

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغربية للأسرة

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الخاص

تحت إشراف:
أ.د. تشوار جيلالي

إعداد الطالب:
عماري نور الدين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ التعليم العالي	أ.د. حمليل صالح
مناقشا	جامعة وهران	أستاذ التعليم العالي	أ.د. يقاش فراس

السنة الجامعية : 2017-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

صدق الله العظيم

أهدي هذا العمل

- إلى من كان خلقه القرآن سيدي وحببي وقرّة عيني
رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم
- إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما.
إلى والدي العزيزين حفظهما الله.
- إلى اخوتي واخواتي و ابنائهم جميعا.
- إلى كل من يحمل قطرة دم في صلة رحمي عائلتا عماري وكرزي .
- إلى من علموني حروفا من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسمی وأجل عبارات في العلم إلى من صاغو لي علمهم حروفا ومن فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح إلى أساتذتي ومعلميا الكرام .
- إلى جميع الأهل والأصدقاء.
- إلى كل من اتخذ من العلم منهجا.

التشكرات .

• اشكر الله سبحانه وتعالى ان مدني بالصحة والعافية ووفقني لإعداد هذا العمل .

• إلى استاذي المشرف الاستاذ الدكتور " تشوار جيلالي "

اتقدم بالشكر الجزيل وألتمس منه العذر على المشقة التي سببتها له وأسأل الله العظيم أن يجزل له المثوبة والأجر لما أمدني بزد عظيم من دقيق ملاحظاته وتوجيهاته التي قومت كثيراً من الاعوجاج الذي أصاب بحثي، وصوبت كثيراً من الأخطاء لتخرج هذه الرسالة على هذه الصورة.

• الى أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل وتحملوا عناء قرائته وتقييمه

وتقويمه جزاهم الله عني خيراً

الاستاذ الدكتور حميدو زكية رئيساً

الاستاذ الدكتور صالح حمليل مناقشا

الاستاذ الدكتور يقاش فراس مناقشا

• ولا يفوتني أيضاً أن أتوجه بالشكر الجزيل لكل من كانت له يداً بيضاء علي، ولكل من

أمدني بعون المادي أو المعنوي.

نورالدين عماري

قائمة المختصرات:

- ص: الصفحة
- ط : الطبعة
- ج: جزء
- م.ع: المحكمة العليا.....
- م.ق: المجلة القضائية.
- ن.ق: نشرة القضاة.....
- غ.أ.ش: غرفة الاحوال الشخصية.....
- د.س.ن: دون سنة نشر.
- د.د.ن: دون دار نشر.....

المقدمة

لقد شرع الشارع الحكيم الزواج لحكم كثيرة وأغراض نبيلة أهمها عمران الكون وازدهاره إذ لا يعمر الكون ويزدهر إلا به لهذا شرع الله سبحانه وتعالى الزواج كوسيلة للتناسل وحث ودعا إليها¹. لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾². وقوله تعالى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾³، وقوله عليه الصلاة والسلام: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"⁴.

والغرض الأسمى والغاية العظمى من مشروعية النكاح، هي التناسل والتكاثر، وبقاء النوع الإنساني، في بناء سليم منظم يقوم على الأسرة وحفظ الأنساب، حيث يعرف كل فرد حقوقه وواجباته، فينشأ من ذلك المجتمع، الصالح الذي يسير بالأمة في مدارج الرقي والتقدم، وبذلك يستمر تعمير الكون بالنوع السوي من الإنسان الذي يعبد الله ويلتزم دين الفطرة والتوحيد⁵.

كما أن النكاح راحة للرجل والمرأة ففيه يجد كل من الزوجين الأُنس بصاحبه، والاستراحة والاستقرار النفسي والعاطفي والاستعانة به في هذه الحياة التي لاتخلو من متاعب وألام، يخفف منها أن يجد المرء من يشاركه فيها ويعنه عليها⁶.

¹ - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 8 .

² - سورة النور، الآية 32 .

³ - سورة النساء ، الآية 3 .

⁴ - رواه البخاري ، في كتاب الصوم ، ومسلم في كتاب النكاح .

⁵ - الصادق بن عبد الرحمان ، الغرياني ، الأسرة ، دار ابن حزم للطباعة والنشر بيروت، لبنان، 2007، ص 9 .

⁶ - عبد المجيد محمود " مطلوب " المرجع السابق، ص 9.

ولما كان الزواج محققا للمصالح الدينية كتأمين العفة والإحسان، وبت نسل يعبد الواحد الديان، فإنه يحقق مصالح دنيوية عظيمة من أظهرها بناء الأسرة التي يسكن فيها كل من الزوجين إلى الآخر ويجد عنده المشاعر الدافئة والعاطفة الحميمة¹.

ولتحقيق المصالح السامية فقد نبه الله عزوجل في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾².

فالزوجية بذلك سنة من سنن الله في الخلق والتكوين وهي عامة مطردة، لا يشد عنها عالم الإنسان، أو عالم الحيوان أو عالم النبات³، مصدقا لقوله تعالى:

﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁴. وقوله جل وعلا: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ﴾⁵.

وهي الأسلوب الذي اختاره الله للتوالد والتكاثر، واستمرار الحياة بعد أن أعد كلا الزوجين وهما، بحيث يقوم كل منهما بدور إيجابي في تحقيق هذه الغاية⁶. ولما كانت الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع هاته الجماعة البيولوجية الاجتماعية التي تقوم على عنصرين أساسيين في تكوينها، هما الرجل والمرأة واللذين يربط بينهما رابط متين هو الزواج، فلقد سعت القوانين المغاربية إسوة بالشريعة الإسلامية إلى تنظيم هذا الكيان وإخضاعه لمجموعة من الضوابط والقيم حتى يكون بمنأى عن الغريزة التي لا ضابط لها.

¹ - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي القاهرة، 2009، ص7.

² - سورة الروم، الآية 21 .

³ - السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار الفتح للأعلام العربي، القاهرة، 2000، ص05.

⁴ - سورة الذاريات، الآية 49.

⁵ - سورة يس، الآية 36 .

⁶ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 05.

وعليه فإن العناية بتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون رعايتها وأخذ الطريق عليها ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة، تضمن بقاءها ونموها وتقديس أصلها وهو الزواج.¹

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الزواج ابتداء من نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري بحديثه على أنه "عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" وصولاً إلى نص المادة 37 منه، في حين نظم المشرع المغربي أحكامه ابتداء من نص المادة 04 من مدونة الأسرة بنصه على أن "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام المدونة" إلى غاية نص المادة 69 من المدونة .

كما نظم المشرع التونسي أحكام الزواج في مجلة الأحوال الشخصية ابتداء من نص المادة 03 من المجلة والتي نصت على أنه "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين ويشترط لصحته إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية المهر" إلى غاية نص المادة 28 من المجلة.

وسمي الزواج بالميثاق الغليظ الذي توثق به القلوب وتحفظ به المصالح، ويندمج به كل من الطرفين بصاحبه حتى يصير كل واحد منهما لباساً للآخر²، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾³. وقوله أيضاً: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ ﴾⁴.

¹ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2004/2005، ص 02.

² عبد الله عابدي، حق الزوجين في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006، ص 6.

³ - سورة النساء الآية 21 .

⁴ - سورة البقرة، الآية 187 .

ولقد عنت الشريعة الإسلامية كما القوانين الوضعية بتوفير جميع السبل والضمانات الضرورية لإحاطة هذا الميثاق بحماية كاملة وجعله بمنأى عن ما يمس به ويؤثر فيه الأثر السلبي، إلا أنه وبالرغم من كل الضمانات الشرعية والتشريعية ومهما تكن نية الزوجين في الاستمرار والدوام عند الدخول في هذا الميثاق، فإن ذلك لايعني بأية حال من الأحوال أنه عقد أبدي، لا تفك رابطته ولا تحل عقده¹، فالزواج عقد وتعايش، والتعايش لايمكن أن يتم بغير المودة وحسن المعاشرة، ومن تم إذا تباينت طبائع الزوجين واختلفت أخلاقهما فلا يتم الترابط والانسجام بينهما ومن هنا فلا مصلحة للمجتمع في الإبقاء على مثل هذه الزوجية المضطربة². فاستمرار الحياة الزوجية مرهون بحسن العشرة ومراعاة الواجبات، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³ وقوله الرسول (ص) «استوصوا بالنساء خيرا»⁴. فإذا بدا البغض من الزوج بما يجعله يخالف هذه التوجيهات القرآنية والنبوية مخالفة جوهرية يصبح الجو العائلي متوترا وخطيرا على أفراد الأسرة كافة، فلا مناص من مبادرته بالطلاق ولا يعتبر التسبب ذا جدوى لأنه على فرض، رفض القاضي دعواه لانعدام السبب أوقصوره فإن ذلك لا يردعه لتغيير حالته النفسية البغضة وبالتالي يتمادى في النشوز وتعدى حدود الله فتضار الزوجة والزوج في آن واحد مما يجعلها هي الأخرى تتمنى الخلاص من هذه الرابطة⁵.

وقد يكون فك الرابطة الزوجية بتوافق إرادتي الزوجين معا عن طريق الطلاق بالتراضي وهو ذلك الإتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق وحول آثار الطلاق إذ يرفع الزوجين أمرهما وفق ما إتفقا عليه للقاضي من أجل التفريق بينهما بموجب عريضة مشتركة بينهما إذ أن الأصل في أن كل عقد يتم بإرادتين أن ينتهي بتوافق هاتين الإرادتين وقد نص على هاته

¹ - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 06.

² - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 03 .

³ - سورة النساء الآية 19 .

⁴ - رياض الصالحين ، ص 140 .

⁵ - أعمار يحيوي ، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون والتشريع الجزائري ، دار الأمل للطباعة والنشر،

الجزائر 2010 ، 302 .

الألية في فك الرابطة الزوجية، المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة بنصه " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أوبتراضي الزوجين" ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المغربي بحديثه في المادة 114 تحت عنوان الطلاق بالاتفاق بقوله " يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة أو لاتضر بمصالح الأطفال". فوفقا للمادة قد يتفق الزوجان على الافتراق نظرا لصعوبة الاستمرار في الحياة الزوجية لإعتبارات عديدة وهذا الإفتراق قد يكون دون قيد أو شرط أوبشروط معينة شريطة أن لا تخالف أحكام الشريعة والأداب العامة والأخلاق تبعا لأحكام هذه المدونة وأن لا يضر بمصالح الأطفال¹. كما تحدث المشرع التونسي عن الطلاق بالتراضي في الفصل 31 التي نصت على " بحكم بالطلاق :

1/ بتراضي الزوجين ... " ويكون بذلك المشرع التونسي وعلى غرار المشرعين الأسريين المغربي والجزائري أجاز للزوجين وفي حال الإتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما أن يلجأ إلى القضاء بموجب عريضة مشتركة بينهما موقعة من كليهما من أجل إفراغ هذا الإتفاق في شكل حكم قضائي .

وقد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إذ جعل الإسلام الطلاق حق الرجل وحده لأنه أحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال، ما يحتاج إلى إنفاق مثله أوأكثر منه، إذا طلق وأراد عقد زواج آخر².

وورد في مشروعية الطلاق قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾³، وفي السنة النبوية قوله (ص) «يا عبد الله إبن عمر: طلق زوجتك»⁴. وتحدث المشرع الجزائري

¹ - محمد الأزهر ، شرح مدونة الأسرة المطبقة ، دار النشر المغربية ، المغرب ، الطبعة الرابعة 2010 ، ص310 .

² - السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، مصر، 2000، ص 158 .

³ - سورة البقرة الآية 236 .

⁴ - أخرجه أحمد في المسند، 42/2

عن الطلاق بالإرادة المنفردة في المادة 48 من قانون الأسرة في قوله " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج.

ومن خلال المادة يتضح أن قانون الأسرة الجزائري لم يخرج عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول المغاربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دونما الرجوع إلى الزوجة، أي أن إرادتها تتعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني في المادة 48 من قانون الأسرة التي أشارت أن الزواج يحل بالطلاق إذ أكدت الصورة الأولى منه وهي إرادة الزوج والنابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، ذلك أن البارز شرعا وقانونا هو ملكية عامة للزوج فالإسلام فوضه وحده للقيام بذلك¹.

وعلى غرار المشرع الجزائري أقر المشرع المغربي في مدونة الأسرة بحق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة بنصه صراحة في المادة 78 " الطلاق حل ميثاق الزوجية ، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة " إذا إعتبروفقا للمادة أن الطلاق حل ميثاق الزوجية بطلب من أحد الزوجين ولا يلجأ له إلا إستثناء، وسيرا على مبدأ المساواة الذي نهجه المشرع في مدونة الأسرة، إذ جعل ممارسة الطلاق للزوجين معا بعد أن كان حكرا على الزوج فقط². وعالج المشرع التونسي مثله مثل المشرع المغربي مسألة الطلاق من باب المساواة بين الزوجين في مسألة إحداثه إذ نص صراحة في الفصل 29 على أن " الطلاق هو حل عقدة الزواج " وفي الفصل 31 على أنه " يحكم بالطلاق:

- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر .
- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجين به "

¹ - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 13 .

² - محمد الأزهر ، المرجع السابق ، ص 234.

ويلاحظ مما سبق في إطار حديثنا عن دور إرادة الزوج في إحداث الطلاق أن المشرع الجزائري إنفرد في الإقرار بحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دونما مراعاة لإرادة الزوجة وهي المعدمة في ذلك، عكس المشرعين الأسريين المغربي والتونسي والذان تحدثا على حق الزوجين في إيقاع الطلاق لكل منهما على قدم المساواة، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يهضم حق الزوجة في اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية بالإعتماد على إرادتها المنفردة دون الإعتماد بذلك على إرادة الزوج .

وعملا بمبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات أقرت التشريعات المغاربية هذا المبدأ وضمنته في قوانينها للأسرة فبعدما تحدثنا عن دور إرادة الزوج في إيقاع الطلاق نجد أن هذا الحق منح كذلك للزوجة كمكنة قانونية لحل الرابطة الزوجية اصطلاح عليه تسمية التطلق والخلع وهما النظامان اللذان يكون فيهما لإرادة الزوجة الحيز الأكبر، ولقد نظمت الشريعة الإسلامية ومن خلالها الفقه الإسلامي وكذا التشريعات المغاربية للأسرة هاته المسألة بالإقرار الصريح بإرادة الزوجة في اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية بطلب منها من خلال استعمالها لحقها في التطلق أو الخلع.

حيث وكما أعطت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الحق للزوج في فك الرابطة الزوجية هذا الحق الذي لا يجوز الخروج عنه إلا إستثناء أعطت للزوجة حق الانفصال عن زوجها لضرر من الأضرار المحددة فقها والتي ذكرتها القوانين، ومتمى كرهت الزوجة الإستمرار في الحياة الزوجية مع زوج لم تطق المقام معه لسوء خلق أو خلقه. وعليه فتمت تحقيق شيئا مما ذكرناه سابقا جاز للزوجة اللجوء إلى القضاء طالبة منه فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق التطلق أو بإتباعها طريق الخلع وهما موضوع دراستنا .

ويعرف التطلق على أنه منح الزوجة حق طلب التطلق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة ورغبة في رفع الضرر والغبن عنها، هذا الطلاق الذي يتم أمام القاضي بعد رفع دعوى من الزوجة ضد الزوج لتوافر سبب من الأسباب المحددة فقها وقانونا، فوفقا للشريعة

الإسلامية تتمتع المرأة في الإسلام بحق طلب إنهاء الرابطة الزوجية من القاضي، إذ تضررت من زوجها ضررا بالغاً لا تستطيع الحياة في ظله، وإذا أثبتت ذلك أمام القاضي حكم بتطليقها، وقد حدد الفقهاء الأسباب التي إذ توفر أحدها تكون الزوجة متضررة من زوجها ضرراً يبيح لها الطلاق من زوجها بموجب حكم قضائي¹، ونفس الأمر ذهبت إليه القوانين المغربية للأسرة إذ نص المشرع الجزائري على حق المرأة في التطلاق في المادة 53 من قانون الأسرة بقوله "يجوز للزوجة التطلاق للأسباب التالية :

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه .
- إرتكاب فاحشة مبينة
- الشقاق المستمر
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .
- كل ضرر معتبر شرعي "

وتحدث المشرع الأسري المغربي عن التطلاق بسبب الشقاق والمنظم بالمواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة ثم هناك الأسباب التقليدية الأخرى للتطلاق ، والتي تم تعدادها ضمن المادة 98 من المدونة وهي كالتالي : " للزوجة طلب التطلاق بناء على أحد الأسباب الآتية:

¹ - محمد جمال عطية عيسى، حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية في النظم القانونية والوضعية والشرائع السماوية، دار النهضة العربية، الطبعة 2، القاهرة، 2000، ص 54 .

- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج .
- الضرر
- عدم الإنفاق
- الغيبة .
- العيب .
- الإيلاء و الهجر . "

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد سوى بين الزوجين في حق اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية طبقا للفصل 02/31 بقوله : " يحكم بالطلاق :

- بناء على مطلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر .. "

وإن أجازت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حق الزوجة في اللجوء إلى التطبيق و ربطته بتوافر إحدى الحالات المنصوص عليها شرعا وقانونا فإن لجوء الزوجة لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لا يشترط فيه أي شرط إذ تلجأ له الزوجة متى كرهت الإستمرار مع الزوج ولم تطق المقام معه لسوء خلقه أوخلق،ولقد أقرت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية هذا الحق للزوجة متى كرهت العيش مع زوجها ،ويعرف الخلع على أنه حل عقدة الزواج بلفظ الخلع أوما في معناه بألفاظ مختلفة تدل عليه نظير عوض تلتزم به الزوجة .والخلع جائز لا بأس به عند غالبية الفقهاء وذلك لحاجة الزوجة التي يشق عليها الإستمرار في الحياة الزوجية إلى طريق الخلاص منها ويستمد مشروعيته من الكتاب والسنة ففي القرآن الكريم نجد قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِزُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا

أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ¹.

ولقد أكدت السنة النبوية على مشروعية الخلع لما روي عن النبي (ص) في خصوص ذلك من روايات كثيرة وإن اختلفت في ألفاظها إلا أنها كانت كلها تدور حول موضوع واحد وهو قضية المرأة التي رفعت دعواها إلى الرسول (ص) تشكو فيها زوجها و تذكر من بين هاته الأحاديث :

ما روي عن ابن عباس قال : "جاءت امرأة ثابت قيس بن شماس إلى رسول الله (ص) فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله (ص): أتريدين عليه حقيقته ؟ " قالت نعم ، فقال رسول الله (ص) : " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة "².

وتحدثت القوانين المغاربية عن جواز الخلع للزوجة وهو ما قال به المشرع الجزائري والمغربي وخالفهم في ذلك المشرع الأسري التونسي الذي لم ينص إطلاقا على الخلع في مجلة الأحوال الشخصية عكس المشرعين الأسريين الجزائري والمغربي وإن اختلفا في تكييفه إذ إعتبره المشرع الجزائري حقا أصيلا للزوجة بنصه صراحة في المادة 54 من قانون الأسرة على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ". في حين إعتبره المشرع المغربي في مدونة الأسرة رخصة للزوجة إذ لا تكون إرادة الزوجة في إحداثه على طلاقها إذ لا بد من تراضي الزوجين عليه وهو ما يتضح جليا من نص المادة 115 " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا للمادة 114 أعلاه ."

¹ - سورة البقرة ، الآية 229 .

² - رواه البخاري و النسائي .

وتكمن أهمية دراسة موضوع ارادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في إتصاله بالواقع الإجتماعي بصفة عامة وبالأسرة بصفة خاصة وما ينشأ عن العلاقة الزوجية من خلافات والتي قد تنتهي غالبا بالتفريق في حالة عدم وجود صلح يضع حدا للنزاع .

ونظرا لإرتباط موضوع فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة بجدل حاد حملت لواءه بعض المنظمات والجهات التي تدعي السعي لتحرير المرأة وإتهامها للشريعة الإسلامية وقوانين الأسرة المستمدة غالبا منه بإهمال حقوق المرأة ، ونظرا للمكانة التي تحتلها المرأة داخل الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة كان من الأهمية بما كان دراسة هذا الموضوع وتوضيح المكانة السامية والمحترمة للمرأة في الإسلام من خلال تبيان مدى إهتمام الدين الإسلامي بالمساواة بين الرجل والمرأة في مسألة إحداث الطلاق إذ لها ما للرجل من حقوق وواجبات لها ما للرجل وعليها ماعليه، مع مراعات الفوارق الطبيعية بينهما وكذا تبيان حقوق المرأة خاصة تلك المتعلقة بفك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة،إنطلاقا من مبدأ المساواة بين الزوجين فيما أن البناء في عقد الزواج يتم بإرادتها فلا بأس أن يكون لكل منهما إرادة في حل عقد الزواج وفقا للضوابط الشرعية والقانونية .

وسعينا من خلال دراستنا للموضوع إلى تحليل ومقارنة النصوص الخاصة بمجال فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في القوانين المغاربية وكذا أحكام الفقه الإسلامي وتوضيح دور إرادة الزوجة فيها والتي تعتبر الدراسات فيها قليلة مقارنة بمواضيع أخرى،ويطرح موضوع إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية إشكالية رئيسية تتمثل في :

ما مدى إلترام القوانين المغاربية بالإعتراف للزوجة بحقها في فك الرابطة الزوجية إعمالا لإرادتها المنفردة كحق مقابل لحق الزوج في الطلاق ؟

وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة إشكالات فرعية تتجلى في :

(1) فيما تكمن إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطليق .

2) فيما يتجلى دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالخلع.

وطبيعة الموضوع تفرض علينا أن تكون دراستنا بالاعتماد على المنهج التحليلي المقارن من خلال عرض النصوص القانونية وتناولها بالتحليل والنقد والترجيح والمفاضلة من خلال إبراز إيجابياتها وسلبياتها ومقارنتها ببعضها البعض لمعرفة مقتضيات بعض التشريعات المقارنة، وكذا مقارنتها بما جاء في أحكام الفقه الإسلامي لتبيان الأساس الشرعي لها في أحكام الشريعة الإسلامية.

وللإجابة على إشكالية موضوع دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية سأقسم دراستي هاته إلى بابين اثنين كالآتي :

الباب الأول: سأنتظر فيه إلى دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطليق.

الباب الثاني: سأنتظر فيه إلى دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالخلع.

الباب الأول
دور إرادة الزوجة في
حل الرابطة الزوجية
بالتطبيق

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق وجعله حقا للزوج وذلك ما هو ثابت بالقرآن والسنة ومقابل ذلك أعطت الشريعة الإسلامية الحق كذلك الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطليق وإرادتها المنفردة متى تضررت من زوجها ضررا يستحيل معه البقاء في عصمته، فمتى أثبتت ذلك كان لها الحق في اللجوء إلى القضاء ليحكم لها بذلك، هذا الأخير الذي عليه أن يجيبها لطلبها بعد تحققه من توافر السبب المميز للتطليق، وفي ذلك إنصاف لها ورفع للضرر عنها.

وما تجدر الإشارة إليه أنه ولإجابة المرأة لطلبها بالتطليق لا بد من توافر مجموعة من الأسباب والتي حددتها الشريعة الإسلامية وحدت حدودها في ذلك القوانين المغاربية هاته الأخيرة والتي إن اختلفت في تحديدها لهاته الأسباب إلا أنها اتفقت في مجملها على أحقية الزوجة في تفعيل إرادتها في حل الرابطة الزوجية بالتطليق.

وهو ما سنحاول تبيانه من خلال تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: التطليق لعدم الإنفاق، ومخالفة الشروط المتفق عليها و التطليق للغيبة والحبس.

الفصل الثاني : التطليق للعيوب و الايلاء و الهجر و الفاحشة و اللعان.

الفصل الثالث: التطليق للشقاق و النشوز و التعدد و الضرر المغير شرعا.

الفصل الأول

التطليق لعدم الإنفاق، ولعدم الالتزام بالشروط المتفق عليها و التطليق للغيبة

والحبس.

إن عقد الزواج يترتب عليه مجموعة من الالتزامات التي على الزوج أن يتحملها اتجاه زوجته، وضرورة الوفاء بها تعتبر من الأهمية بما كان إذ يعتبر كل تقصير منه أو إخلال بأي التزام من هاته الالتزامات سبب يجيز لها في حالة ثبوته اللجوء إلى القضاء طالبة التطليق وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية، وكذا القوانين الوضعية إذ تحدث المشرع الجزائري عن ذلك في نص المادة 53 من قانون الأسرة والمشرع المغربي في المادة 94 إلى غاية المادة 113 من المدونة الأسرة المغربية في حين أن المشرع التونسي سوى بين الزوجين في حق اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية طبقا للفصل 31 الفقرة 02.

كما يمكن لها ذلك في حالة غيبته بدون عذر ولانفقة وكذلك في حالة حبسه.

وهو ما سنحاول توضيحه بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: التطليق لعدم الإنفاق، ومخالفة شروط المتفق عليها في عقد الزواج.

المبحث الثاني: التطليق للغيبة والحبس.

المبحث الأول

التطليق لعدم الإنفاق، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها و ذلك ما أقرته الشريعة الإسلامية وكذا القانون وبالرغم من اختلاف الفقهاء في استحقاق النفقة وفق لضوابط مختلفة إلا أن كل من القوانين المغاربية اتفقت على وجوب نفقة الزوج على زوجته وتخلفه عن النفقة يؤدي حتما إلى حقها في المطالبة بالطلاق ما لم تكن عالمة إعساره وقت الزواج.

ذلك وقد يتضمن عقد الزواج مجموعة من الشروط تكون حاصل اتفاق بين الزوجين مما يستوجب ضرورة الوفاء بها وتخلفها أو مخالفتها يعطي للزوجة حق المطالبة بالتطليق وذلك ما أقرته الشريعة الإسلامية وكذا القوانين المغاربية.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق.

المطلب الثاني: التطليق لمخالفة شروط المتفق عليها.

المطلب الأول

التطليق لعدم الإنفاق.

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها إذ تعتبر بذلك حقا من حقوقها والتي تثبت لها بمجرد العقد عليها بموجب عقد زواج صحيح ولا تسقط عنها إلا بنشوزها أو بانحلال الرابطة الزوجية وتشمل ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وعلاج وكل ما يلزمها، وعلى الزوج الوفاء بها مادامت الزوجية قائمة ومتى تخلف عن ذلك جاز لها المطالبة بالتطليق مستعملة في ذلك حقها المشروع الذي أجازته لها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية.

وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: مفهوم النفقة وحكم وجوبها.

الفرع الثاني: مشتقات النفقة وتاريخ استحقاق النفقة وسقطاتها.

الفرع الثالث: التطليق للإعسار بالنفقة.

الفرع الأول

مفهوم النفقة و حكم وجوبها.

سنحاول تحديد المعنى اللغوي والاصطلاحي للنفقة لنتحدث بعد ذلك عن حكمها وادلة

وجوبها.

أولاً: مفهوم النفقة.

النفقة لغة مشتقة من نفوق (بضم النون) أي الهلاك أو النفاق أي الزواج¹، وهي اسم لما

ينفقه الإنسان على غيره²، وهي اسم من الانفاق وهو بدل المال في وجه من وجوه الخير وما

¹ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب ج6، دار المعارف، القاهرة، ب.س. ن.ص 4507.

² عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للطباعة والنشر، مصر، 2004، ص 186.

يفرض للزوجة على زوجها من طعام وكساء وسكن وحضانة ومال ونحوه، والجمع نفقات ونفاق، وسميت بذلك لأنها مشتقة من نفوق والهالك، يقال نفقت الدراهم أي نفقت ونفقت الدابة نفوقاً أي ماتت أو من النفاق وهو الرواج، يقال نفقت البضاعة نفاقاً أي راجت ورجب فيها، ونفقت المرأة أي كثر خطابها، وأنفق المال أفنقر وذهب ماله¹.

وهي الإخراج ولا تستعمل إلا في الخير، وهي مشتقة من نفوق الذي هو الهالك يقال: نفقت الدابة تنفق نفوقاً أي: ماتت ونفقت الدراهم أي نفذت².

والنفقة قسمان:

الأول هو نفقة الانسان على نفسه وهي واجبة عليه إذا قدر عليها وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم (إبدء بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك)³، والثاني نفقة تجب على الانسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة القرابة والنكاح والملك⁴، حيث تعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى أحد سببين اثنين هما الزواج أو القرابة⁵.

أما اصطلاحاً فهي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، وسكن، وخدمة، ودواء وإن كانت غنية⁶ وتطلق في اصطلاح الشرعيين على ما تحتاج به الزوجة من طعام وكسوة وفرش وخدمة وكل ما يلزم لها بحسب العرف⁷ فهي بذلك ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده، وأقاربه من طعام وكسوة، وعلاج وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج⁸.

¹-مصطفى ابراهيم، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط دار الدعوة، د.س.ن، ص(950-951).

²- محمود على السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، الأردن، 2010، ص 131.

³- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، المجلد الثاني، دار طيبة، ط1، د، ب، ن، 2006، ص693.

⁴- محمود على السرطاوي، المرجع السابق، ص 131.

⁵- بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، وفقاً لأخر التعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول (أحكام الزواج) الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص340.

⁶- السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الأولى، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 2000، ص 109.

⁷- عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 186.

⁸- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 340.

وتستحق الزوجة النفقة من زوجها جزاء احتباسها لحقه، ومنفعته سواء كانت مسلمة أو كتابية، أو فقيرة أو غنية¹.

ولم تقدم القوانين المغاربية للأسرة تعريفاً للنفقة مكتفية بالقول بوجوبها على الزوج اتجاه زوجته وكذا تحديد مشتملاتها وذكر حالات سقوطها.

إذ بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نظم أحكامها ابتداءً من المادة 74 إلى غاية المادة 80 إذ نص على وجوبها للزوجة طبقاً للمادة 74 وللأولاد طبقاً للمادة 75 ونص عن مشتملاتها في المادة 78، وكذلك الأمر بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية والتي أغفلت تعريف النفقة، واكتفى المشرع المغربي بالقول بوجوبها على الزوج اتجاه زوجته وأبنائه، والأقارب منظماً أحكامها ابتداءً من المادة 187 إلى غاية المادة 205 من المدونة. في حين أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية هي الأخرى لم تقدم مفهوماً للنفقة مكتفية بذكر أسبابها ووجوبها وكذا مشتملاتها ونظمت أحكامها ابتداءً من الفصل 37 إلى غاية الفصل 53.

ثانياً: وجوب النفقة.

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها إذ لاختلاف بين الفقهاء في ذلك شرط الاستقرار ببيت الزوجية وعدم ثبوت نشوزها فهي بذلك أثر من آثار عقد الزواج الصحيح وحقا من حقوق الزوجة على زوجها سواء كانت غنية أو فقيرة.

وذلك ما هو ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والقياس أما في الكتاب فنجد قوله تعالى

﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾²، وقوله عز وجل ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ﴾³. واستنبط بعض العلماء وجوب النفقة على الزوج من قوله تعالى ﴿فَإِذَا

¹ - أحمد الغندور، تعليق على مشروع الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، سنة أولى عدد 1/1977، الطبعة الثانية، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويتية، 1984، ص 269.

² - سورة الطلاق، الآية رقم 07.

³ - سورة البقرة، الآية رقم 233.

يخرجنكما من الجنة فتشقى¹. ولم يقل فتشقى فدل على أن أدم عليه السلام يتعب لنفقته ونفقتها وبنوهما على سنتهما². وقوله تعالى في حق المطلقات: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾³، فإذا كانت السكنى واجبة للمطلقة فالزوجة أولى⁴.

أما في السنة النبوية فقوله (ص) في حجة الوداع: «واتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحد تكرهونه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»⁵. وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها: أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، قال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁶. وعن معاوية القشيري- رضي الله عنه، قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أخذنا عليه؟... قال «تطعمها إذا أطعمت وتكسوها إذا كسيت ولا تضرب الوجه، ولا تقبح ولا تهجر إلا في بيت»⁷.

أما في الإجماع، فقد قال ابن قدامة: «اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين، إلا الناشز منهن، ذكر ابن المنذر وغيره قال: وفيه ضرب من العبرة، وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب، فلا بد من أن ينفق عليها»⁸.

وأما القياس، فقد جاء في المغني «فلأن المرأة محبوسة لحق الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب، فلا بد من أن ينفق عليها لأن كل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت

¹ - سورة طه، الآية رقم 117.

² - محمود السرطاوي، المرجع السابق، ص 131.

³ - سورة الطلاق، الآية رقم 06.

⁴ - محمود على السرطاوي، المرجع السابق، ص 131.

⁵ - ابي بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن الكريم ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، د.س، ن، ص 375.

⁶ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 110.

⁷ - السيد سابق، المرجع نفسه، ص 110.

⁸ - السيد سابق، المرجع نفسه، ص 110.

نفقته عليه كالقاضي والعامل والموظف ونفقة الزوجة تشمل الطعام والإدام والكسوة وآلة التنظيف ومتاع البيت والسكن والخادم إن كانت ممن تخدم"¹.

أما في القانون فقد نص كل من التشريع الجزائري والمغربي والتونسي على وجوب نفقة الزوجة على زوجها؛ إذ نجد ان المشرع الجزائري نص في المادة 74 من قانون الأسرة على أن "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أودعوتها إليه ببينة مع مراعاة احكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون"؛ يستخلص من هذه المادة أنه للزوجة حق النفقة بالدخول بها أومتى دعته إليه ببينة ومتى كان عقد الزواج صحيح، والمقصود بالدخول الخلوة الصحيحة بالزوجة سواء قاربها جنسيا اولا ومتى دعته وكانت أهلا للتمتع بها.

فسبب وجوب النفقة عليها هو جزاء احتباسها لحقه ومنفعته لأن عقد الزواج متى وقع صحيحا صارت الزوجة حلالا للزوج ولا يحل لغيره وذلك حفاظا على نسب الابناء من الاختلاط.²

فالمعلوم أن النفقة مرتبطة بالاحتباس، ففي مقابل هذا، يكون الزوج ملزما بالإنفاق إلا أنه لا يمكن أن نتصور، حتى ولم تم الاتفاق بين الزوجين على أن تتحمل الزوجة نفقاتها وتخلي الزوج عن حقه في الاحتباس، وسقوط الإلزام عن الزوج بالإنفاق عليها³ فهو ملزم بذلك بحسب المادة 74 من قانون الأسرة رغم الاتفاق أوالشرط القائم بينهما وسارت اجتهادات المجلس الأعلى أنذاك على وجوبية إنفاق الزوج على زوجته ونجد منها.

- من المقرر شرعا بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها.⁴

¹ - محمد علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 132 .

² - بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ، دار الطباعة والنشر بيروت لبنان، 1967، ص 234-235.

³ - تشوارجيلي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، قانون الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق وهران، ن 2007، ص 77-78.

⁴ - المجلس الأعلى - غ.ق.خ 10-02-1971، ن.ق.ج 1971 عدد 2، ص 66.

وأكدته في قرارها الصادر 1987.02.10 بقوله "من المقرر فقها وقضاء أن النفقة المستحقة للزوجة تعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء، بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية¹.

كما جاء تأكيدا في قراره الصادر في 1987.02.09 حيث قضى :

- "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"²، ويستخلص من قرارات المحكمة العليا السابقة الذكر مدى وجوبية إنفاق الزوج على زوجته إذ أنه من الحقوق الشرعية الثابتة والتي تثبت بالزوجية، وعلى القاضي الحكم بها مراعيًا حال وظروف التمتع بالزوجة.

أما بالرجوع إلى المشرع المغربي فقد نصت المادة 194 من مدونة الأسرة على "أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها". وعليه يلزم الزوج بالإنفاق على زوجته بمجرد العقد، فلا بد من أن يعقد عليها حتى تستحق النفقة، وهكذا فإنه غير ملزم بذلك أثناء فترة الخطبة ولا يمكن للمرأة أن تطالب بالنفقة الزوجية من زوجها، ويستوى في ذلك أن تكون ثرية أو فقيرة³.

ويتضح من مقتضيات المادة 194 السالف ذكرها أن نفقة الزوجة لا تستحق إلا من وقت البناء بها أو الدعوة إليه من طرفها سواء من الزوج أو رفض البناء، وبشروط فقط أن تكون صالحة البناء أي صالحة للدخول⁴.

والظاهر أن سبب تأخير النفقة إلى حين البناء من المنظور الفقهي إنما لما يترتب على عقد الزواج من أحقية الزوج في احتباس زوجته عليه ودخولها في طاعته لاستيفاء المقصود

¹ - المجلس الأعلى - غ.أ.ش 09-02-1987 ملف رقم 44630/، م.ق 1990 عدد 3، ص 55.

² - المجلس الأعلى - غ.أ.ش 10/02/1984 ملف رقم 39394 بتاريخ 10/02/1984، ن.ق عدد 44، ص 151.

³ - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الرابعة، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2010، ص 423.

⁴ - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول (عقد الزواج وآثاره)، الطبعة الثانية دار الزواج، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 445.

من الزواج والاحتباس يكون حائلا يمنعها من الخروج للتكسب الأمر الذي يوجب النفقة عليها¹.

وقد حكم القضاء المغربي في قرار له في 8 ماي 1970: " إن الحكم المطعون فيه اعتبر المطالبة القضائية بحقوق الزوجة دعوة إلى الدخول موجب للنفقة على الزوج ابتداء من تاريخ المطالبة لم يخرق الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية الذي لم ينص على إجراءات خاصة تتحقق بها الدعوى للدخول ولم يرد فيه كما صرح به الحكم المذكور ما يفيد أن الدعوة للدخول يجب أن يسبق تاريخ المطالبة بالنفقة...."². وبذلك، فإن رفع دعوى النفقة من جانب الزوجة غير المدخول بها يمثل في الحقيقة دعوة إلى الدخول تستحق به النفقة³. أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد نص الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه " يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها؛ ومؤدى هذا النص أن وجوب الإنفاق على الزوجة سببه هو، الزوجية والدخول بالزوجة، وأن يكون الإنفاق، أثناء مدة العدة بعد المفارقة والملاحظ أن تحديد النص وجوب النفقة على الزوج لزوجته بالدخول وأثناء مدة عدتها بعد مفارقتها إياها هو تحديد فيه قصور لأن النفقة في الشرع تجب بعد الزواج وتستحق بالدخول والطاعة⁴.

وسار القضاء التونسي على وجوب الإنفاق على الزوجة المدخول بها حيث جاء في قرار مدني مؤرخ في 22 مارس 1961 بأن " الزوج مطلوب بالإنفاق على زوجته المدخول بها ولو كانت خارج محل الزوجية مادام لم يقم بمطالبتها بالمعاشرة أو باعتبارها ناشرا عند

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص (445 - 446).

² - المجلس الأعلى 8 ماي 1970، مجلة المجلس الأعلى عدد 21، ص 8، نقلا عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص445.

³ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 445.

⁴ - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008 ص 71-72.

امتناعها من الرجوع¹. وبعد حديثنا عن مفهوم النفقة وحكمها ووجوبها ننقل في الفرع الموالي للحديث عن مشتملاتها وتاريخ استحقاقها ومسقطاتها.

الفرع الثاني

مشمتملات النفقة وتاريخ استحقاق النفقة و مسقطاتها.

وسنتحدث في هذا الفرع عن مشتملاتها وتقديرها(أولاً) ثم تاريخ استحقاقها و مسقطاتها.

أولاً: مشتملاتها وتقديرها.

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة، والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة؛ فمادامت الزوجية قائمة والزوج معاشر زوجته فهو الذي يتولى الانفاق عليها ويجبئها بما فيه كفايتها من طعام وكسوة وغيرها ومادام متولياً هذا الانفاق وقائماً بالواجب فليس للزوجة طلب فرض النفقة².

ويتضح من المادة أن أنواع النفقة ومشمتملاتها تتمثل في النفقة الغذائية والتي تشمل الغذاء والكسوة والعلاج ومن نفقة السكن أو أجرته، وأحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل من بين مشتملات النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وفي الإطار العام لمستوى الحياة الإجتماعية في حدود طاقة الزوج وبلا إسراف ولا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع من العرف والعادة يتغير حسب الزمن والتطور والأمكنة والأحوال، لأن ظروف الحياة في تغير مستمر، فقد يصبح ما لم يكن مطلوباً في وقت لازماً في وقت آخر

¹ المجلس الأعلى ، 22 مارس 1961، قرار مدني عدد 794، ن 1961، ص 40 نقلا عن مصطفى صخري، مجلة الاحوال الشخصية المنقحة بالقانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 معلق عليها بأحدث القرارات التعقيبية، تونس 2011، ص 91.

² عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، على وقف مذهب الحنفية وما عليه العمل بالمحاکم، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 108.

وما يعتبر من الضروريات من جهة هو من الكماليات من جهة أخرى ويظهر هذا جليا بين الأسرة الفقيرة وكذا الأسرة الغنية¹.

كما نصت المادة 79 من قانون الأسرة على أنه " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " وبهذا أخذ المشرع من خلال هذه المادة بالرأي القائل بأن يراعي في تقدير النفقة حال الزوجين معا فإن كان الزوجين موسرين وجبت على الزوج نفقة الموسرات أي إذا كان لها ما يغنيها في حياتها فيجب أن لا يرهق كاهل الزوج بتحديد مبلغ كبير ويعتبر نص المادة أكثر عدلا على أن تطبيق القاضي لحال الزوج بوصفه المعني بدفع النفقة يجد سنده في القرآن الكريم². وما تجدر الإشارة إليه أنه إستنادا للمادة 79 لا يمكن للقاضي مراجعة تقديره للنفقة قبل مضي سنة من الحكم. وهو ما سار عليه إجتهد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1980.12,15:

- "من المقرر قانونا أن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري وإعفاء ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يستوجب النقض³.

وبذلك يظهر جليا مدى الاهتمام الذي أولاه إجتهد المحكمة العليا للوضعية الاقتصادية للزوج من يسر وعسر وضرورة مراعاتها في تقدير النفقة.

وفي قرار آخر لذات المحكمة قضت بأنه "من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم

¹ - اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2003/2002، ص 42.

² - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 182.

³ - م.ع.غ، أ. ش قرار بتاريخ 1980/12/15 ملف رقم 21823، ن.ق 2، 1981، عدد 2، ص 105.

فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفة للقواعد الشرعية¹. وجاء في قرار آخر أنه " من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة"².

وقد نص المشرع المغربي على مشمولات النفقة في المادة 189 من المدونة بنصه على "تشمل النفقة الغذاء والعلاج والكسوة، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168". فتشمل النفقة طبقاً لهذا النص الغذاء والعلاج والكسوة وما يعتبر من الضروريات حسب ظروف الزمان والمكان وكذا التعليم للأولاد.

والظاهر أن هاته العناصر وردت على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن المشرع أضاف إليها ما يعتبر من الضروريات³.

ونستشف من هذه المادة أن المشرع المغربي، وعلى عكس المشرع الجزائري، استثنى تكاليف سكن المحضون عن النفقة، وذلك ما هو واضح من خلال المادة 168 من المدونة والتي نصت على أنه "تعتبر تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها".

وطبقاً للمادة 190 من المدونة فإن المحكمة تراعي في تقدير النفقة تصريحات الطرفين وحججهما مراعية في ذلك دخل الملمزم بالنفقة وحال مستحقها ومستوى الأسعار والاعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة طبقاً للمادة 189 وكذا مراعاة الوضعية للمعيشية والتعليم للأبناء قبل الطلاق طبقاً للمادة 85.

وتطبيقاً لذلك، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 11.02.1980 بما يلي: "حيث إن الفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية الزم في تقدير النفقة الزوجة مراعاة حال الزوج المنفق، وحال الزوجة المنفق عليها، وإن استعمال المحكمة لسلطتها التقديرية شرط بيان ما يبرره تطبيق مقتضيات الفصل المذكور"⁴.

¹ م.ع.غ، أ. ش قرار بتاريخ 15/12/1980 ملف رقم 44630، م.ق، 1990، عدد 3، ص 55.

² م.ع.غ، أ. ش قرار بتاريخ 23/04/1996 ملف رقم 136604، م.ق، 1997، عدد 2، ص 89.

³ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 447.

⁴ المجلس الأعلى، 11/02/1980، قرار 82 م.ق.م.ع. 65. 89، ص 249 نقلاً عن الأزهر، المرجع السابق، ص 430.

وعلى غرار المشرعين الجزائري والمغربي حدد المشرع التونسي مشمولات النفقة في الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية إذ نص على أنه " تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " ومعلوما أنه يراعي في تقدير هاته النفقة وضع المنفق وحال الوقت والأسعار طبقا للمادة 52، وهو ما سار عليه القضاء التونسي ومن ذلك نجد القرار المؤرخ في 28 أبريل 1975 والذي نص على " تشمل النفقة المأكل والملبس والمسكن وغيرها من الضروريات و تقديرها موكول لاجتهاد محكمة الموضوع حسب وضع المنفق وحال الوقت والأسعار وذلك دون رقابة عليها في ذلك من لمحكمة التعقيب متى كان حكمها معطلا قانونا مستمدا مما له أصل ثابت في الأوراق"¹.

ويلاحظ ومما سبق من تناول أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية مدى التوافق في مسألة مشتملات النفقة بالرغم من إخراج مدونة الأسرة لنفقة سكن محضون من مشتملات النفقة و جعلها مستقلة عنها طبقا لنص المادة 168 وما يلاحظ كذلك نص كلا من المشرعين المغربي والتونسي صراحة على شمول النفقة على مصاريف التعليم وهو ما يتضح من خلال نص المادة 189 من المدونة والفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية وأكدتهم المادة 46 من المجلة في حين أعفل المشرع الجزائري ذلك في المادة 78 من قانون الأسرة.

وتوافق كل منهم في مسألة تقدير النفقة وفقا لحال الزوجين والظروف الاقتصادية والاجتماعية لهما ويسرهما وعسرهما.

ثانيا: تاريخ استحقاق النفقة ومسقطاتها.

بالرجوع إلى المادة 80 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى". نستخلص أن الأصل أن استحقاق النفقة هو تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء، ذلك أن المشرع الجزائري راعي حالات عديدة التي يغادر فيها احد الزوجين لمسكن الزوجية والتي

¹- محكمة التعقيب، 28 أبريل 1975، قرار تعقيبمدينعدد 11477 نقلا ، مصطفى صخري، المصدر السابق، ص 99.

قد تدوم فيها الفرقة بينهما، مدة زمنية قبل المطالبة بالطلاق دون أن يلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته. وعليه فالمشرع جاء باستثناء هو أنه مكن القاضي بأن يحكم للزوجة بنفقة إهمال للمدة التي تدعي فيها عدم الإنفاق عليها، حيث تقدم دليل على ذلك بشرط أن لا تتجاوز المدة سنة قبل رفع الدعوى¹، وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا بقولها في إحدى قراراتها ما يلي:

- " من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن تم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبب ليس في محله، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاء الموضوع لما قضا بدفع الزوج لمطلقة نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسببا كافيا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

أما في مدونة الأسرة المغربية فالأصل أن النفقة للمرأة حال الزواج قائمة طبقا للمادة 194 من المدونة التي تنص على أنه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء بها وكذلك إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها عقدا صحيحا". في حين أن المادة 195 من المدونة نصت على أنه " يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت".

فإذا حكمت المحكمة للمرأة بالنفقة، في حالة إذا كان الزوج ممتعا عن الإنفاق، فإن القاضي يجب أن يحكم بتحديد النفقة المستحقة للزوجة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق وليس من تاريخ الحكم³. وبذلك يكون المشرع المغربي قد خالف المشرع الجزائري في تحديد تاريخ استحقاق النفقة إذ أن المشرع الجزائري حدده بتاريخ رفع الدعوى ويمكن أن يمتد إلى سنة قبل رفعها إذا كانت هناك بينة، بينما تبين في المدونة أنها حددت تاريخ استحقاق النفقة

¹ - عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المنشورات ثالثة، 2007 الجزائر، ص 123.

² - م.ع.غ، أ. ش 1989/12/25 ملف رقم 57506، م.ق، ، 1991، عدد 3 ص 65.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 438.

من تاريخ الامتناع ولكن ما يجدر الإشارة إليه هو مشكلة إثبات امتناع وإمساك الزوج إذ أن مسألة إثبات ذلك عسيرة.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 38 من مجلة الاحوال الشخصية على أنه " يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها". ففي الأصل فقد ربط المشرع التونسي بين واجب النفقة والدخول، فالنفقة لا تجب على الزوج إلا من تاريخ الدخول¹. وهو ما أكدته القضاء التونسي في العديد من قراراته إذ جاء في واحد منها أن " الزوجة لا تستحق النفقة من زوجها إلا بالدخول بها فالحكم لها بها قبل الدخول فيه خرق للقانون يوجب النقض²."

وحول سقوط النفقة فنجد أنه بالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري نجده انه في المادة 37 الملغاة نص صراحة على " يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها".

إلا أن الأمر 02/05 المعدل القانون الأسرة لم يشر إلى سقوط نفقة الزوج اتجاه زوجته وبذلك:

فبعدما كانت المرأة تحرم من نفقة الإهمال إذا كان نشوزها ثابتا وعليه فإن الزوجة في هذه الحالة حرمت من النفقة لأنها خرجت عن طاعة زوجها وضربت الواجبات الزوجية عرض الحائط³.

وقد أغفل المشرع هاته المادة في تعديله لقانون الأسرة واكتفى في المادة 55 بالتنصيص على أنه " إذا ثبت نشوز إحدى الزوجين حكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

¹ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، جدلية التقليد و التجديد في القانونين التونسي و المقارن، مركز النشر الجامعي 2007، تونس، ص 453.

² - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني عدد 7664 مؤرخ في 10/05/1983، ق.ن عدد 1/1985، ص 64 نقلا عن عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص 453.

³ - عبد الفتاح تقيية، المرجع السابق، ص 125 - 126.

وقد نص المشرع المغربي في المادة 195 من المدونة على أنه " يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الانفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت".

والنص جاء عاما يشمل الزوجة الناشز وغير الناشز على ما يتضح جليا من معناه، إذن على الزوج الذي يريد أن يستفيد من أحكام هاته المادة إلا أن يرفع دعوى إلى المحكمة يطالب فيها من القاضي أن يأمر الزوجة الناشز بأن ترجع إلى بيت الزوجية ثم عند امتناعها من تنفيذ ذلك الأمر أن يرفع دعوى ثابتة يطالب فيها بإيقاف النفقة، ويصبح هذا الحكم الأخير حالة صدوره حجة يرفع بها الزوج دعوى زوجته الناشز¹.

وتطبيقا لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1984 على "إن الطاعن سبق له أن صرح بأنه لا يمكنه أداء النفقة للمدعية مادامت تمتع عن الرجوع إلى بيت الزوجية رغم الحكم الصادر عليها وأدلى بنسخه من الحكم بالرجوع وبمحضر الامتناع عن تنفيذه ولم تجب المحكمة على ذلك طبقا للقانون الذي ينص على إمكان إيقاف تنفيذ النفقة في هاته الحالة لأن ثبوت الامتناع عن الرجوع إلى بيت الزوجية وإن كان لا يؤثر على وجوب النفقة فإنه يكون واقعه قانونية وضرورية يجب مناقشتها في نطاق الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية"².

أما بالنسبة للمشرع التونسي فالرجوع إلى الفصل 39 من المجلة، فإنه يشترط يسار الزوج لمطالبته بالإنفاق على الزوجة حيث جاء بنص الفصل بأنه " لا يلزم الزوج بالنفقة إذا عسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد تمامها عن الانفاق طلق عليه زوجته". وبالرجوع للأحكام المتعلقة بنفقة الزوجة فإنه لا تظهر سوى حالة وحيدة للإعفاء من النفقة وهي الواردة في المادة السابقة من المجلة التي أقرت بإعفاء الزوج³.

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 449.

² - قرار صادر في تاريخ 12 نوفمبر 1984 مجلس قضاء، المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 157 نقلا من محمد الكشور، المرجع السابق، ص 450.

³ - عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص 471.

ولقد أقر الفقه القضائي التونسي نفس الموقف إذ جاء في أحد قراراته " لا يعفى الزوج من الإنفاق على زوجته إلا إذا أخلت بواجباتها الزوجية أو كان الزوج معسرا...."¹.
 ورغم غياب تنقيح تشريعي فإن فقه القضاء التونسي قد دأب على اعتبار إخلال الزوجة بواجباتها الزوجية سببا لسقوط النفقة عنها وحرمانها منها.²
 ويعتبر الإخلال بواجب النفقة سببا مباشرا للتطليق للإعسار بالنفقة وهو ما سنوضحه في الفرع القادم.

الفرع الثالث

التطليق للإعسار بالنفقة.

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ولم يجد ما ينفقه عليها في حين أنها لم تصبر عليه أجاز لها ان تطلب التطليق عند القاضي، فإذا رفعت أمرها إليه، أمر هذا الأخير الزوج وخيره بين الإنفاق أو الطلاق فإذا لم يفعل واحد من هذين قام القاضي وطلق. وهو رأي عمر وأبي هريرة وجماعة من التابعين، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأكثر الفقهاء³. ووفقا لذلك سارت القوانين المغربية وكرسته في قضاءها.

أولا: جواز التطليق لعدم الإنفاق.

ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة، مع خلاف في التفاصيل إلى أن للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الأنفاق، سواء كان الزوج موسرا أم معسرا، وسواء أكان حاضرا أم غائبا وذلك إذا توفرت شروط التفريق لعدم الإنفاق⁴.

¹ قرار تعقبى مدني عدد 4701 مؤرخ في 14 أبريل 1981، ن 1981 ق .م، ج 1، ص 195 نقلا عن عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص 467.

² عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص 471.

³ عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2000، ص 29-30.

⁴ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري للنشر، عمان، الأردن 2010، ص 295.

وتفصيلا لذلك فالمالكية رأوا بأنه للزوجة الفسخ بطلقة رجعية إذا عجز عن نفقة حاضرة الأمامية، بضرورة الماضية دينا في ذمته.

بمعنى أن لها طلب الفسخ والقيام به، رفعه إلى القاضي لا أن توقع الفسخ هي لأن دلالة الفرقة تطليق من القاضي¹. فإذا أرادت الفسخ ورفعت للحاكم الأمر فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق أي يلزمه أحد الأمرين بأن يقول له إما أن تتفق عليها أو تطلقها².

أما الإمام الشافعي يرى " إذا لم يجد ما ينفق عليها تتخير المرأة بين المقام معه أو فراقه³. فإذا عسر الزوج بنفقة زوجته، فإن صبرت صارت دينا عليه، وإن لم يفرضها القاضي، وإلا بأن لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر⁴. ورأى الحنبلية أنه إذا عسر الزوج بنفقة القوت أو الكسوة أو بعضها، للزوجة فسخ النكاح ولها القيام عنده⁵.

وبذلك يكون جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أنه إذا كان للزوج الممتنع عن النفقة مال ظاهر، فلا يحق لها أن تطلب التفريق، بل تأخذ من ماله ولو من دون رضاه، وإذا كان من غير الممكن الأخذ من ماله فللزوجة عند المالكية والحنبلية ان تطلب التفريق، ولا يسمح الشافعية بالتفريق مادام الزوج الممتنع موسرا لأنه يمكن إجباره على النفقة عن طريق القضاء ولا يعطون الزوجة الحق في طلب التفريق إلا في حالة إثبات إفسار الزوج⁶.

فإذا كان الزوج غائبا ولم يثبت هذا الإفسار فلا تملك الزوجة هذا الحق ويعطي المالكية والحنفية هذا الحق إذا غاب الزوج دون أن يترك لها مال تتفق منه، وبذلك تجيز هاته

¹ - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج 2، د.س.ن ص 518.

² - شمس الدين محمد علي الشرح الكبير للدردير، المرجع السابق، ص 519.

³ - مغني المحتاج، ج 3، ص 443.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 582.

⁵ - مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، ج 2، دار الكتاب العربي بيروت، د.س.ن، ص 116.

⁶ - غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الاسلام، الطبعة الأولى، دار الساقى، بيروت، ص 2004، 159.

المذاهب للزوجة ان تطلب التفريق في حالة عجز الزوج الحاضر عن تأمين النفقة الضرورية، من دون تأجيل للزوج المعسر عند الحنابلة ، وبعد تأجيل لمدة ثلاثة أيام عند الشافعية ولمدة شهر عند المالكية ويشترط الشافعية عدم علم الزوجة بفقر زوجها قبل الزواج لحصولها على هذا الحق¹. واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان﴾². وقوله ﴿ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾³. وهنا الامسك به مضره ، بسبب عدم الانفاق، أو تعنته فيه من باب الاعتداء، كأن يقتر في الانفاق ومن هنا أوجب عليه أن يطلقها لأن بقائها معه على هذه الحال إضراراً بها. أما الآية الأولى فتدل على أن يجب على الزوج أن يطلق زوجته لعدم إضراره بها⁴. فان ناب القاضي عنه في الطلاق إذا طلبت الزوجة ذلك رفعا للضرر عنها إذا قامت وقت قيام الزوجية بين الزوجين حقيقة لعدم الإنفاق على زوجته إما لعجزه أو لامتناعه مع يساره⁵. وفي السنة استدل الجمهور بانه روى أبو هريرة عن النبي (ص) انه قال " أفضل الصدقة ما ترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة، إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى أن تدعني⁶. ووجه الدلالة في هذا الحديث هنا أنه للزوج خيارين ، فالأولى الانفاق عليها بالمعروف، والثاني أن يطلقها إذ لم يرد إعطاءها حقها من النفقة. فإن لم يوف بواحد منهما طلق عليه القاضي، ذلك لما علم من نصوص الشريعة من وجوب إزالة الضرر على الناس والذي يتولى ذلك هو الحاكم، ومن ينوب منابه كالقاضي مثله⁷.

¹ - غسان عشا، المرجع السابق، ص 160.

² - سورة البقرة، الآية 229.

³ - سورة البقرة، الآية 231.

⁴ - ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية (دراسة تأجيليه من فقه القرآن الكريم والسنة النبوية والآراء الفقهية المعتمدة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، ص 159.

⁵ - عمرو عيسى الفقي، التطليق في الاحوال الشخصية للمسلمين، مكتبة الغني للموسوعات القانونية، مصر، ص 16.

⁶ - فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء 9، د.س. ن. ص 500.

⁷ - عبد المؤمن بالباقي، المرجع السابق، ص 32.

ثانياً: عدم جواز التفريق.

وهو رأي الحنفية الذين راو أن الإعسار أو عدم الانفاق، ليس سبباً من أسباب التفريق، ولكن القاضي يأمر الزوجة بالاستدانة على زوجها المعسر، وترفع يد الزوج عنها لتعمل وتكسب قوتها، أما إذا كان ممتعاً عن الانفاق فإن القاضي يعاقبه بالتعزير أو بالحبس¹. واستدل الحنفية على رأيهم بقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾².

- فإذا كان الزوج لا ينفق على زوجته لإعساره فيجب إنظاره إلى ميسرة، فالزوج مع إعساره لا يكون ظالماً للمرأة، لعدم قدرته على الانفاق، فلا يجوز لها طلب التطليق بناء على ذلك³.

وفي السنة مارواه جابر قال: دخل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله (ص) فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكنا فقال أبو بكر: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها فوجئت عنقها فضحك رسول الله (ص) وقال " هن حولي كما ترى يسألنني النفقه" فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول الله (ص) ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله (ص) شيئاً أبداً ليس عنده، ثم أعتزلهن رسول الله (ص) شهراً⁴.

ووجه الدلالة هنا أن ضرب أبي بكر وعمر لابنتيهما في حضرة رسول الله (ص) إذا سألاه نفقة لا يجدها، ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما رسول الله (ص) على ذلك، فدل على أنه لا حق لهما فيما طلبتاه من النفقة حال الإعسار، وإذا كان طلبهما لها باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبية ولا يحل لها⁵.

1- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، الأردن، 2002 ص 337.

2- سورة البقرة، الآية 280.

3- محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي و القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 463.

4- مسلم، المرجع السابق، ص

5- وليد خالد ربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النفاس، الأردن، 2007، ص 189.

ثالثا: موقف القوانين المغاربية.

نحت القوانين المغاربية نحو ما أخذ به جمهور الفقهاء وإن اختلفت في بعض الجزئيات إلا أنها اتفقت حول جواز التطليق لعدم الانفاق؛ فبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 53 لقانون الأسرة على انه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

من خلال هذه المادة نستشف أن المشرع الجزائري اقتدى برأي جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، الحنابلة) في مسألة التطليق لعدم الانفاق. وقيد التطليق بمجموعة من الشروط يمكن أن نجملها فيما يلي:

1- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل تطالب بالنفقة و صدر حكم من المحكمة يأمره بذلك ولكنه امتنع عن التنفيذ حيث نصت المادة 1/53 " عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه".

فإن كانت الدعوى لأول مرة للمطالبة بالنفقة فإن القاضي يحكم لها بالنفقة ويعيدها لبيت الزوجية إلا إذا ثبت الامتناع بعد الحكم فإن رفعت دعوى التطليق فإن القاضي يستجيب لها¹.

2- ألا يكون امتناعه عن النفقة بسبب عسره لان هذا الاخير بيد الله ولا يعتبر مبررا لطلب التطليق²، وإنما يتحقق الامتناع موسرا له مال ظاهرا وادعى العكس ففي هذه الحالة وجب على القاضي إجباره على الانفاق³. مصدقا لقوله تعالى: ﴿الله يبسط الرزق لمن

¹ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 272.

² - منصور نور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر 2010، ص 26.

³ - حمليل صالح، الإجراءات التقاضي في المسائل الزواج و الطلاق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1997/1998، ص 203.

يشاء ويقدر وفرحوا بالحياة الدنيا وما الحياة في الآخرة إلامتع¹. وقوله: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾².

3- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس لأنه كان معسرا وتعلم به فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها، وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما³.

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المواد 78 - 79 - 80 من هذا القانون بأن يراعي في تقديرها حال الزوجية وأن لا يتجاوز القاضي مدة السنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بها إن ثبت لديه ما يدعو لذلك، وإلا فتقديرها يكون ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبرره⁴.

ومعلوم أن عبء اثبات الاعسار يقع على الزوجة فالأصل في الانسان مائة مائة ذمته المالية، وأن الاعسار هو حالة طارئة وتبعاً لذلك يقع عبء الإثبات على الزوجة التي عليها أن تثبت أن زوجها أصبح معسرا، وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا، وكانت الزوجة عالمة بإعساره، والاعسار هو واقعة مادية يجوز اثباته بكافة وسائل الإثبات بما فيه البينة والقرائن⁵.

وعليه متى توافرت هاته الشروط مجتمعة وتقدمت الزوجة إلى القاضي طالبة التطليق حكم لها القاضي بذلك متى اثبتت عدم انفاق الزوج عليها.

وسار الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه إذ جاءت مجمل قرارات المجلس الأعلى، والمحكمة العليا بعده مجيزة لحق المرأة في التطليق لعدم الانفاق، ونجد من هاته القرارات ما

¹ - سورة الرعد، الآية 26.

² - سورة البقرة، الآية 280.

³ - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر 2007، ص 32.

⁴ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 273.

⁵ - عمر زودة، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيه فيهما، الجزائر، ص 48.

قضى به، المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/11/19 على أنه « من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبرر لطلبها التطليق عن زوجها»، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله "الزوج إن عجز عن الإنفاق لآجل شهرين دو استحقاق بعدهما الطلاق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هاته المبادئ يعد خرقا للقاعدة الفقهية"¹.

والملاحظ من هذا القرار أنه استدرك ما غفلت عليه المادة 153 والتي جاءت عامة دون تحديد مدة الامتناع عن الإنفاق فحددها بشهرين، اقتداء بما جاء في احكام المادة 331 من قانون العقوبات والتي حددت مدة شهرين متتابعين بعد صدور الحكم بوجوب النفقة من أجل المتابعة جزائيا بشأن جنحة عدم تسديد النفقة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظم أحكام التطليق لعدم الإنفاق في المادتين 102.103 من المدونة إذ نصت المادة 102 منها على أن «للزوجة طلب التطليق بسبب اخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية:

- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه، ولا تستجيب لطلب التطليق.

- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهرا واستثنائي.

- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز.

لقد قرر المشرع المغربي من خلال نص المادة أنه للزوجة في حال اخلال الزوج بواجب الإنفاق فللزوجة حق طلب التطليق من القضاء نتيجة لذلك، ولعل موقف المشرع المغربي هنا هو عملا بما جاء به جمهور الفقهاء " المذهب المالكي، الحنبلي والشافعي".

فإذ ما حصل وإن أخل الزوج بواجب الإنفاق كانت المحكمة، إذ ما طلبت الزوجة التطليق أمام إحدى الحالات التالية:

¹ - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984.11.19، ملف رقم 34791، م.ق، 1989، عدد 03، ص 75.

1- إذا تبين للمحكمة سواء من خلال وثائق الملف أو من خلال البحث الذي تقوم به أو من تصريح الطرفين أمامهما أو الشهود، أن للزوج المدعي عليه مال (منقول أو عقار)، يمكن أخد، وتحصيل نفقة الزوجة منه فإن المحكمة لا تستجيب لطلب التطليق، وإنما تحدد في حكمها طريقة تنفيذ النفقة على الزوج حسب كل ملف وظروفه على حدى، كالاقتطاع من الراتب إذا كان الزوج موظف، أو تحويل مبلغ النفقة من مداخيل أو نصيب المدعي عليه في شركة، أو من ربح تدره عليه عقارات أو من حسابه البنكي لدى المؤسسة مالية... الخ. وذلك دون تقديم الزوجة أي طلب جديد في الموضوع¹. وعلى الزوجة في دعوى التطليق، تحديد المبلغ الذي هي دائنة به لزوجها أو على الأقل المدة، والمال الظاهر للزوج إن لم يكشف عنه، ولها في سبيل ذلك أن تستعين بالنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصيلاً طبق لنص المادة 3 من مدونة الأسرة، وعليه فمتى كان للزوج مال ظاهر فلا تطليق للزوجة².

2- إذا أثبت الزوج العجز عن الإنفاق على زوجته تهمله المحكمة مدة لا تتعدى 30 يوماً حتى يتسنى له الحصول على ما ينفق منه عليها فإن لم يفي بذلك طلقها عليه، إلا إذا وجد ظرف قاهر أو استثنائي، وتلك حالة مؤقتة موكول تقديرها إلى المحكمة، فإن مضى الأجل وزالت حالة الاستثناء، وتبنت قدرته واستعداده للنفقة حكم عليه بها، وإن بقي عاجزاً عن الإنفاق، وتمسكت الزوجة بطلب التطليق فإن القاضي يأمر الزوج أن يطلق زوجته، فإن امتنع، طلقها عليه³.

- إذا لم يكن للزوج المدعى عليه مال وامتنع عن الإنفاق دون أن يثبت عجزه، فإن المحكمة، بعد التأكد من ثبوت الامتناع عن الإنفاق لا يحتمل التأخير دون مبرر مقبول⁴.

¹ عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة (الزواج، الطلاق، التطليق)، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد 7، الرباط، 2008، ص 156.

² محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني (انحلال ميثاق الزوجية وآثاره)، الطبعة الثانية، الرباط، 2009، ص 152.

³ أحمد اباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، الطبعة الأولى، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، الأردن، 2011، ص 295.

⁴ محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2010، ص 127.

وأضافت المادة 103 من المدونة أنه «تطبق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى؛ وإذا كان محل غيبة الزوج مجهولا، تأكدت المحكمة بمساعدة النيابة من ذلك ومن صحة دعوى الزوجة، ثم ثبت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث والمستندات بالملف».

ومن المادة يحيل المشرع هنا على المادة السابقة، حيث تطبق نفس الأحكام على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال طلب التطليق، أما إذا كان محل غيبة الزوج مجهولا، لعدم توفر عنوانه تعمل المحكمة على التأكد بأنه فعلا غائب في مكان مجهول، ومدى صحة دعوى التطليق وتبت للمحكمة اعتمادا على نتيجة البحث والمستندات بالملف¹. ويقع عبء الإثبات في الأصل على الزوجة طالبة التطليق وفقا لقاعدة البينة على من ادعى، إلا أن الفقه المالكي ونظر لصعوبة الإثبات في مثل هاته الحالة، قد وضع قرينة قانونية مفادها أن قول الزوج بيمينه متى كانت الزوجة بحوزته، وقول الزوجة بيمينها متى كانت في غير حوزته².

ولا يمكن اللجوء إلى هاته القاعدة إلا في حالة انعدام الدليل لدى هذا الطرف أو ذاك والذي يثبت بكيفية واضحة انفاق الزوج أو عدم انفاقه، ومن ذلك اقراره بعدم النفقة عليها أو اقرارها بالإنفاق من طرفه³.

ومما سبق يتضح أن المشرع المغربي، وعلى غير المشرع الجزائري أحسن صنعا لما استعمل آلية تنفيذ على المال الظاهر وكذا نصه صراحة في المادة 102 على الأجل الممنوح للزوج للوفاء بالنفقة.

وسار الاجتهاد القضائي المغربي على جواز التطليق لعدم الانفاق وفق الآليات المحددة في النص القانوني سواء قبل تعديل المدونة وبعده حيث قضى المجلس الأعلى في

¹ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الرابعة، 2010، مطبعة النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ص 289-290.

² محمد الكشور، المرجع السابق، ص 153.

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 154.

قراره الصادر 1999/06/22: "حيث أن المحكمة ردت على دفع الطالب بأنه أمام امتناعه من أداء النفقة، وإصراره على ذلك بالرغم من إرغامه زجريا بجعل دعوى المدعية الرامية إلى تطبيقها منه لعدم الإنفاق مؤسسة، وأنها لا ترى موجبا لإهماله لأداء النفقة مادام قد أصر على عدم الانفاق بصفة صريحة في محضر الامتناع، وبذلك تكون قد أجابت ضمنا على محضر الامتناع المحتج به من طرفه، الأمر الذي كان معه القرار معلل بما فيه الكفاية"¹.

وفي قرار آخر قرار قضى ذات المجلس بتاريخ 1999/09/21: "حيث إن المحكمة قد ثبت لديها مما استخلصته من وثائق الملف عجز الطالب عن الانفاق على زوجته المطلوبة لأولادها منه بمقتضى محضر، لعدم وجود ما يحجز لديه، وامهلتته من أجل ذلك من تاريخ 1995/06/30، فاتضح لها اصراره على عدم الانفاق عليها، ولذلك أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به فتكون بهذا قد أجابت ضمنا برفض ما آثاره الطالب من امتناع المطلوبة عن الرجوع إلى بيت الزوجية وصدور الحكم بإدانتها من أجل ذلك وبالتالي فإنه ليس بالقرار المنتقد أي خرق لمقتضيات الفصل 3 كالمستدل به وجاء معلا"².

يستنتج من القرارين السابقين مدى تكريس القضاء المغربي لمسألة حق الزوجة في اللجوء إلى التطليق لعدم الانفاق، ومدى تقيد القضاء بمسألة منح الأجل للزوج كالوفاء بالالتزام النفقة اتجاه زوجته وأولاده وعدم إجابة القضاء لطلب الزوج إلا بعد التقيد بما جاءت به أحكام المادة 102 من مدونة الأسرة من خلال منح أجل للزوج والتطليق عليه بعد فوات الأجل.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فنجد أن أحكام مجلة الأحوال الشخصية اعطت وعلى حد سواء الحق للزوجين في فك الرابطة الزوجية وهو ما جسده الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية والذي نص على :

¹ - المجلس الأعلى، 1999/06/22، ملف الأحوال الشخصية، عدد 345/97 - نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 159.

² - المجلس الأعلى، 1999/09/21، ملف الأحوال الشخصية، عدد 574/96، ص 339 - نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 160.

« يحكم بالطلاق:

1-بتراضي الزوجين.

2-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3-بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به وأنه وبالرجوع إلى الفصلان

23 و 38 من مجلة الأحوال الشخصية كما هو معلوم على الزوج بوصفه رئيس العائلة الانفاق على زوجته المدخول بها وعلى أبنائه منها على قدر حاله وحالهم ، وحال الوقت والأسعار في نطاق عموم مشمولات النفقة، وأنشأ من تعمدته عدم الدفع ما قد يحكم عليه من نفقة لمدة تزيد عن شهر جريمة جزائية¹.

أما إذا كان اخلاله بواجب الانفاق ناجما عن اعساره وإملاقه ثابتين، فإنه يصبح في حل من واجب الإنفاق ولا يلزم أحد بمستحيل، ويصبح من حق زوجته في المقابل، إذ لم تكن على علم بعسره حين العقد، أن تطالب بتطليقها منه إن لم يتدبر أمره في خلال أجل يضره له القاضي والمحدد قانونا بشهرين ذلك استناد إلى ما أجازته أحكام الفصل 39 من المجلة². حيث نص الفصل 39 من المجلة على أنه « لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد اتمامها عن الانفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق».

وعليه وطبقا لأحكام الفصل 39 أنه في حالة إعسار الزوج ومطالبة الزوجة بالنفقة فإن القاضي يمهل الزوج شهرين ليثبت خلالهما إعساره بالنفقة، فإذا انقضت المدة ولم ينفق على زوجته طلق القاضي عليه بعد عجزه عن الانفاق، إلا أنه يشترط في ذلك عدم علم الزوجة بإعساره قبل الزواج وإلا سقط حقها في طلب التفريق للعجز عن الانفاق³.

¹ محمد اللجمي، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، الشركة التونسية للنشر، تونس، 2008، ص 429.

² محمد اللجمي، المرجع نفسه، ص 429.

³ تيسير رجب التميمي، الطلاق بين التعسف المطلق وتفريق القاضي (دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والحاكمة الفلسطينية)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص 198.

ويهدف هذا الضرب من التطليق إلى الملائمة بين وضعية الزوج الذي يعاني الإملاق ولم يرتكب دنبا في حق زوجته باختياره من جهة، وبين حق الزوجة في النفقة حتى لا تكون حاجتها إليها وهي مرتبطة بزواج مدعاة للفساد من جهة أخرى لذلك خصه المشرع الوطني بسند قانوني مستقل عن الطلاق للضرر¹.

وقد عمل فقه القضاء التونسي على تطبيق هذا الفصل إذ جاء بالقرار المدني عدد 4701 الصادر بتاريخ 1981/04/14 أنه «لا يعفى الزوج من الانفاق على زوجته إلا إذا اخلت بواجباتها الزوجية أو كان الزوج معسرا حتى وإن كانت الزوجة تتقاضى مرتبا شهريا، والحكم الذي قضى بخلاف ذلك يكون مستهدفا للنقض لأنه قد خالف النصوص التي جاءت بها م.أ. ش إذ أن وجوب مشاركة الزوجة في الانفاق على العائلة إن كان لها مال لا يعف الزوج من واجب النفقة»².

ويستنتج من القرار أن واجب انفاق الزوج على زوجته لا يسقط بأي ظرف إلا في حالة إخلال الزوجة بواجباتها الزوجية، أو كان الزوج معسرا وكانت عالمة بإعساره فيسقط بذلك حقها في التطليق.

ومما سبق نلاحظ بأن كل من قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، ومدونة الأسرة المغربية أخذوا برأي جمهور الفقهاء (المالكية، الحنفية، الشافعية)، في مسألة التطليق لعدم الانفاق قائلين بجوازه وذلك بالرغم من اختلافهم في بعض الجزئيات. فبالرجوع إلى المادة 53 من قانون الأسرة نلاحظ أن هذا النص جاء عاما، ولم يستثن أي حالة من حالات عدم الانفاق كالتالي نص عليها المشرع المغربي في نص المادة 102 بل عمم حق طلب الزوجة للتطليق على كل الأحوال التي قد يكون عليها الزوج، سواء كان

¹-محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 433.

²-محكمة التعقيب 1981.04.14 ص 195 ، نقلا عن تريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي (تونس نموذجاً)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009، ص 57.

موسرا يستوي أن يكون له مال ظاهر أولاً أو معسراً¹. إذ أن المشرع المغربي ميز بين ثلاث حالات كما سبق ذكره إن كان له مال ظاهر، وفي حالة ثبوت العجز ومنحه أجل، وفي حالة عدم ثبوت العجز وحسنا فعل المشرع المغربي على عكس المشرع الجزائري والذي اشترط وجوب وجود حكم يلزم بالإنفاق، ومحضر امتناع للتنفيذ ليحكم بالتطليق دون تحديد لمدة الامتناع، ووافق المشرع التونسي في الفصل 39، المشرع المغربي من خلال النص صراحة على اعطاء مهلة للزوج المعسر وإلا طلق عليه.

في حين أن المشرع الجزائري لم يفرق بين ما إذا كان الزوج ممتنعاً عن الإنفاق مع قدرته على ذلك، وكذا عدم قدرة الزوج عن الإنفاق أصلاً.

وما يمكن ملاحظته كذلك امتناع المشرع المغربي بعدم فرض شرط عدم علم الزوجة بإعسار الزوج قبل الزواج كشرط لإيجابتها للتطليق عكس المشرعين الجزائري والتونسي والليدين اشترطوا من خلال نص المادة 1/53 والفصل 39 عدم علم الزوجة بإعسار الزوج لإيجابتها لطلبها بالتطليق.

ويعاب على ما جاء به كلا من المشرعين الجزائري والتونسي أنه بفرض عدم العلم بالإعسار كشرط لإجابة الزوجة في طلبها للتطليق أمر مجحف حقاً، إذ لا يمكن إجبارها على البقاء دون الاستجابة لطلبها سوى لأنها كانت على علم بإعسار زوجها قبل الزواج.

إلا أن هذا الحكم يجب ألا يؤخذ على طلاقه، فإذا تبين للزوجة تقاعس الزوج عن طلب الكسب دون مبرر جاز لها أن تطلب التطليق، كما أن المعطيات الاجتماعية والاقتصادية صارت تفرض نفسها بسبب أزمة البطالة، فقد تقبل الزوجة برجل لمكانته العلمية دون النظر لاعتبارات مادية، كأن يحمل شهادة عليا ولكنه بصدد البحث عن وظيفة، وبعد الزواج طالت المدة ولم يجد فهو بذلك في حكم المعسر².

¹ - صارة بن شويخ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بين مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دراسات عليا معمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجد، المغرب، سنة 2008-2009، ص 34.

² - بن شويخ رشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2001-2002، ص 223-224.

وكان بذلك تفسير نص المادة 1/53 والفصل 39 بصورة ليس فيها إضرار ولا اجحاف بحق الزوجة التي قبلت بزواج معسر في وقت الزواج على أن يتحسن وضعه بعده لكن تقاعسه حال معه ذلك فكان من الأهمية والضرورة بما كان اجابة الزوجة لطلبها التطليق مع علمها بإعساره إن لم يسعى هذا الزوج لكسب الرزق دون عذر مقبول.

وبعد حديثنا عن التطليق للإعسار بالنفقة نتحدث في المطلب الموالي عن جزاء مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

المطلب الثاني

مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

جاءت كل من الشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي لتنظيم المجتمع في جميع العلاقات والمعاملات بين أفراد المجتمع الواحد وجعل كل منهما الأصل في العقود هو تحقيق المنفعة المتبادلة بين الأفراد وبالخصوص المنفعة الخاصة لكل طرف فكان من الضروري بذلك الاعتراف لكل طرف بإدخال عنصر الشرط على هاته العقود وابطاحتها ومن بين هاته العقود، عقود الزواج التي يمكن للزوجين أن يشترط فيها ما يشاءان من شروط حماية لمصلحة كل طرف شرط أن تكون هاته الشروط مما لا يحل حرما ولا يحل حراما.

وأعطى بذلك للزوجة حق الاشتراط في عقد الزواج واتبع هذا الحق بجزء في حالة مخالفته بمنحها كذلك حق التطليق.

وعليه سنتعرض إلى مدى إمكانية الاشتراط في عقد الزواج (فرع الأول)، وحق الزوجية في التطليق نظير الاخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى امكانية الاشتراط في عقد الزواج.

إن المقصود بالاشتراط هو اطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو تشمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع وحرمها، كأن يشمل العقد كل ربا أو كونه مما حرمه الشرع الاسلامي فما لم

تشمل تلك العقود على أمر محرم بنص أوبمقتضى القواعد العامة المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين فإن الوفاء بها لازم، والعائد مأخوذ بما تعهد به، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهي فاسدة أوعلى الأقل لا يجب الوفاء بالجزء المحرم منها¹.

فقد تنوعت الشروط من حيث جوازها وعدمه ومدى تأثيرها على صحة أصل العقد، وشروط أخرى غير جائزة قد تعود على العقد بالإبطال، وقد تحدث العلماء عن هاته الشروط، خاصة الشروط المقترنة بعقد النكاح، وذلك لأنه عقد له خصوصيته وقد احتاطت له الشريعة الاسلامية لأنه رباط مقدس شرعه الله عز وجل لسعادة الأفراد وحفظ الانسان². وتتشأ أهمية هذه الشروط من أنه كثيرا ما سبق عقد الزواج عهدا، من الأولياء أوحتى من الأزواج لا يفون بهذه العهود وبتلك الوعود، فتنشأ المنازعات والخلافات وتسوء العشرة لذلك كانت الحاجة لتوثيق الشروط في عقد الزواج³.

وأجمع الفقهاء حول أحقية الزوجين في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي يتفقان حولها بالرغم من اختلافهم في نظرتهم لهاته الشروط بين مضيق وموسع. فالحنابلة والمالكية وسعوا في هذه الشروط وباحوا للزوجين أن يتشترطا من الشروط ما شاءوا، شرط أن تكون الشروط صحيحة وغير منافية لمقتضيات العقد.

حيث قسم الحنابلة الشروط في النكاح إلى ثلاثة أقسام شروط صحيحة، وهي ما إذ اشترطت المرأة أن لا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من دارها وبلدها، فإن هذه الشروط صحيحة لازمة ليس للزوج التخلف عنها، إن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت فلا يسقط حقها بمضي مدة معينة، وشروط فاسدة تفسد العقد ومنها أن يشترط تحليلها لمطلقها

¹ محمد علو شيش الورتلاني، الشروط المقرنة بالعقد في الفقه الاسلامي وآثر الاختلافات الأصولية فيها، الطبعة الأولى، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1997ص19.

² خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة- رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة، فلسطين، 2007، ص6.

³ خديجة أحمد أبو العطا، المرجع نفسه، ص6.

ثلاثاً، فإن هاته الشروط فاسدة مفسدة للعقد، وشروط فاسدة لا تفسد العقد بل تبطل هي دونه كما لو إذ يشترط أن لا يعطيها مهراً¹.

في حين أن المالكية قالوا بأن الشروط في النكاح تنقسم إلى أربعة أقسام:

أولاً: لا تعليق على شرط وهو لم يظهر، وإن لم يكن محققاً.

ثانياً: أن يشترط شرطاً مقارناً للعقد مفسداً له وهو أمور اشتراط الخيار للزوج أو الزوجة أو لهما معاً أو لغيرهما ويفسخ العقد قبل الدخول أما إذا دخل بها فلا يفسخ، ويكون لها صداق المسمى والامهر المثل.

وذهب بعض المالكية إلى أن هذا النوع من الشروط غير مقبول لأنه مناف لمقتضيات العقد ويؤدي إلى فساد عقد النكاح إلا أنهم اختلفوا فمنهم من قال بأن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده ومنهم من رأى بفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل مع بطلان الشرط².

ثالثاً: أن يشترط شروطاً لا تتناقض العقد كاشتراط الزوجة بأن لا يتزوج عليها، وهذه الشروط لا تضر العقد ولكن يكره اشتراطها وإن اشترطت ندب الوفاء بها.

رابعاً: شروط يجب الوفاء بها ويكون لهما بها الخيار فسخ العقد كشرط السلامة من العيوب³.

أما الحنفية يرون أن الشرط الذي لا يقتضيه أو ينافيه العقد في حالة عدم الوفاء به لا يكون لمن اشترطه فسخ العقد، ومثال ذلك اشتراط الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها فإن لم يف بهذا الشرط لم يكن للزوجة خيار الفسخ فالشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه بطلان الشرط وبقاء العقد صحيح⁴.

¹ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، المنصورة، مصر، 2005، ص 860.

² ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 07، د.س.ن. ص 450.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 861.

⁴ الكساني، بدائع الضائع، ج 05، د.س.ن. ص 169.

كما ذهب الشافعية إلى أنه إذا علق النكاح على شرط فسد العقد أما الشروط المقارنة للعقد فهي على قسمين:

- شروط فاسدة لا يقتضها العقد وشروط صحيحة، فالفاسدة تفسد العقد كما إذا اشترط أن تكون مسلمة وهو ذمي مثل هذه الشروط تفسد العقد، أما الشروط التي لا تفسد العقد فهي كل اشتراط وصف لا يمنع صحة النكاح¹، غير أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكد له ولم يقع الدليل من الشارع على الوفاء به، ولا يكون مؤقتا، يكون لا غيا يبطل ولا يؤثر في صحة العقد².

فهم بذلك يفرقون بين الشروط التي تنافي مقتضى العقد والتي لا تمس به كشرط عدم الزواج عليها فتبطل الشروط ويبقى عقد الزواج صحيحا؛ أما عن الشروط التي تمس بالعقد كاشتراطها أن لا يطأها فالعقد يبطل إذ أن الشرط ينافي مقتضيات العقد³.

في حين ذهب الظاهرية حسب قول ابن حزم إلى أنه "لا يصح نكاح على شرط أن لا يتزوج عليها أو أن لا يرحلها، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد، فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة"⁴، "لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم، ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدين، لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه"⁵.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن الاشتراط في عقد الزواج له أساس فقهي يستند إليه، إذ نجد شبه اجماع عند غالبية الفقهاء على جوازته ورأينا في هاته المسألة من رأي جواز

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 861.

² الامام الشافعي، الام، مجلد 3، ج 5، دار الفكر، بيروت، 1983، ص 74.

³ الشريبي، مغني المحتاج، ج 02، ص 226.

⁴ ابن حزم، المحلي، المرجع السابق، ص 516.

⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 236.

الاشتراط شرط أن لا تخالف هاته الشروط مقتضى العقد، ومقصوده وأن تكون هاته الشروط مباحة فمتى وجد الشرط الجائز والذي لا ينافي مقتضيات العقد جاز في حالة عدم الوفاء به طلب التطليق، أما إذا كان الشرط ينافي مقصود العقد بقي العقد صحيحا واعتبر الشرط باطلا.

وسايرت القوانين الوضعية الفقه الاسلامي في اقرارها بأحقية الزوجين بأن يشترط ما شاء من شروط في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 على أنه «للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

ويتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد تبني الرأي القائل بجواز الاشتراط في عقد الزواج وفقا لمجموعة من الضوابط والأسس تضمنتها نصوص المواد 32، والمادة 35 من قانون الأسرة؛ إذ نصت المادة 32 على أنه « يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، و المادة 35 «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا».

فقد أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة مادامت لا تحل حراما أو تحل حلالا، وما دامت لا تتنافى أو تتناقض مقاصد عقد الزواج، فإن تضمن عقد الزواج شرطا من هاته الشروط، وكان الشرط لصالح الزوجة فقد أجاز لها القانون أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطليق على هذا الزوج¹.

وهذا الرأي هو الذي ذهب إليه الحنابلة والمالكية بدرجة أقل وبذلك أعطى المشرع مكنة الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق وفي هذا تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين والواجب الوفاء بها

¹ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص123.

شريطة إثباتها على أن مسألة إثبات هذه الشروط ليس عسرا باعتبار أن وضعها أما أن يكون أثناء عقد الزواج، وفي عقد رسمي لاحق¹.

ومن بين الشروط التي يمكن أن يشترطها أحد الزوجين اتجاه الآخر المستمدة من العرف والتقاليد والواقع القضائي:

كأن لا يتزوج عليها مادامت في عصمته أو أن تعمل أو تتابع دراستها حتى تنال الشهادة الجامعية التي تطمح لها أو أن تشتترط عليه سكنا منفردا بعيدا عن ضررتها أو بعيدا عن أهل الزوج².

فإذا ما اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يطلقها أبدا أو أن يطلق الزوجة السابقة أو اشترطت أن لا يكون الطلاق إلا بيدها تستعمله متى تشاء ولا يكون إلا بناء على رغبتها فإن هاته الشروط كلها حكمها البطلان لأنها مخالفة لأحكام المادة 8 و 48 التي تحدد طرق الطلاق واسبابه من جهة ولأنها تمس بحقوق الغير وتتعارض مع مقتضى العقد الذي من خصائصه الديمومة الهادئة والاستمرارية من جهة أخرى³.

وما يجدر الإشارة إليه هنا التناقض الموجود بين المادة 32 والمادة 35 حيث تنص الأولى على « بطلان عقد الزواج إذا شمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، بينما تنص الثانية على «إذ اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا». وعليه ووفقا لما ذهب إليه الفقه أن الذي يبطل هو الشرط أما العقد فيقوم صحيحا ولذلك وجب حذف الفقرة المتعلقة بالشرط في نص المادة 32 مادام ان حكم ذلك ظاهر في المادة 35 ولا داع للتكرار تجنباً للتناقض⁴.

¹ رباحي أحمد، ضوابط حرية الاشرطاط في عقد الزواج بين القانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، مجلة دراسات قانونية مصير القانون الخاص، كلية الحقوق تلمسان، 2010، عدد 7، ص 33-34.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص 171.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 172.

⁴ خليل عمرو، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص 155.

ومما سبق يتضح اقرار المشرع الجزائري واعترافه بحق الزوجة في أن تشتترط في عقد الزواج أو في أي عقد لاحق ما تشاء من شروط، شرط أن لا تكون هاته الشروط تتنافى ومقتضيات العقد.

ولقد استقر القضاء الجزائري على هذا الموقف من خلال مجموعة من قرارات المجلس الأعلى وبعده المحكمة العليا والتي دأبت على الاعتراف الدائم بحق الزوجة في الاشتراط ونجد من بينها قرارها الصادر 1971/03/03 التي قضت بموجبه « حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما، وبشرط أن لا تكون تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الاسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد»¹.

وقرارها الصادر في 2006.04.12 «تقييم الزوجة كقاعدة عامة، حيث يقيم زوجها، ويحق لها اشتراط تحديد مكان الاقامة الزوجية، عند أوبعد إبرام عقد الزواج»². فالقضاء الجزائري أقر بذلك حق الزوجة في الاشتراط في عقد الزواج أو أي عقد لاحق شرط ان لا يتنافى الشرط مع مقتضيات العقد ومقاصده؛ وعلى غرار المشرع الجزائري أقر المشرع المغربي ذلك من خلال مدونة الأسرة في نص المادتين 47 و48.

حيث نصت المادة 47 « الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد وقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا».

والمادة 48 «الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشتراطها تكون صحيحة ملزمة لمن التزم بها من الزوجين؛ وإذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن

¹ - المجلس الاعلى، غ.ق.خ، 1971/03/03، ن-ق، 1972، عدد2،ص39.

² المجلس الاعلى، ع.غ.أ.ش، مؤرخ في 2006/04/12، ملف رقم 358665، م.م.ع، 2006، عدد 2، ص 49.

الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه».

من خلال نص المادتين يتضح إقرار المشرع المغربي لمسألة الاشتراط في عقد الزواج وإمكانية ذلك من كلا من الزوجين والزامية الوفاء بهاته الشروط إلا ما كان منها مخالف لمقاصد العقد والقواعد الأمرة للقانون ففي هاته الحالة يكون الشرط باطل والعقد صحيح كما أن الشروط التي تتضمن فائدة مشروعة تعتبر صحيحة وعلى الملتزم بها الوفاء بها إلا في حالة الظرف الطارئ أو التنفيذ المرهق جاز الاعفاء من الوفاء بها أو تعديلها .

ورغم أن المشرع المغربي أخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال الشروط الإدارية المضمنة في عقد الزواج، فهو بذلك استثنى من ذلك الشرط الذي تحكمه المادة 40 من المدونة، ومما تجب الإشارة إليه كما سبق أن بطلان الشرط أو الشروط لا يؤدي إلى بطلان عقد الزواج إلا إذا وجد نص صريح يقضي بذلك¹.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المواد 19، 32-35 من قانون الأسرة هذا الأخير الذي نصت على إلزامية الوفاء بالشروط.

في حين أن اعطاء المشرع المغربي للشروط المقترنة بعقد الزواج القوة الإلزامية تطبيق سليم للقواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود ومبادئ الشريعة الإسلامية على حد سواء². لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾³.

وجاء في القضاء المغربي « ان العقد الذي اقتزن بشرط ينافي مقاصده، كان الشرط باطلا والعقد صحيح»⁴.

¹ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول (عقد الزواج وآثاره)، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 220.

² صارة بن شويخ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بين مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2008-2009، ص 12.

³ سورة المائدة، الآية 01.

⁴ المجلس الأعلى، عدد 71، 68/7/16، مجلة وفاء م.أ، عدد 3، ص 79.

ان ما نص عليه المشرع المغربي في هذه المادة وبالتحديد في فقرتها الثانية يعد خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وذلك بإعطاء الفرصة أمام الملتزم بالشرط للتوصل إذا ما توفرت حالة تظل عامة¹.

وإنه وبالرجوع إلى المشرع التونسي أجاز هو الآخر كذلك امكانية الاشتراط في عقد الزواج وضمنه في الفصل 11 من المجلة تحت عنوان "خيار الشرط" والذي ينص على أنه «يثبت خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفة إمكانية طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء».

من خلال نص المادة يتضح أنه يمكن للزوجين الاتفاق اختياراً منهما على شروط تترتب عنها التزامات شخصية أو مالية ويتضمنها عقد الزواج، ولا فائدة ترجى من هاته الشروط إذا أعدت على حقوق أو واجبات تترتب قانوناً على عقد الزواج وتطبيق للقوانين العمومية فإنه يشترط في الاتفاق المقترن بعقد الزواج أن لا يتعلق بشيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون².

ولم يعرف المشرع التونسي الشرط محيل بذلك حسب الظاهر إلى مفهومه في الفقه الاسلامي الذي اعتمده كمصدر رئيسي في وضع أحكام الفصل وتشير مختلف المراجع الفقهية الاسلامية إلى أن خيار الشرط الرائج في عقود البيع على وجه الخصوص يتمثل في اشتراط المتعاقدين أو احدهما بأن يبقى لهما أو لأحدهما الخيار في امضاء العقد أو فسخه إلى مدة محددة اتفاقاً³.

وبالرجوع إلى الترجمة الفرنسية لمحتوى الفصل 11 والتي تبدو أكثر تفصيلاً وأوضح من النص العربي حيث جاء فيها ما يصح تعريبه كالاتي: « يمكن أن يدرج بعقد الزواج كالبند

¹ محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005، ص 90.

² الهادي كرو، الطلاق، د.د.ن، تونس، 1998، ص 329.

³ محمد اللجمي، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008، ص 422.

أو شرط متعلق بالأشخاص أو بالأموال، ويجوز في صورة عدم تحقيق الشرط أو عدم تنفيذ ذلك البند، حل الرابطة الزوجية بالطلاق»¹.

تقتضي القواعد الخاصة بالاتفاق المقترن بعقد الزواج بأن لا تتنافى شروط هذا الاتفاق مع جوهر العقد².

إذ نص الفصل 21 من المجلة على « الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد...»³.

والمقصود بجوهر العقد هي الغاية المرجوة من الزواج وهي المقومات الطبيعية التي يقوم عليها الزواج، وعلى هذا فإن ثبوت وجود هذا النوع من الاتفاق واقتترانه بالعقد يجعل الزواج فاسدا ويترتب عنه وجوبا التفريق⁴.

وبذلك خول المشرع التونسي لكل من الزوجين في الفصل 11 من م.أ.ش، أن يشترط على قرينه أي شرط يتعلق بالتملكات أو بالأشخاص فمن الممكن إذن أن نتصور أن أحد الزوجين يشترط أن لا يكون الآخر مصابا بمرض ما فلو اشترط الزوج أن لا تكون الزوجة مصابة بأي علة يمكنه التمسك بأحكام الفصل 11 الذي يعطيه الخيار⁵.

ومما سبق، يتضح إجماع القوانين المغاربية على أحقية الزوجين في اشتراط ما يشاؤون من شروط في عقد الزواج شرط ان لا تتنافى وجوهر العقد ومقاصده بالرغم من اختلافهم في التفاصيل.

إذ انفرد المشرع المغربي بالزامية هاته الشروط إذ تكون ملزمة لمن التزم بها من الزوجين إلا في حالة ظروف طارئة أو إذا كان التنفيذ العيني للشرط مرهقا يجوز للقاضي اعفائه

¹ محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 423-424.

² الهادي كرو، المرجع السابق، ص 329.

³ مصطفى صخري، مجلة الاحوال الشخصية، المنفتحة بالقانون، عدد 39، سنة 2010، معلق عليها بأحدث القرارات التعقيبية، تونس، 2011.

⁴ الهادي كرو، المرجع السابق، ص 329.

⁵ ساسي بن حليمة، مجموع تعليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص 142.

الشرط أو تعديله دون المساس بشرط منع تعدد الزوجات واعتبرت ما خالف من هاته الشروط مقتضيات العقد ومقاصده كان باطلا والعقد صحيح.

في حين اتفق المشرعين الجزائري والتونسي على امكانية الاشتراط ولم يلزم به بل أجاز في حالة عدم الوفاء بالشرط التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائرية والفسخ بطلاق طبقا لأحكام الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي.

واتفق المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 35 والمشرع المغربي في المادة 47 إذا اعتبر الجزائري اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح وهو ما أقره المشرع المغربي في المادة 47 إذا اعتبر الشروط المخالفة لمقاصد العقد والقواعد الأمرة باطلة والعقد صحيح.

في حين أن المشرع التونسي والذي اعتبر الزواج فاسد إذا اقترن بشرط ينافي عقد الزواج ومقتضياته طبقا للفصل 21 ورتب عليه طبقا للفصل 22 البطلان هو ما جعله متوافقا في هذا الجانب مع المشرع الجزائري في المادة 32 والتي جاءت متناقضة مع أحكام المادة 35 من قانون الأسرة .

وعليه نرى ومن باب الصواب أنه كان على المشرعين الجزائري والتونسي الحدو المشرع المغربي والقول أن الشروط المفسدة للعقد باطلة والعقد صحيح مع ضرورة الوفاء بفسخ العقد دون امكانية الاعفاء أو التعديل لهاته الشروط ودون استثناء كما جاء في تعدد الزوجات.

الفرع الثاني

جاء الاخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

إن إجماع غالبية الفقه على إمكانية الاشتراط في عقد النكاح بالرغم من اختلافهم ونظرتهم لهاته الشروط بين معيق وموسع يجعل من الضرورة إلحاقه بهاته الشروط في حالة مخالفتها جزاء يجعله كمكنة للطرف المتضرر من عدم الوفاء بالشرط إلى اللجوء إلى الفسخ أو طلب التفريق.

إذ يرى الحنابلة أنه إذا اشترطت المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من بلدها فإن هاته الشروط صحيحة وملزمة للزوج وليس له سبيل من الخلاص منها فإن خالفها كان لها حق الفسخ للعقد متى شاءت فلا يسقط حقها بمضي مدة معينة¹.

في حين ذهب المالكية في تقسيمهم للشروط إلى ذكر نوع من الشروط والتي لا تتنافى والعقد كشرط الزوجة بأن لا يتزوج عليها وهي شروط لا تضر العقد فيصح معها ولكن يكرة اشتراطها وإن اشترطت نذب الوفاء بها وشروط يجب الوفاء بها وفي حالة عدم ذلك يكون لهما أي الزوجين خيار فسخ العقد كشرط السلامة في من العيوب².

في حين ذهب الشافعية إلى أنه إذا علق النكاح على شرط فسد العقد أما الشروط المقارنة إذا كانت صحيحة لا تفسد العقد ولا تمنع صحته، إذ أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكد له ولم يقد الدليل على الوفاء به من الشارع يكون لا غيا ويبطل ولا يؤثر على صحة العقد³.

وكذلك مذهب الظاهرية إلى أنه لا يصح نكاح على شرط أن لا يتزوج عليها أو أن لا يرحلها، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو مفسوخ وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط باطلة⁴.

إذ يرى الظاهرية انه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين بل ما يرتبه الشارع الحكيم على أقوالهم فما لم يرد دليل من الشارع على اعتباره لا يحكم بأثر ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه⁵.

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 860.

² عبدالرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 861.

³ الامام الشافعي، المرجع السابق، ص 74.

⁴ ابن حزم، المرجع السابق، ص 516.

⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 236.

وبالرجوع إلى القانون الوضعي، نجد أن القوانين المغاربية اهتمت بمسألة الاشتراط في عقد الزواج وأولت لها العناية الكافية ورتبت على عدم الوفاء بالشروط المتضمنة في عقد الزواج أو عقد لاحق جزاء يتمثل في امكانية التطليق والتعويض.

و نجد أن المشرع الجزائري تناول مسألة الاشتراط في المادة 19 من قانون الأسرة بقوله «للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون». ورتب على مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عدم الوفاء بها إمكانية لجوء الزوجة إلى آلية التطليق وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها 09 والمستحدثة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بقولها «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب الأتية:» ... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...».

فإذا حدث وأن اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج أوفي عقد لاحق عدم الزواج أو العمل وأن الزوج لم يف بهد الشرط أولم يلتزم به يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء طالبة التطليق وتؤسس طلبها على المادة 53 فقرة 9 من قانون الأسرة، ولها حق التعويض وفقا للمادة 53 مكرر التي تنص على «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق وأن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

وإن كان تأسيس ذلك يعود للأصل في القواعد العامة أي أن يقوم على الاخلال بالمسؤولية العقدية طبقا للمادة 119 من القانون المدني والتي تنص على أنه « إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...»، إلا أن المشرع الجزائري وفي التعديل الأخير فصل في ذلك بإضافته الفقرة 09 من المادة 53 كأساس.

وقضت المحكمة العليا في احدى قراراتها بأن « إصرار الزوج على اخراج زوجته من بلدها يعتبر اخلافاً بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج، مما ترتب عليه فك العصمة»¹.

والملاحظ أنه بقرار المحكمة العليا سار الاجتهاد القضائي على امكانية فسخ عقد الزواج، وإن كان المشرع قد غفل عن ذلك في قانون الأسرة لسنة 1984 والذي وإن تحدث عن امكانية الاشتراط في عقد الزواج إلا أنه لم يرتب جزاء على مخالفة الشروط وبقي الأمر للقضاء الذي دأب على القضاء بحل العصمة الزوجية إذا طلبت الزوجة بذلك نظر لعدم الوفاء بالشروط إلى غاية صدور الأمر 02/05 والذي اضاف فقرة صريحة تجيز ذلك في المادة 53 من قانون الأسرة.

وبهذا يتبين بأن التعديل الأخير لقانون الأسرة بخصوص التطليق لعدم الوفاء بالشروط جاء مؤكداً لهذا الاتجاه الاجتهادي للمحكمة العليا، والذي يكون بدوره موافقا لما سار عليه فقهاء المالكية والحنابلة في ثبوت حق التطليق للزوجة إذ لم يوف زوجها بالشروط التي لا تنافي مقتضى العقد².

ويلاحظ أنه بالرغم من تدارك المشرع في التعديل الأخير لقانون الأسرة مسألة حق الزوجة في التطليق للإخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج أوفي عقد لاحق إلا أنه وقع في اشكالية عدم الانسجام بين نص المادتين 19 و 9/53 حيث أكدت الأولى على امكانية الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أمام الموثق وذلك في حالة ما إذا أصبح الزواج مستهلك والزوجية قائمة فعلا إلا أن أمر العقد الرسمي اللاحق لم يتضمن في المادة 53 فقرة 09 حيث تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون

¹ المحكمة العليا. غ.ق.خ، 1971/03/03، ن.ق، عدد 2، ص 39.

² بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دارالخلدونية، الجزائر، 2007، ص

ذكر عبارة أوفي العقد الرسمي اللاحق، فهل يأخذ القاضي في تطبيق النص بمبرر الحرفية أم يأخذ بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق¹.

كما يعاب على المشرع أنه لم يحدد المهلة التي يمكن أن تطلب خلالها الطلاق ولا يمكن أن يكون لها ذلك في أي وقت تشاء، بل يجب لهما مهلة الاختيار في ذلك حتى لا يبقى عقد الزواج مهدد بالانحلال في أي وقت من طرف الزوجة لهذا السبب².

واعترف المشرع المغربي في مدونة الأسرة طبقاً للمادتين 98 و 99 بحق الزوجة في التطليق في حالة مخالفة شروط عقد الزواج، إذ نصت المادة 98 «للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج...»؛ والمادة 99 «يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق...».

فلقد استحدثت المدونة سبباً جديداً لتمكين الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق طلب التطليق أمام المحكمة وهو إخلال الزوج بشرط وضع كالاتفاق على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية.

وفي إطار مدونة الأسرة فإن الإخلال بشرط من الشروط التي اشترطتها الزوجة على الزوج في عقد الزواج يعد ضرراً مبرراً لطلب التطليق والشروط التي قد تشترطها الزوجة على زوجها لا تقع تحت حصر، ومنها أن تشترط عليه ألا يسكنها مع أحد من أهله أو أن تستقبل من شاعت من أهلها المحارم في البيت أو أن تخرج للعمل متى قررت ذلك أو أن تمارس تجارة مشروعة لا تمس بالاحترام والعفة الواجبة على الزوجة³.

¹ باديس نيايبي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص 53.

² عمرو خليل، المرجع السابق، ص 156.

³ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني (انحلال ميثاق الزوجية وآثاره)، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 169.

وتؤكد المادة 99 القوة الإلزامية للشروط من خلال السماح للزوجة بتقديم طلب التطليق لعدم الوفاء بهذة الشروط حيث يعد ذلك ضرار مبررا، وهذا بخلاف نصوص مدونة الأحوال الشخصية الخالية من أي نص تشريعي يضمن الوفاء بالشروط الصحيحة في عقد الزواج، وفي الاتفاقات اللاحقة على إبرام هذا العقد، إن الوفاء بالشروط والاتفاقات السليمة وتمتعها بقوة إلزامية تطبيق سليم للقواعد العامة في الشريعة الاسلامية وفي قواعد القانون المدني¹. وهذه المقترضيات تؤكدها القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود المغربي أيضا كالفصلين 230 و231².

غير أن الشرط الذي يعد الاخلال به ضرار مبيحا للتطليق يجب أن يكون مشروعا ومنسجما مع أحكام المادتين 47 و48 من مدونة الأسرة؛ والزوجة التي ترفع على زوجها دعوى تطليق من أجل الاخلال بشرط مضمن في عقد الزواج، عليها أن تثبت الشرط أولا ثم الاخلال به ثانيا³.

ولكي يتيح الشرط مفعوله وآثاره القانونية يتعين وجوب ما يلي:

أولاً: أن يضمن الشرط صراحة في طلب عقد الزواج مشفوعا بإشهاد عدلين⁴.

ثانياً: أن لا يخالف الشرط المذكور مقتضيات القانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة ومتى توفر ذلك فلا خيار أمام القاضي إلا الحكم بالتطليق تطبيقاً لأحكام المادة 99 من المدونة وإن كان له في البداية أن يحاول الاصلاح بينهما⁵.

¹ إدريس الفخوري، المرجع السابق، ص76.

² نصت المادة 230 على انه «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئتها، ولا يجوز إلقاؤها إلا برضاها معا أو في الحالة المنصوص عليها في القانون».

نصت المادة 231 على انه « كل تعهد يجب تنفيذ بحسن نية...» قانون الالتزامات والعقود ظهير 12 أغسطس 1913 مجين 18 فبراير 2016.

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص164.

⁴ يسمينة الكسكاسي، انحلال الرابطة الزوجية في المدونة وقوانين الأسرة المغربية، رسالة دراسات معمقة، كلية العلوم القانونية، طنجة، المغرب، 2010/2011، ص 93.

⁵ محمد الكشور، المرجع السابق، ص169.

وان تمكنت الزوجة من اثبات الضرر المبرر لطلب التطليق، واقتنع القاضي بالوسائل الإثباتية التي أدلت بها¹. وحكم بالتطليق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر والمعيار الذي يعتمده القضاء في تقدير الضرر المبرر لإنهاء الرابطة الزوجية وهو كل ضرر يتعذر معه دوام العشرة الزوجية، فكل ضرر بلغ حدا من الجسامة والخطورة بحيث لم يعد الاستطاعة معه الإبقاء على الحياة الزوجية يكون سببا كافيا لإنهاء الرابطة الزوجية².

والملاحظة أنه إذا كان المشرع المغربي اعتبر أن الضرر أساس منح الزوجة الحق في طلب التطليق بسبب اخلال الزوج بأحد شروط عقد الزواج ورتب عليها حقها في المطالبة بالتعويض طبقا لأحكام المادة 101 من المدونة، إلا أن المشرع الجزائري اعتبر أن مجرد الاخلال بالشرط يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق حتى إذا لم يقع هذا الاخلال ضرار بها لكن ذلك لا يمنعها من التعويض عن الضرر الحاصل لها بل هو حق منحه لها بموجب المادة 53 مكرر³⁻⁴.

ويتضح مما سبق مدى تطابق كل من نصوص قانون الاسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية في مسألة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة والمادتين 98 و 99 من مدونة الأسرة بالرغم من اعتبار المشرع المغربي أن مخالفة الشروط ضررا يجيز التطليق موسعا للضرر الذي يوجب التطليق وواجب الاثبات للحصول على التعويض وترك السلطة التقديرية للمحكمة في تحديده من عدمه طبقا للمادة 101 من المدونة الا أن المشرع الجزائري اعتبر مجرد مخالفة الشروط سببا لطلب التطليق وامكانية الحصول

¹ نصت المادة 100 من مدونة الأسرة على انه « تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الاثبات بما فيها شهادة الشهود، الدين تستمتع إليهم المحكمة في غرفة المشورة».

² لبني الذهبي، إنهاء الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة وتأثيره على تقدير المستحقات، رسالة دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة طنجة، المغرب، 2010/2009، ص 72.

³ صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 15.

⁴ نصت المادة 53 مكرر قانون أسرة على أنه «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

على التعويض طبقاً للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة. وعليه متى أخل الزوج بإحدى الشروط المتضمنة في عقد الزواج واثبتت الزوجة ذلك كان لها حق اللجوء إلى القضاء طالبة التطليق هذا الأخير الذي عليه اجابة طلبها بعد عدة محاولات صلح طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 81 من مدونة الأسرة.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي وعلى غير المشرعين الجزائري والمغربي لم يتحدث عن التطليق كحق مستقل للزوجة بل جاء الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية يتيح هاته المكنة للزوجين معا إذ نصت المادة على «يحكم بالطلاق...»

2-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3-بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه...».

والملاحظة أن المشرع الوطني تحدث عن خيار الشرط في طلب احكام الفصل 11 من مجلة الاحوال الشخصية ورتب على الاخلال به أو عدم وجوده امكانية طلب الفسخ بالطلاق».

وبذلك يلتقي الطلاق للإخلال بخيار الشرط الذي تخوله احكام الفصل 11 من م.أ.ش بالطلاق بموجب الضرر الذي يحتكم للفقرة الثانية من الفصل 31 من م.أ.ش، من حيث استتاده لإخلال بالتزام محمول على الطرف المطلوب في دعوى الطلاق ومن حيث الحق الذي يترتب للطرف الذي لحقه الضرر بسبب ذلك الاخلال في استمناح التعويض¹.

إلا أنه يتميز عنه بخصوصيتين أساسيتين الأولى أن الالتزام الواقع بالإخلال به في الطلاق المؤسس على الفصل 11 له مصدر تعاقدية بحث في حين أن الالتزام الواقع بالإخلال به في الطلاق المؤسس على أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 له مصدر قانوني والثانية أن الضرر المشار إليه بالفقرة الثانية من الفصل 31 والذي يتأسس عليه طلب

¹ محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 422.

الطلاق يتيح لطالب الطلاق حق استمناح التعويض كما ناله من قرر سواء حصل الطلاق قبل البناء أو بعده أما الطلاق الواقع للإخلال بخيار الشرط، فلا يتيح حق المطالبة بالتعويض إلا في صورة وقوع الطلاق بعد البناء¹.

وعليه ومضى تأسست دعوى الطلاق على أحكام الفصل 31 أو 11 من مجلة الأحوال الشخصية فإنه لا يحكم إلا بعد محاولة مصالحة الزوجين وفق لما هو منصوص عليه في الفصل 32 من م.أ.ش.².

ومما سبق، يلاحظ أن كل من القوانين الجزائري والتونسي والمغربي اجازوا امكانية الاشتراط في عقد الزواج لكل من الزوجين مرتبين بذلك أثر في حالة عدم الوفاء بهاته الشروط وعدم الالتزام بهاته الشروط يتمثل في امكانية الفسخ أو التطليق إلا أنه وإن كان كل من القانون الجزائري والمغربي منحا امكانية التطليق للزوجة فقط بعدما منحا امكانية الاشتراط للزوجين يكونا بذلك خالفا القانون التونسي والذي أحسن صنعا حينما منح إمكانية الاشتراط لكلا الزوجين وافر بحق الزوجين في الطلاق في حاله اخلال أحدهما بإحدى الشروط وعدم الوفاء بها.

ومن خلال ما جاءت به مدونة الأسرة من مقتضيات في المادتين 98 و 99 تكون قد استحدثت سببا جديدا لتمكين الزوجة من انهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للإخلال بالشرط.

وكذلك الامر بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 09 بإمكانية مطالبة الزوجة بالتطليق للإخلال بالشرط.

إذ ومن خلال القانونين يتضح مدى الاخلال بمبدأ المساواة بين الزوجين إذ أعطت المادة 19 من قانون الأسرة ويصريح العبارة بإمكانية الاشتراط للزوجين معا و المادة 47 و 48 من مدونة الأسرة المغربية، لكن بالرجوع إلى أحكام المواد 53 فقرة 9 من قانون الأسرة

¹ محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 426.

² نوال بن مسعود، الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، رسالة انيل دراسات معمقة، كلية العلوم القانونية، جامعة وجدة، المغرب، 2008-2009، ص 60.

والمادتين 98-99 من مدونة الأسرة، نلاحظ أنها حصرت جزاء الاخلال بالشروط وعدم الوفاء بها على الزوج فقط مخرجا بذلك الزوجة من تحمل مسؤوليتها على الشروط التي قد تكون ملزمة بها وفقا لنصوص المواد 19 من قانون الاسرة، و 47 و 48 من مدونة الأسرة والتي لم يترتب عليها أي جزاء في حالة ما أخلت بما التزمت به، وهو ما انفرد به المشرع التونسي عن المشرع الجزائري والمغربي.

وبعد حديثنا عن حق الزوجة في التطليق لعدم الانفاق ومخالفة شروط عقد الزواج ننقل في المبحث الموالي الى التطليق للغيبة والحبس.

المبحث الثاني

التطليق للغيبة والحبس.

إن الحياة الزوجية المبنية على السكن والمودة والرحمة لا تكتمل وتستقيم إلا بوجود الزوجين معا في سكن مشترك يجمعهما فكل منهما ينشد الود والتقارب فغيبة أحدهما عن البيت لفترة طويلة قد يكون له الأثر السلبي على الحياة الزوجية فخرج الزوجة من بيت زوجها وهجرانها للعش الزوجي وبقائها بعيدة عنه أوجد له سبل تكفل للزوج إجبارها على الرجوع وإن أبت ذلك كان له الحق في طلاقها، وتكون بذلك في حكم الناشز.

كما للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة طويلة وتتضرر من ذلك أن ترفع أمرها للقاضي طالبة التطليق، كما قد يفقد الزوج ويدخل في حكم الغيبة حسب الزوجة، والذي يرتكب جريمة تستوجب حبسه فيغيب بذلك عن البيت ويسبب ضررا للزوجة يوقعها في حرج يوجب لها الخيار في الاستمرار معه إن شاءت أو اللجوء إلى القاضي طالبة التفريق مؤسسة طلبها على الحبس الزوج.

و سنحاول من خلال هذا المبحث أن ندرس حق الزوجة في التطليق للغياب (المطلب الأول)، وحق الزوجة في التطليق في حالة حبس الزوج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التطليق للغيبة.

يقصد بالغيبة، غيبة الزوج وابتعاده عن مقر الزوجية وذلك لمدة زمنية محددة أو غير محددة ولوجهة معلومة أو مجهولة مما يسبب ضررا للزوجة بفقدان عنصر المساكنة مما يجعل الحياة الزوجية مستعصية وغير سليمة ويكون لها بذلك الحق في التطليق للغيبة، وقد اختلف الفقهاء بين المؤيد ومعارض لجواز طلب الزوجة التطليق لغياب الزوج عنها، في حق اتفقت جل القوانين على جواز ذلك، وإن اختلفت حول آلية ذلك وسنحاول أن نتعرض للرأي الفقهي في (الفرع الأول)، ونظرة القانون للتطليق للغيبة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التطليق للغيبة في الفقه الإسلامي.

يقر الفقه الاسلامي في عمومه أن من بين الحقوق المتبادلة بين الزوجين وجوب مساكنة كل منهما للأخر داخل بيت الزوجية نفسه¹. إلا أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتخشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها فهل تجاب إلى طلبها؟². لقد اختلف الفقه الاسلامي اختلافا بينا حول موضوع طلب التطليق للغيبة فبينما منعه كل من الأمام أبي حنيفة، والامام الشافعي؛ قرر جوازه كل من الامام مالك والامام أحمد بن حنبل وإن اختلفا في بعض التفاصيل والجزئيات³. و سنتعرض أولا للاتجاه الفقهي المؤيد للتطليق للغيبة، لنتحدث ثانيا عن الاتجاه المعارض للتطليق للغيبة.

¹ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني (انحلال ميثاق الزوجية)، المرجع السابق، ص 159.

² عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية، الطبعة الأولى، 2004، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، ص335.

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص159.

أولاً: الاتجاه الفقهي المؤيد.

وهو رأي المالكية والحنابلة إذ ذهبوا إلى جواز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها إذ لم تصبر على فراقه، وتضررت من ذلك ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها، إلا أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه، فيطلب منه الحضور لزوجته أو يلحقها به، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يفعل واحداً، من هذه الثلاثة قام القاضي وطلق عليه¹.

وعليه فإن كان معروف المكان تصله الخطابات، كتب إليه القاضي إما أن يحضر، وإما أن تسافر إليه مرآته وإما أن يطلق، فإن امتنع الزوج ولم يستجب لشيء مما طلبه منه القاضي أجله الحاكم للاجتهاد، ثم حكم عليه بالطلاق إذا رغبت المرأة الطلاق². أما إذا كان الزوج تصله المكاتبات، أولاً يعرف له مكان، طلق عليه بعد البحث عنه بالاجتهاد حسب الطاقة في المدة التي لا تتضرر منها المرأة، والتطليق عليه لتضررها بترك الوطاء، وهي مصدقة في دعواها التضرر بترك الوطاء، لأنه أمر لا يعلم إلا منها، ولا يمكن إقامة بينة عليه، ولا تسمع دعواها بطلب الطلاق إلا إذا نصت فيها على أنها تخشى الزنا بسبب غياب زوجها، ولا يكفي مجرد اشتائها الجماع³.

وقد استند أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾⁵.

¹ - عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 153.

² الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم، للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص 237.

³ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع نفسه، ص 237.

⁴ سورة البقرة، الآية 229.

⁵ سورة البقرة، الآية 231.

ووجه الدلالة هنا أن الله سبحانه وتعالى نهى عن الاضرار بالزوجة فإمساك الزوجة بمعروف أو تسريحها بالإحسان فلا يجوز الإمساك بها وإبقائها في عصمة الزوج بعرض الاضرار بها.

كما نجد في السنة قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ووجه الاستدلال من الحديث: إن غياب الزوج عن زوجته مع عدم عودته إليها ولا هو أخذها إليه يعتبر اضراراً بها، والضرر يجب أن يزال قدر الامكان وطريق إزالته في مثل هذه الحالة أن يقوم القاضي ويطلق عليه¹.

ويلاحظ أن الغياب الذي ذكره الفقهاء فيما إذا كان خارجاً عن البلد، أما ما كان في نفس البلد الذي تسكنه الزوجة ولو بعدت الشقة بينهما، فالتطليق لا يقع بسببه وإنما بسبب الضرر الناتج عنه².

وما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من اتفاق المالكية والحنابلة على جواز التطليق للغيبة إلا أنهم اختلفوا في بعض الجزئيات إذ أن الحنابلة لا يجيزون التفريق للغيبة إلا إذا كانت بدون عذر فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بسببها³.

في حين ذهب مالك إلى أن المرأة إذا غاب عنها زوجها مدة كان لها طلب التفريق منه سواء كانت الغيبة لعذر أم لغير عذر⁴. إلا أن بعض الفقهاء المالكية لم يتركوا الأمر على اطلاقه بل قيدوه وربطوه بعدم الانفاق.

فإذا كان الزوج في مكان لا يستطيع الرجوع منه إلى زوجته ولا نقلها لوجود لصوص في الطريق مثلاً، أو لكونه مبحوثاً أو أسيراً، أو لهيجان البحر، أو انقطاع المواصلات أو

¹ عبد المومن بلباقي، المرجع السابق، ص 155.

² عبد المؤمن بلباقي، المرجع نفسه، ص 156.

³ عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، المغرب، 2000 ص 216.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 142.

أي مانع آخر، فإن طالت غيبته أكثر من عام ولم تكن نفقته جارية عليها فتطلق عليه بسبب عدم النفقة، وإن كانت النفقة جارية فلا تطلق¹.

في حين اختلف المالكية والحنفية في المدة التي يمكن للزوجة أن ترفع فيها أمرها للقاضي طالبة التطليق للغيبة، إذ ذهب فقهاء المالكية وفق ما جاء الشرح الكبير للدريير " لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل أو يطلق، فإذا امتنع تقول له بالاجتهاد، وطلق عليه ولا يجوز التطليق بغير الكتابة إليه إن علم محله، وأمكن الوصول إليه ولا بد من خوفها على نفسها الزنا ويعلم ذلك من جهتها². وجاء في حاشية الدسوقي أنه «لا يطلق على ما ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد، وقال ابن عرفة السنتان والثلاث ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها³.

وعليه فالثابت عند المالكية حول المدة التي يمكن للزوجة فيها اللجوء للقاضي طالبة التطليق هي سنة كحد أدنى في حين حدد الحنابلة هاته المهلة بستة أشهر حين ذهب الحنابلة إلى أن الزوج إن غاب عن زوجته لمدة ستة أشهر أو أكثر جاز لها طلب التفريق. واستندوا في ذلك إلى قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في ذلك أخذ من التوقيت الذي حدده للجند في المغازي، فقد روى أنه سأل ابنته السيدة حفصة أم المؤمنين رضي الله عنها فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها، فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر أو ستة، فوقت للناس مغازيهم ستة أشهر⁴.

¹الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص 247-248-249.

²الدريير، الشرح الكبير، ج2، ص 431.

³الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص 431.

⁴أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد)، نفقة الاقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 142.

إذ حددت الغيبة بستة أشهر فأكثر اعتماداً على ما روي عن عمر بن خطاب في قصة المرأة التي تضررت في غياب زوجها في الغزو وسمعتها عمر في إحدى الليالي تشكو منشدة بيتين من الشعر¹.

وقال ابن قدامة في المغني «وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر فإنه قيل له كم تغيب الرجل على زوجته، فقال: ستة أشهر يكتب له فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما².

فالثابت إذن عن الحنابلة هو جواز أن تلجأ للقاضي طالبة التطليق إذا تغيب عنها الزوج لمدة ستة أشهر بدون عذر لأن غيابه بعذر فلا يفرق بينهما.
ثانياً: الاتجاه الفقهي المعارض.

ويمثل هذا الاتجاه الحنفية والشافعية والظاهرية ويرى أصحاب هذا الرأي بأنه لا يجوز للزوجة طلب التفريق بسبب غيبة الزوج سواء طالت المدة أو قصرت ولا يجب طلبها وذلك لعدم وجود الدليل الشرعي.

ولم يحدث الحنفية في مصنفاتهم عن حكم التفريق للغيبة من باب الفرقة، بل من باب المفقود وأحكامه، فلم يجيزوا لزوجته طلب التفريق، وكذلك لا يجيزونه لزوجة الغائب³.

¹ إذا ثناء تفقد عمر للرعية وهو يطوف بالمدينة إذ سمع المرأة تتشد: تطاول هذا الليل وأسود جانبه * وطال علي أن لا خليل لأعبه

والله لولا خشية الله وحده * لحرك من هذا السرير جوانبه

«فسأل عمر فقيل له أنها فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل في طلب زوجها ودخل على ابنته حفصة يسألها فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر».

² ابن قدامة، المغني، ج7، ص 31.

³ تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص 331.

وتحدث الشريبي في مغني المحتاج نقلا عن الشافعي قوله «أنه لا فسخ ما دام الزوج موسرا وإن غاب غيبة متقطعة»¹. فرأي الشافعية من رأي الامام الشافعي وعدم جواز فسخ عقد الزواج مادام الزوج موسرا غير معسر مهما كانت غيبته طويلة المدة أو قصيرة. إذ لا يمكن لزوجة الغائب أن تعتد أو تتكح، حتى يأتيها يقين وفاته وترثه².

وكذلك الشأن بالنسبة للظاهرية إذ قال ابن حزم الظاهري «لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا ايجاب عدة ممن لا يصح موته، ولا أن يطلق أحد من غيره»³.

وقوله «ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف في حرب أو في سلم، وله زوجة لم يفسخ بذلك نكاح امرأة أبدا وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي»⁴.

وحكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال؛ ويندفع به استحقاق ورثته بماله بهذا الظاهر ولهذا لا تتزوج امرأته عندنا وهو مذهب علي رضي الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قوله في امرأة المفقود أنها امرأة ابتليت فتصبر حتى يستبين موت أو طلاق⁵.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله (ص) «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر»⁶.

إذ تبقى زوجة المفقود في عصمته ولا يمكن لها الفسخ أو التفريق إلا أن يأتيها اليقين بموته أو الطلاق واستدلوا كذلك بقول علي رضي الله عنه «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين الخبر موت أو الطلاق»⁷.

¹ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص 442.

² الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص 41.

³ ابن حزم، المحلي، ج10، ص 142.

⁴ ابن حزم، المرجع السابق، ص 134.

⁵ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، ص 34-35.

⁶ أخرجه البيهقي، (حديث ضعيف).

⁷ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 35.

ومما سبق ومن خلال تعرضنا لرأي الفقه حول مسألة التطليق للغيبه فإن رأينا من رأي الفقهاء المالكية والحنابلة فهو الأقرب للأخذ به وهو جواز التفريق لغيبه الزوج وفقا للقاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»، فيما أن الزواج شرع للسكن رحمة والمودة فغياب الزوج عن بيت الزوجية لمدة طويلة فيه نوع من الضرر للزوجة والذي قد لا تطيق معه الصبر فيكون من الحكمة والانصاف لها اعطائها حق اللجوء للقاضي طالبة التطليق مؤسسة طلبها على غيبه الزوج ونحن بذلك نتفق مع رأي المالكية بجواز التطليق للغيبه بعذر أو بدونه مادام الضرر حاصل ونخالفهم في مسألة تقييد ذلك بعدم الانفاق إذ يكفي ضرر الغيبه للقول بجواز التفريق.

ويأخذ المفقود حكم الغائب وتطبق عليهما نفس الاحكام إذ أن رأي الفقهاء في التفريق يفقد الزوج هو نفسه للتفريق بالغيبه.

إذا اتفق المالكية والحنابلة على جواز تطليق زوجة المفقود بالرغم من اختلافهم في بعض الجزئيات من حيث تضيق المفقود، والمدة التي تنتظرها الزوجة. في حين ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته حتى يعلم موته أولاً يبقى أحد من اقرانه على قيد الحياة¹.

الفرع الثاني

التطليق للغيبه في القانون.

أجازت القوانين المغاربية واسوة بالمذهبين الحنبلي والمالكية امكانية لجوء الزوجة إلى القاضي طالبة التطليق مؤسسة طلبها على غيبه الزوج أو فقدانه فأقر المشرع الجزائري ذلك في المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة بالنسبة للغيبه والمادة 112 فيما يتعلق بالمفقود؛ وتحدث عن ذلك المشرع المغربي في المادة 103 إلى 105، والمشرع التونسي في الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. وسنحاول التطرق لتنظيم القوانين المغاربية لمسألة التطليق للغيبه ونظرتها لها والمقارنة بين ما ورد في قوانينها.

¹ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 160 - 161 - 162.

ففي قانون الأسرة الجزائري أعطى المشرع الجزائري الحق للزوجة التي يغيب عنها زوجها الحق في طلب التطليق طبقا لنص م 5/53 والتي تنص على «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة...».

وأخذ المشرع بالرأي الفقهي القائل بجواز التفريق للغيبة وهم المالكية والحنابلة؛ إذ أخذ برأي الحنابلة في مسألة جواز التطليق إن كان بعدر إذ لو كانت الغيبة بعذر فلا يجوز التفريق بسببها مخالفا بذلك ما ذهب إليه مالك في امكانية التطليق للغيبة سواء كانت بعذر أو بدون عذر إذ نص صراحة في المادة 5/53 على العذر.

إذ أن الغيبة التي تكون بغير عذر مقبول هي المقصودة ولذلك إن غاب الزوج عن زوجته لمدة أكثر من سنة لأجل طلب العلم أو العمل لا يجوز لها هاته الحالة أن تطلب التطليق بالغيبة لأن الغياب عنها كان بعذر فعلى المرأة أن تتحمل قسطا من أعباء تلك الحياة، مادام يعود ذلك كله بفائدة على الأسرة¹.

وكذلك من بين شروط طلب التطليق للغياب هو أن لا يترك الزوج ما لا تنفق منه الزوجة فإن ترك لها مال تنفق منه فليس لها طلب التطليق، وخالف بذلك المشرع الجزائري ما ذهب إليه الفقهاء الحنابلة ورأي مالك بجواز التفريق سواء ترك لها مال أم لا فأخذ بما جاء به بعض الفقهاء المالكية الذين لم يتركوا أمر جواز التطليق على إطلاقه بل قيوده وربطوه بعدم الانفاق عليها.

وأن تمضي سنة فأكثر على الغياب وتحسب هاته السنة بداية من يوم الغياب إلى غاية رفع الدعوى وتأثر المشرع في تحديد المدة بما جاء في الفقه المالكي الذي جعل المدة من سنة كحد أدنى إلى ثلاثة سنوات².

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، بدون طبعة أو دار النشر، الجزائر، 2003، ص52.

² بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 252.

وفي رأينا أن المشرع أحسن صنعا لما أجاز للزوجة طلب التطليق للغياب بدون عذر وذلك أخذا بما جاء به فقهاء الحنابلة والمتأخرين من الفقه المالكي إذ لا يعقل منح حق التطليق للزوجة التي يغيب زوجها من أجل دراسة أو عمل أو خدمة وطنية.

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري هو نصه صراحة على هاته الشروط في المادة 53 فقرة 05 وتضمينها شرط عدم الانفاق إذ يفهم من خلال ذلك أنه في حالة الانفاق على الزوجة يسقط حقها في طلب التطليق وهذا الأمر مما لا يستساغ إذ أن الغياب بدون عذر وحدة يسبب ضررا للزوجة التي تبقى تواجه مصاعب الحياة لوحدها دون سند كذا بالمساس بمقصد هام من مقاصد الزواج وهو السكن والمودة وعليه يكون ذلك ضرر كفيل بإقرار حقها في المطالبة بالتطليق حتى ولو ترك لها الزوج مال لأن الضرر حال وذلك استنادا للقاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار».

كما أن تضمين المشرع الجزائري لشرط عدم الانفاق في الفقرة 05 من المادة 53 ما هو إلا تكرار لما ورد في أحكام الفقرة 01 من المادة 53 إذ كان يكفي ذكر الشرط في هاته الفقرة دون تكراره.

أما بالنسبة للمفقود فقد سوى المشرع بينه وبين الغائب ويتضح ذلك جليا من خلال المادة 109 من قانون الأسرة والتي تنص على أن «المفقود هو الشخص الغائب الذي يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم».

و أكدت المادة 110 «الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود».

و أكدت المادة 110 والتي تنص على «لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون».

مما سبق يتضح ربط المشرع مسألة الغيبة بالفقدان ورتب على الفقدان امكانية طلب الزوجة للتطليق للفقدان؛ إذ تطبق على زوجة المفقود نفس الأحكام الواردة في المادة 5/53 من ق.أ، إذ ضم المشرع حالتي زوجته المفقود والغائب في ذات الفقرة وفق لما هو وارد في

المادة 112 من ذات القانون على أن الفرق بينهما يكمن في حرية زوجة الغائب في اثبات غيبته، أما زوجة المفقود فلا تطلب التطليق إلا بعد مضي سنة من يوم صدور الحكم بالفقد¹.

و ما يلاحظ أنه إذا كان الإشكال لا يثور بالنسبة لزوجة الغائب في حالة عودته، طالما أن التطليق قد قرر عقابا للزوج، فما هو الحكم في حالة الرجوع المفقود؟
فإذا كان نظم أحكام مال المفقود فإنه لم يورد نص خاص بحالة الزوجة فهل ترجع لزوجها الذي كان مفقودا بعد عودته ويفسخ عقدها الثاني، أم تبقى مع زوجها الثاني؟
وفي هذا الإطار يرى المالكية أنه إذا عاد المفقود تعود له زوجته إذ تم إبرام العقد ولم يتم الدخول وإذا تم الدخول فتبقى مع الزوج الثاني شرط أن لا يكون عالما بالفقد ولأنه إذا كان عالما به ترجع لزوجها الأول دخل بها أو لم يدخل بها².

ورأينا في ذلك أن يترك لمبدأ سلطان الإرادة فلا يمكن إجبار الزوجة على الرجوع لزوجها الذي كان مفقودا إذ ظهر، إذا أن العبرة بالضرر الحاصل لها وقت الغيبة والذي على أساسه منحت حق التطليق ويكون ذلك وحدة كافيا لتبرير وتأسيس طلبها التفريق وقياسا على ذلك تترك لها الحرية في العودة إلى زوجها الأول من عدمه شرط ضبط ذلك بمجموعة من الشروط من بينها أن لا يكون الزوج الثاني قد دخل بها.

أما المشرع المغربي فقد نظم أحكام التطليق للغيبة ضمن مقتضيات المواد 98 و 104 و 105، المادة 98 للزوجة طلب التطليق ثبات على أحد الأسباب الغيبة.
إذ تنص المادة 104 من المدونة على «إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن لزوجته طلب التطليق».

¹تشوارجيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النفاذ القانونية والتطور الاجتماعي، مقال منشور بمجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، نصوص جمعها وقدمها الأستاذ عبد الحفيظ أوسكين ، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص 90.

²تشوارجيلالي، المرجع السابق، ص 92.

تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه مع اشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه».

نلاحظ أن المشرع المغربي سار وفق ما قال به الإمام مالك حيث اشترط غياب سنة كاملة، لكن ترفع الزوجة دعوى على زوجها الغائب، إذا تضررت من هذا الغياب، والزوجة كما تتضرر الأقوال من كلام فاحش إلى الأفعال من ضرب وغيره، فهي تتضرر كذلك من غياب زوجها عليها، ضررا ماديا ومعنويا، والغيبة هي قيامه ببلدة غير البلدة التي تقيم فيها الزوجة، أما الغيبة الناتجة عن هجر بيت الزوجية والقيام بنفس المدينة، فلا تنظمها أحكام التطليق للغيبة¹.

و يتضح جليا أن دعوى التطليق من أجل الغيبة تتوقف من الناحية القانونية على تحقيق شرطين أساسيين:

1- أن تكون هناك الغيبة والتي يقصد بها خروج الزوج من بيت الزوجية دون أن يرجع إليه ومعناه من الناحية القانونية، أن يكسر قاعدة المساكنة الشرعية بين الزوجين، وما يستوجب من معاشرة زوجية والتي تعتبر واجبا جوهريا عليه، طبق للبند الأول من مدونة الأسرة²، والغيبة واقعة مادية تثبت بكافة وسائل الإثبات المتاحة، بها في ذلك شهادة الشهود والشهادات الإدارية³.

2- أن تزيد الغيبة على سنة وإلا كانت الدعوى المرفوعة خلافا لهذا الشرط غير مقبولة من الناحية الاجرائية وبديهي أن تكون مدة الغيبة سنة أو أكثر متصلة، لأنه لو عاد الزوج بعد غيبته طالت أم قصرت، وأقام مع زوجته ولو ليلة واحدة، ثم غاب عنها ثانية،

¹ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الرابعة، مطبعة دار النشر المغربية، المغرب، 2010، ص 292.

² الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين (1) المساكنة الشرعية بما تستوجب من معاشرة زوجية وعدل...».

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 161.

فليس لها أن تطالب التطليق للغيبة إلا إذا عاد الزوج غيبته عنها الموجبة للتطليق بشروطها أي سنة فأكثر¹.

وجاء في هذا الصدد حكم لمحكمة طنجة « حيث أن المدعية تلتمس من المحكمة الحكم بتطليقها من زوجها المدعي عليه طليقة واحدة بائنة للغيبة، وحيث أنه وبعد الاطلاع المحكمة على وثائق الملف تبين لها أن المدعي عليه غاب عن زوجته غيبة اتصال وانقطاع لمدة تزيد على السنة بدون عذر مقبول حسبما شهد به شهود اللفيف مما يتعين معه التصريح بتطليق المدعية من المدعي عليه للغيبة طليقة واحدة بائنة»².

وما تجدر الإشارة إليه أن المحكمة لا تنطق بالتطليق بمجرد تقديم الطلب إليها، بل تتخذ عدة إجراءات حتى تتأكد من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل المختلفة³.

فإذا كان الزوج معروف بعنوان فإن المحكمة تبلغه مقال دعوى وتقوم بإنذاره بضرورة الحضور للإقامة مع الزوجة أو نقلها إلى المكان الذي يقيم فيه مشعرة إياه بأنه إن لم يحضر للإقامة مع زوجته أولم ينقلها إليه بعد انصرام الأجل الذي تحدده المحكمة فإنها في حالة ثبوت الغيبة ستحكم بالتطليق⁴، وأخذ المشرع المغربي بهذا من المالكية.

أما إذ كان الزوج مجهول العنوان، فإن المحكمة تعمل على استدعائه وتبليغه مقال الدعوى على أي عنوان له بالملف أو آخر عنوان معروف عنه مثل العنوان الوارد برسم الزوج أو أي شهادة أو وثيقة بالملف، مع الاستعانة بالنيابة العامة لتحديد ومعرفة عنوان الزوج الغائب أو مكان تواجده، خاصة من خلال بحث السلطة المحلية أو الضابطة القضائية مع نشر ملحق الدعوى في مختلف وسائل الاعلام الممكنة خاصة في جريدة يومية وعبر أمواج الإذاعة الوطنية ثم تعيين مقدم عنه طبقاً لأحكام نص الفصل 39 من المسطرة المدنية

¹ بسمينة الكساسي، المرجع السابق، ص 112.

² حكم صادر عن محكمة الابتدائية بطنجة، قسم قضاء الأسرة بتاريخ 2006/07/27، حكم عدد 1594، ملف عدد 80-2006 - نقلا عن بسمينة الكساسي، المرجع السابق، ص 112.

³ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 130.

⁴ عبد الله ابن الطاهر السوسياتاني، مدونة الاسرة في اطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الثاني للطلاق، بدون طبعة، امارسي مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، المغرب، ص 177.

و المادة 105 من مدونة الأسرة فإن لم يحضر ولم يقدم جواب فتصدر المحكمة حكما بتطليق الزوجة بعد أداء اليمين على أن ما شهد به الشهود هو الواقع وتؤدي اليمين قبل اصدار الحكم¹.

والملاحظ ومما سبق أن المشرع المغربي أحسن صنعا لما أعطى الحق للزوجة في اللجوء إلى التطليق للغيبة سواء بعذر أو بدونه ويغض النظر إن ترك لها مال أو لم يترك شرط تبليغ المحكمة للزوج مقال دعوى الزوجة للجواب وإبلاغه بأن عليه أن يحضر للإقامة مع زوجته أو نقلها معه وإن كان معروف العنوان أو تلقيه بكافة الطرق للحضور وإلا طلقت عليه.

إذ أن الغيبة المقصودة هي غيبة مطلقة ليست مقيدة بعذر أم بغيره لأن الغيبة وحدها كافية للإضرار بالزوجة بسبب غياب زوجها وبعده عنها حتى ولو ترك لها مال للنفقة. عكس المشرع الجزائري والذي وان اتفق مع نظيره المغربي في مسألة المدة المحددة بسنة إلا أنه خالفه في مسألة العذر والنفقة إذا أن ما جاء به المشرع الجزائري فيه نوع من الجور اتجاه الزوجة التي لا يجب أن نحملها ما لا تطبق بترك مجال مدة الغيبة للعذر مفتوحا إذ أنه ليس من العدل أن تنتظر الزوجة زوجها الغائب للعمل أو التجارة أو الدراسة مدة طويلة حتى ولو ترك لها مال تنفق منه وهو ما انفرد به المشرع الجزائري باشتراطه لهذا الشرط الغريب والذي فيه تكرار لما ورد في الفقرة الأولى المادة 53 إذ لا يعقل أن تتحمل الزوجة غياب الزوج وتواجه مصاعب الحياة لوحدها ولا تجاب لطلبها للتطليق بحجة أنه ترك لها مال تنفق منه؛ وعليه كان المشرع الجزائري حذف هذا الشرط رفعا للإجحاف في حق الزوجة وعدم الوقوع في التكرار والتناقض مادام أنه المشرع الجزائري تحدث عنها في الفقرة الأولى المادة 53 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة لحق المفقود في التطليق في القانون المغربي فلم يدرجه ضمن الحالات التي يحق للزوجة فيها طلب التطليق بل يستشف ضمنا من خلال المادة 105 من مدونة الأسرة

¹ عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 162-163.

ضمن حالات الغياب في مكان مجهول، إذ يحق لزوجة المفقود قياسا على زوجة الغائب في مكان مجهول أن تطلب التطليق بمرور سنة عن الغياب أيا كانت ظروف هذا الغياب¹.
 إذ أنه غني عن البيان انه إذا كان الزوج مفقودا، فإنه يحق لزوجته طلب تطليقها منه للغيبة بعد مرور أزيد من سنة عن فقده لأنه في حكم الغائب المجهول العنوان، كما يحق للمرأة اللجوء إلى المسطرة الخاصة بالمفقودين لا تصدرا حكم بوفاة الزوج².
 وقد سار القضاء المغربي في نفس اتجاه المشرع المغربي في اقراره لحق الزوجة طلب التطليق للغياب لمدة أكثر من سنة إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى «يمكن للزوجة أن تطلب التطليق لغيبة الزوج إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان به مال تستطيع الانفاق سنة وذلك بعد ثبوت الغيبة، واتصال الزوجية وكونه غائبا قبل البناء أو بعده بموقع معين أو غير معين»³.

ويتضح من القرار مدى استقرار القضاء المغربي على جواز طلب الزوجة للتطليق للغياب لتضررها من بعد الزوج عنها حتى ولو كان له مال تتفق منه وبدون مراعاة لعذر غيبته من عدمه بشرط ثبوت الغيبة سواء قبل البناء أو بعده لمكان معلوم أو مكان مجهول.
 أما بالنسبة للقانون التونسي فقد أجازت مجلة الأحوال الشخصية التونسية التفريق للغيبة، أخذا بالمذهبين المالكي والحنبلي إذ نصت المادة 40 من المجلة على « إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقد أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك».

والملاحظ على هذا النص وأنه خلافا لبعض القوانين المقارنة ذات الصلة التي تجيز التفريق بين الزوجين بمجرد ثبوت غيبة الزوج وتضرر الزوجة من تغيبه حتى ولو كان للزوج

¹ صارة بن الشويح، المرجع السابق، ص 42.

² عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 163.

³ المجلس الأعلى عدد 979، 2000/10/18 ملف شرعي عدد 97/687 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 58.57 ص

153 - نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 164.

مال تستطيع الزوجة أن تتفق منه، ولا تشترط لإعمال تلك الاجازة إلا أن تكون غيبة الزوج لا تستند إلى أي مبرر مقبول وأن تتجاوز مدة غيبته حدا زمنيا معيناً¹.

إذ أنه طبقاً للمادة 40 فإن الطلاق يحصل بمطلب من زوجة الغائب من توافرت الشروط الخمسة الآتية:

- 1- أن لا يكون للغائب مال يمكن للمرأة أن تتفق على نفسها من محاصيله.
- 2- أن لا يكون للغائب قد وفر لزوجته ما يفي بالإنفاق وقت غيابه.
- 3- أن لا يتعهد أحد ما لإنفاق على زوجة مدة الغياب.
- 4- أن لا يظهر الغائب مدة شهر الذي حدده له القاضي لإنهاء الغياب.
- 5- أن تكون الزوجة قد أقسمت على ما ذكر بعد ثبوته².

فعلق السند القانوني الوطني المتصل بهذا الضرب الخاص من الطلاق جواز الحكم به على عسر الزوجة من جهة وعدم ترك الزوج لها أموال تستطيع الإنفاق منها وعدم تولي أحد الإنفاق عليها، فإذا توفر المال للزوجة المتغيب عنها زوجها أو إذا ترك لها زوجها ما تتفق به على نفسها فلا يمكنها أن تطالب بالطلاق على أساس الفصل 40 من المجلة الذي يصبح غير منطبق على وضعيتها وإنما يمكنها إن تضررت من إخلال زوجها بإحدى واجباته الزوجية اتجاهها وسعت لوضع حد لذلك بالطلاق فلها أن تؤسس دعواها على أحكام الفصل 31 من المجلة والمتصلة بالطلاق للضرر³.

وما يلاحظ أن المشرع التونسي وخلافاً للمشرع المغربي والجزائري والذين اتفقا على مدة سنة غيبة كشرط انفراد بنصه على مدة شهر للزوج الغائب عسى أن يظهر أوطلق عليه. لكن السؤال المطروح ما معنى أن يقع طلاق زوج من زوجته لمجرد غيابه عنها لمدة شهر والذي قد يكون لأسباب طارئة يمكن أن تعترض أي رجل؟ ثم هل يعتبر حصول الزوجة على حكم الطلاق وتفكك الأسرة من شأنه أن يحل مشكل افتقارها لمصدر إنفاق.

¹ محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 437.

² الهادي كرو، المرجع السابق، ص 300-301.

³ محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 437.

فيبدو أن هذا الفصل غير متماش مع التطور الذي عرفه المجتمع التونسي فالواقع العلمي المعاش قد تغير كثيرا كما كان عليه وعلى هذا الأساس يستوجب إعادة النظر في أحكام هذا الفصل¹.

ويبدو أن جدور هذا الفصل هو فقه أبو حنيفة والشافعي والمذهب الجعفري والذي أقر بعدم جواز التفريق للغيبة أن كان الزوج الغائب له مال يمكن للزوجة أن تنفق منه وهو قول يتعارض مع ما قال به الإمامان مالك وأحمد بن حنبل من جواز التفريق لغيبة الزوج إذا استمرت تلك الغيبة مدة طويلة².

وساير القضاء التونسي أحكام الفصل 40 من المجلة وذلك ما يظهر جليا في احدى الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بتونس حيث افاد الحكم الأول «حيث كانت العلاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين بمقتضى عقد الزواج المبين أعلاه، وحيث ألت نتيجة المحاولة الصلحية إلى الفشل بسبب إصرار المدعية على موقفها وغياب الزوج عن الحضور للإعراب عن موقفه وحيث ثبت من الأوراق ومما أفادت به البينة أن المدعي عليه تغيب عن زوجته غيبة بعد، وانقطاع طيلة أعوام خمسة، ولم يعد لها إلى تاريخ هذا القيام ولا ترك لها نفقة ولا أوصى من يتولى الانفاق عليها وحق لها بناء على ذلك المطالبة بالطلاق للضرر المتمثل في إهمالها وإهمال واجبات من طرف زوجها، وحيث أدت المدعية اليمين الاستيفائية على صحة دعواها، وحيث كانت الدعوى مستوفيه لمقوماتها القانونية»³.

ومما سبق تكون الغيبة ثابتة إذا تم دعوة الزوج إلى المحكمة قصد حضور جلسة الطلاق وذلك بواسطة عدل منفذ أو بواسطة ثلاث اعلانات صادرة بجريدة يومية متوالية

¹ ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي، تونس نموذجاً بدون طبعة، المغاربية للطباعة والنشر، تونس، 2009، ص 59-60.

² محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 439.

³ الهادي كرو، المرجع السابق، ص 305-306.

التاريخ، وأقيمت البينة بالشهادة على غيبته وإذا أقسمت الزوجة اليمين الاستيفائية على غيابه وانقضى أجل الشهر ولم يظهر¹.

والملاحظ مما سبق أن المشرع التونسي وافق كلا من المشرعين الجزائري والمغربي في مسألة جواز التطليق للغيبة أخذ بالمذهب المالكي والحنبلي إلا أنه اختلف عنهما في مسألة مدة الغياب الموجبة للتطليق للغياب إذ حددها بغياب الزوج لشهر إذ في رأينا أن مدة الشهر فيها إجحاف بحق الزوج الذي قد يغيب بسبب عذر كالعمل أو الدراسة فلا يعقل أن تطلق عليه زوجته بمرور المدة البسيطة، كما يعاب على المشرع التونسي ربط مسألة جواز التطليق للغياب بعدم الإنفاق أو عدم وجود من يتولى الإنفاق و اتفق في هاته المسألة مع المشرع الجزائري إذ لا يعقل أن يرفض طلب الزوجة وعدم اجابتها للتطليق للغياب بسبب أن الزوج ترك لها مال تتفق عليه أو فيه من يتولى نفقتها، وعليه وفي رأينا كان على المشرعين الجزائري والتونسي حذف مسألة عدم الإنفاق من أحكام نصال المادة 5/53 بالنسبة للمشرع الجزائري والفصل 40 في مجلة الأحوال الشخصية التونسية مادام أن مسألة الإنفاق من عدمه تحدثا عنه كسبب يجيز التطليق لوحده دون حاجة لإرفاقه بالغيبة وتجاوز مسألة تكرارها وبعد حديثنا عن التطليق للغيبة سنعالج مسألة التطليق للحبس في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

التطليق لحبس الزوج

قد يحدث وأن يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون ويستحق عنها السجن و العقاب هذا الأخير الذي قد تطول فترته مما يسبب للزوجة جرحا وضرارا لا تحتمله فهل يجوز لها في هاته الحالة طلب التطليق؟ للإجابة على ذلك سنتعرض للموقف الفقهي من هاته المسألة في (الفرع الأول)، والموقف القانوني (الفرع الثاني).

¹الهادي كرو، المرجع نفسه، ص 307.

الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي من التطليق للسجن

اختلف الفقهاء في رأيين اثنين في مسألة جواز إجابة طلب زوجة السجين للتطليق.

أولاً: الرأي المانع.

وهو رأي مذهب الحنفية والشافعية والجعفرية والذين قالوا بعدم جواز التفريق بالحبس¹، إذ يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال².

وعليه فالملاحظ أن الجمهور لم يجيزوا التفريق لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسره مهما طالّت المدة وسواء أكان مكانه معروف أو غير معروف ولأنه غائب معلوم الحياة ولأنه معذور³.

واحتج أصحاب هذا الرأي بالأدلة التي استدلوا بها على عدم جواز التفريق للفقد أو الغيبة؛ وما يلاحظ أن المذهب الجعفري، وإن كان الرأي الغالب عندهم انه لا تفريق بالحبس ولكن بعض علمائهم جوز ذلك، إذ يقول السيد كاظم في ملحفات العروب الوثقي لا يبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبداً⁴.

ورأينا في هذا الموقف لفقهاء الحنفية والشافعية بمنع التطليق للزوجة المحبوس زوجها هو رأي فيه نوع من التضيق على الزوجة التي يكون حبس وسجن زوجها يشكل حرجاً يجعل مقامها في هاته الحالة شاقاً لا تحتمله فتتضرر خاصة وإن سجنه هذا قدير غمها على انتظار وقت طويل وهو ما ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية من الزواج والقائم على الألفة

¹ الشرييني، المرجع السابق، ج4، ص 342.

² محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص 368.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 145.

⁴ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 694.

والمودة والمساكنة وكل هاته الأمور لا تتحقق إلا بوجود الزوج إلى جانب زوجته في بيت الزوجية.

ثانيا: الرأي المجيز.

وهو رأي المالكية والحنابلة والدين تحدثوا عن التفريق لغيبه الزوج ولم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج¹، فقد سكتوا عن مسألة التفريق للحبس إذ أنهم تحدثوا عن التفريق للغيبه إذ ذهب المالكية إلى أنه إذا طلبت الزوجة التفريق وادعت الضرر بعد سنة من حبسه لأن هذا الأخير غياب، ذهبوا لإجازة طلب الزوجة للتفريق من القاضي الذي يفرق بينهما بدون كتابة للزوج أو اندار وفي هذه الحالة تكون الفرقة طلاقا "بائنا"².

إذ أنه ليسفي المذهب المالكي - القائل بجواز التفريق بسبب الغياب - نص يقضي بأن حبس الزوج مدة طويلة يعطي المرأة حق طلب التطليق، وبالنظر للعلة التي عللوا بها جواز التفريق للغيب وهي الضرر اللاحق بالزوجة لبعدها زوجها عنها ولو كان غيابه لعذر، وهذه العلة ولا شك أنها موجودة و متحققة في حالة حبس الزوج مدة أكثر من السنة مع بدأ التنفيذ إذ الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره، مع العلم أن الرفع لا يكون إلا بعد مضي سنة من الحبس كالغياب سواء بسواء³.

وقد جاء في الشرح الكبير «وبقيت زوجة الأسير وزوجة المفقود بأرض الشرك للتعير إن دامت نفقتها، وإلا فكها التطليق كما لو خشيت الزنا»⁴.

أما الحنابلة فلم نجد أي موقف يتحدث عن جواز تطليق زوجة المحبوس باستثناء رأي موقف الفقيه الحنبلي ابن تيمية في إحدى فتاويه التي أجاز فيها طلب التطليق لزوجة

¹ محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 368.

² منصور نورة، التطليق والخلع، وفق القانون والشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 54.

³ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 158.

⁴ الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المرجع السابق، ص 482.

المحبوس وذلك بقوله: في فتاويه في باب عشرة النساء «القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود»¹.

والملاحظ من رأي ابن تيمية أن لزوجة المحبوس والمفقود حاجيات تنفع بها من زوجها وبعده عنها يحرمها من ذلك أن طلبته مما يسبب لها ضررا يجعل من الواجب إجابتها لطلبها التفريق وحكمها في ذلك حكم زوجة المفقود.

ومما سبق من استعراض الآراء الفقهية فيما يتعلق بالتفريق للحبس فإننا نميل إلى ترجيح الرأي المجيز لطلب زوجة المحبوس في التفريق إذ أنه الأقرب لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» إذ أن منع الزوجة من حقها في التفريق عن زوجها المحبوس قد يزيدها ضررا عن الأضرار المعنوية والمادية التي تلحقها بغياب زوجها عنها فمعنويا قد يلحقها حرج منحس زوجها مما قد يسيء إلى سمعتها وماديا ببعده عنها جعلها تتحمل مشاق الحياة لوحدها فيجعل من العدل والانصاف لها اجابة طلبها للتفريق.

الفرع الثاني:

التطليق لحبس الزوج في القانون.

أقرت القوانين المغاربية حق المرأة في الطلاق للحبس نظير تضررها من ما قد يقدم عليه من ارتكاب جرائم فيها مساس بشرف الاسرة وسمعتها ومما لذلك من اخلال بمبدأ المساكنة بين الزوجين مما يسبب لها ضرر يلزم معه اجابتها لطلبها التفريق. إذعالج المشرع الجزائري ذلك في المادة 4/53 والمغربي في المادة 106 فبالنسبة للمادة 53 فقرة 4 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتسجيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية...».

اجاز قانون الأسرة الجزائري التفريق لحبس الزوج لكنه قيده بمجموعة من الشروط والتي لا يتحقق طلب الزوجة في التفريق إلا بتوافرها وهي:

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 368

1- **الحكم على الزوج بموجب حكم قضائي:** إذ يجب أن يصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي به بحيث لم يعد يخضع لأي طريق من طرق الطعن فلا يكفي مجرد الحكم بإدانته، ولا يكفي مجرد صدور الحكم بل لابد أن يجوز قوة الشيء المقضي فيه¹، إذ لم يعد يقبل طرف الطعن القانونية العادية أو غير العادية في جريمة ارتكبتها².

فلكي تتمكن الزوجة من اقامة دعوى أما المحكمة من أجل أن تطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وفقا لأحكام المادة 53 فقرة 04 يجب عليها أن قبل كل شيء، أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالطلاق قد ارتكب جريمة معينة سواء من جرائم القانون العام أو غيرها وأنه إلى جانب ذلك قد صدر ضده حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وتقدم نسخة إلى المحكمة من هذا الحكم لتدعم به طلبها باعتباره حجة قانونية³.

2- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

والمقصود به تعلق الفعل بأعمال شائنة منافية للأخلاق، وأن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها، مثل عقوبة الاعتداء على العرض والاعتصاب والاحتتيال وغيرها، إن وصف الفعل بالشائن يعتمد على معيار الأخلاق من وجهة نظر القانون والتشريع الاسلامي، كجريمة الزنا أو جريمة الاعتصاب، أو جريمة الفحش وغيرها. و المقصود بالأسرة هنا، أسرة الزوجين وأقاربهما طبقا لما ورد في المادة 2 ق.أ⁴.

3- استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

والمقصود به أن تحتل العلاقة بين الزوجين نتيجة صدور حكم في الجريمة يآثر على سمعة الأسرة ويتحول الحب بين الزوجين إلى بغض وكرهية، مما ينتج عنه خلافات حادة

¹ عبد الفتاح نقيه، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 109.

² بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائرية، 1999، ص 249.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، طبعة ثالثة، 1996، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ص 266.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 250.

وخصومات مستحكمة، تحول راحتها إلى فتنة وسعادتهما إلى شقاء، وتصبح الحياة كلها جحيم لا يطاق¹.

وما يعاب على النص من خلال شروطه أنه فيما يتعلق بشرط الحكم النهائي غير قابل للطعن لا بالمعارضة ولا بالاستئناف والنفذ ولكن ما لقول إذا كانت العقوبة صادرة في حق شخص غائب وللعلم فإن الحكم الغيابي لا يصبح نهائيا إلا بمرور مدة، إذ لا يمكن التطليق بسبب الحكم الغيابي إلا إذا أصبح هذا الأخير نهائيا².

أما في الشرط المتعلق بالجريمة الماسة بشرف الأسرة فيثور التساؤل حول تحقق هذا الشرط في جريمة وتخلفه في أخرى؛ إذا أنه كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره وهي بذلك مرشحة لأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية في حين تبقى الجرائم غير العمدية والجرائم البسيطة كالمخالفات هي غير ماسة بشرف الأسرة³.

أما فيما يتعلق بشرط استحالة مواصلة العشرة الزوجية فهذا الوصف فيه نوع من المبالغة، فقد جرد المشرع حتى كاد يعدم جدوى الشروط الأخرى السابقة، إذ لا يوجد فعل من الأفعال تستحيل معه العشرة ولكن يمكن أن يبلغ حدا من التعفن والكراهية إلى درجة تجعل العشرة معه متعذرة فقط وليس مستحيلة، لكن هذا المفهوم لا يخفي علينا حقيقة الأفعال القبيحة المستتكرة التي يحرمها الإسلام وترفضها الطبيعة البشرية والتي قد تجعل الحياة الزوجية مستحيلة⁴.

والملاحظ ومما سبق أن المشرع أحسن صنعا لما عدل المادة وحذف مصطلح العقوبة الشائنة وكأنه كان يتحدث بأن عمل القاضي شائن واستبدالها بالجريمة الشائنة

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 266.

² تشوارجيلالي، المرجع السابق، ص 89.

³ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 44.

⁴ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، في الزواج والطلاق، ج1، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 293.

واحسن صنعا لما حذف مدة العقوبة إذا أعطى للزوجة حق في التطليق بمجرد الحكم عليه بالجريمة سواء كانت العقوبة نافذة أو غير نافذة إذ يكفي اعتبارها جريمة شائنة وماسة بشرف الأسرة لإجابة الزوجة إلى طلبها التطليق وبالرغم من ذلك إلا أنه في رأينا كان على المشرع حذف هاته الفقرة وإدراجها في الفقرة المتعلقة بطلب التطليق للضرر المعتبر شرعا.

وسار القضاء الجزائري على جواز التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة حيث جاء في احدى قرارات المحكمة العليا:

بتاريخ 1994/03/12 «الحكم بتطليق الزوجة على مسؤولية الزوج وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة، طعن بالنقض، لأن الحكم الجزائي المحتج به كان بسبب ضرب الزوجة ولم تكن العقوبة بسبب تهمة المساس بشرف الأسرة، كما تنص المادة 53 فقرتين 4 و6»¹. ويستنتج من القرار اعتراف وقرار قضاء المحكمة العليا للزوجة بالحق في المطالبة بالتطليق في حالة إذ ما كان حكم قضائي ضد الزوج لارتكابه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص صراحة في المادة 106 من المدونة على «إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله».

لقد سد المشرع المغربي ثغرة كبيرة في القانون بموجب نص المادة إذاتاح للزوجة التي صدر حكم على زوجها بالسجن لأكثر من ثلاث سنوات سجنا أن تتقدم إلى المحكمة بطلب تطليقها من زوجها المسجون².

ولعل مقتضيات المادة 16 تفرض التمييز في حالتين:

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/03/12 ملف رقم 101232 ن ق، عدد 54، ص 97.

² يسمينة الكسكاسي، المرجع السابق، ص 115.

أولاً: حالة صدور حكم على الزوج يقضي بعقوبة سالبة للحرية، حيث يحق للزوجة المطالبة بتطليقها من الزوج المذكور بعد توفر الشروط التالية.

1- صيرورة الحكم القاضي بإدانة الزوج- بالحبس أو السجن نهائي، ذلك أن الاستناد في طلب التطليق على الحكم القاضي بالإدانة يستوجب أن يكون هذا الحكم المستند عليه قد أصبح نهائياً حتى لا يصدر الحكم القاضي بالتطليق، والذي يكون نهائياً حسب المادة 128 من المدونة ثم يتم إلغاء الحكم القاضي بالإدانة بعد الطعن فيه فيكون حكم التطليق أصبح نافداً وغير قابل للطعن فيه رغم أن حكم الإدانة الذي استند عليه الحكم بالتطليق قد تم إلغاؤه¹.

و الملاحظ أن المشرع المغربي اتفق مع المشرع الجزائري في هذا الشرط إذ لا بد للحكم المعتمد عليه في طلب الزوجة للتطليق أن يكون حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه.

2- أن يكون الحبس أو السجن الموجب للتطليق لهذه الأسباب يجب أن تكون المدة المحكوم بها أكثر من ثلاث سنوات².

3- أن يتم تقديم طلب الحكم بالتطليق بعد مرور سنة كاملة من اعتقال الزوج وذلك على اعتبار أن أساس التطليق هنا هو الغيبة الناتجة عن الحبس أو السجن³. ويجب أن يكون الزوج مزال في حالة اعتقال لا في حالة سراح لأنه إذا كان في حالة سراح أو حكم عليه بعقوبة موقوفة التنفيذ أو حكم عليه ثم تم العفو عنه قبل اتمام السنة فإن دعوى طلب التطليق تكون غير مقبولة في هذه الحالات⁴.

¹ عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 167.

² محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 295.

³ عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 167.

⁴ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 165.

ثانياً: حالة وجود الزوج رهن الاعتقال رغم عدم صدور حكم عليه أو صدور حكم عليه ولكن غير نهائي؛ حيث يحق للزوجة المطالبة بالحكم بتطليقها منه شريطة مرور سنتين من اعتقاله¹.

والملاحظ هنا أن ليس على الزوجة تقديم أي مبرر سوى الحكم النهائي بالسجن أو الحبس على الزوج وأن تكون المدة أكثر من 3 سنوات وبعد مرور سنة على اعتقاله إذ يجب أن يكون في حالة اعتقال حين تقديم طلب التطليق وإلا رفض طلبها، ويمكنها طلب التطليق في حالة اعتقال الزوج رغم عدم وجود حكم أصلاً أو موجود لكنه غير نهائي شرط مرور سنتين على اعتقاله.

وقد سار القضاء المغربي على أحقية الزوجة في التطليق إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى رقم 2002 بتاريخ 2002/12/03 «إدانة الزوج بالسجن لمدة ثلاث سنوات نافذة من أجل التزوير يشكل ضرار للزوجة يبرر التطليق، لحرمانها من حقوقها الشرعية التي منها المعاشرة والمساكنة»².

ومما سبق يتضح مدى الاختلاف البين بين المشرع الجزائري والمغربي في مسألة التطليق للحبس إذ أن المشرع الجزائري لا يقول بالحبس أصلاً بل مجرد الحكم بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة يجيز للزوجة طلب التطليق عكس المشرع المغربي الذي يرى مجرد الحكم غير كاف لإعطاء هذا الحق للزوجة إذ يعتبر عدم الحبس أو الاعتقال وصدور حكم بعقوبة موقوفة النفاذ أو العفو غير مجيز لطلب التطليق وفي رأينا أنه كان المشرع المغربي ووفقاً ما جاء به المشرع الجزائري أن يعتبر مجرد الحكم على الزوج بجريمة يثبت مساسها بشرف الأسرة يكون سبباً للتطليق نظر للضرر الحاصل بالزوجة سواء الضرر المعنوي الذي أوقعها في حرج وحط من سمعتها أو الضرر المادي الذي أدى للزوجة لمواجهة مصاعب الحياة وتحمل مشقة العمل من أجل توفير حاجياتها وكذا للمساس بحق المعاشرة والمساكنة.

¹ عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 167.

² المجلس الأعلى عدد 156 ، 2002/12/03 ملف الشرعي عدد 475/2002 - نقلاً عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 168.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فلم ينص صراحة على حق الزوجة للتطليق لحبس الزوج وذلك بإدراجه مباشرة تحت أحكام نص المادة 31 من المجلة والتي تجيز الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر. وإضافة الى حبس الزوج وغيبته تلعب العيوب والايلاء والهجر والفاحشة واللعان دورا كبيرا في أعمال الزوجة لإرادتها طالبة التطليق من أجل رفع الضرر والغبن عنها وهو ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

التطليق للعيوب والايلاء والهجر والفاحشة واللعان.

إن الهدف من الزواج هو تشكيل اسرة مبنية على أساس المودة والرحمة وإحسان كلا من الزوجين فقد جعل الله سبيلا للمساكنة وهدوء القلوب وراحتها، إلا أن قد يلحق بالحياة الزوجية مجموعة من الأضرار يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ومن هاته الأضرار نجد العيوب التي قد تكون بأحد الزوجين وتكون سببا في التأثير على الأزواج وتمس بعنصري الألفة والمودة بينهما ويكون بذلك الإبقاء على العلاقة بينهما فيه شيء من الإرهاق لها ويكون بذلك لا سبيل لرفع الغبن عن أحدهما إلا الفرقة.

كما قد يكون الضرر من قبيل هجر الزوج لزوجته عمدا وبدون سبب شرعي لمدة طويلة من الزمن مما يسبب لها ضرار نتيجة اعراضه عنها وعدم القرب منها.

وقد يحدث أن يرتكب الزوجة فاحشة مبينة مسببا ضرار للزوجة إذ يصعب معه أن

تستطيع الزوجة العيش معه مما يجيز لها في حالة رغبتها التطليق من زوجها.

وسنحاول في هذا الفصل والذي سنقسمه إلى مبحثين إلى دراسة مسألة التطليق للعيوب

في (المبحث الأول) والتطليق للهجر والفاحشة المبينة في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التطليق للعيوب.

إن من أهداف ومقاصد الزواج بناء أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان

كلا من الزوجين والتناسل لإنجاز جيل قوي يساهم في بناء المجتمع وقد يحدث أن يطرأ

على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها بعلّة أو مرض أحد الزوجين بمرض يصعب أو يطول شفاؤه أو يتعذر ويكون بذلك مانعا لتحقيق الهدف من الزوج مما يؤس طلب أحد الزوجين طلبه للفرقة لهذا السبب ويقصد بالعيب في لسان العرب، ألعاب والعيب الوصمة وعاب الشيء، والحائط صار ذا عيب وقيل في قوله تعالى ﴿فأردت أن أعيبها﴾¹، أي أجعلها ذات عيب، يعني السفينة.²

وسنحاول في هذا المبحث دراسة موقف الفقه الاسلامي من التطليق للعيوب (المطلب الأول)، وموقف القانون الجزائري والمقارن من التطليق للعيوب (المطلب الثاني).

المطلب الاول

موقف الفقه الاسلامي من التطليق للعيوب.

المراد بالعيب هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار منها³، والسؤال المطروح هو إذا أصيب أحد الزوجين بعيب من العيوب سواء كانت جنسية أو غير جنسية فهل يخول للطرف الآخر المطالبة بالتفريق؟ لقد اختلف الفقهاء في مسألة التفريق للعيوب فمنهم من يمنع ذلك ومنهم من يقره للزوجين معا ومنهم من يقره للزوجة فقط مادام للزوج حق الطلاق.

وسنحاول في هذا المطلب التعرض إلى الرأي المانع (الفرع الأول)، ثم الرأي المجيز للتفريق للعيوب (الفرع الثاني).

الفرع الاول

المانعون للتفريق للعيوب.

وهو رأي الظاهرية والدين ذهبوا إلا أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه، سواء كان موجود بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده¹، فلا يفسخ النكاح بعد صحته بأي عيب من العيوب سواء كان هذا العيب بالرجل أم المرأة أم مشترك بينهما².

¹سورة الكهف، الآية 78.

² لسان العرب لابن منظور، الجزء 4، المطبعة الأميرية، القاهرة، د.س.ن، ص 3183.

³ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 325.

وقال الظاهرية لا يجوز لأي من الزوجين رد النكاح بأي عيب وحده في الزوج الآخر مهما كان العيب سواء كان المرض تناسليا أم كان من الأمراض المنفرة³.

وقال ابن حزم الظاهري في هذا الشأن «لا يفسخ النكاح بعد صحة بجدام حادث، ولا ببرص كذلك، و لا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب»⁴، وقوله «ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كانت مرة أو مرارا، أو لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما اصلا، ولا لأن يؤجل له واستدل ابن حزم بالحديث الذي رواه لبخاري يسنده عن عائشة رضي الله عنها «ان رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها، فتزوجت بآخر فأنت النبي (ص) فذكرت له أنه لا يأتيها، وأنه ليس معه إلا مثل هدبة، فقال لا حتى تذوق عسيلته ويدوق عسيلتك»⁵.

ومدلول الحديث أن رفاعة القرظي طلق امرأته وتزوجت بعده بعبد الرحمان بن الزبير فجاءت إلى الرسول (ص) شاكية فقالت يا رسول الله انما كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمان بن الزبير وأنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت هدبة من جلبابها فتبسم رسول الله (ص) وقال لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويدوق عسيلتك⁶.

¹ محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص 567.

² محمد إبراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 180.

³ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، ط2 دار الفكر، د.س.ن، ص 649.

⁴ ابن حزم، المحلي، ج10، ص 109.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، -الطلاق-، دار إين كثير، -باب إذا طلقها ثلاث-، رقم 565011، 1993، ص 5012.

⁶ الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص 255.

ووجه الاستدلال بالحديث هو طلب المرأة مفارقة زوجها عبد الرحمان وعودتها لزوجها الأول مع قيام العذر وهو عدم وصوله إليها يدل على أنه لا يصح أن يكون العيب أي عيب كان موجبا للخيار بين الزوجين¹.

ومما سبق يتضح رأي الظاهرية من مسألة التفريق للعيوب والتي يعارضونها مستدلين بما سبق من حجج وقولهم بأنه ليس في التفريق للعيوب دليل من الكتاب أو السنة وأن كل ما ورد بشأنها ما هي إلا آراء للصحابية لا تصح للاحتجاج بها.

وفي رأينا أن رأي الظاهرية في مسألة التفريق للعيوب فيه تضيق على الزوجة التي قد تتضرر بالبقاء مع زوج لا يستطيع الوصول إليها لعيب من العيوب الجنسية أو لمرض من الأمراض المنفرة كالبرص والجذام وعليه فإن رأي الظاهرية في رأينا هو إخلال بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

كما ان الحديث المعتمد كدليل وحجة من الظاهرية على عدم صحة التفريق بين الزوجين للعيوب لا يصلح الاحتجاج به، ذلك لأن المرأة التي جاءت للرسول (ص) إنما جاءت لتطلب العودة إلى زوجها رفاعة لا لطلب الفرقة من عبد الرحمان بن الزبير².

الفرع الثاني

المجيزون للتطليق للعيوب.

اجاز غالبية الفقهاء التفريق للزوجين بسبب العيب إلا أنهم اختلفوا حول العيوب التي يجوز التفريق فيها لثبوتها وكذا هل يحق لكل الزوجين أو لأحدهما فقط طلب التفريق لثبوت العيب؛ حيث ذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والحنبلية والشافعية إلى جواز التفريق لكلا من الزوجين في حيث ذهب الحنفية إلى امكانية التفريق للزوجة فقط مادام للزوج الحق في الطلاق.

¹ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 68.

² عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 69.

أولاً: جواز التفريق بالعيب في كل من الزوجين.

وهو رأي جمهور الفقهاء (المالكية والحنبلية والشافعية) فقالوا أنه يحق لكلا الزوجين طلب التفريق لمرض أو عيب يجده في صاحبه¹، فالتفريق بالعيب يثبت لكل من الزوجين، وعلى هذا إذا وجد أي من الزوجين عيباً بصاحبة كان حق طلب التفريق، ولا يمنع من ثبوت هذا الحق له كون الزوج الآخر معيباً، متى اختلف العيب عن صاحبه، أما إذا اتحد العيب أي كان العيبان من جنس واحد، فقبل بثبوت الخيار لكل منهما إذا لنفس تعاف من عيب غيرهما وإن كان بها مثله وقيل لا خيار لها لتساويهما في العيب².

وعليه يجوز التفريق وفسخ النكاح من كل عيب مستحکم سواء كان بالرجل أم بالمرأة، واخفاء هذا العيب وعدم إظهاره يعتبر غشاً وتديساً³.

وقد اختار هذا الرأي ابن القيم فقال «إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوي لها لا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، و السكوت عنه أقبح من التدليس والغش هو مناف للدين، و الإطلاق في العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً»⁴. وجاء قول ابن القيم كذلك «والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار»⁵.

إلا أنه بالرغم من اتفاق الجمهور حول التفريق كحق لكلا الزوجين إلا أنهم اختلفوا

في عدد العيوب الموجبة للخيار في الفسخ كالاتي:

¹ تسيير رجب التميمي ، المرجع السابق، ص 293.

² أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 186.

³ محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 180.

⁴ محمد شلبي، المرجع السابق، ص 568.

⁵ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، ص 183.

فالمالكية قالوا أن العيوب ثلاثة عشر أربعة يشتركان فيها وهي (الجنون والجذام، والبرص، و العديظة) وأربعة خاصة بالرجل (الجب والخصاء، الاعتراض، العنة)، وخمسة خاصة بالمرأة وهي (الرتق و القرن، والعقل، والغفل والافضاء والبخر)¹.

في حين أن الشافعية حددوا العيوب التي تجيز التفريق فهي عند الرجل (الجب والعنة) وعند المرأة (الرتق والقرن) ويشتركان في (الجنون، والجذام، والبرص)².

أما الحنابلة فقد ذكر ابن قدامة في المغني أن العيوب التي تثبت الخيار هي (ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي (الجنون والجذام والبرص)؛ واثنان يختصان بالرجل وهما (الجب والعنة)، وثلاثة تختص بالمرأة وهي (الرتق والقرن والغفل)³.

ويقول المالكية بالنسبة للعيوب الثابتة قبل العقد يثبت لكل من الزوجين حق الفرقة أما الحاصلة بعده لا يحق للزوج طلب الفرقة أما المرأة فلها حق طلب الفرقة في الجنون والجذام والبرص فقط.

في حين يذهب الشافعية إلى ثبوت حق الفرقة بالعيوب سواء أكانت موجودة قبل العقد أم حدثت بعده واستثنوه العنة إذا حدثت بعده لا يتيح الفسخ، وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية⁴.

واستدل جمهور الفقهاء على حق الزوجين في التفريق لقوله تعالى ﴿فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان﴾⁵. وقوله (ص) « لا ضرر ولا ضرار »؛ وفي السنة ما رواه الأمام أحمد في المسند بفعله (ص) (فقد تزوج امرأة من بني عفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش، أبصر بكشحها بياضا، فانحاز عن الفراش ثم قال « خدي عليك ثيابك »، ولم يأخذ مما آتاها شيئا»⁶.

¹ الدردير، المرجع السابق، ص 277.

² الشافعي، المرجع السابق، ص 83.

³ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 851.

⁴ محمد ابراهيم حفناوي، المرجع السابق، ص 184.

⁵ سورة البقرة، الآية 229.

⁶ أحمد بن حنبل، المسند، ج3، مؤسسة الرسالة، القاهرة، ص 493.

و مدلول الحديث هو جواز التفريق لوجود عيب في المرأة إذ أن الحديث يثبت الخيار إذ وجد بالمرأة برص أو عيب.

ثانياً: جواز التفريق بعيوب الزوج فقط.

وهو ما ذهب إليه الحنفية بأن للزوجة أن تطلب التطليق إذا وجدت زوجها مصاباً بعيوب أو مرض تناسلي يمنع الاتصال الجنسي، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق¹.

ويرى الحنفية أن للمرأة الحق في طلب التفريق بعيوب التناسل الثلاثة (الجب والخصاء، والعنة) لأنها عيوب تخل بالمقصود الأول من الزواج وهو التناسل وذلك إذا كانت هذه العيوب موجودة عند العقد أو حدثت بعده قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا يثبت لها ذلك، وعليه إن كان العيب بالرجل فللمرأة التفريق وإن كان بالمرأة فليس للرجل التفريق لأن بيده الطلاق².

فالحنفية ذهبوا إلى أنه لا خيار إلا بالعيوب الجنسية الثلاثة وهي (العنة، الجب، الخصاء)، ويرى محمد بن الحسن إضافة عيوب أخرى غير عيوب التناسل وهي العيوب المشتركة بين الزوجين (الجنون، والجذام والبرص)³.

واستدل الحنفية على ثبوت حق التفريق للزوجة دون الزوج بما روي عن ابن مسعود وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أن الحرث لا ترد عن عيب وأن النكاح لازم للزوج، إن شاء طلق وإن شاء أمسك وأما حديث المرأة الغفارية فالمراد به خيار الطلاق⁴.

ومن المعقول أنه يثبت حق التفريق للمرأة دون الرجل لأنها انسدت عليها باب تحصيل المقصود من النكاح من جهته ومن جهة غيره، فكان لا بد من إزالة ظلم التعليق، وهذا لا يوجد في جانبه لأنه متمكن من تحصيل مقصود من جهة غيرها، إما يملك النكاح أو

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 281.

² محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 182.

³ الكساني، بدائع الصائغ في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، د.س.ن، ص 327.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج 5، ص 96.

التخلص منها بالطلاق فالمرأة التي لم يثبت لها خيار الفسخ لبقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، فثبت لها الخيار لإزالة ظلم التعليق ودفع الضرر عنها¹.

إنه بعد عرض آراء الفقهاء لمسألة التفريق للغياب فإن رأينا من رأي جمهور الفقهاء والذي يجيز لكلا الزوجين حق التفريق لمرض أو عيب بأحدهما وذلك تحقيقاً للمساواة بين الزوجين في دفع الضرر الحاصل إذ أن كل عيب ثابت بأحد الزوجين يشكل ضرراً للزوج الآخر فيكون العدل والانصاف منح الخيار لمن يتضرر باللجوء إلى القاضي طالبا التفريق للعيب وكل ذلك بغية تحقيق أهداف ومقاصد الزواج التي أنشئ من أجلها. وسنحاول في المطلب الموالي تحديد العيوب الموجبة للتطليق بالتفصيل.

المطلب الثاني:

تحديد العيوب الموجبة للتطليق.

لقد أورد الفقهاء مجموعة من العيوب التي تجيز التطليق فإذا ما وجد بأحد الزوجين عيب لا يسمح باستمرار الحياة الزوجية فللمتضرر منهما حق التفريق وتنقسم هاته العيوب بين عيوب خاصة بالرجل وعيوب خاصة بالمرأة ومنها ما هو مشترك بينهما وقد تكون العيوب التناسلية أو غير التناسلية وسنتعرض للعيوب الخاصة بالرجل والعيوب الخاصة بالمرأة (الفرع الأول)، والعيوب المشتركة بينهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العيوب الخاصة بالرجل وبالنساء.

وسنحاول التفريق في هذا الفرع بين العيوب الخاصة بالرجل وتلك العيوب الخاصة

بالنساء.

¹ السرخسي، المرجع السابق، ص 96-97.

أولاً: العيوب الخاصة بالرجل.

هي بالأساس عيوب تناسلية إذ تتفق المذاهب السنية الأربعة على أن للزوجة أن تطلب من القاضي أن يحكم بتطليقها من زوجها بسبب أحد عيوب الفرج¹، وتتمثل هاته العيوب في:

1- الجب و المجبوب هو من استؤصل عضوه التناسلي وهو مقطوع الذكر أو الأنثيين، ويدخل في ذلك مقطوع الأنثيين فقط إذ كان لا يمني، وكذا مقطوع الحشفة². وقال ابن قدامة «وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أولم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به»³.

واتفق الفقهاء على أن الزوج الذي قطع ذكره سواء كان القطع كاملاً أو جزء منه بحيث أن هذا الجزء لا يؤدي الغرض فإن للزوجة حق طلب الطلاق ويجاب إلى طلبها دون تأجيل فيذلك باعتبار أن عجزه عن الوطء هو عجز مطلق ومتحقق ولا فائدة من تأجيله⁴.

2- الخصاء: والخصاء بكسر الخاء وهو الرجل الذي قطعت خصيته وبقي ذكره والخصيتان هما البيضتان الموجودتين تحت الذكر⁵.

وهو سل الخصيتين، هما البيضتان من أعضاء التناسل، وقد يطلق هذا اللفظ ويراد به سل الخصيتين، والذكر وفرق بعض العلماء بين الأمرين فقال: إن قطعت اثنتاه - الخصيتان - فقط فهو خصي، وإن قطع ذكره، فهو مجبوب.

3- العنة: العنين وهو العاجز عن الإيلاج وهو مأخوذ من أي اعتراض لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاج أي يعترض والعنن الاعتراض وقيل لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 181.

² أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 184.

³ ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص 652.

⁴ عمرو خليل، المرجع السابق، ص 83.

⁵ ابن منظور، المرجع السابق، ص 251.

وشماله ولا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها¹.

والملاحظ أن هاته العيوب والتي تحدث عنها الفقهاء لم تأت على سبيل الحصر بل جاءت من قبيل المثال إذ كل عيب أحد الزوجين يجيز للصحيح فيهما حق التفريق ومن هذا القبيل عيب الاعتراض.

إذ يقصد بالاعتراض وهو عدم القدرة على الدخول بالمرأة مع سلامة العضو ظاهراً². وعليه فإنه وفي حال ثبوت عيب من العيوب السابق ذكرها ووجودها بالزوج يجعل للزوجة الحق في الخيار فإن هي لم تستطع الصبر وأصبحت غير راغبة في استمرار الحياة الزوجية ورفعت طلبها للقاضي طالبة التطليق فما على القاضي إلا إجابتها لطلبها لثبوت العيب واستحكامه.

ثانياً: العيوب الخاصة بالمرأة.

أما العيوب فيما يخص به المرأة من داء الفرج وهي:

- 1- الرتق: وهو كون الفرج مسدوداً أي ملتصقاً بلحم من أصل الخلقة لا مسلك للذكر فيه³، أو هي إلتقاء الشفرتين وتلاحمهما بحيث يكون فرج المرأة مسدوداً، مما يتعذر معاشرتها⁴.
- 2- العقل: وهو لحم يبرز في القبل يشبه إدارة الرجل ولا يسلم غالباً من رشح⁵، ويبل رغبة تحدث عند الجماع من شدة احتكاك عضو الرجل والمرأة⁶.
- 3- الإفضاء: وهو انخراق بين السبيلين أي القبل والدبر من المرأة وانخراق ما بين مخرج بول ومني وهو الفتق لأنه يمنع لذة الوطء وفائدته ونحوها¹.

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص 602-603.

² الدردير، المرجع السابق، ج2، ص 278.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 120.

⁴ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 300.

⁵ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 182.

⁶ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 300.

4- القرن: وهو عظم أو لحم سميك ينبت في الفرج.²

5- البخر: والمقصود به بخر الفرج أي نتانته.³

الفرع الثاني

العيوب المشتركة.

وهي تلك العيوب التي لا علاقة لها بعيوب الفرج بل هي عيوب مما يخشى معه تعدي أداه ومنها ما فيه تقيد ونقص ومنها ما تتعدى نجاسته⁴ وهي:

1- البرص: وهو بياض يبدو في ظاهر البدن وهو نوعان: أبيض وأسود والأسود

أخطر لأنه مقدمة الجذام ويكون له قشرة مدورة يشبه الفلوس.⁵

2- الجذام: الأجزم المقطوع، والجذم علة يحجز منها العضو ثم يسود ثم ينقطع

ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في الوجه أغلب.⁶

3- الجنون: وهو ذهاب العقل وهو ما جن شيء يجنه جنا ستره ومعناه ستر العقل

عن الواقع وهو نقصان فيه.⁷

ومن العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة والتي تظل محل جدل في الفقه نتوقف عند

اثنين وهي:

- العذيفة وهي كلمة مشتقة من فعل عذط وهو الذي إذا أتى أهله سلح أو أكسل

وجمعه عذبوط و نوعذاييط و عذاويط والمرأة عذبوطة وهي التيتاء، والرجل تيتاء.

ويقصد به اصطلاحاً حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع

¹ رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 121.

² محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 176.

³ المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 338.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، جبر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 121.

⁵ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 338.

⁶ أحمد محمد المؤمن، اسماعيل أمين نواظرة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، 2009، دار

المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 126.

⁷ أحمد محمد المؤمن، المرجع نفسه، ص 126.

- العقم وهو عدم قدرة الجهاز الخاص بالإنتاج لكل من الزوج أو الزوجة على القيام بأداء ما أنيط به من مهام رغم القدرة على ممارسة العملية الجنسية بكيفية كاملة¹.

وبعد حديثنا عن موقف الفقه الاسلامي من العيوب وتقسيماتها ننقل الى موقف القانون من التطليق للعيوب في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

موقف القانون من التطليق للعيوب.

أجازت القوانين المغاربية التطليق للعيوب وهي بذلك أخذت بالرأي الفقهي المجيز لذلك وهو رأي جمهور الفقهاء والحنفية وإن كان المشرع الجزائري أخذ في هذا المجال صراحة برأي الحنفية بإجازة التطليق للزوجة لما يثبت من عيوب في الزوج ولم تمنح هذا الحق للزوج الذي بيده الطلاق في حين أخذ المشرع المغربي والتونسي برأي الجمهور إذا أجاز المغربي في مدونة الأسرة التطليق للعيوب لكلا الزوجين من خلال المواد من 107 إلى 111 في حين نص المشرع التونسي على امكانية الطلاق لكلا من الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر وستعرض لموقف المشرع الجزائري في (الفرع الأول)، ولرأي القانون المقارن (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطليق للعيوب في قانون الأسرة الجزائري.

تطرق المشرع الجزائري لمسألة التطليق للعيوب في المادة 2/53 بقوله «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج».

والملاحظ من خلال هاته المادة أن المشرع اجاز التفريق للعيوب بالنسبة للزوجة غير الزوج والذي يملك حق الطلاق طبق للمادة 48 لأنه لم يحدد انواع العيوب المجيزة للتطليق فهي العيوب الجنسية أو غير الجنسية او المشتركة بينهما وأحال في ذلك على الفقه الاسلامي وفقا للمادة 222 والتي نصت صراحة على أنه في حال عدم وجود نص يتم الرجوع

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 188-189.

لأحكام الفقه الإسلامي؛ واكتفى المشرع بقول يجوز التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هذا الهدف الذي تحدث عنه المشرع في المادة 4 من قانون الأسرة بقوله «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه الشرعي، من أهدافه تكون أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

وعليه فالأهداف التي شرع من أجلها الزواج هي انجاب الأولاد والتناسل من أجل أسرة تسودها المودة والرحمة واحصان كل من الزوجين فمتى وجدت عيوب في الزوج تحول دون تحقيق الأهداف جار للزوجة اللجوء للقاضي لطلب التفريق. وأخذ المشرع الجزائري برأي المذهب الحنفي حيث قصر الحق في طلب التطليق على الزوجة، إذ يمكن للزوجة أن تطلب التطليق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً أو مرضاً مستحكماً لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن ذلك بعد زمن طويل ولا يعتبر السكوت رضا فقد يكون أمالاً في الشفاء، بل الذي يسقط حق التفريق هو الرضا صراحة، أما إذا كان العيب موجوداً في الزوج ولم يضر بالزوجة فلا يكون ذلك سبباً لطلب التطليق، لانعدام الظلم أو الضرر، فإذا لم يجزم التقرير الطبي بأن الزوج مصاب بعلّة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري¹.

وسار الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه إذ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا «من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية»².

ويتضح جلياً من القرار إقرار قضاء المحكمة العليا بحق الزوجة التي يكون زوجها عاجزاً عن مباشرتها جنسياً إذ يعتبر الأمر عيباً من العيوب المميز لطلب الزوجة التطليق من زوجها.

¹ بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 240.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 34784، م.ق. 1989، عدد 3، ص 73.

وما تجدر الإشارة له هو أن القاضي لا يملك حق التفريق بين الزوجين إلا بعد اثبات العيب أو المرض من طرف الزوجة ويمكن للزوجة أن تستعين بأهل الخبرة من الأطباء المختصين في معرفة العيب، كما يشترط في العيب أن يكون من العيوب المانعة من تحقيق الهدف من الزواج وأن يكون مستحكما لا يمكن الشفاء منه إلا بعد زمن طويل، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها¹.

ومن خلال المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد العيب أهو العيب الجنسي أو غير الجنسي واعتماده عبارة عامة فضفاضة تشملهما معا دون أن يذكر اثنين أو ثلاثة من العيوب أو أكثر ولو على سبيل المثال والأمر مستحسن ذلك لأن العيوب والعلل والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب جدا حصرها أو تحديدها².

وعدم تحديد العيب يجعلنا نقول أن العيوب المقصودة هي جميع العيوب التي يكون من شأنها الإضرار بالزوجة مادام أن المشرع قصر إمكانية التطليق على الزوجة فقط سواء كانت هاته العيوب جنسية أو أمراض وعيوب منفرة تحول دون تحقق الهدف من الزواج أو دون استمرار الحياة الزوجية في جو يسوده الاستقرار والمودة.

ويعاب على المشرع أنه لم يفرق بين ما إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل إبرام العقد وبين ما إذا لم تكن عالمة به³.

وفي رأينا أنه سواء كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل إبرام العقد أو بعده فإنه لها الحق في طلب التطليق مادام الحاصل بالعيب ضررا، ويعاب عليه كذلك أنه أجاز للزوجة التطليق بمجرد ثبوت العيب دون منح سلطة تقديرية للقاضي في إمكانية اعطاء مهلة مناسبة للزوج تمكنه من علاج مرضه إذ جعل المشرع كل الأمراض والعلل التي يصاب بها الزوج في نفس المرتبة، وللعلم فالعجز الجنسي لسبب نفسي مثلا ليس كالعجز الجنسي بسبب العيوب

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 241.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 260-261.

³ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 82.

كالخصي أو الجب لذلك كان من المفروض منح سلطة تقديرية للقاضي في اعطاء مهلة للتأكد من امكانية الشفاء، وهو ما ذهب له المالكية في منح مدة سنة للأمراض التي يرجى منها الشفاء¹.

ويشترط لطلب التطليق أن يكون العيب في الزوج لا الزوجة وأن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والذي لا يقتصر فقط على الاستمتاع الجنسي وإنما الاخلال بالأهداف التي رسمتها المادة 4 من قانون الأسرة²، وأن لا تكون عالمة بالعيب عند عقد الزواج لأن علمها يؤكد رضاها واسقاطها لحقها في الاتصال الجنسي³، وتضرر الزوجة من المرض سواء كان جنسيا أو منفرا وكذا انتظار مدة سنة في الامراض التي يرجى منها الشفاء وفق ما جاء به القضاء⁴، وعليه فمتى توفرت الشروط المستتبطة من خلال المادة أو وفقا لما أقره القضاء جاز للزوجة اللجوء إلى القاضي طالبة التطليق متى أثبتت وجود العيب بكافة طرف الاثبات لاسيما الشهادات الطبية وللقاضي سلطة تقديرية في اصدار حكمه بالتطليق من عدمه ويمكنه أن يستعين في ذلك بأهل الجيزة من الأطباء.

وان كان هذا رأي المشرع الجزائري والفقهاء القانوني في مسألة التطليق للعيوب فنجد ان كل من المشرعين الاسريين المغربي والتونسي عالجا هاته المسألة وهو ماسنفضلة في الفرع الموالي.

¹تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص 83-84.

² حمليل صالح، اجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1998/1997، ص 207.

³ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 37.

⁴المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 1984/11/19 ، ملفرقم 34784.م.ق، 1989، عدد3، ص 73.

الفرع الثاني

التطليق للعيوب في القانون المقارن.

وندرس في هذا الخصوص ما جاء به المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية بحق الزوجين معا في فك الرابطة الزوجية بالتطليق للعيوب وكذا المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية والذي وإن لم ينص صراحة على ذلك إلا أنه بالرجوع إلى الفصل 31 اعترف بحق الزوجين في الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر فالنسبة للمشرع المغربي فقد جاءت المادة 5/98 من المدونة بانه «للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية: العيب...».

كما جاءت المادة 107 من المدونة بأحكام جديدة بالنسبة لحق الزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية بسبب عيب في الزوج إذ لم تحدد المدونة عيوباً خاصة بالزوج وأخرى خاصة بالزوجة كما فعل الفصل 54 من مدونة الأحوال الشخصية بل النص أصبح عاما للعيوب والأمراض التي قد تصيب الزوج أو الزوجة على حد سواء¹، إذا تعتبر عيوب مؤثرة على استقرار الزوجية:

1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته والتي لا يرجى الشفاء

منها داخل سنة المادة 107.

يلاحظ من خلال هذه المقتضيات أن المشرع سار بخصوص العيوب والأمراض الموجبة للتطليق على غرار الفقه الإسلامي عندما كرس العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية والتي تخص بالأساس العيوب التناسلية سواء بالنسبة للرجل (الجب، والخصاء، والعنة) أو بالنسبة للمرأة (الرتق، والقرن، والغفل، والاختصاص، والبخر) فهذه العيوب تمنع من الجماع أو من لذته وتسمى داء الفرج لدى الرجال ولدى النساء لأنها لا تؤثر على المعاشرة

¹ ادريس الفاخوري، دور الإدارة في إنهاء عقود الزوج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف، ع4، 2004، ص 80.

الجنسية بين الزوجين¹، كما أن هناك عيوب مشتركة تخرج عن الجانب التناسلي ولها علاقة بذات الزوج والزوجة كالعيوب التي تصيب العقل (الجنون، الصرع، العتة...)، والعيوب التي تصيب الجسد (كالجذام، والبرص، و العذيمة)، حيث يمكن للزوجة الغير مصاب بأحد هذه الأمراض أن تطلب التطليق للعيب إذا كان مرض قرينه يشكل خطرا على حياته أو على صحته والذي لا يرجى الشفاء منه داخل سنة لأنه مع وجود العيب لا يمكن استمرار العيش مع المصاب بها إلا بضرر².

ويتضح بأن المشرع قد وضع تميزا من حيث الوقت الموجب للتفريق بين العيوب التي تمنع المعاشرة الزوجية والمنصوص عليها في الفقرة الأولى والعيوب المتمثلة في الأمراض التي تحوي خطورة على صحة الزوج الآخر المنصوص عليه في الفقرة الثانية كالأمراض المعدية أو المزمنة أو الخطرة كالسل والعضال ويضاف لها في وقتنا الحاضر مرض الإيدز الفتاك حيث جعل النوع الأول واجب التفريق في الحال بمجرد اثبات المدعي إصابة زوجه بأحد العيوب المانعة للمعاشرة الزوجية بينما ميز في النوع الثاني بين الأمراض التي يمكن الشفاء منها داخل أجل سنة، فيكون الفصل في القضية مؤجلا وبين الأمراض التي لا يمكن الشفاء منها داخل هذا الأجل فيكون الحكم بالتطليق للعيب في الحال³، وبهذا فإن المشرع المغربي وضع معيارا عاما للعيوب المبررة لطلب التطليق من الزوجين دون تحديد الحالات أو صور لهذه العيوب سواء على سبيل الحصر أو المثال، وبالتالي ترك المجال مفتوحا أمام القضاء لتدارك أي جديد في الموضوع مع مراعاة التطور العلمي والطبي المتزايد يوما بعد يوم وفق معيار موضوعي يستند على المنع من المعاشرة الزوجية أو على تشكيل خطر على حياة الزوج الآخر أو على صحته والتي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة⁴.

¹ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 140.

² محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص 140.

³ بن الشويخ صارة، المرجع السابق، ص 48.

⁴ عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 171.

ويشترط للتطليق للعيوب والمرض طبقا للمادة 108 من المدونة والتي تنص على انه
«يشترط لقبول طلب احد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيوب:

- 1- أن لا يكون الطالب عالما بالعيوب حين العقد.
- 2- ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالعيوب بعد العلم بتعذر الشفاء».

إذ أن شرط عدم العلم بالعيوب أو المرض مشتركا بين الزوجين، يطبق بالنسبة لهما معا، والقاعدة أن الشخص يحمل هنا على عدم العلم لأنه الأصل، وعلى الطرف الآخر الذي يدعي علم الطرف الآخر بالعيوب أن يثبت ما يدعيه بالبينة أو بالقرائن لأن المسألة تتعلق لا بالواقع لا بالقانون¹.

كذلك أن لا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضا بالعيوب بعد العلم بتعذر الشفاء، بمعنى ان لا يكون راضيا بالعيوب بعد العلم بتعذر الشفاء، فإن رضى به سواء كان رضاه صريحا أو ضمنيا فلا يستجاب لطلبه²، وهو ما قال به المالكية إذ يعتبر القبول بالاتصال الجنسي بعد العلم بالعيوب دليلا على الرضى به.

ويضاف إلى الشرطين شرط ثالث بالنسبة للأمراض الخطيرة على حياة الزوج أو على صحته، ويتمثل هذا الشرط في أن تكون الأمراض لا يرجى الشفاء منها داخل أجل سنة³. وجاءت المادة 111 من المدونة لتؤكد أن مسألة اثبات العيوب والمرض تتم بالاستعانة بأهل الخبرة من الاخصائيين من أجل معرفة العيوب أو المرض.

إنه ومما سبق ومن خلال ما ورد في نصوص المدونة فيما يتعلق بالتطليق للعيوب وبالرغم من أن المشرع المغربي تحدث عن حق الزوجة في التطليق للعيوب طبقا للمادة 98 من المدونة؛ إلا أنه بالذهاب إلى للمواد 107 و108 أعطى هذا الحق للزوجين معا مناقضا بذلك المادة 98 وفقرة 05 والتي كان عليه أن يوضح فيها أن التطليق للعيوب حق للزوجين

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 191.

² محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 141.

³ عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 172.

معاً؛ ولقد أخذ المشرع بحق الزوجين معا للتطليق بالعيب من رأي الجمهور اللذين أجازوا التطليق للعيوب لكلا الزوجين ومنهم الفقهاء المالكية والدين يستند إليهم المشرع المغربي في المدونة وأحسن المشرع المغربي صنعا بعدم حصره للعيوب لا على سبيل المثال ولا الحصر تاركا الأمر وفقا لنص المادة 111 من المدونة لأهل الخبرة والاختصاص لتحديد العيب أو المرض من أجل رفع الضرر عن أحد الزوجين الذي يتضرر بعيب او مرض يكون من شأنه التأثير على المعاشرة الزوجية أو مرض خطير لا يرجى منه الشفاء.

إلا أنه ما يقال على المشرع المغربي هو ربط مسألة التطليق للعيوب بعدم العلم بالعيب حين العقد أو عدم صدور ما يفيد الرضى لعيب بعد العلم بتعذر الشفاء، إذ أنه سواء تحقق شرط عدم العلم او الرضى اولم يتحقق فإن الضرر حاصل ويوجب رفع الضرر عن المضرور إذ لا يعقل أن نجبر أحد الزوجين على تحمل الضرر بحجة أنه على علم أو رضى به في زمن مضى.

ولقد سار القضاء المغربي على جواز التطليق للعيوب وهو ما تجسد في قراراته المختلفة والتي نجد منها:

- «إن العيب المدعي به ثابت باعتراف المستأنف في أسباب استئنافه ومذكراته المدلى بها، وعدم حضوره للخبرة الطبية التي سبق للمحكمة الابتدائية أن أمرت بإجرائها عليه.. وإن الخبرة.. المدلى بها من طرف المدعى عليه غير فاعله في النازلة امام غيابه عن اجراءات الخبرة المأمور بها...»¹.

- «إن استدعاء الزوج من طرف الطبيب للكشف عن وجود أو عدم وجود العيب الجنسي المدعى به، وتخلفه عن الحضور هو قرينة على صحة ما تدعيه الزوجة»².

¹ المجلس الأعلى عدد 760 ، 2002/10/30،الملفالشريععدد 2002/3365 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61، ص 65- ذكره عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 179.

² قرار المجلس الأعلى عدد 44 ، 2006/01/25،الملفالشريععدد65،2004/1/2 ذكره عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 179.

ما يلاحظ من خلال القرارين هو اقرار القضاء المغربي بجواز التطليق للعيب واخضاعه لكافة طرق الاثبات إذ تحدث في القرار الأول عن الاعتراف الصادر عن المستأنف وهو المدعى عليه في الدعوى إذ أخذ القضاء باعترافه كدليل على وجود العيب وكذا كبينة عن الخضوع لإجراء الخبرة الطبية المأمور بها من طرف المحكمة.

في حين تحدث القرار الثاني والذي يعتبر من أسس المادة 111 من المدونة التي تدعو للاستعانة باهل الخبرة والاختصاص لتحديد لعيب، إذ اعتبر تخلف الزوج عن الحضور للطبيب للخضوع للخبرة قرينة على وجود العيب وصحة ما تدعيه الزوجة.

اما بالنسبة للمشرع التونسي نلاحظ انه لم ينص صراحة على امكانية التطليق للعيوب كما فعل ذلك مع الطلاق للإعسار بالنفقة والطلاق للغيبه، بل جاء الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية عامة في اجازة الطلاق لأحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

إذ ان المشرع التونسي قد أعطى للضرر معنى واسع وترك مسألة تقديره للمحكمة. إذ أن أمر تحديد الضرر موكول لاجتهاد القاضي إذ جاء في قرار مدني لمحكمة التعقيب أن «الضرر الموجب للطلاق والصادر عن أحد الزوجين هو أمر موكول لاجتهاد قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك مادام اجتهاده معللا تعليلا سانحا ومؤديا للنتيجة التي انتهى إليها»¹.

وأمام هاته العمومية وبقاء القانون صامتا وعدم تحديده لموقف من مسألة التطليق للعيوب وعدم تعرضه إطلاقا للمسألة، ذهب فقه القضاء ومحاولة لإنصاف الطرفين؛ حيث أنه لا قيام للحياة الزوجية إلا على الاحترام والمودة والرحمة وحسن المعاشرة وأداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات طبقا لأحكام الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية²، إذ أن المرض لا يعد خطأ من المريض كما لا يمكن أن يحمل القرين المتضرر تبعية وضعية ليس له ضلع في وجودها؛ إلا أن فقه القضاء اعتمد حلا فيه خصوصية إذ أدعى المرض إلى

¹ محكمة التعقيب قرار مدني عدد 23643 ، 1989/12/12 ذكره، ثريا بن سعد، أثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي (تونس نموذجا) المغاربية للطباعة والنشر، تونس 2009، ص 50.

² ثريا بن سعد، المرجع نفسه، ص 81.

عجز دائم أو عجز استمر لفترة زمنية طويلة نوع ما باعتبار أن خطأ القرين المريض غير متوفر وضرر القرين الثاني ثابت وأكد، فأقر فقه القضاء حلا خاصا لها حين اعتبر أن القرين محق في طلب الطلاق للضرر لكنه غير محق في طلب التعويض باعتبار أن التعويض يرجع فيه لأحكام مجلة الالتزامات¹.

وقد اتفق فقه القضاء التونسي مع رأي الجمهور ورأي ابن القيم في اباحة المطالبة بالتفريق للعيب لكلا الزوجين، إلا أنه لم يفتح باب التفريق للعيوب على مصرعيه ولا حدد عيوباً معينة وإنما سلك مسلكاً وسطاً، فقد أعطى القاضي الحرية المطلقة في تقدير العيب المبيح للتفريق وذلك بالاستعانة بأهل الاختصاص من أطباء مهرة في هذا المجال فإذا أثبتوا من خلال تقاريرهم الطبية عيباً من العيوب يستحيل الشفاء منه بوساطة الطب، وأنه يتطلب وقتاً طويلاً ينفذ خلاله صبر المتضرر فعلى القاضي حينئذ أن يحكم بالتفريق وإلا فلا².

وبالرجوع إلى العيوب نجد مثلاً أن مسألة الاتصال الجنسي بين الزوجين هو من واجبات الزوجية وقد يتعذر للقرين في بعض الحالات القيام بهذا الواجب وهو حالة المرض المؤقت أو الدائم الذي يصيب القرين بعجز دائم أو مؤقت عن القيام بواجب الجنسي سبباً من الأسباب الناقلة للعدوى³.

فالعجز الجنسي والمرض المعدي يحول دون قيام الزوج بواجباته الجنسية وفقاً لما يجري عليه العرف في العلاقات الزوجية⁴.

إذا عدت محكمة الاستئناف بتونس في إحدى قراراتها « أن العجز الجنسي يلحق ضرراً بالزوجة باعتبار يحول دون القيام بالواجبات الزوجية وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من

¹ عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقة بين الزوجين بين جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 687.

² ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 55-56.

³ عمار عبد الواحد الداودي، المرجع السابق، ص 686.

⁴ محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 384.

الفصل 23 من م.أ.ش التي تفرض على الزوج اجتناب إلحاق الضرر بالزوجة ومتى تحقق اعتبر سببا من الاسباب التي يمكن الاستناد إليها لطلب الطلاق»¹.

كما جاء في قرار مدني عدده 138 مؤرخ في 30 ماي 1990، محكمة استئناف سوسة «اعتراف الزوج بأنه لا يكمل العملية الجنسية يثبت الضرر اللاحق بالزوجة ويبرر الحكم بالطلاق للضرر وبتعويض مضرة الزوجة»².

إذ أن ثبوت العجز الجنسي بالاعتراف من الزوج وتصريحه، فالتصريح وقع لدى القضاء وبمحض إرادة الزوج دون أن يسلب عليه ضغط أو إكراه وبما أننا في المادة المدنية فإن الإقرار القضائي وسيلة قانونية للإثبات بدون شك خاصة إذ كان معزز مثلما هو الشأن في قضية الحالة بعدة قرائن من بينها تصريحات الزوجة واعتراف الزوج يجعل القرار وجيه في اعتباره أن العجز الجنسي ثابت، واعتبرت محكمة الاستئناف أن ذلك يمثل ضرر، والضرر يجيز طلب التطليق طبقا لفصل 31 من ما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يتحدث البتة على مسألة التطليق للعيوب إذ جاءت المادة 31 عامة تجيز الطلاق لكلا الزوجين بسبب ما حصل لأحدهما من ضرر وترك المادة على عموميتها تاركا أم تحديد الضرر للقضاء وفقا للسلطة التقديرية.

كما أن المشرع التونسي لم يقصر مسألة الطلاق على الزوجة أخذا بما جاء به جمهور الفقهاء في جواز التفريق للزوجين معا؛ وما يجب الإشارة إليه هو اتفاق كلا من المشرع الجزائري في قانون الأسرة والمغربي في المدونة والتونسي في المجلة على جواز التطليق للأمراض والعيوب، وإن كان المشرع الجزائري أجاز للزوجة دون الزوج الذي له حق الطلاق أخذا برأي الحنفية في ذلك إلا أن المشرع المغربي وكذا التونسي اتفقا في مسألة جواز

¹ حكم محكمة استئناف تونس عدد 30284 ، 11 فيفري 1971، م.ق.ت، سنة 1972، عدد 3، ص 62، ذكره محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 384-385.

² ساسي بن حليمة، مجموعة قرارات وتعليق في مادة الاحوال الشخصية، مركز النشر الجامع، تونس، 2012، ص 295-296.

التفريق وحق كلا من الزوجين فيه أخذا برأي جمهور الفقهاء وابن القيم إذ أحسن المشرع المغربي صنعا إذ فصل في مسألة العيوب مقارنة بالمشرع الجزائري والتونسي، هذا الأخير الذي سكت عن مسألة التطليق للعيب تاركا الأمر لفقهاء القضاء للتفصيل فيه.

وأحسن المشرع الجزائري والتونسي على غير المغربي في مسألة عدم ربط مسألة التطليق للعيوب بشروط العلم من عدمه والرضى عند العلم مادام أن الضرر حاصل يستوجب رفعه عن المتضرر ومتى أراد ذلك إذ ليس عليه أن يتحمل الضرر سوى لأنه كان علم به ورضى به.

وما يحسب للمشرع المغربي في المدونة الأسرة أنه فصل في مسألة التطليق للعيوب من حيث جوازيتها وكذا طرق اثبات العيوب والآثار المترتبة على التفريق للعيوب. وبعد حديثنا عن مسألة التطليق للعيوب ننتقل في المبحث الموالي للحديث عن التطليق للهجر والايلاء والفاحشة واللعان.

المبحث الثاني

التطليق للهجر والايلاء والفاحشة واللعان.

أنه من بين الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمترتبة عن عقد الزواج حق المعاشرة والمساكنة وأساس ذلك حق كلا من الزوجين في تحقيق رغبته بالاتصال الجنسي وواجب كل منهما في امتناع الآخر فغياب ذلك وبدون عذر يعتبر هجر يوجب الخيار بالتطليق وإذا صاحبه اليمين اعتبر ايلاء.

كما أن كل تعدى على حرمة الدين والأخلاق من طرف الزوج يعتبر فاحشة تستوجب الاقرار للزوجة بحقها في التفريق للفاحشة المبينة هاته الحالة التي انفرد بها المشرع الجزائري عن غيره من التشريعات وحددها القضاء بجريمة الزنا، هذا الأمر الذي يجعلنا نتحدث كذلك عن اللعان كإجراء لنفي النسب والتفريق بين الزوجين.

وسنتعرض في إلى التطليق للهجر والايلاء(المطلب الأول) وإلى التطليق للفاحشة واللعان.(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التطليق للهجر والايلاء والظهار.

أن من حق الزوجة أن يوفر لها زوجها حق المعاشرة والمتعة وعفاف واحصان لها من الفاحشة، كما له الحق في هجرها كنوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج في مواجهتها، شرط لا أن يتجاوز الهجر الحد المشروع وإلا كان سببا للتفريق؛ كما قد يتعلق الأمر بإيلاء الزوج من زوجته بغرض إلحاق الضرر بها وظلمها بحلف اليمين عن عدم وطئها وقربانها مما يجعل من حقها طلب التفريق للإيلاء؛ وكذا الهجر الناشئ عن تشبيه الزوجة بالمحرمة عليه وهو الظهار.

وسنتحدث عن الهجر وموقف الفقه والقانون منه (الفرع الأول)، والايلاء وموقف الفقه والقانون منه في (الفرع الثاني). والتطليق للظهار وموقف الفقه والقانون من في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التطليق للهجر وموقف الفقه والقانون منه.

كما سبق وأن تحدثنا عن الهجر كآلية من آليات التأديب المتاحة للزوج في تأديب زوجته وذلك مصدقا لقوله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا﴾¹.

فالهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته، بهدف تهذيبها وارجاعها إلى طاعته حيث أوجب الاسلام على الزوجة طاعة زوجها، ولا يبيح لها النشوز والعصيان².

¹ سورة النساء، الآية 34.

² اليزيد العيساوي بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2002/2003، ص 101.

وجاء في السنة النبوية ما ورد عن الرسول (ص) في حجة الوداع قوله عن عمرو بن الأحوص الحبشي رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم «ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فحقهن أن لا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن كسوتهن وطعامهن»¹.

ويتضح من أحكام الشريعة الإسلامية أن الهجر المباح هو ذلك الهجر الذي يكون غرضه التأديب للزوجة نتيجة الفاحشة المبينة وعدم الطاعة إلا أنه في حالة عدم وجود ما سبق يستوجب الأمر الإحسان لها وعدم البغي عليها وكل شيء من هذا القبيل يعتبر هجرا غير مبرر وغير مشروع يجيز التفريق عند بعض الفقهاء ولا يعتبر سببا مجيزا للتفريق عند بعضهم إذ اختلفوا في شأن التفريق للهجر لموقفين اثنين بين المجيز وآخر مانع. حيث ذهب المالكية والحنابلة إلى أن ترك معاشرة الزوجة وبدون سبب مبرر يكون سببا مبررا لطلبها التفريق دفعا للضرر عنها إذ جاء في التاج الاكليل أنه «من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علة قيل له ، إما وطئت أو طلقت»². وما جاء في الشرح الكبير «واجتهد الحاكم وطلق على الزوج في حلفه لأعزلن عنها، أو ترك الوطء ضررا وإن غائبا»³.

وقال ابن قدامة انه يجب على الزوج أن يطأ زوجته كل أربعة أشهر ما لم يكن هناك عذر فإن لم يقدر الزوج على وطء زوجته كل أربعة أشهر فرق القاضي بينهما⁴.

¹ رواه الترميدي، كتاب الرضاع- باب ما جاء في حق المرأة على زوجها رقم 1163، المرجع السابق، ص 1163. وابن

ماجة في كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج رقم 1851، المرجع السابق، ص 1851.

² المواق، التاج والاكليل، الجزء 4، شركة التراث للبرمجيات، 2015، ص 17.

³ الدردير، المرجع السابق، ج 2، ص 431.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، 124.

في حين ذهب كل من الشافعية والحنفية إلى أن الجماع حق للزوج له القيام به أو تركه، حيث أن الشافعية اعتبروا معاشره الرجل لزوجته ليس من قبيل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به¹.

وبين أبو حامد الغزالي من الشافعية بأنه ينبغي على الزوج أن يأتي زوجته في كل أربع ليال مرة فهو أعدل، لأن عدد النساء أربعة فجاز التأخير إلى هذا الحد، وينبغي أن يزيد أو ينقص حسب حاجتها في التحصين، فإن تحصينها واجب عليه، وإن كانت لا تثبت المطالبة بالوطء فذلك لعسر المطالبة والوفاء بها².

فهم لا يوجبون الجماع لأنه حق من حقوق الرجل حسبهم له استعماله أو تركه وبذلك لم يقولوا بالتفريق بين الزوجين لعدم الوطء والجماع.

يتضح لنا من خلال الرأيين السابقين، أن رأي الشافعية والحنفية بأن الجماع حق للرجل وحده دون زوجته فيه نوع من إنكار حق الزوجة في التمتع بزوجه وضرورة إعافها واحصائها إذ أن لها ما للزوج من حق المعاشره والتمتع.

ورأينا من رأي المالكية والحنابلة في إجازة طلب الزوجة للتفريق في حالة الهجر وعدم الوطء والجماع غير المشروع والذي يكون بدون عذر لما للأمر من مساس بحق المرأة في المعاشره الزوجية والوطء والجماع وذلك ما هو ثابت من خلال أحكام الكتاب والسنة.

أما في القانون فإنه بالرجوع إلى قوانين المغاربية نجد كل من المشرعين الجزائري والمغربي تحدثا عن التفريق للهجر وإن ركز المغربي على جانب الإيلاء، في حين لم يتحدث المشرع التونسي عن التفريق للهجر كسب موجب التطليق إذ جاء بمادة عامة نصت على حق الزوجين طلب الطلاق لما حصل له من ضرر فجاءت بذلك المادة 53 فقرة 3 من قانون الاسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر إذ أخذ المشرع هنا برأي المالكية والحنابلة والدين قالوا بأنه يجب على الزوج أن

¹ السيد سابق، فقه السنة، م2، المكتبة العصرية، بيروت، ص 241.

² أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين النواهضة، المرجع السابق، ص 103.

يطأ زوجته كل أربعة أشهر مرة ما لم يكن ثمة عذر فإن لم يقدر الزوج على ذلك فرق القاضي بينهما.

وقد شرع الله سبحانه وتعالى هذا التأديب القائم على هجر الزوج فراش الزوجية بهدف الإصلاح وكعقوبة يرجو من ورائها الزوج تهذيب زوجته حتى تعود إلى طاعته، فإن أساء الزوج استعمال حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب تطليقها منه جراء الضرر الذي لحقها من هذا الهجر¹، إذ أن الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني بوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل قيام بوظيفته، أو كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر، أو كان لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة ومتفرقة فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هاته الحالات، لأن الهجر الشرعي ولأسباب معقولة².

ويشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة طلب التطليق:

- العنصر المادي والسلوك اللاشعري، المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول ومعقول بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية ويدير ظهره لها، ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضررا فاحشا بها، وهو أمر ينزل على الكثير من النساء كالصاعقة خاصة اللواتي لا يقدرن على مفارقة أزواجهن لمدة طويلة³.

- أن تمر أربعة أشهر متتالية فأكثر وألا يقع اتصال بينهما بين الشهر والآخر، وهذا ما يدل على أن الهجر ليس هدفة الإصلاح لأنه باستغراق هذه المدة يفقد التأديب مفهومه

¹ مسعودي نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2010/2009، ص 227.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 289.

³ شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، رسالة دكتوراه، 2014/2013، ص 144.

الانساني كوسيلة من وسائل التأديب¹، فللزوجة طلب التطليق إذا هجرها زوجها لغير عذر، ولمدة أربعة أشهر فأكثر، أو حلف على أنه لا يباشرها في المدة المذكورة².

- أن يكون الهجر عمدي وليس غرضه الاصلاح وخارج عن حدود الهجر المشروع.

وما يجدر الاشارة إليه أنه لا بد من التفريق بين نوعين من الهجر المنصوص عليهما

في القرآن:

- هجر بغرض التأديب وهو المقصود في قوله تعالى ﴿واللاتي تخافون نشوزهن

فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾³.

وهذا النوع محدد المدة، أما الثاني وهو الذي جاء بغرض الايلاء وهو الهجر

المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد

تطول أو تقصر⁴، والمشار إليه في قوله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر

فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾⁵.

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري ومن خلال ظاهر المادة 53 الفقرة الثالثة قد أخلط

بين مصطلحي الهجر والايلاء، إذ أن الهجر جائز لا بأس به بموجب الكتاب والسنة مادام

أنه في حدود المعقول إذ لا يعقل أن نرتب على آلية للإصلاح أوجدها الشارع الحكيم وأقرتها

السنة النبوية فكا للرابطة الزوجية على أساس تضرر الزوجة من هاته الآلية، وعليه كان

على المشرع تغيير كلمة الهجر بمصطلح الايلاء وهو المقصود من كلامه وهو المصحوب

بالقسم.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289.

² الغوتي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 105.

³ سورة البقرة، الآية 224.

⁴ بن الشويخ الرشيد، شرح القانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية،

الجزائر، 2008، ص 197.

⁵ سورة النساء، الآية 34.

وما يعاب على المشرع الجزائري أنه نص على الهجر دون تبيان ما إذا كان يعود لتصرفات عمدية بعرض الإضرار أو لعوامل شرعية¹.

ويأخذ كذلك المشرع أنه علق صحة رفع الدعوى على مدة أربعة أشهر دون أن يبين إذا كان الهجر وقع عدة مرات أو في أوقات متفرقة أم أن يدوم هذا الهجر أربعة أشهر متتالية، وعليه كان عليه إضافة كلمة متتالية كما فعله في المادة 51 من قانون الأسرة².

وسار القضاء الجزائري على اعتبار الهجر في المضجع سببا مبررا للتطليق على أساس تضرر الزوجة.

حيث جاء قرار المحكمة العليا «المبدأ: يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب التطليق»³، إذ الواضح من القرار أن قضاء المحكمة العليا أسس قرارات على حادثة الهجر غير مبرر والثابت من خلال انعدام نية العدل بين الزوجات إذ كان الهجر لهذا السبب مجيزا لحق الزوجة في التطليق.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نصت المادة 98 من المدونة على أنه «للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

الإيلاء والهجر». والمادة 112 والتي نصت على «إذ آل الزوج من زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي توّجه أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة».

الملاحظ من خلال المادتين السابقتين الذكر أن المشرع المغربي تحدث عن مصطلح الإيلاء والهجر إلا أنه في حقيقة الأمر كان يقصد الإيلاء وليس الهجر العادي والذي يكون كنتيجة لحاله الزوجة الناشز والتي عصت زوجها وترفعت عنه، وامتنعت من أداء حقوقه،

¹تشوارجيلي، المرجع السابق، ص 87.

²تشوارجيلي، المرجع السابق، ص 87.

³المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/02/01، ملف رقم 480240.م.م.ع، 2009، عدد 1، ص 279.

ولم تستجب لرغبته عندما يطلبها للفراش وعضاء، فإن أطاعت ورجعت من موقفها، وإلا هجرها في الفراش ما شاء¹.

والهجر العادي مباح ومنصوص عليه في السنة والكتاب في حين أن الهجر الممنوع هو الذي يكون بدون سبب أو الذي يصحبه يمين وتتجاوز مدته 4 أشهر فهو المجيز لطلب الزوجة التطليق والذي سمي بالإيلاء، وهو ما سنتحدث عنه في فرع مستقل مادام أن المشرع المغربي نظمه وفصل فيه على غير المشرع الجزائري الذي أغفله وتحدث عن مصطلح الهجر لا غير.

في حين أن المشرع التونسي أغفل وتجاهل أحكام الهجر والإيلاء بحديثه العام والمقتضب عن جواز التطليق للزوجين لما حصل لهما من ضرر وترك أمر تحديد الضرر لفقهاء القضاء.

الفرع الثاني:

التطليق للإيلاء وموقف الفقه والقانون منه.

يقصد بالإيلاء في اللغة هو الحلف من آلى يولي إيلاء² وهو الحلف على الامتناع من الشيء مطلقاً³؛ واصطلاحاً هو الحلف على ترك القربان من الزوجة أربعاً فصاعداً بالله أو بتعليق القربان على ما يشق⁴؛ وصفته أن يحلف الرجل على أن لا يطأ زوجته مدة معينة كأن يقول "والله لا أطوك والله لأقربك خمسة أشهر" فيعد بهذا مولياً⁵.

وقوله "كو الله لا أطوك أصلاً أو مدة خمسة أشهر"، قوله: (أو التزام نحو عتق

إلخ)⁶.

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 221.

² ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 117.

³ الدردير، المرجع السابق، ج 3، ص 344.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 400.

⁵ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 322.

⁶ الدردير، المرجع السابق، ص 344.

وقد كان الإيلاء شائعا في الجاهلية، ولم يكن محصورا بمدة معينة، إذ قد يبلغ السنة أو سنتين أو الثلاثة سنوات، وكان يتكرر من الزوج حتى يصل عمليا إلى التحريم المؤبد فتصير المرأة بذلك كالمعلقة لاهي بذات الزوج لها حقوق الزوجة كاملة، ولا هي خالية من الزواج فيغنيها الله من فضله¹.

وحول الإيلاء جاء قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾²؛ ولقد كان الحلف على اعتزال النساء من عهد الجاهلية وهذه الآية نزلت لترفع الضرر اللاحق للزوجة من جراء ذلك³.

ويفهم من قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، إن الطلاق يقع تلقائيا بمجرد مضي المدة إذ لم يرجع الزوج عن ترك مجامعته زوجته، وأن الأمر لا يحتاج إلى حكم من القضاء⁴.

وفي السنة نجد عن الشعبي عن مسروق، عن عائشة قالت: «الرسول الله (ص) من نسائه وحرم فجعل الحلال حراما، وجعل في اليمين الكفارة⁵، وعن ابن عمر قال: إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق يعني المولى»⁶.

واختلف الفقهاء في مسألة الطلاق للإيلاء لرأيين اثنين:

فالرأي الأول ذهب فيه الحنفية ويؤخذ فيه بانتظار المولى أربعة أشهر فإن فاء خلالها فهي زوجته، وإن لم يفئ حتى مضت الأربعة أشهر طلقت عليه امرأته بمضي الأربع⁷.

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 227.

² سور البقرة، الآية 226.

³ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط4، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2014، ص 107.

⁴ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 228.

⁵ رواه ابن ماجه والترمذي.

⁶ أخرجه البخاري.

⁷ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 322.

حيث قال الحنفية أن الطلاق يحصل تلقائياً في نهاية الأشهر الأربعة دون حاجة إلى التصريح بالطلاق سواء من الزوج أو من القاضي فهو طلاق بقوة القانون باعتبار أن الفيء المقصود من الآية هو الذي يتم قبل أربعة أشهر فإن لم يفئ حتى اكتملوا فإن الطلاق نتيجة حتمية لاكتمالهم¹.

وجاء في فتح القدير «وإن لم يقربها حتى مضت الأربعة أشهر بانته منه بتطبيقه»². في حين ذهب الرأي الثاني إلى أنه بعد مضي أربعة أشهر يوقف الحاكم المولى فأما أن يفئ وإما أن يطلق، وهو رأي المالكية والشافعية، والحنابلة والظاهرية، وذهب المالكية إلى القول بتطبيق الحاكم إن رفض الفيء أو الطلاق³، وذهب الظاهرية إلى أن الحاكم لا يفرق بينهما وإنما يأمر بالفيء أو الطلاق فإن فعل وإلا حبسه وضيق عليه حتى يفئ أو يطلق، ويذهب ابن حزم إلى أنه على الحاكم أن يوقفه طلبت الزوجة، ولم تطلب فإن تمت أجبره الحاكم بالسوط على أن يفئ فيجامع أو يطلق حتى يفعل احدهما كما أمر الله عز وجل أو يموت قتيل الحق إلى مقت الله تعالى ولا يجوز أن يطلق عليه الحاكم⁴.

ويظهر من خلال الرأيين أن الترجيح يكون في رأي جمهور الفقهاء إذ يمكن للزوجة وبعد مرور أربعة أشهر وهي مدة صبر الزوجة أن تطلب التفريق من القاضي والذي يكون حكمه مجرد حكم مقر مادام أن الضرر مس بالزوجة جراء عدم وطئها لمدة لا تطيق معها الصبر، ويجب الإشارة إلى أن رأيا الظاهرية فيه نوع من التضييق على إرادة الزوجة والتي نرى أنه يبقى لها دوما الخيار دون منعها من رد الضرر الحال بها.

أما في ما يتعلق بنظرة القوانين المغاربية لمسألة التطليق للإيلاء إذ بالرجوع للقانون الجزائري نجد أن المشرع في قانون الأسرة أهمل الحديث عن الإيلاء واكتفى بالحديث عن الهجر في المضعج فوق 4 أشهر يعني من الأسباب التي تحول للمرأة طلب التطليق،

¹ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 282.

² فتح القدير، ج4، ص 191.

³ ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص 505.

⁴ ابن حزم، المرجع السابق، ص 240.

فالقانون لم يخرج بهذا عن دائرة الفقه الاسلامي ، فهو بذلك يكون قد وافق المالكية والحنابلة في جواز التفريق بترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وسواء كان الإيلاء أو ظهار أو بدونها إلا أن هناك بعض الاجراءات التي كان لابد من ذكرها والقانون أغفلها حيث أنه ترك الأصل وتكلم عن الفرع¹.

ففي الإيلاء لا يطلق القاضي، وليس للمرأة حق طلب التطليق إلا بعد الرفع ثم يوقفه الحاكم فيأمره بالوطء فإن رفض طلق عليه الحاكم وهذا الترتيب لابد منه عند الفقهاء. إما إذا ترك الزوج وطء المرأة من غير سبب فإن القانون قد أتى في هذا بما يحقق المصلحة حيث أعطى الزوج مهلة أربعة أشهر حتى يرجع عن غيه وظلمه وهذا ما عليه الحنابلة وبعض المالكية فإن أبى الوطء بعد أربعة أشهر أمره بالوطء أو الطلاق، فإن رفض وطلبت الزوجة التطليق طلق عليه الحاكم².

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نصت مدونة الأسرة المغربية على جواز التطليق للإيلاء والهجر في المادة 98 فقرة 6 بقولها « للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية:

الإيلاء والهجر».

كما جاء في أحكام المادة 112 من المدونة «إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة».

والملاحظ من خلال نص المادتين أن المشرع المغربي أقر بحق الزوجة في التطليق للإيلاء وفق لما جاء به الفقه الاسلامي إذ أعطى للزوجة التي امتنع زوجها عن وطئها وحلف على ترك ذلك لمدة أربعة أشهر متتالية حق التفريق.

¹ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 328.

² المصري مبروك، المرجع نفسه، ص 328.

إذ أن الشرع وضع أحكام الإيلاء، حماية لحق المرأة في الوطء ولأن الحق حقها، فلها أن تتنازل عن ذلك الحق عن طريق الرضا¹.

فمن خلال المادة 112 من المدونة فالمشرع نص على حكم من حلف على ترك الجماع ومن المعلوم أن حلف الزوج على ترك الجماع إما أن يكون حلف بالله وهو ما يسمى بالإيلاء وإما أن يكون بتشبيهها بأمه أو بامرأة تحرم عليه، فهذا يسمى بالظهار².

ولم يتحدث المشرع المغربي عن شروط الإيلاء مما يجعلنا نلجأ إلى أعمال نص المادة 400 من مدونة الأسرة التي تقضي بالرجوع إلى أحكام الفقه المالكي والاجتهاد والتي تقتضي أن الإيلاء لا يتحقق شرعا إلا بتحقق الشروط إلى جانب الأهلية والصحة والزواج وهي:

1- أن يكون المولي مسلما إذ لا يصح إيلاء الكافر وفقا لما هو ثابت عند المالكية، ودليلهم في ذلك قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³.

2- أن يكون مكلفا، فلا يصح إيلاء الصبي ولا غير العاقل كالمجنون.

3- انتفاء المانع بأن يكون قادرا على الوطء؛ فلا يصح الإيلاء من الممنوع عنه لعجز كالمجبوب، والشيخ الفاني، أو لعذر من المرض، أو السجن أو غيبة، أو حيض، أو إحرام، فيؤخر لزواله، لأن المانع عند الأصوليين يلزم من وجوده العدم، ولأن المراد بالإيلاء الامتناع عن الجماع، وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه لعجز أو عذر⁴.

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 233.

² محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 1994، ص 25.

³ سورة البقرة، الآية 226-227.

⁴ عبد الله ابن طاهر السوسياتاني، مدونة الأسرة، الكتاب الثاني (الطلاق)، ط1، امارسي مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، المغرب، 2007، ص 193.

4- أن يكون ترك الجماع بناء على يمين يحلفها الزوج على ذلك¹، وأن يكون الحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر، أما إذا كان قد حلف بأن لا يطأها لمدة تقل عن أربعة أشهر فلا يعتبر إيلاء².

أما في يتعلق بإثبات الإيلاء فقد يثور خلاف بين الزوج والزوجة بأن يدعي الزوج الوطء مثلا كي يكسر الأجل الذي ضرب له، وتدعي الزوجة عدم الوطء لكي تطلق منه، والقاعدة التي قررها الفقهاء بهذا الصدد هو أن القول قول الزوج بيمينه، مالم تقم القرينة لصالحها³.

وعليه فمتى توفرت هاته الشروط مجتمعة معا وثم اثبات الإيلاء فإن للزوجة رفع أمرها للمحكمة والتي يكون من اختصاصها اعطاء مهلة للزوج حتى يفئ او يرجع لوطنها خلال مدة أربعة أشهر وإلا طلقت عليه استجابة لطلبها؛ والحاصل بالتطليق للإيلاء هو طلاق رجعي وذلك طبقا لأحكام المادة 122 من المدونة والتي تنص على أن « كل طلاق قضت به المحكمة فهو طلاق بائن، وإلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الانفاق».

وسار القضاء المغربي على الاقرار بحق الزوجة للتطليق للإيلاء ومن ذلك قرر المجلس الأعلى «إن الالتزام الصادر عن الطاعن المشار إليه في الوسيلة لا يتضمن تعهد الطاعن بعدم الاضرار بزوجته المطلوبة وإنما تعهد بعدم زيارتها والكلام معها والاقتراب منها سواء في عملها أو في البيت أو في الشارع لأن معاملته القاسية والكلام العنيف يسبب لها أمر وعصبية.. إن استخلاص المحكمة من مضمون الالتزام المشار إليه أعلاه التنافر واستحكام النزاع بين الطرفين وما يسبب الطاعن لزوجته المطلوبة من الضرر بإقراره (استخلاص في محله)»⁴.

¹ محمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 252.

² محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 306.

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 231.

⁴ المجلس الأعلى، قرار، عدد 978، 2000/10/18، الملفالشرعيعدد 99/1/2/515 ذكره عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 183.

والقرار الآخر « إن الطاعن يعترف في عريضة النقض بالهجر مند سنة 1990 مما يؤكد صحة ما انتهت إليه المحكمة والثابت لها من وثائق الملف من أن المساكنة الشرعية منعدمة لأعراض الطاعن عن المطلوبة في النقض بزواجه بامرأة أخرى دون إشعارها واستقراره ببلد بعيد عنها لأزيد من أربع سنوات، وبأن الهجر بدون عذر شرعي يشكل ضرار يبرر التطليق، فجاء قرارها مؤسسا ومعللا بما فيه الكفاية»¹.

ويستفاد من خلال القرارين أن القضاء المغربي أقر بحق الزوجة التي يهجرها زوجها بدون عذراء مبرر شرعي ولمدة زمنية تتجاوز ما هو مسموح به شرعا وقانونا فكلما توفرت شروط الإيلاء والهجر فما عليها إلا رفع طلبها إلى المحكمة طالبة التفريق إذ تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه المحكمة.

الفرع الثالث

التطليق للظهار.

لما كان الظهار شبيها بالإيلاء في أن كلا منهما يمين تمنع الوطء كما ذكر الشيخ الصاوي أن الظهار يمين، وهو ما روى عن الامام مالك في المبسوط، من أن الظهار يمين تكفي، وفي المدونة أن مطلق الظهار ليس بيمين، وإنما يكون يمينا إذا قال: إن فعلت كذا فأنت علي كظهر أمي، أما عملت أن صيغ التعليق من اليمين².

ويعرف الظهار بأنه مشتق من الظهر، وهو قول الرجل لزوجته أنت علي كظهر أمي قال في الفتح: «وإنما خص الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل ركوب غالبا، ولذلك سمي المركوب ظهرا فشبهت المرأة بذلك لأنها مركوب الرجل)، والظاهر كان طلاقا في الجاهلية فأبطل الاسلام هذا الحكم، وجعل الظهار محرما للمرأة حتى يكفر زوجها، فلو

¹ المجلس الأعلى، قرار، عدد 1029، 01/11/2000، الملفالشرعيعدد 99/1/2/333، ت.م.س، ص 390-391، ذكره عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 183.

² الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء 4، ط1، دار مكتبة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2014، ص 129.

ظاهر الرجل يريد الطلاق، كان ظهاراً، ولو طلق يريد ظهاراً كان طلاقاً، فلو قال : «أنت علي كظهر أمي»، وعني به الطلاق لم يكن طلاقاً¹.

والأصل في الظهار قوله تعالى ﴿الذين يظهرون منكم من نساءكم ما هن أمهاتهن إن أمهاتهم ألا اللاتي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا إن الله لعفو غفور، والذين يظاهرون من نساءهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلك توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكين ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله تلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم﴾².

والظهار حرام لأنه منكر من القول وزور حتى صرح بعضهم بأنه من الكبائر وعبر بعضهم عن حكمه بالكراهية وينبغي حكمها على التحريم³، ومعلوم أن العلماء أجمعوا على حرمة الظهار فلا يجوز الإقدام عليه.

وأصل ذلك ما تبث في السنة أن أوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة... وهي التي جادلت فيه رسول الله (ص) واشتكت إلى الله، وسمع الله شكواها فوق سبع سموات، فقالت : « يا رسول الله إن أوس بن الصامت تزوجني وأن شابة مرغوب في، فلما خلا سنين ونثرت بطني، جعلني كأمه عنده»، فقال لها رسول الله (ص) « ما عندي في أمرك شيء»، فقالت «اللهم إني أشكو إليك»، وروي أنها قالت : «إن لي صبية صغار، إن ضمهم إليه ضاعوا، وإن ضممتهم إلي جاعوا»، فنزل القرآن: وقالت عائشة : الحمد لله الذي وسع سمعه الأصوات، لقد جاءت خولة بنت ثعلبة تشكو إلى رسول الله وأن في كسر البيت يخض كلامها، فأنزل الله عز وجل : ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير﴾⁴، فقال النبي (ص) « ليعتق رقبة»، فقالت : لا يجد؛ قال : « فيصوم شهرين متتابعين»، قالت : يا رسول الله إنه

¹ السيد سابق، المرجع السابق، ص 200.

² سورة المجادلة، الآية 04.

³ الدردير، المرجع السابق، ج3، ص 364.

⁴ سورة المجادلة، الآية 01.

شيخ كبير، ما به من صيام، قال: « فليطعم ستين مسكينا»، قالت ما عنده من شيء يتصدق به، قال: « سأعينه بعرق من تمر»، قالت: وأنا أعينه بعرق آخر، قال: «أحسننت فأطعمني عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك»¹.

ويفهم مما سبق حديث الرسول (ص) على كفارة الظهر من باب الوجوب وإلا كان حراما لأن الله سبحانه وتعالى وصفه بالمنكر والزور.

ويترتب على الظهر الأحكام التالية:

- إذا يحرم على الرجل المظاهر ان يستمتع بزوجه المظاهر منها ولو بقبلة او لمسة حتى يكفر، ولكن يجوز له أن يبقى معها في بيت الزوجية إذا كانا قادرين على الامتناع من الاستمتاع.

- والكفارة كما سبق توضيحه هي حسب الترتيب والاستطاعة تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين لمن لا يقدر على تحرير رقبة أو لعدم وجودها وإطعام ستين مسكين لم لا يطبق الصيام².

والكفارة لا تجب إلا بالعود لقوله تعالى ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾، والمراد بالعود عند المالكية والحنفية العزم على الوطء، وعند الحنابلة الوطء نفسه، وعند الشافعية الإمساك بمعروف، وعند الظاهرية تكرار الظهر منه³.

ولقد اختلف الفقهاء من حيث كون الظهر ضرر يجيز للزوجة التطليق من عدمه إلى رأيين اثنين:

إذ ذهب المالكية والحنابلة إلى أن المرأة المظاهر منها إذ رفعت أمرها إلى الحاكم بعد مضي أربعة أشهر فعلى الحاكم أن يأمره بالتكفير والرجوع إلى زوجته، فإن أجابه فقد انتهى حكم الظهر وإن امتنع فللقاضي أن يطلق عليه وإليه ذهب ابن العابدين من الحنفية⁴.

¹ السيد سابق، المرجع السابق، ص 200.

² عبد الله ابن طاهر السوسياالتتاني، المرجع السابق، ص 197.

³ عبد الله ابن طاهر السوسياالتتاني، المرجع السابق، ص 197.

⁴ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 326.

والرأي الثاني وإليه ذهب الإمام الشافعي وجمهور الحنفية والأوزعي ويقضي بأنه إذا ظهر الزوج من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فلا يطبق عليه حكم الإيلاء ولا يوقف¹.

ورأى الامام الشافعي أنه « إذا ظهر الرجل من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فهو مظاهر، ولا إيلاء عليه يوقف له لأن الله تعالى قد حكم في الظهار غير حكمه في الإيلاء، فلا يكون المظاهر موليا بأخذ القولين ولا يكون عليه بأحدهما إلا أيهما جعل على نفسه².

ورأينا من رأي المالكية والحنفية إذ أنه وقياسا على الهجر والإيلاء يمكن للزوجة طلب التطليق للظهار وفي ذلك لإقرار لها لحقها في رفع الضرر عنها بفك الرابطة الزوجية بالتطليق إذ لا يمكن لها تحمل عدم وطئها فإنه من باب العفاف لها وإخصانها أن يتم أمر الزوج بالرجوع لها وإلا طلق القاضي عليه.

والملاحظ أن كلا من المشرعين الجزائري والمغربي سكتا عن مسألة التطليق للظهار، إذ لم يشر قانون الأسرة لمسألة الظهار وكذا مدونة الأسرة لأنه مسألة دينية فهو يرتب مجرد كفارة، والكفارة حق لله الواحد، غير أنه متى امتنع المظاهر من التكفير حتى دخل عليه زمن الإيلاء طبق عليه أحكام هذا الأخير³

وجدير بالذكر أن غياب الظهار في قانون الأسرة ومدونة الأسرة وسكوت المشرع عنهما راجع إلى عدم اللجوء إليه في الوقت الحاضر مما يقودنا في هاته الحالة إلى الرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي طبقا المادة 222 قانون أسرة والمادة 100 من مدونة الأسرة المغربية.

وبعدا حديثنا عن الظهار ننقل في المطلب الثاني للحديث عن التطليق للفاحشة والذي انفرد به المشرع الجزائري و ما يستعمل فيه لنفي النسب وهو اللعان.

¹ المصري مبروك، المرجع نفسه، ص 326.

² الإمام الشافعي، المرجع السابق، ص 294.

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 235.

المطلب الثاني

التطليق للفاحشة واللعان.

قد يرتكب الزوج فاحشة مبينة تلحق الضرر بالزوجة لا يمكنها مع ذلك البقاء معه لما لحقها من ضرر فتلجأ بذلك للقضاء طالبة التطليق بناء على ما أصابها نتيجة للفاحشة وقد يكون التفريق للعان بمجرد التلاعن وعليه سنتعرض إلى التطليق للفاحشة في (الفرع الأول)، والتطليق للعان في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطليق للفاحشة المبينة.

يقصد بالفاحشة لغة الفحش والفاحشة أي القبيح من القول أو الفعل، وجمعها فواحش¹. فنقول مثلا عن الأمر أنه فاحش، إذ ازداد عن الحد المعقول وتقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة، فيصبح معنى الفحش هو لزيادة المبالغ فيها فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة وتعرض الآخر يعني فاحش في قسمه التركة... إلخ². ويثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة المحددة كحالة من الحالات التي يجوز للزوجة طلب التطليق على أساسها.

وقال ابن الأثير وكثيرا ما ترد الفاحشة بمعنى الزنا، ويسمى الزنا فاحشة³، وذلك مصدقا لقوله تعالى ﴿إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾⁴.

والفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى جرائم التي أقرها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعنية تسمى (الحدود) وهذه الجرائم هي

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ص 3355.

² منصورى نورة، المرجع السابق، ص 590.

³ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 149.

⁴ سورة النساء، الآية 19.

(الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة والردة والبغي وهي أيضا تسمى بالفواحش ، والفواحش جمع فاحشة¹ .

ولقد جاء في القرآن الكريم عدة آيات تصور لنا الفاحشة ونجد من ذلك قوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾²، وقوله تعالى ﴿ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة﴾³، وقوله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾⁴. ومن حيث تحديد طبيعة الفاحشة إنها متعلقة بخطورة الفعل من حيث هو لا من حيث سرية وعلانية، وجرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه على الناس⁵. إذ قال تعالى ﴿قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾⁶.

ومما سبق يتضح أن مصطلح الفاحشة غير محصور في الزنا بل يتعداه إلى بعض الأفعال والأمور غير الأخلاقية والتي تخل وتمس ببعض الأنظمة الاجتماعية وتكون بذلك منافية للدين والأخلاق والعقل السليم.

وقد يكون المعيار الذي يقاس به الفعل ويكيف على ضوءه ما إذا كان فاحشا أو غير فاحش بناء على مايلي:

- نظرة الدين إلى الفعل إذ يعتبر كل فعل من الكبائر كالشرك أو عصيان الوالدين أو الزنا يعتبر فاحشة.

- وبمقتضى العقل السليم إذ أن العقل يرفض الانحراف ويغير من الخطأ مهتديا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وما عليه المجتمع 'اذ يرفض العقل أن تكون إدارة مركز دعاة سببا للعيش الشريف.

¹ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص48.

² سورة النساء، الآية 19.

³ سورة النساء، الآية 22.

⁴ سورة الإسراء، الآية 32.

⁵ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 298.

⁶ سورة الأعراف، الآية 33.

- كما يهتدى القاضي بناء على إرادة المجتمع الاسلامي في صورته المثلى التي تنعكس في تمسكه بقيمه وأصالته على نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله¹.

وعليه فمتى تضررت الزوجة من زوجها لارتكابه فاحشة مبينة بارتكابه أحد الأفعال المخالفة للدين والعقل وقيم المجتمع وفقا لما سبق فما عليها إلا أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق، وعلى القاضي أن يجيبها لطلبها متى ثبت ارتكاب الزوج الفاحشة وكانت هاته الأخيرة تسبب ضرار للزوجة تأبى معه استمرار الحياة الزوجية.

أما فيما يتعلق بموقف القانون للتفريق بالفاحشة المبينة فقد انفرد المشرع الجزائري على غيره من التشريعات المغاربية في معالجته لهاته المسألة إذ لم يتحدث عن المشرع المغربي في المدونة ولا المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية.

في حين أن المشرع الجزائري اعتبر الفاحشة المبينة سببا من الأسباب التي يمكن للزوجة فيها طلب التطليق إذ نص على ذلك صراحة في المادة 53 فقرة 7 والتي تص على «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- ارتكاب فاحشة مبينة...».

تناولت الفقرة 7 من المادة 53 حالة ارتكاب فاحشة مبينة، من أجل طلب التطليق، دون النص عن المراد في القانون الأسرة من عبارة فاحشة مبينة، وفي هذه الحالة، تبقى الإحالة الواردة بالمادة 222 من قانون الأسرة هي الحل الأوضح بسبب سكوت القانون عن البيان رغم أن المعمول به قضائيا هو حصر الفاحشة في الزنا فمعنى الفاحشة في الاصطلاح القانوني يختلف عن معناها في الاصطلاح اللغوي والشرعي ويراد بها في لغة القانون بالأخص زنا الأقارب تبعا للمفهوم الجنائي للمصطلح وفقا لقانون العقوبات الجزائرية².

¹ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 299.

² عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني وهران، الجزائر، 2005، ص 146.

فالمقصود إذن بالفاحشة المبينة، هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين دوي المحارم والمنصوص عليها فينص في المادة 337 مكرر¹ في قانون العقوبات والتي ذكرها المشرع على سبيل الحصر، تلك الفواحش في قانون العقوبات ومن ثمة فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة، ولما كان يجب على المشرع أن يراعي الانسجام وعدم التكرار بين مختلف النصوص القانونية باعتبار كل من قانون الأسرة وقانون العقوبات صدرا عن نفس المشرع².

وعليه متى ثبت وتبين للزوجة أن زوجها قد ارتكب فاحشة مبينة بهذا المعنى، وانا لم تعد تطبيق العيش معه فإنه يجوز لها إذا رغبت في حل العلاقة الزوجية بينهما أن ترفع دعوى أمام القضاء تطلب الحكم بتطليقها من هذا الزوج وما عليها إلا ان تقدم إلى المحكمة من الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة³.

ونرى أن هاته الفقرة جاءت مبهمة وهي بحاجة إلى إزالة الغموض عنها لتحديد مفهوم الفاحشة المبينة التي يمكن ان تبني عليها الزوجة دعواها للمطالبة بالتطليق وحصولها على التعويض.

وما يعاب على المشرع استعماله لكلمة ذات معنى واسع، وعموم هذه الكلمة جاء حتى في النص الفرنسي قال «Foutes immorales» إذ الفاحشة يمكن أن يدخل في طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو شرب الخمر وتناول المخدرات لذلك لنا أن نتساءل عما إذا كانت كلمة فاحشة تقتصر على حالة الزنا فقط، أم تدخل على التصرفات المخالفة للأحكام الشرعية الأخرى، وعليه كان من المشرع أن يكون أكثر دقة⁴.

¹ تنص المادة 337 مكرر ق ع، «تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين (الأقارب مع الفروع والأحوال - الإخوة والإخوان الأشقاء من الأب أو الأم - بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروع - الأم أو الأب - و الزوج والزوجة و الأرملة أو ابنه أو مع أحد آخر من فروع - والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الأخر - من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت...».

² عمرو زودة، المرجع السابق، ص 54.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

⁴ تشوارجيلالي، المرجع السابق، ص 98.

كما أن المشرع لم يوضح وسائل الإثبات التي يمكن للزوجة بها الإثبات فهل يشترط أربعة شهود لإثبات الزنا وهل يعتد بشهادة الزوج ضمن الأربعة فطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، يشترط أربعة شهود ودون شهادة الزوج في إثبات جريمة الزنا، وإن كانت مقدمة لها، فهل نأخذ بشاهدين أم أربعة شهود، ومن هنا يجب الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية¹.

ويكاد المشرع ينفرد بهذا السبب إذ لا مبرر لوجود هذا السبب الموجب للتطليق وكان على المشرع الاكتفاء بما ورد في أحكام الفقرة العاشرة التي تتحدث عن كل ضرر معتبر شرعاً وعليه فمتى فوضت الزوجة أمرها للقاضي طالبة التفريق للفاحشة فعلى القاضي ومن خلال سلطته التقديرية أن يتأكد من توافر الفاحشة وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 أو الاعتماد وعلى ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا وسار الاجتهاد القضائي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة، وكان الفعل إخلالاً جسيماً وخطيراً يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في ذلك².

وبالرجوع إلى المشرعين المغربي والتونسي لا نجدهما تحدثا عن مثل هذا السبب كسبب يجيز التطليق إذ تحدثا على حق الزوجة لطلب التطليق للضرر دون الحديث عن الفاحشة المبينة بالزنا فإنه بالرجوع إلى القضاء المغربي مثلاً نجد قرار للمجلس الأعلى نص على « أن إتهام الزوج زوجته بالزنا يعد إضراراً بما يحق لها أن تطلب الطلاق منه لهذا السبب لقول الجليل: إن قذفها بزنا في نكاحه، قال الزرقاني إن قذفها بزنا من قبل أو د برائي أدعى حصوله منها طوعاً، ورفعته لأنه حقها ولا بد من كونه قذفاً صريحاً لا تعريضاً وأذنب فيه فقط على الراجح في زمن نكاحه أو قبله...»³.

¹ تشوارجيلالي، المرجع نفسه، ص 99.

² المحكمة العليا، 10 أكتوبر 1968، ذكره العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 260.

³ المجلس الأعلى عدد 844، 1987/07/21، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41، ص 132- مذكور في عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 148.

والملاحظ من القرار أنه فيما يخص الزنا جعل قذف الزوج زوجته بالزنا ضرر يتم معه اجابتها لطلبها التطليق إذ لم يكتفي القضاء المغربي على الزنا من طرف الزوج حتى يكون من حق الزوجة التطليق، أما بالرجوع للمشرع التونسي لم ينص كذلك على التطليق للفاحشة. إلا أنه بالحديث على واجب الإخلاص بين الزوجين في حالة انتهاكه ماديا بربط علاقة لها طابع جنسي بالغير إذ لا يكفي هنا الحديث عن الزنا بل يتعداها إلى علاقات اللواط والمساحقة وكل اتصال جنسي بغير القرين يعد إخلالا بواجب الاخلاص وانتهاكا لحرمة لأن واجب الاخلاص يستبطن التزاما بتخصيص القرين دون سواه بكل اتصال جنسي مهما كان نوعه¹.

وبالرغم من أن بعض الأفعال المذكورة أعلاه والمجربة بنص القانون تثير اشكالات قانونية وتطبيقية اعتمض في خصوصها المشرع التونسي بالصمت فهل يحق للزوجة المطالبة بالطلاق للضرر².

أنه بالرجوع إلى الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية والذي جاء عاما دون تفصيل تحدث فيه المشرع التونسي على أنه «يحكم بالطلاق : ...- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما يحصل من ضرر...». إذ أن المشرع التونسي ترك أمر تحديد الضرر للسلطة التقديرية للقاضي وبالرجوع إلى القضاء التونسي نجده في احدى قراراته التعقيبىة قد نص على «إذا تأسس قضاء حكم بالطلاق من أجل ضرر الزنا بناء على ثبوته بحكم جزائي قائم في تاريخ ذلك القضاء فلا مجال للحرش فيه بطريقة التعقيب إذا نقض الحكم الجزائي المذكور في تاريخ لاحق ضرورة أن الطاعن المقبولة لدى محكمة التعقيب محصورة بالعد في الفصل 175 من المرافعات المدنية والتجارية والوجه المذكور نسبي منها»³.

¹ أعمار عبد الواحد، المرجع السابق، ص 715.

² أعمار عبد الواحد، المرجع نفسه، ص 715.

³ محكمة التعقيب ، قرار تعقبىي مدني عدد 7741 مؤرخ في 4 ماي 1971 ن 1971، ص 225 - مذكور مصطفى فخري في مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها بأحدث القرارات التعقبىية، المرجع نفسه، ص 62.

وفيه من القرار القضاء التونسي أجاز الطلاق للضرر الواقع بالزنى متى تم إثباته إذ أن الحكم الجزائي كذليل للإثبات يثبت معه حق الزوجة في الطلاق بناء على الضرر.

الفرع الثاني:

التطليق للعان.

يعرف اللعان لغة على أنه من لعن، و الالتعان والملاعنة مأخوذ من اللعن، والجمع لعان ولعنات، ولعن طرد أو أبعده، ولعنة: طرد وأبعده ومنعه فهو لعين وملعون و التلاعن: التشاتم وتلاعنا : لعن بعض بعضا، وتلاعن القوم: لعن بعضهم بعضا ولاعن الحاكم بينهما لعانا: حكم باللعان، والملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعدا¹.

وفي الاصطلاح اللعان هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة والمقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة وهو حلف الزوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها وحلف الزوجة على تكذيبه أربعاً، بصيغة أشهد بالله بحكم حاكم، وإن فسد نكاحه².

ومن خلال هاته التعاريف يفهم أنه يشترط في اللعان أن يكون من الزوج فهو لا يصح من غيره ويشترط في الزوج أن يكون مسلماً وأن يكون بالغاً ومكلفاً إذ لا يصح أن يكون اللعان من صبي صغير في السن أو من طرف مجنون فاقد لعقله لأنه عديم الأهلية.

وتثبت مشروعية اللعان في الكتاب والسنة ونجد من ذلك قوله تعالى ﴿والدين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله إنه من الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن كاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾³.

ومدلول الآية إن الأصل في قذف النساء بالزنا أنه حرام إذا لم يثبت القاذف ذلك بأربعة شهداء، وعليه حد القذف، لأنه مأمور بالتستر عند عدم وجود شهداء، ولكن لما كان

¹ ابن منظور لسان العرب، المرجع السابق، ج 13، ص 387-389.

² عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 297.

³ سورة النور، الآية 6-7-8-9.

الأزواج بما ركب فيهم من غرائز الغيرة، وعدم احتمال السكوت والصبر على رؤية الزنا لأزواجهم وكان من الصعب إثبات ما رأوه بالشهود فقد عذرهم الشرع في ذلك، فأباح لهم القذف وأسقط عنهم حده، وأبدله باللعان¹.

وفي السنة ما روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: إن هلال بن أمية قذف عند رسول الله (ص) بشريك بن سحماء، فقال النبي (ص) «البينة أو حد في ظهرك». فقال: يا رسول الله إذ رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة؟! فجعل رسول الله (ص) يقول «البينة، وإلا حد في ظهرك»، فقال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله ما يبئري ظهري من الحد، فنزل جبريل عليه السلام وأنزل عليه قوله تعالى ﴿والدين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله إنه من الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾²، فانصرف النبي (ص) إليها، فجاء هلال فشهد والنبي (ص) يقول: «ان الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب» فشهدت، فلما كانت في الخامسة وقفوها، وقالوا انها الموجبة.

قال ابن عباس رضي الله عنه، فتلكأت ونكعت، حتى ظننا انها ترجع، ثم قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم؛ فمضت، فقال النبي (ص) « ابصروها، فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الأليتين، خدلج الساقين، فهو شريك بن سماح» فجاءت به كذلك فقال النبي (ص) «لولا ما مضى من كتاب الله كان لي ولها شأن»؛ وأما من طريق المعنى فلما كان الفراش موجبا لحقوق النسب، كان للناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم، وتلك الطرق هي اللعان، فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والاجماع إذ لا خلاف في ذلك عامة³ ومن الآثار المترتبة على لعان الزوجة فسخ عقد نكاحها من زوجها لما جاء في الصحيح من

¹ الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص 149.

² سورة النور، الآية 6-7-8-9.

³ السيد سابق، المرجع السابق، ص 204-205.

حديث عبد الله عن عمر رضي الله عنهما: « لا عن رسول الله (ص) بين رجل من الأنصار وامرأته وفرق بينهما »¹.

وقد اختلف الفقهاء في التفريق للعان حيث ذهب البعض منهم إلى أن الفرقة باللعان لا تقع بفراغها من اللعان حتى يفرق الحاكم بينهما ولا تقع الفرقة قبل صدور الحكم وهو رأي الحنفية والحنابلة؛ في حين ذهب المالكية إلى أنه إذا فرغ الزوجان من اللعان وقعت الفرقة بعد لعانها خاصة وإن لم يفرق الحاكم بينهما، كما ذهب الشافعية وقالوا تقع بعد أن يكمل الزوج لعانه فلما انتفى الولد عنه بمجرد لعانه وجب أن يزول الفراش لمجرد لعانه»².

وفي رأينا أن التفريق باللعان لا يقع بفراغ الزوجان من اللعان مباشرة إذ لا بد بتدخل الحاكم للحكم به إذ أن رأينا من رأي الحنبلية والحنفية والحجة والدليل في ذلك أن الرسول (ص) لما جاء في صحيح البخاري من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الرسول (ص) لاعن بين رجل وزوجته من الأنصار وعدها فرق بينهما.

بالرجوع إلى القوانين المغاربية نجد أن هاته الأخيرة أغفلت مسألة التفريق باللعان بين الزوجين ولم تتعرض للعان إلا في حالات خاصة لا علاقة لها بالتفريق.

حيث نجد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتحدث عن اللعان كسبب للتطليق بين الزوجين بالرجوع لقانون الأسرة نجد أنه تحدث في موضعين اثنين عن اللعان أحدهما بصفة ضمنية في المادة 41 في قوله «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم يفه بالطرق المشروعة»، إذ نجد أن من بين طرق نصي التسبب طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية هو اللعان.

في حين نص المشرع الجزائري في قانون المادة 138 بصفة صريحة للعان والتي نصت على «يمنع من الإرث اللعان والردة».

والملاحظ أن هاته المادة جاءت قاصدة اعتبار اللعان مانع من موانع الميراث.

¹ صحيح البخاري، الحديث رقم 1494.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1202.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري نلاحظ أن ما يمكن تسجيله في هذا الإطار هو ندرة قضايا اللعان، سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا أو بنفي نسب الحمل من الزوج¹.

أما ما يتعلق بقرارات المحكمة العليا فقد ورد قرار في الملف رقم 172379 بتاريخ 1997/10/28 نفي النسب واللعان: «تأييد الحكم القاضي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه... وأن اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد... حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق، وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه»².

ويفهم من القرار تأييد القضاء للأحكام المتعلقة بفسخ الزواج والتفريق بين الزوجين لللعان.

ونجد كذلك القرار رقم 204821 بتاريخ 1998/10/20 «من المقرر قانونا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو بروية الزنا...»³.

وعليه ما يجدر الإشارة إليه أنه كان على المشرع الجزائري أن يدرج اللعان كسبب من أسباب التفريق بين الزوجين اقتداء بأحكام الفقه الإسلامي وذلك لما لللعان من آثار تمتد إلى النسب والميراث وعدم ابقاء الأمر عملا بالمادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيل القاضي لأعمال أحكام الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية لما في ذلك من انقال لكاهل القاضي في العودة لأحكام الفقه الإسلامي والذي يشهد فيما يتعلق بهذا الموضوع اختلافات جمة.

أم بالنسبة للمشرع المغربي فلم يتحدث عن اللعان كسبب للتفريق بين الزوجين مكتفيا بذلك بالأسباب التي سبق ذكرها ولم نجد إلا ما جاء به الفقه القانوني متمثلا في مجموعة لقرارات المجلس الأعلى من بينها القرار الشرعي الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21

¹ عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري مجلة الفكر، جامعة بسكرة، العدد 3، ص 128.

² قرار رقم 172379 مؤرخ بـ 1997/10/28، مذكور في عز الدين كيجل، المرجع السابق، ص 128.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1998/10/20، ملف رقم 204821، م.إ.ق، 2001، عدد خاص، ص 82.

يوليو 1987 و الذيجاء به «إن الطاعنة أدلت بمحضر الضابطة القضائية التي اشتكى إليها المطلوب في النقض بأن زوجته الطاعنة تتعطل الفساد مع شخص أجنبي سماه بالمحضر واستمع فيه إلى شاهده ولا ينازع المطلوب في المحضر وما صرح به فيه ومحكمة القرار عللت حكمها بأن الطاعنة لم تتبع مسطرة اللعان دون أن تذكر ماهي هذه المسطرة التي لم تتبعها الطاعنة كما أن الحكم الابتدائي الذي أيده القرار قد علل بأن تصريح المطلوب باتهام زوجته لا يعد ضررا مع أن اتهام الزوج بزوجه صريح بالزنا وتعاطي الفساد يعد ضررا فادحا عليها يصح لها اعتباره...»¹.

ويفهم من خلال القراران إتهام الزوجة بالزنا بمثل ضررا أدبيا يبيح لها طلب التطليق لأنه ضرر تستحيل معه العشرة²، وهو ما نصت عليه المادة 99 من مدونة في فقرتها الثانية «يعتبر ضرار مبررا للتطليق كل نصرف من الزوج أو سلوك مشين أو محل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها عبر قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

في حين لم يتحدث المشرع التونسي وكذلك القضاء على مسألة التفريق للعان إذ حصر المشرع التونسي الحق في الطلاق في الفصل 31 وربطه بما حصل للزوجين من ضرر دون حصر هاته الأضرار.

¹ المجلس الأعلى ، 21 يوليو 1987 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 41 ص 132، مذكور في محمد الكشور، المرجع السابق، ص 390-391.

² محمد الكشور، المرجع السابق، ص 391.

الفصل الثالث:

التطبيق للشقاق و النشوز والتعدد والضرر المعتبر شرعا.

جعل الله سبحانه وتعالى الزواج سكن ومودة ورحمة لكلا من الزوجين وذلك مصدقا لقوله تعالى ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾¹، وأوصى الله سبحانه وتعالى بحسن المعاشرة للزوجة في قوله تعالى ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾²، وقال تعالى ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾³، وذلك إقرار من المولى عزوجل بأن لكل من الزوجين حقا قبل الآخر يجب الوفاء به.

وما تجدر الإشارة إليه أن الإخلال بهاته الحقوق أو عدم الوفاء بها يؤدي لا محالة إلى اختلاف وسوء عشرة قد يرتب ضرار يستوجب معه رفع هذا الضرر. فقد يؤدي هذا الإخلال إلى اشتداد الخصام بين الزوجين تسوء معه العشرة ويكون في شكل شقاق مستمر بسبب ضرر للزوجة ويجدر لها بذلك المطالبة بالتفريق وفك العصمة الزوجية.

وقد يلحق ضرار بالزوجة نتيجة للتعدد الزوجات من طرف الزوج دون المراعات القيود القانونية والشرعية ، وقد يكون في شكل إيذاء من الزوج لزوجته بأي تصرف سواء كان ماديا أو معنويا يسبب لها ضررا معتبر يستوجب معه معالجة هذا الضرر بعدة طرق من بينهما التفريق والتعويض وسنحاول في هذا الفصل التعرض لهاته المسألة بتقسيم الفصل إلى مبحثين سيخصص الأول الى دراسة التطبيق للشقاق والنشوز(المبحث الاول) والثاني للتطبيق للتعدد والضرر المعتبر شرعا(المبحث الثاني).

¹سورة الروم، الآية 21.

²سورة النساء، الآية 19.

³سورة البقرة، الآية 228.

المبحث الأول

التطليق للشقاق والنشوز

قد يشتد الخلاف والنزاع بين الزوجين ويصل الى حد لا يطاق معه استمرار الحياة الزوجية بشيء من الاستقرار و الطمانينة وقد يرجع ذلك الى تصرف الزوج او الزوجة اضراراً ببعضهما البعض فيكون بذلك حل الرابطة الزوجية المخرج الوحيد لوضع حد للخلاف (المطلب الاول)، وقد يتعلق الامر بنشوز احد الزوجين مما يسبب ضرار للطرف الاخير فيلجا الى المطالبة بفك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التطليق للشقاق المستمر في الفقه والقانون.

لقد تناولت الشريعة الإسلامية ومن خلالها الفقه الإسلامي مسألة التطليق للشقاق بشيء من التفصيل، ومجيزه لكلا الزوجين طلب التطليق في حالة سوء العشرة واشتداد النزاع وهو ما ذهب إليه القانون الوضعي وأخص بالذكر القوانين المغاربية بتناولها لمسألة التطليق للشقاق وجعلها كآلية من آليات فك الرابطة الزوجية. وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين نتعرض إلى الشقاق في الفقه الإسلامي وكونه سببا موجبا للتفريق (الفرع الأول) في حين نتعرض لنظرة التشريعات المغاربية للشقاق المستمر كسبب من أسباب التطليق (الفرع الثاني)

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من التطليق للشقاق المستمر.

إن المقصود بالشقاق لغة إنه مشتق من الشق بكسر الشين و الشق نصف الشيء، والشقاق مشتق من المشاقة وهي العداوة والخلاق، شاقة مشاقة وشقاقا: خالفة، والشقاق: العداوة بين فريقين والخلاف بين الاثنين، سمي ذلك شقاقا لأن كل فريق من فريقتي العداوة

قصد شقا أي ناحية غير شقة صاحبه، أو الشقة هي الشظية أو القطعة المشقوقة من لوح أو خشب¹.

والشقاق بين الزوجين هو استحكام واشتداد الخصام والنزاع بينهما مما يمس باستقرار الحياة الزوجية ويقف عائقا أمام استمرارها مما يعرضها للانهايار والتصدع ويجد الشقاق سنده الشرعي في قوله تعالى ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما، إن الله كان عليما خبيرا﴾².

والمدلول بهاته الآية أنه إذا وقع شقاق بين لزوجين أسكنهما الحاكم إلى حين شقة، ينظر في أمرهما ويمنع الظالم منهما من الظلم، فإن تقام أمرهما وطالت خصومتها بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة وثقة من أهل الرجل ليجتمعا وينظر في أمرهما ويفعلها مافيه المصلحة، مما يريانه من التفريق أو التوفيق وتشوق الشارع إلى التوفيق³.

ومن السنة ما روي عن عائشة رضي الله عنها: أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس، فضربها فكرس بعضها، فأنت النبي (ص)، بعد الصبح فدعا النبي (ص) ثابت فقال: «خذ بعض مالها وفارقها فقال: ويصح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم، قال: فإني أصدقته حديقتين، وهما بيدها، فقال النبي خدما وفارقها، ففعل»⁴، وعليه فالمتفق عليه ووفقا للكتاب والسنة أنه في حالة وجود خلاف بين الزوجين واشتداد الخصام وجب تعيين حكمين من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة تكون مهمتهما التوفيق والاصلاح بين الزوجين؛ ومعلوم أنه قد يوفق الحكمين في الاصلاح بين الزوجين وقد يكون عكس ذلك، وعليه تتور الاشكالية في أنه هل يتم التفريق بين الزوجين لفشل مساعي الحكمين للإصلاح والتوفيق أما أن ذلك غير ممكن.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، م 10، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1990، ص 183.

² - سورة النساء، الآية 35.

³ - عمار الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الثاني، الجزء الثاني، دار الفكر، طبعة أولى، 1980، ص 278-279.

⁴ - محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط 1، ص 1998.

إنه وبالرجوع إلى آراء الفقهاء في هاته المسألة يتضح أنه ثار خلاف بين الفقهاء وهذا الاختلاف مرتبط أساسا بالحكم الذي يقره الحكمان ومدى قدرتهما في تقدير الفرقة بين الزوجين من عدمهما فقد انقسم الفقهاء في هاته المسألة إلى رأيين اثنين:

- إذ ذهب الرأي الأول وهو رأي الإمام مالك والإمام الشافعي في أحد قوليه والإمام أحمد في أحد روايتيه إذ يرى هذا الرأي أن للزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء إذ لم يحسن الزوج عشرتها لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لهذا السبب¹.

إذ أن للزوجة الخيار بين الإقامة معه ويأمره القاضي بأن يحسن معاشرتها بالمعروف وبين أن تطلب التفريق فإن اختارت التفريق وثبت الضرر أمره القاضي بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي²، وذلك حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء، ولقوله عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار»، فوجب رفع الضرر عنها وإجابتها لطلبها للتفريق منى أثبتت الضرر.

وعن الخيانة قال ابن قدامة «اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين، ففي إحدى الروايتين ... والثانية: أنهما حكمان و لهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض أو غير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما»³.

وقال الشريبي في معنى المحتاج عن الشافعية «حكمان موليان من جهة الحكم لتسميتهما في الآية حكمين»⁴.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿وإن خفتم شقاق بينهما﴾، فسلطة الحكمين حسبهم قائمة حتى للتفريق ويؤيد ذلك قوله تعالى ﴿فإمساك بمعروف﴾⁵، حيث أن الشقاق يفسد الحياة الزوجية، فيكون إمساك الزوجة معه مخالفا لأمر الله فيتعين في حال عدم

1 - محمد نبيل سعد الشاذلي، المرجع السابق، ص 442.

2 - محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 203.

3 - ابن قدامة، المرجع السابق، ص 253.

4 - الشريبي، المرجع السابق، ج 3، ص 261.

5 - سورة البقرة، الآية 229.

الامساك بالمعروف إلى تسريح بإحسان لأن امساك الزوجة على وجه الإضرار ممنوع شرعا لقوله تعالى ﴿ولا تمسكونهن ضرار لتعنتوا﴾¹، ولا شك أن الشقاق بين الزوجين سببه اعتداء أحدهما على الآخر، ورفع الظلم والعدوان الناتج عن الشقاق واجب، فإذا تعين التطليق سبيلا لرفعه كان مشروعاً وأن الله سبحانه وتعالى أسند للحكمين الإرادة في الإصلاح وهذا يدل على أنهما حكمان لا وكيلان، لأن المعتبر في التوكيل إرادة الموكل لا الوكيل².

في حين ذهب الرأي الثاني وهو رأي الحنفية والشافعية وأحمد في رواية عنه والظاهرية إلى أنه ليس للمرأة أن تطلب التطليق في حالة النزاع والشقاق فإن رفعت الأمر إلى القاضي طابته التفريق للنزاع والشقاق فعلى القاضي أن يزجره ويمنعه من الظلم، ولا يجيئها إلى طلبها، ويرسل القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة للإصلاح بين الزوجين عند استحكام النزاع والشقاق³.

إذ أن هذا الاتجاه يعتبر أن الحكمين ليسا وكيلين عن الزوجين وليس لهما أن يفرقا بينهما بسبب الشقاق، إلا أن يجعل لهما الزوج التفريق، على أساس أن الطلاق في الأصل ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله لذلك، لأن الطلاق إلى الزوج شرعا وبديل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بادنهما⁴.

حيث قال الجصاص عن الحنفية «ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرض الزوج وذلك لأن لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين: فكذا قال أصحابنا ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين، لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان»⁵.

1 - سورة البقرة، الآية 231.

2 - أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواظرة، المرجع السابق، ص 90.

3 - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 202.

4 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 " الأحوال الشخصية"، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 528.

5 - أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة 1999، ص 191.

وجاء في الأم للشافعي في أحد قوليه «أن الله عز وجل ذكر أنهما أن يريد اصلاحا يوفق الله بينهما ولم يذكر تفريق»¹.

وفي إحدى الروايتين للإمام بن حنبل حسب ابن قدامة «اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين، ففي إحدى الروايتين على أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بادنهما»².

وذهب ابن حزم الظاهري إلى أن مهمة الحكمين اتجاه الزوجين أن يكشفوا عن حال الظاهر منهما وينهيا إلى الحاكم ما وفقا عليه من ذلك ليأخذ الحق ممن هو قبله ويأخذ على يدي الظالم، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره³.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿أن يريدوا إصلاحا﴾، فما ورد في الآية حسبهم هو الإصلاح ذ أن مهمتهم هي الإصلاح فهو المذكور في الآية لا غير، فمهمة التحكيم هنا هي الإصلاح وليس التفرقة فإن لم يوفق الحكمين في مساعي الإصلاح انتهت مهمتهم وليس لهما الحكم بالتفريق إلا برضا الزوجين لأن الحاكم أصلا لا يملك ذلك فكيف للحكمين أن يملكا ذلك⁴.

وفي الآخر ما روى عبيدة أن علي كرم الله وجهه بعث رجلين فقال لهما أتران ما عليكما، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقال الرجل أما هذا فلا فقال كذبت، لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لي وعلي⁵، ويفهم من ذلك أن الحكمان وكيلان لا حكام إذ دورهما الإصلاح فقط وإن أرادا التفريق فالأمر يستوجب إذن ورضي الزوج إذا لو كانا حكام لما احتاجوا لإذن الزوج.

¹ - الشافعي، المرجع السابق، ج 5، ص 94.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 3، ص 261.

³ - ابن حزم، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - الجصاص، المرجع السابق، ص 191.

⁵ - محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج 5، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ص 307.

إنه ومن خلال الآراء الفقهية المختلفة حول حق الزوجة في طلب التفريق في حالة الشقاق والنزاع المستمر وجوازه من عدمه ومدى إمكانية أن يفرق الحكمين بين الزوجين ومن عدم ذلك ومن باب الترجيح نرى بأن الرأي الراجح هو الذي أجاز للزوجة اللجوء إلى القاضي لطلب الطلاق إذا لم يحسن عشرتهما فلها الخيار بالبقاء معه وأمره بالإحسان إليها أو التفريق إن ثبتت الضرر بأن يطلقها وإن لم يفعل طلقها القاضي عليه.

ففي رأينا أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب إذ أن دور الحكمين هو الإصلاح وإن تعذر ذلك واحتدم الشقاق فالجل هو فك العصمة الزوجية لصعوبة استمرارها إذ لا يمكن إجبار الزوجين على الاستمرار في حياة زوجية أصبحت مستعصية وذلك تجسيدا لقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

وما تجدر الإشارة إليه أن الفرقة الواقعة بالشقاق هي من قبيل الطلاق الذي يوقعه القاضي ويكون طلاقا بائن لأن الضرر لا يزول إلا به، لأنه إذا كان الطلاق رجعيا تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة والعودة للضرر¹.

وبعد مناقشة رأي الفقه الاسلامي للتطليق بالشقاق ننقل الى رأي القانون من هذا النوع من التطليق في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

موقف القانون من التطليق للشقاق.

معلوم أنه إذا حصل خصام وشقاق بين الزوجين وطالت مدته وساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب التطليق، كما يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى الطلاق إذا كان هو الحل الوحيد أمامه وفعلا للخرج، وبمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجة بغية التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما فإذا لم يفلحا في الإصلاح بينهما قضى القاضي بالطلاق بينهما².

¹ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دارالخلدونية، الجزائر، 2007، ص 282.

² - بن الشويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة البليدة،

وقد أجاز كل من المشرعين المغربي والجزائري للزوجة حق المطالبة بالتطليق للشقاق وطول أمد النزاع من حين لم ينص صراحة المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية عن ذلك مكتفيا بالنص العام طبقا لنص الفصل 31 من المجلة بنصها على انه « يحكم بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر»، هاته المادة التي جاءت عابسة ومبهمة تاركة مسألة تحديد الضرر للقضاء والفقهاء الإسلامي.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري بهذا سنتحدث امكانية التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين بموجب الأمر 02/05 وجاءت الفقرة الثامنة من المادة 53 تكريسا لاجتهادات المحكمة العليا والتي اعتبرت في غالبية قراراتها أن طول احد النزاع واستفحال الخصام يجيز للزوجة طلب التطليق باعتباره ضرا شرعيا يعتب الزوج مسؤولا عنه.

وإذ كان القضاء الجزائري يحكم للزوجة بالتطليق للشقاق وطول أمد النزاع فإنه كان يدرجه في الفقرة المتعلقة بالضرر المعترف شرعا؛ إلا أن اهتمام المشرع بهاته المسألة وسعيه لإحقاق حق الزوجة والتيسير عليها جعله يرتقى بهذا السبب إلى مصاف الاسباب المحددة على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة في التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05، وانتقل بها من مجرد مجموعة من القرارات القضائية المستقر عليها في القضاء إلى نص قانوني ثابت يقر حق الزوجية في اللجوء إليه في حالة تضررها من احتدام الشقاق وطول أمده.

ونص المشرع صراحة في قانون الأسرة من خلال المادة 53 فقرة 08 على ذلك بقوله «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- الشقاق المستمر بين الزوجين».

ولقد تبين المشرع في سنة لهاته الفقرة في المادة 53 موقف الفقهاء المالكية في اجازة التفريق بين الزوجين للشقاق المستمر.

والغرض من اشتراط المشرع استفحال الخصام بين الزوجين وطول أمده هو لتأكيد القاضي من استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية بين الزوجين على الصورة المعتادة، وذلك يقتضي تكرار الشكوى من جانب الزوجة سواء أمام القضاء أو بشهادة الشهود¹.

وجاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/05/20 ملف رقم 36414 «من المقرر شرعا، أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين، ولحق الزوجة من ذلك ضرر بين، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن تم فإن النفي على القرار المطعون فيه، بالمقصود أو التناقض في الأسباب، ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن النزاع بين الطرفين طال أمده، وبقي كل منهما مصرا على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما، وغير مشوب بالمقصود أو التناقض في الأسباب، وغير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقتضى فيه»².

ونجد في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1996/09/24 ملف رقم 139353 «المبدأ من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقتضي التفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابت في قضية الحال، أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه اصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب في التفريق القضائي طبقوا صحيح القانون»³.

والملاحظ من خلال القرارين السابقين اعتراف وقرار قضاء المحكمة العليا لحق الزوجة في التطليق للشقاق لإشتداد الخصام وطول أمد النزاع وحصول الضرر إذ أعطى للقاضي سلطة تقديرية في التفريق علما اقتنع بضرورة التفريق بين الزوجين لثبوت الضرر.

¹ - صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 68.

² - المحكمة العليا. غ.أ.ش، 1985/05/20، ملف رقم 34414، م.ق، 1990، عدد 2، ص 58.

³ - المحكمة العليا. غ.أ.ش، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م.ق، 1997، عدد 2، ص 96.

ومن خلال المادة 53 فقرة 08 يتضح أن المشرع لم يحدد وعلى سبيل الحصر الحالات التي تجيز التطليق للشقاق إلا أن المستقر عليه قضاء هو وجود بعض الضوابط التي تقيد القاضي بها ولا يفرق إلا بوجودها وتحقيقها وهي أن يشتد الخصام بين الزوجين ويطول أمد النزاع بينهما وعلى القاضي أن يتأكد من استحالة استمرار الحياة الزوجية بينهما فمتى ثبت الضرر واشتد الخصام وطال أمده فرق القاضي بين الزوجين.

إذ يشترط للتفريق ما يلي:

- أن يكون الضرر واقعا من الزوج على زوجته نفسها سواء بفعل أو قول وقع عليها أو على والديها وسبب لها ضررا ماديا أو معنويا وشرط هذا الضرر أن يكون مقصودا.
- أن يكون الضرر ناشئا عن شقاق وتنافر بين الزوجين، ويكون ملازما غير قابل للزوال، وأن يكون الضرر بإمكان الزوج إزالته ومعالجته، وأن يثبت الضرر فعلا أمام القاضي، لأن الضرر معياره شخصي لا مادي¹.
- ومن تطبيقات القضاء في شأن الشقاق والضرر الذي يجيز للزوجة طلب التطليق بشأنه:
 - الزوج الذي يقوم بإفشاء السر الخاص بينه وبين زوجته، وطمع الزوج في مال زوجته، والتراخي في الدخول بالزوجة عمدا واستطالة المدة أو الزواج بأخرى.
 - طعن الزوجة في عقلها وأهليتها وجرح عواطفها بالقول في حضور أجنبي عن الزوجين، وكذا اثبات الزوجة في غير مكان الحرث والنسل²، ومعلوم أن كل هاته الأسباب تكون ضرارا بوجب التطليق للشقاق وهي ثابتة من خلال ما سار عليه اجتهاد وقضاء المحكمة العليا في هاته المسألة.

- وأشارت المادة 56 من قانون الأسرة إلى أنه «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين».

¹ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 122.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 122.

وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه الإسلامي في مسألة الحكمين إذ أوصى بأنه في حالة احتدام الخصام بين الزوجين وعدم اثبات الضرر وجب على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين للتوفيق والإصلاح بينهما ويحدد لهما مدة شهرين لإيداع تقريرهما.

ومن نص المادة يفهم ان المشرع الجزائري لا يلجأ إلى نذب الحكمين إلا في حالة تقادم الخصام وعدم تبين الضرر، على خلاف ما هو ثابت شرعا من أن نذب الحكمين يكون لمجرد خوف الشقاق منعا لاستمراره وتقاقمه كوسيلة ناجعة لإعادة الأمر إلى ما كان عليه، ولمعرفة الطرف المسيئ من المتضرر، ومن تم تكون مهمة الحكمين الأساسية هي الاصلاح لا مجرد معرفة الطرف المتضرر للحكم له بالتعويض¹.

فالتحكيم يهدف إلى تحقيق الوثام والوفاق وارجاع الأمور إلى نصابها، وهذا أفضل وأحسن من اللجوء إلى الطلاق مع وجود امكانية المصالحة وحفاظا على الأسرة بكاملها من الانحلال وضياع الأولاد إن كانوا، وخيرا أيضا من أن يعيش الزوجان في ضنك وشقاء كل منهما مبغض للآخر لا يكاد يطبق النظر أو التحدث مع شريك حياته².

وما تجدر الإشارة إليه أنه ومن خلال نص المادة 56 يمكننا ان نميز بين أمرين

اثنين:

الأول يتمثل في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وطول أمده مما يسبب ضررا للزوجة ويتم اثبات هذا الضرر فإنه يجوز للزوجة في هاته الحالة اللجوء إلى القاضي طالبة التطليق المبني على أساس الضرر الثابت وما على القاضي في هاته الحالة وبعد تأكده من ثبوت الضرر لإلا أن يجيزها لطلبها ويحكم بالتطليق مع التعويض عن الضرر الذي أصابها.

اما عن الأمر الثاني فيتمثل في الحالة التي ترفع الزوجة أمرها للقاضي طالبة التطليق مؤسسة طلبها على الشقاق المستمر وطول أمد النزاع إلا أنها فشلت في اثبات الضرر

¹ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2009/2008، ص 654.

² - اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2003/2002، ص 149.

فيقتضي الأمر في هاته الحالة وبعد تأكد القاضي وفقا لسلطته التقديرية من اشتداد الخصام بتعيين حكمين توكل إليهما مهمة الاصلاح والتوفيق بين الزوجين.

وتتخصر مهمة الحكمين في المصالحة ومحاولة التوفيق بين الزوجين وذلك مصداقا لقوله تعالى ﴿إن يريدوا أصلاحا يوفق الله بينهما﴾؛ ويكون الحكمين ملزمين وفقا لنص م 56 بتقديم تقرير عن مهمتهما طبقا لما حدده القاضي فيوضحون بالتفصيل مسلكهما في ذلك وما اقترحوه على الزوجين وموقف كل منهما ضد الآخر وشروطه ويقدم الحكمان اقتراحها بالأساليب الأخرى التي يمكن بها علاج الموقف، فإن اقتنعا بأن الحل الوحيد هو الفراق أشار إلى ذلك مع التسبب للقاضي ويمكن للقاضي استدعاءهما للجلسة لسماعهم شفويا في حالة عدم كفاية التقرير المكتوب¹، كما يشترط أن يقدم حكمين تقريرهما في مدة شهرين، وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا توصل الحكمين إلى أن الحل الوحيد هو الطلاق أصدر حكما منشئا يقضي بالتطليق لصالح الزوجة ويكون سنده القانوني في ذلك نص م 53 فقرة 08 ويجوز له أن يحكم للزوجة كذلك بالتعويض عن الضرر اللاحق بها وذلك طبقا لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة.

وسار اجتهاد المحكمة العليا على ذلك إذ جاء في قرار للمحكمة العليا على أنه « من المقرر قانونا، أنه لا يثبت الطلاق إلا يحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين، وعجزت الزوجة عن اثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون ...، ولما كان ثابتا في قضية الحال إن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق، دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49-55-56 من قانون الاسرة يكون بقضائه كما فعل، خالف القانون وتجاوز اختصاصه»².

¹ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 297-298.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 75812، بتاريخ 1989/12/25، م.ق، 1991، عدد 3، ص 71.

ويفهم من القرار أنه وحتى تستجاب دعوى الزوجة طالبة التطليق على أساس الشقاق المستمر أن تمر هاته الدعوى وجوبا على آلية الصلح طبقا الأحكام المادة 49 من قانون الأسرة أن يسعى القاضي ووجوبا قبل ايقاع الطلاق أن يجرى عدة محاولات صلح وعليه أن يحرر محضرا بذلك كما عليه أن يتقيد بأحكام المادة 56 والتي توجب عليه تعيين حكمين في حالة عدم ثبوت الضرر وفشل الزوجة في اثباته.

وقد أحسن المشرع صنعا بنصه على هاته المسألة وتضمينها المادة 56 من قانون الأسرة والتي جاءت كمخرج للزوجة المضرورة والتي لا تستطيع اثبات الضرر بالخلاص من الحياة الزوجية التي أصبحت لا تطاق لاشتداد الخصام والشقاق واستمراره شرط أن يتقيد القاضي قبل ايقاع الطلاق بنصي المادتين 49 و 56 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نصت المادة 94 من المدونة على ما يلي:

«إذ طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه شقاق وجب عليهما أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه». ينصح من خلال نص المادة أنها خولت للزوجين معا أو لأحدهما حق اللجوء إلى المحكمة من قبل الزوجين لا يؤدي بالضرورة إلى التفريق بينهما إلا إذا تعذر الاصلاح والتوفيق بعد اجراء المحكمة لمسطرات الصلح وبناء على ذلك يمكن القول بأن مفهوم الشقاق وفقا لمدونة الأسرة يتحدد من زاويتين أو بعدين في اطار فلسفة المشرع أولهما أن الشقاق يقصد به مسطرة وقائية للإصلاح بين الزوجين وثانيهما أن الشقاق هو مسطرة من مساطر التطليق¹.

إذ نصت المادة 97 من المدونة فإن تقضي بأنه في حالة تعذر الاصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83-84-85 أعلاه ويتضح من المادتين 94 و 97 أن المدونة لن تحدد طبيعة للشقاق المبرر للتطليق

¹ - عز الدين بوخريص، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، رسالة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، وجدة، المغرب، 2007/2008، ص 39-40.

وخصائصه الأمر الذي لا يسهل على المحكمة معرفة حدود صلاحياتها في قبول أو رفض التطليق بسبب الشقاق فالمشرع لم يحدد حالات معينة لنطاق الشقاق¹.

و نلاحظ بأن المدونة منحت حق التطليق وفي اطار المساواة للزوجين معا، إذ أن المدونة حاولت ايجاد نوع من التوازن فيما يخص صلاحية أي من الزوجين في انهاء الرابطة الزوجية وسلب من الزوج ذلك الامتياز الذي كانت تخوله له قواعد مدونة الأحوال الشخصية باعتباره المالك الوحيد لسلطة ايقاع الطلاق بإرادة منفردة².

وإنه ولئن كان من الناحية المدنية ان الزوجة تملك سلطة اللجوء إلى مسطرة التطليق للشقاق فإن ذلك رجعي بصدور حكم قضائي في الموضوع، والمحكمة لا سلطة لها في رفض طلب الزوجة الرأي للتطليق إذ أن دورها ينحصر بمجرد رقابة شكلية فيما يتعلق بشكل الدعوى واحترام اجراءات الصلح وبعث الحكمين³.

وعكس من طلبت الزوجة من المحكمة حل نزاع يخاف منه الشقاق وسجلت مقالها بكتابة ضبط المحكمة المختصة فإن الملف يحال إلى الهيئة المختصة لتجهيز والبت فيه لتقوم باستدعاء الزوجين للاستماع إليهما في غرفة المشورة والتي أحالت بشأنها المادة 94 على المادة 82 من المدونة⁴.

وعندما يحضر الزوجان في غرفة المشورة يلزم المحكمة أن تحاول بكل ما لديها من الكفاءات والوسائل والإجراءات، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود، ومن ترى فائدة في الاستماع إليه، عند البحث عن سبب النزاع والشقاق، أن تصلح بينهما⁵.

إذ يعتبر اللجوء إلى مسطرة الصلح جوهريا وقيام المحكمة بمحاولة الاصلاح بين الزوجين من صميم النظام العام، فالمحكمة تعمل على اثارته تلقائيا ولو لم يطلبه الأطراف¹.

¹ - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 100.

² - محمد الكشور، يونس زهري، حسين فتوح، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، 2006، مطبعة

النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص 25-26.

³ - محمد الكشور، يونس زهري، حسين فتوح، المرجع نفسه، ص 25-26.

⁴ - صارة بت الشويخ، المرجع السابق، ص 69.

⁵ - أحمد اباش، المرجع السابق، ص 277.

وفي حالة الصلح تلجا المحكمة إلى تعيين حكمين وذلك طبقاً للمادتين 95 و96. إذ تنص المادة 95 « يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبذل جهدهما لإنهاء النزاع.

إذا توصل الحكمان إلى الاصلاح بين الزوجين حرراً مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة». ونصت المادة 96 «إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أوفي تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة».

وعليه فإن فشلت محاولة الصلح بين الزوجين أو اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة وتتخذ ما تراه مناسباً من إجراءات كأن تؤخر القضية لجلسة أخرى تلقائياً، أو بناء على طلب أحد الزوجين أو هما معاً².

والملاحظ أنه ومما تقدم في حالة تقديم الزوجان أو أحدهما طلب المحكمة كل النزاع القائم بينهما وفشلت المحكمة في الاصلاح بينهما وكذا الحكمين واستحالة أو تعذر الاصلاح فما على القاضي إلا القضاء لطالب التطليق به وهو ما جاءت به أحكام المادة 97 « في حالة تعذر الاصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب».

¹ - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 105.

² - أحمد باش، المرجع السابق، ص 279.

والملاحظ أن المحكمة وبعد استدعاء المحكمة الطرفين وإجراء محاولات الصلح وعند عدم جدوى ذلك تسجل المحكمة محضر بذلك ويجب أن نميز بين حالتين.

1- إذا كان الزوج هو الذي تقدم بالطلب وبعد تعذر الإصلاح، والإشهاد على ذلك في محضر الجلسة فإن المحكمة بعد إحالة الملف عليها من القاضي المقرر تحدد مبلغاً يودعه الزوج بكتابة الضبط داخل أجل أقصاه 30 يوم لضمان أداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم، فمتى قام الزوج بإيداع المبلغ في الأجل أصدرت المحكمة حكماً بالتطليق للشقاق¹.

2- أما إذا كانت الزوجة هي التي تقدمت بالطلب للمحكمة وبعد الإشهاد فشل محاولات الصلح بين الطرفين فإن المحكمة تصدر حكماً بالتطليق للشقاق واستحالة استمرار العشرة الزوجية²، وما تجدر الإشارة إليه أن مدونة الأسرة أجازت اللجوء إلى التطليق للشقاق في حالات أخرى وهي:

- 1- حالة التعدد طبقاً لنص المادة 45 الفقرة 2³.
- 2- حالة إخلال أحد الزوجين بالحقوق المتبادلة المادة 52⁴.
- 3- في حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر المبيح للتطليق طبقاً للمادة 2/100 من المدونة⁵.
- 4- حالة النزاع حول الخلع طبقاً للمادة 2/120⁶.

1 - عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 134.

2 - عبد السلام زوير، المرجع نفسه، ص 135.

3 - تنص المادة 45 من المدونة «... فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزويج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده».

4 - تنص المادة 52 من المدونة «عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده».

5 - تنص المادة 2/100 من المدونة «... إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطليق يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق».

6 - تنص المادة 2/120 من المدونة «إذا أصررت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق».

وسار القضاء المغربي في نفس الاتجاه بالاعتراف للزوجين بحق التطليق للشقاق ونجد منها ما يلي:

- «حيث أنه بالرجوع إلى وقائع النازلة نجد أن والدة المستأنفة أوضحت بأن المستأنف عليه رفض الصلح، كما أن المستأنف عليها بينت بأن هناك مشاكل مع زوجها وعدم تفاهمهما، مما بين استحالة استمرار الزوجية، خاصة وأنه حتى أمام هذه الغرفة فإن كل واحد متمسك برأيه.

وحيث أنه تبعا لذلك فإنه يتعين إلغاء الحكم الابتدائي وارجاع الملف إلى المحكمة مصدرته للبت فيه طبقا للقانون»¹.

- «حيث أن الشقاق هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية دون تحديد المشرع لحالات محددة داخله في نطاقه، بل هو مفهوم واسع وعام لا يشمل حالة بعينها وحيث أنه بمقتضى المادة 97 من المدونة الأسرة، فإنه في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تحكم المحكمة بالطلاق والمستحقات...»².

والملاحظ أن القانون والقضاء المغربيين لم يحدد حالات خاصة للتطليق للشقاق بل جاء النص القانوني واسع وعام إذ أن القضاء في حالة الشقاق وعند عدم جدوى مساعي الصلح والتحكيم يكون مضطرا لفك الرابطة الزوجية بالتطليق للشقاق دون أن تكون له سلطة تقديرية في البحث في الأسباب الجدية للطلب ويكون بذلك حكمه حكما مقر وكاشفا للحق في التطليق للشقاق لا منشىء له.

أما بالرجوع إلى مجلة الاحوال الشخصية التونسية في مسألة التطليق للشقاق المستمر فنجد أن المشرع التونسي أكد على أنه لا قيام للحياة الزوجية إلا على الاحترام والمودة والرحمة وحسن المعاشرة وأداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات، ولكن قد يحدث بينهما

¹ -قرار المحكمة الاستئناف بالعيون، عدد 06/35 تاريخ 2006/03/21 ملف رقم 2006/02 مجلة محاكمة العدد 1، ص 166-168 - نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 140.

² -حكم محكمة الرمانى، عدد 40 تاريخ 2004/01/29، مجلة محاكمة، عدد5، ص 187، عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 140.

الشقاق، فيتضررا أحدهما لأذيته له بالقول أو بالفعل كالشتم والتعبير المخل بالكرامة أو الضرب، ففي هذه الحالة أخذت مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالمذهب المالكي فأجازت التفريق لسوء المعاملة وذلك صلب الفصل 31 منها¹.

هذا النص الذي جاء عاما وواسعا دون تحديد لحالات الضرر التي يمكن على أساسها القضاء بالطلاق وما يعتبر ضرار موجبا للتطليق وترك الأمر للقضاء للفصل في مسألة ما يعتبر ضررا.

وقد تبسط فقه القضاء التونسي في بيان صور الضرر الصادر عن كلا الزوجين والتي أتاحت للمحكمة الحكم فيها بالطلاق للضرر سوء المعاملة²، ونجد منها ما يلي:

- يكون معللا تعليلا كافيا الحكم الذي قضى بالطلاق لفائدة الزوجة وذلك بناء على تكرار اعتداء زوجها بالشتم والعنف حتى أصبح بموجب ذلك من المعتذر استمرار الحياة الزوجية...³.

- اعتداء الزوج على زوجته بالعنف والحرق المعاقب عليهما جزائيا ضرار موجب للطلاق⁴.

ومن القرارين يفهم أخذ القضاء التونسي بمسألة التطليق للشقاق والذي تستحيل معه استمرار الحياة الزوجية من طال أمد وكان يشكل متكررا، ومن ثبت الضرر بكل وسائل الإثبات، ومنها الأحكام الجزائية كما جاء في القرار الأخير.

ومما سبق يتضح مدى اتفاق مدونة الأسرة وقانون الأسرة حول مسألة التطليق للشقاق إذ تم النص عليها صراحة بموجب نصوص خاصة في حين أغفل المشرع التونسي ذلك مكتفيا بالفصل 31 من المجلة والذي جاء عاما وشاملا دون تفصيل، وما تجدر إليه إلى أن المشرع الجزائري حصر أمر التطليق للشقاق في الزوجة وهو ما نص عليه صراحة في نص

1 - ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 51.

2 - ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 52.

3 - قرار تعقيبي مدني رقم 4642 بتاريخ 1967/01/24، نقلا عن ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 53.

4 - قرار تعقيبي مدني رقم 1612 بتاريخ 1977/10/18، نقلا عن ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 53.

المادة 53 فقرة 8 إذ أن للزوج حق الطلاق، في حين أن المشرعين الأسريين المغربي والتونسي أجاز الكل من الزوجين اللجوء إلى التفريق للشقاق على قدم المساواة.

المطلب الثاني:

التطليق للنشوز في الفقه والقانون.

يقصد بالنشوز سوء العشرة الزوجين بين الزوجين وقد يكون من جانب الزوجة بخروجها من بيت الزوجية يعتبر حق وخروجها عن واجب الطاعة عن زوجها؛ وقد يكون من طرف الزوج وذلك يبغض الزوجة وإيذائها بالضرب والاعراض عنها مثلا فيجيز الشرع والقانون في هاته الحالة لكلا من الزوجين اللجوء إلى التطليق على أساس النشوز وما يهمننا هنا هو نشوز الزوج واعتباره كسب من الأسباب التي تجيز للزوجة إعمال إرادتها في فك الرابطة الزوجية بالتطليق وسنتعرض إلى التطليق للنشوز في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول)، والتطليق للنشوز في القانون في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطليق للنشوز في الفقه الإسلامي.

النشوز من النشوز وهو المكان المرتفع وقال ابن منظور في "لسان العرب" النشوز يكون بين الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه، وانشاققه من النشز، وهو ما ارتفع من الأرض، ونشزت المرأة بزوجها وعلى زوجها تنشز وتنشز نشوزا وهي ناشز ارتفعت عليه واستعصت عليه وأبغضته وخرجت عن طاعته وفركته، ونشز هو عليها نشوزا كذلك، وضربها وجفاها وأضربها¹، ويجب أن تفرق في النشوز بين أمرين اثنين وهما النشوز الحاصل من الزوجة، والنشوز الحاصل من الزوج.

فنشوز الزوجة هو ترفع المرأة وعصيانها وسوء عشرتها للزوج والخروج عن الطاعة الواجبة، بالتفريط في حقوقه كمنعه من الاستمتاع، أو خروجها من البيت من غير إذنه إلى مكان تعلم أنه لا يأذن فيه، أو قفل الباب دونه، أو من باب أولى التفريط في حقوق الله

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ص 4425.

تعالى: كالغسل أو الطلابة أو غير ذلك¹، ويقول تعالى ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع، واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً﴾².

فإن الشريعة الإسلامية أرشدت الزوج إذا رأى في زوجته نشوزاً أو عصياناً، أن يتخذ حياها من وسائل الإصلاح والتأديب ما يكفل تهذيبها ويرجعها إلى طاعته، بدلاً من الاستمرار في الشقاق والخصام؛ إن الإصلاح في نظر الإسلام أحسن من الطلاق الذي يهتز له عرش الرحمان، ويكون الإصلاح بالموعظة الحسنة والنصح والإرشاد ثم الهجر في المضجع، أي لا يبيت معها في فراش واحد، ثم الضرب غير المبرح بالقليل من الإيذاء البدني³.

وقال ابن كثير في تفسيره «المرأة الناشز، هي المرتفعة على زوجها، التاركة لأمره المعرضة عنه المبغضة له»⁴.

وجاء في التفسير الكبير لابن تيمية «هو أن تنتشر عن زوجها فتتضر عنه بحيث لا تطيعه إذا دعاها للفراش، أو تخرج من منزله بغير إذنه، ونحو ذلك مما فيه امتناع عما يجب عليها من طاعته»⁵.

وعند المذاهب الفقهية نجد أن الفقهاء جاءوا بمجموعة من التعاريف لنشوز الزوجة.

- إذ عرفها فقهاء الحنفية أنها «خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق»⁶، وهذا التعريف غير جامع لأسباب النشوز لأنه اقتصر على سبب واحد من أسباب نشوز الزوجة وهو خروجها من بيت زوجها بغير حق ولم يذكر بقية أسباب النشوز⁷.

¹ - الصادق بن عبد الرحمان الضرياني، المرجع السابق، ص 168.

² - سور النساء، الآية 34.

³ - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 263.

⁴ - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، ص 654.

⁵ - ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، التفسير الكبير، ج 3، ط1، تحقيق وتعليق، عبد الرحمان عميرة، دار

الكتاب العلمية، بيروت 1998، ص 238.

⁶ - الحصكي محمد علاء الدين، الدار المختار: شرح تنوير الأبصار، ج3، ص 576.

⁷ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 599.

- وعرفه الزي لعي فقال «الناشز: هي الخارجة من بيت زوجها بغير إذن المانعة نفسها منه»¹.

وعند المالكية جاء عن الدردير قوله «أن النشوز: هو الخروج عن الطاعة الواجبة: كأنه منعه الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا بإذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى كالطهارة أو الصلاة أو أغلقت الباب دونه أو خانته في نفسها أو ماله»².
وبهذا المعنى جاء في سراج السالك «النشوز هو خروج الزوجة من طاعت لغير موجب شرعي»³.

أما الشافعية فالنشوز عندهم هو «يستوي فيه أن يكون من غير المكلفة أو من المكلفة لاستواء الفعلين في الفويت على الزوج وسواء أقرر الزوج على ردها للطاعة قهرا أم لا»⁴.

أما الحنابلة فعرفه ابن قدامة أنه «معصية الزوجة فيما فرض الله عليها من طاعته»⁵.

ومن التعاريف السابقة يمكننا أن نحدد مفهوم النشوز الزوجة في عدم طاعتها لزوجها وعدم تمكينها له من نفسها بدون عذر وخروجها من بيت زوجها دون إذن ولغير عذر شرعي، والتعريف الذي جاء به المالكية هو الأقرب للصواب إذا جاء شاملا وجامعا لجميع الحالات النشوز المتعارف عليها.

وما تجدر الإشارة له أنه من الحقوق الثابتة شرعا للزوج على زوجته طاعته بالمعروف فمتى تعالت الزوجة وترفعت عن زوجها أو عصته فيما أوجب الله له عليها، فإنه

¹ - الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الرقائق، ج3، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ص 52.

² - الدردير، المرجع السابق، ج5، ص 343.

³ - الجعلي عثمان بن محمد حسنين البري، سراج السالك شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995، ص 83.

⁴ - الشربيني، المرجع السابق، ج5، ص 168.

⁵ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص 259.

سبحانه وتعالى قد قدم العلاج الشافي لهذا الأمر، حرصا منه على أن تستمر الحياة الزوجية في دور وئام وسعادة وهناء¹، مصداقا لقوله تعالى ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا﴾²، فالغرض إذن من تأديب الزوجة هو اصلاح نشوزها وحملها على طاعته فمتى تحقق ذلك أصبح لجؤه للتهذيب تعسفا³، مصداقا لقوله تعالى ﴿فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا﴾⁴.

ومعلوم أنه إن لم تجد كل هاته الأمور ويسوء الحال بين الزوجين ويتعذر الصلح وعدم الوصول إلى حل فإنه في هاته الحالة يمكن للزوج اللجوء إلى أعمال حقه في فك الرابطة الزوجية بالطلاق لنشوز الزوجة.

وقد يحدث وأن يكون النشوز من الزوج اتجاه زوجته وهو موضوع دراستنا بالبحث عن دور إرادة الزوجة في التفريق لنشوز الزوج.

فالمعلوم أنه إذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها أما لمرضها أو لكبر سنها، أو لدمامة وجهها⁵، وقد يميل إلى امرأة أخرى ويترك الأولى وقد يضربها كأن يمنعها النفقة أو القسم في المبيت، أو يضربها عن غير مبرر ففي كل هاته الحالات يعد ظالما ومتعديا والله سبحانه وتعالى لأمره ان يمسك بالمعروف أو أن يسرح بإحسان فإن لم يفعل شيئا من ذلك لا يقر على ظلمه، وانما للمرأة أن تطالب بحقها ولها ان تصبر على ما تراه وتتنازل عن بعض حقوقها⁶، ولا جناح عليهما أن يصلحا بينهما، ولو كان في الصلح تنازل عن

1 - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 247.

2 - سورة النساء، الآية 34.

3 - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 248.

4 - سورة النساء، الآية 34.

5 - السيد سابق، المرجع السابق، ص 199.

6 - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 249.

بعض حقوقها ترضية لزوجها¹ لقوله تعالى ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾.²

وروي أبو داود عن عائشة ان سودة بنت زمعة حين أسننت وفرقت أن يفارقها رسول الله (ص) قالت : «يا رسول الله يومي لعائشة»، فقبل ذلك رسول الله (ص) قالت : في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراه قال: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً﴾.³ وما رواه غروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : «هذا في المرأة تكون عند الرجل فلعله لا يكون يستكثر منها، ولا يكون لها ولد وتكون لها صحبة، فتقول لا تطلقني وأنت حل من شأني».⁴

وهو نفس الأمر الذي ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة حيث ذهب المالكية إلى نفس ما جاء به الفقهاء المفسرين إذ جاء في المدونة الكبرى (قال سحنون ألا ترى أن يونس بن يزيد ذكر عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن السنة في الألة التي ذكر الله فيها نشوز المرء وأعراضه عن المرأة أن المرء إذا نشز عن امرأته أو أعرض عنها، فإن عليه من حق أن يعرض عليها أن يطلقها أو تستقر عنده ما رأت من الأثرة في القسم من نفسه وماله، فإن استقرت عنده على ذلك وكرهت أن يطلقها فلا جناح عليه فيما أثر عليها به ذلك، وإن لم يعرض عليها الطلاق وصالحها على أن يعطيها من ماله ما ترضى به وتقر عنده على تلك الأثرة في القسم من ماله ونفسه صلح ذلك وجاز صلحها عليه وذلك الصلح قال الله⁵ ﴿فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خيراً وأحضرت الأنفس الشح﴾.⁶

1 - السيد سابق، المرجع السابق، ص 199.

2 - سورة النساء، الآية 128.

3 - سورة النساء، الآية 128.

4 - ابن كثير، المرجع السابق، ج2، ص 408.

5 - الامام مالك بن أنس، رواية الامام سحنون بن سعيد، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج5، ص 171.

6 - سورة النساء، الآية 128.

أما الحنفية فقد جاء في المبسوط للسرخسي «ولو كانت عند الرجل امرأة قد خلت في سنها فأراد أن يستبدل بها شابة فطلبت أن يمسكها ويتزوج بالأخرى ويقيم عند التي تزوج أياما ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزا لا بأس به»¹.

وعند الحنابلة قال ابن قدامة «ومن صالحته على ترك شيء من قسمتها أو نفقتها، أو على ذلك كله جاو فإن رجعت لها ذلك» وقال «وإذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبير أو دمامة، فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك»².

في حين ذهب الشافعية في قول لأبي عباس الرملي «وإن كان لا يتعدى عليها، وإنما يكره صحبتها لكبر أو مرض أو نحوه ويعرض عنها فلا شيء عليه، ويسن لها استعطافه بما يجب، كأن تسترضيه بترك بعض حقها كما تركت سودة نويتها لعائشة، ومما سبق يتضح لإجماع الفقهاء المفسرين وكذا فقهاء المذاهب الأربعة على أنه في حالة نشوز الزوج يمكن للزوجة التصالح معه بأن تتنازل عن بعض حقوقها إرضاء له على أن لا يطلقها.

وإذا لم يرد الزوج ذلك وأراد أن يطلق خوف التقصير في حق زوجته ووقفا عند قوله تعالى ﴿فإمساك بالمعروف أو تصريح بإحسان﴾³.

لكن إذا تجاوز حدوده معها ومنعها من حقوقها دون أن تتنازل عن شيء له ولم يشأ الطلاق مخالفاً لذلك المبدأ الذي تقوم عليه الحياة الزوجية من إمساك بمعروف أو تصريح بإحسان فلها حينها أن ترفع أمرها للقاضي ليدفع عنها الظلم والإيذاء ويلزم الزوج بمعاشرتها المعاشرة الطيبة وأن يوصل إليها حقها مما وجب عليه، فإن طلبت المرأة من القاضي إيقاع الطلاق فلا يمكن للقاضي اجابته على ذلك وإن طالبتة وهذا ما عليه جمهور الفقهاء⁴.

1 - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص 209.

2 - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 262.

3 - سورة البقرة، الآية 229.

4 - عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 137.

في حين ذهب المالكية إلى إعطاء الخيار للمرأة بين أن تطلب دفع الظلم عنها إذا رغبت إن تبقى في كنف زوجها، وبين أن تطلق عليه، وقال الدردير «وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها وسبها وسب أبيها نجوة يا بنت الكلب، ويا بنت الكافر، كما يقع كثيرا من رعا ع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق».¹

ورأينا من رأي مذهبي الامام مالك والذي يجيز للزوجة الحق في اللجوء إلى القاضي في حالة نشوز الزوج وعدم امتثاله لأمر القاضي بالمعاشرة الحسنة وتجاوزه لحدوده كإيذاء الزوجة بالضرب أو السب والشتم أو منعها النفقة فيكون بذلك لها الحق في طلب التفريق بينهما وما على القاضي إلا الاستجابة لطلبها رفع للظلم والضرر عنها إذ لا يمكنها تحمل ما يلحقها من ضرر من الزوج والصبر عليه وما يبرر ذلك قوله تعالى ﴿فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان﴾، ووفقا لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، فمتى تضررت الزوجة وعرض القاضي الصلح والحكمين على الزوجين وتعذر الإصلاح بين الزوجين طلق الزوجة واجابها لطلبها.

الفرع الثاني

التطليق للنشوز في القانون.

لم تتحدث القوانين المغاربية بصفة صريحة عن مسألة النشوز إلا ما ورد في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 55 فيحين نستشق ذلك في المادة 51 و52 من مدونة الأسرة المغربية في حين يمكننا حصر ذلك في القانون التونسي في احكام الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، إذ يعتبر الاخلال بأحكام هذا الفصل إخلالا أو نشوز يوجب التطليق للضرر.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 55 يتضح صراحة قرار المشرع لحق كلا من الزوجين في الطلاق للنشوز والتعويض للمتضرر إذ نصت المادة على «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر».

¹ - الدردير، المرجع السابق، ج2، ص 345.

فالنشوز هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ احكام القضاء ملزمة له بذلك¹، وذلك ما يؤدي إلى تضرر الزوجة انطلاقاً من أن واجبات الزوج الزوجية هي حقوق للزوجة وغيابها أو بعضها يولد ضرر للزوجة والضرر لا يجبر إلا بالطلاق وهو ما عبر عنه المشرع في نص المادة 55 بالنشوز.²

فلو ترفع الزوجان اما القاضي واتضح في مجلس الصلح ان أحدهما يخل بواجباته الزوجية نحو الزوجة وأمره القاضي باحترام مقتضيات الزوجية وصدور ذلك الحكم، فإنه يجب على الممتنع أن يعود إلى رشده في أداء واجبه وتنفيذ الحكم، فإن امتنع عن تنفيذ الحكم اعتبر ناشزاً ومتى رفع الزوج دعواه ضد الزوجة الناشز فإنه يكون قد ثبت للمحكمة نشوزه لامتناعه عن تنفيذ حكم القاضي وما على المحكمة إلا الحكم بالطلاق للنشوز وأن تحكم بالتعويض للمتضرر.³

ولا تعد المحاكم بالنشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصاً في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية، فإن امتنع الزوج أو الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولاً وانطلاقاً من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر منه.⁴

ولعل عدم اعتداد القضاء بالنشوز إلا إذا كان خارج البيت مرده إلى مسألة الإثبات فطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة لبيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولايستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزاً ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر.⁵

1 - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 340.

2 - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 142.

3 - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 340-341.

4 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 215.

5 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 215.

وسار الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا الاتجاه وهو ما يبرره إحدى قرارات المحكمة العليا والتي من بينهما:

- القرار الصادر بتاريخ 1986/02/24 «إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، أن الزوجة لا تعتبر في حالة نشوز إلا إذا صدر عليها حكم الرجوع ونفذ عليها بصفة قانونية بعد ما أصبح نهائياً، ولم تمتثل لذلك القضاء».¹

ومما تقدم يلاحظ غرابة ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها وهو المعتمد حالياً إذ يعتبر في رأينا أن ربط مسألة النشوز من عدمها بمغادرة بيت الزوجية بحجة الاثبات امر مرفوض لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تحصر كما سبق النشوز في مغادرة بيت الزوجية بل تتعداه لأسباب أخرى قد تكون ماسة بالحقوق والواجبات المتبادلة للزوجين، كعدم طاعة الزوج، أو خروجها بدون إذن أو الاخلال بمبدأ المساكنة وهو ما يمكن اثباته بشتى وسائل الاثبات.

ونجد عدة قرارات للمحكمة العليا ناقضت القرار السابق ومنها القرار الصادر بتاريخ 1987/02/09 «من المقرر شرعا أنه ليس كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشز تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، من المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خلافا للقوانين الشرعية».

اما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوج لم يقع بواجب الاسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها ومن ثم فإن قضاء المجلس الدين اعتبروها ممتعة عن الرجوع ومؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شرعا يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقتوا القواعد الشرعية.²

¹ - المحكمة العليا.غ.أ.ش، 1986/02/24 ملف رقم 39941 (غير منشور) نقلا عن بلحاج العربي قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 281.

² - المحكمة العليا.غ.أ.ش، 1987/03/09 ملف رقم 45311، م.ق، 1990، عدد 3، ص 61.

و يستشف من هذا القرار وعكس القرار السابق أنه لا يعتبر نشوزا ولو صدر حكم بالرجوع ورغبت الزوجة عن الرجوع مادام لم يوفر لها الزوج مطالبها المحكوم لها بها. والملاحظ اجمالا أن القضاء الجزائري أستقر على حق كلا من الزوجين في الطلاق للنشوز وفقا لنص المادة 55 من قانون الأسرة.

ومثل ذلك ما أقره القضاء من حق للزوجة في اعمال ارادتها لفك الرابطة الزوجية بالطلاق لنشوز الزوج ونجد من هذا القبيل قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ : 1998/04/21 «من المقرر قانونا أنه في حالة نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

و من تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة، وتعويضها طبقوا صحيح القانون»¹.

وما تجدر الاشارة إليه مما سبق أن القانون والقضاء الجزائريين أخذوا بأحكام المذهب المالكي في اجازة الطلاق للنشوز والتعويض للطرف المتضرر وأحسن المشرع صنعا بنصه صراحة على ذلك في قانون الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فإننا لا نكاد نجد فصا صريحا بنص حق الزوجين او أحدهما باللجوء إلى الطلاق للنشوز.

إلا أنه ومن قبيل حدثتنا عن نصي المادتين 51 و 52 من المدونة تستشف ان المشرع الأسري المغربي رتب على نشوز أحد الزوجين واخلاله بالحقوق والواجبات المنصوص عليها في نص المادة 51 جزاء جاءت به المادة 52 وهو اللجوء غبي مسطرة الشقاق.

إذ نصت المادة 51 من المدونة على «الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- المساكنة الشرعية بما يستجوبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد واحسان كل منهما واخلاصه للآخر، بلزوم العفة وحياته العرض والنسل.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/04/21 ملف رقم 189226، إ.ق، غ.أ.ش، عدد خاص، ص 144.

- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.
- تحمل الزوج مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.
- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة و الأطفال وتنظيم النسل.
- حسن معاملة كل منهما ليأوي الأخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم و استزارتهم بالمعروف.

- حق التوارث بينهما».

فمن خلال المادة يتضح انه وفي سياق المساواة بين الزوج والزوجة حاول المشرع ان يحدد الحقوق والواجبات بينهما ورتب على الاخلال بهاته الحقوق والواجبات¹، فمبدأ المساواة بين الزوجين بهدف إلى تحقيق التوازن بينهما داخل الأسرة لحماية مصالح الأسرة من الطرفين، وتعاونهما على ذلك، وعليه ضمن حق أي من الطرفين عند إخلال الطرف الآخر بالالتزامات الواقعة عليه، اللجوء للمحكمة لإلزامه بتنفيذ بسبب يرجع لذلك الطرف فإنه يحق للمتضرر اللجوء لمسطرة الشقاق لإيجاد حل وفي حالة تعذره الحكم بالتطليق مع التعويض لفائدة المتضرر.²

وهو الأمر الذي نص عليه المادة 52 المدونة بقولها «عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده».

ودأب القضاء المغربي على اعتبار الاخلال بالالتزامات الزوجية من احد الزوجين نشوزا منه يبرر الطلاق والتعويض ومما جاء في ذلك:

- القرار الصادر بتاريخ 2007/04/18 «إن إصرار الزوجة على الإقامة بالخارج وهو ما تستحيل معه المعاشرة الزوجية بين الزوجين يجعلها مسؤولة عن انهاء العلاقة الزوجية في

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 185.

² - عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 75.

طلب التطليق للشقاق وتتحمل أداء التعويض المحكوم به والمحدد حسب السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في المبلغ المناسب طبقا لمقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة».¹

ونجد كذلك القرار الصادر بتاريخ 2001/05/09 «من واجبات المتبادلة بين الزوجين المساكنة الشرعية ، لهذا فإن المحكمة المطعون في قرارها كانت على صواب حينما أوردت في تعليلها بأن : ادعاء المستأنفة عدم مغادرتها بيت الزوجية لا يبرر بأي حال إلغاء الحكم المستأنف الذي قضى بالرجوع إلى بيت الزوجية، لأن علاقة الزواج لا تنتج الآثار المتوفات منها إلا بالاستقرار الزوجين معا في بيت الزوجية والاستمرار في ذلك».²

ومن القرارات يتضح مدى استقرار القضاء المغربي على وجوبية الالتزام بالحقوق والواجبات الزوجية وعدم الاخلال بها إذ تعتبر الواجبات المتبادلة بين الزوجين المنصوص عليها قانونا موجبة التنفيذ من طرف الزوجين وقد يخل بما أو يصر أحدهما على الاخلال بها، حيث يحق للطرف الأخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به من خلال هذه الواجبات أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق، حيث نحاول المحكمة الصلح بينهما وفي حالة الفشل تحكم المحكمة بالتطليق.³

وعلى غرار المشرع المغربي لم يتحدث المشرع التونسي عن مسألة التطليق للنشوز صراحة إلا أنه ومن خلال الاطلاع على نص الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية والتي تنص على «على كل واحد من الزوجين ان يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به.

¹ - قرار رقم 222 بتاريخ 2007/04/18 غرفة الأحوال الشخصية والميراث - نقلا عن إدريس بلمحجوب، مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، ملحق بأهم مبادئ قرارات المجلس الأعلى، العدد الثاني، 2010، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 162.

² - المجلس الأعلى عدد 507 بتاريخ 2001/05/09 ملف شرعي عدد 2000/249- نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 76.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 191-192.

ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة ويتعاون على تسيير شؤون الأسرة و حسب تربية الأبناء و تصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.

وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة ان ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حالة وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الانفاق على الأسرة إن كان لها مال».

بتبين من خلال نص المادة أن المشرع التونسي فرض مجموعة من الواجبات والحقوق المتبادلة بين الزوجين والتي علة الزوجين ضرورة الالتزام بها وعدم الاخلال بها وإلا اعتبر الأمر من قبيل النشوز.

ومن الواجبات المحمولة على الزوجين واجب المساكنة¹ والتي يعتبر من أهم واجبات الزوجية وتمثل الغرض الأصلي والأساسي من عقد الزواج وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه ما يصبح يتبادل الطرفان من حقوق وواجبات² وعلينا أن نلاحظ أن هذا الواجب حسب ما يبدو مطالب به قضاء من قبل الزوج الذي يتمسك بمغادرة زوجته لمحل الزوجية ورفضها الرجوع إليه دون سبب شرعي، ولو أنه في الواقع من الممكن كذلك للزوجة أن تتمسك بمغادرة زوجها لمحل الزوجية فحتى على فرض أن يرسل إليها النفقة فإن ذلك لا يمنع من إلحاق الضرر بها لأن الزواج لا ينحصر في الانفاق فقط، ومهما كان فإن مغادرة الزوجة أصبحت معروفة في صعيد العمل القضائي بعبارة نشوز الزوجة.³

وما تجدر الإشارة إليه وهو ما يهمننا من خلال البحث عن دور إرادة الزوجة في التطليق للنشوز ان المشرع التونسي وإن لم ينص صراحة على حق الزوجة في ذلك إلا أنه ومن خلال الفصل 31 من المجلة أقر للزوجة على قدم المساواة الطلاق للضرر، كما انه

¹ - ساسي حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 98.

² - رفيقة دويري، المرأة في القوانين الوضعية، كتاب المرأة العربية، المعهد العربي لحقوق الانسان، تونس 1996، ص

189 - نقلا عن سياسي بن حليلة، المرجع السابق، ص 98.

³ - ساسي بن حليلة، المرجع السابق، ص 98.

أقر بضرورة الوفاء بالالتزامات والحقوق المفروضة على كلا الزوجين وفقا لأحكام الفصل 23 من المجلة.

إلا أنه وبالرجوع إلى الفقه القضاء نجد أنه اعترف للزوجين معا بحق الطلاق لنشوز احد الزوجين فمن ناحية نشوز الزوجة نجد القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1996 « بعد نشوزا منها مستوجبا للطلاق المؤسس على الضرر امتناع الزوجة بدون موجب ولا مبرر الاستقرار بمحل الزوجية صحية زوجها بالمدينة التي يعمل بها ويستقر بها وهي ولئن عبرت عن استعدادها لهذه العودة إلا أنها لم تفعل ذلك ولم تقدم أي دليل على سوء معاملة الزوج لها».¹

أما في ما يتعلق بنشوز الزوج فنجد القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 13 ماي 1997 «من واجبات الزوج معايشة زوجته وتجنب كل ما من شأنه أن يضر بها وأن ينفق عليها وفق الفصلين 23 و 28 من م.أ.ش.

أن عدم معايشة الزوجة والاصرار على عدم الانفاق عليها رغم صدور حكم يعد اخلافا كان وحده كسند مبرر للطلاق للضرر...».²

ومما سبق يلاحظ اتفاق التشريعات المغربية على مسألة جواز التطليق للنشوز إذ أجازت هذا الأمر لكلا الزوجين معا وإن انفراد المشرع الجزائري بالنص عليها صراحة واستقر عليها قضاء المحكمة العليا، في حين أغفل كلا من المشرعين المغربي والتونسي هاته المسألة تاركين الأمر للنفقة القضائي الذي استقر على جواز لجوء الزوجين إلى الطلاق للنشوز بالرغم من اختلاف التسمية كلما أخل احد الزوجين بالواجبات المفروضة عليه في اطار العلاقة الزوجية جاعلين السند القانوني للمطالبة بالطلاق هو الطلاق للضرر في مجلة الاحوال الشخصية والطلاق على أساس مسطرة الشقاق بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية.

¹ - قرار تعقيبي مدني عدد 51286 مؤرخ في 18 أكتوبر 1996، - نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص 27.

² - قرار تعقيبي مدني عدد 56563 مؤرخ في 13 ماي 1997 - نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص 28.

المبحث الثاني:

التطليق للتعدد والضرر المعتبر شرعا.

إن نظام تعدد الزوجات نظام قديم قدم الانسانية كان موجودا قبل الاسلام وجاء الاسلام وأقره ولم يمنعه وإنما قيده بمجموعة من الضوابط وقصره على أربعة زوجات بعد أن كان مطلقا فاشتراط فيه القدرة المالية وتوفير العدل، إذ يعتبر كل إخلال بهاته الضوابط ضرار يمنع للزوجة حفا التفريق؛ كما انه من واجب الزوج اتجاه زوجيه القيام بالواجبات المفروضة عليه اتجاهها وحسن معاشرتها وعليه فل إساءة تمس بهاته المبادئ تعتبر ضررا معتبرا يجيز للزوجة طلب التفريق.

وسندرس مسألة التطليق للتعدد في (المطلب الأول)، والتطليق المغير شرعا ف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التطليق لتعدد الزوجات.

ن الحديث عن التطليق لتعدد الزوجات يحتم علينا معرفة نظام التعدد وموقف الفقه والقانون منه (الفرع الأول)، و التطليق للتعدد في الفقه والقانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعدد الزوجات وموقف الفقه والقانون منه.

أولا: في الفقه الإسلامي.

تعدد الزوجات في عصمة رجل واحد نظام قديم، كان معمولا به في عدد من السابقة قبل الاسلام، وقد تزوج عدد من أنبياء الله ورسله أكثر من واحدة، منهم ابراهيم ويعقوب وداود وسليمان، وأخرهم نبينا محمد وجاء الاسلام والناس يعددون الزوجات من غير قيد ولا حد والتعدد من غير قيد ولا حد ينجم عنه دون شك جنوح وظلم، وخلل في وضع الأسرة

والمجتمع ولذلك أقر الله تعالى في القرآن الكريم أصل التعدد لوجود الأسباب التي تدعو إليه في كل مجتمع.¹

و لاخلاف في أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، وجعلت الإباحة فيه أصلاً وحقاً للمن يلجأ إليه وتقضيه ظروفه، ولكنها قيدت إباحته بقيود تنظيم استعماله وتجعل منه سبيلة الإصلاح وطرقاً لتحقيق المصالح الهامة والأعراض السامية التي قصد الشارع الحكيم تحقيقها.²

وقد أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات ونجد سند ذلك في قوله تعالى ﴿وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعتدوا﴾.³

ومن خلال يتضح اباحة الله سبحانه وتعالى للتعدد في الحدود الشرعية وهي أربع زوجات وقرنه بشرط العدل وإلا يكون عدمه هو الأصل.

وقد ورد في هاته الآية الكريمة أقوال كثيرة حسب تفسير الطبري إذ قال أن أهل التأويل اختلفوا غي تأويل ذلك:

- فقال بعضهم: معنى ذلك وإن خفتن يا معشر أولياء اليتامى ألا تقسطوا في صداقهن فتعدلوا فيه، وتبلغوا بصداقهن صدقات أمثالهن، فلا تتكوهن ولكن انكحوا غيرهن من الغرائب اللواتي أحلهم الله لكم وطيبهن، من واحدة إلى أربع، وإن خفتن أن تجوروا إذا نكحتم من الغرائب أكثر من واحدة فلا تعدلوا فانكحوا منهن واحدة أو ما ملكت أيمانكم.⁴

- وقال آخرون: بل معنى ذلك : النهي عن نكاح ما فوق أربع، حذاراً على أموال اليتامى أن يتلفها أولياؤهم، وذلك أن قريشا كان الرجل منهم يتزوج العشر من النساء والأكثر

¹ - الصادق بن عبد الرحمان الضرياني، المرجع السابق، ص 52.

² - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة، الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 144.

³ - سورة النساء، الآية 03.

⁴ - الطبري، المرجع السابق، ج7، ص 531.

والأقل، فإذا صار معدما مال على مال بيتيمة الذي في حجره فأنفقه او تزوج به، ولذلك جاءت الآية تحت على أنه إن خفتم أيضا من الأربع ألا تعدلوا في أموالهم فاقترضوا على الواحدة أو ما ملكت إيمانكم.¹

- وقال آخرون أن معنى ذلك أن القوم كانوا يتجولون في أموال اليتامى أن لا يعدلوا فيها، ولا يتحوبون في النساء أن لا يعدلوا فيهن فليل لهم: كما خفتم ألا تعدلوا في اليتامى، فكذلك تخافون في النساء ألا تعدلوا فيها ولا تتكحوا منهن إلا واحدة إلى الأربع، ولا تزيدوا على ذلك وإن خفتم ألا تعدلوا أيضا من الزيادة عن واحدة، فلا تتكحوا إلا ما لا تخافون أو تجوروا فيهن من واحدة أو ما ملكت إيمانكم.²

وفي رأينا أن الرأي الأخير هو الأقرب إذ أن الله سبحانه وتعالى خاطب بأن الخوف من عدم العدل في اليتامى كالخوف في العدل بين النساء فالبرغم من اباحة نكاح أربعة نساء إلا أن ذلك مقيد بقيد.

وفي السنة فقد أخرج مالك في الموطأ³ والنسائي والدارقطني في سننهما أن النبي (ص) قال لغيلان بن أمية الثقفي، وقد أسلم وتحتة عشرة نسوة: «أمسك منهن أربعاً وفارق سارهن».

وقد اجمع الفقهاء على جواز وإباحة التعدد استنادا لما جاء في أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية.

وما يجب الإشارة إليه إلى أن التعدد في الشريعة الإسلامية مقيد بمجموعة من القيود والضوابط وهي الواردة في أحكام القرآن الكريم.

فالشرط الأول يتمثل في «العدل بين الزوجات» وذلك مصداقا لقوله تعالى ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾، والمقصود بالعدل هنا هو العدل الذي يستطيع الانسان، ويقدر عليه وهو التسوية بين الزوجات من النواحي المادية من نفقة وحسن المعاشرة والمبيت، وليس المقصود

¹ - الطبري، المرجع السابق، ص 534.

² - الطبري، المرجع السابق، ص 535.

³ - الإمام مالك، الموطأ، ج2، ص 586.

بالعدل هو التسوية العاطفية والمحبة والميل القلبي فهو غير مراد لأنه غير مستطاع ولا مقدور لأحد.¹

إذ أن العدل الظاهر هو القسم بين الزوجين (المساواة في الفقه والمعاملة الظاهرية دون العدل الباطن والذي لا يستطيع أحد ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها، فكان الرسول (ص) لا يسوي بين أزواجه في المحبة القلبية، حيث كان يقول عند القسمة بين أزواجه « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك»، إذ لو كانت المحبة القلبية هي المطلوبة لكان النبي (ص) غير عادل بين أزواجه وهذا غير مقبول ولا معقول.²

أما الشرط الثاني فيتمثل في القدرة على الانفاق إذ أن تعدد الزوجات وما ينسلق من أولاد يحتاج إلى مال بجانب العدل، وقد لا يستطيع ذلك إلا الميسير عن الرجال، فإذا لم يكن الزوج قادراً على الانفاق ازداد بزواجه وأولاده عدد الفقراء والبائسين، وقد يؤدي الفقر والبؤس إلى ما لا يحمد؛ والانفاق في زمننا لا يقتصر على المأكل والملبس والسكن بل يتعداه إلى التعليم وما يحتاج إليه من مصروفات، وعدم توفير المال يؤدي لإشاعة الفقر والجهل، ومن أجل ذلك أضاف الإسلام شرط القدرة على الانفاق لأن بدونه تفتقر الأسرة ثم يجيز ذلك وبالا عليها.³

ويستتبط هذا الشرط من قوله تعالى: ﴿أدنى أو تعولوا﴾⁴، ومدلول الآية هو أن لا تكثروا العيال في حالة عدم القدرة المالية وقلة مصادر وأسباب الرزق مما يستطاع معه الانفاق على العيال.

أما الشرط الثالث فهو أن لا يتجاوز الحد الأقصى أربع زوجات لأن معنى الآية: انكحوا ما شئتم من النساء سوى اليتامى إن شاء أحدهم اثنين، وإن شاء ثلاث، وإن شاء

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07 "الأحوال الشخصية"، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984، ص 168.

² - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 10.

³ - كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، الطبعة الأولى، 2002، دار الآفاق العربية، القاهرة، ص 39.

⁴ - سورة النساء، الآية 129.

أربع، فالأربع هي الحد الأعلى للإباحة، وهذا ما أجمع عليه أهل الصدر الأول وجمهور العلماء لأن مقام الآية مقام امتنان وإباحة فلو كان جمع أكثر من أربع نسوة في وقت واحد جائزا لذكرته الآية¹، وفهم الآية على هذا النحو هو الذي دلت عليه سنة رسول الله (ص) وهي المبينة في القرآن.

ولقد أجمع الفقهاء على ضرورة توفر هاته الشروط مجتمعة لكل من يريد التزوج بزوجة أخرى والتعدد.

ثانيا: موقف القانون من تعدد الزوجات.

إنه وبالرجوع إلى القوانين المغاربية نجد انها اجمعت على جواز تعدد الزوجات وفق مجموعة من الضوابط إذ قيدت اللجوء إلى هاته الرخصة ولم تتركها على إطلاقها، ولم يمنع تعدد الزوجات إلا المشرع التونسي والذي جرم نظام التعدد وقرر له عقوبة جزائية.

فبرجوع إلى القانون الجزائري فقد قنن المشرع وعملا بأحكام الفقه الإسلامي تعدد الزوجات إذ هو حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة، في حدود الشريعة الإسلامية من وجد المبرر الشرعي والقدرة على الانفاق، والمساواة بين الزوجين، وهذا وفقا للمادة 8 الفقرة 1 والتي نصت على «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

فيكاد يكون من المتفق عليه عند الخاص والعام أن إلغاء تعدد الزوجات مخالفة للشريعة الإسلامية لاصطدامه مع النصوص القرآنية الصريحة ومخالف للدستور باعتباره

¹ - محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، الأمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل ابن كثير، المجلد الأول، ط7، 1981، دار القرآن الكريم، بيروت، 1973، ص 356.

ينص على أن الاسلام دين الدولة طالما أن الشريعة الإسلامية هي المرجعية الأولى للقوانين الجزائرية؛ فضلا عن فشل التجارب التشريعية العربية التي اعتمدت إلغاء تعدد الأزواج وتجزيمه جزائيا، ومخالفة كذلك لحقوق الانسان المشروعة غير المخالفة للنظام العام الجزائري، وعليه رأى المشرع تكريم المرأة بأن تكون زوجة ثانية حليلة على أن تكون عشيقة خليلة.¹

وقد قيد المشرع اللجوء إلى التعدد بمجموعة من الضوابط والقيود زهي التي تستشف من خلال المادة 8.

فالشرط الأول يتعلق بالحدود الواردة في الشريعة الإسلامية والتي حددت بأربعة مصدقا لقوله تعالى ﴿ونكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾.²

والشرط الثاني يتعلق بوجود مبرر شرعي والمقصود به هو أي تكن باستطاعة الزوجة الأولى القدرة للقيام بتحقيق أهداف الزواج وشرط المبرر الشرعي هو شرط مستحدث لأن الشريعة الإسلامية لم تنص عليه ولهذا كان للمنشور 84/102³، أهمية خاصة لأنه حدد مفهوم المبرر الشرعي بدقة وجاء في المنشور انه يكفي بإثباته بشهادة طبية من طبيب مختص يثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال.⁴

والملاحظ أن ربط المشرع المبرر الشرعي بالعقم ومرض العضال أمر فيه شيء من التضييق على الزوج الراغب في التعدد وفي استعمال حق اباحته الشريعة الإسلامية وجعلت من شروطه العدل والقدرة على الانفاق ولم يربط الأمر بمرض الزوجة وعقمها.

¹ - عبد القادر دواود، المرجع السابق، ص 75.

² - سور النساء، الآية 03.

³ - المنشور رقم 84/102 المؤرخ في 1984/09/22 الذي جاء يبين كيفية تطبيق الشروط الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة.

⁴ - علام ساحي، ظاهرة العنف في تعدد الزوجات، قراءة قانونية، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث، العدد 06، الجزائر، 2010، ص 87.

أما الشرط الثالث والذي يستنتج من المادة هو نية العدل هذا الشرط الذي يصعب تبينه لأنه ذاتي باطني ولكن يستدل عليه القاضي بظروف الحال ومن ماضي الزوجين قبل لجوء الزوج إلى الزواج الثاني فينظر مثلا هل كان الخصام دائم بين الزوجين وهل أحست الزوجة كرها منه وهل يتوفر على أملاك وأموال تتطلب منه التعدد.¹

وبذلك تبقى نية العدل توحى بتحفظات كبيرة سواء من جانب القضاء أو المجتمع بصفة عامة، حيث ورد في شأنها نص في المنشور رقم 84/102 حيث يقضي اثبات هاته الأخيرة من صلاحيات القاضي وحده ومن هنا جعل المشرع شرط نية العدل من مسائل الواقع ويرجع تقديرها لقاضي الموضوع وحده ولكن تكليف القاضي بهذه المسؤولية وحده طرح بعض التساؤلات وهو أن القاضي بعيد عن الواقع وأنه في حالة حدوث أي نزاع فإن كل من الطرفين يسعى جاهدا بإقناع القاضي فأذن كيف تكلف القاضي للبحث في قضايا نفسية لا يعلمها إلا الله عز وجل.²

والشرط الرابع وفقا للمادة هو ا خيار الزوجة السابقة والمرأة التي تقبل على الزواج بها لا يوجد لهذا الشرط سند في أحكام الشريعة الإسلامية؛ إلا أنه وحسب القانون طبقا للمادة 8 أن العلم بهذا الزواج أمر وجوبي، حتى لا تفاجئ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا ولم يتطرق المشرع إلى كيفية التي بواسطتها يتم الاخير، هل بشكل شفوي أم برسالة، أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها إخبار الزوجيتين بذلك³ بالرغم من أنه جاء في المنشور 84/102 أنه «يعد تحقق ضابط الحالة المدنية من وجود المبرر الشرعي أخير كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرتنا برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج وسجل في طلب العقد رضا كل منهما»، إلا أن الأمر في الوقت الحالي يتعلق برخصة رئيس المحكمة والذي يتأكد قبل منحها من توافر الشروط المنصوص عليها قانونا.

¹ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 33.

² - علام الساجي، المرجع السابق، ص 87.

³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 112.

وأوردت المادة الشرط الخامس بقولها وأن يقدم الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية إذ أن نص المادة 8 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة تفرض رقابة قضائية تسمح للقاضي بمنح الترخيص أو رفضه وهذا بعد الاستماع إلى الزوج وزوجته الأولاد والتأكد من مبررات التعدد، وتوافر شروطه الشرعية من القدرة على الانفاق والعدل بين الزوجات، وبناء على ذلك فإن التعدد لا يتم إلا بعد الحصول على ترخيص قضائي يسمح له بذلك وللقاضي سلطة تقديرية في منحه من عدمه.¹

والملاحظ أن المشرع بإضافته هذا التعديل أحسن صنعا حيث أخضع أمر التعدد لرقابة القضاء وفي ذلك حماية لحقوق الزوجة وحفاظا على مصالحها حتى تكون بمنأى عن كل ظلم وجور.

وعلى غرار المشرع الجزائري أخذ المشرع المغربي بجواز التعدد إلا أنه قيده بمجموعة من الضوابط ويوضح ذلك جليا من المادة 40 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزويج عليها».

وما يلاحظ على المادة أن المشرع المغربي اتجه اتجاهها هويته في صنع هذه الظاهرة، حيث ادرجها ضمن موانع الزواج واستهل مواد التعدد بالمنع أو عدم الإذن، فالمادة 40 تربط التعدد بالعدل أو بعدم وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، وهاته المادة في شقها الأول مرتبطة بالمادة الموالية لها 41 والتي تنص على الإذن بالتعدد مقيد بشروط أهما الخوف من عدم العدل وكلمة "خوف" هاته غريبة في نص قانوني لارتباطها بعنصر نفسي وحتى إن كان مجازيا لأن القاضي يتأكد من 'مكانية العدل بين الزوجات في حدود الظاهر خصوصا النفقة والسكن.²

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا آخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات للمحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، ط6، 2010 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 191.

² - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 164.

وتشترط المادة كذلك عدم وجود شرط الامتناع في التعدد وهكذا إذ اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، فإن عدم امكانية التعدد تكون قد حسمت منذ البداية، إذا الزوج في هاته الحالة يمنع من التعدد مادام مرتبطة بالزوجة المستفيدة من الشرط إذ أن القاعدة أن المسلمين على شروطهم ومن هذه الناحية ففي حالة تأكد شرط عدم الزواج، أي عدم التعدد فيجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الطلب، وللزوجة الحق في التمسك بالشرط أو التنازل عنه وليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها أو تسأل الزوجة عنه.¹

ونصت المادة 41 من المدونة على شروط التعدد بقولها ألا تأذن المحكمة بالتعدد.

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.

- إذا لم تكن لطالبة الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع حقوق من نفقة

وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

ومن خلال المادة يكون المشرع الأسري المغربي أقر بمجموعة من الشروط أولها طلب الإذن من المحكمة إذ على طالب الزواج من زوجة ثانية أن يجوز على إذن من المحكمة المختصة وفقا لما جاء في أحكام نص المادة 65 من المدونة «... الإذن بالزواج في الحالات التالية: ...التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة».

كما جاءت المادة كذلك شرط إثبات المبرر الموضوعي للإذن بالتعدد، والراغب في التعدد هو الملزم بإثبات ذلك كما تنص على ذلك المادة 42 حيث يقيم الدليل اما المحكمة على أن زواجه الجديد له مبرر يساير مقاصد الشريعة، ويخضع تقدير المبرر للقاضي، وقد دأب القاضي المغربي في معرض الإذن بالتعدد وتفسير المبرر الموضوعي الاستثنائي بجملة من المبررات كعدم الانجاب أو إقامة الزوجة بعيدا عن الزوج.²

وتمنع المادة التعدد في حالة عدم وجود الموارد المالية الكافية لإعالة أسرتين والظاهر أن اثبات شرط القدرة على إعالة اسرتين لا يطرح إشكالا كبيرا لأنه يعتمد على الوضعية

¹ - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، ط2، 2009، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 289-290.

² - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 170.

الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد ويتم هذا الإثبات بشهادة تثبت دخل الفرد أو رقم معاملاته التجارية أو حجم ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك، وقد قررت المادة 42 من المدونة أن يكون طلب الإذن بالتعدد مرفوق بإقرار عن الوضعية المادية لمن يريد التعدد، وإلا وجب عدم قبول الطلب المقدم للمحكمة من طرفه.¹

والملاحظ أنه ومتى توفرت هاته الشروط وفي حالة عدم وجود شرط عدم التعدد طبقا لنص المادة 42 فعلى الراغب في التعدد أن يقدم طلبه ويرفقه بتقرير من وضعيته المالية، وبيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة لطلبه؛ حيث نستدعي المحكمة الزوجة المراد التزويج عليها للحضور وتجرى المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويستمع إليهما لمحاولة الصلح والتوفيق، وبعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن في حالة توفر الشروط المطلوبة للتعدد، وهذا وفقا لأحكام المادتين 43 و44 من المدونة.

وما يلاحظ من خلال المقارنة في مسألة التعدد بين المشرعين الأسريين الجزائري والمغربي أنه فيه شيء من الاتفاق حول إباحة تعدد الزوجات وتوافقهما في مسألة الشروط المقيدة له من رخصة من المحكمة المختصة والتأكد من نية العدل وكذا القدرة المالية واحسن المشرع المغربي إذ نص صراحة في المادة 42 على ضرورة ارفاق الطالب للتعدد تقريراً حول وضعية المادية وكذا المبرر الشرعي الموضوعي؛ إلا إنه ومن خلال نص المادتين 8 من قانون الأسرة والمادتين 40 و41 نلاحظ أن نية المشرع المغربي اتجهت نحو منع التعدد إذ وعكس المشرع الجزائري الذي ادرجها في القسم الثاني المتعلق بالزوج فإن المغربي في المدونة أدرجها تحت القسم الثالث المتعلق بموانع الزواج، واعتبرها من الموانع المؤقتة إذ استهل مداخل المواد 40 و41 بالمنع وعدم الإذن.

وبذلك يكون المشرع المغربي وعلى غير المشرع الجزائري قد نظم مسألة التعدد بإحكام واحسن صنعا بذلك إذ قيدها بقيود موضوعية وسنده في ذلك أحكام الشريعة

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 292.

الإسلامية والتي وإن أباحت التعدد إلا لأنها قيدته بشروط تحول دون الضرر بالمراد التزوج عليها، وكذا الحيلولة دون الفقر و البؤس للأولاد والزوجات للزوج لراغب في التعدد وغير قادر على ذلك مالياً.

ما تجدر الإشارة إليه وعلى غير المشرعين الجزائري والمغربي جرم المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية تعدد الزوجات إذ نص الفصل 18 من المجلة «تعدد الزوجات ممنوع، كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام ويخطيه قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجاً على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 أول أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد الزواج ثان ويستمر على معايشة زوجة الأولى.

ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين».

وكان موقف المشرع التونسي مقارنة بالتشريعات المغاربية والعربية هو الأجرأ، حيث حسم المسألة ومنع تعدد الزوجات بصريح النص ومنذ صدور المجلة، إذ جاء في مذكرة 3 أوت 1956 الصادرة بمناسبة إصدار المجلة أنه «من أهم ما يلفت النظر في هذه المجلة... انه ذهبنا على رأي بعض علماء الإسلام في مسألة تعدد الزوجات وعدم إباحته»، ولم تكتف مجلة الأحوال الشخصية بمنع التعدد بل وقع تجريمه واعتباره جنحة يعاقب مرتكبها وشريكه بالسجن والخطية، كما يقع ابطال الزواج الثاني سواء كان طبقاً للصيغ الرسمية أو مخالف له، وبذلك نجد أن المشرع التونسي تعرض لجزر تعدد الزوجات دون تعدد الأزواج والذي هو ممنوع أصلاً بالإضافة التي جاء بها القانون هي منع تعدد الزوجات.¹

¹ - شادية عبد اللاوي، خيارات المشرع التونسي في سن مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2007/2008، ص 37.

وقد كرس الفصل المذكور أعلاه المساواة بين الزوجين حين ألغى الامتياز الممنوح للزوج و الذي كان يخول له التزوج بأكثر من واحدة كما حقق المساواة حتى حين جرم الطرفين دون تمييز على أساس الجنس.¹

والملاحظ أن المشرع التونسي رتب علة تعدد الزوجات عقوبتين أحدهما مدنية وأخرى جزائية.

فالمدنية جاءت في احكام الفصل 21 من المجلة والتي تنص « الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و 16، و 17 و 18، و 19 و 20 من هذه المجلة، وإذا وقعت تتبعت جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18 أعلاه فإنه يقع البث بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج...».

والعقوبة الجزائية نصت احكام الفصل 18 من المجلة على منع تعدد الزوجات كما اقرت عقوبات جزائية لكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق.² ورأينا أنه كان على المشرع التونسي وبدل منع وتجريم ما أحل الله أنه كان عليه إباحة التعدد وتقيدته بمجموعة من الشروط والقيود والتي تضمن حقوق الزوجة المراد التزوج عليها.

الفرع الثاني

التطليق لتعدد الزوجات وموقف الفقه والقانون منه.

أولاً: في الفقه.

إن التطليق لتعدد الزوجات كضرر مستقل عن التطليق كضرر مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ذلك أن التطليق للضرر هو كل نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة سواء كان مادياً أو معنوياً بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية³، إذ لا يكفي مجرد شعور الزوجة بآلام نفسية من زواجه عليها، لأن هذا الزواج أمر غير مخالف للشرع

¹ - الهادي كرو، المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 2، 1977، ص 11.

² - عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص 211-220.

³ - أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، ج 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 603.

والتطليق للضرر نظام عادل ، يقوم على أساس من الحق، وهو تسريح بإحسان فيه خشية لله لأنه يرفع الضرر الزوجة كما يعطيها حقوقها كاملة بسبب إضرار الزوج بها المتمثل في سلوكه معها مسلكا مخالف للشرع فإن لم يمكن للزوج مضرا بها، ولكن كرهته أو شعرت باللام نفسية من زواجه عليها رغم أنه قائم بحقوقها ففي هذه الحالة لم يضيق الشرع عليها ولم يجبرها على العيش معه رغم عنها وأعطاهما الحق في طلب الخلع مقابل عوض¹، وعليه لا يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق بسبب التزوج عليها فطلبها لذلك دون سبب يدفعها لذلك حرام ولقد روى الترميدي أبو داود وابن ماجة من حديث ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «أيا امرأة سألت زوجها طلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة».

وليس كل ضرر يجيز التفريق بين الزوجين ويستوجب الضمان ليس هو كل ضرر وإنما هو إلحاق مفسدة بالزوجة بغير حق أو سلوك من الزوج مخالف لشرع أو ضرار كذلك هو أن يدخل الشخص الضرر بغير حق على من أضره.²

ولا يعد بذلك مجرد الزواج بأخرى بحد ذاته ضرارا مفترضا وجيز للزوجة طلب التطليق إذ أن من حق الزوج ينكح من الزوجات مثنى وثلاثا، ورباعا وما شرع الله حكم إلا لتحقيقه صالح العباد وأن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبديل لها فإن العمل على خلافها ليس إلا تعديا على حدود الله.³

ويرى محمد بلتاجي أنه «وهو تعالى قد أباح للمسلم دون أي شك أن يتزوج أكثر من واحدة حتى أربعة مادام مستجمعا لشروط العدل فالقول بعد هذا بأن ما أباحه الله تعالى إضرارا للزوجة يعطيها حق طلب التفريق والحصول عليه أو الطلاق جبرا على الزوج إنما هو القول بأن ما أباحه الله ضررا وظلما كبيران لأن التقنين الحق إقدام الزوج على فعل ما

¹ - خالد برجوي، الوجيز في الأحوال الشخصية بالمغرب بين التشريع و الاجتهاد، ج1، الزواج والتطليق، ط1، 1997، المغرب، ص 187.

² - عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، ص 249.

³ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع نفسه، ص 251.

أباحه الله تعالى له بصور الاضرار المنكرة التي يحدثها الزوج بزوجه بصورة الأضرار المنكرة التي يحدثها بالزوجة بصورة لا يستطيع معها دوام العشرة بين أمثالها»¹.

وعندما جوز الفقهاء خاصة جواز التفريق بالضرر لم يعدوا الزواج بأخرى ضرراً². والملاحظة مما سبق أن جواز التطليق للزوجة في مسألة الضرر ليست مبنية بالأساس على التعدد بحد ذاته وإنما مبنية على الأساس الضرر إذ لا يمكن اعتباره أباحه الله لعباده ضرراً يجيز التطليق.

وما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الاسلامي و الشرعة أجازا التطليق للتحديد إذا ما كان عقد الزواج يتضمن شرطاً بأن لايتزوج الزوج عليها حيث ذهب الحنابلة والمالكية إلى أن الزوجين لهما أن يشترطا من الشروط ما شاءوا في عقد الزوجية فتحدثت الحنابلة على أن الشروط ثلاثة منها الصحيحة وهي ما إذا اشترط المرأة أن لا يتزوج عليها فالشرط هذا صحيح ولازم للزوج وليس له التخلص منه فإن خالفها كان للزوجة حق فسخ العقد متى شاءت³.

أما المالكية فقالوا أن الشروط تنقسم الى أربعة و من بينها تلك الشروط التي لا تتنافى والعقد كاشتراط عدم التزوج على الزوجة وعليه يجب الوفاء بها⁴.

في حين ذهب الحنفية أن الذي لا يقتضيه أو ينافيه العقد في حالة عدم الوفاء به لا يكون لمن اشترط فسخ لا عقد ومثالة اشترط الزوج عدم التزوج عليها فإن لم يفديه الزوج لا يمكن للزوج خيار الفسخ فالشرط فشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه بطلان الشرط و بقاء لعقد صحيح⁵.

¹ - المعرى مبروك، المرجع السابق، ص 320، نقلا عن محمد بلتاجي، دراسات في الاحوال الشخصية، ص 78-79.

² - المعرى مبروك، المرجع نفسه، ص 320.

³ - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 860.

⁴ - عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 861.

⁵ - الكساني، المرجع السابق، ج5، ص 169.

أما الشافعية ففرقوا بين الشرط التي تتنافى ومقتضى العقد، والتي لا تمس به كشرط عدم الزواج عليها فتبطل الشروط ويبقى عقد الزواج صحيحاً¹، وهو ما ذهب إليه ابن حزم بقوله: «لا يصح نكاح على شرط أن لا يتزوج عليها، فالعقد صحيح والشروط باطلة»².
ومن خلال آراء الفقهاء السابقة نلاحظ أن غالبية الفقهاء والدين تحدثوا عن الاشتراط في عقد الزواج و من بينها الشرط المتعلق بعدم الزواج عليها أي الزوجة لا يجوز الفسخ ولا يمكن الرضا بها بما عند بعضهم، في حين انفرد الفقهاء الحنابلة بإمكانية الاشتراط في عقد الزواج فيما يتعلق بمسألة عدم الزواج على الزوجة و رأى الحنابلة ضرورة الوفاء بملا الشرط وإلا جاز للزوجة طلب فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط إلا أنه و ما يلاحظ على ذلك أن سند المطالبة بفسخ عقد الزواج من طرف الزوجة ليس أساسه التعدد وهو الذي أباحه الله سبحانه وتعالى ولكن أساسا فسخ عقد الزواج فهو الاخلال بالشرط والمتفق عليه في عقد الزواج إذا أن الضرر الموجب للفسخ ليس ضرر حاصل بالتعدد وإنما هو ضرر حاصل بلا إخلال بالوفاء بالشرط.

ثانيا : في القانون.

بالرجوع الى نظرية التشريعات المغاربية نجدها جميعها تحدثت على مسألة التطليق لمخالفة أحكام التعدد إلا المشرع التونسي و الذي جرم كما سبق الحديث مسألة تعدد الزوجات وقرر لها عقوبة ضمنها في محلية الاحوال الشخصية التونسية.
فالرجوع إلى قانون الاسرة الجزائري نصت المادة 6/53 على أنه «لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية:

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه...».

كما نصت المادة 8 مكرر «في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق».

¹ - الشريبي، المرجع السابق، ص 266.

² - ابن حزم، المحلي، المرجع السابق، 516.

والمادة 8 مكرر 1 «يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يتصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوصة عليها في المادة 8 أعلاه».

يضح من خلال النصوص السابقة أن المشرع الجزائري أجاز تعدد الزوجات وقيده بوجود المبرر الشرعي، وبإثبات العدل، كما أوجب إعلام الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة بحالة التعدد إلا اعتبر تدليسا كما اشترط الترخيص القضائي المسلم من طرف رئيس المحكمة، ومقابل ذلك أجاز قانون الأسرة الجزائري لكل من الزوجة السابقة و اللاحقة الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق في حالة التدليس، ولا بد أن نميز هنا في هذا المقام بين حالتين اثنتين:

1- حالة إعلام الزوج للزوجة السابقة والمرأة اللاحقة برغبة في الزواج ثانية فلا تكون هنا يصدد غش أو تدليس، وبذلك فالمرأة الثانية عندما يعلمها بأنه متزوج من زوجة أولى فلها قبول ذلك من عدمه، أما الزوجة الأولى فأعلامها من طرف الزوج فقد ترضى بذلك و لا يكون لها حق التطليق وإما أن لا ترضى و يكون لها حق التطليق والتعويض للضرر.¹

2- في حالة عدم إعلام الزوج لكل من الزوجيين معا السابقة واللاحقة أو إعلام واحدة دون الأخرى.

فيكون لكليهما في حالة عدم إخبارهما بنيته لن تطلب التطليق للتدليس ولهما كذلك الحق في التعويض نتيجة للضرر الحالة بهما و فيحالة إعلام واحدة دون الأخرى يكون من حق التي تعرضت لتدليس بعدم إخبارها بنيته في التعدد أن ترفع دعوى تطالب من خلالها بالتطليق والتعويض.

فإذا أخل الزوج بهذا الواجب دون عذر مقبول، جاز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا وكذلك فإن لم يحترم الزوج ضوابط التعدد

¹ - لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في القضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 398.

المنصوص عليها في القانون فيجوز طلب التطليق، ويجب على الزوجة المتضرر إثبات ما تدعيه حتى يقضى لها بالطلاق والمسألة يقدرها القاضي في النهاية.¹

وما تجدر الإشارة إليه أن ووفقا لنص المادة 8 مكرر 1 أنه بفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يتصدر الزوج ترخيصا من القاضي ولم تقرر الفسخ بعد الدخول لحماية الأسرة بصفة عامة والاطفال الذين قد يولدون عن هذا الزواج ولكن يعتبر خطأ تقصير موجب للتعويض مبررا موجبا لطلب الزوجة التطليق أي أثار كمن أثار الاخلال بأحكام المادة 8 المعدلة من القانون 84-11 بموجب أحكام القانون الجديد² و في إطار دراسة أحكام 6/53 تجدر الإشارة الى أن مخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة هي من المسائل الخلافية فمن الدراسيين من يرى أنما سبب موجب التطليق و منهم من يرى أنه لا تعتبر ضرر في الشريعة الاسلامية بمعنى أن تزوج الرجل على زوجته دون علمها ورضاها لا يؤسس طلبها للتفريق مطلقا إلا أن يكون ذلك على سبيل جعل الضرر المحتمل معتبر قانونا إلا أن ظاهرة نص المادة 8 و6/53 من قانون الأسرة فيه تقدير لظاهرة تعدد الزوجات رغم أن التعدد جائز ولكن لا مانع أن يقيد بضوابط شرعية وقانونية³، ويرى بعض الدراسات أنه يجوز للزوجة طلب الطلاق حال تزوج عليها زوجها في ثلاث حالات لا رابع لها وهي (عدم الانفاق، عدم العدل بين الزوجات والراد به العدل المادي دون القلبي، واشتراطها عدم التزوج عليها).⁴

وسار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذا جاز وأقر للزوجة طلب التطليق في حالة تدليسها بعدم إخبارها من طرف الزوج بنية في الزواج أو مخالفته للقيود والضوابط المفروضة وفقا لنص المادة 8 من القانون الأسرة.

1 - بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 204.

2 - عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 144.

3 - عبد القادر بن داود، المرجع نفسه، ص 142.

4 - عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 144.

إذا جاء في القرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/04/26 « حيث أن المادة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة - السابقة - في طلب التطليق عندما لا يخبرها الزوج بالزواج الجديد وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ الى القضاء للمطالبة بالتطليق.

وأن قضاة الاستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعنة التطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشرعية الإسلامية، وكذا المادة السالفة الذكر من ق.أ مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون¹.

و يستشف من القرار إقرار بحق الزوجة السابقة في طلب التطليق في حالة عدم إخطارها بالزواج الجديد و يلحق ذلك بشرط عدم رضاها لأن رضاها يعتبر إقرار بما أقدم عليه الزوج.

ونجد القرار الاخر الصادر بتاريخ 2006/07/12 « حيث أن قضاء الموضوع أشاروا حيثيا تهم بأن طلب المطعون ضدها مبرر نظرا للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل بينها وبين ضررتها والاعتداء عليها، وهو ما يشكل الضرر المعتبر طبعاً للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة...»².

وعليه اعتبر القضاء أن الاخلال بأحد القيود الواردة في نص المادة 8 ضرراً يوجب للزوجة حق التطليق متى طلبته وبالرجوع الى المشرع المغربي نجد أنه في المادة 45 من المدونة والتي جاء فيها أنه «إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذراً استمرار العلاقة الزوجية، وأصررت الزوجة المراد التزوج عليها على المصالحة بالتطليق حددت المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإنفاق عليهم، يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام».

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 122443، ن.ق، عدد5، 1999، ص 171.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 356997، م.م.ع، 2006، عدد2، ص 446.

تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكماً بالتطليق ويكون حقد الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد.

فإن تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده».

من خلال المادة يمكننا التفريق بين أمرين اثنين:

- فالحالة الأولى هي تلك الحالة التي تطلب فيها الزوجة المراد التزوج عليها المطالبة بالتطليق.

- والحالة الثانية هي التي يتمسك فيها الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطليق.

أما عن حالة الأولى وهي التي تطلب فيها الزوجة التطليق فهي هذه الحالة، فإن المحكمة تعمل على تحديد مبلغ لاستيفاء حقوق الزوجة والأولاد الملزم بالاتفاق عليهم حيث يعطيه المشرع أجل لا يتعدى سبعة أيام لإيداع هذا المبلغ، وإلا اعتبر رجوعاً عن طلب التعدد في حالة عدم إيداعه داخل هذا الأجل.¹

وتصدر المحكمة حكم بالتطليق غير قابل لأي طعن.

أما في الحالة الثانية وهي الحالة التي ترفض فيها الزوجة المراد التزوج عليها الموافقة على طلب زوجها الرامي لتعدد، وبالمقابل تلتزم العمت بخصوص مستقبل علاقتها الزوجية فلاهي قبلت التعدد ولاهي طلب التطليق والتي دعت فيها الفقرة الأخيرة من المادة 45 إلى أن تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد وعدم موافقة الزوجة وعدم طلبها التطليق يعطي للمحكمة تلقائياً تطليق مسطر الشقاق المنصوص عليها المواد 9 إلى 97 بعدها.

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 176.

والحكم الذي تضمنه هذا المادة يعد خروجاً عن القواعد الاجرائية العامة في باب التقاضي لدرجة أن البعض اعتبره بدعة مسطرية ذلك أنه من الثوابت الاجرائية أن المحكمة لا تتص نفسها مطالباً بحقوق أحد طرفي النزاع بل أن طبيعة وظيفتها تفرض عليها الحياة والبت في حدود طلبات الاطراف غير أن المشرع الجديد خرج عن هذه الثوابت حين أوجب على المحكمة الموضوع إليها طلب الاذن بالتعدد في حالة التي لا توافق عله الزوجة المراد التزوج عليها كما أنها لا تطلب التطليق، أن تبادر تلقائياً وبدون طلب إلى افتتاح مسطرة الشقاق.¹

وهي الحالة التي تجعل القاضي في حيرة من أمره إدانة بين أمرين فمن جهة ملزم بإجراء محاولة الصلح بين طرفي دعوى التعدد طبقاً لنص المادة 44 وملزم من جهة أخرى الى تطبيق مسطرة الشقاق حال إصرار الزوجة على عدم الاذن للزوج بالتعدد وهو موقف يحاول القضاة بالتغلب عليه بسعيهم الحثيث على الصلح بين الطرفين، ولو بعد تطبيق مسطرة الشقاق إذ هو المخرج الوحيد لهذا الاشكال التشريعي المتمثل في تعارض هذه المادة مع مقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية، والذي ألزم المحكمة في حدود طلبات الاطراف دون زيادة أو نقصان.²

فكان المشرع المغربي عدم الاحالة على مسطرة التطليق للشقاق، بل يكون على القاضي أن يستجيب لطلبات الاذن بالتعدد مادام يتوفر على شروطه بعد إعلام الزوجة بذلك، دون أن يتوقف هذا الاذن على موافقتها، لأنها اذا رفضت منحه الموافقة رغم توفره على الأسباب المبررة لطلبه، تكون متعسفة في رفضها، فيجب هنا على القاضي الموازنة بين حق الزوج في الاستجابة لطلبه المستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 42 من المدونة وبين موقف الزوجية الراضى للتعدد، فيكون عليه منح الاذن بالتعدد وعدم الالتفات الى تمسك

¹ - يونس الزهري، محمد الكشور، حسين فتوح، المرجع نفسه، ص 55.

² - عادل حمدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بأخر الاجتهادات القضائية على ضوء مدونة الأسرة، ط1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2008، ص 83.

الزوجة بالرفض دون الاحالة على مسطرة الشقاق هذا مع احتفاظ الزوجة بحقها في التطليق.¹

ورأينا من هذا الرأي إذ كان على المشرع المغربي احترام حق الزوج في التعدد باعتباره حق أقرته أحكام الشريعة الاسلامية شرط التأكد من توافر شروطه لمنح الرخصة ففي حال عدم توفرها لم تمنح الرخصة أما أن فذهب في حال اصرار الزوج عليه ورفض الزوجة، وعدم مطالبتها بالتطليق الى تطبيق مسطرة الشقاق فالأمر مجاني للهواب و يدخل في حكم أن يحكم القاضي بما لم يطلب منه وذلك ما هو مخالف لأحكام القانون.

وبالرجوع لأحكام القضاء المغرب ينجذ أنه أقر بحق الزوج في التعدد قيده بمجموعة من الضوابط والتي يترتب على خلافها الاقرار بحق الزوجية في التطليق.

ونجد من هذا القبيل قرار المجلس الأعلى عدد 439 والذي جاز فيه «اقدام الزوج على الزواج بامرأة ثانية دون قيامه بإشعار زوجته الأولى بذلك...يعتبر اضرازا بهذه الاخيرة يخولها طلب التطليق، و ان عدم احترام تطبيق القاعدة الأمرة المذكورة يؤدي الى المس بالغاية التي يتوخاها المشرع من سننها وبفرغها من محتواها».²

ويفهم من القرار ان القضاء اعتبر عدم ابلاغ الزوجة الأولى بزواجه الثاني اعتبره ضرازا يمكن لها أن تؤسس عليه طلبها التطليق، وما على المحكمة الا اجابتها لطلبها تطبقا للقانون.

ومن خلال مقارنتنا بين أحكام قانون الأسرة ومدونة الأسرة فيما يتعلق بمسألة التطليق لتعدد الزوجات نلاحظ أن المشرع الجزائري أقر بحق الزوج في التعدد من توفرت الشروط المحددة في المادة 08 من قانون الأسرة، وأن مخالفة نص المادة هاته يعطي للزوجة حق التطليق طبقا لفرق 53 فقرة 06 ، في حين أن المشرع المغربي وبالرغم من نصبه على جواز التعدد الا أن الأمر جاء من باب المنع الا استثناء في حالات معينة، كما أن المشرع

¹ - صارة بن الشويخ، المرجع السابق، ص 75.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 439 بتاريخ 2003/10/08 في الملف الشرعي عدد 2003/183، مجلة القضاء والقانون عدد 149، ص 296، نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 67.

الجزائري تحدث عن التطليق للتعدد بصفة مفردة في م53 فقرة 06 في حين أدرجها المشرع المغربي تحت حالة التطليق للشقاق الا أنه بالرغم من بعض الاختلافات الطفيفة الا أن عليهما اتفاقا على جواز التطليق لتعدد الزوجات وإن كان المشرع الجزائري احسن صنعا بنصه على ذلك صراحة في نص م8 مكرر، وكذا نفى المادة 6/63. إذ تحدث في الأولى عن التدليس وفي المادة الثانية عن مخالفة أحكام المادة 8 والتي تلزم الزوج باحترام ضوابط التعدد وإخلاله بما يعتبر ضرارا يستوجب التطليق والتعويض للزوجة اذا طلبته.

في حين أن المشرع المغربي باعتماده في المادة 45 فقرة 1 على اقرار حق الزوجة بالتطليق اذا أصرت عليها نتيجة التعدد يكون هنا في اجابتها لطلبها فيها خلاف لأحكام الشريعة الاسلامية، وهو تطليقها نتيجة لاستعمال الزوج حق اباحته له الشريعة الاسلامية. كما لا يفهم اعطاء القاضي حق التطليق في الفقرة الاخيرة من المادة 45 من المدونة دون مراعاة للإرادة الطرفين.

اما بالنسبة للمشرع التونسي فقد فصل في الفصل 18 بتحريم التعدد وهو ما سار عليه قضاءه اذا أشارت محكمة النقض التونسية الى ان قاضي الموضوع الذي ينظر في جريمة التزوج بثانية وهو صاحب النظر أيضا للقضاء بفساد الزواج الثاني¹. وأن جريمة التزوج بثانية لا تستكمل في ركنها المادي الا اذا كان هناك زواج فعلي ومشاهد وعلني أي المعاشرة الزوجية، أما مجرد العلاقة الغرامية فإنها لا تشكل زواجا². ويتضح مما سبق حسم المشرع التونسي في مسألة تحريم التعدد.

¹ - نقض جزائي تونسي 1968/12/28، رقم 3648، ن.م.ت 1968، ق.ج، ص 143 - نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196.

² - نقض جزائي تونسي 1970/10/26، رقم 67573648، ن.م.ت 1970، ق.ج، ص 217 - نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196.

المطلب الثاني:

التطبيق للضرر المعترف شرعا في الفقه والقانون.

الأصل في الحياة الزوجية أن تكون قائمة على المودة والمحبة بين الزوجين ولكن قد تسوء العشرة الزوجية وتتقلب الحياة الزوجية من نعيم الى جحيم بالحاق أحدهما بالزوج الآخر ضرارا، وقد يكون هذا الضرر من قبيل الأذى الذي يلحقه الزوج بزوجه كضرر بها أو شتمها ونحو ذلك مما لا يجوز فعله شرعا مما يطرح التساؤل حول امكانية طلبها التطليق خلاص من الضرر اللاحق بها، وان كان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا حول امكانية طلب الزوجة التطليق للضرر الا أننا نجد أن التشريعات المغاربية اتفقت حول اجازة طلب الزوجة التطليق بالرغم من اختلافهم في خانة تصنيف الضرر، وسنحاول دراسة توقف الفقه الاسلامي للتطليق للضرر في (الفرع الأول)، لنتعرض الى موقف القانون من التطليق للضرر في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

موقف الفقه من التطليق للضرر.

يقصد بالضرر لغة الضرر ضد النفع، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لا ضرر ولا ضرار»، ولكل من اللفظتين معنى مغاير للأخر، فمعنى "لا ضرر" أي لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع وقوله "لا ضرار" أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه فالضرارة منهما معاد الضرر فعل واحد.¹

ويراد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كضربه اياها ضربا مبرحا وشتمها شتما مقذعا، واکراهها على فعل ما حرم الله، وهجرها لغير التأديب مع اقامته في بلد واحد معها أو أخذ مالها وما شكل ذلك.²

¹ - ابن منظور، المرجع السابق، ص 272.

² - عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 330.

وقد يكون الضرر ايجابى وهو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذي الزوجة وتضررها، ومن أمثلته الضرب المبرح، واسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لها ولوالديها أو تشبيهها بما يعتبر شتما لها تشبيهها بالحمار أو الكلب، أو تشبيه والديها بذلك¹، وقد يكون الضرر سلبى وهو من ضرر سوء العشرة وهو هجر الزوج زوجته بعدم الكلام معها، وتحويل وجهه في الفراش عنها وترك وطنها بدون مبرر شرعى مثل مرضه، وظهار العبوس لها وتقطيب الحاجبين في مواجهتها، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما أو يتركها تتكلم ويمشي.²

و الإسلام يجب على كل واحد من الزوجين حسن معاشرة الزوج الآخر، فيقول الله تعالى في ما يخص الزوج ﴿وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾.³

إلا أنه قد يختل التوازن بين الزوجين، وتسوء العشرة ويقع الضرر، وقد يكون من الزوجة أو الزوج، وحصول الضرر من الزوجة يعالج بالتأديب والصلح، فإذا فشل الصلح فالطلاق بيد الزوج يستطيع به أن يرفع الضرر عن نفسه، وان كان الضرر من الزوج والمرأة لا تملك الطلاق فان الإسلام لم يتركها ضحية ظلم الزوج وتجبره؛ بل شرع لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي ليرفع عنها الضرر بالتطليق، والقاضي في حكمه بالتطليق للزوجة من زوجها بسبب الضرر يكون نائبا عن الزوج الذي أمتنع من طلاقها.⁴

وهو رأي جانب من الفقه إذانه بالرجوع للمذاهب الفقهية نلحظ اختلافا في مواقفهم في التفريق للضرر فمنهم من أجازة ومنهم من لم يجزه ولكل منهم حججه، وأسانيده؛ أما عن الرأي المانع للتفريق للضرر فهو رأي الحنفية والشافعية والظاهرية ورواية الحنابلة.

1 - محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 194.

2 - محمود ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 196-197.

3 - سورة النساء، الآية 19.

4 - عبد الله ابن الطاهر السوسياتنائي، المرجع السابق، ص 159.

حيث ذهب الحنفية الى أن سوء العشرة و إيذاء الزوجة ليس سببا يتعين معه التفريق، فالمرأة التي يضربها زوجها أو يؤذيها ونحو ذلك لا تملك الحق في المطالبة بالتفريق، ولا تملك الا أن تطلب من القاضي تعزيره عن ذلك ونهيه عن إساءته لها، وعلى القاضي أن يأمره بحسن المعاشرة وينهاه عن عدم إيذائها بالضرب والسب، فان عاد مسيئا لها عزه القاضي بما يرى رد عاله.¹

أما الشافعية فذهبوا إلى أن الزوج إذا أذى زوجته بلا سبب ورفعت الأمر إلى القاضي بذلك نهاه عن ظلمه، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي، عززه وأسكنه بجانب شقة يمنعه من التعدي عليها، فإذا تبين له أن أحدهما ظالم منعه من ظلمه ولو بتعزير يليق به، فإن اشتد الشقاق بينهما بعث حكيم ليصلحا بينهما.²

وعن الظاهرية ذهب ابن حزم في المحلى إلى أنه إذا وقع شجار بين الزوج وزوجته بعث القاضي حكيم من أهلها، ليعرفا الظالم منهما، وينهيا ذلك إلى الحاكم فيأخذ الحق إلى المظلوم ويمنع الظالم.³

وعليه يرى الرأي المانع للتفريق للضرر أن الضرر ليس سباب موجبا لتفريق وهم بذلك لا يرون ضرورة في إجابة الزوجة لطلبها التفريق للضرر بل يرون أنه للزوجة رفع أمرها في القاضي والذي له سلطة ردع الزوج ونهيه عن الإساءة لزوجته وحضه على حسن معاشرتها. أما بالنسبة إلى الرأي المجيز لإمكانية التفريق بين الزوجة لضرر والذي يمثله الفقهاء المالكية والذين يجيزون للزوجة حق التفريق من زوجها الذي يؤذيها بالضرب أو السب وما شابه ذلك رفع للضرر والظلم عنها.

¹ - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين على رد المختار على الدار المختار، ج3، ط1، 1994، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 617.

² - الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، مطبعة دار الكتب العربية، 1909، ص 260.

³ - ابن حزم الظاهر، المرجع السابق، ص 87.

إذ ذهب الإمام مالك أن للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق إذا ادعت إضرار الزوج بها إضراراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، مثل ضربها، أو سبها، أو إيذاؤها بأي نوع من أنواع الإيذاء الذي لا يطاق، أو إكراهها على منكر من القول أو الفعل فإذا ثبتت دعواها لدى القاضي ببينة الزوجة، أو اعتراف الزوج، وكان الإيذاء مما يطاق معه دوام العشرة بين أمثالها، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طلقاً بائناً، وإن عجزت عن البينة أو لم يقر الزوج رفضت دعواها.¹

وجاء في الدردير «ولها أي الزوجة التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو: يابنت الكلب، يابنت الكافر، يابنت الملعون، عما يقع كثيراً من رعا ع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق، وكوطئها من دبرها».²

وجاء في شرح الخرشي «إذا أثبتت بالبينة عن القاضي أن الزوج يضار بزوجه وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإذا شاعت أقامت على هذه الحالة وإن شاعت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة».³

واستدل الفقهاء المالكية حول جواز طلب الزوجة للتفريق بالضرر بقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾⁴، فمدلول الآية هو الإمساك بالزوجة ومعاملتها بالحسنة والمعروف وإلا تسريحها بإحسان.

كما اجتمع المالكية بما روي عن الإمام علي ابن أبي طالب رضي الله عنه قال في الحكمين: «إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع»، وكان مالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق للضرر إذا تبين الضرر.⁵

¹ - السيد السابق، المرجع السابق، ص 188.

² - الدردير، ج2، المرجع السابق، ص 345.

³ - الخرشي، الخرشي على مختصر سيد خليل، المجلد الثاني، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 9.

⁴ - سورة البقرة، الآية 229.

⁵ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصر، ج2، ص 98.

ورأينا من رأي الفقهاء المالكية والذي يجيز إجابة طلب الزوجة للتفريق من زوجها في حالة الإضرار بها، إلا أنه وخلاف بما جاء به الفقهاء المالكية من إمكانية للتفريق للضرب أو الشتم نرى أنه لا يجب إجابة الزوجة لطلبها بالتفريق لمجرد الضرر الخفيف والغير معتبر إذ أن الحياة الزوجية لا تخلو من الخلافات الهفوات والتي قد تعد ضررا لكنها قد لا تكون حائلا أو سبب لمنع أو استحالة العشرة الزوجية، إذ لو كان أمر الضرر المجيز للتفريق يكون لمجرد الإيذاء بالضرب أو السب أو الإيذاء الخفيف ودون معيار لتقدير جسامة الضرر لا ترفع معدل التفريق و أصبحت الأسرة مهدد بالتفكيك بمجرد التلطف ببعض الألفاظ التي تعتبر عند المالكية ضررا إلا أننا نراها قد لا تكون سبب للتفريق.

الفرع الثاني:

موقف القانون من التطليق للضرر.

لقد أخذت التشريعات المغربية بجواز التطليق للضرر معتتقة في ذلك ما ذهب إليه الفقهاء المالكية في قولهم أن للمرأة الحق في رفع أمرها للقاضي للمطالبة بالتطليق من الزوج الذي يبالغ في إيذائها، وإساءة عشرتها؛ إلا أنه يلاحظ اختلاف بين القوانين المغربية فيما يتعلق بمن له الحق في طلب التطليق فإن أقر كل من القانونين الأسريين الجزائري والمغربي هذا الحق للزوجة فقط نجد أن القانون التونسي أقر بهذا الحق لكلا الزوجين معا دون قصرة على أحدهما فقط.

فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فنجد المادة 10/53 نصت صراحة على إمكانية

التطليق للضرر المعتبر شرعا بقولها « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- كل ضرر معتبر شرعا».

معلوم أن المشرع أعطى تسع حالات لطلب الزوجة للتطليق في المادة 53 من قانون الأسرة وكل هذه الحالات كما سبق التعرض لها تلحق ضررا بالزوجة، وتعيق استمرار الحياة الزوجية بل وتجعلها مستحيلة أحيانا، وتقاديا من المشرع لما قد يثور من حالات أخرى أورد في الفقرة العاشرة « ولكل ضرر معتبر شرعا»، وهي شاملة جدا. بحيث أنه لم يتقيد بضرر

محدد وسلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال هي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة، لا يقيد أي قيد ولا يجدها أي حد وهي مسألة وقائع لا رقابة للمحكمة العليا فيها.¹

إذ يستفاد من النص المذكور أنه قد أعطى القاضي السلطة التقديرية في اعتبار ما يراه ضرر يتوجب التفريق فصيغة المادة توجي بأن المشرع قد وسع من نطاق الضرر الموجب للتفريق وأوكل للقضاء المصري ليكون القاضي في سبعة من الأمر بالأخذ بالمعيار الشخصي في تقدير الضرر وتحديد عناصره.²

و عليه أن قانون الأسرة حينما عالج مسألة الطلاق للضرر منح الزوجة طلب التطليق بسببه ذلك لأن درجة هذا الضرر معتبرة شرعا لما فيه من إضرار للزوجة، وأنه لما كان الضرر هو مساس بحق الزوجة، حتى شعرت بإساءة الزوج في استعمال حقه مما رتب من هذا التصرف ضرر معتبر شرعا، مما استوجب على المشرع ورود عبارة «كل ضرر معتبر شرعا»، في صلب نص المادة أعلاه.³

و حسنا فعل المشرع الجزائري بأن أعطى للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في تحديد الضرر نظرا إلى أن ما يعتبر ضرر لزوج قد لا يكون كذلك لأخرى ولأن الضرر في زمن وعند جماعة معينة، قد لا يكون كذلك عند جماعة أخرى أو في وقت آخر، مع الإشارة إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر.⁴

وعليه فمتى تضررت الزوجة من تصرفات زوجها بإيذائها وإساءة معاملتها سواء كان ذلك بالقول كالشتم والسب أو بالفعل كالضرب المبرح، أو بأن يحملها الزوج على فعل ما حرم الله، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، وللقاضي السلطة التقديرية

¹ - مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2009، ص 240.

² - عياش الكوفي، أسباب إنحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1989، ص 37.

³ - عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص 144.

⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 270.

الواسعة في تكيف الوقائع والأخذ بما يراه مناسبا بعد التثبيت من ملاسبات القضية والتأكد من وقوع الضرر المعتبر شرعا.¹

ويجب في الدعوى التطليق للضرر أن تثبت لزوجة المدعية الضرر بكل الطرق القانونية الممكنة وعلى القاضي أن يقدر بعناية واهتمام ما تزعمه من ضرر، وإذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر وأن تقدم بين يدين كل الحجج والأدلة المؤيدة لذلك فإن القاضي سيحكم بتطليقها من زوجها ليس استنادا إلى رغبته وإنما استنادا إلى رغبته المدعمة بالقانون.²

ولقد اعتنق المشرع الجزائري بهذا الشأن المذهب المالكي، ويتجلى ذلك من خلال إتاحة للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البيئة والاقرار، فإن عجزت عن اثبات ذلك، وعجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكيم واحد من أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما وهو ما نصت عليه م 56 من قانون الأسرة.³

وما يلاحظ مما سبق وبالرغم من عمومية هاته الفقرة وجعلها بمثابة منفذ تلجأ الزوجة إليه في حالة عدم توفر حالة من الحالات السابقة إلا أن السلطة التقديرية للقاضي كثيرا ما تستبعد بعض الطلبات والتي ينظر لها كأضرار من طرف الزوجة إما لعدم تأسيسها وإما لعدم إمكانية إثبات الكثير منها.

وقد سار القضاء الجزائري على جواز التطليق للضرر المعتبر شرعا وكان بمثابة الأساس لاستحداث الفقرة 10 من نص المادة 53 من قانون الأسرة.

فجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18 «من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع؛ ومتى تبين، من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الانفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم

¹ - حمليل صالح، المرجع السابق، ص 198.

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 271.

³ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 68.

بتطليق الزوجة لثبوت تضررها، فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».¹

والقرار الصادر بتاريخ 1986/01/13 «إن التعدي على الزوجة واهانتها ومس كرامتها، بصفة صبرت علاقتها الزوجية أمرا مستحيلا، وهي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد».²

وذهبت في قرار آخر بتاريخ 2001/01/23 إلى «إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبر شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي، حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف يثبت أن قاضي الموضوع عندما قضى بالتطليق للمطعون ضدها، تأكد لديه توفر الضرر المعتبر شرعا، وذلك بإعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصيا أمام المحكمة وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وفيما يخص بغية على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التطليق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملزم به قاضي الموضوع فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسببيا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، حيث مما تعين معه رفض الطعن».³

ومن خلال الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا نلاحظ أن القضاء الجزائري استقر على جواز التطليق للضرر عملا بأحكام الشريعة الاسلامية وما جاء به الفقه المالكي من امكانية التفريق متى ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بضرر لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية كالسب والشتيم أو الضرب وكل ما يؤديها ويكون في حكم الضرر الذي لا يطاق ولإجابتها لطلبها ما عليها إلا اثبات الضرر بكافة وسائل الاثبات.

¹ - م.ع.غ.أ.ش بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 126.

² - المحكمة العليا.غ.أ.ش بتاريخ 1986/01/13، ملف رقم 39025، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 252.

³ - المحكمة العليا، غ.أ.ش بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق، عدد 2، ص 419.

وما تجدر الإشارة إليه أن قضاء المحكمة العليا رفض في بعض الحالات اجابة طلب الزوجة بالتطليق وذلك الاعتبار أن الضرر المستند اليه من طرفها غير معتبر ولا يكون كافيا للاعتراف لها بحق التطليق للضرر.

ونجد من هذا القبيل القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 «من المقرر شرعا وقانون أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها، باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الانسان ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية، ولما كان من الثابت في قضية الحال.

أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقدير الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، فإنهم بقضائهم عما فعلوا خالفوه القواعد الشرعية والقانون¹، ولعل هذا التعليل الذي أورده المحكمة العليا يستجيب لمنطق الاثبات الصحيح، ويتوافق مع مقتضياته ذلك أن اثبات الضرر من طرف الزوجة تحكمه علاقة ثلاثية لا بد من توافر جميع عناصرها وهي بمثابة المسؤولية التقصيرية التي تعتمد على الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فالزوجة إذا أصيبت بضرر فعليها أن تثبت أن الضرر كان بفعل خطأ الغير، و الرابط بينهما ضروري لتحقيق العلاقة السببية، وأما إذا استدلت بشهادة طبية لإثبات الضرر فإن هذه الشهادة ما هي إلا كشف وتأكيد على هذا الضرر، فهي لا تثبت الخطأ ولا العلاقة السببية بينهما.²

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد أخذ بما أخذ به الفقهاء المالكية والمشرع الجزائري، إذا أجاز للزوجة طلب التطليق للضرر وذلك بنصه في المادة 98 فقرة 2 والمادة 99، 100، 101.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52278، م.ق، عدد 4، ص 95.

² - حمليل صالح، المرجع السابق، ص 201-202.

من حيث نصت المادة 98 فقرة 2 «للزوجة طلب التطليق بناء على لأحد الأسباب الآتية:

- الضرر».

وقد يكون الضرر ماديا كأن يكون في شكل تصرف مؤثر على الجسد مثل استعمال العنف من الضرب والإيذاء أو إكراهها على ما حرم الله وقد يكون الضرر معنويا من قبيل السلوك المشين أو المخل بالأخلاق الحميدة ويسيء إلى الزوجة في نفسها وشرفها.¹ وهو ما نصت المادة 99 فقرة 2 على أن «... يعتبر ضرار مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة اساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية».

والملاحظ أن المادة اعتبرت لا الضرر المبرر لطلب التطليق أمام المحكمة هو صادر من الزوج وحده، وعليه فقد سارت مدونة الأسرة في اتجاه توسيع التطليق للضرر سواء كان ماديا أو معنويا مع فتح مجال اللجوء إلى مسطرة الشقاق²، حالة عدم تمكن الزوجة من اثبات الضرر الموجب للتطليق.

ويلاحظ أن المشرع المغربي قد حدد بعض مظاهر الضرر، إلا أنه تبقى دائما السلطة التقديرية للقاضي، كي يقف على جسامه هذه الأضرار مادية كانت أو معنوية إلا أنه لا يجب الاعتداد بالضرر العادي الذي تحتمه مشقة الحياة، أو يفرض ذاته بفعل السنون، بل الضرر غير العادي الذي يشكل سلوكا شادا يقدر فيه القاضي مدى جسمانية.³

كما يجب للزوجة الراغبة في التطليق للضرر أن تثبت وقوع هذا الضرر إذ على القاضي ملاحظة مدى توفر الضرر المجيز للتطليق من عدمه.

حيث تحدث المادة 100 من المدونة على « تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تسمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة»، ومن المادة يستشف

¹ - عبد الله ابن الطاهر السوسياتاني، المرجع السابق، ص 159-160.

² - يسمينة الكساس، المرجع السابق، ص 98.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 274.

أنه على مدعي الضرر من الزوجين اثباته عن طريق الوسائل العامة للإثبات إذ لا يمكن أن يصدق شخص بمجرد ادعائه على آخر ومن تلك الوسائل، الاعتراف وهو سيد الأدلة، والشهادة القاطعة وتكون بشهادة عدلين، يشهد أن أحد الزوجين يضر بالآخر ولو وقع ذلك منه مرة واحدة دون تكرار.¹

وعليه كلما تمكن الزوجة من اثبات الضرر بمختلف طرق الإثبات فإن القاضي بتعين عليه التأكد من توفر الضرر و اجابتها لطلبها بالتطليق من زوجها و الثابت ضرره لها. ويمكن للزوجة بالإضافة إلى الحكم بالتطليق لفائدتها أن تفسد من تعويض عن الأضرار اللاحقة بها والتي أصابتها جراء إضرار الزوج بها بجميع أنواع الضرر سواء كان ماديا أو معنويا.²

وهو الأمر الذي أكدته المادة 101 من المدونة بقولها « في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة ان تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر». وجعلت المادة الحكم بالتعويض أمر جوازي للمحكمة سواء طلبت الزوجة المتضررة ولم تطلب.³

وعليه متى اقتنع القاضي بالوسائل الإثباتية التي أدلت بها الزوجة، وحكم بالتطليق للضرر فإنه يحدد في نفس الحكم المبلغ التعويض المستحق للمرأة يراعي فيه نسبة الأضرار التي لحقتها ومدى اساءة الزوج لها، ومسألة التعويض عن الضرر المستحدثة في مدونة الأسرة لها ما يبررها لإزالة الأضرار التي تلحق بالزوجات، وقد يتعلق الأمر بأضرار بليغة جسدية أو مادية أو معنوية بل قد تستفحل الأمراض في بعض الأحيان إلى أمراض عصبية أو خلل عقلي.⁴

1 - عبد الله ابن الطاهر السوسياتلثاني، المرجع السابق، ص 161.

2 - يسمينة الكسائي، المرجع السابق، ص 205.

3 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 145.

4 - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 283.

وقد تنبه المشرع المغربي إلى تلك الحالة التي لا تستطيع فيها الزوجة اثبات الضرر، إلا، ما ترى في نفسها غير قادرة على الاستمرار في علاقة الزوجية مع زوجها، فإنه سمح لها باللجوء إلى مسطرة الشقاق حيث أنه في حالة عدم اثبات الضرر ينتهي الملف الذي فتح للبت في طلب التطليق للضرر، بصدور حكم المحكمة برفض الطلب، ويبقى من حق الزوجة تقديم طلب جديد للتطليق بسبب الشقاق.¹

وعليه متى لم تستطيع الزوجة اثبات الضرر المبرر للتطليق أو أن الوسائل الإثباتية المدلى بها غير كافية، وأصررت على طلب التطليق في هذه الحالة، فإنها تملك الحل القانوني الذي يمكن أن يوصلها إلى التطليق وذلك باتباع مسطرة الشقاق.²

وسند ذلك ما جاء في أحكام المادة 100 فقرة يقولها «إذ لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق»، ويرى بعض شرح مدونة الأسرة أنه ولما كانت التجربة قد دلت وفي جميع الأوساط الاجتماعية على أن الإساءة المادية أو الجسمانية كانت تأتي من جانب الزوج في الغالب الأهم، فإن نفس التجربة أثبتت أن التصرفات المشينة أو المخلة بالأخلاق الحميدة التي من شأنها أن تكدر صفو الحياة الزوجية إن لم يكن مصدرها الزوجة على الأخص، فإن الانصاف يفرض على الأقل أن نقر بأن الزوجين متساويين في اتيانها وبالتالي أن يجعل من هذا النوع من الضرر سببا مشتركا بين الزوجين لطلب التطليق.³

إلا أنه رأينا أن المشرع المغربي أحسن صنعا لما قصر هذا الأمر على الزوجة مراعيًا للأمر الواقع والذي عادة ما يكون الضرر صادر من الزوجة ضد زوجها عاديًا ولا يرقى إلى

¹ - عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 146.

² - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 124.

³ - عبد اللطيف الحاتمي، المستجدات المسطرية بخصوص انحلال ميثاق الزوجية ومدى تحقيقها لمبدأ المساواة بين الزوجين، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، العدد 50، 2004، ص 141.

درجة الضرر الجسيم الذي يوجب اللجوء إلى التطليق، وكذلك لأن الزوج منح مكنة أخرى تتمثل في فك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادته المنفردة.

وسار الاجتهاد القضاء المغربي على جواز اجابة طلب الزوجة للتطليق لضرر الحاصل من الزوج وهو ما نستشفه من قرارات المجلس الأعلى.

وإذ نجد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 23 ماي 2005 « إقدام الزوج على ضرب وجرح زوجته يعتبر سلوكا معينا يلحق الضرر المادي والمعنوي بها. طلب الزوجة التطليق بناء على ذلك يبقى مؤسسا وتتعين الاستجابة له».¹

وكذلك نجد أن الحكم الصادر عن محكمة أسفي بتاريخ 29 ماي 2006 «اثبات الزوج أفعال الفساد والسكر العلني والاتجار في المخدرات يعد سلوكا مشينا مخلا بالأخلاق ألحق الزوجة محل نازلة الحال ضرار ماديا معنويا، وتبعاً لذلك يكون طلب المدعية مبنيا على أساس ويتعين الاستجابة إليه».²

ونجد كذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1999/12/07 «إن المحكمة في اطار سلطتها التقديرية، لما ثبت لها الضرر وعجزت عن اقامة الصلح بين الطرفين قضت بالتطليق ... تكون قد أسست قرارها وعلته بما فيه الكفاية».³

ويتضح من الأحكام والقرارات السابقة أن القضاء المغربي سار على اعتبار أن الضرر الحاصل من الزوج اتجاه زوجته يكون سببا لإجابة الزوجة لطلبها التطليق متى اثبتت هذا الضرر ومن بين الأضرار المجيزة للتطليق ووفقا للأحكام والقرارات السابقة الضرب والجرح واثيان أفعال الفساد والسكر العلني وبيع المخدرات من طرف الزوج.

¹ - محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، حصة سنوات من التطبيق العلمي (2004-2010)، ط1، المطبعة الوطنية، مراكش، المغرب، 2011، ص91.

² - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 92.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 1167 بتاريخ 1999/12/07 ملف الأحوال الشخصية عدد 98/1/2/105، ن.م.س، ص 346؛ نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 150.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فكما سبق بيانه فقد جاء الفصل 31 في فقرته من مجلة الأحوال الشخصية تنص على «يحكم بالطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر».

وبذلك جاء هذا الفصل مقر بحق الزوجين في الطلاق بناء على ما حصل لها من ضرر وذلك بعد التأكد من تحقيق الضرر المدعي به بأي وسيلة من وسائل الإثبات فإذا أشكل على المحكمة ذلك أوجب القانون التونسي اقتداء بالتشريع الإسلامي تعيين حكيم وعلى الحكيم أن ينظرا، فإن قدر على الإصلاح أصلا ويرفعان الأمر إلى الحاكم¹، في كل الأحوال وذلك وفقا للفصل 25 من المدونة والذي ينص على «إذ شك أحد الزوجين من الأضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعني الحكيم وعلى الحكيم أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال».

وترك المشرع الأسري التونسي مسألة تحديد الضرر لفقهاء القانون والقضاء إذ اكتفى بالحديث عن الضرر بصفة عامة دون تفصيل ويمكننا حصر ذلك في الفصل 2/23 و 31 إذ جاء في الفصل 23 أنه «على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به».

إذ أنه يجب تجنب إلحاق الضرر من الزوج اتجاه زوجته وكذلك بالنسبة للزوجة، وقد يتوقع الضرر في حالات كثيرة يبرزها التطليق الذي يعطي أمثلة متعددة على ذلك ومن بينها التصرف بصفة عامة والذي من شأنه أن يكون سببا في ضرر أحد الزوجين²، ويجب أن لا نعتبر أن كل تصرف فيه خرق للواجبات الزوجية المألوفة يحدث ضرر للزوج لأن الضرر وإن حصل فعلا فقد تكون له مبرراته أو يكون من قبيل ما يقره المبدأ القائل «إزالة الضرر

¹ - ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 50.

² - الهادي كرو، المرجع السابق، ص 178.

الأشد بالضرر الأخف وذلك أهون الضررين»، ومن أنواع التصرفات المعزة والواردة في فقه القضاء، التنكيل بالزوجة وعدم الاستقامة.¹

وبذلك يستشف من مجلة الأحوال الشخصية أنه لا قيام للحياة الزوجية إلا على مبدأ الاحترام والمودة وحسن المعاشرة وأداء كلا من الزوجين واجباته اتجاه الزوج الآخر وكل اضرار بالقول أو الفعل يكون سببا موجبا للتطليق لأحد الزوجين المتضرر ويكون المشرع الأسري التونسي أخذ بالمذهب المالكي على غرار المشرع الجزائري والمغربي بالرغم من عدم قصر التطليق للضرر على الزوجة فقط بل جعله حقا للزوجين معا.

وسار القضاء التونسي على جواز التطليق للضرر اللاحق بأحد الزوجين إذ جاء في أحد القرارات الاستثنائية لمحكمة الاستئناف التونسية بتاريخ 22 أكتوبر 1964 «إذا تسبب أحد الزوجين بتصرفاته في ضرر الآخر عليه حينئذ جبر ذلك تطبيقا للقاعدة العامة الواردة بها الفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود وهو فصل الذي يجب اعتماده للغرم إذ وقع القيام بطلب فك العصمة لأجل الضرر».²

والقرار التعقيبي المدني بتاريخ 1967/01/24 «يكون معللا تعليلا كافيا الحكم الذي قضى بالطلاق لفائدة الزوجة وذلك بناء على تكرار اعتداء زوجها بالشتم والعنف حتى أصبح بموجب ذلك من المتعذر استمرار الحياة الزوجية».³

والقرار التعقيبي المدني بتاريخ 1977/10/18 «إن اعتداء الزوج على زوجته بالعنف والحرق المعاقب عليها جزائيا ضرار موجبا للطلاق..».⁴

ومن القرارات السابقة يفهم و بالرغم من أن المشروع التونسي الأسري لم يحدد نوع الضرر الموجب للتطليق إلا أنفقه القضاء سار على اعتبار أن الضرر الموجب للتطليق هو

¹ - الهادي كرو، المرجع نفسه، ص 179.

² - استئناف تونس، قرار مدني عدد 57080 في 22 أكتوبر 1964، ق.ت، 1965، ص 407 - نقلا عن الهادي كرو، المرجع السابق، ص 179.

³ - قرار تعقيبي مدني بتاريخ 1967/01/24 رقم 4642، ن، 1967، ص 13 - نقلا عن ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - قرار تعقيبي مدني بتاريخ 1977/10/18، ن، 1977، ص 131 - نقلا عن ثريا بن سعد، المرجع السابق، ص 53.

المخالف لأحكا ما لفصل 23 من المجلة و من ذلك القبيل كل قول أو فعل يلحق ضرار بأحد الزوجين سواء كان ضربا أو شتم أو كلما منشأنهم ضرب أحد الزوجين .

و الملاحظ أنه و مما سبق و كمقارنة بين القوانين المغاربية للأسرة يلاحظ أنها اتفقت حول جوازا لتطليق للضرر أخذة بما جاء في أحكام الفقه المالكي، إلا أن ما يمكن ملاحظته هو أن المشرعين الجزائري و المغربي قصرأ هذا الحق على الزوجة فقط خلافا للمشرع الأسري التونسي و الذي أعطى هذا الحق لكلا الزوجين .

الباب الثاني
دور إرادة الزوجة في
حل الرابطة الزوجية
بالخلع

إن أساس الحياة الزوجية المسكن والمودة والرحمة وحسن المعاشرة، وأداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات اتجاه الزوج الآخر، لكن قد يحدث وأن يطرأ على هاته العلاقة طارئ ما يعكس من صفوها، كأن يكره الرجل زوجته أو تكره الزوجة زوجها وقد يصل هذا الكره إلى حد لا مجال للإصلاح معه، نتيجة لاشتداد الشقاق وصعوبة العلاج ونفاذ الصبر. فيكون بذلك الحل الوحيد هو اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، إن كانت الكراهية من الزوج لزوجته، أو عن طريق الخلع بإعطاء الحق للمرأة في أن تختلع ممن تبغضه ولا تقدر العيش معه .

هذا ويندرج الخلع ضمن حالات حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، وبذلك يكون لإرادتها دور كبير في إحداثه إلا أن تأثير هاته الإرادة يتسع ويضيق باختلاف القوانين والأطر المنظمة لدور إرادة الزوجة في إحداثه.

فنجده في بعض القوانين يتسع نتيجة لاعتبار الخلع حق أصيل للزوجة تحدته متى شاءت ويضيق في قوانين أخرى نتيجة لاعتبار الخلع فيها رخصة للزوج، يتوقف في إحداثه على موافقة الزوج. وهو ما سنحاول التعرض له من خلال تناولنا بالدراسة لمدى دور إرادة الزوجة في إحداث الخلع في التشريعات المغاربية ونذكر هنا بالخصوص، ما جاء في أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية وكذا الاجتهادات القضائية مستعينين بأحكام الفقه الإسلامي، مستثنين بذلك مجلة الاحوال الشخصية التونسية التي لم تنص على الخلع، بل قصرت الكلام على أحكام الطلاق، إذ وضع القانون التونسي كل من الزوجين على قدم المساواة، في مسألة فك الرابطة الزوجية، فلهما أن يتراضيا على الطلاق، كما يمكن لأي منهما طلب الطلاق للضرر مع التعويض، أو طلب الطلاق ولو من دون سبب .

وسنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول : ماهية الخلع.

الفصل الثاني: أركان الخلع.

الفصل الثالث: التكيف الفقهي والقانوني للخلع وأثاره.

الفصل الأول

ماهية الخلع

إن الحديث عن موضوع الخلع يقودنا ،وبالضرورة إلى التطرق إلى التعاريف المختلفة له سواء عن الجانب اللغوي أو الاصطلاحي أو تلك التعاريف التي قدمها الفقهاء المسلمين انطلاقاً من القرآن الكريم والسنة النبوية ، وتحديد المفهوم القانوني للخلع والحكمة من مشروعيته والفرق بينه وبين ما يشابهه (المبحث الأول) .

كما نتعرض إلى أدلة مشروعيته، في القرآن الكريم والسنة والإجماع ،وأثر الصحابة ومن المعقول وكذا المشروعية القانونية للخلع (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الخلع و الفرق بينه و بين ما يشابهه .

ان الحديث عن الخلع يقودنا وبالضرورة الى الحديث عن مفهومة اللغوي وكذا المفاهيم المقدمة له سواء المفهوم الشرعي من خلال تبين المفاهيم المختلفة التي وضعها فقهاء الشريعة الاسلامية للخلع، أوالمفهوم القانوني من خلال تعريف المشرع الجزائري وكذا مدونة الاسرة المغربية لمصطلح الخلع.

وسنتعرض في هذا المبحث، إلى مفهوم الخلع من الجانب اللغوي والاصطلاحي، وكذا الشرعي، ونحدد المفهوم القانوني للخلع والحكمة من مشروعيته (المطلب الأول)
و الفرق بين الخلع وبين ما يشابهه من طلاق على مال وتطبيق وطلاق التملك أو التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخلع والحكمة من مشروع يته

إن الخلع باعتباره أحد طرق فك للرابطة الزوجية يتلخص مفهومه عموماً في تلك الممكنة الشرعية والقانونية التي منحت للزوجة في حل رباط الزوجية مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها الذي بغضت العيش معه فيكون بذلك الحل الذي لا بد منه وهو طلب الزوجة الافتداء

لنفسها لرفع الضرر عنها وتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج .

الفرع الأول

مفهوم الخلع

الخلع لغة- بفتح الخاء - مصدر خلع كقطع ، يقال : خلع الرجل ثوبه خلعا أزاله عن بدنه ونزعه عنه .

ويقال: خلعت النعل خلعا نزعته ، ويقال : خلع الرجل امرأته وخالعة المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه ¹. أوخلع الزوج زوجته عنه، إذا أزال زوجيتها وقد سميت إزالة الزوجية كذلك لأن كل الزوجين لباسا للأخر ². اشتقاقا من قوله تعالى " هن لباس لكم و أنتم لباس لهن " ³.

أما اصطلاحا ،عرفه الحنفية على أنه إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع، فإن الطلاق على مال ليس هو الخلع ، بل في حكمه ، وهو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع ، أو ما في معناه ⁴.

في حين عرفه الشافعية، أنه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود، راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع ⁵.

¹ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الغد الجديد ، الطبعة الاولى 2005 ، مصر ، ص 1023.

² محمد الكشور ، الوسيط في شرح مدونة الأسرة ، الكتاب الثاني ، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره ، دار النجاح المغرب ، الطبعة الثانية 2009 ص 100.

³ سورة البقرة، الآية 186.

⁴ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2009، ص 142.

⁵ أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية الخلع ، الإيلاء الظهار و اللعان ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ص 10 نقلا عن الشرح الكبير للدريير جزء 2 ، ص 247.

وقيل الخلع في الشرع، هو إزالة رابطة الزوجية، بما تبذل المرأة من المال لزوجها وسمي خلعاً، لأن كلا من الزوجين لباس لصاحبه فإذا إختلعا، فكأنهما نزعا عنهما لباسهما¹. في حين عرفه الحنابلة على أنه فراق الزوج إمراته بعوض يأخذه الزوج من إمراته أو غيرها بألفاظ مخصوصة تنقسم إلى قسمين: صريحة في الخلع وكناية فيه².

أما المالكية فعرفوه على أنه، طلاق بعوض سواء أكان من الزوجة، ام من غيرها من ولي أو غيره أو هو بلفظ الخلع و هو يدل على ان الخلع نوعان ،الاول وهو الغالب وهو ما كان في نظير عوض، وأما الثاني فهوما وقع بلفظ الخلع ، ولو لم يكن في نظير شيء ، كأن يقول لها خالعتك أو انت مخالعة .

وبعبارة أخرى هو " أن تبذل المرأة أو غيرها، للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه ،فتقع به طلقة بائنة"³.

ويتضح ان الخلع عند المالكية من هذا التعريف هو ما يشمل الفرقة بعوض او بدونه وبالتالي فهم لا يفرقون بين الخلع و الطلاق على مال، فهما شيء واحد عكس الحنفية الذين يفرقون بينهما، و انه لا يختص بلفظ معين فكل ألفاظ الطلاق الصريحة و الكنائية يصح بها الخلع ،عكس الحنفية ،حيث يرون انه يجب ان يكون بلفظ الخلع او في معناه⁴. في حين عرفه بعض العلماء المحدثين، انه إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة بألفاظ مخصوصة بالتراضي بين الزوجين، أو بخلع القاضي ، فتكون المخالعة باختيار الزوج او الزوجة وهي المخالعة الرضائية ، أو يكون الخلع بحكم القاضي بناء على رغبة الزوجة وهو

¹ أحمد نصر الجندي ،المرجع السابق، ص 10 .

² عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ص 1026 .

³ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديلات له ، دار الخلدونية، الطبعة الأولى ،2007، ص 26- 266.

⁴ خليل عمرو ، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة و الفقه الإسلامي ، دكتورة دولة في القانون

الخاص - كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس 2005 ص 175 .

الخلع القضائي الإلزامي.¹ وقيل عنه الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.²

ومن التعاريف السابقة، يتضح انها اختلفت في بعض الجزئيات لكنها اتفقت في المعنى العام، وهو حصول الفرقة بين الزوجين وبرضاهاما بعوض تدفعه الزوجة لزوجها وهو بذلك يختلف عن الطلاق الذي هو بيد الزوج و تتحل به الرابطة الزوجية بدون عوض .
وما يجدر الإشارة إليه هنا ان المالكية في نظرتهم للخلع أوضحوا بأن الخلع قد يتم بعوض وهو الغالب ، وقد يتم بدونه لكن بشرط أن يتم بألفاظ الخلع ،وبذلك خالف المالكية المذاهب الأخرى في أن الخلع دائما بعوض، وقالو لابأس بالخلع بدون عوض إذا تم بالألفاظ التي تدل على الخلع .

اما من ناحية القانون ، فلم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لتحديد مفهوم للخلع ومع ذلك لا يعد هذا العزوف معييا لهذه النصوص، و من منطلق اختصاص الفقه و القضاء بذلك أصاله بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، عملا بمقتضيات الإحالة التي تضمنتها هاته التشريعات³، و منها المادة 222⁴ من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية⁵ .

¹ منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه و أثاره ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2008 ، ص 43 ، نقلا عن عقل نياي عبد الكريم ، مدى التزام الزوجة بالمخالعة في حال طلب الزوجة وإصرارها عليه ، دراسات محكمة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 31 ، عدد 204 ، ص 147.

² منال محمود المشني ، المرجع السابق، ص 43. نقلا عن شعبان زكي ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، طبعة 3 ص 429 .

³ هيشور أحمد ، الخلع بين الشريعة و التشريع ، دراسة فقهية حقوقية مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة سيدي بلعباس، 2014/2015 ص 30.

⁴ م 222 قا- أ - ج " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية " .

⁵ م 400 من مدونة الأسرة المغربية " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف " .

وعليه، من خلال تفحصنا لنصوص قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية نستخلص من جهة، ان المشرع الجزائري وفي نص المادة 54 المعدلة و بعدما كان يتحدث قبل التعديل على أن الخلع عقد رضائي، هو حق للزوجة يشترط قبول الزوج ، انتقل في الأمر 02/05 إلى اعتبار ان الخلع عقد غير رضائي يمكن للزوجة ان تلجأ إليه دون موافقة الزوج بمقابل مالي، وفي حال عدم الاتفاق على المقابل المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم .ومن جهة أخرى ، نرى أن المشرع المغربي قد خالف المشرع الجزائري، فنص في المادة 115 من مدونة الأسرة على مفهوم مغاير للخلع يتمثل في كونه، عقد رضائي يمكن للزوجين أن يتراضيا عليه طبقا لأحكام المادة 114 من نفس المدونة .

وبعد حديثنا عن الخلع من حيث مفهومة سنتحدث عنه من حيث الحكمة من مشروعيته كنظام في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الحكمة من مشروعيته

إن الإسلام حين شرع النكاح ،هياً له من أسباب الديمومة و شروط الاستمرار ما يمكننا معه الجزم من غير حمية ولا غلوا بأنه من أكثر النظم طلبا لإستقرار الأسرة و قيامها على أسس من المودة والرحمة تحصيلا للغايات النبيلة التي توقاها الشارع من تنظيمها.

ولعل المتمعن في نصوص هذا الدين، يدرك بيسر مدى إحاطته بهذه العوامل إن قبل النكاح أو بعده، ولكن ورغم كثير الضوابط التي شرعها الإسلام و لدوام هذا النكاح إلا انه قد يصطدم بما يحول دون استمراره¹.

مما يجعل من الضرورة بما كان اللجوء إلى حله سواء بالطلاق، والذي جعله الشارع الحكيم بيد الرجل له أن يوقعه، إذا شعر انه لا يستطيع العيش بسعادة مع زوجته وأحس

¹هيشور أحمد ،المرجع السابق، ص 37.

بنفرتة من العشرة الزوجية معها ، وبعد ما أعيته وسائل العلاج المتنوعة لإعادة الوفاق إلى حياتهما الزوجية ، فلا بأس بعد ذلك من الطلاق¹.

ومقابل ذلك، وضع الشارع الحكيم الخلع في يد المرأة لتفتدي نفسها منه، فتبذل له ما قدم لها من مهر، فهي كالرجل لها مثل ماله من المشاعر و العواطف، فتحس مثل ما يحس وقد تكون النفرة من المرأة اتجاه الرجل ، و هذا ما تضمنته قصة ثابت بن قيس ، فمع حبه زوجته و رغبته بها ، إلا أنها ترفض العيش معه لكرهها و بغضها له ، فلما خافت كفران العشير و الوقوع في المحذور طلبت من الرسول (ص) التفريق بينها وبينه².

وبذلك جاء الخلع حلا ربانيا يواجه الفطرة البشرية مواجهة صريحة، فالزواج رابطة لا تقوم و لا تدوم إلا بالرضا والقبول، وإلا فالحل إما بالطلاق الذي جعله الله بيد الرجل و إما بالخلع الذي جعله الله للمرأة إذا كانت تبغض عشرة زوجها لسبب يخص مشاعره³. وهكذا يراعي الإسلام جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس، و يراعي جميع مشاعر القلوب الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها ولا يقوم الزوجين على حياة ينفرا منها والخلع دليل على واقعية الشريعة الإسلامية. فإذا كانت المرأة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب يخص مشاعرها الشخصية ، فيجوز لها أن تطلب الطلاق منه على ان تعوضه عن تحطيم بيته بلا سبب منه⁴.

¹ عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار ابن حزم ، 1997، ص 63 .

² تيسير رجب التميمي ، الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي ، دار الفكر العربي القاهرة ، الطبعة الأولى 2009 ، ص 366، نقلا عن ابن رشد ، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص 1513 .

³ تيسير رجب التميمي ، المرجع السابق ، ص 366 .

⁴ عامر سعيد الزبياري ، المرجع السابق، ص 65 .

المطلب الثاني

الفرق بينه وبين ما يشابهه

لا يعتبر نظام الخلع الألية الوحيدة لفك الرابطة الزوجية ، سواء في الشريعة الاسلامية او القانون الوضعي ، بل يوجد الى جانب هذا النظام اليات أخرى اوجدها الشارع الحكيم وكذا القانون ،منها ماله شبه بنظام الخلع اذ يتفق معه في امور ويختلف معه في أمور اخرى

وسنحاول أن نتعرض في هذا المطلب إلى الفرق بين الخلع والطلاق على مال(الفرع الأول) ثم الى الفرق بين الخلع والتطليق (الفرع الثاني) وأخير الى الفرق بين الخلع وطلاق التملك أو التعويض(الفرع الثالث).

الفرع الأول

الفرق بين الخلع و الطلاق على مال

إن الخلع عقد ذو طبيعة خاصة، فهو اتفاق مختلط تنماذج في تكوينه مجموعة من التصرفات المدنية والأسرية و على رأسها الطلاق¹. فإذا كان الخلع لا يكون إلا بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء والبيع و الشراء² . ولأنه من الناحية الشرعية إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع او بما في معناه كالمبارأة³.

إن الطلاق على مال مثاله، أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق على مئة دينار، فإذا قبلت الزوجة وقع الطلاق دون توقف الوقوع على أداء لمال، لكن يلزم المرأة هذا المال فللزوج أن يطالبها به، ثم لا بد ان يكون القبول في المجلس.

والواقع بالطلاق على مال طلاق بائن ويشترط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق تتجيز أو تعليقا، وأن تكون الزوجة أهلا لالتزام المال بولايتها على نفسها. ولا بد في الطلاق على

¹ هيشور أحمد ، المرجع السابق ،ص 88.

² عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية (دراسة مقارنة فقها و قضاء ، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع، مصر ، الطبعة الأولى، 2004 ،ص 294 .

³ باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دارالهدى ، الجزائر، 2007،ص 59.

مال من ذكر البديل وأن يكون مالا متقوما او منفعة متقومه ، ولا يسقط به أي حق من الحقوق لأحد الزوجين على الآخر بمقتضى عقد الزواج الذي حصل فيه الطلاق على مال إلا بالنص على إسقاطه¹.

ومما سبق ومن خلال تعرضنا لمفهوم كلا من الخلع والطلاق على مال، يتضح جليا بأنهما يتفقان في بعض الجوانب ويختلفان في جوانب أخرى ، وهو الامر الذي سار عليه الفقهاء الأحناف، في حين خالفهم في ذلك فقهاء المذهب الشافعي والمالكي واللذين لا يرون فرقا بين الخلع والطلاق .

أولا : أوجه الاتفاق بين الخلع والطلاق على مال .

يتفق الخلع والطلاق على مال في أن كلا منهما يشترط فيه قبول الزوجة سواء في الخلع أو في الطلاق على مال، فذلك امر لا بد منه لان هذا يعتبر معاوضة من جانبها و المعاوضة لا بد فيها من قبول من يلتزم دفع العوض.

فإن وجد القبول وقع الطلاق ويلزم البديل على الزوجة، وإن لم يوجد قبول لا يقع الطلاق ولا يلزم البديل². كما يتفقان في أن الواقع بهما طلاق بائن، لأن المرأة إنما قبلت دفع البديل لتتخلص من سلطان الزوج عليها ، وهذا لا يتحقق إلا بالطلاق البائن باتفاق الحنفية والجعفرية³. حيث أن الطلاق الرجعي سلطان الزوج يظل فيه قائما عليها، إذ له أن يراجعها متى شاء رضيت أم كرهت مادامت في العدة ، فلا بتحقق بالرجعة الخلاص من سلطة الزوج اللهم إلا إذا انقضت العدة.⁴

¹ بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة (السنية والمذهب الجعفري والقانون) الجزء الأول، الزواج والطلاق ،دار النهضة العربية ،1985 ، لبنان ،ص ،411-410.

² عبد المجيد محمود مطلوب ، المرجع السابق ، ص 294 .

³ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذاهب الجعفرية و القانون دار النهضة العربية ، بيروت طبعة الثانية ، 1977 ، ص 538 .

⁴ عبد المجيد محمود مطلوب ، المرجع السابق، ص 294 .

ثانيا : أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال.

يفرق الحنفية بين الخلع و الطلاق على مال في عدة أوجه اولها، من حيث الصيغة فالخلع يكون بلفظ المخالعة او ما في معناه ، كالمباراة . أما الطلاق على مال فيكون بصريح لفظ الطلاق أو ما في معناه ¹.

كما انه إذا بطل العوض في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا متى كان دون الثلاث وكانت المرأة مدخولا بها دخولا حقيقي، لأن فساد البذل يعيد الطلاق إلى صورته الأولى، فيقع رجعيا. أما إذا بطل البذل في الخلع كأن يكون المال محرما، فإنه لا يمنع من وقوعه بائنا لأن القصد من الخلع البينونة. فليس الخلع عندهم إذن مساويا للطلاق على مال من كل وجه لأنه يقع بائنا ببذل أو بدونه بخلاف الطلاق على مال الذي ينقلب رجعيا في حال فساد بدله ².

كما يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل حق ثابت وقت الخلع، بسبب الزواج لأحد الزوجين على الآخر، سواء نص على سقوطه، أم لم ينص لكن لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها ³. أما الطلاق على مال، فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين، إلا بالنص على سقوطه ويجب به فقط المال المتفق، أو ما اتفقت عليه وفق الأصول الشرعية ⁴. ومن نصوص الحنفية في ذلك " المبارأة كالخلع" إذ أن الخلع والمبارأة يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر مقبوضا او غير مقبوض، قبل الدخول وبعده ، والنفقة الماضية، واما نفقة العدة فلا تسقط إلا بالذكر ⁵.

¹محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، القسم الثاني ، منشورات الجامعة الأردنية ، الأردن 1995 ، ص 187 .

²هيشور أحمد ، المرجع السابق ، ص 88 .

³أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى 2009 ، ص 147 .

⁴أحمد محمد علي داود ، المرجع السابق ، ص 147 ، نقلا عن الدر المختار (483 . 484) .

⁵أحمد محمد علي داود ، المرجع السابق ، ص 147 .

وعكس ما جاء به الحنفية، يرى الشافعية أن الفرقة بين الزوجين إذا كانت في مقابل مال من الزوجة ، فإنها تسمى خلعاً سواء كانت بلفظ الخلع أو في معناه. أما إذا كانت بلفظ الطلاق فلا فرق عندهم بين الخلع والطلاق على مال، فهما إسمان لشيء واحد وهو الفرقة في مقابل مال تعطيه الزوجة لزوجها¹.

أما المالكية، فلا يشترطون عوض في الخلع ، وقالوا بأن الفرقة بين الزوجين إذا كانت بلفظ الخلع ، أو بما في معناه ، كالمباراة ، المفاداة ، والصلح ، فهي خلع ولو بدون عوض ويقع عندهم في الحالتين طلاق بائن².

ويظهر جلياً مما سبق أن الشافعية والمالكية لا يرون فرقاً بين الخلع والطلاق على مال فالخلع ليس له ألفاظ خاصة ، فيقع بصريح لفظ الطلاق وكناياته المقترنة بالنية إذا كان على مال، حيث يرى المالكية أنه إذا وقع بلفظ الخلع أو المباراة أو المفاداة أو الصلح، فإنه لا يشترط فيه ذكر العوض والغالب عندهم ذكر العوض بهذه الألفاظ وغيرها³.

وما يلاحظ فعلاً واستخلاصاً مما سبق، أنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال، مادام أن الواقع بهما هو طلاق بائن فهما بذلك وجهان لشيء واحد ، هو فك الرابطة الزوجية بين الزوجين لقاء مقابل مالي تقدمه الزوجة لزوجها . إلا أن الأمر ليس كذلك بين الخلع والتطليق كما سنراه في توضيح الفروقات بينهما.

الفرع الثاني

الفرق بين الخلع و التطليق.

جعلت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية حق الطلاق بيد الرجل بصفة عامة لسبب هام جداً ، ذلك أن الرجل يحافظ على سلامة العشرة الزوجية التي أنفق عليها الكثير من المال ، ويحتاج أن ينفق مثله أو أكثر منه خاصة في الوقت الراهن، إذا طلق وأراد

¹ باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 64 .

² بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص 412 .

³ محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 188 .

الزواج بأخرى، كما أعطى الرجل هذا الحق لرجاجة عقله وصبره على المكاره، فلا يسارع إلى الطلاق عكس المرأة¹.

لكن الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية لم تحرم المرأة من الطلاق إذا لحق بها ضرر من الزوج سواء كان ماديا أو معنويا². و ذلك ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 53 قا-أ-ج بالتطليق و نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في المادة 98.

كما أعطيت الزوجة مكنة شرعية و قانونية أخرى إلى جانب التطليق تتمثل في الخلع وهو الذي تلجأ له الزوجة نظير عوض تدفعه لزوجها إن كرهت العشرة والعيش مع زوجها. ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تقدي نفسها رفعا للخرج الذي أصابها³.

وقد دل على ذلك قوله تعالى " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ⁴. وأشار إليه المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة ، كما أشار اليه المشرع المغربي في المادة 115 من مدونة الأسرة .

و الملاحظ أن الخلع و التطليق و بالرغم من كونها حقا لزوجة إلا انهما يختلفان سواء من حيث مفهوم كلا منهما و الأساس القانوني لها و سلطة القضاء في كل منهما و كذا الآثار المترتبة عليهما.

أولا : من حيث المفهوم .

لم يحدد المشرع الجزائري ولا المغربي مفهوم المصطلحين في قوانينهم المنظمة للأسرة إذ لم يقتصر الأمر سوى على النص على إمكانية اللجوء لها. لكن بالرجوع إلى المفاهيم الفقهية وكذا التعاريف التي و وضعها فقهاء القانون ورجال القضاء يتضح جليا مدى الفرق

¹ - اليزيد عيسات بلمامي ،التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ،مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ،كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2003-2002،ص 3.

² - اليزيد عيسات بلمامي ،المرجع السابق،ص3.

³ - محمد علي المحجوب ، الأسرة و أحكامها في الشريعة الإسلامية ، دار الراجية ، القاهرة 1983 ص 429 . نقلا عن، بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ص 208.

⁴ سورة البقرة ، الآية 229.

الشاسع بين هاتين المصطلحين إذ يعتبر الخلع عند الحنفية أنه إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة¹. وعرفه المالكية بأنه "عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض ، وهو صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض على التطلق " ².

كما عرفه جمهور الفقهاء على انه معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ، ويملك به الزوج العوض ، ويسمى أيضا بالفدية أو الصلح والمباراة³.

وإجمالاً يمكن اعتبار الخلع طريقة شرعية أباحتها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين للزوجة بان تقر من وجه زوج كرهت عشرته وضاق عليها البيت الزوجي بما رحبت به وانتفتت معه الأسباب الأخرى للتطبيق أو الطلاق. ويكون عندما تكره الزوجة زوجها دون أن يبادلها الكره وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها فتكون منه نافرة، إن بقيت معه ستضطر لعصيان ربه ومخالفة أحكام عقد الزواج وما يرتبه من حقوق و واجبات⁴.

في حين يعتبر التطلق أنه منح الزوجة حق طلب التطلق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة ورغبة في رفع الضرر والغبن عنها، وهذا الطلاق لا يتم إلا أمام القاضي بعد رفع دعوى ضد الزوج لتوافر سبب من الأسباب المحددة فقها وقانوناً والتي ذكرها كل من المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة والمشرع المغربي في المادة 94 وما يليها من مدونة الأسرة .

¹ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 532 .

² أحمد باش ، الأسرة بين الجمود و الحداثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، 2011، ص 260 .

³ المرجع نفسه ، ص 260 .

⁴ فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري (في الزواج و الطلاق) الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،

1986، ص 303.

وللإشارة أن المشرع الجزائري قد أدرج التطلق ضمن مفهوم الطلاق من خلال المادة 48 من قانون الأسرة¹. كما أدرجه كذلك المشرع المغربي ضمن مفهوم الطلاق ذلك من خلال المادة 78 من مدونة الأسرة².

ومما سبق، يتضح أن المشرعين المغربي والجزائري لم يحددا صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطبيق، على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون ألفاظ أخرى الدالة عليه والواردة في الشريعة الإسلامية كالمبارأة والمفاداة والمباينة و المفاسخة، فإن لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع وإنما نكون في وضعية قانونية أخرى، فاعتبر البعض ان غياب لفظ "الخلع" مع وجود المال لا يعتبر خلعا وإنما طلاق على مال. في حين ذهب المالكية و الشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع³.

وكما شرع التطلق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهتها لزوجها وخشيتها من عدم إقامة حدود الله⁴.

ثانيا : من حيث الأساس الشرعي و القانوني .

من حيث الأساس الشرعي، الخلع جائز لا بأس به عند كثير من العلماء لحاجة الناس إليه بسبب وقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين فقد تبغض المرأة زوجها، وتكره العيش معه لأسباب جسدية أو خلقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف ونحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام موازاة الطلاق الخاص بالرجل

¹ تنص المادة 48 "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، بحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ."

² تنص المادة 78 "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج و الزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء و طبقا لأحكام هذه المدونة".

³ منصور نورة، التطلق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 156 .

⁴ منصور نورة، المرجع نفسه، ص 157.

طريقا للخلاص من الزوجية لدفع الحرج عنها ، ورفع الضرر، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها

وتتخلص من الزواج و تعويض الزوج ما أنفقه في سبيل الله ¹. وورد في ذلك قوله تعالى " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ².

وفي السنة النبوية الشريفة ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها: أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقه.

فالحديث صريح في أنه لم يكن ثمة ضرر أتى من الزوج ، و أنها لا تريد فراقه لسوء في خلقه ونقصان في دين و إنما فقط هي تبغضه بغضا لا تطيق معه دوام معاشرته ³.

وفي الإجماع، أجمع الصحابة والأمة على مشروعية الخلع ⁴. حيث رأى القائلون بجوازه أن الخلع والفدية و الصلح - كل ذلك جائز بين الزوجين في قطع العصمة بينهما، وأن كل ما أعطته على ذلك حلال للزوج شرعا. ولذلك قيل في تفسير قوله تعالى " إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله "، إن ظن كل واحد بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه كراهية يعتقدها ، فلا حرج على المرأة أن تفتدي ولا حرج على الزوج أن يأخذ ⁵.

وأما بشأن التطليق، لم يرد في القرآن الكريم آيات تدل صراحة على مشروعيتها إلا أنه هناك من الآيات ما يدل ضمنا على أن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضرر منه لقوله تعالى " ولا تمسكوا بضرار لتعتدوا " ⁶

¹ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء 3، دار الكلم الطيب للطباعة والنشر لبنان، الطبعة الثانية 2002، ص 198.

² سورة البقرة، الآية 229..

³ محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص (499 - 500).

⁴ محمد نبيل سعد الشاذلي، المرجع السابق، ص 500.

⁵ أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع - الإيلاء - الظهار - اللعان) دار الكتب القانونية، مصر، ص 18.

⁶ سورة البقرة، الآية 231.

، و كذا قوله تعالى " وعاشروهن بالمعروف"¹.

وفي السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ².

وأما من زاوية الأساس القانوني للخلع ، نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة وكذا المشرع المغربي في مدونة الأسرة على أحقية المرأة في الخلع من زوجها ، حيث نصت المادة 54 من قانون الأسرة على جواز إقدام الزوجة على خلع نفسها من زوجها ودون موافقة بمقابل مالي ، وفي حالة عدم إتفاق الزوجين على المقابل المالي للخلع بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ³. في حين نصت المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية على أنه" للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه"⁴

أما فيما يتعلق بالتطبيق نص كل من التشريعين الجزائري والمغربي على أحقية الزوجة في طلبه من زوجها في حالة تحقق أحد الأسباب الوارد ذكرها في نص المادة 53 ⁵. من قانون الأسرة الجزائري و المادة 94 وما يليها من مدونة الأسرة المغربية⁶.

ثالثا : من حيث السلطة التقديرية للقاضي .

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطبيق أم الخلع ، حيث تتسع هاته السلطة في التطبيق بشكل كبير وهو ما يدعوا القاضي إلى إجراء تحقيق جدي ، ومطابقة الوقائع مع النصوص ، وتمحيصها ويتطلب منه الأمر الموازنة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج حتى يتسنى له الحكم لها بالتطبيق أو رفض

¹ سورة النساء ، الآية 19.

²اليزيد عيسات ، المرجع السابق، ص 30.

³المادة 54 من الأمر 02/05.

⁴مدونة الأسرة المغربية ، وفق آخر المستجدات ، دار الإنماء الثقافي ، الطبعة الأولى ، 2005، ص 45 .

⁵م 53 من الأمر 02/05 .

⁶م 94 من مدونة الأسرة .

طلبها اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة¹، والمادة 94 إلى غاية المادة 112 من مدونة الأسرة .

إلا أن هاته السلطة تضيق في الخلع ، حيث لا يبقى للقاضي إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج² حسب المادة 54 من قانون الأسرة. وبهذا يكون هنا دور القاضي سوى إصدار حكم يكشف فيه عن إرادة الزوجة ويسمى حكما كاشفا³. وذلك عكس الأمر في المادة 115 من مدونة الأسرة التي يتسع من خلالها دور السلطة التقديرية للقاضي بحكم أن المادة اعتبرت أن الخلع عقد رضائي لا بد للزوجين أن يتراضيا عليه .

رابعا : من حيث الآثار.

يشارك كل من الخلع و التطلق في الآثار العامة المترتبة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدة ونفقتها (نفقة الإهمال ، النزاع حول متاع البيت ، النسب ، حضانة الأولاد ونفقتهم وسكناهم وحق زيارة المحضون)، إلا أنهما يختلفان من حيث مسألة التعويض والذي يحكم به للمطلقة حسب الضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزامها اتجاهها ، عند توفر الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة ، إلى جانب الحكم بالتطلق وكذا ما جاءت به المادة 113 من مدونة الأسرة، حيث نصت في الفقرة الثانية منها على أنه " تبث المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و 85 أعلاه ."

في حين يفرد الخلع بآثار خاصة به تتمثل في التزام الزوجة المختلعة بتسديد البدل وعملا بالفقه المالكي والمعتق من قبل القانون الجزائري ذهب إلى عدم سقوط الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه ، وبالتالي

¹منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 159 .

²منصوري نورة ، المرجع السابق، ص 159 .

³الحكم الكاشف هو الذي يؤكد ويقر وجود الحق ويكشف عنه من حيث وجوده .

لا يمكن إسقاط أي حق من هاته الحقوق إلا بموجب نص أو اتفاق¹.
وان كان الخلع يختلف عن التطليق كمصطلح فانه يكون اقرب الى طلاق التمليك
أو التعويض كما سيأتي بيانه.

الفرع الثالث

الفرق بين الخلع و طلاق التمليك أو التعويض .

الأصل أن الطلاق في أحكام الشرع هو حق خالص للزوج له أن يوقعه بإرادته المنفردة
لكن تحت إشراف القضاء لأنه يمكنه أن ينقله إلى زوجته التي تصبح في هذه الحالة مالكة
له بحكم إرادة الزوج وحدها أو بحكم إرادة الطرفين معا حسب الأحوال.
وغني عن البيان أن الملكية التي يفيدها التفويض أو التمليك ليست ملكية خالصة تنقل
الحق من مالك إلى آخر، لأنها لا تسلب أبدا حق الزوج في إيقاع الطلاق ، بل إن ملكيته
تظل قائمة بعد ذلك لأن ملك الطلاق حكم من أحكام الزواج ، وهو قائم فيظل حقه في
الطلاق قائما تبعا لذلك².

وبالرغم من أن تمليك الطلاق بمنح للزوجة إرادة في فك العصمة الزوجية إلا أنه
يختلف على الخلع في العديد من المسائل. فمن حيث المفهوم ،فالخلع ،كما تقدم بيانه، هو
إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة بألفاظ مخصوصة بالتراضي بين الزوجين أو بحكم
القاضي

وسبب اختيار هذا التعريف عن غيره أن المخالعة تكون باختيار الزوج أو الزوجة وهي
المخالعة الرضائية ، أو يكون الخلع بحكم القاضي بناء على رغبة الزوجة وهو الخلع
القضائي الإلزامي³.

¹منصوري نورة ، المرجع السابق ص 160.

²محمد الكشور ، المرجع السابق ص 82 .

³ منال محمود المشني ، المرجع السابق ، ص 43، نقلا عن عقل نياي عبد الكريم ، مدى التزام الزوجة بالمخالعة في
حال طلب الزوجة وإصرارها عليه ، دراسات محكمة ، دراسات علوم الشريعة و القانون ، المجلد 13 ، العدد 204، ص

في حين أن المراد بتفويض الطلاق لغة هو تمليك الطلاق¹، ويقصد به اصطلاحاً أن يملك الزوج غيره تطليق زوجته، سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة نفسها أو غيرها، بان يقول للزوجة: طلقي نفسك أو وكلتك في أن تطلقي نفسك، أو أمرك بيدك أو يقول لغيرها: طلق زوجتي إن شئت².

أما من حيث الأساس الشرعي، أن الخلع قد أخذ به غالبية الفقهاء مستدلين بقوله تعالى "فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"³. وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقه".

فكذلك الأمر بالنسبة لتفويض الزوج لزوجته الطلاق أو تمليكه لها، حيث ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية) إذ ذهبوا إلى أنه يجوز للزوج أن يفوض زوجته في طلاق نفسها⁴. وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى "يأبىء النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحاً جميلاً وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً"⁵. ووجه الدلالة هنا في الآية هو تخيير الزوجات بين الطلاق والبقاء على الزوجية، فكفى عن الطلاق باختيار الحياة الدنيا، وكفى عن البقاء باختيار الله ورسوله والدار الآخرة⁶.

وفي السنة النبوية، أنه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها: "إني أريد أن أعرض عليك أمر أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيرني أبوبك" قالت: "و ما هو يارسول الله؟ فتلى عليها الآية قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبواي؟ بل أختار الله ورسوله

¹ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق، دراسة فقهية مقارنة، دار البارودي العلمية للنشر والتوزيع 2010، الأردن، ص 288.

² جميل محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون دار الحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 237

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص، 238.

⁵ سورة الأحزاب، الآية، (28 - 29).

⁶ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق ص 239، نقلا عن القرطبي الجامع لأحكام القرآن. ص 171.

والدار الآخرة ، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت ، قال : " لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها إن الله لم يبعثني معننا ولا متعننا ولكن بعثني ميسرا"¹. ووجه الدلالة في الحديث أن الرسول (ص) خير نساءه بين الطلاق و البقاء فاخترن البقاء بدليل رد عائشة له صلى الله عليه وسلم .

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تتولى الزوجة طلاقها برغم اختلافهم في المصطلح المعبر عنه هذه الإنابة². في حين ذهب الظاهرية إلى عدم جواز تفويض الطلاق للزوجة مطلقا ، لأن الطلاق خاص بالرجال دون النساء.

بينما من زاوية الأساس القانوني سبق وأن وضعنا ان للخلع أساسه أو سنده القانوني سواء في المادة 54 من قانون الأسرة وفي المادة 115 من مدونة الأسرة . أما فيما يتعلق بطلاق التفويض أو التمليك، فنلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على هذا النوع من الطلاق.

وخلافا لذلك أخذ به المشرع المغربي في مدونة الأسرة، إذ نص في المادة 89 منها على أنه " إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79 و 89 أعلاه ، تتأكد المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين و تحاول الإصلاح بينهما طبقا لأحكام المادتين 81 و 82 أعلاه إذ تعذر الإصلاح تأذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق و تبت في مستحقات الزوجة و الأطفال عند الاقتضاء تطبيقا لأحكام المادتين 84 و 85 أعلاه . لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه ."

¹ مسلم ، الصحيح ، شرح النووي ، الجزء الثاني ، كتاب الطلاق رقم 1478 ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، الطبعة الأولى، 1929 ، ص 1103 .

² صارة بن شويخ ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بين مدونة الأسرة المغربية و قانون الأسرة الجزائري ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، وجدة ، المغرب ، 2008 - 2009 ص 99 .

ومما سبق، يتضح أنه ما على الزوجة المملكة للطلاق إن أرادت استعمال هذا الحق سوى اللجوء إلى المحكمة بتقديم طلب للإذن لها بذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 79 و 80 من المدونة وما على المحكمة إلا التأكد من توافر شروط التملك المتفق عليه بين الزوجين . وبعد إجراء محاولة الإصلاح بين الزوجين طبقا لنص م 81 و 82 من المدونة وإن تعذر ذلك ما على المحكمة إلا تأذن للزوجة بالإشهاد على الطلاق ، وعلى المحكمة الحسم في مستحقات الزوجة .ولا يمكن للزوج التراجع عن التملك بإرادته المنفردة وحدها وذلك حماية للزوجة التي لم تدخل مؤسسة الزواج إلا بناء عليه، وهو رأي الإمام مالك الذي يرى أن الزوجة يبقى لها التملك إلا أن ترده أو تطلق.¹

وبعد تفريقنا بين الخلع وما يشابهه من طلاق على مال وتطبيق وطلاق التملك نطرح الاشكالية حول المشروعية الفقهية والقانونية للخلع وهو ماسنجيب عنه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

مشروعية الخلع.

شرع الله سبحانه وتعالى النكاح لسعادة البشر، وجعل دوامه منوطا بالوفاء والوفاق، فإذا لم يتحقق ذلك كله انقلب الخير إلى شر والسعادة إلى شقاء، وكان من صالح الزوج والزوجة أن يفترقا "وإن يفترقا يغن الله كلا من سعته"². لذلك جعل الإسلام سبيلا للفرق، فمنح الرجل حق الطلاق، ومنح المرأة سبلا أخرى للفرق إذا كان في زوجها علة من العلل أو تعذر استمرار الحياة الزوجية لأسباب أخرى ومن أجل ذلك شرع الله الخلع.³

والخلع جائز لا بأس به عند كثير من العلماء لحاجة الناس إليه بسبب وقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها، وتكره العيش معه لأسباب جسدية أو خلقية أو دينية أو صحية لكبر أضعف ونحو ذلك فتخشى أن لا تؤدي حق الله

¹ محمد الكشور ، المرجع السابق، ص 89 .

² - سورة النساء، الآية 130.

³ - عبد الكريم شهيون، المرجع السابق، ص 22.

في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل، طريقاً للخلاص من الزوجية لرفع الحرج عليها ورفع الضرر ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها¹.
 وحداً كل من المشرع الجزائري في قانون الأسرة والمغربي في مدونة الأسرة حدوا الشريعة الإسلامية مجيزين للزوجة اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، في حين لم يأخذ المشرع التونسي بنظام الخلع مكتفياً بالحديث في مجلة الأحوال الشخصية عن إمكانية لجوء الزوجين على قدم المساواة إذا تضرر أحدهما من الآخر لطلب الطلاق.
 وسنتعرض لمشروعية الخلع في الشريعة الإسلامية في (المطلب الأول) ومشروعيته في القانون في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مشروعية الخلع في الفقه الإسلامي.

إنه وبالرغم من إجماع غالبية الفقهاء حول مبدأ جواز الخلع إلا أننا نجد بعض الآراء التي تقول بعدم جوازه ولكل من الرأيين حججه وأدلته.
 أما بالرجوع إلى التشريعات الوضعية الإسلامية، فأجازت جلها اللجوء إلى هذا الطريق رغم الاختلاف الحاصل من حيث تكييفه بكونه حق للزوجة أو رخصة تتوقف على إجازة للزوج.

الفرع الأول

المجوزون للخلع وأدلتهم.

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الخلع ونقل ذلك عن كثير منهم، فقال ابن رشد: " فأمّا جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء وأورد الإمام القرطبي في تفسيره من نصه " والجمهور على أخذ الفدية على الطلاق جائز، بل أن كثير من العلماء قال بإجماع على مشروعية الخلع عدا ما كان من أبو بكر المزني².

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 198.

² - سامح عبدالسلام محمد، الخلع كما شرعه الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2011، ص 34.

فضلا عن إجماع جمهور الفقهاء، فإن الخلع من القضايا التي ظهرت أدلتها جلية وواضحة من خلال ما جاء في شأنها من آيات في القرآن الكريم ومن الأحاديث النبوية الصحيحة الصريحة، فضلا عن تحقيق الإجماع فيها¹.

أولاً: الأدلة من المصادر الأصلية.

ونتعرض فيها الى ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية وكذا ما جاء في اجماع الفقهاء والمعقول والاثار الواردة عن الصحابة.

أ) القرآن الكريم.

لقد ورد في كتاب الله آيات كثيرة تحت على أحكام الخلع، أخذ بها الفقهاء في وضع أحكامهم وتنظيمهم للخلع ومن ذلك قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾².

والخطاب هنا موجه للأزواج، أي لا يحل لهم أن يأخذوا مما دفعوا إلى نساءهم من المهر شيئاً على وجه المضارة لهن، وخص ما دفعوه إليهن بعدم حل الأخذ منه مع كونه لا يحل للأزواج أن يأخذوا شيئاً من أموالهن التي يملكنها من غير المهر لكون ذلك هو الذي تتعلق به نفس الزوج وتتطلع لأخذه.³

فبعد أن ذكر الله أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر الله أن أخذ المال من الزوجة محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما فجاء هذا الاستثناء الوارد في الآية الكريمة التي تجيز للرجل أن يأخذ شيئاً مما قدم لزوجته من أجل الزواج نظير طلاقها بالنهي عن

¹ - يوسف عبد الرحمان الفرت، الخلع في التشريع الإسلامي وفي القانون المغربي ، 2000 ، ص671.

² - سورة البقرة ، الآية 229.

³ - محمد بن علي الشوكاني ،فتح القدير ،الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ،الجزء الأول ،دار ابن الأرقم

لبنان ، ص241.

ذلك¹ في قوله سبحانه تعالى "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأنتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذنا منكم ميثاقا عظيما"².

ويقول الفخر الرازي " أعلم أن الله تعالى لما منع الرجل أن يأخذ من امرأته شيئا عند الطلاق استثنى مسألة الخلع بمعنى أنه أباح للزوج أخذ المال مقابل الطلاق، لأن الله تعالى أمر عند تسريح المرأة أن يكون بإحسان، ونهى الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه لها من مهر إلا في حالة الخوف ألا يقيما حدود الله³، وذلك في قوله جل جلاله ﴿ولا يحل لكم ان تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا ان يخافا ألا يقيما حدود الله﴾⁴.

والمراد هنا إقامة حدود الله التي شرعها للزوجين من حسن العشرة والطاعة والقيام بحق كل من الزوجين نحو الآخر، فإن ظهرت بوادر الشقاق والخلاف، واستحكمت أسباب الكراهية والنفرة، جاز للمرأة أن تفتدي، وجاز للرجل أن يأخذ المال. وطلاق المرأة على هذا النحو هو المعروف عند الفقهاء بالخلع باعتباره فراق الرجل زوجته على بدل يأخذ منها، ذلك أنه في الزواج أعطى المهر، وبدل تكاليف الزواج وأنفق وهي طالبة الفراق بعد كل هذا⁵. ومما سبق يتضح بأنه لا يجوز أصلا للزوج أن يأخذ من صداق زوجته أي شيء، وإذا أخذه بدون مبرر شرعي يكون قد فعل شيئا حراما. ولكن استثناء من هذا المبرر قرر الشارع الحكيم جوازا أخذ الزوج من مال الزوجة في حال افتداء الزوجة نفسها مقابل طلاقها عندما يحصل تنافر بين الزوجين أو تخلي الزوج عن واجباته⁶.

¹- خليل عمرو، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص176.

²- سورة النساء، الآيتين 21/20.

³- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، 1997، ص 14.

⁴- سورة البقرة، الآية 229.

⁵- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق ص 14.

⁶- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 248.

(ب) - من السنة النبوية:

قد ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع، وهي وإن كانت معظمها تدور حول قضية واحدة وهي خلع، امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها إلا أنها تختلف فيها بينها من حيث زيادة ألفاظ في بعضها أو اختلاف في سبب شكواها منه.¹

ومن بين هاته الروايات:

ذكر البخاري في الصحيح روايات لأحاديث عدة في موضوع الخلع " فعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقه"².

وما رواه الإمام مالك في موطنه: "عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمان بن سعيد بن زرارة أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل في الغلس، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من هذه؟) فقالت: أناحبيبة بنت سهل، فقال: (ماشأنك؟) فقالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله (ص): (هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر.) يا رسول الله، كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله (ص): (خذ منها) فأخذ منها وجلست في أهلها"³.

¹ - أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الإيلاء، الظهار) دار الكتب القانونية، مصر، ص 56.

² - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة . عمان الأردن الطبعة الأولى 2009 ص 143 .

³ - منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وأثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة ، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص 49.

"وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن ثابت بن قيس كان دميماً وأن امرأته قالت: لو لا مخافة الله إذ دخل علي لبصقت في وجهه"¹.

في رواية أن امرأة ثابت أتت رسول الله (ص) وقالت: "يا رسول الله، لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبداً، فإني رفعت جانب الخباء فرأيتُه أقبِل في عدة فإذا هو أشدهم سواد وأقصرهم قاماً وأقبحهم وجهاً"².

وفي رواية أنه كانت جميلة بنت أبي بن سلول تحت ثابت بن قيس بن شماس، فنشزت عليه، فأرسل إليها فقالت: والله ما كرهت منه شيئاً إلا دمامته، فقال: "أتردين عليه الحديقة؟" قالت: نعم، "ففرق بينهما"³.

وفي رواية اختلعت الربيع بنت معوذ بن غفراء من زوجها فجاءت عثمان فسألته: ماذا علي من العدة؟

فقال: لا عدة عليك إلا أن يكون حديث عهد بك، فتمكثين عنده حتى تحيضين عنده حيضه، قالت وإنما تبع في ذلك قضاء رسول الله (ص) في مريم المغالية، وكانت تحت ثابت بن قيس فاختلعت منه⁴.

وكل هذه الأحاديث التي تدل وبصدق عن مشروعية الخلع وجوازه إذ أنها صحيحة لم يطعن أحد من الفقهاء في صحتها، والاختلاف في الروايات لا يفسد في الأمر شيئاً مادامت كلها تتحدث عن مشروعية الخلع.

ثانياً: الإجماع.

الإجماع منعقد على حرمة أخذ المسلم مال أخيه بغير حق وكان مقتضى ذلك أن لا يحل للزوج أخذ بدل الخلع قضاء إذا كان النشوز من جانبه¹.

¹ - رواه ابن ماجة.

² - محمد ابراهيم الحفناوي، الطلاق، مكتبة الإيمان، مصر، الطبعة الثانية، 2005، ص 290-291.

³ - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص 368.

⁴ - تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 369.

وحكى الإجماع على مشروعية الخلع نفر كثير من علماء المذاهب المختلفة، وذلك رغم اختلافهم حول الحالات التي يباح فيها، واختلافهم كذلك في أحكامه وآثاره².

وبذلك أجمع الفقهاء المسلمون على مشروعية الخلع بدليل الكتاب والسنة ولم يخرج عن إجماع الفقهاء سوى عبد الله المزني وهو أحد التابعين والذي كان الإجماع قد انعقد من قبله، وفي ذلك قول الإمام مالك: "لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذ لم يضر بالمرأة ولم يسيء إليها ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به"³.

وقال ابن قدامة، وهو قول عمرو عثمان، ولم نعرف للموفي عمرهم مخالف فيكون إجماعاً، وقال ابن عبد البر: ولا نعلم أحد خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني، فالإجماع منعقد على مشروعية الخلع"⁴.

ثالثاً: من المعقول.

فلأن في الخلع دفع الضرر عن المرأة غالباً ولأن ملك النكاح حق الزوج، فيجوز أخذ العوض عنه كالقصاص وهذا من سماحة الإسلام ورحمته بالزوجة وإنصافها لها وللزوج معا حيث أباح لها إذا كانت تضيق بعشرة زوجها، ولا تسكن نفسها إلى الحياة معه، أن تختلع منه حتى لا تعيش في هموم تضرها وتجبرها على التقصير في واجباته، وليس من العدل في شيء أن يحتمل الزوج وحده نفقات الزواج، ثم ترغب الزوجة في خصم هذه العلاقة وحدها ولا تحتل بعض الغرم، لقاء ما احتمل الزوج، ولهذا كله أباح الإسلام الخلع ولم يترتب عليه إثماً لا على الرجل ولا على المرأة¹.

¹ - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1998، ص 207.

² - سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دراسة مقارنة في فقه الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الغربي بمكوناته الرومانية والمسيحية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص 174.

³ - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الطبعة الثانية ص 504.

⁴ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع نفسه، ص 504..

رابعاً: الآثار الواردة عن الصحابة.

أخرج البيهقي وعبد الرزاق أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أتى بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزيل فحبسها فيه ثلاثاً ثم دعاها فقال: كيف وجدت مكانك؟ فقالت: ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليالي حبستني، فقال لزوجها: اختلعها ولو من قرطها. ووجه الاستدلال من هذا الأثر قول عمر للزوج "اختلعها ولو من قرطها" فهو نص صريح على مشروعية الخلع كأحد الحلول المشروعة لإنهاء العلاقة الزوجية².

وروى البيهقي في سننه وعبد الرزاق في مصنفه أن الربيع بنت معوذ بن غفراء اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه، فخاصمته في ذلك إلى عثمان بن عفان - رضي الله عنه - فأجازه وأمره أن يأخذ عقا ص رأسها فما دون. ووجه الاستدلال من الأثر هو إجازة عثمان بن عفان رضي الله عنه لمخالفة الربيع لزوجها، وهذا يدل على مشروعية الخلع وإلا لما أجازه عثمان (رضي الله عنه)³.

الفرع الثاني

الموقف المانع للخلع وأدلته.

لم يخالف إجماع الفقهاء حول جواز الخلع إلا أبو بكر المزني، وقال بعدم جواز الخلع مطلقاً واستدل على ذلك بأدلة من القرآن والسنة.

أ- الدليل من القرآن الكريم.

قال أبو بكر المزني بأن الافتداء الوارد بنص الآية في قوله تعالى:

" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁴ . منسوخ بقوله تعالى: " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأنتيم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً"¹.

¹ - محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، مصر، ص 501 .

² - شويس هزاع المحاميد، أحمد فخري عزام، رضا الزوج في المخالفة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات العلوم الإنسانية والإجتماعية المجلد 19 العدد 04 ، 2004 ، الأردن ص 220 .

³ - شويس هزاع المحاميد، أحمد فخري عزام، المرجع السابق، ص 221.

⁴ - سورة البقرة، أية 229.

ورأى صاحب هذا الرأي أن هذه الآية نسخت الآية الأولى حيث أن افتداء المرأة لنفسها كان جائزاً ثم نسخ ومن ثم لا مجال للقول بجوازه.

لكن قوله مردود عليه، وذلك لأنه من القواعد الأصولية في قضية إبطال نص لاحق لنص سابق أنه لا بد من وجود أحد أمرين:

1- أن ينص اللاحق على أنه ناسخ للسابق.

2- أن يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما ومن خلال دراسة الآيتين يتبين:

أن الآية " وإن أردتم استبدال زوج " تفيد أنه إذا أراد الرجل أن يستبدل بزوجه وهي لا تريد فراقه فلا يجوز أن يظلمها ويضر بها حتى تدفع له من مالها شيئاً نظير طلاقها².

وأما الآية " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ". فمعناها أنه يجوز للرجل أن يأخذ منها مالا إذا كانت كارهة له، وتخاف بذلك عدم القيام بالواجبات الزوجية فتطلب الطلاق من غير أن يكون الرجل هو السبب.

وبذلك فالآيتان ليستا متعارضتان لأن الأولى تدل على تحريم أخذ شيء من صداقها عن طريق العدوان والبهتان وليس فيهما ما يدل على نهى الشارع عن الخلع ولعل قوله سبحانه وتعالى: " فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً ". يدل على جواز الخلع ودفع الزوجة المال لزوجها عن رضا وطيب نفس وليس فيه إثم ولا ظلم ولا عدوان³.

ومما سبق يتضح أن الآيتين ليس بينهما تعارض وأن كل آية من الآيتين السابقتي الذكر محكمة، إذ ليس في إحداهن ما يوجب نسخ الأخرى⁴.

¹ - سورة النساء، آية 20.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 61.

³ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - هيشور أحمد، المرجع السابق، ص 53.

ب / الدليل من السنة النبوية:

إستدل صاحب هذا الرأي من السنة النبوية بما روى عن النبي (ص) أنه قال " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة ". وكذلك ما روى عن أبي هريرة أن النبي (ص) قال " المختلعات هن المنافقات " والوعيد الوارد في الحديث الأول موجه للزوجة التي تطلب الطلاق ومنه الخلع وذلك بدون سبب أما إذا توخت الزوجة رد بأس عن نفسها كخشيتها من عدم إقامة حدود الله فلا مجال للقول بهذا الحكم¹.

والحديث الثاني قد طعن العلماء في سنده حيث عقب عليه الإمام الترميذي بكونه حديث غريب وليس إسناده قوي وكذبه الحسن البصري فسقط بقول الحسن فلا يحتج به².

وعلى غرار ما جاءت به الشريعة الإسلامية في مسألة الخلع أجازت القوانين المغربية للأسرة الخلع الا القانون التونسي الذي لم يتحدث عنه جاعلا مسألة فك الرابطة الزوجية بين الزوجين على قدم المساواة بينهما اذ لكل منهما الحق في طلب الطلاق لما اصابه من ضرر من الاخر.

المطلب الثاني

المشروعية القانونية للخلع

أجاز كل من المشرعين الجزائري والمغربي للزوجة اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة والمادة 115 من المدونة، في حين لم ينص المشروع التونسي على الخلع سواء كان بالتراضي بين الزوجين أو من خلال دعوة ترفعها

¹ - هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص55.

² - المرجع نفسه، ص55.

الزوجة للقاضي تطلب فيها مخالعة زوجها فلا حاجة إلا ذلك لأن القانون أعطى كل من الزوج والزوجة حق طلب الطلاق إذا تضرر أحدهما من الآخر.¹

الفرع الأول

مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري .

نص كل من القانون 11/84 والأمر 02/05 المعدل له والمتعلقين بقانون الأسرة على مشروعية الخلع بالرغم من الإختلاف حوله كونه حق أو رخصة، حيث نص القانون 11/84 في مادته 48 على أنه " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".² ونصت المادة 54 منه على أنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".³

ومن خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة الخلع عندما تكره زوجها دون أن يبادلها الكره وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها.⁴ والجدير بالذكر أن الخلع المقصود وفق المادتين 48 و54 يأخذ حكم الرخصة للزوجة، هذه الرخصة التي تتمثل في إيجازه الحق في الخلع للزوجة من طرف الزوج. فالخلع في مفهوم هذا القانون هو عبارة عن عقد اتفاقي بين الزوجين ينعقد عادة بعرض الزوجة مبلغ معلوم من المال على زوجها مقابل تطليقها، مع قبول الزوج هذا العرض

¹ - تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 400.

² - القانون 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة.

³ - القانون 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة.

⁴ - فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري ، في الزواج والطلاق ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986 ص

والطلاق. وهذا يعني أن الخلع طلاق رضائي مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجلها أن تختلع من رباط الزوجية دون نزاع أو مخاصمة.¹

في مقابل القانون 11/84، جاء الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمعدل له ليؤكد على جواز مشروعية الخلع وهو ما يتضح جليا من خلال نصي المادتين 48 و 54 منه والمعدلتين، حيث نصت المادة 48 في صيغتها المعدلة على مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضى الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ونصت المادة 54 المعدلة في صياغتها الجديدة "يجوز للزوجة وبدون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل في صدور الحكم".

إن الشيء الملاحظ من خلال الأمر 02/05 والقانون 11/84 وبالرغم من توافقهما حول مشروعية الخلع وجوازه كحق للزوجة لها أن تلجأ له متى كرهت زوجها وأصبحت لا تطيق العيش معه، إلا أنهما اختلفا من حيث طبيعة الخلع حيث إرتقى الأمر 02/05 في تعديله للمادة 54 إلى الخلع من مبدأ الرضائية وتوقفه على مبدأ الرخصة المملوكة للزوج إلى مبدأ أن الخلع حق أصيل للزوجة لها أن تلجأ إليه متى وأنى شاءت دون انتظارها لقبول أو موافقة الزوج عليه.

الفرع الثاني

مشروعية الخلع في مدونة الأسرة المغربية.

تحدث المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصل 61 على أنه يجوز للزوجين أن يتراضيا على طلاق الخلع، وأولى التعديل الجديد لمدونة الأسرة أهمية بالغة لمسألة فك الرابطة الزوجية بالخلع وذلك بتخصيصه لسبع مواد

¹ - عماري نور الدين ، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء و ق أ ج مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد 13 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة ص 108.

تعالج مختلف الإشكاليات التي يطرحها. حيث نصت المادة 115 من المدونة على مايلي " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 " ¹.
ويظهر جليا من خلال نص المادة أن المشرع المغربي أجاز للزوجين الإتفاق بينهما على مبدأ الخلع لقاء تخلص الزوجة من زوجها مقابل بدل تدفعه، والملاحظ من خلال نص المادة 115 من المدونة أن المشرع المغربي اعتبر الخلع عقد رضائي يجوز للزوجين الإتفاق والتراضي بينهما عليه طبقا لأحكام المادة 114 والتي تسمح للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بشروط لا تتنافى مع أحكام المدونة ومصالح الأطفال أو بدون شروط.

وبذلك أجاز المشرع المغربي الأسري الخلع لكن ربطه دائما بمسألة الإتفاق سواء في اللجوء إليه كما نصت عليه المادة 115 أو الإتفاق حول البديل كما نصت عليه المادة 120 .

ويتضح مما سبق موافقة المشرع المغربي للمشرع الجزائري في مسألة جواز الخلع، لكن يظهر جليا مدى إختلافهما حول طبيعته ، حيث أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة وجعله حقا أصيلا لها ودون موافقة الزوج، في حين ربطه المشرع المغربي وطبقا لأحكام نص م 115 بمبدأ الإتفاق بين الزوجين مفعلا بذلك عنصر الرضا ئية بين الزوجين لإيقاع الخلع.

الفصل الثاني

أركان الخلع

أهمل كل من المشرعين الجزائري والمغربي الحديث عن أركان الخلع فلم يتعرضا لها بحيث أكتفى المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الاسرة بالحديث على إمكانية لجوء الزوجة لاستعمال حقها في الخلع، كما تحدث المشرع المغربي على الرخصة الممنوحة للزوجة في اللجوء إلى الخلع طبقا للمادة 115 من مدونة الأسرة المغربية، وإن

¹ - مدونة الأسرة .

عدم التنصيص في القانونين الجزائري والمغربي الأسريين على أركان الخلع يحيلنا إلى تفصيل النصوص الواردة في كلا القانونين والتي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية هاته الأخيرة التي تحصر اركان الخلع في الزوجان واللدان يشترط فيهما أن تكون الزوجية قائمة بينهما وفق عقد صحيح، وكذا في صيغة الخلع وهي الألفاظ الدالة على إرادة الطرفين وأخير بدل الخلع وهو ما تقدمه الزوجة لزوجها كعوض عن الخلع.

وسنتعرض لذلك بالحديث عن الزوجان محل الطلاق بواسطة الخلع (مبحث أول) والصيغة الواجب استعمالها في حالة الخلع وبدل الخلع (مبحث ثاني).

المبحث الأول

الزوجان محل الطلاق بواسطة الخلع

إن الحديث عن فك الرابطة الزوجية بالخلع ليس له معنى إلا بوجود رابطة زوجية قائمة بموجب عقد زواج صحيح بين الزوج والزوجة، حيث يشترط حتى يصح خلع كل منهما أن تكون الزوجة محلا للطلاق فلا يصح للزوج أن يخلع زوجته بعد البينونة ولا بعد الردة ولا في النكاح الفاسد، فبذلك يشترط أن تكون الزوجة محلا للطلاق وأهلا للتبرع بأن تكون بالغة عاقلة ورشيدة، غير محجور عليها لأن الخلع بالنسبة لها معاوضة فيه شبه تبرع وأن لا تكون مكرهة، كما يشترط أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه وهو الذي توافرت فيه الأهلية فلا يصح الخلع من الصغير أو المجنون أو المعتوه.

وسنتعرض للأحكام المتعلقة بالزوجة في (المطلب الأول) ثم الأحكام المتعلقة بالزوج

في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الزوجة.

وهي الملتزمة ببذل الخلع و يشترط فيها كما سبق ذكره أن تكون زوجته شرعا أي بموجب عقد صحيح شرعا، كما يشترط أن تكون بالغة عاقلة رشيدة¹. وان تكون أهلا للتبرع للزوم البذل وغير محجور عليها لسفه او مرض، أو غفلة. وعلى هذا إذا كانت الزوجة المخالعة على بذل صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وما يترتب عليه وخالعتها زوجها على مقدار من المال وقبلت ذلك وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال لأن العوض في الخلع في معنى التبرع وهي ليست أهلا للتبرع في ما لها. وكذا إذا كانت الزوجة كبيرة محجور عليها لسفه، وقبلت المخالعة على مال من مالها يقع الطلاق ولا تلزم الزوجة بالبذل لكونها محجور عليها لسفه والشخص المحجور عليه ليس أهلا للتبرع.²

وخلاصة القول انه إذا كان الخلع طلاق مقابل بدل تلتزم به الزوجة بدفعه للزوج فلا بد أن تكون أهلا للتبرع ولا تكون أهلا للتبرع إلا إذا كانت عاقلة و بالغة لسن الرشد كما حددته المادة 40 من قانون المدني الجزائري بقولها " سن الرشد 19 سنة كاملة " فإذا لم تبلغ الزوجة سن الرشد لا يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك وأما التي دون سن القانوني إذا خلعت وقع الطلاق ولا تلزم ببذل إلا بموافقة وليها.³

وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في نص المادة 116 (تخالع الراشدة عن نفسها والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي).

¹ - محمد ابراهيم الحفناوي، الطلاق، الطبعة الثانية، مكتبة الايمان، مصر، 2005، ص 296.

² - منال محمود المشني، الخلع في قانون الاحوال الشخصية، أحكامه و آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2008، ص 69.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 265 - 266.

الفرع الاول

خلع الصغيرة.

الصغيرة هي تلك الزوجة التي لم تبلغ سن الزواج إلا أنه رخص لها بالزواج وفقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة ووليها هو الذي ينوب عليها¹ وهو ما تحدث عنه المشرع المغربي في المادة 20 من مدونة الأسرة إذ لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها وذهبت المادة 21 من المدونة إلى أن زواج القاصر متوقف على موافقة نائبة الشرعي و بما أن ترشيد الزوجة يمنحها الأهلية في ممارسة حق التقاضي فهل يمكنها خلع نفسها على مقابل مالي تدفعه للزوج رغم أنها ليس أهلا للتبرع.

اختلف الفقهاء في حكم خلع الصغيرة حيث لكل منهم رأيه الخاص، فالحنفية ميزوا بين خلع الصغيرة المميزة و خلع الصغيرة غير المميزة. أما الصغيرة المميزة. فذهب الأحناف أنه إذا خالعت زوجها وقع عليها الطلاق رجعي ولا يلزمها المال، وأما وقوع الطلاق فلأن عبارة الزوج معناها تعليق الطلاق على قبولها، وقد صح التعليق لصدوره من أهله، و وجد المعلق عليه، وهو القبول ممن هي أهل له لأن الأهلية للقبول تكون بالتميز وهي صغيرة مميزة ومن وجد المعلق عليه وقع الطلاق المعلق. كما أن عدم لزوم المال فلكونها صغيرة ليست أهلا للتبرع، إذ يشترط في الأهلية للتبرع العقل والبلوغ وعدم الحجر لسفه أو مرض واما كون الطلاق رجعيا فلأنه لما لم يصح التزام المال، كان طلاقا مجردا لا يقابله شيء من المال، فيقع رجعيا². وعليه، إذا كانت الزوجة المخالعة على بدل صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع، وما يترتب عليه، وخالعتها زوجها على مقدار من المال، وقبلت ذلك وقع

¹ - عمرو خليل، مرجع السابق، ص 179.

² - علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية لبنان، 2003، ص 45.

الطلاق عليها ولا يلزمها المال، لأن العوض في الخلع في معنى التبرع وهي ليست أهلاً للتبرع في مالها¹.

أما خلع الصغيرة غير المميزة فهي لا يقع خلعها طلاقاً أصلاً لعدم وجود المعلق عليه وهو القبول ممن هو أهله².

في حين يرى المالكية بأنه لا يصح للصغيرة أن تباشر مخالعة الزوج بعوض مالي.

فإذا خالعت الزوج على مال وقبضة فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع، فإن أذن فإنه يصح الخلع ويلزم العوض³.

وبذلك إذا خالعت الأب عن ابنته الصغيرة أو السفية التي تجبر مثيلاتها على الزواج بولاية أباها، فالخلع صحيح سواء كان من ماله أو من مالها و سواء كان بإذنها أو بدون إذنها⁴.

في حين ذهب الشافعية إلى أن خلع الصغيرة سواء كانت مميزة أو غير مميزة، باطل فلا يقع به طلاق⁵. بينما خلافاً لذلك ذهب "المزني" إلى أن خلعها صحيح وهو قوله: "لوخلع محجور عليها بمال إن المال يبطل وله الرجعة وإن أراد أن يكون بائناً كما لو طلقها تطليقه بائنة لم تكن بائناً وكان له الرجعة"⁶. فبالتالي خلعها صحيح ولكن لا يلتزم بدفع البديل ويكون الطلاق الواقع بخلعها طلاقاً رجعياً.

أما الحنابلة ذهب إلى أنه لا يجوز خلع الصغيرة غير المميزة ولا يجوز خلع الولي عنها من مالها، وأما الصغيرة المميزة لا يجوز خلعها بنفسها لأنه لا يصح بدل العوض منها

¹- بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 402.

²- هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقضاء وفق لقانون رقم 1 سنة 2000، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 26.

³- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 1031.

⁴- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 115.

⁵- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 116.

⁶- اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل، ابو ابراهيم المزني، مختصر المزني، الجزء الخامس، دار المعرفة بيروت، 1990، ص 184.

فهي ليست من أهل التصرفات، وسواء أذن لها الولي أم لم يأذن، فلا عبره بإذنه من التبرعات¹.

أما من زاوية القانون، فالحقيقة أنه عندما تخالع الزوجة نفسها وهي ما تزال لم تبلغ سن الرشد تكون في سن التمييز الممتد في القانون الجزائري من 13 إلى 19 سنة وتكون في هذه المرحلة ناقصة الأهلية وتكون جميع تصرفاتها خاضعة للولي وإجازته، وذلك ما تحدثت عنه المادة 83 من قانون الأسرة في قولها " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لنص المادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

و الملاحظ أن تصرفها الذي بموجبه تدفع مبلغ من المال في مقابل امتلاكها نفسها وإزالة سلطان زوجها عليها هو تصرف دائر بين النفع والضرر، وهو متوقف على إجازة الولي هذا في الأصل والقواعد العامة. ولكن نلاحظ أن المسألة هنا فيها تصرف شخصي وآخر مالي فينفذ الشخصي ويقع به الطلاق ويعتبر التصرف المالي باطلا إن أبطله من له حق في الإجازة².

في حين ذهب المشرع المغربي صراحة إلى أنه يجب أن تكون الزوجة عاقلة راشدة فإذا كانت عاقلة ولكنها لم تبلغ سن الرشد، نتج عن الخلع طلاق بائن كذلك، غير أن الزوجة لا تلتزم بأداء بدل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي³. فالخلع إذن يقع صحيحا، لأنه يحق لها الطلاق ولو كانت قاصرة عملا بمقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة غير أن الزوجة لا تلتزم ببذل هذا الخلع لأنه يتعلق بالمال و لا يصح ذلك إلا بموافقة نائبها الشرعي⁴. وذلك ما سار عليه القضاء المغربي حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى " أن المحكمة المطعون في

¹ - عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 117.

² - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 309 - 310.

³ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 106.

⁴ - محمد الشافعي، الطلاق و التظليق في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المغرب، ص 90.

قرارها قد أوضحت في تعليقه عن صواب أنه تبين لها من اطلاعها على أوراق الملف أن المدعية كانت وقت الطلاق الخلعي الذي وقع عليها من زوجها دون سن الرشد القانوني، لذا فإن ما تخالعت به لا يلزمها ولا يستحقه زوجها إلا بموافقة وليها وأنه ليس بالملف ما يفيد موافقة وليها على ذلك، وبالتالي فإنها كانت على صواب حينما لم تعتد بما تخالعت به المطلوبة من حقوق، ورأت أن هذه الأخيرة محقة في طلباتها المحكوم بها¹.

إن صفة المدعي تكون ثابتة إذا قدم دعوى نيابة عن بنته البالغة من العمر 18 سنة يطالب فيها بحقوقه المترتبة عن الطلاق من المتعة ونفقة وسكن والتي تنازلت عنها أثناء الطلاق الخلعي دون أن تستوفي سن الرشد القانوني المنصوص عليه في الفصل 137 من المدونة واعتبر أن عقد الطلاق الخلعي المتضمن حضور الزوجين صحبة أخ الزوجة دون ولي أمرها الذي هو الأب لا يلزم غير الرشيدة لما اختلعت به².

والملاحظ مما سبق، أن المشرع الجزائري اقتصرها على التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كما جاء في نص المادة 83 من قانون الأسرة، بينما أجازها بالنسبة للتصرفات النافعة، في حين أن المشرع المغربي نص على خلع الصغيرة صراحة في نص المادة 116 وعلقه على إجازة النائب الشرعي فيما يتعلق بالبذل وهو نفس ما سار عليه القضاء المغربي.

¹ - المجلس الأعلى، عدد 597 13/06/1986 الملف الاجتماعي 82/97240، مجلة رسالة المحاماة عدد 4 ص

131 نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 195.

² - المجلس الأعلى، 04/04/2001، الملف الشرعي عدد 2000/489، عدد 363 نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع

السابق، ص 195.

الفرع الثاني

خلع مختلة العقل.

قد تكون الزوجة مختلة العقل لجنون أوعته أوسفه أوتكون في مرض الموت فيكون بذلك أثر لتصرفها في حالة الخلع.

أولاً: خلع المجنونة و المعتوهة.

المجنون جنونا منطبقا هو من فقد عقله واستوعب ذلك جميع أوقاته. أما الجنون غير المطبق هو من كان يذهب عقله في بعض الأوقات ويعود إليه في بعضها و بالتالي فالتصرف في كلتا الحالتين حالة الجنون المطبق وحالة الجنون غير المطبق في وقت ذهاب العقل، باطل، إذا أن تصرف المجنون جنون مطبق سواء كان نافعا أوضار أو دائر بين النفع والضرر فتصرفاته باطلة ،وكذلك الشأن للمجنون جنون غير مطبق فتصرفاته في وقت ذهاب عقله تكون باطلة وذلك لصدور هاته التصرفات من فاقد الأهلية¹.

أما المعتوه، فهو من كان قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير لاضطراب عقله وهو بذلك ليس عديم الأهلية بل ناقص الاهلية، فإن كان تصرفه نافعا له نفعا محضا كقبوله الهبة له أو الوصية صح ونفذ بدون توقف على اجازة وليه، وان كان تصرفا ضارا ضررا محضا كتبرعه بشيء من ماله بطل ولا تصححه اجازة الولي وإن كان تصرفه محتمل الضرر والنفع كبيع أو شراء صح وكان موقوف نفاذه على اجازة وليه².

مما سبق يطرح التساؤل حول جواز خلع كل من المجنونة والمعتوهة، فإذا كانت تصرفات من سبق ذكرهم باطلة احيانا وموقوفة على اجازة الولي أحيانا اخرى فما حكم خلع الزوجة المجنونة والمعتوهة خاصة أنه قد تدفع بدلا لزوجها يكون في حكم التصرف المالي على سبيل التبرع.

¹ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، على وقف المذهب ابي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاکم، الطبعة الثانية ، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، 1990، ص 217.

² - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 218.

لقد اتفق الفقهاء حول عدم جواز خلع المجنونة بالرغم من اختلافهم في بعض الجزئيات في حين أن خلع المعتوهة ينظر فيه إلى نفعه و ضرره و احتمال الضرر والنفع فيه باعتبار أن المعتوهة ناقصة الاهلية لا عديمتها.

فيرى كل من الشافعية والحنابلة والحنفية أن خلع المجنونة باطل بطلانا مطلقا إذ يرى الشافعية أن خلع المجنونة باطل ولا يقع به طلاق و ذلك ما جزم به الحنابلة الذين قالو بعدم جواز خلع المجنونة كالصغيرة المميزة ولا يجوز خلع الولي عنهما من مالهم، وهو نفس الأمر الذي ذهب إليه الحنفية بقولهم أن الخلع إذا كان بصيغة تتكون من إيجاب

وقبول فباشره الزوج مع زوجته وهي مجنونة أو صغيرة لا تميز فالخلع باطل، ولا يترتب عليه طلاق، إلا أن الخلع حينئذ عقد باشره من ليس أهلا له فكان باطلا.¹

أما المالكية فقالوا أن خلع المجنونة وكذا الصغيرة غير جائز ويفرق المالكية بين الحالتين:

1- إذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال إن قبضه.

2- إما إذا علق الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق ولا يجب المال.²

أما خلع المعتوهة فهو يأخذ حكم خلع الصغيرة غير المميزة باعتبار أن المعتوهة ليست فاقدة الاهلية أو عديمتها بل هي ناقصة الأهلية.

أما قانونا فقد نص في المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".

فالمجنونة إذن وفق مفهوم المادة لا تكون أهلا لمباشرة حقوقها المدنية وراجع ذلك لفقدانها للتمييز. ولأن تصرف الزوجة في الخلع بتقديم البدل يعتبر من سبيل التبرع هذا

¹ - عامر سعيد الزيباني، المرجع السابق، ص 113 - 116 - 117.

² - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 565 - 566.

التبرع الذي يعتبر تصرفا قانونيا يشترط في صاحبه أن يكون سليم العقل بالغا 19 سنة وغير محجور عليه وهو الامر الذي أشارت اليه المادة 203 من قانون الاسرة الجزائري. في حين وانه من خلال تفحصنا لمدونة الاسرة المغربية فانه وبمفهوم المخالفة لنص المادة 210 التي تنص على أن " كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكوم كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته". وباعتبار ان المجنون فاقد العقل عديم الأهلية طبقا لنص المادة 217¹. وإن المعتوه الذي عرفته المادة 216 من المدونة بأنه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته ناقص الأهلية طبقا للمادة 213 من المدونة².

ويستنتج من ذلك، أن المجنون عديم الأهلية فيعتبر بذلك خلعه باطلا بطلانا مطلقا ولا ينتج عنه أي أثر وذلك ما هو مستوحى من نص المادة 224 من المدونة. في حين أن تصرف المعتوه بالخلع مثل تصرفات الصغير المميز وإذا تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا أو باطلا إذا كانت مضرة بما و تتوقف على اجازة وليها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وذلك وفقا للمادة 225 من المدونة وهو ما عززته المادة 228 بنصها على ان تخضع تصرفات السفية و المعتوه لأحكام المادة 225 من المدونة.

ثانيا: خلع السفية و ذو العفلة.

السفيه هو من يبذر ماله ويضيعه فيما لا مصلحة له فيه ولا يرتضيه عقل ولا دين

¹ - يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولا: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز.

ثانيا : المجنون و فاقد العقل.

² - يعتبر ناقصة أهلية الأداء:

- الصغير الذي يبلغ التمييز و لم يبلغ سن الرشد.

- السفية.

- المعتوه.

وذو الغفلة هو السليم القلب الذي يغبن في المبايعات ولا يهتدي إلى الربح من التصرفات¹.

فالسفيه و ذو الغفلة ليس فاقدى الأهلية و لا ناقصيها، وذهب الشافعية و الحنابلة أن خلع السفية طلاق و هو صحيح و لكن لا تلتزم بالمال، سواء أنن وليها أم لم يأذن و يقع الطلاق رجعيًا لأن الخلع بدون عوض عند الشافعية طلاق رجعي، فإقدام الزوج على مخالعة زوجته السفية و هو يعلم أنما لا تلتزم بدفع المال يعتبر كأنه خالعه بدون عوض هذا إذا كان بعد الدخول أما قبل الدخول فيقع الطلاق بائن².

في حين يرى الحنفية أنه إذا خالعت السفية زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال، ثم إن كان بلفظ الخلع و نحوه، من ألفاظ كنايات الخلع كان بائنا، وإن كان بلفظ الطلاق كان رجعيًا³. فإن السفية التي تعقل معنى النكاح و الطلاق اي تفهم أن النكاح عبارة عن اجتماع رجل و امرأة و ان الطلاق فراقهما عن بعضهما قالوا يقع الطلاق بالخلع و لكن لا يلزمها المال لأنها ليست من أهل التبرع، مالو باشر الخلع عنها وليها:

أ- فإن كان البديل من ما لم يجب المال وفي وقوع الطلاق روايتان:

1- الأصح ان الطلاق يقع لأنه معلق على قبول الولي و قد قبل.

2- أنه لا يقع لأن الزوج إنما علق طلاقه على استحقاق المال فإذا لم يتحقق

اختل الرضا فيجب ألا يقع.

ب- أما إذا كان البديل من مال الولي فالخلع صحيح و البديل لازم ولا رجوع للولي

على الزوجة لأنه متبرع⁴.

¹ - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 218.

² - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 562.

³ - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 1030.

⁴ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 562.

أما عند المالكية فليس للسفينة أن تباشر مخالعة الزوج بعوض مالي فإذا خالعت الزوج على المال وقبض، فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي في الخلع، فإذا أذن فإنه يصح الخلع ويلزم العوض. فإن كانت السفينة لا وليا لها ويقال لها المهملة، والتزمت العوض فإن لا يصح أيضا كما لو كان لها ولي لم يأذن لها وهو المتعمد¹. وذا الغفلة يأخذ حكم السفينة حيث يحجر عليه ويمنع عليه ماله².

وفي القانون وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري نص المشرع صراحة في المادة 43 من القانون المدني " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". وبما أن تصرفات كل من السفينة وذو الغفلة غير نافذة طبقا للمادة 85 من قانون الأسرة، إذ يتم الحجر عليهما وفقا للمادة 101 من نفس القانون، وتعتبر تصرفاتهما باطلة طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة. وبالتالي لا يتمتعان بأهلية التبرع و على ذلك لا يجوز خلعهما.

حيث جعل للسفينة وليا يتصرف عنه وعلى ذلك لا يجوز خلعه³ وهو ما أكدته المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على "أن تصرفات المجنون والمعنوه والسفينة غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه". وبالتالي يعتبر تصرف السفينة بالخلع تصرف باطل إذا صدر في حالة السفه.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد عرف السفينة في المادة 215 من المدونة على أنه "هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته".

¹ - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 1033.

² - خليل عمرو، المرجع السابق، ص 180.

³ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص 180.

في حين أعتبر السفية ناقص الأهلية وذلك وفق المادة 213 من المدونة التي تنص على أنه "يعتبر ناقص أهلية الأداء:

- 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.
- 2- السفية.
- 3- المعتوه.

و نصت المادة 228 من ذات المدونة على أن " تصرفات السفية والمعتوه تخضع لأحكام المادة 225 أعلاه".

إذ أن المادة 225 والتي تتحدث عن تصرفات الصغير المميز أخضعت تصرفات السفية لنصها حول دورا نها بين النفع والضرر أو النفع المحض أو الضرر. فإذا كانت تصرفات السفية نافعة له نفعاً محضاً، تكون نافذة. في حين تكون باطلة تلك المضرة به والدائرة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها على اجازة نائبة الشرعي حسب المصلحة الراجعة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي.

ويلاحظ مما سبق أن المشرعين الجزائري والمغربي اتفقا على اعتبار أن السفية ناقص الأهلية إلا المشرع المغربي في المادة 228 من المدونة احال فيما يتعلق بتصرفات السفية على المادة 225 و تحدث فيها عن مسألة نفاذها والتي تختلف حول نفعها أو ضررها أو تراوحها بين النفع والضرر في حين أن المشرع الجزائري فصل صراحة في تصرفات السفية وما يلحقها من بطلان في نص المادة 85 من قانون الأسرة.

ثالثاً: خلع المريضة مرض الموت.

مرض الموت هو الحال الذي يكون عليه الشخص ويغلب فيه ظن الناس أنه سبب موته، فهو حال تدل على أن المريض لا يشفى إلا بقدرة قادر ولما كان المرض على هذه الدرجة من الخطورة فانه يدفع صاحبه إلى اليأس من الحياة ويضعف قدرته العقلية في الحديث والتصرف.

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت، فلها ان تخلع نفسها كما الصحيحة سواء بسواء إلا أنهم اختلفوا في القدر الذي يجب أن تبدله للزوج مخافة أن تكون راغبة محاباة الزوج على حساب الورثة¹.

وفي ذلك يرى الحنفية أنه إذا خالع الزوج زوجته وهي مريضة مرض الموت كان خلعه صحيحا يقع به الطلاق البائن ويثبت به البدل، وكذلك لو طلقها على مال و قبلت. غير أن هذا البدل لما كان شبيها بالتبرع وهو في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من اول المرض الذي كان سببا للموت². فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة لأنها لا تملك التبرع بأكثر من الثلث. فإن ماتت الزوجة في مرضها أثناء عدتها فالحنفية يوجبون للزوج الأقل من أمور ثلاثة: (بدل الخلع، وثلث التركة، ونصيبه في الميراث

لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل وانما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطاً و محافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو بقيت الزوجة إلى حين وفاتها وهنا لا يجوز لها محاباته بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقي الورثة³. وإن ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج الخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع ثم في حالة الصحة⁴. ويرى المالكية أن الزوج إذا خالع زوجته، وهي مريضة مرضاً مخوفاً فإن الطلاق ينفذ، ولا يتوارثان عند المالكية ولو ماتت أثناء العدة، ويذهب أبو القاسم إلى أن المال المخالع به

¹ - هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقانون، وفقاً لقانون رقم 1 لسنة 2000، الخلع، الظهار، اللعان، الإيلاء

، دارالفكر الجامعي الاسكندرية، مصر، 2002، ص 27.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 543.

³ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 544.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، ص 544.

لا يجب أن يكون أكثر مما يرثه منها على تقدير موتها يوم الخلع، بينما يرى مالك أن يرده سواء كان أقل أو أكثر مما يرثه منها¹.

وذهب الشافعية إلى أنه إذا خالغ امرأة في مرضه، ومات لم يعتبر البذل من الثلث سواء حابي، أو لم يحاب لأنه لاحق للورثة في يوضع المرأة، ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث، فإذا خالغت المرأة زوجها في مرضها وماتت، فإن لم يرد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال، لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته، فأشبهه إذا اشترت متاعا بثمن المثل وإذا زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة في الثلث، بمعنى أنه لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز، وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث².

وذهب الحنابلة أن خلع الزوجة لإشكال في صحته، سواء كان بمهر مثلها، أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح بعوض أولى، ولأن الورثة

لا يفوتهم بخلعه شيء، فإنه لو مات و له امرأة لبانت بموته، ولم تنتقل إلى ورثته. فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل، صح لأنه لا تهمه في أنه ابانها ليعطيها ذلك، فإنه لو لم يبينها لأخذه بميراثها وان أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منها ذلك لأنه أنهم في انه قصد ايصال ذلك إليها لأنه لم يكن له سبيل إلى ايصاله إليها وهي في حباله، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع عنه كما لو أوصى لوارث³.

أما من جهة القانون، فالمشعر الجزائري وبالنظر إلى أن مرض الموت يدفع صاحبه لليأس من الحياة وتضعف قدرته في الحكمة والتصرف ذلك ما هو مبرر لأنه لا يسمح القانون للمريض مرض الموت بإبرام التصرفات التي تلحق الضرر بحقوق الورثة ذلك أن

¹ - أحمد اباش، المرجع السابق، ص 266.

² - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 156.

³ - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 157.

مرض الموت يمثل قرينة على أن الشخص حين يتبرع بأمواله¹. مثلا فهو يهدف لعملية تهريب لها من قبضة الورثة الذين يبغضهم ويرفض أن ينالوا نصيبا منها ولكن القانون يعامله بنقيض مقصوده فيجعل تصرفه هذا نافذا في حدود الثلث حتى ولو تبرع بكل ما يملك². ويأخذ الخلع متى صدر من مريض مرض الموت حكم التبرع وتحكمة المادة 204 من قانون أسرة والتي تنص على أن " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية". كما تنص المادة 185 من ذات القانون على انه " تكون الوصية في حدود الثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة التركة" .

أما المشرع المغربي فقد وافق إلى حد ما المشرع الجزائري إذ أخذ بما جاء به المذهب الحنفي في صحة الخلع من حيث انه يشترط ألا يزيد عن الثلث مما يملك، وانها متبرعة والتبرع في مرض الموت وصية والوصية لا تنفذ إلا في حدود الثلث للأجنبي، وذلك ما تجسد في قرار بالمجلس الأعلى " ... أن الطلاق الخلعي في مرض الموت لا يمنع المتطلق من الإرث"³.

وكذلك في حكم آخر للمحكمة الابتدائية بوجدة "...وحيث أن الزوجة مريضة بمرض عضال تعذر معه الشفاء، و جعلها لا تقوم بواجباتها الزوجية، ما نتج عن الزوج طلب الابن له بالزواج فتم ذلك ونظرا لوجود أبناء بينهما و انها غير راغبة في المشاكل سلكت مسطرة طلاق الخلع متنازلة له عن كل ما تم الاتفاق عليه ولم يبد الزوج أي رفض في ذلك..."⁴.

¹ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 312.

² - م 1/144 قانون الأسرة، أصحاب النصف خمسة وهم: " الزوج و يستحق النصف ما تركه زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها.

³ - مشار إليه في ،إيمان الحجيوي، واقع الطلاق الخلعي والاتفاقي الجهة الشرقية نموذجا، " رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون كلية العلوم القانونية، وجدة ،المغرب، 2009/2008، ص 20.

⁴ - مقتبس عن ، إيمان الحجيوي، المرجع السابق، ص 20.

ويستنتج مما سبق أن المريضة مرض الموت أهل للتصرفات ولا خلاف بين جمهور الفقهاء حول جواز خلعها إذ الاختلاف واقع فيما تبدله كقابل للخلع للزوج من حالة إمكانية التحايل على الميراث وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة و كذا المشرع المغربي في المدونة.

رابعاً: خلع المكره.

إذا كرهت الزوجة على الخلع لا يلزمها المال، لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح بالاتفاق¹. ويقع الطلاق عليها، لأنه علق على مجرد قبولها وقد قبلت وقد ورد في موطأ الامام مالك قوله " أن المرأة التي تخالع زوجها ثم تبين أن الدافع إلى الخلع هو أن زوجها كان يضربها فيلزمه أن يرد لها ما دفعته له ويمضي الطلاق الذي أوقعه عليها². إلا أن الجعفرية رأوا بأن خلع المكره باطل لأن من شروط الخلع أن تكون الكارهة لزوجها، ولا يتصور إكراهها على الخلع مع كراهتها لزوجها³.

ولم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة خلع المكره مما يدفعنا إلى تفعيل المادة 222 والتي تنص على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وهوما اتضح جليا مما سبق بأنه لا يلزم الزوجة المال إذ ثم إكراهها على الخلع مادام أن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح وهو ما اتفق عليه الفقهاء بالرغم أن الطلاق في هاته الحالة يحدث.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال استقراء المادة 117 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه " للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا اثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو اضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 542.

² - أحمد اباش، المرجع السابق، ص 265.

³ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 543.

فالمادة تؤكد بأن من حق الزوجة المطالبة باسترجاع ما دفعته أو قدمته كمقابل للخلع إذا اثبتت أن ما خالعت به كان نتيجة ضغط أو اكراه أو اضرار من الزوج دفعها لقبول ذلك والتزام به مقابل الخلع، ولها اثبات ذلك بجميع وسائل الاثبات¹.

ولعل هذه المادة تجد أساسها في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضَ لَوْهِنَ لَتَذَهَبُوا بِبَعْضٍ مَا أُتَيْتُمُوهُنَّ ﴾². والبديهي أن الإرادة أثناء الاتفاق على الخلع يتعين أن تكون حرة غير مضطرة أو مكرهة على المخالعة، وعليه إذا استعمل الزوج بعض الأساليب التي تدفع الزوجة للإقبال على طلب الخلع منه وقع الطلاق بئنا دون التزام هذه الزوجة ببذل الخلع³.

وعليه يتضح جليا مدى التوافق بين رأي جمهور الفقهاء وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية في كون أن خلع المكرهة يقع به الطلاق إلا أنه لا يلزمها المال وإذا دفعته فتسترجعه لأنه لا التزام بالمال مع الإكراه.

وكما يشترط في الزوجة سلامتها من العيوب او النقائص التي قد تمس برضاها أو تأثر عليه، يفترض في الزوج محل الطلاق بالخلع، أن يكون اهلا لإيقاع الخلع وهو ما سنتعرض له من خلال المبحث الموالي.

المطلب الثاني

الزوج محل الطلاق بواسطة الخلع

إذا كان الخلع نوع أو نظام من الأنظمة التي تم إقرارها في الشريعة الإسلامية والقانون لفك العصمة الزوجية، فإن هذا النظام يتطلب توافر شروط لا بد منها لحدوثه منها ما هو متعلق بالزوجة كما وضحنا سابقا ومنها ما هو متعلق بالزوج.

¹ - عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 196.

² - سورة النساء، الآية 19.

³ - يسمينة الكسكاس، انحلال الرابطة الزوجية في المدونة و قوانين الأسرة المغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، كلية العلوم القانونية، طنجة المغرب، 2010/2011، ص 72.

وبما أن الخلع فيه إزالة لملك النكاح فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق، وهو أن الزوج المخالع لابد أن يكون عاقلا، فلا يصح خلع المجنون والمعتوه ومثلهما من أختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته¹.

الفرع الأول

خلع الصبي والمجنون

ليس للصغير أن يخالعه لأنه ليس أهلا للتصرفات ولا يصح للأب أن يخالعه زوجة ابنه الصغير لأن الخلع طلاق وهو بيد الزوج ولا يجوز للأب أن يجيز خلعا أوقعه ابنه الصغير لأنه باطل و الباطل لا يلحقه إجازة². كما ليس للمجنون ذلك.

فيرى الحنفية اشترط أهلية الزوج المخالعه أو المطلق فهي ضرورية فلا يصح طلاق الصغير وكذلك المجنون والمعتوه³. في حين اشترط الشافعية في الزوج المخالعه أن يكون مكلفا فلا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمعتوه⁴.

وهو رأي مالك وأحمد إذ يشترط في الزوج أن يكون عاقلا بالغا " أهلا للتصرف". فإن كان صغيرا أو مجنون فإن خلعه غير صحيح لأنهما من غير أهل القصد الذي يغيره الشارع ولا يجوز خلع الأب عنهما فالخلع طلاق و الطلاق بيد الزوج وحده ولا يصح لغيره وهو رأي جمهور المذاهب الأربعة⁵.

وسار المشرع الجزائري وفقا لذلك إذ يعتبر تصرفات الصغير باطلة إن لم يبلغ سن التمييز طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني وهو ما عبرت عنه المادة 82 من قانون الأسرة " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني تعتبر

¹- أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 152.

²- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار خلدوني، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص 133.

³- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1031.

⁴- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 1032.

⁵- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 96.

جميع تصرفاته باطلة"، وكذا نص المادة 42 من قانون المدني والتي جاء في فحواها أنه لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية "من كان فاقدا للتمييز لصغر في سنه أو عته أوجنون".
كما اعتبر المشرع في المادة 85 من قانون الأسرة تصرفات المجنون غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون.

وما يستفاد من النصوص سابقة الذكر أن مصير الخلع باعتباره تصرف من بين التصرفات الناتجة بالتعبير عن إرادة الزوجة مصيره البطلان متى صدر عن زوج مجنون أو صغير.

وما يلاحظ ومن خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة أن أمر الزوج لم يعد يأخذ في الحسبان، حيث لم يصبح لإرادة الزوج أي دور في مسألة الخلع كطريق لحل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة.

وهو خلاف ما ذهب إليه المشرع المغربي إذا تحدث في المادة 213 من المدونة إلى أن الصغير المميز الذي لم يبلغ سن الرشد يعتبر ناقصا للأهلية وبالتالي تكون تصرفاته وفقا لنص المادة 225 من المدونة نافذة إن كانت نافعة نفعا محضا وباطلة إن كانت مفيدة له ويتوقف نفاذها إن كانت دائرة بين النفع والضرر إلى إجازة نائبه الشرعي.

في حين يعتبر الصغير غير المميز والمجنون الفاقد للعقل عديم الأهلية طبقا للمادة 217 ويكون مصير تصرفاتها البطلان طبقا للمادة 224 من المدونة التي تنص صراحة على أن "تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر". وهو ما يجعلنا نستنتج أن تصرفات الزوج الصغير غير المميز والمجنون بشأن الخلع غير نافذة ومصيرها البطلان.

الفرع الثاني

خلع السفية والمريض مرض الموت

يصيب كل من السفية والمريض مرض الموت اختلالا بعقله مما يؤثر على تميزه فيعدمه في حال السفية ويؤثر فيه لامحالة في حالة مرض الموت.

أولاً: خلع السفية.

إن سفه الزوج والحجر عليه بسبب ذلك لا يتمتع من صحة خلعه وذلك لأن له أن يطلق زوجته مجاناً فيجوز أن يطلقها بعوض من باب أولى¹.

وذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلع السفية وذلك بناء على صحة طلاقه، لأن كل من صح طلاقه صح خلعه². حيث ذهب المذهب الحنفي إلى أنه لا يحجر على السفية البالغ الحر في التصرفات التي لا تحتل الفسخ ولا يبطلها الهزل فتجوز له هذه التصرفات كالنكاح والطلاق³. وفي المذهب المالكي والحنبلي يصح طلاق المحجور عليه لسفه، فيصح خلعه لأنه إذا صح طلاقه بلا عوض فيصح خلعه بعوض من باب أولى⁴. أما الشافعية فأروا بخلاف الصغير والمجنون أن طلاق السفية يقع لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط⁵.

أما من زاوية التشريع الجزائري وبالرغم من الحديث صراحة في المادة 85 من قانون الأسرة على أن تصرفات السفية كالمجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت في حالة السفه فإنه لا نرى ضرورة للحديث عن هاته المادة مدام أن المشرع قد غيب في التعديل الأخير لقانون الأسرة إرادة الزوج في الخلع بجعله حق أصيل للزوجة لا دخل للزوج في قبوله من عدمه وفق للمادة 54.

في حين أن هذا الأمر ممكن في مدونة الأسرة المغربية والتي اعتبرت الخلع من العقود الرضائية والتي تستوجب التراضي بين الطرفين وبذلك فإذا صدر الخلع من سفية

¹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 133.

² - عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 102.

³ - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 152.

⁴ - المرجع نفسه، ص 152.

⁵ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1031.

ونظرا لاعتبار السفية وفق للمادة 213 من المدونة ناقص الأهلية فتصرفاته تخضع لاحكام المادة 225، وهي النفاذ إن كانت نافعة نفعا محضا، والبطلان إن كانت مضرة والإجازة من النائب الشرعي إن كانت دائرة بين النفع والضرر.

ثانيا: خلع المريض مرض الموت.

إنه سبق وأن عرفنا أن مرض الموت هو ذلك المرض الذي يخشى فيه الموت، هذا الأمر الذي يطرح إشكالية جواز خلع المريض مرض الموت.

لقد اتفق الأئمة الأربعة على جواز خلع المريض مرض الموت حيث يرى المالكية أن الزوج المريض مرضا مخوفا فإنه إذا خالع زوجته فإن الخلع ينفذ والعض يلزم لكنه حرام إلا ان الزوجة تترث منه إذا مات، سواء كانت في العدة أو انقضت عدتها حتى ولو تزوجت غيره عدة أزواج، أما هو فلا يرثها إذا ماتت قبله لأنه هو الذي أضاع ما بيده¹.

ورأى الشافعية أنه إذا خالع امرأة في مرضه، ومات لم يعتبر البذل من الثلث سواء حابى، أولم يحاب لأنه لاحق للورثة في بضع المرأة، ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث². ورأى الشافعية أن الخلع في المريض يجوز كما يجوز البيع³.

وقال الحزفي من الحنابلة أنه لو خالعها في مرض موته، وأوصى لها بأكثر مما كانت تترث فللورثة أن يعطوها أكثر من ميراثها⁴.

ورأى الحنفية إجازة خلع المريض مرض الموت حيث جاء في البحر الرائق " ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر⁵.

اما قانوننا فلم يعالج المشرع الجزائري مسألة الطلاق أو الخلع في مرض الموت وهو ما يلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة العامة.

¹ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1032.

² - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 156.

³ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 105.

⁴ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 105.

⁵ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 550.

ولعل الاشكال المطروح يخص المادة 132 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، وبذلك حسم المشرع الجزائري مسألة الميراث بعد الطلاق بالنص على أن الزوجة تترث زوجها إذا توفي وهي في عدة الطلاق فمهما كان سبب الطلاق إذن، يكفي أن تكون المرأة في عدتها حتى تترث الزوج وفي هذا اتفق المشرع مع الجمهور حيث تترث الزوجة عند وفاة الزوج أثناء العدة، ويكون الأمر كذلك أن يرث كلا من الزوجين إن توفي الآخر¹. ولم نطلع في القضاء الجزائري أحكاما تخص الطلاق في مرض الموت².

أما المشرع المغربي فلم يتحدث عن خلع مريض مرض الموت إلا ما نجده في بعض القرارات للمجلس الأعلى والتي سبق أن تحدثنا عنها حيث قضى بأن " الطلاق الخلعي في مرض الموت لا يمنع المطلق من الإرث³. ويتبين من هذا القرار أن القضاء المغربي اعتبر الخلع في مرض الموت صحيح شرط أن لا يكون سببا في التحايل عن الميراث. ومعلوم انه لا يكفي توافر الشروط في الزوجين لا يقاع الخلع بل لابد ان يتم هذا الخلع بصيغة تعبر عن وقوعه وكذا بدل من المال تدفعه الزوجة لزوجها كمقابل عن الطلاق بالخلع وهو ما سنتعرض له في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

الصيغة الواجب استعمالها في حالة الخلع وبذل الخلع

ان ضرورة وجود رابطة زوجية قائمة بموجب عقد زواج صحيح بين الزوج والزوجة حتى يكونان محلا للطلاق غير كاف وحده بل يتطلب الامر حتى يصح الخلع ان يكون بلفظ يدل على الخلع او بألفاظ تدل على معناه وهو ما سنوضحه في (المطلب الاول) وكذا

¹ - هجيرة دنوني، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2004، ص 94.

² - المرجع نفسه، ص 94.

³ - أيمان الحجيوي، المرجع السابق، ص 20.

ضرورة وجود بدل تدفعه الزوجة للزوج في شكل مقابل مالي تفتدي به نفسها منه وهو ما نتعرض له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الصيغة الواجب استعمالها في حالة الخلع

الصيغة ركن من أركان الخلع وفي ما يعبر به أطراف الخلع عن وقوعه إذ لا بد من صيغة تعبر عن وقوع الخلع فلا يقع بالنية وحدها¹.

فالفقهاء يرون أنه لا بد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق من لفظ يؤدي معناه مثل المباراة والفدية فإذا لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ فيه معناه، كأن يقول لها أنت طالق، في مقابل مبلغ كذا وقبلت، كان طلاق على مال ولم يكن خلعا².

ويقع الخلع بألفاظ كثيرة منها ما هو صريح وما هو كناية. وعلى هذا فإن الألفاظ التي يقع بها الخلع تنقسم إلى قسمين:

فالصريح ثلاثة ألفاظ خالصتك لأنه ثبت له العرف و المفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه وتعالى ﴿ فلا جناح عليها فيما افتدت به ﴾. وفسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية، وما عدا هذا مثل بارانك، وأبرأتك، وأبنتك، فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية، كالطلاق، وهذا قول الشافعي إلا أنه له في لفظ الفسخ وجهين، فإذا طلبت الخلع، وبدلت العوض فأجابها بصريح الخلع أو كنيته، صح من غير نية الأن دلالة الحال من سؤال الخلع و بذل العوض، صراحة إليه فأغني عن النية فيه، وإن لم يكن دلالة حال، فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية، سواء قلنا فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلا نية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه³. فاللفظ الصريح إذن هو لفظ الخلع أو في معناه أو اشتق منه و ذكر معه

¹ - سامح عبد السلام، نظام الاسرة بن حضارتين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص177.

² - السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، مصر، القاهرة، 2000، ص192.

³ - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، ج7، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، 1985، ص250.

العوض. عكس اللفظ الكناية التي تستعمل فيه ألفاظ الطلاق أوفي غيره وهي التي لا يصح بها الخلع إلا إذا كانت مقرونة بالنية.

وستعرض في هذا المطلب إلى دراسة الصيغة من جانبين أولاً من حيث الألفاظ وثانياً من حيث العوض .

الفرع الأول

صيغة الخلع من حيث الألفاظ

لقد اجمع الفقهاء على أن صيغة الخلع تكون بموجب مجموعة من الألفاظ الدالة عليه أو الألفاظ مشتقة منها أو تؤدي معناه. فالمالكية يرون أن الخلع لا يختص بصيغة معينة إذ يجوز أن يكون بألفاظ غير اللفظ الخلع كالصلح و المباراة و الفدية باعتبار أن المناط والعلة واحدة وهو فك قيد الزواج إلا أن الفقهاء المالكية قد خصصوا لكل لفظ ما يلزم به من المال إذ عندهم أن لفظ الخلع يقصد به أن نزوله جميع ما أعطاه عن حق لها عليه¹.

وعن ابن القاسم فيمن قال "أنت طالق واحدة بائنة فهي البتة في التي بنى بها، وإن قال هي طالق طلاق الخلع فهي واحدة بائنة وكذلك إن قال خالعت امرأتي أو باريتها أو افتدت من لزمته طلقة بائنة، وقال أصبغ: إن قال لها أنت صلح أو طالق طلاق الصلح أو قد صالحتك أو يقول اشهدوا أنني قد صالحت امرأتي وهي غائبة أو حاضرة أو راضية أو كارهة أخذ منها عوض أولم يأخذ فهي طلقة بائنة، وكذلك قوله أنت مبارية أو طلقتك طلاق المباراة أو قد باراتك رضيت أم لم ترض².

وقال القرطبي في تفسيره " المختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها والمفتدية أن تفتدي ببعضه وتأخذ بعضه. والمباراة هي التي بارات زوجها من قبل أن يدخل بها فتقول: قد برأتك فباراني، هذا هو قول مالك وروى عيسى بن دينار عن مالك: المباراة هي التي تعطي ما أعطاه وتزيد من مالها، والمفتدية هي التي تفتدي ببعض ما أعطاه وتمسك بعضه،

¹ - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 518.

² - نورالدين أبو لحية، حق الزوجين في حل عصمة الزوجية، الطبعة الأولى، دارالكتاب الحديث، القاهرة، ص 196

وهذا كله قبل الدخول وبعده، والمصالحة مثل المباراة قال القاضي أبو محمد وغيره: هذه الألفاظ الأربعة تقود إلى معنى واحد وإن اختلفت في صفاتها من جهة الإيقاع¹.

ويلاحظ مما سبق أن المالكية حددوا ألفاظ الخلع أو الألفاظ التي يستفاد منها بأربعة ألفاظ فرقوا بينها اعتمادا على ما تدفعه المرأة من عوض ففي الخلع ويكون العوض كل ما قدمه لها الزوج والصلح ببعض ما قدمه والقدية يريد العوض بأكثر مما قدمه. أما فيما يتعلق بالمباراة، فعادة ما تتبع بإسقاط المرأة حقا من حقوقها والملاحظ وبالرغم من اختلاف التسميات إلى أنها تصب في معنى واحد يكون لفظا معبر عن الصيغة الخلع.

أما الأحناف، فلا يرون الخلع إلا بالفظ الصريح وهو عندهم في لفظي الخلع والمباراة فإذا كانت الفرقة بغير ذلك فلا تسمى عندهم خلعا ولا يترتب عليها أحكام الخلع². فالفرقة على المال تكون عندهم بأحد لفظين هما:

1/- لفظ الخلع وما في معناه كالمفارقة والمباراة والمباينة.

2/- لفظ الطلاق على المال.

وبين اللفظين الخلع والطلاق على مال اختلاف فالخلع وما في معناه من ألفاظ الكناية، وأما الطلاق على مال فهو لفظ صريح³.

وبذلك يتوسع الحنفية في اعتبار الألفاظ التي يقع بها الخلع فهي عندهم خمسة، كما لا يفرقون بين صريح و كناية في اللفظ أما إذا ذكر البديل في المجلس وقع الطلاق بائنا بأي لفظ كان، ولهم تفريق لطيف بين ألفاظ الخلع ولفظ الطلاق فإذا تلفظ بالطلاق ولم يذكر بدلا وقع رجعيا أما إذا تلفظ بالخلع وقع بائنا على كل حال سواء ذكر البديل أم لا⁴.

¹ - أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، تحقيق احمد البردوني و ابراهيم

إطفيش، الطبعة ج 3، دار الكتب المصرية، القاهرة، ص145-146.

² - سامح عبد السلام، المرجع السابق ص 179.

³ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص127.

⁴ - إسماعيل مصطفى عبدالله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس

،فلسطين، 2008، ص40.

وألفاظه الخمسة، طلقني، على أن يقرن مع هذه الألفاظ مقدار من المال ، جاء في فتاوى السغدي: وألفاظ الخلع خمسة أحدهما ان تقول المرأة لزوجها طلقني على ألف درهم فطلقها أو الثاني إخلعني على ألف درهم فخلعها والثالث أن تقول باراني على ألف درهم فقال بارئتك و الرابع ان تقول: يعني طلاقي على ألف درهم فباعه منها والخامس أن تقول: اشتريت منك طلاقي بألف درهم، فإذا اجابها في المجلس في جميع ما ذكر تطلق ويلزم المرأة الألف¹.

وأجاز الأحناف للزوج أن يعلق الخلع على شرط أو أن يضيفه إلى زمن مستقبل كأن يقول: إذا قدم فلان فقد خالفتك على كذا، أو خالعتك على كذا رأس الشهر القادم ويكون قبول للزوجة عند تحقيق الشرط أو حلول الوقت²، واتفق الحنفية في ذلك مع الشافعية والمالكية، وورد عن الكناية ما يوافق ذلك فأجازو وقوع الخلع بصيغة التعليق كمن اعطيتي كذا، فإذا كان الزوج هو الموجب بأن بدأ الخلع من جانبه بصيغة التعليق كان يقول من أعطيتي ألف درهم فأنت طالق فيقع الطلاق عند تحقيق الإعطاء، لأن ذلك من ألفاظ التعليق فيقع عند تحقيق الصيغة كسائر التعليقات وحينئذ لا رجوع له قبل الاعطاء كالتعليق الخالي من العوض على لجوء إن دخلت للدار فأنت طالق³.

في حين ذهب الشافعية إلى أن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة وكناية ومن كنايته لفظ بيع وفسخ، فإذا قال لها: بعتك نفسك بألف ناويا بذلك الطلاق فقالت: قبلت كان خلعا صحيحا تبين به ويلزمها العوض ومثل ذلك ما إذا قال فسخت نكاحك بألف وفي هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا نقلا عن السغدي، ينقص به عدد الطلاقات، ومثال صريح الطلاق في خلع أن تقول له طلقني على عشرين، فقال طلقتك على ذلك فإنه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية، فإذا نوي به أكثر من واحدة لزمه ما نواه إذا قالت له:

¹ - السغدي على بن الحسين بن محمد، الننف في الفتاوى، ج 1 ، ص 366. مقتبس عن ،إسماعيل مصطفى عبد الله، المرجع السابق ص 40.

² - سامح عبدالسلام ،المرجع السابق، 179.

³ - سامح عبدالسلام ،المرجع السابق، ص 178.

أبني على عشرين، فقال لها: أبنتك فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية، وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي تقدمت¹.

فالصيغة عند الشافعية أن تكون بلفظ الخلع أو المفاداة وأن الخلع يقع بهدين اللفظين إذا جرى العرف على المراد من ذلك الفرقة وأنهم يسترضون أن يتطابق الإيجاب مع القبول وتترتب على ذلك أحكام الإيجاب والقبول مثله مثل أحكام العقود الأخرى من حيث مطابقة الإيجاب للقبول ومن حيث أن يكون القبول في مجلس العقد².

فألفاظ الخلع إذن عند الشافعية لفظان صريحان بإجماع علماء المذهب، فاديت، وخلعت، أما الأول لأنه ورد في القرآن، وأما الثاني لجريان العرف به. واختلفوا في الفسخ هل هو من ألفاظه الصريحة أو كناية والأشهر عندهم أنه صريح³.

وقال الشافعي في كتابة الأم " وإذا قال بها خالعتك أو فاديتك أو ما أشبه هذا لم يكن طلاقاً إلا بإرادته الطلاق لأنه ليس بصريح الطلاق"⁴.

وصريح الخلع وكنايته، كصريح الطلاق كنايته عند الشافعية والحنابلة، فإذا طلبت الخلع وبدلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته، صح من غير نية، لأنه دلالة الحال من سؤال الخلع، وبدل العوض صارفة إليه فأغنى عن النية فيه.

وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أم طلاق، ولا يقع بالكناية إلا بنية من تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحة⁵. وهو ما ذهب إليه الشافعي بقوله " وجماع هذا أن ينظر إلى كل كلام يقع به الطلاق بلا خلع فنوقعه به في الخلع وكل ما لا يقع به طلاق بحال على الابتداء يوقع به الخلع فلا توقع به خلعا حتى

1 - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق ، ص 1041.

2 - خليل عمرو، المرجع السابق ص 184

3 - إسماعيل مصطفى عبد الله، المرجع السابق، ص 41.

4 - الشافعي أبو عبد الله محمد، الأم، ج 5، دار المعرفة، بيروت 1990، ص 211-212.

5 - نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 195.

ينوي به الطلاق، وإذا لم يقع به الطلاق، فما أخذ لزوج من المرأة مردود عليها (قال) فإن نوى الخلع اثنين أو ثلاثة فهو نوى (قال) وكذلك إن سمى عددا من الطلاق فهو ماسمى¹.
 وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية أن الخلع يقع بالخلع و المفاداة و انه كلما تحقق الايجاب والقبول في ذلك فإن العوض يلزم الزوجة ويقع الطلاق بائنا². إذ قسموا ألفاظ الخلع لقسمين صريحة وهي الخلع لما ورد في السنة في حديث ثابت بن قيس يقوله صلى الله عليه وسلم "اخلوها" وبالمفاداة لقوله تعالى " فلا جناح عليها فيما اقتدت به و الفسخ لأنه حقيقة على الرواية الراجحة لأحمد بأن الخلع فسخ. وقسم اخر مثل باراتك، واينتك، وفارقتك ولا يقع الخلع إلا مع النية³.

الفرع الثاني

صيغة الخلع من حيث العوض

ذهب الحنفية إلى أنه إذا حدثت الفرقة و لم يذكر في الصيغة عوض فتكون حالتان:
 الأولى إذا كانت الفرقة بلفظ الخلع، فهي طلاق بائن، حيث جاء في الدر المختار: " الخلع من الكنايات، فيعتبر فيه ما يعتبر فيها، والواقع به وبالطلاق على مال، طلاق بائن"4 .
 ومثال ذلك إذا قال لها: خالعتك بصيغة الماضي فيقع الطلاق بائن بمجرد النطق إذا نوى به الطلاق لأنه كناية ولا يتوقف على قبولها ولا يلزمها بدل، وإذا لم يشوبه شيء لا يقع به الطلاق.

¹ - الشافعي أبو عبد الله، المرجع السابق، ص 213.

² - خليل عمرو، المرجع السابق، ص 184.

³ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 139.

⁴ - محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحسكي، الدر المختار، شرح تنوير الابصار و جامع البحار، للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي، في فروع الفقه الحنفي، حققه و ضبطه عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص 234.

هذا إذا صدرت تلك الصيغة من الزوج، وأما إذا صدرت من المرأة أولاً فلا بد لوقوع الطلاق بها من قبول الزوج، فإذا قبل الزوج لزم البذل وانصرف إلى مهرها، وإذا لم يقبل لا يقع شيء. لأن المرأة لا تملك الطلاق¹.

و الثانية إذا كانت بلفظ الطلاق على مال ولكنها خلت من المال فهي في هذه الحالة طلاق رجعي. ومن الحنفية من لم يفرق بين الخلع و الطلاق على مال، فقد جاء في الجوهرة النيرة: "ألفاظ الخلع خمسة: خالعتك، باراتك، باينتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف فإن قال خالعتك على ألف فقبلت فقال لم أنو بذلك الطلاق لم يصدق، لأن ذكر العوض دلالة عليه². وزاد بعضهم أن الخلع يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمباراة كبعت نفسك أو طلاقك أو وطلقتك على كذا أو بارئتك³.

في حين ذهب المالكية إلى أن الخلع شرعا هو طلاق بعوض و قد عرفه البعض بأنه عقد معارضة على البعض تملك به الزوجة نفسها و يملك به الزوج العوض⁴ وذلك هو النوع الأول عندهم للخلع فيما حين يتمثل النوع الثاني فيما كان بلفظ الخلع و لو لم يكن في نظير شيء⁵.

والصحيح عند المالكية جواز الخلع بدون عوض ويقع به الطلاق بائن، ولا فرق في ذلك بين كون الخلع بصريح لفظه أو ما في معناه وكذلك الطلاق على مال يقع عندهم بائنا⁶. وحكم طلاق الخلع البينونة ولو وقع بغير عوض يريد إذا صرح بلفظ الخلع أو ما في معناه من لفظ الصلح أو الإبراء أو الافتداء وأشار بقوله " أو على الرجعة إلى أنه إذا نص

1 - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 549.

2 - أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، الجوهرة النيرة، ص 63.

3 - محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدار المختار، المرجع السابق، ص 234.

4 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1026..

5 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 488.

6 - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 132.

على الرجعة مع العوض بأن أعطته شيء وقالت له طلقني طلاق رجعية فأخذ منها وطلقها، فانه يقع باننا لأن حكم الطلاق مع العوض البينونة فلا يخرجها عنها النص على الرجعة ومثل نصه على الرجعة مع العوض نصه عليها مع لفظ الخلع¹. أما إذا كان الخلع بدون عوض فيكون الواقع به طلاقا رجعيا.

في حين ذهب الشافعية إلى أن الواقع بالخلع طلاق بائن فمتى قبلت الزوجة لزمها المال وليس لها أن تطلب رده بدعوى أنه ضارها ولا يحل للرجل أن يضار زوجته لتقتدي منه ولكن إذا وقع بشرائطه الأتية ثم عليهما فليس لواحد منهما الرجوع². أما في حالة عدم ذكر المال فلا بد من التمييز بين مدين:

أولهما أنه إذا قال لها: خالعتك أو فاديتك وهو ينوي التماس قبولها فإنها تبين في هاته الحالة ويجب مهر المثل في الأصح، لأن العرض يقضي بذلك فيرجع عند الاطلاق إلى مهر المثل، وهذه الحالة فيها شبه بالخلع على المجهول.

وثانيهما، إن قال لها خالعتك ولم يذكر عوضا وقع الطلاق رجعيا وليس عليها بدل شيء من المال³.

والصيغة عند الحنابلة من جهة ذكر العوض فيقع الخلع بذكر العوض باننا وتلتزم الزوجة بالبدل، أما إذا كان الخلع بدون عوض فلأحمد ابن حنبل روايتان: الأولى رواها عبد الله عن ابية قال قلت لأبي: رجل علقت به امرأته تقول إخلعني قال: قد خلعتك، قال: يتزوج بها و يجدد نكاحا جديدا و تكون عنده على أثنين. وتدل هاته الرواية على جواز الخلع بدون عوض ووقوع الطلاق به .

¹ - محمد بن علي الخرخشي، شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ص15.

² - عبدالرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص1029.

³ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص135.

أما الثانية، لا يكون الخلع إلا بعوض فروي عن الإمام أحمد أنه قال: " إذا قال لها إخلعي نفسك، فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعا" إلا على شيء، إلا أن يكون الطلاق فيكون ما نوى¹.

الفرع الثالث:

من حيث التكيف الفقهي و القانوني للخلع

اختلف الفقهاء في صيغة الخلع، من حيث التكيف الفقهي بين اليمين والمعاوضة وهو الامر بالنسبة للتكيف القانوني للمشرعين الاسريين الجزائري والمغربي من حيث اعتبار الخلع رخصة ام حقا للزوجة.

أولاً: التكيف الفقهي

ذهب الحنفية إلى أن الخلع بيمين من جانب الزوج، فتراعى بذلك أحكام اليمين من جانبه لأنه تعليق الطلاق بقبول المال فلا يصح رجوعه عنه قبل قبولها ولا يصح شرط الخيار له، ولا يقتصر على المجلس أي مجلسه ويقتصر قبولها على مجلس علمها وفي جانبها معاوضة بمال فصح رجوعها قبل قبوله وصح شرط الخيار لها ولو أكثر من ثلاثة أيام بحر².

وقال الشافعية الخلع معاوضة فيما شبه تعليق، فللزوج أن يرجع عن ايجابه قبل قبول زوجته لأن هذا شأن المعاوضات ويشترط في القبول أن يكون بكلام فوري غير منفصل عن الإيجاب بأي كلام اخر أو يفصله عن الايجاب زمن طويل وذلك في سائر العقود واذا خالف القبول الايجاب كان لغوا ولا يحق للزوج الرجوع عن ايجابه في حالة واحدة وهي أن تكون صيغة الخلع بصيغة التعليق بإحدى ادوات التعليق التي ذكرناها في باب الطلاق، كمتى

¹ - عامر سعيد الزبياري، المرجع نفسه، ص 140.

² - محمد بن علي بن محمد الحنفي الحكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار و جامع البحار، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم ج3، الطبعة الأولى 2002، ص 442.

وحيث واليها¹.

وأما التكيف الشرعي للخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة من جهتها² وهو نفس مذهب إليه المالكية بقولهم أن الخلع معاوضة بين الجانبين فهو عقد ملزم للجانبين وبناء على ذلك يكون الحكم فيه من حيث الإيجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات³. وهو رأي الحنابلة في كون الخلع معاوضة من الجانبين ما لم يكن الإيجاب بالخلع صادر من الزوج بصورة تعليق فإنه حينئذ يكون تعليقا.

ثانياً: التكيف القانوني.

لقد عرف المشرع الجزائري تدبداً في موقفه بين اعتبار الخلع عقد رضائياً يتطلب رضا الزوجين أو كونه حق شخصي فبعدما كان نص المادة 54 من قانون 11/84 غامضاً فيما يتعلق بهذا الجانب تضاربت اجتهادات المحكمة العليا التي كانت تعتبر الخلع عقد رضائياً يستوجب رضا الزوج ابتداءً، ولقد تطور موقفها فيما بعد باعتبار أن الخلع حق شخصي يمكن للزوجة اللجوء إليه دون اشتراط موافقة الزوج وهو الذي قننه المشرع في تعديله لنص المادة 54 من قانون الأسرة بنصه وصراحة على جواز امكانية اللجوء للخلع من طرف الزوجة و ذلك دون حاجة لموافقة الزوج.

في حين أعتبر المشرع المغربي في نص المادة 115 من مدونة الأسرة بقولها أنه " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة 114 أعلاه" و بذلك اعتبر الخلع عقد يتراضي فيه الزوجان على الطلاق، و تطبيق في ذلك أحكام المادة 114 التي تنص على الطلاق بالاتفاق، وهكذا فإن الاجراءات التي تطبق في الطلاق بالاتفاق هي نفسها المتبعة في الطلاق بالخلع⁴.

¹ - محمد سمارة أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن القانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، الأردن. 2002، ص

² - أسماعيل أبو بكر علي البامرني، أحكام الأسرة، الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية، دراسة مقارنة بالقانون،

الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 321.

³ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 520.

⁴ - محمد الازهر، المرجع السابق، ص 313.

و يتضح مما سبق مدى الاختلاف البين بين ما جاءت به أحكام قانون الأسرة الجزائري مقارنة بما جاءت به مدونة الأسرة المغربية في صيغة الخلع من حيث الرضائية حيث سمحت المادة 54 من قانون الأسرة للزوجة اللجوء للخلع دون موافقة الزوج معترفة للزوجة بالحق الشخص الاصيل في الخلع في حين أوجب المشرع المغربي وفقا لنص المادة 115 تراضي الزوجين مقيدا بذلك الزوجة في اللجوء للخلع بضرورة موافقة الزوج فاتحة لها المجال في حال عدم موافقته اللجوء إلى مسطرة الشقاق طبقا لنص المادة 120 من مدونة الأسرة.

المطلب الثاني

بدل الخلع

الخلع هو فك للرابطة الزوجية مقابل مال، فالعوض هو شرط أساسي من شروط الخلع بتخلفه لا يمكننا الحديث عن الخلع، فما هو مفهومه وما مقدار المال المبذول للزوج من طرف الزوجة، وهل يصح أن يكون في مقابل بعض المنافع. وسنحاول في هذا المطلب التعرف أولا إلى مفهوم البديل ومشروعيته(الفرع الاول) وثانيا إلى ما يصح أن يكون بدل للخلع(الفرع الثاني) وثالثا مقداره ورابعا الخلع في مقابل بعض المنافع(الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مفهوم بدل الخلع و مشروعيته.

ان الحديث عن المقابل الذي تدفعه الزوجة لزوجها كعوض عن الخلع يقتضي بالضرورة البحث في مدى مشروعيته من عدمها وهو ما سنوضحه من خلال العنصرين المواليين.

أولا: مفهومه.

بدل الخلع هو عبارة عن المال الذي تبذله الزوجة لزوجها لتقدي نفسها منه، أي مقابل حصول طلاقها منه لقوله تعالى: ﴿ فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ﴾. و الأساس

في هذا البديل أنه فداء للزوجة تقدمه للزوج لتفتدي نفسها على اعتبار كونها اسيرة عنده بموجب عقد الزواج¹.

وهو جميع ما يقبل التعامل فيه، سواء كان مالا منقولاً أو عقاراً أو خدمة، ولا يجوز بمال مجهول، بل يجب أن يكون المال محدود ومرئياً بواسطة العلم به أو وصفه، وللزوجة أن تفتدي بالصدّاق أو بجميع ما تملك².

فالعوض بذلك جزء أساسي من مفهوم الخلع، فإذا لم يتحقق العوض لم يتحقق الخلع فإذا قال الزوج لزوجته: خالعتك وسكت لم يكن ذلك خلعا، ثم إنه إن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً وإن لم ينو شيئاً لم يقع شيء، لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية³. وقد اختلف الفقهاء في صحة الخلع بلا عوض حيث انقسموا إلى رأيين:

رأي جانب منهم أن الخلع لا يصح بلا عوض وهو قول الشافعية والحنابلة فإن قال الزوج: خالعتك، فقالت الزوجة قبلت ولم تذكر العوض، فإن قلنا أن الخلع طلاق، فإن نوى به الطلاق وقع عليها رجعياً ولا شيء عليها، لأنها لن تلتزم بعوض، وإن قلنا أن الخلع ففيه وجهان، أحدهما لا يكون هذا شيئاً لأنه لم يذكر المال والثاني أنه خلع فاسد فيلزمها مهر مثلها لأنه قد وجد اللفظ الصريح في الخلع والعرف مطرد بجريان ذلك العوض⁴.

ورأي جانب آخر وهو رأي المالكية الذين يقولون بجواز الخلع بعوض وبغير عوض والواقع في الحالتين طلاق بائن وبذلك قال الحنفية الذين يفرقون بين إذا ما قال الزوج خالعتك بلا ذكر مال ناويا الطلاق وقع الطلاق بائناً، لأن لفظ خالعتك من كنايات الطلاق فيقع به الطلاق بائناً دون توقف على قبول الزوجة مادام أنه قد نوى الطلاق و يسمى

¹ - حسن حسن منصور، تقنين حق الزوجة في الخلع و الآثار المترتبة عليه، ص 101.

² - لحسن بن شيخ أث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 126.

³ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 192.

⁴ - محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 298.

الأحناف هذا خلعا و إنما هو طلاق بائن غير مسقط للحقوق المتعلقة بالزوجة¹. أما إذا قال لها "خالعتك" وقال لها "اختلعي" و لم يذكر مالا و قبلت الزوجة، وقع الخلع صحيحا مسقطا للحقوق المتعلقة بالزوجة ومؤدى هذا أن لفظ الخلع - دون ذكر المال - عند الأحناف يقع به طلاق بائن إذا لم تقبل الزوجة الخلع، وإن قبلت وقع الخلع².

أما قانوننا، فلم يتطرق كلا المشرعين الجزائري و المغربي لمفهوم بدل الخلع ففي حين جاء المشرع الجزائري في نص قانون الأسرة بنص وحيد، المادة التي 54 تتحدث عن إمكانية الزوجة لإجراء الخلع دون موافقة الزوج بمقابل مالي وفي حالة عدم الاتفاق على المقابل المالي للقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة المثل وقت صدور الحكم واكتفى كذلك المشرع المغربي بالتبين في نصوص المواد 118 و 119 و 120 من المدونة حول أن ما صح الالتزام به شرعا جاز أن يكون بدلا وعدم إمكانية جواز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أوفقتهم إن كانت الأم معسرة وفي حالة الاختلاف على البديل يرفع الأمر للمحكمة.

ثانيا: مشروعية بدل الخلع.

إن مشروعية العوض ثبتت في القرآن والسنة، فأية الفداء نص فيها على انه، إذا كرهت الزوجة زوجها، وبادرت بطلب الفراق، ولم تكن مكروهة على طلبها فكان مقتضى العدل أن ترد له صداقها، وإلا فيجتمع على الزوج مرغما خسارة الزوجة وصداقها فإذا تحققت هذه الشروط حل له أخذ الفداء وجاز لها بدله³. ونجد قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليه فيما افتدت به ﴾⁴. كما لا حرج على الزوج أن يأخذ عوض انحلال نكاح لم يختار انهاءه⁵.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 384 - 385.

² - احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 384.

³ - اسماعيل موسى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين 2008، ص 70.

⁴ - سورة البقرة الآية 229.

⁵ - إسماعيل موسى عبد الله، المرجع نفسه، ص 70.

وجاء في السنة مشروعية البذل من سؤاله صلى الله عليه وسلم لحبيبة بنت سهل: "اتردين عليه حديثه" وكأنه يقول لها لا يصح إلا بهذا¹.

واتفق غالبية الفقهاء على جواز أخذ البذل من الزوجة كمقابل للخلع لفائدة الزوج بالرغم من اختلافهم في مقدار ما يأخذه الزوج.

أما قانوننا، فهو ما نجده في النص الصريح سواء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه "يمكن للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي" وما يستشف من المادة هو أن مقابل الاعتراف للزوجة بحقها بالخلع اعترف المشرع ومن خلال نص المادة للزوج في حقه بالحصول على تعويضه عن الضرر الذي أصابه جراء فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة كتعويض له سمي ببذل الخلع أو العوض.

وهو ما أخذ به المشرع المغربي في المدونة و زيادة على اعترافه بحق العوض للزوج نص صراحة في المادة 116 على أن الزوجة دون سن الرشد القانوني إن خولعت لا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي ولها استرجاع البذل إن اكرهت على الخلع واضربها الزوج مع نفاذ الطلاق طبقا للمادة 117 من المدونة. وهو ما أغفله المشرع الجزائري محيلا بذلك على المادة 222 من قانون الأسرة، وسنتعرض في الفرع الموالي الى ما يصح بدلا للخلع وشروطه.

الفرع الثاني

ما يصح أن يكون بدلا للخلع و شروطه.

كل ما صلح أن يكون مهرا في عقد الزواج صلح أن يكون عوضا في الخلع سواء كان نقودا، أو أعيانا كالعقارات والمنقولات، أو منافع مقومة بالمال وسواء كان المهر أو غيره².

¹ - إسماعيل موسى عبد الله، المرجع السابق، ص 70.

² - أحمد محمد المومني - إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق بالخلع، الطبعة الأولى 2009، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 82.

والملاحظ أنه لا خلاف بين الفقهاء عموماً في ما يصح به الخلع، فيرى الحنفية بأنه ما جازاً أن يكون مهراً جازاً أن يكون بدلاً في الخلع¹. ولا تقدير فيه فيصح أن يكون من النقدين أو العقار أو المنقول. كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج، أو منفعة تقوم بالمال، وكما يصح أن يكون الخلع على إرضاع ولدها منه مدة معينة أو على أن تقوم بالإفراق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك².

فإن خالعت زوجها على خمر أو خنزير، و قبل منها فإن كان بلفظ الخلع ونحوه بانته منه ولا شيء له عليها ولا يسقط شيء من مهرها، وإن كان بلفظ الطلاق وقع الطلاق رجعيًا بعد الدخول وبائناً قبله³.

وذهب الشافعية إلى أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على الصداق، أو على بعضه، أو على مال آخر، سواء كان أقل من الصداق أم أكثر، ولا فرق بين العين، والدين والمنفعة، و ضابطه أن كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع⁴. لعموم قوله ﴿فلا جناح عليه فيما افتدت به﴾⁵ ولأنه عقد على بضع فأشبهه بالنكاح⁶.

أما الحنفية فقالوا يشترط في عوض الخلع أن يكون ما لا حلال، فإن خالعتها على خمر أو خنزير ونحوهما وهما يعلمان تحريمه، فإن الخلع يقع فاسد لأن الرضاء به بدل على الرضاء بغير عوض، ولا بد من العوض لأنه ركن الخلع فلا يحقق بدونه. أما إذا كانا لا يعلمان بالتحريم، فإنه يصح الخلع، ويلزم المرأة بدفع قيمة العوض، أو مثله إن كان له مثل من حلال⁷.

أما المالكية قالو يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على الخمر

¹ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1034.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 545 - 546.

³ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1034.

⁴ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 192.

⁵ - سورة البقرة الآية 229.

⁶ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 192.

⁷ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص 1036.

أو خنزير أو مال مغصوب على شيء، من ذلك وقع الطلاق البائن و يبطل العوض فإن كان مغصوب وجب عليه أن يرده لصاحبه و إن كان خمرا وجب إراقته و إن كان خنزيرا وجب إعدامه على المعتمد وقيل يسرح ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك ومثل ذلك ما إذا خالغته على شيء بعضه حلال وبعضه حرام كما إذا خالغته على خمر وثوب فإن الخلع ينفذ والعوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقا¹.

والملاحظ ومما سبق أنه لا خلاف بين الفقهاء في مسألة ما يصح به الخلع عموما إذ ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا للخلع شرط أن يكون حلالا، وذلك عملا بالقاعدة الفقهية أن كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدل الخلع.

أما قانونا، فقد أعلف المشرع الجزائري مسألة ما يصح به الخلع مكتفيا بالمادة 54 والتي جاءت عامة وغامضة بحديثها فقط على امكانية الزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج بمقابل مالي وفي حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على المقابل المالي يتدخل القاضي ليحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

لم توضح هاته المادة ما يصح أن يكون بدلا للخلع أو شروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه لاسيما المذهب المالكي الذي اعتنقه المشرع الجزائري باعتبار استعمال مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، و المال يمكن أن يكون من النقود أو الأوراق المالية المعروفة و المتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا وعينا².

وعكس ذلك نص المشرع المغربي في المادة 118 من مدونة الأسرة على أن " كل ما يصح الالتزام به شرعا، صح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة".

تطبيقا لهذا النص المستمد من المبادئ العامة للفقه الاسلامي، فان بدل الخلع لا يصح أن يكون عبارة عن شيء أوحق أو عمل محرم، وإلا وقع الطلاق بائنا مع سقوط بدل الخلع³.

¹ - عبدالرحمان الجزيري المرجع السابق، ص 1036.

² - منصور نورة، المرجع السابق، ص 140.

³ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 140.

وما تقضى به المادة سابقة الذكر انه يستلزم تحديد بدل الخلع بالمعروف كما انه يتفق مع ما نص عليه المشرع بالنسبة لمحل الصداق في مدونة الأسرة¹ طبقا لنص المادة 28². وكذلك مع مقتضيات قانون الالتزامات و العقود³. فبدل الخلع إذن يصح أن يكون عبارة عن نقودا منقول أو عقار، مؤجلا أو معجلا ملكا أو منفعة، كما يمكن أن يكون مقابل الخلع تتنازل الزوجة عن حضانة ولدا لأبيه إن كانت موسرة⁴.

والملاحظ أن كلا من المشرع الجزائري و المغربي نسبيا لم يتحدثا عن شروط بدل الخلع لكن بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي و المبادئ العامة، نلاحظ بأن بدل الخلع خص بمجموعة من الشروط لا بد من توافرها هي:

1- أن يكون المال مقوما مما يصح تملكه أو بيعه وإن كان غير مقوم كما لا يجوز تملكه كخمر أو خنزير، فإن كان يعلم ذلك وقع الطلاق عند الحنفية ولم يقع وفقا لقول المالكية⁵.

2- أن لا يكون مغصوبا فإن خالعه على مال مغصوب فإن الخلع يصح وتلتزم البديل⁶.

3- يلزم أن لا يمس بحقوق الأولاد ومثله تعهد المرأة بأداء أجره رضاع ولدا من مالها أو أن تتفق على أولاده مدة معلومة أو إلى حد سقوط النفقة الواجبة على الأب نحوهم وهذا لا يجوز إلا إذا كانت الأم موسرة أما إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها لزمته النفقة على أبيهم دون المساس بحقه في الرجوع عليها⁷.

¹ - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 92.

² - م 28 " كل ما صح التزامه شرعا، صح أن يكون صداقا و المطلوب شرعا تخفيف الصداق".

³ - م 57 و م 264 قانون الالتزامات و العقود.

⁴ - محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص 92.

⁵ - أحمد باش، المرجع السابق، ص 267.

⁶ - أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد 2، دار إحياء العلوم ، لبنان، طبعة 02

1987، ص 378.

⁷ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 268

وبعد حديثنا عن ما يصح بدلا للخلع، سنحاول في الفرع الموالي الحديث عن مقدار بدل الخلع ودور القاضي فيه.

الفرع الثالث:

مقدار بدل الخلع و دور القاضي في تقديره.

ذهب جمهور الفقهاء على أن البديل في الخلع غير مقدر، وعلى ذلك قالوا إنه يجوز البديل في الخلع بأكثر من المهر أو أقل أو مساوي للمهر و استندوا لقوله سبحانه وتعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾¹. وهذا عام يتناول القليل والكثير، روى البيهقي عن أبي سعيد الخدري قال " وكانت أختي تحت رجل من الأنصار، فارتفعا إلى رسول الله (ص) فقال: "أتريدن حديقته؟" قالت: " و أزيد عليها، فردت عليه حديقته وزادته"².

فإنه جل وعلا نفى الإثم في أخذ الرجل من زوجته مقابل طلاقها قليلا كان أم كثيرا وقد أخرج ابن سعد عن الربيع قالت " كان بيني وبين علي كلام فقلت له: لك كل شيء وفارقني، قال: قد فعلت، فأخذ كل شيء مني، فجنبت عثمان وهو محصور فقال الشرط أملك، خذ كل شيء حتى عكاص رأسها، فقد أجاز عثمان رضي الله عنه، أن يخالعهما بأكثر من المهر ولم يذكر عليه أحد من الصحابة مع اشتهاه فكان إجماعاً"³.

إلا أن الحنفية وبالرغم من قولهم إلى أن بدل الخلع غير مقدر إلا أنهم اختلفوا مع المالكية، والشافعية والحنابلة في انه إذا كان النشوز من طرف الزوج لم يحل له أن يأخذ منها شيئا و إن كان النشوز من الزوجة حل له أن يأخذ منها ما أعطاه ولا يزيد⁴.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاه فإن خالعهما على أن يأخذ أكثر مما أعطاهما وقع الخلع بقدر ما أعطاهما وبطل فيما زاد

¹ - سورة البقرة، الآية 229.

² - السيد سابق، المرجع السابق، ص 193.

³ - محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنية، القسم الثاني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان الأردن 1995، ص 195.

⁴ - منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 72.

على ذلك¹. واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيء، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً﴾².
وماروى أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله ابن أبي سلول وكان أصدقها حديقته فكرهته، فقال (ص) " أتريدن عليه حديقته التي أعطاك"، قالت: نعم وزيادة فقال (ص) " أما الزيادة فلا و لكن حديقته"، فقالت: نعم، فأخذها له وخلقى سبيلها"، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس بن شماس، قال: قد قبلت قضاء رسول الله (ص)³. ووجه الدلالة مما سبق بعدم جواز أخذ الزيادة هو نهي النبي (ص) الزوج المخالغ عن أخذ الزيادة على المهر، ولو كان الأخذ جائزا لما أمره بالاعتصار على ما أعطاها⁴.

ومما سبق و بإستقراء جميع الآراء، يتضح جليا وخاصة أننا في إطار الدراسة المقارنة بين أحكام القانون المغربي والقانون الجزائري فترجيح رأي دون رأي آخر يخضع إلى مقام تطبيق الرأي فلو كنا بصدد رضائية الخلع وهو ما ترى به مدونة الأسرة المغربية كان لنا أن نرجح الرأي الذي لا يجيز أخذ الزيادة في بدل الخلع عن الصداق حتى لا يكون بذلك سببا في تعسف الزوج اتجاه زوجته التي بعضت العيش معه بإجبارها على دفع أكثر مما قدمه كصداق.

أما إذا كان الأمر يتعلق بالخلع كحق اصل للزوجة وهو ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة، فهنا كان لنا ان نرجح إمكانية الزيادة بالاعتماد على قاعدة المؤمنين عند شروطهم ما دام أنه لا مجال للزوج بأن يتعسف في حق المرأة مادام ان الخلع يتم بدون موافقته.

وبالرجوع إلى أحكام نصوص قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، نلاحظ أن كل من القانونين لم يحددا مقدار لبديل الخلع وهو ما يتضح جليا من خلال النصوص

¹- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 391.

²- سورة النساء، الآية 20.

³- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 392.

⁴- تيسير رجب التميمي، المرجع نفسه، ص 392.

المنظمة للخلع. حيث نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري فيه يتعلق بمقابل الخلع على أن " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". و يستشف من ذلك أن الأمر فيما يتعلق بتقدير بدل الخلع ترك لاتفاق الزوجين فلهما أن يتفقا على أكثر من قيمة الصداق.

وأمام عمومية نص المادة 54 سواء قبل التعديل أو بعده، نجد أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا جاء متأرجحا في مسألة تقدير البدل. حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى مؤرخ في 1968/05/22، بأنه " من المقرر شرعا أنه إذا إتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغة فلقضاء الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل أو ما ثبت لديهم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذا تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ ان يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق"¹. في حين قضى ذات المجلس بتاريخ 1980/02/25 بعدم جواز تدخل القاضي في تحديد بدل الخلع بقوله " من المقرر شرعا، أن الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها ومقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي في تحديده وفقا للشريعة الإسلامية وبما أن القضاة تدخلوا لتحديده لحسم النزاع القائم بين الطرفين فيكونوا اخلو بقواعد الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم"².

ما نلاحظ عن القرار سابق الذكر أنه رأى بعدم جواز تدخل القاضي في تحديد بدل الخلع و ترك الأمر لتراضي الطرفين هذا الأمر الذي قد لا يحدث و يستمر معه امد النزاع خاصة في حال اتفاق الطرفين على مبدأ الخلع و اختلافهم حول بدل الخلع.

¹ - م. ع. غ. أ. ش، 22، 05 1968، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفق الأحداث التعديلات، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية 2012، ص 272 - 273.

² - م. ع. غ. أ. ش، 1980/02/25 ملف رقم 213/05، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 273.

ولكن وبعد صدور قانون الأسرة سنة 1984 اعتنق المشرع الرأي القضائي القائل بتدخل القاضي في تحديد بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين وهو ما نص عليه صراحة في نص المادة 54 من قانون 84 وكرسه الأمر 05/02 يتضح جليا تكريس هذا الموقف في قرارات المحكمة العليا المتوالية، حيث قضت في قراراتها وتطبيقا لذلك الصادر في 1984/04/22 بأنه " من المتفق عليه فقهاء في أحكام الشريعة الاسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق"¹.

وفي قرار اخر قضت بأنه" 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 ق.أ (54) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما فضوا بتطبيق الزوجة خلعا طبقوا صرح القانون"².

ويتضح مما سبق من خلال هذا الموقف القضائي أنه وبالرغم من أن المشرع لم يحدد مقدار الخلع في نصوص قانون الأسرة إلا أنه فسح المجال لسلطة القاضي في تحديده في حال لم يتفق الطرفان عليه، وقيده على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت إصدار القاضي لحكمه.

¹ - م.ع.غ.ش ملف 36709 م.ق عدد1، سنة 1989، ص 92.

² - م.ع.غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 134.

والجدير بالملاحظة فانه على القاضي أن يراعي عدم التعسف و المغالات في المبالغ التي تمت المخالعة بها بتولييه تحديد و تقدير مقابل الخلع مراعيًا في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة لانها هي المطالبة بدفع المقابل علما أن هاته العناصر ليست على سبيل الاجبار للقاضي¹.

أما المشرع المغربي وإن كان قد وافق المشرع الجزائري في معالجته لحالة اتفاق الزوجين على الخلع دون البذل حيث قررا معا أن يلجأ في تقدير البذل حينئذ إلى السلطة التقديرية للقاضي إلا أنه خالف المشرع الجزائري في تحديده للمعايير التي يأخذ بها القاضي لتقدير بدل الخلع. فإن كان المشرع الجزائري حصرها في صداق المثل، فإن المشرع المغربي حدد هذه المعايير في اربعة أمور مجتمعه يأخذها القاضي بعين الاعتبار و هي مبلغ الصداق فترة الزواج أسباب طلب الخلع و الحالة المادية للزوجة.

وحسنا فعل المشرع المغربي بتحديد هذه المعايير، و يعد ذلك حرص منه على إعطاء كل ذي حق حقه بحيث لا يتضرر الزوج من الخلع سواء اتفق مع الزوجة حول البذل الذي تمنحه له أو لم يتفقا حوله². وهو ما عبر عنه في المادة 120 من المدونة بقوله " إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، و اختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، و إذا تعذر الصلح ، حكمه إلى المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابلة مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، و أسباب طلب الخلع، و الحالة المادية للزوج".

فقد يتراضى الزوجان على الخلع، ولكن قد يختلفا في بدل الخلع، في هذه الحالة يجب رفع الأمر للقضاء قصد النظر في الأمر و مهمة القاضي دائما تنطلق من محاولة الصلح بين الزوجين، أي العمل الجاد على الصلح، حيث يجب أن لا يفرغ من محتواه و

¹ - رابيس محمد، شامي أحمد، دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقدير بدل الخلع " دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المغربي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد الثاني، 2015، ص 113.

² - صارة بن الشويخ، المرجع السابق، ص 91.

ينظر إليه كإجراء ضروري، بل الإلحاح على الصلح " فإن تم رأب الصدع فذاك، وإن تعذر تقدر المحكمة بدل الخلع وحكمت بنفاذه وتراعي في ذلك جميع الظروف المادية والمعنوية للزوجين، من ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، والحالة المادية للزوجة أي نسبة يسرها إضافة إلى أسباب طلب الخلع والتي قد يتبين منها أن الزوج يسيء لها، ما لم تكن مكرهة أو متضررة حيث تطبق في هذه الحالة مقتضيات المادة 117¹.

ويعتمد القاضي في تقديره للبدل على العناصر السابقة على سبيل الاستئناس فقط، كما يجب عليه عند تقديره لبدل الخلع أن لا يتعسف ولا يغالي في تقديره طبقاً لأحكام المادة 118 من المدونة².

وطبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 120 إن أصرت الزوجة على طلب الخلع واصطدمت في طلبها هذا برفض الزوج بإمكانها في هاته الحالة اللجوء إلى مسطرة الشقاق كما هي منظمة بالمواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة والتي من شأنها أن تؤدي إلى تطبيقها دون مقابل، بل وحينئذ تستحق حقوقها و حقوق أولادها في إطار المواد 84 و85 و93 من مدونة والمحال عليها بالمادة 97 من نفس المدونة³.

والملاحظ و مما سبق و بالرغم أن المشرع المغربي لم يحدد مقدار بدل الخلع إلا أنه أحال على السلطة التقديرية للقاضي كالمشرع الجزائري إلا أن المشرع المغربي أحسن صنعا لما عدد من المعايير المعتمدة لتحديد البدل والتي وإن كان القاضي أن يستعين لما على سبيل الاستئناس عكس المشرع الجزائري والذي حصرها في معيار صداق المثل وفتح بذلك المجال واسعاً للقاضي للتقدير.

وإذا كان البدل عادة يتمثل في مبلغ من المال تدفعه الزوجة افتداءً لنفسها من زوجها فيمكن ويصح أن يكون في مقابل بعض الحقوق الأخرى وهو ما سنوضحه في الفرع الموالي.

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 320.

² - ريس محمد، شامي أحمد، المرجع السابق، ص 118.

³ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 121.

الفرع الرابع:

الخلع مقابل بعض المنافع.

قد يتم الخلع بدون مقابل كأن يقع مقابل بعض الحقوق والمنافع كإرضاع الطفل أو أن يكون الخلع مقابل النفقة أو الحضانة.

أولاً: حكم الخلع في مقابل إرضاع الطفل.

إذا خالغ الزوج زوجته على أن ترضع ولدها مدة الرضاعة الواجب شرعاً بدون أجر فقبلت ذلك كان عليها أن تقوم بإرضاعه المدة التي اتفق عليها، فإن امتنعت عن الإرضاع أو مات الولد أو ماتت هي قبل تمام المدة المتفق عليها، فإن للزوج الحق في أن يرجع على الزوجة أو ورثتها لما يعادل أجر رضاع الولد عن المدة الباقية إلا إذا شرطت عليه عند الخلع أنه إذا مات الولد أو ماتت هي فلا شيء عليها¹، وهو رأي الحنفية.

وذهب المالكية إلى أنه يصح الخلع على أجره رضاع الحمل الذي في بطنها مدة رضاعة، فإذا قالت له خالغني على أجره رضاع ولدي الذي في بطني فقال لها: خالغتك على ذلك و قبلت فإنها تبين منه، وعليها رضاع ولده مدة الرضاع مجاناً. فإذا مات الولد قبل عامين سقط ما بقي من أجره الرضاع، فلا يرجع عليها أبوه بشيء ما لم تكن عادتهم الرجوع، فإن له مطالبتها بالباقي. أما إذا ماتت هي أو جف لبنها، فعليها مقدار ما بقي من أجره رضاعه و يؤخذ من تركتها إن ماتت².

في حين ذهب الحنابلة إلى أنه يصح الخلع على أن ترضع ولده منها أو من غيرها مدة معينة فإن مات الولد قبل استيفاءهم كان له الحق في المطالبة بأجره رضاع مثله، فيما بقي له، ومثل ذلك إذا ماتت وجف لبنها، وإن خالغته على إرضاع ابنه ولم تذكر مدة، فإنها تلتزم بإرضاعه المدة المقررة للإرضاع شرعاً وهي الحولين سواء كان الخلع قبل الوضع أو بعده مباشرة أو كان في أثناء المدة. فإن كان قد مضى على ولادته سنة لزمها أن ترضعه الحول

¹ - عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص 288.

² - عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 1037.

الباقي¹. ورأي الشافعية أن المال المقصود ومنه نفقة العدة والحضانة ونحوهما ومنها الرضاع أنه يصح به الخلع².

ثانياً: الخلع على نفقة الصغير.

يصح الخلع على نفقة الصغير بحيث يجب أن تكون المدة معلومة ومحددة ويرى الحنفية والمالكية أنه لو خالع الزوج زوجته على أن تنفق عن ابنه الصغير مدة معلومة صح الخلع ولزمها الانفاق عليه في هذه المدة فإن امتنعت أو ماتت أو مات الولد قبل انتهاء المدة المحددة وجب عليها نفقة المثل في باقي المدة³.

ثالثاً: الخلع على إسقاط الحضانة.

يجوز للزوج أن يطلق زوجته مقابل تنازلها عن حقها في حضانة أولادها منه، وهذا بناء على أن الحضانة حق للأم وهو صحيح وإذا أسقطت الام حضانتها فإن الحضانة تنتقل لجدة أم الام ثم الخالة ولا تنتقل إلى الزوج الذي اشترط إسقاط الحضانة⁴. وهذا متفق عليه فقهاً. وفي منظور من يرى الحضانة حق المحضون لا الام فلو خالعت المرأة على إسقاط حضانتها كان الخلع صحيحاً و لكن لا يسقط حق الام في الحضانة لأن الحق للولد المحضون فلا تملك الام التنازل عنه مقابل الخلع وكذلك فإن هذا الشرط يترتب عليه ابطال حق من يلي الأم في الحضانة إن أصبحت الأم غير صالحة للحضانة والأم لا تملك إبطال هذا الحق⁵.

¹ - عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 1039.

² - عبدالرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 1038.

³ - وهيبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى 1984، ص 502.

⁴ - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، الطبعة الأولى، دار ابن خرم للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 2007 ص 215.

⁵ - عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص 288.

رابعاً: بدل الخلع و حضانة الطفل.

حضانة الطفل حق من حقوق أمه، فإذا اشترط الرجل في عقد المخالعة أن يكون حق إمساك الولد له مدة الحضانة، فالمخالعة صحيحة و الشرط باطل، و يجوز لمن كان لها حق الحضانة أن تأخذه من أبيه و تطالب بأجرة حضانته ونفقته إن كان الولد فقيراً¹.

خامساً: الخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة.

يصح الخلع مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة العدة و يبرأ الزوج منها لأنه مال مقصود يصح به الخلع حين و إن كانت العدة عدة حمل حيث يصح الخلع عن نفقة عدة الحامل إلا إذا أعسرت في هذه المدة فإن يجب عليها أن ينفق عليها وتكون هذه النفقة ديناً عليها بأخذه منها².

أما قانوناً، الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة الخلع مقابل بعض المنافع فاسحا لأحكام الشريعة الإسلامية وفق لنص المادة 222 من قانون الأسرة و ما جاء به الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

في حين نص المشرع المغربي صراحة في المادة 119 من المدونة والتي نصت أنه " لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم دون مساس بحقه في الرجوع عليها".

و بهذا اشترطت المدونة ألا يكون الخلع بشيء يتعلق به حقوق الأطفال، أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة، و مؤدى هذا الشرط أن بدل الخلع لا يصح أن يكون شيئاً يتعلق بحقوق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم معسرة.³

ويتجلى من مقتضيات هذا النص أن الزوجة المعسرة لا يجوز لها طلب الخلع مقابل تعهداها بالإنفاق على الأولاد، و إذا ثبتت إعاؤها بعدما كانت موسرة أثناء إبرام عقد الخلع،

¹ - مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، المجلد الأول (الزواج و الطلاق)، الطبعة الثامنة 2000، دار الوراق، الرياض، ص 227.

² - خليل عمرو، المرجع السابق، ص 190.

³ - أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، 2010 مصر، ص 172.

ثبت للأولاد حقهم في النفقة تجاه أبيهم و لا يمكنه أن يدفع دعواهم بالإنفاق الذي أبرمه مع الأم طبقاً لمبدأ عدم مساس العقد بحقوق الغير¹.

كما يمكن للأم التنازل عن حضانة أولادها الموجودين لمصلحة الأب مادامت طائفة مختارة. غير أن تنازلها عن الحضانة و هي مازالت حاملاً و لم تضع مولودها بعد يعتبر عديم الأثر القانوني لكونه أنصب على غير محل و على حق لم ينشأ بعد و هو بذلك و العدم سواء².

ومجمل القول أنه يحق وفق المشرع المغربي للزوجة أن تختلع من زوجها بأي حق من الحقوق المشروعة العائدة لها، ومن ثم يصح ان تخالع الزوجة زوجها مقابل التنازل له عن نفقة عدتها. وفي المقابل يتمتع على المرأة مخالعة زوجها على حق من حقوق الراجعة لأبنائها خاصة في الحالة التي لا يستطيع فيها القيام بشأن من شؤون الأولاد³ وفق لنص المادة 65 الملغاة ومعناه أنه لا يحق للمرأة في مقابل الطلاق أن تتنازل عن نفقة أولادها من مطلقها أو عن حضانتهم أو عن ضروريات رضاعتهم وإلا فإن هذا الطلاق يقع وتنازل الزوجة كأن لم يكن بحيث يظل الأب مسؤولاً عن أبنائه والقيام بما يلزم من الرعاية والاشراف والانفاق⁴.

وهو ما سار عليه القضاء المغربي في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1992/07/14 والقاضي بـ " إن الالتزام بنفقة الأبناء مقابل الخلع يجوز طالما أن المطلقة موسرة، وهذا ما نص عليه الفصل 65 من مدونة الاحوال الشخصية، لزمها ما التزمت به

¹ - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 92.

² - المرجع نفسه، ص 93.

³ - أحمد الزوكاغي، الطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأسرة، مطبعة الأمنية، الرباط، 1994، ص 66.

⁴ - احمد الزوكاغي المرجع السابق ، ص 67.

قبل أن تصبح موسرة، أما بعد إعسارها فنفقة الأبناء على والد هم ولو كان الخلع اختياريا أما لو كان تحت الإكراه فإن الزوج لا يستحق ما خولع به¹.

تتازل المطلقة خلعيا عن حقها في حضانة الأولاد وعدم المطالبة عاجلا أو أجلا بأي حق من حقوقهم المتعلقة بالنفقة والاسكان لا يسقط نفقتهم الواجبة على الأب متى بلغوا سن التخيير وفضلوا العيش مع والدتهم وتبعاً لذلك تبقى النفقة واجرة الحاضنة واجبة طيلة المدة المعتمدة قانونياً².

الفصل الثالث

تكييف الخلع وأثاره

اختلف الفقهاء في تكييف الخلع من حيث هو يمين او معاوضة، كما اختلفت التشريعات المغربية للأسرة في تكييف الخلع ففي حين اعتبره المشرع الاسري الجزائري حقا للزوجة يمكن لها اللجوء متى شاءت دون مراعاة لإرادة الزوج، اعتبر المشرع المغربي من خلال مدونة الاسرة ان الخلع رخصة للزوجة تتوقف على إرادة الزوج اذ لا يمكن للزوجة إحداثه بإرادتها المنفردة. وهو ما سنتعرض له في (المبحث الاول).

وكما هو معلوم فإن إتباع طريق الخلع لفك الرابطة الزوجية يترتب عليه مجموعة من الآثار منها ما هو خاص بالخلع ومنها ما هو من الآثار العامة التي يشترك فيها الخلع مع جميع النظم المتبعة لفك الرابطة الزوجية. وهو ما سنوضحه في (المبحث الثاني).

¹ - المجلس الأعلى 14.07.1992، عدد 816 الصادر في ملف الأحوال الشخصية عدد 6324، نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 198.

² - المجلس الأعلى عدد 61 صادر في ملف شرعي عدد 2000/2 بتاريخ 2002/12/04، نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 200.

المبحث الأول

التكييف الفقهي والقانوني للفرقة للخلع .

لقد اختلف الفقهاء في كون الخلع يمينا أو معاوضة، هل هو يمين من جانب الزوج، أو منها معا وهل هو معاوضة من جانب الزوجة، أو منهما معا، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون فقد اختلف المشرعين الجزائري والمغربي في التكييف القانوني للخلع فبينما كان المشرع الجزائري يعتبره رخصة للزوجة تتوقف على إجازتها من طرف الزوج ارتقى لاعتبار الخلع حق أصيل للزوجة لها أن تستعمله متى وأنى شاءت . في حين استقر المشرع المغربي في مدونة الأسرة على اعتبار أن الخلع عقد رضائي يتطلب رضى الزوج وموافقته على استعمال هذا الحق.

وعليه سنتعرض على التوالي للتكييف الفقهي للخلع (المطلب الأول) ثم لتكييفه القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التكييف الفقهي للخلع.

إنه ومن خلال إطلاعنا على آراء مختلف الفقهاء فيما يتعلق بمسألة الخلع نجد أن هاته الآراء تختلف من مذهب لأخر فمنهم من اعتبر الخلع يمين من الزوج أو منهما معا ومنهم من اعتبره معاوضة من جانب الزوجة أو منهما معا.

الفرع الأول

الخلع يمين من طرف الزوج ومنهما معا ومعاوضة من الزوجة.

يرى أبو حنيفة أن الخلع من جانب الزوج يمينا فتراعى فيه أحكام اليمين ، ومن جانب الزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات فتراعى فيه أحكام المعاوضات والتبرعات.

وإنما اعتبر من جانب الزوج يمينا لأنه علق الطلاق على شرط هو العوض المالي الذي تدفعه الزوجة للزوج فهو في معنى اليمين كالطلاق على شرط، بينما اعتبر من جانب الزوجة معاوضة لها شبه التبرعات لأنها تدفع المال عوضا عن الطلاق، ولكنها ليست

معاوضة محضة كما هو الأمر في البيوع لأن الزوج لا يدفع عوضا ماليا مقابل ماتدفعه الزوجة فكان ما دفعته الزوجة في الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات¹.

وقال أبو حنيفة عندما يتفق الزوجان على الفرقة نظير مبلغ من المال، تعطيه الزوجة لزوجها، وطلقها الزوج بناء على ذلك، فذلك يعتبر يمينا من جانب الزوج، وهذا لأنه علق طلاق الزوجة على قبول المال². فقول الزوج لزوجته "خالعتك على مائة دينار" يكون كقوله لها "إن قبلت دفع مبلغ المائة دينار فأنت طالق" أو "إدفعت لي مائة دينار خالعتك"³. فالطلاق معلق على قبولها إعطائه البديل فهو منه بمنزلة تعليق الطلاق على قبولها⁴.

والتعليق يسمى يمينا في إصطلاح الفقهاء، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج⁵. وبالنسبة للزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات بمعنى أن الزوجة تقصد إفتداء نفسها وتخليص عصمتها بالبديل الذي تدفعه فهو منها بمنزلة مبادلة ومعاوضة⁶.

ولكنها ليست معاوضة محضة كما هو في البيوع لأن الزوج لا يدفع عوضا ماليا مقابل ماتدفعه الزوجة فكان مادفعته الزوجة في الخلع معاوضة لها شبه التبرعات⁷. والمعاوضة المحضة تكون إذا كان كل من العوضين مالا أو ما في حكمه.

في حين ذهب الصحابان من الحنفية إلى أن الخلع يمينا من الجانبين أي يمينا من جانب الزوج ومن جانب الزوجة معا لأنه من جانب الزوج تعليق وقوع الطلاق على قبول الزوجة بدفع الفدية وهو معنى اليمين كما مر، وأما من جانبها فهو يمينا أيضا لأن قبول

¹ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، الأردن 1995، ص 191.

² - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 393.

³ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن الطبعة الأولى، 1999، ص 191.

⁵ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 1977، ص 122.

⁶ - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص 191.

⁷ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 191.

الزوجة شرط تمام يمين الزوج، فقبول الزوجة يعني رضاها بدفع الفدية التي اشترطها الزوج لوقوع الطلاق¹.

واعتبار الخلع يمينا من الزوج يترتب عنه مايلي:

1- إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج بأن قال لها: خالعتك على مائتي دينار فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوجة لأن قوله في معنى تعليق الطلاق، والطلاق المعلق كالمنجز لا يصح الرجوع عنه².

2- لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج في المجلس ثم قام منه قبل قبول الزوجة له لا يبطل الخلع بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد قيام الزوج كان قبولها صحيحا ويقع الطلاق لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعا عن الإيجاب دلالة وإذا كان الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة، فلا يملك الرجوع عنه دلالة من باب أولى لأن التعليق لا يمكن الرجوع فيه³.

3- للزوج أن يعلق الخلع بشرط، وبضيفه إلى وقت كأن يقول: إذا قدم خالد، فقد خالعتك على ألف جنيه، أو يقول: خالعتك على ألف جنيه غدا، أو رأس شهر كذا والقبول إليها بعد قدوم خالد، وبعد مجيء الوقت، حتى لو قبلت ذلك لا يصح، لأن التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت، فكان قبولها قبل ذلك هدرا⁴.

4- لا يجوز للمخالع أن يشترط الخيار لنفسه وسبب ذلك أن الخلع يمين واليمين لا يجوز الإشتراط فيها، إلا أنه لا يجوز أن يكون الخيار للمرأة⁵.

¹ - شويس هزاع المحاميد، فخري عزام، المرجع السابق، ص 222.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 534.

³ - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى 2004، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 291.

⁴ - محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية بيروت، 2001، ص 508.

⁵ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية مصر، ص 128.

5- للزوج أن يضيفه إلى زمن المستقبل: كقوله: خالعتك بعد شهر في نظير كذا، فإن قبلت بعد حصول مذلول فعل الشرط في الأول، وانقضاء الوقت المعين في الثاني، صح القبول ووقع الطلاق البائن، وليس لها أن تقبل قبلها، لأنه تطبيق معلق على قبولها عند وجود الشرط والوقت فيكون قبولها قبل ذلك لغوا¹.

أما إذا صدر الإيجاب من المرأة فوصفه يختلف عن وصف إيجاب الرجل إذ أن إيجابها يكون في معنى المعاوضة، لأنه تمليك للمال بعوض، فتراعى فيه أحكام المعاوضات فيترتب على ذلك مايلي:

1- يحق للزوجة الرجوع عن إيجاب الخلع قبل قبول الزوج إذا كانت هي البادئة به، لصحة الرجوع فيه قبل قبول الطرف الآخر في المعاوضات².

2- إذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء، وقامت من المجلس الذي أوجبت فيه أو قام الزوج منه قبل قبوله بطل الإيجاب، فليس له أن يقبل بعد قيامه أو قيامها من المجلس الذي صدر فيه الإيجاب³. إذ تبطل المعاوضات بتفرق المتعاقدين، كما يبطل بمغادرة الزوج قبل قبوله، أو إذا ابتدأ بالإيجاب كان عليها القبول في المجلس إن كانت حاضرة، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة، وإذا قامت منه ثم قبلت لا يصح⁴.

3- للزوجة شرط الخيار لنفسها كأن تقول لزوجها:

خالعتك على ألف دينار على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام فقبل الزوج منها هذا الشرط صح الخلع، ولها أن ترد فلا يقع الطلاق، ولا يلزمها مال، ولها أن تقبل فيقع الطلاق ويلزمها بدل الخلع، وهكذا إذا مضت مدة الخيار يقع الطلاق، ويلزمها مال⁵.

¹ - محمد سمارة، أحكام واثار الزوجية، شرح مقارن القانون والاحوال الشخصية، الطبعة الاولى، 2009، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ص263.

² - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 263 .

³ - أحمد محمد على داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن الطبعة الأولى، 2009، ص 150 .

⁴ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 263.

⁵ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 129.

- 4- لا يصح للزوجة لتعليقها إيجابها على شرط، أو تضيفه إلى زمن مستقبل وسبب ذلك أن الخلع في حقها معاوضة، والمعاوضة لا تقبل التعليق ولا الإضافة¹.
- 5- لا يصح الإيجاب إلا من الزوجة التي هي أهل للتصرفات المالية².

الفرع الثاني

الخلع معاوضة من الجانبين.

إن الخلع عقد معاوضة وإليه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، لأن الخلع عقد يعتمد التراضي بين الزوجين بالإيجاب والقبول، ويترتب عليه تملك وتملك، فالزوجة تدفع الفدية لزوجها مقابل الطلاق، والزوج يملك الفدية مقابل تملك الزوجة أمر نفسها³.

حيث يرى المالكية أن الخلع معاوضة صرفة تسري عليها أحكام المعاوضات من جواز الرجوع فيه قبل صدور القبول، وانقضاء الإيجاب بقيام العاقد من مجلسه ما لم يلق كلامه قبولا صحيحا، وهذا بالنسبة لباقي شروط المعاوضة، مع أنهم أمضوا الخلع إذا فسد البذل واعتبروه طلاقا بائنا. ويعزى سبب ذلك إلى نفاذ الخلع عندهم وإن وقع بغير بدل، وهو ما لا يتفق مع هذا التكييف كما أشار إليه بعض المصنفين منهم، لأنه حينها يكون أقرب إلى التبرعات منه إلى المعاوضات⁴.

فبذلك يرى المالكية أن الخلع معاوضة من الجانبين، فهو عقد ملزم للجانبين، وبناء على ذلك يكون الحكم فيه من حيث الإيجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات⁵. ويترتب على ذلك:

1- جواز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول.

¹- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، المرجع السابق ص 128.

²- محمد سمارة، المرجع السابق ص 309.

³- شويس هزاع المحاميد، أحمد فخري عزام، المرجع السابق، ص 222.

⁴- هيشور أحمد، المرجع السابق ص 84.

⁵- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ص 58.

2- اقتصار الإيجاب على مجلسه، وقيام أحدهما من المجلس قبل قبول الطرف الآخر، يعتبر رجوعاً أو إعراضاً كما هو الأمر في عقود المعاوضات.¹

3- موافقة الإيجاب للقبول ومثال ذلك قوله: خالعتك ثلاثاً بآلف، فقالت قبلت بواحدة لو يلزم الطلاق.

كما يجوز الخلع عندهم التعليق عن شرط والإضافة إلى زمن المستقبل فإذا قال لها: إذا أقبضتيني فقد طلقتك، لم يختص إقباضها بنفس المجلس فمتى أقبضته ولو بعد المجلس طلقت منه وهنا علق الزوج الإيجاب على الأداء.

وكذلك إذا قال لها: طلقتك غدا بآلف، فقالت في الحال. فإنها تطلق في الحال ويلزمها المسمى، ومثله وإذا قالت له طلقني غدا ولك ألف، فإذا طلق في الغد أو قبله استحق الألف فإذا فهم من مقصودها الطلاق، وإن فهم منها تخصيص اليوم، لم يلزمها إن طلقها قبله ولا يلزمها إن طلقها بعده.²

أما الشافعية، فاختلّفوا في حقيقة الخلع هل هو معاوضة محضة أو أنه معاوضة فيها شوب تعليق. فمن قال منهم أن الخلع طلاق ذهب إلى القول أنه معاوضة فيها شوب تعليق لأن الأصل أن الزوج يستقل بالطلاق دون الزوجة ولكن وقوع الطلاق في المخالعة تعلق بقبول الزوجة.³

أما على القول بأن الخلع فسخ: فهو معاوضة محضة من الجانبين، إذ لا مدخل للتعليق فيها، بل هو كابتداء البيع، وعلى ذلك: فللزوج الرجوع قبل قبول الزوجة، لأن هذا شأن المعاوضات.⁴

وعلى الرغم من إتفاق الحنابلة حول كونه فسحاً، إلى أن أقوالهم اضطربت بشأن طبيعة المعاوضة التي يكتنفها، إذ يرى البعض بأنها ليست معاوضة حقيقية، بل مجرد إسقاط

¹ - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 151 .

² - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق ص 133 ، نقلاً عن الخرخشي الجر 04 ص 25.

³ - شويش هزاع المحاميد، أحمد فخري عزام، المرجع السابق ص 222 .

⁴ - محمد نبيل سعد الشادلي، المرجع السابق ص 510 ، نقلاً عن مقي المحتاج ج 1 ص 369 .

الحق البضع لا تمليك فيه، والإسقاط تدخله المسامحة، لذلك جاز بغير عوض على رواية، وهو المعتمد في المذهب خلافا لمن قال بكونه معاوضة تامة لا تصح من دون بدل¹. ومما سبق وبعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم يتبين أن الرأي الراجح هو قول جمهور الفقهاء بأن الخلع عقد معاوضة لأن العبرة للمعاني، فكلام الأول من الزوجين يعد إيجابا وكلام الآخر منها يعد قبولا ولا حاجة إلى القول بأن الخلع شرط وجزاء². ويترتب على القول بأن الخلع عقد معاوضة مايلي:

- 1- وجوب تراضي الزوجين في الخلع لأنه عقد معاوضة
- 2- وجوب العوض في المخالفة وهو ما يميزها عن أنواع الطلاق الأخرى
- 3- الفرقة بالمخالصة طلاق بائن، فالزوجة دفعت الفدية لتملك أمر نفسها لا أن تبقى بيد زوجها، في أمر طلاق رجعي إذ لا فائدة من المخالصة لها في هذه الحالة لأنها بدون فائدة³.

المطلب الثاني

التكيف القانوني للخلع.

كما تقدم نص كل من المشرعين المغربي والجزائري على مشروعية الخلع وجوازه بالنسبة للمرأة. ولكن بالرغم من اتفاق القانونين على مشروعية الخلع وجوازه بالنسبة للزوجة إلى أنهما اختلفا في تكيفه القانوني من حيث أنه حق أصل الزوجة تلجأ له متى شاءت ودون موافقة الزوج. (الفرع الأول) أم رخصة للزوجين تتوقف على قبول الزوج (الفرع الثاني).

¹ - هيشور أحمد، المرجع السابق ، ص 85.

² - شويس هزام المحاميد، أحمد فخري عزام، المرجع السابق، 222.

³ - شويس هزام المحاميد، أحمد فخري عزام، المرجع السابق ص 223 .

الفرع الأول

الخلع رخصة للزوجة.

لقد سار الفقه القانوني الجزائري وكذا نص قانون الأسرة 11/84. في نسخته الأصلية على اعتبار أن الخلع رخصة للزوجة، لها أن تفر بها من وجه زوج كرهت عشرته وضاق عليها البيت الزوجي بما رحبت به وانتقت معه الأسباب الأخرى للتطيق أو الطلاق¹. وذلك بموافقة الزوج واجازته لها لاستعمال هاته الرخصة رغم أن هذا الأمر لم يتضح من خلال نص م 54 من القانون 11/84 والتي اتسمت بالعمومية و الوضوح واذ نصت على أنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

ويتضح من خلال هذه المادة أنها تحدثت عن امكانية مخالفة الزوجة نفسها مقابل مبلغ من المال تقدمه لزوجها كبديل، وما عليها ان أرادت الخلع الا أن تتبع اجراءات فك الرابطة الزوجية بالخلع ان رأت ضرورة لذلك، وذلك على ما يتم الاتفاق عليه. وفي حالة عدم الاتفاق على شيء، يتدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع بإعتماده، في ذلك معيار صداق مثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى. غير أن المشرع لم يبين المقصود بصداق المثل هنا، هل الذي يدفع لمثل تلك المرأة الطالبة للخلع أو لأي امرأة كانت في تلك الفترة الزمنية². حيث أن المادة سكتت عن تحديد طبيعة الخلع أهو حق أو عقد رضائي مما جعل فقهاء القانون يلجؤون الى تفصيل نص المادة 222 من قانون الأسرة وبالتالي الأخذ بما جاء به الفقهاء المسلمون في مسألة رضائية الخلع من عدمها، حيث كان الاتجاه الغالب هو الاتجاه الذي يرى برضائية الخلع باعتباره رخصة للزوجة تتوقف على اجازته من طرف الزوج، اذ لا خلع الا بموافقة الزوج، وذلك ما هو واضح من مجمل كتابات فقهاء القانون

¹ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص303.

² محمد لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة. الجزائر، طبعة 2004، ص 103-104.

وشراح قانون الأسرة. وهذا ماذهب إليه عبد العزيز سعد في كتابه الزواج والطلاق عند تعريفه للخلع بأنه:

"عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها، وقبول صريح من الزوج لهذا الغرض وللطلاق". وهو تعريف مستمد من نص المادة 54 من قا أ.ج وهو يعني أن الخلع ليس الا طلاقا رضائيا وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته انماء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر¹.

كما يرى الدكتور بلحاج العربي أنه " إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب و قبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فان التكيف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبول المال، ومعاوضة لها شبه التبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من مال مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية"².

وبذلك ذهب فريق من الفقهاء الى اعتبار أنه لا يجب على الزوج إستجابة طلب زوجته وانما يندب له ذلك وهذا ما يؤدي بنا الى الاستنتاج المباشر أن ارادة الزوج معتبرة في وقوع الطلاق بالخلع³.

ومما تقدم ،يتضح بأن الخلع وفق هذا الاتجاه ليس الا طلاقا رضائيا مقابل ما تدفعه الزوجة الى زوجها لقاء طلاقها بطلاق بدون مخاصمة، ولا يصبح لازما الا اذا تم فيه

¹ عماري نور الدين، الخلع من رخصة الحق أصل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، مجلة ودفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 13، 2015، ص 109.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول (الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999، ص 263-264.

³ - بولقصبيات أحمد، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري (دراسة تقييمية، مجلة التراث، مخبر جمع ودراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها جامعة الجلفة، الجزائر، ص 237.

الإيجاب والقبول وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع على الإيجاب في المخالفة قبل أن يقبل الآخر¹.

ورأت الأستاذة ربيحة الغات أن تدخل القاضي من أجل الحكم لانحلال الزواج بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها دون توفر موافقة الزوج، فانه بإمكاننا أن نقول أن مثل هذا الحكم هو حكم يمكن أن يوصف بأنه تعسفي ومنتحيز ولا أساس له في الشرع ولا في القانون².

أما فيما يتعلق بالاجتهاد القضائي فان موقف المحكمة العليا تأرجح بين الرضائية في الخلع من عدمها فقد صدرت عدة اجتهادات للمحكمة العليا تعترف للخلع بطبيعته الرضائية ومنها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 والذي جاء فيه " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين ذنب رضا الزوج ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلاق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالفة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فان القضاء بتطلاق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون احالته"³.

- والقرار الصادر بتاريخ 1984/06/11 والذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الاسلامية في الخلع، اذا كان الثابت من

¹ - ربيحة الغات، التفريق بين الزوجين دراسة نموذجية للخلع والظهار الإيلاء واللعان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص 64.

² - ربيحة الغات، المرجع السابق، ص 64.

³ - المحكمة العليا. غ. أ.ش. م. 21-12-1988، ملف رقم 51728 المجلة القضائية، سنة 1990، العدد الثالث ص 32.

الخلع المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راضي بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس الغاء ذلك فان هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الاسلامية ومن كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي"¹.

وبتضح مما سبق، أن هاته المرحلة في قضاء المحكمة العليا هي مرحلة الاعتداد بإرادة الزوج في الخلع على اعتبار أن الخلع عقد رضائي يتطلب لايقاعه من طرف الزوجة موافقة الزوج.

حيث وكما تحدثت القرار الأول أن قبول الزوج أمر وجوبي وليس للقاضي السلطة في الحكم بالخلع دون رضاء الزوج، و بالتالي حكمه القاضي بالخلع عكس ارادة الزوج معرض للنقض لخرقه القواعد الفقهية. وهو الأمر الذي ذهب اليه القرار الثاني الذي اعتبر الخلع عقد رضائي ليس للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون اتفاق الزوجين وعدم رضاء الزوج.

ووفقا لهذا الاتجاه القائل برضائية الخلع سار المشرع المغربي الذي وافقه القضاء كذلك. حيث دأب المشرع المغربي سواء في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصل 61 منها أو في مدونة الأسرة في نص المادة 115 منها على اعتبار أن الخلع عقد رضائي يتطلب وبالضرورة توافق الزوجين عليه وقبول الزوج له، بالرغم من المكنة التي استحدثتها المشرع المغربي للزوجة في حالة اجابتها لطلبها بالخلع باللجوء الى مسطرة الشقاق وذلك ما هو واضح في المادة 120 من المدونة التي تنص في فقرتها الثانية على أنه " اذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب الزوج لها ، يمكنها اللجوء الى مسطرة الشقاق".

¹ - المحكمة العليا. غ. أ. ش م 1984/06/11 ملف رقم 33652 المجلة القضائية، ، 1989، العدد الثالث ،ص38.

وبالرجوع الى نص المادة 115 من المدونة والتي تنص على ما يلي: " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114"، يتضح أن الخلع هو اتفاق يتم بتراض بين الزوجين، موضوعه الأساسي خلاص الزوجة من زوجيتها نظير بدل تدفعه اليه. فهو طلاق يشترك فيه الزوجان معا، ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج وحده أو الطلاق المملك الذي توقعه الزوجة وحدها، أو التطليق الذي يصدر به حكم من المحكمة، غير أن الطلاق يجب أن تأذن به المحكمة وفقا للتوجه الحالي الذي أخذت به المدونة الجديدة في هذا الصدد، بخصوص جميع أنواع الفرقة بين الزوجين¹.

وعرفه إدريس الفاخوري بأنه " طلاق في مقابل عوض تبدله الزوجة للزوج بناء على التراضي بينهما، ولا يحصل من جانب واحد"². فالمشرع في المدونة الأسرة اشترط رضا الطرفين، حين استعمل عبارة " للزوجين أن يتراضيا"³.

وعليه، فحتى المخالعة بين الزوجين يجب أن يتفق الطرفان على الطلاق بواسطة الخلع، المعنى أنه لا يحق للزوجة الداعية في المخالعة أن تخالع نفسها إلا إذا وافق الزوج على الطلاق الخلعي.

وقد يتفق الزوجان حول مبدأ الخلع الحق ثم يختلفان حول البديل وهو ما نجده حسب في نص المادة 120 من المدونة و التي تحدثت عن أنه إذا اتفق الزوجان حول مبدأ الخلع واختلفا حول البديل يرفع الأمر للمحكمة لمحاولة الصلح، وإن تعذر حكمت بنفاذ الخلع بعد تقرير مراعية في ذلك مبلغ الصداق و فترة الزواج و أسباب طلب الخلع، و الحالة المادية للزوجة.

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 104.

² - إدريس الفاخوري، الزواج و الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لأخر التعديلات و ظهير 1993/9/10 دار النشر الجسور، بوجدة، المغرب، 2002، ص 216.

³ - لبني الدهني، إنهاء الرابطة الزوجية بناء على الطلب من الزوجة و تأثير على تقدير المستحقات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، كلية العلوم القانونية، طنجة، المغرب، 2010/2009، ص 56.

وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 54. من ق.أ.، حيث أن كلا المشرعين عالجا الحالة التي ينص فيها اتفاق الزوجين على الخلع دون البذل حيث قررا معا أنه يلجأ في تقدير البذل حينئذ إلى السلطة التقديرية للقاضي بالرغم من اختلافهما في معايير تقدير البذل¹. وبذلك لم تساير المدونة الاتجاه الذي يرى أن موافقة الزوج ليست ضرورة لوقوع الخلع لأنه ليس من النصوص الشرعية.

وما يؤكد ذلك قوله تعالى " فإن خفتم الا يقيما حدود الله." ذلك أن خطاب موجه لعامة المسلمين أو بالأحرى لأولياء الأمور وتحديدًا القضاء². و للتخفيف من مبدأ الموافقة والتراضي على الخلع فتحت المدونة نافذة أمام الزوجة التي يرفض زوجها مبدأ الخلع أو لم يحصل الاتفاق على مقابل الخلع من الالتجاء إلى مسطرة الشفاف، وهي فرصة أخرى لإنهاء العلاقة الزوجية التي ستضاف إلى الفرص الأخرى التي أتاحتها المدونة للزوجة³. وهو ما تضمنه المادة 120 من المدونة سابقة الذكر.

ولم يحد القضاء المغربي عن المسألة باعتبار أن الخلع يستوجب الرضائية و التي تكون بإتفاق ارادتي الزوجان لإيقاعه موافقا بذلك ما جاءت به نصوص مدونة الأسرة المغربية. و ذلك بالرغم من أن بعض الفقهاء راو بأن الطلاق بالخلع كما جاء في المدونة لا يحقق المساواة، حيث لم يأت واضعوا المدونة بأي جديد يذكر في موضوع الخلع إذ بقي الحال على ما كان عليه إذا ما استثنينا حالة المادة 120 و التي تحيل على التطبيق للشقاق. إذ تأسفوا لتثبيت المشرع بنفس القاعدة غير الشرعية التي أقرتها المدونة عندما إشتربت رضا

¹ - سارة بن الشويخ، المرجع السابق، ص 91.

² - يسمينة الكسكاسي، انحلال الرابطة الزوجية في المدونة و قوانين الأسرة، لنيل دبلوم الدراسات المهمة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، طنجة، المغرب، 2010 - 2011، ص 71 .

³ - المرجع نفسه، ص 72.

الزوج لنفاذ الخلع ورأو أن ذلك مخالفة وضرب حتى لأصول الشريعة الإسلامية و المنطق السليم¹.

وبالتالي فنص المادة 115 التي تشترط التراضي على الخلع لا تحقق المساواة بين الزوجين و تخالف القواعد الشرعية و كان حريا بالمشرع بمناسبة إصلاح المدونة أن يستبعد موافقة الزوج لنفاذ الخلع تحقيق للعدل و الانصاف و تحقيقا للمساواة التي بين عليها إصلاح المدونة².

و خلاصة القول أن المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون 11/84 قبل التعديل كان يعتبر أن الخلع عقد رضا في يستوجب موافقة الزوج و هو مادأبت عليه قرارات المحكمة العليا في هاته المرحلة في حين اعتبر المشرع المغربي ولازال أن الخلع عقد رضائي يستوجب رضاء الطرفين سواء في الفصل 61 من المدونة الملغاة أو نص المادة 115 من مدونة الأسرة الجديدة، والأمر الوحيد الذي تغير هو إمكانية لجوء الزوجية في حالة إجابة الزوج لطلبها بالخلع لتفصيل مسطرة الشقاق طبقا لنص المادة 120.

الفرع الثاني

الخلع حق أصل للزوجة.

جعلت الشريعة الإسلامية مركز الزوجة مساويا يركز الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية، حيث يملك الزوج حق الطلاق و هو من الحقوق الارادية فله أن يطلق زوجته بناء على إدارته المنفردة وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية استعمال الحق الاداري من قبل الزوج³. وفي مقابل ذلك، قررت الشريعة الإسلامية للزوجة حق إراديا² في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج، إذا لم تستطع أن تثبت إخلال الزوج بأحد التزاماته، أما إذا استطاعت أن تثبت

¹ - عبد اللطيف الحاتمي، المستجدات المسطرية في مدونة الأسرة بخصوص انحلال ميثاق الزوجية و مدى تحقيق مبدأ المساواة بين الزوجين، المجلة المغربية للقانون و الاقتصاد كلية العلوم القانونية، الدار البيضاء، المغرب، 2004 عدد 50، ص 145.

² - المرجع نفسه، ص 148.

³ - عمر زودة، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، الجزائر 2003، ص 116.

ذلك، فرق بينهما بدون أن ترفع أي مقابل وهكذا يقف كل من الزوجين على قدم المساواة فيما يتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية.

وبالتالي لم يستأثر الزوج لوحده بإنهاء العلاقة الزوجية بناء على إدارته المنفردة كما يبدو ذلك من النظرة الأولى غير المتفحصة، ونتيجة لذلك، فإن الحكم الصادر بالخلع لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن الحكم الصادر بالطلاق¹.

كما أن القول بأن الخلع حق للزوجة تستأثر به ولها سلطة استعماله دون قيد أو شرط متى شاءت، إذ وبالرجوع إلى مذهب الإمام مالك من خلال المدونة الكبرى وبالرغم من أن الامام مالك رأى أن الخلع يكون بالتراضي وهو الأصل إلا إن هذا الامر لم يكن على طلاقه بل أعطى الحق للزوجة أن هي تركت زوجها وبعد محاولة الاصلاح بينهما أن تلجأ إلى القاضي للحكم لها به وهنا يكون الحكم القاضي مقرا لحقها في الخلع لا منشأ له.

وما يبرر ذلك حول الامام مالك أن الخلع يكون بالتراضي بين الزوجين يكون كذلك بحكم الحكمين إذا فسدت العلاقة بين الزوجين وكانت النفرة بينهما، مما يوجب إن الحكم القاضي على ذلك و لو كان الخلع يقرر رضا الزوجة إن كان النشوز من جانبها، قال الامام مالك " في الأمر الذي يكون فيه حكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل و المرأة حتى لا تثبته بينة و لا يستطيع أن يتخلص إلى أمرها، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها و رجلا من أهلها عدلين للنظر في أمرها و اجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلح بينهما و إلا فرق بينهما ثم يجوز فراقهما دون الأثام و إن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا"².

¹ - يستطيع صاحب الحق الإداري أن يستعمل حقه في أي وقت يريد ويشاء فبمجرد ما يحس بحاجة في التغيير فيلجأ إلى استعمال هذا الحق و قد يكون استعمال هذا الحق حرا، عمر زودة المرجع السابق، ص 103.

² - الامام مالك ، المدونة الكبرى، الجزء الخامس، ص 05.

وحق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج هو حق زكاه ابن رشد الحفيد في قوله " والفقهاء أن الفداء إنما جعل للمرأة مقابل ما بين الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بين يد الرجل إذا فرك المرأة أي كره المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل أي كرهته¹ . ومما سبق و اعتمادا على هذا الأساس ارتقى المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة من اعتبار الخلع رخصة للزوجة يتوقف في استعماله من طرف الزوجة على اجازة الزوج إلى اعتبار الخلع حق أصل للزوجة تستأثر به لها الحق إيقاعه إذا كرهت زوجها متى شاءت و انى شاءت معدلا بذلك احكام نص المادة 54 من قانون 11/84 لينص في المادة 54 المعدلة بالامر 02/05 على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، بحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبذلك فصل المشرع الجزائري بموجب هذه المادة في التكييف القانوني للخلع باعتباره حق للزوجة وجاء ذلك تكريسا لاجتهادات المحكمة العليا والتي اتقت هي الاخرى بمفهوم الخلع من المبدأ الرخصة إلى الحق.

ويتضح ومن خلال المادة المعدلة أن حل العلاقة الزوجية بالخلع أمر جائز للمرأة بإرادتها المنفردة ولا حاجة لصدور قبول من طرف الزوج حيث كانت المادة صريحة بالنص على ذلك بعدم اشتراط موافقة الزوج عكس المادة السابقة والتي اتسمت بالغموض مما أدى إلى تضارب واختلاف الاجتهادات القضائية الصادرة في تلك الفترة.

ومن ثم كان تعديل المادة 54 موضحا أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، لا نه لو كانت موافقة شرطا لازما لكتاب بصدد طلاق بالتراضي لا بصدد خلع².

¹ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصر، دار الكتب الاسلامية الجزء الثاني، مصر ص 68.

² - بن داود عبد القادر، الوجيز في الشرح قانون الاسرة الجديدة، موسوعة الفكر القانوني، وهران 2005، ص 155-

كما أن عدم موافقة الزوج في دعوى الخلع هو الأرجح و الأولى بالأخذ طبقا للاجتهاد القضائي الاخير للمحكمة العليا حيث أن هذا الحكم بالخلع بائن لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية كالطلاق ووجه الاتفاق إذن هو مقدار التعويض لا الخلع نفسه و ان لم يقع الاتفاق على أي شيء لم يرضى الزوج لا بالخلع ولا بالتعويض يحكم القاضي بالخلع من طلبته الزوجة و بما يتجاوز صدق مثل الزوجة وقت الحكم¹.

وبذلك يكون المشرع الجزائري في التعديل الاخير لقانون الاسرة بموجب الأمر 02/05 فلا خالف من قال بأن الخلع عقد رضا في يشرط فيه موافقة الزوج و رضاه في ذلك وكيفية على أساس أنه عقد غير رضائي، وعلى ذلك فإن الخلع كالطلاق لما كان بيد الرجل فإنه لا ينظر فيه موافقة المرأة أو عدم موافقتها في ذلك، فكذلك الأمر بالخلع بالنسبة للرجل فلا يعتد بعدم موافقته، وعليه فان الخلع ليس بعقد تشترط فيه الصيغة كما في باقي العقود و أنه لا يختص بلفظ معين، بل يجوز بأي لفظ مادام أن البديل موجود².

وقد وجد هذا الاتجاه القائل بعدم رضائية الخلع كونه حق للزوجة لما إيقاعه بإرادته المنفردة تطبيقاته في اجتهادات المحكمة العليا و التي بدأت الحديث عن الخلع بأنه عقد رضائي لترتقي بنطرتها بكونه حق ارادي للزوجة مستندة في ذلك لبعض الآراء الفقهية و من بين هاته الاجتهادات ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها و أهمها:

1/- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 الذي قضى بأنه " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على ما يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة في قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القانون لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صدق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم

¹ - المرجع نفسه، ص 156.

² - خليل عمرو، المرجع السابق، ص 191.

قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا

وعليه فإن قضاة الموضوع- في قضية الحال لما قضا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومن كان ذلك رفض الطعن¹.

ويستتبط من هذا القرار اعتراف المحكمة العليا للزوجة بممارسة حقها الإرادي في الخلع دون الحاجة إلى موافقة الزوج وإنما الاتفاق المقصود ليس حول الخلع بل حول بدله أو العوض الذي تدفعه للزوج كمقابل الخلع إذ في حال الاختلاف فيه يرجع الأمر للقاضي لتحديد بما لا يتجاوز قيمة صداق مثل المرأة وقت الحكم وذلك منعا لأي ابتزاز أو تعسف من طرف الزوج.

كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 بأن " الخلع لرخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن تمت فإن قضاة المرفوع لما قضا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

الملاحظ على هذا القرار أنه أقر كذلك حق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج بالرغم من أنه تحدث عن الرخصة و كان يقصد الحق. إذانه واضح من خلال القرار أنه أخلط بين الحق والرخصة حيث أن الحق هو سلطة الاستئثار بالشيء، وعندما نقر حق لـ (أ) نتصور استعمالها على طلاقه دون قيد ولا شرط في أي وقت تشاء. أما الرخصة فهي القيام بتصرف بشرط اجازته كونه عمل يتوقف على موافقة من يرخسه ويجيزه غير أنه ورغم هذا الخلط إلا أن القرار لم ينحرف عن الخط القائل أن الخلع حق للزوجة و ليس مجرد رخصة لها³.

¹ - المحكمة العليا، غ،أ،ش قرار بتاريخ 1999/07/21 ملف رقم 83603، م ق عدد خاص ، 2001، ص 134.

² - المحكمة العليا ، غ،أ،ش ،قرار بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216239، م،ق، عدد خاص، 2001، ص 138.

³ - باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 79.

وجاء كذلك القرار الصادر بتاريخ 2000/07/18 مؤكداً لحق الزوجة في الخلع إذ نص على أنه " إن الخلع هو حق للزوجة و كرسه قانون الأسرة في مادته 54 و أنه لا يجوز لقاضي الموضوع أن يرفض طلب الخلع من طرف الزوجة إذا استحال العشرة و اتسمت بالكراهية و النفور.

و يجوز للزوجة أن تخالع نفسها، ولا يشترط لقبول الخلع رضا الزوج أو موافقته"¹.

كما جاء القرار الصادر بتاريخ 2005/07/13 و الذي أكدت من خلاله المحكمة العليا بأن الخلع ليس عقداً رضائياً بقولها " لكن حيث أن الخلع ليس عقداً رضائياً، لأن الزوجة لها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج وأن موافقة الزوج غير ضرورية مما يتحرر عن عدم الالتفات إلى هذا الوجه لعدم تأسيسه"². وكان لهذا الاستقرار في إجتهد المحكمة العليا الأثر البالغ في تعديل نص المادة 54 من القانون 11/84 بموجب الأمر 02/05 وذلك لإزاحة الغموض الذي كان يحيط بنص المادة.

وبذلك يعتبر الارتقاء الذي عرفه المشرع الجزائري في نظرتة للخلع من الرخصة إلى الحق الأرحم والأقرب للشرع والقانون وكذا لتفسير الآية 229 من سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿ فلا جناح عليها فيما افتدت به ﴾. حيث يعني قوله تعالى " فان خفتم أيها المؤمنون أن لا يقيم الزوجان ما حد الله لكل واحد منهما على صاحبه من حق وألزمه من فرض وخشيتم عليهما تضييع فرض الله وتعدى حدوده في ذلك فلا جناح عليهما حينئذ فيما افتدت به المرأة نفسها من زوجها و لا حرج عليهما فيما أعطت هذه على فراق زوجها إياها وعلى هذا فيما أخذ منها من الجعل والعوض عليه"³.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش 2000/07/18، ملف رقم 248217 نشرة القضاء، 2003، عدد 01، ص 91.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/07/13، ملف رقم 336380، نشرة القضاء، 2006، عدد 61، ص 328.

³ - محمد بن جديد الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، المجلد 2، ص 284.

وما يستخلص مما سبق أنه لا يحق للزوج أن يرفض الخلع لأن زوجته هي التي تفتدي نفسها بالعوض منه، فليس له إلا أخذ العوض أو الفدية، ويحصل الخلع دون قبوله وليس لقبوله أثر على حدوث الخلع¹.

وإذا كان المشرع الجزائري في فصله في مبدأ الحق بالنسبة للخلع و استنادا إلى عدة آراء فقهية منها ما ذهب إليه مذهب الإمام مالك بن أنس في الاستثناء الوارد عن الأصل في كون أنه هو الذي يعذره الحكمين اللذين يعينهما السلطان أو القاضي للإصلاح بين الزوجين أو التفريق بينهما في حالة عدم الإصلاح، ويكون التفريق إما بواسطة التطليق بدون عوض أو التطليق بعوض و هو الخلع². أو باعتداده على ما ذهب إليه ابن رشد الحفيد في جعل الخلع بين المرأة إذا كرهت الرجل³.

فإن المشرع المغربي، وفي المدونة الأحوال الشخصية، سواء في الفصل الثاني و الستون من المدونة الملغاة أو المادة 115 من مدونة الأسرة لسنة 2004 أخذاً بمبدأ الرضائية للخلع و ذلك بنصه صراحة على أن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة 114 أعلاه". أخذاً بما جاء في مذهب الإمام مالك حول ضرورة الاتفاق حول الخلع كأصل بأن يتفق الزوجان على الخلع ويتم ذلك بالإيجاب من أحدهما وقبول من الطرف الآخر قبل أن ينقضي المجلس كأن تقول الزوجة لزوجها خالصني على مائة دينار، فيقول الزوج قبلت فهنا يقع الخلع لأن الإيجاب تطابق مع القبول أو يقول الزوج لزوجته خالصتك على مائة دينار تدفعينها فإن قالت الزوجة قبلت وقع الخلع أيضاً وهذا النوع من الخلع يقع عادة خارج ساحة القضاء⁴.

¹ - لحسين بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، ج1 دار هومة، الجزائر، 2005، ص426.

² - لحسن بن شيخ أث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة)، دارهومة، الجزائر، 2013، ص 192-193.

³ - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق ص 68.

⁴ - لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص192.

ويكون بذلك المشرع المغربي قد أخذ بهذا الرأي للإمام مالك مختلفا بذلك عن المشرع الجزائري الذي ارتقى من اعتبار الخلع رخصة إلى الاعتراف به كحق للزوجة وأن التغيير الوحيد الذي جاء به المشرع المغربي فيما يتعلق بالخلع هو فتح الباب للزوجة في حالة عدم الاتفاق مع الزوج على مبدأ الخلع هو اللجوء إلى مسطرة الشقاق كما جاء في المادة 120 من مدونة الأسرة الأخيرة يقولها " إذا أصرت الزوجة على الخلع ، ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

وهذا تأكيدا من المشرع المغربي على أن الطلاق بالخلع يقوم على أساس إتفاق الزوجين، ورغبتها معا، و ليس الزوجة وحدها أو الزوج وحده، كما أنه تأكيد من المشرع المغربي على أن مسطرة الشقاق تبقى ملاذا لكل زوجة لم تتوصل إلى رغبتها في إنهاء العلاقة الزوجية بواسطة مساطر الطلاق والتطليق الأخرى¹.

اما فيما يتعلق بالمشرع التونسي فلم يتحدث عن الخلع كآلية لفك الرابطة الزوجية بل جعل كلا من الزوجين على قدم المساواة إذ للطلاق ثلاث صور " طلاق بالاتفاق أو طلاق الضرر أو طلاق انشاء من الزوج أو برغبة من الزوجة إدلا يحتاج الزوجان عند طلب الطلاق بالاتفاق إلى الافصاح عن السبب في حين يتطلب الطلاق للضرر إثبات الضرر واقامة الدليل على نسبة تلك الوقائع للزوج أو برغبة من الزوجة بيان الأسباب التي دفعت إلى القيام بالدعوى الرامية إلى ايقاعه إذ أقر المشرع التونسي في أحكام الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن لكل من الزوجين و على قدم المساواة بينهما حق مطلقا في اللجوء إلى الطلاق².

إذ نص الفصل 31 على الحكم بالطلاق:

- 1- بتراضي الزوجين.
- 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

¹ - عبدالسلام زوير، المرجع السابق، ص 199.

² - محمد اللجمي، المرجع السابق ص 377-380-386-387.

3- بناء على رغبة الزوج أنشاء الطلاق أو المطالبة الزوجة به.

ويتضح من خلال المادة سابقة الذكر أن المشرع التونسي استبعد الخلع في نصه في الفصل 31 عن أنواع فك الرابطة الزوجية بالطلاق مخالفاً بذلك كلا من قانون الأسرة الجزائري ومدونة المغربية وجاء بذلك كلا من الزوجين على قدم المساواة في فك الرابطة الزوجية وذلك باللجوء إلى الحالات المنصوص عليها في فصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

المبحث الثاني:

أثار الخلع ومكانة إرادة الزوجة منه.

يترتب على الخلع كطريق من طرف حل الرابطة الزوجية مجموعة من الآثار منها ما هو خاص بنظام الخلع ذاته ومنها ما هو عام على جميع أنظمة حل الرابطة الزوجية بصفة عامة.

وهو ما سنحاول معالجته في مطلبين لتعرض في الأول منها إلى الآثار الخاصة بالخلع وفي المطلب الثاني إلى الآثار العامة بجميع أنظمة حل الرابطة الزوجية والتي من بينها نظام الخلع.

المطلب الأول:

الآثار الخاصة بالخلع.

للخلع آثار خاصة ينفرد بها عن الأنظمة الأخرى لفك الرابطة الزوجية و هو ما سنحاول التعرض له في هذا المطلب مفرقين بين الآثار الخاصة بنظام الخلع من منظور فقهي (الفرع الأول) و آثاره من منظور قانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

آثار الخلع في منظور الفقه.

أولاً: التزام الزوجة بتسديد بدل الخلع.

يلزم المختلعة تسديد بدل الخلع ويبقى في دمتها سواء كان هذا البديل نقوداً أم غيرها من الأشياء المالية التي تقوم بمال أو من المنافع التي تقابل بمال وسواء كان البديل هو المهر كله أو بعضه لأن الزوج علق طلاق زوجته على قبول البديل وقد رضت به فيلزمها ذلك¹.

فلزوم المال المسمى إنما يكون لوجوبه بالتزام الزوجة مالم تكن محجوزة بالسفه أو مكرهة فلا يلزمها شيء، وإن كانت الزوجة مريضة مرض الموت، وخالعتها زوجها على مال في أثناء مرضها وقبلت وقع عليها طلاق بائن كما لو كان الخلع في حال صحتها و يستحق الزوج إذا توفيت الزوجة و هي في عدة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع، أو ميراثه، أو ثلث تركتها لو كانت وصية.²

وإلزام الزوجة بالمبلغ المتفق عليه فيه تفصيل في القضاء والديانة ففي القضاء، أي أنه إذا رفع الأمر إلى القاضي نفذ ما اتفقا عليه قهراً عن الممتنع منها وتلزم الزوجة بدفع المبلغ المتفق عليه سواء كان هذا المبلغ أقل مما أعطاه لها من المهر، أو مساوياً له، أو أكثر منه وسواء كان المتسبب في الفرقة هو الزوج أو الزوجة أو كلا منهما³. وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿ فلا جناح عليهما في ما افتدت به ﴾⁴ ولأن كلا منهما رضي بذلك فلا حق له في الامتناع بعد الرضا، ولعدم معرفة حقيقة من الناشز، لأن القضاء لا ينفذ الأحكام إلا فيما ظهر

¹ - عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص 292.

² - عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2007، ص 77.

³ - صلاح محمد أبو الحاج، مثل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، الأردن، ص 299.

⁴ - سورة البقرة، الآية 229.

يترك له ما بطن، ويختلف الأمر ديانة أي فيما بين الشخص وربه فيختلف الأمر إن كان النشوز من جهة الزوج أو من جهة الزوجة أو منهما معا¹.

ثانيا: لا يبطل الخلع بالشروط الفاسدة.

سبق لنا الحديث حول ما يصح به الخلع فإن كان البطل غير مشروع أو حرام فيصح الخلع ولا يلزم العوض ومثله ما تعلق بحقوق الابناء. ويرى الفقهاء ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، ومثال ذلك تشترط الزوجة ان تكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير ذي رحم محرمة، أو أن تسقط حضانتها له فخلع الزوجة زوجها على شرط فاسد يصح به الخلع

ويبطل الشرط الفاسد².

ثالثا: سقوط الحقوق.

يسقط الخلع كل ما نشأ قبله من حقوق الزوجين، مثل الصداق المؤجل والنفقة الواجبة، إلا حق النفقة المتعلق بالعدة لأنه حق يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق وهو حق يبقى في دمة الزوج، كما انه لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع، وأن التنازل عنها يكون باطلا³.

فبذلك تسقط جميع الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوجين قبل الآخر وقت الخلع، فإذا كانت الزوجة لم تقبض المهر سقط سواء كان قبل الدخول أو بعده، وإذا كانت لها نفقة عن مدة ماضية، فإنها تستقط أيضا بالخلع. وكذلك إذا كانت قد تسلمت كل المهر ثم

¹ - صلاح محمد أبو الحاج، المرجع السابق، ص 299-300.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 552.

³ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر التعديلات، الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007، ص 267-268.

حصل الخلع بالدخول، فأنها لا ترد له شيئاً من المهر. أما الحقوق التي لا تكون ثابتة وقت الخلع كنفقة العدة، فإنها لا تسقط، لأنها لا تجب بالفعل إلا بعد الفرقة¹.

وكذلك الحقوق التي لا تتعلق بالزواج الذي حصل منه الخلع كالدين والقرض، فإنهما لا يسقطان بالخلع إلا إذا اتفق الزوجان على ذلك في الخلع². و هو رأي أبي حنيفة. في حين ذهب الجمهور إلى أنه لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه سواء بلفظ الخلع أو المباراة³. حيث يرى المالكية هنا أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه سواء أكان بلفظ المخالعة، أم بلفظ المباراة، فهو كالطلاق على مال لا يسقط إلا ما نص عليه صراحة⁴.

رابعاً: لا يتوقف على قضاء القاضي و الواقع به طلاق بائن.

إن الطلاق الواقع بالخلع يقع، وإن لم يأذن القاضي بالخلع إذ لا يتوقف على قضاء القاضي مثل كل طلاق⁵.

حيث جاء في المبسوط " و الخلع جائز عند السلطان وغيره لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود و هو بمنزلة الطلاق بعوض و للزوج ولاية إيقاع الطلاق و لها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد⁶.

وجاء في المغني " ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقال به شريح والزهري ومالك والشافعي⁷.

¹ - محمد خضر قادر، دور الإدارة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار البازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن 2010، ص 286-287.

² - محمد خضر قادر، المرجع نفسه، ص 286-287.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 204.

⁴ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 268.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 204.

⁶ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السادس، بيروت لبنان، ص 1073.

⁷ - ابن قدامة المعني، المرجع السابق، ص 174.

ومما سبق يعتبر دور القاضي في الخلع هو بمثابة حكم كاشف لا لإرادة الزوجين في إيقاع الخلع لا غير.

وكذلك من بين آثار الخلع أن الواقع به طلاق بائن لأن الزوجة إنما قبلت البذل لتملك عصمتها ولتتخلص من زوجها الذي خالعهما، ولا يتحقق ذلك إذا كان الطلاق رجعياً¹. وهو رأي الجمهور بأن يقع به طلقة بائنة ولو بدون عوض أو نية². لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾³.

وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل ولو لم يكن بائناً لملك الرجل الرجعة، وكانت تحت حكمه وقبضته، ولأن القصد أزاله الضرر عن المرأة، فلو جاءت الرجعة لعاد الضرر⁴.

خامساً: عدة المختلعة.

ثبت في السنة أن المختلعة تعتد بحيضة، ففي قصة ثابت ان النبي (ص) قال له "خدا الذي لها عليك وخل سبيلها" قال: نعم، فأمرها رسول الله (ص) أن تعتد بحيضة واحدة وتلحق بأهلها⁵. وهو رأي ابن تيمية و ابن القيم.

في حين ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء⁶. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء﴾⁷ ومما يلاحظ من الآية الكريمة أنها جاءت بصيغة العمومية و بالتالي يصدق على حاله المعتدة من خلع.

¹ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 286.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 203.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 203.

⁵ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 198.

⁶ - محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 306.

⁷ - سورة البقرة، الآية 228.

الفرع الثاني:

أثار الخلع من منظور قانوني.

إن الخلع من منظور قانوني تترتب عليه مجموعة من الآثار وبالرغم من أن المشرعين الجزائري والمغربي لم يتحدثوا صراحة عن هاته الآثار إلا أنه ومن خلال تفحصنا لنصوص قانون الأسرة ومدونة الأسرة نستنتج جملة من الآثار منها صدور حكم قضائي (أولاً)

صدور الأحكام بصفة ابتدائية نهائية(ثانياً). سقوط الحقوق(ثالثاً). حق التوارث(رابعاً).

أولاً: صدور حكم قضائي بالخلع.

بحديثنا عن المشرع الجزائري، نلاحظ أن هذا الأخير لا يعترف بالخلع الشفوي إذا أنه ومن خلال المادة 49 من قانون الأسرة التي جاءت صريحة بقولها: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الطبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". وبالرغم من أن المشرع استعمل عبارة الطلاق في المادة دون الخلع إلا أنه يقصد جميع حالات فك الرابطة الزوجية وهو ما يتضح جليا بالرجوع إلى المادة 48 والتي نصت على " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزوج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو يتراضى الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

إذ يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع اعتبر الخلع طلاق بطلب من الزوجة و بالتالي يصدق عليه ما جاء في نص المادة 49 من وجوب صدور حكم قضائي لإثباته.

وما تجدر الإشارة له من خلال استقرائنا لنص المادة 49، أن المشرع استعمل عبارة "لا يثبت الطلاق"، فهو بذلك قد وضع قاعدة إجرائية صحيحة واضحة لصحة وقوع الطلاق من

حيث الشكل القانوني، والذي يقتضيه وألغي ضمناً الطلاق العرفي ولم يضع له قواعد إجرائية لتنفيذه بحكم، أو بأمر¹.

وإن الشكل القانوني الذي وضعه المشرع كقاعدة إجرائية صحيحة وواضحة الصحة فووق الطلاق هو إجراء ضروري ولازم إذ لا بد من اللجوء للقضاء والاحتكام إلى القاضي².
 وذهب المشرع المغربي في هذا الاتجاه إذ نص في المادة 115 من المدونة على الاحالة على المادة 114 والتي تنص على أنه "يمكن للزوجين أن يتفق على مبدأ إنهاء الرابطة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو احدهما طلب التطبيق للمحكمة وعليه وفقاً للمادة وجب على الطرفين معا أو احدهما تقديم طلب إلى المحكمة من أجل الحصول على الإذن بالإشهاد على الخلع وتوثيقه مع الإشارة إلى أنه يجب أن يكون الطلب القضائي مصحوباً بالاتفاق بالخلع³.

وبعد تقديم الطلب إلى المحكمة يجب على هذه الأخيرة أن تباشر إجراءات الصلح، فإن أثمرت حررت محضراً بذلك و إن تضررت فتأذن المحكمة لهما بالإشهاد بالخلع، وبعد ذلك توثيقه من طرف العدلين المنتصبين للإشهاد ثم يأتي بعد ذلك دور قاضي التوثيق⁴.

ومما سبق، يتضح مدى أخذ كلا من المشرعين الجزائري والمغربي بضرورة أن يكون فك الرابطة الزوجية بموجب صدور حكم قضائي أمام القاضي المختص.

¹ - عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 50.

² - المرجع نفسه، ص 54.

³ - محمد الكيشور، المرجع السابق، ص 120.

⁴ - المرجع نفسه، ص 120.

ثانيا: صدور الأحكام بصفة ابتدائية نهائية

ان المشرع الجزائري وقبل التعديل الاخير وفي اطار حديثه عن امكانية الطعن في الاحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية جاء بمادة غامضة هي المادة 57 من قانون الاسرة والتي نصت على أن "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية". وأمام غموض هذه المادة فيما يتعلق بأحكام الخلع والتطليق، أضحي الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يتأرجح، فأحيانا يقبل الاستئناف وأحيانا أخرى يرفض ذلك وهو ما تجلى في مجموعة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا. لكن أحسن المشرع الجزائري صنعا و وضع حدا للاختلافات في شأن مسألة الاستئناف في أحكام الخلع حيث نص صراحة بصدور الأمر 02/05 في المادة 57 المعدلة على أن " تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق و التطليق أوالخلع غير قابلة للاستئناف فيها عدا جوانبها المادية، تكون الاحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

أما فيما يتعلق بالمشرع المغربي، فقد نص كذلك صراحة في المادة 128 من مدونة الأسرة على أنه "المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية" بحكم أن العلاقة الزوجية تنتهي بعدة طرق، من بينها التطليق أوالخلع أوالفسخ ويكون ذلك عن طريق القضاء. فالمقررات الصادرة في هذا الشأن تعتبر بائنة ونهائية، ولا تقبل أي طريق من طرق الطعن سواء منها العادية أو غيرها، في حين يمكن الطعن في المقررات الأخرى¹.

"وجاء هذا المقتضى ليضع حدا لذلك المسلسل الطويل الذي كانت تستمر خلاله الدعوى الى حين صدور حكم بالتطليق، يبقى هذا غير قابلا للتنفيذ وتبقى العلاقة الزوجية قائمة خلال فترة أو أجال الطعن وعند ممارسة الطعون تبدأ الاجراءات من جديد امام المحكمة الطعن (الاستئناف) ثم بعد ذلك أمام المجلس الأعلى وربما يتم نقض قرار محكمة

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 335-336.

الاستئناف من طرف المجلس الأعلى، وتعود القضية للمناقشة و الاجراءات أمام محكمة الاستئناف من جديد وهكذا فكان تدخلا حكيما من المشرع¹.

والملاحظ مما سبق، أن كلا من المشرعين الجزائري والمغربي أحسنا صنعا بتعديلهما للنصوص السابقة والنص صراحة على عدم إمكانية الاستئناف في أحكام الخلع في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية مع إمكانية الطعن بالنقض في ذلك.

ثالثا: سقوط الحقوق.

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة سقوط الحقوق من عدمها كأثر من آثار الخلع حيث جاء بمادة واحدة عامة لم تتجاوز الحديث عن إمكانية مخالعة الزوجة لزوجها و بدون موافقته، وفي حال عدم الاتفاق على البذل يترك الأمر للقاضي لتقدير البذل، مما يجعلنا أمام حتمية تفعيل المادة 222 من قانون الأسرة والناصة في فحواها على أنه في حال عدم وجود نص في هذا القانون يتم اللجوء إلى أحكام الفقه الإسلامي، والتي تقضي بأن الخلع أكمل طلاق بائن، يقع بتوافق الإيجاب والقبول و يكون المال ديناً في ذمتها يجب أدائه، وأن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون التي لأحد الزوجين على الآخر إلا ما اتفق عليه².

وهو رأي مالك حيث أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه سواء كان بلفظ المخالعة، أم بلفظ المباراة، فهو كالطلاق على مال لا يسقط إلا ما نص عليه صراحة³.

ولم يشر المشرع المغربي كذلك في مدونة الأسرة على مسألة سقوط الحقوق من عدمها كأثر من آثار الخلع أما الفقه المغربي وعلى رأسه الأستاذ محمد الكشور أن حماية للزوجة التي تعيش ظروفًا صعبة وقت الخلع قرر جانب من الفقه أن الإبراء في وثيقة الخلع خاص بأحكام الخلع وقاصر عليه، وما دام أن سبب وروده هو الخلع الذي هو موضوع العقد، وهذا

¹ - عبد السلام زويبير، المرجع السابق، ص 213.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 268.

³ - المرجع نفسه، ص 268.

الحكم هو في الحقيقة تكريس للمبدأ الذي يقضي بأن التنازل عن الحق يجب أن يكون صريحا و أن يفسر تفسيراً واضحاً¹.

ولعل من أبرز النوازل حسب محمد الكشيبور التي عرضت على القضاء المغربي في هذا الصدد واقعة تتمثل في أن الزوجة تخالعت مع زوجها على شيء أعطته له، وثم الإشهاد بالخلع ثم أبرأته بعد ذلك فعم الإبراء بينهما، فادعت الزوجة أن سبب الإبراء هو الخلع فالعموم راجع إليه وحده و إلى كل ما يتعلق به، بينما ادعى الزوج أن الإبراء يتعلق بجميع الدعاوي كلها وكيف ما كان نوعها وقد قرر المجلس الأعلى أن " الإبراء العام يشمل العقار وغيره على القول الراجح. إذا العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"².

وما يلاحظ أن المشرع المغربي كالمشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة سقوط الحقوق من عدمها إلا أنه نحي نحو المذهب المالكي في هاته المسألة وهو ما يستشف من المادة 400 من المدونة وكذلك من قرارات المجلس الأعلى و منها القرار السابق الذكر وأخذ بالمذهب المالكي والذي يرى أن الخلع لا يسقط أي حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه.

رابعا: حق التوارث.

إن أحكام الطلاق ومن بينها الحكم بالخلع يقع بها طلاق بائن سواء عند المشرع الجزائري أونظيره المغربي وإن كان المشرع المغربي نص على ذلك صراحة في المادة 122 بقولها " كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالتى التطلق والإيلاء وعدم الانفاق". وكذلك المادة 123 التي تنص على " كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاثي والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والملك". والطلاق البائن وفق لأحكام الشريعة الإسلامية لا توارث فيه إذا حدث أثناء العدة. إلا أن المشرع الجزائري وطبقا المادة 132 من ق.أ.ج وهي تنطبق على جميع حالات فك الرابطة الزوجية نصت على أنه

¹ - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 111.

² - المجلس الأعلى، 26 يوليو 1983، مجلة القضاء والقانون، العدد 132، ص 145، مقتبس عن محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 111.

"إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث". ويكون بذلك من حق المطلقة أو المختلعة طلاقاً بائناً وفقاً للنص من حقها الميراث وهو ما يفهم من خلال تحليلنا للمادة 49 والتي تنص على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وبالتالي يعتبر الطلاق المصرح به قبل صدور الحكم لا حدث إذ أن العدة لا تكون إلا بعد الطلاق وأن كل طلاق يوقعه القاضي فهو طلاق بائن، والطلاق البائن لا ميراث فيه. ومن هنا نلاحظ بأن هذا النص يصطدم مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وعليه نقول من الأجدر أن الميراث لا يثبت لأحد الزوجين، إذ ما كان الطلاق بيد القاضي سواء كان تطليقاً أو خلعاً¹.

ويرجعنا للمشرع المغربي ويتفحصنا للمادة 329 من المدونة والتي نصت على أسباب الإرث وشروطه وموانعه بقولها " أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية".

فشرط الزوجية واجب حتى يحق لأحد الزوجين الإرث و مادام أن الواقع بالخلع هو طلاق بائن طبقاً للمادة 122 من المدونة وكذلك استثناء المدونة في نص المادة 123 للخلع من كونه طلاق رجعي إن أوقعه الزوج، كل ذلك يؤدي بنا للقول أن شرط قيام الزوجية كشرط موجب للإرث طبقاً للمادة 329 غير متوفر مادام أن الخلع يؤخذ حكم الطلاق بائن، وعليه لا توارث بين الزوجين. وهو بذلك عكس ما جاء به المشرع الجزائري والذي أعطى لأحد الزوجين الحي أثناء فترة العدة الحق في الميراث بالرغم من أن الزوجية أصبحت غير قائمة.

¹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص 119.

المطلب الثاني:

الأثار العامة للخلع.

إلى جانب الأثار الخاصة والتي ينفرد بها الخلع عن سائر حالات فك الرابطة الزوجية يوجد مجموعة من الأثار العامة والتي يترك فيها الخلع مع غيره من الأنظمة الأخرى لحل العصمة الزوجية وتتمثل أساسا في العدة (الفرع الاول) وكذا نفقة الإهمال (الفرع الثاني) وأخير الحضانة وما يتبعها من نفقة على المحضون والحق في زيارته (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

العدة كأثر من أثار الخلع.

أولاً: مفهوم العدة و مشروعيتها.

العدة مأخوذة من العدد والاحصاء أي ما تحصيه المرأة وتعدده من الأيام والأقراء، وهي اسم للمدة التي تنتظر فيها المرأة و تمتنع عن التزوير بعد وفاة زوجها، أو فراقه لها¹.
أوهي تلك المدة التي حددها الشرع للمرأة بعد فراق زوجها تتريص فيها دون نكاح لغرض التأكد من براءة رحمها أو الوفاء للزوج المفارق².
وانفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة و الاجماع. أما في القرآن فنجد قوله تعالى: ﴿و المطلقات يتريصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾³. وقوله تعالى: ﴿واللاني يئسن من المحيض من نسائكم إن أرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾⁴.

¹ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 209.

² - عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص 300.

³ - سورة البقرة، الآية 228.

⁴ - سورة الطلاق، الآية 04.

أما في السنة: فقد وردت روايات متعددة تؤكد هذا المعنى منها¹. ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت " أمرت بريدة أن تعد بثلاث حيضات"². وما ورد عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله قال " لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشر"³.

أما الاجماع فلقد اجتمعت الأمة من لدن حياته صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا على مشروعية العدة ووجوبها⁴.

ومن زاوية القانون لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مفهوم العدة مكتفيا بالحديث في نصوص المواد 58 و 59 و 60 من قانون الاسرة عن مدتها حيث نص في المادة 58 على أن عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل هي ثلاث قروء، والقرء لفظ مشترك بين الحيض والطهر، ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض، أي التي تعترتها العادة الشهرية⁵.

في حين أن عدة اليائس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ونص في المادة نص في المادة 59 من ذات القانون عن عدة المتوفي عنها زوجها بمضي 4 أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ التصريح بفقده، وجاءت المادة 60 لتوضيح أن عدة الحامل بوضع حملها وأن مدة الحمل لا تتجاوز 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

وعلى عكس المشرع الجزائري الذي لم يفصل في مسألة العدة جاء المشرع المغربي في نصوص المدونة بشيء من التفصيل حيث نص في المادة 129 على إن العدة تبتدئ

¹ - رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سليم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات كلية الحقوق، بيروت، الطبعة الأولى، 2006 بيروت، ص 72.

² - اخرجه ابن ماجة.

³ - اخرجه مسلم.

⁴ - رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سليم الشافعي، المرجع نفسه، ص 72.

⁵ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة موضحا كذلك في نص المادة 130 أن العدة غير واجبة قبل الدخول و الخلوّة الصحيحة إلا للوفاة.

أما في مسألة مدة العدة ،نصت مدونة الأسرة في مادتها132 على أن عدة المتوفي عنها زوجها غير الحامل 4 أشهر وعشرة أيام ، وعدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه طبقا لنص المادة 133 وعدة المطلقة غير الحامل طبقا لنص المادة 136 من المدونة " ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض، وثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا أوالتي يئست من المحيض فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهر. وتترىص متأخرة الحيض أوالتي لم تميزه من غيره تسعة أشهر ثم تعند بثلاثة أطهار.

واحسن المشرع المغربي صنعا إذ فصل هاته المسألة محددة القرء بالطهر عكس المشرع الجزائري و الذي لم يبين المقصود بالقرء في المادة 58 من قانون الأسرة.

ثانيا: نفقة العدة

النفقة تكليف مالي واجب على الزوج نحو زوجته و لو كانت في عدة من طلاق رجعي.⁶ ولقد اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكن.⁷ أما المعتدة من طلاق بائن، فذهب الحنفية إلى أن لها النفقة كالمعتدة من طلاق رجعي إلا في حالة إن كانت الفرقة بسبب محذور من جهتها كأن تفعل مع أحد من أصول الزوج أو من فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ففي هاته الحالة تستحق السكن دون النفقة. في حين يرى الشافعية والمالكية أن المعتدة من طلاق بائن تستحق السكن حاملا كانت أو غير حامل وكذا النفقة إن كانت حاملا⁸ وحجتهم في ذلك قوله تعالى ﴿اسكنوهم من حيث سكنتم من

⁶ - يسمينة الكسكاسي، المرجع السابق، ص 169.

⁷ - رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 67.

⁸ - رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص 87.

وجدكم ولا تضاروهن لتضيّقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضى منكم¹.

في حين ذهب الحنابلة إلى أنه لا نفقة لها ولا سكن إذا لم تكن حاملا لحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها الرسول (ص) سكن ولا نفقة وكانت تقول أن السكن والنفقة للمطلقة إذا كان لزوجها عليها الرجعة².

أما قانوننا فقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الأسرة نفقة المعتدة على زوجها إذا جاءت المادة صريحة بقولها " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي، مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". ولهذا وجب التفريق بين العدة من طلاق وفيها حالة الخلع و العدة من وفاة عند الكلام عن النفقة.

فالنص واضح في أن النفقة أحق بها المعتدة من طلاق حيث أن المعتدة من وفاة فقد أعطاه المشرع الجزائري حق السكن دون النفقة أخذا بمذهب الإمام مالك والذي أعطاه حق السكن دون النفقة والتي اتفق الفقهاء على عدم استحقاقها³. ومن خلال المادة 61 من قانون الأسرة، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على المطلقة طلاقا رجعيا وإنما نص على المطلقة بصفة عامة دون أن يخصص للمبتوتة نصا خاصا يحكم وضعها الأمر الذي يجعلنا نقول أنه أعطى للمطلقة حق السكن وحق النفقة بكل مكوناتها طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة، وهو بذلك أعتق رأي الحنفيين لأنه أكثر ملائمة لعصرنا وغيرها⁴.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في غالبية قراراتها حيث قضت بأنه "متى كان من المقرر شرعا، نفقة العدة تظل واجبة على زوجها سواء كانت ظالمة، أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

¹ - سورة الطلاق، الآية رقم 06.

² - رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص 88.

³ - فضيل سعد، المرجع سابق، ص 361.

⁴ - المرجع نفسه، ص 365.

إذا كانت الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما يقضي به، ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجب الطعن المؤسس على فرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، و إنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيها ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

ويتضح من هذا القرار أن موقف المحكمة العليا سار وفقا للنص بوجود نفقة العدة على الزوج اتجاه زوجته بغض النظر عن أي سبب.

أما المشرع المغربي، فإنه وعلى عكس الفصل 122 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والذي كان ينص على سقوط نفقة العدة من طلاق رجعي بخروجها من بيت عدتها دون عذر ولا رضا زوجها، فإن مدونة الأسرة لم تشر إلى هذا المقتضى حين نص على أنه إذا انتقلت المعتدة من طلاق رجعي من بيت عدتها دون موافقة زوجها أودون عذر مقبول سقط حقها في السكن، دون النفقة التي يبقى من حقها الاستفادة منها²، وهو جاء في المادة 196 من المدونة.

ومن تمة، فإن نفقة المعتدة من طلاق رجعي لا تثير أي اشكال³. و ذلك حسب المادة 84 من مدونة الأسرة و التي تنص على أنه "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر" إن وجد، ونفقة العدة...تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن مستحقات بكتابة الضبط للمحكمة". وهوما اكدته المادة 131 من المدونة بنصها على أنه "تعتد المطلقة و المتوفي عنها زوجها في منزل الزوجية أو في منزل آخر يخصص لها". وعمل المشرع من خلال نص هاته المادة إلى ضمان سكن المطلقة

¹ - م.ع.غ.أ.ش. ، 1984/10/22 ،ملف رقم 34327، م ق، 1989، عدد3، ص 69.

² - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة المعارف الرباط، الطبقة الأولى، 2006، ص 462.

³ - يسمينة الكسكاسي، المرجع السابق، ص 171.

والمتوفي عنها، وعلى هذا الأساس فإنها تعتد في منزل الزوجية، أو في منزل يخصص لها إلا أن الأمر. ينتهي بانتهاء العدة، حيث تبين منه في الطلاق، و تتحرر من العدة في حالة الوفاة.¹

أما فيما يتعلق بنفقة المطلقة طلاقاً بائناً، فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 196 من المدونة متأثرة بمذهب الامام مالك و الشافعي²، وذلك حينما نصت على أن " المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، و إذا لم تكن حاملاً، يستمر حقها في السكن فقط إلى أن تنتهي عدتها" والأصل أن المطلقة رجعيًا تعتبر في حكم الزوجة و لها نفس الحقوق المترتبة للزوجة، حيث ينفق عليها الزوج وتبقى بسكن الزوجية، وإذا خرجت دون عذر مقبول تسقط عنها السكن. أما المطلقة طلاقاً بائناً ومثله حالة الخلع طبقاً للمادة 122 من المدونة، فالأصل أنها لا تستحق النفقة و لا السكن لكن إذا ثبتت أنها حامل، فإن نفقتها تستمر إلى أن تضع حملها، أما إذا لم تكن كذلك، فلا نفقة لها و يبقى لها حق السكن أثناء فترة العدة³.

وهو ما خالف فيه المشرع المغربي المشرع الجزائري والذي أوجب نفقة العدة وأكذا حق الزوجة في السكن في الطلاق البائن حيث أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي. وبالرغم من بعض التناقضات التي وقع فيها المشرع المغربي في هذا الإطار إذا أنه أحال على المادة 84 بموجب المادة 97 من المدونة المتعلقة بالشقاق، والمادة 113 المتعلقة بدعاوي التطليق طبقاً للمادة 98 حيث أن الطلاق في مثل هاته الحالات يعتبر بائن باستثناء التطليق للإيلاء و عدم الانفاق طبقاً للمادة 122⁴.

إلا أن القضاء المغربي في بعض أحكامه مثل الحكم الصادر عن ابتدائية مراكش في 03 مارس 2005 ومما جاء فيه " وحيث أنه فيما يخص نفقة عدة المطلقة للشقاق، فإن

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص (240-342).

² - يسمينة الكسكاسي، المرجع نفسه، ص 172.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 440.

⁴ - يسمينة الكسكاسي، المرجع السابق، ص 172.

فرضها أو عدم فرضها يتنازع من الناحية القانونية مقتضيان تشريعيان أولهما مقتضيات المادة 84 المحال إليها بمقتضى المادة 97 والتي جاء فيها أنه تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة وثانيهما الفقرة الثانية من المادة 196، وأمام تعارض النصين فإنه يتعين ترجيح المادة 196 بحكم أنها نص خاص في نفقة المطلقة طلاقاً بائناً ويرجح على النص العام وهو المادة 84 الذي يخص كل المطلقات وبالتالي "يتعين عدم منح المطلقة للشقاق نفقة العدة"¹.

ويتضح من الحكم أنه مادام أن المادة 122 من المدونة اعتبرت أن كل طلاق هو بائن إلا حالي التطبيق للإيلاء وعدم الانفاق ونصت المادة 2/196 من المدونة على أن المطلقة طلاقاً بائناً تستمر نفقتها في حالة الحمل وإن لم تكن كذلك يستمر حقها في السكن إلى حين انتهاء عدتها. وعليه، فإن الخلع إذن باعتبار طلاق بائن يسقط حق الزوجة في نفقة العدة أن لم تكن حاملاً ويبقى حقها في السكن إلى حين انقضاء عدتها.

الفرع الثاني:

نفقة الإهمال.

أولاً: مفهوم النفقة و مشروعيتها.

النفقة لغة هي الإخراج والذهاب، يقال: نفقت الدابة، إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك كما يقال: نفقة السلعة إذا راحت بالبيع.

أما اصطلاحاً، فهو إخراج الشخص ونفقاته على من تحب عليه نفقة من خبز، وأدم وكسوة، ومسكن، وما يتبع ذلك من ماء، وأدهن، ومصباح، ونحو ذلك، مما يأتي، وحكمها أنها واجبة أما أسباب وجوبها فتلاثة الزوجية، والقربانية، والملك وقد ثبتت النفقة لهؤلاء وبالكتاب والسنة والاجماع.²

¹ - المحكمة الابتدائية بمراكش، 03 مارس 2005، الملف رقم 2005/08/04، غير منشور، نقلاً عن محمد الكشور

يونس الزهري، حسين فتوح، التطلاق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مرجع السابق، ص 127.

² - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 113.

أما في القرآن فنجد قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ مِنْهُنَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، والمولود هو الزوج، وإنما نص على وجوب نفقة الزوجة حال الولادة، ليدل على النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس، لئلا يتوهم متوهم أنها لا تجب لها². وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾³ ونجد قوله كذلك ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من أموالهم﴾⁴.

ومن السنة ما روي حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه، قال: قلت يا رسول الله، ما حق الزوجة؟ فقال (ص) " أن تطعمها إذا طعمت و أن تكسوها إذا كسيت"⁵ وما روى جابر: أن النبي (ص) خطب الناس وقال " اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁶.

وفي الاجماع أجمعت جميع المذاهب على وجوب النفقة ، حيث قال الحنفية بأن الاطعام واجب على الزوج لزوجته و قال المالكية بأنه يفرض على الزوج لزوجته النفقة بأنواعها وقال كل من الشافعية و الحنابلة بوجوب النفقة على الزوجة⁷.

أما من حيث التشريع، فلم يقدم كلا من المشرعين الجزائري والمغربي تعريفا محددًا للنفقة واكتفيا بذكر وجوبها بالنسبة للزوجة حيث جاء المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة على أنه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أودعوتها إليه بيينة مع

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

² - محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، دار اليوسف للطباعة والنشر بيروت، ص 465.

³ - سورة النساء، الآية 03.

⁴ - سورة النساء، الآية 34.

⁵ - رواه أحمد.

⁶ - رواه أحمد.

⁷ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 111-1117-1117.

مراعات أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون" فمتى تحقق شرط الدخول أودعوة الزوجة لزوجها ورفض دعوتها إليه فتكون بذلك نفقتها واجبة عليه.

وتشمل النفقة السكن واللباس والطعام، وأضاف إليها المشرع الجزائري العلاج فصار حقا للزوجة على زوجها وليس مجرد تفضل منه لها¹. وبذلك جاء في المادة 78 صريحا على أن النفقة تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

ونص المشرع المغربي على نفقة الزوجة في المادة 194 والتي جاء فيها انه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد النباء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها". وبهذا يكون المشرع المغربي قد نظم نفقة الزوجة باعتبارها التزاما شرعيا يتقل كاهل الزوج ومحتوى نص المادة 194 مأخوذ في جوهره من قول الإمام مالك رضي الله عنه بوجود النفقة على الزوج بالدخول أو يدعى إلى دخول بها².

وعليه، فإن كان عقد الزواج عقدا منجزا يرتب كافة آثاره في الحال، فإنه يتضح من مقتضيات المادة أن نفقة الزوجة لا تستحق إلا من وقت البناء بها أو بالدعوة إليه من طرفها سواء بني الزوج أرفض البناء، ويشترط فقط أن تكون صالحة للبناء³.

ونص المشرع المغربي من جانبه على مشتملات النفقة في المادة 189 على أنها الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد.

ثانيا: إلزام الزوج بنفقة الإهمال وسقوطها عليه.

إنه وطالما أن الزوجة في عصمة زوجها فنفتها واجبة على زوجها إلى غاية انقضاء عدتها. أما ما تعلق بنفتها قبل النطق بالطلاق فتسمى نفقة إهمال وفيها في أغلب الأحيان

¹ - فضل سعد، المرجع السابق، ص 176-177.

² - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 445.

³ - المرجع نفسه، ص 445.

تغادر الزوجة مقر الزوجية، حيث تبقى مدة زمنية عند أهلها دون الإنفاق عليها مما يترتب عليه لجوئها إلى القضاء¹.

و جاءت المادة 80 من قانون الأسرة صريحة وواضحة بهذا الصدد " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

فالأصل إذن هو استحقاق النفقة من تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء، ذلك أن المشرع الجزائري قد راعى حالات عديدة التي يغادر فيها احد الزوجين المسكن وقد تدوم الفرقة مدة زمنية قبل المطالبة بالطلاق دون أن يلتزم الزوج بالإنفاق عليها و تحدث المشرع في استثناء بأن يمكن أن يحكم للزوجة بنفقة الإهمال للمدة التي تدعي أنه لم يكن ينفق عليها إذا قدمت دليلا على ذلك يشترط أن لا تتجاوز مدة سنة قبل رفع الدعوى².

في حين أن المشرع المغربي نص في المادة 195 على أنه "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت".

فالأصل أن النفقة للمرأة حال الزواج قائمة كما سبق الحديث عنه وهكذا إذا حكمت المحكمة للمرأة بالنفقة في حالة ما إذا كان الزوج ممتعا عن الإنفاق، فإن الحكم يجب أن يحكم بتحديد النفقة المستحقة للزوجة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق، وليس من تاريخ الحكم، وتبقى النفقة مستمرة و تعتبر دينا على الزوج إذا لم يؤديها ولا تسقط بأي حال من الأحوال إلا في حال نشوزها ما لم يصدر حكم بضرورة رجوعها إلى بيت الزوجية وامتنعت فهنا تسقط عنها النفقة³.

¹ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 123.

² - عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه ص 123.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 438 .

وما يلاحظ من خلال مقارنة بين المادة 80 من قانون الأسرة والمادة 195 من المدونة يتضح جليا أن المشرع المغربي لم يحدد مدة معينة كما فعل المشرع الجزائري والذي أجاز الحكم بالنفقة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى مخالفا للمشرع المغربي والذي أعطى للزوجة حق النفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق عليها.

وما تجدر الإشارة إليه أن المرأة تحرم من نفقة الإهمال، إذا كان نشوزها ثابتا. وعليه فإن الزوجة في هذه الحالة تحرم من النفقة لأنها خرجت عن طاعة زوجها و ضربت الواجبات الزوجية عرض الحائط، وعليه فمن غير المنطقي أن يلزم الزوج بالإنفاق عليها ان خرجت عن طاعته وثبتت أنها لا ترغب في المحافظة على كيان أسرتها فبنشوزها تكون قد خلت عن زوجها¹.

والملاحظ أن المشرع الأسري الجزائري نص على ذلك في المادة 37 المعدلة بموجب الأمر 02/05 وذلك بعد أن كانت تنص المادة على أنه "تجب النفقة الشرعية حسب وسعة الزوج ما لم يثبت نشوزها." إلا ان التعديل الأخير خلى من هاته المادة ولم يتحدث عن نشوز الزوجة إلا ما ورد في المادة 55 من قانون الأسرة التي أعطت حق الطلاق والتعويض للطرف المتضرر من الزوجين في حالة النشوز فاسحا بذلك الغموض فيما يتعلق بإمكانية سقوط النفقة من عدمها في حالة نشوز الزوجة. اما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد جاءت المادة 195 من المدونة صريحة حول ذلك بالرغم من أنها لم تحدد مفهوم النشوز.

فبالرغم أن النص يشمل الزوجة الناشز وغير الناشز على ما يتضح جليا من معناه، إذن على الزوج الذي يريد أن يستفيد من أحكام هاته المادة أن يرفع دعوى إلى المحكمة يطلب فيها من القاضي أن يأمر الزوجة الناشز بأن ترجع إلى بيت الزوجية ثم عند امتناعها يرفع دعوى أخرى يطالب فيها بإيقاف النفقة و يكون هذا الحكم الأخير حالة صدوره حجة يدفع به دعوى الزوجة الناشز².

¹ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 126.

² - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 449.

وأكد القضاء المغربي ذلك في قرار صادر في 12 نوفمبر 1984 جاء فيه " إن الطاعن سبق له أن صرح بأنه لا يمكنه أداء النفقة للمدعية مادامت تمتع من الرجوع إلى بيت الزوجية رغم الحكم الصادر عليها وأدلى بنسخة من الحكم بالرجوع و بمحضر الامتناع من تنفيذه، ولم تجب المحكمة على ذلك طبقاً للقانون الذي ينص على إمكان إيقاف تنفيذ النفقة في هذه الحالة لان ثبوت الامتناع من الرجوع الى بيت الزوجية و إن كان لا يؤثر على وجوب النفقة فإنه يكون واقعة قانونية وضرورية يجب مناقشتها في نطاق الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية"¹.

الفرع الثالث:

الحضانة.

أولاً: مفهومها و مشروعيتها.

الحضانة - بفتح الهاء - وكسرهما - والفتح أشهر، معناها لغة مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنثه و تربيته مأخوذة من الحضن، بكسر الحاء وهو الجنب لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها. وفي الشرع حفظ الصغير، والعاجز والمجنون والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه، من تنظيف وإطعام، وما يلزم لراحته.² وتعرف كذلك على أنها حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه وهي ولاية³.

وقد عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهد به بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة و الاضطلاع بمسؤولياتها، والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع¹.

¹ - المجلس الاعلى 12 نوفمبر 1984 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد، 37-38، ص 157، نقلا عن محمد الكشور، المرجع السابق، ص 450.

² - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 1134.

³ - محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، المرجع السابق، ص 480.

وهو الأمر الذي عليه سار المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة عندما عرف الحضانة و ذلك بقوله " الحضانة هي رعاية الولد و تعديله و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً".

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بالحضانة والأم أولى بحضانة ابنها حيث راعى المقنن الجزائري مكانة الأم في إسناد حضانة الأولاد لها، فالأم هي الأحق بحضانة أولادها ولا يمكن للأب أن ينتزع منها هذا الحق إلا إذا قضت مصلحة المحضون غير ذلك.² في حين عرف المشرع المغربي الحضانة في المادة 163 من المدونة الأسرة على أن " الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه وعلى الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".

ولقد وردت العديد من النصوص في القرآن الكريم و السنة و الاجماع على مشروعية الحضانة. ففي القرآن الكريم نجد قوله تعالى: ﴿ و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾.³ تتحدث الآية الكريمة عن المطلقات اللاتي لهن أولاد، فالمطلقة أحق برضاعة ابنها إن رضيت بإرضاعه، وإن فطم فالأم أحق بحضانتها ما لم تتزوج بزواج آخر.⁴

أما في السنة، فنجد في حديث عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء و حجري له حواء وأن أباه طلقني وأراد ان ينتزعه

¹ - السيد سابق، المرجع السابق، ص 216-217.

² - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 390.

³ - سورة البقرة، الآية 233.

⁴ - عايدة سليمان ابو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية

الشرعية، غزة فلسطين 2003، ص 14.

مني فقال لها رسول الله (ص) " أنت أحق به ما لم تتكحي"¹. وفي حديث أبي أيوب قال " سمعت رسول الله (ص) قال " من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة".

أما الإجماع، فما روى أن عمر بن الخطاب فارق امرأته جميلة بعد ان أنجب منها عاصما ثم شجر خلافا بين عمر ومطلقاته بشأن حضانة عاصم ابنهما كل يود أن يضمه إليه ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه ففضى عمر من ضمه ابنه إليه وقال لعمر ربحها ومسها ومسحها و ريقها خير له من الشهد عندك و كان الديانة حين قال ذلك حاضرين و لم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان ذلك إجماعاً².

ولا خلاف بين أحد من الأمة في وجوب كفالة الأطفال الصغار لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته فهو من فروض الكفاية بحيث لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة حتى لا يهلك ويضيع³.

ثانيا: نفقة المحضون.

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أن " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وأن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار " فنفقة الطفل على والده مادام غير قادر على الاستزاق ولا مال له، لذا عند ما يقضي القاضي بالطلاق خلعا بين الزوجين وإسناد الحضانة الطفل لأمه، فإنه يجعل نفقته على هذا الأخير، وهذا طبقا للمادة 475⁴.

¹ - سليمان بن الأشعث ابو داود السيجستاني الأزدي، سنن أبي داود لأمر الحديث 2276، بدون دار وسنة نشر، ص 805.

² - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي ، سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 180 - 181.

³ - محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 426.

⁴ - حسين بن شيخ أت ملويا، المرجع السابق، ص 227.

كما أن حق السكن لفائدة الطفل المحضون وكذا لفائدة الحاضنة قصد تمكينها من ممارسة الحضانة¹.

وما يجدر الإشارة إليه أن هذا النص في الحقيقة لم يتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به وهنا في حقيقة الأمر النفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنه

وإنما تكلم عن توفير السكن أو أجرته، ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم أويتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن مع والديها². في حين نصت الفقرة الثانية من المادة 72 على أنه " تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". وهذا الإجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ الالتزام بتوفير المسكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا نجد الأم المطلقة و بعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن للحضانة³.

وبذلك تعتبر نفقة المحضون من الحقوق التي يقرها القانون للطفل على وجه الخصوص مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب التعليم⁴.

ولقد سار القضاء الجزائري على هاته الشاكلة في غالبية قراراته إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/02/08 بأنه " من المقرر فقها وقضاء، أن طالب الام نفقة ابنتها الصغيرة في المرحلة الاستثنائية دون أن تطالب بحضانتها وسكوت الأب المطبق

¹ - المرجع السابق، ص 226.

² - بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 260.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 260.

⁴ - تشوار حميد و زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، كلية الحقوق تلمسان رسالة دكتوراه،

2004-2005، ص 118.

عن إثارة موضوع الحضانة فبعد الطلب الأول من هنا للطلب الثاني والحكم به لا يعتبر حكماً دون طلب¹.

وفي قرار آخر قضى بتاريخ 13/01/1986 " أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، أن الحق في السكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة"².
أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد نص في مدونة الأسرة في المادة 198 على أن " تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين لمن يتابع دراسته".

وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب، أو بوجود نفقتها على زوجها، ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب.
وعليه، في حالة الخلع تستمر نفقة الأب على أبنائه حسب يسره و عسره، ولذا يعمل على توفير جميع وسائل العيش من كسوة وطعام وصحة إلى حين سقوطها قانوناً.
وما تجدر الإشارة إليه ان المادة 54 من المدونة تنص على أنه من الحقوق الواجبة للأطفال هو حق الرضاع عند الاستطاعة ويسقط بعدم الاستطاعة، فالأم في هذه الحالة تستحق أجره الإرضاع بعد انتهاء الزوجية والعدة³. وهو ما تحدثت عنه المدونة في نص المادة 201 " أجره إرضاع الولد على المكلف بنفقته".

فالصغير قد ترضعه غير أمه لانحسار حليب هذه الأخيرة أو مرضها أو موتها، فالمرأة التي ترضع إذا لم تكن متبرعة بالإرضاع استحققت الأجره، وأجره الرضاعة من ماله إذا كان له مال، وإن لم يكن له مال فنفقته واجبة على أبيه، وهكذا في حالة انحلال ميثاق الزوجية، تحسب أجره الرضاع على الأب⁴.

¹ - م.ع.غ.أ.ش، 1982/02/08، ملف رقم 26748 ن.ق. 1982، عدد خاص، ص 262.

² - م.ع.غ.أ.ش 13/01/1986، ملف رقم 39370، غير منشور، نقلاً عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 375.

³ - نبيلة بوشفورة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة دراسة معمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، المملكة المغربية، 2006/2005، ص 51.

⁴ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 446.

وما تجدر الإشارة إليه ان أجره الرضاعة مستقلة عن النفقة المخصصة للمحزون والتي تشمل على ما حدده المشرع في المادة 189 من المدونة التي اشتملت على ما يلزم لضمان العيش السليم للمحزون¹.

والنفقة بذلك مستقلة عن أجره الحضانه و أجره الرضاع طبقا لنص المادة 167 من المدونة².

أما ما يتعلق بسكن المحزون فبعد ما كانت في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة جزء لا يتجزأ من عناصر النفقة إلا أن المشرع المغربي في نص مدونة الأسرة الجديد جعلها مستقلة بداتها إذ نصت المادة 168 " تعتبر تكاليف سكن المحزون مستقلة في تقديرها عن النفقة و أجره الحضانه وغيرهما".

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكراهه، مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده "لا يفرغ المحزون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكن المحزون".

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه".

إن مكان ممارسة الحضانه هو المسكن الذي يقيم فيه المحزون صحية أبويه في حال قيام الزوجية أو حيث يقيم أحدهما المسند له الحضانه عند انحلال الزواج³.

والأصل أن يكون سكن المحزون مع والده لكن المشكل يطرح حين إنفصال ميثاق العلاقة الزوجية حينها يحدد القاضي مبلغ النفقة والحضانه وكذا السكن. غير أن تكاليف السكن منفصلة من حيث تقديرها عن بقية التكاليف، وعلى هذا الأساس، فإنه ملزم بأن يخصص للمحزون محلا لسكناه أو يؤدي المبلغ الذي تحدده المحكمة لكراهه

¹ - نبيلة بوشفرة، المرجع السابق، ص 57.

² - نبيلة بوشفرة، المرجع السابق، ص 57.

³ - بسمينة الكسائي، المرجع السابق، ص 222.

السكن حيث تقدره حسب يسر أو عسر الأب وحسب ما نص عليه المادة 191 من المدونة¹.

حيث يبقى المحضون في سكن الزوجية إلى حين تنفيذ الحكم الصادر يسكن المحضون وتسعى المحكمة لتحديد أطراف الكفيلة بتنفيذ هذا الحكم من طرف الأب.
رابعاً: زيارة المحضون.

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسب أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة و تجعله مرتبطاً بأبويه. إلا أن حق الزيارة كثيراً ما يسئ الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد كثيراً ما يذهب الأطفال المشمولين بالحضانة ضحية هذه الخلافات².

فحق الرؤية و الزيارة لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعاً باتفاق الفقهاء لصلة الرحم³. فالرحم هي القرابة بين الأب يقال بينهما رحم، أي قرابة قريبة وتقرأ في الذكر الحكيم ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾⁴. وإذا كان الأمر كذلك بين مختلف القرابات، فإن الحفاظ عليها بين الآباء والأبناء من باب أولى وأحرى⁵.

وعليه، فإذا ثبتت الحضانة للأم، ما صح لها أن تمنع الأب من زيارة المحضون والإطلاع عليه وعلى أحواله الخاصة إنه وليه الشرعي، وإذا ثبتت الحضانة للأب، فإنه يقع عليه ذات الالتزام⁶. فالله يقول في كتابه العزيز ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾⁷.

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 395.

² - بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 258.

³ - يسمينة الكساسبي، المرجع السابق، ص 226.

⁴ - سورة النساء، الآية 01.

⁵ - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 460.

⁶ - محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 460.

⁷ - سورة البقرة، الآية 231.

وللفقه رأي في هذا الباب حيث يرى الحنفية انه ليس لأحد الحاضنين من الأبوين أن يمنع الآخر من زيارة و رؤية المحضون، حيث يجبر على إخراجهم إلى مكان يستطيع أن يراه فيه الآخر¹.

ويرى المالكية انه للأب حق تعهد ولده عند الحاضنة ومراقبة أحواله من غير اتصال بمطلقته إذا كانت هي الحاضنة و كذلك إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير محرمة، ولا يمنع الولد من زيارة أبيه، لأن الحق لأبيه في تعليمه وتربيته ما يناسبه من ذلك، وكذلك تعليمه الحرف والصنائع، سواء كان الولد ذكراً أم أنثى². وأضاف المالكية كذلك أن للأم حق رؤية و زيارة المحضون كل يوم أو أسبوع إذا كانت الحضانة لغيرها³. لغيرها³.

في حين يرى الشافعية أن المميز إذا اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز لم يمنعه من زيارة أمه⁴.

أما من زاوية القانون، فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 في قانون الأسرة على أنه " وعلى القاضي عند ما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وبذلك إن زيارة الأطفال حق للطرف غير الحاضن من الأبوين كما هي حق للطفل في التمتع برؤية والده غير الحاضن و على القاضي الحكم وجوباً بحق الزيارة عندما يحكم بالحضانة لأحد الأبوين أو غيرهما⁵. و بالرغم من أن المادة جاءت مقتضبة وعامة تاركة تاركة السلطة التقديرية للقاضي في مسألة تحديد أوقات الزيارة، إلا أنها أعطت للطرف الثاني حق زيارة الأولاد بحيث إذا تم الطلاق لا قدر الله ثم أسندت الحضانة للأم فيحكم للأب بحق الزيارة نظر للحاجة النفسية للأطفال والحفاظ على توازنهم عند رؤية والدهم

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 417.

² - عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 417.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 740.

⁵ - لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 228.

ولو مرة في الأسبوع بالإضافة إلى أيام العطل الدينية والوطنية¹. وبالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة حال العطل والأعياد، إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية². ومن المستحسن التنصيص في الحكم على مضمون حق الزيارة بالساعة واليوم مع مراعاة سن الطفل و قدرته على الخروج من منزل الحاضنة أو الحاضن، وكذا مراعاة ظروف الطرف الذي له حق في الزيارة، من جهة مكان إقامة ومدى بعده عن مسكن الطفل المحضون، والتنصيص إن كانت الزيارة في مسكن هذا الأخير أو بالأخذ والرد وكذا الشأن في اقتسام أيام العطل السنوية والدراسة إلى غير ذلك من التفاصيل تفاديا لأي إشكال في التنفيذ³.

ومن بين إجهادات المحكمة العليا في مسألة زيارة المحضون، نجد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/04/30 والذي جاء فيه: " أنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق لما تقضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار القاضي بترتيب حق زيارة الأبناء كل شهر مرتين يكون قد خرق القانون واستوجب النقض"⁴.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 16 أبريل 1991 جاء فيه أنه " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق لما تقضيه حالة الصغار

¹ - غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة المقارنة بين الشرع و القانون، ، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011، ص 149.

² - بن شويح الرشيد، المرجع السابق، ص 259.

³ - لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص (228-229).

⁴ - م.ع.غ.أ.ش، 30 أبريل 1990، ملف رقم 79891، م.ق، 1982، العدد الأول، ص 55.

فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم"¹.

والملاحظ من القرارين السابقين، أن القضاء الجزائري واستعمالا للسلطة التقديرية المكفولة له طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة و تأكيد له على حق الوالد غير الحاضن كان دائما مرنا فيما يتعلق بحق الزيارة والتي كانت في مجمل اجتهادات المحكمة العليا محددة بمرة في الأسبوع على الأقل وفي يوم عطلة نهاية الأسبوع.

وعلى عكس قانون الأسرة وحديثه المقتضب حول مسألة زيارة المحضون، نجد أن مدونة الأسرة المغربية جاءت بستة مواد تتحدث عن حق الزيارة ابتداء بنص المادة 180 وصولا إلى نص المادة 185 من المدونة. حيث نصت المادة 180 من المدونة على : " لغير الحاضن من الأبوين، حق زيارة و استئارة المحضون".

فمدونة الأسرة اعترفت لغير الحاضن من الأبوين بحق زيارة المحضون واستئارته وجعلت الزيارة و الإستئارة حقا. حتى أن القضاء المغربي أضفى على هذا الحق صفة الاستعجال لما في ذلك من صلة الرحم التي أمر الله بها أن توصل². حيث جاء في حكم قاضي الأمور المستعجلة بالدار البيضاء " إن صلة الرحم حق طبيعي وشرعي وضمنه القانون لكل واحد من الطرفين بعد وقوع الطلاق وأن قاضي المستعجلات مختص باتخاذ أي اجراء لضمان ممارسة هذا الحق وأن طبيعة طلب صلة الرحم في إطار الاستعجال تقتضي النفاذ المعجل على المسودة"³.

و يمكن للأبوين وفق نص المادة 181 من مدونة الأسرة أن ينظما كيفية زيارة واستئارة المحضون بينهما بالتراضي، وهما أحرار في ما يتفقان عليه شريطة أن يكون في مصلحة المحضون، ويبلغان هذا الاتفاق إلى المحكمة ليسجل مضمونه في مقرر إسناد

¹ - م.ع.غ.أ.ش، 16 أبريل 1991، ملف رقم 259784، م.ق، 1991، العدد الرابع، ص 126.

² - أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص 236.

³ - حكم صادر عن محكمة الدار البيضاء، مقتبس عن، بسمينة الكسكاسي، المرجع السابق، ص 228.

الحضانة، ويقدم هذا الاتفاق على أي حكم قضائي في حالة رفض الطرف الذي في يده الحضانة أن يتيح خاصة لأحد الأبوين أو الجدين زيارة و رؤية المحضون أو استزارته¹. إلا أنه وطبقا لأحكام المادة 182 من المدونة والتي تنص على أنه " في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الامكان التحايل في التنفيذ.

تراعي المحكمة في كل ذلك، ظروف الأطراف والمناسبات الخاصة بكل قضية، ويكون قرارها قابل طعن".

ويتضح من خلال هذا النص أن كيفية تنظيم الزيارة مسألة تتدرج ضمن السلطة التقديرية للمحكمة مع اعتبار العناصر التوجيهية للمشرع و التي تفرض تحليلا منضبطا، منها لكل تعسف أو عدم احترام العناصر المشار إليها في النص، فقد قرر المشرع أن قرار المحكمة يقبل الطعن من الجهة المتضررة².

وبهذا الخصوص جاء في حيثيات حكم صادر عن ابتدائية الرباط " وحيث أنه لغير الحاضن من الوالدين حق زيارة و استزارة المحضون، و حيث أنه أمام خلو الملف مما يفيد وقوع اتفاق في شأن تنظيم زيارة المحضون.

حددت المحكمة فترة زيارة الأب لولده في يوم الأحد من كل أسبوع ابتداء من الساعة العاشرة صباحا إلى الساعة الخامسة مساء على ألا يبيت إلا مع حاضنته³.

والملاحظة أن مدونة الأسرة نظرت إلى زيارة المحضون و استزارته، بأفق واسع و بطريقة متحضرة إذا إعتدت بالظروف الخاصة بالأبوين وكذلك المحضون و تقدير الاتفاق حول الزيارة والإستزارة فقررت جواز التغيير من وقتها أو مكانها. ولهذا أجازت المدونة إعادة النظر في أمر الاتفاق أو أمر القرار القضائي في هذا الشأن و تنظيم ذلك من جديد إذا

¹ - أحمد باش، المرجع السابق، ص 415.

² - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 462.

³ - ابتدائية الرباط ، 2006/12/15 ، حكم عدد 1597 ، ملف رقم 06-566-32 ، غير منشور، نقلا عن يسمينة

الكسكاسي، المرجع السابق، ص 227.

استجبت ظروف تجعل من الاتفاق و القرار القضائي ضار عند التنفيذ لأحد الأبوين أو هما معا فيمكن في هاته الحالة مراجعة الاتفاق أوقرار المحكمة وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف¹.

وهو ما عبرت عنه صراحة المادة 183 من المدونة "وعملا بمقتضيات المادة 184 فقد خول المشرع للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ ما تراه مناسب سواء من خلال تعديل نظام الزيارة أو بإسقاط الحضانة في حالة اقدم أحد الأبوين على الاخلال أوالتحايل في تنفيذ بنود الاتفاق المنظم للزيارة أو الأحكام المقررة المحددة لها"².

وبما أن شعور الأجداد بالمحبة نحو أحفادهم و اهتمامهم بشؤونهم قد يكون أقوى لدى الاجداد من الآباء، فهذا السبب نصت المادة 185 من مدونة الأسرة على أنه "في حالة وفاة أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة المنظمة بالأحكام السابقة". وعليه فبمجرد وفاة الطرف غير الحاضن يصلح أبواه ذوي صفة في الاستفادة من الزيارة والتقاضي بشأنها³.

وفي هذا الشأن جاء قرار محكمة الرباط الابتدائية على أن " منع الأم لجد الطفل الذي توفي عنه والده، من صلة الرحم بحفيده يشكل إزعاجا فادحا غير مشروع يسمح بتدخل قاضي المستعجلات، لتوفر عنصر الاستعجال ليضع حدا لانتهاك هذا الحق الذي حقوق طبيعي⁴.

القضاء المغربي على كون الخلاف فيها يتوافر فيه عنصر الاستعجال وانعقاد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة وهو ماذهب إليه كذلك المشرع الجزائري من خلال المادة 57

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 237.

² - بسمينة الكسكاسي، المرجع السابق، ص 227.

³ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 463.

⁴ - حكم استعجالي عدد 325-375 بتاريخ 27-7-1986 ملف استعجالي عدد 36-158 نقلا عن بسمينة الكسكاسي

المرجع السابق، ص 228.

مكرر بقوله "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن "

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للفرقة بالخلع.

إنه وكما سبق، الحديث عنه أن ألفاظ الخلع متعددة ومختلفة، فمنها ما هو صريح ويكون بألفاظ صريحة تفيد الخلع، ومنها ما هو كناية يفهم من دلالتها معنى الخلع، وحل الرابطة الزوجية تكون حيناً طلاقاً وأحياناً أخرى فسخاً. ولقد اختلف الفقهاء في مسألة كون الواقع بالخلع طلاق أم فسخ إلى رأيين، أحدهما صنف الخلع على أنه طلاق. ورأي آخر صنفة على أساس أنه فسخ، أما بالرجوع إلى القانون فنجد أن كلا من المشرعين الجزائري والمغربي لم ينص صراحة على صفة الفرقة الواقعة بالخلع ولكن ومن خلال تفحص نصوص كلا من قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية يتضح موقف كليهما. ذلك ما سنحاول معالجته في هذا المبحث حيث سندرس في الفرع الأول " موقف القائلون بأن الخلع طلاق" وفي الفرع الثاني " موقف القائلون بأن الخلع فسخ، وفي الفرع الثالث "موقف قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية" من هذه المسألة.

الفرع الأول:

تكييف الخلع على أنه طلاق.

ذهب فريق من الفقهاء إلى اعتبار أن الخلع طلاق إلا أنهم اختلفوا في نوع الطلاق من حيث هو طلاق بائن (أولاً) أم طلاق رجعي (ثانياً).

أولاً: الواقع بالخلع طلاق بائن.

وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية، وهو قول أكثر العلماء منهم: سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشيبي والزهري و مكحول وابن ابي نجيح ومالك والأوزعي والثوري و أصحاب

الرأي¹. فإذا خالغ الزوج زوجته وقعت طلاقه بئنة وعللوا قولهم بأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه و لو كان فسخا لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البذل². حيث قال الشافعي في آخر قوله : "إن الرجل إذا خالغ إمراته فإن نوى بالخلع طلاقاً أو أسماه فهو طلاق فإن كان قد سمى واحدة فهي بئنة، و إن لم ينو طلاقاً و سماه لم تقع الفرقة"³.

وقال أحمد و اسحاق الخلع فرقة و ليس بطلاق، إلا أن يسمى طلاقاً، فإن سمي طلاقاً فهي تطليقة بئنة وإن سمي أكثر فهو ما سمي⁴. وجاء في بداية المجتهد لابن رشد من المالكية أنه "احتج من جعله طلاقاً بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق، مما ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى الاختيار فليس يفسخ"⁵. ورأى الحنفية أن الخلع تطليقة بئنة، والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه⁶.

وأستدل جمهور الفقهاء على أن الخلع طلاق بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوا و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يترابعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يعلمون﴾⁷.

¹ - محمد ابراهيم الحفناوي، المرجع السابق، ص 304.

² - تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 374.

³ - الإمام أبي عبد الله محمد بن نصر المروزي، اختلاف الفقهاء دراسة وتحقيق، محمد طاهر حكيم، الطبعة الأولى أضواء السلف، الرياض، 2000، ص 302.

⁴ - المرجع نفسه، ص 301.

⁵ - مقتبس عن، الإمام أبي الوليد محمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2،

الطبعة السادسة، دار المفارق للطباعة و النشر، بيروت لبنان، 1982، ص 69.

⁶ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 222.

⁷ - سورة البقرة، الآياتان 299 - 230.

ووجه الدلالة لما ذكر الخلع بين طلاقين علم أنه ملحق بها، ولأنه لفظ لا يملكه غير الزوج فوجب أن يكون طلاقاً كالطلاق¹.

و استدلووا كذلك لقولهم بما يلي:

1- أتت امرأة ثابت بن قيس النبي (ص) فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال (ص): "أتريدين عليه حديقته"، قالت: نعم، قال (ص): "أقبل الحديقة وطلقها"². فوجه الدلالة: "أمر الرسول (ص) ثابتاً بطلاق زوجته بلفظ الطلاق الصريح مقابل إرجاع الحديقة دليل على اعتباره طلاقاً"³.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة أي ثلاث حيضات إن كانت تحيض، أو ثلاثة أشهر إن كانت يائسة أو صغيرة، أو وضع الحمل إن كانت حامل⁴.

ثانياً: الواقع بالخلع طلاق رجعي.

وعلى عكس جمهور الفقهاء قيل إن الخلع طلاق رجعي فإذا راجعها رد البذل الذي أخذه منها وهذا القول مروى عن سعيد بن المسيب وبه أخذ محمد بن شهاب الزهري⁵. وقال الظاهرية إلى أن الخلع طلاق رجعي حيث قال ابن حزم الظاهري "وهو طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو تكون غير موطوءة فإن راجعها في العدة

¹ - أحمد ذياب شويح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة العربية وآدابها ج 142617، ص 126.

² - رواه البخاري.

³ - رجب تيسير التميمي، المرجع السابق، ص 375.

⁴ - محمد بن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ط 8، 1980، مطبعة النجاح الجديدة المغرب، ص 279.

⁵ - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 113.

جاز ذلك أحببت أو كرهت، ويرد ما أخذه منها"¹. وقوله " وقالت طائفة: هو طلاق وقالت طائفة: ليس طلاق ثم اختلف القائلون: أنه طلاق: فقالت طائفة: هو رجعي كما قلنا"².

وأما عن من قال: إن الخلع طلاق رجعي، فكما روبنا من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب: أنه قال في المختلعة: إن شاء أن يرجعها فليرد "عليها ما اخذ منها في العدة و ليشهد على رجعتها، قال معمر: وكان الزهري يقول ذلك قال قتادة: وكان الحسن يقول: لا يراجعها إلا بخطبة، وأما رده ما اخذ منها فإنما أخذه لئلا تكون في عصمته، فإذا لم يتم لها مرادها فمالها، الذي لم تعطه إلا لذلك - مردود عليها، إلا أن يبين عليها أنها طلقة له في الرجعة فيها فترضى، فلا يرد عليها شيئاً"³.

ولقد رد جمهور الفقهاء على ابن حزم الظاهري ونجد من ذلك حول ابن تيمية: "وهذا، خطأ، فإن مقصود الفداء لا يجعل إلا مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين الملمين.

وقال ابن قدامة في المعني: " وإنما يكون الفداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه، وإذا كانت الرجعة فهي تحت حكمه و لأن القصد إزالة الغدر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها، لعاد الضرر وفارق الولاء، فإن العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكمل العدد"⁴.

ولا يثبت في الخلع رجعة، سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء ومالك والشافعي وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالوا: الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له و بين رده و له الرجعة"⁵.

¹ - ابن حزم الظاهري، المحلي، المجلد العاشر، مكتبة دار التراث، القاهرة، ص 235.

² - ابن حزم الظاهري، المحلي في شرح المحلي بالحجج والأثار، بيت الأفكار الدولية، ص 1979.

³ - المرجع نفسه، ص 1979.

⁴ - ابن قدامة، المعني، مكتبة القاهرة 1968، ص 331.

⁵ - ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 331.

الفرع الثاني:

تكييف الخلع على أنه فسخ

ذهب بعض أهل العلم، منهم أحمد وداود من الفقهاء وابن عباس وعثمان و ابن عمر من الصحابة إلى أن الخلع فسخ. واستدلوا: بما روي عن ابن عباس: قال إنما هو فرقة الفسخ، ليس بطلاق ذكر الله الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بين ذلك فليس بطلاق¹. ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾²، ووجه الدلالة أنه ذكرت الآية الطلاق مرتان، ثم ذكرت بعد ذلك افتداء الزوجة نفسها من زوجها لقاء مال تدفعه له ثم ذكرت بعد ذلك عدم جواز نكاحها حتى تتكح زوجا آخر.

ولو كان الخلع طلاق لكان الذي يترتب عليه الحرمة حتى تتكح زوجا غيره الطلقة الرابعة وليست الثالثة، وهذا صريح في أن الخلع فسخ و ليس طلاق³.

واستدل أصحاب هذا الرأي من السنة النبوية أنه فسخ، عندما أمر النبي (ص) ثابت بن شماس أن يطلق إمراته وأمرها أن تعتد بحيضة واحدة، و هذا دليل آخر على أنه فسخ و لو كان طلاقاً لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات⁴. لقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾⁵.

ورواية أخرى للنسائي: أن النبي (ص) قال ثابت، خد الذي لك عليها، وخل سبيلها قال: نعم فأمرها النبي (ص) أن تتربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها. ووجه الاستدلال والمأخوذ من خلال التعبير بالألفاظ وذلك ما يتضح جليا من قوله (ص): خل سبيلها، وتلحق بأهلها،

¹ - مقتبس عن، المصري ميروك، الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر 2010، ص 278.

² - سورة البقرة، الآية 229.

³ - تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 376.

⁴ - منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه وأثاره)، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص 64.

⁵ - سورة البقرة، الآية 228.

ونحو ذلك مما يدل على أن الخلع ليس بطلاق، كما دلت الأحاديث على أن الخلع لا يترتب عليه وجوب العدة ولكن الاستبراء بحيضة واحدة¹.

ويرد على هذا الرأي كون أن آية: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان﴾²، نصت على عدد الطلقات التي يملك الزوج إيقاعها بإرادته المنفردة، ونصت على حكم آخر هو جواز دفعها البذل تخلصاً من قيد النكاح. فأما الآية بالنظر إلى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل أن الافتداء فرقة ليس غير³.

م رأيناه (ص) حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري أنه قال له "أقبل الحديقة و طلقها تطليقة" فقول عثمان: لا عدة عليها: يعني العدة المعهودة للمطلقات، وللشارع ولاية الإيجاد والإعدام، فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخاً، على أن الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمن عثمان، فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره، فقال ابن عمر: عدتها أو عدتك عدة المطلقة⁴.

أما قولهم بأن عدة المختلعة حيضة واحدة فالخلع إذن فسخ فلا دلالة فيه أيضاً لأن الشارع الحكيم الذي جعل عدة المطلقة ثلاث حيضات بنص القرآن يجوز أن يحصل عدة المختلعة حيضة واحدة بالسنة، وتكون بذلك خصصت عموم الآية⁵. في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾⁶.

¹ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 230 - 231.

² - سورة البقرة، الآية 229.

³ - ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2003، ص 190.

⁴ - ابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص 191.

⁵ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 610.

⁶ - سورة البقرة، الآية 228.

الفرع الثالث:

التكييف القانوني للفرقة بالخلع.

إن الخلع و باعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية بين الزوجين، ينتج عنه تغيير أو إنهاء للمراكز القانونية للزوجين، وذلك كنتيجة حتمية للفرقة الحاصلة بينهما وإن كان الاختلاف سيد الموقف بين الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة الفرقة الحاصلة بالخلع حيث ذهب البعض منهم كما لاحظنا سابقا أنه طلاق واعتبره جانب آخر أنه فسخ. إلا أنه وبالرجوع إلى موقف المشرعين الجزائري و المغربي و إن لم ينص صراحة على أن الخلع طلاق إلا أن الأمر يستشف من خلال نصوص قانون الأسرة و مدونة الأسرة.

أولا: موقف المشرع الجزائري.

إنه ومن خلال تفحصنا لنصوص قانون الأسرة الجزائري وخاصة النصوص المتعلقة بطرق فك الرابطة الزوجية سواء تعلق الأمر بطلاق أو التطليق أو الخلع لم نجد ما يفيد صراحة اتخاذ المشرع موقفا " باعتبار الخلع فسخ أم طلاق". لكن ما نستنتجه من ترتيب تلك النصوص يتضح وبصفة جلية أن المشرع الجزائري يتبنى الرأي القائل بأن الواقع بالخلع طلاق لا فسخ وهو رأي جمهور الفقهاء.

فقد نص المشرع عن الفسخ في الباب الأول في الفصل الثالث منه ابتداء من نص المادة 32 إلى غاية المادة 35 ، فبالرجوع إلى المادة 32 نص المشرع عن البطلان في حالة إذا اشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد، وإذا اختل ركن الرضا، طبقا لنص المادة 33 فقرة أولى وأن هاته الأخيرة أكدت في فقرتها الثانية على أنه يفسخ عقد الزواج إذا تخلف شرط من شروطه ، وهي الشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه إذا لم يتم فيه الدخول ولا صداق فيه. وكذلك الأمر بالنسبة للزواج بإحدى المحرمات والذي رتب عليه المشرع الفسخ سواء قبل الدخول أو بعده طبقا لنص المادة 34 من قانون الأسرة.

وعليه لم يدرج المشرع تحت هذا الفصل أي مادة تتحدث عن حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع إذا اكتفى بالحديث عن الفسخ الذي يلحق عقد الزواج الفاسد أو كذا مسألة البطلان في حالة تخلق ركن الرضا.

وما يثبت أخذ المشرع و تبنيه لرأي جمهور الفقهاء بأن الخلع طلاق هو أن نص المادة 54 من قانون الأسرة و التي نظمت أو نصت على مسألة حل الرابطة الزوجية بالخلع جاءت في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان الطلاق. وهو ما يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري هو وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد و اشتماله على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضياته. بينما الأمر مختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد، و إنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف ما خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية فلا يمكن حل الرابطة الزوجية إلا بالطلاق¹.

كما أن المادة 47 من قانون الأسرة نصت صراحة على أن انحلال الرابطة الزوجية يتم بالطلاق أو الوفاة. وجاءت المادة 48 من ذات القانون صريحة في نصها بأنه مع مراعاة نص المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

والملاحظ من خلال نص هذه المواد أنه لو كانت نظرة المشرع الجزائري للخلع على أساس أنه فسخ لا أدرجة تحت الفصل الثالث من الباب الأول المتعلق بالعقد الفاسد لكن نصه وصراحة و بالأخذ بالمعنى اللفظي على أن الطلاق يتم بإرادة الزوج أو يتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجين في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 وهو إقرار صريح أن المشرع اعتبر أن الفرقة الواقعة بالخلع هي طلاق.

¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 69.

فكل الأحكام الصادرة وفقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة سواء كانت بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضى الزوجين أو بطلب من الزوجة تعتبر طلاقا وتأخذ حكم الطلاق وليس الفسخ¹.

وإن اعتبار الخلع طلاق لا فسخ أمر استقر عليه قضاء المحكمة العليا وهو ما يفهم من خلال التعبير الصريح و البين في مختلف قراراتها بالرغم من التأرجح الذي شهدته في مسألة كون الخلع رخصة أو حق أصل الزوجة إلا أنها دائما كانت تعبر عن الخلع بمصطلح طلاق الخلع أو الخلع هو الطلاق الذي يكون بإرادة الزوج و في أحيانا أخرى عبرت عنه أن الخلع هو طلاق لا يشترط موافقة الزوج، ولكن ما يهمنا نحن هنا بالأساس هو التعبير اللفظي بمصطلح الطلاق خلعا أو الخلع طلاق، ونجد من هاته القرارات

القرار الصادر بتاريخ 19 فيفري 1969 الذي قضى بموجبه المجلس الأعلى بأنه " من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة، مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن تم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج"².

والقرار الصادر ب 11 أكتوبر 2006 الذي قضى بأنه " لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، و القاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا سواء إتفق الطرفان عليه أم إختلفا"³.

وما يجدر الإشارة إليه من خلال القرارين السابقين هو ملاحظة إستعمال قضاء المحكمة العليا لمصطلح الطلاق خلعا في حيثياته عن الخلع إذ لو كان الأمر يتعلق بالفسخ لا الطلاق لاتم التعبير عن ذلك بمصطلح الفسخ بالخلع، وهو ما لم يحدث. وعليه يتضح جليا من إجتهد المحكمة العليا مسابرتة لمسألة اعتبار المشرع و كذا جمهور الفقهاء لمسألة أن الواقع بالخلع طلاق وليس فسخ.

ثانيا: موقف المشرع المغربي.

¹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص224.

² - م.ع.غ.ق.خ، 19/02/1969، ن.س، 1969، ص266، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 273.

³ - م.ع.غ.أ.ش، 11/10/2006، ملف رقم 365244 م.م.ع. 2007 عدد1، ص467.

لقد سارت مدونة الأسرة المغربية على رأي الإمام مالك، فسمت الخلع طلاقاً مقتدياً برأي جمهور الفقهاء، وهو ما يستشف من تناول المدونة لمسألة الخلع في القسم الخامس من المدونة والذي حمل عنوان الطلاق بالاتفاق أو بالخلع وتناول خصيصاً أحكام الخلع في الباب الثاني، وصراحة وباللفظ الواضح -الطلاق بالخلع- إذ لو كان الأمر يتعلق عنده بالفسخ لعبر عن ذلك بمصطلح الفسخ بالخلع وهو ما لم يحدث إذ أن المدونة نظمت أحكام الفسخ في قسم خاص هو القسم الثاني تحت عنوان الوفاة والفسخ وخصصت الباب الثاني من هذا القسم للفسخ، وهو ما يظهر جلياً من المادة 77 والتي تنص على أنه "يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده في الحالات وطبقاً للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة".

وعليه، فإن اعتبار المشرع المغربي في أحكام المدونة بأن الواقع بالخلع هو طلاق لا فسخ اقتداءً بالفقه المالكي، والذي تحيل إليه مدونة الأسرة في مادتها 400 واضح وجلي في المادة 114 من المدونة التي تنص على أنه "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال".

عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقاً به للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالاشهاد على الطلاق".

فالمشرع المغربي اعتبر الخلع عقد يتراضى فيه الزوجان على الطلاق وتطبق في ذلك أحكام المادة 114 التي تنص على الطلاق بالاتفاق وهكذا فإن الإجراءات التي تطبق في الطلاق بالاتفاق هي نفسها المتبعة في الطلاق بالخلع¹.

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 313.

فالمشرع ونظرا لاعتباره بأن الخلع طلاق لا فسخ ترجم توجهه هذا في نصه صراحة وإحالته من خلال المادة 115 من المدونة بقوله " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114. " فلو كان الأمر يتعلق بكون أن الخلع فسخ لا طلاق لم يحل على المادة 114 التي تتحدث عن الطلاق الإتفاقي و لا أحال على نص المادة 77 من المدونة والتي تتحدث عن الفسخ.

كما جاءت المادة 115 من المدونة واضحة حين نصت بقولها " أن يتراضيا على الطلاق بالخلع" وعبر عليه شراح المدونة بالطلاق.

فالخلع على ما يتضح من النص التشريعي أعلاه، هو اتفاق يتم بتراضي بين الزوجين موضوعة الأساسي خلاص الزوجة من زوجها نظير بدل تدفعه إليه، فهو طلاق يشترك فيه الزوجان معا، ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج وحده، او الطلاق المملك الذي توقعه الزوجة وحدها أو التظليق الذي يصدر به حكم من المحكمة. غير أنه طلاق يجب أن تأذن به المحكمة وفقا للتوجه الحالي الذي أخذت به المدونة الجديدة في هذا الصدد بخصوص جميع أنواع الفرقة بين الزوجين¹.

والظاهر أن الخلع نوع من الطلاق لأن الطلاق تارة يكون بدون عوض وتارة يكون بعوض، والثاني هو الخلع². وكذا المادة 123 من المدونة التي اعتبرت كل طلاق أوقعه الزوج هو رجعي إلا المكمل للثلاث...و الخلع".

ويتضح مما سبق، بأن المشرع المغربي وكذا شراح المدونة ساور في الاتجاه المعتقد والمعترف للفرقة بالخلع بكونها طلاقا لا فسحا.

وبالرجوع للاجتهاد القضائي في مسألة الطلاق بالخلع، نلاحظ أنه لا طالما عبر عن الخلع بمصطلح الطلاق بالخلع وهو الغالب في اجتهادات المجلس الأعلى ونجد من ذلك

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 104.

² - المرجع نفسه، ص 103.

القرار الصادر عنه بتاريخ 09 جانفي 1977 والذي جاء في حيثياته ما يلي: " حيث أن الطلاق بالخلع قد ورد من ضمن الكتاب الثاني المتعلق بانحلال ميثاق الزوجية وأن كل طلاق يقع سواء من الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق لابد من الاشهاد به أمام عدلين منتصيين للاستشهاد....و تعتبر غير مرتكزة على أساس وسيلة النقص التي تستهدف إثباته بغير ذلك"¹.

والقرار الصادر بتاريخ 2002/01/24 والذي قضى بمقتضاه "تنازل المطلقة خلعا عن حقها في حضانة الأولاد وعدم المطالبة عاجلا أو آجلا بأي حق من حقوقهم المتعلقة بالنفقة أو الإسكان، لا يسقط نفقتهم الواجبة على الأب متى بلغوا سن التخيير وفضلوا العيش مع والدتهم وتبعاً لذلك تبقى النفقة و أجره الحضانة واجبة على الأب طيلة المدة المعتبرة قانوناً"².

ومن القرارات السابقين يتبين لنا جلها مدى مسايرة القضاء المغربي و إصراره على الرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ فيه وهو ما نستشفه من غالبية قرارات المجلس الأعلى المغربي و التي سارت غالبها في نفس الاتجاه في مسألة اعتبار الخلع طلاق وتسميته صراحة بالطلاق الخلعي، وهو نفس الرأي الذي اعتنقه المشرع والقضاء الجزائريين .

¹ - المجلس الأعلى 1977/01/09، الملف عدد 61446 مجلة المحاكم المغربية، عدد 59، أكتوبر 1989، ص 31، نقلا عن عبد السلام زوير، المرجع السابق، ص 194.

² - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية و الموارث، 2002/01/24، نقلا عن إدريس بلحمجوب، مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، المغرب 2010، ص 150 - 151.

الخاتمة

في ختام دراستنا هاته و بعد تناولنا لمسألة دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية نستخلص أن القوانين المغاربية لم تخرج إجمالاً عن أحكام الفقه الإسلامي إذ أخذت بما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية بإجازتهم لألبيتي فك الرابطة الزوجية بالتطليق والخلع وإذ يظهر من خلال هاذين النظامين مدى أعمال إرادة الزوجة في إحداث الفرقة.

وبالرغم من الإختلاف الواضح والبين في التشريعات الأسرية المغاربية في مسألة التكيف القانوني للنظامين إذ يستند كل منهم إلى آراء فقهية مدعمة بمجموعة من الحجج والأدلة الشرعية لا يعتبر هذا الإختلاف مؤثراً، طالما أنه يسعى إلى الإستجابة لحاجات مشروعة تتفق مع العقل والمنطق. وكما كان من الضرورة والأهمية بما كان أن نجاح أي قانون أو تشريع مهما كان يتوقف على مدى استجابته ومسايرته لحاجيات المجتمع بصفة عامة والأفراد بصفة خاصة فلقد جاءت القوانين الأسرية المغاربية وعملاً بمبدأ المساواة بين الزوجين في بناء وحل الرابطة الزوجية بمجموعة من النصوص القانونية التي تجسد هذا المبدأ وهو ما لاحظناه جلياً في مسألة فك الرابطة الزوجية إذ جوبه حق الرجل في الطلاق بطريقتين إثنين منحا للزوجة التي لا تطيق العيش مع زوجها كسبيل للخلاص من الحياة الزوجية المستعصية لسوء خلق أو خلقه في الزوج أو لضرر ما .

ومن خلال موضوع دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية والذي سعينا من خلاله إلى معرفة مدى تقارب أو توافق التشريعات المغاربية للأسرة في مسألتها الخلع والتطليق ومدى موافقتهما لأحكام الفقه الإسلامي في مسألة توسيع أو تضيق مجال إرادة الزوجة في حل عصمة النكاح نستنتج مجموعة من النتائج التالية و التي أهمها:

إتفاق القوانين المغاربية للأسرة لا سيما المغربي في المدونة والجزائري في قانون الأسرة والتونسي في المجلة على مسألة حق الزوج في إحداث الطلاق وفقاً لإرادتها بالنسبة للتطليق والخلع مع الإشارة إلى انحصار هذا الاتفاق بين الجزائري والمغربي في مسألة الخلع والتي لم يذكرها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية .

اتفاق كلا من المشرعين الأسريين المغربي والجزائري على مسألة حق المرأة في حل العصمة بالتطليق وحصره كحق لها دون الزوج بإستثناء حق التطليق للشقاق والعيوب والتي أجاز المشرع المغربي فيها حل العصمة للزوجين معا وهو ما يتضح جليا من خلال المادة 94 والمادة 108 من مدونة الأسرة، في حين خالفه المشرع الأسري التونسي حيث جعل حق فك العصمة بين الزوجين على قدم المساواة، وهو ما يتضح جليا من خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله : " يحكم بالطلاق :

بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر ...".

والملاحظ إجمالا أن القوانين المغاربية جاءت منسجمة في مجمل نصوصها مع أحكام الفقه الإسلامي في مسألة التطليق ولا نكاد نجد إلا بعض الاختلافات الطفيفة والتي لا ترقى إلى درجة الاختلاف البين .

أما في مسألة فك الرابطة الزوجية بالخلع، فلقد اتفق كل من المشرعين الأسريين المغربي والجزائري على مسألة جواز لجوء الزوجة التي تبغض زوجها إلى افتداء نفسها منه بمقابل عوض مستنديين في ذلك على أحكام الفقه الإسلامي بالرغم من اختلافهم في مسألة التكليف القانوني للخلع بين الحق والرخصة إذ اعتمد كل منهم على آراء فقهية تبرر توجهه في حين لم يتحدث المشرع الأسري التونسي في مجلة الأحوال الشخصية على مسألة فك الرابطة الزوجية بالخلع مكتفيا بالنص على إمكانية إحداث الطلاق كحق للزوجين معا على السواء.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الأسري المغربي نهج الرأي القائل بالرضائية في الخلع مضيقا في ذلك من أعمال إرادة الزوجة في حل الرابطة الزوجية أخذا في ذلك بما جاء في أحكام المذهب المالكي على عكس المشرع الأسري الجزائري والذي وسع وبصفة صريحة من مجال أعمال إرادة الزوجة في إحداث الخلع إذ وبعد تضارب الاجتهادات القضائية فصل صراحة بموجب الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة إذ ارتقى بالخلع من كونه رخصة للزوجة يتوقف على إجازته من طرف الزوج إلى درجة الحق الأصيل بنصه صراحة في

المادة 53 من الأمر 02/05 على أنه يتم بدون موافقة الزوج مستند بذلك على آراء بعض الفقهاء المسلمين منهم الفقهية " ابن رشد الحفيد " .

وختاما يتضح جليا بالرغم من سعي القوانين المغاربية للأسرة إلى خلق نوع من التوازن بين حقوق الزوج والزوجة بإحداث الطلاق إلا أن النصوص القانونية المنظمة لهذا النظام مازالت قاصرة يشوبها النقصان أحيانا ويصعب تطبيق فحواها أحيانا أخرى لعدم القدرة على تجسيدها لصعوبة الإثبات وأمام هذا الوضع القائم كان لنا الادلاء بعده اقتراحات وهذا لسد القصور وإزالة شيء من السطحية والغموض في بعض النصوص التي تعترضها .

ففي مجال التطبيق بالنسبة للمشرع الجزائري وجب عليه التفريق بين حالة الإعسار وحالة الامتناع عن النفقة إذ هما حالتان لا يجب أن يكون حكمهما واحد وهو الأمر الذي استدركه المشرع المغربي وفرق بين حالة العجز وحالة الامتناع من خلال المادة 102 ووجب على المشرع التونسي والذي لم يفصل في العناصر الموجبة للتطبيق إزالة السطحية باستحداثه لنصوص مفصلة إسوة بالمشرعين الجزائري والمغربي .

هذا ونقترح على القوانين المغاربية إعادة تنظيم آلية فك العصمة الزوجية بالتطبيق باستحداث نصوص جديدة تسد النقص و الفراغ .

أما في مجال الخلع، وإن كان المشرع الأسري المغربي الأفضل والأحسن في مسألة التفصيل في هاته الألية بغض النظر عن تكيفه لها إلا أن المشرع الجزائري جاء بمادة وحيدة و سطحية فاتحا بذلك مجال التضارب في الاجتهادات القضائية وكذا المشرع الأسري التونسي والذي تجاهل هاته الألية تماما " وعليه نقترح على المشرع الجزائري ضرورة " إضافة مواد أخرى شارحة لما هو غامض و مبهم لم توضحه المادة 54 من قانون الأسرة والوحيدة فيه فيما يتعلق بالخلع .

كما نقترح على المشرع التونسي أن يحدو حدو المشرعين الجزائري والمغربي في تقنين هاته الألية بالاعتماد على ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي .

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم:رواية ورش عن الإمام نافع.

- قائمة المؤلفات العامة

1. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن الطبعة الأولى، 1999.
2. ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية (دراسة تأجيليه من فقه القرآن الكريم والسنة النبوية والآراء الفقهية المعتمدة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن .بدون سنة نشر.
3. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2003.
4. ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، التفسير الكبير، ج 3، ط1، تحقيق وتعليق، عبد الرحمان عميرة، دار الكتاب العلمية، بيروت 1998.
5. ابن حزم الظاهري، المحلي في شرح المحلي بالحجج والأثار، بيت الأفكار الدولية.بدون سنة نشر.
6. ابن حزم الظاهري، المحلي، المجلد العاشر، مكتبة دار التراث، القاهرة.بدون سنة نشر.
7. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصر، دار الكتب الاسلامية الجزء الثاني، مصر.بدون سنة نشر.
8. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين على رد المختار على الدار المختار، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
9. ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 07، مكتبة القاهرة 1968.
10. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، دس، ن.
11. ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب ج6، دار المعارف، القاهرة.بدون سنة نشر

12. ابن منظور، لسان العرب، م 10، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1990.
13. أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، الجوهرة النيرة.دون سنة نشر.
14. أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، تحقيق احمد البردوني وابراهيم إطفيش، الطبعة ج 3، دار الكتب المصرية، القاهرة.دون سنة نشر.
15. ابي بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن الكريم ج1، دار الكتاب العربي، بيروت.
16. أحمد اباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الأردن، 2011.
17. أحمد باش ، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.
18. أحمد بن حنبل، المسند، ج3، مؤسسة الرسالة، القاهرة.دون سنة نشر.
19. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة 1999.
20. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الاسلام (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة، الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.
21. أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد2، دار إحياء العلوم ، لبنان، طبعة الثانية، 1987.
22. أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى 2009 .
23. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مطابع شتات، دار الكتب القانونية، مصر.دون سنة نشر.

24. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
25. أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
26. أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، ج1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
27. إدريس الفاخوري، الزواج و الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لأخر التعديلات وظهير 1993/9/10 دار النشر الجسور، بوجدة ، المغرب، 2002.
28. إدريس بلحجوب، مستجدات مدونة الأسرة وتطبيقاتها العملية، ملحق بأهم مبادئ قرارات المجلس الأعلى، العدد الثاني، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010.
29. أسماعيل أبو بكر علي البامرني، أحكام الأسرة، الزواج و الطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
30. اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل، ابو ابراهيم المزني، مختصر المزني، مختصر المزني، الجزء الخامس، دار المعرفة بيروت، 1990.
31. أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2010 .
32. ابن منظور، لسان العرب الجزء 4، المطبعة الأميرية، القاهرة.
33. الإمام أبي الوليد محمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، الطبعة السادسة ، دار المفارق للطباعة و النشر، بيروت لبنان، 1982.
34. الإمام أبي عبد الله محمد بن نصر المروزي، اختلاف الفقهاء دراسة وتحقيق، محمد طاهر حكيم، الطبعة الأولى أضواء السلف، الرياض، 2000.
35. الامام الشافعي، الام، مجلد 3، ج 5، دار الفكر، بيروت، 1983.

36. الجعلي عثمان بن محمد حسنين البري، سراج السالك شرح أسهل المسالك في مذهب الأمام مالك، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995.
37. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط4، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2014.
38. الخرشي، الخرشي على مختصر سيد خليل، المجلد الثاني، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان. دون سنة نشر.
39. الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2. دون سنة نشر.
40. الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الرقائق، ج3، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة. دون سنة نشر.
41. السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، مصر، القاهرة، 2000.
42. الشافعي أبو عبد الله محمد، الأم، ج5، دار المعرفة، بيروت 1990.
43. الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، مطبعة دار الكتب العربية، 1909.
44. الغوتي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، دم.ج، الجزائر، 2005.
45. الكسائي، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية. دون سنة نشر.
46. المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، الطبعة الأولى، دار ابن حرم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2007.
47. الهادي كرو، المرأة في مجلة الاحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 2، 1977.

48. المواق، التاج والاكليل، الجزء 4، شركة التراث للبرمجيات، 2015.
49. بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، دار الطباعة والنشر بيروت لبنان، طبعة 1967.
50. بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة (السنية والمذهب الجعفري والقانون) الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، لبنان، 1985 .
51. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
52. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول (الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999.
53. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا آخر التعديلات ومدعم بأحدث الاجتهادات للمحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج، ط6، 2010 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
54. بن الشويخ الرشيد، شرح القانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
55. بن داود عبد القادر، الوجيز في الشرح قانون الاسرة الجديدة، موسوعة الفكر القانوني، وهران 2005.
56. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
57. خالد براجوي، الوجيز في الأحوال الشخصية بالمغرب بين التشريع و الاجتهاد، ج1، الزواج والتطليق، ط1، المغرب، 1997.

58. رفيقة دويري، المرأة في القوانين الوضعية، كتاب المرأة العربية، المعهد العربي لحقوق الانسان، تونس 1996.
59. رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سليم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات كلية الحقوق، بيروت، الطبعة الأولى بيروت، 2006.
60. ساسي بن حليلة، مجموعة قرارات وتعاليق في مادة الاحوال الشخصية، مركز النشر الجامع، تونس، 2012.
61. سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دراسة مقارنة في فقه الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الغربي بمكوناته الرومانية والمسيحية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.
62. سامح عبدالسلام محمد، الخلع كما شرعه الاسلام ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، 2011.
63. سليمان بن الأشمت ابو داود السيجستاني الأزدي، سنن أبي داود ، بدون دار وسنة نشر.
64. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989.
65. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج 2. بدون سنة نشر.
66. صلاح محمد أبو الحاج، مثل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق، الأردن.
67. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار خلدوني، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009.

68. عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الغد الجديد ، الطبعة الاولى 2005 ، مصر .
69. عبد السلام زوير ، شرح مدونة الأسرة (الزواج، الطلاق، التطليق)، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد 7، الرباط، 2008.
70. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة الثالثة، الجزائر، 1996.
71. عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2007.
72. عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديلات له ، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007.
73. عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني وهران، الجزائر، 2005.
74. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة المعارف الرباط، الطبعة الأولى، 2006.
75. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الاحوال الشخصية المغربية، ج1، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، المغرب، 2000.
76. عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية (دراسة مقارنة فقها و قضاء ، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع، مصر ، الطبعة الأولى، 2004.
77. عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة.

78. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وقف المذهب ابي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية ، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت،1990.
79. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، الطبعة الأولى، 1998 .
80. عمار الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الثاني، الجزء الثاني، دار الفكر، طبعة أولى، 1980.
81. عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، جدلية التقليد و التجديد في القانونين التونسي و المقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.
82. عمرو عيسى الفقي، التطبيق في الاحوال الشخصية للمسلمين، مكتبة الغني للموسوعات القانونية، مصر.دون سنة نشر.
83. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة المقارنة بين الشرع و القانون، ، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة الأولى،2011.
84. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء 9.
85. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري (في الزواج و الطلاق) الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر، 1986.
86. كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الاديان، الطبعة الأولى، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2002.
87. لحسن بن شيخ أث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة)، دارهومة،الجزائر،2013.
88. لحسين بن شيخ اث ملويا ،المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ،ج1 دار هومة ،الجزائر، 2005 .

89. مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، ج 2، دار الكتاب العربي بيروت.
90. محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
91. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المطبقة، دار النشر المغربية، المغرب، الطبعة الرابعة 2010.
92. محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005.
93. محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، حصة سنوات من التطبيق العلمي (2004-2010)، ط1، المطبعة الوطنية، مراكش، المغرب، 2011.
94. محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.
95. محمد الكشور، يونس زهري، حسين فتوح، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
96. محمد اللجمي، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008.
97. محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، دار اليوسف للطباعة والنشر بيروت.
98. محمد بن جديد الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، المجلد 2.
99. محمد بن علي الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.
100. محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الجزء الأول، دار ابن الأرقم لبنان.

101. محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار، شرح تنوير الابصار و جامع البحار، للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي، في فروع الفقه الحنفي، حققه و ضبطه عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
102. محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع.
103. محمد بن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ط 8، مطبعة النجاح الجديدة المغرب، 1980.
104. محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 1994.
105. محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنية، القسم الثاني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان الأردن، 1995.
106. محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، الأمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل ابن كثير، المجلد الأول، ط7، 1981، دار القرآن الكريم ، بيروت، 1973.
107. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية ،مصر ، الطبعة الثانية ،1977.
108. محمد لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة .الجزائر، طبعة 2004.
109. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سن أبي داود، مكنية المعارف للنشر والتوزيع، ط 1.

110. محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانوني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
111. محمد الكشور ، الوسيط في شرح مدونة الأسرة ، الكتاب الثاني ، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره ، دار النجاح المغرب ، الطبعة الثانية 2009.
112. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر الأردن، 2010.
113. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الثاني منشورات الجامعة الأردنية، الأردن، 1995.
114. مسلم ، الصحيح، شرح النووي، الجزء الثاني، كتاب الطلاق رقم 1478، دار إحياء التراث العربي بيروت ، الطبعة الأولى، 1929 .
115. مصطفى ابراهيم، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط دار الدعوة.دون سنة نشر.
116. مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، المجلد الأول (الزواج و الطلاق)، الطبعة الثامنة، دار الوراق،الرياض، 2000.
116. محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري ،دار ابن كثير،1993.
117. موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة ،المغني ،ج7، الطبعة الأولى ،دار إحياء التراث العربي ،1985.
118. وليد خالد ربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى ، دار النفاس، الأردن،2007.
119. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 " الأحوال الشخصية"، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1985.

120. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء 3، دار الكلم الطيب للطباعة والنشر لبنان، الطبعة الثانية، 2002.

121. يوسف عبد الرحمان الفرت، الخلع في التشريع الإسلامي وفي القانون المغربي، 2000.

- المؤلفات المتخصصة.

1- أحمد الزوكاغي، الطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأسرة، مطبعة الأمنية، الرباط، 1994.

2- أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق بالخلع، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009.

3- أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية الخلع، الإيلاء الظهار و اللعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

4- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطلق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

5- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.

6- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحكمة الفلسطينية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.

7- ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي، تونس نموذجاً بدون طبعة، المغاربية للطباعة والنشر، تونس، 2009.

8- حسن حسن منصور، تقنين حق الزوجة في الخلع و الآثار المترتبة عليه.

9- جميل محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون دار الحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

- 10- عادل حمدي، التظليق للشقاق وإشكالاته القضائية، دراسة فقهية وقضائية مسبوكة بأخر الاجتهادات القضائية على ضوء مدونة الأسرة، ط1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2008.
- 11- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم ، 1997.
- 12- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الطبعة الثانية .
- 13- عبد الله ابن الطاهر السوسياتاني، مدونة الاسرة في اطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الثاني للطلاق، بدون طبعة، امارسي مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، المغرب.دون سنة نشر .
- 14- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- 15- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية لبنان، 2003.
- 16- عمر زودة، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الجزائر، 2003.
- 17- غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الاسلام، الطبعة الأولى ، دار الساقى، بيروت، 2004.
- 18- محمد ابراهيم الحفناوي، الطلاق، مكتبة الإيمان، مصر، الطبعة الثانية، 2005 .
- 19- محمد الشافعي، الطلاق والتظليق في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2010.
- 20- محمد جمال عطية عيسى ، حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية في النظم القانونية والوضعية و الشرائع السماوية ، دار النهضة العربية ، الطبعة 2 ، القاهرة ، 2000 .
- 21- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق، دراسة فقهية مقارنة، دار البارودي العلمية للنشر والتوزيع ، الأردن، 2010.

- 22- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.
- 23- محمد علو شيش الورتلاني، الشروط المقرنة بالعقد في الفقه الاسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، الطبعة الأولى، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1997.
- 24- منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه و آثاره ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008 .
- 25- منصور نورة ، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2010 .
- 26- نورالدين أبو لحية، حق الزوجين في حل عصمة الزوجية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة.
- 27- هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقانون، وفقا لقانون رقم 1 لسنة 2000، الخلع، الظهار، اللعان، الايلاء ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر، 2002.

ثانيا: الرسائل والمذكرات.

1. رسائل الدكتوراه

- 1- بن الشويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2002/2001.
- 2- تشوار حميد و زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2004-2005.
- 3- خليل عمرو ، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة والفقه الإسلامي، دكتوراة دولة في القانون الخاص - كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس 2005.

- 4- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، رسالة دكتوراه، 2014/2013.
- 5- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.
- 6- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2009/2008.
- 7- مسعودي نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2010/2009.
- 8- هيشور أحمد، الخلع بين الشريعة و التشريع ، دراسة فقهية حقوقية مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2015/2014 .

2. مذكرات الماجستير و مذكرات الدراسات المعمقة

- 1- اسماعيل موسى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين 2008.
- 2- حمليل صالح، الإجراءات التقاضي في المسائل الزواج و الطلاق، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1998/1997.
- 3- خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة- رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007.
- 4- ريحة الغات، التفريق بين الزوجين دراسة نموذجية للخلع والظهار الايلاء واللعان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر.

- 5- شادية عبد اللاوي، خيارات المشرع التونسي في سن مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2008/2007.
- 6- عايدة سليمان ابو سالم، الحضارة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، غزة فلسطين 2003.
- 7- عبد الله عابدي، حق الزوجين في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.
- 8- عياش الكوفي، أسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1989.
- 9- اليزيد العيساوي بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2003/2002.
- 10- ايمان الحجوي، واقع الطلاق الخلعي والاتفاقي الجهة الشرقية نمونجا، " رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون كلية العلوم القانونية، وجدة، المغرب، 2009/2008.
- 11- صارة بن شويخ، دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بين مدونة الأسرة المغربية و قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، وجدة، المغرب، 2008 - 2009.
- 12- عز الدين بوخريص، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، رسالة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، وجدة، المغرب، 2008/2007.

- 13- لبيبي الذهبي، إنهاء الرابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة وتأثيره على تقدير المستحقات، رسالة دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة طنجة، المغرب، 2010/2009.
- 14- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة دراسة معمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، المملكة المغربية، 2006/2005.
- 15- نوال بن مسعود، الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، رسالة دراسات معمقة، كلية العلوم القانونية، جامعة وجدة، المغرب، 2009-2008.
- 16- يسمينة الكسكاسي، انحلال الرابطة الزوجية في المدونة وقوانين الأسرة المغربية، رسالة دراسات معمقة، كلية العلوم القانونية، طنجة، المغرب، 2011/2010.

ثالثا: المقالات

- 1- أحمد الغندور، تعليق على مشروع الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، سنة أولى عدد 1/1977، الطبعة الثانية، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويتية، 1984.
- 2- ادريس الفاخوري، دور الإدارة في إنهاء عقود الزوج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف، ع4، 2004.
- 3- أحمد زياب شويديح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج في الفقه الإسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها ج 142617.
- 4- بولقصيات أحمد، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري (دراسة تقييمية، مجلة التراث، مخبر جمع ودراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها جامعة الجلفة، الجزائر.

- 5- تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، مقال منشور بمجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، نصوص جمعها وقدمها الأستاذ عبد الحفيظ أو سكين، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.
- 6- رايس محمد، شامي أحمد، دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقدير بدل الخلع" دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مخبر القانون المغربي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد الثاني، 2015.
- 7- رياحي أحمد، ضوابط حرية الاشرطاط في عقد الزواج بين القانون الأسرة الجزائري والفقہ الاسلامي، مجلة دراسات قانونية مصير القانون الخاص، عدد 7، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2010.
- 8- شوبس هزاع المحاميد، أحمد فخري عزام، رضا الزوج في المخالفة، مجلة مؤته للبحوث والدراسات العلوم الإنسانية و الاجتماعية المجلد 19 العدد 04، الأردن، 2004.
- 9- عبد اللطيف الحاتمي، المستجدات المسطرية في مدونة الأسرة بخصوص انحلال ميثاق الزوجية و مدى تحقيق مبدأ المساواة بين الزوجين، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، عدد 50، المغرب، 2004.
- 10- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري مجلة الفكر، العدد ثابت، جامعة بسكرة. 2010.
- 11- عقل ذياب عبد الكريم ، مدى التزام الزوجة بالمخالعة في حال طلب الزوجة وإصرارها عليه ، دراسات محكمة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 31 ، عدد 204
- 12- علام ساجي، ظاهرة العنف في تعدد الزوجات، قراءة قانونية، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث، العدد 06، الجزائر، 2010.

- 13- عماري نور الدين، الخلع من رخصة الحق أصل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، مجلة ودفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 13، 2015 .
- 14- عقل زياب عبد الكريم ، مدى التزام الزوجة بالمخالعة في حال طلب الزوجة وإصرارها عليه ، دراسات محكمة ، دراسات علوم الشريعة و القانون ، المجلد 13 ، العدد 204.
- 15- هجيرة دنوني، تصرفات الشخص في مرض الموت وحماية الأسرة مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2004.

رابعاً: النصوص القانونية

- 1- مصطفى صخري، مجلة الاحوال الشخصية المنقحة بالقانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 معلق عليها بأحدث القرارات التعقبية، تونس 2011.
- 2- مدونة الأسرة المغربية، وفق آخر المستجدات ، دار الإنماء الثقافي ، الطبعة الأولى ، 2005.
- 3- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 04 ماي 2005 المتضمن قانون الأسرة.

خامساً: المجلات

- 1- المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1982.
- 2- المجلة القضائية، عدد خاص، 1989.
- 3- المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1989.
- 4- المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1990.
- 5- المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1990.
- 6- المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1991.

- 7- المجلة القضائية، عدد02، 1997.
- 8- المجلة القضائية، عدد خاص، سنة، 2001.
- 9- المجلة القضائية، عدد02، سنة، 2006.
- 10- المجلة القضائية، عدد01، سنة، 2007.
- 11- نشرة القضاة، عدد02، سنة، 1971.
- 12- نشرة القضاة، عدد12، سنة، 1981.
- 13- نشرة القضاة، عدد01، سنة 2003.
- 14- نشرة القضاة، عدد61، سنة 2006

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

1.....	مقدمة
14.....	الباب الأول: دور إرادة الزوجة في حل الرابطة الزوجية بالتطليق
16....	الفصل الأول: التطليق لعدم الإنفاق، للغيبة والحبس ولعدم الالتزام بالشروط المتفق عليه
16..	المبحث الأول: التطليق لعدم الإنفاق، ومخالفة شروط المتفق عليها في عقد الزواج
17.....	المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق
17.....	الفرع الأول: مفهوم النفقة و حكم وجوبها
23.....	الفرع الثاني مشتملات النفقة وتاريخ استحقاق النفقة وسقطاتها
30.....	الفرع الثالث التطليق للإعسار بالنفقة
43.....	المطلب الثاني مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
44.....	الفرع الأول مدى امكانية الاشتراط في عقد الزواج
54..	الفرع الثاني جراء الاخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج
62.....	المبحث الثاني التطليق للغيبة والحبس
63.....	المطلب الأول: التطليق للغيبة
63.....	الفرع الأول: التطليق للغيبة في الفقه الإسلامي
70.....	الفرع الثاني: التطليق للغيبة في القانون
80.....	المطلب الثاني: التطليق لحبس الزوج
80.....	الفرع الأول: موقف الفقه الاسلامي من التطليق للسجن
82.....	الفرع الثاني: التطليق لحبس الزوج في القانون
88.....	الفصل الثاني: التطليق للعيوب والايلاء والهجر والفاحشة واللعان
89.....	المبحث الأول: التطليق للعيوب
89.....	المطلب الاول: موقف الفقه الاسلامي من التطليق للعيوب
90.....	الفرع الاول: المانعون للتفريق للعيوب
91.....	الفرع الثاني: المجيزون للتطليق للعيوب
95.....	المطلب الثاني: تحديد العيوب الموجبة للتطليق

- 96.....الفرع الأول العيوب الخاصة بالرجل
- 97.....الفرع الثاني: العيوب الخاصة بالمرأة
- 98.....الفرع الثالث: العيوب المشتركة
- 99.....المطلب الثالث: موقف القانون من التطليق للعيوب
- 99.....الفرع الأول: التطليق للعيوب في قانون الأسرة الجزائري
- 102.....الفرع الثاني: التطليق للعيوب في القانون المقارن
- 110.....المبحث الثاني: التطليق للهجر والايلاء والفاحشة واللعان
- 110.....المطلب الأول: التطليق للهجر والايلاء والظهار
- 111.....الفرع الأول: التطليق للهجر وموقف الفقه والقانون منه
- 117.....الفرع الثاني: التطليق للإيلاء وموقف الفقه والقانون منه
- 122.....الفرع الثالث: التطليق للظهار
- 126.....المطلب الثاني: التطليق للفاحشة واللعان
- 126.....الفرع الأول: التطليق للفاحشة المبينة
- 132.....الفرع الثاني: التطليق للعان
- 137.....الفصل الثالث: التطليق للشقاق والنشوز والتعدد والضرر المعتبر شرعا
- 138.....المبحث الأول: التطليق للشقاق والنشوز
- 138.....المطلب الأول: التطليق للشقاق المستمر في الفقه والقانون
- 138.....الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للشقاق المستمر
- 143.....الفرع الثاني: موقف القانون من التطليق للشقاق
- 155.....المطلب الثاني: التطليق للنشوز في الفقه والقانون
- 155.....الفرع الأول: التطليق للنشوز في الفقه الإسلامي
- 161.....الفرع الثاني: التطليق للنشوز في القانون
- 169.....المبحث الثاني: التطليق للتعدد والضرر المعتبر شرعا
- 169.....المطلب الأول: التطليق لتعدد الزوجات
- 169.....الفرع الأول: تعدد الزوجات وموقف الفقه والقانون منه

- 180... الفرع الثاني: التطليق لتعدد الزوجات وموقف الفقه والقانون منه...
- 190.....المطلب الثاني: التطليق للضرر المعتبر شرعا في الفقه والقانون.....
- 191.....الفرع الأول: موقف الفقه من التطليق للضرر.....
- 195.....الفرع الثاني: موقف القانون من التطليق للضرر.....
- 207.....الباب الثاني: دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالخلع.....
- 209.....الفصل الأول: ماهية الخلع.....
- 209.....المبحث الأول: مفهوم الخلع و الفرق بينه و بين ما يشابهه.....
- 209.....المطلب الأول: مفهوم الخلع والحكمة من مشروعيته.....
- 209.....الفرع الأول : مفهوم الخلع.....
- 213.....الفرع الثاني: الحكمة من مشروعيته.....
- 215.....المطلب الثاني: الفرق بينه وبين ما يشابهه.....
- 215.....الفرع الأول: الفرق بين الخلع و الطلاق على مال.....
- 218.....الفرع الثاني: الفرق بين الخلع و التطليق.....
- 225.....الفرع الثالث: الفرق بين الخلع و طلاق التمليك أو التعويض.....
- 228.....المبحث الثاني: مشروعية الخلع.....
- 229.....المطلب الأول: مشروعية الخلع في الفقه الاسلامي.....
- 229.....الفرع الأول: المجوزون للخلع وأدلتهم.....
- 235.....الفرع الثاني: الموقف المانع للخلع وأدلته.....
- 237.....المطلب الثاني: المشروعية القانونية للخلع.....
- 238.....الفرع الأول: مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري.....
- 239.....الفرع الثاني: مشروعية الخلع في مدونة الأسرة المغربية.....
- 240.....الفصل الثاني: أركان الخلع.....
- 241.....المبحث الأول: الزوجان محل الطلاق بواسطة الخلع.....
- 241.....المطلب الأول: الزوجة.....
- 242.....الفرع الاول: خلع الصغيرة.....

- 246..... الفرع الثاني: خلع مختلة العقل.
- 256..... المطلب الثاني: الزوج محل الطلاق بواسطة الخلع.
- 257..... الفرع الأول: خلع الصبي والمجنون.
- 258..... الفرع الثاني: خلع السفية والمريض مرض الموت.
- 261..... المبحث الثاني: الصيغة الواجب استعمالها في حالة الخلع وبذل الخلع.
- 262..... المطلب الأول: الصيغة الواجب استعمالها في حالة الخلع.
- 263..... الفرع الأول: صيغة الخلع من حيث الألفاظ.
- 267..... الفرع الثاني: صيغة الخلع من حيث العوض.
- 270..... الفرع الثالث: من حيث التكيف الفقهي و القانوني للخلع.
- 272..... المطلب الثاني: بدل الخلع.
- 272..... الفرع الأول: مفهوم بدل الخلع ومشروعيته.
- 275..... الفرع الثاني: ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه.
- 279..... الفرع الثالث: مقدار بدل الخلع و دور القاضي في تقديره.
- 285..... الفرع الرابع: الخلع مقابل بعض المنافع.
- 289..... الفصل الثالث: تكيف الخلع وأثاره.
- 290..... المبحث الأول: التكيف الفقهي والقانوني للفرقة للخلع.
- 290..... المطلب الأول: التكيف الفقهي للخلع.
- الفرع الأول: الخلع يمين من طرف الزوج ومنهما معا ومعاوضة من
الزوجة.
- 290.....
- 294..... الفرع الثاني: الخلع معاوضة من الجانبين.
- 296..... المطلب الثاني: التكيف القانوني للخلع.
- 297..... الفرع الأول: الخلع رخصة للزوجة.
- 303..... الفرع الثاني: الخلع حق أصل للزوجة.
- 311..... المبحث الثاني: آثار الخلع ومكانة إرادة الزوجة منه.
- 311..... المطلب الأول: الآثار الخاصة بالخلع.

312.....	الفرع الأول: آثار الخلع في منظور الفقه
316.....	الفرع الثاني: آثار الخلع من منظور قانوني
321.....	المطلب الثاني: الآثار العامة للخلع
322.....	الفرع الأول: العدة كأثر من آثار الخلع
328.....	الفرع الثاني: نفقة الإهمال
333.....	الفرع الثالث: الحضانة
344.....	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للفرقة بالخلع
345.....	الفرع الأول: تكييف الخلع على أنه طلاق
348.....	الفرع الثاني: تكييف الخلع على أنه فسخ
350.....	الفرع الثالث: التكييف القانوني للفرقة بالخلع
357.....	الخاتمة
361.....	قائمة المصادر والمراجع
381.....	قائمة المحتويات

الملخص:

إن نية الزوجين في إستمرار العلاقة الزوجية عند إبرامهما لعقد الزواج قد تصطدم ببعض العوائق التي يصبح معها إستمرار الزواج أمرا مستعصيا مما يحتم اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، سواء بتراضي الزوجين أو بإرادة الزوج وهو الأصل أو بإرادة الزوجة وهو الإستثناء إذ تلجأ هاته الأخيرة إلى أعمال إرادتها باستعمال حقها في التطلاق متى لحقها ضرر من الزوج، أو اللجوء إلى الخلع متى كرهت الإستمرار مع زوجها لسوء خلق أو خلقة وهو محور دراستنا التي تتمحور حول تبيان دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة وذلك بالوقوف على مواطن الإتفاق والإختلاف في هاته القوانين وإيجاد حلول لما يطرحه الموضوع من إشكالات مختلفة.

الكلمات المفتاحية: الإرادة، التطلاق، الضرر، الشقاق، الخلع، الحق، الرخصة، الزوجان، البديل، الفسخ .

Résumé :

L'intention des conjoints à faire perdurer leur vie maritale peut être quelquefois sujette à quelques entraves qui la rendraient impossible. Ainsi, le mariage risquerait de se rompre par le divorce soit en accord consenti (entre les deux conjoints), soit par la seule volonté du mari dont c'est le droit principal ou de la volonté de la femme exceptionnellement qui recourt à ses droits quand celle-ci s'est sentie lésée.

Notre étude est centrée sur l'impact de la volonté de la conjointe à rompre la vie conjugale selon la juridiction maghrébine et nous nous appuyons également sur les points de divergence et ceux de convergence entre les lois de cette juridiction afin de proposer in fine quelques solutions dans ce sens.

Mots-clés :

Volonté, divorce, dégâts, conflit, droit, permission, conjoints, allocation, dissolution.

Abstract:

When the couple signs a marriage contract they want to continue with each others ,but this relation may be faced by some obstacles which lead them to separation in different ways :The consent of the couple or by the will of the husband which is the origin of the separation or by the will of the wife as an exception if she is suffered from her husband by different reasons and she can't continue her relation with him.We based our study on this last issue in which the wife has the right to get separated from her husband in the differences and the agreements in theMaghribian laws and we find solutions for this issue .

Key words:

-the will -the divorce -the harm - the disunity - the dislocation - the right- the permission - the couple - the allowance - the abolition