جامعة محمد خيضر –بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص: قانون أسرة

بعنوان:

التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره

إعداد الطالبة: **تحت إشراف:**

رميساء حوحو **أ د. شهرزاد بوسطلة**

أمام لجنة المناقشة المتكونة من:

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	دبابش عبد الرؤوف	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر_ بسكرة	رئيسا
02	شهرزاد بوسطلة	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر _بسكرة	مشرفا ومقررا
03	دحامنية علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر_ بسكرة	مناقشا
04	محمودي سماح	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي بريكة	مناقشا
05	بن نولي زرزور	أستاذ محاضر أ	جامعة الشاذلي بن جديد_ الطارف	مناقشا

السنة الجامعية 2023-2024.

قال الله تعالى: ﴿ مَّنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِۦ ۖ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ۗ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ﴾ سورة فصلت، آية 46.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"**لا ضرر ولا ضرار**". مالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، **الموطأ**. بيروت: حديث31، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ج1، دار احياء التراث العربي، 1985، ص745./ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، **سنن ابن ماجة**. د ب ن: حديث 2341، كتاب الأحكام، باب من بني في عقد ما يضر بجاره، ج1، مطبعة دار احياء الكتب العربية، د س ن، ص784.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد:

إلى تلك الإنسانة العظيمة التي لطالما تمنّت أن تقر عينها برؤيتي في يوم كهذا، إلى التي توسدها التراب قبل أن تتحقق أمنيتها، إلى سر مناضلتي وإجتهادي إلى أمي رحمها الله.

إلى قدوتي في الحياة إلى من رباني وغرس في روحي مكارم الأخلاق، إلى من علمني العطاء إلى من أفنى عمره من أجلنا، وإلى من علمني معاني كثيرة في الحياة، أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار إلى أبي الغالي.

إلى ضلعي الثابت وأمان أيامي إلى ملهمي نجاحي إلى من شددت عضدي بهم فكانوا لي ينابيع أرتوي منها، إلى خيرة أيامي وصفوتها إلى قرة عيني أخوتي.

إلى الأصدقاء الذين واصلوا دعمي وتشجيعي، دون كلل أو ملل، وتحملوا غيابي الطويل وظهوري المتقطع، طوال فترة إنجازي للأطروحة، آملين أن أنجح.

إلى كل شغوف بالعلم والمعرفة، مؤمن بأن العلم مطلوب لا محمول ولا حدود له وأن فوق كل ذي علم عليم.

رميساء حوحو.

الشكر والتقدير.

الحمد الله عز وجل الذي وفقني لإتمام هذا العمل حمدا كثيرا طيبا.

وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم: **"من لم يشكر الناس لم يشكر الله".**

كل الشكر والتقدير للأستاذة الدكتورة بوسطلة شهرزاد التي أشرفت على هذه الدراسة ولم تبخل علي بتوجيهاتها الدقيقة وأمدتني خلال ذلك بالكثير من وقتها.

كما أتوجه بالشكر والعرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة، وعلى المجهودات التي يبذلونها للإثراء والتوجيه لإخراج الأطروحة في أحسن حلة.

كما أشكر القائمين على جامعة محمد خيضر بسكرة وأخص بالثناء السيد مدير الجامعة والطاقم الإداري والبيداغوجي المسير لكلية الحقوق والعلوم السياسية.

والشكر موصول إلى جميع أساتذتي بكلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، فبخيلةٌ هي الكلمات نظير ما أوليتموني من عنايةٍ كل الثناء، وتكبدتم في سبيلي من عناء، فجزاكم الله عني خير الجزاء.

أنحني بحب، وبكل ما تحمله كلمة الحب من إيحاء.

وأخيرا الحمد الله ربي العالمين.

قائمة المختصرات.

ق.أ	قانون الأسرة
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.م	قانون المدني
ج	الجزء
ط	الطبعة
ص	الصفحة
ت	تحقيق
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.س.ن	دون سنة النشر
د.د.ن	دون دار نشر
ف	فقرة
هـ	الهجري

مـــــقـــــــدمـــــــــة

مقدمة

يعد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، إذ تصان فيه الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية للمجتمع، وأن أساس بنائها قائم على الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة، حيث سماها الشارع الحكيم الميثاق الغليظ تعبيرا عن صلابتها واقترانها بإحدى سنن الله في خلقه.

إن الزواج يقوم على مقصد أساسه المودة والرحمة والسكينة والاحترام بين الزوجين، وقد بين الله تعالى هذا المقصد بقوله: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**". سورة الروم، آية 21، يتحقق هذا المقصد بالتزام كلا من الزوجين بحقوق وواجبات كل طرف بما يتعلق به من ضوابط وشروط تحكم هذه العلاقة، إذ يكمن الدور في معرفة مقصد الزواج في المحافظة على هذه الرابطة وتحمل المشقة وعنت الحياة.

أولت الشريعة الإسلامية الرابطة الزوجية، أهمية بإعطائها عناية خاصة، إذ حرصت أشد الحرص على أن تكون العلاقة الزوجية مبنية على أسس متينة من الاستقرار والألفة وتحقيق مقصدها وهو حفظ النسب، حيث أن الإسلام حافظ على الأسرة من خلال كفل الحقوق الزوجية التي أساسها الاستمرار والديمومة.

على الرغم من أن الأصل في عقد الزواج الديمومة، فإن الصلة التي تربط بين الزوجين من أقدس العلاقات والصلات، وفي هذا قال تعالى: "**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**". سورة النساء، الآية 21. إلا أن هذا الزواج قد يعتريه ما يعكر صفوه ويقلبه إلى جحيم لا يطاق، وبالتالي لا يتحقق المقصد الأساسي منه، إذ يشتد الخلاف بين الزوجين، فيكون الحل لهذه المشكلة وهو فك الرابطة الزوجية.

إن من رحمة الله تعالى على عباده، أن شرع الطلاق وجعله حلا في حالة عدم الاستقرار بين الزوجين، واشتداد الخصام بينهما، إذ جعله بيد الزوج لإيقاعه في حالات التي لم يجد فيها

الزوجين حلا للاستمرار في هذه العلاقة، كما أعطت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في إنهاء وفك الرابطة الزوجية في حالة نفورها أو كرهها لزوجها.

إن هذه الحقوق المعطاة للزوجين في مسألة فك الرابطة الزوجية مقيدة بحدود عدم تجاوز ما شرع في هذا الحق، وهذا تطبيقا للقاعدة في الشريعة الإسلامية "لا ضرر ولا ضرار"، فتعتبر حقوق الزوجية التي يظهر فيها في إلحاق الضرر وخاصة في مسائل فك الرابطة لما ينتج عنها من مشاكل في هذه الفترة، فقد يضر الزوجين بعضهم البعض في استعمالهم لحقهم الشرعي وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق.

يعد التعسف في استعمال الحق من نظريات التي تقوم أحكامه على معايير وقواعد تشمل جميع الحقوق التي تضمنتها القوانين العامة والخاصة، إذ أنها نظرية ذات مفهوم عام، ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة على القوانين الوضعية بالأخذ بهذه النظرية، ذلك لأن الشريعة الإسلامية قائمة على أسس العدالة وتحقيق وجلب المصالح، ودرء المفاسد.

تطبيقا لهذه النظرية في مسائل فك الرابطة الزوجية، فإنه يستعمل الزوج حقه في الطلاق باعتبار أن العصمة بيده وتحت ذريعة القوامة، حيث يتعسف في حق الطلاق وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي، من جهة أخرى إن للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وعن طريق الخلع الذي جعله المشرع الجزائري بموجب تعديل الأسرة يقع بدون موافقة الزوج مما فتح باب لتعسفها.

من هنا ارتأينا البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن موضوع محصور ومضبوط موسوم ب: "**التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره**"، حاولنا إبراز مظاهر التعسف بين الزوجين في حالة فك الرابطة الزوجية، وذلك من خلال ما تم النص عليه في قانون الأسرة الجزائري أو تطرق إليه الفقهاء القدامى، وكذلك ما نصت عليه بعض القوانين العربية.

1-أهمية الموضوع.

يكتسي موضوع الدراسة أهمية بالغة، نميز فيه بين الأهمية العلمية والعملية وفق ما يلي:

أ-الأهمية العلمية.

- أن التعسف في فك الرابطة الزوجية ظاهرة من الظواهر التي استفحلت في السنوات الأخيرة وجديرة بالاهتمام.

- أن التعسف في فك الرابطة الزوجية له أهمية بالغة خاصة في مجتمعنا وفي الواقع المعاش إذ يعد موضوع حساس يمس الواقع بشكل مباشر.

- يكتسي أهمية كبيرة في كونه ذو تأصيل شرعي.

- يعد التعسف في فك الرابطة الزوجية من المواضيع المتعلقة بالأسرة، مع ما يتميز به من خطورة، فالإسلام جاء مراعيا للحفاظ على كل ما يمس الأسرة.

ب-الأهمية العملية.

- كثرة ملفات الطلاق بأنواعه وما ينتج عنه من تعسف، في المحاكم مما يظهر خطرا على الأسرة والمجتمعات، فيدفع إلى مزيد من الإهتمام بهذه الموضوعات، ووضع آليات حماية للحد من هذا النوع من التعسفات.

2-أسباب اختيار الموضوع.

أ-أسباب موضوعية: من أهم الأسباب الباعثة إلى اختيار الموضوع:

- بيان مظاهر التعسف سواء كان من طرف الزوج أو من الزوجة، ومعالجته في ضوء الفقه الإسلامي والقانون، والآثار المترتبة عنه.

- كثرة قضايا الطلاق والخلع المطروحة أمام القضاء الجزائري.

– محاولة البحث عن السبل الناجعة التي تحفظ الأسرة من الشتات وفق الضوابط الشرعية والقانونية.

–إبراز مدى شمولية وأثر نظرية التعسف التي تشمل لجميع الحقوق وخاصة فيما يتعلق بحق فك الرابطة الزوجية.

ب–أسباب شخصية:

– الرغبة الشخصية في دراسة موضوع التعسف في فك الرابطة الزوجية، لما يمس جانبا من حياة الواقعية والاجتماعية.

– الدافع إلى اكتشاف أهم المسائل التي لم يتطرق لها المشرع بالدراسة فيما يتعلق بموضوع الأطروحة.

– ظهور الكثير من الأسئلة في موضوع التعسف في حق الطلاق بصفة عامة، والتعسف من جانب الزوجة بصفة خاصة، والذي يعتبر ملامس للواقع المعاش.

– الشغف بالدراسات التي تجمع بين موضوعات الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

3–أهداف الدراسة.

يمكن إجمال أهم الأهداف فيما يلي:

– إن معرفة حدود الحق متمثلا في متى يكون إيقاع الطلاق حقا وماهية حدود ممارسته.

– تسليط الضوء على نصوص قانونية من المادتين 52، 54 من قانون الأسرة ودراستها.

– إثبات مدى التعارض الظاهر الذي وقع فيه المشرع في انتهاج المساواة وتغليب كفة المرأة على الرجل.

– الوقوف على آليات ممارسة نظرية التعسف في إطار فك الرابطة الزوجية، وما يترتب عنه من آثار.

– بيان الضمانات القانونية لحماية الشخص المتضرر من التعسف.

4-صعوبات البحث.

يمكن إجمال صعوبات البحث فيما يلي:

– صعوبة حصر نظرية التعسف في مسألة فك الرابطة الزوجية، فظهرت خاصة في إبراز أهم المسائل متمثلة في الجانب التعسفي من طرف الزوجة الذي يعد من الدراسات المستحدثة وغير الموجودة في الدراسات القانونية.

– غياب كتب القانون الإجرائي الخاص بشؤون الأسرة، مما رتب وجود عدة إشكالات واختلافات في الجانب العملي.

ـ على الرغم من كثرة شروح قانون الأسرة الجزائري إلا أنه لم يأخذ فك الرابطة الزوجية نصيبه الكافي من المعالجة، مما صعب علينا العمل على الأطروحة.

5-إشكالية البحث.

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده غير مفصل في مسألة التعسف في فك الرابطة الزوجية، سواء من طرف الزوج عن طريق الطلاق أم من طرف الزوجة عن طريق الخلع، وهذا ما يفتح المجال للبحث في نصوص الشريعة الإسلامية وكذا الاجتهادات القضائية، والكتب والأبحاث القانونية.

إذا فالإشكالية الرئيسية التي يتمحور حولها البحث هي:

ماهي الآليات التي اعتمدها المشرع الجزائري لحماية الطرف المتضرر من تعسف في فك الرابطة الزوجية؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة فرعية وهي:

- ما هي الضوابط القانونية المتبعة من أجل الحد من تعسف أحد الزوجين اتجاه الآخر؟

- هل بدل الخلع يتناسب مع الضرر اللاحق بالزوج؟

- ما هي الآثار المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية؟

- ما هي الضمانات القانونية لحماية الطرف المتضرر من التعسف في فك الرابطة الزوجية؟

- ما مدى اعتماد أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمطالبة بتعويض الأضرار الناتجة عن فك الرابطة الزوجية؟

- متى تعتبر الزوجة متعسفة في حق زوجها على منوال الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

6-الدراسات السابقة.

إن موضوع الأطروحة "**التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره**"، هي امتداد لدراسات سبقتها؛ فمن ذلك:

أ-عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، 2007.

قسمت الأستاذة موضوع الدراسة إلى: خمسة فصول، تحدثت فيه عن التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية من عقد الزواج وآثاره، ثم الطلاق والولاية على المال، ثم الوصية والميراث.

كانت الدراسة تهتم بالجانب الفقهي والتأصيلي من ناحية التعريفات والأدلة والأقوال والآراء الفقهية، حيث أنها لم تتطرق إلى الجانب القانوني، بالإضافة إلى ما تطرقت إلى ما كان عليه العمل في هذه الأطروحة إلى التركيز إلى القانون الأسرة الجزائري.

ب-جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون. الأردن، ط1، دار الحامد، 2008.

قسم الدكتور الدراسة إلى أربعة أبواب: حيث عرف لنا الحق والتعسف في استعمال الحق ومعاييره في الفقه الإسلامي والقانوني، وكذلك الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في الباب الأول، أما الباب الثاني تناول فيه التعسف في استعمال حق الطلاق ومشروعيته وصور التعسف في الطلاق التعسفي، لينتقل في دراسته إلى الباب الثالث المعنون بتفويض الطلاق إلى الزوجة والتعسف في استعماله من قبلها؛ فيعرف التفويض، وكذلك تطبيق نظرية التعسف على حالة التفويض، أما الباب الرابع تطرق في دراسته التعويض عن الطلاق التعسفي والإشهاد على الطلاق.

الملاحظ من هذه الدراسة أن هناك أوجه تشابه بينها وبين موضوع الأطروحة، فقد كان المرجع الأساسي لها، فكانت الدراسة تفصيلية لنظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية مستقلة كذلك فصَّل في جانب الطلاق التعسفي من ناحية الفقهية، إلا أنه يفتقر لدراسة الجانب القانوني مقارنة بالجانب الفقهي الذي كان أكثر تفصيلا.

أما أوجه الاختلاف مقارنة بموضوع الأطروحة، فقد سلطنا الضوء على التعسف في فك الرابطة الزوجية من كلا الطرفين، سواء التعسف في الطلاق، أو التعسف في الخلع، وهذه الأخيرة كانت محل دراسة حديثة، كذلك بالنسبة للآثار المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية فكانت أكثر تفصيلا كل ذلك معتمدين على قانون الأسرة الجزائري بخلاف هذا المرجع.

ت-العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون. رسالة الماجستير، كلية أصول الدين، تخصص الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2002/2001.

قسم الباحث موضوع الرسالة إلى ثلاثة فصول، جعل الفصل الأول كمدخل مفاهيمي تطرق إلى مفهوم الحق فكرة وتعريفا والأسس التي تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق وحقيقتها أما الفصل الثاني فتحدث فيه عن مؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعايرها بين الفقه والقانون، أما في الفصل الثالث والذي يمثل الجانب التطبيقي للبحث فقد أوضح فيه أثر التعسف وتطبيقات النظرية في أحكام فقه الأسرة وذلك من خلال التعسف في العدول في الخطبة، وحق التأديب، وحق الطلاق، وأخيرا الوصية.

فالملاحظ أن الدراسة كانت موسعة في الجانب التأصيلي للنظرية التعسف وأحكام فقه الاسرة عموما سواء في الشريعة الإسلامية والقانون، بينما عملنا في هذه الأطروحة انحصر في فك الرابطة الزوجية فقط.

7-المنهج المتبع.

المنهج المتبع لمعالجة هذا الموضوع هو المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، فالدراسة الوصفية تكمن في نقاط البحث من خلال التعريف بالموضوع وجمع المعلومات المتعلقة به، ومحاولة التفسير للوصول إلى حل الإشكال، وكذلك الاعتماد على تحليل مختلف الأحكام الفقهية والتشريعية وخاصة المتمثلة في قانون الأسرة الجزائري وخاصة المواد التي تحتاج إلى إعادة نظر.

وسارة العمل على هذا الأطروحة وفق ما يلي:

- إنتساب الآيات القرآنية إلى سورها وأرقامها.
- تخريج الأحاديث وتعريف المصطلحات من مصادرها.
- ترجمة المصطلحات اللغوية بالرجوع إلى قواميس اللغة.
- الإستعانة بالمراجع الحديثة التي تخص الموضوع.

– تهميش المراجع وفق المنهجية البحث العلمي (اسم المؤلف، اسم الكتاب. بلد النشر: الطبعة، رقم الجزء، دار النشر، سنة النشر، رقم الصفحة).

– عرض الآراء الفقهية بخصوص المسألة محل الدراسة ومناقشتها، وذكر الرأي الراجح والكشف عن الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري.

–عمل فهرس للمصادر والمراجع.

8–خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث المرجوة جاءت الخطة مقسمة إلى بابين وفق ما يلي:

الباب الأول تحت عنوان "التعسف في فك الرابطة الزوجة"، فقد تضمن الحديث عن التعسف في استعمال الحقوق وخاصة فيما يتعلق بإطار الرابطة الزوجية، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: فتناول الحديث عن تعسف الزوج في حق الطلاق بمفهومه بشكل مفصل، كما تمت معالجته قانونا من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة، وكذلك الصور التي يتعسف فيها الزوج في هذا الحق، ودراسة الإجراءات القضائية للطلاق التعسفي.

أما الفصل الثاني: شمل الحديث عن جانب آخر من التعسف وهو تعسف الزوجة في حق الخلع، تم دراسته من خلال مفهوم الخلع وأركانه في الفقه الإسلامي وكذلك قانونا من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة، ومظاهر التعسفي في استعمال هذا الحق، والإجراءات المتبعة لرفع دعوى الخلع.

أما الباب الثاني تحت عنوان: "الآثار المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجة". فقد عالج جزئين من الآثار المتمثلة في الآثار المادية والآثار المعنوية، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: فتناول الآثار المادية على التعسف في فك الرابطة الزوجية من خلال التعويض المادي جراء هذا التعسف من كلا طرفين سواء من الزوج في الطلاق، أو الزوجة في حق الخلع، والنفقة التي تخص الطرف المتضرر.

الفصل الثاني: شمل الآثار المعنوية عن التعسف في فك الرابطة الزوجية من خلال الضرر المترتب عن التعسف وكان التركيز عن الضرر المعنوي، وكذلك آثر الطفل الناتج عن هذا الزواج ومصيره وذلك من خلال عنصر الحضانة.

وختاما للبحث تطرقنا للإجابة عن الإشكالية مع تبيان أهم النتائج والتوصيات.

البـاب الأول

التـعسـف فـي فـك الـرابـطـة الـزوجـيـة

الباب الأول: التعسف في فك الرابطة الزوجية.

يعد الحق ميزة تمنح صاحبها الاستئثار يكون بمقتضاه الاستفادة من مضمونه عن طريق القدرة على ممارسة السلطات التي يخولها هذا الحق، فإن هذا الأخير من النظريات الكبرى في الفقه الإسلامي، فقد جاءت بهذه النظرية لتحقيق وحفظ مصالح العباد، إلا أن الشريعة بإقرارها لحقوق الفرد وجهت استعمالها على نحو يضمن تحقيق الغاية.

يأخذ الحق في الشريعة الإسلامية صفة مزدوجة، لأنها تسعى لتطبيق أي حق إلى مراعاة مبدأ التوازن بينهما مما يضمن تحقيق المصلحة التي تضمن درء المفسدة والضرر، فالشريعة في تطبيقها للحقوق تنظر إلى ما سيؤول إليه هذا الحق عند القيام به من مصلحة أو مفسدة.

لكن قد حدث أن يستعمل الشخص حقه في حدود، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال تجاوز قد يلحق الضرر بالغير، فإن استعمال الحق يكسب أهمية كبيرة، ويرتكز على حقائق تاريخية واجتماعية واقتصادية تؤدي إلى تسليم بوجوده ومن ثم صعوبة إنكاره، لهذا فقد تفرع عن الحق نظرية تحدد استعماله، فتعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق، فهو موضوع يكسب أهمية بالغة في الجانب الفقهي والقانوني، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية به.

تعدت هذه النظرية إلى المسائل الأحوال الشخصية، ولعلها من أخطر الحقوق وأهمها وما ينتج من ضرر للغير ما يمس حقوق الأسرة، من استعمال الحقوق الزوجية، كذلك وخاصة الحقوق الفرقة سواء إن كانت تمس الزوج في استعماله لحق الطلاق من جهة، وتمس الزوجة في استعمالها لحق الخلع من جهة أخرى، والذي يعتبر أهم المواضيع التي قد يتعسف فيها أحد الزوجين في إطار الفرقة والحقوق الزوجية، لذلك كانت نظرية التعسف لها أثر بارزا على حقوق انحلال الزواج بما يحفظ لكلا الزوجين حقوقه داخل الأسرة.

اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة استمرارا واستقرارا، فجعلت أساس بنائها روابط بين الرجل والمرأة، بحيث تحكم هذه الرابطة عقد، وهو عقد الزواج أو ما يعرف بالميثاق الغليظ الذي خصه الشارع لدلالة على قدسية هذا العقد.

إن أساس قوام الرابطة الزوجية المودة والرحمة والسكينة، وذلك لاستقرار الحياة الزوجية وبذلك يعد الزواج رابطة إنسانية مقدسة، لهذا فقد عني الإسلام بالزواج أكثر من الشرائع الأخرى.

إلا أن هذه العلاقة قد تعتريها عيوب تحول دون تحقيق استمرارية الزواج مما يخل بالعلاقة الزوجية وتحل الكراهية، فيستحيل استمرار الحياة الزوجية، ولأن الإسلام جاء لرفع الضرر فأعطت للزوج حق الطلاق، والذي هو صمام أمان لتفادي اتساع خطر التشقق العائلي.

فيعد الطلاق حق أباحه الله تعالى عندما يقتضي ضرورة ذلك، فجاء بقيود على حرية الزوج في الطلاق، إلا أنه قد يستعمل هذا الحق في غير الحاجة، فيحقق ضرر بالغير، مما يفوت القصد من تشريع هذا الحق، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حال الزوجين ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق الممنوح، فمن خلال قيام الزوج بهذا التصرف يكون قد خرج عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق فيقع التعسف، وهذا ما ينبثق عنه التعسف في حق الطلاق.

يمكن للزوج أن يتعسف في استعمال حق الطلاق وعليه وتكون معالجة هذا الفصل عن طريق ثلاث المباحث؛ فالمبحث الأول يتناول الإطار المفاهيمي للطلاق والتعسف فيه، المبحث الثاني يعالج مظاهر تعسف الزوج في حق الطلاق، أما المبحث الثالث فهو تحت مسمى التنظيم الإجرائي لدعوى الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق والتعسف فيه.

شُرع الزواج لمقاصد سامية، أهمها تكوين أسرة قائمة على أسس تربط الزوجين بالمودة والرحمة، فقوام هذه الرابطة الاستقرار والاستمرار، لذلك أعتبر الزواج رابطة مقدسة، إلا أنه قد يعرض على هذه الرابطة ما يعطل تحقيق مقاصدها وغاياتها، فتؤدي إلى استحالة العيش والاستمرار، لذلك أباح الله تعالى حق الطلاق، وجعل هذا الحق بيد الرجل على أساس أن العصمة بيده، فله الحرية المنفردة في إيقاعه، إلا أن هذا الحق الممنوح قد يستغل في غير حاجة ويسئ استعماله، فيكون الزوج بذلك متعسفا في إيقاعه، وهذا ما يسمى بالطلاق التعسفي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

إن أساس العلاقة الزوجية المودة والسكينة بين الزوجين، إلا أنه قد تقوم خلافات بين الطرفين، حيث يصبح البقاء تحت سقف واحد يسبب الشقاء لهما، لذا أباح الله تعالى الإنفصال أو ما يعرف بالطلاق، ويعد هذا الأخير محور الدراسة، لذلك فما مفهوم الطلاق؟

الفرع الأول: تعريف الطلاق.

إن للفظ الطلاق معاني كثيرة، وذلك حسب المقصود منها، وقد وردت له تعاريف كثيرة في اللغة والفقه من طرف فقهاء الشريعة والقانون.

أولا: الطلاق لغة. وردت كلمة الطلاق في كتب اللغة بمعاني متعددة، لذلك نأخذ ما يهم دراستنا في تحديد التعريف من خلال أغلبية المعاجم فيما يتعلق بحر اللغة العربية.

الطلاق: مصدر طَلَقَ، طَلَقَ الرجل امرأته وطَلَقَتْ هي بالفتح، تَطْلُقُ طَلاَقًا وطَلُقَتْ، والضم أكثر طَلاَقا، وطلاق النساء لمعنيين حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال.[1]

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، **لسان العرب.** بيروت: دار صادر، د س ن، ص2693.

طَلَقَ الرجل امرأته تَطْلِيقًا، وطَلَقَتْ هي بالفتح تَطْلُقُ طَلاَقًا، فهي طَالِقٌ وطَالِقَةٌ أيضا، ورجل مِطْلاَقٌ، أي كثير الطَلاَقِ للنساء أي حل عقدة النكاح.[1]

طَلَقَ الرجل امرأته تَطْلِيقا فهو مُطَلِقٌ فإن كثر تطليقه للنساء قيل مِطْلِيقٌ ومِطْلاَقٌ والإسم الطلأقُ ويعني التخلية.[2]

يلاحظ من التعريف اللغوي للفظ الطلاق أنه يحمل معنيين؛ المعنى الأول وهو حل عقدة النكاح، والمعنى الثاني التخلية والإرسال، ويمكن القول أن المعنى الأقرب والدقيق للفظ الطلاق هو "حل عقدة النكاح" لأن معنى "التخلية والإرسال" جاءت بمعنى واسع وشامل على عكس حل عقدة النكاح والذي جاء أدق تفصيل بما يخص النكاح وحله.

ثانيا: الطلاق اصطلاحا.

يختلف تعريف اللغوي على التعريف اصطلاحي وخاصة فيما يخص لفظ الطلاق، إذ تعددت آراء الفقهاء والمذاهب حول ذلك، وقد لا يقتصر اللفظ على التعريف الشرعي فقط بل يتعدى ذلك إلى تعريفه قانونا.

1-الطلاق شرعا. تعددت التعريفات اصطلاحية الشرعية حول مصطلح الطلاق.

أ-تعريف الحنفية للطلاق. جاءت تعريفات بعض فقهاء الحنفية الطلاق:

عرفه ابن عابدين: " رفع قيد النكاح".[3]

يقول ابن الهمام الحنفي: "رفع قيد النكاح بألفاظ مخصوصة".[4]

---

[1] إسماعيل بن حماد الجوهري، ت: أحمد عبد الغفور عطار، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية.** القاهرة: ط1، دار العلم للملايين، 1956، ص1519/ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت: محمد نعيم العرقسوسي، **القاموس المحيط.** بيروت: ط 8، مؤسسة الرسالة، 2005، ص904.

[2] أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ت: عبد العظيم الشناوي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي.** القاهرة: ط2، ج2، دار المعارف، د س ن، ص376.

[3] محمد أمين الشهير بابن عابدين، ت: عادل أحمد عبد الموجود، **در المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمة المحققين.** الرياض: ج4، دار عالم الكتب، 2003، ص424.

[4] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السنكدري المعروف بابن الهمام الحنفي، ت: عبد الرزاق غالب المهدي، **شرح فتح القدير.** لبنان: ط1، ج3، دار الكتب العلمية، 2003، ص444.

وعرفه ابن نجيم المصري: "رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح".[1]

ب-تعريف المالكية للطلاق. بالنسبة للمذهب المالكي فقد عرف الطلاق بأنه:

الطلاق بالنسبة لابن عرفة: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته".[2]

ويقول الخرشي بأن الطلاق: "حل العصمة".[3]

عرف الطلاق ابن رشد: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين".[4]

ت-تعريف الشافعية للطلاق. ظهرت عدة تعاريف للطلاق في المذهب الشافعي.

يقول الرملي: هو حل القيد والإطلاق انهت".[5]

عرفه أبي الفضل "حل قيد النكاح فقط".[6]

وعرف كذلك بأنه "حل عقد النكاح أو بعضه".[7]

ث-تعريف **الحنابلة للطلاق.** تباينت تعاريف الطلاق عند بعض فقهاء المذهب الحنبلي بأنه:

عرف الطلاق البهوتي: "حل قيد النكاح أو بعضه".[8]

---

[1] زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بإبن نجيم المصري الحنفي، **البحر الرائق شرح كنز الرقائق وشرح الرائق.** لبنان: ط1، ج3، منشورات محمد علي بيضون، 1997، ص409.

[2] محمد بن أحمد بن محمد عليش، **منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل مع تعليقات من تسهيل منح الجليل.** لبنان: ط1، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، 1984، ص3.

[3] أبي عبد الله محمد الخرشي، علي العدوي، **الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشة العدوي.** مصر: ط2، ج4، المطبعة الكبرى الأميرية، 1317هـ، ص31.

[4] أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، ت: محمد حجي، **المقدمات الممهدات.** لبنان: ط1، ج1، دار العرب الإسلامي، 1988، ص497.

[5] شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه.** لبنان: ط3، ج6، دار الكتب العلمية، 2002، ص423.

[6] بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبة، ت: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغشاني، **بداية المحتاج في شرح المنهاج.** المملكة العربية السعودية: ط1، ج3، دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2011، ص217.

[7] عبد الكريم بن محمد اللاحم، **المطلع على دقائق زاد المستقنع فقه الأسرة.** المملكة العربية السعودية: ط1، المجلد3، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، 2010، ص7.

[8] منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، **شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهي لشرح المنتهى.** د ب ن: ط1، ج5، مؤسسة الرسالة، 2000، ص363.

عرفه ابن قدامة: "حل قيد النكاح".[1]

يقول الزركشي: "حل قيد النكاح، ومن حل نكاحها فقد خليت".[2]

ومن خلال ما تم ذكره من مختلف التعاريف من المذاهب الأربعة، يمكن القول أن لفظ الطلاق هو حل ورفع القيد النكاح، وهذا ما تم الإتفاق عليه من جمهور الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في اللفظ فقط بين مصطلحين الرفع والحل، أي تعددت التعاريف من مذهب إلى آخر وإن كانت تصب في ذات المعنى.

2-الطلاق قانونا. من خلال دراسة تعريف الطلاق شرعا ومعرفة بأنه حل عقدة النكاح، فإنه وتطبيقا لذلك ومن خلال ممارسة الطلاق في ميادين القضائية يجب التطرق إلى تعريفه قانونا مادام جل التشريعات الأحوال الشخصية مبنية ومنصوصة على الزواج والطلاق، لذلك سنتعرف على التشريعات التي عرفت الطلاق في تقنينها لقانون الأسرة أو ما يسمى في بعض الدول بقانون أحوال الشخصية.

أ-القانون الجزائري. تناولت المادة 48. " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".[3]

يظهر جاليا من خلال المادة 48 من ق أ ج أنه لم يعرف الطلاق بصفة صريحة، إلا أنه ذكر صور وأنواع الذي يتم به الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو عن طريق الحكم القضائي من التطليق والخلع، إلا ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد عرف الطلاق قبل تعديله لقانون الأسرة من الأمر 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84، إذ نص في المادة 48 من

---

[1] أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، **المغني.** الرياض: ط3، ج10، دار عالم الكتب، 1997، ص323.

[2] شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، ت: عبد المنعم خليل ابراهيم، **شرح الزركشي.** لبنان: ط1، ج2، دار الكتب العلمية، 2002، ص458.

[3] قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09يونيو 1984، **المتضمن قانون الأسرة**، الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية، 12 يونيو 1984، العدد24، ص912.

القانون رقم 11/84 صراحة: "الطلاق حل عقد الزواج..." وهذا ما يجعل في طرح التساؤل حول سبب تعديل هذه المادة ولماذا لم يجسد المشرع التعريف في تعديله للقانون؟

يمكن القول أن سبب في ذلك هو فتح وترك مجال للفقه في تعريف الطلاق من خلال إحالة إلى المادة 222 من نفس القانون التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وفي هذه المادة الإجابة على التساؤل وهو ترك مجال للمسائل الفقهية من تعاريف.

إن القانون الأسرة الجزائري ليس الوحيد الذي غض النظر عن تعريف الطلاق، فنجد كذلك القانون الأحوال الشخصية المصري الذي سكت ولم ينص على تعريف الطلاق بتعريف خاص وهذا لا يمكن أن نقول أن كلا من قانونين قصروا في تقنينهم لذلك، إلا أنهم تركوا مجال للفقه في تعريفهم لذلك.

ب-القانون **الإماراتي:** نصت المادة 99ف1قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "الطلاق حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعا".[1]

عرف مشرع الإماراتي الطلاق في تقنينه لقانون الأحوال الشخصية بأنه حل عقد الزواج، ومنه فإنه انتهج منهج فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للطلاق، إلا أنه وتكملة للتعريف فقد ضبط المقنن الطلاق بضابطين:

أ. أن يكون الطلاق من زواج صحيح مستوفي جميع أركان وشروط الزواج.

ب.أن يكون الطلاق وفقا لصيغ المعروفة شرعا وهذا ما سيتم التحدث عنه في المطالب الآتية.

ت-القانون الكويتي: نصت المادة97: "الطلاق هو حل عقدة الزواج الصحيح بإرادة الزوج، أو من يقوم مقامه، بلفظ مخصوص وفق المادة 104".[2]

[1] قانون رقم 68 يتضمن **قانون اتحادي في شأن الأحوال الشخصية** عن دولة الإمارات العربية المتحدة سنة 2005.

[2]قانون رقم 51 يتضمن **قانون الأحوال الشخصية** عن دولة الكويت، المعدل بالقوانين أرقام 61 سنة1997، و29 سنة2004 و66 سنة2007، ط1، ج8، 2011، ص33.

قنن المشرع الكويتي الطلاق بحيث اعتبره حل عقدة الزواج، إلا أنه ربطه بإرادة الزوج المنفردة أو ما ينوب عنه من وكالة في الطلاق ليخرج عن نطاق أنواع الطلاق من التطليق والخلع مضيفا لفظ الخصوصية، كما عرفه فقهاء الحنفية في ذكر "بلفظ مخصوص" وهو قيد وشرط للطلاق، إلا أن المشرع الكويتي لم يخرج عن نطاق فقهاء المذاهب.

الفرع الثاني: أركان الطلاق.

خص الله تعالى عقد الزواج بخاصية القدسية التي ينفرد بها عن سائر العقود، لذلك خصه بنظام محكم لمن أراد إنهائه، فجعل للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية، وقيده بجملة من الأركان والشروط لا يمكن مباشرته إلا بتوافرها.

فالمقصود بركن الطلاق هو ما يقع به الطلاق.[1] سائر التصرفات الشرعية القولية فركن الطلاق عند الحنفية الصيغة التي يعبر عنها، أما جمهور الفقهاء فإنهم يتوسعون في معنى الركن ويدخلون فيه ما يسميه الحنفية أطراف التصرف، وعند المالكية بأربع أركان: الأهل، القصد، المحل، اللفظ. وعند الشافعية عددوا أركان الطلاق بخمس أركان: المطلق، الصيغة، المحل، الولاية، القصد.[2]

وعدها ابن جزي ثلاثة: المطلق، المطلقة، والصيغة وهي اللفظ وما في معناه.[3]

أولا: الركن المطلق. يعتبر المطلق ركنا في الطلاق فيشترط في هذا الأخير باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية بأن يكون الزوج بالغا وعاقلا، فلا يجوز الطلاق من عديم الأهلية كالمجنون والصبي الغير مميز، وكذلك باتفاق فقهاء المالكية أن يكون مسلما، وأن يعقل الطلاق عند الحنابلة.[4]

---

[1] محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية.** القاهرة: مجلد4، دار محمود، 2023، ص46.

[2] أحمد الحجي الكردي، **الطلاق أبغض الحلال عند الله.** سوريا: ط1، دار اقرأ، 2007، ص19، ص20.

[3] محمد بن أحمد ابن محمد جزي الكلبي، **القوانين الفقهية لابن جزي.** د ب ن: دار ابن الجزم، د س ن، ص151.

[4] مصطفى إبراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن.** العراق: ط1، إحسان للنشر والتوزيع، 2014، ص135.

فلا يصح الطلاق من غير زوج، ولا من صبي مميز أو غير مميز، وأجاز الحنابلة طلاق مميز يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين، بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها، ويصح توكيل المميز في الطلاق وتوكله فيه، لأن من صح منه مباشرة شيء، صح أن يوكل وأن يتوكل فيه، ولا يصح عند الفقهاء أن يطلق الولي على الصبي أو المجنون بلا عوض لأن الطلاق ضرر.[1]

ولأن الطلاق من الأمور الخطيرة التي تستدعي الحذر في إيقاعها، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع طلاق كل من المكره والسكران والغضبان والهازل والمخطئ، فمنشأ هذا الاختلاف في اعتبار القصد، هل هو شرط من شروط صحة الطلاق، وإن أتى المطلق بصيغة صريحة أم لا.

1-طلاق المكره. ويقصد بالإكراه حمل شخص عن طريق التهديد على أن يقوم بعمل أو امتناع عنه بغير رضاه،[2] فإن طلاق المكره به قولين وذلك نتيجة لاختلاف الفقهاء في حكمه:

أ-القول الأول: أن طلاق المكره يقع، وهذا قول الحنفية.[3] واستدلوا في ذلك قوله تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَو 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**".[4]

تدل الآية الكريمة والتي جاءت بحكم الطلاق العام دون تخصيص، وطلاق المكره ضمن هذه الأحكام فلا فرق بينه وبين غيره.

ب-القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول بوقوع طلاق المكره ومن أصحاب هذا الرأي

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق.** الجزائر: ط1، دار الخلدونية، 2007، ص218.

[2] مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص135.

[3] أبي بكر الرازي الجصاص، ت: محمد عبيد الله خان، سائد كداش، **شرح المختصر الطحاوي في الفقه الحنفي.** لبنان: ط1، ج5، دار البشائر الإسلامية، 2010، ص5.

[4] سورة البقرة آية، 229، 230.

جماهير الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.[1]

واستدلوا في ذلك قوله تعالى: "**مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ**"[2]

تدل الآية في قولها على ترخيص الله عز وجل النطق بلفظ الكفر لسانا دون اعتقاد بقلبه،[3] وذلك لأسباب قد تكون اكراه منه، وهذا قياسا ودلالة على عدم وقوع طلاق المكره فالطلاق أولى قياسا بهذه الآية الكريمة.

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق ولا عتاق في غَلاَق".[4] وجه الدلالة: معنى الإغلاق في الحديث هو الإكراه، فدل الحديث على أن المكره لا يقع طلاقه.

من خلال أدلة كل من المذهبين، فالقول الراجح هو القول الثاني وهو قول جمهور فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة بعدم وقوع طلاق المكره، وذلك لقوة أدلتهم وصحتها، وكذلك أن من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية رفع الحرج، فلا يمكن أن يكون طلاق واقع من شخص تحت تهديد أو ترهيب مثاله تهديد بقتل ابن أو الأب أو ترهيبه بالخطف أو الضرب، فهذه الأفعال المكرهة تعيب إرادة الزوج، فلا يلزم به الطلاق.

2-طلاق المخطئ والهازل. فطلاق المخطئ وهو الذي سبق لسانه إلى كلمة الطلاق دون أن يقصدها. فاختلف الفقهاء في موضوع طلاق المخطئ، فذهب القول الأول بعدم وقوع طلاق المخطئ وذلك قول الجمهور، وهو الذي يسبق لسانه إلى كلمة الطلاق مع أنه يريد أن يتكلم

---

[1] محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية.** الأردن: ط1، دار الفكر، 2008، ص143.

[2] سورة النحل، آية106.

[3] مطلق محمد مطلق المطيري، "**فقه الصحابة في طلاق المكره والغضبان دراسة فقهية مقارنة الأحوال الشخصية الكويتي**". مجلة كلية دار العلوم، العدد143، القاهرة، 2022، ص404.

[4] معنى غلاق الإكراه. أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ت: شعيب الأرنووط وآخرون، **سنن أبي داود.** بيروت: ج3، حديث ضعيف، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، حديث 2193، دار الرسالة العالمية، 2009، ص515.

بغيره،[1] فاستدلوا بالآية الكريمة في قوله تعالى: "**وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَٰكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**".[2] واستدلالهم لحديث في قوله صلى الله عليه وسلم: "أن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات". [3]

فدلالة على ذلك بأن نطق المخطئ للفظ الطلاق دون قصده بإيقاعه لا يقع وهذا تماشيا مع مبدأ النية.

أما القول الثاني فذهب قول الحنفية إلى وقوع طلاق المخطئ قضاء لا ديانة.[4]لأن الخطأ أمر باطني لا يطلع عليه إلا من جهة صاحبه، وقد يدعيه وسيلة إلى إحلال ما حرم الله وإلى إضاعة الحقوق.[5]

أما الهازل يعني الشخص الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته. فيعتبر حكم طلاق الهازل واقع عند جمهور الفقهاء.[6]

وذلك لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة".[7]

وذهب بعض الفقهاء منهم: مالك وأحمد في قول والناصر والباقر والصادق إلى أن طلاقهم لا

---

[1] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص142.

[2] سورة الأحزاب، آية 05.

[3] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: عبد العزيز بن عبد الله بزباز، **فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري**. بيروت: حديث01، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي الى رسول الله، ج1، المكتبة السلفية، 1379هـ، ص9./ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، **صحيح مسلم.** المملكة العربية السعودية: حديث1907، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات"، ط1، ج7، المجلد 1، دار طيبة، 2006، ص920.

[4] زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم لمصري الحنفي، مصدر سابق، ص450.

[5] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص142.

[6] الإمام النوي، ت: زهير الشاويش، **روضة الطالبين وعمدة المفتين.** لبنان: ط3، ج8، المكتب الإسلامي، 1991، ص54.

[7] أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي الجستاني، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، حديث 2194، مصدر سابق، ص516.

يقع إلا بالنية، وذلك لعموم حديث الأعمال بالنيات.[1]

إن طلاق الهازل واقع وهذا تبعا لقول جمهور الفقهاء وصحة أدلتهم وقوتها، وهذا راجع إلى الحد من الهزل في الأمور الشرعية، والهزل في الطلاق من العادات الجاهلية التي حاربها الإسلام لقوله تعالى: "**وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا** ج".[2]

أما فيما يخص طلاق المخطئ فالترجيح للقول بعدم وقوع طلاقه وهذا لخلو القصد فيه.

3-طلاق السفيه. السفيه هو الشخص الذي أصابه خلل وخفة في العقل إلا حين أنه لا يميز في تصرفاته المالية، بحيث يكون إنفاقه للمال بشكل مبذر ومسرف مخالفا مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه.[3] أما بخصوص طلاق السفيه؛ فيقع طلاقه في أكثر أهل العلم، منهم القاسم بن محمد، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة وأصحابه،[4] وحجتهم أن السفيه مكلف وراشد ومحجور عليه فقط في تصرفاته المالية وليس في قراراته كالطلاق، لذلك أجمعوا على أن طلاق السفيه لازم له.[5]

4-موقف القانون من طلاق الأشخاص المذكورين.

أ-القانون الجزائري. نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من ق أ ج، كما نصت كذلك المادة التي تليها من نفس القانون 49 أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي.

---

[1] محمد بن إسماعيل الصنعاني، ت: محمد ناصر الدين الألباني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام.** المملكة العربية السعودية: ط1، ج3، مكتبة المعارف، 2006، ص478.

[2] سورة البقرة، آية231.

[3] عبد الفتاح تقية، "**عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص214.

[4] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، **المقنع.** مصر: ط1، ج22، هجر للطباعة والنشر، 1996، ص137.

[5] أبي بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، **الإجماع.** الإمارات: ط2، مكتبة الفرقان، 1999، ص114.

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري لم ينص ولم يذكر أي مادة تتعلق بمسألة الأشخاص المذكورين سابقا، وهذا ما يحيلنا إلى نص المادة 222 منه والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، مما يتعين لنا الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية.

في حين أن مختلف القوانين العربية قد نصت صراحة على طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

ب-القانون الأردني. حيث نصت المادة 86 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها صراحة: "أ-لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكروه ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم.

ب-المدهوش هو الذي غلب الخلل في أقواله وأفعاله نتيجة غضب أو غيره بحيث يخرجه عن عادته".

ت-القانون المصري. المادة 1 من كتاب الطلاق: "لا يقع طلاق السكران والمكره".[1]

ث-القانون العراقي. نصت الفقرة الأولى من نص المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "1. السكران والمجنون والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض".

الملاحظ من ذلك أن القانون الأسرة الجزائري لم يحسم الأمر في طلاق الأشخاص المذكورين على غير قوانين المقارنة كالمصري والأردني والعراقي الذين نصوا صراحة على ذلك، ويظهر سبب ذلك إلى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية.

ثانيا: ركن المطلقة. يعتبر الطلاق عقد كسائر العقود لا يخلو من أركان، ولابد فيه من المحل بمعنى أن يكون المحل موجودا،[2] ومحل الطلاق هي الزوجة، وتعتبر هذه الأخيرة الركن الثاني للطلاق، ويشرط في هذا الركن توافر شروط الآتية:

---

[1] القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره).** ليبيا: ط1، منشورات جامعة سبها، 2006، ص29.

1-أن يكون الزواج قائما حقيقة بينها وبين مطلقها وقت إيقاع الطلاق. ويقصد بذلك أن يكون عقد الزواج بين الزوجين صحيحا، ومعنى ذلك أن لا يكون العقد بينهما فاسدا أو تزوج امرأة في عدتها، أو تزوجها بعقد اختل ركن من أركان الزواج، وكل ما ذكر يعتبر عقد فاسدا والعقد الفاسد وجوده كعدمه.[1]

2-أن يكون الزواج قائما حكما بينها وبين مطلقها وقت إيقاع الطلاق. أي طلقها زوجها في عدتها من طلاق رجعي، فالمطلقة الرجعية يلحقها الطلاق، لأن الزواج قائم حكما فلا ينتهي إلا إذا انتهت عدتها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.[2]

3-أن لا تكون حائضا. ومعنى ذلك أن لا يصادف الطلاق المرأة في وقت الحيض، وذلك ليكون الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق. إذ اتفق جمهور الفقهاء بأن طلاق الزوج لزوجته في فترة الحيض طلاق بدعة،[3] واستدلوا بقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**".[4] وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر، لما أخبره أن ابنه طلق زوجته وهي حائض: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".[5]

4-أن تكون معتدة من طلاق بائن. أن تكون الزوجة معتدة من طلاق بائن لم يكن المكمل للثلاث، في هذه الفترة يكون الزواج قائما، ودليل ذلك أن المطلقة تستحق النفقة، وأن تكون متواجدة في بيت مطلقها مدة العدة، ولا يحل لها أن تتزوج بغير مطلقها خلال مدة العدة إلا

---

[1] علي أحمد القليصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية.** اليمن: ج2، مكتبة الجيل الجديد، د س ن، ص36.

[2] المرجع نفسه، ص37.

[3] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص247.

[4] سورة الطلاق، آية1.

[5] يحي بن شرف النووي محي الدن أبو زكرياء، **المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج.** د ب ن: باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعها، كتاب الطلاق، حديث 1471، ط2، ج10، مؤسسة قرطبة، 1994، ص88.

بالطلقات الثلاث.[1]

5-موقف القانون من الركن المطلقة.

إذا ما يمكن أن نستخلصه أن محل الطلاق هو الركن المطلقة وهي الزوجة وقد يشترط هذا ركن عدة شروط: أن يكون الزواج قائما حقيقة وحكما، أن لا تكون حائض، أن تكون معتدة من طلاق بائن. مما جعلنا نبحث عن مدى الأخذ المشرع الجزائري أو القوانين المقارنة بهذه الشروط.

فنجد المشرع الأردني في نص المادة 81 من القانون الأسرة الأردني بأن محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح أو المعتدة، والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلا للطلاق ولو في عدتها، إذ نصت المادة بقولها: "لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة".

أما القانون السوري فقد نص على جواز الطلاق في العدة الرجعية، فقد نصت المادة 86: "محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا".

أما في المقابل ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بمحلية الطلاق، مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وخاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائر، والإحالة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، غير أن المشرع الجزائري أوضح في نص المادة 48 من نفس القانون، بأن الطلاق هو فرع النكاح الصحيح، أو هو حل عقدة الزواج الصحيح، كما نظم أحكام الرجعة في المادتين 50، 51 من نفس القانون.[2]

[1] عبد الناصر توفيق العطار، **الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام.** القاهرة: كتاب الثالث، ج2، المكتبة الأزهرية للتراث، 2008، ص162.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص248.

ثالثا: ركن الصيغة. من المتفق عليه أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ أو ما يقوم مقامه، وهذا الأخير هو ما يعبر عنه بالصيغة، فتعتبر الصيغة أمر ضروري لفك الرابطة الزوجية وهي ركن من أركان الطلاق، وهذه الألفاظ هي التي تعبر عن معنى الذي يفيد حل عقدة النكاح وإزالته،[1]وهذا يفيد أن الطلاق لا بد له من لفظ يدل عليه، حيث لا يكفي فيه النية، لذلك اختلف الفقهاء حول اللفظ الذي يقع به الطلاق فبعضه من قصره على اللفظ الصريح، والجمهور كذلك أقر بوقوع الطلاق بألفاظ الكناية، إذا قامت النية أو ما يقوم مقامها قرينة على المراد من اللفظ الكنائي، كما يقع الطلاق أيضا بما ينوب عن اللفظ كالكتابة أو الإشارة في أحوال خاصة، وهذا ما سيتم التطرق إليه.[2]

1-الطلاق الصريح. والمقصود به هو اللفظ الذي لا يحتمل معنى غير الطلاق لغة أو شرعا أو عرفا، فيكون شرعا بصريح عبارة الطلاق أو المشتق منه " ط ل ق". كأن يقول لزوجته: "أنت طالق أو أنت مطلقة أو طلقت زوجتي أو خذي طلاقك".[3]والصريح عرفا هو ما كان بلفظ من غير مادة طلق وما اشتق منها ولكنه جرى عرف الناس على استعماله في الطلاق كقوله: أنت علي حرام، أو علي الحرام ونحوها من العبارات.[4]

2-الطلاق الكنائي. في اللغة مأخوذة من كنى يكنو إذا ستر، والاصطلاح أن يعبر عن شيء معين، لفظا كان أو معنى، بلفظ غير صريح في الدلالة عليه، إما للإبهام على بعض السامعين كقوله جاءني فلان وأنت تريد زيدا. وقال فلان كيت وكيت إبهاما على بعض من يسمع أو لشناعة المعبر عنه ك"هن" في الفرج أو للاختصار كالضمائر.[5]

---

[1] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص31.

[2] عبد الرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية.** مصر: ط2، دار الفكر، 1968، ص278.

[3] محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ج4، ص47.

[4] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع.** الأردن: ط1، دار المسيرة، 2009، ص29.

[5]نقلا عن: زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، ج3، مرجع سابق، ص518.

فإن الطلاق الكنائي يكون بلفظ لم يوضع للطلاق، إلا أنه اقترن به من القرائن ما يقع به الطلاق، فقد اعتبر الحنفية دلالة الحال من القرائن التي يقع بها الطلاق من غير نية، فإن لم تكفي دلالة الحال للدلالة على الطلاق فإنه يقع به إن وجدت النية.[1]

3-موقف القانون من ركن الصيغة.

واستخلاصا لذلك، فإن الطلاق يقع بلفظين، الصريح والذي يكون بدلالة صريحة مثال أنت طالق دون الحاجة إلى نية، وهذا ما قد نجد المشرع السوري نص في المادة 93 من القانون الأحوال الشخصية بقوله: "يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون حاجة إلى نية". وقد يقع كذلك باللفظ الثاني وهو لفظ الكناية التي تكون بلفظ دلالة على الطلاق والتي تحتاج فيها نية المطلق بالطلاق، فقد نجد كذلك في نفس المادة من القانون الأحوال الشخصية السوري بقولها: "ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحمل معنى الطلاق وغيره بالنية".

كذلك نجد في نفس الصياغ القانون المصري رقم 25 الصادر سنة 1920 في مادته الرابعة بقولها: "كنايات الطلاق وهي ما تحمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية".[2]

كما يقع الطلاق بالكتابة فيكون اللفظ صريح كأن يكتب الزوج لزوجته رسالة يخبرها بطلاقها حتى ولو كان الزوج قادرا على النطق، ويقع كذلك من الأخرس الغير قادر على النطق فيقع طلاقه وإن كان قادرا على الكتابة، إلا أنه يختلف الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالإشارة على وقوعه بالكتابة، حيث أن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ إلا في حالة العجز عن النطق بالعبارة كالأخرس.[3]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ في قانون الأسرة بالألفاظ الطلاق صراحة كالمشرع السوري والمصري، وأحال ذلك إلا الشريعة الإسلامية تبعا لنص المادة 222 من نفس القانون غير أنه ذكر دلائل الألفاظ التي يكون فيها بالكتابة والإشارة وذلك في إطار الزواج في المادة

---

[1] بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام.** مصر: ط2، مطبعة دار التأليف، 1961، ص233.

[2] القانون رقم 25 لسنة 1920 **بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري** المعدل بالقانون رقم 100 سنة، 1985.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص250.

10 فقرة 2 من نفس القانون، واستخلاصا من المادة نجد أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة، إذا فهو يقع بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ سواء صريحة أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا.

المطلب الثاني: مفهوم التعسف.

تعد نظرية التعسف في استعمال الحق محل اهتمام الباحيثين، لما تحتويه من تعمق وغموض واحتكاك بين حرية الشخص في استعمال حقه المشروع من جهة، ومن جهة أخرى قصد إضرار الذي يقصده صاحب هذا الحق، من المنطلق ذلك يستدعي التعرف على مفهوم التعسف.

الفرع الأول: تعريف التعسف.

أولا: التعسف لغة. جاءت كلمة التعسف على عدة معاني منها:

1-الحيرة وقلة البصيرة: وتعني العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير؛ وإنما هي كالحيرة وقلة البصيرة.[1]

2-السير على غير هدى: العَسَفُ ويعني السير على غير هدى، قال الخليل: "السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد ومنه التعسف".[2]

عَسَفَ عن الطريق يَعْسِفُ أمال والعدل كإعْتَسَفَ وتَعْسُفُ أو خبطه على غير هداية.[3]

3-الظلم: التعسف يعني الظلم وفيه "لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا"، وقيل: "هو ركوب الأمر من غير روية، فنقل إلى الظلم والجور".[4]

---

[1]أحمد الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت: عبد السلام محمد هارون، **معجم مقاييس اللغة.** د ب ن: ج4، باب العين دار الفكر، 1979، ص311.

[2] أبي عبد الرحمان الخليل بن أحمد العزاهيدي، ت: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، **سلسلة المعاجم والفراهس.** بيروت: ج1، كتاب العين، منشورات مؤسسة الأعلى للمطبوعات، د س ن، ص339.

[3]مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مرجع سابق، ص837.

[4]مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، ت: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثيري، **النهاية في غريب الحديث والأثر.** المملكة العربية السعودية: ط1، دار ابن الجوزي، 1421هـ، ص615.

والملاحظ هنا أن كلمة التعسف جاءت من الكلمات العسف وتعني الكثير والعديد من المعاني منها الحيرة وقله البصيرة والظلم والسير على غير هدى والميل وهذا حسب وجودها في الفعل لتكون لها عده معاني لكلمة التَعَسُفُ.

ثانيا: التعسف اصطلاحا. اختلف فقهاء المعاصرون في تحديد رؤية مصطلح التعسف، فانقسم إلى قسمين فمنهم من يرى أن التعسف هو صورة من صور المجاوزة الحق ومنهم من يعتبر أن التعسف مستقل عن المجاوزة لذا سنعرض التعريفات الآتية:

1ـ التعسف نظريه لمجاوزة الحق. ينظر أصحاب هذا الحق إلى أن التعسف صورة من صور المجاوزة لحدود الحق وجاءت التعريفات ما يلي:

ـ جاء الديريني في كتابه المناهج الأصولية بقوله: "التعسف بأنه استعمال الحق في غير ما شرع له".[1]

ـ وجاء وهبة الزحيلي: "هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي الى ضرر بالغير".[2]

وعرفه الزرقاء: "هو حق مشروع بذاته ولكن استعماله غير مشروع في بعض الأصول أو لبعض الغايات، حيث يكون استعماله فيها منافيا لقصد الشارع في تحقيق المصالح ودرء المفاسد".[3]

أما محمد زكي عبد البر فعرف التعسف:" بأنه ادخال الضرر بغير حق".[4]

أبو زهره في تعريفه للتعسف:"إستعمال الحق بشكل يؤدي الى الإضرار بالغير، إما لتجاوز

---

[1] فتحي الديريني، **المناهج الأصولية في الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي.** بيروت: ط3، مؤسسة الرسالة، 2013، ص69.

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته.** دمشق: ط2، ج7، دار الفكر، 1985، ص530.

[3] مصطفى أحمد الزرقاء، **صياغة قانونية لنظرية التعسف بإستعمال الحق في قانون إسلامي.** عمان: ط1، دار البشير، 1983، ص24.

[4] محمد زكي عبد البر، "**إساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي**". مجلة القانون والإقتصاد، العدد الخامسة والخمسون، 1986، ص47.

الحق الإستعمال المباح عادة، أو لترتيب الضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق".[1]

من خلال أساس النظرية يتبين:

ـ في اختلاف الوصف الشرعي وهذا في كون أن التعسف يعتمد على أساس استعمال حق مشروع لذاته، إلا أن هذا الاستعمال معيب في باعثه أو في نتيجته، وإذا ما ترتب أي فعل أو لم يحقق نتيجة غير مشروعة عاد إلى الفعل المشروع أي عاد إلى وصفه أما مجاوزة الحق فهو غير مشروع لعيب في ذاته لعدم استناده إلى الحق.[2]

2-التعسف نظرية مستقلة عن مجاوزة الحق. اتجه أصحاب هذه النظرية إلى غاية الحق وهي المصلحة المعتبرة شرعا؛ ومدى التزام بها أو الخروج عنها[3]؛ كما أن الجزاء في التعسف قد يكون ماديا بالتعويض أو بإدانة الضرر، كما قد يكون بالمنع من التصرف بحقه ابتداء في حين أن المسؤولية في حالة مجاوزة الحق لا تظهر إلا بعد التصرف لا قبله.[4]

ـ عرف التعسف عبد الله الدرعان بأنه: "ممارسة الشخص لفعل مشروع له في الأصل، على وجه يلحق الضرر بغيره أو بأسلوب يخالف الحكمة من مشروعيته".[5]

وقيل كذلك: "تخلف غاية الحق أو مناقضتها".[6]

أما فتحي الدريني فعرف التعسف على أنه "مناقضه قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".[7]

---

[1] محمد أبو زهرة، **التعسف في استعمال الحق.** دمشق: أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، 1961، ص91.

[2] فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.** بيروت: ط4، مؤسسة الرسالة، 1988، ص49، ص 50.

[3] عبير ربحي شاكر القدومي، **التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية،** عمان: ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، 2007، ص19.

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص51.

[5] نقلا عن: جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،** عمان: ط1، دار الحامد، 2009، ص44.

[6] حسن كيره، **المدخل إلى القانون.** الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000، ص763.

[7] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص87.

ومن خلال ما سبق يظهر تعريف مصطلح التعسف ذو معنى واسع، فقد يكون في القول أو الفعل، وهذا استنادا للتعريف الدريني فإن التعسف قد يكون بقصد الإضرار أو بغيره، كما يكون الضرر بالنفس أو الغير أي يؤول إلى مصير ممنوع، غير أن التعريف فتحي الدريني من أدق التعريفات حيث بين مفهوم التعسف.

الفرع الثاني: معايير التعسف.

أولا: معايير التعسف في الفقه الإسلامي. اعتبر الفقه الإسلامي في نظرتهم أن الحق ذو طبيعة مزدوجة ذلك أن الحق ليس فرديا ولا اجتماعيا بل يجمع بينهما، ومن هذا المنطلق فقد كانت غاية الشريعة الإسلامية راعية للمصالح الفرد والجماعة إذ أنها مبنية على قاعدة العدل والحكمة والمنطق السليم.[1] ولأجل ذلك فقد حددت الشريعة الإسلامية معايير خاصة للتعسف وهي كالآتي.

1-معايير ذاتية شخصية. ويقصد بها "النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة للحق في التصرف بحقه".[2] ويندرج تحت هذا المعيار معياران ثانويان:

أ-معيار قصد الاضرار. ويقصد معيار قصد الإضرار دفع النفس إلى تحقيق الضرر بالغير سواء كانت هذه النية خالصة للضرر الغير دون تحقيق أي منفعة، أو أن الغاية قصد الإضرار تحقيق للنفس مصلحة. ودليل هذا المعيار يتمثل في:

قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى".

وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

من خلال ذلك تظهر أن المتفق عليه بين الفقهاء أن قصد الإضرار بالغير محرم، وهذا ما نهى عنه الشارع فقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في الوصية والرجعة والرضاع وغيرها، وقد ذكرنا النصوص الدالة على ذلك سابقا.

---

[1] شلبي أحمد عيسى عبيدا، يوسف عبد الله الشريفين، "**تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة**". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الثاني والأربعون، 2017، ص156.

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص36.

فمن تعمد إضرار الغير وكان قاصدا ذلك كان تصرفه باطلا، لأن مخالفة قصد الشارع عمدا يؤول إلى بطلان العمل، يقول الشاطبي: "لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام". [1]

ب-معيار المصلحة الغير مشروعة. عرف أبو حامد الغزالي المصلحة بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق والصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكن المعنى المصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع.[2]

أما معيار المصلحة الغير مشروعة يقصد بأن الشارع شرع لنا استعمال الحق في إطار مشروع إلا أنه قد يستعمل الحق على وجه يخالف ذلك بأن تكون الغاية المستعملة غير محققة للمصلحة المشروعة، وهذا لأن الشارع الحكيم جعل للحقوق مصالح تترتب على ذلك فإذا استعمل ذلك الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها اعتبر باطلا، لأنه مخالف لقصد الشارع وفي ذلك يقول الشاطبي: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع".[3]

2-المعايير الموضوعية. ويقصد بالمعيار الموضوعي "مدى التناسب بينما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة وسيلته في ذلك الموازنة".[4]

فهذا المعيار بعيد كل البعد عن المعيار الشخصي فيهتم هذا المعيار عن تكييف التعسف على أساس الضرر الناتج أي النتيجة بغض النظر عن نية صاحب الحق، سواء كانت حسنة أو سيئة قاصدا الضرر أو لم يقصد، فهي تهتم بالماديات وينقسم إلى معيارين:

---

[1] أبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللحمي الغرناطي المالكي، **الموافقات في أصول الشريعة**، مصر: ج3، كتاب الأدلة الشرعية، المطبعة الرحمانية، د س ن، ص 217، ج2، ص493 وما بعدها.

[2] أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، **المستصفى من علم الأصل**. د ب ن: ج1، د د ن، 505هـ، ص313.

[3] الشاطبي، الموافقات، ج2، مرجع سابق، ص331.

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص242.

أ-معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير. ويقصد به مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة، بحيث لا يطغى جانب على آخر ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق الآخرين والفرض في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه.[1]

ومعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية كانت حريصة جدا على تنظيم والتوفيق بين المصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، إذ أن هذا التنظيم خلق طبيعة مزدوجة بين هاتين المصلحتين، وغايتها تنظيم الحقوق والغايات،[2] وهذا ما حرصت عليه الشريعة الإسلامية عملا بالقواعد الفقهية التي تنظر إلى مصالح الفرد والجماعة، ودرء الأضرار والتي سبق ذكرها، من بينها "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"،[3] وقاعدة "الدرء المفاسد أولى من جلب المنافع"[4]، وقاعدة" يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام". [5]

ويظهر هذا المعيار على ضابطين هما:

- **الضابط الأول: انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره.** من الأفراد يعتبر هذا الضابط معياره أساسي المصلحة، إذ يستعمل صاحب الحق حقه في إطار المصلحة المشروعة، إذ تعتريه في استعمال لحقه ما يتعارض مع مصلحة غيره سواء كان شخص أو جماعة، وهذا تعارض يترتب عليه ضرر للغير وهذا الأخير يكون أقل أو أكثر أو يساوي المصلحة المقابلة، فالأهم من هذا الضابط هو تقابل وتعارض المصالح التي ينتج عنها

---

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص42.

[2] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص81.

[3] صالح بن غانم السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها.** المملكة العربية السعودية: ط1، دار بلنسية، 1417هـ، ص527.

[4] محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية.** بيروت: ط4، مؤسسة الرسالة، 1996، ص265.

[5] ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت: زكريا عميرات، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان،** لبنان: ط1، دار الكتب العلمية، 1999، ص74.

ضرر، يمكن لصاحب الحق الاستغناء عنه إذا لم يوفق في هذه المصالح، أما إذا وفق في المصلحة المتعارضة وجب الأخذ بها، وهذا ما يسمى بالتوازن بين مصلحتين فرديتين. [1]

– **الضابط الثاني: تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة.** سعت الشريعة الإسلامية في وضع حدود الاستعمال الحق، مراعيا حقوق جماعية قبل الفرد وهذا تطبيقا لقاعدة يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف[2]، المقصود بهذا الضابط استعمال صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة له إلا أن هذه المصلحة تنشأ عنها ضرر للغير والجماعة وتحقق لهم مفسدة عظمى مقارنة بالمصلحة الخاصة لصاحب الحق، لذا منعت الشريعة الإسلامية لصاحب الحق لتحقيق مصلحة خاصة، وهذا مراعيا لمصلحة حقوق الجماعة.[3]

ثانيا: معايير التعسف في القانون الجزائري.

كانت الاختلافات الفقهية تبحث عن ضبط معايير نظرية التعسف في استعمال الحق أو الضوابط التي من خلالها يوصف الحق المستعمل بالتعسف، فكان الفقه في محاولاته في البحث عن معيار عام جامع لكل الحالات، ففي الفقه الإسلامي تم تقسيمه إلى قسمين المعيار الذاتي الذي ينظر إلى ذات الشخص أي نيته، والمعيار الموضوعي الذي ينبني إلى نتيجته بغض النظر عن نية الشخص، إلا أن جل التشريعات العربية لم تكن في تشريعها للنصوص القانونية موحدة ومطبقة لمعايير الفقه الإسلامي.

اعترف المشرع الجزائري بنظرية التعسف وذلك في القانون المدني في المادة 41 في القانون المدني وإلغائها واستبدالها بمادة 124 مكرر بموجب التعديل الأخير للقانون المدني، وبالرجوع إلى نص القانون من نفس المادة نجدها تنص على ما يلي:

"يشكل استعمال التعسفي للحق خطأ سيما في الحالات الآتية:

---

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص266.

[2] ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص74.

[3] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص46.

ـ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

ـ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ـ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".[1]

وما يمكن ملاحظته نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ معيار الشخصي والمعيار المادي

1-المعيار قصد الإضرار. وهو معيار تضمنته المادة 124 مكرر في فقرتها الأولى، وهو معيار ذاتي شخصي وهو يثبت عند استعمال صاحب الحق حقه بغية الإضرار بالغير، حتى ولو قصد تحقيق مصلحة لنفسه إذ أن هذا المعيار قائم على نية صاحب الحق، فنية تجعل استعماله لحقه تعسفيا، وحتى لو حقق مصلحة لذاته، فالعبرة بتحقيق هذا المعيار هي النية السيئة لصاحب الحق، وما دام هذا الحق نتج عنه إضرار بالغير فإن التعسف يتحقق أن هذا المعيار مرتبط بالنية، فإن ذلك صعب الإثبات لأن النية محلها القلب يصعب إثبات النية صاحب الحق إلا أن القضاء يكشف ذلك حسب دلائل ومعطيات صاحب الحق من انتفائه للمصلحة، هل أن من استعمال لحقه يحقق مصلحة أم لم يجني أي مصلحة من ذلك أو أن المصلحة قليلة.[2]

2-عدم تناسب بين مصلحة صاحب الحق بين الضرر الناشئ للغير. كما تقرر مما سبق

فإن هذا معيار مادي يقوم على عدم وجود تناسب بين المصلحة، وهو استعمال الحق لتحقيق فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ عنها، فهنا يقع ضرر بغض النظر عن النتيجة، إذا كانت هذه المصلحة أو إذا كانت المصلحة مساوية أو أكبر من الضرر الحاصل للغير، وهذا ما يقوم عليه هذا المعيار من عدم وجود تناسب بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق من

[1] قانون رقم 05ـ 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75ـ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن قانون المدني الجزائري**، الصادر بجريدة الرسمية، العدد 44، ص 23.

[2] فطيمي زهرة، "**التطليق على المادة 124 مكرر وفق تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05_10 الموافق ل 20يونيو 2005**". مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، ص189.

وراء استعماله لحقه وبين الضرر الذي يصيب الغير من ذلك، وهذه المسألة يقدرها القاضي حسب ظروف وملابسات كل حالة.[1]

فيلاحظ أن هذا المعيار وفي استعمال المشرع تشريعه، فإنه كان في صياغته مخالفا لقوانين العربية وذلك من خلال ذكر إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة، فمن خلال هذا المصطلح يرمي يأخذ بالمشرع إلى انتقادات تواجهه من مدلول هذه الكلمة، فإن الرجوع إلى معنى يرمي تعني الهدف أو القصد، ويمكن القول إن هذا المعيار يمكن اعتباره معيار ذاتي يدخل ضمن معيار قصد الإضرار.

3-معيار عدم مشروعية الفائدة(المصلحة). وهو ما نصه عليها الفقرة الثالثة من مادة 124 مكرر وهو أن يكون استعمال الحق بقصد الحصول على فائدة غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة،[2] وهو معيار يبحث عن مصلحة المرجوة من خلال استعمال الحق فإذا كانت غير مشروعة ثبت على صاحب الحق بأنه متعسفا ولا يمكن إباحة استعمال أي حق من الحقوق في الاستعمالات غير مشروعة لأن الحقوق شرعت لتحقيق المصالح المشروعة. [3]

المطلب الثالث: مفهوم الطلاق التعسفي. ولمعرفة مفهوم الطلاق التعسفي علينا التعرف على حكم الطلاق التعسفي وذلك في الفرع الأول، أما تعريفه سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حكم الطلاق التعسفي.

على غرار ما تم ذكره في بيان حكم أصل الطلاق بين الحظر والإباحة، إلا أن ما يهم دراستنا معرفة حكم وأصل الطلاق التعسفي، وهل هناك تعسف في الطلاق؟

للإجابة على هذا الطرح؛ فإن مصطلح التعسف في الطلاق مصطلح حديث وأن فقهاء القدامى لم يرد في كتبهم ولا على ألسنتهم لفظ الطلاق التعسفي، إلا أنه في حديث الكتب نشأ هذا

---

[1] شوقي بناسي، "**التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05_10 المعدل للقانون المدني**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، العدد3، 2009، ص218.

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص223.

[3] قرار صادر عن مجلس قضاء قسنطينة، قضية رقم 83/21 بتاريخ 17 مارس 1984، منشور في مجلة نشرة القضاة، العدد الرابع، أكتوبر 1986، ص81 وما بعدها. نقلا عن: فطيمي زهرة، مرجع سابق، ص192.

المصطلح حديثا مع ظهور نظرية التعسف في استعمال الحق، بحيث تعرضوا للحديث عنه من خلال صور التعسف في الطلاق، إلا أن حكم الطلاق التعسفي لم يرد قبل، إذ أن أصل الطلاق الحظر، إذا كان هذا الطلاق بدون سبب مسوغ أو استعمل الزوج حقه لغير الحاجة أو إضرارا بالزوجة، فيكون في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه.

إن ظهور نظرية التعسف في استعمال الحق ساهمت في ربط هذه النظرية بالطلاق، بحيث يستعمل الزوج حقه في إيقاع الطلاق بغير سبب مشروع؛ هذا ما جعل فيه اختلاف في حكم هذا التصرف، مما جعلوا للفقهاء المحدثين إلى الاختلاف والانقسام إلى مذهبين فيما بينهم إذا؛ هل أصل الطلاق التعسفي الحظر أم الإباحة؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يجب التطرق أولا والتعرف إذا كان للطلاق تعسف فيه أم لا؛ حتى يتسنى لنا الإجابة عليه.

انقسم الفقهاء المحدثين إلى مذهبين بصفتهم أن موضوع الطلاق التعسفي موضوع حديث الدراسة.

أولا: المذهب الأول. ذهب المذهب الأول بقوله بأنه ليس هناك تعسف في الطلاق، من بينهم الأستاذ نور الدين عتر،[1]وبنى قوله على أن الطلاق أصله الإباحة لا الحظر، إذ أن للرجل حق التصرف في إيقاع الطلاق مادام عز وجل أعطى للرجل رخصة العصمة وفكها بيده.

وقد أخذت بهذا المذهب محكمة استئناف مصر حيث قالت: "إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء، ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فلا يجوز لها أن تتظلم منها".[2]

ثانيا: المذهب الثاني. يرى أصحاب هذا بأن هناك تعسفا في الطلاق؛ مستدلين على ذلك بأن أصل الطلاق الحظر لا الإباحة؛ إذ يعتبروا أن الطلاق من غير سبب جدي وبغير مسوغ شرعي تعسفا وإساءة في استعمال الزوج لحقه في الطلاق؛ ومن بين أصحاب هذا الرأي الأستاذ عبد الرحمان الصابوني و الأستاذ والإمام محمد أبو زهرة إذ يقول في كتابه الأحوال الشخصية: "...لأن من غير يطلق من غير حاجة أساء استعمال الحق، إذ الأصل في الطلاق الحظر، ولا

[1] نور الدين عتر، **أبغض الحلال.** ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984، ص 42، ص 43.

[2] نقلا عن: عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص100.

يباح إلا عند الحاجة، ومادام الرجل لم يبين سبب الطلاق فهو لم يستعمل حقا، أو على الأقل أساء استعمال حقه...والحق أن الأصل هو الحظر".[1]

ثالثا: موقف القانون من الأصل في الطلاق التعسفي. أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية بالرأي بأن الأصل الطلاق الحظر من بينهم:

1-القانون الأسرة الجزائري. تنص المادة 52 ق أ: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

من خلال ما سبق؛ فيمكن القول كذلك من ما تم ذكره سابقا ومما توصل إليه أغلب الفقهاء بأن أصل الطلاق الحظر فإن بذلك حكم الطلاق التعسفي هو الحظر لا الإباحة،[2] فالطلاق لا يباح إلا لحاجة، فيحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الحالات أي أوقات تحقق الحاجة المبيحة، ويبنى على ذلك طلاق تعسفي، في حالة طلاق الزوج لزوجته بدون سبب جدي، أو لضرر يلحق بها، فقد يكون حكم ذلك الحظر لعدم وجود حاجة تقتضي إباحة ذلك.

2-القانون الأحوال الشخصية السوري في مادته 117 التي تنص: "إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونما سبب معقول ومن غير طلب منها استحقت تعويضا...بحسب مقتضى الحال".[3]

3-القانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته 134 بقولها: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقتها بالتعويض الذي يراه مناسب... بما فيها نفقة العدة".[4]

---

[1] محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية.** القاهرة: دار الفكر العربي، 2015، ص285.

[2] محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص8.

[3] قانون رقم 1953/59 المرسوم التشريعي **المتضمن الأحوال الشخصية السوري** رقم 59 بتاريخ 1953/09/07.

[4] قانون رقم 61 سنة1976 رقم2668 تاريخ1976/12/01، **المتضمن الأحوال الشخصية الأردني**. المنشور على الصفحة 3158 من عدد الجريدة الرسمية رقم4149 بتاريخ 1996/09/16.

الفرع الثاني: تعريف الطلاق التعسفي.

يعتبر الطلاق التعسفي من المصطلحات الحديثة، إذ أن فقهاء القدامى لم يتناولوا هذا المصطلح فيما يتعلق الطلاق، لكن هذا لا يعني أنهم لم يقرو به، فقد اقتصروا على أساليب وصور التعسف في الطلاق والذي سيتم تناوله في المباحث الآتية.

كذلك من خلال اطلاعنا على جل المراجع الفقهية والقانونية المعاصرة، نجد قصور في تعريف الطلاق التعسفي وهذا ناتج على عدم الأخذ به سواء فقهيا أو قانونا، غير أنه حديثا تم تنصيص عليه في بعض القوانين العربية دون أن يعطوا تعريفا للطلاق التعسفي.

إذا؛ فمن خلال ما تم ذكره سابقا من تعريف التعسف في استعمال الحق وكذلك تعريف الطلاق يمكن ربط التعاريف والخروج بتعريف مناسب وشامل للطلاق التعسفي.

تحدثنا سابقا على أن التعسف هو "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون شرعا بحسب الأصل".[1]

أما تعريف الطلاق: "رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص".[2]

فيمكن القول أن الطلاق التعسفي هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص.[3]

كذلك يمكن تعريفه بأنه إساءة الزوج في استعماله لحق الطلاق المباح له بإيقاعه بغير سببا معقول، والذي يترتب عليه ضررا بالزوجة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده تناول موضوع الطلاق التعسفي من خلال نص المادة 52 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

---

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص87.

[2] نقلا عن: إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية.** الأردن: ط1، دار الحامد، 2009، ص229.

[3] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص123.

وبذلك يتبين لنا من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للطلاق التعسفي، مما يستوجب معه الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني: مظاهر تعسف الزوج في حق الطلاق.

من المقرر شرعا أن الطلاق حق منسوب للرجل، يوقعه بلفظ الطلاق وتعتريه الأحكام التكليفية حسب الوضع والحالة التي وقع فيها الطلاق، فشرع هذا الحكم في الحالات التي تستدعي فيها استحالة الاستمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، إلا أن هذا الحق قد يفهم منه بعض الأزواج أنه حق مطلق يستخدمه فيما شاء، إذ يسيء استخدامه بطريقة تؤدي إلى الإضرار بالزوجة وصولا إلى ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق، فيعتبر هذا الأخير مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، ويختلف استعمال التعسف باختلاف أساليبه وصوره، وهذا ما سيتم ذكره ودراسته في المطالب الآتية.

المطلب الأول: طلاق الزوج مريض مرض الموت.

إن الطلاق حق شرعي للزوج، منحه الشارع إياه لاستعماله في حالات التي تصعب العيش فيها مع الزوجة ويكون الحل الوحيد لهذه الرابطة، إلا أنه قد تختلف الحالات التي يوقها الزوج لهذا الحق، قد يسيء استعمال الحق الطلاق كإيقاعه لسبب غير مشروع ويكون بذلك متعسفا وقد لا يسيء ذلك ويكون فعلا حلا للخروج من المشاكل المواجهة له، إلا أنه هناك حالة وهي محل اختلاف وهو إيقاع الطلاق في مرض موت الزوج، مما يجعلنا نطرح التساؤل الآتي: هل يعتبر إيقاع الزوج المريض مرض الموت متعسفا؟

الفرع الأول: تعريف مرض الموت.

لبيان تعريف مرض الموت، علينا تحديد المعنى اللغوي الدقيق لكل من المرض والموت بصورة مستقلة، لأن مرض الموت لفظ مركب في اللغة العربية، لذلك يمكن أن نعرف مرض الموت بتعريف تحليلي لكل كلمة وهي مرض والموت.

أولا: تعريف اللغوي لمرض الموت.

1-المرض: السُقْمُ، نقيض الصحة، أصله النقصان، بدن مريض: ناقص القوة، قلب مريض: ناقص الدين، المرض في القلب: فتور عن الحق.[1] ومَرِضَ مَرَضًا ومَريض: من به مرض أو نقص أو انحراف. والمَرَض: كل ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال من علة أو تقصير في أمر.[2]

2-الموت: الموت والموتان: ضد الحياة، الموات: الموت، الميت: الذي مات وفارق الحياة الميت والمائت: الذي لم يمت بعد، الموت: السكون. ماتت النار موتا: برد رمادها فلم يبق الجمر شيء.[3]

ثانيا: تعريف الاصطلاحي لمرض الموت.

اختلفوا الفقهاء في تعريفهم لمرض الموت وذلك من خلال القران الدالة التي تختلف بطبيعة الأمراض، وهذا نتاجا عن أهمية التصرفات الذي يوقعها مريض الموت بحقوق الدائنين والورثة وقد تولى بعض الفقهاء إعطاء تعريفا له.

1-**تعريف الحنفية:** "المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب بحوائجه ويحم، فلا".[4]

2-**تعريف المالكية:** عرفه المالكية بأنه: "كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج، وإن

---

[1] صالح العلي الصالح، أمينة سليمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية.** مملكة العربية السعودية: مطابع الشرق الأوسط، د س ن، ص621.

[2] إبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط.** مصر: مكتب رحمانية، د س ن، ص1033.

[3] صالح العلي الصالح، أمينة سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص640.

[4] عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، **الإختيار لتعليل المختار.** لبنان: ج3، دار الكتب العلمية، د س ن، ص144.

كان جذاما،[1] أو برصا،[2] أو فالجا،[3] فإنه يحجب فيه عن ماله...كذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح".[4]

3-**تعريف الشافعية:** بقول الإمام الشافعي: "المرض الذي يمنع صاحبه فيه من الهبة وأتلاف ماله إلا في الثلث ويورث منه من يورث إذا طلق مريضا كل مرض مخوف مثل حمى الصالب،[5] والبطن[6] وذات الجنب[7] والخاصرة،[8] وما اشبهه مما يضمنه على الفراش ولا يتطاول".[9]

4-**تعريف الحنابلة:** مرض الموت عند فقهاء الحنابلة عرف بأنه: "كل مرض مخوف يتصل بالموت".[10]

يتضح مما تقدم من تعريفات المرض الموت أن المذاهب الأربعة لم يختلفوا في تعريف مرض الموت وإنما اختلفوا في تحديد علاماته، على الرغم من أنهم متفقون على أنه كل ما يصيب

---

[1] **الجذام:** هو علة يحجر منها العضو ثم يتقطع ويتناثر. نقلا عن: حبيب إدريس عيسى المزوزي، "**تصرفات المريض مرض الموت-دراسة مقارنة-**". رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2005/2004، ص11.

[2] **البرص:** هو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته. شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، **حاشية عميرة.** بيروت: ط1، ج3، دار الفكر، 1998، ص262.

[3] **الفالج:** هو مرض يحدث في أحد شقي البدن طولا فيبطل إحساس الشخص وحركته. زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، مصدر سابق، ص51.

[4] نقلا عن: محمد يحي قاسم سلطان الحسو، **مرض الموت وأثره في زواج المريض وإنحلاله.** مصر: دار الكتب القانونية، 2022، ص17، ص18.

[5] **الحمى الصالب:** حمى تصيب الإنسان تكون دائمة ومستمرة فهي صالب. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.** القاهرة: ط2، دار المعارف، د س ن، ص345.

[6] **البطن:** وهو داء يصيب بطن المبطون (عليل البطن). أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ص52.

[7] **ذات الجنب:** هو قرح يحدث داخل الجنب يؤلم ألما شديدا، ثم تنفتح في الجنب ويسكن الوجع وذلك وقت الهلاك. نقلا عن: حبيب إدريس عيسى المزوزي، **تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة).** مصر: دار الكتب القانونية، 2011، ص10.

[8] **ذات الخاصرة:** قرحة تحدث في الخاصرة يصاحبها ورم وانتفاخ يتعدى القلب. عبد المنعم خليل إبراهيم الهيتي، "**أحكام المريض في فقه العبادات وقضايا الأسرة**". أطروحة الدكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العراق، 1996/1995، ص35.

[9] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص18.

[10] المرجع نفسه، ص20.

الإنسان من مرض يؤدي به إلى موته، ومنه فإن لمرض الموت خصوصية مستمدة من ظروف المريض ونوع المرض.

ويمكن أن نعرف مرض الموت بأنه كل مرض يصيب الإنسان في جسده، يؤدي به ويكون سببا لموته، وقد تتعدد الأمراض فقد كان قديما البرص وجذام سببا للموت إلا أنه في وقتنا الحالي هناك العديد من الأمراض كسرطان، الأوبئة الحديثة كالوباء كوفيد 19 وغيرها من الأمراض المسببة للموت.

ثالثا: تعريف القانوني للمرض الموت.

جاء في نص المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية تعريف مرض الموت بقولها: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت، وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفراش، أو لم يكن، وإذا امتد مرضه، وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يمتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه، وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت".[1]

وقد أعرض المشرع الجزائري عن تقديم تعريف لمرض الموت، مما جعل للفقه والقضاء مجالا لذلك، فقد نجد القضاء الجزائري لم يتطرق إلى تعريفه، فنجده في إحدى القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بقولها: "ومن المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الآخر إذا كان خطيرا ويجري الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم هذا يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من أحكام الشرعية الإسلامية والإجتهاد القضائي السائد".[2]

[1] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في العهد العثماني، **مجلة الأحكام العدلية**. بيروت: المطبعة الأدبية، 1302هـ، ص226.

[2] ملف رقم 33719 بتاريخ 1984/07/09 المحكمة القضائية سنة 1998 العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ص51.

في حين عرفت المادة 543 ف1 من القانون المدني الأردني: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب، فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".[1]

الفرع الثاني: حكم توريث المطلقة في مرض موت الزوج. إن الأصل في تصرفات مريض مرض الموت نافذة كالصحيح مادام واعيا بتصرفاته وترتب النتائج عن كل تصرف، وإن صدرت منه تصرفات مضرة بالغير عن قصد أو بدون قصد، والذي يعنينا في دراستنا هو التصرفات الواقعة منه كطلاقه، أو ما يسمى بطلاق الفار، لهذا نطرح تساءل الآتي: هل للمطلقة في مرض موت زوجها لها الحق في توريثها؟

لم يختلف فقهاء في وقوع طلاق المريض مرض الموت، على اعتبار كمال أهلية أدائه، لكنهم اختلفوا في مسألة ميراث مطلقته منه.[2]

أولا: الحكم المتفق عليه في ميراث المطلقة في مرض الموت.

1-اتفق الفقهاء على القول بوقوع طلاق المريض مرض الموت فطلاقه نافذ كالصحيح، واتفقوا كذلك على أن الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث وذلك إذا ثبت أن الزوج المريض مرض الموت قد طلق زوجته، فإنها ترثه مادامت في العدة من الطلاق الرجعي، لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بالمراجعة وحتى من غير رضاها، فلا تحتاج فيه

[1] القانون المدني الأردني سنة 1976 ويعمل به من 1977/01/01.

[2] مستوري محمد، "**طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**". مجلة الدراسات القانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، 2019، ص120.

إلى صداق جديد ولا عقد جديد فيمكن مراجعتها في عدتها مادامت في عدة من الطلاق الرجعي، إذا فالمطلقة التي لم تنتهي عدتها لها الحق في الميراث.[1]

2-اتفق الفقهاء في حالة طلاق الرجل مرض الموت زوجته ثم ماتت لم يرثها وإن ماتت في العدة، وهنا في هذه الحالة لا يرث الزوج زوجته إذا طلقها وماتت قبله حتى وإن كانت في عدة من طلاق رجعي.[2]

ثانيا: الحكم المختلف فيه في ميراث المطلقة في مرض الموت.

اختلف الفقهاء حول ميراث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا، إذا مات الزوج أثناء العدة من هذا الطلاق، فانقسموا برأيهم إلى قولين:

1-**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن المطلقة طلاقا بائن في مرض الموت ترث زوجها، وهذا قول ابن تيمية.[3]وهذا أنه قصد حرمان زوجته من ميراثها، فيعامل بنقيض قصده، واستدل هذا القول بالإجماع:

عن مالك، عن ابن شهاب، عن طلحة بن عبد الله بن عوف، قال: وكان أعلمهم بذلك، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمان بن عوف، أن عبد الرحمان بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها.[4]

2-**القول الثاني:** يمثل هذا القول الشافعية وجانب من الظاهرية، وذلك في قولهم أن المطلقة طلاقا بائنا في مرض زوجها مرض الموت لا ترث سواء أكانت في العدة أم انقضت عدتها عند

---

[1] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ت: عبد الغفار سليمان البنداري، **المحلى الآثار.** لبنان: ط3، ج9، دار الكتب العلمية، 2003، ص240.

[2] علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.** لبنان: ط1، ج7، دار إحياء التراث العربي، 1999، ص265.

[3] تقي الدين ابن تيمية، ت: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، **الفتاوى الكبرى.** لبنان: ط1، ج3، دار الكتب العلمية، 1987، ص322.

[4] مالك بن أنس، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، **موسوعة شروح الموطأ.** مصر: كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، حديث 1229، ط1، ج15، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، 2005، ص210.

موته.[1]وقال ابن حزم: "طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاثة، ولا يعد قيام العدة الطلاق الرجعي".[2]

وقد استدلوا بما روي عن إبن أبي مليكة قال: "سألت ابن الزبير عن رجل طلق امرأته وهو مريض ثم مات، فقال: قد ورث عثمان ابنة أصبغ الكلبية وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة".[3]

3-**القول الثالث:** جاء هذا القول إلى توريث المرأة المطلقة في مرض موت زوجها طلاقا بائن إلا أنهم اختلفوا في وقت الإرث بعد وفاة الزوج، حيث ذهب الحنفية إلى توريث المرأة المطلقة طلاقا بائن بعد وفاة الزوج المطلق في وقت العدة من هذا الطلاق، وذلك لسبب بقاء بعض الأحكام الزوجية وهذا سبب كافي لتوريثها، أما إذا مات الزوج المطلق بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت أجنبية.[4]

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم، نذهب إلى ترجيح القول الأول القائل بتوريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت وذلك لقوة أدلتهم، وهذا إنصافا للزوجة جراء نية السيئة لزوجها لحرمانها من حقها في الميراث، وهذا منافيا لمقاصد الشريعة الإسلامية، فالمريض مرض الموت كان عالما لهلاكه فقام بتطليق زوجته قصدا، لذلك عُمل بنقيض قصده، لذلك فالمرأة المطلقة طلاقا بائن ترث زوجها سواء في العدة أو في انقضائها، وهذا عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على واقعة طلاق مريض الموت.

إذا طلق الزوج المريض مرض الموت زوجته، أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك، وكان قاصدا إنهاء والتخلص من الحياة الزوجية لأسباب متعددة ومناقضة لقصد الشارع، لأن في

---

[1] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص150.

[2] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ج10، مرجع سابق، ص318.

[3] أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، ت: كمال يوسف الحوت، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار.** لبنان: كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثا وهو مريض، هل ترثه؟، حديث 19035، ط1، ج4، دار التاج، 1989، ص171.

[4] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السنكدري المعروف بابن الهمام الحنفي، ج4، مرجع سابق، ص145.

المتعارف عليه أن المريض في وقت مرضه يحتاج إلى من يساعده ويسانده في مرضه وهي في الغالب زوجته، لهذا في هذا العنصر سنحاول إظهار تطبيق معايير التعسف على طلاق المريض مرض الموت.

أولا: المعايير الذاتية.

1-**معيار قصد الإضرار.** ويظهر قصد الزوج المريض الموت من خلال قرينة قصده الإضرار بفعل ضروري لها، وذلك قصد حرمانها من حقها وهو الميراث، فلغير المعقول أن يطلق زوجته التي قد تكون ونسه في مرضه، ويكون زمن الطلاق فقط في مرض الذي يؤدي به حتما إلى موته، فهنا تظهر الغاية من ذلك وهو حرمان الزوجة من حقها.[1]

2-معيار المصلحة غير المشروعة. وتظهر المصلحة غير مشروعة في طلاق المريض زوجته طلاقا بائنا وذلك في الوقت الذي تعلق فيه بحقها في ماله، فليس هناك مصلحة شرعية ترجى من فعل ذلك، بل عكس ذلك وهي إسقاط حق الزوجة، فبمجرد طلاقه البائن يظهر له بمنعها من حقها، إلا أن الشارع الحكيم عاقبه بأن منعه من الميراث منها في الوقت الذي رأى الجمهور توريثها منه، فالأصل أن التوارث بينهما متبادل، إلا أن الزوج ولمصلحته الغير مشروعة استعجل في ذلك دون مبرر مسوغ.[2]

ثانيا: المعايير الموضوعية.

1-معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة. قد يُطلق الزوج المريض مرض الموت لأسباب ودوافع وذلك لدفع الضرر عنه جراء ما ينتج عنه من سوء معاملة الزوجة أو غير ذلك من الدوافع وموازنة ما ينتج من إيقاع الطلاق من مصالح، وما ينتج عنه من مفاسد فقد نجده في المقابل قد يطلق الزوج مريض الموت زوجته لحرمانها من الميراث، وهذا يظهر جاليا مدى اختلال التوازن بين المصالح، فقد نجد الضرر الأكبر للزوجة التي حرمت من حقها، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.

---

[1] عبير ربحي القدومي، مرجع سابق، ص245.

[2] المرجع نفسه، ص245.

2-معيار الضرر الفاحش. إن قيام الزوج بتطليق زوجته في مرض الموت، قد يسبب للزوجة ضررا فاحشا، وخاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا، وإذا كانت بأمس الحاجة إلا من ينفق عليها ويخفف عنها مشاق الحياة، وكذلك يكون كذلك ضررا فاحشا في حرمانها من إرث زوجها الذي يعتبر حق ثابت ومشروع لها، وهنا يظهر الضرر الفاحش ويعتبر الزوج متعسفا في ذلك.

وخلاصة القول بأن طلاق في وقت مرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء نية وقصدا لإضرار الزوجة من حرمانها من حقها الذي أعطي لها، ولكي تثبت تعسفه في ذلك فيكفي أن تثبت أن طلاقها واقع في مرض الموت، فطلاقه يعد فرارا من توريثها، وردا على تعسف الزوج فقد ثبتا شرعا بتوريثها وهذا ما يعد تعويضا للتعسف الزوج تجاهها.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من طلاق مريض مرض الموت.

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى طلاق المريض مرض الموت، لا من حيث أحكامه ولا من حيث آثاره، وهذا ما يحيلنا إلى نص المادة 222 من نفس القانون التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر من مصادر القانون الأسرة، والذي يذهب إلى اتباع المذهب المتبع وهو مذهب المالكي، وحسب ذلك فإن الزوجة ترض زوجها ولو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث.[1]لذلك فإن تصرف المريض مرض الموت بطلاق زوجته، اعتبر التصرف فرارا من حرمانها من الميراث، وهذا ما يعد صورة من صور التعسف في استعمال حق الطلاق، فردا ذلك وعقابا له فإن الزوجة تورث، غير أن نص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منها الميراث".

من خلال المادة فقد ذكر المشرع حالات التوريث وذلك في حالة وفاة أحد الزوجين وفي هذه الحالة لم يحدد المشرع ميراث المطلقة من زوجها المتوفي بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة

[1]العربي بلحاج، **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي.** الجزائر: ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص636.

وباعتبار النص عام في الطلاق ولم يخصصه بكونه في مرض الموت أو في غيره فإنه يمكن إسقاطه على الطلاق في مرض الموت، أي تقييد الزوجة من مطلقها في مرض الموت إن مات خلال العدة فقط.[1] وكذلك لم يفرق المشرع بين عدة الطلاق الرجعي والطلاق البائن، وبين الطلاق العادي والطلاق المتعسف فيه وقت مرض الموت، وبالتالي فإن طلاق في مرض الموت يعد طلاقا شرعيا وقانونيا وأن حق التوارث يبقى قائما بين الزوجين إن مات أحدهما في عدة الطلاق الرجعي، حيث تبقى الزوجة في عصمة زوجها تتمتع بمعظم حقوقها، أما إذا كانت في العدة من الطلاق البائن فإن معظم الفقهاء ومنهم المالكية والحنابلة أبقوا التوارث قائما لصالح الزوجة وذلك لأن الزوج كانت غايته الفرار من إعطاء الحقوق وهو حق ثابت للزوجة وهو حق الميراث. حيث جاء في منطوق القرار: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".[2]

المطلب الثاني: طلاق دون سبب مشروع.

شرع الله تعالى الطلاق وذلك لاستحالة الحياة بين الزوجين، وجعل الطلاق بيد الزوج، فإذا كان الطلاق مناقضا لحكمة التي شرع من أجله، عد هذا الطلاق تعسفا، وهذا نتيجة لخروج عن ما شرع له، كأن يطلق الزوج زوجته لغير حاجة داعية إليه أو دون مبرر شرعي، وهذا منهي عنه لما فيه من إضرار بالزوجة.[3]قال تعالى: "**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا** ".[4]

بناء على ذلك فإن الطلاق بدون سبب من صور الطلاق تعسفي ويمكن تعريفه بأنه: مناقضة

---

[1] العربي مجيدي، "**نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة ـدراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**". رسالة الماجستير، كلية أصول الدين، تخصص الشريعة والقانون، الخروبة، الجزائر، 2002/2001، ص151.

[2] ملف رقم 101444 بتاريخ 1993/12/21 الصادر المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، العدد2، 1993، ص73. نقلا عن: جمال سايس، **قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري**.الجزائر: ط1، ج2، منشورات كليك، 2013، ص95.

[3] حسين أحمد علي مرسي، "**الطلاق التعسفي أسبابه وطرق علاجه من منظور فقهي**". مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، ج12، العدد 05، 2020، ص728.

[4] سورة النساء، آية19.

قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل، بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع ودون حاجة داعية إليه".[1]

ويمكن إعطاء تعريف آخر وهو فك الزوج الرابطة الزوجية بدون حاجة مبيحة له شرعا، أو بدون مسوغ شرعي.

الفرع الأول: حالات الطلاق دون سبب شرعي.

من بين الحالات أو صور الطلاق بدون سبب نذكر منها الطلاق البدعي، الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

أولا: الطلاق البدعي. ويقصد بالطلاق البدعي بقيام الزوج بطلاق زوجته في فترة الحيض أو في طهر أصابها فيه، وسبب تسميته بالبدعي أنه مخالف لطلاق السني الذي بينه الرسول صلى الله عليه وسلم.[2] وتتعدد الألفاظ الطلاق البدعي ومن أمثلتها قول: أنت طالق للبدعة، أو أنت طالق طلاق البدعة، أو طلاق الجور، أو طلاق المعصية، أو طلاق الشيطان.[3]

1-أنواع الطلاق البدعي. وللطلاق البدعي أنواع تتمثل في:

أ-الطلاق البدعي من حيث الصيغة. ويكون مخالف لسنة نبي صلى الله عليه وسلم من حيث صيغته، كأن يطلق زوجته طلقة بائنة في طهر لم يحدث فيه ولا في الحيض الذي قبله معاشرة وهذا يقع طلاقا ويكون المطلق آثما وهذا ما أقره المذهب الحنفي، أما المذهب الشافعي يرى بأنه لا بدعة في الصفة فلو طلقها بائنا لم يأثم.[4]

ب-الطلاق البدعي من حيث الوقت. ويكون بطلاق الزوج زوجته المدخول بها طلقة واحدة رجعية في حيض أو في طهر وقعت فيه معاشرة زوجية، وعلى هذا فطلاق غير المدخول بها لا يكون بدعيا ولو أوقعه في الحيض لأنه لا عدة لها، وكذلك طلاق من لا تحيض أو الحامل

---

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص226.

[2] حسن ناجي عاشور، **شرح قانون الأحوال الشخصية الفرقة بين الزوجين.** مصر: ط1، ج2، دار النهضة العربية، 2021، ص84.

[3] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، مرجع سابق، ص206.

[4] أحمد محمد المومني، مرجع سابق، ص43.

لأن عدتهما بالأشهر أو بوضع الحمل لا بالحيض، فالمطلق آثم لمخالفته السنة، إما من حيث وقوع طلاقه فقد أقر جمهور الفقهاء بوقوعه، ودليلهم قوله صلى الله عليه وسلم لعمر حين أخبره أن عبد الله طلق زوجته وهي حائض "مره فليراجعها"، فدل على وقوع الطلاق في الحيض، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.[1]

أما ابن القيم والشيعة الإمامية وابن حزم الظاهري وابن تيمية قولهم في عدم وقوعه، واستدلوا في قوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**".[2]

2-حكم الرجعة في الطلاق البدعي. واختلف الفقهاء في حكمه إلى رأيين:

أ-الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي مالك وأصحابه وداود الظاهري ورواية عن الإمام أحمد، بأن الرجعة في الطلاق البدعي واجبة، ويجبر الزوج عليها، وكان دليلهم في قوله صلى الله عليه وسلم –أمر بها في قوله–رضي الله عنه: "مره فليراجعها" والأمر في ظاهره للوجوب ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح، واستبقاءه أي النكاح واجب، بدليل تحريم الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي مسها فيه.[3]

ب-الرأي الثاني: وهو قول الجمهور منهم الثوري، الأوزعي والشافعي، وقد ذهبوا إلى القول بأن الرجعة في الطلاق البدعي ليست واجبة، بل هي مستحبة، واستدلوا بأمر الرسول صلى الله عليه وسلم لإبن عمر بأن يراجع زوجته، فقالوا: وأقوال أحوال الأمر الاستحباب، ولأن ابتداء النكاح لا يجب في الأصل، فاستدامته كذلك، فكان القياس قرينة على أن الأمر للاستحباب.[4]

من خلال الرأيين فإننا نرجح القول الأول بوجوب الرجعة وذلك لقوة استدلالهم بالحديث الشريف "مره فليراجعها".

---

[1] محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**. لبنان: ج3، دار الفكر، 1978، ص307.

[2] سورة الطلاق، آية 01.

[3] ابن حجر العسقلاني، ت: محمد ناصر الدين الألباني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام**. الرياض: ط1، ج3، مكتبة المعارف، 2006، ص461، ص462.

[4] نقلا عن: حسن ناجي عاشور، مرجع سابق، ص87.

3-الحكمة من تحريم الطلاق البدعي. تظهر الحكمة من تحريم الطلاق البدعي أن الزوج قد يلحق ضرر بالزوجة وعدم إعطائها فرصة حتى تطهر والضرر يكمن في إطالة فترة العدة بالنسبة لها، لعدم حساب الحيضة التي طلقها فيها، وإن حملت في طهر جامعها فيه فربما حملت فتطول لذلك عدتها.[1] ومن المعروف أن فترة الحيض فترة يبعد الزوج عن زوجته لقوله تعالى: "**وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ**".[2]

فإذا طلقها فيه كان الزوج غير مبرر لتصرفه لأنه قد يكون واقعا تحت تأثير النفور من الزوجة أما في حالة طلاقه للزوجة في حالة الطهر ففي ذلك دلالة قاطعة على أن طلاقه لسبب قوي لا صلة له بالحالة النفور جراء فترة الحيض، بل قد يكون عدم رغبته في معاشرة زوجته فربما حمله على الطلاق الزهد والنفور من الزوجة، وعندما تزول دوافعه وأسبابه ربما ندم على ذلك.[3]

ثانيا: طلاق الثلاث بلفظ واحد. وهو ما اقترن بعدد الثلاث لفظا أو إشارة للمدخول بها أو غيرها، ومن أمثلة ذلك: قول الزوج لزوجته أنت طالق ثلاث، أو أنت طالق طالق طالق، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاثة مرفوعة، إلا أنه اختلف الفقهاء في وقوع طلاق الثلاث بلفظ واحد على قولين:

1-القول الأول: إن من طلق ثلاثة بكلمة واحدة أو متكررة في كلمات في مجلس واحد، وقع ثلاثا وحرمت عليه زوجته حتى تنكح زوجا غيره، قال بذلك الجمهور الفقهاء وابن حزم من الظاهرية وكثير من الصحابة وجمهور التابعين، واستدلوا:

من القرآن الكريم قوله تعالى: "**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.**[4] وقوله سبحانه: "**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ** ".[5]

---

[1] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص44.

[2] سورة البقرة، آية222.

[3] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص44.

[4] سورة البقرة، آية 230.

[5] سورة البقرة، آية237.

ومن السنة: عن محمود بن لبيد، قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبانا، ثم قال: "أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟" حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله.[1]

عن ابن عباس أن رجلا طلق امرأته ألفا، فقال: يكفيك من ذلك ثلاث، وتدع تسعمائة وسبعا وتسعين.[2] عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثا، قال: فسكت حتى ظننته أنه رادها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن الله قال: "ومن يتق الله يجعل له مخرجا".[3] وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، وإن الله قال: "يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن"،[4] في قبل عدتهن.[5]

فدل الأحاديث الشريفة على حكم الرسول صلى الله عليه وسلم بتبيان أن طلاق الثلاث يقع ثلاثا ويقع طلاقا بائنا بينونة كبرى.

2-القول الثاني: إذا طلق الزوج زوجته ثلاثا بلفظ واحد وقعت طلقة واحدة، ومن أصحاب هذا القول ابن عباس وابن اسحاق وطاووس وعكرمة وصره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتبع تلميذه ابن القيم على نصره، وهو اختيار الصنعاني، والشوكاني، والعلامة السعدي، وسماحة الشيخ ابن باز. ومن أدلتهم:

قوله تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ".[6]

---

[1] أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، كتاب طلاق الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، حديث 5564، ج5، مرجع سابق، ص252.

[2] علي بن عمر الدارقطني، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، **سنن الدارقطني.** لبنان: ط1، ج3، كتاب الطلاق والخلع، حديث 3859، دار المعرفة، 2001، ص266.

[3] سورة الطلاق، آية 02.

[4] سورة الطلاق، آية 01.

[5] أبي داود سليمان بن الأشعث الأزيدي السجستاني، ج3، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، حديث 2197، مصدر سابق، ص519، ص520.

[6] سورة البقرة، آية229.

ومن السنة: عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضاه عليهم.[1]

عن ابن عباس، قال: طلق عبد يزيد أبو ركانة وإخوته أم ركانة ونكح امرأة من مزينة، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ما يغني عني إلا كان تغني هذه الشعرة، لشعرة أخذتها من رأسها، ففرق بيني وبينه، فأخذت النبي صلى الله عليه وسلم حمية، فدعا بركانة وإخوته، ثم قال: لجلسائه: "أترون فلانا يشبه منه كذا كذا، من عبد يزيد، وفلانا منه كذا وكذا؟" قالوا: نعم قال النبي صلى الله عليه وسلم: لعبد يزيد "طلقها" ففعل، قال: "راجع امرأتك أم ركانة وإخوته" فقالك إني طلقتها ثلاثا يا رسول الله قال: "قد علمت، راجعها" ثم تلا قوله تعالى: "يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقهن لعدتهن".[2]

الفرع الثاني: تطبيق معايير التعسف على الطلاق بدون سبب شرعي.

مما لا شك فيه أن أصل الطلاق الحظر، وخاصة إذا طلق الزوج زوجته دون سبب شرعي فيكون بذلك متعسفا، إذ يؤدي ذلك ضررا بالزوجة، ولإثبات ذلك فإنه من خلال دراسة نظرية التعسف سنسقط معايير التعسف على الطلاق بدون سبب شرعي من خلال المعايير الذاتية والموضوعية للتعسف.

أولا: المعايير الذاتية.

1-معيار قصد الإضرار.

من المعروف أن الطلاق يوقعه الزوج لأسباب مشروعة، غير أنه خروجا عن ذلك قد يتعسف في طلاقه لأسباب غير مبررة ولا جدية التي تستحق فك الرابطة الزوجية لأجلها، ومن خلال هذا المعيار وتطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، ننظر أولا للأسباب والعوامل النفسية

[1] أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، حديث 1472، باب طلاق الثلاث، مرجع سابق، ص677.

[2] أبي داود سليمان بن الأشعث الأزيدي السجستاني، ج3، حديث 2196، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، مرجع سابق، ص518.

وغيرها التي أدت إلى إيقاعه للطلاق، هل هو كراهة ونفور أو بدون سبب فقط قاصدا الإضرار بالزوجة، فإذا أوقع الزوج الطلاق دون حاجة ولا ضرورة يكون متعسفا، وإذا ثبت ذلك وجب رفع ذلك بالمراجعة أو التعويض عما بدر منه من ضرر.[1]

2-معيار المصلحة غير المشروعة.

شرع الطلاق ليكون حلا للخلافات الزوجية المستمرة التي تستدعي فضها وحلها بالطلاق فيحقق بذلك مصلحة لاستحالة متابعة الزوجية، أما في حالة التي يكون عكس ذلك وهو إيقاع الطلاق دون سبب جدي، حيث سعى في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض، وناقض الحكمة من مشروعية الطلاق، فإنه يكون متعسفا،[2] ويتحمل الزوج المسؤولية عن ما نتج عنه من مصالح غير مشروعة تجاه الزوجة التي قد تكون قائمة بجميع واجباتها كزوجة صالحة.

ثانيا: المعايير الموضوعية.

1-معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.

قد تختلف الأسباب والمبررات في إيقاع الزوج الطلاق، إلا في حالة إيقاعه للطلاق دون سبب شرعي، فيكون متعسفا في استعمال لحقه، وموازنة لتطبيق معاييره على الطلاق نجد أن المصالح نسبتها تتفاوت بين الزوج بالمقابل الزوجة التي تكون أكثر ضررا من الزوج، فإذا كانت المصلحة ضئيلة أما الضرر الناتج للزوجة والأولاد كذلك، فنكون أما التعسف، ويتحقق معيار اختلال التوازن بين المصالح.

2-معيار الضرر الفاحش.

إن الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي، فيه ضرر فاحش بالزوجة ويظهر الضرر الفاحش في أن الزوجة قد تعاني كثيرا من أثر الطلاق التي ينتج عنه، وخاصة أن واقع مجتمعنا ينبذ المرأة المطلقة ويهدر حقوقها، وكذلك تفقد السند التي كانت حامية به نفسها

---

[1] علي سنوني، "**مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق**". أطروحة الدكتوراه، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق، تخصص قانون الأسرة، سيدي بلعباس، 2019/2018، ص273.

[2] جوابي فلة، "**دور الإجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الاسرة**". مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، البليدة، الجزائر، 2017، ص615.

والكثير وخاصة في حال نتاج الأولاد، فيصعب العيش لحالها وقد كانت زوجة صالحة غير كل ذلك الضرر يقابله ضرر نفسي كبير نتاج هذا الطلاق بدون سبب، فنجد أن هذا الطلاق التعسفي نتج عنه ضرر فاحش للزوجة.

الفرع الثالث: موقف المشرع من طلاق بدون سبب شرعي.

ذكر المشرع الجزائري مادة واحدة فقط في قانون الأسرة المتعلقة بالطلاق التعسفي وذلك في نص المادة 52 حيث نصت على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ويظهر من نص المادة أن المشرع الجزائري لم يذكر حالة الطلاق بدون سبب، إلا أنه قد ثبت عن المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا وقانونا إن كان طلاق الزوج غير مبرر، فللمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة، وأن الطلاق الغير مبرر صورة من صور الطلاق التعسفي.[1]

ويكون الطلاق بتوفر شرطين، فقد ورد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/01/18، أن الطلاق تعسفي "حيث بمقتضى نص المادة 52 ق أ قد حدد توفر شرطين متلازمين لإمكانية القضاء بالتعويض المذكور: الأول: إيقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول، وثانيهما: تعرض الزوجة للضرر اللاحق بها بسببه، وحيث أنه لما توافر هذان المسببان معا فإن المطعون ضدها تستحق التعويض".[2]

فيكون الطلاق تعسفيا إن كان بدون مبرر أو بغير سبب جدي كما ورد في قرارات المحكمة العليا كالقرار المؤرخ في 1999/03/16، تقول بعدم جدية الأسباب التي دفع بها الزوج لتبرير الطلاق، "حيث أن القرار المطعون فيه قد نوه في أسبابه من كون أن الزوج تمسك بالطلاق ولو بإرادته المنفردة علاوة على أن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعن بأن الأسباب التي استند عليها

---

[1] نقلا عن: جوابي فلة، مرجع سابق، ص612.

[2] قرار رقم 233707 بتاريخ 2000/01/18، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور. نقلا عن: حساين عومرية، "**دور اجتهادات قاضي الأحوال الشخصية في الحد من الطلاق التعسفي _قراءة في القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم_**". مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد6، الغواط، العدد2، 2022، ص134.

في طلبه للطلاق لم تكن جدية أو في مستوى الأدلة الأمر الذي جعلهم يعتبرون الطلاق تعسفي ومسؤوليته تكون على عاتق المطلق".[1]

لذلك يمكن القول أن المشرع لم يشر صراحة عن طلاق بدون مبرر على أنه طلاق تعسفي إلا أنه من خلال الاجتهادات القضائية نجد أن طلاق بدون سبب مشروع وجدي هو صورة من صور الطلاق التعسفي.

في المقابل نجد القانون الأحوال الشخصية الأردني نص صراحة على طلاق دون سبب وذلك في نص المادة 134 على أنه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب مشروع...". ونستنتج أن المشرع الأردني اعتبر طلاق الزوج بدون سبب مشروع هو صورة من صور الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: التنظيم الإجرائي لدعوى الطلاق التعسفي.

مما لا شك فيه أن الطلاق حق ممنوح شرعا للزوج، فبمجرد لفظ الزوج الطلاق تعد الزوجة مطلقة وتبدأ في العدة، في المقابل قانونا نجد هناك بعض الاختلافات عن الشريعة الإسلامية وهي محور دراسات كثيرة، إذ يثبت الطلاق قانون إلا بصدور حكم ويعد بمثابة وثيقة تثبت الطلاق وتبدأ المطلقة بها العدة، فيكون صدور الحكم بعد اتباع عدة إجراءات وفقا لما أقره المشرع الجزائري، وهذا ما سيتم تناوله في المطالب الآتية من رفع الدعوى إلى صدور الحكم بالطلاق.

إلا أنه ما يمكن تبيانه أنه ليس هناك ما يسمى بالدعوى الطلاق التعسفي، إنما يعد نتيجة لطلاق بإرادة منفردة للزوج دون تسبيب منه.

[1] قرار رقم 219736 بتاريخ 1999/03/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور. نقلا عن: حساين عومرية، مرجع سابق، ص136.

المطلب الأول: المسار الإجرائي لرفع دعوى الطلاق.

تعتبر رفع الدعوى حق لكل شخص له حق متنازع فيه، والطلاق بإرادة منفردة حق للزوج في إيقاعه، إلا أنه لا يثبت هذا الحق إلا بعد صدور حكم، وذلك عن طريق رفع دعوى حسب ما تضمنه القانون الجزائري.

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى.

اشترط المشرع الجزائري شروطا لقبول الدعوى وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] وتحديدا في المادة 13 منه والتي كانت صريحة في تحديدها لشروط قبول الدعوى بصفة عامة وتنطبق هذه الشروط على دعوى الطلاق، وبدونها تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: الصفة. والمقصود بالصفة هنا هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى بموضوع النزاع.[2]

فيشترط القانون لقبول الدعوى الصفة من طرف صاحب الحق،[3]سواء كان هذا الشخص طبيعي أو معنوي، قاصرا أم راشدا. كذلك فإن الصفة تمنح للشخص مركز القانوني له، فرافع الدعوى هو صاحب الحق المدعي وهو الذي باشر الدعوى ضد المدعى عليه.

في حالة التي لم تتوفر الصفة في المدعي فلا يقبل دعواه، فإذا كان المدعي لا يطالب بالحق لنفسه، فإنه لا تقبل دعواه وكذلك لا يستطيع الشخص دون صفة ممنوحة إليه أن يرفع دعوى إبطال عقد فيجب توفر الصفة فيه وإلا بطلت الدعوى.[4]

---

[1] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 23أبريل2008، العدد21، ص4.

[2] سائح سنقوقة، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** الجزائر: ج1، دار الهدى، 2011، ص45.

[3] محمد أمين مودع، "**شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري**". مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد02، 2018، ص141.

[4] حسين فريجة، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** الجزائر: ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص15.

إذا فيمكن القول أن في الدعوى الطلاق التي تكون بإرادة المنفردة للزوج فإن شرط الصفة شرط وجوبي لقبول الدعوى، وتكون الصفة للزوج الذي يطالب بالطلاق وهو في صفة المدعي وأن تخلف شرط الصفة للزوج المدعي في الدعوى هي رفض الدعوى لعدم توفر الصفة المشروطة في المادة 13 من ق إ م إ.

ثانيا: المصلحة. تعرف المصلحة بأنها "المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء فالأصل أن الشخص إذا اعتدى على حقه تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء، وهو أيضا يبتغي منفعة من هذا الالتجاء".[1]

إذا فيمكن أن نعرف المصلحة بأنها الدافع والغاية المرجوة من رفع الدعوى.

لا تعتبر المصلحة شرطا لقبول الدعوى فقط بل هي شرطا لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم.

فالمصلحة حسب المادة 13 ف1 من ق إ م إ تنص: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

إذا فمن نص المادة السالفة الذكر فإن المصلحة يشترط فيها عدة شروط:

1-أن تكون المصلحة محتملة وقائمة. وتكون المصلحة محتملة وذلك في حالة احتمال وقوع ضرر أو دفعا لضرر والمحافظة عليه وهذا خوفا من أي اعتداء أو زوال دليل عند النزاع، أما المصلحة التي تكون قائمة في حالة وجود ضررا أو حق اعتدي عليه.

2-مصلحة قانونية. ومعناه أن يكون لرافع الدعوى أو صاحب الصفة حقا للمطالبة به أي أن يكون موضوع الدعوى المطالبة بحق أو بمركز قانوني أو التعويض عن ضرر.[2]ولا يمكن قبول الدعوى إذا كانت غير قانونية أي أن لا تكون مخالفة لنظام العام والآداب العامة.[3]

---

[1] عبد العزيز مقفولجي، "**شروط قبول الدعوى**". مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، 2013، ص112.

[2] حسين فريجة، مرجع سابق، ص16.

[3] محمد أمين مودع، مرجع سابق، ص143.

3-أن تكون المصلحة شخصية. ويقصد بالمصلحة الشخصية أنه لا يجوز لغير صاحب الحق أن يرفع الدعوى للمطالبة بحق غيره، إلا في حالات كالولاية على صاحب الحق كأن يكون وصيا عليه أو وليا شرعيا، وكالوكيل بالنسبة للموكل.[1] وقد تكون المصلحة مادية في حالة المطالبة بدين، وقد تكون المصلحة معنوية كالمساس بالشرف.[2]

إذا فيمكن القول أن المصلحة شرط لرفع دعوى الطلاق وتكون هذه المصلحة الباعث لرفع دعوى طلاق وهي مصلحة فك الرابطة الزوجية سواء تعسفا أو غيره فيكفي تحقق المصلحة بتحقق شروطها.

ثالثا: الإذن. نصت المادة 13 في فقرتها الثالثة من قانون إ م إ: "كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون". فمن خلال المادة المذكورة فإن الإذن شرط من شروط قبول الدعوى بشرط اشتراط القانون له. ويقصد بالإذن الرخصة القانونية التي تلزم الحصول عليها لمباشرة الدعوى.

ومثل هذه الرخصة أو الإذن:

- الرخصة المنصوص عليها في المادة 07 من ق أ والمتعلقة بالزواج بالنسبة للقاصر.
- الإذن المنصوص عليه في المادة 05 من القانون التجاري.
- الإذن المنصوص عليه في المادة 88 من ق أ.
- الإذن المنصوص عليه في المادة 84 من ق أ.

وعليه فإن شرط الإذن في قضايا الطلاق لا وجود له، وذلك أن المدعي يمثل نفسه لا يستدعي من يمثله، وهو الأدرى بما يدور حوله من مشاكل أسرية.

[1] حسين طاهري، **الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة.** الجزائر: ج1، دار الخلدونية، 2012، ص14.

[2] محمد أمين مودع، مرجع سابق، ص143.

الفرع الثاني: رفع الدعوى من حيث الاختصاص.

يعد الإختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، فالاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، فله أهمية كبيرة في سير الدعوى فمثله الأستاذ بربارة عبد الرحمان في قوله: "عنصر الاختصاص يشكل مفتاح كل دعوى، إذا وضع في قفل الباب المناسب، فتح المدخل وتم البدء في مناقشة الموضوع".[1]وهو على نوعين الاختصاص المحلي (أولا)، والاختصاص النوعي(ثانيا)، والاختصاص بنوعيه في شؤون الأسرة بالمحكمة هو محل الدراسة وهذا ما سيتم التطرق إليه فيما يأتي.

أولا: الاختصاص المحلي. المقصود بالاختصاص المحلي أو الإقليمي هو نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة أي المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي، وقد أخذ المشرع الجزائري في قانون إ م إ بالاختصاص المحلي وجعله في الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار وهذا ما نصت إليه المادة 37 قانون إ م إ.[2]

إذا؛ فإن الاختصاص المحلي في قضايا الطلاق مشتق من الاختصاص العام الإقليمي للمحكمة، التي تشكل هذه القضايا نوع من النزاعات فرع من فروع القسم شؤون الأسرة، وهذا ما ذكرته المادة 426 ف 3 من قانون إ م إ التي ورد فيها تحديد الاختصاص المحلي لقضايا الطلاق وهي محكمة وجود المسكن الزوجي عندما يتعلق النزاع بالطلاق، ومكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما في الطلاق بالتراضي.

---

[1] بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** الجزائر: ط2، منشورات بغدادي، 2009، ص74.

[2] محمد الطاهر جرمون، **محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لطلبة السنة الثانية حقوق.** جامعة حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الوادي، الجزائر، 2021/2020، ص45.

وعليه، فإن المادة 36 من قانون المدني تنص على: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

تعرف الإقامة الزوجية وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي، فمحل إقامة الزوجة هو نفس محل إقامة الزوج وهو محل إقامة الزوجية، والذي تباشره في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق دون غيرها.[1]

إن مسألة الاختصاص من مسائل التي تثير إشكالا من حيث الواقع العملي وخاصة من ناحية منازعات الطلاق وذلك في حالة عدم استقرار الزوجان في مسكن زوجية واحد ودون امتلاك عقد ملكية أو إيجار وطلب أحد الزوجين فك الرابطة الزوجية، فيطرح التساؤل في هذه الحالة ما هو الاختصاص المحلي في هذه الحالة؟

في هذه الحالة يمكن اللجوء إلى القاعدة العامة للنص المادة 37 وما بعدها من قانون إ م إ

وهو تحديد الاختصاص للمحكمة المختصة هي آخر موطن المدعى عليه.

وكذلك نجد من بين الإشكالات الاختصاص خروج عن القاعدة العامة لنص المادة 37 من قانون إ م إ وهي نص المادة 40 من نفس القانون والمذكورة على سبيل الحصر والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أي أنها من النظام العام، إذ نجدها تنص في فقرتها الثانية "في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن"

[1] محمد ملاحي، "**دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون أسرة، جامعة يوسف بن خدة الجزائر01، 2016/2015، ص30.

ومن هذا المنطلق فإن مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، أنه من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر مسكن الزوجية، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون.[1]

ثانيا: الاختصاص النوعي. يقصد بالاختصاص النوعي نوع الجهة القضائية المختصة التي لها سلطة النظر في نوع الدعاوى المختصة لها، وقد حددها المشرع الجزائري في قانون إ م إ في نص المادة32. [2] فإذا كان النزاع المعروض يخص المحل التجاري فإنه يحال إلى القسم التجاري.

فالمحكمة هي الجهة القضائية ذات اختصاص العام وتتشكل من عدة أقسام، كل نوع قضية تحال إلى القسم المختص بذلك وقد فصلت المادة 32 من قانون إ م إ ذلك، أما فيما يخص الاختصاص النوعي لقضايا الطلاق فإنها تحال إلى القسم شؤون الأسرة وهذا حسب فقرة 3 من نفس المادة.

إضافة إلى ف6 من نص المادة32 إ م إ "في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا".

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة؛ أنه في حالة عدم إحالة ملف النزاع أمام القسم المختص فإنه لا يرتب بطلان النزاع لعدم اختصاص النوعي، بل أنه يحال الملف إلى القسم المختص عن طريق أمانة الضبط بعد إخطار رئيس المحكمة، فإذا سجلت قضية في شؤون الأسرة في غير قسم المختص فإنه لا يمكن أن يفصل فيها بعدم الاختصاص النوعي، بل يتعين عليه أن يحيلها إلى أمانة الضبط إلى القسم المختص وهو قسم شؤون الأسرة بعد إعلام رئيس المحكمة بذلك.

---

[1] ملف رقم 56249 بتاريخ 1989/11/27 المحكمة العليا، سنة1992، العدد الأول لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، ص51.

[2] محمد الطاهر جرمون، مرجع سابق، ص39.

إذا فإن الدعاوى الطلاق ينظر فيها قسم شؤون الأسرة وذلك حسب نص المادة 423 ف1 قانون إ م إ التي تنص: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في سير دعوى الطلاق التعسفي.

أعطى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق ممارسة الدعوى بصفة عامة التي تخص جميع الدعاوى، إلا ما يخص دراستنا هو تسليط الضوء على الإجراءات المتبعة في سير الدعوى الطلاق أمام القسم شؤون الأسرة.

الفرع الأول: طرق ممارسة الدعوى.

يرتبط حسن سير الدعوى الطلاق التعسفي بالإجراءات يجب إتباعها والتي تعد بمثابة مراحل أساسية في السير من حيث الإجراءات والإيداع والتبليغ وهي كالآتي:

أولا: تسجيل العريضة. يقوم الزوج بصفته المدعي الطالب لفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة بعدة إجراءات أهمها وبداية بكتابة عريضة افتتاحية والتي يعتبر إجراء أولي ومهم في إجراءات رفع الدعوى الطلاق، وهذا اعتبارا لشكلها والذي أعطى له المشرع أهمية وفقا لبيانات يجب توافرها في هذه العريضة أي تخلف عنصر من هذه البيانات ترتب عليه البطلان وتكمن أهمتها من خلال تشريع فصل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 14 إلى المادة 17 من نفس القانون.

تشترط في العريضة الافتتاحية بيانات يستوجب على المتقاضي أو وكيله القانوني مراعاتها، قبل اللجوء إلى المحكمة والتي يمكن حصرها فيما يلي:

-العريضة مكتوبة بالعربية موقعة ومؤرخة وبعدد الأطراف.

-العريضة تتضمن تحت طائلة عدم القبول البيانات التالية:

أ-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

ب-اسم ولقب وموطن المدعي.

ت-اسم ولقب وموطن المدعى عليه.

ث-إدخال النيابة العامة في العريضة طبقا للمادة 03 من قانون الأسرة الجزائري.

ج-يجب أن تتضمن العريضة موجز للوقائع والطلبات والأسس القانونية المستند عليها.

ح-الإشارة إلى المستندات المرفقة بالدعوى.[1]

ما يمكن الإشارة عنه أن الإخلال بأحد هذه البيانات تؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا، ويبقى من حق المدعي إقامة دعوى جديدة بعريضة تتضمن جميع البيانات المذكورة سابقا،

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1971/02/10:

"يجب لقبول العريضة شكلا أن تكون محتوية على الوقائع لجزاء عدم القبول".[2]

ثانيا: تبليغ العريضة. بعد إيداع عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط وأداء الرسوم القضائية يقوم أمين الضبط بتقييد الدعوى في سجل خاص تبعا لترتيبها مع تسجيل جميع البيانات من أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة،[3] وفي هذا الصدد ومع مواكبة التطور التكنولوجي أو ما يعرف بالرقمة استحدثت الدولة على مستوى المحاكم خدمات الشباك، التي يتم فيها بمجرد تسجيل القضية يتم تسجيلها في جهاز الإعلام الآلي حتى يتمكن المحامي أو المتقاضي من الإطلاع عليها دون اللجوء إلى كتابة الضبط.[4]

---

[1] محمد ملاحي، مرجع سابق، ص38، ص39. (الملحق 01)

[2] ملف غير موجود، قرار صادر بتاريخ 1971/02/10، المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، نشرة القضاة سنة 1972، العدد2، ص77. نقلا عن: محمد طواهري، "**إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الطلاق نموذجا)**". مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد07، العدد01، 2021، ص407.

[3] عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية.** الجزائر: دار هومة، 2013، ص78.

[4] محمد طواهري، مرجع سابق، ص408.

بعد ذلك تسلم العريضة إلى المدعي بغرض تكليف الخصم وهي الزوجة رسميا بحضورها لأول جلسة، وذلك عن طريق محضر قضائي الذي يقوم بتبليغها رسميا وذلك في غصون 20 يوما على الأقل بين التسليم بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة وهذا وفقا لنص المادة 16 من قانون إ م إ.[1]

وتكون إجراءات التبليغ بمراحل وهي تبليغ المعني وهي الزوجة شخصيا بعد التنقل إلى مقر سكناها، أو تبليغ المعني بواسطة أحد أفراد أسرتها، وتليها مرحلة في حالة رفض الاستلام فتبلغ عن طريق البريد وهذا عن طريق رسالة مضمنة، تحتوي على نسخة من العريضة يرسلها المحضر القضائي عن طريق البريد، فإذا رفض الاستلام تليها المرحلة التعليق عن طريق لوحة الإعلانات بالبلدية والمحكمة المختصة في النزاع ويحرر المحضر القضائي

محضر يبين فيه عن إجراءات التبليغ ورفض المدعي عليها استلامه وهذا ما نصت عليه المادة 412 من قانون إ م إ.[2]

بعد التبليغ المدعي عليها يتم التبليغ النيابة العامة وذلك لأنها تعد طرفا أصليا في النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 03 من ق أ، وجاءت المادة 438 من قانون إ م إ على وجوب الزوج طالب الطلاق أن يقوم بتبليغ نسخة من العريضة إلى وكيل الجمهوري ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة، وذلك بواسطة المحضر القضائي أو بواسطة أمين ضبط المحكمة، فنجد في الواقع العملي أن المدعي غير ملزم بتبليغ النيابة العامة، وإنما يتولى أمين ضبط قسم شؤون الأسرة تبليغها إلى ممثل النيابة العامة.[3]

الفرع الثاني: الصلح كإجراء وجوبي قبل الفصل في الدعوى.

بعد تسجيل الدعوى وانعقاد الخصومة يتم تحديد تاريخ جلسة الصلح ويتم استدعاء الزوجين فقد جعل المشرع الجزائري إجراء الصلح في قضايا الطلاق، وهذا حفاظا على الروابط الأسرية

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص78. (الملحق 02)

[2] محمد ملاحي، مرجع سابق، ص41.

[3] محمد طواهري، مرجع سابق، ص409.

والزوجية، إذ يعد الصلح إجراء يسعى من خلاله القاضي بإيجاد حل وحد للطلاق من أجل استمرارية الحياة بين الزوجين.

من خلال ذلك، يجب تحديد طبيعته وكيفية إجرائه في المحاكم.

أولا: طبيعة إجراء الصلح. يعد إجراء الصلح أمر وجوبي للقاضي أي يجب على القاضي إجراء الصلح بين الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة 49 فـ1 من ق أ بقولها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

إضافة إلى أن إجراء الصلح أمر وجوبي للطلاق، فإنه يتسم بسرية في جلساته وذلك لحفظ الأسرار وخاصة أن إجراء الصلح يقوم بين زوجين وحفاظا على هذه الرابطة والتي لا يجب أن تكون معلنة على العلن فإن المشرع الجزائري وحفاظا على هذه الرابطة جعل إجراء الصلح وجوبي وسري وهذا ما نصت عليه المادة 439 من قانون إ م إ صراحة "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

وإلى جانب ذلك، فإن المشرع ألزم القاضي بعقد عدة جلسات للصلح، فقد ترك سلطة تقديرية للقاضي حسب كل نزاع وقد تكون جلستين أو أكثر كما قد تكون جلسة واحدة وهذا استنتاجا من نص المادة 49 من خلال عبارة "عدة جلسات"، إلا أن هذه الجلسات مفتوحة على ألا تتجاوز مدة إجراء جلسات الصلح ثلاث أشهر.[1]

في يوم الجلسة يستمع القاضي إلى كل من الزوج على انفراد ثم إليها معا، فيمكن استثناءا حضور أحد أفراد العائلة وذلك بطلب من أحد الزوجين وذلك للمشاركة في محاولة الصلح وهو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 440 من قانون إ م إ.[2]

[1] سمية بوكايس، "**مدى فاعلية إجراء الصلح في دعاوى الطلاق**". المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد06، العدد 01، 2021، ص35.

[2] نفس المرجع، ص36.

ما يجدر الإشارة إليه وهي حالة غياب أحد الزوجين عن الجلسة بدون عذر رغم علمهم بهذه بتاريخ الجلسة، فإنه في هذه الحالة يجوز لقاضي شؤون الأسرة أن يحرر محضرا بالغياب عن جلسة الصلح يوقعه مع أمين الضبط للرجوع إليه عند الحاجة، ثم بعد ذلك يقوم بالفصل في الدعوى بالحالة التي هي عليها بعد استنفاد إجراءات تبادل المذكرات عند اللزوم.[1]

ثانيا: تحرير محضر الصلح. بعد جلسة الصلح سواء كانت مهلة التفكير قد تمخضت عن نتائج إيجابية أو سلبية فإنه يتعين على القاضي أن يحرر محضر يتضمن المهلة الممنوحة للزوجين للتفكير في أمر الصلح، ليرجع إليه عند الحاجة، إذا نجح القاضي في الإصلاح بين الزوجين يتعين تحرير محضر يتضمن البنود المتفق عليها ليكتسب ذلك المحضر صفة السند التنفيذي، وقد نصت على ذلك المادة 443 قانون إ م إ.

أما في حالة الطلاق بإرادة منفردة للزوج وقد أصر على الطلاق وكانت نتيجة جلسة الصلح سلبية وبائت بالفشل، فإن في هذه الحالة يقوم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح وتواريخ محاولات الصلح وجلساتها، ويتم توقيع الطرفين إلى جانب توقيع القاضي وأمين الضبط، ويلحق هذا المحضر بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الدعوى.[2]

المطلب الثالث: مراحل صدور الأحكام وطبيعتها.

من المعلوم أنه بعد الانتهاء من كافة الإجراءات الشكلية للدعوى، وإجراءات التبليغ وجلسة الصلح التي لم يوفق فيها للصلح بين الزوجين وأصر الزوج على الطلاق بإرادته المنفردة والتي تبين أنه يريد فك الرابطة الزوجية بعدم تسبيبه للطلاق، فإن بعد هذه الإجراءات يصدر الحكم بالطلاق وفقا ما سيتم معالجته في الآتي:

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص89.

[2] نوال تومي، خلواتي صحراوي، "**أحكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية**". مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021، ص321. (الملحق 03)

الفرع الأول: صدور الحكم بالطلاق.

إن صدور الحكم يكون بعد انتهاء من كافة الإجراءات ويكون صدور الحكم من قاضي فرد طبقا للمادة 255 من قانون إ م إ، ويكون صدور الحكم في جلسة علنية بخلاف الجلسة الصلح التي تمتاز بكونها أنها سرية، فينطق القاضي بالحكم في الجلسة طبقا لنص المادة 273 قانون إ م إ، من طرف الرئيس الذي سهر على سير الملف، من خلال كافة الإجراءات، ويكون النطق بالحكم في بداية الجلسة، وإذا رأى القاضي أنه سوف يؤجل النطق بالحكم وجب عليه تحديد تاريخ النطق بالحكم في الجلسة الموالية.[1]

فإذا رأى القاضي أن الزوج متمسك بإرادته المنفردة بفك الرابطة الزوجية دون تسبيب منه، أو أسباب جديرة بفك هذه الرابطة، وأن الطلاق حق للرجل وهو حق شرعي إذ أن العصمة في يد الزوج، فإن القاضي عند النطق بالحكم فإنه ينطق بفك الرابطة الزوجية بتكييفه بالطلاق التعسفي وذلك لخلو الأسباب المؤدية للطلاق.

إن الحكم قد يصدر على حالتين:

أولا: حضوريا. ويكون الحكم الصادر حضوريا عملا بنص المادة 288 من قانون إ م إ:

1-إذا حضر الخصم المدعى عليه شخصيا.

2-تقديم مذكرات من المدعى عليه أو وكيله القانوني، عن طريق تقديم ملاحظات وطلبات، ولا يهم بعد ذلك حضور المدعى عليه إلى الجلسة أم لا، وعليه فإن الحكم يعتبر قد صدر في حضوره.[2]

ثانيا: غيابيا. ويصدر الحكم غيابيا في حالة عدم حضور المدعى عليه أو وكيله أو محاميه بالرغم من صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا وذلك عملا بنص المادة 292 من قانون إ م إ.

[1] محمد ملاحي، مرجع سابق، ص68.

[2] المرجع نفسه، ص72.

الفرع الثاني: طبيعة الأحكام في الدعوى الطلاق.

يعتبر الحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف وذلك لأنه يدل على إرادة نحو فك الرابطة الزوجية، فليس للقاضي تدخل فيه إلا في محاولة الصلح وذلك لتوسط في استمرارية الحياة الزوجية، إلا أنه قد يفشل القاضي في محاولة الصلح إذا كان الزوج متمسك بالطلاق، ومن ثم فإن للقاضي صدور الحكم بالطلاق، ويعد هذا الأخير حكم بصيغة ابتدائية نهائية، إذ لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية كالنفقة.[1] وهو ما قضت به المحكمة العليا في قراراها بتاريخ: 1991/03/20 على أنه: "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية ومن ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

[1] لعلى سعادي، "**الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2015/2014، ص459.

[2] ملف رقم 72858 بتاريخ 1991/03/20 المحكمة العليا سنة 1993، العدد الخاص لإجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، ص56.

ملخص الفصل الأول.

_ وخلاصة مما سبق:

. حق الطلاق مقيد بعدم إساءة استعماله، فلا يجوز لصاحب الحق إيقاعه وقت ما شاء، وبدون وجه حق، فإذا تمادى الزوج وحاد عن الأسس الشرعية والقانونية في استعماله حقه للطلاق فهو بفعله هذا يعد متعسفا.

. إن استعمال الحق مقيد بوظيفة الحق ذاتها، فللحق وظيفة اجتماعية، ولا يحميه القانون إلا إذا استعمل في هذا الإطار، فاستعماله مقيد بعد الإضرار بالغير، فالقانون لا يحمي الشخص إذا كان متعسفا في استعمال حقه، فأساس نظرية التعسف كان محل خلاف بين العلماء، وأرجح الآراء أن نظرية التعسف ترتبط بغاية الحق لا بحدوده، لأن من المسلم به أن المتعسف قد لا يخرج عن حدود الحق، ولكنه قد يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها.

. اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك من خلال ما تبين في نص المادة 124 من نفس القانون، إذ أخذ بنظرية التعسف بضوابطها الواردة في الفقه الإسلامي، وأنه صاغها على شكل مبدأ عام بالنسبة لجميع الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، بل يسري في جميع نواحي القانون، وقد حدد المشرع معايير التعسف في استعمال الحق بثلاثة حالات: 1-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، 2-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، 3-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

. يعتبر الطلاق التعسفي من المصطلحات الحديثة، إذ يعد محور اهتمام العديد من الدراسات في الأحوال الشخصية، فيعرف الطلاق التعسفي على أنه إساءة الزوج لحق الطلاق وذلك قصد الإضرار بالزوجة.

. إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للطلاق التعسفي في قانون الأسرة، إلا أنه أشار إليه في المادة 52 من نفس القانون، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق.

. على الرغم من أن الطلاق أبغض الحلال عند الله إلا أنه مشروع ودليل ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية وكذلك الإجماع.

. إن حكم الطلاق التعسفي هو الحظر لا الإباحة، وذلك أن الطلاق لا يباح إلا لحاجة تقضي ذلك، وهذا ما بني عليه في حكم الطلاق التعسفي.

. من مظاهر التعسف الزوج في حق الطلاق، إيقاعه وهو في حالة مرض الموت وكذلك الطلاق بدون سبب مشروع؛ ففي الصورة الأولى فإنه يتعسف الزوج في إيقاعه للطلاق وذلك لحرمان الزوجة من الإرث وهو حق ثابت لها، وبتصرفه هذا يعد متعسفا طبقا لما اسقط عليه من معايير الذاتية والموضوعية للتعسف، أما الصورة الثانية وهي الطلاق بدون سبب شرعي فقط قاصدا بها الإضرار وإيذاء الزوجة، وهذا ما يخالف الحكمة من تشريع الطلاق، فهذا الأخير شرع كحل بديل من الخروج من المشاكل التي تقع بين الزوجين، وإيقاع الطلاق دون سبب مسوغ، ومن حالات إيقاعه الطلاق البدعي، والطلاق الثلاث بلفظ واحد، فيعد تعسفا،وهذا لما تقتضيه معايير التعسف من إسقاط هذه الصورة عليها.

. إن المشرع الجزائري أعرض عن ذكر صور ومظاهر الطلاق التعسفي، وترك المجال إلى الاجتهادات، وهذا من خلال قراراتها الصادرة عن المجلس القضائي والمحكمة العليا.

. من الشروط الإجرائية التي تشترط في المطلق الرافع لدعوى الطلاق بإرادة منفردة الصفة والمصلحة مع اشتراط الاختصاص المحلي والنوعي التي تخص هذا النوع من القضايا.

. وجوب القيام بعدة إجراءات لضمان سير دعوى الطلاق من تسجيل العريضة وتبليغها وهذا ما نص عليه القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

. اشتراط المشرع الجزائري إجراء جلسة صلح بين الزوجين وهذا إجراء وجوبي لسير الدعوى والهدف من هذه الجلسة إعطاء فرصة كلا من الزوجين لتصالح، قد ينجح هذا الإجراء وقد يبوء

بالفشل، في حالة هذه الأخيرة فإن القاضي يقوم بكتابة محضر بفشل الصلح بين الزوجين، ويصدر حكم بالطلاق.

. إن عدم تسبيب الطلاق من طرف الزوج، فإنه يصدر حكم بالطلاق التعسفي، وهذا طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة.

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وأضفى عليه من القدسية ما جعله متميزا عن سائر العقود، وذلك لتحقيق ما يهدف إليه من مقاصد سامية، التي ينتج عنها ثمارها من مودة ورحمة وقلوب يسودها التآلف والصفاء بين الزوجين، إلا أنه قد يسود الحياة الزوجية نفور بين القلوب وتفاقم الشقاق وغياب الوفاق، وقد يصعب العيش والاستمرار، فيوجب إصلاح بينهما فإذا فشلت المساعي الحميدة وجب الفراق.

للرجل حق الطلاق وإيقاعه، فالعصمة بيده، يوقعه حتى ولو كانت الزوجة غير راضية والحكمة من ذلك أن الرجل له شأن في ضبط النفس عند الغضب والتبصر في العواقب، فلا يقدم على الطلاق إلا لحاجة دافعة لذلك، ولا ننكر أنه قد يستعمل هذا الحق في غير محله لأسباب غير جدية، ويكون قد تعسف في إيقاعه لحق الطلاق.

بالرغم من أن الطلاق بيد الرجل ولحكمة أنه قادر على الموازنة، على غير المرأة التي تكون غالبا تميل إلى العاطفة لما لها من غريزة تجعلها أكثر تأثر وأسرع في اتخاذ قرارها، وقد تنفعل لأهون الأسباب، فلو جعلت العصمة بيدها لكانت الحياة الزوجية مهددة بالانهيار، فكان الأجدر جعل العصمة بيد الرجل.

وإذا كان للزوج الحق في الطلاق يوقعه بإرادته المنفردة، فإن للزوجة لها الحق في فك الرابطة الزوجية، وهو من حقوقها الشرعية التي منحها إياها الإسلام، باعتباره جاء مساويا بين الرجل والمرأة وأعطى كل ذي حق حقه، فجعل للزوجة الحق في الخلاص من زوجها بافتداء نفسها منه إذا ساءت العشرة بينهما، أو رأت أنها تبغضه واشتد كراهتها له، بحيث تخشى أن تخرج عن الطاعة الذي رسمه الشرع في المعاملة الزوج.

وهذا الافتداء توقعه الزوجة في الحالات التي تستدعي ذلك وخوفا من الوقوع في المحظور، إلا أنه وبتطور استعماله ومن خلال تعديل المشرع لقانون الأسرة 02/05 المعدل والمتمم لقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، وبتعديله لنص المادة 54 منه، وإلغاء موافقة الزوج على الخلع، فإنه فتح بابا لتعسف الزوجة فيه، وخاصة أن هذا الحق الممنوح

غير ملزم إثبات الأسباب، فنكون أمام مسألة حديثة وهي تعسف الزوجة في حق الخلع، وهو محور دراستنا في هذا الفصل.

وستتم دراسة هذا الفصل، إذ يمكن للزوجة أن تتعسف في استعمال حق الخلع، وتكون معالجة هذا الفصل عن طريق ثلاث المباحث: فالمبحث الأول فيتناول دلالة الخلع، والمبحث الثاني يعالج مظاهر التعسف الزوجة في حق الخلع، أما المبحث الثالث يتطرق إلى الإجراءات القانونية لدعوى الخلع.

المبحث الأول: دلالة الخلع.

تقوم الحياة الزوجية على المودة والرحمة وحسن المعاشرة، إلا أنه قد يحدث سبب من الأسباب، ومن بين الأسباب كره الزوج لزوجته، في المقابل قد يكون كره المرأة لزوجها فتصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح، لذلك جاءت الشريعة مراعية لظروف الناس بحيث رخصت علاجا والمتمثل في الفرقة بين الزوجين، فإن كانت الكراهية من جانب الزوج فبيده الطلاق، أما إن كان من طرف الزوجة فقد أباح لها الشارع الخلع وهو طريق لفك الرابطة الزوجية، فما هو الخلع؟ وماهي طبيعته وأركانه؟

من هذا المنطلق سيتم معالجة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الخلع.

يعد الخلع المنفذ والمخرج الوحيد الذي تتمسك به المرأة في حال البغض أو الكراهة، فيعتبر أداة في يد الزوجة لتضع حدا للعلاقة الزوجية التي قد تبوء بالفشل، وعليه تستوجب هذه المعالجة بالتعريف الخلع (الفرع الأول)، مع تبيان حجيته والحكمة من تشريعه (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف الخلع.

تنوعت تعاريف الخلع بين فقهاء الشرع والقانون، فسنعرفه من الناحية اللغوية(أولا)، ومن الناحية الاصطلاحية الفقهية والقانونية (ثانيا).

أولا: الخلع لغة. خُلْعٌ: خَلْعُ الشَيء يَخْلَعُهُ خَلْعا وإِخْتَلَعَهُ أي نَزَعَهُ.[1]

الخَلْعُ كالنزع، وخَلَعَ قَليدَه ودابَّتَهُ خَلْعا، وخَلَعَ امرأتَه خُلْعا وخُلْعَة، واخْتَلَعَتْ هي، وهي خَالِع.[2] والخُلْعُ بالضم وهو اسم ومعناه استعارة من خَلْعِ اللباس وهو النزع، خَالَعَتِ المرأة زوجها

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، مرجع سابق، ص1232.

[2] إسماعيل بن عباد كافي الكفاة الصاحب، ت: الشيخ محمد حسن آل ياسين، **المحيط في اللغة.** بيروت: ط1، ج1، عالم الكتب، 1994، ص125.

مُخَالعَةٌ إذا افتدت منه وطلقها على الفدية.[1]

الخلع أي النزع، والخُلع بالضم طلاق المرأة ببدل منها، كالمُخَالَعَةُ والتَخَالُعِ وقد اِخْتَلَعِتْ هي والاسم الخُلْعَةُ بالضم.[2]

ويقال: خَلع الرجل ثوبه بفتح الخاء: أي أزاله عن جسده، جاء في النهاية لابن الأثير: يقال خَلع امرأته خَلْعا وخَالَعَهَا مُخَالَعَةٌ، واخْتَلَعِتْ هي منه فهي خَالِعٌ، وأصله من خلع الثوب، والخلع أن يطلق الزوج زوجته على عوض تبذله له.[3]

وورد في مختار الصحاح خَلع ثوبه ونعله وخلع عليه (خلعة) كله من باب قطع، وخله امرأته (خُلعًا) بالضم، وخَالَعِتْ المرأة بعلها أي أرادته على طلاقها ببدل منها فهي (خالع) والاسم الخُلْعَةٌ بالضم تخالعا واخْتَلَعِتْ فهي مُخْتَلِعَةٌ.[4]

يقول الماروردي: "هو الانتزاع على مهلة ومنه خلع الثوب".[5]

نلاحظ من خلال التعريفات اللغوية للخلع، أن معناه الإزالة والنزع ومعنى ذلك أن الزوج لباس للزوجة، وهي لباس له، وقوله تعالى: "**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**".[6]

ثانيا: الخلع اصطلاحا. يختلف تعريف اللغوي على التعريف اصطلاحي وخاصة فيما يخص لفظ الخلع، إذ تعددت آراء الفقهاء والمذاهب حول ذلك، وقد لا يقتصر الاصطلاح على التعريف الشرعي فقط بل يتعدى ذلك إلى تعريفه قانونا.

1-الخلع شرعا. عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الخلع عدة تعريفات وفق ما يلي:

---

[1] أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ج1، مرجع سابق، ص178.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مرجع سابق، ص713.

[3] مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، ت: محمود محمد الطناحي، طاهر أحمد الزاوي، **النهاية في غريب الحديث والأثر**. سوريا: ط1، ج2، المكتبة الإسلامية، 1963، ص65.

[4] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**. لبنان: مكتبة لبنان، 1986، ص78.

[5] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماروردي البصري، ت: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، **الحاوي الكبير**. لبنان: ط1، ج10، دار الكتب العلمية، 1994، ص3.

[6] سورة البقرة، آية 187.

أ-المذهب المالكي: اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض.[1] وعرفه الدسوقي: بأنه طلاق بعوض.[2]

ب-المذهب الشافعي: افتراق الزوجين على عوض.[3] فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج أو سيده.[4]

ت-المذهب الحنفي: عرفه ابن الهمام بأنه إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع.[5] أخذ مال من المرأة بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع.[6]

ث-المذهب الحنبلي: الخلع أن يفارق امرأته على عوض تبذله له.[7] وعرفه البهوتي بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض وبألفاظ مخصوصة.[8]

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن الخلع عند جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة تنصب كلها في معنى واحد وهو كون الخلع من جانب الزوجة معاوضة، وذلك بدفعها عوضا ومقابل لتفتدي بنفسها وهو ما يسمى ببدل الخلع.

وهذه التعاريف اعترف بها كل من الفقهاء الباحثين المعاصرين في كتبهم المتعلقة بالخلع من بينهم العلامة عبد الكريم زيدان في موسوعته المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الاربعة.** لبنان: ط2، ج4، دار الكتب العلمية، 2002، ص346.

[2] شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.** د ب ن: ج2، دار إحياء للكتب العربية، د س ن، ص347.

[3] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، مرجع سابق، ص3.

[4] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، ت: محمد خليل عيتاني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.** لبنان: ط1، ج3، دار المعرفة، 1997، ص347.

[5] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، ط1، ج4، مصدر سابق، ص188.

[6] محمد محمود بن أحمد العيني، **البناية في شرح الهداية.** لبنان: ط2، ج5، دار الفكر، 1990، ص291.

[7] محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله، ت: محمد بشير الأدلبي، **المطلع على أبواب الفقه.** لبنان: المكتب الإسلامي، 1981، ص1401.

[8] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق ص335.

الشريعة الإسلامية بقوله: "ويخلص لنا من هذه التعاريف، أنها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها هو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما، وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها".[1]

ويقول كذلك المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه من فرق الزوجية: "الخلع عند جمهور الفقهاء عقد رضائي بين الزوجين أي معاوضة بينهما، فيشترط فيه لكي يرتب آثاره أن يرضى به كل من الزوجين، لأنه يترتب عليه سقوط حقوق متبادلة بينهما، حقوق الزوج، وحقوق الزوجة، ومن هذه الحقوق حل المعاشرة، وسقوط هذا الحل كأثر للخلع الرضائي وليس لخلع غير رضائي".[2]

2-الخلع قانونا.

أ-القانون الجزائري. نص المشرع الجزائري في المادة 54 بأنه "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".

نلاحظ من خلال المادة المذكورة أعلاه أن المشرع نص على مادة واحدة فقط تخص الخلع إلا أنه لم يعطي تعريفا له، بل أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة بشرط دفع مال مقابل ذلك للزوج، وهذه المادة جاءت معدلة بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

وقد يظهر سبب في عدم إعطاء تعريفا له هو للرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية وكذلك فتح مجال لاجتهادات القضائية بالرجوع إليها نجد فيها تعريفا للخلع، ومن بين هذه الاجتهادات ما يلي:

---

[1] نقلا عن: شوقي بناسي، "**الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن**". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 45، العدد 4، 2008، ص11.

[2] المرجع نفسه، ص11.

– "الخلع هو حل عقد الزواج نظير عرض تلتزم به الزوجة بقبولها...".[1]

– "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...".[2]

– "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه...".[3]

– "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج...".[4]

ب–القانون العراقي. عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي الخلع في نص المادة السادسة والأربعون التي تنص على: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون".[5] على غرار القانون الأسرة الجزائري نجد القانون الأحوال الشخصية العراقي نص صراحة وذلك في الفصل الثالث بعنوان التفريق الاختياري (الخلع) على تعريف الخلع بقوله إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع والملاحظ أنه اتبع في تعريفه للخلع للمذهب المالكي.

ث–القانون الكويتي. نص القانون الأحوال الشخصية الكويتي في الفصل الثاني تحت عنوان "الخلع" وفي نص المادة 111: "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض راضيا عليه، بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المبارأة، أو ما في معناه".

---

[1] ملف رقم 21305، بتاريخ 1980/02/25، الصادرة عن المحكمة العليا سنة 1980، عن غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 01، ص79.

[2] ملف رقم 836003، بتاريخ 1992/07/21، الصادرة عن المحكمة العليا سنة 2001، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، ص134.

[3] ملف رقم 216239، بتاريخ 1999/03/16، الصادرة عن المحكمة العليا سنة 2001، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، ص138.

[4] ملف رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، الصادر عن المحكمة العليا سنة 2012، العدد لخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، ص318.

[5] قانون الأحوال الشخصية رقم 188 سنة 1959 الفصل الثالث: التفريق الاختياري (الخلع) نقلا عن: صباح صادق جعفر، **قانون الأحوال الشخصية.** العراق: ط9، المكتبة الوطنية، 2006، ص 19.

نجد أن المشرع الكويتي نص صراحة على تعريف الخلع وأطلق عليه عدة تسميات المبارأة، أو الطلاق، أو أي معنى يدل على الخلع.

الفرع الثاني: حجية الخلع والحكمة منه.

ومن خلال هذا الفرع نعالج مدى حجية ومشروعية الخلع، وكذا الحكمة منه من خلال ما يلي:

أولا: حجية الخلع. سنستمد حجية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وفقا ما هو موضح أدناه.

1-القرآن الكريم.

أ-قال الله تعالى: "**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**".[1]

تدل الآية الكريمة بأن الله تعالى جعل للمرأة مخرجا إن أريد بها الضرر أو خافت في الوقوع في المحظور لعدم قدرتها على العيش مع الزوج، فقد شرع الله لها الافتداء بالنفس وذلك بمقابل تدفعه للزوج.

ب-وقوله تعالى: "**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**".[2]

2-السنة النبوية.

أ-عن ابن عباس رضي الله عنه، قال: "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؟ قالت: نعم. قال رسول الله

[1] سورة البقرة، آية 229.

[2] سورة النساء، آية19.

صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة. قال أبو عبد الله: لا يتابع فيه عن ابن عباس".[1]

ب-عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة.[2] جاءت الروايات متعددة في الأحاديث الخلع، إذ أنها توضح بجواز الخلع، وقد يكون الخلع لأسباب قد تكون نفسية كالبغض والكراهية كما جاء لامرأة قيس، وقد تكون أسباب مادية كالضرب مثلا، وقد أجازت الشريعة الإسلامية الخلع ويكون بمقابل ما أعطى لها من صداق، وهو من باب التعويض للزوج مقابل الافتداء.

3-الإجماع. أجمع جمهور الفقهاء والعلماء على أن الخلع جائز، وتكمن الإجازة في الصداق الذي أصدقها، إذ يكفي أن تكون المرأة غير راغبة بالزوج خوفا من الوقوع في المحضور.

ونقل ابن قدامة في المغني: وبهذا قال جميع فقهاء الحجاز والشام ونقله ابن عبد البر ولا نعلم أحد خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجيزه ورغم أن أية الخلع منسوخة،[3] بقوله تعالى: "**وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا**".[4]

قال ابن رشد: "فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها،[5] والأصل في ذلك قوله تعالى: "**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**".[6]

---

[1] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري.** دمشق: كتاب الطلاق، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟، حديث 5273، دار ابن كثير، 2002، ص1344.

[2] أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ج3، حديث 2229، باب في الخلع، مصدرمرجع سابق، ص546.

[3] نقلا عن: عبد الصمد محمد يوسف، عبد الصمد محمد يوسف، **قانون الخلع بين مقتضيات الشرع ومشكلات الواقع مع أطروحة لحق هذه المشكلات وفقا لأحكام الشرع والقانون.** الإسكندرية: ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2017، ص20.

[4] سورة النساء، آية 20.

[5] نقلا عن: رابح بن غريب، "**أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية**". مجلة تاريخ العلوم، المجلد 04، العدد 7، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص79.

[6] سورة النساء، آية 19.

ثانيا: الحكمة من مشروعية الخلع.

تقوم الحياة الزوجية على أسس قوامها المودة والرحمة والطمأنينة، فقد وضع الإسلام مهام كل من الزوجين، وذلك للقيام بواجباته تجاه الآخر، إلا أنه قد يحدث زعزة لاستقرارهما وعدم استطاعة على العيش معا، سواء بسبب كره أو سوء معاملة، أو بغض أو غير ذلك من الأسباب، وهنا يوصي الإسلام بالصبر ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى الكراهية،[1] قال تعالى: "**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**" .[2]

فإذا بغض الزوج زوجته طلقها وهو حق شرعي له، بالمقابل فإن كرهت الزوجة زوجها لأسباب كأن تبغضه أو لسوء خلقه أو دينه، فإن الشارع الحكيم أعطى لها الحق في الافتداء، مقابل عوض تدفعه للزوج، وتكمن الحكمة في تشريع الخلع لرفع الضرر، فقد جاء دين الإسلامي لرفع الضرر وجعل لكل مسألة مخرجا.

فكان بدل الخلع من جهة لافتداء الزوجة من الخلاص من الزوجية، ومن جهة أخرى لجبر ضرر للزوج مادام النفور من جانبها، ولأن الزوج كان قد تكلف الأعباء المالية من مهر ونفقة وغير ذلك،[3] وهذا عملا بنص الحديث: "لا ضرر ولا ضرار".

الفرع الثالث: طبيعة الخلع.

أثار الخلع جدلا حول طبيعة هذا الحق المقرر للزوجة، مما جعل الحيرة حول التكيف الشرعي والقانوني للخلع، وهذا ما سنحاول دراسته في العناصر الآتية.

أولا: طبيعة الفقهية للخلع. اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة طبيعة الخلع، لهذا سنحاول مناقشة هذه الآراء.

1-الخلع بين الفسخ والطلاق. انقسم القول إلى رأيين:

---

[1] منال محمود المشني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية.** الأردن: ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص56.

[2] سورة النساء، آية 19.

[3] رابح بن غريب، مرجع سابق، ص79.

أ-الخلع فسخ. وهو رواية عن أحمد بن حنبل والشافعي في أحد أقواله، وقول ابن عباس وعكرمة وإسحاق وطاووس وأبو ثور، واختاره ابن تيمية وابن القيم والشوكاني،[1] واستدلوا من القرآن الكريم والسنة النبوية:

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "**وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ * فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**".[2]

ووجه الاستدلال بأن الله تعالى ذكر الطلاق في آية "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**"، ثم ذكر في آية التي بعدها الخلع بقوله "**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**"، فإن كان الخلع طلاق لكان الطلاق أربع بأن يكون الطلاق الذي لا تحل له فيه المرأة المطلقة إلا بعد زواج آخر، فإذا الخلع فسخ وليس طلاق.[3]

أما من السنة: عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة.

ووجه الاستدلال من خلال الحديث الشريف بأنه لو كان الخلع طلاقا لما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم امرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة بل كان أن يأمرها بأن تعتد بثلاثة قروء كما قال الله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء".[4]

ب-الخلع طلاق. ذهب فريق من الفقهاء على اعتبار أن الخلع طلاقا وليس فسخا، ومن أصحاب هذا الموقف الحنفية والمالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة، وقد روي عن عثمان

---

[1] أحمد بن محمد أحمد كليب، **الأحوال الشخصية-الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس.** الأردن: ط1، دار النفائس، 2010، ص133.

[2] سورة البقرة، آية 229، 230.

[3] خليل عمرو، **انحلال الرابطة الزوجية.** الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015، ص217.

[4] سورة البقرة، آية 228.

وعلى وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين، إلا أنهم اختلفوا في نوع الطلاق هل هو طلاق بائن أو هو طلاق رجعي.[1] واستدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنهم حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

ووجه الاستلال أن الحديث ذكر لفظ الطلاق بقوله "طلقها تطليقة"، فدل ذلك على أن الخلع طلاق.

إلا أنه هناك اختلاف من حيث الأثر هل أن الخلع طلاق بائن أم رجعي، فنجد أن جمهور الفقهاء يرون أن الخلع طلاق بائن وذلك متى توافرت شروط الخلع بمجرد صيغة الخلع ورضا الزوجين.[2]

في حين نجد المذهب الظاهري يرى أن الخلع طلاق رجعي، إذ أنه مثله مثل الطلاق على اعتبار أنه لم يرد في النص الشرعي طلاقا لا رجعة فيه إلا الثلاث.[3] وقد أخذ بهذا الرأي ابن حزم في قوله: "وهو طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث أو تكون غير موطوءة فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ويرد ما أخذ منها إليها".[4]

والأرجح أن يكون الطلاق بائن وذلك لأنه جاء الخلع لافتداء، فلا يعقل أنه يكون رجعي ذلك أنه يخرج عن المقصد الذي شرع من أجله.

2-الخلع بين المعاوضة واليمين. اختلف فقهاء الشريعة إسلامية حول مسألة تكييف الخلع فمنهم من رده على أنه معاوضة بين الجانبين ومنهم من اعتبره يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة.

---

[1] خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص215.

[2] أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون المصري.** مصر: دار شات للنشر والتوزيع والبرمجيات، 2009، ص33.

[3] عبد القادر بن عزوز، **أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة.** الجزائر: ط1، دار قرطبة، 2007، ص170.

[4] نقلا عن: خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص216.

أ-المذهب الحنفي. يرى المذهب الحنفي وعلى رأسهم أبو حنيفة أن الخلع عينا من جانب الزوج، ذلك أن الزوج الذي يقول لزوجته "خالعتك على مئة دينار"، يكون هذا القول تعليقا منه للطلاق على قبولها دفع المئة، وكأنه قال لها إن دفعتي مئة دينار خالعتك، والتعليق يسمى عينا في اصطلاح الفقهاء، ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج، ويكون معاوضة من جهة الزوجة، لأنها التزمت بما أوجب الزوج نظيرا افتداء نفسها، وكأنها قالت: رضيت أن اشتري عصمتي منك بهذا البدل، غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعاوضات الخالصة يكون من البدلين مالا أو شيئا محل المال، وما يخلص للمرأة في نظير المال ليس الإخلاص نفسها، وليس بمال ولا حكم المال، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة.[1]

ب-المذهب المالكي. اعتبر المالكية أن الخلع معاوضة بين الجانبين، ذلك أنه عقد ملزم للجانبين، وبما أنه عقد فهو قائم على الإيجاب والقبول، فيجب أن يكون القبول في مجلس العقد، فإذا قامت الزوجة عن مجلسها بطل الإيجاب.[2]

كما أنهم اعتبروا التعليق في الخلع، فإذا قال الزوج لزوجته: إذا قبضتي مبلغ كذا طلقتك، لم يخص اقبضاها للمبلغ بنفس المجلس طلقت منه، وهذا علق الزوج الإيجاب على الأداء، وكذلك لو قال لها: طلقتك غدا مئة، فقالت: في الحال، فإنها تطلق في الحال ويلزمها المسمى، ومثله إذا قالت له: طلقني غدا ولكي ألف، فإذا طلقها غدا أو قبله استحق الألف، هذا إذا فهم من مقصودها الطلاق، وإذا فهم منها تخصيص اليوم، لم يلزمها إن طلقها قبله، ولا يلزمها كذلك إن طلقها بعده.[3]

---

[1] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص220.

[2] عامر سعيد نوري الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية.** لبنان: ط1، دار بن حزم، 1997، ص132.

[3] عمر زودة، "**طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**". رسالة الماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، الجزائر 1، 2001/2000، ص58.

ت-المذهب الشافعي. انقسم الشافعية في تكييف الخلع إلى رأيين؛ الأول ذهب إلى اعتبار الخلع فسخا، بذلك يكون معاوضة، ذلك أن الزوج يأخذ بدلا على الطلاق، أما الرأي الثاني الذي اعتبر الخلع طلاقا فهو معاوضة فيه شبه تعليق، لأن الزوج علق الطلاق على أخذ المال وبالتالي يسري على الخلع أحكام العقود من حيث أنه منجز أو معلق وكذلك تسري تلك الأحكام على الإيجاب والقبول.[1]

ث. المذهب الحنبلي. اعتبر المذهب الحنبلي الخلع معاوضة من الجانبين، ما لم يكن الإيجاب بالخلع صادرا عن الزوج بصورة تعليق، فإنه حينئذ يكون تعليقا ونفرق هنا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يوجب الزوج في البداية بصيغة التعليق، أعتبر معاوضة وتتطابق على ذلك سائر أحكام المعاوضات التالية:

- لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الآخر.
- القبول يكون بنفس مجلس الإيجاب.
- مطابقة الإيجاب بالقبول.

الحالة الثانية: بأن الخلع فسخ، ففيه خلاف حول قابلية الخلع للتعليق على الفسخ، والراجح أنه لا يجوز ويكون بشروط:

- لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة.
- لا يتقيد القبول بالمجلس.
- موافقة الإيجاب للقبول.[2]

يتضح لنا مما سبق بأن كل من المذاهب المالكية والشافعية والحنابلة أقروا بأن عقد الخلع معاوضة بين جانبين، في حين نجد أن المذهب الحنفي كيف عقد الخلع يمينا من طرف الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة.

[1] عمر زودة، مرجع سابق، ص59.

[2] عامر سعيد نوري الزيباري، مرجع سابق، ص 140، ص141.

ثانيا: الطبيعة القانونية للخلع.

فمن خلال ما تم ذكره في تكييف المذاهب لعقد الخلع، سنتطرق إلى تكييف الخلع قانونا، فهل هو فسخ أو طلاق أم أنه يعتبر معاوضة من جانبين أو يمينا من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة؟

أ-تكييف الخلع بين الفسخ أو الطلاق في ق أ ج. بالرجوع إلى نص المادة 54 من ق أ ج نجد أن المشرع جعل نص الخلع في الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج وتفصيلا في الفصل الأول تحت مسمى الطلاق، إذا من خلال مكانة التي وضعها المشرع للخلع هو الطلاق وليس الفسخ، ذلك لو كان تكييفه على أساس الخلع لنجد أنه أدرجه في الباب الأول الزواج وفي الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل.

ب-تكييف الخلع بين المعاوضة واليمين في ق أ ج. انطلاقا من نص المادة 54 ق أ ج نجد أن المشرع كيف الخلع على أنه طلاق بمقابل، فهو يعتبره يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاق الزوجة على شرط قبول المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة تدفع له مبلغا من المال مقابل افتدائها منه والتخلص من الحياة الزوجية.[1]

أما فيما يخص مبدأ الاتفاق على الخلع، نجد أن المشرع الجزائري مر على مرحلتين بشأن رضائية الخلع، لذلك سنتطرق إليه فيما يلي:

1-القانون 11/84 المؤرخ في 09جوان 1984. نصت المادة 54 من ق أ ج بأنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

فمن خلال نص المادة السالف الذكر نجد أن المشرع لم يحسم في الأمر هل أن الخلع تستعمله الزوجة متى شاءت أم أنه يخضع لقبول الزوج ورضاه؟ لذلك نجد أن المادة جعلت لشراح القانون آراء مختلفة.

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ص263، 264.

-يرى الأستاذ عبد العزيز سعد في 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".[1]

من خلال ما تطرق إليه نجد الأستاذ عبد العزيز سعد تبنى مبدأ رضائية في الخلع، معنى أنه يجب رضا الزوج في قبول الخلع على اعتبار أنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف.

- أما رأي الأستاذ آث ملويا بأن المادة 54 على أنها غزالة عقد النكاح بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة ولا حاجة بصدور قبول من الزوج حيث أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع لكن بالمال المفتدي به.[2]

يفهم من هذا الرأي أن الموقف متبني هو مبدأ عدم رضائية الزوج في الخلع، ذلك أن الخلع شرعه الله للمرأة لافتداء بنفسها وكما أن العصمة بيد الرجل يوقع الطلاق بإرادته المنفردة، فلزوجة الحق في فك الرابطة الزوجة دون النظر إلى رضى الزوج ذلك أن الخلع يكون بمقابل تدفعه للزوج.

2-الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005. بصدور الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، عدل المشرع نص المادة المتعلق بالخلع 54 من نفس القانون بقوله: "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". ومن خلال الفقرة الأولى من نفس المادة سالفة الذكر نجد أن المشرع نص صراحة على عدم رضائية الزوج في الخلع وذلك بذكر عبارة "دون موافقة الزوج"، أي أن الخلع يقع بموجب الإرادة المنفردة للزوجة ولا مكان فيه لرضائية الزوج.

[1] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**. الجزائر: ط3، دار هومة، 1996، ص248.

[2] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص111.

المطلب الثاني: أركان الخلع.

يعد الخلع من أنواع الطلاق، والذي يقوم على إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج، وهو حقا شرعيا لها، فيعتبر عقد كسائر العقود الملزمة لجانبين، ينعقد بعرض الزوجة مبلغا من المال مقابل طلاقها، لذلك فإن الخلع له أركان وشروط يستلزمه وإلا كان تحت طائلة البطلان.

الفرع الأول: أطراف الخلع.

ويقصد بأطراف الخلع: الزوج والزوجة.

أولا: الزوج. وله عدة تسميات المخالع أو الخالع، ويشترط أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغا عاقلا راشدا وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، إذ تعتبر قاعدة ضابطها هي: "كل من صح طلاقه صح خلعه".[1] ذلك أن الخلع طلاق بعوض، فإذا جاز الطلاق بلا عوض فجواز بالعوض من باب أولى.

– فنجد ابن عابدين قد وضح فيما يخص الخلع في قوله: " هو أهلية الزوج".[2]

–ويقول المرداوي: "ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه".[3]

–أما النووي في صدد ذلك يقول: "وشرط الخلع زوج يصح طلاقه".[4]

أ–خلع المحجور عليه. وفيه ما يلي:

أ–**خلع الصبي والمجنون.** إن الفقهاء لم يفرقوا بين الخلع والطلاق من حيث أهلية الزوج، إلا أنه اختلف آرائهم حول خلع الصبي والمجنون.

نجد أن المذهب الحنفي والشافعي جعلوا من خلع الصبي وطلاقه باطل ذلك أنه ليس له قصد معتبر، أي لا يصح طلاقهم، وعلى خلاف الرأي نجد أن المذهب المالكي والحنبلي أجازوا خلع

---

[1] عبد السلام عبد القادر، "**الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة**". مجلة الإحياء، المجلد 01، العدد 12، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، ص574.

[2] محمد أمين بن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**. لبنان: ط2، ج3، دار الفكر، 1992، ص441.

[3] علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، ت: محمد حامد الفقي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**. مصر: ط1، ج8، مطبعة السنة المحمدية، 1956، ص386.

[4] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، ج3، مرجع سابق، ص263.

الأب والوصي عن الصبي ويكون ذلك تطليقة، وأجاز ذلك الإمام مالك، حيث يرى أن الصبي مادام زواجه قائم، فخلعه جائز وينوب عنه وليه الأب أو الوصي.[1]

2-خلع السفيه. ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بصحة خلع السفيه، ذلك أنه يصح طلاقه وهذا بناء على ضابط على وهو "كل من صح طلاقه صح خلعه"، ويكون بمهر المثل أو أقل إذ له أن يطلق مجانا، فبعوض أولى، ويسلم العوض إلى وليه، فإن سلم العوض إلى السفيه بغير إذن لولي فهو دين لم تبرأ ذمته منه، ويسترده منه.[2]

يقول الخرشي: "لو كان الزوج سفيها، فالخلع جائز وطلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى".[3]

ثانيا: الزوجة. وهي المختلعة أو من تلتزم بالعوض شروط لصحة قبولها، إذا كانت متلقية للعرض أو كانت صاحبة الإيجاب، وهذا الركن يشترط توفر عدة شروط تتمثل فيما يلي:

أ-أن تكون محلا للطلاق. ويعني ذلك أن تكون العلاقة الزوجية قائمة، سواء زوجها دخل بها أم لا، أي لا يشترط الدخول بل يشترط قيام العلاقة الزوجية، فلا يصح للرجل أن يخلع زوجته بعد طلاقها منه بائن ولا بعد ردتها، وسبب ذلك أن النكاح زال بالطلاق وبالردة والخلع في ذلك كله لا يجد محلا يزيله.[4]

ب-أن تكون أهلا للتبرع. ويقصد بذلك أن تكون الزوجة ملزمة بدفع بدل الخلع أو عوضا للخلع، لذلك أعتبرها الفقهاء متبرعة ببدل الخلع واشترطوا أن تكون من أهل التبرعات، أي أن تكون عاقلة، راشدة، بالغة، غير محجور عليها لسفه أو مرض، أو غفلة وعالمة بمعنى الخلع.[5]

---

[1] ربيحة إلغات، "**الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا**". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 03، العدد 46، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 20099، ص318، ص319.

[2] عامر سعيد نوري الزيباري، مرجع سابق، ص102.

[3] أبي عبد الله محمد الخرشي، ج4، مرجع سابق، ص817.

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص23.

[5] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص401.

1-خلع الصغيرة. إذا خالع ولي الزوجة أو وكيلها الزوجة وكان دفع البدل من ماله فقد ذهب بعض الفقهاء أن هذا الخلع جائز، لأنه لا يشترط في الطلاق موافقة الزوجة بل ينفرد الزوج بإيقاع الطلاق، أي أن الولي هو الذي يتكفل بدفع بدل الخلع.[1]

إلا أنه هناك اختلاف حول ذلك فمنهم من يرى بأن الخلع غير صحيح وذلك في حالة أن الأب يدفع بدل الخلع والسبب في ذلك يرجع إلى كون الخلع يصح بلا سبب أن أنه يشترط وجود الكراهة والنشوز، فمن يرى أنه لابد من النشوز قال بأنه لا يجوز مخالعة الأب عن ابنته الصغيرة ولو ضمن البدل، لعدم وجود السبب المعتبر شرعا.[2]

أما إذا لم يضمن الأب البدل في ماله وأراد مخالعتها في مالها فقد ذهب عامة الفقهاء إلى عدم جوازها، لأن الولي إنما يملك التصرف في مال الصغير بما فيه مصلحتها والنفع لها، وهذا لا نفع لها فيه، بل فيه إسقاط بعض حقوقها كالنفقة والمسكن، ويرى البعض الجواز، ويكون الحظ لها فيه إذا كان القصد تخليصها ممن يتلف مالها، وتخاف منه على نفسها ولهذا لا يعد بذل المال في الخلع تبذيرا.[3]

2-خلع المجنونة والمعتوهة. المجنونة التي ذهب عقلها، أو عديمة العقل فحكمها حكم الصغيرة قبل التمييز سواء كان هذا الجنون نسبي أو مطلق.[4]

أما المعتوهة فتعرف بأنها المرأة القليلة الفهم أي فاسدة التدبير، فتأخذ حكم الصغيرة بعد سن التمييز أي تصرفاتها هي تصرفات ناقص الأهلية.[5]

3-خلع السفيهة. اختلف فقهاء الشريعة على صحة خلع السفيهة فانقسم إلى رأيين:

---

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، **الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة.** الإسكندرية: ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2016، ص98.

[2] المرجع نفسه، ص98، ص99.

[3] شمس الدين السرخسي، ج6، مصدر سابق، ص179.

[4] خليل عمرو، مرجع سابق، ص171.

[5] المرجع نفسه، ص171.

– **الرأي الأول:** يرى جمهور الفقهاء من الحنابلة والشافعية والمالكية بأن السفيهة لا يجوز خلع نفسها، ولا يلزم ببدل الخلع، وفصلوا في اختلافهم فيما يقع من طلاق إذا لم يقع باختلاعها.

نجد الشافعية في قولهم بأن مخالعة السفيهة قبل الدخول يقع به طلاقا بائنا، بخلاف ما إذا اختلعت بعد الدخول فإنه يقع طلاق رجعي.[1]

أما المالكية بقولهم أن السفيهة الغير راشدة يقع عليها طلاقا بائنا، ولا يلزمها البدل عند اختلاعها، فإذا أخذه الزوج كان عليه رده.

ذهب الحنابلة إلى أن مخالعة السفيهة تعد طلاقا رجعيا، ذلك بشرط إذا كان الخلع بلفظ الطلاق، وإن كان غير ذلك لا يقع به شيء من الطلاق وكان لغو.[2]

– **الرأي الثاني:** من أنصار هذا الرأي الحنفية إذ يرو بأن خلع السفيهة نفسها على مال يقع به طلاقا بائنا ذلك بشرط وقوعه بلفظ الخلع، بنما تطلق رجعيا إذا كان بصريح لفظ الطلاق، وفي الحالتين لا يلزم المال المبذول من المرأة لعدم ثبوت حقها في التبرع بشيء من أموالها بسبب السفه.[3]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري. بالرجوع إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري أقر بأركان الخلع والمتمثلة في الزوج والزوجة، إلا أنه لم يرد فيه عن الشروط الواجب توافرها في أطراف الخلع التي تم تناولها في الفقه، إلا أنه بالرجوع إلى مواد من قانون الأسرة يمكن استخلاصها من بعضها، إذ نجد المادة 7 من نفس القانون تنص على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

---

[1] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، ج3، مرجع سابق، ص350.

[2] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ج10، مرجع سابق، ص307.

[3] محمد أمين بن عابدين، ج5، مرجع سابق، ص112.

فمن خلال نص المادة سالفة الذكر كافية للتكلم عن شروط كل من أطراف الخلع وهم الزوج والزوجة، أي توفر شروط الأهلية والتي يشترط التمتع بالقوة العقلية، وغير محجور عليهما طبقا لنص المادة 85 من ق أ والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وإلا وقع تصرفه باطلا، ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذو أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه.[1]

يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن وباعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه"، فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن.[2]

الفرع الثاني: صيغة الخلع.

ويقصد بالصيغة اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة.[3] وهذه الصيغة قد تكون دلالة صريحة على المعنى المقصود من الخلع، وقد تدل على المعنى المقصود دلالة غير صريحة، ويشترط فيها لصيغة ما يلي:

أ-صحة القبول من الزوجة: أي أن تكون عالمة بمعنى الخلع، فإذا كانت أجنبية ولقنها زوجها العربية ككلمة اختلعت منك المهر ونفقة العدة، فقالت هذه الكلمات، وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج فإنها تطلق منه بائنا ولا شيء له قبلا، وكذلك إذا علق الخلع على شرط كأن يقول: إذا قدم زيد خلعتك على مهرك فقبلت صح الخلع.[4]

---

[1] نورة منصوري، **التطليق والخلع**. الجزائر: دار الهدى، 2010، ص121.

[2] المرجع نفسه، ص123.

[3] جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، مرجع سابق، ص105.

[4] نور الهدى المستاري، "**الخلع -دراسة مقارنة-**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص52.

ب-موافقة الإيجاب بالقبول: ويشترط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب كأن يقول الزوج: خالعتك على مهرك، فتقول: قبلت، أما إذا قالت: قبلت بأقل من ذلك فلا يصح لأنه إيجاب آخر.[1]

ت-أن يكون القبول في مجلس الإيجاب: إذ يجب ألا يفصل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي كثير كما يجب أن يكون القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم.[2] وكذلك فإن ألفاظ الخلع تنقسم إلى ألفاظ صريحة وألفاظ الكناية.

أولا: الألفاظ الصريحة. وهي الألفاظ التي تتم بلفظ الخلع أو ما يشتق منه، مثال ذلك: قول الزوج لزوجته خالعتك على ألف دينار، أو اختلعت منك على مبلغ معين كذا، أو يقول بارأتك على مبلغ كذا، فإذا استعمل الزوج أحد هذه الألفاظ وقع أو صح بها الخلع من غير نية، وكذلك وجب توفر ذكر العوض حتى يتم صحيحا ويرتب آثاره، وسبب ذلك أن ذكر العوض في الخلع دليل على إرادة الطلاق، وإرادة الطلاق هنا ظاهرة، فإن ادعى غير الظاهر لا يصدق في ادعائه، ولا بد من قبول الزوجة إذا قال الزوج خالعتك على كذا، ولا بد من قبول الزوج إذا قالت الزوجة لزوجها خالعني كذا.[3]

ثانيا: الألفاظ الكنائية. وهو لفظ يفيد الفرقة مع القرينة كقوله: بغيك وطلاقك بكذا والخلع لا يقع إلا من النية والقرينة، فقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بوقوع الطلاق بالكناية:

الرأي الأول: حيث ذهب الحنفية إلى أن الألفاظ يقع بها الطلاق بالخلع بدلالة الحالة أو نية الزوج أي أنهم يعتبرونها طلاقا إذا كانت دلالة الحال تؤيد هذا الاحتمال وأن الزوج نوى بها الطلاق.[4]

---

[1] نور الهدى المستاري، مرجع سابق، ص52.

[2] المرجع نفسه، ص52.

[3] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص392.

[4] عبد السلام منصور قويدر، "**الخلع معناه وأحكامه (دراسة فقهية مقارنة)**". مجلة الجمعية الليبية لعلوم التربية، العدد الأول، طرابلس، ليبيا، 2022، ص131.

الرأي الثاني: فرق المالكية والشافعية بين أن تكون الكناية ظاهرة وخفية، فالكناية الظاهرة كقول الرجل لزوجته: خليت سبيلك، فهنا يلزم الطلاق بدون نية كالصريح إذا جرى العرف بها، أما إذا تناسى الناس استعمالها في الطلاق أو لم تعد شائعة على الألسنة فإنها تحتاج إلى نية.[1]

الرأي الثالث: اعتبر الحنابلة على أن الخلع ينعقد بالكناية بدون النية لأن قرينة الحال في الكناية تقوم مقام النية، والكناية الخفية هي ما لم يجر العرف بها ولم يشع استعمالها بين الناس في الطلاق كأن يقول الرجل لزوجته الحقي بأهلك، فهذه الألفاظ لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه الزوج.[2]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري. بالرجوع إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

فمن خلال نص المادة نجد أن المشرع لم يتعرض لمسألة الصيغة، تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 التي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". لذلك فإن المشرع يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص يفسر لنا أو يعالج لنا مسألة معينة من بينها ركن الصيغة في الخلع.

إلا ما يمكن استخلاصه أن الصيغة هي عبارة عن إيجاب وقبول بين طرفي الخلع وأن هناك ألفاظ عديدة تصلح للدلالة على المطلوب ويتحقق بها الإيجاب والقبول، وبالرجوع إلى نص المادة 54، نستنتج أن للزوجة الحق في الخلع دون موافقة الزوج، أي يعني أن صيغة الإيجاب والقبول سقطت إلا أنه يتحقق شرط من شروط الصيغة وهو المجلس.

---

[1] عبد السلام منصور قويدر، مرجع سابق، ص131.

[2] المرجع نفسه، ص131.

لذلك فإن الخلع يكون بدون موافقة الزوج، وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع وتعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه.[1]

الفرع الثالث: بدل (العوض) الخلع.

يعتبر بدل الخلع ركن من أركان الخلع ويقصد به المقابل الذي يحصل عليه الزوج لأجل مخالعة زوجته، ويعد هذا البدل تعويضا له عن الألم النفسي اللاحق به من جراء هذا الخلع وهو بهذا الألم الذي حل به يكون مستحقا لما قرره الشارع من بدل الخلع.[2]

سنتناول فيما يخص هذا الركن بدراسة قسمين يتمثل في أنواع البدل ومقداره وهذا ما سيتم تفصيل ذلك فيما يأتي:

أولا: أنواع بدل الخلع. يرى الفقهاء في أن العوض لا يقتصر فقط على المال، بل هناك أنواع أخرى تحل محل أو تقوم مقام المال.

1-الخلع في مقابل مبلغ مالي: يختلف مقابل المال فقد يكون من النقود المعروفة والمتداولة كما يمكن أن تكون الأوراق متداولة خارج الوطن يعني تبادل القيمة النقدية، كما يمكن كذلك أن يكون نوع من الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال شرعا، مثال ذلك أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من الدينار الجزائري، أو يمكن أن يقدر بسيارة أو منزل، أو دينا في ذمة الزوج، كذلك يمكن أن يكون البدل جني غلات دارها مدة معلومة، أو زراعة الأرض زمنا معلوما.[3]

أما إذا كان أساس البدل حراما أو مجهولا كالخنزير أو الخمر أو كالتمر بدو صلاحه، فقد ذهب الحنفية على أنه: "إذا بطل العوض في الخلع كأن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج، إلا أن الفرقة في الخلع بائنة، أما الشافعية فالأصل في عوض الخلع أنه يشترط فيه ما يشترط في الثمن من كونه متمولا معلوما أو نحوها مما لا يتملك بانت بمهر

[1] نورة منصوري، مرجع سابق، ص134.

[2] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص366.

[3] محمد نجم صبحي، **محاضرات في قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص17.

عليه، فما يشترط في المهر يشترط في العوض الخلع، إلا إذا خالع على دم فيقع الطلاق رجعيا لأن ذلك لا يقصد بحال".[1]

أما في حالة إذا كان البدل ليس ملك للزوجة وأنه ملك لغيرها، فقد قال الحنفية إلى أنه إذا أجاز المالك صح الخلع، وإن لم يجز كان البدل مثله أو قيمته، أما الشافعية كانوا قولهم في أن للزوج له مهر المثل استنادا لما هو مقدر عندهم إذا بطل البدل ثبت مهر المثل، أما المالكية يقع الطلاق بائنا، ويبطل العوض وليس للمطلق شيء، وذهبوا الحنابلة إلى عدم جوازه وأنه عقد باطل.[2]

2-الخلع في مقابل الحضانة واسقاطها. قد يكون البدل مقابل حضانة الصغير وذلك بالاتفاق الطرفين، فيصح البدل الخلع بحضانة الابن مدة الحضانة بدون أجر، فإذا امتنعت عن الإنفاق أو تركت الطفل، ولم تكمل مدة الحضانة المتفق عليها أو في حالة موت المرأة أو خرجت عن أهلية الحضانة، كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة حضانته عن المدة كلها أو فيما بقي منها.[3]

كما يصح أن يكون بدل الخلع إسقاط حق الأم في الحضانة، لأن الحاضنة لها حق في الحضانة وهي أولى بذلك، كما أنه يجوز لها أن تتنازل عن هذا الحق كمقابل للخلع، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك بن أنس إلى جواز أن يكون العوض في الخلع إسقاط حضانة الأم لولدها من زوجها وتنتقل إليه الحضانة إن لم يكن في ذلك إضرار بالولد المحضون وإلا انتقلت الحضانة إلى من يلي الأم بحق الحضانة.[4]

3-الخلع مقابل إرضاع الصغير ونفقته. إذا كان مقابل الخلع إرضاع الصغير فإن الخلع صحيح شرعا، فيكون الإرضاع بدون أجرة، أما إذا امتنعت عن الإرضاع أو ماتت قبل تمام

---

[1] نقلا عن: اسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص320.

[2] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص397.

[3] محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية.** لبنان: ط1، دار الكتاب العربي، 1984، ص320.

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص83، ص84.

مدة الإرضاع المتفق عليها كان الزوج الحق في أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجرة رضاع الولد عن المدة المتبقية.[1]

أما فيما يخص الخلع مقابل نفقة الصغيرة فيجوز ذلك، فإن امتنعت على الإنفاق عليه، أو مات الولد أو ماتت هي قبل انقضاء المدة، فللزوج أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة كلها أو فيما بقي.[2]

أما في حالة إعسار الزوجة وعدم قدرتها على الإنفاق جاز لها أن تطالب الزوج بالإنفاق عليه من ماله ويجبر على ذلك وله أن يرجع عليها بما أنفقته عند يسرها، لأن النفقة من حق الولد فيجب على الأب القيام بها عند عجز الأم.[3]

ثانيا: مقدار بدل الخلع. تعارضت آراء الفقهاء وتباينت فيما يخص المقدار الذي تبدله المرأة لقاء خلعها من زوجها.

1-الرأي الأول: برى أصحاب هذا الاتجاه بأنه يجوز للمرأة أن تخالع زوجها على ما تشاء أن تخالع به، فقد ذهب المالكية والشافعية بأنه جائز بأن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها، إذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه.[4]

أما قول أبو حنيفة، فإنه يرى إذا كان النشوز من طرف الزوجة حل أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزيد، أما إذا كان النشوز من الزوج لا يحل له أن يأخذ منها شيئا.[5]

2-الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة الفدية أكثر من مهرها، لأن الزيادة لا وجهة لها، وإذا أخذ زيادة مهرها صح مع الكراهة، وهذا ما قاله بعض الحنابلة

---

[1] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص397.

[2] المرجع نفسه، ص398.

[3] المرجع نفسه، ص399.

[4] محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي الأندلسي أبو الوليد، ت: محمد صبحي حسن حلاق، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد.** مصر: ج2، مطتبة ابن تيمية، 1993، ص67.

[5] تقي الدين الهلالي، **أحكام الخلع في الإسلام.** لبنان: ط1، المكتب العربي، د س ن، ص61.

ودليلهم حديث بن ثابت.[1]

3-موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 54 ف 2 على ما يلي: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يبين ما يصح أن يكون بدلا هل يكون أوراق مالية أو شيء معينا أو القيام بعمل أو امتناع عنه، كما كان تفصيل ذلك شرعا، إلا أن المشرع أطلق على البدل تسمية "المقابل المالي"، يمكن اعتبار هذا الأخير أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابلا للخلع، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها، إلا أنه لا يجوز أن يكون المقابل الخلع تنازل عن الحضانة لأن هذه الأخيرة حق للمحضون لا يصلح أن يكون بدلا للخلع، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفق عليه بين الطرفين.[2]

إلا أنه هناك إشكاليات تدور حول رضا الزوج في بدل الخلع، فإن اتفاقا الطرفين على بدل الخلع ورضي الزوج عنه فإنه لا إشكال في ذلك، أما في حالة عدم اتفاق الطرفين في بدل الخلع، فإن نص المادة كان صريحا وأحار هذا الإشكال إلى سلطة القاضي واضعا له معيار ملزم ألا يتعدى بدل الخلع، وقد سار القضاء الجزائري على هذا النوال في قرارات عديدة نذكر منها ما جاء في القرار: "من المتفق عليه لدى الفقهاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقديم قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص88.

[2] **هشام ذبيح**، "**حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019، ص271.

برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دينار، ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا".[1]

وجاء في قرار آخر: "تحديد مبلغ الخلع، عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين معا".[2]

وجاء في القرار أيضا: "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع، إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي.[3]

أما نص المادة 54 من ق أ فإنه لم يبين أي معيار يستند إليه القاضي في تحديد بدل الخلع إنما اكتفى بوضع حد أقصى كبدل الخلع يتمثل في صداق المثل، وهذا ما استدعت هذه المسألة إلى خلق غموض، وفتح باب لتعسف الزوجة في توقيعها للخلع لأسباب غير منطقية والتخلص من الرابطة الزوجية بعوض لا يتناسب مع جسامة الضرر، وكذلك قد يكون الصداق الحقيقي الذي قبضته الزوجة يزيد بكثير عن صداق المثل لحظة رفع الدعوى، وهذا ظلم للزوج

[1] ملف رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، المحكمة العليا سنة 1989، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، ص92.

[2] ملف رقم 275497، بتاريخ 2001/10/17، المحكمة العليا سنة 2004، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، ص353.

[3] ملف رقم 33652، بتاريخ 1984/06/11، المحكمة العليا سنة 1989، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 3، ص38.

فكان على المشرع إعطاء للقاضي سلطة أوسع في تقدير بدل الخلع دون حصره في صداق المثل، وذلك في البحث عن أسباب الحقيقية للخلع.

المبحث الثاني: مظاهر التعسف الزوجة في حق الخلع.

جاء دين الإسلام الحنيف لإعطاء الحقوق وحمايتها، ومن بين هذه الحقوق المساواة بين الرجل والمرأة، فجعل حق الطلاق للرجل يوقعه عند وجود ما يقتضيه أو لسوء العشرة، في المقابل أعطى للمرأة مكانة وحقوق كذلك من بينها كحق الخلع كوسيلة لافتداء بنفسها ولحل الرابطة الزوجية بإرادتها عن طريق دفع مقابل للزوج وهو ما يعرف ببدل الخلع، وهو كتعويض للزوج، إلا أن المرأة شأنها شأن غيرها من أشخاص الحق بإمكانها التعسف في استعمال حقها لذلك نطرح التساؤل الآتي: هل للزوجة فعلا أن تتعسف في استعمالها لحق الخلع؟

المطلب الأول: خلع مريضة مرض الموت.

يعتبر الخلع حق من الحقوق التي منحنه الشارع للزوجة لاستعماله في الحالة التي يصعب العيش فيها مع الزوج، ويعتبر كحل في حالة إذا امتنع الزوج عن الطلاق، إلا أنه قد تختلف الحالات التي تستعملها الزوجة للخلع، وقد تسيء إيقاعه لسبب غير مشروع أو لسبب الإضرار بالزوج فتكون بذلك متعسفة، إلا أنه هناك حالة وهي محل اختلاف وهو إيقاع الخلع في مرض موت الزوجة، وهذا ما سيتم دراسته في الفروع الآتية.

الفرع الأول: معنى خلع مريضة مرض الموت زوجها.

أولا: تعريف خلع مريضة مرض الموت. للخروج بمعنى شامل لخلع المريضة مرض الموت يقتضي التعريف بمصطلحين، يتمثل في الخلع كلفظ مستقل، وكذلك مصطلح مريضة مرض الموت.

كما علمنا سابقا بشكل مفصل أن الخلع هو افتداء المرأة من زوجها بمال تدفعه كمقابل لهذا الافتداء، وقد عرفه ابن عرفة بقوله: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، وهو الطلاق

بعوض".[1] أما تعريف مريضة مرض الموت فقد تعددت التعاريف لهذا المصطلح نذكر منها ما يلي:

أن المراد بالمريض مرض الموت هو من أصيب بمرض يخاف منه الموت، كطرحه للفراش وعجزه عن أغلبية الأعمال التي يقوم بها كقضاء حاجته.[2]

وكذلك عرف بأنه "المرض الذي ينشأ عنه الموت عادة، وإن لم يغلب".[3] فقد جاء بمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1952/05/08 حيث جاء: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك فعلا بالموت، فإذا زاد عن سنة فهو لا يعتبر مرض الموت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة.[4]

ومن خلال ما جاءت به محكمة النقض حيث جعلت شرطين لمرض الموت، أولا ربطت مرض الموت بمدة وهي أن لا تفوق سنة، وكل ما زاد عن ذلك فتشخيصه في غير مرض الموت، وثانيا زيادة شرط الهلاك الفعلي المؤدي فورا للموت.

لذلك نعطي تعريف لخلع مريضة مرض الموت بأنها: افتداء المرأة من زوجها بمقابل مالي وهي في حالة مرض وعجز يؤدي بها إلى الموت.

ويمكن إعطاء تعريف آخر: طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بمقابل مالي، وهي مصابة بمرض مؤدي بها إلى الموت.

---

[1] أبي عبد الله محمد الخرشي على المختصر الخليل، مرجع سابق، ص12.

[2] حبيب إدريس عيسى المزوري، مرجع سابق، ص18.

[3] نقلا عن: علال ياسين، **أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في الفقه والقانون دراسة مقارنة.** الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2017، ص158.

[4] نقلا عن: كمال بعاكية، أمال حبار، "**سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت**". مجلة الإحياء، المجلد 22، العدد 30، 2022، ص695.

ثانيا: شروط مريضة الموت. لا بد من بيان الشروط وذلك من أجل معرفة حكم التصرفات الناتجة عن المريضة مرض الموت وتتمثل في:

1-عجز المريضة بالقيام بأعمالها. وهي أن تكون غير قادرة على متابعة الأعمال المعتادة كقيام بمهنتها، أو عدم قيامها بأعمال المنزلية كطبخ والتنظيف، إلا أنه لا يشترط ملازمة المريضة الفراش، بل يكفي عجزها، فقد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه، ولكن ليس لسبب المرض، فلا يعتبر مرض الموت، فقد يصل الإنسان إلى سن يعجز فيه وصوله لسن الشيخوخة الذي تجعله عاجزا عن القيام بأعماله، فقد يكون عجزه لكبر سنه وليس لمرض موته أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الإنسان بانتهائه بالموت أو إصابته بمرض يشعره بقرب أجله.[1]

حيث نجد أن محكمة الاستئناف العليا الشرعية الأردنية قضت بقرار جاء فيه: "بأن مرض الموت هو المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب بقرب انتهاء أجله، وليست الشيخوخة من أمراض الموت، وبأن الشيخوخة في ذاتها ليست هي مرض الموت، وبأن الشيخوخة في ذاتها ليست هي مرض الموت، فإذا باع رجل طاعن في السن شيئا من ماله قبل أن يصيبه المرض الذي انتهى بموته كان بيعه نافذا ولا يتوقف على إجازة الورثة".[2]

2-**أن يغلب في هذا المرض الهلاك.** ويقصد به أنه أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مصاب بأمراض خطيرة تؤدي حتما إلى الموت، أو يكون مرض من الأمراض غير الخطيرة، ولكن

---

[1] سارة خضر ارشيدات، "**البيع في مرض الموت**". رسالة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2014/2013، ص22.

[2] نقلا عن: عامر رشاد السيد إبراهيم، "**تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى**". رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، تخصص العقود والمسؤولية، 1989، ص51.

سرعان ما يتطور ويزداد سوء إلى وصوله الموت، وإذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة فإنه لا يعتبر مرض الموت.[1]

والأمراض الخطيرة المؤدية للموت معروفة كسرطان، الإيدز، السل، وغيرها من الأمراض التي تعتبر فتاكة لنهاية الإنسان، أما الأمراض الأخرى فيكون تقدير ذلك الأطباء يبقى أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت أو لا فتقدير ذلك الطبيب.[2]

أما في حالة المرض الذي لم يصل إلى حد الهلاك فإنه لا يعتبر مرض الموت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، ومثال ذلك إصابة شخص بمرض في قدميه عجزه المشي وعدم قدرته على قضاء مصالحه، وهذا المرض يكون من الأمراض التي تشفى، فهنا لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم الأصحاء.[3]

3-أن يتصل المرض بالموت. ومعنى ذلك أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر كالقتل أو الحرق وغيره، والفائدة من ذلك معرفة التصرفات الناتجة عن الشخص إذا تم في مرض موته أم لا، وحتى ولو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل ومعنى ذلك أن لا يشترط في مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حاجته، أو أن يؤثر هذا المرض في قواه العقلية.[4] لذلك فإن فكرة مرض الموت أصبحت مرنة تختلف من فترة إلى أخرى وفقا لتغيرات العصر وما يواكبه من اكتشافات علمية وطبية، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولة حياته وأعماله، ومثال ذلك الفشل الكلوي المزمن، ومرض الإيدز، وعليه فإن معيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو

---

[1] محمد مستوري، "**زواج المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**". مجلة القانون والمجتمع، المجلد 09، العدد 02، 2021، ص100.

[2] المرجع نفسه، ص101.

[3] سارة خضر ارشيدات، مرجع سابق، ص27.

[4] نريمان خمار، حورية لشهب، "**تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية**". مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 20، العدد 02، 2020، 740.

المعيار الشخصي الذي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بدُنُوٍ أجله يكون من شأنه أن يثير في نفسه هذه الحالات بالذات تكون كتصرفات المريض مرض الموت وتعطي حكمهن بالرغم من أن أصحابه أصحاء.[1]

ثالثا: صور مريض الموت. نتيجة لتطور الوسائل العلمية والطبية فإنه يمكن من خلاله الوقوف على حقيقة المرض، فقد لا يقتصر المرض على المريض القائم به المرض فعلا، بل يتعدى إلى الشخص الذي يكون في حالة نفسية يشعر بدنو أجله، لذلك انقسمت صور المرض مريضة الموت إلى قسمين:

1-مرض الموت الحقيقي. قسم فقهاء المسلمون الأمراض على نوعين:

أ. أمراض مخوفة لا يتعجل موت صاحبها بها، لكنها يغلب فيها الخوف من الموت، كالبرسام والحمى والرعاف الدائم.

ب. أمراض غير مخوفة، لا يغلب فيها الخوف من الموت كالجرب والصداع اليسير والإسهال.[2]

ونظرا لكثرة الأمراض في وقتنا الحال وتطورها وتطور أسمائها، سنذكر بعض الأمراض مرض الموت الواردة على سبيل المثال لا الحصر، ومن أهم الأمراض:

- **السرطان:** هو عبارة عن الانقسام العشوائي للخلايا والتي تستمر في الانقسام دون توقف أو كبح معرقلة وظيفة العضو الذي ينتمي إليه.[3]

[1] محمد كامل مرسي، **شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية).** الإسكندرية: ج6، منشأة المعارف، 2005، ص316.

[2] حبيب إدريس عيسى المزوزي، مرجع سابق، ص55.

[3] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص39.

- **السل الرئوي:** يعتبر السل الرئوي عدوى جرثومية تنتشر من خلال استنشاق قطرات صغيرة من سعال أو عطاس شخص مصاب بالعدوى وهو من الحالات الخطيرة، ولكن يمكن الشفاء منه باستعمال المعالجة المناسبة.[1]
- **الايدز:** هو مرض يؤدي إلى حد ما بعلة في المناعة الخلوية ويصيب الشخص من دون سبب معلوم، نتيجة المقاومة الضعيفة للمرض نفسه، ويعتبر مرض فتاك وقاتل.[2] مما تقدم فإنه هناك عدة أمراض تصيب الإنسان تقود به إلى الموت، وذكرنا أهم الأمراض المنتشرة بكثرة في عصرنا الحالي، والتي تختص بطبيعة خاصة وهي التي لا يرجى الشفاء منها غالبا وتؤدي حتما إلى نهايته.

2-مرض الموت الحكمي. والمقصود بالموت الحكمي هو وصول الشخص لحالة النفسية مماثلة للمريض مرض الموت، فجعل الفقهاء إلحاق تصرفاتهم بتصرفات المريض مرض الموت، وقد عرف هذا الأخير بأنه من غلب حاله الهلاك بمرض أو غيره، وهذا التعريف شامل بمريض الموت والشخص المحيط بحالة الموت كذلك.[3] وقد وجد العلم الطبي أنه هناك علاقة بين المرض النفسي والمرض العضوي، فهناك من الأمراض النفسية كالاكتئاب قد تزيد من شدة أعراض الأمراض العضوية كالصداع، كما أن هناك من الأمراض العضوية كالسرطان الذي قد يؤدي إلى ظهور أعراض نفسية كالقلق والخوف.[4]

تعددت الحالات التي تلحق بالمريض مرض الموت، إلا أننا سنذكر أهمها:

[1] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص47.

[2] حبيب إدريس عيسى المزوري، مرجع سابق، ص60.

[3] المرجع نفسه، ص63.

[4] المرجع نفسه، ص64.

أ-**المحكوم عليه بالإعدام.** يعتبر المحكوم عليه بمثابة المريض مرض الموت، إذ أنه بمجرد صدور الحكم بالتنفيذ، سيغلب في ظنه الموت، بينما يبقى في حكم الصحيح كلما بقي في السجن وذلك في حالة عدم إخباره بوقت التنفيذ.[1]

ب-**الإنتحار.** إن فقهاء المسلمون لم يتطرقوا لهذا العنصر وذلك لسبب أن الانتحار عمل غير مشروع وخارج عن أحكام الشريعة الإسلامية والتي توجب حفظ النفس، إلا أنه وفي الواقع المعاش نجد نسبة الانتحار تزداد سنة تلو الأخرى، وهذا راجع لضعف الإيمان وكثرة الأعمال الفاحشة، ولهذا فالصفات الاكتئاب والضعف والتفكير بإنهاء الحياة قد يكون قريب من المرض الموت.

ت-**انتشار الأوبئة.** وذلك بانتشار المرض بين أبناء بلدة من البلدان، ومن بين الأوبئة التي ظهرت مؤخرا ما يسمى ب "كوفيد 19" وهو نوع من الفيروسات التي ظهرت حديثا، وهو مرض تم اكتشافه من سلالة فيروسات كورونا، بدأ تفشيه في عام 2019، يصيب الرئة بحيث يصعب التنفس وهو فيروس قاتل.[2]

يمكن القول أن هذه الأمراض التي ذكرت على سبيل المثال، في الأصل أنه التصرفات التي يقوم بها الشخص هي تصرفات صحيحة مماثلة للأصحاء، إذا فمتى تكون تصرفاته كمريض مرض الموت؟ الإجابة: في حالة التي يقرب فيها كل القرب من الموت.

الفرع الثاني: حكم خلع مريضة مرض الموت زوجها.

سنتطرق في هذا العنصر على حكم خلع المريضة مرض الموت زوجها أولا فقها وثانيا قانونا.

[1] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص58.

[2] وداد عباس، جنات دكار، "**تدابير الجزائر لمواجهة الأزمة المزدوجة-جائحة كورونا وتراجع عائدات النفط**". مجلة مدرات للعلوم الاجتماعية والإنسانية تصدر عن مركز الجامعي غليزان، العدد 04، 2021، ص136.

أولا: حكم خلع المريضة مرض الموت فقها. اختلفت المذاهب في فصل حكم خلع المريضة مرض الموت لزوجها، فجاء مفصلا عند الفقهاء على النحو التالي:

أ-المذهب الحنفي. أن خلع المريضة مرض الموت وتطليقها على مال، يكون طلاقا بائنا وذلك بشرط عدم زيادة العوض على ثلث التركة، أما وقوع الطلاق البائن فإنه قد تحقق شرطه وهو قبولها، وأما لزوم البدل فإنها قد التزمت به، وأما عدم زيادة العوض على ثلث التركة، فلأنها متبرعة، وتبرع المريض مرض الموت ينفذ من ثلث تركة المتبرع، إذا كان المتبرع له أجنبيا، والزوج بالمخالعة يصير أجنبيا من الزوجة.[1]

وفي حالة إتمام الخلع، نكون أمام حالتين موت الزوجة قبل انقضاء العدة، والحالة الثانية الموت بعد انقضاء العدة، وإما أن تبرأ من مرضها، فإن ماتت قبل انقضاء العدة وقد خالعته على مال فإنه يأخذ الأقل من ثلاثة أشياء: العوض، ثلث التركة، أو ميراثه منها.[2]

ب-المذهب المالكي. يرى المالكية بأنه يحرم على الزوجين أن يختلعا في فترة المرض، أما إذا وقع الخلع فإنه يعتبر طلاقا بائنا ولا ميراث بينهما، أما إن زاد على ميراثه فإن الزيادة لا تكون له، ويجب عليه ردها إن كان قد قبضها، ويجب أن لا يتصرف الزوج في المال قبل موتها، لأن المعتبر في تقدير المال يوم وفاتها لا يوم الخلع، وبعد وفاتها ينظر في الإرث إن كان يساوي ما يستحقه في الميراث، أو أقل أخذه، وإلا أعطى ما يستحقه فقط، أي أن المال الذي يساوي ميراثه فقط وقت الخلع دون الزيادة.[3]

ت-المذهب الشافعي. إذا خالعت المريضة زوجها بمهر المثل أو أقل، فيصح الخلع، وينفذ البدل من رأس المال، وإذا خالعته بأكثر من مهر المثل فالخلع صحيح وينفذ قدر مهر المثل من العوض وبعد الفضل من مهر المثل من الثلث، لأن الزائد على مهر المثل يعد تبرع لا

[1] شمس الدين السرخسي، **المبسوط**. لبنان: ط1، ج6، دار المعرفة، 1331هـ، ص192.

[2] ياسين علال، مرجع سابق، ص187.

[3] عبد الرحمان الجزيري، ج4، مرجع سابق، 353.

يقابله بدل.[1] ويؤيد ذلك ما جاء في الأم: "وإن كانت هي المريضة وهو صحيح، أن مريض، فسواء وإن خالعته بمهر مثلها أو أقل، فالخلع جائز، وإن خالعته بأكثر من مهر مثلها ثم ماتت من مرضها قبل تصح، جاز لها مهر مثلها من الخلع، وكان الفضل على مهر مثلها وصية يحاص أهل الوصاية بها".[2]

ث-المذهب الحنبلي. يرى الحنابلة أن الخلع الزوجة المريضة مرض الموت صحيح، فإن كان العوض أكثر من ميراثه منها فإنه لا يملك إلا ما يساوي ميراثه، أما الزيادة فهي حق الورثة وذلك لوجود تهمة أنها أرادت محاباته بإعطائه أكثر من ميراثه، أما إذا كان أقل من ميراثه فإنه يأخذه بدون زيادة، لأنه أسقط الزيادة باختياره فلا يستحقها، فتعين استحقاقه للأقل، فإن صحت من مرضها الذي خالعته فيه كان له الحق في كل المبلغ الذي خالعته عليه.[3]

والملاحظ من خلال رأي المذاهب الأربعة أنه يقع الخلع بطلاق بائن، إلا أنه اختلفوا من ناحية بدل والعوض الذي يستحقه الزوج مقابل الإرث.

لكن إذا حابته الزوجة بأن سمت له بدلا يزيد عن الثلث كانت متعسفة في الخلع، وبهذا سوف نتطرق إلى مقدار العوض التي تلتزم به الزوجة وذلك في حالتين: في حالة وفاتها قبل انقضاء العدة أولا، وبعد انقضاء العدة ثانيا.

1-حالة وفاة الزوجة قبل انقضاء العدة. يقول الإمام مالك يجب أن يكون بدل الخلع بقدر ميراثه منها، فإن زاد على إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إذا كان الزوج صحيحا.

---

[1] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص172.

[2] محمد بن إدريس الشافعي، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، **الأم**. مصر: ط1، ج6، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2001، ص503.

[3] عبد الرحمان الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص358.

وأما الحنابلة مثل ما عند مالك في أنه إذا خالعت الزوجة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع فيه، وإن خالعته بزيادة بطلت هذه الزيادة.[1]

أما المذهب الشافعي يرى بأنه لو اختلعت منه بقدر مهر مثلما جاز، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث ويعتبر شرعا.[2]

أما المذهب الحنفي فقد كان قولهم بأن ماتت الزوجة وهي في العدة لا يستحق زوجها إلا أقل هذه الأمور: بدل الخلع، وثلث تركتها وميراثه منها، لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها في مرض موتها وتسمي بدلا باهضا، يزيد عما يستحقه بالميراث، فلأجل الاحتياط لحقوق ورثتها، أي أنها ماتت في العدة لا يأخذ إلا أقل الأشياء الثلاثة: بدل الخلع، ثلث تركتها، ميراثه منها.[3]

وبهذا يقول الجزيري: "إن المريض مرض الموت له أن يتصرف في ماله بغير التبرع، أما التبرع فليس له أن يتبرع بما يزيد على الثلث، وعلى هذا يكون في الجواب تفصيل، وهو أن العوض إن كان يساوي مهر المثل فإنه ينفذ بلا كلام، لأن مهر المثل في نظير حل العصمة فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل تكون تبرعا وفي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث، فإنه يأخذها فإن لم يجز الورثة أو كان الثلث أقل منها فسخ العوض المسمى ورجع بمهر المثل وإما أنها تكون وصية فتجري عليها أحكام الوصية.[4]

وفي حالة ما إذا توفيت الزوجة المخالعة قبل شفائها من مرضها وهي لا تزال في العدة، فللزوج الأقل من ثلاثة أمور، بدل الخلع ونصيبه من ميراثها، وثلث تركتها به إخراج ما يجب أداؤه منها من الحقوق المتعلقة بتركتها قبل تقسيمها وتوزيعها من تركتها، وإنما وجب له الأقل من هذه الأمور الثلاثة للاحتياط، لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها في مرض موتها وتسمي له بدل

[1] السيد سابق، **فقه السنة.** القاهرة: ط20، ج2، الفتح للإعلام العربي، 1998، ص326.

[2] محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ج10، مرجع سابق، ص68.

[3] عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.** بيروت: ط3، ج10، مؤسسة الرسالة، 1997، ص378.

[4] عبد الرحمان الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص357.

خلع باهضا يزيد عما يستحقه بالميراث لذلك ولأجل الاحتياط لحقوق ورثتها وردا لقصد المتواطئ عليه، فإذا ماتت في العدة لا يأخذ إلا أقل الأمور الثلاثة.[1]

2-حالة وفاة الزوجة بعد انقضاء العدة. في حالة إذا ماتت الزوجة بعد انقضاء العدة، فالزوج يستحق بدل الخلع بشرط ألا يزيد على ثلث تركتها.

وإذا توفيت الزوجة في مرضها بع انقضاء عدتها من خلعها، فللمخالع الأقل من بدل الخلع، ومن ثلث مالها، ولا ينظر في هذه الحالة إلى مقدار نصيبه من تركتها ميراثا، لأن الإرث بين الزوجين غير قائم من كل وجه عند وفاتها، حيث أنها توفيت بعد انقطاع كل أثر من آثار الزوجية التي هي سبب التوارث بين الزوجين، فلا يمكن اعتبار المخالع في هذه الحالة وارثا منها.[2] وإذا توفيت الزوجة بعد أن برئت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج بدل الخلع، لظهور أن تصرفها لم يكن في مرض الموت، فيكون تصرفها في مرضها كتصرفها في حال صحتها ويستحق جميع البدل المسمى.[3]

وإنما حرم ذلك حتى لا يجمع على المرأة فراق الزوج والعوض المالي لقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**".[4] وقوله تعالى: "**وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا**".[5]

---

[1] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية.** عمان: ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص200.

[2] المرجع نفسه، ص200.

[3] المرجع نفسه، ص200.

[4] سورة النساء، آية 19.

[5] سورة النساء، آية 20.

ويرى بعض الفقهاء نفاذ الخلع في هذه الحالة مع حرمة العضل وأما الإمام مالك فيرى أن الخلع ينفذ على أنه طلاق ويجب على الزوج أن يرد البدل الذي أخذه من زوجته.[1]

ثانيا: حكم خلع المريضة مرض الموت قانونا. بالرجوع إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على حكم خلع مريضة مرض الموت، بل اكتفى بنص واحد عن خلع، إذ نخلص بأن القاضي ملزم بالفصل في الخلع، دون النظر إلى طبيعته وأسبابه هل كانت الزوجة في حالة مرض أم لا؟ فالقانون لم يحدد ذلك.

إلا أنه في القرار الصادر عن المحكمة العليا قضت بما يلي: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث".[2]

ومن خلال القرار السالف الذكر؛ بين لنا أن طلاق يقع في حالة مرض الزوج مرض الموت إلا إذا كان طلاقه بغية حرمان زوجته من الميراث، لذلك نستطيع إسقاطه على الخلع باعتباره طلاقا أي أنه يقع خلع الزوجة المريضة مرض الموت لزوجها، إلا إذا كان غرضها من ذلك حرمانه من الميراث.

إلا أن المشرع الكويتي على غرار القوانين الأخرى، نجده قد تكلم عن خلع الزوجة مريضة مرض الموت زوجها وذلك في نص المادة 119 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والذي جاء فيها: "يصح خلع المريضة مرض الموت، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة". نجد أن المشرع الكويتي أعطى حكم لخلع المريضة مرض الموت وهي صحة خلعها سواء غرضها حرمان زوجها من الميراث أم لا.

[1] السيد سابق، مرجع سابق، ص222.

[2] ملف رقم 179696 بتاريخ 1998/03/17، المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص98.

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على خلع مريضة مرض الموت.

إن محور دراستنا تكمن في التعسف في فك الرابطة الزوجية، والذي بين أيدينا معالجة لمدى استعمال حق الخلع، قد يستعمل فيما شرع له وهو الافتداء من الضرر وسوء العشرة، وقد يستعمل في غير ما شرع له، لهذا ارتأينا بتطبيق معايير التعسف على حق الخلع في مرض موت الزوجة، وكما ذكرنا سابقا أن معايير التعسف في استعمال الحق تنقسم إلى معيارين: معايير ذاتية ومعايير موضوعية.

أولا: معايير ذاتية أو شخصية. تتمثل المعايير الذاتية في قصد الإضرار، ومعيار تحقيق مصلحة غير مشروعة.

1-معيار قصد الإضرار. إن أساس المعيار هو القصد ويقصد به نية التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، ولأن النية يصعب إثباتها، فيمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية في إيقاع الخلع، وقصد الإضرار في خلع مريضة الموت، يكمن في قصد الضرر لزوجها وذلك لحرمانه من الميراث، إلا أنه لا يمكن جعله تعسفا في كل الحالات، قد يكون خلع مريضة الموت حقيقي، فلا يمكن أن نقول بأن الزوجة قد تعسفت.

ويتحقق معيار قصد الإضرار إذا كان بدل الخلع يقل عن الإرث الذي يستحقه الزوج، فإذا كان الميراث أكثر من بدل الخلع وخلعت الزوجة زوجها وهي في مرض موتها، فإن قصد الإضرار واضح ونكون أمام التعسف في حق الخلع.

2-معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة. وتكون الزوجة متعسفة في حالة التي تبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا، ذلك أن الخلع في أصله هو حكم شرعه الله تعالى وذلك عند استحالة العيش مع الزوج لأسباب مبررة ككره الزوج، أو لعدم صلاحه أو غير ذلك، فالخلع جاء لمصلحة مشروعة تستعمله المرأة، إلا أن هذا الحق قد تتعسف فيه وتحقق به مصلحة غير مشروعة ومثال ذلك: أن تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت

بغرض حرمان زوجها من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا.

ثانيا: معايير موضوعية. يتمثل في اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة وكذلك في الضرر الفاحش.

أ-معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة. إن قيام الزوجة بالخلع بناء على أسباب تعتبرها جدية ومبررة ذلك أن السبب هو دفع الضرر عن نفسها ولمصلحة تجدها في عدم تعايش مع الزوج سواء كان هذا الأخير غير جدير بالتعايش معه تحت سقف واحد لسوء خلقه أو لكراهته...، إلا أن تحقق معيار اختلال التوازن بين المصالح نجدها في إيقاع الزوجة في مرض موتها حق الخلع مصلحة لها بالمقابل نجد أن المصالح ينتج عنه مفسدة وضرر يلحق الطرف الآخر وهو الزوج، إذ نجد اختلال بين المفاسد والأضرار الناتجة أكبر من المصالح المراد تحقيقها، وإذا تحقق هذا المعيار نقول أن الزوجة المريضة مرض الموت متعسفة في استعمالها لحق الخلع.

ب-الضرر الفاحش. إن قيام الزوجة بالخلع قد يضر الزوج ضرر فاحش، والضرر لا يقتصر فقط على التصرف الفعلي والمادي، بل قد يكون ضرر فاحش معنوي، يضر بنفسية الزوج جراء خلعه، فيضر به خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشتهما معا، وكان يبذل كل جهده في الإنفاق عليها، وإذا رعاها وهي مرضها، وبعد ذلك تقوم بمخالعته وهو في أمس الحاجة إلى من يقف إلى جانبه، فحتما فقد تكون الزوجة قد أضرت به ضرر فاحش.

المطلب الثاني: خلع الزوجة من غير سبب شرعي.

إن من بين الحقوق التي تتمتع بها المرأة، حق الخلع، وهو حق شرعي للزوجة، إلا أن هذا الحق قد يتعسف فيه، وذلك في حالة التي يستعمل في موضع غير مشروع، كالخلع بدون

سبب، لهذا سنقوم بمعالجة حكم استعمال الخلع بغير سبب شرعي، وكذلك الحالات التي قد يكون مضمونها تعسفي وهذا ما سيتم تناوله فيما يأتي.

الفرع الأول: حكم خلع الزوجة من غير سبب شرعي.

اتفق جمهور الفقهاء بجواز الخلع الذي يكون بسبب، سواء لكراهة الزوج أو لسوء خلقه، أو أنه خوفا من كرهها الكفر في الإسلام أو غير ذلك من الأسباب الجدية التي تستدعي ذلك لقوله تعالى: " **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**".[1]

أما إذا خالعت الزوجة زوجها بدون مبرر ولا سبب جدي بالرغم من استقامة زوجها ففي هذا الحكم ثلاثة أقوال:

أولا: القول الأول. ذهب الحنفية والمالكية والشافعية،[2] إلى جواز الخلع مع استقامة حال الزوج واستقرار الحياة الزوجية دون شقاق أو ضرر. وكان استدلالهم على القرآن الكريم والسنة النبوية.

من القرآن: قوله تعالى: "**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**".[3]

تدل هذه الآية الكريمة، أنه إذا حل له أن يمتلك ما طاب به نفسها من غير أن يملكها به بضعها، فأولى أن يحل له إذا ملكها به بضعها.[4]

أما استدلالهم من السنة النبوية كان في حديث امرأة ثابت بن قيس وفيه: "ما أعتب عليه في خلق ولا دين".

---

[1] سورة البقرة، آية 229.

[2] شمس الدين السرخسي، ج6، مرجع سابق، ص171.

[3] سورة النساء، آية 4.

[4] سامي محمد أو عرجة، "**أحكام الخلع وأثره في الفقه الإسلامي**". مجلة جامعة الأزهر، المجلد 17، العدد 1، غزة، 2015، ص383.

إن أسباب امرأة ثابت بن قيس في طلبها للخلع ليس لسوء خلق ثابت بن قيس ولا لضرر منه، إلا أن الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز الخلع فيها، وهذا لسبب الخوف من الكفر في الإسلام.

يقول في ذلك القرطبي: "والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر، كما دل عليه حديث البخاري وغيره، وأما الآية فلا حجة فيها، لأن الله تعالى لم يذكرها على جهة الشرط، وإنما ذكرها لأنه الغالب من أحوال الخلع، فخرج القول على الغالب، والذي يقطع العذر ويوجب العلم".[1]

ثانيا: القول الثاني. مذهب الحنبلي والمالكي والشافعي، وقولهم بصحة الخلع بدون سبب، إلا أنه يكره ذلك. ودليلهم قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

ويدل الحديث الشريف في بيان الضرر الذي يلحق بالزوج جراء الخلع بدون سبب بالرغم من أن الزوج قائم بجميع واجباته وحسن المعاشرة.

ولأن الخلع هنا مكروه قياسا لقوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال عند الله الطلاق".

فالطلاق بالرغم من أنه شرعه الله تعالى إلا أنه مكروه في استعماله في غير بأس، كذلك الخلع باعتباره نوع من فك الرابطة الزوجية، فيكره استعماله بغير سبب.

ثالثا: القول الثالث. وجاء هذا الموقف بتحريم الخلع في حالة استقامة الزوج، وأصحاب هذا الموقف المذهب الحنبلي. وكان دليلهم:

قوله تعالى: "**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**".[2]

[1] نقلا عن: سامي محمد أو عرجة، مرجع سابق، ص383.

[2] سورة البقرة، آية229.

وتدل الآية على المخالعة بالمعروف، كأن كرهت الزوجة زوجها لخلقه أو لنقص دينه، وخافت أن ل تطيع الله فيه، لأنه عوض لتحصيل مقصودها من الفرقة، لذلك جاءت مشروعية الخلع.

أما دليلهم من السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة".[1]

وقوله صلى الله عليه وسلم: "المنتزعات والمختلعات هن المنافقات".[2]

ويفهم من الحديثين جزاء الزوجة التي تختلع زوجها من غير سبب شرعي، فمكانتها واضحة وهو حرمانها من الجنة، وهذا الجزاء يقتضي أن يكون الفعل مجرم ومن كبائر الذنوب.

من خلال من تم ذكره من الأقوال الثلاثة، فقد نرجح القول الثاني بإكراه الخلع دون سبب إلا أنه يصح وقوعه، وذلك من خلال الحديث الشريف لامرأة ثابت بن قيس التي طلبت من الرسول صلى الله عليه وسلم بأن يختلعها من زوجها بدون سبب، إلا أنها خوفا من تقصيرها لواجباتها الزوجية تجاهه، غير أنها تمدح في زوجها من حسن المعاشرة والخلق، وهذا الحديث خير دليل بجواز الخلع بدون سبب، إلا أنه مكروه ذلك أنه فيه ضرر للزوج وهذا عملا بقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، كما أن طلاق الزوج بغير سبب يقع، فإن الخلع باعتباره طلاقا فإنه يقع كذلك.

الفرع الثاني: حالات الخلع بغير سبب شرعي.

تختلف حالات الخلع بغير سبب شرعي باختلاف تنوعها من حالة إلى أخرى، ويرجع السبب

[1] أبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، **السنن.** مصر: ط1، ج2، باب الخلع، كراهية الخلع للمرأة، حديث 2045، دار التأصيل، 2014، ص355.

[2] أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ت: بشار عواد معروف، **الجامع الكبير.** لبنان: حديث 1186، باب ما جاء في المختلعات، ط1، ج2، دار الغرب الإسلامي، 1996، ص478.

في تطورات الحاصلة على المجتمعات، لذلك سنتطرق إلى هذه الحالات التي تكون بغير سبب ملامسة فيه الوقت الراهن في عصرنا.

أولا: إكراه الزوجة لإختلاع زوجها. ويقصد به إكراه الزوجة زوجها على الخلع، واختلف الفقهاء في هذه المسالة على رأيين إسقاطا لهم على طلاق المكره:

1-الرأي الأول: أن خلع المكره لا يقع، ويقول ابن قدامى في المغني أن طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمرو وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سحرة وبه قال عبد الله بن عبيد، ابن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريع وعطاء وطاووس وعمر بن عوف ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأبو عبيدة.[1]

ومن أدلتهم:

أ-قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

إن في قوله صلى الله عليه وسلم بوضع الله تعالى للإنسان الخطأ والنسيان والإكراه، وهذه الصفات موجودة فينا، إلا أنه في عدة تفاسير لكلمة الوضع هناك من يقصد بها جعل وهناك ما الرفع ويقصد به رفع الأثر الناتجة عن الصفات.

وهذا يدل على عدم وقوع الطلاق وكذا خلعه باعتبار هذا الأخير نوع من الطلاق.

يقول ابن قدامة: "ولأن قول المكره هو قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم شرعي، ككلمة الكفر إذا أكره عليها بعد الإيمان".[2]

2-الرأي الثاني: وقوع طلاق المكره وكذا خلعه وإليه ذهب أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري

[1] محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ج10، مرجع سابق، ص350.

[2] المرجع نفسه، ص117.

والثوري وأبو حنيفة وصاحباه.[1] واستدلوا:

أ-"روي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا أو لأذبحنك فناشدها الله، فأبت فطلقها ثلاثا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق".[2]

يقول السرخسي: "أن المكره المكلف أوقع الطلاق في محل يملكه فيقع كالطائع وتفسير الوصف أن الإكراه لا يزيل الخطاب".[3]

من خلال الرأيين فإننا نميل إلى ترجيح المذهب الأول وذلك لقوة أدلتهم على المذهب الثاني، فإن المكره لا يقع خلعه.

ثانيا: موقف القانون من إكراه الزوجة لإختلاع زوجها.

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع تكلم على الخلع في مادة واحدة وهو نص المادة 54، إلا أن المشرع لم يتطرق لموضوع الإكراه في الخلع، إلا ما يمكنه القول أنه لا يفترض إكراه الزوجة لزوجها على الخلع في نص المعدل بأمر رقم 05-02 سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، وذلك لأنه يحق للزوجة الخلع دون موافقة زوجها، وهذا الحق قانوني ولها طلب الخلع كيف ومتى شاءت دون الرجوع للزوج، إلا أنه قبل التعديل 2005 وفي نفس المادة 54، فكان يشترط موافقة الزوج على الخلع، وهذا ما يمكن أن يفترض إكراه الزوجة زوجها على موافقة على الخلع. فنجد الاجتهادات القضائية تنص على وجوب قبول الزوج للخلع وجاءت أحكامه على النحو الآتي:

[1] نقلا عن: عبد الصمد محمد يوسف، مرجع سابق، ص116.

[2] عبد الرحمان السرخسي، ج6، مرجع سابق، ص177.

[3] المرجع نفسه، ص177.

1-من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.[1]

2-من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50.000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا.[2]

3-من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.[3]

جاءت هذه الاجتهادات قبل التعديل لنص المادة 54 من قانون الأسرة، إذ كان يعتبر الخلع عقد رضائي لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين من إيجاب وقبول.

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على الخلع بدون سبب شرعي.

تنقسم معايير التعسف إلى معيارين: معايير ذاتية أو شخصية (أولا)، ومعايير موضوعية أو مادية (ثانيا).

[1] ملف رقم 33652 بتاريخ 1984/06/11 المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1989، العدد 03، ص38.

[2] ملف رقم 36709 بتاريخ 1985/04/22، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1989، العدد 01، ص92.

[3] ملف رقم 51728 بتاريخ 1988/11/21، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1990، العدد 03، ص72.

أولا: معايير ذاتية أو شخصية. يتمثل في معيارين: معيار قصد الإضرار، ومعيار تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذا ما سيتم معالجته.

1-معيار قصد الإضرار. ذكرنا سابقا أن قيام الزوج بطلاق زوجته دون سبب شرعي إلا أنه إضرار بالزوجة فقط فيكون متعسفا، لذلك في المقابل فإن قيام الزوجة بخلع زوجها دون سبب أو حاجة تقتضي ذلك، إنما قصدها الإضرار بزوجها أو بأهله، دون وجود أي مسوغ شرعي يحملها للخلع، ويكون السبب تافه لا يتناسب مع ما يترتب عليه من أضرار كأن يمنعها زوجها من الخروج من البيت بدون سبب إلا بإذنه، فالقصد هنا الإضرار بالزوج، فإذا تحقق ذلك تكون متعسفة في استعمال حق الخلع.

2-معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة. شُرع الخلع ليكون حلا للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها منفردة، وذلك في حالة سوء العشرة، ولم يرضى الزوج بالطلاق، أو لسوء خلقه وكراهتها له أو غير ذلك من الأسباب المبررة لفك الرابطة عن طريق الخلع، فإذا كان غير ذلك وبدون سبب شرعي، فإنها متعسفة، ذلك أنها ناقضت الحكمة من تشريع الخلع، وكان هدفها الإضرار وتحقيق مصلحة لها دون النظر للطرف الآخر وهو الزوج وخاصة إذا كانت لا تشتكي منه، فهنا تكون المصلحة المحققة غير مشروعة، ويتحقق بذلك التعسف في استعمال الخلع.

ثانيا: معايير موضوعية أو مادية. ينقسم معيار الموضوعي إلى معيارين: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، معيار الضرر الفاحش، سيتم التطرق إليهم في الآتي.

1-معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة. إن الزوجة التي توقع الخلع بغير سبب أو لغير حاجة تدفعها لذلك، حتى ولو كان إيقاعه يحقق لها مصلحة ضئيلة، لا تتناسب مع الضرر الناتج عن الخلع، والضرر الذي يصيب الزوج إذا كان لا يشكي في شيء من معاملته أو معاشرته، فتكون متعسفة، لأن الضرر الناجم عن الخلع أشد من بقاء الحياة الزوجية، ولو

أدى إلى تحقيق تلك المصلحة الضئيلة للزوجة، بالمقارنة بينها وبين الضرر المترتب عن الخلع.

2-معيار الضرر الفاحش. يعتبر إيقاع الخلع من غير مسوغ شرعي، ضرر فاحش بالزوج وخاصة إذا كان الزوج حسن الخلق وطيب المعاشرة، إلا أن سبب في إيقاع الخلع قد يكون حرمانها من الخروج بدون سبب أو انتقاما أو تريد العيش في أكثر من مستوى المعيشي الموفر لها، أو غير ذلك من الأسباب الغير جديرة لطلب الخلع، فهذه الأسباب تعتبر خروجا عن ما شرع له من حكمة من الخلع، فيكون الضرر فاحش يصيب الزوج، وخاصة في الواقع المعاش تحت ما يسمى الزوج المختلع، وآثر ونظرة المجتمع لهذا الرجل، وكم من آلام نفسية تصاحبه لهذا فإنه يتحقق معيار الضرر الفاحش بتحقق الخلع بدون سبب شرعي ومسوغ.

ما يمكن استخلاصه من هذا المبحث أن الخلع حق للمرأة تمتلك إيقاعه كيف ومتى شاءت، وهو حق أناطه المشرع لإرادتها المنفردة فيه، فعند مباشرتها للخلع، تكون الزوجة بصدد إتيانها لحق أقره القانون لها، لذلك فإن إلحاق الضرر بالزوج فهل يكون من مسؤولياتها أم أنها مارست حقها القانوني دون النظر إلى الضرر اللاحق به؟

لا ننكر حقيقة التعسف في استعمال الحق، وهذا ما نجده في مجتمعنا وذلك من خلال ارتفاع نسبة الخلع على الطلاق بإرادة منفردة، فهل فعلا أن الخلع الحاصل هو افتداء بنفسها من الضرر أم أنها ممارسة لحق قانوني في مضمونه تعسفي؟

لا يمكن معرفة أن الزوجة وقعت الخلع تعسفا، ذلك أنه لم يبادر أي زوج مخلوع بمساءلة زوجته قضاءً عما أصابه من ضرر إثر اختلاعها منه رغما عن إرادته، ويرجع السبب في ذلك نص المادة 54 من قانون الأسرة التي ألغيت موافقة الزوج عن الخلع، والسبب في ذلك لعدم تعسف الزوج في عدم موافقته للخلع وهذا إضرارا بالزوجة وإمساكها، وكذلك سبب آخر وهو عدم تسبيب الخلع، بالمقابل أن عدم تسبيب الزوج للطلاق رغم أنه حق شرعي له يوقعه بيده وأن

العصمة له فإنه يحكم بالطلاق التعسفي لعدم تسبيبه للطلاق، كذلك عدم تسبيب الزوجة للخلع فإنه يفتح مجالا للتعسف، وقد يبقى إشكالا إذا لم يعيد المشرع صياغة المادة بضبطها للحد من التعسفات.

المبحث الثالث: الإجراءات القانونية لدعوى الخلع.

قانون الأسرة على الرغم من أنه نظم القواعد الأساسية التي تحكم الأحوال الشخصية دون أن يتضمن الإجراءات الواجب إتباعها في دعاوى فك الرابطة الزوجية وهذا يحيلنا إلى قانون الإجراءات المدنية، ودعوى الخلع كغيرها من الدعاوى تتطلب إجراءات. فلا بد من معرفة إجراءات التقاضي أمام القضاء من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم فيها.

المطلب الأول: الأحكام الإجرائية لدعوى الخلع.

لرفع دعوى الخلع لابد من اتخاذ إجراءات خاصة حددها القانون وفقا لقانون الأسرة وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن هذه إجراءات لا تختلف كثيرا عن الإجراءات الطلاق السابق ذكرها، فيجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة لم يتطرق إلى إجراءات دعوى الخلع مما يحيلنا بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لم يفرق من حيث الإجراءات بإجراءات خاصة بدعاوى فك الرابطة الزوجية، وخاصة بدعوى الخلع، مما يلزمنا الرجوع إلى القواعد العامة لشروط قبول الدعوى، وهي سابقة الذكر بالتفصيل في إجراءات رفع الدعوى الطلاق، هذا لا يمنعنا من إعادة ذكر هذه الشروط، وسلط الضوء على كل إجراء خاص بدعوى الخلع، لهذا فإن شروط قبول الدعوى هي: الصفة، المصلحة، الإذن.

أولا: الصفة. إن الصفة شرط أساسي لرفع الدعوى وهذا حسب المادة 13 من ق إ م إ، والمقصود بذلك تمتع رافع الدعوى بصفة المتقاضي، أما في دعوى الخلع فإن الصفة تمنح للزوجة وهي صفة المدعية بصفتها رافعة دعوى الخلع، أما صفة المدعي عليه فهو الزوج بخلاف دعوى الطلاق التي يكون فيها المدعي الزوج.

فالمدعية وهي الزوجة لها الحق فقط في رفع الدعوى الخلع، فلا يجور للأب أو الأخ رفع الدعوى وهذا لانعدام الصفة، إلا أنه يمكن للممثل القانوني كالمحامي أو الولي رفع الدعوى لمن لم يبلغ سن الرشد.[1]

ثانيا: المصلحة. ويقصد بالمصلحة المنفعة ناتجة والمحققة بالمطالبة واللجوء إلى القضاء، أو بمعنى آخر الدافع وراء رفع الدعوى،[2] وتتمثل المصلحة في دعوى الخلع في تحقيق الحماية لها،[3] نتيجة لما تعيشه الزوجة ولأي سبب كان دافعا لطلب الخلع سواء كراهية، أو عضل، أو ضرر كانت تعيشه الزوجة، ولأن هناك صعوبة في الإثبات في دعوى التطليق، فإن باب الخلع يفتح للزوجة الافتداء بنفسها مقابل عوض ودون تسبيب منها، فإن المصلحة تتحقق باللجوء الزوجة إلى طلب الخلع.

ثالثا: الإذن. وهو ما اعتبره المشرع في قانون إ ج م إ وفي مادة 13 من نفس القانون، وهو شرط لقبول الدعوى وهذا ما تم معالجته في إجراءات الطلاق السابق الذكر.

وعليه؛ فإن في قضايا فك الرابطة الزوجية ومن بينها الخلع لا وجود للإذن، ولا تشترط هذا النوع من القضايا له، كون أن المدعية تمثل نفسها.

---

[1] أمال علال، "**إجراءات التقاضي في دعوى الخلع**". المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، تلمسان، العدد01، 2019، ص40.

[2] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص38.

[3] رحاب أرجيلوس، "**الإجراءات القانونية لدعوى الخلع في التشريع الجزائري**". مجلة القانون والمجتمع، المجلد 11، العدد01، 2023، ص153.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، هو استبعاد شرط الأهلية، من شروط قبول الدعوى في نص المادة 13 من قانون إ م إ وذلك لأسباب التالية:

1-أن الأهلية شرط لصحة التقاضي.

2-أنها شرط لمباشرة الدعوى وليس شرطا لوجودها.

3-تنتج الأهلية آثار بفقدانها خلال سير الخصومة فتنقطع الخصومة، على غير فقدان الصفة أو المصلحة التي يترتب عنها عدم قبول الدعوى.[1]

الفرع الثاني: قواعد الإختصاص. إن الإختصاص هو السلطة الممنوحة للمحكمة للنظر في النزاع وعليه يتعين اللجوء إلى قواعد الاختصاص،[2] وهو على نوعين الإختصاص الإقليمي والإختصاص النوعي.

أولا: الإختصاص الإقليمي. يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وهذا في الاختصاص الإقليمي بشكل عام أو القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 37 من قانون إ م إ، إلا أنه في الإختصاص الإقليمي المختص والتي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 40 من نفس القانون وفي فقرتها الثانية منه، حيث نصت: "في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجي، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن".

في حين نجد أن المشرع الجزائري أضاف مادة أخرى تشير إلى الإجراءات الخاصة بالمحكمة في الأقسام الخاصة بقسم شؤون الأسرة وذلك في نص المادة 426 من قانون إ م إ، والتي تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي.

[1] محمد ملاحي، مرجع سابق، ص27.

[2] حسين طاهري، مرجع سابق، ص29.

إذا، نجد أن المشرع في ذكر هذه المواد المختصة إقليميا في مسائل الأسرة لم يفصل في ذكر مصطلح الخلع، غير أن مصطلح الطلاق شامل للخلع باعتبار هذا الأخير نوع منه، وهو من أنواع فك الرابطة الزوجية، فيمكن القول أن الإختصاص الإقليمي لدعاوى الخلع هي مكان وجود المسكن الزوجي.

ثانيا: الإختصاص النوعي. يعتبر قواعد الإختصاص النوعي من النظام العام إذ لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، كما أنه يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى،[1] وهذا حسب نص المادة 32 من قانون إ م إ والتي تنص على: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الإختصاص العام وتتشكل من أقسام...، تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا".

فيتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع، وفي حالة جدولة القضية أمام القسم الغير معني، يحال الملف إلى القسم المعني وذلك عن طريق أمانة الضبط بعد إخطار رئيس المحكمة مسبقا، وهذا إجراء نصت عليه الفقرة 6 من المادة 32 من قانون إ م إ.

إذا فإن الدعاوى الخلع ينظر فيها قسم شؤون الأسرة وذلك حسب نص المادة 423 ف1 قانون إ م إ التي تنص: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

الفرع الثاني: إجراءات لرفع دعوى الخلع.

يتم سير دعوى الخلع بعدة مراحل سوف يتم تناولها في العناصر الآتية.

[1] أمال علال، مرجع سابق، ص42.

أولا: عريضة افتتاح الدعوى. تعتبر العريضة إجراء رسمي تقوم به المدعية وهي الزوجة أو ممثلها القانوني، بتحريرها وإيداعها بأمانة الضبط بعدد النسخ يساوي أطراف النزاع وهذا حسب نص المادة 14 من قانون إ م إ.

إضافة إلى ذلك فإن العريضة الافتتاحية تقوم على شكل حدده القانون وفقا لعناصر يجب توافرها فيها وقد حددها القانون في نص المادة 15 من قانون إ م إ وهي محصورة في عدة نقاط:

1-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

2-اسم ولقب المدعي وموطنه.

3-اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له.

4-الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

5-عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6-الإشارة عند الاقتضاء، إلى مستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

بعد مرحلة تحرير العريضة، تقيد العريضة في سجل خاص حسب ترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، وهذا لغرض تبليغها، يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتتاحية، ويسلمها للمدعية لتبليغها، مع إلزامية المدعية باحترام مدة تبليغ المدعى عليه وقد حدد المشرع هذه المدة ب20 يوم من تاريخ تسليم بالحضور وتاريخ المحدد للجلسة، وقد مدد المشرع في حالة أن المدعى عليه مقيما بالخارج فإن المدة الممنوحة ثلاثة (3) أشهر، وهذا وفقا لنص المادة 16 من قانون إ م إ.[1]

[1] (الملحق 04).

ثانيا: التكليف بالحضور. بعد أن تسلم نسخة من عريضة الإفتتاح يقوم المدعي وهي الزوجة بتكليف بحضور الخصم وهو المدعى عليه وهو الزوج، وذلك بواسطة محضر قضائي.

نصت المادة 18 من قانون إ م إ على أنه يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية:

1-اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2-اسم ولقب المدعي وموطنه.

3-اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

4-تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

في حالة عدم تبليغ الزوجة تبليغا رسميا عن طريق المحضر القضائي، يقوم القاضي بشطب القضية من الجدول بسبب عدم القيام بالإجراءات التبليغ، والذي يعتبر إجراء شكلي رسمي وهذا طبقا لنص المادة 216 من نفس القانون.[1]

الفرع الثالث: سير الدعوى وإجراء الصلح في دعوى الخلع.

أولا: سير الدعوى الخلع. بعد إتمام جميع الإجراءات اللازمة من تحرير عريضة افتتاح دعوى خلع وتحديد يوم الجلسة وتبليغ الخصم وهو الزوج بتاريخ أول جلسة، يتعين على الأطراف الحضور للجلسة، تنعقد الجلسة بشكل علني، إلا أنه يمكن لأحد الزوجين طلب بأن تكون الجلسة سرية لا يحضرها إلا الطرفين أو ممثلهما القانوني، والقاضي وأمين الضبط، كما يمكن للقاضي أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة في ذلك ويخضع في ذلك حسب سلطته التقديرية للجلسة.

كما يتعين على الزوجين الإدلاء بطلباتهم ودفوعهم، كما لهم تدعيم ادعاءاتهم بما لديهما من

[1] رحاب أرجيلوس، مرجع سابق، ص155. (الملحق 02)

الأدلة المقررة قانونا، وهذا ما يسمى بالمذكرات الجوابية. أما في المرافعات أثناء الجلسة تعرض الزوجة أولا بعرض طلباتها، ثم يعطي القاضي للزوج كلمة ليقدم دفوعه وحججه، بعد ذلك يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعى ثم إلى محامي المدعى عليه قبل إقفال باب المرافعة.[1]

وفي حالة عدم حضور المدعي أو ممثله القانوني يحكم القاضي بشطب الدعوى، أما في حالة عدم حضور المدعى عليه فيصدر في حقه حكما غيابيا، وإذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون، وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا وتغيب دون عذر مقبول فإن حكمه الغيابي يكون مخالفا للقانون ومعرضا للإلغاء.

ثانيا: إجراءات الصلح في الدعوى الخلع. خص المشرع الجزائري فك الرابطة الزوجية بإجراءات قانونية لحل العصمة الزوجية، ومن أهم هذه الإجراءات إجراء الصلح، فجعل هذا الأخير في جميع القضايا فك الرابطة الزوجية،

فإذا؛ فإن إجراء الصلح في دعاوى الخلع إجراء وجوبي، وفي هذا الشأن نص المشرع في نص المادة 49 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم يعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

أما فيما يخص محاولة الصلح، فإنه إجراء وجوبي، ويتم في إطار السرية، وهذا حفاظا على خصوصية الأسرة، وهذا عملا بنص المادة 439 من قانون إ م إ ويترتب عن مخالفة هذا الإجراء مخالفة في تطبيق القانون وبالتالي نقض الحكم الصادر في الدعوى، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر 2009/01/14: "يجب على الزوج الطالب فك الرابطة

[1] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء.** الجزائر: ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص117.

الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصيا، تحت طائلة رفض دعواه".[1] يتخذ في إجراء الصلح استدعاء القاضي للزوجين المتنازعين، فقضت المحكمة العليا بقرارها الآتي: "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح".[2] ولا يصح نيابة أحد الزوجين في إجراء الصلح، وهذا عملا بما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر 2008/01/16: "لا يجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح".[3] وبعد استدعاء الزوجين إلى مكتب القاضي بواسطة أمين الضبط، ليعقد معهم جلسات سرية، يحاول من خلالها إجراء الصلح وجمع الشمل،[4] فيستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم يجمع بينهما لسماع الاثنين، وهذا عملا بنص المادة 440 من قانون إ م إ.

وللقاضي الحق في منح الزوجين مهلة التفكير لإجراء محاولات صلح جديدة ولعدة جلسات صلح وهذا حسب سلطته التقديرية وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها: "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدة محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه"،[5] كما له صلاحيات أخرى في اتخاذ ما يراه لازما من تدابير مؤقتة بموجب غير قابل لأي طعن بشرط عدم تجاوز المدة المقررة

---

[1] ملف رقم 474956 بتاريخ 2009/01/14، المحكمة العليا سنة2009، العدد الخاص لإجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، ص279.

[2] ملف رقم 0798882 بتاريخ 2013/05/09، المحكمة العليا سنة 2013، العدد الخاص لإجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، ص286.

[3] ملف رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16، المحكمة العليا سنة 2009 العدد الخاص لإجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد01، ص302.

[4] طيب قبايلي، "الخلع في القانون والقضاء الجزائريين". المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد01، 2022، ص154.

[5] ملف رقم 0870291 بتاريخ 2014/03/13، المحكمة العليا سنة 2014، العدد الخاص لإجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، ص268.

قانونا بثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الخلع.[1]

كما قد تكون محاولة الصلح مرة واحدة إذا رأى القاضي أنه لا جدوى من إعطاء فرص أخرى للصلح، وفي هذا الإطار صدر قرار بتاريخ 2011/04/14 حيث جاء فيه: "القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر".[2] في حالة نجاح الصلح بين الزوجين، يحرر أمين الضبط تحت إشراف القاضي محضرا يثبت الصلح، ويوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط، ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا، أما في حالة عدم الصلح يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى وهذا عملا بنص المادة 443 من قانون إ م إ.[3]

المطلب الثاني: أحكام الصادرة بالخلع وطرق الطعن فيها.

تنتهي فك الرابطة الزوجية بدعوى الخلع بصدور الحكم، بخلع الزوجة من زوجها، ومن خلال ذلك نتعرض لطبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع، وطرق الطعن في الحكم الصادر.

الفرع الأول: طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع.

تنفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، بصدور الحكم وهذا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"؛ فلا وجود للخلع إلا إذا صدر حكم من القضاء، ويكون هذا الحكم ابتدائي نهائي لا يقبل أي تعديل أو مراجعة، لكنه بالمقابل منح المجال أمام المتضرر

[1] نور الهدى المستاري، مرجع سابق، 62.

[2] ملف رقم 620084 بتاريخ 2011/04/14، المحكمة العليا سنة 2012، العدد الخاصة لإجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، ص299.

[3] أمال علال، مرجع سابق، ص46، 47. (الملحق 03)

من الحكم بالطعن في جوانبه المادية كبدل الخلع.[1]

فيصدر الحكم بحالتين، حكم حضوري ويكون بحضور الخصم، وحكم غيابيا بغياب الخصم المعني، وهنا لا وجود لتفرقة بين صدور الحكم في الطلاق بإرادة منفردة للزوج وبين الحكم بالخلع.

فإن الحكم الصادر بالخلع ينقسم عادة إلى قسمين:

أولا: قسم الجانب الشخصي. ويتناول هذا الجانب ذكر أسماء المطلقين في منطوق الحكم، مع أمر القاضي بالتأشير منطوق الحكم بالخلع على هامش عقدي ميلاد كل من الزوجين، وعلى عقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية للبلدية المعنية وفي سجلات الخاصة بالحالة المدنية للأشخاص،[2] وهذا طبقا لنص المادة 49 ف3 من قانون الأسرة والتي تنص: "تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

ثانيا: قسم الجانب المادي. ويعتبر القسم المادي مرتبط بالجوانب المادية والمالية التابعة للخلع،[3] والمتمثلة في النفقات كنفقة العدة والمحضون، وكذلك استحقاقات المالية من بدل الخلع وهذا ما سيتم تفصيله في العناصر الآتية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالخلع.

أولا: الطعن بالاستئناف.

فيثار التساؤل حول الأحكام القابلة للاستئناف، انقسم بدوره إلى قسمين في تحديد طبيعة هذه

[1] سليمان ولد خسال، **المبسر في شرح قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، 2012، ص149.

[2] حسين بلحيرش، **محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية: التنظيم القضائي، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة.** الجزائر: دار بلقيس، 2019، ص153.

[3] رحاب أرجيلوس، مرجع سابق، ص158.

الأحكام: أحكام يقبل الطعن بالاستئناف في قراراتها والثانية لا يقبل الطعن فيها.

1: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف. يعبر أصحاب هذا الاتجاه بأن الأحكام الخلع غير قابلة للاستئناف، وحجتهم في نص المادة 57 من قانون الأسرة التي نصت في فقرتها الأولى بما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

يجوز الطعن بالاستئناف في الجوانب المادية للحكم الصادر عن المحكمة بالخلع، وهذا ما ثبت في قرار المحكمة العليا: " من المقرر قضاء أن توابع العصمة والأشياء الخاصة بالزوجين والمرتبطة مباشرة بواقعة الطلاق يجوز المطالبة بها ولو في مرحلة الاستئناف ولا تعتبر طلبا جديدا".[1]

فيعتبر الطعن بالاستئناف طريقة من الطرق الطعن العادية المنصوص عليها في قانون إ م إ من نص المواد 332 إلى المادة 338 من نفس القانون.

فحدد ميعاد الاستئناف بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم للشخص، ويمدد هذا الأجل في حال التبليغ الرسمي في موطن الشخص الحقيقي أو المختار وهذا حسب النص المادة 336 من قانون إ م إ حيث نصت: "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته.

ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة".

[1] ملف رقم 59140 بتاريخ 1990/03/19، المحكمة العليا سنة1991، العدد الخاص لاجتهاد المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، العدد 04، ص121.

فنجد أن بعض القرارات المحكمة العليا تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف، وذلك عندما يطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا، وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام نهائية.[1] وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 1994/12/14 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء وليس عقد رضائيا بين الزوجين.[2]

وهناك أيضا أحكام قضائية صادرة بعدم قابلية أحكام الخلع للاستئناف منها ما يلي:

"من المقرر قانونا أن الوكالة أو الإنابة، هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه، وأن الوكالة الخاصة، الرسمية، تصح للمرافعة أمام القضاء.

ومن المقرر أيضا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية".[3] وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: "لا يجوز استئناف أحكام الطلاق، إلا في الجوانب المادية، عملا بنص المادة 57 قانون أسرة التي تعتبر أحكام الطلاق صادرة بدرجة نهائية".[4]

2: أحكام الخلع قابلة للاستئناف. على نقيض الرأي الأول فإن هذا الاتجاه يرى بأن أحكام الخلع قابلة للاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التوفيق بالخلع

---

[1] لمياء شافعة، "**حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري – دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة**–". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص شؤون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2011، ص221.

[2] نقلا عن: لمياء شافعة، المرجع نفسه، ص221.

[3] ملف رقم 110096 بتاريخ 1994/11/15، المحكمة العليا سنة 1994، العدد الخاص لاجتهاد المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، العدد3، ص79.

[4] ملف رقم 101232 بتاريخ 1994/12/13، المحكمة العليا سنة 1999، العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 54، ص97.

عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع.[1]

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها ألغى حكم الدرجة الأولى، وصرخ من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي على درجتين عن تلك الدعوى وأن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة.[2]

ومن الاجتهاد القضائي الذي أجاز الطعن بالاستئناف في حكم الطلاق حيث جاء: "يجوز استئناف الحكم الناطق بالطلاق بالتراضي في جانبه المخل بالاتفاق الحاصل بين طرفي الطلاق".[3]

يمكن القول من خلال اختلاف الآراء وترجيحا لما ذكر؛ بأن الاتجاه المرجح له هو الرأي الأول، وهذا باعتبار أن المادة 57 من قانون أسرة كانت صريحة بكون أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف إلا فيما يخص الجوانب المادية، لأن فتح باب الطعن في هذه الحالة يؤدي إلى تمكين لتعسف الزوج من إبقاء زوجته معلقة أثناء مراحل التقاضي لسنوات عديدة.

---

[1] زهير المهدي خليفة مكاري، "**الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة تحليلية مقارنة)**". رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم الأحوال الشخصية، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، جمهورية إندونيسيا، 2014، ص130.

[2] نور الهدى المستاري، مرجع سابق، ص74.

[3] ملف رقم 381468، بتاريخ 2007/02/14، المحكمة العليا سنة 2008، العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية، العدد1، ص241.

ثانيا: الطعن بالنقض. يكون الطعن بالنقض على مستوى المحكمة العليا، وهذه الأخيرة تنظر في موضوع النزاع الصادر عن المحاكم والمجالس القضائية، فهي محكمة قانون هدفها السهر على عدم مخالفة في الإجراءات أو مخالفة القانون.[1]

إلى جانب ذلك يكون أجل رفع الطعن بالنقض في أجل شهرين ابتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي وهذا ما نصت المادة 354 من قانون إ م إ "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا. ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة 3 أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار".

إضافة إلى وجوب ذكر بيانات في عريضة الطعن بالنقض، بحيث يجب أن تتضمن هذه العريضة على جميع البيانات المذكورة قانونا والتي تكون تحت طائلة قبولها شكلا المثار تلقائيا وقد نصت المادة 565 من قانون إ م إ على ما يلي: " يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبولها شكلا المثار تلقائيا، ما يلي:

1-اسم ولقب وموطن الطاعن، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي، بيان تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

2-اسم ولقب وموطن المطعون ضده أو ضدهم، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي، بيان تسميته ومقره الاجتماعي.

3-تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه.

4-عرضا موجزا عن الوقائع والإجراءات المتبعة.

5-عرضا عن أوجه الطعن المؤسس عليها الطعن بالنقض.

[1] أمال علال، مرجع سابق، ص52.

يجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه، إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها، وذلك تحت طائلة عدم قبوله".

وكذلك هناك وثائق يجب إرفاقها مع عريضة الطعن بالنقض، وهذا ما فصلته المادة 566 من نفس القانون بقولها: "يجب إرفاق عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا تلقائيا، بالوثائق الآتية:

1-نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن، مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت.

2-نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن.

3-الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن.

4-وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي.

5-نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح أو لعريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده".

كما يجب إرفاق الوثائق السابق ذكرها، فإنه يجب أن تحمل العريضة على التوقيع الخطي وختم محام معتمد لدى المحكمة العليا، وإذا تخلف هذا الإجراء تكون تحت طائلة عدم قبولها شكلا تلقائيا وهذا حسب نص المادة 567 من قانون إ م إ.

أما بالنسبة لتنفيذ حكم الخلع، يكون بتسجيلها على السجلات الموجودة في البلدية بالحالة المدنية الخاصة بالسجلات الزواج، فبعد الحكم بالخلع نهائيا، وانتهاء آجال الطعن بالنقض يمر

الحكم بالصيغة التنفيذية، ويتم إرسال إخبار بالطلاق (الخلع) إلى بلدية إبرام العقد الزواج، ويسجل في سجلات الخاصة بالزواج، ويؤشر على عقد زواجهما.[1]

أما بخصوص الإخبار بالطلاق يختلف من محكمة إلى أخرى هناك من يرسل الإخبار بالطلاق مباشرة بعد صدور الحكم القضائي، وهناك من محاكم من يرسل بعد انتهاء آجال بالنقض، إلا أن التطبيق الصحيح للقانون هو إرسال إخبار الطلاق بعد فوات آجال الطعن بالنقض إلا أن هذا الأخير يوقف التنفيذ.[2]

استخلاصا بما جاء في هذا العنصر، والذي تعمدنا ذكر أهم الطرق في إجراءات الخلع المتمثلة في الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض، وهذا التعمد ناتج عن الابتعاد عن التكرار وخاصة أن طرق الطعن كاملة ومفصلة سابقة الذكر في إجراءات الطلاق (الفصل الأول).

الفرع الثالث: إشكالات الناشئة عن الخلع.

أولا: المقاصة. ويقصد بها الطريق لانقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت بقدر الأقل منهما.[3]

وقد حدد القانون المدني شروط المقاصة من خلال نص المادة 297 والتي تتمثل في:

1-أن يكون هناك تقابل في الديون.

2-أن تكون الديون متماثلة، ويعني أن يكون المثل في الدين في النوع وفي الدرجة.

3-أن تكون الديون خالية من النزاع.

---

[1] هشام ذبيح، مرجع سابق، ص 313.

[2] المرجع نفسه، ص313.

[3] عبد المجيد قادري، "**دور المقاصة في انقضاء الالتزام**". مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، 2011، ص2.

4-أن تكون الديون مستحقة الأداء.

5-أن تكون الديون صالحة للمطالبة بها قضاءا.[1]

وعلاقة المقاصة بالخلع، في إشكالات التي تقع في حالات التنفيذ والتي يكون فيها تقابل الديون، مثال في دين الزوجة تجاه زوجها من نفقة إهمال أو تعويض، ويقابله دين الزوج تجاه الزوجة في سداد بدل الخلع، فنكون أمام المقاصة، وفي هذه الحالة كيف يكون الحل؟

بما أن المشرع الأسرة لم يذكر هذه الحالة وكذلك قانون إ م إ، عن كيفية سداد هذا الدين، فيمكن بذلك الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة والذي ينظم المقاصة من المواد 297 إلى 303.

ثانيا: بدل الخلع. يعتبر الخلع طلاق بمقابل، ويكون هذا المقابل بدل الخلع، قد يتفق الطرفان وقد يختلف، في حالة الاختلاف وخاصة فيما يخص بدل الخلع، هناك عدة إشكالات فيما يخص ذلك والواقعة عمليا، لذلك سنسلط الضوء على هذه الإشكالات.

في حالة تقديم الزوجة بدل الخلع مقدار لا يرضى به الزوج فما الحكم في هذه الحالة؟

إن المشرع في تشريعه للخلع نص فقط على مادة واحدة 54 من قانون الأسرة، لم يوضح المشرع توضيحا كافيا لهذا النص مما خلق إشكالا وخاصة من ناحية الإجرائية والعملية لهذا النوع من فك الرابطة الزوجية، فمن خلال هذه المادة أعطى المشرع حق الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته، إلا أنه لم يعطي اعتبار في عدم موافقة الزوج لبدل الخلع وخاصة إذا صرحت الزوجة في العريضة بإعطاء للزوج مقدار أقل من قيمة الصداق، في هذه الحالة أعطى المشرع سلطة للقاضي بالحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل في حالة معارضة الزوج لبدل الخلع.

[1] عبد المجيد قادري، مرجع سابق، ص7، ص8.

إلا أن هناك إشكال فيما يخص صداق المثل فيمكن للزوج أن يكون قد دفع مبالغ تفوق الصداق وقت الزواج؛ هل هذه المصاريف تدخل في الصداق أم أنها تعتبر نوع من الهدايا؟

في هذه الحالة لم يوضح فيها المشرع واكتفى فقط بذكر صداق المثل وأعطى سلطة للقاضي في ذلك بما لا يجاوزه.

إضافة إلى إشارة في حالة نطق بالحكم الغيابي للزوج، فإنه يحكم القاضي بما عرضت الزوجة من بدل الخلع، فتكون سلطة القاضي مقيدة وإتباعا لمبدأ لا يحكم القاضي ما لم يطلب منه وهنا نكون أمام إشكال في حالة عرض الزوجة مقدار لا يتناسب مع قيمة الصداق.

كذلك هناك إشكال فيما يخص عدم تسديد الزوجة بدل الخلع، فما هو الإجراء الذي يتبعه الزوج في هذه الحالة؟

بنظرية عكسية وبالرجوع إلى الطلاق بإرادة منفردة وفي حالة عدم تسديد الزوج كافة التعويضات الصادرة بحكم بطلاق تعسفي، فإن للزوجة الحق في متابعة الزوج جزائيا، أما في حالة عدم تسديد الزوجة لبدل الخلع فإن الزوج لا يستطيع متابعة الزوجة جزائيا، وهنا نكون أمام عدة تساؤلات فيما يخص ذلك، لذا فإن على المشرع النظر في إشكالات عملية واقعية بخصوص بدل الخلع.

الفرع الرابع: إثبات التعسف في دعوى الخلع.

لا ننكر حقيقة من وجود تعسف في الخلع، إلا أنه في الواقع وخاصة في القضاء لم يطرح أي قضية لتعسف الزوجة، ذلك أنه لم يبادر أي زوج مخلوع بمساءلة زوجته قضاءً عما أصابه من ضرر إثر اختلاعها منه رغما عن إرادته، وقد يكون في حالة لجوء الزوج إلى القضاء لمساءلة الزوجة على تعسفها في حق الخلع، فكيف يثبت الزوج ذلك؟

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الأصل أن صاحب الحق لا يثبت ممارسة حقه وفق القانون، وإنما يسعى خلاف ذلك وجب عليه الإثبات، ونجد أن الزوج المضرور من تعسف الزوجة هو من يقع عليه عبء الإثبات، ويكون وفق للقواعد العامة للإثبات ذلك بكل الوسائل من 323 إلى 350 ق م، وقد يكون كذلك بالمعاينة المادية أو وصلات الدفع، إذ يجب إثبات التعسف أو سوء النية في الإضرار به وذلك تحقيقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني.

كما يمكن للقاضي استنباط هذا التعسف من خلال القرائن، ومن أهم هذه القرائن الانعدام الكلي للمصلحة، أو أن تكون تافهة، أو أن يكون الدافع مسيء، ويمكن للقاضي الاستعانة بمعيار الرجل العادي، فإذا لاحظ القاضي الانحراف في السلوك كيَّفه على أنه تعسف في استعمال الحق، كما يمكن الاستعانة بملابسات ووقائع للكشف عن التعسف أو مظاهره الخارجية.[1]

فإن ادعى الزوج أن الخلع كان نتاجا للتعسف فيه كان عليه عبء الإثبات مثلا أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع إساءة عشرتها، أو إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها، ولدوافع ذاتية فقط، وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم من الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر.[2]

[1] موسى بن تغري، "**إثبات التعسف في دعوى الخلع**". مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، العدد الأول، 2019، ص8.

[2] المرجع نفسه، ص8.

خلاصة الفصل الثاني.

. جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته وبالمقابل لم يهمل جانب المرأة كذلك، بل شرع لها طريق للخلاص من الرابطة الزوجية إذا ما استحالت العشرة بينهما، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائر في المادة 54 من قانون الأسرة بأن سمح للزوجة أن تلجأ للخلع مقابل مبلغ من المال تدفعه للزوج.

. يعد الخلع من المسائل الحساسة التي تحتاج إلى معالجة خاصة ودقيقة من طرف المشرع الجزائري خاصة في ظل التنظيم الذي أولاه الفقه الإسلامي في ذلك، في حين أن المشرع الجزائري حتى وان اهتم بتنظيم بعض المسائل المتعلقة بالخلع إلا أنه ليس تنظيما دقيقا وقاصرا جدا، فهناك بعض الثغرات تخللت هذا التنظيم القانوني فلا بد من الوقوف عندها.

. اختلف الفقه في أراءهم بين أن الخلع فسخا أم طلاقا، إلا أن المشرع الجزائري تبنى الرأي بأن الخلع طلاقا، وذلك من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة، التي جعلت الخلع من الفصل الأول المعنون بالطلاق، وجعل الخلع حالة من حالات الطلاق التي تكون بطلب من الزوجة مقابل مبلغ مالي تسدده للزوج.

. إن الخلع عقد رضائي أساسا وذلك برأي جمهور فقهاء الشريعة، إلا أن المشرع الجزائري نجده أنه اعتبر الخلع حق أصيلا للزوجة، يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أي يمكنها من اللجوء في أي وقت جاءت، حيث أن المشرع في تبنيه لهذا الاعتبار أغفل إمكانية تعسف الزوجة في استعمال هذا الحق، وخاصة أن مادة 54 من قانون الأسرة لا تعطي للقاضي الحق في تقدير مشروعية الخلع من عدمه.

. تجاهل المشرع إرادة الزوج في رفضه لبدل الخلع، إذا رأى لا يتناسب مع ما أصابه من ضرر، أو ما لحقه من خسارة حيث أحاله على القاضي، هذا الأخير الذي قضى المشرع على سلطنه هو الآخر في تقديرية بما يتفق مع كل حالة على حدة، حيث جعل سلطته رهينة بما

حددته المادة 54 ف2، وذلك بأن يحكم له ببدل لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

. إن المشرع في نص المادة 54 من قانون الأسرة وخاصة في تعديل 2005، الذي جعل الخلع بدون موافقة الزوج، حيث فتح المشرع بابا لتعسف الزوجة، وخاصة أن الخلع يكون بعدم تسبيبه، وقد تتعسف الزوجة في إيقاعها للخلع في حالات من بينها الخلع في مرض موتها لحرمان الزوج من الإرث، كذلك الخلع بدون سبب مشروع، وهذا الأخير قد يطبق في الواقع من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة.

. تعتبر دعوى الخلع حكم نهائي في جانبه المتعلق بفك الرابطة الزوجية، إذ لا يجوز الاستئناف ولا المعارضة فيه، أما جانبه المادي فيمكن الاستئناف فيه، إضافة فإن الحكم بالخلع يمكن أن يتم الطعن فيه في شقه المالي بجميع طرقه العادية أو الغير العادية، وبالتالي يمكن ممارسة هذا الحق كوسيلة لإصلاح ما شاب في الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان الإجراءات.

. يعتبر الصلح بين الصلح بين لزوجين الذي يعد إجراء جوهري في مسألة الخلع وذلك قبل الفصل في الموضوع، في حين أحال الإجراءات إتباعها لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بإجراء الصلح، وكذلك إجراءات رفع دعوى الخلع.

الـباب الثـاني

الآثـار المـترتبـة عن التـعسف فـي فك الرابطة الـزوجـيـة

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية.

يتميز الحق بأنه ذات صبغة مزدوجة بين مصالح الفردية ومصالح الجماعية، فيعد نقطة البدء في نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ أن للحقوق وسائل لتحقيق مصالح فردية وجماعية، لذلك يعد الخروج عن استعمال هذا الحق تعسفا.

إن الشرع والقانون يمنحان الفرد حقوقا لا يمكن أن يتجاوزها، فإذا تجاوز ذلك الاستعمال في الحق فإنه يعتبر متعسفا وبالتالي يرتب عليه آثارا، وتطبيقا لهذه النظرية في مسائل فك الرابطة الزوجية، فإنه يمكن للطرفين أن يتجاوزوا في استعمال الحق سواء كان من جانب الزوج في استعماله لحق الطلاق، أو من جانب الزوجة في استعمالها لحق الخلع.

ينتج عن فك الرابطة الزوجية آثار سلبية خطيرة أهمّها تحطيم الزواج والأسرة والروابط الأساسيّة بسبب مساهمتها في خلق جوٍ من الخلافات والشقاق والعُنف ممَّا ينعكس بشكلٍ كبير على الأسرة وعلى المجتمع، كما يترتب آثار ينفرد بها الطرف المتضرر من العلاقة الزوجية نتيجة تعسف طرف على الآخر في استعماله لحقه المشروع، ويتمثل في جملة من الآثار المادية والمعنوية الناتجة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية.

إلا أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده أنه لم يذكر آثار خاصة بالتعسف في فك الرابطة الزوجية، بل أورد آثارا عامة وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق، ويندرج آثار الطلاق بإرادة المنفردة والخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق الحل الرابطة الزوجية، مع اختلافات ينفرد بها كل نوع من أنواع انحلال الرابطة الزوجية.

شرع الله تعالى الزواج لدوام والاستمرار، غلا أنه قد تتحول هذه المحبة إلى كراهية، لذا فغن الله تعالى شرع الطلاق الذي جعله الشارع بيد الرجل وترك العصمة في يده، كما جعل للمرأة الحق في فك هذه الرابطة إذا لم تستطع العيش أو بغضت زوجها، فلها الحق في فك الرابطة الزوجية، وهذه الحقوق ثابتة شرعا وقانونا.

فقد حرصت الشريعة الإسلامية كل الحرص على الحفاظ على الحقوق سواء أثناء الزواج أو بعده، وهذا مراعاة لمبدأ المساواة والعدل.

فيعد التعسف في فك الرابطة الزوجية من المشكلات الواقعة في مجتمعنا، لما فيه من تجاوز أحد الزوجين في استعماله لحقه الشرعي والقانونين وهاا ما يترتب عنه آثار معنوية ومادية، إلا أن هذه الأخيرة محور دراستنا في هذا الفصل، والتي تتمثل في الالتزامات المالية الناشئة عن انحلال الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بإرادة الزوج، أو كان بإرادة الزوجة، وفي هذا الفصل سنحاول معرفة هذه الآثار، وهل تثبت هذه الآثار على الطرف المتعسف؟ هل القانون أعطى حماية لحقوق المادية للطرف المتضرر؟

للإجابة على التساؤل قسمنا الفصل إلى ثلاث مباحث، المبحث الأول يتطرق إلى التعويض عن التعسف، المبحث الثاني يتناول استحقاق النفقة للمطلقة تعسفيا، أما المبحث الثالث يعالج متعة المطلقة تعسفيا.

المبحث الأول: التعويض عن التعسف في فك الرابطة الزوجية.

أوجبت الشريعة الإسلامية والقانون بالتعويض في حالة تعسف أحد الطرفين في استعمال الحق، وذلك جبرا للضرر الواقع، وللحديث عن التعويض لابد من معرفة مفهوم التعويض والأسس التي يقوم عليها وكيفية تقدير ذلك من خلال المطالب الآتية.

المطلب الأول: مفهوم التعويض. سنبين من خلال المطلب الآتي مفهوم التعويض وكذلك أهدافه ومرجعية الحق في التعويض عن فك الرابطة الزوجية من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف التعويض. سنعرف مصطلح التعويض من الناحية اللغوية، وكذلك الاصطلاحية.

أولا: التعويض لغويا. العوض بمعنى البدل والخلف، والجمع أعواض، وعاضه بكذا عوضا: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائض، واعتاض منه: أخذ العوض، واعتاض فلانا: سأله العوض. [1]

وجاء في تاج العروس: العوض كعب الخلف، وفي اللباب كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا وعوضني الله منه تعويضا.[2]

وجاء مثل ذلك في ترتيب القاموس المحيط، وجاء في مختار الصحاح وعوضه تعويضا.[3]

وجاء في الصحاح: العوض وأخذ الأعراض تقول: عاضي فلان وأعاضني وعوضني، وعاوضني، إذا أعطاك العوض، والإسم المعوضة، واستعاض طلب العوض.[4]

ثانيا: التعويض اصطلاحا.

1-التعويض شرعا. يعد التعويض مصطلح قليل الاستعمال في الفقه الإسلامي، ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء، بل كانوا يستعملون مصطلح أعم وهو الضمان، وذلك لدلالة على المال أداؤه كتعويض مثل العين المملوكة، فإنها تلزم من أتلفها، إذ يعتبر الفقهاء لفظ الضمان

---

[1] مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط.** القاهرة: د د ن، ط2، ج2، 1972، ص637.

[2] محب الدين أبي الفيض الواسطي الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس.** لبنان: ج5، دار مكتبة الحياة، د س ن، ص58.

[3] محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص36.

[4] إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر، **الصحاح.** بيروت: ط4، ج3، دار لسان العرب، 1987، ص1092، ص1093.

أعم من التعويض، لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا، أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا.[1]

إلا ما يهم دراستنا مسألة التعويض، ومن تعريفات الضمان القريبة إلى معنى التعويض:

فيعرف الضمان بأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد بثوبته فيها مطلوب أداؤه شرعا عند تحقيق شرط أدائه.[2]

كذلك يعرف بأنه الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.[3]

فالتعويض في الشريعة هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه، وقد سبب له خسارة مالية سواء بالنقص، أو التلف المادي، أو بنقص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف.[4]

2-التعويض قانونا. إن المشرع الجزائري لم يعرف لفظ التعويض، ويرجع ذلك إلى أن فقهاء القانون لم يهتموا بوضع تعريف دقيق له، فيظهر من القانون المدني الجزائري وتحديدا في نص المادة 132 والتي جاء فيه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف... ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.** عمان: دار قنديل للنشر والتوزيع، 2010، ص96.

[2] علي الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي.** مصر: المطبعة الفنية الحديثة، 1971، ص5.

[3] وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة.** سوريا: دار الفكر، 1998، ص15.

[4] محمد الزحيلي، **التعويض المالي عن الطلاق.** سوريا: ط1، دار المكتبي، 1998، ص48.

كما نصت المادة 124 من نفس القانون على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

من خلال المواد السابقة يمكن تعريف التعويض على أنه" الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداء مالي أو عيني.[1] ويعرف الضمان كاصطلاح للتعويض بأنه: "الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداء مالي أو عيني".

ويتضمن التعريف المذكور عناصر الآتية:

1-الالتزام: إذ أن التعويض يظل واجبا في ذمة مرتكب الضرر.

2-إصلاح الضرر: ويعد وظيفة التعويض، وكذا للتمييز به بين الجزاء المدني والعقوبة.

3-نوع الضرر: إذ يحدد طبيعة الضرر ويضم الضرر المعنوي إلى نطاق التعويض.

4-الأداء: ويقصد بها طريقة التعويض؛ المالي أو العيني الذي قد يتضمن بقيام بعمل.[2] ويمكن إعطاء تعريف آخر للتعويض: وهو المال الذي يدفعه الشخص الذي أوقع الضرر للطرف المتضرر، كعقوبة لاستعماله لحق بوجه غير مشروع.

الفرع الثاني: أهداف التعويض. يهدف التعويض إلى ردع الجاني وزجره من ناحية، ومن ناحية أخرى يعد شفاء وجبر غليل المجني عليه، وهذا ينطبق على موضوع التعويض عن الرابطة الزوجية، فقد يعمل التعويض على ردع الطرف الضار والمتعسف في استعمال لحقه، ويقوم التعويض لجبر خاطر للمتضرر لما وقع عليه من ضرر.[3]

ويعد التعويض كعقوبة للفعل الضار، فالغاية والهدف من العقوبة هي الزجر، أما التعويض فالغاية منه هي محو الخطأ وإصلاحه، لذلك فإن القاضي لا يتأثر وقت تقديره للتعويض إلا

---

[1] عبد الهادي بن زيطة، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ط1، دار الخلدونية، 2007، ص35.

[2] المرجع نفسه، ص35.

[3] طه عبد المولى، **التعويض عن الأضرار الجسدية.** مصر: دار الكتب القانونية، 2002، ص61.

بالضرر المطلوب إصلاحه، ليكون ما يقوم به من التعويض مكافئا لما ثبت لديه من الضرر المطلوب إصلاحه لا يزيد عليه ولا ينقص عنه.[1]

وينبني على إزالة للضرر ما يلي:

- لا يتأثر تقدير التعويض بدرجة الخطأ وإنما يتأثر بمبلغ الضرر الذي ولده الخطأ.

- لا يتأثر تقدير التعويض بغنى المسؤول أو فقره، لأن التعويض ليس عقوبة بل إصلاح.

- إذا كان الضرر مستمرا، فيجب أن يوقف الضرر أولا، لأن محو سبب الضرر هو إصلاح فأشبه التعويض.[2]

ولأن التعويض هدفه الإصلاح، فإن الدعوى تفرعت إلى قسمين:

- القسم المدني والذي يتعلق بالتعويض لجبر الضرر.

- القسم الجنائي للدعوى ويتعلق بالجانب العقابي.

وهذا التقسيم يشبه تقسيم الحقوق في الشريعة الإسلامية، وهو حق الله تعالى وحق العباد، فحق الله تعالى يتم بمعاقبة الجاني، وحق العباد يتم بإعادة المظالم إلى أهلها، وبذلك يكون التعويض من حقوق العباد.[3]

إلا أن الذي يهم دراستنا وهو التعويض المدني، والذي يكون تعويض عن التعسف في فك الرابطة الزوجية، ويكون تعويضا عن الضرر الناتج عن الطرف المتضرر في العلاقة وجبر خاطره سواء من جانب المعنوي أو المادي.

---

[1] وهبة إدريس عوض أحمد، **الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن.** لبنان: ط1، مكتبة هلال، 1986، ص512.

[2] المرجع نفسه، ص512.

[3] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص101.

الفرع الثالث: مرجعية الحق في التعويض في فك الرابطة الزوجية.

أولا: حق الزوجة في التعويض. نصت المادة 52 ق أ على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ويفهم من هذه المادة؛ على أن للزوجة المتضررة جراء تعسف طلاق التعسفي فلها حق التعويض، وذلك جبرا للضرر الذي لحق بها من هذا التعسف.

ومن خلال نص المادة السالفة الذكر فقد شرط القانون شروطا لتعويض المطلقة، وتتمثل هذه الشروط في:

1-البيان ويقصد به التبيان، أي إذا ثبت التعسف عند القاضي بوسائل الإثبات المختلفة.

2-وجود التعسف حقيقتا، أي وقوع الطلاق لا لسبب مقنع بل قصد الإضرار بالزوجة.

3-ثبوت الضرر وتحققه سواء كان ضررا ماديا أو معنويا أخذا بالإطلاق في النص.[1]

والمشرع لم يحدد في نص المادة على أي المطلقات التي يثبت لهن التعويض؟

يمكن القول أن المطلقة من طلاق رجعي لا تحتاج إلى تعويض لأن الزوجية مازالت قائمة ولها جميع حقوق الزوجة، لذا فإنها في غنى عن التعويض، لعدم ثبوت الضرر ولو ثبت التعسف لأن نص المادة صريح وهو أن الضرر يكمن في فك الرابطة الزوجية وليس في حال قيامها.

ثانيا: حق الزوج في التعويض. بالرجوع إلى القانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تعويض الزوج جراء تعسف الزوجة في استعمالها لحق الخلع، مما يفقد توازن

[1] سعيد طاري، "**التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة**". رسالة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة السانية، وهران، 2013/2012، ص201.

التشريعي،[1] إلا أن في نص المادة 55 من نفس القانون الذي نص على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع أعطى حق التعويض للزوج الذي تضرر من نشوز زوجته، فله الحق في التعويض، غير أن ما يهم دراستنا هي التعويض عن فك الرابطة الزوجية وليس في حالة قيامها.

المطلب الثاني: الأسس القانونية للتعويض.

إن فرض التعويض عن الضرر المترتب سواء عن التعسف في إيقاع الطلاق، أو عن إيقاع الخلع، يستند إلى أسس فقهية وقانونية يبرر إيجابه بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لهذا سيتم معرفة هذه الأسس من خلال لفروع الآتية.

الفرع الأول: أسس التعويض عن الطلاق التعسفي.

أولا: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي. يجب توافر شروط لكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض لزوجته وتتمثل فيما يلي:

1-أن تكون الزوجية قائمة. لا يمكن أن يتم التعويض للمطلقة إذا لم تكن الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين لابد أن تكون هناك دخول ومعاشرة زوجية، فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به القاضي من تعويض قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيما يلي: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا

[1] سعيد طاري، مرجع سابق، ص201.

[2] باديس دياني، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة.** الجزائر: دار الهدى، 2012، ص87.

بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن".[1]

2-أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة. إن العصمة الزوجية ترجع للزوج فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم، وهذا انطلاقا من واجباته الشرعية اتجاها والتي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية وغير مالية، وعليه فله أحقية الطلاق بالإرادة المنفردة، الواجب المالي يتمثل أساسا في المهر والنفقة، أما الواجب الغير مالي يتخلص في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجا بأكثر من واحدة وعدم الإضرار بالزوجة وواجبه في الحفاظ على الأسرة وصيانتها، ومن الواجب الغير مالي يتمثل أساسا في حسن معاشرة الزوجة وصيانتها وحفظها من كل ما يخذش شرفها ويهين كرامتها وتحصينها.[2]

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: "متى كان مقررا قانونا أن التعويض

يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون، ولما كان من الثابت، في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال".[3]

---

[1] ملف رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص256. نقلا عن: باديس ديابي، المرجع سابق، ص89.

[2] المرجع نفسه، ص89.

[3] ملف رقم 53017 بتاريخ 1989/03/27 المحكمة العليا سنة 1991، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، ص56.

3-أن يكون الزوج متعسفا في الطلاق. وهذا الشرط من أهم الشروط التي يجب توافرها، والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من ق أ، لم يعطه تعريفا أو مفهوما وإنما تركه للفقه الشرعي والقانون، والتعسف قد أورده المشرع الجزائري في نص المادة 124 مكرر ق م، فتكلمت هذه المادة حول شروط التعسف، وإذا تحققت هذه الشروط فإن للمطلقة الحق في طلب التعويض عن الطلاق التعسفي.

حيث جاء في قرار ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا، من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وإن القرار المطعون فيه بقضائه بعد استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض".[1]

ثانيا: أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري. يتجلى أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في عدة أحكام وقرارات للمحكمة العليا، منها الحكم الصادر من محكمة تلمسان والذي جاء في إحدى حيثياته[2] ما يلي: "حيث أن الأسباب التي اعتمدها المدعي سبلا لتوقيع الطلاق لم تكن جدية ولم يدعمها بأي دليل، الأمر الذي يضفي على طلاقه طابع السلوك التعسفي ويحمله مسؤولية الضرر، ومن الأسباب التي اعتمد عليها المطلق في هذه القضية، أنه اتفق مع زوجته على الانتقال إلى العيش بفرنسا... وأنه بسبب سلوكيات المدعى عليها لم يتم ذلك مما أدى إلى طلاقها".

[1] ملف رقم 245159 بتاريخ 2000/06/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص259. نقلا عن، باديس ديابي، مرجع سابق، ص93.

[2] محمد لاتي، "**أساس التعويض عن الطلاق التعسفي**". مجلة القانون والعلوم السياسة، العدد الرابع، 2016، ص265.

ومن قرارات المحكمة العليا القرار الصادر في 1982/11/12، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة".

من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جملة من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة ومتى كان ذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة. من الأحكام الشرعية أن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا تستحق نفقة العدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يحكم لها من جزاء الطلاق التعسفي".

إن إلزام المطلق بتبرير طلاقه أمام القضاء فيه دلالة على أن القضاء الجزائري قد تأثر بالمذهب الذي يرى أن الأصل في الطلاق هو الحظر ولا يجوز إيقاعه إلا بمبرر وهو مذهب جمهور الفقهاء.

ثالثا: مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية. من خلال نص المادة 52 ق أ، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي، إذ استقر على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي وهذا خلافا على ما ذهب إليه قانون السوري في نص مادته 117 قانون الأحوال الشخصية، على أنه: "جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسف بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال".

وبذلك فقد ترك للمشرع السوري الحرية في تقدير التعويض إلا أنه قيده بحد أعلى ألا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات.

وبالرجوع إلى نص المادة 52 ق أ، نستشف منها أن القاضي له السلطة التقديرية لتقدير التعويض، إذ لم يحدد المشرع الحد الأدنى ولا الأقصى للتعويض كنظيره السوري والمصري، إلا أن في تطبيقات القضائية نجد أن المجلس الأعلى في 1984/04/02 أنه: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناها أو فقرها، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقضاها الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الإستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نفض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة".[1]

إذا فللقاضي إلزامية الحكم بالتعويض وله السلطة التقديرية في ذلك سواء قل مقداره أو زاد، فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر بتسبب قراره وإلا كان القرار معيبا.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل".[2]

وفي قرار آخر فقد جاء بأن قضت المحكمة العليا: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد

[1] ملف رقم 32779 بتاريخ 1984/04/02 المجلس الأعلى، المجلس القضائي سنة 1989، غرفة الأحوال الشخصية، العدد2، ص61.

[2] ملف رقم 75029، بتاريخ 1991/06/18، محكمة العليا سنة 1992، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، ص65.

من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم".[1]

نستنتج من خلال ما تم ذكره؛ أن القاضي له سلطة التقديرية لتحديد مقدار التعويض، وهذا راجع على حسب الضرر الذي أصاب المطلقة، فيختلف هذا الأخير من شخص إلى آخر، إلا أنه كذلك يأخذ يعين الاعتبار مدخول الزوج وظروف معيشته، وكذلك سنوات العشرة الزوجية، لذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي يعد وسيلة للحد من الطلاق التعسفي.

أما بشأن طريقة دفع التعويض، هل يكون هذا الدفع على جملة واحدة أم يدفع على أقساط؟

نجد أن المشرع الجزائري سكت حول طريقة الدفع، إلا أنه قد نجد كل من التشريع السوري والمصري في قانون الأحوال الشخصية ذهبوا إلى إمكانية دفع التعويض على أقساط، إلا أنه بالرجوع إلى القانون المدني نجد في المادة 132 التي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا". وجواز الترخيص للمطلق في سداد التعويض على أقساط هو أمر جائز وليس فيه إسقاط للحق الواجب للمطلقة، إنما فيه مصلحة للمطلق بالتيسير عليه.[2]

الفرع الثاني: أسس التعويض عن الخلع.

أولا: أساس الاستفادة من التعويض عن الضرر. وضعت الشريعة الإسلامية جزاءات لمن تسبب بإضرار الغير، من بين هذه الجزاءات الجزاء التعويضي الذي يتمثل في عقوبات مالية ويتحقق إذا أصبح الضرر واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا وكون الواقع لا يرتفع، فيتم

[1] ملف رقم 368660 بتاريخ 2007/07/12، المحكمة العليا، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد2، ص483.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، "**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة–**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص309.

تعويضه، حيث قررت الشريعة الإسلامية نظرية الضمان بصفة عامة، حفاظا على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم وكذلك جبرا للضرر.[1]

وتأسيسا على مسألة التعسف الزوجة في حق الخلع، نجد أن للزوجة حق إيقاع الخلع وهذا لا اختلاف فيه، إذ أن استعمالها إياه يكون في إطار حقها الشرعي، واستعمالها له ينافي التعويض، وذلك تماشيا مع القاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، أي أن الشخص الذي يستعمل حقه في إطار الجواز والإباحة، فإن ذلك الإذن ينافي الجزاء والعقوبة، وحتى لا يكون هناك تناقض بين إعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه.[2]

لكن إذا استعملت الزوجة أو تجاوزت استعمال هذا الحق من غير سبب مسوغ، أو مناقض للغاية من استعمال حق الخلع، وهذا الاستعمال ينتج عنه ضرر بالزوج، وتبعا لقاعدة الفقهية "الضرر يزال"، فإن أمكن رفعه رفعه وجب ذلك، وإن لم يمكن رفعه، فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر، والمتمثل في التعويض.[3]

إذا فالخلع حق للزوجة، وهو حق شرعي، واستعماله لغير الحاجة مذموم، ويستحق العقوبة في الآخرة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة". واستحقاق التعويض كذلك لطرف المتضرر "تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره".[4]

أما أسس الاستفادة من الناحية القانونية نجد وبمقتضى نظرية العامة للحق وذلك في القانون المدني، الذي يعرف الحق بأنه سلطة الاستئثار بالشيء، والأصل في استخدام الحق هو مبدأ الحرية، كونه يمارس الشخص حقه الطبيعي والممنوح له قانونا، غير أنه يمكن أن يستعمل

---

[1] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص88.

[2] عبد الفتاح عمرو، **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية.** الأردن: دار النفائس، 1998، ص180.

[3] المرجع نفسه، ص181.

[4] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص179.

تجاوزا لهذا الحق، أو يسئ استعماله، وقد نص ق م في نص المادة 124 مكرر، على التعسف في استعمال الحق والذي ينتج جزاء عن الضرر وهو التعويض للمتضرر، في حين أنه يقع عبئ إثبات تعسفه على الطرف المدعي تضرره من ذلك التعسف، والراغب في الاستفادة من التعويض، طبقا لقاعدة "البينة على من ادعى".[1] وبالرجوع إلى نص المادة 124 مكرر، نجد قد حددت الحالات الموجبة للتعويض وهي كالآتي:

1-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

من خلال هذه الحالات نجد أنها تنطبق على الخلع، التي تبنى في حقيقتها، إما على أسباب كيدية، أو وهمية، أو سطحية تخفي وراءها المخالعة مصالح غير شرعية، وإما تلجأ إلى الخلع إذا ما عجزت عن إثبات المادي الواقع عليها في دعاوى التطليق، وبالتالي الابتعاد عن المغزى الحقيقي للخلع، والمتمثل في الضرر المعنوي الحقيقي، الناتج عن النفور الفعلي للزوجة من زوجها، والأساس الذي ينبني عليه الحق في الاستفادة من التعويض، وهو النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق والتي أقر بها القانون.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة 54 ق أ نجد أن المشرع لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من تعسف الزوجة من استعمالها للخلع، فكل ما منحه هو تشريعه لبدل الخلع.

---

[1] شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، **أنوار البروق في أنوار الفروق.** القاهرة: المجلد 4، دار السلام، 2001، ص1214.

[2] راضية بشير، محمود لنكار، "**حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع**". مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص345.

ثانيا: اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج. بالرجوع إلى نص المادة 54 من ق أ، نجد أن المشرع منح للزوجة حق إيقاع الطلاق عن طريق الخلع، وبموجب التعديل 2005 فإن المشرع ألغى موافقة الزوج على الخلع وذلك تفاديا لتعسف الزوج في عدم الموافقة على الخلع، إلا أنه فتح باب التعسف للزوجة، كما قد قيد سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع، وهو بمثابة تعويضا للزوج وهذا في ف 2 من مادة 54 من نفس القانون.

ولهذا فإنه يجب أن يمنح الحق وأن يضبط بقيود وضوابط لعدم الوقوع في تجاوز أو تعسف لاستعمال الحق، وتأتي في المقام الأول الضوابط الأخلاقية قبل الضوابط التي كفل لها القانون الحماية الواجبة وعليه يتعين البحث عن كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى اتفاقه وسلوك الزوجة السوية في هذه الحالة.[1] فنجد طلاق الزوج بدون مبرر فيعتبر طلاقه تعسفا بالمقابل نجد أن الزوجة وسلوكها غير سوي فتستغل هذا الحق الممنوح لها وتتعسف في استعمال الخلع، فماذا لو طلبت الخلع وقد كان الزوج سوي الحال والخلق، وقائم بمستلزمات الحياة الزوجية على أكمل وجه وأصرت عليه على دوافع ذاتية لا دخل له فيها، ألا يترتب عليها مسؤولية في مثل هذه الحالة؟

أجيب على هذا التساؤل أحمد حسام النجار حيث يقول: "لعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها مالا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير متناهية، ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية واجتماعية، وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبل المصالح المرسلة التي عرضت بصدور هذا التشريع".[2]

[1] نين عمارة، مرجع سابق، ص111.

[2] المرجع نفسه، ص112.

وبما أن الزوج يتحمل التعويض في حالة تعسفه، أليس من المنطق أن تتحمل الزوجة كذلك تعويض الزوج عند تعسفها في استعمال حق الخلع؟ هل يعد بدل الخلع تعويضا عن الضرر الذي أصيب الزوج؟

بالرجوع إلى نص المادة 54 ق أ، نجد أن المشرع قد أقر ببدل الخلع في كل طلاق خلعي سواء هناك تعسف أم لا، وسواء تضرر الزوج أو لم يتضرر، وهذا قد يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، التي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر، إذا ما ألحق به ضررا فقط، نتيجة لتعسف في استعمال حقه، ووفقا للمادة 124 مكرر ق م، معتبرة التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، الموجب للتعويض.[1]

وقد نجد أن بدل الخلع يكون متفقا عليه من طرف الزوجين، وإما محددا قانونا بعدم تجاوزه لقيمة صداق المثل عند اختلاف بينهما حوله، دون مراعاة ما يلحق الزوج من ضرر، وبالتالي سلطة القاضي في هذه الحالة مقيدة، وهذا يتنافى مع تقدير التعويض.

لذا، فالمشرع الجزائري ورغم انحراف الخلع عن مساره السليم الذي شرع لأجله، وأخذه لمنحى آخر وارتفاع نسب استعماله، في ظل تحوله من الرخصة إلى الحق الأصيل، وما من شأنه أن يولده من حالات تعسف في استعماله، وبالتالي تضرر الأزواج منه؛ فقد أبقى المشرع على بدل الخلع وتحديده بصداق المثل في حالة الاختلاف، والذي لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالزوج من تعسف الزوجة في حق الخلع، إذ لا يعد يؤثر على المرأة في ظل تحسن الوضع المعيشي لها، فالمشرع لم يفرض عليها أي تعويض، بل أعفاها من ذكر الأسباب والدوافع التي أدت بها إلى طلب الخلع.[2]

من خلال ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر بدل الخلع تعويضا، إلا أنه حرم الزوج من التعويض الحقيقي في حالة تعسف الزوجة في حق الخلع، فعلى المشرع مراعاة الأزواج

[1] مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص188.

[2] راضية بشير، محمود لنكار، مرجع سابق، ص346.

بعين حق، وأن ينصفهم خاصة فيما تعلق ببدل الخلع، وعند اختلاف في هذا الأخير يستند إلى تقدير القاضي استنادا إلى حجم الضرر الذي يلحق بالزوج، فنجد المشرع المغربي في المادة 120 من المدونة المغربية،[1] ينتهج سياسة شرعية حول بدل الخلع في حال الاختلاف فينظر في حال تعذر الصلح إلى مبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع، الحالة المادية للزوجة، فإن المشرع المغربي راعى هذه المعايير لضبط الزوجة وعدم تعسفها في هذا الحق الممنوح، وتقليل حالات الخلع.

لذلك فعلى المشرع الاعتراف بتعسف الزوجة في استعمال حق الخلع، وإذا تحقق ذلك من خلال ضبط نص المادة 54 على طلب القاضي من الزوجة تسبيب الخلع، وإعطاء السلطة التقديرية له في حال اختلاف على بدل الخلع والنظر إلى حالة ضرر الزوج، كذلك تعديل نص المادة 52 ق أ وذلك كإعطاء بديل للنص: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق أو الزوجة في الخلع، فالحكم بفك الرابطة الزوجية والتعويض عن الضرر اللاحق بالمتضرر".

المطلب الثالث: تقدير التعويض.

يعد التعويض جبرا للضرر فهو نتيجة حتمية لقيام مسؤولية الشخص، حيث أن المضرور عند قيام هذه المسؤولية يكون قد سعى إلى الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به، فيجب التعويض الذي يعد من سلطات القاضي.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض.

يتضمن سلطة تقدير التعويض في عدة عوامل وضوابط من بينها ما يلي:

أولا: أن يتناسب التعويض مع حالة الزوج المالية. يجب أن يتناسب مبلغ التعويض مع حالة الزوج المالية، وهذا التناسب يقدره القاضي إذ يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ظروف المعيشية

[1] الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 فيفري 2004، العدد 5184، ص418.

والمالية من غنى وفقر ومدخوله أي ما يمتلكه الزوج من منقول وعقار، وكذلك الرواتب، يعني أن يكون التقدير مفصلا عن ما يمتلكه الزوج من ماديات، فمثلا إذا تبين للقاضي أن الزوج حالته المادية فقير ولا يملك ما يدفعه، أو دخله ضعيف، في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوج بمبلغ يفوق قدرته المالية، ويقع عبء إثبات يسر حالة الزوج

على عاتق الزوجة ويكون بكل كافة وسائل الإثبات.[1]

أما في حالة إذا كانت الزوجة متعسفة، فإن المشرع لم يعطي أي اعتبار لحالة الزوجة المالية إذ ليس لها أي تأثير عند تقدير التعويض إلا أنه ربطه بقيمة بدل الخلع فقط، ولأن النصوص القانونية التي أوجبت التعويض عن الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية نصت أن يكون التناسب مع حالة الزوج المادية دون سواها.[2]

ثانيا: أن يتناسب التعويض ودرجة تعسف الزوجين في فك الرابطة الزوجية. ويكون تقدير التعويض حسب تقييد درجة التعسف، لأن هذا الأخير يعد من المسائل النسبية التي تختلف من شخص إلى آخر، وعليه فإن مبلغ التعويض يجب أن يتناسب مع درجة تعسف الطرف الذي تعسف في استعماله للحق سواء كان من طرف الزوج أو من طرف الزوجة، ونسبة تقصيره، فتقدير درجة التعسف هو تقدير شخصي يؤخذ فيه القاضي بعين الاعتبار للظروف الذاتية والشخصية، ويقدر من خلاله درجة تعسفه، والبحث عن نيته الحقيقية التي دفعته لذلك.[3]

---

[1] نجاح نايف لطيف، نشوان خالد صالح الزيباري، "**السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي (دراسة تحليلية مقارنة)**". المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد السادس، العدد السادس، العراق، 2022، ص54.

[2] خطاب خالد خطاب، **التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة.** الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص166.

[3] أسمهان عفيف، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2010، ص113.

ثالثا: تحديد الحد الأدنى والأقصى للتعويض. يحدد مبلغ التعويض عن الطلاق بمبلغ لا يزيد على مجموع مبلغ نفقة الزوجة لمدة سنتين، ويجوز تقدير التعويض لمدة تقل عن سنتين مع بيان أسباب ذلك، وهذا ما جاء به القانون المصري في نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 سنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 سنة 1985 حيث نصت على ما يلي: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدير بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا، ومدة زوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على الأقساط".

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى والأقصى للتعويض، فقد جاءت في نص المادة 52 ق أ عامة وشاملة للتعويض دون تحديده، وهذا راجع للسلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض. إن من مهام وواجب على قاضي الموضوع تحديد الضرر الذي يوجب في حقه التعويض وفي هذا العمل القضائي يتعين على القاضي جملة من القواعد التي هي تحت رقابة المحكمة العليا، التي تمتلك سلطة التأكد من أن القاضي لم يعتد في تقديره بعناصر لا يجوز أن يشملها التعويض أو أنه أغفل عناصر يجب الاعتداد بها.[1]

إذ نجد أن بعض قرارات المحكمة العليا تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو قيمة معينة وبين عناصر تقدير التعويض، فنجد في الحالة الأولى أنها مسألة خاضعة لتقدير قاضي الموضوع وفقا لكبر أو صغر الضرر دون رقابة المحكمة العليا كون كيفية التحديد أو بمعنى آخر كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا أي مدى احترام القاضي لعناصر التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب مع حجم الضرر.[2]

[1] نين عمارة، مرجع سابق، ص257.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص346.

يظهر تقييد سلطة القاضي في تحديده للضرر الموجب للتعويض في التزامه بتفصيل عناصر الضرر الذي لحق المضرور سواء الزوج أو الزوجة، حيث يعتبر تعيين العناصر المكونة لضرر المعوض قانونا من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، فيكون الحكم الذي يقضي بالتعويض دون أن يفصل عناصر الضرر المعوض عنه مشوبا بعيب القصور في التسبيب، مما يجعله معرضا للنقض.[1]

وقد جاء في قرار المحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

نجد في هذا القرار أن قضاة المجلس رفعوا مبالغ التعويض دون أن يوضحوا ويعللوا ذلك، فالقضاء بالتعويض أو برفعه يستلزم على قضاة الموضوع توضيح الضرر وعناصره ومن ثم يوضحوا أسباب رفعهم لقيمة مبلغ التعويض.

وقد جاء قرار المحكمة العليا يوضح القرار الصادر من المجلس على أسس أنه حدد نوعية الضرر وأن مسألة تحديد الضرر هي مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع، وقد جاء هذا القرار بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين في قضية الحال أن

[1] نين عمارة، مرجع سابق، ص257.

[2] ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18، المحكمة العليا سنة 1994، عدد خاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، ص65.

الأسباب التي إعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم

بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن".[1]

يتضح من هذا القرار أن قضاة الموضوع حددوا الضرر الذي أصاب الزوجة بأنه ضرر معنوي وحددوا قيمة التعويض لجبر الضرر، مؤكدا على أن مسألة تقدير الضرر تعتبر مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع.

جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بأنه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".[2]

أن للقاضي حين يقدر مبلغ التعويض حسب سلطته التقديرية، فإنه يلتزم بتحديد طبيعة المبالغ التعويضية وتفصيلها، وهذا العمل يخضع لرقابة المحكمة العليا.

غير أنه في الواقع العملي نجد أن القضاة لا يلتزمون بهذه القواعد في تحديد نوع الضرر أو عناصره ولا شروطه في أحكامهم،[3] ومن الأمثلة ذلك الحكم الصادر بتاريخ 2008/01/14 حيث جاء فيه: "حيث تبين للمحكمة أن طلب المدعية للتطليق مؤسس قانونا طبقا للمادة 54

[1] ملف رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16، المحكمة العليا سنة 2001، عدد خاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص256.

[2] ملف رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، المجلس القضائي سنة 1989، عدد خاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، ص69.

[3] نين عمارة، مرجع سابق، ص263.

من قانون الأسرة لعدم الإنجاب والشقاق المستمر مما جعلها متضررة من ذلك يتعين القضاء بفك الرابطة الزوجية بينهما... وقد جاء في تحييث آخر أن طلبات المدعية للتعويض عن الطلاق والعدة والإهمال مؤسسة قانونا يتعين الإستجابة لها في حدود مبلغ 50.000دج كتعويض عن الطلاق ومبلغ 20.000دج كنفقة عدة ومبلغ 12.000دج كنفقة إهمال".[1]

وهناك حكم آخر صادر عن محكمة الوادي بتاريخ 2008/03/25 حيث جاء فيه: "حيث أنه وفي ما يخص طلب المدعي المتعلق بالتعويض عن الضرر اللاحق به فإنه مؤسس تستجيب له المحكمة إسنادا إلى المادة 55 من قانون الأسرة إلا أن المبلغ المطالب به مبالغ فيه يتعين تخفيضه إلى الحد المعقول".[2]

يلاحظ أن قاضي الموضوع لم يقم بالتسبيب للحكم، ولم يوضح نوع الضرر ولا عناصره، وهذا ما يعرض الحكم للاستئناف والطعن لعدم تسبيبه.

وفي الأخير فإنه يجب التزام قضاة الموضوع عند تقدير سلطتهم بذكر عناصر الضرر وعناصر التقدير التعويض، بحيث يكون هذا الأخير يتناسب مع الضرر اللاحق بالمتضرر، ومن ثم إعطاء للحكم قوة وحجية الشيء المقضي فيه، بحيث يمكن للمحكمة العليا من بسط رقابتها على أحكام قضاة الموضوع.

المبحث الثاني: استحقاق النفقة للمطلقة تعسفيا.

تعد النفقة من الحقوق التي أوجبها الله تعالى على الرجل في حالتين؛ أولهما أن تكون أثناء قيام الرابطة الزوجية، والثانية عند انحلال هذه الرابطة، وتعتبر هذه الأخيرة محور دراستنا فمن خلالها سنحاول التعرف على مختلف النفقات التي تثبت للمطلقة وخاصة المطلقة من الطلاق التعسفي، وهذا ما سيتم تناوله في المطالب الآتية.

[1] مجلس قضاء بسكرة، محكمة قمار، فرع شؤون الأسرة، 2008/01/14، رقم الجدول 07/0289، ص2.

[2] مجلس قضاء بسكرة، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، 2008/03/25، رقم 08/0015، ص3.

المطلب الأول: نفقة العدة كأثر مادي أساسي للتعسف الزوج.

من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية دخول المرأة التي كانت زوجة في السابق على سبيل الوجوب في مرحلة تسمى العدة.

وطالما كان للعدة أحكام خاصة ومهمة كونها متعلقة بحق الله تعالى، قبل تعلقها بحق المرأة والرجل وهو الذي دعانا إلى استحضار تعريفها وأدلة مشروعيتها وحكمها.

الفرع الأول: تعريف العدة.

تعتبر العدة من الأمور التي تجلب مصالح عديدة وكثيرة وتحقق مآرب، الهدف منها تفخيم أمر الزواج وتعظيم أثره وآثار انفكاكه، لاسيما أن الأمر يتعدى إلى المحافظة على المجتمع.

أولا: العدة لغة.

تعرف العدة بأنها الإحصاء، يقال عددت الشيء عدا أي حسبته وأحصيته، والعدة الجماعة قلت أو كثرت، وأعددت الشيء هيأته،[1] وعدة المرأة أي أيام قرئها.[2]

ويقصد بالعدة لغة بشكل عام بالحساب والإحصاء، وبشكل خاص للفترة التي تقضيها المرأة طلاقها أو بوفاة زوجها.

ثانيا: العدة اصطلاحا.

لقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه العدة إلا أن جميعها يدور حول مفهوم واحد لا اختلاف فيه، إنما التفاوت كان بينهم في **الألفاظ فقط**، وكما عرفها فقهاء المذاهب العدة بتعاريف مختلفة يمكن بيانها على النحو الأتي:

1- العدة شرعا.

أ-**مذهب الحنفي**. للحنفية تعريفان مشهوران للعدة:

أحدهما: أنها اجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح.

---

[1] أبي عبد الرحمان الخليل بن أحمد الفراهيدي، ت: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، **العين**. لبنان: ج1، دار الكتب العلمية، 2003، ص79.

[2] إسماعيل بن عباد كافي الكفاة الصاحب، ج1، مرجع سابق، ص58.

وقولهم: اجل ضرب، المراد به ما يشمل عدة ذوات الحيض وهي ثلاثة قروء وعدة اليائسة من الحيض لكبر أو صغر وهي ثلاثة أشهر، وعدة الحامل وهي وضع الحمل، وعدة المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا، أربعة أشهر وعشر.[1]

وقوله: لانقضاء ما بقي من أثار النكاح، معناه: إن النكاح له آثار مادية وهي الحمل، ومعنوية وهي حرمة التزوج، فوضعت العدة لمراعاتها.

ثانيهما: تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت، أو شر تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته.

وقوله: تربص أي: انتظار المرأة مدة معلومة، وقد سمي التربص عدة لأن المرأة تحصى الأيام المضروبة عليها، وتنتظر الفرج الموعود لها.[2]

ووضعت شرعا للعرف عن براء الرحم وهي على ثلاثة اضرب، الحيض والشهور ووضع الحمل، فالحيض يجب بالطلاق والفرقة في النكاح الفاسد والوطء يشبهه النكاح، وأما الشهور فعلى ضربين ضرب منها يجب بدلا عن الحيض، في الصغيرة واليائسة، أو الضرب الثاني هو الذي يلزم المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا، ويستوي فيه المدخول بها وغير المدخول بها، إذا كان النكاح صحيحا، أما إذا كان فاسدا فعدتها فيها الحيض في الفرقة والموت، وأما وضع الحمل فيقضى به كل عدة عدد أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو سيف مثله، إلا في امرأة الصغير[3].

ولا يرد على التعريف عدة الصغيرة إذ لا لزوم ولا تربص لأنها ليست هي المخاطبة، بل الولي هو المخاطب، فلا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة.

---

[1] ليلى حسن محمد الزوبعي، **أحكام العدة في الشريعة الإسلامية.** عمان: ط 2، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، 2007، ص 24.

[2] المرجع نفسه، ص 24.

[3] المرجع نفسه، ص 25.

وقوله المرأة لان اسم العدة خص بتربصها لا بتربصه، وقد قيدوه بقولهم تلزم المرأة لأن ما يلزم الرجل من التربص عن التزوج إلى مضي مدة عدة امرأته في نكاح أختها ونحوه لا يسمى عدة اصطلاحا، وأما في الشريعة: فهي تربص يلزم المرأة والرجل عند وجود سببه.

وقولهم: عند زوال النكاح اعترض عليه بأن الرجعي لا يزول فيه النكاح إلا بانقضاء العدة.

أما قوله أو شبهة، فإنه وكما يقول ابن عابدين معطوف على الزوال لا على النكاح لأنه لو عطف على النكاح لاقتضى أنها تجب عند زوال الشبهة، وليس الأمر كذلك.

وبشكل عام فإن على هذا التعريف اعتراضات ثلاثة هي:

أولها: أنه لا يشمل عدة المطلقة رجعيا لأنهم يقولون إن الانتظار لا يلزمها إلا بعد زوال النكاح، ونكاح المطلقة رجعيا لا يزول بالطلاق الرجعي.[1]

ثانيها: أنهم يقولون: إن الانتظار يلزم المرأة، وهذا يخرج عدة الصغيرة لأنها ليست أهلا للالتزام.

ثالثها: أنه لا يشمل عدة الأمة لأنه قال: يلزم المرأة بعد زوال النكاح. [2]

ب-مذهب المالكي. وعرفها من المالكية أبو عرفة في محاضرة قائلا أنها: مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه، فيدخل مدة منع من طلق رابعة نكاح غيرها. [3]

وقال عنها أيضا: وأما معرفة دليل الرحم براءة فإنما منع يكون بالعدة أو بالإستبراء.

فدليل براءة الرحم عدة واستبراء، والعدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو حلاقة، فيدخل مدة منع من طلق رابعة نكاح غيرها أن قيل له عدة وإن أريد إخراجه، قيل مدة منع المرأة النكاح إلى آخره، ويستعمل بعض المالكية لفظ الاستقراء بمعنى العدة مجازا، ويظهر هذا من خلال عبارة المدونة، وفيها التصريح بأن مدة منعه للفسخ عدة وقولها: إن علم بعد وفاة الزوج فساد نكاحها

[1] أحمد نصر الجندي، **أحكام العدة عند النساء**. مصر: دار الكتب القانونية، 2005، ص 8.

[2] المرجع نفسه، ص 9.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 624.

وأنه لا يقر بحال فلا عدة،[1] وعليها ثلاث حيض إستبراء، فمعناه لا عدة وفاة، وأطلق الإستبراء على عدة مدة الفسخ مجازا لأنه خير من الاشتراك.[2]

ت-مذهب الشافعي. عرف الشافعية العدة على أنها مدة معينة تتربص فيها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لمعرفة براءة رحمها من أي حمل أو للتعبد،[3] ويعني أن للعدة دوران أساسيان أولهما التأكد من خلو رحم المرأة من أي جنين، والثانية أن العدة في حد ذاتها هي تعبد لله وهي ليست عبادة محضة أي غير ظاهرة كما عرفها الشيخ الكوهجي أنها اسم لمدة معينة تتربصها المرأة للتعبد ولمعرفة براءة رحمها أو لتفجعها على زوجها[4].

ث-مذهب الحنبلي. عرف الحنابلة العدة بأنها التربص المحدود شرعا.[5]

والتربص سندهم أن مدة العدة معلومة، حيث تتربص المرأة وتنتظر بدون زواج التعرف براءة رحمها، ويحصل ذلك بوضع الحمل، أو مضي إقراء أو أشهر.[6]

2-العدة قانونا.

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يبين مفهوم العدة، ولم يأت بتعريف في لفظه أو فحواه، إلا أنه يمكن إيجاد تعريف لها، من خلال مجموعة المواد التي قررت أحكامها، والشروط المقررة في محتواها.

يمكن تعريف العدة على أنها: تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة، بحيث لا

---

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 510.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص 159.

[3] شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن شهاب الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج**. لبنان: 2003، دار الكتب العلمية، ص 126.

[4] عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكهوجي، **زاد المحتاج بشرح المنهاج.** قطر: ط1، ج3، الشؤون الدينية، 1982، ص 493.

[5] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف لقناع عن متن الأقناع.** بيروت: ج5، عالم الكتب، 1983، ص441.

[6] المرجع نفسه، ص441.

يجوز لها أن تتزوج قبلها أي قبل نهاية هذه العدة.[1]

كما تعرف: بأنها الأجل الذي أوجبه الشرع والقانون على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق، الفسخ، والتطليق، الخلع، أو بوفاة زوجها، لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، وأن تتربص ولا تتزوج إلا بعد إنتهاء الأجل المحدد شرعا وقانونا.[2]

فتبين المادة **58** أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، فظاهر النص أن المطلقة المدخول بها تنتظر ثلاثة قروء لتحل بعد مضي الأجل. ويعتبر من أهم ما خالف فيه القانون الشريعة الإسلامية، هو عدم إقرار القانون بالطلاق بإرادة منفردة دون الرجوع إلى القاضي، بل أوجب أن يكون كل طلاق حاصلا أمام القاضي.

فإذا طلق الرجل زوجته دون الرجوع إلى القاضي، ومرت المدة التي حددها الشارع للعدة تعتبر الزوجة أجنبية عنه في الشريعة الإسلامية، بينما لا تزال زوجته بالنسبة للقانون الجزائري، وهذا ما ينعكس سلبا في أوساط المجتمع لكون الأسرة غير شرعية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية بينما تعتبر كذلك في نظر القانون والقضاء.

وتقرر المادة **59** بأنه:" تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، ونستخلص من هذه المادة أن المتوفى عنها زوجها تنتظر أيضا زمنا حدده الشارع بأربعة أشهر وعشرة أيام، عند وفاة زوجها ومثلها زوجة المفقود.

وتنص المادة **60** على أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

---

[1] تركماني نبيلة، "**أسباب الطلاق وآثارها القانونية والاجتماعية**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000 /2001، ص 79.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 285، ص289.

إن المتمعن في هذه المواد، يلاحظ أن المشرع قد استقر على جعل الزمن عاملا أساسيا في العدة، بل إن العدة ليست إلا تلك المدة التي تربصها المرأة بعد حدوث سببها، رغم أنها تختلف من معتدة إلى أخرى.

وأضاف المشرع في المادة **58** من قانون الأسرة: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

وزادت المادة **59** من قانون الأسرة، أن انتظار هذه المدة قد يكون لدافع آخر هو وفاة الزوج، أي أن يكون أي أن هذه المدة لا تجب على المرأة حتى يتوفى زوجها حقيقة أو حكمها بعد صدور حكم قضائي بالوفاة. أما المادة **60** فقد جاءت عامة لا تنص على سبب بذاته يعد على إثره.

ومن استنطاق المواد المذكورة يمكننا أن نستنتج تعريف على نسق ما أتت به المواد (60-59-58) من قانون الأسرة فنقول أن: العدة هي مدة محددة فرضها الشارع على المرأة تربصها ولا تتزوج فيها إما من الرجال مطلقا وإما من غير زوجها الأول – بعد فراق زوجها بسبب طلاق أو وفاة.

أما ما يهم دراستنا هو نفقة العدة ويقصد بها كل ما تستحقه المطلقة المعتدة من مال زوجها طوال فترة تربصها التي فرض الشرع عليها، من غذاء وكسوة وعلاج وسكن، وكل ما تقتضيه الحياة من ضروريات.

الفرع الثاني: حكم العدة. تجب العدة عند وجود سببها وهو وقوع الفرقة بين الزوجين، وحكمة تشريعها التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقها أي التعرف على براءة الرحم، لأنها قد تتزوج بزوج آخر وهي حامل قبل أن تضع حملها فيطؤها زوجها الجديد وهي حامل من زوجها الأول فيصير ساقيا ماءه زرع غيره،[1] وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال:

[1] نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا.** الجزائر: دار الهدى، 2006، ص 223.

"ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسقين ماءه زرع غيره".[1] وإذا جاءت بولد في هذه الحالة فإن نسب الولد يضيع لوجود الشك والاشتباه في نسبه إلى الزوج الأول أو الزوج الثاني فيضيع الولد لعدم المربي، فوجبت العدة ليعلم بها فراغ الرحم وعدم شغلها بالحمل، فلا تقع هذه العواقب الوخيمة.

وهناك حكمة أخرى في تشريع العدة، تظهر في عدة الطلاق، إذ أن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته مادامت في عدتها، فكان في تشريع العدة تمكين للزوج المطلق طلاقا رجعيا إرجاعها إليه خلال مدة العدة إذا تبين له تسرعه وعجلته في تطليقها.

وقد كانت العدة معروفة في الجاهلية وكانوا لا يكادون يتركونها، فلما جاء الإسلام أقرها لما فيها من مصالح، ودليل ذلك حديث عائشة رضي الله عنها.... كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا راجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر حتى قال رجل لامرأته: والله لأطلقك فتبيني مني ولا أويك أبدا، قالت وكيف ذلك قال: أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخرجتها، فسكتت حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته، فسكت النبي حتى نزل القرآن الكريم: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ**".[2]

فالحديث أكد أن العدة كانت معروفة في الجاهلية لكن دون ضابط، ولما انطوت على حكمة ومشروعية أقرها الإسلام وضبطها بهذه الآية حتى لا تظل دون ضابط ولا إدراك.[3] ولعدة الوفاة حكمة أخرى إضافة إلى التأكد من براءة الرحم أو من وجود حمل، وهذه الحكمة تكمن في إظهار الحزن على وفاة زوجها، وهذا ضرب من ضروب الوفاء لزوجها بعد وفاته، فوجبت عليها العدة إظهارا للحزن بفوات النعمة وتعريفا بقدرها.

---

[1] أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ج3، الحديث 2158، باب في وطء السبايا، مرجع سابق، ص487.

[2] سورة البقرة، الآية 229.

[3] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 29.

وصفوة القول إن العدة هي من النظام العام في الإسلام وفيها فوق ذلك حق للزوج وحق للولد، وقد أجمع العلماء على وجوب العدة مستشهدين بقوله تعالى "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوء**"،[1] وآيات كثيرة وردت في وجوبها.

ويقول الزمخشري شرحا للآية المذكورة أنها خبر في معنى الأصل وأصل الكلام "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ** " وإخراج الأمر في صورة الخبر تأكيد لهذا الأمر وإشعار بأنه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله، فكأنهن امتثلن الأمر بالتربص فهو يخبر عنه موجودا ومثل قولهم رحمك الله. [2]

والسؤال المطروح هل على الرجل عدة؟ هذا السؤال يبدو غريبا بعد أن عرفنا أن العدة تخص المرأة إذا فارقها زوجها بطلاق أو فسخ أو بوفاته، لكن جاء في تعريف الحنفية أن العدة شرعا تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه.

والجواب بأن الحنفية يريدون بهذا التعريف أن الرجل أي زوج المعتدة يلزمه الانتظار مدة العدة فلا يتزوج أثناءها بأية امرأة إذا كانت هذه المعتدة هي زوجته الرابعة التي طلقها أو فسخ نكاحها، كما لا يجوز لها أن تتزوج هي بأي زوج آخر أثناء هذه العدة، و كذلك يلزم الرجل مع المرأة المعتدة بالانتظار وعدم الزواج في فترة العدة، بعد مفارقته لزوجته إذا كانت المرأة التي يريد التزوج منها محرمة عليه لمانع مؤقت بسبب زواجه السابق بمن طلقها فالذي يطلق زوجته لا يحل له التزوج بمن لا يحل له الجمع بينها وبين أختها أو عمتها أو خالتها لئلا يكون جامعا بين محرمين. وهذا الانتظار وإن وجد فيه معنى العدة إلا انه لا يسمى عدة اصطلاحا.[3]

أما بالنسبة للمرأة الغير مسلمة: اختلف الفقهاء في وجوب العدة على غير المسلمة على رأي **أبو حنيفة:** لا تجب العدة على غير المسلمة ذمية كانت أو حربية إذ كان معتقدهم انه لا عدة

---

[1] سورة البقرة، الآية 228.

[2] أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل.** بيروت: ط 3، ج1، دار الكتاب العربي، 1407هـ، ص 44.

[3] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون.** بيروت: دار النهضة العربية، 1988، ص 627، ص 628.

عليها إلا إذا كانت كتابية زوجة مسلم فتجب عليها العدة بالفراق، رعاية لحق الزوج: لأن العدة تجب حقا لله تعالى ولحق الزوج والكتابية مخاطبة بحقوق العباد، وقال الجمهور: تجب العدة على الذمية سواء كانت زوجة مسلم أو لذمي العموم الآيات الآمرة بالعدة.[1]

الفرع الثالث: أنواع العدة ومقاديرها.

قد تبينا لنا من قبل أن العدة تنقسم إلى ثلاثة أنواع والمعتدات ستة أنواع ولكل معتدة حساب زمني لعدتها، فتبدأ من تاريخ وتنتهي في آخر. لذلك سنتطرق لأنواع العدة في الفرع الأول، وحساب العدة لكل معتدة في الفرع الثاني.

أولا: أنواع العدة. تنقسم العدة إلى ثلاثة أنواع أولا عدة بالقروء، ثانيا عدة بالأشهر، ثالثا عدة بوضع الحمل. وقد أرجع الفقهاء هذا التنوع فيها إلى سبب الفرقة، فقد يكون طلاقا أو موتا...، وما تكون عليه المرأة عند حصول الفرقة فقد تكون ممن تحيض أولا وقد تكون حاملا أو حائلا إضافة إلى صحة الزواج وفساده.[2]

1-العدة بالقروء. وقد اختلف الفقهاء بالمقصود ب القروء التي تعتد بها المعتدة فمنهم من قال إنها الأطهار ومنهم من قال إنها الحيض. والواقع أن القرء في اللغة العربية يقع على الطهر والحيض جميعا فهو من الأسماء المشتركة، ولهذا اختلف العلماء في المراد بقوله تعالى: «**يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**». فهل المقصود بالقروء في هذه الآية الأطهار فتعتد المطلقة ثلاثة أطهار أم المقصود به، الحيض فتعتد المطلقة ثلاثة حيضات. [3]

أ-الرأي الأول: القروء هي الأطهار وأصحاب هذا الرأي هم المالكية و الجعفرية و جمهور أهل المدينة و أبو ثور وأما من الصحابة الكرام رضي الله عنهم فابن عمر و زيد بن ثابت وعائشة أم المؤمنين ....، وقد ورد في عديد الأحاديث القائلة لذلك، عن مالك عن نافع ابن عبد الله أن بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: مرة فليراجعها

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 627.

[2] أحمد مصطفى شبلي، مرجع سابق، ص 633.

[3] نبيل صقر، مرجع سابق، ص233 .

ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها وإن شاء يطلق قبل أن تحيض، تلك العدة التي أمر الله بها أن يطلق لها النساء."[1]

وفي حديث عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انتقلت حفصة بنت عبد الرحمان بنت أبي بكرفي دم الحيضة الثالثة، قال ابن شهاب، فنكر ذلك الناس وقالوا إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: " ثلاثة قروء" فقالت عائشة صدقتم، تدرون. ما الأقراء؟ إنما الأقراء الأطهار. [2]

ولأن الله سبحانه وتعالى اثبت التاء في العدد " **ثلاثة** " دل على أن المعدود مذكر وهو الطهر لا الحيضة، ولأن قوله تعالى: "**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**"،[3] أي في وقت عدتهن. لكن الطلاق. في الحيض محرم فيصرف الإذن إلى زمن الطهر واجب، بأن معنى الآية مستقبلات لعدتهن. [4]

ب-الرأي الثاني: القروء هي الحيض، وأصحاب هذا الرأي الحنفية والحنابلة، وقال به من الصحابة الكرام على وعمر وابن مسعود وأبو موسى الأشعري. فلفظ القرء لم يستعمل في كلام الشارع إلا للحيض، ولم يجئ عنه في موضوع واحد، استعماله للطهر،[5] فإنه قد قال صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: "**دعي صلاتك أيام أقرائك**".

وهو صلى الله عليه وسلم المعبر عن الله وبلغة قومه نزل القرآن، فإذا أورد المشترك في كلامه على أحد معنيين وجب حمله في سائر كلامه عليه البتة وهو لغة القرآن التي خوطبنا بها، وإذا ثبت استعمال الشارع للقرء في الحيض علم أنه هذا لغة فيتعين حمله عليها في كلامه ويدل

---

[1] إبن حجر العسقلاني، ج3، كتاب الطلاق، الحديث 4954، مرجع سابق، ص 258.

[2] أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، ت: مصطفى البابي الحلبي، **موطأ مالك.** سوريا: دار إحياء التراث العربي، 1985، ص 352.

[3] سورة الطلاق، الآية 01.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ص 632.

[5] محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية.** دمشق: ط3، دار الفكر العربي، 1995، ص 375.

على ذلك ما في سياق الآية من قوله تعالى: "**وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ**".[1]

وقد سمى المفسرون المخلوق في الرحم بالحيض الوجودي، ولم يقل أحد إنه الطهر[2] لذا قال الله تعالى" **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ**".[3]

-**موقف المشرع الجزائري**. إن المشرع الجزائري في تشريعه لقانون الأسرة لم يوضح لنا المقصود بالتفريق بين القرء والحيض، إلا أنه أحالنا إلى الشريعة الإسلامية وذلك في نص المادة 222، إلا أن هذه الأخيرة لا تحل الإشكال الواقع بين أراء الفقهاء في هذا الأمر، وذلك لصعوبة الرأي الراجح، فكان على المشرع تبيان ذلك لعدم تضارب الأحكام القضائية.

2-العدة بالأشهر. وهي نوعان: نوع يجب بدلا عن الحيض ونوع يجب أصلا بنفسه.[4]

أ-العدة التي تجب بدلا عن الحيض: فهي عدة الصغيرة واليائسة، وتحسب بالأشهر أي أن الأشهر تقوم مقام القروء، والمرأة التي لم تحض أصلا بعد الطلاق، وسبب وجوبها: الطلاق لمعرفة أثر الدخول وهو سبب وجوب عدة الأقراء المتقدمة. وشرط وجوبها شيئان: الأول الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلا والثاني: الدخول أو الخلوة الصحيحة عند غير الشافعية. في النكاح الصحيح وكذا في النكاح الفاسد عند المالكية.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه ذكر عدة المرأة المطلقة اليائسة من المحيض بعدتها بثلاث أشهر إلا أنه لم يذكر عدة المطلقة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، لذلك فإن الصغيرة التي لم تحض فعدتها بالأشهر.

ب – عدة الأشهر الأصيلة بنفسها: فهي عدة الوفاة وسبب وجودها الوفاة، إظهار للحزن وفوات نعمة الزواج، وشرط وجوبها الزواج الصحيح فقط، فتجب هذه العدة على المتوفى عنها

---

[1] سورة البقرة، الآية 228.

[2] السيد سابق، مرجع سابق، ص343 .

[3] سورة الطلاق، الآية 04.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 76.

زوجها، سواء كانت مدخولا بها أم لا، وسواء كانت ممن تحيض أم ممن لا تحيض. والدليل على وجوب العدة هنا بالأشهر بدل الحيض قوله تعالى: " **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ۚ "،[1] فالآية الكريمة جعلت العدة ثلاثة أشهر لنوعين من النساء: من بلغت سن اليأس، ومن لم تخص لصغرها وجاءت استثناء لقوله تعالى: "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**"،[2] أي أن أية الطلاق أخرجت من آية البقرة هذه الصغيرة من حكم العدة بالقروء إلى العدة بالشهور، و حكمة هذا التخصيص أن الصغيرة لا تحيض عادة كما أن براءة رحمها معلوم فلا فائدة في عدتها بالأقراء.

والمعنى المرعى في إيجاب العدة على الصغيرة هو الاحتياط، لأن الأمن من عدم حملها ليس قطعيا، وهذه الأدلة تشمل أيضا المطلقة التي لم تر الدم أصلا لكون عادتها عدم الحيض. وأما دليل اليائسة أن "إن" بمعنى "إذ" فمعنى الآية إذا ارتبتم في حكم ذلك أي إذ لم تعلموا عدة اليائسة والتي لم تحض وارتبتم في ذلك في العدة وهو قول مالك في تأويل الآية. وأما اللاتي لم يحضن مع بلوغهن سن الحيض فدليلهن هو عموم الآية واللاتي لم يحضن فهو مطلق يبقى على إطلاقه فلا دليل يقيد هذا الإطلاق ممن بلغت السن أما عدة المستحاضة وهي المرتبطة بدوام نزول الدم دون أن تميز بين دم الحيض وغيره وعدة المرتابة بالحيض وهي التي ارتفع حيضها ولم تدر سببه من حمل أو رضاع أو مرض فهي سنة كاملة ثم تحلان بعدها للزواج. [3]

3-العدة بوضع الحمل.

إن المرأة الحامل إذا انتهى زواجها بطلاق، أو فسخ، أو وفاة زوجها تعتد بوضع الحمل دون التقيد بزمن، وهي العدة المشتركة بين المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها سوءا كان الحمل من زواج صحيح أو فاسد أو مقاربة بشبهة مصداقا لقوله تعالى:" **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن**

[1] سورة الطلاق، الآية 04.

[2] سورة البقرة، الآية 228.

[3] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 666.

يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ج"،[1] وهي عامة في المطلقات لأنها نزلت بعد آية البقرة وهي قوله تعالى: "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ص"،[2] فتكون ناسخة لعمومها أو مخصصة لها، وجاء في زاد المعاد في تفسير هذه الآية أن المرأة إذا كانت حاملا بتوأمين فعدتها لا تنقضي إلا بوضعهما معا وكذا الشأن إذا كان الحمل فقد اثنين وهو ما يحصل في وقتنا هذا، وتفسير الآية لدى بعض المفسرين جاء عاما وشاملا **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ،** قال أن العدة تكون بوضع الحمل مهما كان السبب سوءا كان السبب طلاقا أو فسخا أو وفاة[3] ولا ينظر إلى الحمل إن كان حيا أو ميتا، تام الخلقة أو ناقصها، نفخت فيه الروح أو لم تنفخ، أما شرط وجوبها: أن يكون الحمل من الزواج الصحيح أو الفاسد لأن الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة ولا تجب هذه العدة عند الحنفية و الشافعية على الحامل بالزنا، لأن الزنا لا يوجب العدة.[4]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة، على عدة الحامل حيث نصت المادة 60: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". وهي تمدت من يوم الطلاق إلى لحظة وضع الحمل وقد تطول هده المدة إذا كان الحمل في بدايته، وقد تقتصر هادا كان في نهايته ولو ليوم واحد، فقد جعل المشرع الجزائري مدة الحمل القصوى هي عشرة أشهر وبالتالي فتكون أقصى مدة لعدة الحامل هي عشرة أشهر.[5]

ثانيا: مقدار العدة. يعد عنصر الزمن هو الأساس الذي تبنى عليه العدة، وهو المحور الذي تدور حوله، ولهذا المجال الزمني بداية تشرع المعتدة منها، ولهذا تنتهي إليها ويختلف تقدير أجل العدة من معتدة إلى أخرى، تبعا لاختلاف أنواع العدة، ونظرا لحال المعتدة.

---

[1] سورة الطلاق، الآية 04.

[2] سورة البقرة، الآية 234.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، صفحة 40.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 634.

[5] الرشيد بن الشويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل–دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية المقارنة**. الجزائر: ط 1، دار الخلدونية، 2008، ص 227.

1-بداية حساب العدة. مبدأ العدة يختلف باختلاف عقد الزواج السابق عليها، هذا ما سنتطرق إليه في ثلاث حالات حسب اختلاف عقد الزواج صحة وفسادا وانعداما:

أ-إذا كان الزواج صحيحا فمبدأ العدة بعد الطلاق أو الفسخ أو الموت مباشرة، فابتداء، العدة في الطلاق والفسخ يكون فور وقوعهما مباشرة، وفي الوفاة عقبها، وهذا باتفاق الفقهاء[1] وتنقضي العدة وإن جهلت المرأة بالطلاق أو الوفاة، لأنها أجل، ولا يشترط العلم بمضي الأجل وتبدأ عدة زوجة المفقود من يوم صدور الحكم بفقدانه أو وفاته[2] عملا بنص المادة 59 قانون الأسرة.[3]

ب-وإن كان الزواج فاسدا، فمبدأ العدة عقب التفريق من القاضي، أو بعد المتاركة، وإظهار عزم الرجل على ترك وطئها بأن يقول بلسانه تركتها، أو خليت سبيلها ونحوه، وإن مات الزوج في النكاح الفاسد يكون بداية العدة عقب موته. [4]

ت -إن كان الوطء بشبهة، فتبدأ العدة من آخر الوطآت عند زواج الشبهة، بأن علم أنها غير زوجته، وأنها لا تحل له، إذ لا عقد هنا، فلم يبقى سبب للعدة سوى الوطء المذكور. هذا كله في المدخول بها، أما غير المدخول بها فإن طلقت فلا عدة عليها لقول الله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا** "[5] فإن كانت غير مدخول بها، ومات زوجها فعليها العدة تبتدئها من يوم وفاة الزوج كما تقدم. [6]

2-انقضاء العدة. يتباين انقضاء العدة من معتدة إلى أخرى وفق نوع العدة وسببها، وكون المرأة حاملا أو حائلا.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص716 -719.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 374.

[3] تنص المادة 59 من ق.ا.ج على ما يلي: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"

[4] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 372.

[5] سورة الأحزاب، الآية 49.

[6] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 326.

أ-المرأة المعتدة بالأقراء. تنقضي عدتها وتحل للأزواج لأول نزول الحيضة الثالثة، بناء على أن الأصل استمرار نزول الحيض، هذا إذا طلقت في طهر لم تمس فيه، أما إذا طلقت في زمن حيض فإنها تحل في الحيضة الرابعة، وينبغي استحبابا ألا تعجل العقد على أحد بمجرد رؤية الدم، بل تصبر يوما أو جل يوم لئلا ينقطع الدم قبل ذلك فلا يعتد به. ويرجع في تقدير أقل الحيض في العدة والاستبراء إلى النساء العارفات، هل هو يوم أو بعض يوم بأن يزيد على ساعة، ولا تعد الدفعة ونحوها هنا حيضا حتى تحل للأزواج. وإن لازمها يوما فأكثر فيعتد به، وإن أتاها بعض يوم وأنقطع، يرجع في ذلك للنساء وعادتهن في بلادهن[1] وانقضاء العدة بأول النزول الحيضة الثالثة هو مذهب المالكية، أما الحنفية فلا تنقضي العدة عندهم إلا بانقطاع الحيضة الثالثة إن وقع انقطاعه لأكثر مدة الحيض، وهي عشرة أيام، بناء على تفسير القرء للحيض،[2] وإنما يعرف انتهاء عدة ذات الأقراء من جهتها، فتصدق في انقضاء العدة بلا يمين، إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء في مثلها، وأقل مدة التي تصبر فيها المعتدة الحائض لانقضاء عدتها تكون على التفصيل التالي: في رأي المالكية تصدق في مثل الشهر " 30 يوما " ولو خالفت عادتها، أو خالفها الزوج، ووجه تصديقها في مثل الشهر، جواز أن يطلقها زوجها أول ليلة من الشهر وهي طاهر، فيأتيها الحيض، وينقطع قبل الفجر ثم يأتيها ليلة السادس عشر، وينقطع قبل الفجر، ثم يأتيها آخر يوم من الشهر بعد الغروب، لأن العبرة في الطهر بالأيام. ودليل تصديقها بلا يمين في غالب ما يكون عليه انقضاء العدة وفي النادر، ولو في شهر، لأن الله ائتمنها على ما في رحمها لقوله عز وجل:" **وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ**"[3] فدل ذلك على أن قولها مقبول إذ لا يمكن الاطلاع على الحيض والأطهار إلا من جهتها. ورأى بعض الشيوخ المتأخرين أن الكذب لما كثر في النساء سقطت أمانتهن، فرأى أنها لا تصدق إذا ادعت أن عدتها انقضت في أقل من ثلاثة

[1] الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي.** لبنان: ط2، ج4، مؤسسة المعارف، 2005، ص 198.

[2] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 674.

[3] سورة البقرة، الآية 228.

أشهر، وعلل ذلك بأن عادة النساء أن يحضن مرة واحدة في الشهر،[1] واختلف الحنفية في أقل ما تصدق فيه المعتدة بالإقراء، فقال أبو حنيفة: أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوما، عملا بالوسط في مدة الحيض وهو خمسة أيام، فتكون الحيضات الثلاث خمسة عشرة يوما، والأطهار خمسة وأربعين يوما على أن يبدأ بالطهر، فيكون المجموع ستون يوما. وقال الصاحبان أبو يوسف ومحمد: أقل ما تصدق فيه المرأة المعتدة بالأقراء تسعة وثلاثون يوما، عملا بأقل الحيض وهو ثلاثة أيام،[2] فتكون الحيضات تسعة أيام يتخللها طهران بثلاثين يوما،[3] فيكون المجموع تسعة وثلاثين يوم وإذا كذبت المعتدة نفسها في انقضاء عدتها بأن قالت: كذبت في قولي قد انقضت عدتي، فلا يلتفت لتكذيبها نفسها، ولا تحل لمطلقها إلا بعقد جديد، ولا توارث بينهما إن مات أحدهما، ولا عبرة بتصديق النساء لها، وقد بانت بقولها أو لا قد انقضت حيث أمكن الانقضاء، ووجه عدم تصديقها ثانية لأن قولها الأول تعلقت به أحكام، ولأن تصديقها يستدعي إجازة نكاح بغير صداق.

ب –المرأة المعتدة بالأشهر. وهي نوعان: معتدة بالوفاة، ومعتدة من طلاق، فمعتدة الوفاة إذا كانت حائلا تنتهي عدتها بانتهاء مدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ وفاة زوجها حقيقة أو حكما، سواء أكانت ممن يحضن أم لا. وتنقضي عدة المرأة الغير حائض في حالة طلاق بتمام ثلاثة أشهر من تاريخ نطق زوجها بطلاقها، أو من تاريخ الحكم به، وتستوي في ذلك الصغيرة واليائسة والتي لم تحض أصلا. وتنتهي العدة إن كانت بالأشهر بغروب شمس آخر يوم منها، ولا بد أن يكون الحساب بالشهور القمرية. [4]

ت–المعتدة الحامل. تنقضي عدة الحامل بوضع حملها سواء أكانت مطلقة أم متوفى عنها زوجها وذلك بأربعة شروط عند المالكية.

---

[1] الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، ص **197**، ص198.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ص 719.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 381.

[4] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 674.

الشرط الأول: أن يلحق الولد بالزوج المتوفى بأن يثبت نسبه منه ولو نفاه بلعان متى ثبتت خلوته بها، وإلا فلا بد من مضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وهي عدة الوفاة.

الشرط الثاني: أن تثبت خلوته بها زمنا يمكن أن يطأها فيه.

الشرط الثالث: أن ينفصل الولد كله عنها بعد الطلاق أو الوفاة.

الشرط الرابع: أن يكون حملا ولو قطعة لحم. [1]

الفرع الرابع: إشكالات العدة قانونا. من خلال ما سبق دراسته، بوجوب العدة للمرأة، وما يهم دراستنا هي عدة المرأة المطلقة سواء طلاق بإرادة منفردة أو طلاق بالخلع، فتعد العدة أثر للطلاق وقد نص المشرع في المادة 58 على أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

فالإشكال المطروح هو عدم تنصيص على الطلاق الرجعي، إلا أنه بالرجوع إلى مفهوم الطلاق الرجعي نجد أن مراجعة الرجل لزوجته لا تتم بعقد ولا مهر، والثابت في قانون الأسرة الجزائري أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا لما نصت عليه المادة 49 فـ2: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

من خلال نص المواد نجد أن هناك تناقض ما بين العدة والطلاق وخاصة ما يقع بين الشريعة والقانون، فنجد أن العدة شرعا تبدأ لحظة نطق الزوج بالطلاق، أما قانونا وقد كان المشرع صريحا في ذلك فتبدأ العدة بعد الحكم بالطلاق وهذا ما قد نجد تعارض ما بين الشريعة والقانون وعلى المشرع مراعاة ذلك.

كما نجد أن المشرع نص على الطلاق الرجعي بالشكل الذي جاء به في نص المادة 50 ق أ: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

[1] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 522.

وكذلك نجد تصادم في النصوص القانونية فنص المادة 50 يصطدم مع النص المادة 58 السابق الذكر، إذ اعتبر المشرع أن عدة المطلقة تبدأ من يوم التصريح بالطلاق.

ويقصد الصريح بالطلاق نطق القاضي بالحكم، لذلك فإن المطلقة طلاقا رجعيا تحتاج إلى زمن أطول لحساب عدتها، كوان فترة المراجعة قد تكون سابقة بأمد طويل على فترة التصريح بالطلاق.

وهذا ما يصدر إشكالا وذلك في حالة إذا دام خلاف بين الزوجين لأكثر من عام ثم صدر الحكم بالطلاق، إذ أن قانونا تبدأ العدة بعد صدور الحكم أما شرعا فيعد طلاقا بائنا يحتاج إلى عقد ومهر جديد، وهذا ما يخلق إشكالا في العدة.

على غير المشرع الجزائري نجد المشرع المغربي الذي حدد مدة العدة بموجب عدة مواد في مدونته الأسرة وذلك في القسم السابع والتعلق بآثار الانحلال ميثاق الزوجية، فقد نصت المادة 129 على أنه: "تبتدئ العدة من تاريخ أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة".

فمن خلال نص المادة نجد أن احتساب أجل العدة يبتدئ من تاريخ الاستشهاد بالطلاق أمام عدلين بالنسبة للطلاق الخلعي، والاتفاقي والرجعي، لأنها يتم الإشهاد بها لدى العدلين، أما بالنسبة للتطليق والفسخ فإن أجل العدة يبتدئ من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق أو الفسخ.[1]

كما يمكن أن نذكر إشكال آخر والحاصل في مسألة إثبات الطلاق العرفي والذي يتعارض مع نص المادة 49 من ق أن إذ نجد أن القضاء الجزائري تصدى لهذا الإشكال، وذلك من خلال تطبيقات القضائية في مختلف المحاكم ويكون إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، وقد يعتد به شرعا وقانونا، ويثبت هذا الطلاق بشهادة الشهود الذين حضروا طلاق جماعة المسلمين فيصدر من المحكمة بحكم قضائي بالطلاق، ويسجل في سجلات الحالة المدنية، أما بالنسبة للعدة

[1] زوهير بن حشاني، "**آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2021/2020، ص236.

فتكون قد انتهت وأصبح الطلاق بائنا، أما بخصوص محاولات الصلح فلا مجال له في طلاق وقع وانتهى.

ومن القرارات القضائية التي تؤيد ذلك نذكر منها ما يلي:

– حيث جاء في القرار بتاريخ 2005/02/23 أنه: "يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج والطلاق العرفي، سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف".[1]

– وفي قرار آخر جاء: "من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.

ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون".[2]

– كما جاء في قرار آخر: "...يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا، إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فلا على القاضي سوى الحكم له به...".[3]

المطلب الثاني: نفقة الإهمال.

من أولويات الأسرة توفير حاجيات أفرادها المادية (غذاء، ملبس...) أو معنوية تقوم على الاستقرار النفسي والتربية الخلقية، ويحدث خلل في الأسرة إذا اختلت وظيفة من الوظائف

[1] ملف رقم 315403، بتاريخ 2005/02/23، المحكمة العليا سنة 2005، العدد الخاص لاجتهاد غرفة أحوال الشخصية، العدد 01، ص275.

[2] ملف رقم 216850، بتاريخ 1999/02/12، المحكمة العليا سنة 2001، العدد الخاص لاجتهاد غرفة أحوال الشخصية، ص100.

[3] ملف رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25، المحكمة العليا سنة 1991، العدد الخاص لاجتهاد غرفة أحوال الشخصية، العدد 03، ص71.

ويسمى بالإهمال العائلي، وفي حالة حدوث الطلاق وفك الرابطة الزوجية وتم صدور الحكم بمدة طويلة قضتها الزوجة المطلقة في بيت والدها هنا توجب على الزوج إعطائها حقها في نفقة الإهمال.

الفرع الأول: تعريف نفقة الإهمال.

لتعريف نفقة الإهمال سنقسم هذا العنصر إلى قسمين.

أولا: تعريف النفقة.

1-لغة. النَّفاد، يقال نَفِقت الدراهم نَفَقاً من باب تعب إذا نفدت، والنفقة اسم للنفق يجمع على نِفاق ونَفَقات، كما يطلق النفوق على الموت، فيقال: نَفَقت الدابة نفوقاً من باب قعد إذا ماتت، ويطلق أيضاً على الرَّواج، فيقال: نَفَقت السلعة نَفَاقاً بالفتح إذا راجت وكثر طلاّبها. والنَّفَق سَرَب في الأرض له مخرج من موضع آخر، وهي ما يصرفه الرجل على عياله، وسمي ذلك بالنفقة لما فيه من هلاك المال المصروف عليهم. [1]

2-اصطلاحاً. النفقة عرفها ابن عرفة بقوله: " مَا بِهِ قِوَامُ مُعْتَادِ حَالِ الْآدَمِيِّ دُونَ سَرَفٍ"[2]، والنفقة الزوجية معناها إنفاق الزوج على زوجته ما يكفيها مما تحتاج إليه، بشروط وقيود وحدود معينة، بينتها الشريعة الإسلامية. [3]

وعرفها بلحاج العربي بأنها: ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج.[4]

---

[1] بطرس البستاني، **محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية.** لبنان: مكتبة لبنان، 1983، ص 909.

[2] عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، ت: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم لهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية.** لبنان: ط1، دار الغربي الإسلامي، 1993، ص321.

[3] http://www.islamic-fatwa.com/index.jsp?inc=17&id=272&type=3&cat=15 ، 2023/10/04، ساعة 22:20.

[4] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص169.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري يتبين أنه اقتصر على بيان بعض عناصرها دون ضبط مفهومها، حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري: " تشمل النفقة الغذاء، الكسوة، العلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

الفرع الثاني: تعريف الإهمال.

أولا: تعريف الإهمال لغة.

الإهمال في الاصطلاح اللغوي هو ترك الشيء وعدم استعماله إما عن عمد أو نسيان، ويقال إهمال الشيء أي تركه ولم يعن به. والمهمل هو المتروك بلا عناية أو رعاية.

ثانيا: تعريف الإهمال اصطلاحا.

الملاحظ أن التشريعات الجنائية المقارنة لم تورد تعريفا محددا للإهمال وإنما اكتفت عليه بإيراده بوصفه صورة من صور الخطأ تاركة مهمة تعريفه للفقه. [1]

ومن هنا وجد الفقه أن تعريف الإهمال وتحديد مدلوله مسألة تستحق الوقوف عندها والبحث فيها، وعلى حد سواء مع باقي المسائل الفقهية، فظهرت عدة مدارس فقهية وفي داخل كل مدرسة ظهرت عدة اتجاهات، فظهرت المدرسة الإنجليزية، وظهر فيها عدة آراء واتجاهات، فالاتجاه الأول ذهب إلى أن الإهمال هو حالة ذهنية يتمثل أساسا في الاتجاه المعنوي إلى اللامبالاة المخلة فيما يتعلق بسلوك المرء ونتائجه، وطبقا لهذه الرؤية فإن الشخص المهمل هو الشخص الذي لا يبالي، وذهب اللورد (ATKIN) إلى تعريف الإهمال بأنه: "عدم اتخاذ العناية أو نقص المهارة التي هي واجب على الجانب تجاه المجني عليه".

1-التعريف القانوني.

لم يرد الإهمال في القانون الأسرة الجزائري ولكن نص عليه في القانون العقوبات الجزائري في القسم الخامس تحت عنوان ترك الأسرة حيث أن المشرع الجزائري لم يعرف الإهمال اكتفى ببيان أركانه وصوره التي يأخذها في نصوص المواد 330-331 من ق.ع. [2]

[1] علي يوسف الشكري، **المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال.** القاهرة: دار الكتب القانونية، 2011، ص 63.

[2] المرجع نفسه، ص 63.

2-التعريف الفقهي.

وجد الفقه أن تعريف الإهمال وتحديد مدلوله مسألة تستحق الوقوف عندها والبحث فيها وعلى حد سواء مع باقي المسائل الفقهية الأخرى فظهرت عدة مدارس فقهية من بينها المدرسة الإنجليزية والفرنسية والعربية. [1]

بالنسبة للإنجليزية عرفه الفقيه ATKIN الإهمال بأنه هو عدم الاحتياط أو النقص في المهارة التي هي واجب على الجانبين تجاه المجني عليه.

أما الفرنسية فقد عرفه الأستاذ Roux بأنه عدم الاحتياط أو النقص في الاحتياط الذي لو كان قد اتخذ لكان منع النتيجة الخسارة من أن تحدث.

أما الفقه العربي فظهرت عدة اتجاهات في تعريفه الإهمال العائلي حيث ذهب البعض لتعريفه بأنه:" الصورة التي تمثل الحالات التي يقف عليها الجانب موقعا سلبيا فلا يتخذ احتياطات يدعو إليها الحذر وأن من شأنها أن تحول دون حدوث النتيجة الإجرامية وعلى هذا النحو تضم هذه الصور حالات الخطأ عن طريق الامتناع".[2]

إذا يمكن تعريف نفقة الإهمال بأنها تلك النفقة الواجبة للزوجة نتيجة إهمال الزوج خلال الفترة التي تسبق الحكم الطلاق.[3]

ويمكن إعطاء تعريف آخر لنفقة الإهمال بأنها النفقة التي تستحقها الزوجة من زوجها نتيجة إهماله لها والتي تقدر بمدة التي تسبق الطلاق.

الفرع الثالث: حكم نفقة الإهمال.

أولا: حكم نفقة الإهمال شرعا. اختلف الفقهاء في النفقة التي تكون قد مضت مدة امتنع الزوج عن الإنفاق وكذلك في حالة عدم تراضي الزوجين حولها، وانقسم إلى رأيين:

1-الرأي الأول. ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافية والحنابلة، بالقول بأن نفقة الزوجة

---

[1] علي يوسف الشكري، مرجع سابق، ص 65.

[2] مرجع نفسه، ص 66.

[3] جمال قتال، "**نفقة المطلقة كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية**". مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2020، ص90.

دينا في ذمة الزوج من وقت الذي يجب عليه أداء بالنفقة.[1]

وكان استدلالهم من القرآن الكريم.

أ–في قول الله تعالى: "**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**".[2]

وتدل الآية الكريمة على وجوب الزوج الإنفاق وهذا ما جرت به العادة، دون الحاجة إلى اتفاق أو قضاء.

ب–وقوله تعالى: "**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهَ** ".[3]

تدل الآية الكريمة على أمر الله تعالى الأزواج على النفقة من وقت وجوبها عليه أي أنه تصير في ذمته في حالة امتناعه عليها.

2–الرأي الثاني. ذهب الحنفية إلى أن الزوجة ينعدم الحق في الرجوع على زوجها بما تجمد لها من نفقة لعدم ثبوته دينا في الذمة عليه، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن النفقة تعتبر صلة، وإن كان لها شبه بالأعواض من بعض الوجوه، كإحصان الزوجين وحفظ النسب، فلكونها صلة لا تملك إلا بالقبض، وتثبت إذا قضي بها، لأن القاضي له ولاية الإلزام، وبالتالي إذا مضت مدة من غير قضاء ولا تراضي فتسقط النفقة، ولا يحق للزوجة أن ترجع على زوجها بما أنفقته على نفسها.[4]

– من خلال دراسة الرأيين فقد نرجح القول الأول الذي ذهب بإلزام الزوج بالنفقة ابتداء من تاريخ امتناعه دون الحاجة إلى القضاء أو تراضي الزوجين وهو قول الجمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم.

---

[1] رشيد مسعودي، "**النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005، ص74.

[2] سورة البقرة، آية 233.

[3] سورة الطلاق، آية 07.

[4] رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص75.

ثانيا: حكم نفقة الإهمال قانونا. نص المشرع في ق أ على النفقة في نص المادة 80 حيث جاءت بما يلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع قرر نفقة الإهمال من النفقات الواجبة على الزوج، وقد عالج أمرين؛ نجد المادة تنقسم إلى قسمين الأول تحدد الأصل العام بأن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى وإلى غاية صدور حكم فيها، أما الثاني وهو الاستثناء بجواز الحكم بالنفقة في المدة التي تسبق رفع الدعوى، وقد يكون الاستحقاق في أمرين:

1-وجود بينة إثبات على عدم إنفاق الزوج، فإذا أقر هذا الأخير فلا إشكال في ذلك، فقد يثور إشكال في حالة عدم إقراره، وهنا على الزوجة بيان ذلك إذ لها الاستعانة بشهادة شهود أو الجيران وأقرباء وغيرهم، إلا أنه قد تجد صعوبة في ذلك وخاصة أن هناك عزوف في حالة الشهادة، لذلك فعلى القاضي تخفيف العبء الذي يثقل كاهل الزوجة إذ له أن يكتفي بقرينة لجوء الزوجة إلى الطلاق فهي كافية لدلالة على إهمال الزوج.[1]

2-استحقاق الزوجة النفقة لمدة سنة قبل رفع الدعوى، فقد ضبط المشرع المدة وهذا خوفا من فتح الباب الانتقام من الأزواج.

الفرع الرابع: تاريخ استحقاق نفقة الإهمال.

نصت المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " تُستحق النّفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" وعلى هذا الأساس فالنفقة تكون مستحقة الأداء بداية من تاريخ رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة، على أن لا يحكم بها القاضي قبل تاريخ تسجيل عريضة الدعوى بالمحكمة

[1] محمد لاتي، "**المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002/2001، ص71.

تماشيا مع مفهوم المادة غير أنه يجوز للمحكمة إصدار حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة بهدف الحكم بنفقة مؤقتة للزوجة والأولاد لحين الفصل بصفة نهائية في موضوع الدعوى. [1]

فالواضح أن المشرع الجزائري قد اعتمد الخلفية الفقهية في سنّ المادة 80 من قانون الأسرة لاسيما ما تعلق بإمكانية فرض النفقة لمدة سنة واحدة، مهما زادت مدة الامتناع عن أدائها فواضح أنه جعلها دينا في حدود سنة ماضية فقط، وهو هو رأي جمهور العلماء الذين قالوا بأنّ النّفقة تظل دينا في ذمة الزوج، وإعفائه من باقي المدة مهما طالت أي سقوطها وهو أخذ برأي المالكية الذين اشترطوا في سقوطها إعسار الزوج بها، الأمر الذي يعد تلفيقا بين الرأيين الفقهيين. [2]

على أن هذه الفترة المحدّدة هي توصية ضمنية للزوجة المتضررة من عدم إنفاق زوجها عليها وعلى أولادها لمدة سنوات، بأن تلتجئ للقضاء إذا كان الزوج موسرا وكان قصده انتقاميا، حتى لا تتضرر أكثر على اعتبار أن القضاء سوف لن يحكم لها إلا في حدود سنة ماضية فقط فالمشرع قد راعى وضع الزوج في هذه الجزئية من خلال إمكانية إثقال كاهله بمبالغ متراكمة لعدة سنوات ومطالبته بدفعها مرة واحدة. [3]

أما فيما يتعلق بسقوط الحق في استحقاق نفقة الإهمال فقد نجد أن المشرع أوجب على الزوج النفقة على زوجته مهما كان النزاع بينهما، إلا أنه استثنى حالة واحدة وهي حالة النشوز، فإذا كانت الزوجة ناشز فإنها تحرم من نفقة الإهمال، وحالة النشوز تثبت بمحضر عدم الامتثال للرجوع إلى بيت الزوجية، وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:" إن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، ويعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها وأن الزوجة التي طلبت

---

[1] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (أحكام الزواج).** الجزائر: ط6، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 350.

[2] المرجع نفسه، ص 352.

[3] الغوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 81.

الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها وحكم لها بطلباتها فإنها لا تعد ناشزا ما دام لم يثبت نشوزها ولذلك فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها".[1]

وفي الأخير يمكن القول أن الزوجة المطلقة بطلاق تعسفي تستحق نفقة الإهمال، وعلى الزوج دفع ذلك وعدم الامتناع عن نفقة الإهمال وذلك لما ترتب من ضرر للزوجة على عدم إنفاق عليها، وهو نوع من الجبر والتعويض، أما بالنسبة إذا كان الطلاق بإرادة الزوجة وذلك عن طريق الخلع، وخاصة إذا استعملت هذا الحق في غير ما شرع عليه سواء انتقاما أو كراهة أو تعسفا، فإن الزوجة في هذه الحالة لا تستحق نفقة الإهمال.

المبحث الثالث: متعة المطلقة تعسفيا.

تعتبر المتعة ذلك المبلغ المالي الذي يحكم به القاضي للمطلقة، جبرا للضرر الذي أصابها من فك الرابطة الزوجية، ولم بتعرض المشرع الجزائري لهذا المصطلح في قانون الأسرة

أما القضاء الجزائري أستعمل المصطلحين معا، لذلك توجب علينا أن نتعرض إلى نفقة المتعة بداية من تعريفها كمطلب أول وفي المطلب الثاني حكمها وعلاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف المتعة

في هذا المطلب سنعرف المتعة لغة واصطلاحا بتقسيمه إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف المتعة لغة.

المتعة: من متع الشيء متوعا وهو كل ما جاء، والماتع: الجيد البالغ الجودة في كل شيء والمتاع: كل ما ينتفع به ويرغب في إقتنائه كالطعام وأثاث البيت والسعة والمال. [2]

وقال ابن منظور: متعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، والمتاع في اللغة: ما انتفع به.[3]

---

[1] ملف رقم 33762 بتاريخ 1984/07/09، المحكمة العليا سنة، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 04، ص119.

[2] مجمع اللغة العربية، ج 2، مرجع سابق، ص152.

[3] ابن منظور الإفريقي المصري، مرجع سابق، ص4127.

الفرع الثاني: تعريف المتعة اصطلاحا.

أولا: المتعة شرعا. لقد عرفت المتعة بتعاريف فقهية متقاربة منها:

تعريف المالكية بأنها:" ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره".[1]

وعرفها الشافعية بأنها:" ما يجب على الزوج دفعه لإمرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط".[2]

ويعرف علماء التفسير متعة المطلقة بما يلي:

يعرفها القرطبي بأن: " المتعة كل شيء يعطيه الزوج للمطلقة يكون متاعا لها".[3]

ويعرفها السيد قطب على أنها: "على المطلق أن يمتع زوجته أي أن يمنحها عطية حسبما يستطيع، ولهذا العمل قيمته النفسية بجانب كونه نوعا من التعويض".[4]

ونلخص من كل هذه التعاريف أن متعة المطلقة هي المال الذي يدفعه الزوج لزوجته بعد الطلاق لتخفيف عنها ألم فراقها وجبرا لخاطرها بسبب الطلاق.

ثانيا: المتعة قانونا.

لم ينص المشرع الجزائري ضمن مواد قانون الأسرة على المتعة ولم ينظم أحكامها ولم يجعلها من آثار الطلاق كما هو منصوص عليه صراحة في المواد 16-53 مكرر، 61، غير أن نص المادة 222 منه تجعلنا نبحث في النصوص الشرعية في حالة غياب النص، على خلاف الوضع عند بعض التشريعات العربية التي نصت صراحة على المتعة ضمن المستحقات المالية للزوجة المطلقة مثل القانون المغربي في المادة 84 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: " تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة ...".

---

[1] عبد العزيز بن حمد أل الشيخ مبارك التميمي المالكي الإحساني، **تدريب السالك إلى أقرب المسالك**. لبنان: ط 1، دار العرب الإسلامي، 1988، ص 260.

[2] الخطيب الشربيني، ج3، مرجع سابق، ص317.

[3] أبو عبيد الله القرطبي، **مختصر تفسير القرطبي**. لبنان: ج1، دار الكتب العلمية، 2001، ص267.

[4] سيد قطب، **في ظلال القرآن الكريم**. لبنان: ط 7، دار المعرفة، 1971، ص375.

وكذا القانون المصري في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري على النحو الأتي:" الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة...".[1]

المطلب الثاني: حكم نفقة المتعة.

تعد نفقة المتعة حق شرعي للمطلقة، والتي تجب على الزوج تجاه زوجته، إلا أنه تختلف أحكامه باختلاف الأطراف في تطبيقهم للتعسف سواء من طرف الزوج (الفرع الأول)، أو من طرف الزوجة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم نفقة متعة الطلاق الموقعة بإرادة الزوج.

أولا: حكمها شرعا. انقسم الفقهاء في اختلافهم حول حكم نفقة متعة الطلاق إلى ثلاثة أقوال:

1-الرأي الأول. ذهب الحنفية والحنابلة، وابن عمر وابن عباس والزهري والنخعي والنووي؛ إلى أن نفقة المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض،[2] واستدلوا:

أ-القرآن الكريم: قال الله تعالى: "**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِين** ".[3]

تدل الآية الكريمة على أمر الله تعالى بالمتعة ودليل ذلك لفظ "متعوهن".

ب-قال الله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**".[4]

تدل الآية الكريمة على وجوب المتعة وذلك من خلال لفظ "متعوهن".

---

[1] نبيلة جنادي، "**النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري**". مجلة صوت القانون، خميس مليانة، العدد 08، 2017، ص410.

[2] شمس الدين السرخسي، ج6، مرجع سابق، ص62.

[3] سورة البقرة، آية 236.

[4] سورة الأحزاب، آية 49.

2-الرأي الثاني. ذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد، بأن المتعة مندوبة،[1] واستدلوا:

أ-الأصل في الأمر الوجوب، لكنه صرف إلى الندب، بقوله تعالى: "حقا على المحسنين".[2]

ب-لو فرضنا أنا المتعة واجبة لكانت على الجميع ولم يخصها بالمحسنين.[3]

وكذلك استدلوا من الآثار عن القاضي شريح قال لرجل طلق امرأته: متع، لا تأب أن يكون من المتقين؛ لا تأب أن تكون من المحسنين.[4]

3-الرأي الثالث. ذهب الحنابلة، ابن حزم الظاهري والطبري، الحسن وسعيد بن جبي روابي ثور؛[5] على وجوب المتعة لكل مطلقة سمي لها مهر أو لم يسم، وسواء طلقت قبل الدخول أو بعده، واستدلوا:

أ-من القرآن الكريم: قوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حق على المتقين".[6]

وقال تعالى: "يأيها النبي قل لأزواجك... سراحا جميلا".[7]

وتدل الآيتان على جعل المتعة لكل مطلقة دون الأخرى، سواء مطلقة قبل الدخول أو بعده، إذ أوجب الله تعالى المتعة لكل مطلقة دون استثناء.

ب-من الآثار. قال سعيد بن جبير في آية "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"، لكل مطلقة متاع بالمعروف حقا على المتقين، وقال الزهري: "لكل مطلقة متعة".[8]

بعد ما تم عرضه فإننا نرجح القول الأخير بوجوب النفقة للمطلقة دون سواء، وذلك لقوة أدلتهم.

---

[1] تيسير رجب التميمي، **الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي.** القاهرة: ط1، دار الفكر العربي، 2009، ص106.

[2] محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، مرجع سابق، ص132.

[3] المرجع نفسه، ص132.

[4] المرجع نفسه، ص132.

[5] أبو محمد علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي، ت: عبد الغفار سليمان البنداري، **المحلى بالآثار.** لبنان: ط1، ج10، دار الكتب العلمية، 2002، ص3.

[6] سورة البقرة، آية 241.

[7] سورة الأحزاب، آية 28.

[8] نقلا عن: أحمد شامي، "**نفقة المتعة في التشريعين الجزائري والمصري**". مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، 2018، ص866.

ثانيا: حكمها قانونا. تعد نفقة المتعة واجبة، إذ تتأكد في الطلاق التعسفي، فإن وجوب المتعة يحقق مصلحة للمجتمع، منها الحفاظ على سمعة الزوجة، وترك حبل المودة موصولا بين الزوجين، وجبر خاطر المطلقة، واعتراف المطلق بمشاركته في الطلاق.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة وتحديدا لنص المادة 52، فإنه قد نجد المشرع لم ينص على المتعة بل جعل من الطلاق التعسفي تعويضا للزوجة وذلك جبرا للزوجة، إلا أنه استنتاجا فقد تعتبر نفقة المتعة تعويضا للزوجة، وعلى القاضي مراعاة ذلك في تقديره للتعويض في الطلاق التعسفي، أما بالنسبة لاستحقاق المطلقة نفقة المتعة قبل الدخول أو بعده وكذلك من خلال نص المادة بغموض القصد من التعويض هل أن نفقة المتعة تدخل ضمن التعويض أم لا، لذلك فإن القضاء الجزائري ومن خلال اجتهاداته فإننا نلاحظ أن هناك اختلاف في الاجتهادات وهذا ما سيتم تبيانه فيما يأتي:

1-المتعة كقصد داخل التعويض. حيث جاء القرار بما يلي: "حيث أن الشريعة الإسلامية، قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويضا، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة ويعبر عنه بالتعويض ليفسر بالمتعة".[1]

2-المتعة كقصد خارج عن التعويض. حيث جاء في القرار ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي للطرف المتضرر".[2]

3-عدم استحقاق التعويض للمطلقة قبل الدخول. حيث جاء في اجتهاد المجلس الأعلى: "وحيث أنه جاء في عريضة الإستئناف المطعون ضدها للحكم المشكوك في صحته زواج الطاعن بها نظرا لعلاقة تكون عليه من حالة لا تسمح بالعقد عليها فيها شرعا إلا بعد الإستبراء

[1] ملف رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08 الصادر عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية سنة 1989، العدد 01، ص89.

[2] ملف رقم 181648 بتاريخ 1997/12/23، المحكمة العليا سنة 1997، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، العدد 01، ص49.

من الزنا، أي أنه جاء في أقوالها في العريضة المذكورة، أنها زوجة الطاعن في يوم 1982/04/10 وطردت من داره في اليوم الموالي، وأنه مما تدل عليه أوراق الملف أن هذا الأخير لم يكن يومها بدار أبويه بل كان في حالة اعتقال مما يتضح معه أنه لم يدخل بها وأن خلوة اهتداء بينهما لم تتم ومن ثم فإن اعتبار نقلها للدار المشار إليها دخولا شرعيا تستحق به كامل الصداق فهو خاطئ لمقاصد الشريعة وتطبيق سيء لها كما أن تصديقها في مبلغ الصداق إن صح وجوبه لها إضافة إلى التعويض الذي حكم لها به من قبل المحكمة الجزائية فيه مخالفة للقواعد الشرعية وحكم بدون دليل في أمر تجب فيه اليمين، لذا فالقرار خرق القواعد المذكورة وانتهك النصوص القانونية الأمر الذي يعيبه ويعرضه للنقض".[1]

4-استحقاق التعويض للمطلقة قبل الدخول. جاء في قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 ما يلي: "لكن حيث أن القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها، وبالإضافة إلى ذلك فالقرار المطعون فيه ذكر في أسبابه أنه ثبت للمجلس من وقائع الدعوى أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف عليه في طلب الطلاق وقبل الدخول غير ثابتة وعدم إتمام الزواج بالدخول قد يلحق أضرارا معنوية للمستأنفة ومع ذلك فمسألة الضرر ما هي إلا موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن".[2]

الفرع الثاني: حكم متعة الطلاق الموقعة بإرادة الزوجة عن طريق الخلع.

أولا: حكمها شرعا. ذهب جمهور المالكية والحنابلة والحنفية إلى أنه لا متعة للمختلعة، لأنها هي السبب في الفرقة، إلا أن الظاهرية خالفوا الجمهور في ذلك، حيث ذهبوا إلى أن للمختلعة متعة، [3]جاء في معجم فقه ابن حزم "المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنين أو ثلاثا أو

[1] ملف رقم 49283 بتاريخ 1988/05/09، الصادر عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية سنة 1992، العدد 02، ص44.

[2] ملف رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16، المحكمة العليا سنة 2001، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، ص256.

[3] نقلا عن: كمال بعاكية، أمال حبار، "**سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالسكنى والنفقة والمتعة**". مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد 01، 2022، ص269.

آخر ثلاث وطأها أم لم يطأها فرض لها صداقا أو لم يفرض لها شيئا، أن يمتعها وكذلك المفتدية أيضا ويجبره الحاكم على ذلك ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق.[1]

ثانيا: حكمها قانونا. لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن متعة المختلعة، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 52 نجد أن المشرع اشترط التعويض في حالة تعسف الزوج في حق الطلاق، وبما أن الخلع يقع بإرادة الزوجة فإنه لا تعويض لها وهذا ما أخذ به إجتهاد المجلس الأعلى الذي جاء فيه: "كما أنه فيما يخص المتعة فإنها شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار هي فراق زوجها، فتطليقها على زوجها رضا منه يتعارض منطقيا مع إلزامه بمبالغ مالية أخرى لم يرد نص شرعي كما ورد في الطلاق".[2]

المطلب الثالث: علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق

إن العلاقة بين المتعة والتعويض هي أن كلا منهما توجب للمرأة المطلقة على زوجها بعد الطلاق لها عن الضرر الذي أصابها، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر، وذلك يكون بدفع المال إليها إما عن طريق المتعة كما قررت الشريعة الإسلامية، أو عن طريق التعويض كما قرره القانون. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد الزحيلي: "متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، والتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وأنها واجبة قضاء يلزمه القاضي بها"،[3] ويقول الأستاذ محمد بن أحمد الصالح:" إن القول بوجوب متعة الطلاق، ردا على الجمعيات النسائية التي ملأت الدنيا صراخا

[1] محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني، ت: محمد حمزة بن علي الكتاني، **معجم فقه ابن حزم الظاهري.** لبنان: ط1، دار الكتب العلمية، 2009، ص653.

[2] قرار رقم 51614 بتاريخ 1988/1/21، اجتهاد المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد 04، ص67.

[3] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص87.

وعويلا مطالبة ولاة الأمور بسن تشريع يوجب على الزوج تعويض المرأة عن الضرر الذي يصيبها بسبب الطلاق".[1]

-ومن قوليهما يتضح أنهما يتفقان على أن المتعة والتعويض هما تعويض عن الضرر الذي يصيب المطلقة جراء طلاقها، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

قد يشتبه الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي لم تفرق في ذلك، ولذلك لا بد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك بإيجاز فيما يلي:

الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض. هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي يمكن ذكرها فيما يلي:

-إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

-إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود، بل إن أمرهما متروك للسلطة التقديري للقاضي الذي يراعي ظروف وحالة الزوج المادية. [2]

-إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا لها عن آلامها، وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.

-اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.

-إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

---

[1] إبراهيم بسما حسين لافي، "**إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي**". رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2009، ص 129.

[2] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، "**الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني**". رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، تخصص الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011، ص 148.

-إن كلا من المتعة والتعويض لا تجبان إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة، أما إذا كانت من قبل الزوج فتجب المتعة لكل مطلقة إذا أخذنا بالرأي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة، ويجب التعويض إذا كانت الفرقة من قبل الرجل إذا كان طلاقه تعسفيا. [1]

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض. تختلف المتعة عن التعويض في النقاط الآتية:

-إن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.

-إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء أكانت طلاقا أم فسخا، وسواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة الطلاق التعسفي؛ والتطليق للضرر

- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق، فإن كانت أسبابا معتبرة لم يحكم بالتعويض.

-إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (عن طريق الخلع)، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها. [2]

-متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وهي شاملة لكل مطلقة، وهي واجبة قضاء

[1] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، مرجع سابق، ص 149.

[2] أحمد شامي، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص300.

على كل مطلق، ويلزمه القاضي بها، أما التعويض هو المال الذي يفرض على من أوقع ضررا على غيره، سواء في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، وقد يسبب له خسارة مالية. [1]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة. بالرجوع إلى نص المادة 52 من قانون الأسرة نجد أن المشرع كان صريحا في تشريعه للتعويض، إلا أنه لم ينص على المتعة، وبذلك فقد أحالنا المشرع في نص المادة 222 من نفس القانون إلى الشريعة الإسلامية التي كانت مفصلة في موضوع المتعة، فقد عمل المشرع بالشريعة الإسلامية من خلال مختلف أحكامه إلى تقرير متعة الطلقة وذلك من خلال الاجتهادات المتناقضة للمحكمة العليا التي اعتبرت تارة التعويض والمتعة شيء واحد وتارة أخرى ذهبت إلى اعتبارهما شيئين مختلفين، حيث جاء في القرار بتاريخ 1986/12/29 ينص بما يلي: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيف عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا. فإن القضاة بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك استوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".[2]

وفي قرار آخر حيث جاء فيه: "من الأحكام الشرعية، أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي".[3]

وخلافا للقضاء الجزائري نص المشرع المغربي على المتعة وهذا ما توضحه المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية، إذ اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي شيئا واحدا، وهذا ما

---

[1] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص 84، ص87.

[2] ملف رقم 43860 بتاريخ 1986/12/29، المحكمة العليا سنة 1993، العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، ص41.

[3] ملف رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، المحكمة العليا سنة 1989، العدد الخاص لغرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، ص69.

أكده وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية للمنطقة أثناء مناقشة مشروع مدونة الأسرة أمام مجلسي البرلمان، بعد أن اقترح عليه استخدام مصطلح التعويض بدلا من المتعة، حيث أنه لم يأخذ هذا الاقتراح بعين الاعتبار عليه استخدم مصطلح التعويض بدلا من المتعة، حيث أنه لم يأخذ هذا الاقتراح بعين الاعتبار مبررا ذلك بأن استبدال مصطلح المتعة بالتعويض يغني عنه، وهو المصطلح القرآني المناسب.[1]

إذا ما يمكن أن نلخصه أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا القدر من التعويض، وكذلك نوع الضرر المستحق للتعويض، وعلى هذا فعلى لمشرع إدخال تعديلات حول نص المادة 52 من قانون الأسرة إذ تعطي وضوحا أكثر وإزالة اللبس عنها.

[1] نقلا عن: سمية بوحادة، "**الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية، أدرار، 2014/2013، ص90.

ملخص الفصل الأول.

– لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا لمصطلح التعويض إلا أنه أشار إليه في نصوص القانون الأسرة والقانون المدني، ويعرف على أنه الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداء مالي أو عيني.

– نص المشرع في المادة 52 قانون أسرة صراحة على التعويض في حالة تعسف الزوج في الطلاق، إذ يعوض الزوج للزوجة جراء الضرر الذي وقع نتيجة تعسف، ويعد التعويض جبرا لخاطرها سواء جانب المعنوي أو المادي، إلا المشرع أغفل مسألة التعويض الزوجة لزوجها في حالة تعسفها في استعمالها لحق الخلع، واعتبر بدل الخلع تعويضا للزوج وذلك وفقا لنص المادة 54 قانون أسرة.

– إن تحديد مقدار التعويض راجع لسلطة التقديرية للقاضي فيختلف التعويض حسب الضرر الذي أصاب المتضرر، ويدخل في عين الاعتبار المدخول الزوج وظروف معيشته، أما بالنسبة لطريقة الدفع فإن المشرع الجزائري سكت عن ذلك.

– اعتبر المشرع بدل الخلع الخلع تعويضا، إلا أنه حرم الزوج من التعويض الحقيقي في حالة تعسف الزوجة في حق الخلع، فعلى المشرع مراعاة الأزواج بعين الاعتبار وأن ينصفهم خاصة فيما تعلق ببدل الخلع، وعند اختلاف في هذا الأخير يستند إلى تقدير القاضي استنادا إلى حجم الضرر الذي يلحق بالزوج.

– لم يبين المشرع مفهوم العدة، ولم يأت بتعريف في لفظه أو فحواه، إذ يمكن أن نعرف العدة بأنها المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها أي قبل نهاية العدة، إذ تعد حق شرعي للزوجة بموجب قانون الأسرة.

– نظم المشرع العدة وضبط أحكامها في المواد من 58 إلى المادة 61، إذ لم ينص المشرع على عدة المرأة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، وتكمن عدتها بثلاث أشهر في حالة الطلاق.

-تأخذ العدة ثلاث أنواع بالقرء والأشهر وبوضع الحمل؛ إذ نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على عدة بعض النساء كعدة المرأة المستحاضة، وترك ذلك للشريعة الإسلامية.

- إن مسألة العدة مسألة جد حساسة إذ تتعلق بموضوع الأنساب، إذ نجد الحكمة منها براءة رحم المرأة من ماء زوجها، وهذا حفاظا على الأنساب، إلا أنه قد نجد بعض إشكاليات التي تدور بين الشريعة الإسلامية والقانون، إذ نجد نص المادة 49 تنص على أنه تبدأ العدة بعد صدور الحكم بالطلاق، أما الشريعة الإسلامية تبدأ بعد تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا ما نجده إشكالا للمطلقة، ومن بين إشكاليات كذلك إثبات الطلاق العرفي الذي يشمل ازدواجية العدة بين الشريعة والقانون، والحل يكون بإثبات الزوج الطلاق الشرعي بجميع طرق الإثبات، وبعد هذا الأخير يصدر القاضي حكم بإثبات الطلاق بعد إجراء محاولات الصلح.

- من بين الحقوق المقررة شرعا وقانونا للمطلقة تعسفيا نفقة الإهمال والتي تعرف بأنها النفقة التي تستحقها الزوجة من زوجها نتيجة إهماله لها والتي تقدر بمدة التي تسبق الطلاق، وتعد ملزمة للزوج المتعسف في حق الطلاق وذلك ابتداء من تاريخ امتناعه، أما قانونا فقد ألزم المشرع الزوج بدفع نفقة الإهمال وذلك في نص المادة 80 والتي جاءت عامة للنفقة، إذ نستنتج أنها تستحق المطلقة النفقة الإهمال من تاريخ رفع الدعوى وإلى غاية صدور الحكم فيها، إلا أن الزوجة لا تستحق هذه النفقة في حالة الخلع.

- إن إيقاع الطلاق على المطلقة قد يتقرر لها يسببه الحق في طلب التعويض كما قد يتقرر لها في طلب المتعة، وتعتبر هذه الأخيرة المبلغ الذي يحكم به القاضي للمطلقة جبرا للضرر الذي أصابها من فك الرابطة الزوجية؛ ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذا المصطلح في قانون الأسرة ولم ينظم أحكامها ولم يجعلها من آثار الطلاق، غير أن نص المادة 222 تحيل إلى الشريعة الإسلامية التي تكلمت على المتعة بشكل مفصل.

– من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة نجد أن المشرع لم ينص على المتعة بل جعل من الطلاق التعسفي تعويضا للزوجة وذلك جبرا للزوجة، إلا أنه استنتاجا فقد تعتبر نفقة المتعة تعويضا للزوجة، وعلى القاضي مراعاة ذلك في تقديره للتعويض في الطلاق التعسفي، أما بالنسبة لاستحقاق المطلقة نفقة المتعة قبل الدخول أو بعده، فقد نجد من نص المادة غموض حول القصد من التعويض، وعلى المشرع إزالة الغموض.

– لم ينص المشرع عن متعة المختلعة إلا بالرجوع لنص المادة 52 قانون أسرة، نجد أن المشرع اشترط التعويض في حالة تعسف الزوج في حق الطلاق، وبما أن الخلع يقع بإرادة الزوجة، فإنه لا تعويض لها، وقد أخذ بعض اجتهادات ذلك أي أن المختلعة أو المتعسفة في حق الخلع لا تستحق نفقة المتعة.

يعتبر الطلاق من أكثر المشاكل انتشارا في وقتنا الحالي؛ فيشكل خطرا كبيرا على الأسرة والمجتمع، وضياع للأولاد فيقع بعد استحالة الحياة الزوجية ويكون كحل أخير للزوجين، والطلاق مشكلة اجتماعية نفسية، حيث للطلاق أثار ونتائج ينعكس على الزوجين والبعض الأخر على الأولاد والأقارب بل وعلى المجتمع بأسره، حيث ينتج عن الطلاق إضافة إلى الآثار المالية التي تم ذكرها سابقا آثار غير مالية فنجد نص المشرع الجزائري عليها ونظم أحكامها بحيث يجب على طرفي العلاقة الزوجية الالتزام بها.

الآثار المعنوية الناتجة عن الطلاق هي مجموعة العواقب المترتبة عن الطلاق ونتائجه التي تؤثر سواء على الزوج أو الزوجة أو الأطفال، لذلك سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى الضرر وتعريفه وأنواعه وشروطه ضمن المبحث الأول، ثم بعد ذلك إلى الحضانة وشروطها وسلطة القاضي في تقدير مستحقيها وذلك من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: الضرر كأثر مترتب على التعسف في فك الرابطة الزوجية.

إن الضرر من المصطلحات الشائعة، إذ يعد من أركان المسؤولية المدنية وهو الركن الثاني له، ويعد عند الفقهاء المسلمين من موجبات الضمان كذلك، إذ يتخذ أشكالا متعددة وتتطور صوره مع تطور الحياة، لهذا لابد من التعرف على مفهوم الضرر وأنواعه، وذلك من خلال المطالب الآتية.

المطلب الأول: مفهوم الضرر.

إن استعمال مصطلح الضرر متعدد، فتصفح أبواب الفقه الإسلامي مثلا عن استخدام موسع للفظ الضرر، في العبادات كالتيمم لخوف الضرر، وفي المعاملات كالضرر في البيوع وغيرهما، مما يوحي بأن لفظ الضرر يكون ثريا وهو ما سنتطرق له من خلال هذا المطلب إلى الدلالات اللغوية للضرر، والتعريف الاصطلاح الشرعي والقانوني ونتناول ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الضرر.

أولا: الضرر لغة. يراد بالضرر ما هو ضد النفع إذا جاء بالفتح، وبضمها على سوء الحال والشدة في البدن، والضّرّاء ضد السراء، والضّراء مصدر ضاره والمضرة خلاف المنفعة.[1]

كما يطلق على نقصان يدخل في الشيء،[2] يقال: دخل عليه ضرر في ماله، والضرر في الخيل: نقصانها من جهة الهزال والضعف.[3]

وجاء في محيط المحيط ما يلي:

---

[1] زين الدين أبو عبد الله الرازي، مرجع سابق، ص183.

[2] أحمد بن محمد بن علي الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.** بيروت: ج2، المكتبة العلمية، د س ن، ص360.

[3] أبو القاسم محمود الزمخشري، ت: علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، **الفائق في غريب الحديث والأثر.** لبنان: ط2، ج2، دار المعرفة، د س ن، ص213.

ضره وضر به ضرًا وضره ضد نفعه، أي: جلب إليه الضرر، والضر بالفتح مصدر والضم اسم، أضرني فلان إذا دنا مني دنوا شديدا، وأضر الرجل: راحت عليه ضرة في المال، وأضاف صاحب محيط المحيط: الضرر سوء الحال والضيق والنقصان يدخل في الشيء.[1] وفي كتاب تهذيب اللغة أيضا: الضَرَ والضُرَ لغتان فإذا جمعت بين الضَر والنفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضر، وفي المعجم الوسيط لع عدة صور: ضَرَهُ ضُرًا ضَرَرًا بمعنى الحق به مكروها أو أذى، وضَارَه مُضَارَةً ضرَارًا أي ضامه وضايقه، وتضرر به أو منه: لحقه من الضَرر. والضُرُ بمعنى الفقر وسوء الحال، وفي معجم التعريفات: الضرورة مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له، وقيل أن الشر الخفيف هو أذى، فإن زاد فهو ضرر، وبعد هذه التعريفات اللغوية لكلمة الضرر، فان المعنى العام هو: ما يلحق بالإنسان من مكروه، سواء في بدنه أو يصيبه فقر ويسوء حاله، فهو ضد النفع سواء للنفس أو للغير، ويشمل أيضا معنى الضيق، وهذا كله نتيجة إسقاط حق من حقوق الإنسان في الحياة سواء ماديا أو معنويا غي حاله وبدنه، فالضرر هو حاله سيئة يتعرض لها الإنسان بسبب عدم نفع من الغير وذلك بالتعدي على حقه.[2]

وعرفه أخر بقوله: "هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى، فيتلف له نفسا، أو عضوا، أو مالا متقوما محترما"، يفهم من هذا التعريف انه قصر الضرر على ما حصل بطريق التعدي، والمعروف أن الضرر كما يحدث بالتعدي على نفس الغير أو ماله، يحدث من غير تعد، فقد يحدث الضرر نتيجة القيام بفعل مباح، فحصر الضرر فيما كان بالتعدي تقييد لا لزوم له، ثم هو قد اسقط كذلك الضرر المعنوي من التعريف، رغم أن اللفظ يشملهن ومن مزايا هذا التعريف؛ أنه قيد المال الذي يكون محلا للضرر بكونه محترما متقوما، وهذه لفتة طيبة في التعريف؛ لأن الضرر المراد في التعريف هو ما يعتبره الشرع ضررا، وإما ما لا يعتبره الشرع

[1] محمد بن المدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**. السعودية: ط1، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، 1999، ص 20، ص21.

[2] منى منصور، "**النظام القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية**". أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2023/2022، ص52، ص53.

ضررا، فهو وإن سمي ضررا في اللغة فإنه لا يترتب عليه شيء خلافا للضرر المعتبر شرعا فإنه فيه التعويض وغيره.[1]

ولعل أقرب التعاريف الحديثة إلى مطابقة المعنى المراد هو الأتي:

"الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل أذى يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"، فقد شمل هذا التعريف جميع أنواع الضرر؛ ولكنه ترك المحترزات وهذا ما قد يجعله غير مانع، لأنه بهذا الإطلاق، يمكن اعتبار إتلاف المال غير المتقوم ضررا، وإتلاف النفس عير المعصوبة كذلك.[2]

وقد استعملت النصوص الشرعية لفظ الضرر في عدة مواضيع نذكر منها لقوله تعالى: "**مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ**"،[3] والضرر في هذه الآية يراد به الشدة والمرض، وقوله تعالى: "**لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ**"،[4] ومعنى الضرر هنا العاهة من عمى أوعرج ونحوه، كما يقول تعالى: " **لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّا أَذًى**"،[5] وهنا الضرر يقصد به مجرد الأذى كالكذب والتحريف وغيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي، وقوله أيضا: " **كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُ**"،[6] فما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضر، و ما كان ضد النفع فهو ضر، يؤكد ذلك أن الله عز وجل قد قابل الضر للنفع في قوله: "**قُلْ فَمَن يَمْلِكُ لَكُم مِّنَ اللَّهِ شَيْئًا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًا**"،[7] وعلى وجه العموم تضمنت المواضيع المذكورة وغيرها من القران الكريم

[1] محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 27، ص28.

[2] المرجع نفسه، ص28.

[3] سورة يوسف، الآية 88.

[4] سورة النساء، الآية 95.

[5] سورة أل عمران الآية 111.

[6] سورة يونس، الآية 12.

[7] سورة الفتح، الآية 11.

الضرر على ثمانية أوجه: البلاء والشدة، الفقر، القحط، خوف، الغرق، نقص القدر، الإيذاء وأخيرا الجوع والعري،[1] وجاءت أيضا بمعنى المرض في البدن والخسارة في المال والوجع في الولد لقوله تعالى: "**وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ**".[2]

ولعل الضرر في الاستعمالات القرآنية السابقة يتوافق معنى بما ورد في بعض الأحاديث الشريفة، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يتمنينّ أحدكم الموت لضُر أصابه، فإن كان لابدّ فاعلاً فليقل: اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي، وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي"،[3] والحديث فيه التصريح بكراهية تمني الإنسان الموت لضر نزل به من مرض أو محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الدنيا، فالضرر ينصرف إلى أحد أوجه المعنى اللغوي لكلمة الضر وهو ما كان من سوء حال وفقر في بدن.[4]

ومنها أيضا قوله تعالى: "**وَلاَ يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ**"،[5] وفي تفسيره وجهان: أحدهما لا يضار فيدعى إلى أن يكتب وهو مشغول، والأخر أن معناها لا يضار الكاتب أي لا يكتب إلا الحق ولا يشهد الشاهد إلا بالحق، فالمعنى الأول فيه إلحاق الأذى بالكاتب، بينما المعنى الثاني يدل على نهي الكاتب أن يؤذي غيره، وقوله تعالى: "**لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**"،[6] والمعنى يجوز أن يكون المعنى لا تضار على وزن تفاعل، وهو أن ينزع الزوج ولدها منها فيدفعه إلى مرضعة أخرى، وهذا من قبيل الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة، ويجوز أن قوله تعالى: "**لا تُضَارّ**" معناها لا تضار الأم الأب فلا ترضعه، أي توقعه في ضيق ومشقة وحرج، وهذا من قبيل الإضرار بالامتناع عن الفعل النافع، ومن معاني الضرر التي

---

[1] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص17، ص18.

[2] سورة الأنبياء، الآية 83.

[3] أبي عبد الله محمد إسماعيل البخاري، كتاب المرضى، باب تمني المريض الموت، حديث رقم 5671، مصدر سابق، ص1438.

[4] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص18.

[5] سورة البقرة، الآية 282.

[6] سورة البقرة، الآية 233.

وردت في القران الكريم أيضا قوله تعالى: **"غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ"**،[1] أما عن السنة النبوية الشريفة فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**"، ومعنى الضرر هنا ما كان ضد النفع.

ثانيا: الضرر اصطلاحا.

1-**الضرر شرعا.** تناول كثير من الفقهاء وبعض الأصوليين لفظ الضرر بالتعريف، أثناء شرحهم للحديث الذي رواه الجماعة إلا النسائي، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**"، والتعاريف التي ذكروها للفظ الضرر: هو "النقص الذي يلحقه الرجل في شيء أخيه"، أي يتسبب له بالضرر بإنقاص إحدى حقوقه، و هو "الفعل الضار من واحد فقط"، وهو "الفعل الضار ابتداء"، وهو "ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت"، وهو "إلحاق مفسدة بالآخرين مطلقا"، وقال بعض المالكية: "إن الضرر هو الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة"، وهو أيضا "النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال".[2]

بالإضافة تعرض بعض الفقهاء للضرر تعريفا وتمثيلا، فهناك من الفقهاء من استعمل للضرر في مقابل النفع: وعرفه ابن العربي بأنه: "الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع"، وجاء في المنتقى: "الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة" واستعمل الفقهاء لضرر بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير: ومن ذلك ما جاء في فيض القدير: "الضرر إلحاق مفسدة بالغير"، وقال ابن القيم في قصد الشارع من تحريم الربا: "وكذلك يعلم قطعا انه إنما حرم الربا لما فيه من الضرر بالمحاويج، وإن مقصوده إزالة هذه المفسدة"[3] فالربا والمفسدة هنا عنصران متلازمان، والضرر يدور بينهما إذ يمثل المفسدة الناجمة عن الربا، أما

[1] سورة النساء، الآية 95.

[2] محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص23، ص24.

[3] نقلا عن: عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص19، ص20.

استعمال الفقهاء للضرر بمعنى أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقوقه: جاء في فيض القدير: "لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقوقه"، وهو ما ذهب إليه الونشريسي أيضا بقوله: "لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه أو ملكه"، ومن بقية المعاني التي استعملها الفقهاء غير ما ذكر: قال صاحب التعريفات الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له، وقال الدسوقي بان للزوجة حق طلب التطليق للضرر وهو ما يجوز شرعا.[1]

وفي تعريف أخر: "كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة في ماله سواء نقص فيه، أو نقص منافعها أو زوال بعض أوصافها أو كل ما ينقص من قيمتها" وهذا التعريف يقتصر على الضرر المادي فقط، أي غير جامع لأنواع الضرر الأخرى، وقيل أيضا في الضرر: "هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى فيتلف له نفسا أو عضوا أو مالا متقوما محترما"، وهذا التعريف يعتريه النقص، لان في الضرر قد يضر الإنسان بنفسه كما يضر بغيره، وقيده بالتعدي، وفي بعض الحالات يحصل الضرر نتيجة سلوك عادي مألوف، وقد جاء كذلك: "بأنه الأذى في النفس والنقص في المال والشين في العرض"؛ ويرد هذا التعريف بان الأذى ضرر قد يرد على النفس أو المال أو العرض، وجاء أيضا بأنه: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس، أو الغير، تعديا أو تعسفا أو إهمالا"، فالمصلحة هنا هي محل وقوع الضرر، وهي ذاتها المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده.[2]

2-الضرر قانونا. الضرر هو الركن الأساسي الثاني في المسؤولية المدنية التي تؤدي إلى الالتزام بالتعويض، والتعويض يقدر بحسب الضرر، ولا يكفي تحققها بفعل الأضرار، بل يجب أن يسبب الفعل ضررا، فالضرر هو الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة، أي يجب أن يكون الحق محفوظ شرعا وقانونا ومتقوما في حق المضرور.[3]

[1] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 20، ص21.

[2] منى منصور، مرجع سابق، ص57.

[3] المرجع نفسه، ص57.

عرفه الدكتور العربي بلحاج بأنه: "ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو ماله، أو عاطفته، أو حريته، أو شرفه أو غيره".[1]

أما الدكتور علي فيلالي فقال في الضرر: "أما المساس بوضع قائم أو مصلحة مشروعة، أو الإخلال بحق مهما كان نوعه يحميه القانون"، وقيل أيضا بان الضرر يتمثل في: "خسارة مادية أو معنوية تلحق بحق الضحية ما وقع عليه من تعدي".[2]

فالضرر عند شراح القانون إذن قائم على المساس والتعدي على حق أو مصلحة مشروعة تؤدي إلى شكل من أشكاله، أما بالنسبة للتشريعات، فلا نجد تعريفا صريحا للضرر إلا من بعض شراح القانون في كتبهم، بالرغم من أنهم تطرقوا لموضوع الضرر، المشرع الجزائري ذكر الضرر في بعض المواد من قانون الأسرة وهي المواد 52، 53، 53 مكرر، 55، 56، وفي القانون المدني من المادة 124 إلى 140 مكرر1، وفي المادة 176 وما بعد كلها تتحدث عن فكرة الضرر، وعند المشرع الأردني في القانون المدني نصت المادة 256 على أن: "كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".[3]

المطلب الثاني: أنواع الضرر.

قسم الفقهاء المعاصرون وبعض القانونيون الضرر إلى أنواع، فمنهم من ذكر نوعان من الضرر المادي والأدبي، ومنهم من اتخذ للضرر ثلاثة أنواع حيث قسموا الضرر المادي إلى مالي وجسدي فضلا عن المعنوي، وهناك من ذكر أكثر من ذلك بحيث اعتبر كل الضرر الجسدي والمالي والأدبي والمعنوي، وعليه سنتطرق لأنواع الضرر كالتالي:

---

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**. الجزائر: ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص143.

[2] علي فيلالي، **الالتزامات العمل المستحق للتعويض**. الجزائر: موفر للنشر والتوزيع، 2002، ص244.

[3] منى منصور، مرجع سابق، ص59.

الفرع الأول: الضرر المادي.

هو ما يلحق المضرور من أذى، ويسبب له إخلالا بمصلحة ذات قيمة مالية إما في بدنه أو ماله، وجاءت تعريفات الفقهاء كالاتي: هو ما يصيب الإنسان في نفسه أو ماله، أو هو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله، فيسبب له خسارة مالية، وفي جسمه يسبب له تشوها أو عجزا عن العمل، أو ضعفا في كسبه ونحو كذلك، أو هو ما يصيب الشخص من الأذى في جسمه كلي كان أو جزئي، أو إتلاف في ماله ككل أو جزء منه، أو فوات مصلحة أو فرصة مالية مشروعة، مؤكدة بحيث يمكن تقديره بالمال، وعرف أيضا بأنه الإخلال المحقق بمصلحة المضرور ذات القيمة المالية،[1] أو هو إتلاف ويتحقق في النفس والأموال، وقيل بأنه ما يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو في مصلحة مادية مشروعة،[2] وفي تعريف آخر هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة، سواء كان الحق ماليا أو غير مالي.[3]

يفهم من هذه التعريفات أن الضرر المادي لا ينظر إليه من ناحية الفعل المسبب للضرر، بل ينظر إليه من ناحية الأثر الذي يحدثه الفعل الضار، إما أن يصيب الإنسان في جسمه فيعجزه عن كسب المال. وينقسم الضرر المادي إلى ضرر جسمي وضرر مالي وسنتناول ذلك فيما يلي:

1-الضرر الجسدي. ما كان محله جسد الإنسان، سواء كان بإبانة عضو من الأعضاء، أم بتعطيل معنى من المعاني، أو تشويه أو جرح أم عاهة تقعد عن العمل والكسب، ويفارق

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني.** الإسكندرية: ج1، منشاة المعارف، 2004، ص855.

[2] علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام مصادر (الالتزام في القانون المدني الجزائري).** الجزائر: ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص162.

[3] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص145.

الضرر الجسمي الضرر المالي، في كونه شرع فيه القصاص العيني في العمد، وقد خص الضرر الجسمي بذلك؛ لحكمة عظيمة اقتضتها ضرورة المحافظة على حياة الخلق وأمنهم، قال تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ**﴾،[1] لان القصاص عبارة عن عقوبة لا يمكن أن تجتمع معها الدية أو الأرش بأي حال، وان اعتبرت من حيث كونها عقوبة خاصة زجرا للجاني وتعويضا للمجني عليه، أو أولياء دمه، غير أن هذا التعويض مجرد تعويض معنوي، يقابله الشر بمثله حماية للإنسان، وشفاء لغيظ المجني عليه أو وليه، أما الجانب الثاني في الضرر الجسدي فهو ما نتج عن غير قصد، أو كان عمدا وامتنع القصاص، لسبب من الأسباب، أو مانع من الموانع، ففي هذه الحالة يصار إلى العوض المالي أصالة في الضرر الناتج عن غير قصد، وبدلا في غيره، ويتمثل العوض المالي في الدية، أو الأرش مقدرا أو غير مقدر، وإن كان هناك من يعتبر البدل المالي في الضرر الجسمي ذا صفتين: صفة العقوبة الخاصة، وصفة التعويض المالي، ويظهر معنى التعويض المالي عن الضرر الجسمي بوضوح، وفي الأروش المقدرة، حيث راعى الشرع في تقديرها منفعة العضو، ولذلك فلا أرش مقدر في عضو لا منفعة فيه، وأكثر ما يظهر معنى التعويض المالي في الضرر الجسمي، هو فيما يسميه الفقهاء حكومة العدل؛ لأن تقدير العوض فيها شبيه بتقديره في الملتفات من الأموال المضمونة وهذا ما يمكن اعتباره نواة للتعويض المالي في الضرر الجسمي بلا خلاف.[2]

2-الضرر المالي: ما كان محله مالا، وسواء كان الضرر إتلافا تاما لذات، أو تعطيل لبعض الصفات، أو حدوث نقص فيها أو عيب، حيث تنقص قيمة المال ومنفعته، وعرفه الشيخ الخفيف بأنه: "كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك"؛ أي كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها قبل حدوث الضرر.[3]

---

[1] سورة البقرة، الآية 179.

[2] محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص39، ص40.

[3] علي الخفيف، مرجع سابق، ص38.

بعد هذه التعريفات يتضح أن في الضرر المادي مساس بالحق المالي وينتج عنه انتقاص من قيمته ومزاياه، أما إذا نتج مساس بحق غير مالي، فيعتبر ضرر جسديا كالعجز عن الكسب أو النفقات للعلاج.

فالضرر المادي هو كل أذى ينتج عنه ضرر، فيتسبب في عاهة كلية أو جزئية لجسم إنسان إما بخسارة مالية أو تفويت مصلحة مشروعة، أو في ذمته المالية في حد ذاتها. وهو قابل للتعويض حيث ذكر المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، في المقابل المشرع الأردني لم ينص صراحة على الضرر المادي، ويفهم من نص المادة 266 من القانون المدني: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة للفعل الضار"، والأضرار المادية يمكن أن تتخذ صورا عديدة ومتنوعة.[1]

هذا وينفرد الضرر المالي عن الضرر الجسمي في كونه مضمونا بالهلاك تحت الأيدي الضامنة، ولو لم يحدث من الضامن مباشرة أو تسبب في إحداث الضرر، حيث حدث الهلاك بسبب أجنبي لا يد للضامن فيه كالآفة السماوية أو بفعل غيره.[2]

الفرع الثاني: الضرر المعنوي.

ويسمى أيضا بالضرر الأدبي، ويرد على الجانب غير المالي لذمة الإنسان وهو المتعلق بالمشاعر، وهو الأذى يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره.[3] فاجتهد بعض الفقهاء المسلمين والغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي ويذكر من ذلك: الضرر

[1] منى منصور، مرجع سابق، ص 61.

[2] محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 40، ص43.

[3] رحمة بريق، محمد لخضر دلاج، "**التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره**". مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص167.

المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية، أو هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي، كما عرف الضرر الشيخ علي الخفيف بأنه "الأذى فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه وفيما يصيبه من الم في جسمه، أو في عاطفته".

أما المشرع الجزائري يأخذ بفكرة التعويض عن الضرر المعنوي بشكل صريح في نصوصه القانونية، حيث نصت المادة 182 مكرر من القانون المدني على: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"، هذه المادة جاءت تأكد على أن المشرع الجزائري قد اخذ بالمبدأ القائل بجواز التعويض على الضرر المعنوي، والجدير بالذكر أن القضاء الجزائري يعتبر الضرر المعنوي أكثر جسامة من الضرر المادي، ويتضح ذلك في أنه لم يضع معيارا ثابتا للتعويض عن الضرر المعنوي، لأن الشخص يختلف طبعه عن غيره، ويختلف بحسب الزمان والمكان، وعلى عكس الضرر المادي ذكر المشرع الأردني الضرر المعنوي صراحة في المادة 267 من القانون المدني بحيث يتناول حق الضمان الضرر المعنوي كذلك، فكل تعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي أو في اعتباره المالي، يجعل المتعدي مسؤولا عن الضمان، والجدير بالذكر أن القضاء الأردني قد أخذ بالتعويض عن الأضرار الأدبية بالإضرار المادية.[1]

وللضرر المعنوي صور حيث أن ارتباط الضرر المعنوي بالأحاسيس صورا متعددة له، وعلى هذا يمكن تجميع هذه في أربع مجموعات الأولى ضرر معنوي مترتب عن الآلام الجروح البدنية والمعنوية، والثانية ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض، والثالثة ضرر معنوي يصيب العاطفة، ومن ضمنها الشعور، المعتقد الديني وحرية ممارسته، والأخيرة ضرر معنوي يصيب

[1] منى منصور، مرجع سابق، ص63.

الشخص من الاعتداء على حق ثابت له، كاستخدام اسمه في عمل فني، أو نسبة مصنف إلى غير مؤلفه اعتداء على حقه الأدبي.[2]

ويجدر بنا أن نشير إلى بعض فروع هذا الضرر فكما نعلم يتدرج من القذف لذلك كان الجزاء عليه حدا منصوصا عليه في القرآن الكريم.

أولا: حد القذف. وهو في اللغة الرمي بالحجارة ونحوها، ثم صار يدل مجازا على الرمي بالمكارة، وقد سماه الله سبحانه وتعالى رميا فقال: "**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ**"،[1] كما يسمى أيضا افتراء وكذبا، ويقصد به شرعا الرمي بالزنا أو نفي النسب، وكما يكون القذف بصريح الكلام قد يكون أيضا بالتعريض عند مالك، وكذلك عند الشافعي إذا كان المعرض ينوي الاتهام بالزنا وفسره به، وحددت عقوبة القذف بالآية الكريمة: "**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**"،[2] إذا فحد القاذف ثمانون جلدة، ويتبع هذه العقوبة الأصلية عقوبة تبعية، وهي إسقاط شهادته إن لم يتب، وهو مذهب الجمهور خلافا لأبي حنيفة، ويسقط عنه الحد إذا اثبت صدق ما أدعاه على غيره.[3]

ثانيا: الرمي بما لا يستوجب حد القذف. يشمل هذا النوع كل أذى بالكلام أو الفعل، ما لم يكن رميا بالزنا أو نفي النسب، أو ما في حكمه، ومن أمثلته: كان يقول شخص لأخر: يا كافر، يا منافق، أو يعيره بعاهة كان يقول له: يا أعمى، يا مقطع، أو ينسبه إلى فرقة ضالة كان يقول له يا رافضي، أو يوجه له تهمة الرياء أو التعامل بالربا، أو يرميه بالفسق والفجور وشرب الخمر، وللحكم في هذا النوع طريقتان أولا طريقة الجمهور فهي وجوب التعزيز على من أساء لغيره بفعل أو قول، سواء بالسب، أو إلصاق التهم، أو بوصفه بما يستقبح من

---

[2] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص30.

[1] سورة النور، الآية 04.

[2] سورة النور، الآية 04، 05.

[3] محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص30.

الصفات الذميمة. جاء في الأشباه والنظائر أن من أذى غيره بقول أو بفعل يعزر، ولو بغمز العين، أو قال لذمي: يا كافر، يأثم إن شق عليه ذلك، وثانيا طريقة ابن قيم الجوزية يرى أن للمجني عليه في شرفه الحق في أن يفعل بالجاني نظير ما فعل به متحريا للعدل، ما لم يكن الفعل حراما في نفسه، كالكذب عليه وقذفه وسب والديه، فليس له أن يفعل به كما فعل به اتفاقا.[1]

من خلال ما تم معالجته، فإن الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص، وله أنواع المادية ومعنوية، أما بخصوص مسألة بحثنا فإنه ينطبق على موضوع التعسف في فك الرابطة الزوجية سواء من طرف الزوج في استعماله لحق الطلاق، أو الزوجة في استعمالها لحق الخلع، وهذا الاستعمال يصيب أحد الزوجين ضررا ويخلف عليه جميع أنواع الضرر سواء الضرر المادي أو المعنوي وقد يكون معا، إلا أنه ما ينتج أثره أكثر الأثر المعنوي للزوج المتضرر لما يخلفه من أذى نفسي وهو سبب دراسته ووضع في الآثار المعنوية للتعسف في فك الرابطة الزوجية، وهذا الأثر يتطلب التعويض.

المطلب الثاني: شروط الضرر التعسفي. يشترط للضرر التعسفي عدة شروط تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: أن يكون الضرر مقصودا ومحققا. ويتفرع هذا الضرر إلى قسمين:

أولا: أن يكون الضرر مقصودا. ويقصد بالقصد نية الشخص بالإضرار ويشرط فيه أن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو مصلحة مالية له سواء أكان هذا الحق ماديا أو معنويا، إذ يجب لمساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء بحق أو مصلحة يحميها القانون.[2]

ويعني أن تكون المصلحة التي أخل بها الضرر مصلحة مشروعة غير مخالفة للدين والنظام والآداب العامة، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنها لا تستوجب التعويض.[3]

---

[1] نقلا عن: محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص32.

[2] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص157.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص974.

إذا يمكن القول أن الضرر الموجب للتعويض يشرط أن يكون الضرر إخلال بحق المضرور فكل ضرر يلحق الزوجة جراء تعسف زوجها في الطلاق، أو تعسف الزوجة في حق الخلع ضررا لزوجها، وذلك لتحقق مصلحة مالية أو معنوية وجب مساءلة الطرف الضار.

ثانيا: أن يكون الضرر محققا. إن الضرر أي كان نوعه سواء ماديا أو معنويا يجب أن يكون محققا في حدوثه، ولا يكون إلا إذا كان قد وقع بالفعل، أو سيقع حتما في المستقبل أي احتمال وقوعه، ويكون الضرر حالا، إذا وقع فعليا وتوفرت جميع عناصره والتي توفر للقاضي إمكانية وتحديد مقدار التعويض، ومثال ذلك كالإصابة التي أدت إلى وفاة أو جرح للمصاب أو الفعل الذي أدى إلى تلف أو هلاك في مال الشخص، أما الضرر المستقبلي؛ فهو الذي قامت أسبابه ولكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى المستقبل ويجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع، ومثاله إصابة العامل التي أدت إلى عجزه مستقبلا عن العمل.[1]

وللتفرقة بين الضرر المستقبلي والضرر المحتمل، في أن الأول يكون محققا ويستوجب التعويض، أما الثاني فلا يكون محققا بل يكون محتملا التحقيق، وإذا وقع يصبح ضررا واجب التعويض، أما إذا لم يقع لا يكون حالا ولا مستقبلا، وبالتالي لا يكون موجبا للتعويض.[2]

ويكون الضرر في التعسف في فك الرابطة الزوجية محققا، في حالة الطلاق التعسفي إذا وقع الطلاق فعلا، ومثال ذلك أن تصاب الزوجة بصدمة نفسية، أما الضرر المستقبلي فيمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية عن الانفصال، أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد فقد يقع مستقبلا وقد لا يقع لذلك لا يمكن المطالبة بالتعويض.

أما الضرر في الخلع يكون محققا إذا وقع فعلا ومثال ذلك أن يصاب الزوج المختلع تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقه هو بدون أسباب، أما الضرر المستقبلي فيمثل في الأثر الناجم

---

[1] صابرينة بيطار، "**التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، ص23، ص24.

[2] صابرينة بيطار، مرجع سابق، ص25.

عن الصدمة النفسية الناجمة عن الانفصال، وما سينجر عن ذلك من تبعات أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد فقد يقع في المستقبل وقد لا يقع وطالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه، عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو يوجب التعويض.

وعلى كل فإن تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات والحكم باستحقاق التعويض وعدمه أمر نسبي وينبغي أن تعالج كل حالة على حدا إلا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط لذلك لتكون مرجعا يبنى عليها ويحتج بها.

الفرع الثاني: أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر.

إن الضرر الموجب للتعويض يشترط عدم تعويض المتضرر من نفس الضرر مسبقا، فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح وجبر ضرر بعينه، فإذا قام المسؤول بما عليه لإصلاح الضرر اختياريا يكون في حكم الموفي بالتزامه، ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن نفس الضرر، كما لا يستطيع المضرور الذي رفع دعوى وكسبها وحكم له بتعويض، أن يرفع دعوى جديدة عن الضرر نفسه، لأن الحكم بالتعويض الصادر في الدعوى الأولى يكون قد حقق الغرض من رفعها وهو جبر الضرر وإزالته.[1]

الفرع الثالث: وقوع الضرر شخصيا ومباشرة. ويتفرع إلى قسمين شخصيا ومباشرة.

أولا: أن يكون الضرر شخصيا. بمعنى أن يكون هناك إخلالا بحق مشروع للمضرور، أو بمصلحة مالية يحميها القانون،[2] فالضرر هو الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق حقوقه أو مصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا، فمن خلال تعريف الضرر نجد أنه ذات طابع شخصي، فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا عن الفعل الضر فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة وينصرف القصد في

[1] صابرينة بيطار، مرجع سابق، ص26.

[2] وريدة العربي، "**أساس الضرر الموجب للتعويض في مجال المسؤولية المدنية للدولة، ودور القاضي الإداري في تقدير التعويض الخاص**". مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 02، 2023، ص205.

الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار.[1]

ويفترض وجود علاقة مباشرة بين المضرور المباشر والمضرور المباشر والمضرور بالارتداد، ولقد وصفه بعض الفقهاء بأنه الضرر المعاكس من الفعل الضار وهذا ما ذهب

إليه الفقيه الفرنسي "نورنو" وذهب على أنه الضرر الذي ينشأ أو يصيب الضحية مباشرة.[2]

وبالنسبة لمسألة التعسف في فك الرابطة الزوجية فإن للزوج المتضرر الحق في المطالبة بالتعويض سواء من الزوج أو من الزوجة، أما في حالة وفاة المتضرر فلا مانع للورثة لمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا أثناء حياته، بحيث إذا توفى المتضرر قبل حصوله على التعويض الناتج عن التعسف، فبعد مطالبته به ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة.

ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا. ويقصد بالضرر المباشر بأنه الذي ينشأ عن الفعل الضر بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب الضرر ويكون كافيا لحدوثه، ولكي يتحقق الضرر المباشر يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضر علاقة سببية، وقد جاء في نص المادة 182 ق م ج بصفة عامة ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص359.

[2] سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني (الفعل الضار والمسؤولية المدنية).** سوريا: ط5، ج1، دار الفكر للطباعة والنشر، 2001، ص287.

ومن خلال نص السابق الذكر؛ فإن الضرر الذي يوجب التعويض عن ذلك الأذى الذي ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار، أي الضرر المباشر دون غيره والضرر المباشر هو الذي يستطيع المضرور أن يتوخاه ببذل عناية الرجل العادي.[1]

والضرر المباشر في الطلاق أو الخلع الذي ينجر عن التعسف في استعمال الحق، يظهر في ممارسة أحد الطرفين بعد وقت قصير من الزواج دون سبب فيسبب للطرف الآخر ضرر ماديا ومعنويا من جراء الانفصال فهذا يعد ضررا مباشرا يوجب التعويض.

المبحث الثاني: مصير استحقاق الحضانة بالنسبة للطرف المتعسف.

تعد الحضانة من بين الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وتعد أيضا من المسائل التي ينتشر حولها النزاع، فيعتبر هذا الحق من الحقوق التي يجب أن تتوافر للطفل باعتباره حقا أساسيا لا يمكن إغفاله لحسن تربيته ولاستقامة سلوكه وتقويمه نفسيا،[2] فنجد الشريعة والقانون على حد سواء تناولت هذا الحق وتحدثت عنه باستفاضة لذا سنتناول في هذا المبحث عن مفهوم الحضانة (المطلب الأول)، ثم يليه نتطرق لشروط استحقاق الحضانة (المطلب الثاني)، ثم السلطة القاضي في تقدير مستحقي الحضانة (المطلب الثالث) وسندرس ذلك فيما يلي.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.

عند انحلال الرابطة الزوجية، قد ينتج عن هذه الأخيرة أطفال، فيجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية، وهو ما يحتاج إليه الطفل وهو ما يعرف بالحضانة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة.

[1] علي فلالي، مرجع سابق، ص296.

[2] إبراهيم محمد منصور الشحات، **حقوق الطفل وأثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.** الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2011، ص41.

الحضانة مأخوذة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وحضن الطائر بيضه إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحه.[1]

وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه فهو حاضن، والجمع حضنة وحضان وهي حاضنة، والجمع حواضن.

ويقال: احتضن هذا الأمر: تولى رعايته والدفاع عنه. والحاضن والحاضنة: هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، والحاضنة التي تقوم مقام الأم في تربية الولد، أما الحضانة هي الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه.[2]

وفي تعريف لغوي آخر فالحضانة بفتح الحاء هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا تعيش الذئاب في حضن الجبل أي عمقه ونقول حضن الطائر بيضة ذهب إليها وغطها بجناحيه، وعند الإثبات يطلق على عملية الحنان حيث تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه.[3]

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحضانة.

أولا: التعريف الشرعي. وجدت العديد من التعاريف الفقهية للحضانة ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في الجوانب محددة نجد أن محلها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا.

[1] محمد بن أبي بكر الرازي، مرجع سابق، ص125.

[2] المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص182.

[3] باديس ذيابي، مرجع سابق، ص123.

عرفها الحنفية بأن الحضانة تربية الولد ممن له حق الحضانة.[1]

تعريف المالكية بأنها حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[2]

عرفها الحنابلة بأنها: "حفظ الصغير أو معتوه أو مجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم".[3]

أما الشافعية فقد عرفت الحضانة على أنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته.[4]

والملاحظ من تعاريف الفقهية أنه وإن تغايرت ألفاظ الحضانة فإنها تدل على معنى واحد وهو رعاية الطفل وحفظه، إلا أنه من تعاريف الشافعية وحنابلة فإنها تقتصر على جمع المعتوه والمجنون ضمن الحضانة، فنجد أن المالكية والحنفية أقرب للحضانة وهو ما سنكز عليه في دراستنا وهو حضانة الطفل الصغير.

ثانيا: التعريف القانوني للحضانة. نجد أن المشرع الجزائري عالج الموضوع الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، ولقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 ف1 من قانون الأسرة على النحو التالي: "الحضانة هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، نرى بأن الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هي ضم الطفل للحاضن أو الحاضنة و القيام بخدمته و حمايته وتربيته، وعليه فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد ركز في تعريفه للحضانة على الأسباب و الأهداف التي

[1] عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.** لبنان: ط1، ج10، مؤسسة الرسالة، 1993، ص7.

[2] شمس الدين محمد الشيخ محمد عرفة الدسوقي، ج2، مرجع سابق، 226.

[3] وفاء معتوق حمزة، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي.** مصر: ط1، دار القاهرة، 2000، ص447.

[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص7.

جاءت بها الشريعة الإسلامية حفاظا على مصلحة الطفل، هذا ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسببها.[1]

أما بالنسبة إلى قانون الأحوال الشخصية المصري في قانون رقم 44 لسنة 1979 المعدل لقانون الأحوال الشخصية المصري، لم يرد منه تعريف للحضانة، وإنما تعرض إلى مهمة الحاضنة وواجباتها ويفهم منه المراد بالحضانة، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية: "وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية، ولها القيام بالضروريات التي لا تحتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات الأب"، وأحكام القضاء المصري عرفت الحضانة بأنها: تربية الطفل والإشراف عليه في مدة معينة، وهي ولاية نظر يراعى فيها الأصلح، والغرض منها حفظ المحضون، وإلا فلا يحكم بها، كما تطرق إلى تعريفها من كتب في الأحوال الشخصية، التي تعد تعريفاتهم شرعية، ولكنها لا تختلف كثيرا عنها في القانون، لأن أصل القانون شريعة وأقوال الفقهاء، قال محمد أبو زهرة: "فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، ممن له الحق في تربيته شرعا، وهي حق للام ثم لمحارمه".[2]

أما في القانون الليبي جاء في الفصل السادس المادة 62 الفقرة (أ): "الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه، وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض وحق الولي"، هذا التعريف القانوني فصل في امتداد مدة الحضانة وجعلها إلى البلوغ بالنسبة للذكر، وإلى الدخول بالأنثى؛ لأن الأنثى عادة إذا بلغت تحتاج إلى زيادة من الحماية والصون والحفظ فحضانتها ممتدة إلى البلوغ وما بعده إلى الدخول بها، وهذا الأمر مقرر ومحل اتفاق بين الفقهاء.[3]

---

[1] خيرة العرابي، "**حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري**". أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة وهران، 2013، ص101.

[2] محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص30، ص31.

[3] ضو مفتاح غمق، **الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي**. ليبيا: دار شموع الثقافة، 2000، ص10، ص11.

في حين عرفها المشرع المغربي بموجب المادة 97 من المدونة المغربية بأنها: "حفظ الولد مما قد يضره قد المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه"، كما عرفها المشرع التونسي بموجب المادة 54 بأنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

إذن يكون بذلك قانون الأسرة الجزائري أكثر توفيقا من حيث شموليته لحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية، لذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تنطق بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، وأن تراعي كذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية الواجب توافرها طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه.[1]

ومن خلال تعريف المادة 62 من قانون الأسرة للحضانة يمكننا إجمال أهداف الحضانة في:

1-"تعليم الولد" ويقصد به التعليم الرسمي والتمدرس.

2-"تربية الطفل على دين أبيه": حيث يجب أن يربى على قيم الدين الإسلامي، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أحسن عندما نص على تربية الطفل على دين أبيه وليس أمه، لأن تربية الولد على دين أمه قد يشكل خطرا على أخلاقه، لاسيما عند زواج الأب من أجنبية ليست على دينه.

3-"السهر على حماية المحضون": فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلابد أن تشتمل هذه الحماية على أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو المعنوي كالشتم والتخويف.

[1] أحمد هلتالي، "**استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح**". مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة الجزائر، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص ص378، 379.

4-"حماية الطفل من الناحية الخلقية": وذلك بتنشئته على الأخلاق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا وسويا.

5-"حماية المحضون صحيا": حيث يجب أن يلقى العناية الصحية الكاملة من قبل حاضنه، خاصة في السنوات الأولى من حياته.

ونصت المادة 65[1] من القانون نفسه على أن انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، أي تسعة عشر سنة، كما نص على إمكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون حيث حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصورة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، ومن هنا فقد تسقط الحضانة بقوة القانون طبقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة، ببلوغ الذكر عشرة سنوات و الأنثى تسعة عشر سنة، و تسقط أيضا بزواج الحاضنة بقريب غير محرم و بالتنازل عنها، ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون طبقا للمادة 66[2] من قانون الأسرة، بالإضافة تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها من المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو اتصلت التزامات المتعلقة بالحضانة ولكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، وتسقط طبقا لنص المادة 68[3] من قانون الأسرة إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر

[1] نصت المادة 65 من قانون الأسرة على: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

[2] نصت المادة 66 من نفس القانون على: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[3] نصت المادة 68 من نفس القانون على: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة.

من الأمور المقررة في الفقه الإسلامي حول حق الطفل في الحضانة إجماع على كون الحضانة حقا واجبا للطفل، وذلك لأن الطفل يهلك إذا ترك فوجب حفظه عن الهلاك،[1] ذلك أن كل إنسان في مرحلة الطفولة، يحتاج إلى من يعتني به، وإلى من يقوم بأمره حفظا وتربية، وبكل ما يلزمه في حياته و معيشته لكونه عاجزا وغير مدرك لمصلحته،[2] فلابد من توافر عدة شروط وصفات في الحاضن لكي تتحقق أهلية الحضانة، وأي اختلال في أحد هذه الشروط يحول دون إسقاط حق الحاضن في الحضانة وتنتقل إلى من يليه، لذلك سنتطرق إلى شروط الحضانة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

لتحديد هذه الشروط غير واردة في القانون، فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، تنص على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ". وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى شروط استحقاق الحضانة على ضوء الفقه.

الفرع الأول: شروط عامة بالنساء والرجال.

تثبت الحضانة على الولد لرعايته وحمايته من كل ما يضره، لذا اشترط الفقهاء في هذه الولاية المهمة شروطا كثيرة، سواء أكان المحضون ذكرا أو أنثى ومن هذه الشروط ما يلي:

أولا: العقل. ويقصد بالعقل هو اكتمال القوة المدركة لحقائق الأشياء، مما يعني أنه لا حضانة لمعتوه ولا مجنون ولو يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به خفة عقل.[3] فلا يعقل أن يتولى

---

[1] عبد الله بن محمد بن عبد الله الطواله، "**حقوق الطفل الواردة في اتفاقية حقوق الطفل مقارنة بالفقه الإسلامي**". رسالة ماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية السعودية،2013، ص 51.

[2] عصام أنور سليم، **حقوق الطفل**. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص129.

[3] العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي . دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، 2013، ص 259.

المجنون حضانة طفل لأنه هو في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه، حسب ما أوضحته المواد 82، 83، 84 من ق أ ج، وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، فالمجنون يفتقد إلى الإدراك والتمييز ويشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له، فهو مصاب باختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والأمور القبيحة والمدركة للعواقب.[1]

ثانيا: البلوغ. إن الإنسان قبل البلوغ لا يؤخذ بتصرفاته لما روي عنه صلى الله عليه وسلم: {رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم ...} [2]، فجعل الشارع البالغ محلا للتكييف بالواجبات الشرعية، وأهلا لاكتساب الحقوق، وكل ذلك محكوم بنصوص القرآن الكريم ومنها قوله تعالى:"**وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ**".[3]

إن مشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص على البلوغ صراحة، لكن نص على الأهلية في المادة 07 والتي تنص على ما يلي: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ". فالمشرع الجزائري أجاز ترشيد الزوجان فيما يتعلق بالزواج وآثاره أو بالطلاق وما ينجم عنه. [4]

ثالثا: القدرة على تربية المحضون. وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته فلا حضانة للعاجز لكبر سن أو مرض أو شغل، فالمرأة العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون أهلا للحضانة، ولا يمكن القول إن العمل الأم يشكل إسقاطا للحضانة بل هو بمثابة حماية للطفل.[5]حيث جاء من قرار المحكمة العليا: "عمل الأم الحاضنة

---

[1] سمير محمد محمود عقبي، **الحضانة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**. مصر: دار المنار، 1986، ط1، ص64.

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، ص1685.

[3] سورة النساء، آية 06.

[4] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**. الجزائر: دار هومة للنشر والتوزيع، 1996، ط2، ص296.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 726.

لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية ".[1]

ويرى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية أن العمى مانعا كالعجز، وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون، ولو كان ذلك بمساعدة غيرها، وقد يؤثر المرض على ما يلزم توفره من القدرة في الحاضن، مما يؤدي إلى عجز صاحبه عن القيام بما عليه من واجب أو على الأقل يؤثر على قدرته بما ينبغي أن يكون الأداء الذي يحقق الغاية المنشودة من الحضانة.[2]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الإسلامي، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية ".[3]

رابعا: الأمانة على الأخلاق. فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا، أو اللهو الحرام.[4] وهذا إذا أدى هذا الفسق إلى الإضرار بمصلحة الطفل، فيتكون على عادات سيئة، فإنه في هذه الحال لا يكون أهلا لا لعدم

---

[1] ملف رقم 274207 قرار بتاريخ 2002/07/03.المحكمة القضائية سنة 2004، العدد 01، ص262، أنظر يوسف دلاندة، **قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02.05.** الجزائر: دار هومة للنشر والتوزيع، 2007، ص 91.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 726.

[3] ملف رقم 33921 قرار بتاريخ 1984/07/09. المحكمة القضائية سنة 1989، العدد 4، ص 76، أنظر العربي بلحاج، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 .2010.** الجزائر: ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص 328.

[4] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 359.

التدين بل لعدم الأمانة.[1] حيث جاء في قرار المحكمة العليا:" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون . ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فغنهم بقضائهم كما فعلوا خالفو القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة".[2]

خامسا: الإسلام. فالإسلام شرط عند الشافعية والحنابلة، فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية عليه، ولأنه ربما فتنه عن دينه، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضن وهذا الشرط ورد ما يشير إليه في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62. [3] على الرغم من عدم وجود نص صريح حول اشتراط الدين الإسلامي في ممارسة الحضانة إلا أن قضاة المحكمة العليا لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة، بل أعطى لها أولوية في الحضانة مراعيا لمصلحة المحضون بشرط القيام بتربيته على دين أبيه.[4] وجاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ بعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية".[5]

الفرع الثاني: شروط خاصة بالنساء. توجد عدة شروط خاصة المتعلقة بالنساء يجب توافرها وهي:

أولا: ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم: فإن كانت متزوجة بقريب

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 407.

[2] ملف رقم 171684 قرار بتاريخ 1997/09/39 المحكمة القضائية سنة 2001، العدد5، ص 169.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 359.

[4] باديس ديابي، مرجع سابق، ص135.

[5] قرار رقم52221 بتاريخ 1889/03/13، غرفة الأحوال الشخصية، منشور القضائية الصادر بتاريخ 1993، العدد 01، ص48.

محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته

له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته. [1]واتفق غالبية الأئمة على أن الحضانة تسقط بالتزويج مطلقا، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: {يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له شفاء وزعم أبوه أن ينتزعه مني} فقال صلى الله عليه وسلم: {أنت أحق بهم مالم تنكحي}. [2]

وجاء في قانون الأسرة الجزائري الإشارة إلى هذا الشرط في المادة 66 " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ".

ثانيا: ألا تكون مرتدة: لأنها حينئذ يجب أن تحبس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت، فلا تصلح إذا لهذه المهمة ولو رجعت إلى الدين عاد لها حق الحضانة، وهكذا في كل سبب سقط حق الحضانة من أجله فإن هذا الحق يعود لصاحبه متى زال السبب الذي كان على سقوطه.[3]

ثالثا: ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه: ولو كان قريبا له لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت.

رابعا: أن تكون ذات رحم محرم للطفل: فالأم والأخت من الرضاعة محرم له لكنهما ليس رحما فلا حضانة لها، كما أن القريب غير محرم كبنات العم أو العمة أو الخال والخالة لا حضانة لها.[4]

خامسا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة فإن كان الأب معسرا وقبلت قريبة أخرى تربية مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة.[5]

---

[1] عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص 359.

[2] شعيب الارنووط وآخرون، ج3، مرجع سابق، ص 588.

[3] رمضان علي السيد الشرباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية.** الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص 179.

[4] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص326.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 729.

الفرع الثالث: شروط خاصة بالرجال. يشترط في الرجل الحاضن ما يلي:

أولا: أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى مشتهاة؛ وهي التي حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع، حذرا من الخلوة بها، لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق لأنه لا فتنة، فلا يكون العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، وأجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها إبقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه، وكذلك أجاز الحنابلة تسليمها لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره، وأجاز الشافعية تسليمها لغير محرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة وتسلم له لا له، وإن لم تكن
في رحله، كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحله، فإنها تسلم إليه فتؤمن الخلوة.[1]

ثانيا: أن يكون عصبة للطفل لأن مبنى استحقاق الحضانة للرجال عند عدم النساء الصالحات لها قائم على استحقاق الميراث.

ثالثا: أن يكون على دين الصبي، فالابن المسيحي أولى بحضانة أخيه المسلم والكفر كله دين واحد، ولا يشترط اتحاد الدين في الحاضنة فالمسيحية يثبت لها حق حضانة ولدها من زوجها المسلم، وإن كان مسلما بإسلام أبيه، لأن سبب هذا الحق هو وفرة الشفقة ولا يؤثر فيه اختلاف الدين، إلا إذا خيف على الطفل منها، أو خيف إفساد دينه، في هذه الحالة ينزع الطفل منها.[2]

رابعا: أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو خالة أو عمة؛ إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية، واشترط كذلك ألا يسافر ولي المحضون أن تسافر الحاضنة سفر نقله ستة بُرُد فأكثر، فإن أراد الولي أو الحاضنة

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 730.

[2] بدران أن أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 326.

السفر المذكور، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه، يشترط كون السفر لموضع مأمون، وأمن الطريق وهو شرط يقيد شروط الحضانة النساء.[1]

وهذا ما قررته المحكمة العليا ما يخص سفر مسافة تزيد على ألف كيلومتر "من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة بُرُد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي

المحضونين تزيد على ألف كيلو متر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون.[2]

إن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط المطلوبة في الرجال لاستحقاق رعاية المحضون

وذلك عملا بأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 ق أ ج، بالرجوع إلى أحكام

الشريعة الإسلامية نجد أن القانون الأسرة الجزائري لم يخرج من الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير مستحقي الحضانة.

من أبرز الآثار المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال والمشاكل التي تطرحها مصلحة هذا الطفل المحضون، فيجب على أن يتعامل القاضي مع هذه المسألة بكل دقة،

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 730.

[2] ملف رقم 43594 قرار بتاريخ 1986/09/22 المحكمة القضائية سنة 1992، العدد 4، ص 41، أنظر: يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص97.

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل ممكن من خلالها تقدير مصلحة المحضون حتى يصدر حكمه على أساسها.

الفرع الأول: معايير تقدير القاضي لمستحقي الحضانة. ويقصد به أن القاضي له سلطة التقديرية لمن له الحق في استحقاق الحضانة مراعيا في ذلك أهم مبدأ وهو قاعدة مصلحة المحضون، فتعتبر مصلحة الطفل المحضون القاعدة المهمة التي يفصل القاضي من خلالها في موضوع الحضانة، لذا على القاضي إتباع معايير تضبط الحاضن بالمحضون وتحقق مصلحة له وتتمثل هذه المعايير فيما يلي:

أولا: المعيار المادي. ويتمثل في الجانب المادي الذي يحتاجه الطفل المحضون والذي يجب أن يتوفر في الشخص الحاضن.

1-النفقة. فيطلق كلمة النفقة في الاصطلاح على كل ما يحتاج إليه المرء لإقامة حياته من ضروريات وهي مقدرة بالكفاية من ناحية الكمية وبالقدرة المالية للمنفق.[1]

أما قانونا فإنه لم يورد تعريفا محددا للنفقة بل تكلم المشرع الجزائري فقط عن أحكامها ومشتملاتها، لذلك فالنفقة بهذه الصورة هي الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل من ملبس ومأكل ومصاريف العلاج...إلخ[2]

إذن فالنفقة هي كل ما ينفقه الحاضن على المحضون من مأكل ومشرب وعلاج وكل مشتملات النفقة، لأن المحضون في هذه الفترة غير قادر على الإنفاق وإعالة نفسه.

ويرجع شروط وجوب النفقة إلى:

أ: أن يكون الأصل قادرا على الإنفاق بيسار أو قدرة على الكسب، فإذا كان الأصل غنيا أو قادرا على الكسب، وجبت عليه نفقة أولاده، فينفق عليهم من ماله، وإن لم يكن له مال وقدر على الكسب وجب عليه الاكتساب، وفي رأي الجمهور فإن امتنع حبسه القاضي.[3]

---

[1] العربي بختي، مرجع سابق، ص111.

[2] فضيل سعد، **شرح قانون الجزائري في الزواج والطلاق.** الجزائر: ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، د س ن، ص383.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص390.

ب: أن يكون الولد فقيرا لا مال له، ولا قدرة على الاكتساب؛ فإذا كان له مال يكفيه، وجبت نفقته فيه لا على غيره، وإذا كان مكتسبا وجب عليه الاكتساب، فالصغير المكتسب نفقته في كسبه، لا على أبيه، وعليه فعن الولد الموسر بما كسب يستغني به، لا نفقة له، لأن نفقة القرابة تجب على سبيل المواساة والبر، والموسر مستغن عن المواساة والبر والصلة.[1]

فالمحكمة العليا قضت على أن: " من المقرر قانون أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد ليس له كسب، ومن ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية، فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون".[2]

ت: صندوق النفقة. نظرا لكثرة الدعاوى المتعلقة بقضايا عدم دفع النفقة وسلبياتها على حسن تربية وتنشئة الأطفال المحضونين أنشأ صندوق عموميا لدفع النفقة الغذائية وأجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة بموجب القانون **15ـ01** المتضمن إنشاء صندوق النفقة.[3] وهو يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة ورفع الاحتياج عن المحضونين، فهو صندوق احتياطي يتولى دفع المستحقات النفقة للطفل المحضون تقضبه الحاضنة بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.[4]

على الرغم من أن المشرع قد أبلى بلاء حسنا باستحداثه لصندوق النفقة للمطلقة الحاضنة وطفلها بغرض ضمان حقوقها في حالة تعنت الزوج عن الدفع، إلا أنه قد يعيب هذا القانون بعض الإشكاليات من إغفال بعض المستفدين من صندوق النفقة من بينهم:

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص390.

[2] ملف رقم 179126، بتاريخ 1998/02/17.المحكمة القضائية سنة 2001، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ص198.

[3] قانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير2015، **المتضمن انشاء صندوق النفقة.** الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 7يانير2015، العدد01، ص7.

[4] نورية طرطاق، "**إشكالات نفقة المحضون ودور صندوق النفقة في التشريع الجزائري**". المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017، العدد الثالث، ص57.

الأبناء الذين هم من أم أجنبية أو أب أجنبي، فإن المشرع الجزائري لم يتكلم على هذه الفئة مقارنة بالمشرع التونسي الذي لم يعتد بشرط الجنسية في الاستفادة من صندوق النفقة وجراية الطلاق، وهذا فقد نص المادة 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية،[1] الذي أكد على أحقية المطلقة التونسية من زوج أجنبي والمطلقة الأجنبية من زوج تونسي في الاستفادة من الصندوق على حد سواء بشرط الإقامة في تونس.[2]

وكذلك الأبناء ناتجين عن الزواج العرفي فنجد أن المشرع الجزائري سكت عن هذه الفئة وكذلك بعض التشريعات العربية كتونسي والمغربي والمصري، وربما ناتج هذا السكوت عن غلق باب الزواج العرفي، إذ أن هذا الأخير لا يعترف به المشرع الجزائري فما بالك بآثاره، لأنه أراد بذلك أن يغلق باب هذا الزواج غير القانوني.

كما يظهر إشكال في صندوق النفقة في عدم تحديد الحد الأدنى لمبلغ النفقة المستحقة للأطراف المعينة، فهي تبقى سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فكان على المشرع عند تنظيمه لأحكام صندوق النفقة أن يتدارك هذا الأمر وينظمه.

وبالرغم من إشكاليات التي تدور حول مسألة صندوق النفقة، نجد مشروع تعديل قانون يعدل في صندوق النفقة وهو في طور صدوره بعد التصويت عليه، على أمل سد الفراغات والثغرات القانونية وحل الإشكاليات حوله.[3]

أما تقدير القاضي للنفقة فإن تقدير النفقة المستحقة للمحضون يرتكز أساسا على حالة الزوجين المادية، وهذا مقرر فقها وقضاء.[4] والقاضي هو الشخص الوحيد الذي يقدر النفقة المستحقة للمحضون، فله كل الصلاحية في تقديرها، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا محددا من طرف القضاء لصالح أبنائه، فله حرية منح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء، ولكن ليس له أن يمنحه أقل منه، وهو معمول به قانونا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حالة

---

[1] القانون عدد 65 سنة 1995، المؤرخ في 05 جويلية 1993، **المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق التونسي.**

[2] عبد الحكيم بوجاني، "**الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15**". المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد 04، تيسمسيلت، 2017، ص391.

[3] https://www.apn.dz/lire-article/4676 ، بتاريخ 2023/12/11، الساعة 14:30.

[4] أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**. د ب ن: دار الكتب القانونية، 2009، ص163.

الطرفين، وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 79 من ق أ التي نصت على: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تديره قبل مضي سنة من الحكم".[1]
فمسألة النفقة في مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع. لذلك استقرت المحكمة العليا على أن "من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية".[2]
والقاضي إذا قدر النفقة وقضي بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصان إلا بعد مرور سنة من تاريخ الحكم السابق، ومؤدي هذا أن الدعوى بطلب زيادة النفقة، والدعوى يطلب تحقيق النفقة لا يكون مقبولا قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بتقديرها وفرضها على من تجب عليه.[3]

2-أجرة الحضانة. ذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم استحقاق أجرة للحاضنة، سواء أكانت أم أو غيرها، إلا إذا كانت فقيرة وكان للولد المحضون مال، فإنه ينفق عليها لفقرها وليس لحضانتها، غير أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنه إذا كانت الحاضنة غير الأم فإنه يجب دفع أجرة الحضانة لها إذا لم تكن متبرعة.[4]

أما بالنسبة لتاريخ استحقاق الحاضنة للأجرة، فإنها تستحقها ن تاريخ مباشرة الحضانة.[5]

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنلاحظ أنه سكت عن مسألة أجرة الحضانة، بالعودة إلى قانون الأسرة لا نجد أي نص يعالج مسألة أجرة الحضانة.

---

[1] بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد.** الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ط1، ص445.
[2] ملف رقم 44630، قرار بتاريخ 1987/02/09، المحكمة القضائية سنة 1990، العدد 30، ص55، أنظر العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا للأحداث والتعديلات، مرجع سابق، ص420.
[3] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص163.
[4] تواتي بن تواتي، **المبسط في الفقه المالكي بالأدلة.** الجزائر: ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2010، ص875.
[5] أنور العمروسي، **موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع (دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة والقوانين الوضعية).** الإسكندرية: ج3، دار الفكر الجامعي، 2003، ص248.

إلا أنه في قوانين العربية نجد ما ينص عليها، إذ نجد في مدونة الأسرة المغربية وفي نص المادة 167 على ما يلي: "أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة، لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة طلاق رجعي".

أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على: "لا تأخذ الحاضنة أجرة إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف".

كما نصت المادة 159 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي: "أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق" ونصت المادة 160 من نفس القانون: "لا تستحق الأم أجرة الحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي".

3-مسكن الحضانة. وهو مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال وما يترتب عليه الانتقال منه وتغييره من نتائج وآثار ومدى تأثيرها على المحضون أو على الأبوين أو إحداهما، فقد عرف المشرع المسكن في المادة 333 قانون عقوبات الجزائري، يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك، ولو متنقلا متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السوار العمومي.[1]

أ: مواصفات المسكن الحضانة. لقد نصت المادة 72 ق أ على ما يلي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع

[1] الأمر رقم 156.66 المؤرخ في 8يونيو1966، **المتضمن قانون العقوبات** الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 11يونيو 1966، العدد 49، ص739.

بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

بينما نص المادة 78 ق أ على أنه:" تتمثل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

من خلال هاتين المادتين نجد أن المشرع ج تطرق لمسألة السكن واعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة ومن بينها نفقة الأب على أبنائه المحضونين، لكنه لم يتطرق إلى مواصفات محددة التي يجب أن تتوفر في هذا المسكن وقد اكتفى في المادة 72ق أ ج بالقول:" أن يكون مسكنا ملائما للحضانة".

وحتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه برعاية وتربية محضونها يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة شروطا أو مواصفات خاصة للمحافظة على الأبناء وصحتهم وخلقهم وهي مستخلصة من نصوص القانون كالتالي:[1]

ـ أن يكون مسكن الحضانة مناسبا.

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة سواء لتتمكن الحاضنة من أدائها لواجباتها نحو محضونها على أكمل وجه فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبات المعيشية، والتناسب ويتلاءم حسب يسار الأب حيث لا يكون اختياره للمسكن بقصد الإضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي فيجب أن يكون المسكن مشتملا على

كل ما يلزم من أثاث وفراش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة.[2]

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص132.

[2] فاطمة حداد، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري.** الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2017، ط1، ص103.

ـ أن يكون مسكن الحضانة مستقلا.

المقصود بالسكن المستقل هو السكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة وبالتالي فيجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقة، وعلى ذلك فإن المطلق عليه أن يختار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهيئ مسكنا آخر مستقلا ومناسبا، ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى استقلالية مسكن الحضانة ومناسبة للمحضون والحاضنة، وضرورة استقلالية مسكن الحضانة. ويراد من خلاله مراعاة مصلحة المحضون وحفظه، صحته، خلقه، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن ومن بين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية فالأمر يتعلق بالمحضون ورعاية الأسرة في المجتمع حتى إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل في إسكان المحضون اشتراط شرعية سكناه شأنه شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير مسكن للإقامة الزوجية.[1]

-الإشكالات توفير مواصفات المسكن.

الإشكال الذي يدور حول مسكن الحضانة هو غياب النص وغموضه وذلك من خلال ذكر مصطلح مسكن ملائم لممارسة الحضانة، فيعد هذا الأخير مصطلح غامض سواء للقاضي أو للمحضر القضائي فماذا يقصد بمسكن ملائم لممارسة الحضانة، وهنا الإشكال الواقع.

يلجأ المحضر القضائي في حالة ضبابية النص التشريعي إلى تحكيم العرف والعادة كاعتبار المسكن يتوفر على الماء والكهرباء مؤمنا.

[1] فاطمة حداد، مرجع سابق، ص105.

في حالة عدم قبول الحاضنة مسكن الحضانة فتطلب تحرير محضر بتوفير مسكن، وعلى المحضر القضائي تحرير هذا المحضر مرفقا بمحضر معاينة وصور فوتوغرافية، وتعاد القضية إلى المحكمة مرة أخرى.

-**سلطة القاضي في تقدير ملائمة المسكن.** إن القاضي له سلطة تقديرية في تقدير ملائمة المسكن هل هو ملائم للممارسة الحضانة أم لا كما له سلطة تقديرية في تقدير السكن حسب ظروف المادية للزوج، وفي حالة رفض الحاضنة مسكن الحضانة فله سلطة التقديرية في ذلك مراعيا ملائمة المسكن في إطار توفر ضروريات العيش.

كما له سلطة التقديرية لبدل الإيجار، وفي حال تأكد من تعذر الزوج على توفير السكن أن يحكم القاضي ببدل الإيجار وأن يحدده مراعيا جملة من الظروف حسب القدرة المعيشية للأب، كما يقدر موقع المسكن، وتعدد المحضونين.

4-زيارة المحضون. عرف بعض الفقهاء الزيارة على أنها رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعلمية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون. فالشريعة الإسلامية قررت حق الزيارة الذي جعلته من باب صلة الرحم، حيث جاء قوله تعالى:"**وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِشَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى**".[1]وأيضا قوله تعالى:"**وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِوَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا**".[2]

ـ فالحضانة تتصل بحق الرؤية سواء كان رؤية الأب لولده وهو في حضانة النساء أو رؤية الأم لولدها إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه. أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص على حق الزيارة وأدرجه في المادة المترتبة لأصحاب الحق في الحضانة يدل على أن هؤلاء فقط يحق

[1] سورة النساء، آية 36.

[2] سورة النساء، آية 01.

لهم طلبه حيث تنص المادة 64 ق أ ج:" على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحث الزيارة". [1]

أ-مدة الزيارة.

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها خاصة وأن المشرع لم يخص هذه المسألة بنقطة، إلا أن القضاء قد استقر على منح الزيارة في نهاية كل أسبوع وفي العطل والأعياد وفي المناسبات.

فالمسألة ليست رضائية، وإنما ترك القانون ذلك لتقدير القاضي وخاصة وأن المدة تختلف باختلاف القضايا والأحوال والبينات، ضف على ذلك سن الطفل المحضون الذي له دور كبير في تحديد وقت الزيارة حتى ولو استقر القضاء على أن أوقات الزيارة في بادئ الأمر تكون في نهاية الأسبوع، فللشخص الذي منح له القانون ممارسة حق الزيارة في الفترة التي يكون فيها الطفل بحاجة ماسة إلى رعاية وعطف الأم الحاضنة ضف إلى ذلك أن أغلب الصراعات والنزاعات الواقعة بين طرفي العلاقة الأسرية تكون في تحديد مدة الزيارة، خاصة وأن هذه المسألة قد يكون نادرة في أغلب الأحيان قد نجدها فقط في حالة الطلاق بالتراضي، أما بقية الحالات فقط يلجأ صاحب الحق بالزيارة إلى القضاء لتحديد فترة الزيارة.[2] وقد حددته المحكمة العليا:" متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق أ ج على أن القاضي حينها يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما

[1] نسرين إيناس بن عصمان، "**مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص59.

[2] لحسن الشيخ آث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**. الجزائر: ط1، ج1، دار هومه، 2004، ص158.

يحتاجون إليه والتعاطف معهم ومن ثم. فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

ب-مكان الزيارة.

مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائدة ولو تطلب ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر.

فقرار المحكمة العليا بأن:" من المستقر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به

القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي رآه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة. فالشرع أو القانون لا يبني الأمور على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت ـ في قضية الحال أن المجلس القضائي، لما قضي بزيارة الأم لابنتيها، بشرط ألا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل، تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

ـ فإذا أراد المحضون أن يزور والده غير المحكوم له بالحضانة وجب على الحاضن أما كانت أو غيرها عدم منعه من ذلك، لما في ذلك قطع للرحم، فزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معين، زيادة على ذلك فالأب قد يكون في بعض الأحيان غير قادر على زيارة الأبناء وذلك لظروف خاصة، مثال كانتقاله للعمل من مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى

[1] ملف رقم59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16، المجلة القضائية سنة1991، العدد 04، ص126. أنظر العربي بلحاج، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص339.

[2] ملف رقم 79891 الصادر بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية سنة1992، العدد 01، ص55. أنظر العربي بلحاج، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص340.

يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم. كما أن حق الزيارة كثيرا ما يسئ الأبوان استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف، وكثيرا ما يذهب الأطفال المشتملون بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية، حيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب. ومنه يجب تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذ ذريعة للإضرار بالمحضونين.[1]

فقرار المحكمة العليا أن:" من المقرر شرعا أنه لا يصلح تحديد ممارسة حق الزيارة للأب في بيت الزوجية المطلقة، لأنها أصبحت أجنبية عنه بعد الطلاق".[2]

ج_ إشكالات حق الزيارة. بالرجوع إلى نص المادة 64 ق أ فقد رتب المشرع الأشخاص الحاضنين وهو على الترتيب التالي: الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة، الأقربون درجة.

من خلال المادة نجد أن المشرع لم يبين من له الحق في الزيارة، فهل نعتبر أشخاص الذين تم ذكرهم هم من له الحق في الزيارة؟

إن مادة جاءت غير صريحة لذلك، وبما أن الأشخاص المذكورين بإمكانهم حق الزيارة وهذا حسب سلطة التقديرية للقاضي مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

لذا على المشرع توسعة مجال أصحاب الحق في الزيارة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

كما يطرح القانون أسرة إشكالا في أوقات زيارة المحضون، فنجد أن المشرع لم ينص على أوقات الزيارة، مما أحالها إلى سلطة تقديرية للقاضي، فمن بين إشكالات حرمان الأم الحاضنة من زيارة الأب لإبنه انتقاما منه، وغالبا ما تمنح الحضانة للأم وهذا ما يجده الأب من بعض

---

[1] إيمان معمري، "**ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2015، ص100 وما يليها.

[2] ملف رقم 214290 صادر بتاريخ 1998/12/15، المحكمة القضائية سنة 2001، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ص194. أنظر دلاندة يوسف، مرجع سابق، ص194.

الصعوبات في رؤية الإبن، كتقليصه للوقت المحدد، وهذا ما يجعل الأم المحضون كأداة للإيذاء والإنتقام.

على المشرع مراعاة أوقات الزيارة، وهذا على تكثيف الزيارة، وخاصة أن الطفل في تزايد في سن يحتاج إلى الأب لفترة أكبر، كما أنه لا تكفي زيارة الأب للابن فيجب استضافته خلال العطل الفصلية والسنوية حتى يعيش في جو أسري وجو عاطفي مليء من الألفة التي يحتاجها الطفل.

ثانيا: المعيار المعنوي

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية التي ترتبها انحلال الرابطة الزوجية والتفكك الأسري الناتج عنها، فان القاضي أول ما يسعى إليه هو توفير كل الإمكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يعيش حياة طبيعية كباقي أفراد المجتمع، وذلك من خلال الاعتماد على هذا المعيار لمعرفة موقع ومكان تحقيق مصلحة المحضون لأن المصلحة هي الأساس في إسناد الحضانة، ولتوضيح ذلك لابد من معرفة مدى تأثير هذا المعيار على المحضون، فكما نعلم تمثل الأسرة في الدراسات التربوية والنفسية والاجتماعية في مجال الطفولة والتنشئة الاجتماعية دورا مهما، ذلك أن جهاز الضبط الاجتماعي هو أحد مكونات الجهاز النفسي في الإنسان وما هو إلا مركب اجتماعي يكتسبه الطفل من خلال علاقته مع البيئة الاجتماعية والمادية، ومن هنا تظهر أهمية دور الأسرة في التنشئة الاجتماعية للطفل ويبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بين الطفل وألام ثم العلاقة بين الطفل والأب في مرحلة لاحقة، ولاشك أن غياب أحد الأبوين خاصة الأم بسبب انحلال الرابطة الزوجية يؤثر في تكوينه، وهذا ما جسد في القرارات القضائية باعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها 2006/06/04 "حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وقضاة الموضوع لما راعوا في إسناد حضانة الطفل لأمه

العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضائهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن، ولاشك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي بل يؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا أن يصغوا إلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون، ومنه يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام، ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده، بأن يرعاه، ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الوحي والأمن.[1]

ثالثا: معيار الأمني الإستقراري والصحي.

تعتبر هذه المعايير من أهم المعايير التي ترتكز عليها تربية المحضون، إذ أن وجودها أمر إلزامي لا يمكن الاستغناء عنه.

1-معيار الأمني الإستقراري.

يعتبر عنصر الاستقرار والأمان أحد المعايير الهامة لتحقيق مصلحة الصغير، فمصلحته تقتضي العمل على استقراره حتى يتوافر له الأمان والاطمئنان وتهدأ نفسه، وقد تعزز هذا التوجه بأقوال أخرى طبية علمية نفسية، أثبت فيها الأطباء علم النفس أن التركيب النفسي للطفل الذي سيحدد شخصيته عندما يصبح رجلا يتكيف بطريقة لا شعورية خلال سنواته الأولى، وما يلقاه من أمن أو عدمه، ومن ثم فإن هذا الاستقرار والأمان ينتجان عن الديمومة في التصرفات اليومية الصادرة عن الأشخاص الذين يعيش معهم المحضون؛ إذ أن المحضون يتأثر بالجو العائلي الذي يعيش فيه المحضون، لذلك نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه في ضرورة معرفة من يعيش في البيت الذي تمارس فيه الحضانة، إذ يجب أن نأخذ ذلك كعامل

[1] أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة**. الإسكندرية: ط1، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص303.

في تقدير مصلحة المحضون لأن أحرى الاحتمال تأثر المحضون بالوسط العائلي سلبا أو إيجابا.[1]

إن الاستمرار الذي لا تعتريه تغييرات يجعل الحياة أكثر يسرا وسهولة، وتغيير محل الإقامة الطفل يؤدي إلى اضطراب مجرى حياته، بحيث يشعر بأنه فقد شيئا ما بعد انتقاله من بيئته والتغيرات التي تحدث في حياة المحضون تسبب له اضطرابا في دراسته، حيث يقول الأستاذ دونبي أن الطفل في حاجة إلى استقرار وأمن، وهذان العاملان حددا لصحته الجسمية والمعنوية؛ إذا على الحاضن أن يوفر للمحضون الأمن والاستقرار ولا يتأثر ذلك، إذا كان الحاضن ذاته مستقرا. فالأهم هو أن يتمكن الطفل المحضون من الاستمرار في العيش داخل الإطار الاعتيادي دون أي إزعاج، فمصلحة المحضون إذ تراعي بتخفيف جرح وآلام المحضون لانفصال والديه، وتعويض قد الإمكان ضرره المعنوي ومنه اجتناب انحرافه، وهو ما يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار لكن مع مراعاة التطور العمري للمحضون.[2]

2-معيار الصحي.

إن المحافظة على صحة المحضون أحد الأمور الهامة التي يجب على الحاضن أن يهتم بها وهي تهدف إلى الحفظ والصيانة المحضون ودفع الضرر والأذى عنه؛ ويكون ذلك بتعهد الطفل بالتغذية الصحية السليمة، ووقايته من الأمراض وتحصينه وتطعيمه.[3] وتحقيقا لذلك تولت الدول كالجزائر مثلا مهمة الوقاية من الأمراض ومكافحتها ولم تر إلا الضرورة في ضمان هذا الجانب الحيوي في دستورها، فأعلنت بأن الرعاية الصحية حق وهي حق لكل المواطنين، وقد تضمن كذلك قانون الأسرة الحق في الصحة من خلال النفقة الغذائية، والعلاج وكل ما يعتبر من

[1] سعد محمد التميمي، عادل عبد الفضيل عيد، "**استضافة المحضون بين الفقه الإسلامي وقضايا الأحوال الشخصية ـ دراسة تطبيقية**". كلية التربية، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز، مملكة العربية السعودية، 2017، العدد 02، ص26.

[2] زكية حميدو، "**مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص113.

[3] نبيلة إسماعيل رسلان، **شرح لأحكام قانون الطفل**. القاهرة: دار الطباعة بالهرم، 1996، ص247.

الضروريات في العرف أو العادة، وللمحافظة على صحة المحضون يجب ألا يكون الحاضن عاجزا عن القيام برعاية المحضون، والعجز هنا يقصد به ذلك المريض أو الطاعن في السن الذي لم يعد جسمه ولا عقله يساعده على القيام بأعماله اليومية، ولا تمكن صحته على رعاية المحضون رعاية كافية، كفاقد البصر أو المصاب بعاهة أو أن صحته تلحق أذى به إذا كان مرضه معديا، لأن المنطق يرفض أن يتولى الشخص الذي يكون هو في حد ذاته بحاجة إلى مساعدة من الغير، العناية والرعاية بالمحضون.[1]

- إن وجوب سلامة الحاضن من أي مرض سواء مس جسمه أو عقله فهو بحد ذاته معيار وضمان لسلامة ومحافظة على صحة المحضون. وهو جانب الذي يعتبر وسيلة لتحقيقه.

الفرع الثاني: علاقة تعسف أحد الزوجين في فك الرابطة الزوجية بالاستحقاق للحضانة.

كما علمنا أن التعسف في فك الرابطة الزوجية هو الخروج أو التجاوز عن استعمال الحق أو هو مناقضة ما شرع له في إطار فك الرابطة الزوجية، وأن التعسف في فك الرابطة الزوجية قد يكون من طرف الزوج ويطلق عليه بالطلاق التعسفي، وقد يكون من جانب الزوجة من خلال الخلع، وأن الحضانة هي تربية ورعاية الطفل وحفظه.

لذا لا بد من معرفة هل هناك علاقة تعسف أحد الطرفين لاستحقاقه للحضانة؟

تطرقنا سابقا على الحضانة وشروط استحقاقها بشكل عام، ومن خلال معالجة هذه المسألة نستنتج أنه ليس لتعسف أحد الزوجين في فك الرابطة الزوجية في استحقاقه للحضانة، ويرجع ذلك على أن فك الرابطة الزوجية هي علاقة تخص الزوجين فقط دون تدخل طرف آخر، وكذلك أن الحضانة تخص الطفل، ومن الطبيعي عدم تدخل الإبن في هذه العلاقة لأنه يحتاج الرعاية والاهتمام، ولا دخل له في أمور الحاصلة بين الأبويه.

[1] زكية حميدو، مرجع سابق، ص115.

كما نلاحظ من خلال نصوص المواد المتعلقة بالحضانة والمنصوص عليها من المواد 62 إلى 72، أنها لا تتكلم على علاقة التعسف ولا أثره على الحضانة، وهذا حرصا على مصلحة المحضون، كما أن التعسف في فك الرابطة الزوجية لا يسقط من الحضانة، وسقوط الحضانة تتمثل في الزواج بغير قريب محرم وبالتنازل، بمرور سنة دون مطالبة صاحب الحق به، سكن الجدة أو الخالة الذي آل لإحداهن حق الحضانة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم فقدان أحد الشروط المرعية شرعا (الإسلام، الخلق، الصحة، التربية على دين أبيه...) إستيطان صاحب الحق في الحضانة ببلد أجنبي، فكل هذه الحالات نص عليها المشرع في نص المواد 62،66، 68، 69، 70 من ق أ. لذلك فإن التعسف أحد الزوجين في فك الرابطة الزوجية ليست من حالات سقوط الحضانة، وليس لها علاقة من استحقاقهم للحضانة، وهذا حفاظا على الروابط الأسرية وحمايتها.

خلاصة الفصل.

_ يعد الضرر كل ما يصيب الإنسان فيسبب له خسارة في ماله أو جسده، وينقسم إلى الضرر المادي والضرر المعنوي، فالأول هو كل ما يلحق الشخص من أذى يسبب إخلالا بمصالحه المالية ويتفرع عنه ضرر في الجسد وضرر في المال، أما الثاني كل ما يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو عاطفته أو شعوره، ويعرف كذلك بالضرر الأدبي، ويمثل الضرر أثر من الآثار المعنوية التي تترتب على التعسف في فك الرابطة الزوجية، وقد ينتج عنها كذلك كل أنواع الضرر سواء ضرر مادي أو معنوي.

– من شروط الضرر التعسفي أن يكون مقصودا ومحققا، ويقصد به نية الشخص في القصد من فك الرابطة الزوجية بالإضرار الطرف الآخر ويكون محققا أن يتحقق حدوثه أو قابل للتحقق كوقوع الطلاق والخلع حالا أو مستقبلا، وكذلك أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر أي يشترط عدم تعويض المتضرر من نفس الضرر مسبقا، والشرط الأخير أن يقع الضرر شخصيا ومباشرة، بمعنى أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا عن الفعل الضار.

– تعرف الحضانة بأنها حفظ الولد وتربيته والاهتمام به، كما تعد أثر من الآثار المعنوية المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية، وقد اشترط الفقهاء الشريعة وأيضا المشرع الجزائري شروط الواجب توفرها لممارسة الحضانة، من بين الشروط العقل، البلوغ، الإسلام، القدرة على الأمانة...، فالمشرع الجزائري لم يعبر عنها صراحة بل اكتفى بمصطلح الأهلية. فانعدام شرط من هاته الشروط يؤدي إلى نتيجة سلبية، وهذا لأن شروط ممارسة الحضانة لازمة ليتمكن الحاضن أو الحاضنة من رعاية المحضون.

– مراعاة مصلحة المحضون المعنوية وتغليبها في أغلب الأحيان على المصلحة المادية وذلك سعيا لتحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل المحضون.

– أن النفقة أثر من آثار الحضانة والتي تعتبر حق ثابت للطفل المحضون، وهي كل الأموال التي تنفق على المحضون من مأكل، مشرب، كسوة، علاج...إلخ، كما حرص المشرع الجزائري على حفظ حق الحاضنة والمحضون في النفقة وذلك من خلال إنشاء صندوق النفقة.

– يعتبر السكن حق من الحقوق الطفل المحضون فهو ركيزة الأساسية التي تقوم عليها الرعاية المعنوية والجسدية، وذلك يكون بتوفيره وفقا لشروط السكن وهذا حفاظا لمصلحة المحضون، كما أن على المشرع ضبط شروط توفير السكن وإزالة ضبابة مصطلح ملائمة المسكن الحضانة.

– أن زيارة المحضون من الحقوق الثابتة للطرف غير الحاضن، وهذا الحق المقرر له ليس بصفة أصلية وإنما بصفة تبعية الحق المحضون في الزيارة عملا بمبدأ تحقيق مصلحة المحضون.

– تكريس القضاء على حماية المحضون وذلك من خلال عدة وسائل بحيث يقدر القاضي إصدار حكمه وفقا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

– إمكانية القاضي الاسترشاد بتقارير أهل الخبرة وكذلك استماع إلى أطراف النزاع، ويمكن أيضا الانتقال إلى مكان الذي تمارس فيه الحضانة وهذا لكي يستطيع القاضي تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

– استنتاجا لعلاقة التعسف أحد الزوجين في فك الرابطة الزوجية من استحقاق للحضانة، نجد أن المشرع لم ينص على هذه المسألة وقد أفصل علاقة الزوجين على الحضانة على أساس أن هذه الرابطة تحكم طرفين لا ثالث لهما وهذا حرصا على الأسرة واحترام الروابط الزوجية، كما أن الحضانة تخص الطفل الذي يحتاج الرعاية والإهتمام وهي علاقة انفصال تختص بحفظ الولد وتربيته وهذا عملا بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

الـــــخـــاتـــمـــة

عالجنا في هذه الأطروحة موضوع التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره، وخلصنا إلى الرابطة الزوجية رابطة مقدسة أساسها المودة والرحمة، والأصل فيها الديمومة بأن لا يتضرر منها أحد الزوجين من ممارسة الطرف الآخر لحقوقه، إلا أن هذا الأصل له استثناء في حالة عدم القدرة على مواصلة هذه الرابطة، حيث أعطت الشريعة الإسلامية وكذا القانون الحق في فك هذه الرابطة، فللزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة على أساس أن العصمة بيده، كما أعطي للزوجة الحق في حل هذه الرابطة عن طريق الخلع، إلا أنه قد يتجاوز هذا الحق للإساءة بالطرف الآخر، فنكون أمام التعسف في فك الرابطة الزوجية، مما يترتب عنه آثار، وعليه جاءت هذه الدراسة لبيان ممارسة كل طرف في حقه الممنوح له شرعا وقانونا في فك للرابطة الزوجية وبالمقابل التعرض للإشكالات المتعلقة بهذا الموضوع محل الدراسة ومحاولة الإجابة عنه، ومن خلال ما تقدم كنا قد خلصنا إلى مجموعة من النتائج ومجموعة من الاقتراحات تكون في مجملها إجابة على إشكالية الأطروحة انطلقنا من خلالها في موضوع البحث، نوجزها فيما يلي:

-تعد نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات التي أدت دورا مهما في مجال الحقوق واتسع مجالها واستعمالها في الحقوق الفرقة بين الزوجين، وتجلى ذلك خصوصا على حق إيقاع الطلاق من طرف الزوج، وكذا وعلى استعمال حق الخلع من طرف الزوجة.

-إن الطلاق حق ثابت شرعا للزوج، متى توفرت الأسباب التي تستدعي ذلك، إلا أنه قد يتجاوز الزوج في هذا الحق الممنوح، ويسئ استعماله، فيكون بذلك قد تعسف في الطلاق، حيث اعترف المشرع الأسرة الجزائري بهذا الأخير في نص المادة 52 من نفس القانون، ومنح تعويضا في حالة ثبوته، إلا أنه لم يحدد حالاته وهذا ما فتح باب لسلطة التقديرية للقاضي.

-لا يعد الحق الممنوح للزوج حقا مطلقا بل تم تقييده وفق ضوابط وأحكام، من أهمها عدم الإضرار بالزوجة، كذلك عدم الطلاق بدون سبب مشروع، والطلاق ثلاث بلفظ واحد، الطلاق البدعي ويعد من مظاهر التعسف في استعمال حق الطلاق، ومن بينها كذلك الطلاق في

مرض الموت وذلك من أجل حرمان الزوجة من الميراث، وقد تتعدد صور الطلاق التعسفي من حالة إلى أخرى، فالمشرع لم يذكر الحالات التي يتم فيها تعسف الزوج، أما إجرائيا فيثبت تعسف الزوج بعدم ذكر الأسباب أو تعذر تبيانها وعليه وجب التعويض وهذا ما كرسه المشرع في نص المادة 52 من قانون الأسرة.

– يثبت الطلاق بحكم نهائي وهذا حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة، وما يعاب على المشرع في مسألة الطلاق، حيث أنه لا يعترف بالطلاق خارج ساحة القضاء، أو الطلاق الشرعي، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك، وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى اثبات الطلاق العرفي استنادا إلى الشريعة الإسلامية والتي كرشها المشرع في نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني يعالج المسألة المطروحة.

–الصلح في قانون الأسرة من الإجراءات الوجوبية في قضايا فك الرابطة الزوجية بمختلف صوره، وقد أشار المشرع عن إجراءات الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويشترط في إجراء الصلح السرية، كذلك عدم إجازة الوكالة عن الزوجين في حضور جلسات الصلح وهذا للتأكد من إرادتهما ومحاولة الصلح بينهما، والهدف منه الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، ويتعين على القاضي سماع الطرفين، وفي حالة عدم الصلح يحرر محضر بعدم الصلح، وبذلك يوقع الطلاق، وكذلك من بين الشروط إجراء الصلح أن لا يتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

–الخلع حق مقرر شرعا وقانونا للزوجة، وهذا الحق شرع في حالة نفور الزوجة أو مخافة أن تقيم حدود الله، إلا أنه إذا استعملت هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من الخلع هو إضرار الزوج، أو لأسباب غير جدية وغير مشروعة، وهذا ما قد نجده في واقعنا المعاش وخاصة أن هذا الحق أصبح منتشرا في أبواب المحاكم، وخاصة أن الخلع أصبح أكثر نسبة من الطلاق، وهذا راجع لتعديل قانون الأسرة 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 11/84

المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005، الذي يعدل نص المادة 54 والتي تلغي موافقة الزوج في الخلع، مما فتح المجال للزوجة في التعسف في هذا الحق بمقابل بدل الخلع.

-توسعة المشرع من نطاق سلطة التقديرية للقاضي وتتجلى ذلك في تقدير بدل الخلع، وذلك في حالة عدم اتفاق الطرفين في بدل الخلع، إلا أن المشرع ضبط هذا المعيار بعدم تجاوز قيمة صداق المثل، وهذا ما يخلق إشكالا.

-أن أساس وهدف التعويض عن الضرر هو جبر وترضية للطرف المتضرر، وذلك بمنحه تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر سواء كان ماديا أو معنويا، فيكون على حسب جسامة الضرر، وللقاضي سلطة التقديرية في تقدير ذلك، وأن المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى والأقصى للتعويض، وهذا راجع للسلطة التقديرية للقاضي، بالرغم من أن المشرع لم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

-تتجلى إشكالات التعويض عن التعسف في فك الرابطة الزوجية، وذلك مقارنة بالتعويض عن الطلاق التعسفي وما تستحقه الزوجة من تعويض عما تسبب لها الزوج من ضرر جراء هذا الطلاق، وما يدفعه الزوج من تعويضات كنفقة العدة، الإهمال، المتعة، بالمقابل لا نجد أن المشرع قد ساوى بين الطرفين في حالة تعسف الزوجة في الخلع، فقد أعطى له بدل الخلع كتعويض له، وفي حالة عدم اتفاق بين الطرفين حكم له بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، فيعد هذا الأخير من الأسباب التي جعلت زياد في نسبة الخلع في المحاكم بحيث تتهافت الزوجات لطلب الخلع.

-تعد المتعة من المواضيع المسكوت عنها في قانون الأسرة، لهذا فإن القانون يحيلنا إلى نص المادة 222 منه والذي بدوره يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية التي كانت مفصلة في هذه المسألة، فقد ترتب عنها اختلاف الآراء بين فقهاء القانون نظرا لاختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية، وكان محل الاختلاف في وجوب استحقاق المتعة للمطلقة خارج إطار التعويض عن الطلاق التعسفي، مما يرو أن هناك اختلاف بين المتعة وبين التعويض عن الطلاق التعسفي.

-إن العدة من أهم الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، إذ ينجم عنها حقوق وواجبات للمعتدة، قد اعتبر المشرع الجزائري العدة من آثار الطلاق وهذا ما نص عليه من خلال المواد 58 إلى نص المادة 61 من قانون الأسرة، وتبدأ عدة المطلقة من صدور الحكم بالطلاق، وهذا ما يخلق إشكالا بين الشريعة والقانون، بحيث قد يكون الزوج طلق زوجته، فإن العدة شرعا تبدأ من تلفظ الزوج بطلاق، على خلاف القانون الجزائري الذي يبدأ اعتبار العدة من صدور الحكم بالطلاق، فعلى المشرع سد الفراغ في هذه المسألة.

-إن مسألة الحضانة من المسائل الحساسة نظرا أنها تخص الطفل، فهي من المواضيع الدقيقة قائمة على أهم معيار وهو مصلحة المحضون، إذ يعد مصطلح تم ذكره من قبل مشرع الجزائري في عديد من المواد التي تنص على الحضانة وذلك من المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة، إلا أنه لم يعطي لنا مفهوم لهذا المصطلح، غير أنه عرف لنا من خلال نص المادة 62 الحضانة بأنها رعاية الولد وحفظه، تاركا تقدير مصلحة المحضون على عاتق القاضي، إذ ملزم على هذا الأخير بالبحث عن مصلحة المحضون، من خلال استناد الحضانة، غير أن المشرع في نص المادة 62 لم يحدد لنا الشروط الدقيقة للحضانة واكتفى بعبارة "وأن يكون أهلا للقيام بذلك"، ومعرفة الشروط من شأنها أن توضح أكثر عبارة مصلحة المحضون، إلا أن المشرع أحالنا إلى الشريعة العامة التي تشير إلى الشروط وترتيب الحواضن، غير أن موضوع الحضانة يعد من آثار الطلاق، إلا أنه من خلال دراستنا لموضوع التعسف في فك الرابطة الزوجية جعلنا مسألة الحضانة من الآثار المعنوية، إذ تمس جانب المعنوي، لذلك فإن تعسف أحد الزوجين في فك الرابطة الزوجية لا يؤثر الطرف المتعسف من استحقاقه للحضانة، وهذا راجع على أن العلاقة تربط شخصين وهذا حفاظا على الأسرة عامة، وعلى الطفل خاصة.

ثانيا: الإقتراحات.

وبناء على ما تقدم ذكره نخرج بجملة من الإقتراحات نوجزها فيما يلي:

– تعديل نص المادة 52 من القانون الأسرة، وذلك بإضافة أسباب وصور التعسف في إيقاع الطلاق بالإقتداء بالشريعة الإسلامية، وكذلك مع عصرنت الواقع المعاش.

– تحديد أسس تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائري، وتقييد من سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض، ورفع مبالغ التعويض في حالة إثبات التعسف وذلك لسد الذرائع ومنع من الاستخفاف بالطلاق.

– تعديل نص المادة 54 من القانون الأسرة، بوضع أسباب جدية للخلع كحالة نفور أو عجز في إثبات الضرر أو حالات وأسباب المنصوص عليها في نص المادة 53 من نفس القانون.

– إضافة مواد أخرى تنص على تنظيم الخلع وأحكامه، فعلى المشرع أن يحذو حذو الكثير من التشريعات العربية التي نظمت الخلع، كالمشرع السوري، الكويتي، الأردني، المغربي.

– إضافة مادة تقر في حالة عدم وجود أسباب جدية للخلع، الحكم بتعسف الزوجة في هذا الحق وإعطاء الزوج تعويضا عنه، وهذا حتى يتحقق مبدأ المساواة في التعويض عن الضرر وكذلك الحد من تعسف الواقع من الزوجة.

– إضافة مادة تنص على الحالات استحقاق المطلقة لنفقة المتعة وكذلك استحقاقها للتعويض من الطلاق التعسفي، وذلك من أجل التفرقة بينهما.

– ضرورة تكوين قضاة في مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة أن قانون الأسرة يحيلنا في نص المادة 222 إلى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي.

– توسيع من هيئة الصلح في الطلاق، بحيث لابد بأن يكون القاضي الذي يقوم بإجراء الصلح قاضيا متخصصا، وذو كفاءة قانونية وشرعية، ويحبذ أن يكون ذو خبرة أسرية (متزوج أو متزوجة)، بحيث يعلم بأمور الحياة الزوجية ويقدر ذلك، وزيادة إلى قاضي وجب في الصلح هيئة مختصة كإمام من ناحية الشرعية والفقهية، وطبيب مختص في علم النفس والإجتماع، حيث يكون إجراء الصلح حقيقي وغير إجرائي.

– وضع مادة محددة لكافة الشروط لإسناد الحضانة وهذا مراعيا لمصلحة المحضون.

– وضع نصوص قانونية متعلقة بالزيارة وتحديدها من حيث التوقيت والمكان، من بينها جعل مبيت المحضون عند غير حاضنه.

– ولتحقيق والوصول إلى أعلى نسبة استقرار أسري في المجتمع، على الجهات المختصة إلزامية تقديم دورات تأهيل في الزواج، وذلك من الحد من فك الرابطة الزوجية وخاصة أن نسب الطلاق والخلع في ارتفاع عام بعد عام وهذا ما يشكل خطرا كبيرا على المجتمع.

قـــائـــمـــة المـــصـــادر والمـــراجـــع

أولا: المصادر.

أ: مصادر القانون.

1: القوانين.

-القانون رقم 25 سنة 1920، بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري المعدل القانون رقم 100 سنة 1985.

-قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، **المتضمن قانون الأسرة**، الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية، بتاريخ 12 يونيو 1984، العدد 24، المعدل والمتمم.

-قانون رقم 68 يتضمن قانون إتحادي في شأن الأحوال الشخصية عن الدولة الإمارات المتحدة سنة 2005.

-قانون رقم 51 يتضمن قانون الأحوال الشخصية عن دولة الكويت، المعدل بالقوانين أرقام 61 سنة 1997، و29 سنة 2004، و66 سنة 2007، ط1، ج8، 2011.

-قانون رقم 1953/59 المرسوم التشريعي **المتضمن الأحوال الشخصية السوري** رقم 59 بتاريخ 1953/09/07.

-قانون رقم 61 سنة1976 رقم2668 تاريخ1976/12/01، **المتضمن الأحوال الشخصية الأردني**. المنشور على الصفحة 3158 من عدد الجريدة الرسمية رقم4149 بتاريخ 1996/09/16.

-القانون عدد 65 سنة 1995، المؤرخ في 05 جويلية 1993، **المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق التونسي.**

-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 23أبريل2008، العدد21، المعدل والمتمم.

-الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 03 فيفري 2004، بنتفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 فيفري 2004، العدد 5184.

-قانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير 2015، **المتضمن انشاء صندوق النفقة.** الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 7يانير 2015، العدد01.

2_ الأوامر.

11-الأمر رقم 156.66 المؤرخ في 8يونيو 1966، **المتضمن قانون العقوبات** الصادر بجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 11يونيو 1966، العدد 49، المعدل والمتمم.

3_ معاجم لغوية.

-إبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط.** مصر: مكتب رحمانية، د س ن.

-إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر، **الصحاح.** بيروت: ط4، ج3، دار لسان العرب، 1987.

-إسماعيل بن حماد الجوهري، ت: أحمد عبد الغفور عطار، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية.** القاهرة: ط1، دار العلم للملايين، 1956.

-إسماعيل بن عباد كافي الكفاة الصاحب، ت: الشيخ محمد حسن آل ياسين، **المحيط في اللغة.** بيروت: ط1، ج1، عالم الكتب، 1994.

-أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، **لسان العرب.** بيروت: دار صادر، د س ن.

-أبو القاسم محمود الزمخشري، ت: علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، **الفائق في غريب الحديث والأثر.** لبنان: ط2، ج2، دار المعرفة، د س ن.

-أبي عبد الرحمان الخليل بن أحمد العزاهيدي، ت: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، **سلسلة المعاجم والفراهس،** بيروت: ج1، منشورات مؤسسة الأعلى للمطبوعات، د س ن.

-أحمد بن محمد بن علي الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.** بيروت: ج2، المكتبة العلمية، د س ن.

-بطرس البستاني، **محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية.** لبنان: مكتبة لبنان، 1983.

-صالح العلي الصالح، أمينة سليمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية.** مملكة العربية السعودية: مطابع الشرق الأوسط، د س ن.

-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، ت: محمود محمد الطناحي، طاهر أحمد الزاوي، **النهاية في غريب الحديث والأثر.** سوريا: ط1، ج2، المكتبة الإسلامية، 1963.

-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت: محمد نعيم العرقسوسي، **القاموس المحيط.** بيروت: ط8، مؤسسة الرسالة، 2005.

-مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط.** القاهرة: د د ن، ط2، ج2، 1972.

-محب الدين أبي الفيض الواسطي الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس.** لبنان: ج5، دار مكتبة الحياة، د س ن.

-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح.** لبنان: مكتبة لبنان، 1986.

أحمد الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، ت: عبد السلام محمد هارون، **معجم مقاييس اللغة**، د ب ن، ج4، دار الفكر، 1979.

ثانيا: مصادر الشريعة.

1: كتب التفسير.

-محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي الأندلسي أبو الوليد، **مختصر تفسير القرطبي.** لبنان: ج1، دار الكتب العلمية، 2001.

2: كتب الحديث وشروحه.

-أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت: نظر محمد الفاريابي، **صحيح مسلم.** المملكة العربية السعودية: ط1، دار طيبة، 2006.

-أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ت: شعيب الأرنووط وآخرون، **سنن أبي داوود.** بيروت: ج3، دار الرسالة العالمية، 2009.

-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري.** دمشق: كتاب دار ابن كثير، 2002.

-أبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، **السنن.** مصر: ط1، ج2، دار التأصيل، 2014.

-أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ت: بشار عواد معروف، **الجامع الكبير.** لبنان: ط1، ج2، دار الغرب الإسلامي، 1996.

-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: عبد العزيز بن عبد الله بزباز، **فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري.** بيروت: المكتبة السلفية، 1379هـ.

-علي بن عمر الدارقطني، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، **سنن الدارقطني.** لبنان: ط1، ج3، دار المعرفة، 2001.

3: كتب الفقه.

***الفقه المالكي.**

-أبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللحمي الغرناطي المالكي، **الموافقات في أصول الشريعة.** مصر: ج3، المطبعة الرحمانية، د س ن.

-أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، ت: محمد حجي، **المقدمات الممهدات.** لبنان: ط1، ج1، دار العرب الإسلامي، 1988.

-أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، ت: مصطفى البابي الحلبي، **موطأ مالك.** سوريا: دار إحياء التراث العربي، 1985.

-أبي عبد الله محمد الخرشي، علي العدوي، **الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي.** مصر: ط2، ج4، المطبعة الكبرى الأميرية، 1317هـ.

-شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.** د ب ن: ج2، دار إحياء للكتب العربية، د س ن.

-عبد العزيز بن حمد أل الشيخ مبارك التميمي المالكي الإحساني، **تدريب السالك إلى أقرب المسالك.** لبنان: ط 1، دار العرب الإسلامي، 1988.

-عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، ت: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم لهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية.** لبنان: ط1، دار الغربي الإسلامي، 1993.

-مالك بن أنس، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، **موسوعة شروح الموطأ.** مصر: ط1، ج15، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، 2005.

-محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي الأندلسي أبو الوليد، ت: محمد صبحي حسن حلاق، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد.** مصر: ج2، مكتبة ابن تيمية، 1993.

-محمد بن أحمد بن محمد عليش، **منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل مع تعليقات من تسهيل منح الجليل.** لبنان: ط1، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، 1984.

***الفقه الحنفي.**

-ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت: زكرياء عميرات، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنفية النعمان.** لبنان: ط1، دار الكتب العلمية، 1999.

-أبي بكر الرازي الجصاص، ت: محمد عبيد الله خان، سائد كداش، **شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي.** لبنان: ط1، ج5، دار البشائر الإسلامية، 2010.

-زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، **البحر الرائق شرح كنز الرقائق وشرح الرائق.** لبنان: ط1، ج3، منشورات محمد علي بيضون، 1997.

-شمس الدين السرخسي، **المبسوط.** لبنان: ط1، ج6، دار المعرفة، 1331هـ.

-عبد الرحمان الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة.** لبنان: ط2، ج4، دار الكتب العلمية، 2002.

-عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، **الإختيار لتعليل المختار.** لبنان: ج3، دار الكتب العلمية، د س ن.

-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السنكدري المعروف بابن الهمام الحنفي، ت: عبد الرزاق غالب المهدي، **شرح فتح القدير.** لبنان: ط1، ج3، دار الكتب العلمية، 2003.

-محمد أمين الشهير بابن عابدين، ت: عادل أحمد عبد الموجود، **در المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمة المحققين.** الرياض: ج4، دار عالم الكتب، 2003.

-محمد أمين بن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار.** لبنان: ط2، ج3، دار الفكر، 1992.

-محمد محمود بن أحمد العيني، **البناية في شرح الهداية.** لبنان: ط2، ج5، دار الفكر، 1990.

***الفقه الشافعي.**

-أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ت: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، **الحاوي الكبير.** لبنان: ط1، ج10، دار الكتب العلمية، 1994.

-أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، **الإجماع.** الإمارات: ط2، مكتبة الفرقان، 1999.

-الإمام النوي، ت: زهير الشاويش، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، لبنان: ط3، المكتب الإسلامي، 1991.

-بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبة، ت: أنور بن أبي بكر الشيخي الداغشاني، **بداية المحتاج في شرح المنهاج**. المملكة العربية السعودية: ط1، ج3، دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2011.

-شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن شهاب الدين الرملي، **نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج**. لبنان: دار الكتب العلمية، 2003.

-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، ت: محمد خليل عيتاني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**. لبنان: ط1، ج3، دار المعرفة، 1997.

-شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، **حاشية عميرة**. بيروت: ط1، ج3، دار الفكر، 1998.

-عبد الكريم محمد اللاحم، **المطلع على دقائق زاد المستنقع فقه الأسرة**. المملكة العربية السعودية: ط1، مجلد 3، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، 2010.

-عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكهوجي، **زاد المحتاج بشرح المنهاج**. قطر: ط1، ج3، الشؤون الدينية، 1982.

-محمد بن إدريس الشافعي، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، **الأم**. مصر: ط1، ج6، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2001.

-يحي بن شرف النووي محي الدين أبو زكرياء، **المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج**. د ب ن: مؤسسة قرطبة، 1994.

***الفقه الحنبلي.**

-أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، **المغني.** الرياض: ط3، ج10، دار عالم الكتب، 1997.

-تقي الدين ابن تيمية، ت: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، **الفتاوى الكبرى.** لبنان: ط1، ج3، دار الكتب العلمية، 1987.

-شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، ت: عبد المنعم خليل إبراهيم، **شرح الزركشي.** لبنان: ط1، ج2، دار الكتب العلمية، 2002.

-عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، **المقنع.** مصر: ط1، هجر للطباعة والنشر، 1996.

-علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.** لبنان: ط1، ج7، دار إحياء التراث العربي، 1999.

-علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، ت: محمد حامد الفقي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف.** مصر: ط1، ج8، مطبعة السنة المحمدية، 1956.

-محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله، ت: محمد بشير الأدلبي، **المطلع على أبواب الفقه.** لبنان: المكتب الإسلامي، 1981.

-منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، **شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهى لشرح المنتهى.** د ب ن: ط1، ج5، مؤسسة الرسالة، 2000.

-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف لقناع عن متن الأقناع.** بيروت: ج5، عالم الكتب، 1983.

***الفقه الظاهري.**

-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ت: عبد الغفار سليمان البنداري، **المحلى الآثار.** لبنان: ط3، ج9، دار الكتب العلمية، 2003.

-محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني، ت: محمد حمزة بن علي الكتاني، **معجم فقه ابن حزم الظاهري.** لبنان: ط1، دار الكتب العلمية، 2009.

ثانيا: المراجع.

1: مراجع القانون.

-إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية.** عمان: ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

-إبراهيم محمد منصور الشحات، **حقوق الطفل وأثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.** الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2011.

-أحمد الحجي الكردي، **الطلاق أبغض الحلال عند الله.** سوريا: ط1، دار اقرأ، 2007.

-أحمد بن محمد أحمد كليب، **الأحوال الشخصية-الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس.** الأردن: ط1، دار النفائس، 2010.

-أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة.** الإسكندرية: ط1، دار الجامعة الجديدة، 2010.

-أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع.** الأردن: ط1، دار المسيرة، 2009.

-أحمد نصر الجندي، **أحكام العدة عند النساء.** مصر: دار الكتب القانونية، 2005.

-أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون المصري.** مصر: دار شات للنشر والتوزيع والبرمجيات، 2009.

-أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري.** د ب ن: دار الكتب القانونية، 2009.

-إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية.** الأردن: ط1، دار الحامد، 2009.

-العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، .2013

-العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

-العربي بلحاج، **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي.** الجزائر: ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.

-العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.

-العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري.** الجزائر: ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.

-العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (أحكام الزواج).** الجزائر: ط6، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

-العربي بلحاج، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد.** الأردن: ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.

-العربي بلحاج، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 .2010**. الجزائر: ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012.

-الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء.** الجزائر: ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

-أنور العمروسي، **موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع (دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة والقوانين الوضعية).** الإسكندرية: ج3، دار الفكر الجامعي، 2003.

-باديس ديابي، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة.** الجزائر: دار الهدى، 2012.

-بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** الجزائر: ط2، منشورات بغدادي، 2009.

-تقي الدين الهلالي، **أحكام الخلع في الإسلام.** لبنان: ط1، المكتب العربي، د س ن.

-تواتي بن تواتي، **المبسط في الفقه المالكي بالأدلة.** الجزائر: ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2010.

-تيسير رجب التميمي، **الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي.** القاهرة: ط1، دار الفكر العربي، 2009.

-جمال سايس، **قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري.** الجزائر: ط1، ج2، منشورات كليك، 2013.

-جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، **الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة.** الإسكندرية: ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2016.

-حبيب إدريس عيسى المزوزي **تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة).** مصر: دار الكتب القانونية، 2011.

-حسن كيره، **المدخل إلى القانون.** الإسكندرية: منشاة المعارف، 2000.

-حسن ناجي عاشور، **شرح قانون الأحوال الشخصية الفرقة بين الزوجين.** مصر: ط1، ج2، دار النهضة العربية، 2021.

-حسين طاهري، **الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة.** الجزائر: ج1، دار الخلدونية، 2012.

-حسين فريجة، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** الجزائر: ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.

-خطاب خالد خطاب، **التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة.** الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2012.

-خليل عمرو، **انحلال الرابطة الزوجية.** الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015.

-رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.** عمان: دار قنديل للنشر والتوزيع، 2010.

-الرشيد بن الشويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية المقارنة.** الجزائر: ط 1، دار الخلدونية، 2008.

-رمضان علي السيد الشرباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية.** الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2012.

-سائح سنقوقة، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** الجزائر: ج1، دار الهدى، 2011.

-سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني (الفعل الضار والمسؤولية المدنية).** سوريا: ط5، ج1، دار الفكر للطباعة والنشر، 2001.

-سمير محمد محمود عقبي، **الحضانة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة.** مصر: ط1، دار المنار، 1986.

-صباح صادق جعفر، **قانون الأحوال الشخصية.** العراق: ط9، المكتبة الوطنية، 2006.

-ضو مفتاح غمق، **الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي.** ليبيا: دار شموع الثقافة، 2000.

-طه عبد المولى، **التعويض عن الأضرار الجسدية.** مصر: دار الكتب القانونية، 2002.

-عامر سعيد نوري الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية.** لبنان: ط1، دار بن حزم، 1997.

-عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني.** الإسكندرية: ج1، منشاة المعارف، 2004.

-عبد الصمد محمد يوسف، عبد الصمد محمد يوسف، **قانون الخلع بين مقتضيات الشرع ومشكلات الواقع مع أطروحة لحق هذه المشكلات وفقا لأحكام الشرع والقانون.** الإسكندرية: ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2017.

-عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية.** الجزائر: دار هومة، 2013.

-عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: دار هومة للنشر والتوزيع، 1996.

-عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**. الجزائر: ط3، دار هومة، 1996.

-عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**. الجزائر: ط1، دار الخلدونية، 2007.

-عبد القادر بن عزوز، **أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة**. الجزائر: ط1، دار قرطبة، 2007.

-عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**. لبنان: ط1، ج10، مؤسسة الرسالة، 1993.

-عبد الهادي بن زيطة، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**. الجزائر: ط1، دار الخلدونية، 2007.

-عصام أنور سليم، **حقوق الطفل**. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2001.

-علال ياسين، **أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في الفقه والقانون دراسة مقارنة**. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2017.

-علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام مصادر (الالتزام في القانون المدني الجزائري)**. الجزائر: ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.

-علي فيلالي، **الالتزامات العمل المستحق للتعويض**. الجزائر: موفر للنشر والتوزيع، 2002.

-علي يوسف الشكري، **المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال**. القاهرة: دار الكتب القانونية، 2011.

-فاطمة حداد، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**. الإسكندرية: ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2017.

-فضيل سعد، **شرح قانون الجزائري في الزواج والطلاق.** الجزائر: ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، د س ن.

-لحسن الشيخ آث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية.** الجزائر: ط1، ج1، دار هومه، 2004.

-ليلى حسن محمد الزوبعي، **أحكام العدة في الشريعة الإسلامية.** عمان: ط 2، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، 2007.

-محمد ابراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن.** العراق: ط1، إحسان للنشر والتوزيع، 2014.

-محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية.** القاهرة: مجلد 6، دار محمود، 2023.

-محمد كامل مرسي، **شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية).** الإسكندرية: ج6، منشأة المعارف، 2005.

-محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية.** لبنان: ط1، دار الكتاب العربي، 1984.

177-محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون.** بيروت: دار النهضة العربية، 1988.

-محمد نجم صبحي، **محاضرات في قانون الأسرة الجزائري.** الجزائر: ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

-محمد يحي قاسم سلطان الحسو، **مرض الموت وأثره في زواج المريض وإنحلاله.** مصر: دار الكتب القانونية، 2022.

-محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**. الأردن: ط1، دار الفكر، 2008.

-مصطفى عبد الغني شيبة، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره)**. ليبيا: ط1، منشورات جامعة سبها، 2006.

-منال محمود المشني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية**. الأردن: ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

-نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا** . الجزائر: دار الهدى، 2006.

-نبيلة إسماعيل رسلان، **شرح لأحكام قانون الطفل**. القاهرة: دار الطباعة بالهرم، 1996.

-نورة منصوري، **التطليق والخلع**. الجزائر: دار الهدى، 2010.

-وفاء معتوق حمزة، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**. مصر: ط1، دار القاهرة، 2000.

-يوسف دلاندة، **قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02.05**. الجزائر: دار هومة للنشر والتوزيع، 2007

2: مراجع الشريعة.

-أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل**. بيروت: ط 3، ج1، دار الكتاب العربي، 1407هـ.

-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، **المستصفى من علم الأصل**. د ب ن: ج1، د د ن، 505هـ.

-ابن حجر العسقلاني، ت: محمد ناصر الدين الألباني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام**. الرياض: ط1، ج3، مكتبة المعارف، 2006.

-أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، ت: كمال يوسف الحوت، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار.** لبنان: ط1، ج4، دار التاج، 1989.

-أبي عبد الرحمان الخليل بن أحمد الفراهيدي، ت: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، **العين.** لبنان: ج1، دار الكتب العلمية، 2003.

-أحمد بن محمد بن علي الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.** القاهرة: ط2، دار المعارف، د س ن.

-الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي.** لبنان: ط2، ج4، مؤسسة المعارف، 2005.

-السيد سابق، **فقه السنة.** القاهرة: ط20، ج2، الفتح للإعلام العربي، 1998.

-بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام.** مصر: ط2، مطبعة دار التأليف، 1961.

-سيد قطب، **في ظلال القرآن الكريم.** لبنان: ط 7، دار المعرفة، 1971.

-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، **أنوار البروق في أنوار الفروق.** القاهرة: المجلد 4، دار السلام، 2001.

-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، **أنوار البروق في أنوار الفروق.** القاهرة: المجلد 4، دار السلام، 2001.

-صالح بن غانم السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها.** المملكة العربية السعودية: ط1، دار بلنسية، 1417هـ.

-عبد الرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية.** مصر: ط2، دار الفكر، 1968.

-عبد الفتاح عمرو، **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية.** الأردن: دار النفائس، 1998.

-عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.** بيروت: ط3، ج10، مؤسسة الرسالة، 1997.

-عبد الناصر توفيق العطار، **الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام.** القاهرة: ط2، المكتبة الأزهرية للتراث، 2008.

-علي أحمد القليصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية.** اليمن: مكتبة الجيل الجديد، د س ن.

-علي الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي.** مصر: المطبعة الفنية الحديثة، 1971.

-فتحي الدريني، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي.** بيروت: ط3، مؤسسة الرسالة، 2013.

-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، ت: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثيري، **النهاية في غريب الحديث والأثر.** المملكة العربية السعودية: ط1، دار ابن الجوزي، 1421هـ.

-محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية.** دمشق: ط3، دار الفكر العربي، 1995.

-محمد الخطيب الشربيني، **مغنى المحتاج.** لبنان: ج3، دار الفكر، 1978.

-محمد الزحيلي، **التعويض المالي عن الطلاق.** سوريا: ط1، دار المكتبي، .1998

-محمد بن أحمد بن محمد جزي الكلبي، **القوانين الفقهية لإبن جزي.** د ب ن: ابن الحزم، د س ن.

-محمد بن إسماعيل الصنعاني، ت: محمد ناصر الدين الألباني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام.** المملكة العربية السعودية، ط1، مكتبة المعارف، 2006.

-محمد بن المدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي.** السعودية: ط1، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، 1999.

-محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، بيروت، ط4، مؤسسة الرسالة، 1996.

-مصطفى أحمد الزرقاء، **صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي.** عمان: ط1، دار البشير، 1986.

-نور الدين عتر، **أبغض الحلال.** بيروت: ط3، مؤسسة الرسالة، 1984.

-وهبة إدريس عوض أحمد، **الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن.** لبنان: ط1، مكتبة هلال، 1986.

-وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته.** دمشق: ط2، ج7، دار الفكر، 1985.

-وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة.** سوريا: دار الفكر، 1998.

ثالثا: أبحاث ومقالات.

-أحمد شامي، "**نفقة المتعة في التشريعين الجزائري والمصري**". مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، 2018.

-أحمد هلتالي، "**استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة الجزائر، العدد الحادي عشر، 2018.

-أمال علال، "**إجراءات التقاضي في دعوى الخلع**". المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، تلمسان، العدد01، 2019.

-جمال قتال، "**نفقة المطلقة كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية**". مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2020.

-جوابي فلة، "**دور الإجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة**". مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، البليدة، الجزائر، 2017.

-حساين عومرية، "**دور اجتهادات قاضي الأحوال الشخصية في الحد من الطلاق التعسفي _قراءة في القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم_**". مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد6، الغواط، العدد2، 2022.

-حسين أحمد علي مرسي، "**الطلاق التعسفي أسبابه وطرق علاجه من منظور فقهي**". مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، ج12، العدد 05، 2020.

-رابح بن غريب، "**أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية**". مجلة تاريخ العلوم، المجلد 04، العدد 7، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017.

-راضية بشير، محمود لنكار، "**حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع**". مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، 2019.

-ربيحة إلغات، "**الطلاق بالخلع دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا**". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 03، العدد 46، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

-رحاب أرجيلوس، "**الإجراءات القانونية لدعوى الخلع في التشريع الجزائري**". مجلة القانون والمجتمع، المجلد 11، العدد01، 2023.

-رحمة بريق، محمد لخضر دلاج، "**التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره**". مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 02، 2020.

-سامي محمد أو عرجة، "**أحكام الخلع وأثره في الفقه الإسلامي**". مجلة جامعة الأزهر، المجلد 17، العدد1، غزة، 2015.

-سعد محمد التميمي، عادل عبد الفضيل عيد، "**استضافة المحضون بين الفقه الإسلامي وقضايا الأحوال الشخصية ـ دراسة تطبيقية**". كلية التربية، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز، مملكة العربية السعودية، العدد 02، 2017.

-سمية بوكايس، "**مدى فاعلية إجراء الصلح في دعاوى الطلاق**". المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد06، العدد 01، 2021.

-شلبي أحمد عيسى عبيدا، يوسف عبد الله الشريفين، "**تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة**". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الثاني والأربعون، 2017.

-شوقي بناسي، "**التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05_10 المعدل للقانون المدني**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، العدد3، 2009.

-شوقي بناسي، "**الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن**". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 45، العدد 4، 2008.

-طيب قبايلي، "**الخلع في القانون والقضاء الجزائريين**". المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد01، 2022.

-عبد الحكيم بوجاني، "**الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15**". المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد 04، تيسمسيلت، 2017.

-عبد السلام عبد القادر، "**الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة**". مجلة الإحياء، المجلد 01، العدد 12، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008.

-عبد السلام منصور قويدر، "**الخلع معناه وأحكامه(دراسة فقهية مقارنة)**". مجلة الجمعية الليبية لعلوم التربية، العدد الأول، طرابلس، ليبيا، 2022.

-عبد العزيز مقفولجي، "**شروط قبول الدعوى**". مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، 2013.

-عبد الفتاح تقية، "**عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 02، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

-فطيمي زهرة، "**التعليق على المادة 124 مكرر وفق تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05_10 الموافق ل 20يونيو 2005**". مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، 2012.

-كمال بعاكية، أمال حبار، "**سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالسكنى والنفقة والمتعة**". مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد 01، 2022.

-كمال بعاكية، أمال حبار، "**سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت**". مجلة الإحياء، المجلد 22، العدد 30، 2022.

-محمد أمين مودع، "**شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري**". مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد02، 2018.

-محمد زكي عبد البر، "**إساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي**". مجلة القانون والإقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، 1986.

-محمد طواهري، "**إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الطلاق نموذجا)**". مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد07، العدد01، 2021.

-محمد لاتي، "**أساس التعويض عن الطلاق التعسفي**". مجلة القانون والعلوم السياسة، العدد الرابع، 2016.

-محمد مستوري، "**زواج المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**". مجلة القانون والمجتمع، المجلد 09، العدد 02، 2021.

-مستوري محمد، "**طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**". مجلة الدراسات القانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، 2019.

-مطلق محمد مطلق المطيري، "**فقه الصحابة في طلاق المكره والغضبان دراسة فقهية مقارنة الأحوال الشخصية الكويتي**". مجلة كلية دار العلوم، العدد 143، القاهرة، 2022.

-نبيلة جنادي، "**النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري**". مجلة صوت القانون، خميس مليانة، العدد 08، 2017.

-نجاح نايف لطيف، نشوان خالد صالح الزيباري، "**السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي (دراسة تحليلية مقارنة)**". المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد السادس، العدد السادس، العراق، 2022.

-نريمان خمار، حورية لشهب، "**تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية**". مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 20، العدد 02، 2020.

-نوال تومي، خلواتي صحراوي، "**أحكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية**". مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021.

-وداد عباس، جنات دكار، "**تدابير الجزائر لمواجهة الأزمة المزدوجة-جائحة كورونا وتراجع عائدات النفط**". مجلة مدرات للعلوم الاجتماعية والإنسانية تصدر عن مركز الجامعي غليزان، العدد 04، 2021.

-وريدة العربي، "**أساس الضرر الموجب للتعويض في مجال المسؤولية المدنية للدولة، ودور القاضي الإداري في تقدير التعويض الخاص**". مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 02، 2023.

رابعا: رسائل جامعية.

أ-الأطروحات.

-أحمد شامي، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013.

-خيرة العرابي، "**حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري**". أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة وهران، 2013.

-رشيد مسعودي، "**النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.

-زكية حميدو، **مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

-زوهير بن حشاني، "**آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2021/2020.

-عبد المنعم خليل إبراهيم الهيتي، "**أحكام المريض في فقه العبادات وقضايا الأسرة**". أطروحة الدكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العراق، 1996/1995.

-علي سنوني، "**مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق**". أطروحة الدكتوراه، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق، تخصص قانون الأسرة، سيدي بلعباس، 2019/2018.

-لعلى سعادي، "**الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2015/2014.

-مسعودة نعيمة إلياس، "**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.

-منى منصور، "**النظام القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية**". أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2023/2022.

-هشام ذبيح، "**حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**". أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.

ب-الرسائل.

-إبراهيم بسما حسين لافي، "**إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي**". رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2009.

-أسمهان عفيف، "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2010.

-العربي مجيدي، "**نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**". رسالة الماجستير، كلية أصول الدين، تخصص الشريعة والقانون، الخروبة، الجزائر، 2002/2001.

-إيمان معمري، "**ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2015.

-تركماني نبيلة، "**أسباب الطلاق وآثارها القانونية والاجتماعية**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000/2001.

-حبيب إدريس عيسى المزوزي، "**تصرفات المريض مرض الموت-دراسة مقارنة-**". رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2005/2004.

-ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، "**الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني**". رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، تخصص الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011.

-سارة خضر ارشيدات، "**البيع في مرض الموت**". رسالة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2014/2013.

-سعيد طاري، "**التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة**". رسالة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة السانية، وهران، 2013/2012.

-سمية بوحادة، "**الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية، أدرار، 2014/2013.

-صابرينة بيطار، "**التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015.

-عامر رشاد السيد إبراهيم، "**تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى**". رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، تخصص العقود والمسؤولية، 1989.

-عبد الله بن محمد بن عبد الله الطواله، "**حقوق الطفل الواردة في اتفاقية حقوق الطفل مقارنة بالفقه الإسلامي**". رسالة ماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية السعودية،2013.

-عمر زودة، "**طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**". رسالة الماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، الجزائر 01، 2001/2000.

-محمد لاتي، "**المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002/2001.

-محمد ملاحي، "**دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون أسرة، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 01، 2016/2015.

-نسرين إيناس بن عصمان، "**مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

-نور الهدى المستاري، "**الخلع -دراسة مقارنة-**". رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013.

خامسا: محاضرات.

-محمد الطاهر جرمون، **محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لطلبة السنة الثانية حقوق**. جامعة حمة لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الوادي، الجزائر، 2021/2020.

سادسا: الاجتهادات القضائية.

-نشرة القضاة العدد02، لسنة 1972.

-نشرة القضاة، العدد 01، لسنة 1980.

-المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1989.

-المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1989.

-المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1989.

-المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1989.

-نشرة قضاة، العدد 2، لسنة 1989.

-المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990.

-المجلة القضائية، العدد 30، لسنة 1990.

-المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1991.

-المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1991.

-المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991.

-المجلة القضائية العدد 01، لسنة1992.

-المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1992.

-المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1992.

-نشرة القضاة، العدد 01، لسنة 1993.

-المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1993.

-المجلة القضائية، العدد خاص، لسنة 1993.

-المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1994.

-المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1997.

-المجلة القضائية، العدد خاص، لسنة 2001.

-المجلة القضائية، العدد5، لسنة 2001.

-المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2004.

-المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2004.

-المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2005.

-المجلة القضائية، العدد01، سنة 2009.

-المجلة القضائية، العدد 02، لسنة2009.

-المجلة القضائية، العدد خاص، لسنة 2012.

-المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2013.

-المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2014.

سابعا: الأنترنت.

-http://www.islamic-fatwa.com/index.jsp?inc=17&id=272&type=3&cat=15

موقع خاص بصفحة فتاوي.

-https://www.apn.dz/lire-article/4676. موقع لصفحة خاصة بالمجلس الشعبي الوطني.

الملاحق

مكتبة الأستاذ
محام لدى المجلس
✉
✆ /

محكمة بسكرة
قسم شؤون الأسرة.
القضية رقم :
الجلسة بتاريخ:

(ملحق 01)

عريضة افتتاح دعوى

لفائدة المدعي :..... .....
✉ المقيم حي بسكرة
القائم في حقه الأستاذ

ضد المدعى عليها :
✉المقيمة بسكرة

- **بحضور السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة بسكرة.**

ليطب لهيئة المحكمة الموقرة

يتشرف المدعي في رفع دعواه عارضا وملتمسا ما يلي:

في الشكل:

حيث أن المدعي يرفع عريضة افتتاح دعوى طبقا للمواد13-14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يتعين قبولها شكلا.

في الموضوع:

حيث أنالمدعي تزوج المدعى عليها بعقد رسمي بتاريخ2013/01/08 تحت رقم 00000 منعقد ومسجل ببلدية بسكرة. أثمر الزواج عن ثلاثة أبناء وهم (.....).

حيثأن المدعي عقد زواجه شرعا وقانونا وكله أمل في دوام العشرة والاستقامة الزوجية بهناء الأنفس والسكينة، غير أنه وبسوء تصرفات المدعى عليها باءت العشرة بالفشل وساد الشقاق ونفرت الأنفس.

حيث أن المدعى عليها لم تكن تقوم بواجباتها الزوجية المفروضة عليها شرعا وقانونا مما وتر العلاقة الزوجية وحرمت المدعي من حقوقه المعنوية وأهملته رغم نصحه لها وطلب تدخل والديها لإرشادها وتنبيهها على طاعة الزوج.

حيث أن المدعى بعد تأزم العلاقة الزوجية قرر إيجاد حلول للإصلاح فقرر تغيير الإقامة إلى مدينة بابا حسن بالجزائر، وأستأجر مسكن عسى أن يكون في ذلك خير، غير أنه بعد فترة تجربة واجهته مشاكل مادية وأصبح بطال ولم يقدر على دفع بدل الايجار.

حيث أن المدعي أخبر المدعى عليها أنه لن يستطيع العيش في مدينة أخرى لغلاء المعيشة وأنه راجع إلى مسكنه المملوك له ببسكرة. وأن الشرع أزاح الحرج عن الزوج مراعاة لظروفه الاجتماعية تبيانا لقوله تعالى "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ".

حيث أن المدعى عليها رفضت الرجوع معه إلى مسكن الزوجية ببسكرة بداعي أنها اعتادت العيش هنالك رغم إدراكها إلى تأزم الوضع المادي وخطورة طردهما من المسكن المستأجر والبقاء في مدينة بعيدا عن الأهل وذوي القربة لمد يد العون.

حيث أن المدعى عليها لم تكتفي بذلك من سوء تصرف بل أصبحت تثير المشاكل يوميا وتنكد العيش على زوجها، حتى أنها تغادر البيت دون إذنه وتستفزه بتصرفات غير أخلاقية لفظا وسلوكا.

حيث أن المدعي سعى لتهدئة المدعى عليها وارشادها إلى مطاوعته والرجوع معه إلى مسكن الزوجية بـ بسكرة وبادر إلى أهلها طالبا منهم التدخل لنصح ابنتهم واستعان بأهل الصلح غير أن كل المساعي باءت بالفشل لتعنت الزوجة.

حيث أنه المدعي تضرر من العلاقة الزوجية التي سادها الشقاق ونفرت الأنفس ولم يعد يحس برفعة قدره كزوج وأب ونال من زوجته نكران المعروف وخاف أن لا يقيم حدود الله معها تطبيقا لقوله تعالى (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه)
حيث أن المدعي تحفظ في عريضته الافتتاحية عن ايراد الأسباب الأخرى التي جعلته يبادر في رفع دعوى الطلاق وله أن يوضح للمحكمة كل التفاصيل الخاصة بجلسة السماع.

حيث أن الله جعل عقدة النكاح وعصمتها للرجل فيخاف أن يذرها كالمعلقة ومنه يلتمس من هيئة المحكمة الموقرة الحكم بفك الرابطة الزوجية بينه وبين المدعى عليها.

<u>لهذه الأسباب ومن أجلها</u>

في الشكل :قبول الدعوىشكلا.
في الموضوع :الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بين المدعي ..... والمدعى عليها ..... بنت الصادق والأمر بتسجيله في سجل الحالة المدنية بعقدي ميلادهما .
جعل المصاريف القضائية على عاتق المدعى عليها.

تحت سائر التحفظات/ عن المدعي
محاميه الأستاذ

المرفقات:
- صورة من عقد زواج.
- صورة من شهادة ميلاد المدعي.
- صورة منشهادة ميلاد المدعى عليها.
- صورة من شهادة عائلية.

الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة

مجلـس قضـاء بسكـرة
محكمـة بسكرة
المكتب العمومي للمحضر القضائي
الأستـاذ/
- بسكرة
هاتف / فاكس:
@gmail.com

(الملحق 02)

* محضر تسليم التكليف بالحضور *

طبقا للمواد 19 من 406 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

بتاريـــخ: / /2024

الفهـــرس:

.....

ضـــد

.....

الصفحات: .....

بتاريخ: من شهر سنة ألفين و أربعة وعشرون

على الساعـــة:

و بطلـب مـن: .....

العنـــوان بـ: .....

نحن الأستاذ المحضر القضائي لدى محكمة بسكرة

اختصاص مجلس قضاء بسكـــرة

سلمنـا للمسمـى: .....

العنـــوان بـ: .....

حيث كنا مخاطبيـــن:

الصفـة حسب تصريحه:

الحامل ب ت و / ر س رقم:

الصادرة بتاريخ: عـــن:

كما يلي:

التكليف بالحضـور لجلسـة: ..../...../**2024** قضـية رقـم: .../**2024**، أمـــام: .....، القسـم: .....، المحرر من طرفنـا المرفق **بعريضـة** .....، المؤشر عليها من طرف أمين كتابة الضبط بدون مرفقات.

وبموجبه وصل إلى علمه بأن المدعي عليه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور طبقا للمادة 19 سيصدر حكما ضده بناءا على ما قدمه المدعي من عناصر.

وعليه حررنا هذا المحضر إثباتا للواقع و بصحة ما سبق ذكره طبقا للقانون.

توقيـع المستلـم ***القائم بالتبليغ*** ***المحضـر القضـائي***

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء بسكرة
محكمة بسكرة
المكتب العمومي للمحضر القضائي
الأستاذ/

هاتف / فاكس :
@gmail.com

محضر تكليف بالحضور

طبقا للمادة 18 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

بتاريخ: / /2024

الفهرس:

.....

ضد

.....

بتاريخ: من شهر سنة ألفين و أربعة وعشرون

على الساعة:

و بطلب من: .....

العنوان بـ: .....

نحن الأستاذ **المحضر القضائي لدى محكمة بسكرة**

اختصاص مجلس قضاء بسكرة

كلفنا المسمى: .....

العنوان بـ: .....

بالحضور أمام: .....، القسم: .....

لجلسة: ..../2024/01، قضية رقم: ...../2024

أول جلسة: ..../2024/01، على الساعة: ..... القاعة رقم: .....

وعليه حررنا هذا المحضر إثباتا للواقع و بصحة ما سبق ذكره طبقا للقانون.

المحضر القضائي

(الملحق 03)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العـدل

مجلس قضاء بسكرة
محكمة بسكـرة
رقم الجدول :

محضر سمـاع

بتاريخ: من شهر سنة الفين و اربعة وعشرون

نحـــن: رئيس قسم شؤون الاسرة
و بمساعدة السيد (ة): أمـين الضبـط

حضـــر

المدعي / ..... المولود في: .....

إبن / ..... العائلة .....

رقم بيد بك وارد من: ..... الصادرة بتاريخ / .....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

المدعي (ة) أمين الضبط القاضي

المدعى عليه(ها) / ..... المولود في : .....

إبن (ة)/ ..... العائلة .....

رقم بيد بك وارد من: ..... الصادرة بتاريخ: .....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

المدعى عليه(ها) أمين الضبط القاضي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العـــدل

(الملحق 03)

مجلس قضاء بسكرة
محكمة بسكـــــرة
قسم شؤون الأسرة
رقم القضية:

محضـر محاولة الصلح

بتاريخ: .... من شهر ..... سنة ألفين و اربعة عشرون
نحـــــن: رئيس قسم شؤون الأسرة
و بمساعدة السيدة : أمـــين الضبط

بعد الإطلاع على المادة 49 من قانون الأسرة .

الزوج / .....المولود في .....بـ.....

رقم (يم . يك)/ (رخصة س)..... ....الصادرة في .....

الزوجة/.....المولودة في..... .....بـ.....

رقم (يم . يك)/ (رخصة س)..... ....الصادرة في .....

و حررا أنهما تزوجا في : .... بسجلات الحالة المدنية لبلدية ..... تحت رقم .....

و قد حررا ما يلي :

الزوج/.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

الزوجة /.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

الزوج الزوجة أمين الضبط القاضي

مكتبة الأستاذ
محام معتمد لدى المجلس
✉ شارع
✆ /

محكمة بسكرة
قسم شؤون الأسرة.
القضية رقم :
الجلسة بتاريخ:

الملحق 04

عريضة افتتاح دعوى

لفائدة المدعية :.....
ϖالمقيمة بسكرة
القائم في حقها الأستاذ

ضد المدعى عليه : .....
ϖالمقيم بسكرة

- **بحضور السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة بسكرة.**

ليطب لهيئة المحكمة الموقرة

تتشرف المدعية في رفع دعواها عارضة وملتمسة ما يلي:

في الشكل:
حيث أن المدعية ترفع عريضة افتتاح دعوى طبقا للمواد 13 -14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يتعين قبولها شكلا.

في الموضوع:

حيث أن المدعية تزوجت المدعى عليه بعقد رسمي بتاريخ ..... تحت رقم 00000 منعقد ومسجل ببلدية بسكرة. أثمر الزواج عن ثلاثة أبناء وهم .....).

حيث أن المدعية عقدت زواجها شرعا وقانونا وكلها أمل في دوام العشرة والاستقامة الزوجية بهناء الأنفس والسكينة، غير أنه وبسوء تصرفات المدعى عليه باءت العشرة بالفشل وساد الشقاق ونفرت الأنفس.

حيث أن المدعى عليه لم يكن يقوم بواجباته الزوجية المفروضة عليه شرعا وقانونا مما وتر العلاقة الزوجية وحرم المدعية من حقوقها المعنوية وأهملها ماديا رغم سعيها للصلح وطلب تدخل الأهل لايجاد حلول.

حيث أن المدع عليه فرض على المدعية وضع حد للعلاقة الزوجية بارادتها المنفردة وهي مكرهة على ذلك لأنها لم تجد حلا آخر إلا بطلب الخلع وفك الرابطة الزوجية.

حيث أنه المدعية تضررت من العلاقة الزوجية التي سادها الشقاق ولم تعد تحس بكرامتها كزوجة كزوج وأم ونالها من زوجها نكران المعروف والعذاب النفسي وخافت أن لا تقيم حدود الله معه.

حيث أن المدعى عليه لم يكتفي بذلك بل قام بطرد المدعية من مسكن الزوجية منذ تاريخ ..... إلى غاية اليوم وتركها دون نفقة لها أو لأبنائها.

حيث أن المدعية تحفظ في عريضتها الافتتاحية عن ايراد الأسباب الأخرى الخاصة التي جعلتها تبادر برفع دعوى الخلع ولها أن توضح للمحكمة كل التفاصيل الخاصة بجلسة السماع ومحاولة الصلح.

حيث أن المدعية تلتمس من هيئة المحكمة الموقرة الحكم بفك الرابطة الزوجية بينها وبين المدعى عليه بالخلع وتعرض على المدعى عليه مبلغ **20.000** دج الذي يمثل مقدار الصداق الممنوح لها.

لهذه الأسباب ومن أجلها

في الشكل :قبول الدعوى شكلا.
في الموضوع :الحكم بفك الرابطة الزوجية بالخلع بين المدعية ..... والمدعى عليه .... والأمر بتسجيله في سجل الحالة المدنية بعقدي ميلادهما .
الاشهاد للمدعية باستعدادها لمنح المدعى عليه مبلغ **20.000** دج كبدل للخلع.
إلزام المدعى عليه بتعويض المدعية بمبلغ مقداره **10.000** دج شهريا من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية الفصل في دعوى الخلع تعويضا عن الاهمال.
إلزام المدعى عليه بتمكين المدعية من مبلغ مقداره **30.000** دج تعويض عن العدة.
جعل المصاريف القضائية على عاتق المدعى عليه

تحت سائر التحفظات/ عن المدعية
محاميها الأستاذ [illegible]

المرفقات:
- صورة من عقد زواج.
- صورة من شهادة ميلاد المدعية.
- صورة من شهادة ميلاد المدعى عليه.
- صورة من شهادة عائلية.

الإحصائيات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية خلال سنتي 2022 و2023 ولاية بسكرة.

الإحصائيات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية خلال سنتي2022و2023

عدد القضايا المطروحة خلال سنة2022 على مستوى دائرة الاختصاص:3502

عدد القضايا المطروحة خلال سنة2023 على مستوى دائرة الاختصاص:3382

عدد القضايا المفصولة خلال سنة2022 على مستوى دائرة الاختصاص:2050

عدد القضايا المفصولة خلال سنة2023 على مستوى دائرة الاختصاص:1954

جدول متعلق بعدد القضايا المطروحة والمفصولة الخاصة بشؤون الأسرة خلال سنتي2022و2023

السنة / القضايا	عدد القضايا المطروحة	عدد القضايا المفصولة
2022	3502	2501
2023	3382	2300

الجدول التفصيلي لحالات فك الرابطة الزوجية

	الطلاق بالتراضي	الطلاق بالارادة المنفردة	التطليق	الخلع	حالات التي تم فيها الصلح
2022	680	690	82	520	78
2023	530	715	60	550	99

فـــهـــرس المـــوضـــوعـــات

الإهداء.....

الشكر والتقدير.....

قائمة المختصرات.....

مقدمة.....أ

الباب الأول: التعسف في فك الرابطة الزوجية..... 12

الفصل الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....13

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق والتعسف فيه.....14

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.....14

الفرع الأول: تعريف الطلاق.....14

الفرع الثاني: أركان الطلاق.....19

المطلب الثاني: مفهوم التعسف.....29

الفرع الأول: تعريف التعسف.....29

الفرع الثاني: معايير التعسف.....32

المطلب الثالث: مفهوم الطلاق التعسفي.....37

الفرع الأول: حكم الطلاق التعسفي.....37

الفرع الثاني: تعريف الطلاق التعسفي.....40

المبحث الثاني: مظاهر تعسف الزوج في حق الطلاق.....41

المطلب الأول: طلاق الزوج مرض مرض الموت.....41

الفرع الأول: تعريف مرض الموت.....41

الفرع الثاني: حكم توريث المطلقة في مرض موت الزوج.....45

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على واقعة طلاق مريض الموت.....47

المطلب الثاني: طلاق دون سبب مشروع.....50

الفرع الأول: حالات الطلاق دون سبب شرعي.....51
الفرع الثاني: تطبيق معايير التعسف على الطلاق بدون سبب شرعي.....55
الفرع الثالث: موقف المشرع من طلاق بدون سبب شرعي.....57
المبحث الثالث: التنظيم الإجرائي لدعوى الطلاق التعسفي.....58
المطلب الأول: المسار الإجرائي لرفع دعوى الطلاق.....59
الفرع الأول: شروط قبول الدعوى.....59
الفرع الثاني: رفع الدعوى من حيث الإختصاص.....62
المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في سير دعوى الطلاق التعسفي.....65
الفرع الأول: طرق ممارسة الدعوى.....65
الفرع الثاني: الصلح كإجراء وجوبي قبل الفصل في الدعوى.....67
المطلب الثالث: مراحل صدور الأحكام وطبيعتها.....69
الفرع الأول: صدور الحكم بالطلاق.....70
الفرع الثاني: طبيعة الأحكام في الدعوى الطلاق.....71
خلاصة الفصل الأول.....72
الفصل الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.....74
المبحث الأول: دلالة الخلع.....76
المطلب الأول: مفهوم الخلع.....76
الفرع الأول: تعريف الخلع.....76
الفرع الثاني: حجية الخلع والحكمة منه.....81
الفرع الثالث: طبيعة الخلع.....83
المطلب الثاني: أركان الخلع.....90
الفرع الأول: أطراف الخلع.....90
الفرع الثاني: صيغة الخلع.....94

الفرع الثالث: بدل (العوض) الخلع.....97
المبحث الثاني: مظاهر التعسف الزوجة في حق الخلع.....102
المطلب الأول: خلع مريضة مرض الموت.....102
الفرع الأول: معنى خلع مريضة مرض الموت زوجها.....102
الفرع الثاني: حكم خلع مريضة مرض الموت زوجها.....108
الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على خلع مريضة مرض الموت.....114
المطلب الثاني: خلع الزوجة من غير سبب شرعي.....115
الفرع الأول: حكم خلع الزوجة من غير سبب شرعي..... 116
الفرع الثاني: حالات الخلع بغير سبب شرعي.....118
الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على الخلع بدون سبب شرعي.....121
المبحث الثالث: الإجراءات القانونية لدعوى الخلع.....124
المطلب الأول: الأحكام الإجرائية لدعوى الخلع.....124
الفرع الأول: شروط قبول الدعوى.....124
الفرع الثاني: قواعد الإختصاص.....126
الفرع الثاني: إجراءات لرفع دعوى الخلع.....127
الفرع الثالث: سير الدعوى وإجراء الصلح في دعوى الخلع.....129
المطلب الثاني: أحكام الصادرة بالخلع وطرق الطعن فيها.....132
الفرع الأول: طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع.....132
الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالخلع.....133
الفرع الثالث: إشكالات الناشئة عن الخلع.....139
الفرع الرابع: إثبات التعسف في دعوى الخلع.....141
خلاصة الفصل الثاني.....143
الباب الثاني: الآثار المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية.....145

الفصل الأول: الآثار المادية المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية.....146
المبحث الأول: التعويض عن التعسف في فك الرابطة الزوجية.....147
المطلب الأول: مفهوم التعويض.....147
الفرع الأول: تعريف التعويض.....147
الفرع الثاني: أهداف التعويض.....149
الفرع الثالث: مرجعية الحق في التعويض في فك الرابطة الزوجية.....151
المطلب الثاني: الأسس القانونية للتعويض.....152
الفرع الأول: أسس التعويض عن الطلاق التعسفي.....152
الفرع الثاني: أسس التعويض في الخلع.....157
المطلب الثالث: تقدير التعويض.....162
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض.....162
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض.....164
المبحث الثاني: استحقاق النفقة للمطلقة تعسفيا.....167
المطلب الأول: نفقة العدة كأثر مادي أساسي للتعسف الزوج.....168
الفرع الأول: تعريف العدة.....168
الفرع الثاني: حكم العدة.....173
الفرع الثالث: أنواع العدة ومقاديرها.....176
الفرع الرابع: إشكالات العدة قانونا.....184
المطلب الثاني: نفقة الإهمال.....186
الفرع الأول: تعريف نفقة الإهمال.....187
الفرع الثاني: تعريف الإهمال.....188
الفرع الثالث: حكم نفقة الإهمال.....189
الفرع الرابع: تاريخ استحقاق نفقة الإهمال.....191

المبحث الثالث: متعة المطلقة تعسفيا.....193
المطلب الأول: تعريف المتعة.....193
الفرع الأول: تعريف المتعة لغة.....193
الفرع الثاني: تعريف المتعة اصطلاحا.....194
المطلب الثاني: حكم نفقة المتعة.....195
الفرع الأول: حكم نفقة متعة الطلاق الموقعة بإرادة الزوج.....195
الفرع الثاني: حكم متعة الطلاق الموقعة بإرادة الزوجة عن طريق الخلع.....198
المطلب الثالث: علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق.....199
الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض.....200
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض.....201
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة.....202
خلاصة الفصل الأول.....204
الفصل الثاني: الآثار المعنوية المترتبة على التعسف في فك الرابطة الزوجية.....208
المبحث الأول: الضرر كأثر مترتب على التعسف في فك الرابطة الزوجية.....209
المطلب الأول: مفهوم الضرر.....209
الفرع الأول: تعريف الضرر.....209
المطلب الثاني: أنواع الضرر.....215
الفرع الأول: الضرر المادي.....116
الفرع الثاني: الضرر المعنوي.....218
المطلب الثاني: شروط الضرر التعسفي.....221
الفرع الأول: أن يكون الضرر مقصودا ومحققا.....221
الفرع الثاني: أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر.....223
الفرع الثالث: وقوع الضرر شخصيا ومباشرة.....223

المبحث الثاني: مصير استحقاق الحضانة بالنسبة للطرف المتعسف.....225
المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....225
الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة.....226
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحضانة.....226
المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة.....231
الفرع الأول: شروط عامة بالنساء والرجال.....231
الفرع الثاني: شروط خاصة بالنساء.....234
الفرع الثالث: شروط خاصة بالرجال.....236
المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير مستحي الحضانة.....237
الفرع الأول: معايير تقدير القاضي لمستحقي الحضانة.....238
الفرع الثاني: علاقة تعسف أحد الزوجين في فك الرابطة الزوجية من استحقاق للحضانة.....252
خلاصة الفصل الثاني.....254
الخاتمة.....257
قائمة المصادر والمراجع.....264
الملاحق.....294
فهرس الموضوعات.....306
ملخص البحث باللغة العربية.....312
ملخص البحث باللغة الأجنبية.....313

الملخص.

تعالج هذه الأطروحة موضوع التعسف في مسائل الأحوال الشخصية، تحت عنوان التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره، وفيها عرض مسألة التعسف في إطار فك الرابطة الزوجية وتحديد ما جاءت به الشريعة الإسلامية وتوضيح موقف المشرع الجزائري ومناقشته في كل مسألة وعرض مختلف الاجتهادات القضائية التي تخدم موضوع الأطروحة.

وتشمل الدراسة مظاهر التعسف في فك الرابطة الزوجية، سواء كان من الزوج بإيقاعه الطلاق، أو من قبل الزوجة لاستعمالها لحق الخلع، وما ينتج عن هذا الاستعمال من آثار مترتبة عن هذا النوع من التعسف.

والموضوع مقسم إلى بابين؛ وقد خصص الباب الأول التعسف في فك الرابطة الزوجية، وفيه فصلان الأول الإطار المفاهيمي للطلاق والتعسف فيه، والثاني تعسف الزوجة في حق الخلع.

أما الباب الثاني فقد خصص الآثار المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية، وفيه فصلان الأول الآثار المادية المترتبة عن التعسف في فك الرابطة الزوجية والفصل الثاني الآثار المعنوية المترتبة على التعسف في فك الرابطة الزوجية.

وفي الأخير جاءت الخاتمة ملخصة لأهم النتائج والاقتراحات، وألحقت الأطروحة بالمراجع والفهرس.

Abstract.

This thesis deals with the issue of arbitrariness in matters of personal status, under the heading of arbitrariness in the dissolution of the marital bond and its effects. It presents the issue of arbitrariness in the context of dissolution of the marital bond, determines the content of the Islamic sharia, clarifies the position of the Algerian legislature and discusses each issue and presents the various jurisprudence that serves the subject of the thesis.

The study includes manifestations of arbitrariness in the dissolution of the marital bond, whether by the husband through divorce, or by the wife for using the right to divorce, and the consequences of such abuse.

The topic is divided into two sections; Part I devotes arbitrariness to the dissolution of marital ties, with two chapters: the conceptual framework for divorce and arbitrariness; and the wife's abuse of the right to divorce.

Part Two devotes the effects of arbitrariness on the dissolution of the marital bond, with two chapters, the material consequences of arbitrariness in the dissolution of the marital bond, and chapter II, the moral consequences of arbitrariness in the dissolution of the marital bond.

Finally, the conclusion summarized the main findings and suggestions, and appended the thesis to the references and index.