (5000دج)وسبعيات بـثلاثين ألف دينار جزائري (30.000دج) و سلسلة قيمتها سبعمائة دينار جزائري (700دج).

و في جلسة الصلح تم الاتفاق بين الزوجين على مبلغ عشرين ألف دينار جزائري(000 20دج) كبدل للخلع و سلسلة كتاب.

فحكم قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة سيدي بلعباس المرفوعة أمامه الدعوى حضوريا علنيا ابتدائيا نهائيا بالطلاق بالتراضي بين الطرفين على أساس الخلع، و الإشهاد أن المطلق تسلم مبلغ قدره عشرين ألف دينار جزائري (000 20دج) نقدا

---

[24] - القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد الأول- صفحة 92

و سلسلة كتاب مقابل خلعها و سلمتها المطلقة بالجلسة و بحضور دفاعها و الإشهاد بأنها تنازلت عن باقي حقوقها.[25]

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة سيدي بلعباس في سنة 1991 و تتلخص وقائعها فيما يلي:

رفعت السيدة (ع ز) أمام محكمة سيدي بلعباس في 1991/06/15 دعوى مخالعة ضد المدعى عليه (ع ق) الذي كانت تزوجت به في 1990/08/08 و عرضت عليه مقابل خلع قدره عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) و طلبت نفقة إهمال شهرية قدرها ستمائة دينار جزائري (600دج) تسري من تاريخ 1990/10/18 إلى غاية النطق بالحكم و نفقة عدة قدرها ثلاث آلاف دينار جزائري (3000دج) والتمست تمكينها من أثاثها و ذكرت قائمة الأثاث المتروك في بيت الزوجية مؤسسة طلبها على فساد أخلاق المدعى عليه و سوء طباعه في مضجع الزوجية.

في حين فند المدعى عليه أقوال المدعية بخصوص فساد أخلاقه، و تمسك برجوعها إلى بيت الزوجية و التمس احتياطيا قبول طلبها المتعلق بالخلع لكن بمقابل قدره ستين ألف دينار جزائري (000 60 دج).

و لم تفلح محاولة الصلح بين الطرفين إذ تمسكت الزوجة بمخالعة نفسها و تغيب المدعى عليه عن حضور هذه الجلسة، و جاءت حيثيات الحكم كما يلي:

"حيث أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين و قد عرفه الفقهاء بأنه عقد إتفاقي و ثنائي الأطراف يكون عادة بعرض الزوجة لمبلغ من مال معلوم ممن تقوم شرعا، مقابل طلاقها و بقبول صريح من الزوج لهذا العرض و قد ورد ذكره في المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري بدون تفصيل تاركا المشرع للمحكمة إمكانية الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة "

---

[25] - **حكم محكمة سيدي بلعباس صادر في 2000/06/04**

فعرَّف هذا الحكم الخلع و كيَّفه فقها و قضاءاً ثم بين أصله في القرآن و في السنة كما يلي:

"حيث أن أصل الخلع ما جاء في قوله تعالى: **{ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }**[26]

حيث أن أصل الخلع ما جاء في أحاديث الرسول -صلى الله عليه و سلم- منها حديث الحافظ الذي أخرجه "البراز" من حديث "عمر" و كذا في موطأ "الإمام المالك" عن" يحيى بن سعيد" عن" عمرة بنت عبد الرحمن بن زرارة".

كما عرفه و كيَّفه على ضوء المذهب المالكي في إحدى حيثياته: "حيث أنه جاء في بداية المجتهد للفقيه المالكي "ابن رشد" ما يلي: و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق فأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذ فرك المرأة جعل الخلع للمرأة.

ثم رجع إلى القضية المعروضة عليه و كيّف الوقائع على أن عرض الزوجة لمقابل الخلع و إبداء الزوج معارضته في طلب الرجوع قدم طلبا احتياطيا مبينا رغبته في الخلع بمقابل ستين ألف دينار جزائري (000 60دج) أي ست مرات (6) ما عرضته زوجته و هو ما جعل القاضي يستنتج قرينة على أن الطرفين متفقين على مبدأ المخالعة، لكنهما اختلفا حول مقدار بدل الخلع، ثم رجع إلى أحكام الشريعة لتعريف و تحديد مقابل الخلع فجاء في إحدى حيثياته:" حيث أنه ثبت عن الرسول -صلى الله عليه و سلم- أن مبلغ المخالعة يكون في حدود مقدار الصداق الذي أداه الزوج لزوجته يوم الزواج منها، وإن كان هناك أقوال بأخذ الزيادة. إلا أن معظم الفقهاء كرَّهوا ذلك.

---

[26] **-سورة البقرة الآية 229.**

ثم رجع إلى المادة (54) من قانون الأسرة التي منحت للمحكمة سلطة تقدير البدل في حالة عدم الإتفاق عليه بما لا يجاوز صداق المثل وقت الحكم، و بالتالي فإن طلب الزوج لمبلغ ستين ألف دينار جزائري (000 60دج) كبدل للخلع، مبالغ فيه و عرض الزوجة لمبلغ عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) مجحف في حقه مما أدى إلى تقديره بما يعادل صداق المثل، و حدده القاضي آنذاك بمبلغ عشرين ألف دينار جزائري (000 20دج) تلتزم الزوجة بأدائه مقابل خلع نفسها منه.

و بالنسبة لتوابع الخلع حكم القاضي بعدم استحقاق الزوجة المختلعة لمؤخر الصداق و النفقة الواجبة، و رفض طلبها المتعلق بنفقة الإهمال و نفقة العدة لبينونة المدعية، و إلزام الزوج المخالع بتمكين مخالعته من الأثاث، لأنه أقر قائمته.

المبحث الثالث:آثار الخلع

إن الخلع اعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية لطلب من الزوج يرتب آثارا منها ما يتعلق الجانب الإجرائي المتمثل في طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه و منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي المتمثلة في توابع الخلع و تتناول هذا المبحث ضمن مطلبين

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إن يستشق من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية الفاصلة في الخلع انقسامها إلى اتجاهين :الأول يقبل الطعن بالإستئناف في أحكامها و الثاني لا يقبل الطعن فيها بذلك.

الإتجاه الأول:أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر إبتدائية نهائية إستنادا إلى المادة (57) من قانون الأسرة التي تنص :"الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدافي جوانبها المادية" إضافة إلى ما أوردته المادة(48) أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للإستئناف.

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوي الخلع غير قابلة للإستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الإبتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقص إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا.

و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقص مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية.

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الإقتضاء و ليس عقد رضائيا بين الزوجين [27]

لكن على جانب هذا الإتجاه يوجد اتجاه معاكس لذلك و هو ما سنراه فيما يلي:

الإتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالإستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها

[27] -الأستاذ "عمر زودة" -كمرجع سابق صفحة 162.

الطعن بالإستئناف إنتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى و بعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى اللافت للإنتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة.[28]

و نحن نرجع هذا الإتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كه الزوجة لزوجها في فترة ما و لظروف مؤقتة يجعلها تبغضه ولا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه و بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها وتندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الإنفصال و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة و الرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا استنادا إلا قوله - صلى الله عليه و سلم **:"إقبل الحديقة و طلقها تطليقة"** و اعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى و لو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع و الشرط يبطل و في رأينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعته بمهر و عقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للإستئناف.

أما البينونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان و كذا الطلاق المكمل للثلاث.

---

[28] -الأستاذ "عمر زودة"-كمرجع سابق صفحة 161.

المطلب الثاني: توابع الخلع

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق و تندرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع و تتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و اعتدادها و نفقة عدتها و سقوط الحقوق الزوجية بالخلع.

الفرع الأول :الآثار التي ينفرد بها الخلع

1. إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءا أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قوله تعالى: { **فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** } إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

2. اعتداء المختلعة:

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة و به قال "أبو حنيفة" و "مالك" و"الشافعي" و "أحمد" في رواية لهم و استدلوا على ذلك بما يلي:

قوله تعالى{**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ** }[29] و ما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

---

[29] ـ سورة البقرة الأية 228

قال أبو داود حدثنا القصنبي عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال:عدة المختلعة عدة المطلقة"

القول الثاني: المختلعة تعتد بحيضة واحدة، و ذهب إليه ابن تيمية و ابن قيم و هي رواية معتمدة عن أحمد واستدلوا في ذلك :

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال:"إن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي -صلى الله عليه و سلم فأمرها أن تعتد بحيضة.

- و روى عن "الربيع بنت معود بن عفراء": أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها و هي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله -صلى الله عليه و سلم- فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال :**"خذ التي لك عليها و خل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها"**.

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الإعتداد بثلاث حيضات و ذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه، ما أن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه، و دلالة ثلاثة حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

و كذا المادة (558) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء و ما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تمتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص،ويستطيع ذلك أن اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحامل.

3. سقوط الحقوق الزوجية:

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و الزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، و لا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج.

أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها، و لكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، و لا يسقط غيره، و في حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة (54) من قانون الأسرة تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجان عليه، و هنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه "من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، و ليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءا على الصداق المعجل و ما ثبت لديهم من الظلم".

الفرع الثاني: الآثار العامة

وهي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفكم الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، وعلى القاضي الإستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، و نفقة المحضون و سكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و نظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز و هي:

1. نفقة العدة:

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك و المتنازلة عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة

من قانون الأسرة "و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق" و على القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين و تجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقد هذا الحق و ليس المطالبة به.

2. نفقة الإهمال :

نصت المادة (74) من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها الدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع و تقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين و هي شهرية.

3. الحضانة:

عرفت المادة (62) من قانون الأسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا" و يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم يليها من هم أحق بالحضانة و بعدها حسب نص المادة (64) من قانون الأسرة و على القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية.

4. نفقة المحضون:

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة "نفقة المحضون
و سكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا" فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك، و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك، يقوم بدفع

أجرة السكن حسب مقدور الأب، تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

5. حق الزيارة:

في مقابل الحكم للأم بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب، تلقائيا دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام، و يحدد في الحكم أوقات و أماكن الزيارة.

المبحث الرابع: الفرق بين التطليق و الخلع

يتحد التطليق و الخلع في كونهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع والقانون، إذ يجد كليهما أساسه في الشريعة الإسلامية السمحاء بكل مصادرها، كما كرّسهما التشريع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول العربية و الإسلامية، و يعد كل منهما طلقة بائنة، تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، و لا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء و يحدد الآثار و التوابع المنجرة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطتهما، إلا أنهما يختلفان من أوجه عدة نبينها ضمن هذا المبحث الذي يشتمل على أربعة مطالب و هي:

المطلب الأول: من حيث الماهية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرّف 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 خلعاً، و إنما يكون طلاقاً 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 و لو لم يذكر المبلغ المالي.

فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، و عليه 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 دفعه 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 لقوله تعالى:**"فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله، فلا جناح عليهما فيما افتدت به"** [30].

المطلب الثاني: من حيث الأساس

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

- التطليق لعدم الإنفاق.
- التطليق للعيب.
- التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة.
- التطليق للغيبة.
- التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً.

[30] **سورة البقرة- الآية 229**

- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

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.

1- قيام الرابطة الزوجية و الشروط المتعلقة بالزوجين.

2- الصيغة.

3- البدل.

و من خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها و نفورها منه و بهذا يكون للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطليق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي و هو ما يعرف بالخلع.

المطلب الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي.

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 و مطابقة الوقائع على النصوص و تمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضه، اعتماداً على الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة، بينما تضيّق 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 حسبما استقرينا عليه سابقا.

بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية و صحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلاً الخلع، في مقابل التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلاً.

المطلب الرابع: 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 بها 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 شرطاً 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 إلى عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزاد على ما تراضيا عليه، وبالتالي فلا يمكن إسقاط أي حق من هذه الحقوق إلا بنص أو اتفاق.

وعلاوة على ما قيل فإن من الحقوق المتعلقة بالنفقة والحضانة لا يمكن الاتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام وعلى القاضي الحكم بها تلقائيا.

الخاتمة

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان وأي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه قد يلحق بالزوجة ضررا أيّا كان نوعه إذا فعل ذلك لمجرد إلحاق الأذى بها فلها الحق في طلب التطليق عليه إن أرادت مفارقته شريطة أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 53 من ق.أ وإذا لم تستطيع إثبات ذلك فقد خول لها المشرع مسلك آخر يمكنها اللجوء إليه ألا وهو الخلع بشرط أن تدفع لزوجها مقابل إفتداء نفسها منه وهذا طبقا لنص المادة 54 من ق.أ.

إلا أنه ورغم ما توصلنا إليه ولمسناه من بحثنا المتواضع يمكننا القول بأن المشرع الجزائري لم يهتم بمسألة إنحلال الزواج بالقدر الكافي وخاصة حالتي التطليق والخلع بحيث خص لكل حالة مادة واحدة فقط على الرغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما الكبيرة في المجتمع نظرا لما قد يترتب عنهما من تشتيت للأسرة وتفريق للأولاد وأن إغفاله هذا قد يؤدي إلى تضارب في الإجتهادات والأحكام وتناقضها من مجلس لآخر.

ويظهر جليا إغفال مشرعنا لهذين الموضوعين إذا ما نظرنا إلى ما قام به نظراؤه في الدول العربية الأخرى كسوريا ومصر والمغرب الأقصى الذين فصلوا أحكام الخلع والتطليق بشكل لا يترك مجالا للجدل والنقاش.

وأمام سكوت المشرع وإغفاله فيجب علينا دائما الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبق لأحكام المادة 222 ق.أ.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقدم بعض الملاحظات حول التطليق والخلع والتي بإمكان المشرع تداركها مستقبلا وتتمثل في:

-على المشرع الجزائري أن يحدد مفهومي التطليق والخلع حتى لا يقع هناك خلط بينهما كما عليه أن يبين شروط وآثار كل منهما كما هو الحال عليه في التشريعات العربية الأخرى.

-كما يجب عليه أن يبين التكييف القانوني لكل من الخلع والتطليق وأن يحسم مسألة ما إذا كان الخلع عبارة عن طلاق أم فسخ لأن كل حالة ولها أثارها الخاصة بها.

-كما عليه أيضا أن يحسم مسألة كون الخلع هو حق إرادي للزوجة أم مجرد رخصة تستعملها لكن بقيود.

-عليه أيضا أن يحسم مسألة إجراء الصلح ويقرر ما إذا كان إجباري يترتب على عدم القيام به بطلان الإجراءات أم أنه اختياري يمكن الاستغناء عنه.

-كما يجب عليه أن يفصل في مسألة العوض في الخلع ويقرر ما إذا كان بإمكان الزوج أخذ من زوجته أكثر مما أعطاها كمهر لها.

-على المشرع الجزائري أن يضمن قانون الأسرة إجراءات خاصة برفع الدعوى في مادة الأحوال الشخصية توجه القضاة والمتقاضين على حد السواء إلى معرفة إجراءات المحاكمة والتقاضي التي يجب عليهم إتباعها..

خطّــة المذكّــرة

المقدمة:

الفصل الأول: انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة.

المبحث الأول: ماهية التطليق

المطلب الأول: تعريف التطليق

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق

المبحث الثاني: المبررات المادية للتطليق.

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: شروط التطليق لعدم الإنفاق.

الفرع الثالث: حكم عدم الإنفاق و أساسه.

المطلب الثاني: طلب التطليق لغياب الزوج.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: شروطه.

الفرع الثالث: حكمه و أسبابه.

المطلب الثالث: طلب التطليق لحبس الزوج.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: شروطه.

الفرع الثالث: حكمه (أساسه).

المبحث الثالث: المبررات المعنوية للتطليق.

المطلب الأول: طلب التطليق للعيوب.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: شروطه و حكمه.

الفرع الثالث: سقوط حق المرأة في طلبه.

المطلب الثاني: طلب التطليق للهجر في المضجع.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: شروطه و حكمه.

الفرع الثالث: سقوط حق المرأة في طلبه.

المطلب الثالث: طلب التطليق للضرر المثبت شرعا.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: أنواعه.

الفرع الثالث: دور الحكمين و شروطها.

المطلب الرابع: طلب التطليق لارتكاب الفاحشة.

الفرع الأول: تعريفه.

الفرع الثاني: شروطه.

الفرع الثالث: أساسه.

الفصل الثاني: أحكام الخلع والفرق بينه و بين التطليق

المبحث الأول : ماهية الخلع:

المطلب الأول : تعريفه وألفاظه.

المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته:

المطلب الثالث: طبيعة الخلع

المبحث الثاني: شروط الخلع

المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية والشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل والزوج

المطلب الثاني: صيغة الخلع

الفرع الأول: الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع

الفرع الثاني: الإتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج لصحة الخلع

المطلب الثالث: بدل الخلع.

المبحث الثالث:آثار الخلع

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

المطلب الثاني: توابع الخلع

المبحث الرابع: الفرق بين التطليق و الخلع.

المطلب الأول: من حيث الماهية

المطلب الثاني: من حيث الأساس

المطلب الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي

المطلب الرابع: من حيث الآثار

الخاتمة.

قائمة المراجع

أولا: المراجع.

📖"الأستاذ عمر زودة" –طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- دار النشر أنسكلوبيديا.

📖"عبد العزيز سعد" - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.

📖 الأستاذ عبد العزيز سعد : الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري

📖"الدكتور عبد الرحمن الجزيري"- الجزء الرابع – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- المكتبة التوفيقية.

📖"الدكتور عامرالزيباري"- أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية – ديوان المطبوعات الجامعية.

📖"الأستاذ العربي بلحاج"- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول- الزواج و الطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية.

📖بلحاج العربي: مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية،1999

📖"الإمام محمد أبو زهرة"- الأحوال الشخصية- دار الفكر العربي.

ثانيا: القوانين.

📖المستشار الدكتور نصر الدين مروك-2004- قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق- دار الهلال للخدمات الاعلامية.

📖الأستاذ "دلاندة يوسف" – قانون الأسرة مدعم بإحدى مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.

📖قانون الاجراءات المدنية

📖القانون المدني.

ثالثا: المجلات القضائية.

📖المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.

📖المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثالث

📖المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول

📖المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني

📖الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا- الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.

📖مجموعة الأحكام القضائية- الجزء الأول.