



المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



فك الرابطة الزوجية بين حتمية وقوعها وآليات الحد منها – دراسة مقارنة –

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه نظام "ل.م.د." حقوق

تخصص قانون خاص

تحت إشراف:

أ.د. خلواتي صحراوي

إعداد الطالب:

حجوج يحي

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
أ.د. صافي حبيب	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي صالحى أحمد - النعامة -	رئيسا
أ.د. خلواتي صحراوي	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي صالحى أحمد - النعامة -	مشرفا ومقررا
د. حادي شفيق	أستاذ محاضر - أ -	المركز الجامعي صالحى أحمد - النعامة -	مناقشا
أ.د. لريد محمد أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة ————— ولاي الطاهر - سعيدة -	مناقشا
د. زلافي عبد الحميد	أستاذ محاضر - أ -	جامعة طاهــــــــري محمد - بشار -	مناقشا

الموسم الجامعي: 2024/2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ
بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ
فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ
اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ
وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ
فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا
﴿34﴾ وَإِنِ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ
أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنِ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ
بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿35﴾.

سورة النساء: الآيتين (34، 35)

إهداء

إلى منبع الحب و الحنان أُمي الغالية أطال الله في عمرها ورزقها
الصحة والعافية، وإلى من رباني صغيرا وهداني إلى درب العلم والمعرفة أبي
الغالي أطال الله في عمره ورزقه الصحة والعافية.
إلى سندي في الحياة زوجتي وإلى قرة عيني أولادي محمد أمير،
رؤوف عبدالصمد، ياسر بن عبدالله و الكتكوتة مريم ابتهاج.
إلى إخوتي و أخواتي وكل أولادهم وكل العائلة.
إلى كل أصدقائي و زملائي في العمل.
إلى كل زملائي أساتذة وطلبة دكتوراه بالمركز الجامعي صالح أحمد
بالنعامة.
إلى طلاب العلم في كل مكان أهدي هذا العمل.

شكر وعرافان

الحمد لله سبحانه وتعالى الذي أنعم علينا بنعمة العلم ووفقتي لإتمام هذا البحث.

بداية أتقدم بالشكر الجزيل مع فائق التقدير والاحترام لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي على إشرافه وتأطيره لهذا العمل، والذي كان سندا ودعما كبيرا بتوجيهاته النيرة وارشاداته السديدة، فكان له الأثر البالغ في هذا البحث، والذي لن توفيه عبارات الشكر حقه، فجازه الله عني خير الجزاء.

كما أقدم بالشكر الجزيل والاحترام لأساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل والمساهمة في تقويمه وتصويبه فجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أشكر مديرة الموارد المائية بالنعامة وكل زملائي في العمل وأخص بالذكر طاهري الشيخ على مساعدتي في إتمام الدراسة الجامعية.

وإلى كل من ساعدني ولو بكلمة طيبة أو نية حسنة.

قائمة المختصرات والرموز

ص: الصفحة

ع: العدد

ط: الطبعة

ج: الجزء

ف: الفقرة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

د.ت.ن: دون تاريخ نشر

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

./.: جزء/صفحة

﴿...﴾: آية قرآنية

«...»: حديث شريف

(...): قول

"...": نصوص قانونية

مقدمة

الحمد لله الذي خلق الإنسان، وعلمه البيان وكرمه بنعمة الإسلام وأفضل الصلاة وأزكى التسليم على نبيه الطاهر الأمين وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين.

أما بعد: تعد الأسرة الخلية الأساسية التي يبنى عليها المجتمع، والزواج هو اللبنة الأساسية لنشأتها وأساس بنائها قائم على الرابطة القدسية التي تربط بين الرجل والمرأة على وجه الدوام، قائم على أساس المودة والرحمة وإحسان الزوجين في إطار احترام الحقوق والالتزام بالواجبات في تكامل بينهما، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾¹.

كما أمر الله عز وجل بحسن المعاشرة بين الزوجين لقوله عز وجل: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾²، فالزواج هو الأسلوب الذي جعله الله للتكاثر، واستمرار النوع البشري، بعد أن يتهيأ كلا الزوجين لذلك، بحيث يقوم كل واحد منهما بدوره في تحقيق هذه الغاية النبيلة. ونظرا لأهمية الأسرة فقد حظيت باهتمام كبير من قبل الشرائع السماوية وكذلك إهتمت بها المواثيق الدولية والقوانين الوضعية، وهذا لتنظيم أحكامها وسن قوانين لحمايتها من التفكك والانحلال، فقد أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة للزواج وذلك بتنظيمه تنظيمًا دقيقًا ومحكمًا، وذلك بتشريع الأحكام التي تؤسس لاستقراره واستمراره ضمانًا لإنشاء أسرة مستقرة أساسها المودة والاحترام المتبادل بين الطرفين.

وإذا كان عقد الزواج يقوم على المودة والرحمة وحسن المعاشرة بين الزوجين على وجه الدوام، فقد أولت له الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أهمية كبيرة، فوضعت له أحكامًا خاصة، بحيث يستلزم لإنشائه ووجوده أركان وشروط متى توافرت نشأ صحيحًا ورتب آثاره، أما إذا اختل ركن أو شرط وقع العقد باطلاً أو فاسداً.

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - سورة النساء، الآية 19.

كما أن دوام عقد الزواج أحيانا قد يتعذر استمراره، فيكون في دوامه سببا في وقوع مفسدة، أو يكون بقاؤه مخالفا لمقصد شرعي، لأجل هذه الاعتبارات يسر الشارع الحكيم للناس سبل رفع المشقة فشرع الفرقة لإزالة الضرر.

وقد يعتري هذه الرابطة خلافات بين الزوجين لاختلاف طباعهما، فتحدث من الوقائع التي قد تعكر صفوها، فتحل الكراهية والبغضاء محل المحبة والمودة، والخلاف والنفور بدل الانسجام والوئام الأمر الذي يؤثر سلبا على الاستقرار، مما يتعذر معه الإمساك بالمعروف ولا يبقَى إلا التسريح بالإحسان مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾¹، فيكون الفراق أنسب حل وحتمية لابد منها لتجاوز هذا الخلاف لأنه لم يتحقق الهدف الذي شرع من أجل الزواج لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾².

ونظرا لخطورة الطلاق على الكيان الأسري وعلى المجتمع، جعله الله عز وجل بيد الزوج وحده، وذلك لما يتميز به من رزانة وقوة تقدير لنتائجه قبل الإقبال عليه، بحيث يقدر ظروفه والأسباب المؤدية إليه في روية وحكمة، لأن المسؤولية كلها تقع عليه، إلا أن هذا التصرف ليس مطلقا من كل شرط وقيد، بل له حالات وأوقات تجرد الرجل من التعسف وتحميه من العبث، فلا يستعمله إلا في موضعه، وبمقتضى أحكام تضبطه، وأسباب قاهرة، وضرورة قصوى تدفعه إليه.

وبالرغم من جعل هذه السلطة بيد الرجل إلا أن الإسلام لم يجهل دور المرأة في فك الرابطة الزوجية التي هي طرف فيها، إذ جعل لها الحق في طلب التطليق إذا ما ألحق بها الزوج ضررا، بحيث أوصى الله عز وجل ورسوله (ﷺ) الأزواج بالإحسان للزوجات وعدم

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 229.

² - سورة النساء، الآية 130.

الإضرار بهن لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، قول رسول الله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار»².

ولقد ورد في الفقه الإسلامي آراء ومذاهب مختلفة تؤكد حق الزوجة في طلب التطبيق، وتحديد الحالات التي تجيز لها اللجوء إلى القاضي ليحكم لها بذلك، ورغم تضارب هذه الآراء من حيث الأحكام، إلا أن جمهور الفقهاء متفقون على أغلب الحالات التي يمكن للزوجة فيها طلب فك الرابطة الزوجية مستدلين في ذلك بالنصوص والاجتهادات، إلا في حالات خاصة سيأتي التفصيل فيها.

بالإضافة إلى ذلك قد لا تجد المرأة الراحة النفسية مع زوجها التي تبغضه، كونها تكره العيش معه لأسباب متعددة قد تكون خلقية كدمامة وجهه أو خلقية كسوء معاشرته، وتخشى إن بقيت مع زوجها أن لا تقيم حدود الله من حيث وفائها بحقوقه الزوجية، لأن الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة، التي إن غابت تحولت الحياة الزوجية جحيم لا يطاق، فهي لا تملك الطلاق لأن العصمة بيد الرجل، فأباح لها الشرع اللجوء إلى الخلع لتحمي نفسها من زوجها، مقابل فدية مقابل تسريحه لها.

وبما أن فك الرابطة الزوجية يعتبر استثناء من الأصل الذي هو الدوام، فإنه لا يجوز اللجوء إليه إلا في حدود ضيقة كآخر حل بعد استنفاد جميع محاولات الصلح بين الزوجين. ولا يمكن الحديث عن حماية فعالة وناجعة للرابطة الزوجية إلا بالتطرق إلى أبرز الآليات التي رصدتها الشريعة الإسلامية ورسخها التشريع الجزائري من خلال بيان الضمانات التي ترافق الزوجين طيلة الحياة الزوجية بداية من حسن اختيارهما لبعض، مروراً بمقومات تكوين عقد الزواج واستمراره، وكذا بيان مالهما من حقوق وما عليهما من واجبات، فإن إلزاماً بها وفقهما الله إلى نعمة الاستقرار في جو يقوم على المودة والرحمة.

ولما كانت الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على دوام استمرار الرابطة الزوجية والحفاظ على كينونتها من كل ما قد يهددها من التصدع والنفور، فقد أرشدنا الله عز

¹ - سورة النساء، جزء من الآية 19.

² - مالك بن أنس، الموطأ، حديث رقم 312، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1985، 745/2.

وجل عند الخوف من الوقوع في النزاع إلى آليات علاجية داخلية بين الزوجين كالوعظ والتأديب بالضرب والهجر في المضجع، أما إذا اشتد الشقاق فوجب على القاضي أ، يبعث حكمين، أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، لتقصي أسباب الخلاف واحتوائها قبل أن يستحكم الشقاق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹، وعلى هذا الأساس حددت الشريعة الإسلامية الآليات التي من خلالها يمكن تحقيق الصلح بين الزوجين ومن ثم حماية الرابطة الزوجية من التفكك والانحلال عند حصول الخلاف بين الطرفين.

وقد حرص المشرع الجزائري على إظهار العناية والاهتمام بالأسرة وعمد على تدعيم حماية لها من خلال تشريع قانون الأسرة، حيث عرف الأسرة في المادة 2 من ق.أ بأنها "الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"²، وانطلاقاً من ذلك فإن الرابطة الزوجية التي تنشأ بعقد الزواج هي أساس الأسرة، فقد نظم المشرع الجزائري أحكام الزواج ابتداء من نص المادة 04 من ق.أ التي جاء فيها: "أن عقد الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وصولاً إلى نص المادة 37 التي تبين الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين.

فقد حرص المشرع الجزائري على حماية الرابطة الزوجية، فتناول تنظيم هذه العلاقة من خلال نصه في ق.أ على مختلف مراحل إنشائها وتكوينها، وما ترتبه من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين وما ينجر عليها من آثار.

كما حرص المشرع الجزائري على موضوع فك الرابطة الزوجية وانحلالها فقد اعتبر الطلاق الوسيلة القانونية لفك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة 47 بقولها: "تتحل

¹ - سورة النساء، الآية 35.

² - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاء"، كما بين أصناف الطلاق من خلال نص المادة 48 من ق.أ التي تتمثل في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة سواء التظليق أو الخلع، كما ألزم المشرع القاضي بإجراء محاولات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق طبقا لنص المادة 2/49 من ق.أ.

إن المشرع اتبع ما أتى به التشريع الإسلامي، بحيث نجد أن معظم الأحكام مأخوذة من أحكام الفقه الإسلامي دون تحديد مذهب معين، فتجد مثلا أن معظم الحالات التي تجيز للزوجة طلب التظليق المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية.

كما ألزم القاضي في حالة ما إذا اشتد الشقاق بين الزوجين ولم يثبت الضرر بتعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين حكما من أهله وحكما من أهلها على أن يقدموا تقريرهما في أجل شهرين طبقا لنص المادة 56 من ق.أ.

إن مجال الدراسة هو فك الرابطة الزوجية بين حتمية وقوعها وآليات الحد منها دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، فهناك إشكالات تحتم التوسع في أحكام الشريعة الإسلامية، والخوض في المذاهب الفقهية لإيجاد تفسير لها ولإثراء الموضوع، كون قانون الأسرة أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الأمور التي لم يتطرق إليها وهذا طبقا لنص المادة 222 من ق.أ.

1- أهمية الموضوع

تكمن أهمية موضوع البحث في اتصاله بالمجتمع بصفة عامة وبنظام الأسرة بصفة خاصة، واعتباره محور من المحاور الأساسية لقانون الأسرة فنظرا للأهمية العلمية في قانون الأسرة دفعنا للاهتمام به.

كما أن كثرة ملفات الطلاق لدى المحاكم وخصوصا ملفات الخلع والتظليق والتي تنذر بالخطر، مما يدفع بنا إلى الاهتمام بهذه الموضوعات ومحاولات إظهار الحالات التي توجب فك الرابطة الزوجية والحالات التي توجب الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، متابعة لما وصل إليه الاجتهاد القضائي في موضوع فك الرابطة الزوجية مع إبراز الأحكام الفقهية للوصول

إلى وجهة موحدة تؤدي إلى إرساء قواعد قانونية وحل الكثير من الإشكالات التي تظهر في المحاكم نتيجة الفراغ التشريعي.

2- أسباب اختيار الموضوع

- هناك أسباب ذاتية تتمثل في الميول الشخصي للبحث في هذا الموضوع خصوصا وقد سبق لي التطرق لجزء منه في مذكرتي الليسانس والماستر وأردت التوسع فيه من خلال أطروحة الدكتوراه.

وأسباب موضوعية تتمثل في:

- كثرة قضايا الطلاق بأنواعه في المحاكم يوميا والارتفاع المخيف لنسبه خاصة الطلاق المبكر وكذا ارتفاع نسب الخلع والتطليق.

- تحديد بعض الأحكام التي تنظم العلاقة الزوجية في الفقه الإسلامي ولم يتطرق إليها المشرع الجزائري.

- إبراز الآليات والضمانات الاجتماعية والشريعة التي تساهم في حماية الرابطة الزوجية كمعايير وأسس اختيار شريك الحياة وموضوع الكفاءة في الزواج مثلا.

3- الهدف من الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة تحديد الحالات الموجبة لفك الرابطة الزوجية، والتي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ومحاولة إبراز الحالات التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري وتقديم اقتراحات يمكن تبنيها من طرف المشرع.

كما تهدف هذه الدراسة إلى إظهار وإيجاد الآليات والضمانات الشرعية والقانونية لحماية الرابطة الزوجية من التفكك والانحلال وإبراز طرق تفعيلها في الممارسة العملية.

4- المنهج المتبع

من أجل تحقيق أهداف موضوع البحث، استعدت طبيعة البحث استخدام عدة مناهج:

أ- المنهج الوصفي: استخدم في دراسة المفاهيم النظرية المتعلقة بموضوع البحث في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

ب- المنهج التحليلي: استخدم لدراسة النصوص والأحكام الفقهية والقانونية وتحليلها ومناقشتها وتبيان ما استدلت عليه من القرآن والسنة، بهدف الوصول إلى مقصودها.

ج- المنهج المقارن: وهو أساس الدراسة، وهذا لمقارنة آراء المذاهب الفقهية مع التركيز على المذاهب الأربعة، بغرض الوصول إلى الراجح من الأقوال والمختار من الآراء، ثم مقارنتها بما جاء في نصوص قانون الأسرة.

ولأن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، فقد تم معالجة موضوع البحث بالتطرق أولاً إلى الجانب الفقهي لكل مسألة فيه ثم القانوني وأخيراً القضائي، مع تبيان مدى اتفاق قانون الأسرة مع المذاهب الفقهية، والمذهب المتبع فيه، ومن جهة أخرى نقد لبعض موادها إذا كانت تصطدم مع النص الصريح أو التعقيب عليها مع تبيان وجه الصواب، خاصة أن المشرع الجزائري في أغلب الأحيان لم يفصل في مسائل وجب فيها التفصيل، أو غفلته التصويب عليها نهائياً كمسألة التفريق في اللعان والإيلاء.

وأخيراً فإن دراسة موضوع البحث تمت من خلال الإلمام بحوانبه الفقهية والقانونية بقدر الإمكان، وإن غلب التركيز على الجانب الفقهي للموضوع، فهذا راجع لتناول الفقه الإسلامي للموضوع بإسهاب وشمولية.

5- إشكالية البحث

بالرغم من تفصيل الفقه الإسلامي في أحكام الزواج وسعي المشرع الجزائري إلى تنظيم الرابطة الزوجية من خلال النصوص والأحكام التي تنظم وجودها وتساهم في استمرارها وتكفل المحافظة عليها وحمايتها من التفكك والانحلال، إلا أن الواقع يظهر غير ذلك، فالمتعمن في القضايا المطروحة أمام المحاكم الجزائرية يجد أن معظمها يتعلق بفك الرابطة الزوجية وبنسب كبيرة خصوصاً ملفات الخلع والتطليق التي استفحلت في وقتنا الحالي الأمر الذي يدفع إلى طرح الإشكالية التالية:

مدى الإلتزام بالضرورة الشرعية في فك الرابطة الزوجية والآليات الشرعية والقانونية

للتقليل من هذه الظاهرة.

وينبثق عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

ما هي الحالات التي توجب للزوجين اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية؟ وما هي الآليات والضمانات التي تؤدي إلى استمرار ودوام العلاقة الزوجية وحمايتها من التفكك؟ وما مدى نجاعتها وفعاليتها؟

للإجابة على هذه التساؤلات ودراسة الموضوع فقد تم تقسيم البحث إلى فصل تمهيدي وبابين، اخترت للفصل التمهيدي عنوان: الجانب المفاهيمي للطلاق، والذي بدوره قسمته إلى مبحثين حيث كان الأول تحت عنوان: مفهوم الطلاق، وعنوان الثاني: الحكمة من الطلاق وبيان أقسامه.

الباب الأول خصص إلى الأسباب الشرعية والقانونية الموجبة لفك الرابطة الزوجية وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول: فك الرابطة الزوجية بين الخلل والإرادة

الفصل الثاني: التفريق القضائي

الباب الثاني تناول آليات حماية الرابطة الزوجية، وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول: الحماية الوقائية للرابطة الزوجية

الفصل الثاني: الحماية العلاجية للرابطة الزوجية

الفصل التمهيدي:
الجانب المفاهيمي للطلاق

لقد حث الشرع الإسلامي على الزواج ووضع له أحكام وضوابط لما فيه من مودة وسكن ورحمة للزوجين، كما أن الأصل في عقد الزواج أنه للتأبيد والاستمرار، فهو وجد ليديم ويستمر، ومن تم كان التأقيت فيه مفسدا له، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى غاية وفاة أحدهما، غير أن الإسلام يعالج المشكلات في منظور واقعي لذا راعى ما قد يعتري الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، وما قد يقع بين الزوجين من مشاكل وخلافات تؤدي إلى البغض والتباعد بين الزوجين، لا يمكن للرابطة الزوجية أن تستمر معها، فقد أجاز الشارع الحكيم الطلاق وفك الرابطة الزوجية، فبرغم من أنه حل فهو يعتبر ضررا لا يتم اللجوء إليه إلا في حدود رفع ضررا أشد منه، فقد وضعت قيود شرعية قانونية لابد من التأكد من وجودها لإيقاع الطلاق.

كما أن موضوع الطلاق وما يترتب عليه من أحكام قد نظمتها الشريعة الإسلامية، كون هذه الأحكام تتعلق بالجانب الديني قبل الجانب القضائي، كوقوع الطلاق بمجرد تلفظ الزوج به، أحكام الرجعة وارتباطها بالعدة الشرعية وبطبيعة الطلاق، وتحول الطلاق من رجعي إلى بائن بمجرد انقضاء العدة، وكذا الصيغ التي يقع بها الطلاق.

لذا سوف أتناول من خلال هذا الفصل أهم هذه الأحكام، بالرجوع إلى ما هو مقرر الشريعة الإسلامية، وما نص عليه المشرع الجزائري، مع معالجة بعض النقائص التي تعد ثغرات قانونية يستوجب تداركها، وفق لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا وفق مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق.

المبحث الثاني: الحكمة من الطلاق وبيان أقسامه

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

من خلال هذا المبحث سوف أتطرق إلى تعريف الطلاق وتبيان دليل مشروعيته في المطلب الأول وإلى الحكمة من تشريع الطلاق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليل مشروعيته

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً

أولاً: في اللغة: الطلاق لغة يرجع لعدة معاني:

الترك: وطلّقت القومَ: تركتهم

الفرق: وطلّقت البلادَ: فارقتها.

التخلية: ونعجة طالق: مخلّاة ترعى وحدها،

الارسال: ومنه ناقة طالق بلا خصام، وهي التي ترسل في الحي فترعى من جنابهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت ولا تتحني في المسرح.

من لا قيد عليه: الطالق من الإبل: التي طُلقت في المرعى، وقيل: هي التي لا قيد عليها، أي قد طُلقت عن العقال فهي طالق لا تحبس عن الإبل. وحبسوه في السجن طلقاً أي بغير قيد ولا كبل، والجمع طلقاء، والطلاق: الأسراء العتقاء. والطلاق: الأسير الذي أُطلق عنه إيساره وخُلّي سبيله.¹

يقال أطلقت الأسير إذا حلت إيساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله، ومن هنا قيل أطلقت القول إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط، وأطلقت البينة إذا شهدت من غير تقييد بتاريخ، وأطلقت الناقة من عقالها، وناقاة طلق بضمين بلا قيد، وناقاة طالق أيضاً مرسلة ترعى حيث شاءت، وقد طلقت طلوفاً من باب قعد إذا انحل وثاقها وأطلقتها إلى الماء فطلقت.²

¹ محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ط 3، دار صادر، بيروت، 1414هـ، 225/10-226.

² أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دون سنة نشر، 376/2.

وَطَلَقُ النِّسَاءِ لِمَعْنَيْنِ: أَحَدُهُمَا حَلُّ عُقْدَةِ النِّكَاحِ، وَالْآخَرُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ وَالْإِرْسَالِ.

ثانياً: في الاصطلاح

1- فقها: عرف فقهاء الشريعة الطلاق بتعاريف عديدة ومتقاربة حيث:

عرفه **المالكية** بأنه: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته.¹

أو هو إزالة القيد وإرسال العصمة لأن الزوجة تزول عن زوجها.²

كما عرفه **الشافعية** بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.³

وعرفه **الحنفية** بأنه: هو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح.⁴

فيحترز بلفظ (شرعاً) عن رفع القيد الثابت حساً: وهو حل الوثاق

ويحترز بالنكاح، عن العتق لأنه رفع القيد ثابت شرعاً، لكنه لا يثبت ذلك القيد

بالنكاح، أو هو "رفع قيد النكاح في الحال بالبائن، أو في المآل في الرجعي بلفظ مخصوص

وهو ما اشتمل على الطلاق.⁵

عرفه **الحنابلة:** بأنه حل قيد النكاح أو بعضه، وبعض قيد النكاح إذا طلقها طلقة

رجعية.⁶

ومنه يمكن تعريف الطلاق على أنه: "رفع قيد النكاح في الحال والمآل، بعبارة وألفاظ

تفيد الطلاق صراحة"

2- قانوناً: لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لتعريف الطلاق، بحيث اكتفى

بذكر الطلاق كصورة من صور انحلال الرابطة الزوجية، حيث نص في المادة 47 من ق.أ

¹ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 4، ط 3، دار الفكر، 1412هـ - 1992م، ص 18.

² - محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة نشر، 11/4.

³ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 3، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، 4/455.

⁴ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ط 2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م، 3/227.

⁵ - ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 3/226-227.

⁶ - البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 5/232.

على أنه: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة."، وكذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق.أ.¹ إذ نص صراحة على أنه: يحل عقد الزواج بالطلاق...، ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إدارة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و54 من نفس القانون.

ونلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق، وبيان أركانه وضوابطه، وذلك محاولة منه لتلمص من أي التزام يقع عليه من خلال تبني إحدى التعاريف الفقهية، كما أن ق.أ لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق كما توسع علماء الفقه الإسلامي.²

الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته

أولاً: حكمه

قبل التطرق إلى الأحكام التي تعتري الطلاق نتكلم أولاً عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق وهو الإباحة أو الحظر، مستدلين بحجج وبراهين من القرآن والسنة النبوية. - ذهب بعض الحنفية³ بأن الأصل في الطلاق الإباحة وبه قال الإمام القرطبي⁴، ويرون أن الحال ربما يفسد بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، وضرراً عظيماً، فاقتضى الشرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه⁵، واستندوا لقول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...﴾⁶، وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّصُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾⁷

¹ - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

² - المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2020، ص 37.

³ - السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993، 2/6.

⁴ - القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964، 126/3.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، سوريا، 1985، 357/7.

⁶ - سورة الطلاق، الآية 01.

⁷ - سورة البقرة، الآية 236.

ومن السنة ما روي عن ابن عباس، قال: أتى النبي (ﷺ) رجلٌ فقال: يا رسول الله: إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله (ﷺ) المنبر، فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»¹، والمقصود به أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج، الذي له أن يأخذ بساق المرأة، ولو كان عبداً تحت سيده، فليس للسيد أن يطلق عليه زوجته، قال عمر رضي الله عنه: (إنما الطلاق لمن يحل له الفرج).²

أما جمهور الفقهاء فيرون أن الأصل في الطلاق الحظر واستندوا لقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾³، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع ومحظور في الشريعة الإسلامية، ومن السنة قول رسول الله (ﷺ): «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»⁴، وبالتالي الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة و بعد إجراء محاولات الصلح.⁵

فالطلاق حلال مبغوض إلى الله أي أنه رخصة شرعت للضرورة، حين تسوء العشرة وتستحكم النفرة بين الزوجين، ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية، وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق.⁶

وباختلاف الفقهاء حول الحظر والاباحة في الحكم الأصلي للطلاق فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التالية:

¹ ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب

طلاق العبد، حديث رقم 2081، دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي، مصر، 672/1.

² لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، فتاوى الشبكة الإسلامية، 1431هـ، أصله موقع اسلام ويب.نت، 628/3.

³ سورة النساء، الآية 34.

⁴ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم 2178، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، 255/2.

⁵ محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين -دراسة فقهية وقانونية-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 15-14.

⁶ يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط22، مكتبة وهبة، مصر، 1997، ص 183.

- 1- **الوجوب:** فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من دونها، أي إذا كان هناك سبب قوي يستدعي ذلك، فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا، وفي حالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحسين.¹
- 2- **الندب:** ويكون إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل إليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفریطها في حق من حقوق الله.²
- 3- **الحرمة:** كما هو الحال في الطلاق البدعي، إذا كان في الحيض أو النفاس أو في طهر مسها فيه، واتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراما وأن فاعله آثم، وذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله (ﷺ)، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله (ﷺ) عن ذلك، فقال رسول الله (ﷺ): «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».³
- 4- **الكراهية:** لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فيُرجح تركه على فعله، هذا إذا كان الطلاق بدون مبرر شرعي ولا سبب جدي يستدعي اللجوء إليه.⁴
- 5- **الإباحة:** يكون مباح لحاجة إليه، ويكون لسوء خلق الزوجة وسوء عشرتها وعدم حصول الغرض منها، لأنه إذا حكمنا بالكراهة على الطلاق لغير حاجة، فإن وجود الحاجة على نحو ما ذكرنا يرفع الكراهة، فيعود الطلاق في هذه الحالة إلى الإباحة.⁵

ثانيا: دليل مشروعيته

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة الإجماع.

1- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 14.

2- ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 62.

3- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (ﷺ) وسننه وأيامه-صحيح البخاري-، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب الطلاق، حديث رقم 5251، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، 41/7.

4- محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 34.

5- نور الدين عتر، أبغض الحلال، ط 3، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1984، ص 44.

1- الكتاب: فقد وردت آيات كثيرة تدل على جواز الطلاق ومنها.

- قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.¹

- وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.²

2- السنة: فقد ورد الطلاق في السنة النبوية فعلا وقولا، فالنبي (ﷺ) طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها³، وابن عمر طلق زوجته فأمره النبي (ﷺ) بمراجعتها، ثم ليمسها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس⁴.

3- الإجماع: أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الطلاق، وأنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته، لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين، وأن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي من حيث السكن والمودة، فكان الأولى بهما أن يفترقا⁵.

المطلب الثاني: أركان الطلاق

قال الحنفية أن ركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغةً: وهو التخلي والإرسال، ورفع القيد في الصريح، وقطع الوصلة ونحوه في الكناية، أو شرعاً: وهو

¹ - سورة الطلاق، الآية 01.

² - سورة البقرة، الآية 236.

³ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، حديث رقم 2283، مرجع سابق، 285/2.

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره)، ط1، دار الكتب الوطنية، ليبيا،

2006، ص 18؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 357/7.

إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ أما اللفظ ففي الكناية أن يقول: أنت بائن، وفي الصريح أن يقول: أنت طالق.¹

أما المالكية فقالوا: أركان الطلاق أربعة: أهل له: أي موقعه من زوج أو نائبه أو وليه إن كان صغيراً، وقصد: أي قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة، ولو لم يقصد حل العصمة بدليل صحة طلاق الهازل، ومحل: أي عصمة مملوكة، ولفظ صريح أو كناية.² وأما الشافعية والحنابلة فقالوا: أركان الطلاق خمسة: مطلق، وصيغة، ومحل، وولاية، وقصد، وحصرها ابن جزري في ثلاثة: وهي المطلق، والمطلقة، والصيغة: وهي اللفظ وما في معناه.³

الفرع الأول: المطلق

ونظراً لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع، جعله الله في يد الزوج ولا يجوز لغيره أن يوقعه إلا بإذنه، سواء كان هذا الغير أباً أو قاضياً إلا في حالات خاصة حددها الشرع والقانون، وذلك لقول رسول الله (ﷺ): «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁴، ويشترط: أن يكون بالغاً، عاقلاً ومختاراً باتفاق جمهور الفقهاء، وأن يكون عند المالكية مسلماً، وأن يعقل الطلاق عند الحنابلة، فلا يصح الطلاق من غير الزوج، ولا من صبي مميز أو غير مميز، وأجاز الحنابلة طلاق مميز يعقل الطلاق بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها، ويصح توكيل.⁵

¹ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، 98/3.

² - أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، 506/8.

³ - محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية، تحقيق: ماجد الحموي، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 2013، ص 388.

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 388.

أولاً: أن يكون الزوج مكلفاً بالغاً عاقلاً، ومختاراً باتفاق جمهور الفقهاء¹، فالصبي وإن كان مميزاً لا يقع طلاقه باتفاق جمهور الفقهاء، ولو أجازته الولي قاصداً لأن الطلاق تصرف ضار ضرر محضاً، واستدلوا بحديث عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها عن النبي (ﷺ) أنه قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل، أو يفيق»².

أما الرأي الراجح للحنابلة فإنهم قالوا: يقع طلاق الصبي، ولا يشترط في المطلق البلوغ، بل يكفي أن يكون مميزاً، واستدلوا بحديث عن عطاء بن عجلان، عن عكرمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي (ﷺ) أنه قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»³.

ولما كان الطلاق أمر خطير تترتب عليه بعض الالتزامات، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع الطلاق من السكران والسفيه ونحوه وفي ما يلي ذلك:

1- طلاق المجنون والمدهوش: لا يصح طلاق المجنون، ومثله المغمى عليه، والمدهوش هو الذي اعترته حالة من الانفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل أو يصل به الانفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب⁴،

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 99/3؛ ابن رشد القرطبي: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1975، 81/2. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، 262/5.

² - ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2041، مرجع سابق، 658/1.

³ - الترميذي: محمد بن عيسى بن سودة بن الضحاك، سنن الترميذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق المعتوه، حديث رقم 1191، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط2 شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1975، 488/3.

⁴ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود ومحمد علي معوض، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، 453/4.

لقوله (ﷺ): «لا طلاق، ولا عتاق في غلاق»¹، والاعلاق كل ما يسد باب الادراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب ونحوها.²

2- طلاق الغضبان: يعني أن طلاق الغضبان لا يقع إذا اشتد الغضب، بأن وصل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل، ولا يقصده أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله، وهذه حالة نادرة فإن ظل الشخص في حالة وعي وادراك لما يقول فيقع طلاقه، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر من الرجل، لأن الغضبان مكلف في حالة غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل وأخذ مال بغير حق، وطلاق وغيره.³

3- طلاق السكران: السكران الذي وصل إلى درجة الهذيان وخط الكلام، ولا يعي بعد إفاقته ما صدر منه حالة سكره⁴، فإن كان بطريق غير الحرام كالمكره أو بحجة العملية الجراحية، فلا يقع طلاقه ويعذر لعدم الادراك والوعي كالنائم⁵، وأما السكران بطريق محرم مختار لشربه خمر أو مخدر فقد اختلف الفقهاء في وقوع طلاقه على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁶ المالكية والشافعية في أحد الأقوال، والحنفية والحنابلة في إحدى الروايات، إلى أنه يقع طلاقه زجرًا له على ارتكابه المعصية، واستدلوا بقول رسول الله (ﷺ): «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»⁷، وثبت

¹ أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط، حديث رقم 2193، مرجع سابق، 258/2.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 364.

³ محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط 3، 2010، ص 210.

⁴ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، 426/2؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 257/8.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق - في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر التعديل له، دار الخلدونية، ط 1، الجزائر، 2007، ص 220.

⁶ الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، 171/3. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، باب الطلاق، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط 3، 1412هـ / 1991م، 63/8؛ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، 239/3؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، 263/5؛ ابن قدامة، المغني، 379/7.

⁷ سبق تخريجه.

هذا عن علي، ومعاوية، وابن عباس، قال ابن عباس: طلاق السكران جائز، لأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف.¹

الرأي الثاني: ذهب بعض الصحابة والتابعين وبعض الفقهاء إلى القول بعدم وقوع طلاق السكران منهم عثمان بن عفان وعمر ابن عبد العزيز ويحي بن سعيد الأنصاري، وهو قول عن الشافعي ورواية عن بن حنبل والليث وأبي ثور، لأنه زائل العقل، أشبه المجنون والنائم، ولأنه مفقود الإرادة، أشبه المكره، واستدلوا:

أ- بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾²، ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى جعل قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقول، وبأنه غير مكلف لانعقاد الإجماع على أن من شرط التكليف العقل، إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي، ولا يتوجب ذلك إلى من لا يفهمه، ومن لا يعي ما يقول فليس بمكلف.³

ب- بأنه زال عقله فشبهه بالمجنون والنائم أو مفقود الإرادة.⁴

ج- وبما روي عن عثمان أنه قال: (ليس لمجنون ولا لسكران طلاق).⁵

ومما سبق ذكره فإن الرأي الراجح هو القول بعدم وقوع طلاق السكران، لأن حجج القائلين بهذا الرأي منطقية، لأن الله سبحانه وتعالى وجه الخطاب في الآية الكريمة لهم في حالة صحوهم، كما أن قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقول في الصلاة وبالتالي لا يعتد بأقواله في أمور أخرى ومنها الطلاق.

¹ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 379/7.

² سورة النساء، الآية 43.

³ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 379/7.

⁴ الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، 329/8، ابن قدامة، المغني، 379/7. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق 99/3.

⁵ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، 392/9.

4- **طلاق السفية:** السفية هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف المقتضى العقل السليم، فينفذ طلاق المحجور إذا كان بالغاً باتفاق المذاهب، ولو بغير إذن وليه، لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية، والرشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق، وقال الشيعة الإمامية: يتوقف طلاقه على إذن وليه؛ لأنه تصرف ضار ضرراً محضاً.¹

ثانياً: القصد: من نطق بالطلاق وهو لا يعلم معناه فلا يقع طلاقه لعدم القصد، ومن صدرت منه عبارة الطلاق قاصداً بها أغراض أخرى لا تتصل بإيقاع الطلاق، كمن ردد عبارات الطلاق بقصد التعليم، كالمدرسين والأئمة فلا يقع طلاقه مطلقاً.²

1- **طلاق المخطئ:** المخطئ هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيسبق على لسانه الطلاق، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاقه لا يقع.

واستدلوا بقول الله عز وجل: ﴿... وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾³، وقول النبي (ﷺ): «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرء ما نوى»⁴، وبما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال: «إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه».⁵

وذهب الحنفية إلى أن طلاق المخطئ يقع قضاءً لا ديانةً، لأن الخطأ أمر باطني لا يطلع عليه إلا من جهة صاحبه، وقد يتخذ ادعاءه وسيلة إلى إحلال ما حرم الله وإلى إضاعة الحقوق، والغافل والساهي والناسي يقع طلاقهما عند الحنفية قضاءً لا ديانةً.⁶

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 327.

2- محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص 213.

3- سورة الأحزاب، الآية 5.

4- البخاري، صحيح البخاري، باب بدء الوحي، حديث رقم 1، مرجع سابق، 6/1.

5- ابن ماجة: أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن 659/1.

6- ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، 438/4.

2- طلاق المكره: طلاق المكره لا يقع عند الجمهور غير الحنفية للانتقاء القصد¹، لأنه قصد دفع الأذى عن نفسه، لقوله (ﷺ): «إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»².

وذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكره، لأنه قصد وقوع الطلاق وإن لم يرض بالأثر المترتب عليه³.

3- طلاق الهازل: اختلف فيه الفقهاء إلى رأيين:

- الرأي الأول: يلزم الطلاق ولو وقع من شخص هازل، وهذا كالنكاح والرجعة، فإنها تلزم بالهزل والمزاح، وإن لم يقصد إيقاعها، وقد ذهب الحنفية والشافعية إلى وقوع طلاقه، وذلك لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (ﷺ) قال: «ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح، والطلاق، والرجعة»⁴، وبما روي عن فضالة بن عبيد الأنصاري أن النبي (ﷺ) قال: «ثلاث لا يجوز اللعب فيهن، الطلاق، والنكاح، والعق»⁵، فالهزل يقصد اللفظ ولا يقصد الأثر المترتب عليه، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول وصحيح المعقول⁶.

- الرأي الثاني: في حين ذهب أحمد ومالك إلى القول بعدم وقوع الطلاق من الهازل، لأن اللفظ الصريح يفتقر إلى النية، وبه أخذ جماعة من الأئمة منهم والصادق والباقر، واستدلوا:

¹ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012، ص 49.

² - سبق تخريجه.

³ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، مرجع سابق، 4/439.

⁴ - أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب الطلاق، باب في طلاق على الهزل، حديث رقم 2194، مرجع سابق، 2/259.

⁵ - أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، حديث رقم 780، ط2، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1994، 18/304.

⁶ - مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1977، ص 63.

1- لقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾¹، ووجه الاستدلال أن الآية الكريمة دلت إلى اعتبار العزم في الطلاق، والهزل لا عزم فيه، فلا يقع طلاقه.²

2- بعموم الحديث الصحيح «إنما الأعمال بالنيات»، والطلاق يدخل في عموم الأعمال، فلا يقع إلا بنية إيقاعه.³

4- طلاق المريض مرض الموت: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقاً، ومرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان في مراحل حياته فيؤثر في قواه البدنية، ويترتب عليه شرعاً تغيير في بعض الأحكام حماية للغير، أي أن من تعرض لهذا العارض فإنه قد يتصرف تصرفاً يقصد به الإضرار بغيره، وخاصة زوجته ويسمى طلاق الفار.⁴

وطلاق المريض مرض الموت قصد حرمان الزوجة من الميراث، فيحكم عليه بنقيض قصده فيبقى للزوجة حق الميراث رغم طلاقها وانقضاء العدة، وهو رأي جمهور الفقهاء والشافعية في قول، أما القول الثاني فذهبوا إلى أنها لا تترث به قال عبد الله ابن الزبير.⁵ ومنه فإن الطلاق ملك للزوج البالغ، العاقل، ولا تملكه الزوجة إلا بتفويض من الزوج أو بتوكيل منه، كما لا يملكه القاضي إلا في الأحوال الخاصة.

ثالثاً: موقف القانون الجزائري من المطلق وشروطه

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على صور التي ينحل بها عقد الزواج ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، فيختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق

¹ - سورة البقرة، الآية 227.

² - الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، ط1، دار الحديث، مصر، 1993، 278/6.

³ - محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، تحقيق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2001، 437/3.

⁴ - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 76.

⁵ - الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، 264/10.

للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل، إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع لإشراف القضاء وتحت رقابة القاضي، مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط اللازمة في المطلق، وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار بعيد عن التعسف أو سوء استعمال لحق الطلاق، وذلك استناداً لأسباب شرعية وقانونية، ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج دائرة القضاء لا يكون معتداً به قانوناً ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يترتب آثار قانونية، إلا إذا أتبعه المطلق بدعوى قضائية تثبت ذلك، وإلا فإن الزوجة تبقى على عصمة الزوج المطلق قانوناً، وتكون مطلقة شرعاً أي أجنبية عنه، وذلك من خلال المادة 49 من قانون الأسرة بنصها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، فالطلاق من صلاحيات الزوج وحده لأن العصمة بيده، فلوئنه إلى القضاء يكون من أجل توثيق هذا الطلاق وإثباته، ويثبت القاضي في الحكم بأن الزوج قد أوقع الطلاق، فيكون حكمه كاشفاً لواقعة الطلاق وليس منشئاً له.¹

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنه ذهب إلى اعتبار أن حكم القاضي بالطلاق كاشفاً لواقعة الطلاق، وبالتالي فإن حكمه يسري بأثر رجعي إلى تاريخ تلفظ الزوج به، ومنها قرار الذي جاء فيه: "فانه من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى إن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت في قضية الحال أن الزوج المطلق ندم أو تراجع عن طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته، كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التنفيذ بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجوع

¹ - مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 1، 2020، ص 391.

الزوجة إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة.¹

الفرع الثاني: المطلقة

أولاً: في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح شرعي، فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق، وأما المرأة الأجنبية عن الرجل إذا أوقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة، وسبب ذلك أنها ليست محل لطلاقه، والطلاق الواقع منه عليها هو له من القول لا ينتج أثراً شرعياً بالنسبة لها، ويشترط الوقوع الطلاق عليها ما يلي:²

1- قيام الزوجية وقت الطلاق: تكون المرأة محلاً للطلاق، إذا كانت زوجة للمطلق حقيقة أو حكماً بزواج صحيح، ولو قبل الدخول، ويكون زواج المرأة حقيقة إذا لم يطرأ على زواجها الصحيح ما يرفع قيده في الحال، ولا في المآل، ويكون زواجها قائماً حكماً في الحالات الآتية:

- المعتدة من طلاق رجعي أثناء العدة.

- المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء عدتها، لأن زواجها يعتبر باقياً حكماً طوال مدة العدة.

- المعتدة من فرقة لفسخ عقد الزواج بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام أو فسخ لامتناع الزوجة غير الكتابية من أن تعتق الإسلام، أو أي دين سماوي بعد إسلام زوجها.³

2- صحة الزواج بالعقد: فلا يقع الطلاق على امرأة متزوجة زواجا غير صحيح.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، بتاريخ 17/12/1984، ملف رقم 35322، المجلة القضائية، ع4، 1989، ص 91.

² محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، ص 292.

³ بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، ط2، مصر، 1961، ص 321.

3- ألا تكون مطلقة قبل الدخول فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواج صحيح ثم طلقت قبل الدخول ولا يلحقها طلاق آخر، لأنها لم تكن من ذوات العدد.

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من المطلقة وشروطها

لم يشر المشرع الجزائري إلى أي نص يتعلق بمحل الطلاق، مما يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من قانون الأسرة، غير أنه وضح في المادة 48 بأن الطلاق هو حل عقد الزواج، كما أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و 51 من نفس القانون.

الفرع الثالث: الصيغة أو ما يقع به الطلاق

بحيث يقع الطلاق بكل ما يدل على إنهاء العلاقة الزوجية، سواء أكان ذلك باللفظ، أم بالكناية، أم بالإشارة من الأخرس أو بإرسال مرسول.

أولاً: في الفقه الإسلامي

1- **الطلاق الصريح**: هو الطلاق الذي يكون بلفظ، لا يستعمل إلا للدلالة على الطلاق، إذ عندما يتلفظ به يفهم منه مباشرة بأن الزوج قد طلق زوجته، مثلاً استعمال الألفاظ المشتقة من الطلاق: مطلقاً وطلّقك، واللفظ الصريح ظاهر بالمراد مكشوف المعنى عند السامع ونقول: صرح فلان بأمر أي كشفه وأوضحه.

فإذا تلفظ الزوج باللفظ الصريح لزمه الطلاق، ولو ادعى بأنه لا يقصد ذلك، إلا إذا كانت هناك قرينة تصدق دعواه، مثلاً أن تطلب منه وهي مقيدة أن يفك وثاقها، فيفعل ويقول لها أنت طالق، فإذا ادعى بأنه لا يقصد الطلاق صدقه في ذلك لوجود قرينة تصدق دعواه فلا يقع الطلاق.¹

وذكر **الحنفية** بأن اللفظ الصريح ظاهر مراد، فهو لا يستعمل إلا في الطلاق فلا يحتاج إلى نية، لأن النية عملها في تعيين المبهم، ولا إبهام في اللفظ الصريح، فالمولى عز وجل شرع الطلاق من غير شرط النية.²

¹ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 263/8.

² الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 211/4.

ولكن لو قال أنت مطلقة لا يقع طلاقه إلا بالنية، لأنه لفظ غير متعارف عليه فلا يعتبر صريحا وألحق الشافعية¹ والحنابلة² لفظ التسريح والفرق بلفظ الطلاق، فالطلاق الصريح عندهم هو الذي يكون بكلمات الطلاق والفرق والسراح، لأن المولى عز وجل ذكر الطلاق في كتابه بهذه الأسماء حيث قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (1) فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾³ وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁴.

فمن خاطب زوجته وأفرد لها لفظا من هذه الألفاظ، فقال: أنت طالق أو فارقتك، أو سرحتك لزمه الطلاق، أما لو واصل كلامه فقال: قد فارقتك إلى المسجد أو العمل، أو قد طلقتك من عقلك ونحو ذلك لم يلزمه الطلاق، ورد عليهم بأن لفظ السراح والفرق يستعمل في غير الطلاق فيقال: سرحت ابلي وفارقت صديقي فكانت كناية لا صريحا فيفتقر إلى النية.⁵

1- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 86/2.

2- ابن قدامة، المغني مرجع سابق، 263/8.

3- سورة الطلاق، الآيتين 1 و2.

4- سورة الأحزاب، الآية 28.

5- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 248/4.

وذهب **الظاهرية** إلى أن الطلاق لا يقع إلا بإحدى هاتيه الألفاظ الثلاثة الطلاق أو السراح أو الفراق، إذا نوى بذلك الطلاق، أما إذا قال: لم أنوي الطلاق صدق في الفتوى ولم يُصدق في القضاء.¹

2- الطلاق الكنائي: هو الطلاق الذي يستعمل فيه لفظ يحتمل الطلاق ومعنى آخر غيره، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكناية تحتاج إلى نية لإيقاع الطلاق، وذهب **الحنفية**² و**الحنابلة**³ إلى أنه إذا تلفظ الزوج بلفظ كنائي وكان في حالة شجار مع زوجته أي في حالة خصومة أو في حالة مذاكرة الطلاق، يقع طلاقه لأن دلالة الحال تقوم مقام النية، وألفاظ الكناية مثل أنت بريّة، إذهبي إلى أهلك، إعتدي.

ذهب **المالكية والشافعية** إلى أن الطلاق لا يقع بجميع ألفاظ الكناية إلا بنية الطلاق، ولا عبارة بدلالة الحال⁴، وقسم فقهاء **المالكية** الكناية إلى ظاهرة وأخرى محتملة:

أ- الكناية الظاهرة: هي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو اللغة كالتسريح والفراق وقوله حبلك على غارك، انت حرة وبائن، بتة، خليه وما أشبه ذلك من الألفاظ التي تعد كناية ظاهرة في عرف الناس، فحكمها كحكم الصريح.⁵

ب- الكناية المحتملة: مثل إحقي بأهلك، إذهبي، إنصرفي، أبعدني عني، وما أشبه ذلك، فهذا يرجع فيه إلى النية، فإذا نوى بذلك الطلاق وقع، وإذا لم ينوي لم يقع، أما ما عدا ذلك من ألفاظ الكناية والصريح التي لا تدل على الطلاق، فإذا تلفظ بها ونوى بذلك الطلاق لزمه على المشهور عند **المالكية**، وإن لم يردده لم يلزمه.⁶

وبعد التطرق لما قيل في هذه المسألة، فأننا نقول بأن في دلالة الألفاظ يرجع إلى عرف الناس، فهناك ألفاظ ذكرها الفقهاء أصبحت غير مستعملة أصلا في وقتنا الحالي

¹ ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط 1، 185/10.

² الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 248/4.

³ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 284/8.

⁴ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، 1961، ص 234.

⁵ إسماعيل محمد بكر، القوانين الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، ط 1، مصر، 1997، ص 223.

⁶ الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط 3، 1992، 58/4.

وذكرها يثير الاستغراب، بحيث أن صريح الطلاق قد يهجر فيصير كناية، وقد تشتهر الكناية فتصبح كالصريح، وتقسيم الألفاظ إلى صريح وكناية وإن كانت تقسيما صحيحا، لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة، فليس حكما ثابتا للفظ لذاته، فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين، أو صريح في زمان أو مكان كناية في غير ذلك الزمان والمكان.

3- الطلاق بلفظ التحريم

اختلف الفقهاء في مسألة قول الرجل لزوجته: أنت علي حرام وتفرعت مذاهبهم في ذلك إلى الآتي:

ذهب المالكية إلى أن لفظ التحريم يعد من الكنايات الظاهرة التي يلزم بها الطلاق دون النية، وذلك أن مالكا يفرق فقط بين المدخول بها، وغير المدخول بها، يلزم بها الطلاق ثلاثا في حق المدخول بها وبنوى في غير المدخول بها، وهو قول ابن أبي ليلى، وزيد بن ثابت وعلي من الصحابة، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال: لا ينوي في غير المدخول بها وتكون ثلاثا، فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسألة.¹

والقول الثاني: أنه إن نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث، وإن نوى واحدة فهي واحدة بئذ، وإن نوى يمينا فهو يمينا يكفرها، وإن لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشيء، هي كذبة، وقال بهذا القول الثوري.

والقول الثالث: أن ينوي فيها في الموضعين: في إرادة الطلاق وفي عدده، فما نوى كان ما نوى، فإن نوى واحدة كان رجعيا، وإن أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمينا، وهو قول الشافعية والحنابلة في إحدى الروايات عنهم، ودليلهم في ذلك: ما رواه سعيد بن جبير، عن ابن عباس، قال: أتاه رجل فقال: إني جعلت امرأتي علي حرام، قال: (كذبت، ليست عليك

¹ - الزرقاني: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد، شرح الزرقاني لمختصر سيدي خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، 157/4؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 99/3، الخرشي، الخرشي على مختصر خليل 43/2.

بحرام ثم تلا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹، عليك أغلظ الكفارة: عتق رقبة)².

والقول الرابع: أنه ينوي أيضا في الطلاق وفي العدد، فإن نوى واحدة كانت بائنة، فإن لم ينو طلاقا كان يمينا، وهو مول، فإن نوى الكذب فليس بشيء، وهذا قول أبو حنيفة وأصحابه.³

والقول الخامس: إنها يمينا يكفرها ما يكفر اليمين، إلا أن بعض هؤلاء قال: يمينا مغلظة، وهو قول عمر وابن مسعود، وابن عباس وجماعة من التابعين

وثبت في صحيح البخاري⁴ عن سعيد بن جبير، أنه سمع ابن عباس يقول: (إذا حرم امرأته فليس بشيء)، وقال: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾⁵.

والقول السادس: أن تحريم المرأة كتحريم الماء، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾⁶، وهو قول مسروق والأجدع، وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم.⁷

4- الطلاق بالكتابة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بالكتابة المستبينة التي تكتب على الورق أو ما يشبهه، واختلفوا في النية:

فذهب المالكية والشافعية إلى اشتراط النية، على خلاف الحنابلة فلم يشترطوا النية.⁸

¹ - سورة التحريم، الآية 1.

² - النسائي، سنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الطلاق، حديث رقم 3420، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986، 151/6.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 77/2؛ الخرشي، الخرشي على مختصر خليل 43/2.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب لم تحرم ما أحل الله لك، حديث رقم 5266، مرجع سابق، 44/7.

⁵ - سورة الأحزاب، الآية 21.

⁶ - سورة المائدة، الآية 87.

⁷ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 78/2.

⁸ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 383/7.

وذهب الظاهرية إلى أن الطلاق لا يقع بالكتابة مطلقاً حيث يقول ابن حزم: لا يقع الطلاق بالكتابة أصلاً ومن كتب إلى امرأته فليس بشيء.¹

وأما الشيعة فمنعت وقوع الطلاق بالكتابة من الحاضر، واختلفوا في الغائب فمنهم من أوقعه بالكتابة ومنهم من لم يوقعه، ما لم يكن الحاضر عاجزاً عن النطق.²

والراجح أن الطلاق بالكتابة لا يقع إن كان الزوج حاضر قادر على النطق، أما إذا كان غائب أو حاضر غير قادر على النطق، يقع الطلاق بها إذا كان ينوي بما كتبه الطلاق.

5- الطلاق بالإشارة

الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.³

وعليه فإشارة الأخرس المفهومة التي تدل على الطلاق يقع بها الطلاق صريحاً، وقد ذهب المالكية إلى أن الطلاق يقع بالإشارة المفهومة، ولو من غير الأخرس.⁴

وقد أوجب بعض الحنفية والشافعية أنه حتى تقوم الإشارة مقام اللفظ، أن لا يكون الأخرس يعرف الكتابة، فإذا كان يعرف الكتابة فلا يقع الطلاق بالإشارة، بل يتعين عليه أن يوقعه بالكتابة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة.⁵

وهذا أرجح الأقوال وأقومها، لأنه يتماشى مع القواعد الشرعية العامة.

6- الطلاق الإلكتروني

للطلاق صور حديثة في التي يقع بها، فبعد أن كان يتم مشافهة وفي حضور الزوجة أو وليها، أو وكيلها ظهرت له صورة أخرى في العقود المتأخرة وهي كتابته في ورقة وإرساله عبر البريد العادي، أما في الآونة الأخيرة فإنها تشهد صوراً أخرى استدعى وجودها

¹ - ابن حزم، المحلى على الآثار، 514/11.

² - أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ط 1، 1947، 161/4.

³ - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط 2، دار القلم، دمشق، 1989، ص 351.

⁴ - أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، د.ت.ن، 568/2.

⁵ - ابن همام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 474/3.

واستعمالها التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال والتواصل، فظهر طلاق الرسالة المسجلة في الهاتف النقال، وطلاق البريد الإلكتروني، وكل عبارة تعني بوضوح ودقة رغبة الزوج في تطبيق زوجته مستخدماً رسالة نصية قصيرة عبر الهاتف، أو البريد الإلكتروني، أو أحد برامج المحادثة.¹

والطلاق الإلكتروني إما يكون باللفظ أو الكناية، فإذا كان باللفظ فإنه يقع باتفاق الفقهاء وهو بمثابة خطاب مواجهة، أما إذا كان بواسطة الرسائل النصية القصيرة من الهاتف المحمول أو البريد الإلكتروني، فيأخذ حكم الطلاق بالكتابة، فقد اختلف الفقهاء بشأن الطلاق الواقع بهذه الصفة فمنهم من رفضه، وذلك لاشتراط بعض المذاهب الشهود، ووجود مظنة التزوير والغش، وهو ما يمنع وقوع هذا النوع من الطلاق.²

وهناك من يؤكد بأن الطلاق الإلكتروني مشكوك فيه، وذلك لأن ما يكتب عبر الوسائل الإلكترونية لا يشترط أن ينسب لشخص بعينه، كما أن حيازة أي شخص هاتف محمول لا يعني أن يتحمل مسؤولية كل ما يصدر عنه، فالهواتف تتداول حالياً بين الناس، قد تكون الزوجة نفسها من أرسلت لنفسها الرسالة من هاتف زوجها، أو حتى الزوجة الثانية...، ويقاس عليه البريد الإلكتروني الذي يمكن اختراقه.³

وهناك من يتبنى الاتجاه الذي يقر بوقوع الطلاق الإلكتروني، وهو يقع عند جمهور الفقهاء، ولو مع القدرة على اللفظ، بشرط أن تكون الكتابة واضحة ودالة، وأن يكون الزوج واعياً قاصداً غير مكره أثناء كتابته للرسالة⁴، فهو يقع بمجرد تلفظ الزوج به، لكن يجب على الزوجة أن تتأكد من أن الذي خاطبها هو الزوج وليس هناك تلاعب أو تزوير، وهذا عندما يكون عبر مكالمة هاتفية، أما عندما يكون الطلاق عبر الرسائل النصية القصيرة فإن الزوج لا يتلفظ بالطلاق، وإنما يكتبه ثم يقوم بإرساله إلى زوجته، وهذه عملية لا يمكن أن تتم

¹ - عبد الرحمن بن عوف السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، دار الوراق، بيروت، ط 1، 2004، ص 225.

² - علي أبو البصل، الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، شبكة الألوكة، من موقع [www. Aluka.net](http://www.Aluka.net)

³ - بشاير المطيري، شكوك قانونية تواجه الطلاق الإلكتروني، من الموقع الإلكتروني: www.emaratalyoum.com

⁴ - منتدى العدالة والقانون العربية، نقلًا عن موقع: www.justic.lawhome.com

والزوج غير قاصد أو غافل عما يفعل؛ إذن الطلاق صريح مقصود والباعث فيه واضح، وقد أُستعمل فيه وسيلتين من وسائل إيقاع الطلاق وهما: الكتابة ووسيلة الإرسال.¹

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من صيغ الطلاق

بناء على نص المادة 48 من ق.أ إن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يشر لا إلى الألفاظ التي يقع بها الطلاق ولا إلى الطلاق بالكتابة أو الإشارة، ومعنى هذا أنه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 منه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، رأينا اختلاف الفقهاء في ذلك، وبالتالي فإنه يبقى الاختيار للقاضي، فيختار من الآراء الفقهية ما يشاء، وهذا ما من شأنه أن يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية في حوادث متشابهة، فمرة يقضي بوقوع الطلاق، وأخرى يقضي بعدم وقوعه، وهو في كل ذلك لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يتعين التحديد ووضع الضوابط الشرعية التي يسير عليها القضاء، وإلا كانت الأحكام القضائية مناقضة للقصد الشرعي تارة، ومخالفة للأصل الثابت تارة أخرى، لأن الضابط الشرعي في اختيار الآراء الفقهية هو قوة الدليل و تحقيق المقصد الشرعي من الحكم الفقهي.²

لذا نقترح على المشرع الجزائري إضافة مادة يُفصل من خلالها في هذا الأمر كالاتي:

- يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وبكنايات الطلاق الدالة عليه، على أن يأخذ في ذلك اعتبار النية ودلالة الحال.

- لا يقع الطلاق بالكتابة إلا من الغائب أو من الحاضر الذي لا يقدر على النطق.

- يقع طلاق الأخرس بالكتابة إن كان يكتب، وإلا وقع بالإشارة المفهومة التي تدل على الطلاق.³

¹ - أحمد عبود علوان، دراسات فقهية لبعض المستجدات العصرية، مجلة مجمع، ع3، جامعة المدينة العالمية، كوالالمبور، ماليزيا، ص 69.

² - المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2020، ص 118.

³ - المصري مبروك، المرجع نفسه، ص 118.

المبحث الثاني: الحكمة من الطلاق وبيان أقسامه

من خلال هذا المبحث سأتطرق إلى الحكمة من تشريع الطلاق في المطلب الأول وإلى أقسام الطلاق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحكمة من تشريع الطلاق

لقد شرع المولى عز وجل الزواج الذي هو ارتباط الرجل بالمرأة على وجه الدوام، والذي يهدف إلى سعادة الزوجين بأن يعيش في ود ورحمة لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹.

وشرع الطلاق كعلاج وآخر حل إذا استعصى على الزوجين فض الخلاف بينهما، وكذا الحكمين والقاضي بسبب تعقد الحياة المشتركة بين الزوجين، مما يؤدي إلى زوال المحبة والمودة وتولد الكراهية والبغضاء، فيكون الطلاق منفذا للخلاص من المشاكل والمفاسد.

الفرع الأول: الحكمة من كون الطلاق بيد الرجل

إذا ما عرفنا أن الله سبحانه تعالى ما شرع الطلاق إلا لتمام مصلحة الزوجين وسيادتهما، وأنه سبحانه يكره الطلاق ويبغضه، فجعله بيد الرجل حتى لا يخرج به عن المقصد الشرعي منه²، والدليل على أن الزوج هو الذي يملك الطلاق ما يلي:

فمن الكتاب:

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 37.

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾¹،
وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ

فَرِيضَةً﴾².

من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: أتى النبي (ﷺ) رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني من أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال فصعد الرسول (ﷺ) المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»³.

فالنصوص القرآنية المذكورة في هذا الصدد كلها تسند الطلاق إلى الرجل إذا طلقته، فطلقوهن، ثم طلقتموهن، وهكذا دأبت الأمة الإسلامية على أن الرجل هو الذي يطلق منذ بدء الإسلام إلى يومنا هذا وعن الحكمة بهذا الاختصاص للرجل ما يلي:

1- خلق الله الرجل والمرأة وزودهما بطبائع متعددة كالفرح والحزن، الثبات والتأثر، العاطفة والجفاء، وغيرها من الطبائع، وفرق بينهما في كثير من الطبائع، وذلك لما أراد الله فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنَّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ...﴾⁴، وقال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾⁵.

2- لأن الرجل يقع على كاهله وحده تحمل نفقات وتكاليف الزواج المالية، فقد كلفه الله تعالى بالمهر والنفقة في حال الزوجية، ولو أقدم على الطلاق لترتب على ذلك خسارته في كل ما أنفقه على هذه الزوجة، ويستلزم هذا بالضرورة أنه يجب عليه بمقتضى هذا الطلاق

¹- سورة الطلاق، الآية 01.

²- سورة البقرة، الآية 236.

³- سبق تخريجه.

⁴- سورة آل عمران، الآية 36.

⁵- سورة النساء، الآية 34.

أن يدفع لها نفقة العدة ونفقة المتعة، فقبل أن يقدم على الطلاق يضع في حسابه هذه التكاليف، فيندفع إلى التريث والتعقل قبل إيقاع الطلاق.¹

أما المرأة فلم يكلفها شيئاً من ذلك بل كلما تزوجت وجب لها مهر، وإذا طلقت وجبت لها نفقة متعة، كما أن المرأة لها طباع لا توجد في الرجل، فهي سريعة التأثر والغضب، قوية العاطفة والشفقة، لكنها تثور لأتفه الأسباب وتتفعل لأوهى الأمور، لا تبالي بما وراء الاندفاع من نتائج ولا توازن بين ما تدعو إليه العاطفة، وما يدعوا إليه العقل، فإذا أعطيتها حق الطلاق حكمت بما تملي عليها عاطفتها.²

الفرع الثاني: الإنابة في الطلاق

الرجل كما يملك الطلاق بنفسه يملك إنابة غيره فيه، سواء أكان هذا الغير الزوجة أو شخص أجنبي يسمى الأول تفويض والثاني توكيل.

أولاً: التوكيل بالطلاق: وذلك أن يُنيب الزوج غيره في تطليق امرأته بأن يقول لآخر: وكنتك أن تطلق زوجتي، فإذا قال الوكيل للزوجة: إن زوجك قد وكلني أن أطلقك، فأنت طالق، وقع الطلاق، سواء طلقها في مجلس الوكالة أو بعده، ويكون حينئذ عاملاً بإرادة الموكل، وللزوج أن يعزله وأن يرجع عن توكيله، فإذا عزله فليس له الحق أن يطلق.

والوكيل يفترق عن الرسول في كون الرسول ينقل عبارة الزوج، ولا ينشئ عبارة من نفسه، أما الوكيل فإنه يعبر بعبارته فلا ينقل عبارة موكله، ولو قال لغيره: طلق زوجتي إن شئت، كان ذلك الغير مقيداً في التطليق بالمجلس وليس للزوج الرجوع عن أمره، لأنه صار تمليك لا توكيل فيأخذ حكم التفويض.³

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة (الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد)، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2006، ص 09.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، دمشق، 1985، 360/7.

³ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط 2، 1986، 122/3. ابن عابدين، رد المحتار، 550/2، أنظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 254-

ثانياً: التفويض: وهو تملك الغير الطلاق، فيشمل تملك الزوج غيره في تطليق زوجته، أو تملكه الزوجة تطليق نفسها، والمفوض مالك يعمل بمشيئته، ولا يحتاج تفويضه إلى قبول، فإذا قال الزوج لآخر طلق زوجتي إن شئت كان ذلك تفويضاً لأنه إذا علق الطلاق على مشيئته، فإن شاء طلق وإن شاء لم يفعل، فهو طلاق معلق، ومن علق الطلاق على أمر لا يملك الرجوع فيه وإلغاء التعليق، كما أن التفويض يتقيد بوقت مجلسه، فلو طلق المفوض وقع، وإلا بطل التفويض اللهم إذا كانت صيغة التفويض تعم كل الأوقات.¹

1- حكم التفويض

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تفويض الطلاق للزوجة²، واستدلوا لذلك بتخيير النبي (ﷺ) نساءه بين البقاء في عصمته رغبة في حب الله ورسوله ودار الآخرة، وبين مفارقته رغبة في الحياة الدنيا وزينتها، وهذا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعِكُنَّ وَأُسْرِحِكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (28) وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾.³

روي أن عائشة، قالت: لما أمر رسول الله (ﷺ) بتخيير أزواجه، بدأ بي، فقال: «إني ذاك لك أمرا، فلا عليك أن لا تعجلي فيه حتى تستأمري أبويك»، قالت: قد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه، قالت: ثم قال: «إن الله عز وجل قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعِكُنَّ وَأُسْرِحِكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (28) وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا

¹- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 255.

²- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 63.

³- سورة الأحزاب، الآيتين 28-29.

عَظِيمًا، قالت: فقلت: في أي هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، قالت: ثم فعل أزواج رسول الله (ﷺ) مثل ما فعلت».¹

اختلف القول عند الشيعة الجعفرية، فإذا كان التفويض بعد العقد قول بالجواز، أما إذا كان أثناء العقد فإن الشرط يبطل عندهم.²

ويقضي مذهب الظاهرية بعدم مشروعية التفويض مطلقاً، سواء للزوجة أو غيرها، ومن خير امرأته فاخترت نفسها، أو اختارت الطلاق، أو اختارت زوجها، أو لم تختّر شيئاً، فكل ذلك لا شيء، وكل ذلك سواء، ولا تطلق بذلك، ولا تحرم عليه، ولا لشيء من ذلك حكم، ولو كرر التخيير وكررت هي اختيار نفسها، أو اختيار الطلاق ألف مرة، وكذلك إن ملكها أمر نفسها، أو جعل أمرها بيدها ولا فرق³، فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازته القرآن أو سنة النبي (ﷺ) واستدلوا لمذهبهم بالآتي:

- عدم ورود نص في القرآن أو السنة على أن قول الرجل لامرأته أمرك بيدك أو قد ملكتك أمرك أو اختاري، يستوجب أن تكون طالقاً أو أن لها أن تطلق نفسها أو أن تختار طلاقاً، فلا يجوز أن يحرم على الرجل ما أباحه الله بأقوال لم يوجبها الله ولا رسوله.

- ما روي عن بعض الصحابة أن الطلاق لا يكون للنساء، روي يزيد عن أبي حبيب أن رميثة الفارسية كانت تحت محمد بن عبد الرحمان بن أبي بكر، فملكها أمرها، فقالت: أنت طالق ثلاث مرات، فقال عثمان بن عفان: (أخطأت لا طلاق لها لأن المرأة لا تطلق).⁴

¹ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري، المسند الصحيح المختصر، باب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاق إلا بالنية، حديث رقم 1475، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1103/2.

² عبد الكريم الحلبي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، دار الرقي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1985، ص 89.

³ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د س ن، 291/9.

⁴ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط 27، 1415 هـ/1994م، ص 267.

2- الرجوع في التفويض

ذهب الحنفية إلى أن التفويض للزوجة لا يمكن الرجوع فيه، لأنه تملك في حقها ملكها إياه الزوج، ومن ملك غيره شيئاً فلا يملك إبطاله، إذ أن للتفويض فصول أربعة أحدها أن يقول لامرأته أمرك بيدك والثاني أن يقول لها اختاري والثالث أن يقول أنت طالق إن شئت والرابع أن يقول طلقي نفسك، إذا أراد الزوج أن يعزلها ويخرج الأمر من يدها ويرجع عن ذلك لا يصح، وكذلك لو نهاها عن ذلك لأن هذا تفويض الطلاق وتمليك له والطلاق لا يحتمل الفسخ فأجابه كذلك.¹

وفي رأي ثان في المذهب يقضي بصحة الرجوع حجتهم في ذلك أنه إذا كان تملكاً لا يلزم منه عدم صحة الرجوع، لانتقاضه بالهبة فإنها تملك ويصح الرجوع فيها.² وذهب المالكية إلى أن التفويض بالتمليك والتخيير من قبيل التملك فهو لازم لا رجوع للزوج فيه.³

أما الشافعية فذهبوا إلى أن للزوج الرجوع في التفويض قبل إيجاب الزوجة بأي لفظ كان التفويض، لأن التفويض إما تملك أو توكيل، وله الرجوع فيهما قبل القبول، فيما وافقهم المالكية فيما إذا كان التفويض للزوجة عن طريق التوكيل.⁴

3- إعتبار المجلس في التفويض

اتفق جمهور الفقهاء على أن التفويض إذا كان محددًا بزمن، فإنه يتحدد به بأي لفظ كان التفويض بالتخيير أو التملك ولا يتحدد بالمجلس.⁵

¹- بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، باب الطلاق، دار الكتب العلمية، ط 2، بيروت، لبنان، 1414 هـ - 1994م، 192/2.

²- بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ - 1992م، ص 216.

³- الخرشي، الخرشي على شرح الخليل، المرجع السابق، 70/4. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 405/2.

⁴- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، باب الطلاق، ج 10، دار المنهاج، جدة، ط 1، 1421 هـ - 2000م، ص 83، محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، باب الطلاق، ج 4، دار الفكر للطباعة، بيروت، ص 70.

⁵- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 256.

واختلفوا في حالة الطلاق على النحو التالي:

فذهب الحنفية والشافعية والراجح من قول الإمام مالك إلى أن التفويض المطلق يقتضي إجابة على فور في مجلس الإيجاب، إن كانت المرأة حاضرة أو في مجلس علمها إن كانت غائبة، فأما إذا كانت غائبة أو حاضرة ولم تسمع فلها الخيار في مجلس بلغ إليها الخبر فيه وعلمت بذلك لأن هذا تمليك الطلاق والتمليك يقتصر جوابه على المجلس ويكون مؤقتاً به كما في قبول البيع، وإذا صار الأمر في يدها فإن اختارت نفسها في المجلس تقع واحدة بائنة.¹

فأما إذا وجد منها كلام أو فعل يدل على الإعراض عن اختيار النفس فإنه يبطل خيارها ويخرج الأمر من يدها وذلك نحو أن تقوم من مجلسها ذلك إذا سمعت بالخيار إن كانت قاعدة أو كانت قائمة فركبت وإن كانت سائرة فإن أجابت على الفور أو وقفت للتأمل في ذلك وإلا فيبطل خيارها لأن ذلك دليل الإعراض، وكذلك إذا اشتغلت بافتتاح الصلاة أو بالأكل والشرب حتى يكون ذلك مجلس الأكل والشرب.²

فإن قالت ادعوا لي أبواي حتى أستشيرهما أو ادعوا لي شهوداً أشهدهم عليه لم يبطل خيارها لأنها تحتاج إلى ذلك فلا يكون دليل الإعراض، ثم إذا اختارت نفسها مرة ليس لها أن تختار ثانياً ويبطل الخيار لأنه فوض إليها الخيار مرة واحدة، فأما إذا قال أمرك بيدك كلما شئت فيكون الأمر في يدها في ذلك المجلس وغيره حتى تبين بثلاث لأن كلمة كلما تقتضي التكرار لكنها لا تطلق نفسها في المجلس إلا مرة واحدة كأنه قال لها في كل مجلس أمرك بيدك فما لم يتجدد المجلس لا يتجدد الخيار.³

وذهب وقول الشافعية والرواية الثانية عن مالك أن خيارها في المجلس وبعده.⁴

¹ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984، 187/2-188.

² - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع نفسه، 188/2.

³ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع نفسه، 188/2.

⁴ - الخرخشي، الخرخشي على شرح الخليل، مرجع سابق، 70/4.

وعلى هذا يترجح قول الجمهور من أنه عند الإطلاق يكون للزوجة الاختيار في المجلس فإن رفع المجلس سقط اختيارها.

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الزوج حفاظاً على الزواج وحمائته من مخاطر إنهائه بعاطفة وبشكل سريع، وذلك لأن الرجل في الغالب يُغلب عقله ويكون أكثر تقديراً لعواقب الأمور، كما جعلت للمرأة الحق في اشتراط ملك العصمة، ولها ذلك قبل الزواج، وله أن يجعل أمرها بيدها.

وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء الشريعة من خلال أحكام قانون الأسرة، فنص في المادة 47 منه على أن: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، وإن كان انحلالها بالوفاة أمر بديهي، فإن الطلاق يقع بإرادة الزوج، أو بإرادة طرف الزوجة عن طريق الخلع أو التطليق بأن ترفع الزوجة أمرها للقضاء، وهو ما بينته المادة 48 التي نصت على: "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".

إن ما يستخلص من نصوص القانون أن الطلاق لا يقع إلا بإرادة الزوج، وعلى القاضي التأكد من إرادته في الطلاق ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك، وهذا من خلال ما نصت عليه المادة 450 من ق.إ.م.إ.¹ وبالتالي فإنه ليس للقاضي أن يحل محل الزوج في إيقاع الطلاق.²

كما أن القانون لم ينص صراحة على التفويض، إذ جاء في نص المادة 48 الطلاق حل عقد الزواج ويقع بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من زوجة، إلا أن الطلاق بتراضي الزوجين يشمل ضمناً التفويض والقانون في هذا موافق لرأي جمهور الفقهاء على

¹ القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، الجريدة الرسمية، ع48، 2022، المعدل والمتمم لقانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

² بريبر محمد، وقوع الطلاق وثبوته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 5، العدد 2، 2020، ص 265.

اعتبار الطلاق بالتفويض للمرأة سواء كان عن طريق الوكالة أو التمليك أو التخيير أو بمشيئتها، إلا أنه ينبغي تقييد التفويض بوقت محدد في المجلس، لا يخرج عن هذا القيد إلا ما كان من قبيل المهلة حتى تستشير الزوجة أهلها، أو من تثق فيه أن تختار الفرقة أو البقاء معه؟¹

فإذا استفحل الشقاق بين الزوجين، وكان الزوج قد فوض عصمة الطلاق إلى الزوجة فجعل الأمر بيدها أو طلبت منه أن يطلقها، ووقع الطلاق فما جدوى محاولة القاضي الصلح بين الزوجين وهما يرغبان في الفرقة؟ إذن فلا بد من تعديل المادة 49 من هذا القانون وصياغتها صياغة جديدة تتماشى وتتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق

يقسم العلماء الطلاق بحسب اعتبارات مختلفة أهمها باعتبار موافقته للصفة التي شرعها الله تعالى وبينها الرسول ص في السنة أو مخالفته لها، وباعتبار حق الزوج في مراجعة مطلقته.

الفرع الأول: تقسيم الطلاق باعتبار موافقته للسنة النبوية ومخالفته لها

قسم الفقهاء الطلاق إلى قسمين: طلاق سني وطلاق بدعي

قال الإمام النووي: " لم يزل العلماء قديما وحديثا يصفون الطلاق بالبدعة والسنة. وفي معناهما اصطلاحان: أحدهما: السني ما لا يحرم إيقاعه، والبدعي: ما يحرم."²

أولاً: الطلاق السني: هو الواقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه، أي هو ما وافق أمر الله ورسوله الكريم، وقد جاء في جامع أحكام القرآن للقرطبي عند تفسير لقول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾³، أن طلاق السنة ما جمع سبعة شروط:

¹ - المصري ميروك، المرجع السابق، ص 210.

² - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، باب الطلاق، ج 8، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط 3، 1412 هـ / 1991 م، ص 3.

³ - سورة الطلاق، الآية 01.

- أن يطلقها واحدة.

- أن تكون طاهرا غير حائض ولا نفساء.

- أن تكون في طهر لم تمس فيه.

- أن يكون الطهر تاليا لحيض لم تطلق فيه.

- ولا تبعه طلاق في طهر يتلوه.

- أن يخلو الطلاق عن العوض.

وقد ذهب الحنفية إلى طلاق السنة نوعان؛ نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد، وكل واحد منهما نوعان حسن وأحسن، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه ثم يتركها حتى تتقضي عدتها أو كانت حاملا قد استبان حملها وأما الحسن فأن يطلقها واحدة في طهر لم يواقعها فيه ثم يطلق في الطهر الآخر واحدة ثم في الطهر الثالث واحدة فتبين.¹

والأصل فيه ما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال: (كان أصحاب رسول الله ﷺ يستحسنون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تتقضي العدة).² والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار، وقال مالك إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة.³

أجمع الفقهاء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طليقة واحدة، وأن المطلق في الحيض الذي يمسه فيه غير مطلق للسنة، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم

¹ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، 171/2.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط 2، 1986، 88/3.

³ - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 221/1.

تطهر، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»¹.

ثانياً: الطلاق البدعي: وهو المخالف للمشروع وهو أنواع:

1- بدعي من حيث الصيغة: أي مخالف لسنة رسول الله (ﷺ) من حيث صيغته، بأن يطلق زوجته طليقة بائنة في طهر لم يحدث فيه ولا في الحيض الذي قبله معاشرته، وهذا يقع طلاقاً ويكون المطلق آثماً عند الحنفية، وقال الشافعية لا بدعة في الصفة.

2- بدعي من حيث الوقت: بأن يطلق زوجته المدخول بها طليقة واحدة رجعية في حيض أو في طهر حدثت فيه معاشرته زوجية، وعلى هذا فطلاق غير المدخول بها لا يكون بدعياً ولو أوقعه في الحيض لأنه لا عدة لها، وكذلك طلاق من لا تحيض أو الحامل، لأن عدتها بالأشهر أو وضع الحمل لا بالحيض، فالمطلق آثم لمخالفته السنة، ومن حيث وقوع طلاقه فقد أقر جمهور الفقهاء بوقوعه، واستدلوا بقوله (ﷺ) لعمر بن الخطاب حين أخبره أن ابنه عبد الله طلق زوجته وهي حائض "مره فليراجعها"، فدل على وقوع الطلاق في الحيض لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

وأجمعوا على أنه يؤمر بالرجعة، واختلفوا إلى رأيين: فبعضهم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك، وبه قال مالك وأصحابه، وقال البعض الآخر بأن يندب إلى ذلك ولا يجبر، وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة، والثوري، وأحمد، والذين أوجبوا الإيجابار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإيجابار، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره، يجبر ما لم تنقض عدتها، وقال أشهب لا يجبر إلا في الحيضة الأولى.²

والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء، فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها، وبه قال مالك، والشافعي، وجماعة، وقوم قالوا: بل يراجعها،

¹ - سبق تخريجه.

² - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة،

فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها: فإن شاء أمسك وإن شاء طلق، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون.¹

وقال الشيعة الإمامية وابن حزم الظاهري وابن تيمية وابن القيم: لا يقع ودليلهم أن هذا الطلاق مخالف لكتاب الله، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...﴾، أي إظهار عدتهن.²

3- بدعي من حيث العدد: وهو أن يطلق الزوج زوجته ثلاث مرات دفعة واحدة وفي مجلس واحد، أو طلقتين في طهر لم يحدث فيه، ولا في الحيض الذي قبله معاشرة زوجية. فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة، وسبب الخلاف: معارضة إقراره - عليه الصلاة والسلام - للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة.

والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من «أن العجلاني طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله (ﷺ) بعد الفراغ من الملاعة»، قال: فلو كان بدعة لما أقره رسول الله (ﷺ)، وأما مالك: فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه: إنه ليس للسنة، واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن.³

الفرع الثاني: تقسيم الطلاق باعتبار حق الزوج في المراجعة

ينقسم الطلاق بالنظر إلى إمكانية إرجاع الزوج زوجته من غير عقد ومهر جديدين، وعدم إمكان ذلك، إلى طلاق رجعي وطلاق بائن.

¹ - بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع نفسه، 87/3.

² - أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، دار المسيرة، عمان، الأردن، د.س.ن، ص 37.

³ - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، 86/3.

أولاً: في الفقه الإسلامي

1- الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعاً مجرداً عن أن يكون في مقابل مال، ولم يكن مسبقاً بطلقة أصلاً، أو كان مسبقاً بطلقة واحدة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطلاق صريحاً أو كناية.¹

وهو الذي يملك الرجل فيه إن يعيد مطلقته إلى الزوجية طالما لم تتقضي عدتها بدون عقد ومهر جديدين، من غير حاجة إلى رضاها مادامت في العدة، فالمطلقة لا تزال حلاً لزوجها فله أن يراجعها.²

أ- دليل مشروعية الرجعة

الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول

أما الكتاب: فقد دلت آيات عديدة على مشروعيتها منها قول الله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلِيهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾³، ووجه الدلالة أن الله تعالى بين أن الأزواج أحق بمراجعة الزوجات المطلقات رجعيًا في العدة، وذلك يدل على بقاء حكم الزوجية قائماً.

أما السنة: فهناك أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الرجعة منها: ما ثبت من صحيح البخاري بإسناد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ﷺ)، فسأله عمر بن الخطاب عن ذلك فقال (ﷺ): مره

¹ - السيد سابق، فقه السنة (نظام الأسرة، الحدود والجنایات)، المجلد 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 4، بيروت، 1983، ص 233.

² - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 95، الكاساني، بدائع الصنائع، 134/3، عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، دار الفكر العلمية، بيروت، 1984، 554/10.

³ - سورة البقرة، الآية 228.

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.»¹

وروى الحاكم في المستدرک في الفضائل من حديث ابن أبي جعفر ثنا ثابت عن أنس أن النبي (ﷺ) طلق حفصة تطلقه فاتاه جبريل عليه السلام فقال يا محمد طلقت حفصة راجعها فإنها قوامة صوامة وإنها زوجتك في الجنة.²

الإجماع: أجمع الفقهاء على أنه إذا طلق زوجته بعد الدخول بها طلاقاً رجعياً فهو أحق برجعتها ولو كرهت المرأة ذلك، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة، صارت أجنبية عنه فلا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين.³

ب- الإشهاد⁴ في الرجعة

أجمع الفقهاء على أن الزوج يملك رجعة زوجته في الطلاق الرجعي ما دامت لم تنقضي العدة من غير اعتبار رضاها، واختلفوا في الإشهاد عليها على اتجاهين:⁵

الاتجاه الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية في المشهور عنهم والمالكية في المشهور من المذهب والحنابلة في أصح الروايتين إلى أن الإشهاد على الرجعة مستحب ولا يشترط لصحتها، واستدلوا بقول الله عز وجل: ﴿...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾⁶، وقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾⁷، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿...فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا

¹- البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق مصطفى ديب البغا، رقم الحديث 4953، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، 2011/5.

²- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف للزمخشري، رقم الحديث 1378، دار ابن خزيمة، الرياض، ط 1، 1414، 62/4.

³- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 547/10.

⁴- الإشهاد أي يُشهد الزوج على أنه أرجع زوجته إلى عصمته.

⁵- أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004، 104/3. السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993، 19/6.

⁶- سورة البقرة، الآية 228.

⁷- سورة البقرة، الآية 229.

حُدُودَ اللَّهِ...¹، وهي آيات جاءت لتبين مشروعية الرجعة بصفة مطلقة ولم تقيدھا باشتراط الإشهاد، ومن حديث ابن عمر أن رسول الله (ﷺ) أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضاً، فالرسول (ﷺ) أمر ابن عمر أن يراجع زوجته من غير أن يأمره بضرورة الإشهاد على مراجعة زوجته المطلقة.

الاتجاه الثاني: ذهب الشافعية والظاهرية إلى أنه يجب الإشهاد على الرجعة وإلا لم تصح، واستدلوا بقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَمْ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا²، وبما روي عن عمران بن حصين، سئل عن الرجل يطلق امرأته، ثم يقع بها، ولم يشهد على طلاقها، ولا على رجعتها، فقال: «طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، أشهد على طلاقها، وعلى رجعتها، ولا تعد»³.

1- ما تحصل به الرجعة

أ- الرجعة بالقول: أجمع العلماء على أن الرجعة تحصل وتصح بالقول، وأن اللفظ في الرجعة صريح وكناية، فالصريح ما يدل على الرجعة صراحة مثل: راجعتك وراجعت زوجتي أو رددتك أو أمسكتك⁴.

ب- الرجعة بالفعل: كما تحصل الرجعة بالفعل كالوطء والمباشرة والتقبيل أو اللمس بشهوة سواء كان بنية أو من غير نية، كذلك إذا صدر هذا من الزوجة ولم يمنعها منه يكون ذلك رجعة⁵.

1- سورة البقرة، الآية 230.

2- سورة الطلاق، الآية 2.

3- أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الرجل يراجع ولا يشهد، حديث رقم 2186، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، 257/2.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 8، 2005، 469/7.

5- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، 469/7.

وذهب الشافعية إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول فقط، أي بالكلام دون الفعل من الجماع وغيره لأن ذلك رد بلا كلام فلا تثبت رجعة لرجل على امرأته حتى يتكلم بالرجعة، ففاس الرجعة على النكاح والطلاق حيث لا يكون نكاح ولا طلاق حتى يتكلم بهما فكذا الرجعة لا تكون حتى يتكلم بها خلال فترة العدة، والكلام بها أن يقول قد راجعتها أو قد إرتجعتها أو قد رددتها إلي وقال: قد أمر الله بالإشهاد، ولا يكون الإشهاد إلا على القول، وذلك لأن حقوق الزوجية قد زالت بالطلاق ولو رجعيًا، ولا تعود إلا بالرجعة قولاً.¹

وعند المالكية لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة، لأن الفعل عنده ينتزل منزلة القول مع النية، على خلاف ذلك الحنفية والحنابلة تحصل عندهم الرجعة بالقول أو الفعل ولو بدون نية، فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده، ولذلك كان التوارث بينهما.²

واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت في العدة، فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها، ولا ينظر إلى شعرها، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معها غيرهما.³

وقال أبو حنيفة لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها، وتطيب له وتتشفوف وتبدي البنان والكحل، وبه قال الثوري، وأبو يوسف، والأوزاعي، وكلهم قالوا: لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تتحنح أو خفق نعل.⁴

واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طليقة رجعية وهو غائب، ثم يراجعها، فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة، فتتزوج إذا انقضت عدتها فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح، دخل بها أو لم يدخل، هذا قوله في الموطأ، وبه قال الأوزاعي والليث. وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول، وأنه قال: الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني،

¹ - الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990، 260/5-261.

² - الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1992، 101/2-102؛ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 19/6.

³ - مالك ابن أنس، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، 1994، 238/2.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 25/6.

وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا: ولم يرجع عنه لأنه أثبتته في موطنه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ.¹

وأما الشافعي، والكوفيون، وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا: زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل، وبه قال داود، وأبو ثور، وهو مروى عن علي وهو الأبين.²

2- الآثار التي تترتب على الطلاق الرجعي

يترتب على الطلاق الرجعي ما يلي:

- إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل.³

- إذا مات أحدهما في أثناء العدة ورثه الآخر، ولا توارث بينهما في الطلاق البائن إلا إذا كان فاراً من الميراث، كما يلحقها ظهاره ولعانه وإيلائه

- إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً، فلا يجوز له الزواج بإحدى محارمها من النساء خلال فترة العدة.

- انقضاء الزوجية بين الزوجين إذا انقضت العدة ولم يراجعها، لأن الطلاق الرجعي يصبح بائن بانقضاء العدة.

- يحرم خروج المطلق طلاق رجعي من بيت الزوجية

ثانياً: الطلاق البائن

هو الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال.

فالطلاق البائن نوعان: أحدهما الطلقات، والثاني الطلقة الواحدة البائنة، والثنتان البائنتان، فالحكم الأصلي لما دون الثلاث من الواحدة البائنة، والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق، وزوال الملك أيضاً حتى لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره، وإيلائه ولا يجري اللعان بينهما ولا يجري التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له

¹- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 3/105.

²- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 3/105.

³- حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية - فقها وقضاء، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط 1، 2001، ص 212.

نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر؛ لأن ما دون الثلاثة وإن كان بائنا فإنه يوجب زوال الملك لا زوال حل المحلية.¹

وأما الطلقات الثلاث فحكمها الأصلي هو زوال الملك، وزوال حل المحلية أيضا حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوج آخر؛ لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾²، وسواء طلقها ثلاثا متفرقا أو جملة واحدة؛ لأن أهل التأويل اختلفوا في مواضع التطليقة الثالثة من كتاب الله، قال بعضهم هو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، جاءت بعد قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾³ وقالوا: الإمساك بالمعروف هو الرجعة، والتسريح بالإحسان هو أن يتركها حتى تنقضي عدتها.

وقال آخرون: هو قوله تعالى: ﴿تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فالتسريح هو الطلقة الثالثة، وعلى ذلك جاء الخبر، وكل ذلك جائز محتمل غير أنه إن كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾ أي: طلقها تطليقة ثالثة، وإن كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ أي: طلقها طلاقا ثلاثا، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره.⁴

الطلاق البائن: فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد التطليقات، ومن قبل العوض في الخلع.⁵

وينقسم الطلاق البائن إلى قسمين: طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 186/3.

² - سورة البقرة، الآية 230.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 187/3.

⁵ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، 60/2.

أ- **طلاق بائن بينونة صغرى**: هو الطلاق الذي يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره، وإذا كان مزيلاً للرابطة الزوجية فإن المطلقة تصير أجنبية عن زوجها، ولا يمكن للزوج أن يعيد المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين¹، وبرضاها وسواء انقضت العدة أو لم تنقضي، وذلك دون أن تتزوج زوجاً آخر، وإذا أعادها عادت إليه بما بقي له من طلاقات، فإذا كان طلقها واحدة من قبل فإنه يملك عليها طلقتين، وإذا كان طلقها طلقتين لا يملك عليها إلا طلاقة واحدة، فلا يحل له الاستمتاع بها، ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات قبل انتهاء العدة أو بعدها، ويحل بالطلاق البائن موعد مؤخر الصداق المؤجل إلى أبعد الأجلين الموت أو الطلاق.²

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق البائن بينونة صغرى يكون في الحالات التالية: الطلاق قبل الدخول، والطلاق المقرون بعوض أو الطلاق على مال، وكذا الطلاق الذي لم يكمل الطلاقات الثلاث، لأن الطلاق في هذه الحالات يزيل الملك ولا يزيل الحل، فله أن يعقد على المطلقة ثانية وفي أي وقت بمهر وعقد جديدين.³

ب- **طلاق بائن بينونة كبرى**: هو الطلاق الذي يزيل قيد الزوجية مثل البائن بينونة صغرى، ويأخذ جميع أحكامه، إلا أنه لا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته إلا بعد أن تتزوج زوج آخر زوجاً صحيحاً، ويدخل بها دون إرادة التحليل⁴، يقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، ولقول رسول الله (ﷺ) لامرأة رفاعة: «لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك»⁵

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري

لم يبين المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية طبيعة حكم القاضي بالطلاق هل هو منشئ للطلاق أم كاشف له؟، ولكن الجدير بالذكر أنه

¹ عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط 1، 2007، ص 287.

² سيد سابق، المرجع السابق، 237.

³ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 244.

⁴ سيد سابق، المرجع السابق، 238.

⁵ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث رقم 5260، مرجع سابق، 42/7.

لا يثور اشكال لو لم يتلفظ الزوج بالطلاق قبل رفع دعوى طلاق، فهنا حكم القاضي يكون منشئاً للطلاق، فقد يكون الزوج راغب في الطلاق ولكنه لم يتلفظ به قبل رفع دعوى الطلاق ثم بادر إلى رفعها، في هذه الحالة فإن إجراء الصلح طبقاً لنص المادة 49 من ق.أ يكون في محله طالما أن الطلاق لم يقع بعد باعتبار أن العلاقة الزوجية ما تزال قائمة، ذلك أن الغرض من الصلح هو تجنب الزوجين الوقوع في الطلاق، ومدة ثلاث أشهر هي مدة صلح.¹

أما بالنسبة للحالة التي يتلفظ بها الزوج بالطلاق خارج المحكمة ثم يبادر إلى رفع دعوى الطلاق، فقد انقسم فقهاء القانون إلى رأيين:

الرأي الأول: اعتبر بعض فقهاء القانون أن المشرع لم يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة، ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاقاً بائناً، ولا يقبل الطعن بالاستئناف²، وأن معنى الثبوت الوارد في نص المادة 49 من ق.أ يفيد وقوع الطلاق لا التأكد منه، وأن حكم القضاء في ذلك هو حكم منشئ للطلاق وليس كاشفاً له، وبالتالي فإن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ويعبر عنه في العريضة الافتتاحية، وأمام قاضي شؤون الأسرة لا معنى له.³

بحيث يرون أن المادة 49 مخالفة للشريعة الإسلامية على اعتبار أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي متجاهلة تماماً للفظ الذي تم قبل رفع الدعوى، لأن هذا سوف يؤدي إلى ازدواجية العدة، عدة شرعية تبدأ سريانها من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.⁴

الرأي الثاني: ويرى البعض الآخر أن نص المادة 49 من ق.أ لم يخالف الشريعة الإسلامية، لأن دور القاضي كاشف لإرادة الزوج الذي ينطق به، فلا يقوم إلا بتثبيت هذه

¹ - سعاد راحلي، أثر الطلاق اللفظي في إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة البحوث الأسرية، الصادر عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، المجلد 1، ج 1، العدد 1، 2021، ص 50.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط 2، قسنطينة، 1989، ص 316.

³ - بريبر محمد المرجع السابق، ص 267.

⁴ - سعاد راحلي، المرجع السابق، 51.

الإرادة بحكم قضائي، فيكون حكم القاضي كاشفاً في قضايا طلاق الزوج، في الخلع، في اللعان، وفي الطلاق بالتراضي، فجميع أنواع الطلاق الإرادي يكون فيها حكم القاضي كاشف، أما الحكم القضائي المنشئ فيكون في حالة الطلاق الذي لم يتلفظ فيه الزوج كالتطليق أو التفريق القضائي، أضف إلى ذلك أن المشرع استعمل في نص المادة عبارة **يثبت الطلاق بحكم**، ولم يستعمل عبارة "يقع" أو "ينشئ"، فالإثبات لا يكون إلا على واقعة حدثت مسبقاً.¹

وقد فرق القضاء بين الطلاق الرجعي والبائن في قرار للمحكمة العليا جاء في: " من المتفق عليه فقهاً وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق؛ أما الطلاق البائن فهو الذي ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها، إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً.²

وإن لم يرد النص صراحة في قانون الأسرة على الطلاق الرجعي، فإنه تم الإشارة إلى إمكان الرجعة وذلك في المادة 50 منه، حيث جاء في نصها: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فحسب نص المادة الفيصّل بين الطلاق الرجعي والبائن هو حكم القاضي بالطلاق، فكل طلاق قبل حكم القاضي أي في فترة الصلح رجعي، وكل طلاق بعد حكم القاضي بائناً.³

¹ - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2006، ص 61. - سعاد راخلي، المرجع السابق، ص 51.

² - المحكمة العليا غ.أ.ش، قرار رقم 39463، الصادر بتاريخ 10/02/1986، المجلة القضائية ع1، 1989، ص 115.

³ - هنان مليكة وبواب بن عامر، النقض التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، ع4، ص 405.

إن لابد من إعادة صياغة المادة 50 لأن صياغة ركيكة وغير مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، بحيث قرنت الرجعة بفترة الصلح، وكما سبق ذكره أن إجراء الصلح بين الزوجين يكون قبل النطق بالطلاق، وأما الرجعة فتكون بعد تلفظ الزوج بالطلاق من طلاق رجعي، وحتى استعمال لفظ الرجعة في الفقرة الثانية ليس في محله، لأن الطلاق البائن يزيل قيد الزوجية، فإذا أراد الزوج إعادة مطلقته يحتاج إلى مهر وعقد جديدين.

على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على الطلاق الرجعي و الطلاق البائن موافقاً بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، وأسناد مقترح إعادة صياغة المادة 50 على نحو التالي:

" كل طلاق يقع رجعياً إلا ما كان قبل الدخول أو مكمل للثلاث أو بناء على عوض تدفعه الزوجة، وعلى القاضي أن يصدر حكماً بالطلاق يسري بأثر رجعي إلى تاريخ تلفظ الزوج به.

للزوج حق مراجعة زوجته قولاً وفعلاً، ما لم تنته العدة الشرعية بدون عقد جديد، ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة.

وكل طلاق قبل الدخول أو بناء على عوض أو انتهاء العدة من طلاقة واحدة أو طلقتين، فلا مانع من تجديد النكاح بمهر وعقد جديدين وبرضا الطرفين. "

الفرع الثالث: تقسيم الطلاق بحسب الصيغة

يقسم بحسب اشتمال الصيغة على التعليق على شرط (طلاق معلق)، أو بالإضافة إلى زمن المستقبل (طلاق مضاف)، وعدم اشتمالها (طلاق منجز).

أولاً: في الفقه الإسلامي

1- الطلاق المنجز: هو ما تم بصيغة خالية من التعليق على شرط، أو المضافة إلى زمن المستقبل، وكان قصد الزوج وقوع الطلاق في الحال كأن يقول لزوجته: أنت طلق أو طلقتك، وحكمه وقوع الطلاق في الحال، ويرتب آثاره عليه فوراً وبمجرد صدوره بشرط:

- أن يكون الزوج أو من يقوم مقامه أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً لإيقاعه عليها.

- أن تكون الرابطة الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، ومن زواج صحيح.¹

2- **الطلاق المضاف إلى زمن المستقبل:** هو ما اقترنت الصيغة فيه بزمن مستقبل، كأن يقول لزوجته: أنت طالق غداً، أو بعد سنة.

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى وقوع الطلاق عند حلول الزمن الذي إليه،² وحجة أصحاب هذا الرأي أن الصيغة المضافة إلى المستقبل هي تعليق للطلاق على صفة معينة، فإذا لم توجد هذه الصفة فلا يقع الطلاق.³

وذهب المالكية إلى وقوع الطلاق في الحال، وحثهم أن الزوج بهذه الإضافة قد جعل استباحة زوجته إلى أجل محدود، ففترة بين ايقاع الطلاق وبين وقوعها إلى الزمن المضاف إليه تعتبر تأقيتاً للنكاح، والوطء فيه وطء في نكاح مؤقت وهذا لا يجوز شرعاً، فتفادياً وتجنباً لتأقيت النكاح في هذه المدة قالوا بوقوع الطلاق في الحال.⁴

وذهب الظاهرية إلى أن الطلاق المضاف إلى المستقبل لا يقع في الحال ولا عند مجيئ زمن المستقبل، ودليلهم أن الطلاق المضاف لم يرد لا في الكتاب ولا في السنة فهو باطل مردود، كما أن بعض أنواع الطلاق المنجز لا تقع في الحال، فيستحيل أن تقع في زمن لم يوقعه فيه.⁵

3- **الطلاق المعلق:** وهو ربط وقوعه بحصول أمر في المستقبل، أي يحصل بالصيغة التي تفيد وقوع الطلاق عند وجود أمر في زمان المستقبل، وهي كل عبارة اقترنت بشرط من الشروط يدل على ربط وقوع الطلاق به بأداة من أدوات الشرط، والأمر المعلق عليه الطلاق قد يكون مستحيل الوجود، فهذا لا يقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء.⁶

¹- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 37.

²- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 34/5، وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 268/8.

³- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1968، ص 297.

⁴- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، 48/2.

⁵- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 130/7.

⁶- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 384/8.

وقد يكون الأمر المعلق عليه محقق الوجود، فهذا في الحقيقة تعليق صوري، إذ أنه أشبه أن يكون بالطلاق المنجز ولهذا يقع الطلاق في الحال.¹

وأما إن كان الشرط محتمل الوجود، وهي الصيغة الغالبة، فالطلاق يقع بمجرد وجود المعلق عليه وحصول الشرط دون حاجة لإيقاع طلاق جديد، سواء كان ذلك فعلاً للزوج أو للزوجة أو لغيرهم، فإذا لم يوجد المعلق عليه لم يقع الطلاق.²

الصيغة الأخيرة يمكن أن تكون على عدة صور حسب قصد الزوج حين علق الطلاق، وفي جميع هذه الصور يقع الطلاق حين وقوع الأمر المعلق عليه، ولا تختلف إلا من حيث قصد الزوج³

أ- قد يكون قصد الزوج من الشرط مدلوله اللغوي وهو وقوع الطلاق عند حصول الشرط، فإذا قال الزوج لزوجته: إن خرجت بدون إذني فأنت طالق، فإنه يقصد في هذا الطلاق إن خرجت بدون إذنه.

ب- وقد يكون قصد الزوج تخويف زوجته لئمنعها من فعل أمر ما، مثل قوله لها إن سافرتي فأنت طالق، هنا هو يقصد منعها من السفر لا الطلاق.

ج- وقد لا يكون للزوجة دخل في قصده ونيته، كمن يقصد حمل آخر على فعل أو تركه فيقول له: إن لم تذهب معي فامرأتي طالق.

د- هناك تعليق للطلاق على أمر طبيعي لا دخل لإرادة الإنسان فيه كقوله لزوجته: إن هبطت الأمطار غدا فأنت طالق.

وذهب بعض من الفقهاء والمتأخرين وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، إلى التفريق بين صور الصيغة المعلقة على شرط، فإذا كان قصد الزوج حمل الغير على فعل أو تركه، أو مجرد تقوية العزيمة على فعل شيء أو تركه أو تقوية تصديقه الإخبار عن شيء

¹ - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، 125/6.

² - السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1993، 32/5.

³ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 300.

مضى دون قصد الطلاق، فإنه لا يقع بها الطلاق، أما إذا قصد الطلاق واختاره عند تحقق الشرط، فإن الحكم المترتب هنا هو وقوع الطلاق.¹

ويشترط لوقوع الطلاق المعلق ما يلي:

- أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، ومالكاً له عند وقوع المعلق عليه.
- وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق حين صدور الصيغة.
- وأن يكون على أمر معلوم حين التعليق يمكن أن يوجد بعد ذلك.
- وأن تكون الزوجة حين حصول المعلق عليه محل للطلاق، فإذا علق الطلاق والمرأة ليست محلاً للطلاق كالمعتدة من الطلقة الثالثة لا يصح التعليق، وأيضاً إذا حصل المعلق عليه وهي أجنبية منه، كقوله لي لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم أنجز عليها الطلاق، وانقضت عدتها ودخلت الدار لم يقع الطلاق المعلق انعدام المحلية، وكذلك إن لم يكن المعلق أهلاً لإيقاع الطلاق وقت التعليق كانت الملغاة، فمن قال لأجنبية: إن كلمت فلان فأنت طالق، فلا أثر لهذا التعليق.²

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، لأننا نرى أن الرجال غالباً ما يستخدمون تعليق الطلاق للتهديد لا بقصد إيقاع الطلاق.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يشير إلى الصيغ التي يقع به الطلاق، وإنما ما يثبت به وهذا من خلال نص المادة 49 منه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم....."، حيث أنه لا يعترف إلا بالطلاق الثابت بحكم قضائي، ولم يتعرض لمسألة الطلاق غير المنجز (الطلاق المعلق والمضاف)، وقد أرجع ممثل الحكومة في فترة مناقشة مشروع قانون الأسرة لسنة 1984 سبب عدم وجود حكم لهذا النوع من الطلاق في قانون الأسرة إلى

¹- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحيم بن تيمية، فتاوي ابن تيمية، ج 4، مطبعة كردستان العلمية، مصر، ص 167.

²- أحمد محمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 39.

فتوى الشيخ الإمام محمود شلتوت إمام الأزهر في فترة ماضية، والتي مفادها أن الحلف بالطلاق بدعة ولا يمكن اعتباره طلاقاً.¹

وسكوت المشرع الجزائري عن مسألة الطلاق غير المنجز، لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بأن الحلف باليمين، أو الحرام لا يقع به شيء وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه وما في معناه هو طلاق لاغ.²

فالأمر تحدد بقاصدها، فالأصح أن النظرة إلى الطلاق تكون موضوعية لا شكلية، إلا ما ورد فيه نص صريح، حيث أن الطلاق شرع لتفريج أزمة، يعني أنه لا يقع إلا بقيام هذه الأزمة مهما كان اللفظ الذي استعمله صاحبه.³

وفي ظل غياب نص يتكلم عن هذه الصيغ وإعمالاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وأمام اختلاف الآراء الفقهية، يمكن للقاضي لفض نزاع من هذا القبيل بالرجوع لواحد من الآراء الفقهية السابقة الذكر، كما يمكن لقاض آخر الأخذ برأي فقهي مخالف للأول، لنجد أنفسنا أمام أحكام قضائية متضاربة لقضايا متشابهة من حيث وقوع الطلاق من عدمه، لذا أقترح تعديل المادة 49 حتى لا تبقى محل للتأويلات والتفسيرات المتضاربة بين شراح القانون، وإدراج فقرة تشير إلى حكم الطلاق غير المنجز مع الأخذ بمذهب الإمام ابن تيمية في ذلك.

¹ - قد ورد ذلك في الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، رقم 1984/48، أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 256.

² - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 256.

³ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 259.

الباب الأول

الأسباب الشرعية والقانونية الموجبة

لفك الرابطة الزوجية

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، وذلك لعظم شأنه وأثره البالغ في بناء الأسرة والمجتمع، أساسه الدوام والاستمرار ليندمج كل من الزوجين في كيان الآخر في جو من المودة والرحمة، ونظرا لخصوصيته وقيمته الكبيرة فقد أولت له الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أهمية كبيرة، فوضعت له أحكام خاصة، بحيث يستلزم لإنشائه وجوده أركان وشروط متى توافرت نشأ صحيحا ورتب آثاره، أما إذا اختل ركن أو شرط اعتبر العقد غير صحيح يستوجب الفسخ.

مادام الأصل في الزواج الدوام والاستمرار، فتكون العلاقة الزوجين مستمرة بين الزوجين إلى غاية وفاة أحد الزوجين، لكن قد تحدث مشاكل وخلافات بين الزوجين وتتفاقم بحيث لا يمكن للعلاقة الزوجية أن تستمر معها، ولا ينفع معها أي علاج، فيصبح بقاء الزواج واستمراره فيه مفسدة ومضرة، الأمر الذي يجعل من فك الرابطة الزوجية من الطرف المتضرر حتمية لا بد منها.

والفرقة بين الزوجين قد تكون بالإرادة المنفردة، أو بتراضي الطرفين، وقد تكون بحكم القاضي بطلب من الزوجة لضرر يلحقها، أو بحكم الشرع كاللعان والإيلاء.

ومنه يتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: فك الرابطة الزوجية بين الخلل والإرادة

الفصل الثاني: التفريق القضائي

الفصل الأول

فك الرابطة الزوجية بين الخلل والإرادة

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 47 من ق.أ على طرق انحلال الرابطة الزوجية، وحصرها في الطلاق بجميع صورته والوفاء، وأغفل النص على الفسخ باعتباره صورة من صور الانحلال تختلف عن الطلاق، والفسخ هو ازالة ما يترتب على عقد الزواج من أحكام، ويكون إما لخلل صاحب نشوء العقد كتخلف ركن الرضا أو لخلل اقترن بالعقد كما لو تبين أن المرأة ليست محلا للعقد لأنها من المحرمات، وإما يكون بسبب تخلف شرط من الشروط أو خلل طراً على العقد بعد نشوئه صحيحاً كردة أحد الزوجين.

أما إذا فسد الحال بين الزوجين وساءت العشرة بينهما وعم الخلاف، وأصبح بقاء الزواج مستمر فيه ضرر ومفسدة، الأمر الذي يحتم على الزوج المتضرر استعمال حقه فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين على ذلك.

وانطلاقاً مما سبق يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: عقد الزواج بين الفساد والبطلان

المبحث الثاني: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين والإرادة المنفردة

المبحث الأول: عقد الزواج بين الفساد والبطلان

إن عقد الزواج كغيره من العقود يجب تكوينه على أساس صحيح، وذلك بتوافر أركان وشروط صحة معينة، ويجب أن يستمر صحيحا، ولكنه يختلف عن بقية العقود لخصوصيته، وعليه فإن طرق حله تختلف عن بقية العقود الأخرى، فهو إذا أنشئ صحيحا لا ينتهي إلا بوفاة أحد الزوجين أو بطلاق، أما إذا تخلف ركن من أركانه كان العقد باطلا، لكن إذا تخلف أحد شروطه سواء عند التكوين أو أثناء تنفيذه كان مصيره الفسخ.

ونظرا لأهمية عقد الزواج في حياة الإنسان فقد حظي باهتمام كبير، من طرف الشارع الحكيم والقوانين الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، نظرا لما يترتب عليه من آثار خطيرة تنتج داخل الأسرة وتمتد إلى المجتمع، وعلى هذا الأساس جاءت أحكام شرعية وكذا قانونية تفصيلية مبينة لطرق قيام عقد الزواج، وما يلزم ذلك من أركان وشروط خاصة يجب توافرها حتى يكون العقد صحيحا ومنتج لآثاره.

ولكن قد يحدث أحيانا أن تتعدم أو تختل بعض هذه الأركان أو الشروط مما ينجر عنه حتما فساد العقد أو بطلانه، وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى نظرة الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري لمسألة فساد وبطلان عقد الزواج من خلال مطلبين، فسخ عقد الزواج الفاسد كمطلب أول والمطلب الثاني إلى بطلان عقد الزواج وأحكامه.

المطلب الأول: فسخ عقد الزواج الفاسد

لكي ينتج عقد الزواج آثاره يجب أن يقع صحيحا مستوفيا لجميع شروطه، ولكنه إذا اختل أحد هذه الشروط لن يكون عندها العقد صحيحا ومنتجا لآثاره مما يتيح عنه فساد العقد، ولبيان ذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول مفهوم فسخ عقد الزواج، الفرع الثاني الحالات الحتمية لفسخ عقد الزواج.

الفرع الأول: مفهوم فسخ عقد الزواج

أولاً: تعريف الفسخ

أ- لغة: الفسخ هو النقض،¹ أو الإزالة أو الإلغاء وهو مصدر فسخ يفسخ فسخا، وانفسخ الشيء أي أنقضه فاننقض، يقال: فسخ البيع والنكاح، أي أنقضه وأزاله فاننقض.² ويتضح لنا أن الفسخ في اللغة له معان متقاربة، وهي النقض، الإبطال والفساد والتفريق والإزالة.

ب- اصطلاحاً:

1- في الفقه الإسلامي:

في اصطلاح الفقهاء لا يخرج تعريف الفسخ عن نطاق معناه اللغوي فهو: "حل رابطة العقد المبرمة".

الفسخ: هو نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه.³

فسخ عقد الزواج: نقضه، وحل الرابطة الزوجية التي تربط بين الزوجين، وقد يكون

الفسخ بسبب خلل وقع في العقد، أو بسبب طارئ عليه يمنع بقاءه.⁴

¹ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 3/ 44؛ الجوهرى، الصحاح، المرجع السابق، 1/ 429.

² الجوهرى، المرجع نفسه، 1/ 429؛ ابن منظور، لسان العرب، المرجع نفسه، ص 45.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 7/ 348.

⁴ سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 268.

2- تعريف الفسخ في القانون

لم يتعرض المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى تعريف الفسخ أو تحديد معنى الفسخ، وإنما ذكر بعض حالاته وأسبابه، وهو ما أشار إليه في المادة 08 مكرر 1 والمادة 2/33 والمادة 34.

ما يمكن استخلاصه من مضمون هذه النصوص القانونية أن مفهوم الفسخ هو النقص والإنهاء، بسبب وجود خلل مصاحب لتكوين العقد، وهي حالات الزواج الفاسد، لأنه جرى العرف في القضاء الجزائري أنه لا يحكم بالفسخ إلا إذا كان الزواج فاسدا.¹

وباستقراء نصوص هذه المواد نجد أن المشرع قد ميز بين نوعين من الحالات:

- يكون الفسخ واجب في بعض الحالات قبل الدخول فقط.
- وفي حالات أخرى يكون الفسخ واجب سواء قبل الدخول أو بعده.

ثانيا: تعريف الزواج الفاسد

أ- لغة:

الفساد: هو نقيض الصلاح، يقال: فسد الشيء يفسد فسادا فهو فاسد،² والمفسدة: خلاف المصلحة، والفساد خروج الشيء عن حد الاعتدال، قليل كان الخروج أو كثيرا.³ إذن الفساد هو الاضطراب والخروج عن الاستقامة والاعتدال.

ب- اصطلاحا:

1- فقها:

- **الحنفية:** عقد الزواج الفاسد: ما رجع الخلل فيه إلى وصف من أوصاف العقد لا إلى أركانه،⁴ بأن كان الشرط خارج عن ماهيته وأركانه، كعدم حضور الشهود، أو أن تكون المرأة محرمة على من تتزوج بشرط عدم علمها وقت العقد بالحرمة.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2012، ص 288 وما بعدها.

² ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 3/335.

³ الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، مطبعة دار الكتاب العربي، 1972، ص 393.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 2/335؛ ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، 6/113.

وعليه فقد أثبت الحنفية قسم بين الباطل والصحيح يسموه بالفساد فهو عقد منعقد لسلامة ركنه (الإيجاب والقبول) من أي خلل، والمحل قابل لحكم العقد، وهذا يكفي لانعقاد العقد، ولكن الخلل طراً على بعض أوصافه الخارجية فأفسده كما لو اقترن العقد فاسد.

يقول ابن نجيم: (باطله ما لم يكن مشروعاً بأصله لا بوصفه، وفساده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه).¹

- **جمهور الفقهاء:** اعتبر جمهور الفقهاء الفساد والباطل في النكاح بمعنى واحد، فالزواج الباطل والفساد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، فالعقد عندهم صحيح وغير صحيح.

فالصحيح ما كان مستوفي لشروط الصحة والانعقاد، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة لا خلل فيها على النحو الذي ينتج من خلالها آثاره المقررة شرعاً، وغير الصحيح ما ليس كذلك، أي ما كان فيه خلل، سواء أكان الخلل في صيغته، أو في العاقدين، أو في محله أو في أوصافه اللازمة،² وهو ينقسم إلى قسمين:

أ- **زواج متفق على فساد:** وهو ما يكون فساد مؤبداً لا يتغير بتغير الأحوال والأزمان، كالزواج من المحرمات بالنسب أو بالمصاهرة، والجمع بين الأختين.

ب- **زواج مختلف على فساد:** وهو ما يكون فساد مؤقت إذا زال المانع أصبح صحيحاً، ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرونه صحيحاً وبعضهم يعتبره فاسداً، مثل نكاح الشغار.

فإذا وقع الفساد فلا يترتب عليه آثار الزواج الصحيح، أما إذا حدث دخول بعد هذا العقد بدون العلم بفساده وتحريمه فإنه يترتب عليه بعض الآثار المحدودة مثل حرمة المصاهرة وثبوت النسب، غير أن هذه الآثار لا تترتب، بل يجب حد الزنا إذا وقع الدخول في الزواج الفاسد وكان الزوجين عالمين بالتحريم.³

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع نفسه، 291/6.

² إدريس بن منصور، كشاف القناع، 12/2؛ الزرقاني، على مختصر خليل، مطبعة أفندي، مصر، 1307هـ، 7/5؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق 61/4.

³ ابن همام، فتح القدير، 287/3.

2- تعريف الزواج الفاسد قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الزواج الفاسد ولكن بالنظر إلى المادتين 9 مكرر و 33 ف2 من ق.أ يمكن تعريفه بأنه: هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطاً من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر وتبين أمره قبل الدخول طبقاً لنص المادة 33 ف2 من ق.أ.¹

ثالثاً: الفرق بين الفسخ والطلاق

يعتبر الفسخ والطلاق نظامان متشابهان ومختلفان في آن واحد فهما متفقان في فك عقد الزواج وإنهائه، ورفع الحل بين الزوجين وأما وجه الاختلاف فيظهر فيما يلي:

1- من حيث الماهية

- الطلاق عند الفقهاء هو حل عقد الزواج الصحيح حلاً جزئياً، بمعنى إيقاف مفعوله، فهو إنهاء الرابطة الزوجية في الحال إذا كان بائناً، وفي المآل إذا كان الطلاق رجعياً.²

- الفسخ هو حل نهائي للعقد وإعدام له من أساسه واعتباره كأن لم يكن، وتتحل به الرابطة الزوجية دائماً في الحال.³

2- من حيث المحل

- الطلاق لا يقع إلا في عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروطه، فهو أثر من آثار العقد الصحيح.

- أما الفسخ فهو نقض للعقد سواء كان العقد صحيحاً أو غير صحيح، مثل ردة أحد الزوجين هي سبب للفسخ رغم أن العقد نشأ صحيحاً فوق ما يمنع استمراره.⁴

¹- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصاً وشرحاً، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 45.

²- سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، السنة الجامعية 2017/2018، ص 58.

³- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، 147/6.

⁴- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، ط 3، بيروت، 1983، 76/1.

3- من حيث السبب

تختلف أسباب الطلاق عن أسباب الفسخ بحيث أن أسباب الطلاق ما تكون خفية (أسرار الزوجية) ومعظم حالات الطلاق تنشأ عن ضعف الوازع الديني، العقم، الشقاق الدائم بين الزوجين لتباين طباعهما وعدم توافق أخلاقهما، الاختلاف بينهما في المستوى الثقافي والاجتماعي والخيانة الزوجية وغيرها من الأسباب، سواء استعمل الزوج حقه الشرعي، أو باتفاق الزوجين أو تطليق القاضي بطلب من الزوجة بسبب تضررها المستمر، فكل هذه الحالات يقع بها الطلاق.¹

أمام أسباب الفسخ في عقد الزواج فقد تكون لخلل مصاحب لتكوين العقد كتخلف أحد شروط صحته قبل الدخول أو لوقوع طارئ بعد الدخول يمنع استمرار الزواج كردة أحد الزوجين.²

4- من حيث الأثر

أ- من حيث وجوب المهر: كل طلاق قبل الدخول يثبت به للمرأة نصف المهر المسمى إذا كان، أو المتعة إذا لم يسم لها المهر.

أما الفسخ قبل الدخول لا يثبت به شيء لا من المهر أو المتعة.³

ب- من حيث احتساب الطلقات على الزوج

فكل طلاق يقع صحيح، يحسب على الزوج، حتى إذا طلقها ثلاثاً لا تحل له حتى تنكح زوج غيره، بعد أن يطلقها أو يموت عندها.

أما الفسخ فلا يحتسب فيه على الزوج من مجموع الطلقات الثلاث، فلو أن أحد الزوجية ارتد عن الإسلام ففسخ زواجه، فإذا تاب ورجع إلى الإسلام وعاد الزوجان إلى الحياة الزوجية، فإن الزوج يملك نفس الطلقات التي كان يملكها قبل الفسخ.⁴

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 296؛ المصري ميروك، المرجع السابق، 44.

² محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 227.

³ المصري ميروك، المرجع السابق، ص 45.

⁴ عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط 1، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004، ص 220.

ج- من حيث الأثر الرجعي

الطلاق ينحل به قيد النكاح في الحال، أو المآل وليس له أثر رجعي أما الفسخ فقد يكون ذا أثر رجعي، ذلك أن الفسخ، إما أن يكون سببه لأمر مرافق للعقد فإنه يستند دائماً إلى السبب الذي نشأ عنه فيكون الفسخ به حينئذ ذا أثر رجعي، حيث يرجع إلى وقت نشوء العقد، ويكون العقد كأنه لم يكن وذلك كخيار البلوغ، وإما يكون سبب طارئ بحيث يكون العقد قبله صحيح لازم نافذ، فهذا لا يمتد أثره إلى وقت نشوء العقد، وإنما إلى وقت وقوع سببه، إذا لم يكن الفسخ محتاجاً إلى حكم القاضي، كردة أحد الزوجين، وإلى وقت قضاء القاضي إذا كان محتاجاً إليه، لأن حكم القاضي هو السبب المباشر للفسخ في هذه الحالة.¹

الفرع الثاني: حالات فسخ عقد الزواج

نظراً لخصوصية عقد الزواج واختلافه عن بقية العقود الأخرى، فإنه يشترط فيه مقومات وشروط خاصة به وذلك حفاظاً على تماسك الأسرة ومن بينها حضور ولي المرأة، فليس للمرأة أن تتفرد بتزويج نفسها هذا حفاظاً على حصانة المرأة وقيمتها في المجتمع، وكذا لا بد من أن يقدم لها صداقاً وإعلان الزواج وإشهاره، لأن زواج السر مخالف للشرع، ومنه فإنه إذا تخلف إحدى هذه الشروط كان العقد فاسد.

كما أنه قد ينشأ عقد الزواج صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه ويطرأ على العلاقة الزوجية طارئ بسبب تغيير الدين، ضمن الأحكام المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الأربعة عدم جواز زواج المسلم بغير الكتابية، كما لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم. وعليه سيتم التطرق إلى فسخ عقد الزواج لتخلف شرط من شروطه في البند الأول، وفسخ عقد الزواج لحدوث طارئ على صحته في البند الثاني.

¹ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 46.

البند الأول: فسخ عقد الزواج لتخلف شرط من شروطه

أولاً: في الفقه الإسلامي

نظراً لأهمية عقد الزواج وللاثار التي تترتب عنه، اشترط له الشارع الحكيم شروط خاصة، وذلك صيانة للعرض ولاجتناب ما يفسده، ومن هذه الشروط:

1- ضرورة اشتراط الولي

الرجل البالغ العاقل له الولاية على نفسه بأن يزوج نفسه بمن شاء من غير اعتراض أحد عليه، أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها إلى قولين:

أ- رأي جمهور الفقهاء من غير الحنفية

قالوا: ينفرد الولي بزواجها وليس لها أن تتولى زواجها، ولا زواج غيرها، ضمن لا ولي لها السلطان وليها ولا ينفرد دونها بالزواج، ولا تتفرد به بل يشتركان، ويتولى هو الصيغة، لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء عقد الزواج ولا ينعقد بعبارتهن، وإن كان لا بد من رضاها.¹

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1- من القرآن: قوله عز وجل: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾²، فالآية صريحة في اشتراط

الولي في عقد الزواج.³

2- من السنة: وردت أحاديث كثيرة نذكر منها:

- عن عائشة رضي الله عنها عن النبي (ﷺ) قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»، ثلاث مرات «فإن دخل بها فالمهر لها بما أسترل من فرجها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».⁴

1- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 7/7؛ ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، 32/3-33.

2- سورة النساء، الآية 25.

3- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، المرجع السابق، 246/2.

4- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083، 229/2؛ الترمذي، سنن الترمذي الجامع الكبير، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102، تحقيق: بشار عواد معروف، 398/2.

- وعن أبي هريرة أن النبي (ﷺ) قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»¹ وبديل الحديث على أن مباشرة المرأة لعقد النكاح بدون ولي من شأن الزانية، فلا يصح توليها لعقد الزواج بنفسها، ولا أن تزوج غيرها، ومن عمل الصحابة فلقد رد عمر بن خطاب نكاح امرأة نكحت بغير ولي وجلد الناكح.² واتفق جمهور الفقهاء على أن عقد الزواج الذي تتفرد به المرأة دون وليها، هو عقد غير صحيح يجب فسخه، ويكون للولي الحق في طلب الفسخ لأن الضرر وقع عليه بعدم حضوره وعدم رضاه.³

ب- رأي الحنفية

يرون أنه يجوز للمرأة الإنفراد بزواجها، فلها أن تنشئ العقد بعبارتها من غير إشراك وليها، ولها أن تتولى عقد زواج غيرها شرط أن يكون الزوج كفاءً وألا يقل عن مهر المثل، وبهذا يصح الزواج سواء رضي الولي بذلك أو لم يرض، أما إذا زوجت نفسها من غير كفاء، ولم يكن وليها قد رضى بذلك قبل الزواج، فللولي حق الاعتراض⁴ واستدلوا بما يلي:

1- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾⁵، فالآية أضافت العقد إلى المرأة من غير اشتراط الولي، كما أنها نهت الأولياء عن منع المولى عنها من التزوج إذا زوجت نفسها من كفاء.⁶

¹ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1882، 606/1.

² الشافعي، الأم، المرجع السابق، 13/5.

³ الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، 102/2؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 230/2.

⁴ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 10/5؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 241/2-242؛ ابن عابدين، الحاشية، المرجع السابق، 54/3.

⁵ سورة البقرة، جزء من الآية 232.

⁶ الحصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، 400/1.

وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾¹، فقد نسب الله سبحانه وتعالى النكاح إلى المرأة وأضافه إليها، ففيه الدلالة على أن النكاح يصدر منها، فلها شرعا أن تتولى عقد زواجها بنفسها.²

2- من السنة:

قوله (ﷺ): «الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها».³

فهذا الحديث أثبت لكل امرأة حق تزويج نفسها، بدلالة "أحق" ومعلوم أنه ليس للولي حق سوى مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به.⁴ ويرى الحنفية أنه لا أثر لتخلف الولي على عقد الزواج، فالزواج بدون ولي صحيح، لأن المرأة العاقلة البالغة بكر كانت أم ثيب، تستطيع أن تزوج نفسها بنفسها، بدون إذن وليها، بشرط أن يكون الزوج كفاء لها وأن المهر لا يكون أقل من مهر المثل، وبذلك يكون العقد صحيحا، لأن أنوثتها ليست مانعا لإبرام العقد، ومع هذا يستحب لها تفويض أمرها إلى وليها كي لا تتسبب إلى الوقاحة، ولو بكرا.⁵

2- تخلف الشاهدين

نظرا لخطورة عقد الزواج وما يترتب عليه من واجبات وحقوق متبادلة بين الزوجين واتجاه الأبناء، يشترط الشرع والقانون لصحته أن يحضر ويشهد على انعقاده شاهدين بالغين عاقلين، وهذا لإخراج العلاقة الزوجية من السرية إلى الإعلان، حتى تزول الشبهة وسوء الظن، لأن شأن الحرام التستر عليه، وشأن الحلال إظهاره، وكذا ليكون الشاهدين دليل إثبات أمام القضاء لهذه المقاصد أمر الشارع الحكيم بالإشهاد على الزواج.

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 230.

² - الحصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، 400/1.

³ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم 1421،

1037/2؛ الترميذي، سنن الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1108.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 12/5.

⁵ - ابن عابدين، الحاشية، المرجع السابق، 54/3.

واتفق جمهور الفقهاء على وجوب اشتراط الاشهاد على عقد الزواج ولكنهم اختلفوا في وقت لزوم الإشهاد، فجمهور الفقهاء غير المالكية يرون أن الشهادة تلزم حين إجراء عقد الزواج ليسمع الشاهدين صيغة العقد، فإذا تم العقد بدون حضور الشاهدين كان العقد فاسداً.¹

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾.²

أما في السنة هو فقد وردت عدة أحاديث قيدت إطلاق الآية منها قوله (ﷺ): «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»،³ وقوله (ﷺ): «لا نكاح إلا بشهود».⁴

وجملة هذه الأحاديث جاءت صريحة في وجوب وضرورة حضور الشاهدين حيث إبرام العقد ذلك ليسمع صيغة العقد ويشهدا على ذلك فإذا تخلف حضورهما عن العقد أو نقصت صفة فيهما كان العقد غير صحيح ووجب فسخه، لأن الشهادة ما شرطت إلا في النكاح للحاجة إلى دفع الجحود والإنكار.⁵

وذهب المالكية إلى أن الاشهاد على النكاح واجب، وكونه عند العقد مندوباً زائداً على الواجب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجباً عند البناء.⁶

فهم يرون أن عقد الزواج يصح بغير شاهدين، لكن تحرم الخلوة أو الدخول بغير إشهاد أو إعلان، فإن دخل بغير إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة، فإن أقر بالوطء حداً حد الزنا،

¹ - النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 45/7-46؛ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 19/5؛ ابن عابدين، الحاشية،

المرجع السابق، 89/4؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 8/7.

² - سورة الطلاق، الآية 2.

³ - الحديث سبق تخريجه.

⁴ - الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا ببينة، 412/3.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 253/2؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 9/7-10؛ الشافعي، الأم،

المرجع السابق، 22/5؛ ابن عابدين، الحاشية، المرجع السابق، 87/4.

⁶ - الدسوقي، الحاشية، المرجع السابق، 216/2.

لأن المعقول عليه في النكاح هو بإعلان الذي بمعنى "الإشهار" فإذا أعلن كان صحيحاً ولو بغير إظهار.¹

3- عدم تسمية الصداق عند إبرام العقد

لقد أوجب الشرع المهر لتأكيد رغبة الرجل في بناء حياة زوجية دائمة لا مؤقتة، وذلك لإكرام المرأة واحتراماً لشعورها، فلو كان الزواج دون مهر لكثرة حالات الطلاق دون مبرر، لأن الشارع الحكيم جعل عصمة الطلاق بيد الرجل لتحمله تبعات الزواج من مهر ونفقة ومسؤوليات مادية أخرى.

والمهر هو حق مالي أوجبه الله سبحانه وتعالى للمرأة على الرجل في عقد الزواج الصحيح، أو في الدخول بشبهة أو بعد عقد الزواج الفاسد و بالتالي يثبت المهر للمرأة بأحد الأمرين:

- عند إبرام العقد في الزواج الصحيح، ولا بد من تأكد قبل تعرضه لما يسقطه كأن يطلقها قبل الدخول إذا كانت الفرقة من جهتها، أو يسقط نصفه إذا طلقها قبل الدخول.²
- عند الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو في المخالطة بشبهة، وفي هذا لا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الإبراء منه من جانب المرأة،³ فالصداق واجب وثابت بالكتاب، السنة والإجماع.

أ- من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁴.

وقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁵.

وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁶

¹- الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، 93/2.

²- مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 359-360.

³- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 273/7.

⁴- سورة النساء، جزء من الآية 04.

⁵- سورة النساء، جزء من الآية 24.

⁶- سورة النساء، جزء من الآية 25.

ب- من السنة النبوية:

لم يخل زواج في عهد النبي (ﷺ) من مهر، فلو لم يكن واجبا لتركه ليدل على عدم وجوبه، ومن الأحاديث المشهورة الدالة على وجوبه:

قوله (ﷺ) لمريد الزواج «التمس ولو خاتما من حديد».¹

وعن أنس، أن عبد الرحمن بن عوف تزوج امرأة على وزن نواة من ذهب، فرأى النبي (ﷺ) بشاشة العرس، فسأله، فقال: «إني تزوجت امرأة على وزن نواة».²
والمهر عند الفقهاء نوعان: الصداق المسمى؛ صداق المثل.

- **الصداق المسمى:** وهو الذي اتفق عليه الزوجين عند العقد أو بعده، وهو الصداق الواجب تقديمه متى كانت التسمية صحيحة.

- **صداق المثل:** ويكون في حالة عدم تسميته أو في حالة الاختلاف عليه، أو كانت تسمعه فاسدة

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد الزواج بدون صداق على مذهبين:

الرأي الأول: ويمثله المالكية ويرون أن تسمية الصداق واجبة في العقد، كما أن عدم تسميته تؤدي إلى فساد العقد، ويكون مآله الفسخ إذا لم يتم الدخول بالزوجة، أما إذا تم الدخول دون تسمية الصداق ثبت الزواج بصداق المثل، حيث جاء في كتب علماء المالكية أنه جاز تأجيل الصداق للدخول إذا علم وقت إبرام العقد، وإن لم يعلم فيفسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل ويجوز تأجيله إلى المسيرة (الصداق المؤجل).³

¹ رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، الحديث رقم 5150، المرجع السابق، 20/7.

² رواه البخاري، كتاب النكاح، باب «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً»، حديث رقم 5048، المرجع السابق، 20/7.

³ الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، 120/2؛ الدسوقي، الحاشية، المرجع السابق، 297/2.

الرأي الثاني: وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والشافعية² والحنابلة³ ويرون أنه يستحب تسميته في العقد، لأنه أدفع للخصومة وأقطع للنزاع والخلاف فيه، وليس ذكره شرط، ولأن الرسول (ﷺ) كان يتزوج ويزوج ولم يخل ذلك من صداق.

كما أنهم يرون أنه إذا عجز الزوج عن دفع الصداق فلا حق للزوجة في فسخ الزواج، فعدم تسمية الصداق عندهم لا تؤثر على شيء في عقد الزواج المسمى مادام مستوفيا للشروط، أما إذا اتفق الطرفان على إسقاطه أو كانت تسميته فاسدة، وجب للزوجة صداق المثل.

يقول الشافعي: (والنكاح ينعقد بغير مهر استدللنا على أن العقد يصح بالكلام به وأن الصداق لا يفسد عقده أبدا فإذا كان هكذا فلو عقد النكاح بمهر مجهول أو حرام فثبتت العقدة بالكلام وكان للمرأة مهر مثلها إذا أصيبت وعلى أنه لا صداق على من طلق إذا لم يسم مهرا ولم يدخل وذلك أنه يجب بالعقدة والمسيب وإن لم يسم مهرا بالآية لقول الله عز وجل: ﴿وَأَمْرًا مُمِنتَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ يريد - والله تعالى أعلم - النكاح والمسيب بغير مهر).⁴

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري في نص المادة 9 مكرر إلى الشروط التي يجب توافرها لانعقاد الزواج حيث نصت: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: - أهلية الزواج - الصداق - الولي - شاهدان - انعدام الموانع الشرعية".

فإذا تخلفت هاته الشروط يكون عقد الزواج فاسدا، ويكون مصيره الفسخ وذلك طبقا لنص المادة 33 ف2 حيث جاء فيها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسح قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"،

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 62/5؛ ابن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، 316/3.

² - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 62/5-63؛ النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 536/5.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 3/8؛ منصور بن ادريس، كشف القناع، المرجع السابق، 76/3.

⁴ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 63/5.

وباستقراء لهاتين المادتين نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تخلف شرط الأهلية في الزواج، وأهلية الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، والتي كانت قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 سنة بالنسبة للرجل و18 سنة بالنسبة للمرأة، غير أنه وبعد الانتقادات التي وجهت للمشرع تم تعديل النص القانوني، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني¹ أي 19 سنة كاملة وهذا طبقاً لنص المادة 7 من ق.أ التي جاء فيها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون سن القانونية لأن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون وهي القدرة الجسدية والمادية، بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية، حيث أنه لا يمكن النزول عن سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي ولأن مرحلة البلوغ في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصاً وأن المشرع نص على أن الزوج يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات.²

2. تخلف الولي

لقد اعتبر المشرع الجزائري من خلال ق.أ حضور ولي المرأة عند إبرام عقد زواجها شرط من شروط صحة العقد وذلك بموجب نص المادة 9 مكرر، وعليه فإن عدم حضوره يعتبر سبباً من أسباب فساد العقد الذي يوجب فسخه حسب نص المادة 33 ف2 من ق.أ. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري تناول موضوع الولي في الزواج بطريقة مختلفة ومتناقضة عما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية ومع حكمة من إقرار نظام الولاية في

¹ طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة".

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 60-61.

الزواج، حيث أنه من الثابت في الفقه الإسلامي أنه يجوز للمرأة البالغة إبرام عقد زواجها بنفسها شرط عدم اعتراض وليها على ذلك إذا ما زوجت نفسها بزواج كفاء لها، ولم يكن بمهر أقل من مهر مثلها وهو مذهب الحنفية، كما أنه لا يجوز لها إبرام عقد زواجها بنفسها بل يتولاه عنها وليها طبقاً لمذهب الجمهور، وبالتالي المشرع الجزائري خالف أحكام الفقه الإسلامي حيث أجاز للمرأة البالغة أن تعقد زواجها بنفسها مثل الرجل وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 11 ف1 من ق.أ.¹

فالمشرع الجزائري قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها، وجعل دور الولي في حضوره العقد فقط، ولم يحصر ذلك في الأقارب سواء كان أبا أو أحد الأقارب من العصابة، بل جعل الولي أي شخص آخر تختاره، وبالتالي تستطيع المرأة بكل سهولة الاستغناء عن الولي الشرعي (الأب) إلى أي شخص قد يكون من الأبعاد، وفي هذا مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية، لأن الهدف في الزواج لا يتمثل في مجرد علاقة تربط بين زوجين بل علاقة تربط بين أسرتهما.²

وعليه يرى بعض فقهاء القانون ضرورة تعديل نص المادة 11 بجعل دور الولي لا ينحصر في مجرد حضوره فقط، بل يتعدى ذلك بتولييه عقد زواج وليته بعد موافقتها الصريحة، وذلك تأكيداً لدور الولي في المحافظة على شأن المرأة لأنه أحن وأعطف الناس عليها، وكذا للتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية في نظام الولاية في الزواج، مع ضرورة تعديل نص المادة 33 ف2 بحذف عبارة " في حالة وجوبه".³

كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يتعرض إلى حالة اعتراض الولي على الزواج، لأن هذه مسألة واردة في الحياة العملية، بالرغم من أنه عالج هذا المشكل من خلال المادة 12 قبل التعديل بحيث نصت على أنه في حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 308؛ توفيق شندارلي، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 02، 2019، ص 1266.

² بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 65-66؛ توفيق شندارلي، المرجع السابق، ص 1267.

³ توفيق شندارلي، المرجع السابق، ص 1267.

بالزواج، إذ رأى في ذلك مصلحة، غير أن هذا النص ألغي بعد التعديل مما يجعلنا أمام وجود فراغ قانوني في هذه المسألة، وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من ق.أ، فالفقه الإسلامي في مجمله يقر بإسقاط الولاية في حالة المنع بدون مبررات معقولة، وبالتالي أمكن للقاضي التدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسب.¹

ومن خلال هذا أرى أنه لم يكن هناك مبرر وسبب لإلغاء نص المادة 12، وبالتالي على المشرع الجزائري إعادة تفعيلها، لأن هذا النص فيه حماية المرأة سواء كانت قاصرة أو راشدة من تعسف الولي في استعمال سلطة التزويج.

3. عدم حضور الشاهدين

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج وهذا طبقاً لنص المادة 09 مكرر، كما أن الشهادة تعتبر من الوسائل التي يعتد بها أمام القضاء لإثبات العلاقة الزوجية الصحيحة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/02/23 حيث جاء فيه: "يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق، سماع الشهود، لأول مرة، على مستوى الاستئناف".²

لأجل ذلك كله اشترط المشرع الجزائري ضرورة حضور شاهدين لإبرام العقد، وعليه فإن عدم حضورهما يعتبر سبباً من أسباب فساد الزواج التي توجب الفسخ وذلك بمقتضى نص المادة 33 ف2 من ق.أ.

والغريب في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد جعل من عدم حضور الشاهدين سبباً من أسباب الفساد قبل الدخول ولم يعتبره سبباً للفساد بعد واقعة الدخول، بل يثبت هذا الزواج ويستمر ويرتب آثار الزواج الصحيح، وفي ذلك مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أن عدم حضور الشهود، عند إبرام عقد الزواج عند الجمهور أو عدم حضورهما عند الدخول لدى المالكية كما سبق ذكره سابقاً، بحيث يعتبر

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 69.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 315403، صادر بتاريخ 2005/02/23، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2005، ص 275.

عقدا غير صحيح باطل عند الجمهور، فاسد عند الحنفية، ويجب التفريق بين الزوجين سواء حصل دخول أو لم يحصل.¹

والظاهر أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، أي برأي الحنفية والشافعية والحنابلة قبل الدخول، لأن الإشهاد عندهم شرط صحة عقد النكاح لا شرط لتمامه، وخالف فقهاء المذاهب الأربعة بعد الدخول بحكمه بثبوت عقد الزواج بصدّق المثل، فلا يجوز تعويض تخلف الشهود بصدّق المثل، فلا يثبت عند فقهاء المذاهب الأربعة، ولكن تستحق صدّق المثل، وهذا رأي شاذ لم يقل به أحد من فقهاء السنة أو القانون، وهو مذهب الشيعة الذين يعتبرون الزواج صحيح دون شهود.²

4. تخلف الصدّق

يعد الصدّق في ق.أ من شروط صحة عقد الزواج، حيث نصت عليه المادة 9 مكرر السالفة الذكر، كما نصت المادة 15 من ق.أ على وجوب تسمية الصدّق في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا، وفي حالة عدم تحديده تستحق الزوجة صدّق المثل ولا يمكن الاتفاق على إسقاطه، وفي حالة السكوت على قيمته تستحق صدّق المثل.³

ويؤكد المشرع موقفه من خلال نص المادة 33 ف2 من ق.أ على أن في حالة تخلف الصدّق يفسخ عقد الزواج قبل الدخول ولا صدّق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل، والظاهر أن المشرع قد أخذ حكم تخلف الصدّق من الفقه المالكي، حيث أنه لا يجوز الاتفاق بين الزوجين على إسقاطه كما لا يجوز للزوج الاشتراط في العقد إعفاءه أدائه، فيكون العقد في كلتا الحالتين فاسدا لصدّاقه فيفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصدّق المثل.⁴

¹ - توفيق شندارلي، المرجع السابق، 1268.

² - بريبر محمد، تأصيل التفرقة بين أركان عقد الزواج وشروطه في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد رقم 57، ع 01، 2020، ص 56؛ فركوس دليّة، عياش جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2016، ص 158.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص 340.

⁴ - بريبر محمد، المرجع السابق، ص 55.

باستقراء نص المادة 33 ف2 من ق.أ، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد قضى على عقد الزواج بالفسخ لا لاختلال أحد شروط الزواج (الولي، الشاهدين والصداق) وإنما لتخلفها قبل الدخول بدليل أنه قبل تثبيتها بعد الدخول، كأن الدخول صحح وعضو الخلل الذي كان موجودا وبتحققه أصبح العقد صحيح وغطى على العنصر المختل، بينما وبالرجوع سواء للأحكام الفقه الإسلامي أو مواد قانون الأسرة التي حددت شروط عقد الزواج (4، 9، 9 مكرر) لا نجد الوصف للدخول الذي يعتبر واقعة لاحقة لعقد الزواج، فهو تنفيذ للعقد ولا يكون إلا في حالة انعقاد عقد زواج صحيح مستوفيا لجميع شروطه وأركانه.¹

فنص المادة 33 ف2 بدون شك يتكلم على الزواج العرفي، ذلك أنه لا يتصور أن يحدث هذا التخلف في العقد، والعقد يجب أن يتم أمام ضابط الحالة المدينة أو الموثق طبقا لنص المادة 18 في ق.أ لأن الموثق أو ضابط الحالة المدينة لا يقبل إبرام عقد زواج تنقصه العناصر المذكورة مالم يتعمد التزوير.²

وعليه نص المادة 33 ف2 يجب أن يعدل، فلا يمكن الإبقاء عليها بالصياغة الحالية.

البند الثاني: الفسخ بسبب تغيير الدين

لقد حرص الإسلام على بقاء الزواج و استمراره، مالم يوجد مانع يستوجب التفريق بين الزوجين، كما أن من الأحكام المتفق عليها من جميع فقهاء المذاهب الأربعة هو عدم جواز زواج المسلم بغير الكتابية كما لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، ولكن في حالة إسلام أحد الزوجين أو كلاهما فقد اختلف الفقهاء شأن عقد الزواج بين بقاءه أو فسخه، وكذا في حالة ردة أحدهما أو كلاهما.

¹ محمد أوعامري، ملاحظات حول المادة 33 من ق.أ إشكالية أركان وشروط العقد، مجلة دفاتر حقوق الطفل، المجلد 3، ع1، 2012، ص 65-66.

² محمد أوعامري، المرجع السابق، ص 66.

أولاً: إسلام أحد الزوجين أو كلاهما

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على إرجاع صور إسلام أحد الزوجين أو كلاهما إلى حالتين مختلفتين في الحكم، إلا أنهم اختلفوا في وقت وقوع الفسخ، وكذا في نوع الفرقة، لذا سوف أفصل ذلك في ما يلي:

1- حالات الفسخ بسبب الدخول في الإسلام

أ- الحالة الأولى: إسلام الزوجين معا أو إسلام الزوج وكانت زوجته كتابية

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا أسلم الزوجان في دار الإسلام مع بعضهما أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية، فالنكاح بحاله مالم يكن بينهما بسبب من اسباب التحريم، ولا يسألان عن صحة العقد ولا شروطه، لأن في حالة إسلامهما معا فلا أمر منطقي و واضح، وكذا في حالة اسلام الزوج وزوجته كتابية، لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء.¹

رد السنة الصحيحة الصريحة المحكمة أن رسول الله (ﷺ) لم يكن يفرق بين من أسلم وبين امرأته إذا لم تسلم معه، بلى متى أسلم فالنكاح بحاله ما لم تتزوج، أما إذا وجد مانع يمنع استمرار الزواج كأن تكون محرمة عليه بنسب أو رضاع فلا يجوز استمرار هذا الزواج وإنما يجب فسخه سواء أسلما معا، أو أسلم الزوج وتحت زوجته كتابية.²

ب- الحالة الثانية: إسلام الزوج وتحتته غير كتابية أو إسلام الزوجة

اتفق الفقهاء على ضرورة التفريق بين الزوجين في حالة اسلام الزوج وتحتته غير كتابية أو في حالة إسلام الزوجة وبقاء زوجها على غير الاسلام، إلا أنهم اختلفوا في ضرورة عرض الإسلام على الزوج غير المسلم إلى رأيين:³

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 336/2؛ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ط 1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002، ص 531.

² - ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، 253/2-254.

³ - سليمان الحوران، نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 329.

- الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى التمييز بين إسلام أحد الزوجين قبل الدخول أو بعده، فإذا كان قبل الدخول فإنه بمجرد تأكد إسلام أحد الزوجين يقع التفريق مباشرة، ويكون اختلاف الدين مؤثر على الزوجة، لعدم وجوب العدة على رأي المالكية، ولاختلاف الدين كالردة عند الشافعية والحنابلة، أما إذا كان بعد الدخول، وقد دخل الزوج بالمرأة فلا يحل للزوج الوطء والنكاح موقوف على العدة فإن أسلم المتخلف عن الإسلام منهما قبل انقضاء العدة فالنكاح ثابت وإن لم يسلم حتى تنتضي العدة فالعصمة منقطعة بينهما وانقطاعها فسخ بلا طلاق وتنكح المرأة من ساعتها من شاءت ويتزوج أختها وأربعاً سواها وعدتها عدة المطلقة فإن نكحت المرأة قبل أن تنتضي العدة فالنكاح مفسوخ فإن أصابها الزوج الذي نكحته فلها مهر مثلها وإن أسلم المتخلف عن الإسلام منهما قبل انقضاء عدتها فهي امرأته ويجتنبها حتى تنتضي عدتها من النكاح الفاسد وسواء كانت هي المسلمة قبل الزوج أو الزوج قبلها فإن كان الزوج المسلم منهما لم يكن له أن ينكح أخت المرأة في العدة فإن فعل فالنكاح مفسوخ وكذلك لا ينكح أربعاً سواها وإن كانت هي المسلمة وهو المتخلف عن الإسلام فنكح أختها أو أربعاً سواها ثم أسلم وأسلمن قبل انقضاء عدتها أمسك أربعاً أيهن شاء وفارق سائرهن.⁴

فالعبارة بانقضاء العدة، فإذا أسلم الزوج خلال العدة استأنف الزواج واسمر، أما إذا أصر على كفره، فرق بينهما.

واستدل جمهور الفقهاء بما يلي:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا

¹ - الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، 117/2.

² - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 48/5.

³ - ابن ادريس، كشاف القناع، المرجع السابق، 119/5.

⁴ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 48/5.

هُم يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَأَتَوْهُم مَّا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ¹.

فإن الله عز وجل أمر عباده المؤمنين إذا جاءهم النساء مهاجرات أن يمتحنوهن، فإن علموهن مؤمنات فلا يرجعوهن إلى الكفار، هذه الآية هي التي حرمت المسلمات على المشركين وقد كان جائزاً في ابتداء الإسلام أن يتزوج المشرك المؤمنة.²

وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ تحريم من الله عز وجل على عباده المؤمنين نكاح المشركات والاستمرار معهن، وهو سبب لفسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده مثل ثبوت الرضاع بين الزوجين.³

واستدلوا بالوقائع التي حدثت في عهد الرسول (ﷺ) التي أسلم فيها أحد الزوجين وتأخر إسلام الآخر ومع ذلك أقرهم على أنكحتهم، ومنها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله (ﷺ) رد ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بعد سنتين على بنكاحها الأول.⁴

فقد دل على عدم تعجيل الفرقة بمجرد إسلام الزوجة بعد الدخول وإلا لما رد الرسول (ﷺ) ابنته على زوجها بعد مضي زمن كبير بين إسلامهما، ولا يحتاج إلى تجديد العقد بينهما، ولكنه لم يفعل.⁵

ما رواه الإمام مالك في الموطأ عن ابن شهاب، أن أم حكيم الحارث بن هشام أسلمت يوم فتح مكة، وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن، فارتحلت إليه

¹ - سورة الممتحنة، جزء من الآية 10.

² - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، 120/8-121.

³ - ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، المرجع نفسه، 122/8.

⁴ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر، حديث رقم 2009، المرجع السابق، 647/1.

⁵ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها، حديث رقم 2204.

حتى قدمت على زوجها باليمن فدعته إلى الإسلام، فأسلم وقدم على رسول الله (ﷺ) فبايعه، فثبت على نكاحهما ذلك.¹

وقد دلت هذه الأحاديث على أن إسلام الزوجة قبل زوجها غير موجب لفسخ النكاح في الحال.

- **الرأي الثاني:** ذهب الحنفية إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين، عرض الإسلام على الزوج الآخر، فإن أسلم استمر الزواج ولا يفرق بينهما، أما إن رفض الإسلام وقع التفريق بينهما، سواء حصل ذلك قبل الدخول أم بعده، فيكون إباء الإسلام سببا للفسخ، لا بإسلام الزوج المسلم، فرفض الإسلام معصية وهي السبب في التفريق بين الزوجين.²

يقول السرخسي: (لو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقي النكاح بينهما، ولا يتعرض لهما؛ وإن كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا فرق بينهما، وكذلك إن كانت المرأة هي التي أسلمت، والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليه الإسلام فإن أسلم، وإلا فرق بينهما، ويستوي إن كان دخل بها أو لم يدخل بها).³

واستدلوا لمذهبهم بما يلي:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾.⁴

¹- الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، 162/6.

²- ابن عابدين، الحاشية، المرجع السابق، 352/4؛ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 45/5-46.

³- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 45/5.

⁴- سورة الممتحنة، الآية 10.

دلت هذه الآية بعمومها أن اختلاف الدين سبب يوجب فسخ النكاح بين الزوجين سواء قبل الدخول أو بعده، لأن الله نهى عن الإمساك بعصم الكوافر، وأن الحياة الزوجية لا تستمر بين المسلم والكافرة، أو بين المسلمة والكافر.¹

1- الانتقادات التي وجهت للمذهبين

أدلة المذاهب بالفسخ بسبب اسلام أحد الزوجين قائمة على الاجتهاد الفقهي، وأن أقوى دليل لجميع المذاهب هي آية سورة الممتحنة، وقد إتفقوا على أنها تؤثر في عقد الزواج إذا أسلم أحد الزوجين دون الآخر، ولكنهم اختلفوا في صفة تأثيرها، وهذا يدل على أنها ليست قاطعة الدلالة لأي مذهب، فالآية لم تأت لفسخ عقد الزواج، وإنما منعت من تمكين الكافر من المسلمة المهاجرة، لأنها بإرجاعها إليه وإبطال هجرتها، فيه تعريض لها للفتنة في دينها.²

كما أن الأحاديث التي ثبتت في إسلام الزوجة قبل زوجها، أو إسلام الزوج دون زوجته غير كتابية، لم يثبت عن رسول الله (ﷺ) أن أمر بالتفريق بينها مع طول المدة بين إسلامهما كقصة إسلام زينب دون زوجها أو إسلام زوجة عكرمة.³

2- وقت وقوع التفريق

اختلف الفقهاء في الوقت الذي يحدث فيه التفريق بين الزوجين إلى رأيين:

أ- الرأي الأول: ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حيث أن التفريق يقع بمجرد قيام سببه حكماً، أي بمجرد إسلام أحد الزوجين إذا لم يحصل الدخول بالزوجة، أما إذا حصل الدخول فينتظر انتهاء فترة العدة، فإذا انتهت ولم يسلم الزوج الآخر، أعتبر التفريق واقعاً حكماً في وقت الإسلام، لأن الإسلام هو السبب الحقيقي للتفريق ويتعلق به الحكم.⁴

¹ ابن كثير، المرجع السابق، 120/8؛ الطبري، تفسير القرآن، المرجع السابق، 583/22

² ابن القيم، زاد المعاد، المرجع السابق، 317/5؛ سليم محمودي، المرجع السابق، ص 157.

³ سليم محمودي، المرجع السابق، ص 158.

⁴ الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، 117/2؛ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 40/5؛ ابن إدريس، كشف القناع،

المرجع السابق، 70/3؛ النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 478/5.

ب- **الرأي الثاني:** وهو رأي الحنفية، حيث أن التفرقة تقع بإرادة الزوج غير المسلم، لا بإسلام الزوج الذي أسلم، فإن أسلم أحد الزوجين عرض القاضي الإسلام على الآخر، فإن أبى حكم بالتفرقة بينهما، وتعتبر التفرقة واقعة من وقت الحكم بها و إصدار الحكم شرطاً لوقوعها.¹

3- نوع التفريق

اختلف القدماء في نوع التفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين على رأيين:

أ- **الرأي الأول:** ويمثل هذا الرأي المشهور من مذهب المالكية² والشافعية³ والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية،⁴ كما اختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁵ ويرون أن هذا التفريق يكون فسخاً لأن الله سبحانه وتعالى هو الذي حكم بوقوعه، ولم يقع بمن بيده عصمة الطلاق، كما أن التفريق وقع بسبب نشوء حرمة كل منهما على الآخر، ولا يمكن استمرار العلاقة الزوجية بينهما.

ب- **الرأي الثاني:** وهو رأي أبي حنيفة وتلميذه محمد، وابن القاسم من المالكية، ويرون أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام يكون التفريق طلاق، أما إذا أسلم الزوج وأبى الزوجة الإسلام يكون التفريق فسخ.⁶

ثانياً: الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين

لقد منع الشرع والقانون زواج المسلم بغير الكتابية، وزواج المسلمة بغير المسلم، والمرتد في نظر الشرع يعد في حكم من لا ديانة له، وهو الراجع عن الإسلام فهو كافر لقوله عز

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، 228/3؛ ابن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، 228/3.

² الإمام مالك، المدونة، المرجع السابق، 212/2.

³ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 64/5.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 531/7؛ الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن، 113/3.

⁵ ابن القيم، أحكام أهل الذمة، المرجع السابق، 380/1.

⁶ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، المرجع السابق، 113/3؛ الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، المنتقى شرح الموطأ، ط1، دار السعادة، مصر، 1332هـ، 345/3.

وجل: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾¹.

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ﴾ أي يرجع عن الإسلام إلى الكفر ﴿فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ﴾ أي بطلت وفسدت، ومنه الحبط وهو فساد يلحق المواشي في بطونها من كثرة أكلها الكلاً فتنتفخ أجوافها، وربما تموت من ذلك، فالآية تهديد للمسلمين ليثبتوا على دين الإسلام.²

- عن ابن عباس قال: قال رسول الله (ﷺ): «من بدل دينه فقتلوه»³

1- الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين في الفقه الإسلامي

وقد اتفق فقهاء على أنه إذا تزوج المرتد من المسلمة كان زواج باطل وحرام، وإذا وقعت الردة الزوج وجب التفريق بينهما في الحال.⁴

وقد ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية إلى تعجيل الفرقة بين الزوجين سواء حصلت الردة قبل الدخول أو بعده، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وروي ذلك عن الحسن، وعمر بن عبد العزيز، والثوري، وزفر، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده، كالرضاع.⁵

في حين يرى الشافعية والحنابلة في رواية أخرى أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول يتم تعجيل الفرقة، أما إذا ارتد بعد الدخول فلا يوجب الفسخ في الحال، فيجوز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي، إذا تاب ورجع للإسلام خلال فترة العدة استمر الزواج وإن لم يسلم حتى انقضت وجب التفريق بينهما، فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة، فلا نفقة لها؛ لأنها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة، وكانت المرأة المرتدة، فلا نفقة لها؛ لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها، فلم يكن لها نفقة، كما بعد العدة؛ وإن كان هو

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 217.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 46/3.

³ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب المرتد عن دينه، حديث رقم 2535، المرجع السابق، 848/2.

⁴ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1993، 10/7.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 174/7.

المرتد، فعليه النفقة للعدة، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن يسلم، ويمكنه تلافي نكاحها، فكانت النفقة واجبة عليه، كزوج الرجعية.¹

إلا أن الحنفية يرون أنه إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها، ونفقة العدة إن كان دخل بها، وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول، أما إذا وقعت الردة من الزوجين معاً، فلا يقع التفريق بينهما، لأن سبب التفريق هو اختلاف الدين وبردتها لم يختلفا، فإذا ارتدا معاً لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة؛ لأنه تقابل الخبث بالخبث، والمعنى فيه أنه لم يختلف لهما دين، ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما إذا أسلم الكافران معاً، واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فإن العدة تمنع ابتداء النكاح، ولا تمنع البقاء، ولا فرق؛ لأن كل واحد منهما يوجب حرمة المحل، ولكنها غير مؤبدة فإن أسلم أحدهما، وقعت الفرقة بينهما بإصرار الآخر على الردة؛ لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر، حتى لو كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق، وإن كان الزوج هو الذي أسلم فلا شيء لها؛ لأن الفرقة من جانب من أصر على الردة، فإن إصراره بعد إسلام الآخر كإنشاء الردة.²

أما الشافعية والحنابلة فيوجبون التفريق بين الزوجين سواء ارتد أحدهما أو معاً، لأن المرتد في حكم الميت.³

2- موقف المشرع الجزائري

لقد اتفق الفقهاء على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم سواء كان مشرك أو كتابي، ونص المشرع الجزائري على ذلك صراحة من خلال المادة 30 ف5 من ق.أ: "يحرم من النساء مؤقتاً: ... - زواج المسلمة من غير المسلم"، كما يحرم زواج المسلمة بالمرتد عن الإسلام اختياراً بدون إكراه على تركه، فإنه يجب التفريق بينه وبين زوجته المسلمة على أساس وجود مانع وهو تركه لدين الإسلام، وقد نص المشرع الجزائري قبل تعديل 05-02

¹ ابن قدامة، المغني، مرجع نفسه، 174/7.

² السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 49/5-50؛ ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، 417/3.

³ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 62/5؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 174/7.

على فسخ عقد الزواج إذا ثبت ردة الزوج وذلك من خلال نص المادة 32 من ق.أ: " يُفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو ثبتت ردة الزوج"، إلا أنه بعد التعديل أسقطت الفقرة التي تقضي بفسخ عقد الزواج في حالة ردة الزوج، ولم تعد الردة ممنوعة في ق.أ كما كانت وهذا ربما مما كان يقتضيه تحضير مشروع قانون تنظيم الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر،¹ مما يستوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من ق.أ والتي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم ابتداءً و دواماً، لكون استمرار هذه العلاقة يعتبر مخالفة صريحة لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية، كما يعتبر مخالفاً للنظام العام.²

ومن خلال ما سبق يجب على الزوجة المسلمة أن تمنع نفسها من زوجها المرتد اختياريًا، وأن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ هذا الزواج المخالف للنظام العام.³ كما لا يجوز للمسلمة الزواج من مرتد عن الدين الإسلامي وإذا تم هذا الزواج فهو باطل، أما إذا ارتد بعد الزواج فيجب التفريق بينهما فوراً، فقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/04/12: " المبدأ يحق للزوجة المسلمة طلب التطلاق في حالة ردة الزوج عن الإسلام، يحكم القاضي فوراً بالتفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام"

حيث جاء في حيثياته أنه وبالرجوع إلى أحكام ق.أ وبالأخص الفصل المتعلق بموانع الزواج يتبين أن زواج المسلمة مع غير المسلم محرم مؤقت وفقاً لنص المادة 30 من ق.أ ويبقى هذا المانع أو التحريم قائماً ما بقي السبب، وبالتالي فإن ارتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة في الحال لأن الردة فكما تمنع الزواج ابتداءً فإنها تمنع بقاءه، ويكون من حق الزوجة اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالفرقة وهي غير ملزمة بالبقاء مع الزوج المرتد الذي استعمل حريته في تغيير معتقده بل أن بقاءها معه مخالف للنظام العام طالما أصبحت محرمة عليه

¹ عبد القادر بن داود، ق.أ.ج. في ضوء مشروع قانون تنظيم الشعائر الدينية لغير المسلمين في ميزان الشريعة الإسلامية والتزامات الجزائر الدولية، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، ع13، 2017، ص 211.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 45.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 80.

وفق المعتقد الذي تدين به وتزوجته على أساسه ووفق أحكامه وكذا وفق نص المادة 30 من ق.أ، فضلا عن بقائها معه يلحق بها أفدح الضرر من الجانب المعنوي.¹

المطلب الثاني: بطلان عقد الزواج

لقد إهتم الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بتنظيم حياة الأفراد داخل الأسرة في ظل زواج صحيح، وبينوا أحكامه وأركانه وشروطه لينعقد صحيحا مرتبا آثاره التي تعود على زوجين وأولادهما، غير أنه قد يختل أحد أركانه أو ينعدم لسبب من الأسباب، أو يقترن بشرط منافي لجوهر ومقصد الزواج، فيتغير وصف عقد الزواج من الصحة إلى عدم الصحة وهو ما يسمى بطلان عقد الزواج، ولضمان زواج جائز شرعا وقانونا لابد من معرفة الزواج الباطل وصوره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، لذا سأتناول مفهوم البطلان في الفرع الأول وحالات بطلان عقد الزواج في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم بطلان عقد الزواج

لمعرفة مفهوم بطلان عقد الزواج لابد من تعريف البطلان وكذا تعريف عقد الزواج الباطل ومحاولة المقارنة بين بطلان عقد الزواج وفسخه.

أولا: تعريف البطلان

1- تعريف البطلان لغة

بطل الشيء يبطل بطلانا، بمعنى: ذهب ضياعا وخسرانا أي سقط حكمه، والباطل نقيض الحق وبالتالي الباطل في اللغة الضياع والخسران.²

وبطل الشيء بطلا وبطولا وبطلانا: ذهب ضياعا، ويقال بطل دم القاتل، وذهب دمه بطلا: إذا قتل ولم يأخذ له ثأر ولا دية وفسد وسقط حكمه، يقال أبطل البيع وبطل الدليل

¹ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، بتاريخ 2012/04/12، ملف رقم 699785، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2012، ص 277.

² - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 56.

والعامل تعطل فهو بطلان والباطل هو ما وقع غير صحيح من أصله بخلاف الفاسد الذي يقع صحيح في جملته ويعوزه بعض الشرط.¹

2- تعريف البطلان اصطلاحاً

اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على أن البطلان والفساد معناهما واحد ولا فرق بينهما.

وقد عرف المالكية: "بأنه يراد به عدم ترتب العمل عليه في الدنيا".²

وعرفه الشافعية بأن البطلان نقيض الصحة.³

وأما الحنابلة فقد عرفوا الباطل بأنه هو الذي لم يثمر.⁴

إذن البطلان عند جمهور الفقهاء بمعنى عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي عندما ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع، بحيث يعد وجوده كعدمه، لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه، ومن هنا، فالباطل هو عدم اكتساب التصرف وجود الاعتباري وأثره في نظر الشارع.⁵

أما الحنفية فاستعملوا لفظ البطلان للدلالة على عدم إتصاف العقد بالمشروعية بأصله، بحيث يقول ابن نجيم: "الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه".⁶

ثانياً: تعريف عقد الزواج الباطل

الزواج الباطل: هو الذي اختل فيه أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد، كزواج فاقد الأهلية إذا باشره بنفسه، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه.⁷

¹ - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، د.ت.ن، ص 61.

² - الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، 217/1.

³ - الأمدي: علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2003، 175/1.

⁴ - ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ص 58.

⁵ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي، المرجع السابق، 702-703.

⁶ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 289.

⁷ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 337-338.

1- عقد الزواج الباطل عند الحنفية هو الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده كزواج الصبي غير المميز والزواج بالمحارم وزواج المسلمة بغير المسلم، وزواج المسلم بغير الكتابية.¹

2- جمهور الفقهاء

كما سبق ذكره فإن جمهور الفقهاء الأصل عندهم عدم التفارقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فيصفون كل عقد زواج اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه بالباطل، وقد يعبر عنه بالفاسد من باب الترادف في الألفاظ على المعنى الواحد، فالزواج عندهم ينقسم إلى قسمين: زواج صحيح وزواج غير صحيح، دون تمييز بين الباطل والفاسد، ولكن عند عرضهم لبعض المسائل نجد أن لكل مذهب حصته في التفريق:

ففي المذهب المالكي للتفرقة بين عقود الزواج غير الصحيحة يرجع إلى قوة أو ضعف دليل الفسخ، فمتى كان الدليل قويا فسخ الزواج قبل الدخول وبعده، ومتى كان الدليل ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد.²

أما الحنابلة فالمسائل التي حكموا عليها بالفساد كانت مختلف فيها بين الفقهاء أو يسوغ فيها الاجتهاد، والتي حكموا عليها بالباطل كانت مجمع عليها، فيقولون في الأول زواج فاسد مختلف على بطلانه، وفي الثاني زواج باطل مجمع على بطلانه.³

3- المشرع الجزائري

بالرجوع لقانون الأسرة لا نجده يعرف الزواج الباطل، وإنما ذكر بعض أحكامه، والبطلان المنصوص عليه في قانون الأسرة من النظام العام ومثال ذلك الشرط المتنافي مع عقد الزواج أن يبرم الزواج لمدة محددة، فالبطلان هنا من النظام العام يمكن اثارته من

¹ ابن همام، فتح القدير، المرجع السابق، 404/6.

² ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، 60/2.

³ ابن اللحام علاء الدين أبو الحسن، القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلى، المكتبة العصرية، 1999

طرف القاضي من تلقائي نفسه، وكذا بطلب من النيابة العامة أو من أحد الزوجين، وفي أي مرحلة كانت ولو أمام المحكمة العليا لأول مرة في النقض.¹

إلا أن شرح القانون عرفوه بأنه: "كل عقد فقد ركنًا من أركانه الأساسية".²

وجاء في تعريف آخر: "هو الذي اختل فيه أمر أساسي أو فقد شرط من شروط

الانعقاد".³

كما أن المشرع الجزائري باعتماده المواد 09 و 09 مكرر و 33 من قانون الأسرة يمكن

الوصول إلى أن عقد الزواج الباطل هو الذي اختل فيه ركن من أركانه أو شروط انعقاده.⁴

الفرع الثاني: حالات بطلان عقد الزواج

عقد الزواج مثله مثل العقود المدنية الأخرى التي نظمها الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لا ينعقد إلا بتراضي طرفيه وهما الزوج والزوجة، أي رجل وامرأة على شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج بينهما، كما أعطى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للزوجين حرية الاشتراط في عقد الزواج ما لم تتنافى هذه الشروط مع عقد الزواج ونظامه الشرعي، فمتى اختلت هذه المقومات بطل عقد الزواج.

أولاً: تخلف ركن الرضا

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القوانين الوضعية، على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج، ويتوقف عليه وجوده، فهناك من يطلق عليه تسمية الصيغة وهناك من يسميه بالإيجاب والقبول، فالاختلاف لفظي فقط، والمعنى واحد.

والمشرع الجزائري لم يعرف ركن الرضا وإنما اكتفى في نص المادة 10 من ق.أ بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، ومنه يمكن الرجوع إلى التعريف الفقهي له بحيث عرفه أنه توافق إرادة الطرفين الزوج والزوجة في

¹ - لحسن آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 82.

² - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 491.

³ - طاهيري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، ص 57.

⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 77.

الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولا.¹

واتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج أو النكاح، مستدلين في ذلك بأن معظم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين.

1- أثر تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج

أ- الفقه الإسلامي

ذهب جمهور الفقهاء على أن تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجعله باطلاً ومنعدماً لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أي آثار، ولم يحلوا به الدخول، واتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زناً، لكنهم اختلفوا في وجوب إقامة حد الزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة أقرروا بإقامة حد الزنا، إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم.²

في حين يرى الحنفية بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما،³ أما الدخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر في الوصف أو في الحد لأنه لا توجد شبهة التحريم، وذلك في عقد يكون أحد طرفيه فاقد الأهلية، أو لا يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد لا حقيقة ولا حكماً فإن هذا العقد لا وجود له، وليست ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند الحنفية، إذ العبارات ملغاة لا اعتبار لها، فلا وجود للعقد لا صورة ولا حكماً، فالدخول في هذه الحالة يوجب عقوبة الزنا المقررة في الشريعة الإسلامية.⁴

ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة، باتفاق أبي حنيفة وأصحابه لأن حرمة المصاهرة تثبت في المذهب الحنفي بمحض الزنا.⁵

¹ - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، 22/2.

² - زكرياء البري، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 118.

³ - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 152.

⁴ - أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 152.

⁵ - زكرياء البري، المرجع السابق، ص 119.

واتفق الفقهاء على أنه لا يثبت المهر ولا النفقة، كما أنه لا يرد عليه الطلاق، أما النسب فقد اختلفوا فيه، فالجمهور يرون عدم ثبوته على عكس الحنفية الذين اختلفوا فيه، فبعضهم أثبت النسب احتياطاً لمصلحة الولي، ولأن الشبهة إذا أسقطت الحد كان ذلك دليلاً على اعتبارها في الجملة، وبعضهم قال لا يثبت، وقد استظهر ابن همام عدم ثبوت النسب ورجح ذلك، لأن الزنا لا يثبت النسب، ووصف الزنا لم يزل بهذه الشبهة فالنسب كالعادة على السواء عنده.¹

ب- في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص المادة 33 ف1 من ق.أ والتي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، ومفادها أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا، ولا ينتج عن العقد أي أثر، ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين تجاه الآخر، سواء قبل الدخول أم بعدهن وفي جميع الأحوال يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أمام القضاء.²

وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن إعلان الزوجة (الطاعنة) منذ البداية عدم رضاها عن الزواج، فإن القبول يكون منعدماً وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان عقد الزواج، ولما قضى قضاة المجلس على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونوا قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل، وخالفوا بقضائهم القانون وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/18 والذي جاء فيه: "يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج".³

كما أن متطلبات التراضي في عقد الزواج، أن يكون الإيجاب والقبول صادقين من رجل وامرأة، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من ق.أ: "الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة

¹ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 152.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 77.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، المجلة القضائية، ع 2، 2003، ص 267.

..."، فلا يمكن لشخصين من نفس الجنس إبرام عقد زواج طبقاً للقانون الجزائري، وكل زواج على هذا النحو يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً وأكثر من ذلك يعاقب قانون العقوبات¹ على أفعال الشذوذ الجنسي من خلال نص المادة 338 بالحبس من شهرين إلى سنتين إضافة إلى غرامة مالية، فأحكام الشريعة الإسلامية وهذه النصوص تشكل مرجعية للنظام العام الذي يقف حاجزاً منيعاً لإبطال عقود الزواج بين الأشخاص من نفس الجنس.²

2- عيوب الرضا وأثرها على صحة الزواج

تطبيقاً لنص المادة 33 ف1 من ق.أ إذا انعدم ركن الرضا في عقد الزواج ترتب عليه البطلان، لأن إرادة طرفي عقد الزواج غير موجودة أي منعدمة، غير أن الإرادة قد تكون موجودة ولكن تشوبها عوامل تؤثر على سلامتها، الأمر الذي يجعل من رضا المتعاقدين أو أحدهما غير سليم، ومن ثم لا يكفي أن يكون الرضا موجوداً فقط، بل لابد من أن يكون صحيحاً خالياً من العيوب، حتى يمكن اعتبار عقد الزواج صحيحاً وملزماً لطرفيه.³

يشترط الفقهاء لصحة الرضا في عقد الزواج أن تكون الإرادة جدية، أي غير مشوبة بالإكراه وعيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا أجل ومؤبدة، ولم يتعرض المشرع الجزائري في ق.أ لعيوب الإرادة بالتفصيل، وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرة في هذه المسألة، مما يستوجب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني طبقاً ف2 من المادة 82 والمواد من 86 إلى 88 من ق.م وعموماً فإن العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه، الغلط والتدليس.⁴

أ- الإكراه: ويمكن تعريفه بأنه ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد، فهو يعيب الإرادة في أحد عناصرها

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11/06/1966، ع 49.

² - بلعباس آمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 06، ع 01، 2021، ص 162.

³ - حكيمة كحيل، عيوب الرضا وأثرها على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع 1، 2022، ص 56.

⁴ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 338.

ألا وهو عنصر الحرية والاختيار، أن المكره لا يريد أن يتعاقد ولكن الوصية التي ولدها الإكراه تدفعه إلى التعاقد، والإكراه ينقسم إلى قسمين إكراه مادي بعدم الإرادة أصلاً، وإكراه معنوي لا يصل إلى هدم الإرادة وإنما يعييبها فقط.¹

ولقد تطرق الفقه الإسلامي إلى الزواج المشوب بإكراه ولكن تحت مصطلح الإيجاب والإكراه، وقد اختلف الفقهاء في حكم الزواج المشوب بعيب الإكراه إلى فريقين:

حيث ذهب الحنفية إلى أن الإكراه يفسد الزواج فقط ولا يبطله بطلاناً، ويترتب عليه الأحكام المقررة لفساد الزواج ولو أجاز الشخص الذي وقع عليه الإكراه العقد لصح هذا الزوج ويصبح ملزماً، كون الفساد إنما كان صياغة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة،² واستدلوا بعموم آيات النكاح، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾.³

وفي ذلك يقول الكاساني: (التصرفات الشرعية في الأصل نوعان: إنشاء وإقرار، والإنشاء نوعان: نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله أما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والتدبير والعفو عن القصاص، وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه عندنا).⁴

واستدلوا أيضاً بقول النبي (ﷺ): «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق

والرجعة».⁵

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2002، ص 147.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 147.

³ سورة النور، الآية 32.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 182/7.

⁵ الترميذي، سنن الترميذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، حديث رقم 1184، المرجع السابق، 482/3.

أما جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل فالإكراه عندهم يبطل العقود حتى ولو تعلق الأمر بعقد الزواج، لأن الإكراه يعدم الرضا وإذا فقد كان العقد باطلاً، وفي زواج المكره قال الجمهور أنه لا يجوز نكاح المكره ولا يصح، تصرف المكره باطلاً فلا ينشأ عنه زواج ولا طلاق.¹

واستدل جمهور الفقهاء:

- من الكتاب: بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَعُوا

عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.²

- ومن السنة النبوية: عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ﷺ): «إن

الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».³

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد نصت المادة 13 من ق.أ على منع الولي من إجبار موليته على الزواج دون رضاها، وأن سلطته في منع ابنته من الزواج قد وضع لها المشرع حدود وهي مراعاة مصلحتها، وفي حالة تعسفه أعطى للبتت حق اللجوء إلى القاضي الذي يعين لها ولياً للزواج، ولذا وجب أن يكون الرضا سليماً.

أما إذا ورد الإكراه بمعنى المنع وليس الإجبار فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه في هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى أن الزوج كفو، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1993/03/30 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون".⁴

¹- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص 276.

²- سورة النور، الآية 33.

³- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب الطلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، المرجع السابق، 659/1.

⁴- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/03/30، المجلة القضائية، ع 04، 1996، ص 50.

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2008/03/12 "حيث أن عقد الزواج عامة مبني على أساس الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من ق.أ، إضافة إلى ذلك فالمادة 04 من نفس القانون تعرف الزواج بأنه "عقد رضائي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون"، وحيث بناء على المادتين المشار إليهما أعلاه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول برجل ما رغم معارضتها له أو عدم رضاها به".¹

ب- التدليس:

يسميه الفقهاء بالتغريب، وهذا الأخير كعيب من عيوب الإرادة معروف في الفقه المالكي والشافعي والحنبلي بمصطلح التدليس، أما الفقه الحنفي فيطلق عليه اسم التغريب، وهو مجموعة من الوسائل الاحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر وإغرائه على الإقدام على إبرام العقد ظانا أنه في مصلحته والواقع خلاف ذلك.²

أي هو استعمال الحيل من طرف أحد المتعاقدين لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، ويتكون من عنصرين:

عنصر مادي يتمثل في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد كالحيل والكذب وحالات السكوت العمدي والكتمان وعنصر معنوي يتمثل في نية التضليل والخداع عند المدلس.³

فالتدليس هو غلط مدبر، باستعمال الخداع والغش والإخفاء، التأثير في إرادة المتعاقد ودفعه لإبرام عقد الزواج.⁴

والتدليس الذي يقع في عقد الزواج لا يخرج عن ثلاثة أنواع:

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 415123، المؤرخ في 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2008، ص 275.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 156.

³ حكيمة كحيل، المرجع السابق، ص 63.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 272.

- **التدليس الفعلي:** وهو إحداث فعل من قبل أحد الزوجين ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، كما في حالة تزوير رسم ولادة الزوجة بتخفيض سنّها الحقيقي أو التي تكون فاقدة البكارة فتجري عملية جراحية لرتق غشاء البكارة أو تركيب بكارة اصطناعية.

- **التدليس القولّي:** وهو الكذب الصادر من أحد المتعاقدين حتى يحمل المتعاقد الآخر على إبرام العقد، كإدعاء أحد الزوجين أن نسبه رفيع أو وصل إلى درجة علمية رفيعة.

- **التدليس بكتمان الحقيقة:** ويكون بإخفاء أحد الزوجين عيبا فيه تغيرا أو خداعا للوصول إلى غايته، ومن صورته قيام أحد الزوجين بإخفاء عيب فيه كعجزه الجنسي أو مرض عضال أو معدي أو كونه مدمن على المخدرات أو شرب الخمر.¹

ويترتب على التدليس في المذهب المالكي الفسخ، وإذا وقع الفسخ قبل البناء وكانت الزوجة هي المدلّسة والفارة لا تستحق الزوجة شيئا من المهر، أما إذا كان الفسخ بعد البناء استحققت الزوجة الصداق المسمى كاملا إن كان العيب بالزوج لكونه هو من دلس عليها، وإن كان العيب بها أرجع الرجل ما دفع على الولي الذي غره، والولي لا يرجع بشيء مما دفع على الزوجة، إذا كان الولي هو الذي غر ودلس، أما إن كانت المرأة هي التي غرته رجع عليها بما زاد على أقل الصداق عرفا، وإذا كان العيب مما لا يرد به إلا بشرط، رجع على الولي بما زاد على صداق المثل، لأن ما زاد على صداق المثل يعتبر الزوج قد دفعه رعاية للشروط التي اشترطها.²

مع غياب النص القانوني في ق.أ حول التدليس في عقد الزواج يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني في نص المادة 86، فيكون الزواج في هذه الحالة قابلا للإبطال، ويحق للمتضرر المدلس عليه طلب التعويض، فالدفع بالتدليس وفقا لنص المادة 86 من ق.م أمر يتعلق بصحة العقد، بينما الغرض من دعوى التعويض هو جبر الضرر

¹- بوخاتم أسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 3، ع 2، 2017، ص 53-54.

²- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004، 463/1.

الذي لحق المدلس عليه بسبب الخطأ الذي ارتكبه المدلس على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 14 من ق.م.

وقد نص المشرع الجزائري على التدليس في ق.أ من خلال المواد 08 و 08 مكرر، 08 مكرر 01 حيث تنص المادة 08 مكرر على أنه "في حالة التدليس لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"، وتنص المادة 8 مكرر 1 على أنه "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

وعليه فإن قانون الأسرة قد تطرق إلى التدليس في مسألة التعدد، بحيث أجاز لكل زوجة سواء السابقة أو اللاحقة حق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر، وهنا يجب الإشارة إلى أنه في مسألة التعدد يفترض التدليس أو الغش أو الإخفاء بمجرد الكتمان أو السكوت العمدي أو التصريح الكاذب عن حالة الزوجة السابقة عمدا وتضليلا قصد الحصول على قبول الزوجة الجديدة من طرف الزوج الراغب في التعدد، هنا يجوز للزوجة الجديدة المدلس عليها إبطال العقد وكذا طلب التعويضات الناجمة عن الضرر دون حقاها في طلب التطليق طبقا لنص المادة 53 من ق.أ.¹

ثانيا: اقتران صيغة العقد بإحدى الشروط الباطلة

1- تحديد الشروط الباطلة

أ- في الفقه الإسلامي

لقد اختلفت آراء الفقهاء في تحديد الشروط التي تنافي مقتضيات العقد، أي الشروط الباطلة إلى عدة آراء:

1. رأي الحنفية

إن الشروط الباطلة هي الشروط التي لا تلائم مقتضى عقد الزواج وهي الشروط التي لا يجيزها المشرع، كاشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكليهما، أو اشتراط الزوج عدم العدل

¹ - بوخاتم أسية، المرجع السابق، ص 55.

بين زوجاته في حال التعدد، أو تزوج بنية التحليل، أو تزويج موليته كأخته على شرط أن يزوجه الآخر موليته أيضا، ويكون الزواج بدون صداق.¹

2. رأي الشافعية

الشروط الباطلة عندهم ما أبطل به ما جعل الله لكل واحد منهما، واستدلوا بقول رسول الله (ﷺ): «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ولو كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق فإنما الولاء لمن أعتق»،² فأبطل رسول الله (ﷺ) كل شرط ليس في كتاب الله أو كان في كتاب الله أو سنة رسول الله (ﷺ) خلافاً، إن الله تعالى أحل للرجل أن ينكح أربعاً وما ملكت يمينه فإذا شرطت عليه أن لا ينكح ولا يتسرى حضرت عليه ما وسع الله تعالى عليه، وقال رسول الله (ﷺ) «لا يحل للمرأة أن تصوم يوماً تطوعاً وزوجها شاهد إلا بإذنه»، فجعل له منعها ما يقربها إلى الله إذا لم يكن فرضاً عليها لعظيم حقه عليها، وأوجب الله عز وجل له الفضيلة عليها، ولم يختلف أحد في أن له أن يخرجها من بلد إلى بلد ويمنعها من الخروج فإذا شرطت عليه أن لا يمنعها من الخروج ولا يخرجها شرطت عليه إبطال ماله عليها.³

فدل كتاب الله تعالى وسنة نبيه الكريم (ﷺ) أنه على الرجل أن يعول امرأته فإذا شرط عليها أن لا ينفق عليها أبطل ما جعل لها، وأمر بعشرتها بالمعروف ولم يباح له ضربها إلا بحال فإذا شرط عليها أن له أن يعاشرها كيف شاء وأن لا شيء عليه فيما نال منها فقد شرط أن له أن يأتي منها ما ليس له، فبهذا بطلت هذه الشروط وما في معناها وجعل لها مهر مثلها، لما روي عن عقبة، عن النبي (ﷺ) أنه قال: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحلتتم به الفروج»،⁴ إنما يوفى من الشروط ما يبين أنه جائز ولم تدل سنة رسول الله

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، 243/4.

² البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، حديث رقم 2168، المرجع السابق، 73/3.

³ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 80-79/5.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، المرجع السابق، 20/7.

(ﷺ) على أنه غير جائز وقد روي عن أبي هريرة أن رسول الله (ﷺ) قال: «المسلمون على شروطهم ما وافق الحق منها».¹

3. رأي الحنابلة² والمالكية³: يفرقون بين نوعين من الشروط:

أ- النوع الأول: ما يبطل النكاح: وهو الشروط التي ورد النهي عنها بنص صريح وهي:

1- نكاح الشغار: وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما، أي سكتا عنه أو شرطاً نفيه ولو لم يقل وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى وكذا لو جعلاً بضع كل واحدة ودراهم معلومة مهراً للأخرى، لما روي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه، أي بين المتناكحين لما روى ابن عمر «أن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق».⁴

وروى عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله (ﷺ): «لا شغار في الإسلام».⁵

فإن سموا لكل واحدة منهما مهراً كأن يقول: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة مائة أو قال أحدهما ومهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل منها أو أكثر صح العقد عليها بالمسمى نصاً، والمنصوص عن أحمد أن النكاح صحيح.⁶

2- نكاح المحلل: سمي محللاً لقصد الحل في موضع لا يحصل فيه الحل، بأن يتزوجها أي المطلقة ثلاثاً بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها أو يتزوجها بشرط أنه متى أحلها للأول فلا نكاح بينهما أو اتفقا عليه أي على أنه متى أحلها للأول طلقها أو لا نكاح بينهما قبله أي قبل العقد ولم يرجع عن نيته عند العقد، أو نوى المحلل ذلك أي أنه متى أحلها للأول

1- بن الجارود: أبو محمد عبد الله بن علي، المنتقى من السنن المسندة، باب ما جاء في الأحكام، حديث رقم 1001، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، ط1، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، 1988، ص 251.

2- ابن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 98-91/5.

3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 82-80/3.

4- البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشغار، حديث رقم 5112، المرجع السابق، 12/7.

5- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار، حديث رقم 1885، المرجع السابق، 606/1.

6- ابن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 93/5؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 80/3.

طلقها ولم يرجع عن نيته عند العقد، والنكاح في الصور المذكورة حرام غير صحيح،¹ لقوله (ﷺ): «ألا أخبركم بالتيس المستعار»، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: «المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له».²

وعن نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له: «تزوجتها أهلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم، قال: لا، إلا نكاح رغبة، إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها، وقال كنا نعدده على عهد رسول الله (ﷺ) سفاحا وقال: لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها»³

3- نكاح المتعة: سمي بذلك لأنه يتزوجها ليتمتع بها إلى أمد، وهو أن يتزوجها إلى مدة معلومة أو مجهولة، كأن يقول الولي زوجتك ابنتي شهرا أو سنة أو زوجتكها إلى انقضاء الموسم أو إلى قدوم الحاج، وشبهه معلومة كانت المدة أو مجهولة، أو يقول المتزوج أمتعيني نفسك فتقول: أمتعتك نفسي لا بولي ولا شاهدين لما روى الربيع بن سبرة، عن أبيه، أن رسول الله (ﷺ) نهى عن المتعة، وقال: «ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن كان أعطى شيئا فلا يأخذه».⁴

وإن شرط الزوج في النكاح طلاقها في وقت ولو مجهولا فهو كالمتعة، فلا يصح لما تقدم وإن لم يدخل بها في عقد المتعة وفيما حكمنا به أنه كمتعة فرق بينهما، فيفسخ الحاكم النكاح إن لم يطلق الزوج لأنه مختلف فيه ولا شيء عليه من المهر ولا متعة لفساد العقد فوجوده كعدمه، وإن دخل بها أي بمن نكحها نكاح متعة فعليه مهر المثل وإن كان فيه مسمى قال أبو إسحاق بن شاقلا: إن الأئمة بعد الفسخ جعلوها في حيز السفاح لا في النكاح انتهى.⁵

¹ ابن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع نفسه، 94/5.

² ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، حديث رقم 1936، المرجع السابق، 623/1.

³ محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 1898، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 311/6.

⁴ النسائي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، تحريم المتعة، حديث رقم 5519، المرجع السابق، 234/5.

⁵ ابن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 97/5.

واشتهر عن ابن عباس تحليلها، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾¹، وروي عنه أنه قال: ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد (ﷺ)، ولولا نهي عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقي.²

وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه عمرو بن دينار، عن جابر بن عبد الله قال: «كنا نعمل بها -يعني متعة النساء- على عهد رسول الله (ﷺ) وفي زمان أبي بكر وصدرا من خلافة عمر، ثم نهانا عنها».³

4- إذا شرط نفي الحل في نكاح: بأن تزوجها على أن لا تحل له فلا يصح النكاح لاشتراط ما ينافيه، أو علق ابتداء النكاح على شرط مستقبل غير مشيئة الله، كقوله زوجتك ابنتي أو نحوها إذا جاء رأس الشهر أو إذا رضيت أمها أو إذا رضي فلان أو زوجتكها على أن لا يكره فلان فسد العقد، لأنه عقد معاوضة فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع، ولأن ذلك وقف النكاح على شرط ويصح زوجت وقبلت إن شاء الله وتعليقه على شرط ماض أو حاضر وتقدم ذكر بعض الشروط في أركان النكاح وبصح النكاح إلى الممات بأن يقول: زوجتك إلى الممات فيقبل فيصح ولا أثر لهذا التوقيت لأنه مقتضى العقد.⁴

ب- النوع الثاني: الشروط الفاسدة

- عند الحنابلة: وهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد، ويصح العقد لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط فيه صداقا محرما ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعنق وإن طلق بشرط خيار وقع طلاقه ولغا شرطه كالنكاح وأولى، إذا شرطا الزوجان أو

¹ - سورة النساء، جزء من الآية 24.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 81/3.

³ - النسائي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، المتعة، حديث رقم 5513، المرجع السابق، 232/5.

⁴ - ابن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 98/5.

أحدهما الخيار في المهر، بطل الشرط وصح العقد، إن شرطا أو أحدهما عدم الوطاء أو شرطت إن جاء بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما، أو شرط الزوج عدم المهر أو عدم النفقة أو شرط قسمة لها أقل من ضررتها أو أكثر منها أو شرط إن أصدقها رجع عليها بما أصدقها لها أو ببعضه أو يشترط أن يعزل عنها أو شرطت أن لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرطت أن لا تسلم نفسها إليه أو شرطت إلا بعد مدة معينة أو شرطت أن لا يسافر بها إذا أرادت انتقالا أو شرطت أن يسكن بها حيث شاءت أو حيث شاء أبوها، أو شرطت أن تستدعيه إلى الجماع وقت حاجتها أو وقت إرادتها أو شرط لها النهار دون الليل أو شرطت عليه أن ينفق عليها كل يوم عشرة دراهم مثلا بطل الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد، ويتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع.¹

- عند المالكية: تتمثل في مايلي:

أ- ما يناقض العقد كعدم القسمة ونحوه فيمنع ويفسخ النكاح قبل البناء وبعده في خلاف.

ب- ما لا تعلق له بالعقد كشرط عدم إخراجها من بلدها فهو مكروه ثم إنه إن كان مقيدا بطلاق أو تملك أو عتق أو غير ذلك لزم ويقال له يمين وإن لم يكن معلقا بشيء ولا وضعت عنه من صداقها لأجله لم يلزم ولكن يستحب الوفاء به.²

2- حكم الزواج المقترن بالشروط الباطلة

اختلف الفقهاء بشأن مدى تأثير الشروط الباطلة على صحة عقد الزواج فالمالكية³ يرون أن الشروط الباطلة تؤثر على عقد الزواج فتجعله باطلا، ويجب فسخه بشرط ألا يدخل الرجل بالمرأة، فإذا حصل الدخول الفعلي فإن الزواج يثبت ويلغى الشرط، وذلك راجع للدخول لا إلى العقد، ويثبت بذلك بمهر المثل، ويسقط المسمى إذا سمي لها مهرا، وإذا كان الزواج

¹ ابن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 98/5.

² ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 145.

³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 80/3-82.

بشرط التأقيت أو التحليل، فيكون الزواج باطلا في كل الحالات ويفسخ مطلقا سواء تم الدخول بالزوجة أم لم يتم، أما الشافعية¹ والحنابلة² فإنهم يرون أنه إذا كان الشرط ينافي العقد، أو ورد النهي عنه من الشارع الحكيم فإن العقد والشرط يبطلان معا، أما باقي الشروط وهي التي لا تنافي مقتضى عقد الزواج فإنها تعتبر شروط ملغاة ويبقى العقد صحيحا. أما الحنفية فيرون أن عقد الزواج لا يتأثر بالشرط الباطل، فيقع العقد صحيحا ويبطل الشرط وحده.³

أما نكاح الشغار فقد اتفق الفقهاء على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه، واختلفوا إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك: (لا يصح، ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده)، وبه قال الشافعي إلا أنه قال: (إن سمي لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل، والمهر الذي سمياه فاسد). وقال أبو حنيفة: (نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل، وبه قال الليث، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، والطبري).⁴

ب- موقف المشرع الجزائري

تبنى المشرع الجزائري مذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها ضرورية وتعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما، غير أن المشرع الجزائري من خلال المادة 19 من ق.أ. قد خص بالذكر صورتين للاشتراط، وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التظليق من خلال نص المادة 53 ف6، ومن جهة أخرى لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة الزوجة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه الطلاق طلبا تعسفيا، ومن ثم يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا، وعليه يسقط حقها في التعويض؟⁵

¹ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 78/5.

² - ابن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 93/5.

³ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 105/5.

⁴ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 80/3.

⁵ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 470.

أما إذا اشتمل عقد الزواج على الشروط التي تنافي مقاصد ومقتضى عقد الزواج أو التي ينهى عنها الشرع ولا يجيزها ومثالها أن يتزوج الرجل بامرأة لمدة محدودة أو أن يتزوجها بشرط تحليلها لمطلقها ثلاثا أو أن يشترط أحد الزوجين على الآخر عدم الوطء أصلا فقد رتب لها المشرع الجزائري إبطال العقد والشروط معا وهذا ما جاءت به المادة 32 من ق.أ. وبهذا قد وافق بذلك جمهور الفقهاء.¹

أما ما ورد في المادة 35 "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، فإنه يظهر في مضمونه وكأنه مخالف لنص المادة 32، فحكم على العقد المقترن بشرط ينافيه بالصحة ويبطل الشرط فقط، مما يجعل الجمع بين النصين 32 و35 متعذرا وصعبا، فمرة تم الحكم على العقد المشتمل على الشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان، ومرة حكم عليه بالصحة وأبطل الشرط، الأمر الذي يدفعنا إلى إعادة صياغة المواد في نص واحد يحفظ الوحدة الموضوعية للنص التشريعي، ويدفع أي اضطراب في فهمه لدى الباحث.²

3- جزاء عدم الوفاء بالشروط الصحيحة

لم يرتب فقهاء المالكية والشافعية أي جزاء على الإخلال بالشروط المقترنة بالعقد لأن الإخلال بها لا يخل بمقاصد النكاح، بل المالكية يرتبون الاشتراط الكراهة لما في ذلك من التقيد والتجبر على الزوج المؤدي إلى الخصومات غالبا.³

أما الحنفية وإن كان مذهبهم أوجب الالتزام بالشروط الصحيحة والتي لا تتنافى ومقتضيات العقد، إلا أنهم لم يرتبوا أي جزاء على هذا الإخلال.⁴

¹ عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج -دراسة مقارنة بين العقد الإسلامي والتشريع الجزائري-، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 9، ع 12، 2016، ص 169-170.

² لخضاري عبد الحق، أثر الاعتداد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 8، ع 1، 2021، ص 202.

³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 82/3.

⁴ ابن رشد، المرجع نفسه، 82/3.

وخالفهم في هذا الحنابلة فأعطوا للمرأة الحق في طلب فسخ النكاح إذا خالف الزوج ما اشترط عليه.¹

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من إعطاء المرأة الحق في طلب التطليق لمخالفة الزوج الشروط المتفق عليها طبقا لما جاء في نص المادة 53 ف6 من ق.أ.

ثالثا: اشتغال عقد الزواج على الموانع الشرعية

تعتبر الموانع الشرعية للزواج في الشريعة الإسلامية من المسائل الثانية التي لا مجال للاجتهاد فيها، سواء كانت موانع مؤبدة أم موانع مؤقتة والمقصود بها على وجه الدقة ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريم مؤبداً أو مؤقتاً، فلا تكون المرأة صالحة للزواج أو محلاً للعقد إلا إذا كانت خالية من الموانع الشرعية للزواج، وهذه الموانع إما أن تكون سبباً في حرمتها حرمة مؤبدة بحيث لا تصلح محلاً للعقد أصلاً وذلك لبقاء المانع واستمراره على الدوام، ويقصد بها المحرمات من النساء بالنسب والمصادرة والرضاع، وإما تكون الموانع سبباً في حرمتها حرمة مؤقتة، بحيث لو زالت أصبحت المرأة محلاً صحيحاً للعقد، كما يعتبر هذا من الثوابت الشرعية في مجال الزواج التي لا تقبل التغيير والاجتهاد، لورود النصوص القطعية من الكتاب والسنة ونص عليه المشرع الجزائري في نص المواد من 23 إلى 30 من ق.أ.²

حيث تنص المادة 23 من ق.أ: "يجب أن يكون كل من الزوجين خال من الموانع الشرعية والمؤبدة والمؤقتة".

وحددت المادة 24 الموانع المؤبدة بنصها: "موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة، والرضاع".

¹ - سليم محمودي، المرجع السابق، ص 98.

² - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 448.

1- المحرمات بالقرابة

وتدعى أيضا بالمحرمات بالنسب وهي سبع فئات طبقا لقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنَّ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾¹ وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 25 من ق.أ، حيث جاء فيها: "المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت."

2- المحرمات بالمصاهرة

المادة 26 نصت على المحرمات بالمصاهرة حيث يحرم النسوة وهن ثلاثة بالعقد سواء دخل بهن أو لم يدخل وهن:²

- زوجة الابن من النسب والرضاع وإن نزل، أي أرملته أو مطلقة تحرم على الأب.
- زوجة الأب والجد من النسب أو الرضاع وإن علا أي أرملة الأب أو الجد أو مطلقتهما تحرم على الابن.
- أم الزوجة من النسب أو الرضاع وإن علت فالعقد على البنات يحرم الأمهات، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾³.
- بنت الزوجة من النسب أو الرضاع وإن نزلت لا تحرم إلا بالدخول، لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمْ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

¹ - سورة النساء، الآية 23.

² - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 68-69.

³ - سورة النساء، جزء من الآية 22.

أما فيما يتعلق بالزنا¹ فإنه كالزواج في حرمة المصاهرة عند الحنفية والحنابلة، فمن زنا بامرأة حُرمت عليه أمها وابنتها ويحرم عليها أصول الزاني وفروعه، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾.

في حين ذهب المالكية والشافعية إلى القول بأن الزنا لا تثبت به المصاهرة واستدلوا بما روي عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: «لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان من النكاح».²

ونلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال ق.أ لم يوضح مسألة الوطاء المحرم أو الزنا كسبب من أسباب التحريم.

3- المحرمات من الرضاع

المحرمات من الرضاع نصت عليهن المواد 27، 28 و 29 من ق.أ طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُم مِّن الرِّضَاعَةِ﴾.

فإذا أرضعت امرأة طفلاً، أو أرضعت من أرضعته، أو أرضعت من له على الطفل ولادة مباشرة أو وساطة، صارت هي أمه وزوجها أباه، ويعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته أخ لجميع أولاد المرضع وزوجها، فتحرم عليه هي وأمهاتها نسبا ورضاعاً وإن علون، وتحرم عليه أخواتها وعماتها وخالاتها نسبا ورضاعاً وبناتها نسبا ورضاعاً لأنهن أخواته،³ وهو ما سايره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 28 من ق.أ.

وتحرم الحرمة بالرضاع إذا توفرت الشروط التالية:

- أن تكون المرضعة سواء كانت صغيرة أو كبيرة.

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 158.

² ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب لا يحرم الحرام الحلال، حديث رقم 2015، المرجع السابق، 649/1.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2015-2016، ص 76-78.

- أن يرضع الصغير في الحولين وما قاربهما كالشهرين بعدهما وقيل ثلاثة وقيل شهر، وإن فطم قبل الحولين واستغنى عن الرضاع لم يحرم رضاعه بعد ذلك خلافا للشافعية والحنفية، ولا يحرم رضاع الكبير عند جمهور الفقهاء خلافا للظاهرية.

- أن يصل اللبن إلى الحلق أو الجوف من الفم خلافا لأبي حنيفة مصة واحدة والشافعية خمس رضعات.

- أن يكون اللبن صرفا أو مخلوطا بمائع شرط ألا يكون مميعا.

- يشترط الفحل خاصة، يصبح زوج المرضع أبا للطفل إذا وطئها وطئا خلال يلحق به الولد ويدراً به الحد، فإن كان زنا فلا حرمة به وإن كان بشبهة نكاح ففيه خلاف.

- إذا طلق الرجل المرأة وهي ترضع أو مات عنها، وتزوجت رجل آخر، فإن لم ينقطع لبنها الأول فهو للزوجين معا، وكل واحد منهما فحل لمن ترضعه، وإن انقطع ثم حدث لبن ثان، فالأول للزوج الأول والثاني للزوج الثاني.

- يثبت الرضاع بشهادة شاهدين عدلين اتفاقا واشترط الشافعي أربع نسوة.¹

المبحث الثاني: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين والإرادة المنفردة

حفاظا على الرابطة الزوجية من التفكك، فقد قيد المشرع الطلاق بقيود شرعية، لأن عقد الزواج هو رباط مقدس، يختلف عن كل العقود الأخرى، فالطلاق يؤثر تأثيرا كبيرا في حياة المرأة والأولاد، فقد تبقى المطلقة أيما لا تتزوج أبدا، وفي التأيم غالبا مفاسد كثيرة وعرضة للفساد والمعصية.

المطلب الأول: حالات الطلاق بإرادة الزوجين

لقد اهتم الإسلام بالحياة الزوجية اهتماما كبيرا، فوضع للزوجين أسس وقواعد ينبى عليها هذا الميثاق الغليظ، وذلك من أجل تكوين أسرة قوامها المحبة والمودة بين الطرفين، فالأصل في العلاقة الزوجية الاستمرار والدوام مدى حياة الزوجين، مع تمتع كليهما بحقوق وواجبات اتجاه الآخر، لكن قد يدرك الزوجين بعد الارتباط صعوبة واستحالة مواصلة الحياة

¹ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص27-29.

الزوجية بينهما، وذلك لعد التوافق في الرؤى، الأمر الذي يدفعهما إلى الاتفاق على الانفصال، وإنهاء الرابطة الزوجية بينهما، كما قد يحدث أن تخرج عن طاعة زوجها أو التقصير عن واجباتها الزوجية تجاهه، مما يدفع الزوج إلى الطلاق بعد استيفائه جميع وسائل وطرق العلاج، فيصبح بذلك الطلاق أمر ضروري وحتمي، ولمعالجة هذه الحالات سوف أتطرق إلى حالة الطلاق بالتراضي في الفرع الأول وحالة الطلاق بعد نشوز الزوجة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطلاق بالتراضي

يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، لأن استمرارها أصبح أمر مستحيل، لأن كلا من الزوجين أصبحا غير قادرين على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك أرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني والمتمثل في الطلاق، وهذا معناه أن يمكن الزوجين أن يفترقا بتراضيهما بالمعروف دون خصام أو نزاع، وهو ما يعرف بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، ويتم بناء على طلب أحد الزوجين وموافقة الزوج الآخر، أو بناء على طلبهما المشترك كأن تتقدم الزوجة للمحكمة بدعوى جوازية والزوج بدعوى وجوبية طالبان فك الرابطة الزوجية.¹

أولاً: الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي

الأصل أن إيقاع الطلاق يكون من الزوج، ولا يتوقف على رضا الزوجة ولا على إذن القاضي، وإرادته كافية في إحداث الفرقة بالطلاق وذلك راجع لمبدأ القوامة بحكم الشرع، واستثناء من هذا الأصل جعل للزوجة الحق في طلب الفرقة عن طريق التظليق أو الخلع، أما الطلاق بتراضي الزوجين فقد نص عليه المشرع الجزائري وعليه لا بد من بيان صور الطلاق بالتراضي وفق الفقه الإسلامي وفق ما يلي:

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 602.

1- الطلاق على مال

هو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها ويكون بلفظ الطلاق، كأن يقول لها: أنت طالق في مقابل مبلغ كذا وقلبت، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع غير الطلاق على مال، فيرون أنه لا بد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه، أو لفظ يؤدي معناه، مثل الفدية والمبارأة، فإذا لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ فيه معناه، كان طلاق على مال وليس خلعا، وذهب الشافعية إلى أنه لا فرق بينهما، فهما اسمان لشيء واحد وهو الفرقة في مقابل مال تعطيه الزوجة لزوجها.¹

إن كلا من الخلع والطلاق على مال ينحل به عقد الزواج في الحال، ويجب بكل منهما العوض الذي اتفق عليه الزوجان، وتلتزم الزوجة في كل منهما بالبدل مادامت أهل للتبرع، بينما يتمثل الفرق بينهما في ما يلي:²

أ- الخلع عند جمهور الفقهاء طلاق بائن يحتسب به عدد الطلقات، وفي رواية عن الإمام أحمد فسخ، فلا ينقص من عدد الطلقات.

أما الطلاق على مال فلا خلاف في كونه طلاق بائن ينقص عدد الطلقات.

ب- يسقط الخلع عند الحنفية كل الحقوق الواجبة لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية لكن لا تسقط نفقة العدة، لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع.

أما الطلاق على مال فلا يسقط به شيء من الحقوق الزوجية.

ج- إن كان الخلع على عوض باطل شرعا، فلا شيء للزوج ويقع الطلاق بائن.

أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال فيقع طلاقا رجعيا عند الحنفية، ولا شيء للزوج على زوجته في مقابل الطلاق.

¹- سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، 192/2.

²- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 605.

2- تفويض الزوجة في الطلاق

لقد أجاز جمهور الفقهاء¹ التفويض في الطلاق، فيجوز للرجل أن يجعل للمرأة حق تطليق نفسها من غير أن يسلب ذلك الحق عن نفسه، وذلك بأن يفوض لها أمر طلاق نفسها إن شاءت، وقد يشترط لها ذلك عند العقد، فلها أن تطلق نفسها متى شاءت، ولا تملك إلا طلاق رجعية، وليس لها أن تكرر ذلك إلا إذا كان قد أذن لها بال تكرار، وكما أن التفويض يصح عند إنشاء العقد يصح بعد تمام العقد أي أثناء قيام الحياة الزوجية.²

وتتجلى صور التراضي في طلاق التفويض في الصيغ التالية:

أ- إذا كانت عبارة التفويض مطلقة غير مقرونة بما يدل على التعميم ولا يدل على التخصيص، كأن يقول لها جعلت لك أن تطلقي نفسك ولا يزيد على ذلك، فإن الزوجة تملك تطليق نفسها في مجلس التفويض نفسه إن كانت حاضرة فيه، واختيارها طلاق نفسها في هذه الحالة يمثل صورة الطلاق بالتراضي.

ب- إذا اقترنت التفويض بما يدل على التعميم، كأن يقول لها، جعلت لك أن تطلقي نفسك متى شئت، فللزوجة أن تختار تطليق نفسها متى شاءت، سواء أكانت حاضرة حين التفويض أن غائبة، وذلك لأنه ملكها هذا الحق تمليكاً عاماً، فمتى اختارت تطليق نفسها كان طلاق بالتراضي.

ج- إذا اقترنت صيغة التفويض بما يدل على التخصيص بوقت دون وقت، أو بحالة دون حالة، كأن يقول لها جعلت لك أن تطلقي نفسك في أثناء شهر، ففي هذه الحالة تملك أن تطلق نفسها في الوقت المحدد، فإذا فات الوقت فلا تملك بعده أن تطلق نفسها، أما إذا اختارت أن تطلق نفسها في هذا الوقت المحدد فهذا يدل على رضاها بالطلاق.³

والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطليق نفسها، أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق، وليس له ذلك في التملك، وقال الشافعي: (اختاري وأمرك بيدك

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 92/3؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 404/7.

² أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 324.

³ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 544-545.

سواء)، ولا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينويه، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثاً ثلاثاً، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه، وفي العدد في الخيار أو التمليك، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية، وكذلك هي عند مالك في التمليك، وقال أبو حنيفة، وأصحابه: الخيار ليس بطلاق، فإن طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة، وقال الثوري: الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما، وقد قيل: القول قولها في أعداد الطلاق في التمليك، وليس للزوج مناكرتها.¹

ففي الخيار المطلق عند الإمام مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث، وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك، والمملكة لا يبطل تمليكها ويبقى لها إلى أن ترد أو تطلق.²

ثانياً: الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري

لقد استحدث المشرع الجزائري صورة فك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين وتراضيهما دون خصام أو نزاع وذلك وقت نص المادة 48 من ق.أ: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة".

وقد جاءت هذه صورة وسطاً من حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادة منفردة، وحق الزوجة في طلب التطلق أو الخلع بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من ق.أ، فالمشرع يقصد بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسباً لحالهما، دون بحث القاضي عن أسباب ودوافع الانفصال، وبغض النظر عن فحوى الاتفاق، ولا معرفة الطرف المتضرر كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض.³

إن كثيراً ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الأقارب والعائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بنيت بينهما، ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين، وعلى القاضي

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 93/3.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع نفسه، 93-92/3.

³ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص

في هذه الحالة أن يحدد العناصر التتم تم بشأنها الاتفاق، لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إلهاد.¹

فتوجه إرادة كل من الزوجين إلى الطلاق مع الموافقة على آثاره يحول القاضي إلى موثق يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إلهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة، وهذا ما أورده المادة 57 من ق.أ التي تنص: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

فالمادة عددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، ولم تذكر صورة الطلاق بالتراضي، وفي ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسري عليها ما يسري على باقي الصور الأخرى، باعتبارها مجرد إلهاد، فهي لا توصف لا بالابتدائية ولا النهائية، وليست بذلك قابلة للاستئناف، لا من حيث الطلاق ولا حتى من حيث الجوانب المادية.²

أ- شروط إيقاع الطلاق بالتراضي

إن الطلاق بالتراضي لا يقع إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:³

- تشترط الأهلية الكاملة في الزوجين معا.
- ألا تكون إرادة أحدهما مصيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه.
- وجود طلب مشترك من قبل الزوجين وفقا للإجراءات المنصوص عليها وفق ق.إ.م.إ.

ب- إجراءات إيقاع الطلاق بالتراضي

فقد نص المشرع الجزائري على إجراءات الطلاق بالتراضي في المواد من 427 إلى 435 من ق.إ.م.إ. والمتمثلة أساسا في:

¹- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 25.

²- باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 29.

³- تشوار الجيلالي، مذكرات في قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2006-2007، ص 51.

1- عريضة طلب الطلاق بالتراضي

بعد أن عرفت المادة 427 من ق.إ.م.إ الطلاق بالتراضي بأنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة جاء في نص المادة 428 وما بعدها من ق.إ.م.إ بحيث نصت على أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط، ولكي تكون العريضة المخصصة لطلب الحكم بالطلاق بناء على الرغبة المشتركة للزوجين والموقعة منهما معا صحيحة ومقبولة بينت المادة 429 من ق.إ.م.إ البيانات الواجب أن تتضمنها.

2- دور القاضي في إجراءات الطلاق بالتراضي

إن قاضي شؤون الأسرة لا يجوز له أن يقف موقف الحياد السلبي في دعاوي الطلاق بصفة عامة وخاصة الطلاق بالتراضي، بل يجب أن يقوم بدور إيجابي، حيث يتعين عليه أن يراقب شروط قبول أو عدم قبول عريضة طلب الطلاق بالتراضي وأن يراقب مدى اشتغال أو عدم اشتغال العريضة على كل البيانات المطلوبة كما يتعين عليه حسب نص المادة 431 من ق.إ.م.إ أن يستمع إلى الزوجين بانفراد ثم مجتمعين وحول أسباب طلب الطلاق وإنهاء العلاقة الزوجية، وأن يتأكد من توفر رضا كل منهما وعدم خضوع أي واحد منهما إلى أي ضغط أو تهديد مادي أو معنوي، كما يتعين عليه أن يحاول إجراء الصلح بينهما إذا كان ممكناً، كما ينظر مع الزوجين في ما حصل بينهما من اتفاق وله سلطة أن يلغيها أو يعدل فيها خاصة إذا كانت تتعارض مع مصالح الأولاد أو مخالفة للنظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية.

كما نصت المادة 432 من ق.إ.م.إ على الحالات التي لا يجوز تقديم فيها طلب الطلاق بالتراضي وهي حالة ما إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم، وحالة ما إذا كان قد زهر على أحد الزوجين اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته في الطلاق، وكان قد ثبت ذلك من قبل طبيب مختص.

الفرع الثاني: الخلع

سوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى حقيقة الخلع وماهيته من الناحية الفقهية والقانونية ومعرفة مدى توافق المادة 54 من ق.أ مع أحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: تعريف الخلع

1- لغة: الخلع: هو الإزالة والنزع، يقال: خلع الرجل ثوبه ونعله أي نزعها ويقال: خلع امرأته وخالعتها إذا افتدت منه بمال وطلقها وأبانها من نفسه، وسمي ذلك الفراق خلعا استعارة من خلع اللباس،¹ لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجل، والرجال لباسا لهن، فقال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ﴾.²

2- اصطلاحاً:

أ- في الفقه الإسلامي

عرف فقهاء المذاهب الخلع بتعاريف متعددة حيث:

- عرفه المالكية: بأنه طلاق بعوض،³ أو هو بذل المرأة العوض على طلاقها،⁴ ومعناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه فتقع بذلك طلاقة بائنة.⁵

- وعرفه الشافعية هو: اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض.⁶

- وعرفه الحنفية بأنه: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه، وخرج الخلع في النكاح الفاسد ويعد البينونة والردة.⁷

¹ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 76/8.

² سورة البقرة، جزء من الآية 187.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 347/2.

⁴ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 89/3.

⁵ ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، 154/1.

⁶ الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 347/3.

⁷ ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، 439/3؛ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 175/6.

- وعرفه الحنابلة بأنه: فراق زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة،¹ هو فراق زوج زوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة.

ب- في القانون الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 54 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".

ومنه الخلع هو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين، وقبول الآخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة فينتقان على نوعه أو مقدراه في جلسة حكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.²

ثانيا: دليل مشروعة الخلع

ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- الكتاب:

قوله تعالى: ﴿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﴾³، وجه الدلالة من الآية أنها تفيد نهي الله عز وجل الأزواج عن أخذ ما أعطوه لزوجاتهم، أما إذا تشاقت الزوجان، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاهما، ولا حرج عليها في بذلها، ولا عليه في قبول ذلك منها.⁴

¹ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ط 1، عالم الكتب، 1993، 57/3.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق من قانون الأسرة الجزائري، در هومة، الجزائر، ص 248.

³ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴ - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، 613/1.

2- السنة:

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي (ﷺ) فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام،¹ فقال رسول الله (ﷺ): «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله (ﷺ): «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة».²

وجه الدلالة في هذا الحديث في قول الرسول (ﷺ): «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهذا يعد أول خلع وقع في الإسلام، وبدل الحديث على مشروعية الخلع، والمعنى فيه أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتقاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع، وأيضا فيه دفع الضرر عن المرأة غالبا.³

3- الإجماع:

أجمع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك سار فقهاء الشريعة الإسلامية إذا توافرت شروطه الشرعية.⁴

قال القرطبي: (وعليه جمهور الفقهاء، قال مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيء إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما اقتدت به كما فعل النبي (ﷺ) في امرأة ثابت بن قيس).⁵

1- قوله: (إني ما أعتب عليه) والعتب هو الخطاب بالإدلال قوله: (في خلق) بضم الخاء المعجمة واللام ويجوز إسكانها: أي لا أريد مفارقتة لسوء خلقه ولا لنقصان دينه. قوله: (ولكني أكره الكفر في الإسلام) أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، ويمكن أن يكون مرادها أن شدة كراهتها له قد تحملها على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه، أنظر: الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، ط1، دار الحديث، مصر، 1993، 293/6.

2- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 5273، المرجع السابق، 46/7.

3- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 347/3.

4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 89-90؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 323/7؛ المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن، 261/2.

5- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 137/3.

ثالثاً: حالات جواز الخلع شرعاً

يكون طلب المرأة مباح في حالات أو بمتطلبات شرعية مختلف فيها بين الفقهاء، فالبعض أجازها مطلقاً دون قيد أو شرط، والبعض الآخر أجازها مشروطاً واختلفوا في صورة القيد على أقوال مختلفة:

القول الأول: ذهب أئمة المذاهب الأربعة إلى جواز الخلع مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها، وفي حالة وقوع الشقاق بين الزوجين أو حالة كراهية المرأة لزوجها لعيوب ظاهرة أو باطنة كنقص دينه أو خلقه أو لمرض أو كبر في السن ونحو ذلك مما لا ترضاه المرأة فتخشى معه معصية الله عز وجل، بعدم طاعة زوجها متعدية بذلك حدود الله، وكذلك يجوز الخلع بالتراضي بين الزوجين، وإن لم يخف كل منهما نشوزاً ولا إعراضاً ولا خافاً ألا يقيماً حدود الله.¹

وإن خالعت مع استقامة الحال يكون الخلع مكروه لحديث ثوبان أن النبي (ﷺ) قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ».²

وإن عضلها أي ضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك، كما لو نقصها شيئاً من ذلك ظلماً لتفتدي نفسها فالخلع باطل والعود مردود والزوجية بحالها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، ولأن ما تفتدي به نفسها مع ذلك عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق أخذه منها للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد.⁴

¹ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 57/3؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 90/3؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 323/7.

² - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب في الطلاق، باب في الخلع، حديث رقم 2226، المرجع السابق، 268/2.

³ - سورة النساء، جزء من الآية 19.

⁴ - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 213-212/5.

القول الثاني: يرى الظاهرية أن جواز المرأة طلب الخلع مشروط بكراهيتها لزوجها ووجود الشقاق والضرر بينهما عند الخوف من عدم إقامة حدود الله، فإذا ما تحقق الشرط صح الخلع، ومن ثم فالخلع مقيد بحالة الشقاق.¹

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿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﴾.²

القول الثالث: ذهب ابن سيرين وأبو قلابة و الحسن البصري إلى أن جواز الخلع مشروط بارتكاب الفاحشة، فليس للزوج أن يأخذ العوض والفدية من زوجته مقابل طلاقها إلا بارتكابها جريمة الزنا.³

واستدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾.⁴

إلا أن الفقهاء اختلفوا في المراد بالفاحشة في الآية الكريمة:

- فقال الحسن بن علي والسدي وأبو قلابة وابن سيرين أن المراد بالفاحشة المبينة هي الزنا.
- وقال ابن عباس وابن مسعود والضحاك وقتادة: الفاحشة المبينة في الآية البغض والنشوز، قالوا فإذا نشزت حل له أن يأخذ مالها، وهذا هو مذهب مالك إذا قالوا: للزوج أن يأخذ من الناشز جميع ما تملك، وقال قوم: الفاحشة البذاء باللسان وسوء العشرة قولاً وفعلاً.⁵

رابعاً: بدل الخلع

بدل الخلع هو عبارة عن المال الذي تبذله الزوجة لتفتدي نفسها منه، أي مقابل حصولها على الطلاق منه، وهو جميع ما يقبل التعامل فيه، سواء كان مالا منقولاً او عقار

¹- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 10/236-237.

²- سورة البقرة، الآية 229.

³- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 5/95.

⁴- سورة النساء، جزء من الآية 19.

⁵- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 5/95.

أو خدمة، ولا يجوز بمال مجهول بل يجب ان يكون المال محدد ومرئي بالعلم به أو بوصفه، للزوجة أن تفتدي بالصداق أو بجميع ما تملك.¹

1- ما يصح أن يكون بدلا للخلع

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أنه ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا للخلع.² ويشترط الشافعية والحنفية في العوض أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب، أما مالك فيجيز فيه مجهول الوجود والقدر والمعلوم، مثل الثمرة التي لم يبد صلاحها، وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم.³

أما فيما يتعلق بإسقاط حق الحضانة فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى عدم الجواز، وذلك لأنها حق للمحضون وليس لأمه، لأن بقاء الولد في هذه الفترة مع أمه أصلح وأنفع له.⁴ إذا خالعت على ما يعتقد أنه حلال وتبين أنه حرام، ذهب الحنابلة يرجع عليها بمثله وقال الحنفية والشافعية يرجع عليها بمهر المثل، أما إذا خالعت على مال باعتقاد أنه ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية أنه إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وإن لم يجز كان للزوج من المثل أو قيمته، وقال الشافعية له مهر المثل، وقال المالكية يقع الطلاق بائن ويبطل العوض.⁵

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 54 من ق.أ.على: "أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، ولم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، أما في حالة عدم الاتفاق

¹ - لحسين بن شيخ آث لوبيا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 126.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامية وأدلته، المرجع السابق، 501/7.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 90/3.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 193/6.

⁵ - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 454/4؛ البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، 219/5.

بين الزوجين على العوض، فالمشعر الجزائري أعطى للقاضي سلطة الحكم بألا يتجاوز قيمة صفاق المثل وقت صدور الحكم.¹

خامسا: حكم رضا الزوج لطلب الخلع

اختلف الفقهاء في حكم تلبية الزوج لطلب زوجته الخلع على رأيين ويرجع سبب الاختلاف إلى حقيقة صفة الأمر الوارد في قول الرسول الكريم (ﷺ) لثابت بن قيس «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة».

الرأي الأول: ذهب المالكية إلى القول بوجوب استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ومنه فالمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه.²

واستدلوا على ذلك بأن الأمر في الحديث «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع، كما قاموا بإرادة المرأة في تحصيل الطلاق خلعا على عوض وإرادة الرجل في إيقاع الطلاق بها متى شاء دون اعتبار لرضاها بجامع مشترك هو الكراهية الداعية إلى الفرقة، وعدم الرغبة في استمرار الحياة الزوجية.³

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة والظاهرية أنه يستحب للزوج تلبية طلب زوجته للخلع، ومن ثم فللزوج رفض طلب زوجته، ولا يجبر على ذلك، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج.⁴

واستدلوا بأن الأمر الوارد في الحديث «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة» يفيد الإرشاد والإصلاح لا الإيجاب والحتم بإيقاع الخلع.⁵

الترجيح: يرى الباحث والله أعلم أن رأي المالكية هو الراجح، بالرغم من أن إلزام الزوج على الموافقة على طلب الزوجة بالخلع يؤدي إلى فتح الباب واسع لإيقاع الفرقة بينهما لأنفه

¹ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 268؛ نورة منصور، التطبيق وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 140.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 90/3.

³ - ابن رشد، المرجع نفسه، 90/3.

⁴ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، 336/5؛ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 335/10.

⁵ - ابن حجر، فتح الباري، المرجع السابق، 93/12.

الأسباب، وهذا مخالف لمقاصد وأهداف الزواج التي تتمثل في الديمومة والأصل في تشريع الطلاق هو علاج لحالات استثنائية، إلا أن الإبقاء على زوجة كارهة ومبغضة لزوجها وبيت الزوجية قد يؤدي إلى كثير من الانحرافات والآثام، و هو ما دفعنا إلى ترجيح هذا الرأي، وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو زهرة ولكن بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين.¹

3- موقف المشرع الجزائري

من خلال نص المادة 54 من ق.أ. يحق للزوجة اللجوء إلى الخلع متى شاءت وبدون موافقة الزوج حيث نصت على أنه: "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".

ونلاحظ أن المشرع قد خالف من قال بأن الخلع عقد رضائي يشترط فيه موافقة الزوج ورضاه، ولذلك فإن الخلع كالطلاق، لما كان بيد الرجل فإنه لا ينظر فيه إلى موافقة الزوجة أو عدم موافقتها في ذلك، فكذلك الأمر للخلع بالنسبة للزوج فلا يعتد بعدم موافقته.² كما أن نص المادة 54 من ق.أ. جاء واضحا ومزيل لكل غموض في أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، لأنه لو كانت موافقته شرطا لكنا بصدد طلاق بالتراضي لا بصدد الخلع، وعدم موافقة الزوج في دعوى الخلع هو الأرجح، فوجه الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع، لكن بالمال المفتدى به، أي مقدار المال الذي تفتدي به الزوجة.³ مما سبق نلاحظ أن مفهوم الخلع ارتقى من مجرد رخصة للزوجة، إلى حق أصيل لها والذي يمكنها اللجوء إليه متى شاءت دون ما حاجة إلى رضا وموافقة الزوج.⁴

¹ - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 340.

² - عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع13، 2015، ص 110.

³ - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 111.

⁴ - عماري نور الدين، المرجع السابق، ص 111.

سادسا: سلطة القاضي في إيقاع الخلع

1- في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول دور القاضي في مسألة الخلع، فهل يتجلى هذا الدور في الرقابة، أم أنه أكبر من ذلك كأن يشترط لصحة الخلع ضرورة إيقاعه أمام القاضي أو إيقاعه بدل من الزوج؟ وهذا على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية إلى أن الخلع يصح بدون الحاكم، كما يصح إذا وقع أمام الحاكم، وبالتالي يقع صحيحا ولا يتوقف صدوره من الحاكم أو أمامه.¹

حيث جاء في المغني: لا يقتصر الخلع على حاكم نص عليه أحمد فقال: يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي، وأهل الرأي، وقالوا: إن كُيف الخلع على أنه عقد معاوضة فهو كالبيع، وإن كُيف على أنه فسخ بالتراضي كان كالإقالة وكل من البيع والإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم.²

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

الرأي الثاني: وذهب إليه جماعة من التابعين ومنهم ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن البصري، ويرون أنه لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوجة والزوج، بل يجب أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع، وبالتالي لا يجوز الخلع دون السلطان.³

واستدلوا:

- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾، فقد جعل الله تعالى

¹- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 173/6.

²- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 324/7.

³- ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، 324/7.

الخوف من خلال الآيتين الكريمتين لغير الزوجين وأسندته إلى الحكام والولاية وليس إلى الزوجين، وهذا يدل على أن المراد بالخطاب الحكام والولاية وبالتالي أن الخلع لا يكون إلا عندهم وبواسطتهم.¹

- من السنة النبوية الشريفة: أن أمر النبي (ﷺ) لثابت بن قيس بأن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة، كالحكم فيلزم من ذلك ألا يقع الخلع إلا عند الحاكم، وأن أمر النبي (ﷺ) في هذه الواقعة للوجوب ولم يرد ما يدل على صرفه عن حقيقته.²

2- موقف المشرع الجزائري

ذهب المشرع الجزائري إلى جعل الخلع حق من حقوق الزوجة تلجأ إليه دون مراعاة حق الزوج في الموافقة أو الاعتراض، كما أنه لم يبين صراحة مدى سلطة القاضي في إجبار الزوج على تلبية طلب الخلع، إلا أن مفهوم نص المادة 54 من ق.أ يقضي ذلك، ومن ثم فلا عبرة لعدم قبول الزوج، وأنه يجوز للقاضي أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم للزوج بالعرض، حيث ينحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه، بحيث على القاضي أن يراعي عدم التعسف والمغالاة في المبالغ التي تتم المخالفة بها بتوليئه تحديد وتقديره مراعيًا في ذلك قيمة الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة، لأنها هي المطالبة بدفع المقابل، علما أن هاته العناصر ليست على سبيل الإيجار للقاضي.³

المطلب الثاني: حالات الطلاق بإرادة الزوج

من الحالات التي تحتم على الزوج استعمال سلطته في ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة نشوز الزوجة وخروجها عن بيت الطاعة، وكذا الخيانة الزوجية، وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول يخص لنشوز الزوجة والفرع الثاني الخيانة الزوجية.

¹ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 171/5.

² الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، 297/6.

³ عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2017/2018، ص 284-285.

الفرع الأول: نشوز الزوجة

إن من أهم الأسباب التي تدفع الزوج مرغماً على فك الرابطة الزوجية هو تعالي الزوجة أو خروجها عن الطاعة أو التقصير عن القيام بواجباتها الزوجية أو بعضها، وهذا ما يعرف بالنشوز، وهو مرض خطير يصيب الأسرة ويهدد كيانها بالانهيار، وقد انتشرت هذه الظاهرة في العصر الحالي، وهذا راجع إلى ضعف الوازع الديني لدى المرأة متأثرة بقشور العولمة ومحاولة تقليد الثقافات الغربية الداعية إلى تحرر المرأة ومساواتها مع الرجل.

وقد تناوله الفقه الإسلامي واعتبره من الأسباب والأمور التي تؤدي إلى انحلال وتفكك الرابطة الزوجية، ووافق في ذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 55 من ق.أ بالرغم من أنه لم يفصل فيه كثيراً، وللتفصيل في هذا الموضوع سوف أتطرق إلى ما يلي:

أولاً: تعريف النشوز

1- لغة: نشز يعني الارتفاع والعلوم والنشز: المكان العالي المرتفع، ثم استعير فقليل نشزت المرأة: أي استعصت على بلعها، وكذا نشز بعلها أي جفاها وضربها.¹

الشيء نشزا ونشوزا: ارتفع ويقال: نشز المكان ونشز العرق، ويقال فلان علا على نشر نشز من الأرض وعن مكانه وفيه ارتفع عنه ونهض، ويقال فلان ناشز الجبهة مرتفعها وقلب ناشز أرتفع من الرعب".²

2- اصطلاحاً:

أ- في الفقه الإسلامي

عرف الفقهاء النشوز بتعاريف كثيرة ومتقاربة والتي تدور في معنى واحد وهو خروج الزوجة عن طاعة زوجها حيث نجد:

¹- أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد بن هارون، دار الفكر، بيروت، 1979، 430/5-431.

²- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، 2/ 922.

- **المالكية:** هو الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعه الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى، كالطهارة والصلاة أو أغلقت الباب دونه أو خانته في نفسها أو ماله.¹

- **الشافعية:** الناشز هي الخارجة عن طاعة زوجها، كأن تخرج من منزله بغير إذنه أو منعت التمكين وغير ذلك.²

- **الحنفية:** الناشز هي العاصية على زوجها المبغضة له، وقالوا: الخارجة عن منزل زوجها المانعة نفسها منه.³

- **الحنابلة:** نشوز المرأة وهو معصيتها زوجها فيما يجب له عليها من حقوق النكاح، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله عليها من طاعته، وهي أن تعصيه وتمتتع عن فراشه، أو تخرج من منزله بغير إذنه.⁴

يمكن تعريف النشوز من خلال هذه التعاريف على أنه: خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة عليها لزوجها، وذلك من خلال عدم طاعتها لزوجها وعدم تمكينها له من نفسها بدون عذر وخروجها من بيت الزوجية دون إذن ولغير عذر شرعي، والتعريف الذي جاء به المالكية هو الأقرب للصواب إذ جاء شاملاً وجامعاً لجميع الحالات المتعارف عليها للنشوز.

ب- في قانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 55 يتضح صراحة إقرار المشرع لحق كلا من الزوجين في الطلاق للنشوز والتعويض للطرف المتضرر إذ نصت المادة على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

¹- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ط 1، بتحقيق: كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، د.ت.ن، 511/2.

²- النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 346/7.

³- ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، 303/4.

⁴- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بتحقيق: محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، 92/3.

كما نلاحظ أن نص المادة جاء عاما، فلم يبين لنا المشرع تعريف الزوجة الناشز، بل اكتفى بذكر النشوز كسبب من أسباب فك الرابطة الزوجية، ولم يذكر الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشزا وكذلك لم يفرق بين نشوز الزوج ونشوز الزوجة.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنه تعد الزوجة ناشزا في حالة امتناعها عن الرجوع إلى بيت الزوجية فقط، فالمحاكم لا تعند بالنشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منه أو منها الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية، فإن امتنع الزوج أو الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولا، وانطلاقا من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر منه.¹

حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1986/02/24 "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الزوجة لا تعتبر في حالة نشوز إلا إذا صدر عليها حكم الرجوع ونفذ عليها بصفة قانونية بعدما أصبح نهائيا، ولم تمثل لذلك القضاء"،² ومرد عدم اعتداد القضاء بالنشوز إلا بعدم الرجوع إلى بيت الزوجية إلى مسألة الإثبات، فطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة لبيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر.³

فربط النشوز بعدم الرجوع لبيت الزوجية بحجة الإثبات أمر مرفوض لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تحصر النشوز في مغادرة بيت الزوجية وعدم الرجوع إليه، بل يتعداه لأسباب أخرى قد تكون ماسة بالحقوق والواجبات الشرعية المتبادلة بين الزوجين،

¹ - عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 162.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39941، الصادر بتاريخ 1986/02/24 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 281.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 215.

كعدم طاعة الزوج، وخروجها من البيت بدون إذن ودون عذر شرعي والتي يمكن إثباته بشتى وسائل الإثبات.

ثانياً: المظاهر التي تعد بها الزوجة ناشزاً

أ- في الفقه الإسلامي

تتعدد صور النشوز فمنها القولية ومنها الفعلية.

1- المظاهر القولية

الأصل أن تتعود الزوجة على حسن الكلام مع زوجها وتلبية حاجياته إذا دعاها، دون ماطلة، لكن قد تتغير في تعاملها معه بكلام خشن، أو يدعوها فلا تجيبه أو تجيبه بعصبية، أو تتماطل في الإجابة كما قد تتناول عليه بالسب والشتم والقذف، إظهار الكبر والعظمة أثناء التحدث مع زوجها، أو تعيره ببعض نقائصه قد تكون عيوب حسية من مظهر ولباس أو بعيوب شخصية من أخلاق ومعاملات،¹ وكل هذا من المظاهر القولية.

ومن صور ذلك أن تتناول بلسانها على أقاربه وأسرته بغير سبب، أو أن تتهم الزوجة زوجها بكلام ملفق تريد به فضحه، أو تسبب له إحراج بين الناس أو بين عائلته، وتظهر بصورة سيئة فتعد بهذا ناشزاً.²

2- المظاهر الفعلية:

وهي مجموعة من التصرفات التي تقوم بها الزوجة وتجعلها ناشز وتتمثل فيما يلي:

أ- امتناع الزوجة من تمكين زوجها بغير عذر شرعي

من أهداف عقد الزواج حق استمتاع الزوج بزوجته، وبالتالي فإن امتنعت الزوجة عن تمكين الزوج من هذا الحق بدون عذر شرعي، فقد اختلف الفقهاء حول الحكم عليها بالنشوز على مذهبين:

¹ - السيد محمد محمد عبد النبي، نشوز الزوجة (المظاهر والأسباب والآثار طرق العلاج وسبل الوقاية)، مجلة الزهراء، المجلد 30، الجزء 1، جامعة الأزهر، 2020، ص421.

² - صالح بن غانم السدلان، النشوز، ضوابطه وحالاته وأسبابه وطرق الوقاية منه ووسائل علاجه، ط 4، أستاذ الدراسات العليا، بجامعة بن مسعود الإسلامية، الرياض، قسم الفقه، دار بلنسية للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1417هـ، ص 24-25.

- **المذهب الأول:** يرى جمهور الفقهاء أن الزوجة إذا امتنعت عن تمكين زوجها منها دون عذر شرعي، كأن تمنعه الوطء، أو لا تنام معه في فراشه، فإن تكون ناشزا حيث:

ذهب المالكية بقولهم أن الزوجة تكون ناشزا إذا خرجت عن طاعة الزوجة بمنعها التمتع بها.¹

ويرى الشافعية أن النشوز أن لا تمكن الزوج وتعصي عليه في الامتناع عصيانا خارجا عن حد الدلال، بحيث لا يمكن الزوج حملها على الطاعة إلا بتعب.²

كما ذهب الحنابلة على أنه لا نفقة للناشز لأنها مقابل التمكين وقد زال، أو سافرت بغير إذنه أو لم تمكنه من الوطء، أو مكنته من دون بقية الاستمتاع.³

- **المذهب الثاني:** وهو مذهب الحنفية بحيث يرون أن الزوجة إذا امتنعت من تمكين زوجها منها لا تعتبر ناشزة إذا كان الامتناع في منزله، أما إذا كان الامتناع في منزلها فهي تكون ناشزا.⁴

وعلوا ذلك بأن الزوجة عندما تكون في بيت زوجها فإنها تكون محبوسة عنده وإمكان الزوج وطؤها طوعا وكرها، وبالتالي لا تكون ناشزا، أما كونها ناشزة إذا كان الامتناع في بيتها لأن حياها في منزلها أمر مستبعد بخلاف منزله.⁵

يمكن القول أن رأي جمهور الفقهاء هو الراجح وذلك باعتبار الزوجة ناشزا، بعدم تمكين زوجها من الوطء ومقدماته بغير عذر شرعي، لأنه ينبغي على الزوجة أن تؤدي هذا الحق عن رضا وطيب خاطر، وهذا ما تقتضيه المعاشرة الزوجية بالمعروف والمودة بين الزوجين.

¹ الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، دار المعارف، د.ت.ن، 511/2.

² أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، ط 1، دار السلام، القاهرة، 1417هـ-1997م، 305/5.

³ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، 473/5.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، 304/4.

⁵ معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 51.

ب- خروج الزوجة من بيت الزوجية دون إذن زوجها

لقد أوجب الشرع على الزوجة طاعة زوجها، ومن أوجهاها ألا تخرج من بيت الزوجية دون إذن زوجها وإلا اعتبرت ناشزة، لكن لا بد من التفريق بين صورتين للخروج وهما:

1. خروج الزوجة من بيت الزوجية دون إذن زوجها بغير عذر شرعي

أجمع الفقهاء على أن الزوجة بخروجها من بيت الزوجية دون إذن زوجها وبدون عذر شرعي تصبح ناشزة وذلك لتعديها على حقوق الطاعة الواجبة عليها. حيث نص فقهاء الحنفية على أن الزوجة الخارجة من بيت زوجها بغير حق هي ناشزة بالمعنى الشرعي.¹

أما المالكية فيعتبرون خروج الزوجة بلا إذن وعجز الزوج عن ردها لمحل طاعته تكون ناشزة، أما إن قدر على ردها بصلحها فلا تكون ناشزة² وعند الشافعية يرون أن الزوجة تكون ناشزة إذا خرجت من بيته، أي من محل رضي إقامتها به، ولو بيته أو بيت أبيها، ولو لعيادة، وإن كان غائباً بلا إذن منه.³ أما الحنابلة فيرون أنه يحق للزوج منع الزوجة من الخروج من منزله، فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها الخروج إليه.⁴ من خلال أقوال الفقهاء يتجل أن خروج الزوجة من بيت الزوجية بلا إذن زوجها أو بدون عذر شرعي يعتبر نشوزاً.

2. خروج الزوجة من بيت الزوجية دون إذن زوجها لعذر شرعي

اتفق الفقهاء على أن خروج الزوجة من بيت الزوجية دون إذن زوجها لعذر مشروع في بعض الحالات الضرورية لا تعد ناشزاً، لأن الخروج في مثل هذه الحالات يعد من

¹ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، 3/576.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 2/343.

³ شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، 7/206.

⁴ ابن قدامة، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، 1980، 3/107.

الضروريات، وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية الضروريات تبيح المحظورات ومن بين هذه الحالات:¹

- أن يشرف البيت أو بعضه على التهدم، الأمر الذي يتطلب منها الخروج بلا إذنه، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾.²
- إذا أكرهت على الخروج ظلماً، أو خافت على نفسها أو مالها من سارق أو فاسق.
- إذا خرجت لقضاء حوائج معتادة للخروج لقضائها.

لكن هناك حالات للخروج دون إذن الزوج ولعذر مشروع جرى العرف بالإذن في خروج الزوجة لتحصيلها واختلف الفقهاء باعتبارها نشوز أم لا، وهي:³

أ- خروج الزوجة لزيارة والديها

يرى المالكية والحنفية والظاهرية أنه من حق الزوجة أن تزور والديها، وليس للزوج أن يمنعها ولا تعد ناشزاً في حالة خروجها لزيارتها، واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾.⁴

أما فقهاء الشافعية والحنابلة يرون أنه من حق الزوج أن يمنع زوجته من الخروج من البيت لزيارة والديها واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾.⁵

وقول الرسول (ﷺ): «أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة».⁶

الرأي الراجح هو ألا تخرج الزوجة لزيارة والديها إلا بإذن زوجها، وذلك لتفادي النزاعات، وحفاظاً على حق الطاعة الواجبة على الزوجة ومبدأ القوامة.

¹ علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 24-25.

² سورة البقرة، جزء من الآية 195.

³ معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 65.

⁴ سورة الإسراء، جزء من الآية 23.

⁵ سورة النساء، جزء من الآية 34.

⁶ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حق الزوج على المرأة، حديث رقم 1854، المرجع السابق، 595/1.

ب- خروج الزوجة إلى المسجد

اختلف الفقهاء على رأيين:

-الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة أن خروج المرأة إلى المسجد أو مجالس العلم مربوط بإذن زوجها، ويستحب له أن يأذن لها الخروج إلى استأذنته وذلك إما أمن عليها الفتنة والمفسدة، أما إذا منعها من الخروج فإن خرجت بلا إذنه عدت ناشز.¹

- الرأي الثاني: يرى الظاهرية أنه لا يحق للزوج منع زوجته من الخروج إلى المسجد لحضور الجماعة إذا طلبت منه ذلك، مادامت ملتزمة بالآداب الشرعية بأن لا تكون متزينة ولا متطيبة، ولا ذات خلخل يسمع صوتها وأمن عليها الفتنة.²

والرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء بأن خروج الزوجة للمسجد مشروط بموافقة الزوج، ومن حقه أن يمنعها، فإن خرجت من دون إذنه تكون ناشز.

الفرع الثاني: الخيانة الزوجية

لقد شرع الله الزواج وأباحه وحدد له أركانه وشروطه، فبه تتكون الأسرة التي هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، فيعتبر من أسمى وأقدس الروابط، لأنه يوثق أواصر الأسرة ببعضها لما فيه من إحصان للأزواج والمحافظة على النسب من الاختلاط، فالعلاقة الزوجية هي أرقى وأسمى العلاقات، لأنها تتغذى على مشاعر الإخلاص والاستقرار العاطفي بين الزوجين وبذلك فإن أي خيانة من أحد الزوجين تؤدي إلى هدم الأسرة.

فالخيانة الزوجية ظاهرة موجودة في كافة المجتمعات وعبر مختلف الأزمنة، غير أنها اتسعت وأصبحت موجودة بصورة واضحة في الآونة الأخيرة، وهذا ما تؤكد وسائل التواصل بمختلف أنواعها وأشكالها، وهي من الظواهر المسكوت عنها والتي يجب تسليط الضوء عليها لأنها من الأسباب الحتمية لفك الرابطة الزوجية، بحيث يرى بعض المختصين في علم الاجتماع في الجزائر أن المسلسلات التركية لها تأثير كبير في زيادة ظاهرة الخيانة الزوجية وخاصة عند الزوجات صغيرات السن، كما أن اكتساح وسائل التكنولوجيا الحديثة كالهواتف

¹- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 76.

²- ابن حزم، المحلى بآثار، المرجع السابق، 174/9.

الذكية والكمبيوتر المحمول وظهور وسائل التواصل الاجتماعي المتنوعة وفي مقمتها الفايس بوك وتيك توك أضفى على الخيانة الزوجية طابعا الكترونيا، وبالتالي سهل ارتكاب هذا الفعل من طرف الزوجين أو أحدهما، بحيث أصبحت الخيانة الزوجية الالكترونية تشكل آفة خطيرة تؤدي إلى هدم الاستقرار الأسري، مما ينتج عنه انحلال الرابطة الزوجية.

أولاً: مفهوم الخيانة الزوجية

1- في الفقه الاسلامي

الخيانة الزوجية هي كل علاقة تقوم بين أحد الزوجين وطرف ثالث بلغت حد الزنا أم لم تبلغ وهي علاقة محرمة تشكل كل الأفعال المقدمة وأي فعل يؤدي للحرام كالخلوة، المواعدة، أحاديث الهاتف المؤدية إلى المتعة وهدر الوقت.¹

الخيانة الزوجية في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية تتم بواقعة الزنا أي القيام بالعلاقة الجنسية الكاملة، وما يعتبر من مقدمات الخيانة الزوجية كل الأفعال التي تسبق العلاقة الجنسية أو تؤدي أو ينتج عنها لا محالة الوقوع في الزنا كالعلاقات العاطفية عبر الهاتف أو الانترنت تبادل الرسائل والصور والتسجيل الصوتي والفيديو ذات المحتوى الجنسي أو محادثات الشغف والحب.²

فالشريعة الإسلامية تعاقب على جريمة الزنا بغض النظر عما إذا كان الجاني متزوجاً أم غير متزوج، لكن يوجد تفرقة بينهما من حيث العقوبة المقررة لها، فإذا كان الفاعل أو الجاني متزوجاً تكون عقوبته الرجم حتى الموت، أما إذا كان الجاني غير متزوج وبالتالي غير محصن فالعقوبة هي الجلد (100 جلدة)، فالشريعة الإسلامية تعاقب على الواقعة في حد ذاتها.³

¹ عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1985، ص 06.

² نيكار أحمد محمد أغا، جرائم الخيانة الزوجية بين القانون والواقع، بحث مقدم ضمن متطلبات الترفيع، مجلس قضاء إقليم كردستان، العراق، 2017، ص 47.

³ كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص 247.

2- قانونا

المشرع الجزائري ومن خلال قانون العقوبات لم يجرم واقعة الزنا إلا في إطار الخيانة الزوجية، وذلك من خلال نص المادة 339 منه، إذ لم تعاقب على الفعل باعتباره رذيلة في حد ذاتها، بل أولت العقاب على الفعل الذي يحصل من متزوج باعتباره خيانة زوجية، وقيدت تحريك الدعوى العمومية بشكوى الزوج المتضرر، وأعطت له الحق وحده في تقديم الشكوى والتنازل عنها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.¹

ثانيا: أسباب الخيانة الزوجية

1- ضعف الوازع الديني

ظهر في العصر الحديث الغزو الثقافي الغربي أدى إلى التخلي عن القيم والمعايير التي يتحلى بها الزوجين في الدين الإسلامي كالوفاء والالتزام وأداء اركان الإسلام، فالتأثر بالثقافة الغربية يدفع لممارسة الرذيلة وارتكاب الفاحشة كالخيانة الزوجية.²

2- عدم التكافؤ

الفروق الاجتماعية بين الزوجين أو في المستوى التعليمي، يجعلهما مختلفين فكريا ويجعل أحدهما غير مستمتع فكريا بالطرف الآخر ومنه لا يمكن الاستمتاع زواجيا، وبالتالي تؤثر على العلاقة الزوجية بالسلب، كما أن الضغط على الفتيات من قبل الأهل بالزواج بمن لا ترغب ويكون قلبها معلقا بآخر فتبقى علاقتها به بعد الزواج.³

3- المشاكل الجنسية

إن للعامل الجنسي أهمية كبرى في أن يتم التوافق بين الطرفين، فإذا كان الزوج يعاني من اضطرابات جنسية كالعجز الجنسي وسرعة القذف وانعدام الشهوة الجنسية، فعدم قدرته

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 1، ط 10، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 130.

² خيرة مرسلاب، ظاهرة الخيانة الزوجية (دراسة ميدانية لحالات بالجزائر)، رسالة لنيل شهادة ماجستير في علم الاجتماع، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006، ص 215.

³ فاطمة الزهراء نسيبة، أمينة غولم، ظاهرة الخيانة الزوجية في المجتمع الجزائري، مجلة الآفاق لعلم الاجتماع، المجلد 5، ع1، 2015، ص 128.

على القيام بالواجبات الزوجية تجاه زوجته بإشباع رغبتها الجنسية، هذا قد يؤدي بها إلى إقامة علاقة جنسية مع غيره وخيانتته لتعويض النقص الموجود عند زوجها.¹

4- كثرة المشاكل: وجود النزاعات والتوترات اليومية والمتكررة يدفع لعدم السعادة في الحياة الزوجية، فضرب وإهانة الزوجة وعدم احترامها بسبب وبدونه من طرف الزوج قد يدفعها إلى الخيانة الزوجية بحثاً عن الاحترام والمحبة التي لم يمنحها لها زوجها.²

5- الوسائل المتوفرة في العصر الحديث للخيانة الزوجية منها الإنترنت والجوال وكل ما يتعلق بالتكنولوجيا الحديثة، وتلك المواقع التي يعيش بها الشيطان والتي تجرف مشاعر كل مستعد لذلك.³

6- الاختلاط بين الجنسين

الاختلاط في الدراسة والعمل وغيرها خاصة الاختلاط لفترة طويلة، فالمرأة التي تقضي وقت طويل مع رجل غير زوجها تكون في هذه الحالة قد أعطته فرصة للتلاعب بمشاعرها خاصة إن كان وازعها الديني ضعيف، فاختلاط الرجال بالنساء سبب لكثرة الفواحش وخاصة الزنا.⁴

فإنه سبحانه وتعالى قد أمر بغض البصر لاجتناب الفاحشة وحفظ الشرف والعرض، كما أن الرسول (ﷺ) قد نهى على اجتماع المرأة برجل أجنبي عنها لما في ذلك من خطر الوقوع في وسواس الشيطان وهذا ما جاء في قوله (ﷺ): «ألا لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له؛ فإن ثالثهما الشيطان، إلا محرم؛ فإن الشيطان مع الواحد، وهو من الاثنين أبعد، من ساعته سيئته، وسرته حسنته فهو مؤمن».⁵

¹ - زكرياء إبراهيم، الزواج والاستقرار النفسي، مكتبة مصر، القاهرة، 1978، ص 54.

² - فاطمة الزهراء نسيبة، أمينة غولم، ظاهرة الخيانة الزوجية في المجتمع الجزائري، المرجع السابق، ص 128.

³ - أمل المخزومي، الخيانة الزوجية: أسبابها، آثارها، ظروفها، وضحاياها، موقع المنهل الكتروني، 2017، ص 275.

⁴ - أمل المخزومي، الخيانة الزوجية: أسبابها، آثارها، ظروفها، وضحاياها، المرجع السابق، ص 275.

⁵ - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حديث رقم 15696، مؤسسة الرسالة، 2001، 462/24.

ثالثا: أركان جريمة الخيانة الزوجية

طبقا لنص المادة 339 من ق.ع تتكون هذه الجريمة من ثلاث أركان:

1- الركن المادي: وهو حصول الوطء غير المشروع

ويتمثل فعل الخيانة الزوجية في حدوث اتصال جنسي رضائي صحيح بين الذكر والأنثى، ويعني إيلاج العضو التناسلي الذكري في المكان المعد له طبيعيا في جسم امرأة متزوجة، ولا عبرى بعد ذلك فيما إذا كان الرجل أو المرأة قد نالا شهوتهما من الجماع المحرم، أم لا، كما أن الاعتياد لقيام هذه الجريمة غير مطلوب، بل يكفي لذلك عملية الوطء مرة واحدة، فإذا لم يحدث الإيلاج فلا مجال للحديث عن الخيانة الزوجية، لأن هذه الأخيرة لا تقوم بأفعال التحرش أو الأفعال التي هي دون الإيلاج من أفعال الفاحشة الأخرى.¹

وعليه تتحقق جريمة الخيانة الزوجية متى كان الاتصال الجنسي صحيحا بين أحد الزوجين وطرف آخر ورضاها وإلا عد اغتصاب.

2- الركن المفترض: قيام الرابطة الزوجية

يشترط وقوع الوطء المحرم أثناء قيام الرابطة الزوجية، التي تلزم كل زوج بالإخلاص للطرف الآخر من اللحظة التي تم فيها إبرام عقد الزواج، سواء في حضورهما أو في غيبتهما.²

فالمشرع الجزائري لا يعاقب على الوطء الذي يقع قبل الزواج حتى ولو حملت بسببه المرأة التي تخون خطيبها في مرحلة الخطوبة لا تعاقب إذا فعلت ذلك قبل إبرام عقد الزواج، لأن العلاقة الزوجية لا تتوفر قانونا إلا إذا تم إبرام العقد صحيحا، وفي الزواج العرفي متى أمكن إثباته.³

كما أن جريمة الخيانة الزوجية تقوم إذا وقعت من المرأة المتزوجة في فترة العدة من طلاق رجعي، لأن هذا الطلاق لا يزيل العصمة الزوجية، بل يبقى الزواج قائما ما دامت

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131.

2- كامل السعيد، المرجع السابق، ص 240.

3- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 311-312.

المرأة في عدتها، لأن الزوج يملك حق مراجعتها وردها إلى عصمته دون عقد ومهر جديدين، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري حيث قضت المحكمة العليا بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد زواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها وبين زوجها الأول نهائياً.¹

ويتضح مما سبق أن جريمة الخيانة الزوجية تقوم حال قيام الرابطة الزوجية، ولا تقوم إذا وقع الوطء المحرم قبل إبرام عقد الزواج، حتى ولو حصل اثناء الخطبة، أو حصل بعد الطلاق وانقضاء فترة العدة، وهذا خلاف الشريعة الإسلامية التي يرى فقهاؤها بأن الزواج لا يلزم بقاؤه قائماً ومستمر لأجل إثبات صفة الإحصان لحين ارتكاب جريمة الزنا، لأن صفة الإحصان دائمة وتبقى أبدية لمن سبق له الزواج، فيحد بالرجم حتى الموت.²

يكون التبليغ عن جريمة الخيانة الزوجية من طرف الزوج المضرور، حال قيام الرابطة الزوجية، وإن سحب هذه الشكوك يضع حداً للمتابعة ضد الفاعل وشريكه طبقاً لنص المادة 339 من ق.ع.

3- الركن المعنوي: القصد الجنائي

إن جريمة الخيانة الزوجية من الجرائم العمدية، لا تقوم إلا بوجود القصد الجنائي، ويعني اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المحرم والمعاقب عليه شرعاً وقانوناً، والقصد المطلوب في جريمة الخيانة الزوجية هو ارتكاب الوطء المحرم عن علم وإرادة، فلا عقاب على الزوجة التي وطئت عن إكراه أو غلط أو في حالة سكر إجباري أو اضطراري، أو في حالة جنون.

¹ المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، بتاريخ 2003/01/08، ملف رقم 249349، المجلة القضائية، ع 02، 2003، ص 354.

² منصور المبروك، الخيانة الزوجية في القانون الجنائي المغربي، دراسة مقارنة تحليلية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 10، جانفي 2014، ص 165.

إذن يتوفر القصد الجنائي لدى الفاعل الأصلي متى ارتكب الفعل عن إرادة وعن علم أنه متزوج وأنه يواقع شخصا غير زوجه، أما بالنسبة للشريك فيشترط فيه العلم بأن خليلته متزوجة، فإن كان يجهل الرابطة الزوجية وقت إتيان الفعل فإن القصد الجنائي يكون منتفيا.¹

رابعاً: الإجراءات الخاصة بمتابعة جريمة الخيانة الزوجية

تخضع المتابعة لقيدين هما: إثبات الجريمة وشكوى الزوج المضرور.²

1- إثبات الجريمة

لا يجوز إثبات الجريمة إلا بإحدى الوسائل الثلاث التي وردت على سبيل الحصر في

المادة 341 من ق.ع.ج وهي:

- محضر إثبات التلبس بالجنحة يحرره ضابط الشرطة القضائية طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 15 من ق.إ.ج.
- إقرار صريح وارد في رسائل أو سندات صادرة من المتهم.
- الإقرار القضائي ويقصد به الاعتراف أمام القضاء.

خامساً: الخيانة الزوجية الإلكترونية

وهي التي تكون باستخدام التكنولوجيا الإلكترونية لخيانة الطرف الآخر، فهي مفهوم جديد للخيانة الزوجية غير التقليدية، كل ما في الأمر أنها تكون بواسطة التكنولوجيا التي اقتحمت الحياة الزوجية في عصر العولمة وتحطيم الخصوصية، ولكن هذا لا يمنع أنه في بعض الحالات إن لم نقل أغلبها تتحول إلى خيانة واقعية، وهذا ما يؤكد خطورة هذه الظاهرة على تفكك وانهيار الأسرة ككل.

¹ عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا في ضوء القضاء والفقهاء، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 34.

² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 193.

1- مفهوم الخيانة الزوجية الالكترونية

هي الزنا الالكتروني التي يكون بين شخصين متزوجين أو بين شخص متزوج وآخر غير متزوج، ويتمثل في التراسل الالكتروني بين الجنسين المكلفين وما يتبعه من ممارسات منحرفة وشاذة محرمة.¹

وقد استند العلماء على حديث رسول الله (ﷺ): «أن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا، مدرك ذلك لا محالة، العينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليد زناها البطش، والرجل زناها الخطأ، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه».²

2- موقف المشرع والقانون من الخيانة الالكترونية

أ- الفقه الإسلامي

يرى الدكتور محمد الشحات الجندي أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة الأزهر أن الإنترنت كأى وسيلة أخرى قد تستخدم في الخير والطاعة، أو في المعصية والضلال، والإسلام يرفض تكوين مثل هذه الصداقات عبر تلك الوسائل لأنها تؤدي إلى الوقوع في المحظورات، وتهدم البيوت وتنتهك الأعراض، والحرمان كما أن الإنترنت تتعدم فيه الرقابة على المحادثات التي تتم عبر الشبكة، والتي لها حكم خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية عنه، وقد نهى الإسلام عن ذلك تحصيناً لها من الشيطان، كما أن التواصل يكون بالصوت والصورة يتضمن النظر، وقد اعتبر النبي (ﷺ) النظرات من أحد الجنسين إلى الآخر زنا.³

ب- القانون: المشرع الجزائري لم يجرم الخيانة الزوجية الالكترونية فلا نجد نص يجرم هذا الفعل، وبذلك لا يمكن للقاضي إذا عرضت عليه قضية فيها خيانة زوجية إلكترونية أن

¹ - دلالة وردة، موقف المشرع الجزائري من الخيانة الزوجية الالكترونية وأثرها على انحلال الرابطة الزوجية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 08، ع 03، 2021، ص 506-507.

² - مسلم، صحيح مسلم، كتاب القدر، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره، حديث رقم 2657، المرجع السابق، 2047/4.

³ - علي أحمد أبو عودة، الخيانة الزوجية الالكترونية: مفهومها، دوافعها، أحكامها، سبل علاجها، مقال منشور في الجريدة الإلكترونية دنيا الوطن، بتاريخ 2016/02/16.

يخالف مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فهي لم تجرم حتى ضمن الجرائم الالكترونية التي يمكن أن تقع على الأشخاص، وبالتالي هناك فراغ قانوني يخص الزنا الالكتروني.¹

3- انحلال الرابطة الزوجية بسبب الخيانة الالكترونية

لقد برز في عصرنا الحديث نوع جديد من الإدمان وهو الإدمان على مواقع ووسائل التواصل الاجتماعي، واستخدام التطبيقات الالكترونية المتنوعة، وهذا ما يسهل الاتصال بأشخاص من الجنسين من مختلف أرجاء المعمورة في أي وقت وأي مكان، الأمر الذي أوقع الكثير من الزوجات والأزواج في شكل جديد وعصري من الخيانة الزوجية والتي تعرف بالخيانة الالكترونية.

وبسبب هذه الخيانة والتي يصعب على الزوج الذي تعرض لها إثباتها، وحتى في حالة إثباته لها لا يوجد نص كما قلنا سابقا يجرمها، ومن ثم لا يجد الزوج المخدوع من وسيلة أمامه سوى طلب فك الرابطة الزوجية، فيلجأ الزوج إلى الطلاق، والزوجة إلى طلب التطليق أو طلب الخلع.²

¹ - دلال وردة، المرجع السابق، ص 508.

² - دلال وردة، المرجع نفسه، ص 510.

الفصل الثاني

التفريق القضائي

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية عقد الزواج واستمراره، بسياج من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه، وإثمار أهدافه، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة، وأوصت الرجال بالنساء خيراً، وأمرت الزوجة بأن تحفظ زوجها في عرضه وماله وأولاده، كما نهت الزوجين عن كل ما يسيء إلى العشرة الزوجية، أو يؤدي إلى تفككها.

كما أن الشريعة الإسلامية لم تغفل ما قد يطرأ على الحياة، من الحوادث التي يستحيل معها بقاء ودوام الحياة الزوجية، دون إلحاق ضرر بأحد الزوجين، لذا أجازت التفريق القضائي بينهما لأسباب عدة، لأن التفريق القضائي بين الزوجين يعتبر رادعا لكليهما من الاعتداء على الحقوق الزوجية للآخر أو خداعه، وجعل التفريق بيد القضاء يؤدي إلى الاحتياط وعدم التسرع بالتفريق، ويبرز ذلك من خلال الإجراءات الاحتياطية التي تسبق الحكم بالتفريق، كما يعتبر التفريق القضائي بين الزوجين الحل الأخير لرفع الضرر الواقع على الزوجين، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري.

ومنه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، خصص المبحث الأول إلى التفريق القضائي بطلب من الزوجة والمبحث الثاني إلى التفريق بين الزوجين بحكم الشرع.

المبحث الأول: التفريق القضائي بطلب من الزوجة

كما أعطت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري الحق في فك الرابطة الزوجية، جعلاً من التطلاق أو التفريق القضائي حق للمرأة متى وقع عليها الضرر من الأضرار المحددة فقها وقانوناً، فوفق الشريعة الإسلامية تتمتع الزوجة في الإسلام بحق طلب فك الرابطة الزوجية من القاضي، إذا تضررت من زوجها ضرراً بالغاً لا تستطيع الحياة في ظلّه أن تستمر، وإذا أثبتت ذلك أمام القاضي حكم بتطليقها، وقد حدد الفقهاء الأسباب التي إذا توافر أحد منها وجب للزوجة الطلب من القاضي تطليقها من زوجها ونفس الشيء ذهب إليه المشرع الجزائري، إذ نص في المادة 53 من ق.أ على الأسباب الموجبة للزوجة بطلب التطلاق.

ومنه سأنطرق إلى الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية في المطلب الأول، وأسباب التطلاق لمخالفة الزوج القانون في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية

يهدف الزواج إلى خلق تجانس بين الزوجين أساسه المحبة والمودة والتعاون بين الزوجين من أجل تكوين أسرة مستقرة، وهذا باحترام كل واحد من الزوجين لواجباته تجاه الآخر، فمن واجب الزوج دفع المهر لزوجته والإنفاق عليها، ويحسن معاشرتها بتوفير كل متطلباتها الأدبية والمالية، فكل تقصير من جانبه سبب جدي وشرعي ويسبب لزوجته ضرر، يعطي لها الحق في طلب التطلاق من القاضي وللتنصّل في هذا الموضوع سأعالج في الفرع الأول التطلاق لعدم الإنفاق ولغياب الزوج وفي الفرع الثاني التطلاق بسبب العيوب وبسبب الشقاق المستمر.

الفرع الأول: التطلاق لعدم الإنفاق ولغياب الزوج

سوف أتناول من خلال هذا الفرع التطلاق لعدم الإنفاق في البند الأول والتطلاق لغياب الزوج في البند الثاني.

البند الأول: التطلاق لعدم الإنفاق

لقد أوجب الشارع الحكيم النفقة على الزوج لزوجته، لأن الزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح تصبح مقصورة على زوجها، ومحبوسة لحقه، لاستدامة الاستمتاع بها، ويجب عليها طاعته وتديبر منزله، وحضانة الأولاد وتربيتهم، وعليه نظير ذلك كفايتها والإنفاق عليها، مادامت الزوجية قائمة بينهما ولم يوجد نشوز أو سبب يمنع من النفقة، والنفقة الزوجية هي توفير كل ما تحتاجه الزوجة من طعام، مسكن، خدمة، ودواء وإن كانت غنية، بمعنى كل ما يقدمه الزوج لزوجته في شكل حاجيات لإشباع حاجتها المادية والمعنوية،¹ وقد كرس ذلك المشرع الجزائري من خلال نص المواد 74، 78، 79 و80 من ق.أ، ولوجوب النفقة الزوجية على الزوج لابد من توفر شروط نوجزها كآآتي:

- أن يكون عقد الزواج صحيحاً.

- أن تسلّم نفسها لزوجها.

¹ - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 142.

- أن تمكنه من الاستمتاع بها.

- ألا تمتنع من الانتقال حيث يريد الزوج.

- أن يكون من أهل الاستمتاع.

أما إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه أو أن يعجز عن ذلك، فهنا هل يحق للزوجة التي تضررت من جراء هذه الممارسة طلب الحكم بالنفقة؟ أو استعمال حقها في فك الرابطة الزوجية بطلب التطليق لعدم الإنفاق؟

وهذا ما سوف أتطرق إليه بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: الجانب الفقهي

أجمع الفقهاء على أنه إن كان للزوج مال ظاهر عنده أو عند شخص آخر وأثبتت الزوجة ذلك، باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلمه للزوجة لتتفق على نفسها، أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان موسراً أنذره القاضي وغرره إن أصر على عدم الإنفاق.¹

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة جواز التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته إلى رأيين بارزين:

1- الرأي القائل بعدم جواز التفريق للإنفاق

وهو رأي فقهاء الحنفية،² وساندهم في ذلك الظاهرية، ويرون أنه ليس للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها إذا ما أصر بنفقتها، ويلزمها الصبر عليه حتى يوسر،³ ومن حقها الاستدانة عليه، وإن لم تجد خرجت للعمل، وأما إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسها بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق.

¹ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، المرجع السابق، ص 438-439.

² السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 190/5.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 21/4.

يرى الظاهرية أنه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنية كلفت هي بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أصبح موسراً، إلا أن يكون عبداً فنفقته على سيده لا على امرأته.¹

أ. أدلة الحنفية

وقد استدلو الحنفية لرأيهم بأدلة من القرآن والسنة النبوية ومن المعقول.

1. من القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ

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

ويفيد تفسير هذه الآية حسبهم، أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بها، بما أن الزوج المعسر لا يكلف بها فإنه لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عنها، فمن غير المنطقي حسبهم معاقبة شخص على شيء لم يكلف به، واستدلوا بهذا الحكم من أحد التفاسير لهذه الآية.³

وقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾،⁴ فالزوجة وفقاً لهذه الآية

مطالبة بانتظار زوجها المعسر إلى أن يصبح موسراً.

2. السنة النبوية

عن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر يستأذن رسول الله (ﷺ) فوجد الناس جلوساً ببابه، لم يأذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر، فدخل ثم أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد النبي (ﷺ) جالسا حوله نساؤه، واجما ساكتا، قال: فقال: لأقولن شيئاً أضحك النبي (ﷺ)، فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها، فوجأت عنقها، فضحك رسول الله (ﷺ) وقال: «هن حولي كما ترى يسألنني النفقة»، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس

¹ ابن الحزم، المحلى، المرجع السابق، 254/9.

² سورة الطلاق، الآية 07.

³ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 3 / 168.

⁴ سورة البقرة، جزء من الآية 280.

عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين، ثم نزلت عليه هذه الآية ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ حَتَّىٰ بَلَغَ لِّلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾، قال: فبدأ بعائشة، فقال: «يا عائشة، إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشير أبيك»، قالت: وما هو يا رسول الله؟ فتلا عليها الآية، قالت: أفيك أستشير أبي؟ بل أختار الله ورسوله، والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: «لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، إن الله لم يبعثني مغتاً، ولا متعتاً، ولكن بعثني معلماً ميسراً».¹

ووجه الاستدلال من الحديث حسبهم، هو أن تعنيف أبو بكر وعمر لابنتيهما، لمطالبتهما بالنفقة التي ليست عنده، دليل على عدم جواز التفريق بمجرد الإعسار، خاصة وأن ما حدث كان أمام رسول الله (ﷺ)، دون أن يمنع ذلك.

كما استدلت أصحاب هذا الرأي بأن النبي (ﷺ) لم يثبت أنه فرق بين زوجين بسبب عدم الإنفاق رغم انتشار الفقر والحاجة بين الصحابة.²

2- الرأي القائل بجواز التفريق لعدم الإنفاق

وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة،⁵ حيث قالوا بجواز القاضي التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق إذا طلبته الزوجة مع اختلافهم في بعض التفاصيل، وهم يرون إجمالاً أن الإمساك بالمعروف هو إمساك الزوج زوجته مع تأديته لكامل حقوقها دون تضيق أو تشديد عليها، أما إذا كان إمساكها بدون الإنفاق عليها إضراراً بها، وهذا يخرج عن دائرة الإمساك بالمعروف، فيطلق عليه القاضي بسبب الضرر اللاحق بها.

¹ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخبير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، حديث رقم 1478، المرجع السابق، 1104/2.

² - ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، 391/4.

³ - الخرشي، على مختصر خليل، المرجع السابق، 496/4.

⁴ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 91/5؛ الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 455/11.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 204/8.

أ- أدلة القائلين بجواز التفريق لعدم الإنفاق

استدلوا على رأيهم بما يلي:

1. القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا

لَتَعْتَدُوا﴾¹، وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾².

فوجه الاستدلال في هاتين الآيتين أنه إذا عجز عن إمساك بمعروف وجب عليه التسريح بإحسان، ولأن المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر، وزوجة المعسر مستضرة فلم يكن له إمساكها.³

كم أن الإمساك هنا به مضرة، بسبب عدم الإنفاق، أو تعنته فيه من باب الاعتداء، ومن هنا أوجب على الزوج أن يطلق زوجته رفعا للضرر عنها، وينوب القاضي عنه في الطلاق إذا طلبت الزوجة ذلك لعدم الإنفاق عليها إما لعجزه أو لامتناعه مع يسره.⁴

2. السنة النبوية

استدل جمهور الفقهاء على أحاديث أبرزها

- ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي (ﷺ) أنه قال: «أفضل الصدقة ما ترك

غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول تقول المرأة إما أن تطعمني وإما

أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني».⁵

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 231.

² - سورة البقرة، جزء من الآية 229.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 455/11.

⁴ - إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية: (دراسة تأصيلية من فقه القرآن الكريم والسنة النبوية والآراء الفقهية المعتمدة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 159.

⁵ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، حديث رقم 5355، المرجع السابق،

- وعن عاصم ابن بهدلة، عن أبي صالح، عن أبي هريرة أن النبي (ﷺ) قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على امرأته: «يفرق بينهما».¹

وفي رواية أخرى عن سعيد بن المسيب سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على أهله، فقال: يفرق بينهما، فقيل له: سنة؟ فقال: نعم سنة، قال الشافعي رحمه الله تعالى ويشبه أنه سنة النبي (ﷺ) ولأنها إذا فسخت بالجب والعنة فبالعجز عن النفقة أولى.²

ومن الإجماع: أنه قول عمر وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم وكتب به عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن ينفقوا أو يطلقوا وليس لهم مع انتشار قولهم في الصحابة مخالف فثبت أنه إجماع لا يسوغ خلافه.³

3- أحكام التفريق لعدم الإنفاق

تتمثل أساسا في ثبوت الإعسار ومقدار النفقة الموجبة للتفريق

أ- ثبوت الإعسار

ينبغي على القاضي قبل الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق أن يتأكد من إعسار الزوج إذا كان عدم إنفاقه يرجع إلى إعساره، يرى المالكية أنه لا بد للقاضي أن يتحقق من شرطين أساسيين قبل أن يحكم التفريق وهما:⁴

- إثبات العلاقة الزوجية من طرف الزوجة.

- ادعاء بالإعسار من طرف الزوج أمام القاضي، وهنا نكون أمام حالتين:

- الحالة الأولى: إذا صدقت ادعائه بالإعسار حكم بإعساره وأمهل مدة معقولة تمكنه من محاولة تحصيل رزقه مع مراعاة حالة الزوجة ومدى صبرها، وإن انتهت المدة دون توفير النفقة، أمر القاضي بالطلاق والإطلاق عليه.

¹- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد ما نفقة امرأته، حديث رقم 15709، المرجع السابق، 773/7.

²- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد ما نفقة امرأته، حديث رقم 15708، المرجع السابق، 773/7.

³- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 455/11.

⁴- الخرخشي، على مختصر خليل، المرجع السابق، 197/4.

- الحالة الثانية: إذا أنكرت الزوجة ادعائه وادعت يسره، يطلب منه البينة واليمين، فإذا لم يقدم البينة أمر القاضي بالإفناق أو الطلاق دون إمهاله، فإن لم ينفق ولم يطلق طلق عليه القاضي.

ويرى الشافعية أن إفسار الزوج بنفقة المוסر وهي مدان وقدرته على نفقة المعسر وهي مد فلا يوجب للزوجة خيارا وإن كانت من ذوي الأقدار، وهذا مجمع عليه، وأما إفساره بنفقة المعسر وهي مد حتى عجز عنه ولم يقدر عليه فقد ذهب الشافعي إلى أن لها الخيار بين مقامها معه على إفساره لتكون النفقة ديناً لها عليه ترجع بها إذا أيسر، وبين فسح نكاحه عند الحاكم، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة رضوان الله عليهم، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح.¹

ب- مقدار النفقة الموجبة للتفريق

لقد أوجب المشرع نفقة الزوجة على زوجها، ولكن في حدود التقييد بكلام المولى عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾، فإن عدم تحقق النفقة بكل أنواعها بسبب إفسار الزوج لا يؤدي بالضرورة إلى التفريق وإنما هناك حد أدنى ينبغي أن يتوفر، وبدونه يحكم القاضي بالتطبيق إذا طلبت الزوجة ذلك.

أجمع جمهور الفقهاء من المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ على أن الإفسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في أدنى حالاتها، والتي تتمثل حسبهم في إحضار الخبز من أي نوع من الدقيق والكسوة التي تستر العورة وتقي من برد الشتاء وحر الصيف ومنه يستخلص أن جمهور الفقهاء قد أجازوا التفريق للإفسار في صورته الضيقة جداً، بحيث لا يفرق بينهما إلا إذا عجز عن توفير الحد الأدنى الضروري للحياة.

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 455/11-456.

² - أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 615/3-616.

³ - الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، الشؤون الدينية، قطر، د.ت.ن، 590/3.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 204/8.

ج- عدم علم الزوجة بالإعسار أثناء عقد الزواج

ذهب المالكية إلى أن المرأة إذا علمت وقت العقد بإعسار الزوج وسكتت عن ذلك أو

رضيت به، فإنها تفقد حقها في طلب التفريق لهذا العذر.¹

أما الشافعية² والحنابلة³ فقد خالفوا رأي المالكية، فهم يرون أن حق الخيار ثابت

مطلق، سواء علمت بإعساره حال العقد وسكتت، أو رضيت العيش معه بعد ذلك زمنا ثم

ظهر لها أن تطلب التفريق، فحق التفريق للإعسار لا يسقط.

كما روى ابن قدامة رواية أخرى عن مذهب الحنابلة تبطل حق الزوجة في الخيار،

لأنها إذا رضيت بعسره ودخلت في العقد عالمة به كما لو تزوجت عينا عالمة بعنته، ففي

الحالتين لا تملك حق طلب التفريق.⁴

وذهب ابن القيم إلى ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة، أن الرجل

إذا غر المرأة وأوهمها أنه ذو مال، وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما ادعى، أو

كان موسرا ولم ينفق عليها، ولم تقدر على تحصيل كفايتها منه، لا بنفسها ولا عن طريق

القضاء، كان لها طلب التفريق، أما إذا تزوجت وهي عالمة بإعساره، أو كان موسرا ثم

أصبح معسرا فلا يحق لها ذلك.⁵

د- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق

اختلف الفقهاء في نوع التفريق الواقع لعدم الإنفاق، حيث يرى المالكية⁶ أنه طلاق

رجعي، لكن لا تطبق عليه القواعد العامة للطلاق الرجعي، لأن الزوج الذي يريد الرجعة مقيد

بضرورة زوال السبب الذي أوجب القاضي على التفريق، وذلك بأن يثبت قدرته على الإنفاق

1- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، 497/2.

2- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 445/3.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 196/8.

4- ابن قدامة، المرجع نفسه، 197-196/8.

5- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، 156/4.

6- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 519/2.

وإثبات يسره، بعد عجزه عنه إذا كان السبب الإعسار، أو أن يبدي حسن نيته واستعداده للإئناق إذا كان سبب التفريق امتناعه العمدي عنه.

كما يشترط في اليسر ألا يكون بقدر الضرورة التي لا يحكم القاضي بالتفريق إلا بعدم توفرها، وإنما اليسر الذي ينبغي يوفر النفقة التي تجب لمثلها على مثله، وإن أيسر بقدر أقل من ذلك فلا رجعة له.¹

ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الواقعة لعدم الإئناق فسخ وليست طلاق، فالشافعي يرى أن التفريق لعدم الإئناق اختارته الزوجة، فهو ليس طلاق لأن الزوج لم يوقعه ولم يفوضها أحد لإيقاعه.²

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، بحيث يرون إن فرق بينهما الحاكم أو القاضي هو فسخ لا رجعة له فيه، والفسخ لإعسار يتوقف على السلطة التقديرية للقاضي لأنه مختلف فيه، وبالتالي لا يحسب من عدد الطلقات، ولكنه لا يستطيع أن يراجع زوجته حتى وإن زالت حالة الإعسار إلا بعقد جديد.³

الراجح هو رأي المالكية باعتبار التفريق لعدم الإئناق طلاق رجعي، خاصة وأنه أعطى للزوج فرصة إرجاع مطلقته إذا زال سبب التفريق وهو توفير النفقة الكافية والضرورية لمثيلاتها على مثله.

ثانياً: التفريق لعدم الإئناق في التشريع الجزائري

نصت المادة 53 ف1 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب التالية:

1- عدم الإئناق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

1- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 172-173.

2- الشافعي، الأم، المرجع السابق، 91/5.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 577/7.

لقد أعطت هذه الفقرة الحق للزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق، لكن هذا الحق لا يثبت قانوناً ولا تقبل به الدعوى قضاءً إلا بتوفر جملة من الشروط.

فمن خلال نص المادة 53 ف1 من ق.أ، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارات وجيزة وملخصة أجمل من خلالها شروط قبول طلب التطليق لعدم الإنفاق وهي:

1. امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته عمداً وقصداً

ومفاده أن تكون الزوجة قد رفعت دعوى تطالب فيها بالنفقة وصدر حكم من المحكمة يأمر الزوج بذلك، فالقاضي يحكم لها بالنفقة ويعيدها لبيت الزوجية، فإن ثبت امتناع الزوج عمداً عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم فإن رفعت الزوجة دعوى التتطليق فإن القاضي يحكم لها.¹

2. صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها

فالمشرع الجزائري نص صراحة على هذا الشرط، فالزوجة لا يجوز لها طلب التتطليق لعدم الإنفاق إلا بعد صدور حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة وبكل مشتملاتها المذكورة في المادة 78 من ق.أ، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وبعد رفض الزوج تنفيذ حكم النفقة يمكن للزوجة طلب التتطليق إذا توفر شرط عدم علمها بإعسار الزوج وقت الزواج،² لكن ما هي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذها؟

يرى البعض أن المدة التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب بعدها التتطليق هي شهرين قياساً على المدة التي وردت في المادة 331 من ق.ع والتي تعاقب من امتنع عمداً عن النفقة لمدة تتجاوز شهرين، وتبقى هذه المدة استنتاجاً من المادة المذكورة حيث أن المشرع لم يتطرق إليه في مواد التتطليق في ق.أ.³

¹ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 272.

² - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 32.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 278؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 258.

وما أكد هذه المدة هو قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 في الملف رقم 34791 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر فقهاً وقضائياً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرراً لطلبها التطلاق عن زوجها ... وإذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائياً من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي... فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطلاق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي...".¹

أما تطبيق القواعد العامة للتنفيذ، فبعد إصدار الحكم بالنفقة فإنه على الزوجة تبليغه للزوج على يد محضر قضائي لتنفيذه في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوم، إذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدة يحزر المحضر القضائي محضراً بامتناع الزوج عن تنفيذ النفقة وهذا طبقاً لنص المادة 612 من ق.إ.م،² وبإمكان الزوجة بعدها اعتمادها لطلب التطلاق إذا أرادت ذلك، وهذه المدة قد تطول إذا استعمل الزوج حقه في الاستئناف.³

3. ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج

لقد أخذ المشرع الجزائري بفقهاء المالكية في هذا الشرط وهو عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت الزواج لإعطائها حق طلب التطلاق على هذا الأساس لأنه كان معسراً وتعلم به، فإنه لم يقع من الزوج ظلم لأن الله لا يكلف نفساً إلا ما آتاها، وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع للقواعد العامة للإثبات، وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما.⁴

فالإعسار هو حالة طارئة وتبعاً لذلك يقع عبء الإثبات على الزوجة التي عليها أن تثبت أن زوجها أصبح معسراً، وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسراً، وكانت

¹ بلحاج العربي، قانون الأسرة: مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 83.

² القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص 48.

⁴ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 32.

الزوجة عالمة بإعساره، والإعسار واقعة مادية يجوز إثباته بكافة وسائل الإثبات، بما فيه البينة والقرائن.¹

ويرى الباحث أن إدراج المشرع الجزائري لهذا الشرط من خلال عبارة "ما لم تكن الزوجة عالمة بإعساره" دليل على أنه لو كان معسرا ولم تكن الزوجة عالمة بذلك لأمكنها طلب التفريق لعدم الإنفاق.

وعليه متى توافرت هاته الشروط مجتمعة وتقدمت الزوجة إلى القاضي لطلب التطليق، حكم لها بذلك.

البند الثاني: التفريق بسبب الغيبة

يقصد بالغيبة، غياب الزوج وابتعاده عن مقر الزوجية، وقد يكون معلوم مكان تواجده، وبالتالي يمكن الاتصال به، أو يكون مجهول الوجهة وأخباره انقطعت، فلا يعلم موته من حياته، وبالتالي يأخذ حكم المفقود، مما يسبب ضرر للزوجة بفقدان عنصر المساكنة، ويجعل الحياة الزوجية مستعصية ويعطي للزوجة الحق في طلب التطليق، وقد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لجواز طلب التطليق لغياب الزوج عنها، في حين أجاز المشرع الجزائري لها الحق في طلب التطليق بموجب المادة 53 ف5 من ق.أ.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التفريق بسبب الغياب

لقد أقر الفقه الإسلامي وجوب المساكنة بين الزوجين، والتي تعتبر من بين الحقوق المتبادلة بين الزوجين داخل بيت الزوجية، إلا أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة زمنية تتضرر بها وتخشى على نفسها الفتنة فقد اختلف الفقهاء في موضوع طلب التفريق للغيبة، فمنهم من منعه تماماً؛ ومنهم من أجازته وإن اختلفوا في بعض التفاصيل والجزئيات.

1- الرأي المجيز للتطليق

ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز طلب الزوجة التفريق بسبب غياب الزوج عنها، إذا طال الغياب وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنقف منه أثناء غيابه، لأن

¹ - عمر زودة، المرجع السابق، ص 48.

زوجة تتضرر من الغيبة ضرراً بالغاً،¹ لأنه من الصعب عليها المحافظة على عقدها وهي بعيدة عن زوجها لمدة طويلة، وهذا الأمر لا تتحمله الطبيعة البشرية في الغالب الأعم، وبالتالي وجب رفع الضرر عنها لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وذلك بنقلها إلى بلد إقامته أو التفريق بينهما إذا رفض الحضور إليها.²

ورغم اتفاقهم على مبدأ التفريق للغيبة، إلا أنهم اختلفوا في شروطه وفي المدة التي يخول فيها للزوجة رفع أمرها للقاضي من أجل طلب التطلاق.

أ- شروط التفريق للغيبة عند المالكية

- أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع في الحرام لغياب الزوج عنها ويجب أن تؤكد ذلك بنفسها.³

- إن علم مكان الزوج وإمكانية الوصول إليه، يكتب له، إما أن يحضر أو ترحل زوجته إليه أو يطلق، فإن امتنع أمهله القاضي بالاجتهاد حسب الطاقة في المدة التي لا تتضرر منها المرأة، ثم حكم بالطلاق إذا رغبت المرأة في ذلك، أما إذا كان الزوج في مكان مجهول، ولا تصله المكاتبات، يطلق عليه القاضي دون إمهال.⁴

- غياب الزوج لمدة تتضرر فيها الزوجة عادة، لأن التفريق يكون للضرر الواقع لا للضرر المتوقع وأدناها سنة في الراجح عند المالكية، لأن هناك من يطيلها إلى ثلاث سنوات.⁵

- كل هذه الشروط يجب أن تتوافر إن ترك لها نفقة طيلة مدة الغياب، وإلا طلق عليه القاضي حالاً لعدم الإنفاق.

فالمالكية أجازوا التفريق للغيبة مطلقاً، ولم يفرقوا بين الغيبة لعذر كطلب العلم أو العمل أو بدون عذر.¹

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 431/2؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 143/7.

² - عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية، المرجع السابق، ص 63.

³ - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص 237.

⁴ - الغرياني، المرجع نفسه، ص 237.

⁵ - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 367.

أما عن نوع التفريق الواقع للغيبية، فيرى المالكية أنه طلاق بائن، لأن كل فرقة يوقعها القاضي حسبهم تكون طلاق بائن إلا التفريق بسبب الإيلاء أو لعدم الإنفاق.²

ب- شروط التفريق للغيبية عند الحنابلة

- يرى الحنابلة أن الغيبة الموجبة لطلب التفريق أن تكون دون عذر، فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بسببها، ولم يحددوا الأعذار على سبيل الحصر وإنما للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.³

- حدد الحنابلة الحد الأدنى للغيبية بستة أشهر فأكثر استناداً بما قرره عمر بن الخطاب رضي الله عنه من التوقيت الذي حدده للجند في المغازي، بعد سؤاله ابنته حفصة عن المدة التي يمكن للزوجة أن تصبر فيها على غياب زوجها.⁴

- وتكون الفرقة بسبب الغيبة فسخاً، لأن حسبهم الفرقة من جهة الزوجة تكون فسخاً، ولا تكون إلا بحكم القاضي، ولا يجوز له التفريق إلا بطلب من المرأة لأنه لحقها ضرر.⁵

2- الرأي المعارض للتفريق بسبب الغيبة

يمثل هذا الرأي الحنفية⁶ والشافعية⁷ والظاهرية⁸ حيث يرون أنه لا يجوز التفريق بسبب غيبة الزوج حتى وإن طالت المدة لانعدام وعدم وجود الأساس أو الدليل الشرعي لهذا التفريق، وأن الأصل هو بقاء الحياة الزوجية قائمة حتى يقوم الدليل على جواز التفريق مهما كان نوع الغيبة.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 533/7.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، 533/7.

3- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 294.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 533/7.

5- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، 534/7.

6- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 160/3.

7- الشافعي، الأم، المرجع السابق، 239/5.

8- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 142/10.

وقد نقل عن الشافعي قوله (لا فسخ مادام الزوج موسرا وإن انقطع خبره)، فمادام الزوج موسرا غير معسر مهما كانت غيبته.¹

وكذلك يرى الحنفية أن القضاء على الغائب لا يجوز، بل تحدث في باب المفقود وأحكامه، ولم يجيزوا لزوجته طلب التطليق، وكذلك لا يجيزونه لزوجة الغائب، لأنهم لا يجعلون الطلاق في يد القاضي إلا في بعض عيوب الزوج.²

وهذا ما ذهب إليه الظاهرية، حيث يرى ابن حزم أنه لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا إيجاب عدة ممن لا يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره.³

والمستخلص من هذه الآراء أنها معارضة للتفريق للغيبة حتى وإن طال مدة غياب الزوج، لكن إذا رجعنا لقول الشافعي نجده أورد عبارة 'مادام الزوج موسرا' فلا يجوز التفريق، وبمفهوم المخالفة أنه إذا أعسر الزوج وانعدم الإنفاق يجوز التفريق لكن في هذه الحالة يكون بسبب عدم الإنفاق وليس بسبب الغياب.⁴

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التفريق بسبب الغيبة

تنص المادة 53 ف5 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 5...- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

وبالتالي المشرع الجزائري أجاز للزوجة التي يغيب عنها زوجها الحق في طلب التطليق وذلك إلا إذا توافرت الشروط التالية:⁵

- يجب أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءاً من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى وأخذ المشرع في تحديد المدة برأي المالكية الذي جعل المدة من سنة كحد أدنى إلى ثلاثة سنوات.¹

1- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 331.

2- الشافعي، الأم، المرجع السابق، 239/5.

3- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 142/10.

4- سبق التطرق إليها في التفريق لعدم الإنفاق.

5- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 269؛ بلحاج العربي، الوجيز في

شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297-298؛ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 45-46.

- أن يكون الغياب بدون عذر شرعي مقبول، فإن غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة، أو لأي سبب جدي آخر، فإن طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات لا يجوز، لأنه على الزوجة أن تتحمل قسطا من الأعباء، مادام يعود بفائدة على الأسرة.²

والمشرع في هذا الشرط أخذ برأي الحنابلة.

- أن يغيب الزوج عن زوجته ولا يترك لها نفقة، خلال مدة غيابه فإن ترك لها مال تنفق منه، فليس لها طلب التطليق، وخالف بذلك المالكية الذين لم يتركوا أمر جواز التطليق للغيبة على الإطلاق، بل قيده وربطوه بعدم الإنفاق عليها.³

فالمشرع الجزائري قد أحسن صنعا لما أجاز للزوجة طلب التطليق للغياب بدون عذر، أخذا بما جاء في المذهب الحنبلي والمتأخرين من المالكية، إذ لا يعقل منح حق التطليق للزوجة التي يغيب زوجها من أجل عذر شرعي كطلب العلم، أو لخدمة وطنية.

ويعاب على المشرع الجزائري هو تضمينه لشرط عدم الإنفاق في نص المادة 53 ف05، إذ ما هو إلا تكرار لما ورد في أحكام الفقرة الأولى من المادة 53 ف1 من ق.أ.إذ كان يكفي الإشارة إلى اقتران عدم الإنفاق مع الغياب في هاته الفقرة، كما أنه في حالة الإنفاق على الزوجة التي غاب عنها زوجها يسقط حقها في طلب التطليق فيه إجحاف في حقها، لأن الغياب بدون عذر وحده يسبب ضرر للزوجة التي تبقى تواجه مصاعب الحياة لوحدها دون سند، كذا المساس بمقصد من مقاصد الزواج وهو السكن والمودة الذي هي محرومة منه، هذا الضرر وحده كفيل بإقرار حقها في المطالبة بالتطليق حتى ولو ترك لها الزوج مال.⁴

¹- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، 252/1.

²- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 52.

³- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 269.

⁴- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصاله للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012،

أما بالنسبة للمفقود فقد ساوى الشرع بينه وبين الغائب وهذا باستقراء نصوص المواد 109 و 110 و 112 من ق.أ حيث تنص المادة 109: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم".

وأكدت المادة 110: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".
والمادة 112 من ق.أ والتي تنص على: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

ويتضح أن المشرع ربط الغياب بالفقدان ورتب على الفقدان إمكانية طلب الزوجة التظليق، إذ ضم المشرع حالتي زوجتي المفقود والغائب وفقاً لما هو وارد في نص المادة 112 من ق.أ رغم وجود فرق بينهما يكمن في حرية زوجة الغائب في إثبات غيبته، أما زوجة المفقود فلا تطلب التظليق إلا بعد مضي سنة من يوم صدور الحكم بالفقدان.¹

كما أن هناك تناقض بين نص المادة 110 من ق.أ والمادة 53 ف5 تقضي عدم الحكم بالتظليق إذا كان الغياب بعذر شرعي، والمادة 112 من ق.أ تجيز لزوجة الغائب طلب التظليق رغم وجود العذر، وهو الظروف القاهرة وهذا يؤدي إلى تناقض الاجتهاد القضائي حيث يطبق النص على النوازل حال التنازع القضائي، لذا فإن أغلب أحكام قانون الأسرة لا تزال تقتضي المراجعة والتعديل لما تضمنته من عيوب وسوء نقل لجانب الشريعة الإسلامية التي هي مصدر لأحكام الأسرة في الجزائر.²

الفرع الثاني: التظليق بسبب العيوب والشقاق المستمر

تعتبر العيوب من بين أهم الأسباب التي تؤدي بالزوجة إلى طلب التظليق، كونها تتعدد وتختلف من شخص لآخر.

¹ - تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقص التشريعي والتطور الاجتماعي، مداخلة في اليومين الدراسيين الجزائريين الفرنسيين تحت عنوان قانون الأسرة في مواجهة التطورات الاجتماعية والعلمية، كلية الحقوق، جامعة وهران، يومي 27 و 28 نوفمبر 2004، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، 2007، ص 90.

² - سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 163.

سوف أتطرق من خلال هذا الفرع إلى سببين من أهم الأسباب المؤدية بالزوجة إلى طلب التطلق، وهما العيوب والشقاق المستمر بين الزوجين.

البند الأول: التطلق بسبب العيوب

تتعدد العيوب وتختلف من شخص لآخر، لذا سأحاول دراسة العيوب من خلال مفهومها وموقف كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من مسألة التطلق للعيوب.

أولاً: مفهوم العيب

1- لغة: العيب: الوصمة والنقيعة، وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، والجمع عيوب،¹ ولفظ العيب عموماً يدور حول معنى النقص الذي يعتري الإنسان أو الشيء المتعاقد عليه.²

2- اصطلاحاً: عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية

أ- المالكية: يرون أن العيب كل ما يمنع الوطاء سواء أكان حسياً أو معنوياً، ولم يحدد المالكية نوعاً معيناً من العيوب، وبالتالي فكل العيوب الجنسية تعتبر عيوب موجبة للتفريق سواء من جهة الزوجين أو كلاهما، بحيث تكون هذه العيوب مانعة لتحقيق الهدف الذي شرع من أجله الزواج.³

ب- الشافعية: يرون أن العيب هو كل ما يمنع به الوطاء بحيث يرى الإمام الشافعي أن العيوب يقصد بها ما يخاف أنها ناقلة للعدوى بين الأجيال ومضرة بنسل الزوج، كما يضيف أن العيب هو ما يمنع الاستمتاع بين الزوجين سواء أكان العيب من أحد الزوجين أو كلاهما، سواء أكانت عيوب خلقية أو خلقية، بحيث تكون مانعة لتحقيق الهدف أو الأهداف التي شرع من أجلها الزواج، وتحدث نفرة أو اشمئزاز من أجل الزوجين تجاه الآخر.⁴

¹ - الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص 408.

² - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 3185/10.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 261.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، الكتب العلمية، 1993، 380/10.

ج- **الحنفية**: يرى الحنفية أن العيب هو كل ما لم يذكر في العقد أو طراً عليه، والعيب حسبهم هو ما طراً على الزوج دون الزوجة مما لم يذكر في العقد وخاصة العيوب التي تمنع الوطاء.¹

د- **الحنابلة**: يتفق الحنابلة مع الحنفية في مسألة الوطاء كأساس لتحديد درجة العيب، كون العيوب الأخرى كلها تعتبر غير مؤثرة على العقد مهما كانت مرحلته، وعليه العيب عندهم إذا كان عائق دون تحقيق أهداف الزواج، فإنه يعتبر موجزا للتطبيق.²

إذن المقصود بالعيب أنه هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين بحيث يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة وغير مستقرة، والملاحظ أن الفقهاء اتفقوا على أن العيوب هي التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من التفريق للعيوب

لقد اختلف الفقهاء في مسألة التفريق للعيوب فمنهم من يجوز مطلقاً، ومنهم يجيزه للزوجة ومنهم من يمنعه مطلقاً.

1- القائلون بعدم جواز التفريق مطلقاً

وقد تبنى هذا الاتجاه فقهاء الظاهرية³ وبعض الزيدية، ويرون أنه لا يحق لأحد الزوجين أن يطلب التفريق للعيوب أياً كان نوعها، سواء كان موجود بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده، فلا يفسخ الزواج بعد صحته بأي عيب سواء كان بالرجل أو المرأة أم مشترك بينهما، كما لا يجوز للقاضي الاستجابة لهذا الطلب.⁴

حيث قال ابن حزم الظاهري، (من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما)،⁵ وقال أيضاً (لا يفسخ النكاح بعد

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 307.

2- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 287.

3- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 58/10.

4- مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، إحسان للنشر، ط 1، العراق، 2010، ص 159.

5- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 58/10.

صحته بجذام حادث ولا ببرص، ولا بجنون، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من هذه العيوب).¹

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾²، فحسبهم الضرر اللإرادي ليس في وسع الإنسان وغير خاضع لإرادته واختياره، فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الآية.

كما استدلو بالحديث الذي رواه البخاري يسنده عن ابن شهاب قال: أخبرني عروة بن الزبير، أن عائشة رضي الله عنها أخبرته: أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله (ﷺ)، فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمان بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة، قال رسول الله (ﷺ): «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته».³

ووجه الاستدلال في الحديث هو طلب المرأة التفريق عن زوجها الثاني عبد الرحمان بن الزبير وعودتها إلى زوجها الأول رفاعة مع قيام العذر، وهو عدم وصوله إليها ومع ذلك رفضه الرسول (ﷺ)، هذا يدل على أنه لا يصلح أن يكون العيب موجبا للخيار بين الزوجين.⁴

2- جواز التفريق للعيوب للزوجة فقط

وهو ما ذهب إليه الحنفية بأن للزوجة أن تطلب التفريق إذا وجدت زوجها مصابا بعيب أو مرض تتاسلي يمنع الاتصال الجنسي، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق.⁵

¹ ابن حزم، المحلى، المرجع نفسه، 109/10.

² سورة البقرة، جزء من الآية 286.

³ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث رقم 5260، المرجع السابق، 42/7.

⁴ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 68.

⁵ مصطفى إبراهيم الزملي، المرجع السابق، ص 166.

ويرى الحنفية أن للزوجة حق طلب التفريق إذا كان مصاب بعلّة من العلل التناسلية كالعنة والجب والخصاء، لأنها مخلة بالمقصود الذي شرع لأجله الزواج، ولم يفرق محمد صاحب أبي حنيفة بين العيوب التناسلية وغيرها في ثبوت حق طلب التفريق لها، وقد نقل عنه أنه حددها في العيوب المنفردة (الجنون والجذام والبرص)، ويرى الكاساني أنه لم يتم بحصر وتحديد الأمراض والعلل.¹

إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف ضيقوا في العيوب التي يمكن للمرأة أن تطلب التطليق بسببها، وحصرها في الجب والعنة والخصاء، باعتبارها عيوب يمنع وجودها من تحقيق المقصود من الزواج، وهو الإعفاف، وإيجاد النسل زاد محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة، الجنون والجذام والبرص، وأن للزوجة الخيار بها أيضاً، ويرى الكاساني أنه لم يتم بحصر وتحديد الأمراض والعلل.²

واستدل الحنفية بما يلي:

- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (لا ترد الحرة عن عيب).

- وعن علي كرم الله وجهه قال: (إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم

للزوج، إن شاء طلق وإن شاء أمسك).³

وهذا يثبت حق التفريق للزوجة دون الزوج.

ومن المعقول أنه يثبت حق التفريق للمرأة دون الرجل لأنها أسند إليها باب تحصيل المقصود من الزواج، فكان لا بد من إزالة ظلم التعليق، وهذا لا يوجد من جانب الزوج لأنه متمكن من تحصيل المقصود من الزواج من جهة غيرها، إما يملك الزواج بثانية أو التخلص منها بالطلاق، فالمرأة التي لم يثبت لها خيار الفسخ لبقية معلقة لا ذات بعل (زوج) ولا مطلقة، فثبت لها حق طلب التفريق لإزالة ظلم التعليق ودفع الضرر عنها.⁴

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 1537/3.

² ابن همام كمال الدين، فتح القدير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 267/4.

³ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 96/5.

⁴ السرخسي، المرجع نفسه، 96/5-97.

3- جواز التفريق للعيوب لكلا من الزوجين

وهو رأي الجمهور من المالكية¹ والشافعية² والحنبليّة³، بحيث ذهبوا إلى أنه يحق لكلا الزوجين طلب التفريق لمرض أو عيب يجده في صاحبه، فالتفريق بالعيوب يثبت لكل من الزوجين، وعلى هذا إذا وجد أي من الزوجين عيبا بصاحبه كان له حق طلب التفريق، ولا يمنع من ثبوت هذا الحق له كون الزوج الآخر معيبا، متى اختلف العيب عن صاحبه، أما إذا اتحد العيب (أي كان العيبان من جنس واحد) فيقبل بثبوت الخيار لكل منهما (قيل لا خيار لهما لتساويهما في العيب).⁴

وقد اختار هذا الرأي ابن القيم إلا أنه لم يحصر العيوب حيث قال: (القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحمل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار).⁵ وعلى الرغم من اتفاق الجمهور على التفريق للعيوب لكلا الزوجين إلا أنهم اختلفوا في عدد العيوب الموجبة للخيار في الفسخ كالاتي:

- **المالكية**⁶: قالوا أن العيوب ثلاثة عشر عيبا:

أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة: الجنون والجدام والبرص والعذيمة (خروج الغائط عند الجماع) ويقال للمرأة عذيوطة، وللرجل عذيوط.

وأربعة تخص الرجل وهي: الخشاء، والجب والعنة والاعتراض (عدم القدرة على الاتصال الجنسي كمرض أو نحوه).

وخمسة تختص بالمرأة وهي: الرتق، والقرن، والبخر (نتن الفرج)، والعفل (غدة تمنع ولوج الذكر أو رغبة تمنع لذة الوطء) والإفشاء (اختلاط القبل بمجرى البول أو الغائط).

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، المرجع السابق، 345/2.

² - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 252/6.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 667/6.

⁴ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص 186.

⁵ - ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 183/5.

⁶ - الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، 277/2.

وعند الشافعية¹ سبعة وهي: الجب والعنة، والجنون، والجذام والبرص والرتق والقرن، يمكن أن يكون في كل الزوجين خمسة، الأولان في الرجل والأخيران في المرأة، والثلاثة الوسطى مشتركة بينهما.

أما الحنابلة² فقد ذكروا أن العيوب التي تثبت الخيار هي: ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي (الجنون والجذام والبرص)، واثنان يختصان بالرجل وهما (الجب والعنة)، وثلاثة تختص بالمرأة وهي (الرتق والقرن والعقل).

ويقول المالكية بالنسبة للعيوب الثابتة قبل العقد يثبت لكل الزوجين حق التفريق أما الحاصلة بعده لا يحق للزوج طلب الفرقة، أما المرأة فلها حق طلب الفرقة في الجنون والجذام والبرص فقط، في حين يذهب الشافعية إلى ثبوت حق الفرقة للعيوب سواء أكانت موجودة قبل العقد أم حدثت بعده واستثنوا العنة إذا حدثت بعده لا يتيح الفسخ، وهو ما ذهب إليه الحنابلة.³

واستدل جمهور الفقهاء على حق الزوجين في التفريق بقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكُ

بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁴ وقوله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار»⁵.

وما روي عن جميل بن زيد الطائي، عن زيد بن كعب بن عجرة أن النبي (ﷺ): تزوج امرأة من غفار فدخل بها، فوجد بكشحا بياضا، فقال: «البسي ثوبك» وأعطاهما الصداق وقال: «الحقي بأهلك»⁶.

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

¹ - الشافعي، الأم، المرجع السابق، 83/6.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 199/7-200.

³ - ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، المرجع السابق، 579/7.

⁴ - سورة البقرة، جزء من الآية 229.

⁵ - النووي، الأربعون النووية، الحديث 32، دار المنهاج للنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2009، ص 97.

⁶ - الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حديث رقم 649، مؤسسة الرسالة،

ط1، 1994، 107/2.

4- موقف الفقه المعاصر من الأمراض المستحدثة

تعود فكرة التفريق بين الزوجين للعيوب التي أخذت بها قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية إلى الشريعة الإسلامية، حيث قسم جمهور الفقهاء هذه العيوب إلى عيوب تناسلية وأخرى منفرة أو ضارة، لكن مع تطور الطب الحديث تم اكتشاف أمراض خطيرة، ومن بين هذه الأمراض، الأمراض الجنسية التي تنتقل بممارسة الجنس إذا كان أحد الطرفين مصاباً بها، كما تنتقل بطرق أخرى، من أخطر هذه الأمراض: مرض نقص المناعة المكتسبة أو ما يعرف بالإيدز، مرض الزهري، السيلان، والهريس.¹

وبما أن هذه الأمراض تم اكتشافها حديثاً، ولم ينص الفقهاء القدامى عليها، فإنه يمكن الأخذ بمذهب القائلين بفسخ الزواج بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين ومن بينهم ابن القيم، مما لا شك فيه أن هذه الأمراض تعد من العيوب الضارة التي تسبب العدوى للطرف السليم كما تنقلها إلى النسل، وقد تؤدي إلى الوفاة كما هو الحال في مرض نقص المناعة المكتسبة وقد قال ابن شهاب الزهري "يرد النكاح من كل داء عضال"، ومادامت العلة التي لجأها أجاز التفريق بين الزوجين في هذه الأمراض، فإنه يجوز التفريق بهذه الأمراض.²

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة في دورته التاسعة سنة 1995 موضوع مرض نقص المناعة المكتسبة "الإيدز" والأحكام المتعلقة به، ومن جملة القضايا الفقهية التي أثيرت في هذه الدورة مسألة حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسبة "الإيدز"، وقرر المجلس في هذه المسألة أنه: "للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسبة "الإيدز" مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي.³

¹ عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الإحياء، ع 17-18، 2014-2015، ص 44-45.

² عبد الباقي بدوي، المرجع نفسه، ص 53-54.

³ منظمة التعاون الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 90 (9/7) الدورة التاسعة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 1995، الإصدار الرابع، 2020، ص 283-284.

ويستفاد من هذا القرار عن طريق مفهوم المخالفة أن الزوج ليس له الحق في طلب التفريق بينه وبين زوجته المصابة بمرض نقص المناعة المكتسبة، ولعل المجلس يرى أن الزوج يملك حق إيقاع الطلاق بنفسه، وهذا القرار صدر إن اجتهاد فقهي جماعي، أخذاً في الاعتبار ما توصل إليه العلم، والطب الحديث في موضوع مرض الإيدز.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التطليق للعيوب

أعطى المشرع الجزائري في ق.أ. الزوجة الحق في طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، حيث نص في المادة 53 ف2 من ق.أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: ... 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنفية في اعتبار حق طلب التفريق للعيوب للزوجة فقط، لأن الزوج في نظرهم يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي يملكه، وأخذ برأي محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، وابن القيم في عدم حصر العيوب وتحديد مفهوم العيب أن كل عيب يكون سبباً في النفور، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة.¹

فالمشرع لم يحدد أنواع العيوب المجيزة للتطليق وأحال ذلك على الفقه الإسلامي وفقاً لنص المادة 222 من ق.أ، واكتفى بالقول بجواز التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والذي تحدث عنه في نص المادة 04 من ق.أ، الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.²

وعليه الأهداف التي شرع من أجلها الزواج تكوين أسرة مستقرة تسودها المحبة والرحمة والتعاون بين الزوجين، وكذا إحسان كل من الزوجين وإنجاب الأولاد والتناسل، ومتى وجدت عيوب في الزوج تحول دون تحقيق هذه الأهداف جاز للزوجة اللجوء للقضاء لطلب التطليق، أي إذا وجدت الزوجة بالزوج عيب أو مرضاً مستعصياً لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن ذلك

¹ - عبد الباقي بدوي، المرجع السابق، ص 54.

² - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 240.

بعد زمن طويل، بحيث لا يعتبر السكوت رضا فقد يكون أملا في الشفاء، بل الذي يسقط حق التفريق هو الرضا صراحة، أما إذا كان العيب في الزوج ولا يضر بالزوجة فلا يكون ذلك العيب سببا لطلب التطلق، لانعدام الضرر، فإذا لم يجزم التقرير الطبي بأن الزوج مصاب بعلّة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري.¹

وسار الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه إذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19: من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق، فإن القضاء لما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية".²

ويتضح من هذا القرار إقرار الاجتهاد القضائي بحق الزوجة التي يكون زوجها عاجزا عن مباشرتها جنسيا في طلب التطلق، إذ يعتبر عيب من العيوب المجيزة للتطلق.

فالمشروع الجزائري من نص المادة قد أحسن صنعا بعدم تحديد العيوب الموجبة للتطلق لأن العيوب والعلل والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة يصعب حصرها أو تحديدها.³

ويعاب على المشرع أنه لم يفرق بين ما إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل العقد وبين ما إذا لم تكن عالمة به.⁴

لأن قانون الأسرة يحيلنا على مبادئ الشريعة الإسلامية فإن مذهب أبي حنيفة لم يترك الأمر على طلاقته بل اشترط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج، فإن علمته لم يكن لها الحق في أن تطلب التطلق بسببه وتعتبر راضية به ومسقطه حقها في الاتصال الجنسي.⁵

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

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 34784، بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص 73.

³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 260.

⁴ - تشوار الجبالي، المرجع السابق، ص 82.

⁵ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 36-37.

كما يعاب على المشرع كذلك أنه أجاز للزوجة التطلق بمجرد ثبوت العيب وإثباته من طرف الزوجة مستعينة بأهل الخبرة من الأطباء المختصين في معرفة العيب، دون منح سلطة تقديرية للقاضي في إمكانية إعطاء مهلة مناسبة للزوج تمكنه من علاج مرضه، إذ جعل المشرع كل الأمراض والعلل التي تصيب الزوج في نفس المرتبة، للعلم العجز الجنسي بسبب نفسي مثلا ليس كالعجز الجنسي بسبب العيوب كالخصي أو الجب.¹

إلا أنه وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنه منح مدة سنة في الأمراض التي يرجى منها الشفاء، آخذاً بذلك بما ذهب إليه المالكية.²

وخلاصة لما سبق يشترط لجواز طلب التطلق ما يلي:

- أن يكون العيب في الزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والذي لا يقتصر على الاستمتاع الجنسي وإنما الإخلال بالأهداف التي رسمتها المادة 4 من ق.أ.

- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند إبرام عقد الزواج لأن علمها يؤكد رضاها وإسقاطها لحقها في طلب التطلق للعيوب.

- انتظار مدة سنة في الأمراض التي يرجى منها الشفاء وهذا ما أقره القضاء.

- إثبات وجود العيب من طرف الزوجة بكافة طرق الإثبات لاسيما الشهادات الطبية.

- للقاضي السلطة التقديرية في إصدار حكمه بالتطلق من عدمه كما يمكنه أن

يستعين في ذلك بأهل الخبرة من أطباء.

البند الثاني: التطلق للشقاق

إن استحكام الشقاق بين الزوجين يعرض الحياة الزوجية إلى كثرة الخلاف والخصام، فتسوء العشرة ولا يطبق بعضها البعض، هذا ما يجعل العلاقة بينهما يسودها الجفاء والفتور وتفقد كل مقومات المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف والاحترام المتبادل، مما يترتب عنه ضرر يلحق بهما.

¹- تشوار الجبالي، المرجع السابق، ص 83-84.

²- تشوار الجبالي، المرجع نفسه، ص 84.

وإذا كان الشقاق يجد سنده وتأصيله الشرعي ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، فإن المشرع الجزائري انطلاقاً من مرجعيته الإسلامية ورغبة منه في إيجاد إطار قانوني للشقاق قد استمد أحكامه الواردة في الفقه الإسلامي ونظمها في مقتضيات قانون الأسرة، وجعل الشقاق سبباً من أسباب التطلاق بموجب المادة 53 من ق.أ، رفعا للحرج عن الزوجة عند تعذر استمرار الحياة الزوجية.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التفريق للشقاق المستمر

من المسائل المسلم بها شرعاً أنه إذا ثار الخلاف والنزاع بين الزوجين وتسرب الشقاق إلى بيت الزوجية، واشتكت الزوجة إضرار الزوج بها وادعى هو كذلك إضرارها به، يبعث القاضي حكماً من أهله وحكما من أهلها للتوفيق بينهما وإزالة أسباب الشقاق، فإن استطاع الإصلاح فذلك هو المبتغى، وإن لم ينجحاً فهل يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي لتطلب التطلاق بسبب الشقاق؟

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى أحقية الزوجة في طلب التفريق بسبب الشقاق من عدمه على اتجاهين:

الاتجاه الأول:

وهو مذهب الحنفية¹ الشافعية² ورواية عن أحمد بن حنبل والظاهرية³ ويرون أنه لا يحق لها طلب التفريق بسبب الشقاق، فعلى القاضي أن يزجره ويمنعه من الظلم، ولا يجيئها إلى طلبها، ويرسل حكماً من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما عند استحكام الشقاق، مادامت الآية الكريمة قد قصرت عمل الحكّمين في الإصلاح ولم تأت على ذكر التفريق، بحيث يعتبرون الحكّمين ليس إلا وكيلين عن الزوجين وشاهدين عليهما، وليس لهما أن يفرقا بين الرجل وزوجته بسبب الشقاق، إلا أن يجعل الزوج لهما التفريق،

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 334/2.

² - الشافعي، الأم، 94/5؛ ابن قدامة، المغني، 261/3.

³ - بن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 68/3.

على أساس أن الطلاق في الأصل ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله لذلك، لأن الطلاق للزوج شرعا، وبذل المال للزوجة، فلا يجوز إلا بإذنها.¹

وقد استدلت أنصار هذا الاتجاه بما يلي:

1- بأن ظهور الظلم من الرجل لا يستدعي التفريق بين الزوجين، حيث يستطيع القاضي رفع الظلم بغير الطلاق، بأن يأمر الزوج بالعشرة بالمعروف، فإن لم يجب أمر القاضي عزره حتى يكف عن إيدائها، وإذا كان رفع الضرر من ممكنا من غير تفريق فإنه لا يجوز اللجوء إلى الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله عز وجل.²

2- جاء في قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، ووجه الدلالة حسبهم من هذه الآية هو أن الله تعالى لما ذكر الحكمين لم يضيف إليهما إلا الإصلاح، ومفاد ذلك أن ما وراء الإصلاح غير مفوض إليهما.³

كما احتج فقهاء هذا الاتجاه بما ورد عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما: (عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا"، قالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما علي فيه ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: "كذبت، والله لا تتقلب حتى تقر بمثل الذي أقرت به).⁴

ووجه الدلالة من هذا الأثر، هو قول علي كرم الله وجهه للزوج، لا تبرح حتى تقر وترضى بمثل الذي أقرت به، مما يدل أن الحكمين لا يفرقان إلا برضا الزوج وإقرار منه، وبأن الأصل المجتمع عليه أن الطلاق بيد الزوج أو بيد من جعل ذلك اليه، وهو ما يعني أنهما وكيلان لا قاضيان.⁵

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 528/7.

² - ابن العربي: أبي بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن، ص 537-538.

³ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 202.

⁴ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 177/5.

⁵ - القرطبي، المرجع السابق، 177/5.

وعلى هذا الأساس، فإن التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق حسب فقهاء هذا الاتجاه يعد وسيلة للصلح وليس للفرقة، ومن ثم فإن مهمة الحكّمين تقتصر على الإصلاح وحده، وبالتالي فإن فشلاً في مساعهما انتهت مهمتهما ولا يمكنهما إطلاق الحكم بالتفريق إلا برضا الزوجين، لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان.¹

الاتجاه الثاني:

ويمثله المالكية² وأخذ به الشافعي في أحد أقواله،³ والرواية الثانية للإمام أحمد بن حنبل،⁴ وذهبوا إلى أحقية الزوجة في طلب التظليق بسبب الشقاق، مستندين في موقفهم إلى أنه ليس في الآية الكريمة ما يمنع التفريق بينهما خصوصاً وأنه ثبت بعض الصحابة رضوان الله عليهم أنهم أجازوا التفريق بسبب الشقاق بعد بعث الحكّمين وأكلوا لهما مهمة التفريق بين الزوجين إذا عجزا عن إصلاح ذات البين.

واحتج فقهاء هذا الاتجاه بالقول أن الحكّمين في منزلة القاضيين في قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله عز وجل سمى المبعوثين حكّمين ولم يعتبر رضا الزوجين، وهذا نص من المولى عز وجل بأنهما قاضيات لا وكيلان ولا شاهدان، لأن الوكيل في الشريعة ليس هو الحكم، ومادام الأمر كذلك، فمن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه، كما أن الحكم لا يحتاج فيما يوقعه من أحكام إلى إذن غيره.⁵

كما استدلوا أيضاً بما جاء في الأثر، فقد جاء في تفسير ابن كثير وقوله: قال عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن ابن طاوس، عن عكرمة بن خالد، قال ابن عباس، قال: بعثت أنا

¹ - الحصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 237/2-238.

² - يحيى بن يحيى الليثي، موطأ لإمام دار الهجرة مالك بن أنس، تحقيق: بشار عواد معروف، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997، 97/2.

³ - فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي مع تفسيره، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، 286/2.

⁴ - ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 168/8.

⁵ - القرطبي، الجامع أحكام القرآن، المرجع السابق، ص 176-177.

ومعاوية حكمين، قال معمر: بلغني أن عثمان بعثهما وقال لهما: إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا.¹

ووجه الدلالة أن عثمان رضي الله عنه جعل الحكمين قاضيين يحكمان بما رأيا فيه مصلحة، سواء بالجمع أو التفريق دون إذن من الزوجين.

وبناء على ما سبق ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإذا أثبتت الضرر أوضحت دعواها طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الإدعاء بعث القاضي حكمين للإصلاح بينهما، أو التفريق بعوض أو بدونه.²

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التفريق للشقاق

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 53 ف8 من ق.أ على اعتبار الشقاق المستمر بين الزوجين سبب من أسباب طلب الزوجة التطليق، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 8- الشقاق المستمر بين الزوجين".

فالمشرع الجزائري قد أقر بأحقية الزوجة في طلب التطليق للشقاق الواقع فعلا بينها وبين زوجها، مشترطا استفحال الخصام وطول مدته.

وهذا التوجه جاء تكريسا لاجتهادات المحكمة العليا التي كانت تقرر الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب الشقاق والخصام رغم عدم نص المشرع عليه في ق.أ قبل التعجيل بموجب الأمر 05-02، وقد كلفته المحكمة العليا على أنه ضرر معتبر شرعا طبقا لنص المادة 53 الفقرة السادسة قبل التعديل، وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15/06/1999 حيث جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا".³

¹ ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، المرجع السابق، ص 259.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 528/7.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 224655، صادر بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية، ع خاص، 2001، ص 129.

المشرع الجزائري جعل الشقاق المستمر سبب من أسباب التطلاق، لكن لم يبين المقصود بالشقاق ولا الكيفية التي يثبت استمراره، بغض النظر عن الضرر الناشئ بسببه، وعليه كان الأجدر بالمشرع أن لا يجيب المرأة لطلبها التطلاق، حتى يتحقق من طبيعة الضرر الناشئ بسبب الشقاق، ويثبت لديه، كالضرب الذي يخلف أثر، أو أن يثبت له أن الضرر غير بين، ولكن اشترطت الزوجة على زوجها في العقد أنه إذا أضر بها فلها أن تطلق نفسها، ففي هاتين الحالتين يحكم القاضي بالطلاق، ولو لم يتكرر الضرر من الزوج، لأن بقاء الأثر واشتراطها يقوي حجتها ويعطي مبرر للتفريق دون انتظار لتكرار الضرر.¹

وإن كان الضرر غير بين كالهجر والضرب الخفيف ولم تشترط الزوجة طلاقها بسبب الضرر، فإن القاضي يخبر الزوج بأنه إذا تكرر منه الضرر فإنه يطلق عنه، فإن تكرر الضرر، ولم يستطع الزوج أن يفسد دعوى زوجته حكم عليه بالطلاق، أما إذا تكرر دعوى الزوجة بالضرر، وفي كل مرة يفند الزوج دعواها، ولم يتضح الأمر مع ذلك عين القاضي حكمين للإصلاح والتوفيق أو الحكم بالتفريق إذا تعذر الإصلاح.²

رغم أن المشرع لم يحدد الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطلاق للشقاق إلا أن المستقر عليه قضاء هو وجود الضوابط التي تقيد القاضي بها، ولا يفرق إلا بوجودها وتحققها أن يشتد الخصام بين الزوجين ويطول أمد النزاع بينهما وعلى القاضي أن يتأكد من استحالة استمرار الحياة الزوجية بينهما، فمتى ثبت الضرر واشتد الخصام وطال أمده فرق القاضي بين الزوجين.³

ويشترط التفريق ما يلي:

- أن يكون الضرر واقعا ومقصودا من الزوج على زوجته فعلا أو قولاً وسبب لها ضرر مادي أو معنوي.

¹ - بصغير محفوظ، المرجع السابق، ص 649.

² - بصغير محفوظ، المرجع نفسه، ص 649.

³ - عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطلاق، المرجع السابق، ص 146.

- أن يكون الضرر ناشئ عن شقاق وتنافر بين الزوجين، وأن يثبت الضرر فعلاً أمام القضاء، لأن الضرر معيار شخصي لا مادي.¹

كما بين الاجتهاد القضائي حالات الشقاق التي تجيز للزوجة طلب التطلاق: - الزوج الذي يقوم بإفشاء السر الخاص بينه وبين زوجته، طمع الزوج في مال زوجته، التغاضي عن الدخول بالزوجة عمداً أو استتالة مدة الجماع بها.

- طعن الزوجة في عقلها وأهليتها وجرح عواطفها بالقول وبحضور أجنب عنهما، وكذا إتيان الزوجة في غير موضع الجماع، وهذه الأسباب تسبب ضرر للزوجة ويكون لها بموجبها طلب التطلاق وهي ثابتة من خلال ما سار عليه اجتهاد وقضاء المحكمة العليا.²

بالرغم من أن المشرع الجزائري اعتبر الشقاق المستمر سبباً يجيز للزوجة طلب التطلاق إلا أنه لم يفرق بين حالة الشقاق التي يكون الزوج سببها، وبين أن تكون الزوجة سبب في حصوله، ومنه يستحسن إعادة صياغة هذه الفقرة وتوضيح حالة الضرر المشترك بين الزوجين وحالة تغليب من أحدهما، تحديد الضرر الناشئ من غير الزوج كأولاده من زوجة أخرى أو أقاربه عندما يصل إلى حد تعكير الحياة الزوجية ويصل إلى الشقاق ويكون للزوجة حق طلب التطلاق لرفع الضرر عنها.³

وقد تطرق المشرع الجزائري لحالة ما إذا اشتد الخصام والشقاق ولم يتم إثبات الضرر بضرورة تعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين وهذا ما أشارت إليه المادة 56 من ق.أ وبهذا يكون المشرع قد وافق أحكام الفقه الإسلامي في مسألة الحكمين، بحيث يفهم من نص المادة أنه في حالة تفاقم الخصام وعدم إثبات الضرر وجب على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين للتوفيق والإصلاح بينهما ويحدد لهما مدة شهرين فيداع تقريرهما، وهذا على خلاف ما ثبت شرعاً من أنه يكون تعيين الحكمين لمجرد الخوف من الشقاق منعاً لاستمراره

¹- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 122.

²- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 122.

³- بصغير محفوظ، المرجع السابق، ص 651.

وتفاقمه، وبالتالي تكون مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح والتوفيق وكذا معرفة الطرف المسيء من المتضرر وذلك للحكم للمتضرر بالتعويض.¹

وباستقراء نصي المادتين 53 ف8 و56 من ق.أ يمكننا التمييز بين أمرين مهمين:

- يتمثل الأول أنه وفي حالة اشتداد الخصام والشقاق بين الزوجين وطول أمده وسبب ضرر للزوجة، وتم إثباته فإنه يجوز للزوجة طلب التظليق على أساس الضرر الثابت، وما على القاضي بعد التأكد من ثبوت الضرر إلا أن يحكم لها بالتظليق مع التعويض طبقاً لنص المادة 56 مكرر.

- أما الأمر الثاني فيتمثل في حالة رفع الزوجة أمرها للقاضي طالبة التظليق على أساس الشقاق المستمر وطول أمد النزاع والخصام، إلا أنها لم تتمكن من إثبات الضرر، الأمر الذي يحتم على القاضي وفق سلطته التقديرية من اشتداد الخصام بتعيين حكمين من أجل الإصلاح والتوفيق بين الزوجين على أن يقدموا تقريريها في أجل مدته شهرين.

المطلب الثاني: أسباب التظليق لمخالفة الزوج القانون

قد يحدث أن يخالف الزوج الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج أو يستعمل التدليس على زوجته للحصول على حق، كما قد يحدث أن يصدر حكم يدين الزوج بارتكاب جريمة تمس بشرف الأسرة وسمعتها، أو يقترب فاحشة مبينة، فتؤثر هذه العوامل على استقرار الحياة الزوجية واستمرارها، ثم يصبح من حق الزوجة طلب التظليق لرفع الضرر عنها، وسأحاول التفصيل عن هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول: عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أو التدليس

البند الأول: عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في العقد

لقد اختلف الفقهاء حول الشروط الصحيحة التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها لا تنافيها، مثلاً كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها، أو أن تكمل دراستها على مذهبين:

¹- بصغير محفوظ، المرجع نفسه، ص 654؛ عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتظليق، المرجع السابق، ص 147.

المذهب الأول: يرى جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنفية³ أن هذه الشروط لا يقتضيها عقد الزواج، فهي غير لازمة ولا يلزم الوفاء بها، والزواج في هذه الحالة صحيح والشرط لاغي ولا يؤثر في العقد، ولا يترتب على الإخلال به أي شيء، حيث يمكن للزوج أن يتزوج على زوجته أو أن يمنعها من إتمام دراستها، لأن الأصل في هذه الشروط هو المنع وقد استدل أصحاب هذا المذهب من السنة النبوية منها:

حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي (ﷺ) قال: «ما بال رجال منكم يشترطون شروطا ليس في كتاب الله؟ من إشتراط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق»⁴.

المذهب الثاني: وهو مذهب الحنابلة حيث يرون أن الشروط التي ليس من مقتضيات العقد وفيها منفعة للزوجة، تعد شروط صحيحة ولازمة، ويجب على الزوج الوفاء بها، وإذا لم يف بها ثبت لها الحق في فسخ عقد الزواج، ومن هذه الشروط مثلا: أن لا يتزوج عليها، أو أن تخرج للعمل أو الدراسة، وهذا الرأي رجحه ابن تيمية وابن القيم⁵.

ويعد مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الفقهية في اعتبار الشروط المقترنة بالعقد، وأكثرهم تصحيفا لها، حيث يرون أن الشارع الحكيم هو الذي منح المتعاقدين حرية إنشاء العقود وفق الشروط التي يريانها مناسبة لتحقيقا لمصالحهما، وحماية لهما من أي خطر يهددهما، وذلك لكون إرادة العاقدين لها تأثير كبير وأهمية بالغة في مقتضيات تكوين العقد، ومن هنا أجاز كل شرط في النكاح يعود بالمنفعة والفائدة لأحد الزوجين⁶.

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 57/2.
² النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، 421/17.
³ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 95/5.
⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب، رقم 2561، 152/3.
⁵ سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ط2، دار الفكر، دمشق، 1981، 89-91.
⁶ بن عوالي علي، الأسباب المبيحة للزوجة لتطلب التفريق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 6، ع 1، 2020، ص 599.

من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾¹، وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾².

فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعهود والشروط عموماً، ومدح الموفين بما عاهدوا عليه وهذا يقتضي أن تكون مباحة.³

من السنة النبوية: قوله (ﷺ): «إن أحق أن يوفى به ما استحللتم به الفروج»،⁴ فهذا الحديث صريح دل على استحقاق الشروط بالوفاء بها وخاصة في عقد الزواج.⁵ وقد رفع إلى عمر بن الخطاب أن رجل كان قد تزوج امرأة واشترطت عليه السكن في دارها، فقال عمر: لها شرطها والمسلمون عند شروطهم، قال رجل: لئن كان هكذا لا تشاء امرأة أن تفارق زوجها إلا فارقته، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.⁶ والراجح هو مذهب الحنابلة لأنه أقوى حجة وواقعية وموافق لمقاصد الشريعة الإسلامية، ويؤكد قاعدة جلب المصلحة ودفع المفسدة والتي منها رفع الحرج وخاصة في عصرنا هذا الذي كثر فيه الغش والاحتيال وقل فيه الوازع الديني، فاشتراط بعض الشروط يكون وسيلة للوقاية من الوقوع في بعض الأضرار.⁷

أولاً: مدى جواز التفريق بسبب عدم الوفاء بالشروط الصحيحة

كما سبق ذكره في اختلاف الفقهاء في مدى تأثير الشروط على صحة العقد، وفي جواز طلب التفريق في حالة عدم الوفاء بها وانقسموا إلى رأيين:

¹ - سورة البقرة، الآية 177.

² - سورة المائدة، الآية 1.

³ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1995، 157/32.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، المرجع السابق، 20/7.

⁵ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، 165/32.

⁶ - ابن بطال: أبو الحسن علي ابن خلف، شرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2003، 269/7.

⁷ - سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 97.

الرأي الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء¹ ويرون أن هذه الشروط لا يلزم الوفاء بها، لأنها شروط لا يقتضيها العقد ولا تؤكد مقتضياته، وبالتالي لا يجوز للمشتراط طلب فسخ العقد إذا لم يتحقق مضمون الشرط، فلو اشترطت مثلاً الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو أن تخرج للعمل أو الدراسة، فلو تزوج عليها أو منعها من العمل، فليس لها طلب الفسخ من أجل فوات الشرط.

الرأي الثاني: وهو مذهب الحنابلة² بحيث يرون أن الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولا تنافي مقاصده، شروط صحيحة، ويثبت لصاحب الشرط في حالة عدم الوفاء به الحق في طلب فسخ عقد الزواج، لأن الرضا الذي حصل أثناء العقد كان على أساس الوفاء بالشرط، ومادام الشرط لم يتحقق، فإن الرضا بالعقد يسقط، والرضا أمر لا بد منه في عقد الزواج ابتداء وانتهاء.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الوفاء بالشروط

اعتبر المشرع الجزائري مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سبباً من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، حيث جاء في نص المادة 53 ف9 ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" والشروط المقصودة هي المنصوص عليها في المادة 19 من ق.أ، فقد أجاز المشرع للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق الشروط التي تكون ضرورية، وتكون فيها فائدة مادامت لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً، ومادامت لا تنافي أو تناقض مقاصد عقد الزواج، فإن تضمن عقد الزواج شرطاً من هذه الشروط، وكان الشرط لصالح الزوجة فقد أجاز لها القانون أن تلجأ إلى القاضي مطالبة بالتطليق إذا أخل الزوج بالوفاء بها.³

¹ - السرخسي، المبسوط، 95/5؛ الشافعي، الأم، 72/5؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 57/2.

² - ابن ادريس، كشاف الفناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، 91/5-92.

³ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنابلة، فأعطى حق الاشتراط بين الزوجين من خلال عقد الزواج أو من خلال عقد رسمي لاحق، وفي هذا تأكيد على ضرورة الالتزام بالشروط لكلا الزوجين، والواجب الوفاء بها، ومن بين الشروط التي يمكن أن تشترطها الزوجة على زوجها والمستمدة من العرف والواقع القضائي.

أن لا يتزوج عليها مادامت في عصمته أو أن تعمل أو تواصل دراستها، أو تشترط عليه سكنا منفردا بعيدا عن ضررتها أو بعيدا عن أهله.¹

وانطلاقا مما سبق، فإن الشرط الذي يتفق عليه الطرفان يعتبر ملزما لهما، فلا يمكن لأي منهما إنهاؤه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر، ومن ثم فإنه في حالة إخلال الزوج بالتزاماته التعاقدية يحق للزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على نص المادة 53 ف9 من ق.أ، حيث يجوز لها أن ترفع دعوى قضائية متضمنة طلب التطليق من زوجها بسبب إخلاله بالشروط المتفق عليها في العقد، أو في عقد رسمي لاحق، إذا رأت ضرورة لذلك، مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض إذا لحقها ضرر بسبب هذا الإخلال.²

ولقد استقر القضاء الجزائري على هذا الموقف من خلال قرارات المحكمة العليا حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 2006/04/12 ما يلي: "تقيم الزوجة كقاعدة عامة، حيث يقيم زوجها، وبحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج"،³ فالقضاء الجزائري أقر بحق الزوجة بالاشتراط في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق شرط أن لا يتنافى هذا الشرط مع مقتضيات عقد الزواج ومقاصده.

وبالرغم من أن المشرع أقر بحق الزوجة بالتطليق في حالة إخلال الزوج بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج إلا أنه وقع في إشكالية عدم الانسجام بين نص المادتين 19 و53 ف9 من ق.أ حيث أكدت الأولى على إمكانية الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 171.

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008، ص 207.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في 2006/04/12، ملف رقم 358665، المجلة القضائية، ع 2، 2006، ص 49.

رسمي لاحق وذلك في حالة ما إذا أصبحت الزوجية قائمة إلا أن أمر العقد الرسمي اللاحق لم يتضمنه نص المادة الثانية، حيث تحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط، فهل يأخذ القاضي في تطبيق النص بمبرر الحرفية أم يأخذ بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق.¹

كما يعاب على المشرع أنه لم يحدد المهلة التي يمكن أن تطلب خلالها الزوجة التطليق، بحيث لا يمكن أن يكون لها ذلك في أي وقت تشاء، بل يجب أن تحدد لها مهلة الاختيار في ذلك حتى لا يبقى عقد الزواج مهدد بالانحلال في أي وقت من طرف الزوجة لهذا السبب.²

البند الثاني: التطليق للتدليس في مسألة تعدد الزوجات

لقد عرفت الإنسانية منذ القدم مسألة تعدد الزوجات، وجاء الإسلام وأقره ونظمه وقيده بمجموعة من الضوابط، بحيث حدده بأربع زوجات بعد أن كان مطلق واشترط فيه القدرة المالية وتوفر نية العدل، إذ يعتبر كل إخلال أو تدليس من طرف الزوج تجاه الزوجات سواء السابقة أو اللاحقة بهاته الضوابط، بمنحهن حق التطليق.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التعدد

لقد أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات وجعلت الإباحة فيه الأصل، وحق لمن يلجأ إليه وتقتضيه ظروفه، ولكن قيدت إباحته بضوابط تنظم استعماله وتجعل منه طريق لتحقيق المصالح العامة والأغراض السامية التي قصد الله عز وجل تحقيقها.³

ونجد سند الإباحة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾.⁴

¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 53.

² - عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطليق، المرجع السابق، ص 56.

³ - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 144.

⁴ - سورة النساء، الآية 3.

وقد أجمع الفقهاء على جواز التعدد لكنه مقيد بمجموعة من الضوابط والتي هي واردة في أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية وتتمثل في:

- العدل بين الزوجات: والعدل المقصود هو العدل الذي يستطيع الإنسان ويقدر عليه وهو التسوية بين الزوجات من النواحي المادية من نفقة وحسن معاشرة والمبيت، وليس التسوية العاطفية والمحبة والميل القلبي فهو غير مراد لأنه غير مستطاع ولا مقدور لأحد.¹
- القدرة على الإنفاق: إذ أن تعدد الزوجات وما ينتج عنه من أولاد يحتاج إلى مال بجانب العدل، فإذا لم يكن الزوج قادر على الإنفاق ازداد بزوجاته وأولادهن عدد الفقراء والمساكين، وقد يؤدي الفقر إلى انتشار الآفات الاجتماعية، بحيث أن الإنفاق في زمننا لا يقتصر على المأكل والملبس والسكن بل يتعداه إلى التعليم وما يحتاجه من مصاريف.
- أن لا يتجاوز الحد الأقصى أربع زوجات مع عدم الجمع بين المحارم.

1- جواز التفريق لتعدد الزوجات

لقد أحاط الفقه الإسلامي التعدد بضوابط لا تجيز التفريق بطلب الزوجة الأولى بمجرد أن الزوج تزوج عليها، لكن وتطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، فإذا تسبب الزواج بثانية بضرر معتبر شرعاً للزوجة الأولى جاز لها طلب التطلاق، وأساس إجابة طلبها ليس الزواج بثانية بحد ذاته وإنما الضرر الواقع نتيجة هذا الزواج، فالفقهاء أجازوا التطلاق للضرر بسبب الزواج بأخرى وليس التطلاق للزواج بأخرى.

حيث أجاز المالكية التطلاق للضرر منها للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، وقد ذكر الفقهاء بعض صور الضرر ولم يعدوا الزواج بأخرى ضرراً، بل ذكروا أن التزوج بأخرى ليس بضرر.²

وجاء في الشرح الكبير للدردير (وليس من الضرر منعها من الحمام والنزهة وليس من الضرر تزوجه عليها).³

¹- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 168/7.

²- الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 160/3.

³- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، 345/2.

أما الحنابلة فقد أجازوا الاشتراط على الزوج عدم الزواج عليها ولها حق التفريق إذا فعل، أي إذا أخل بالشرط.¹

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

أجاز المشرع الجزائري التعدد وقيده بشروط وذلك بموجب المادة 8 من ق.أ والتي تحدد شروط إمكانية التعدد والتي إن لم يحترمها الزوج جاز للزوجة طلب التظليق بها، بحيث يعتبر شرط استصدار الترخيص القضائي أهم شرط قيد بموجبه المشرع الجزائري التعدد بحيث أن القاضي لا يصدره إلا إذا تحقق مما يلي:

- موافقة الزوجة السابقة واللاحقة أي المقبل على الزواج بها لا مجرد إخبارهما.

- إثبات الزوج المبرر الشرعي الدافع للتعدد.

- إثبات قدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

وبذلك أصبح التعدد لا يحصل إلا بإذن القاضي الذي لا يمنحه إلا إذا تأكد من تحقق هذه الشروط، وبالتالي قد يقيد المباح، أو يحرم الحلال، والحقيقة أن تفويض رئيس المحكمة ليسمح أو لا يسمح للرجل بالزواج بثانية، يعد تعدياً على حرمة، وقمع لأرادته في هذا الأمر، وتقيد في غير محله، ومنعاً من ممارسة الحرية الشخصية التي أباحها النظام التشريعي الإلهي الكفيل بعلاج الآفات الاجتماعية.²

إن واضعي قانون الأسرة اختاروا أن يقفوا موقفاً وسطياً بشكل يضمن الإبقاء على نظام تعدد الزوجات من جهة، ومن جهة ثانية يضمن تقيده بقيود وشروط تعجيزية تهدف إلى منع أو عرقلة ممارسته، فقد أخضعوا إبرام عقد الزواج بثانية إلى وجوب الحصول على إذن من رئيس المحكمة، كما قيده بأن لا يمنح الترخيص إلا إذا قدم له الزوج ما يثبت موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة، وما يثبت وجود المبرر الشرعي، وما يثبت قدرته على توفير العدل، وتوفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، على الرغم من أن عبارات " توفير العدل

¹ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 93/7.

² - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 2014، ص 51.

وتوفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية" عبارات عامة جدا وغير عملية وتمنح لرئيس المحكمة حرية مطلقة في تقدير ما يضمن توفرها أو لا يضمنه، وهي أمور لا تسمح للمحكمة العليا بمراقبة تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما.¹

يرى الكثيرون أن هذا التفسير سوف يفتح المجال واسعا أمام ارتفاع نسبة الطلاق وازدياد نسبة الزواج العرفي والعلاقات غير الشرعية من خلال الخيانات الزوجية، وهذا المقصد الذي أراد الله سبحانه وتعالى تفاديه بإباحة التعدد.

2- التطلاق لمخالفة المادة 8 من ق.أ.

لقد أجاز المشرع من خلال نص المادة 53 من ق.أ في الفقرة 6 للزوجة المطالبة بالتطلاق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 8 من ق.أ، كما نصت المادة 8 مكرر من ق.أ أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق.

وما يمكن ملاحظته أن أحكام المادة 53 ف6 لا مبرر لإعادة ذكرها طالما أن المشرع قد نص عليها في المادة 8 مكرر، والتي تقضي بأحقية كل زوجة في المطالبة بالتطلاق في حالة تدليس الزوج بعدم إخبارها والحصول على موافقتها وترخيص القاضي المسبق، كما أن المادة 19 من ق.أ تعتبر هي الأخرى الأساس لهذه الفقرة والتي تجبر للمرأة طلب التطلاق عند مخالفة الزوج لشرط عدم الزواج عليها، فالمشرع قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار عدم إعلام الزوجة السابقة واللاحقة، دون إلحاق الضرر المعتبر شرعا بإحدهما أو بكلاهما سبب كافي لطلب التطلاق والتفريق القضائي.²

الفرع الثاني: التطلاق للحبس أو ارتكاب الزوج فاحشة

يعتبر المحبوس في حكم الغائب الذي يعرف مكانه، وأخباره غير منقطعة تماما، وبالتالي لا يسمح لزوجته التزوج برجل غيره، أما إذا طالبت مدة حبسه إلى حد نفاذ صبرها والأمر الذي يسبب لها ضررا معنويا وماديا، كما أن ارتكاب الزوج فاحشة مبينة تمس بسمعة شرف الأسرة، يسبب ضرر للزوجة، فهل لها في هاته الحالتين طلب التطلاق؟

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 92-93.

² - بصغير محفوظ، المرجع السابق، ص 641.

فلهذا سأعرض إلى موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من حبس الزوج ومدى اعتباره سببا لطلب التطلق في الفقرة الأولى وأما في الفقرة الثانية فسأعرض إلى ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة.

البند الأول: التطلق لحبس الزوج

أولاً: في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول جواز الخيار للزوجة التي سجن زوجها لمدة معينة على رأيين: **الرأي الأول:** يرى الحنفية والشافعية لا أساس للتفريق للغياب بسبب الحبس مهما طال مدته، والحنابلة في الراجح عندهم يرون كذلك عدم التفريق للحبس لأنهم اشترطوا في التطلق للغياب عدم وجود العذر، والحبس بالنسبة لهم غياب بعذر وإن كان سبب العذر في حد ذاته غير مشروع.¹

الرأي الثاني: يرى المالكية بجواز التفريق لغياب الزوج، ولم يعرجوا بجواز التفريق لحبس الزوج لمدة طويلة، ولا يوجد لديهم نص يقضي بأن حبس الزوج يعطي للمرأة حق طلب التفريق، ولكن بالنظر إلى العلة التي عللوا بها جواز التفريق للغياب وهي تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها، ولو كان غيابه لعذر، وهذه العلة موجودة ومتحققة في حالة حبس الزوج لمدة أكثر من سنة، مع بدء التنفيذ إذ يعتبر الزوج في سجنه بمثابة الغائب، ولا يكون الرفع إلا بعد مضي سنة من الحبس.²

بحيث يرى المالكية أن للزوجة حق التفريق إذا ما تضررت بترك الوطاء، أو خشيت على نفسها الوقوع في الزنا، أي حتى ولو كان ترك الوطاء بعذر، أي كلما توفر عنصر الضرر ثبت لها حق التفريق، إذا كانت مدة الحبس لسنة أو أكثر سواء كانت بعذر أو بدون

¹ - محمد كمال الدين إمام، سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 449.

² - عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 158.

عذر، فإن كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز لزوجته طلب التفريق، ويفرق القاضي بينهما بدون كتابة إلى الزوج بدون إنذار.¹

كما أجاز الفقيه الحنبلي ابن تيمية في إحدى فتاويه طلب التطلق لزوجة المحبوس وذلك بقوله: "القول في امرأة المحبوس والأيسر ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود".²

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

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

الملاحظ أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة بالأمر 05 ف02 كانت تنص المادة 53 ف04 على ما يلي: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، إذ كان المشرع يشترط أن يكون الحكم سالبا لحرية الزوج بجريمة ماسة بشرف الأسرة بموجب حكم يعد سبب من أسباب مطالبة الزوجة بالتطلق، إلا أن القاضي لا يحكم للزوجة بالتطلق لهذا السبب إلا بتوافر مجموعة من الشروط وهي:

- 1- ثبوت ارتكاب الزوجة لجريمة معاقب عليها جزائيا، وأي يجب أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج مجرم ومعاقب عليه بنص قانوني.³
- 2- أن يكون الحكم نهائي بالإدانة في هذه الجريمة، أي قد حاز قوة الشيء المقضي فيه حتى يمكن الاحتجاج به، وعلى الزوجة أن تقدم نسخة من هذا الحكم.⁴

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 535/7.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 368.

³ - هشام نبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2019/2020، ص 210.

⁴ - عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2006/2007، ص 109.

3- أن تكون الجريمة المرتكبة ماسة بشرف الأسرة، وهنا المشرع جاء بلفظ عام إذ يصعب الإلمام والحصص للجرائم الماسة بشرف الأسرة، لأن معظم الجرائم سواء الأخلاقية أو التي تمس الأموال هي جرائم تمس بشرف الأسرة، كجريمة الزنا، الدعارة، الاغتصاب وانتهاك العرض والسرقة، الاتجار بالمخدرات وخيانة الأمانة كلها جرائم تمس بشرف الأسرة.¹

4- استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية بسبب ارتكاب هذه الجريمة، ويعني أن العلاقة بين الزوجين تتوتر بسبب هذه الجريمة، وتتحول المودة والرحمة بين الزوجين إلى كره وبغض، مما ينتج عنه خلافات حادة.²

وعليه حتى تتمكن الزوجة من أن تطلب التطلاق بناء على هذه الفقرة يجب أن تكون هذه الشروط مجتمعة، أي ارتكاب الزوج لجريمة معاقب عليها جزائياً، وقد صدر بشأنها حكم نهائي، وأن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

وما يلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع قد اشترط توافر شرطي أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وأن يستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، لأن هناك جرائم ماسة بشرف الأسرة ولا يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

ومادام أن المشرع لم يحدد الجرائم الماسة بشرف الأسرة التي يستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فيكون قد أعطى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديدها بناء على عادات وتقاليد ذلك المجتمع، وكذا مراقبة القاضي وفحص الوقائع المقدمة من طرف الزوجة لاعتبار الجريمة ماسة بشرف الأسرة أم لا، كما على القاضي أن يعمل بقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما المادة 451.³

¹ سعادي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 285.

² عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطلاق، المرجع السابق، ص 82-83.

³ هشام دبيح، المرجع السابق، ص 211.

البند الثاني: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

نص المشرع الجزائري في نص المادة 07/53 على أن ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، يجيز للزوجة طلب التطليق، مع أننا لا نجد في الفقه الإسلامي من اعتبر هذا الفعل من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق، بل هو يؤدي حتماً إلى فك الرابطة الزوجية، وذلك إذا ما ثبت زنا الزوج بالشهادة أو الإقرار، فحكمه الرجم حتى الموت.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الفاحشة المبينة

لقد ورد ذكر عبارة "فاحشة مبينة" في عدة آيات قرآنية، يظهر ويتجلى من خلالها مدى خطورة هذه الأفعال على الأسرة والمجتمع، لذا يستوجب علينا معرفة مفهوم الفاحشة المبينة، وإذا ما حدث وارتكب الزوج مثل هذا الفعل، فهل يحق لزوجته طلب التطليق؟

1- مفهوم الفاحشة المبينة

الفحش والفاحشة والفحشاء: القبيح من القول أو الفعل، وجمعها فواحش.¹

في كتاب الله: وردت عدة آيات قرآنية ذكرت فيها هذه العبارة منها:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.²

- وقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ

مُبَيَّنَةٍ﴾.³

- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطْنَ﴾.⁴

من خلال هذه الآيات القرآنية يتبين أن مفهوم الفاحشة المبينة هو الزنا، والتي اعتبرها الله عز وجل من أفحش الجرائم، لأن من المقاصد التي جاء بها الإسلام هي حفظ النسل والأنساب، فكل علاقة جنسية محرمة فهي فاحشة شرعا، فحتى اللواط من باب الفاحشة لقوله

¹ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 11، (ف ح ش)، ص 134.

² سورة الإسراء، جزء من الآية 32.

³ سورة الطلاق، جزء من الآية 1.

⁴ سورة الأنعام، جزء من الآية 151.

تعالى: ﴿وَلَوْ طَآ إِذْ قَالْ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَآحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ آَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ (80) إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ﴾.¹

كما جاء في القرآن الكريم بأن العلاقة الجنسية بين الإبن وزوجة الأب أو الجد من باب الفواحش، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَآحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.²

في السنة النبوية:

عن عبدالله بن مسعود، قال: سألت رسول الله (ﷺ) أي الذنب أعظم عند الله؟ قال: «أن تجعل لله نداً وهو خلقك» قال: قلت له: إن ذلك لعظيم، قال: قلت: ثم أي؟ قال: «ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك» قال: قلت: ثم أي؟ قال: «ثم أن تزني حليلة جارك».³

2- مدى اعتبار الفاحشة سبباً لطلب التظليق

إن اعتبار زنا الزوج سبباً للتظليق عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا نجد مصدر للموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري، بحيث أنهم عالجوا الأمر بأسلوب آخر ونجد أن الفقهاء اختلفوا في مواقفهم إلى رأيين:

أ- يرى الحنفية والحنابلة أنه إذا فعل أحد الزوجين بأصل الآخر أو فرعه يفسخ الزواج، لأنه يوجب حرمة المصاهرة بأن زنا الزوج بأم امرأته أو بنتها أو زنت المرأة بأب الزوج أو ابنه وقعت الفرقة بينهما في الحال من غير حاجة إلى قضاء، ولا خلاف في هذه الفرقة فسخ

¹ - سورة الأعراف، الآيتين 80-81.

² - سورة النساء، الآية 22.

³ - (مخافة أن يطعم معك) أي يأكل وهو معنى قوله تعالى ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق أي فقر (أن تزني حليلة جارك) هي زوجته سميت بذلك لكونها تحل له وقيل لكونها تحل معه ومعنى تزني أي تزني بها برضاها وذلك يتضمن الزنى وإفسادها على زوجها واستمالة قلبها إلى الزاني وذلك أفحش وهو مع امرأة الجار أشد قبحا وأعظم جرماً لأن الجار يتوقع من جاره الذنب عنه وعن حريمه ويأمن بوائقه ويطمئن إليه وقد أمر بإكرامه والإحسان إليه فإذا قابل هذا كله بالزنا بامرأته وإفسادها عليه مع تمكنه منها على وجه لا يتمكن غيره منه كان في غاية من القبح؛ شرح محمد فؤاد عبد الباقي، أنظر: مسلم، صحيح مسلم، باب كون الشرك أقيح الذنوب وبيان أعظمها بعده، حديث رقم 86، المرجع السابق، 90/1.

لا طلاق، لأن الحرمة لا يتصور عود الحال بعدها، وقد روي هذا عن عمران بن الحصين، وقال به الحسن البصري وعطارد وطاوس ومجاهد والثوري وإسحاق.¹

ويقولون إن الوطاء الحرام محرم كما يحرم وطاء الحلال، مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَلَا

تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾.²

ب- ويرى سعيد بن المسيب ويحيى بن نعيم من المالكية والشافعية بعدم الرحمة، إذ يرون أن الزنا ومقدماته لا يترتب عليه شيء من الحرمة بين الزوجين، وهؤلاء كلهم يقولون لا يحرم الحرام الحلال.³

أما مطلق الزنا فلم يقل أحد من الفقهاء أنه يحرم المرأة، فإذا كان القانون يقصد بالفاحشة المبينة زنا الرجل بأم زوجته أو ابنتها فهو لم يخرج عن نطاق الفقه الإسلامي، وإن كان يقصد به مطلق الزنا فلم يجد له مستندا صحيحا من الفقه يستند إليه.⁴

ثانيا: التطبيق لارتكاب الزوج للفاحشة المبينة

لقد ورد في ف7 من المادة 53 من ق.أ أن ارتكاب الزوج فاحشة مبينة من الأسباب التي تجيز للزوجة الحق في طلب التطليق، والقصد بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من ق.ع.ج، وقد ذكر المشرع الجزائري على سبيل الحصر تلك الفواحش في ق.ع، ومن ثم فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة في ق.أ، ولما كان يجب على المشرع أن يراعي عدم التكرار بين مختلف النصوص القانونية باعتبار أن كل من قانون الأسرة وقانون العقوبات قد صدرا عن نفس المشرع، مما لا شك فيه أن الفاحشة المبينة المنصوص عليها في نص

¹ - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، د.ت.ن، ص 174.

² - سورة النساء، جزء من الآية 22.

³ - علي حسب الله، المرجع السابق، ص 175.

⁴ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 311.

المادة 53 ف07 من ق.أ هي الفواحش المنصوص عليها في نص المادة 337 مكرر من ق.ع.¹

أما جريمة الزنا فقانون العقوبات فلم يضعها من بين الفواحش، في حين الشريعة الإسلامية تعتبرها من الفواحش، فإذا ارتكب الزوج جريمة الزنا وحكم عليه بعقوبة فهنا القاضي ملزم بتطبيق القانون، ولا يمكن له البحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش، فقد تولى ق.ع هذه المسألة، وبالتالي يطبق نص المادة 53 الفقرة 4.

المبحث الثاني: التفريق بين الزوجين بحكم الشرع

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعل لكلا من الزوجين حقوق وواجبات متبادلة ومن بينها حق المعاشرة والمساكنة وأساسه تحقيق رغبتيهما بالاتصال الجنسي، فواجب كل منهما إمتاع الآخر، فغياب ذلك بدون عذر يسبب ضرر يستوجب من الطرف المتضرر طلب التفريق، كما أن التعدي على حرمة الدين والأخلاق، وذلك بارتكاب الفواحش يؤدي إلى التلاعن بين الزوجين ويؤدي حتما إلى التفريق بين الزوجين.

لذا سوف أتطرق إلى التفريق للإيلاء والهجر في المطلب الأول وإلى التفريق للعان والظهار في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التفريق للإيلاء والهجر

من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري للزوجة هي حق المعاشرة والاستمتاع الجنسي، وهذا إحصان لها من الوقوع في الفاحشة، كما أعطوا للزوج الحق في هجرها في المضجع وذلك لتأديبها، على ألا يتجاوز الحد المشروع وتوفر نية التأديب وإلا كان سبب للتفريق؛ إلا أنه إذا قصد الزوج إلحاق الضرر بزوجه بحلف اليمين عن عدم وطئها فوق أربعة أشهر، هنا يحق لها طلب التفريق للإيلاء.

¹ سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 288-289.

الفرع الأول: التفريق للهجر في المضجع

كما أشرت إليه سابقا، فإن الهجر في المضجع يعد من الآليات التي أقرها الشارع الحكيم للزوج لتأديب زوجته وذلك مصداقا لقوله عز وجل: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾¹.

وجاء في السنة النبوية ما ورد عن رسول الله (ﷺ) عن سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله (ﷺ)، فحمد الله وأثنى عليه، وذكر ووعظ، فذكر في الحديث قصة، فقال: «ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن»².

إذن الهجر شرع من أجل التأديب للزوجة إذا ثبت نشوزها وعدم طاعتها لزوجها، وفي غير ذلك وجب الإحسان إليها.

أما إذا كان بقصد إيذاء الزوجة وإلحاق الضرر بها، فهنا يكون الهجر غير مبرر وغير مشروع، وقد اختلف الفقهاء في إجازة التفريق في هذه الحالة إلى رأيين:

1- الرأي الأول: يرى المالكية والحنابلة إلى أن ترك وطء ومعاشرة الزوجة بدون عذر شرعي يكون سبب مبرر لطلبها التفريق دفعا للضرر عنها، حيث جاء في تاج الإكليل قول ابن رشد: الأظهر التطلاق عليه في ترك المبيت لأنه ضرر بين، ولا إيلاء عليه بحال إذ لم يحلف على ترك الوطء أو ترك الوطء ضررا وإن غائبا، ومن المدونة قال مالك: من ترك

¹ - سورة النساء، جزء من الآية 34.

² - الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1163، المرجع السابق، 459/3، عوان عندكم: يعني أسرى في أيديكم.

وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك إما وطئ أو طلق، يريد ويتلوم له بمقدار أجل الإيلاء وأكثر، وقال مالك أيضا: وذلك رأي وأرى أن يقضى بذلك من المدونة: من سرمد العبادة وترك الوطء لم ينفه عن تبئله وقيل له: إما وطئت أو فارقت إن خاصمته، وكذلك إن ترك الجماع لغير ضرر ولا علة إلا أن ترضى المرأة بذلك.¹

وقال ابن قدامة أنه يجب على الزوج أن يطأ زوجته كل أربعة أشهر ما لم يكن هناك عذر، فإن لم يقدر الزوج على وطء زوجته كل أربعة أشهر فرق القاضي بينهما.²

2- الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنفية أن الجماع حق للزوج له القيام به أو تركه، حيث أن الشافعية اعتبروا معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به، فهم لا يوجبون الجماع لأنه حق من حقوق الرجل حسبهم، فله استعماله أو تركه، وبالتالي لم يقولوا بالتفريق بين الزوجين لترك الوطء والجماع.³

ويتضح أن الشافعية والحنفية قد أقرروا بأن الوطء والجماع من حق الرجل وحده دون زوجته، وفيه إجحاف لحق الزوجة في المعاشرة والتمتع بزوجها لغرض إحصانها، لأن لها ما للزوج من حق المعاشرة والتمتع لأنه حق متبادل.

والرأي الراجح هو رأي المالكية والحنابلة في جواز طلب الزوجة التفريق في حالة الهجر في المضجع والذي يكون بدون عذر وغير مشروع، لأن فيه مساس بحق الزوجة في الوطء والجماع والمعاشرة الزوجية المتبادلة وذلك ما هو ثابت في الكتاب والسنة.

ثانيا: موقف القانون

لقد نص المشرع الجزائري على حالة الهجر في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر وجعلها من بين الأسباب التي تمنح وتجزئ للزوجة طلب التطلق، وذلك من خلال نص المادة 53 الفقرة 3 من ق.أ. واستعمل المشرع عبارة "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"

¹ - المواق: محمد بن يوسف بن ابي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 416/5.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 201/7.

³ - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، 241/2.

وبالتالي أخذ المشرع هنا برأي المالكية والحنابلة، والذين ذهبوا إلى القول بأنه يجب على الزوج أن يطأ ويجامع زوجته كل أربعة أشهر مرة ما لم يكن هناك عذر، فإن لم يقدر على ذلك فرق القاضي بينهما.¹

أما إذا كان الهجر لسبب مشروع ومبرر ومعقول، كأن يكون بهدف تأديب الزوجة الناشر فهذا لا يمكن لها أن تطلب التطلق، لعدم وجود ضرر، وكذلك في حالة ما إذا وقع للهجر مقصد ولكن في أوقات مختلفة ومتفرقة أو وقع لمرض أو عذر شرعي، فالقانون لا يجيز للزوجة طلب التطلق بسبب الهجر في المضجع لأن المبرر شرعي ونية الإضرار غير موجودة.²

ويشترط في التطلق للهجر في المضجع ما يلي:

- الفعل المادي والسلوك اللاشعري ويتمثل في الهجر دون سبب شرعي مقبول ومعقول، بحيث يهجر الزوج زوجته ويترك فراش الزوجية، ولا يعاملها معاملة الزوج لزوجته، ويهمل وجودها بجانبه، مما يسبب لها ضررا كبيرا خاصة إن كانت من اللواتي لا يقدرن على مفارقة زوجها لمدة طويلة.³

- مدة الهجر تكون أكثر من أربعة أشهر متتالية وغير متقطعة وألا يتم الاتصال بينهما، مما يدل على أن الهدف من الهجر ليس التأديب والإصلاح، لأن مرور هذه المدة تفقد التأديب بعده الإنساني، وتجيز للزوجة طلب التطلق إذا الهجر لغير عذر شرعي.⁴

- أن يكون القصد من الهجر الإضرار بالزوجة ومتعمدا ذلك وليس غرضه تأديبها وإصلاحها لطاعته.

¹ - عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطلق، المرجع السابق، ص 112-113.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 289.

⁴ - العوئي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 105؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 197.

الفرع الثاني: التفريق للإيلاء

يعد الإيلاء سببا من أسباب التفريق القضائي الذي ورد حكمه ومدته في القرآن الكريم، ومنه قبل التعرض إلى حكم التفريق للإيلاء يستوجب التعرض إلى التعريف به ثم أركانه وشروطه:

أولاً: مفهوم الإيلاء

1- تعريف الإيلاء

أ- لغة: الإيلاء وهو الحلف، ألى، يؤلي، إيلاء ومعناه حلف، والألية: اليمين وجمعها ألياء.¹
 وألى إيلاء وتألى وائتلى: حلف والألي: الكثير الإيمان.²
 ب- اصطلاحاً:

يمكن تعريف الإيلاء شرعاً بأنه: الحلف على عدم قربان الزوج زوجته والامتناع باليمين أو القسم على عدم قربان الزوجة، ويستوي في ذلك اليمين بالله، أو الصوم، أو الصدق أو الطلاق أو غير ذلك.³

وقد كان الرجل في الجاهلية، يحلف أن لا يقرب زوجته السنة، والسنتين والأكثر من ذلك يقصد الإضرار بها، فيتركها معلقة، لا هي زوجة ولا هي مطلقة.

وقد تضاربت آراء الفقهاء في تعريف الإيلاء، لكنهم استقروا على حلف الرجل باليمين على عدم قربان زوجته بحيث جاءت آرائهم كما يلي:

الحنفية: هو الحلف على ترك قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو ما ينشأ به من القرآن، وهو أولى من قوله في الكفر، الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر، وإن حلف

¹- الرازي، الصحاح، المرجع السابق، ص 17.

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

³- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 400؛ الدريبر، الشرح الصغير "أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك"، المرجع السابق، 179/2.

بطلاق أو عتاق أو حج أو عمرة أو صيام فهو إيلاء،¹ وقال المبسوط: في الشريعة هو عبارة عن يمين يمنع جماع المنكوحة.²

المالكية: الإيلاء هو الحلف بالله فيما يريد المرء أن يضار به امرأته من اعتزالها، ويعرف أيضا بأنه: الحلف على اعتزال الزوجات وترك جماعهن، حيث ذكره الله تعالى في كتابه ونص على الحكم فيه.³

وعرفوا أيضا أنه: هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته، إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر، أو أربعة أشهر.⁴

الشافعية: الإيلاء هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطء زوجته مطلقا أو أكثر من أربعة أشهر،⁵ ويصح حسبهم الإيلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء، لأن الإيلاء هو اليمين التي يمنع بها نفسه من الجماع بقصد الإضرار بزوجه.⁶

الحنابلة: الإيلاء هو الحلف على ترك وطء المرأة، فإن تركه بغير يمين لم يكن موليا، لأن الإيلاء بالحلف، والمولى هو الذي يحلف بالله أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، أما إن حلف على ترك الوطء بضرر هذا كأن حلف بطلاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتين؛ إحداهما لا يكون موليا، وهو قول الشافعية القديم، والرواية الثانية هو مول، وروي عن ابن عباس أنه قال: كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء.⁷

¹ العيني: أبو محمد محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، 488/5.

² السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 19/7.

³ الإمام مالك، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 340/2.

⁴ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 118/3.

⁵ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، 15/5.

⁶ النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، 288/17.

⁷ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 536/7.

ثانياً: دليل مشروعيته

1- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.¹

بينت الآيتين الكريمتين حكم الإيلاء، ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية حيث إنهم كانوا يطلقون بالإيلاء، فجعله الشرع طلاقاً مؤجلاً مدة أربعة أشهر لمن يؤلي من امرأته، ويمكن للمولى أن يحنث خلال هذه المدة ويكفر عن يمينه ليعود إلى زوجته التي طلقها بترك حقوقها، فإن فاء الرجل وعاد إلى زوجته فإن الله غفور رحيم له، لأن الفيئة توبة واستغفار لما أقدم عليه، وإن عزم الطلاق فيراقب وليخشى الله فيما يفعل، لأن الله سميع عليم.²

2- السنة النبوية: ورد أحاديث عديدة نذكر منها:

عن نافع، أن ابن عمر رضي الله عنهما، كان يقول في الإيلاء الذي سمي الله: «لا يحل لأحد بعد الأجل إلا أن يمسك بالمعروف، أو يعزم بالطلاق كما أمر الله عز وجل»، إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق، ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق، ويذكر ذلك عن عثمان، وعلي، وأبي الدرداء، وعائشة، واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي (ﷺ).³

روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «آلى رسول الله (ﷺ) من نسائه، وحرّم، فجعل

الحرام حلالاً، وجعل في اليمين كفارة».⁴

وهو دليل على إيلاء رسول الله (ﷺ) واختلفت الروايات في سبب ذلك، حيث قال أبو

الضحى: حدثنا ابن عباس قال: أصبحنا يوماً ونساء النبي (ﷺ) يبكين عند كل امرأة منهن

¹- سورة البقرة، الآيتين 226-227.

²- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 20/7.

³- البخاري، صحيح البخاري، كتان الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ...﴾، حديث رقم

5290، المرجع السابق، 50/7.

⁴- الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في الإيلاء، حديث رقم 1201، المرجع السابق، 496/3.

أهلها، فدخلت المسجد فإذا هو ملآن من الناس، قال: فجاء عمر رضي الله عنه فصعد إلى النبي (ﷺ) وهو في عُلبة له، فسلم عليه فلم يجبه أحد، ثم سلم فلم يجبه، ثم سلم فلم يجبه أحد، ثم رجع فنادى بلالا، فدخل على النبي (ﷺ) فقال: أطلقت نساءك؟ فقال (ﷺ): «لا، ولكني آليت منهن شهرا»، فمكث تسعة وعشرين، ثم نزل فدخل على نسائه¹.

ثالثا: متى يقع الطلاق بالإيلاء

اختلف الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين لرأيين:

- يرى الحنفية أن التفريق يتم بمجرد مضي أربعة أشهر من غير أن يقربها، فالآية الكريمة تدعو إلى الفء في مدة أربعة أشهر فإن فاء خلالها فهي زوجته، وإن لم يفء حتى مضت المدة طلقت عليه زوجته بمضي أربعة أشهر، وحسبهم الطلاق يحصل تلقائيا مع انتهاء الأربع أشهر دون حاجة إلى التصريح بالطلاق سواء من الزوج أو من القاضي فهو طلاق بقوة القانون، لأن الفء المقصود في الآية الكريمة هو الذي يتم قبل أربعة أشهر، فإن لم يفئ حتى مضت فإن الطلاق نتيجة حتمية لاكتمال مدة الأربع أشهر².

- في حين يرى المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يعد مضي أربعة أشهر يوقف الحكم فيخير الزوج بين الفء إليها بالجماع، وبين تطليقها، فإن أبى أجبره الحاكم على أحدهما فإن لم يفعل طلق عليها القاضي³.

وذهب الظاهرية إلى أن الحاكم لا يفرق بينهما وإنما يجبره بالسوط على أن يفء فيجامع أو يطلق وإلا حبسه وضيق عليه حتى يفء أو يطلق⁴.

الرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء، إذ يمكن للزوجة بعد مرور مدة أربعة أشهر أن تطلب التفريق من القاضي لرفع الضرر عنها، كما يمكن لها أن تصبر عليه.

¹ - النسائي، السنن الصغرى، باب الإيلاء، حديث رقم 3455، تحقيق عبد الفتاح أو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986، 166/6.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 176/3.

³ - الكاساني، المرجع نفسه، 176/3.

⁴ - ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 178/9.

رابعاً: نوع الفرقة

اختلف الفقهاء في نوع التفريق الذي يترتب على الإيلاء:

حيث ذهب الحنفية على أن الطلاق الذي يقع بالإيلاء، بائن بدون صدور الطلاق من المولى، أو صدور حكم بذلك من القاضي وحثهم أن الله جعل التفريق بالإيلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة، لأن الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق في الوطاء، وهذا لا يتحقق إلا في الطلاق البائن، لأنه متى كان رجعي لم يزل الضرر عنها بذلك، لأنه يجبرها على الرجعة؛ قال أبو ثور: طلاق المولى بائن، سواء طلق هو، أو طلق عليه الحاكم، لأنها فرقة لرفع الضرر.¹

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق بالإيلاء رجعي، سواء كان من الزوج أم من القاضي، لأن الأصل في كل طلاق وقع بالشرع يجب حمله على أنه رجعي على أن تثبت القرينة على بينونته، فهي القصد ولزوجها حق مراجعتها، وفي رواية الأثرم إذا طلق الزوج فهي طلقة رجعية، وهو أحق بها، فأما تفريق السلطان، فليس فيه رجعة.²

فالشافعية يرون أنه إذا راجعها ومازالت مدة الإيلاء، فإن جامعها سقط الإيلاء، وإن لم يجامعها عاد لتوقفه مدة أربعة أشهر، إما أن يفيء أو يطلق الحاكم عليه، والطلاق هنا هو طلاق رجعي، إلا إذا كان قبل الدخول أو مكملًا للثلاث، فيصبح بائن بينونة كبرى ويؤيد هذا الرأي الحنابلة والمالكية.³

وفي رواية عن الإمام أحمد بن حنبل أنه بائن إذا طلق الحاكم عليه، ورجعي إذا طلق الزوج.⁴

وذهب الظاهرية إلى أنه إذا حلف ولم يحدد وقتاً، فالحكم يلزمه أن يفيء ويطاء زوجته، ويؤجل له أربعة أشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة أم لم تطلب، رضيت أم لم ترضى،

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 20/7؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 563/7-564.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 563/7.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 348/10.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 563/7.

وإذا لم يفاء خلال مدة أربعة أشهر من حين الحلف، أجبره الحاكم بالسوط يجمع أو يطلق، وليس للحاكم أن يطلق عليه.¹

خامسا: موقف المشرع الجزائري من التفريق بالإيلاء

لقد أهمل المشرع الجزائري الحديث عن الإيلاء، بحيث لا نجد أثر لمصطلح الإيلاء من خلال ق.أ.ج، لكنه من خلال ما تطرقت إليه في الفرع الأول فقد تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وجعله من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التتطبيق من خلال نص المادة 53 ف3 من ق.أ، فالمشرع لم يخرج عن ما ورد في الفقه الإسلامي، فهو يكون قد وافق المالكية والحنابلة في جواز التفريق بترك الوطء أكثر من أربعة أشهر، إلا أن هناك بعض الإجراءات التي كان لابد من ذكرها والقانون أغفلها حيث أنه ترك الأصل وتكلم عن الفرع.²

وما يلاحظ أن المشرع لم يتعرض مباشرة لأحكام الإيلاء رغم تطابق معظم أحكامه معه، وهذا يعني أن المشرع كان يقصده مع تعديله لبعض شروطه.³

فالهجر في المضجع الوارد في ق.أ سبب من الأسباب التي تجيز للزوجة حق طلب التطبيق انفق مع الإيلاء الوارد في الفقه الإسلامي في عدة أوجه ويختلف معه في عدة أوجه أخرى، يمكن حصرها فيما يلي:

1- أوجه الاتفاق والتشابه⁴

- أ- ترك وطء الزوجة وعدم معاشرتها جنسيا في كلتا الحالتين.
- ب- مدة كل حالة هي أربعة أشهر وما فوق حسب ق.أ وجمهور الفقهاء من المالكية، الشافعية، الحنابلة.

¹ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 186/9.

² المصري ميروك، المرجع السابق، ص 328.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 264.

⁴ اليزيد عيسات بلمامي، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2003/2002، ص 114.

ج- الزوجة في كلتا الحالتين يلحقها الظلم والضرر حيث تحرم من حق أساسي يملكه بموجب عقد الزواج.

2- أوجه الاختلاف:

أ- الإيلاء يفيد معنى الحلف واليمين، أي أن الزوج يقسم بأنه لا يقترب من زوجته ولا يجامعها لمدة تزيد عن أربعة أشهر، في حين أن الهجر في المضجع الذي تكلم عنه المشرع في ق.أ وإن كان ضمناً يحتوي هذا المعنى، فإنه لا يفيد صراحة، فهو هجر بدون حلف أو قسم.¹

ب- الإيلاء لا يعد وسيلة لتأديب الزوجة وإنما القصد منه الإضرار بها، ويشترط للقيام بالإيلاء أن يكون هدفه الإضرار بها، أما إذا كان الهدف منه الإصلاح والتأديب مثل أن يحلف أن لا يعاشر زوجته حتى تشفى، وإذا كانت حاملاً حتى تلد، فلا إيلاء في هذه الحالات لانقضاء نية الإضرار بالزوجة.

أما الهجر في المضجع فالمشرع جعله من أحد الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق على أساسه، لم يشترط توفير نية الإضرار صراحة وإن كان لمدة تزيد عن أربعة أشهر يفترض فيه أن يضر بالزوجة، فالقاضي يمكن أن يلبي للزوجة طلبها بأن يحكم لها بالتطليق من زوجها إذا توصلت الزوجة إلى إثبات واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر وما فوق دون البحث عن توفير نية الإضرار من عدمها.²

ج- في الإيلاء لا يطلق القاضي، وليس للمرأة حق طلب التطليق إلا بعد الرفع ثم يوقف الحاكم الزوج فيأمره بالوطف فإن رفض طلق عليه الحاكم وهذا الترتيب لا بد منه عند الفقهاء.

¹ نزار كريمة، التفريق للإيلاء بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، مج 6، ع 2، ديسمبر 2021، ص 67.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 264.

في حين إذا ترك الزوج الوطاء من غير سبب فإن المشرع قد أتى في هذا بما يحقق المصلحة حيث أعطى الزوج مهلة أربعة أشهر حتى يرجع عن ظلمه، فإن رفض وطالبت الزوجة التطلاق طلق عليه القاضي.¹

ويرى بعض شراح قانون الأسرة أن المشرع قد أهمل الإيلاء، لأنه رآه يمينا معلق على شرط، فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع.

ويرى الباحث أن المشرع وإن كان قد لم يتطرق لمصطلح الإيلاء في نصوص ق.أ.إ إلا أنه قد ألبسه ثوب آخر تمثل في الهجر وأعطى للزوجة الحق في طلب التطلاق من خلال نص المادة 53 ف03، للهجر في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر والتي هي نفس مدة الإيلاء، كما أن كلا من الإيلاء والهجر في المضجع الذي أورده المشرع في ق.أ.إ يعطي للزوجة حق طلب التفريق.

المطلب الثاني: التفريق للعان والظهار

لقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 53 ف10 أنه يمكن للزوجة طلب التطلاق عن كل ضرر معتبر شرعا، وعليه فمتى فعل الزوج فعل سبب ضرر جسيم وخطير أدى إلى استحالة استمرار العشرة الزوجية بين الزوجين، فوضت الزوجة أمرها للقاضي طالبة التطلاق، فعلى القاضي وإعمالا لسلطته التقديرية أن يتأكد من ذلك قبل التفريق بينهما، كما قد يكون اللعان والظهار سببين للتفريق بين الزوجين، وعليه سيتم التطرق إلى التفريق للعان في الفرع الأول والتطلاق للظهار في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التفريق للعان

أهم الأسس التي تبنى عليها الحياة الزوجية هي الثقة المتبادلة بين الزوجين وضرورة إحصان كل من الزوجين بعضها، فإذا اقترنت هذه الثقة بأن شك الزوج بخيانة زوجته ولم يستطع إثباتها ولم يكن له دليل وقرينة على ذلك، لجأ إلى اللعان من أجل التفريق بينهما.

¹ - عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطلاق، المرجع السابق، ص 119.

أولاً: تعريف اللعان ودليل مشروعيته

1- تعريف اللعان:

وسوف نتطرق إلى تعريفه لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

لعن: أبيت اللعن: كلمة كانت العرب تحيي بها ملكوها في الجاهلية، تقول للملك: أبيتَ اللَعَنَ؛ معناه أبيت أيها الملك أن تأتي ما تلعن عليه، واللعن: الإبعاد والطرده من الخير، وقيل: الطرد والإبعاد من الله، ومن الخلق السبُّ والدعاء، واللعنة الاسم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه يلعنه لعنا: طرده وأبعده ورجل لعين وملعون والجميع ملاعين.¹

واللعان والملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعداً.

ب- اصطلاحاً:

لقد تعددت وتتنوعت تعريفات اللعان في الفقه الإسلامي حيث عرفه الحنفية أنه: شهادات مؤكدة بالإيمان ويكون قائماً مقام حد القذف في جانب الرجل وقائماً مقام حد الزنا في جانب المرأة.²

وعرفه الشافعية: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد.³

وعرفه المالكية: حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكر لها حدها بحكم قاض وخرج بقوله اللازم الحمل غير اللازم له.⁴

وعرفه الحنابلة: أنه شهادات مؤكدة بإيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف أو تعزيز في جانبه أو حد زنا في جانبها.⁵

¹ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 387/13.

² محمد بن أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 217/2.

³ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، 52/5.

⁴ الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 124/4.

⁵ موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ن، 95/4.

2- دليل مشروعيته

لقد ثبت اللعان بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذا يدل على حرص واهتمام الإسلام على عدم اختلاط الأنساب، وحفظها، بالإضافة إلى أنه يقوم مقام حد القذف في حق الزوج، ويقوم مقام الزنا في حق الزوجة.

أ- من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾¹.

ب- من السنة النبوية

1- عن مالك، عن ابن شهاب، أن سهل بن سعد الساعدي أخبره، أن عويمر بن أشقر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي، فقال له: يا عاصم رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقنته فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم رسول الله (ﷺ) عن ذلك، فسأل عاصم رسول الله (ﷺ)، فكره رسول الله (ﷺ) المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله (ﷺ)، فلما رجع عاصم إلى أهله، جاءه عويمر، فقال له: يا عاصم، ماذا قال لك رسول الله (ﷺ)؟ فقال عاصم: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله (ﷺ) المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله (ﷺ) وهو وسط الناس، فقال: يا رسول الله، رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فتقتلونه، أم كيف يفعل؟، فقال رسول الله (ﷺ): «قد أنزل فيك وفي صاحبك قرآن، فاذهب فأت بها». قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله (ﷺ) فلما فرغا، قال عويمر: كذبت عليها

¹ - سورة النور، الآيات 6-10.

يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها عويمر ثلاثا، قبل أن يأمره النبي (ﷺ)، قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين.¹

عن ابن عباس أن هلال بن أمية، قذف امرأته عند النبي (ﷺ) بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ، فقال النبي (ﷺ): «الْبَيْتَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ»، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يَلْتَمِسُ الْبَيْتَةَ، فجعل النبي (ﷺ) يقول: «الْبَيْتَةُ وَالْأَحَدُ فِي ظَهْرِكَ» فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، فليُنزِلَنَّ اللهُ ما يُبْرِئُ ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ، فنزل جبريل وأنزل عليه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ فانصرف النبي (ﷺ) فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد، والنبي (ﷺ) يقول: «إن الله يعلم أن أحدكم كاذب، فهل منكم تائب» ثم قامت فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وَقَفُوها، وقالوا: إنها مُوجِبَةٌ، قال ابن عباس: فَتَلَكَّاتٌ وَتَكَصَّتْ، حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم، فَمَضَتْ، فقال النبي (ﷺ): «أبصروها، فإن جاءت به أَكْحَلَ الْعَيْنِينَ، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، خَدَّجَ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ»، فجاءت به كذلك، فقال النبي (ﷺ): «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن».²

ولقد وردت عدة أحاديث عن اللعان في عهد الرسول (ﷺ).

ثانياً: شروط اللعان

لقيام اللعان بين الزوجين لابد من توافر مجموعة من الشروط حيث هناك شروط خاصة بالزوج وبعضها خاصة بالزوجة وأخرى بهما معاً، وإذا كان سبب اللعان هو نفي الولد فهنا يستدعي شرطاً التأقيت وقد اختلف الفقهاء حول هذه الشروط:

حيث يرى الحنفية أن هناك شرط واحد يخص الزوج ويتمثل في عدم إقامة البينة، لأن الله شرط ذلك في آيات اللعان لقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا

1- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في اللعان، حديث رقم 2251، المرجع السابق، 275/2.

2- البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿وَيَذُرُّا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ...﴾، حديث رقم 4747، المرجع السابق، 100/6.

أَنْفُسُهُمْ ﴿١﴾، وهذا يفيد أن الزوج إذا أقام أربعة من الشهود وشهدوا على زوجته بالزنا، ولو كان أحدهم الزوج تقبل شهادتهم، ولا يجب اللعان ويقام عليها حد الزنا.

خالف هذا الشافعية حيث أنه عندهم إذا كان الزوج من بين الشهود لا تقبل شهادته، وحجتهم في ذلك أن الزوج في رأيهم متهم في شهادته لاحتمال أن الغيظ حمله على ذلك.

أما في يرجع إلى المقذوف أو الزوجة فلا بد من توفر شرطين هما:¹

- إنكارها وجود الزنا منها لأن لو أقرت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا.
- عفتها عن الزنا فإن لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها، كما لا يجب الحد في قذف الأجنبية إذا لم تكن عفيفة، لأنه إذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها.

وأما الذي يرجع إليهما معا فهو اعتبار قيام الرابطة الزوجية بينهما لأن الله تعالى خص اللعان بالأزواج، إضافة إلى ذلك أن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف، بحيث لو طلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاث ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم قيام الزوجية ولا يلاعنها بالإبانة والثلاث، ولو طلقها طلاق رجعي ثم قذفها يجب اللعان، لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية.²

أما المالكية فيشترطوا في الملاحن والملاعنة أن يكونا زوجين، أي قيام العلاقة الزوجية بينهما أو في العدة من الطلاق الرجعي والبائن، وأن يكونا عاقلين بالغين سواء كانا حرين أو مملوكين عدلين أو فاسقين، ويشترط الإسلام في الزوج لا في الزوجة، فإن الذميمة تلاعن لرفع العار عنها، ويقع اللعان من الزوجين في النكاح الصحيح والفساد.³

أما سبب اللعان فشيآن:

- دعوى رؤية الزنا بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنا دون الرؤية حد للقذف ولم يجز اللعان على المشهور.

¹- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 3/240.

²- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع نفسه، 3/241.

³- ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 162.

- نفي الحمل بشرط أن يدعي أنه لم يطأها لأمد يلحق به، ويشترط أن يدعي الاستبراء بحيضة واحدة، وقال البعض ثلاث حيضات، وهذا خلاف للشافعية والحنابلة في هذا الشرط، يشترط أن ينفية قبل وضعه فإن سكت حتى وضعتة حد ولم يلاعن، وقال الشافعي يلاعن إذا سكت لعذر، فإن قذفها من غير رؤية ولا نفي حمل لم يلاعن في المشهور.

أما لفظه فإنه يقول أربع مرات في الرؤية (أشهد بالله لقد رأيتها تزني) ويصف الزنا كما يصفه المشهود، ويقول في نفي الحمل (أشهد بالله لقد زنت أو ما هذا الحمل مني) ويقول في الخامسة (لعنة الله عليك إن كان من الكاذبين)، وتقول المرأة أربع مرات في الرؤية (أشهد بالله ما رأني أزني) وفي نفي الحمل (ما زنيت وإنه منه) وتقول في الخامسة (غضب الله عليها أن كان من الصادقين)، ويتعين لفظ الشهادة فلا يبدل بالحلف ولا لفظ الغضب باللعن، ويصح لعان الأخرس وقذفه إذا كان يعقل الإشارة أو يفهم الكتابة، ويكون اللعان في مقطع الحقوق بمحضر جماعة لا ينقصون عن أربعة ويستحب أن يكون بعد العصر.

ثالثاً: التفريق بين المتلاعنين

إذا توافرت جميع شروط اللعان وانتهت إجراءاته، يقوم القاضي بالتفريق بين الزوجين، فتنحول الزوجة إلى أجنبية عن زوجها ومحرم عليه الاتصال بها، أي حرمة الوطء والاستمتاع بين الزوجين بعد التلاعن، ولو قبل التفريق بينهما لحديث النبي (ﷺ):

«المتلاعنان لا يجتمعان أبدا»¹.

وقد اختلف الفقهاء حول الفرقة التي تكون بين الزوجين بسبب اللعان، فهل تكون لنفس اللعان أي بمجرد الانتهاء من الملاعة أو تتوقف على حكم القاضي بعد اللعان؟ حيث يرى المالكية أنه بتمام اللعان تقع الفرقة بين المتلاعنين، فلا يجتمعان ولا يتوارثان، ولا يحل له مراجعتها أبداً لا قبل زواجها ولا بعده، أي أن الفرقة بين الزوجين المتلاعنين تكون بعد إتمام إجراءات اللعان مباشرة، وذلك بالنص على التأييد بقوله لا

¹- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، 483/3.

يجتمعان أبداً، ولا يكون توارث بينهما، ولا يمكن للزوج مراجعتها بعد ذلك سواء تزوجت وطلقت بعد ذلك أولاً.¹

أما الحنفية فيرون أن الفرقة لا تقع بعد فراغها من اللعان بل حتى يفرق القاضي بينهما، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة.²

وذهب الشافعية إلى أن الفرقة تكون بمجرد شهادة الزوج أي تتحقق الفرقة بتمام لعانه، دون أن تلتعن المرأة، بحيث يرى أبي حنيفة أنهم خالفوا النص في رأيه، حيث إنه إذا كانت الفرقة بلعان الزوج فقط، فالمرأة تصبح أجنبية عنه، وهذا مخالف لآيات اللعان، لأن الله عز وجل خص بها الأزواج.³

كما ثار خلاف حول نوع الفرقة طلاق أم فسخ، فذهب الحنفية إلى أنه طلاق بائن، فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج إلى وقت الإكذاب وإقامة الحد، في حين يرى أبو يوسف من الحنفية أنها فرقة بغير طلاق توجب تحريماً مؤبداً وأصله أن المتلاعنان لا يجتمعان.⁴

أما جمهور الفقهاء فذهبوا إلى التفريق باللعان أنه فسخ.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من التفريق للعان

تعتبر مسألة اللعان من بين المسائل التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري كسبب من أسباب التفريق مع أنه معتمد عليه من الناحية القضائية، مما يطرح التساؤل عن سبب هذا الفراغ القانوني، وبالرجوع إلى ق.أ نجد أنه تحدث في موضوعين اثنين عن اللعان، أحدهما بصفة ضمنية من خلال نص المادة 41 حيث جاء فيها: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، إذ يعتبر اللعان من بين طرق نفي النسب طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 139/1-140.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 222/2.

³ محمود بن أحمد بن موسى، البناية في شرح الهداية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، 537/5.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 222/2.

كما أن المشرع الجزائري نص على اللعان وبصفة صريحة من خلال نص المادة 138 من ق.أ والتي جاء فيها: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، بحيث اعتبر اللعان مانع من موانع الميراث، فترفع دعوى اللعان، وفقا لأحكام ق.م.إ أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وفقا لنص المادتين 40 ف03 و 426 ف03 من ق.إ.م.إ، ويطبق القاضي بصددها الأحكام المتضمنة في آيات اللعان، وهذا وفقا لنص المادة 222 من ق.أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما سكت عنه المشرع الجزائري، والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشمولها، حتمية مصيرية لا بد منها.¹

ويتوجب على القاضي التفريق بين الزوجين في الحال، وتكون الفرق مؤبدة على الرأي الراجح، والأصل أن يقتصر الأمر في اللعان على التفريق بين الزوجين لفقدان الثقة بينهما، إلا أن الأمر قد يتعدى ذلك، فالشرع أجاز للزوج نفي نسب الولد إذا كانت الزوجة حاملا، فلا يثبت نسب الجنين للزوج، كما لا يثبت التوارث بينه وبين الطفل، ولا يطالب الزوج بتقديم الدليل، فاللعان كافي لنفي النسب، وينسب الولد لأمه وترث منه ويرثها.²

لذا نقترح على المشرع تعديل قانون الأسرة الجزائري بما يسمح فك الغموض خاصة في المسائل الشرعية المنصوص عليها بنص قرآني، ومنها اللعان فيجب على المشرع أن ينص عليه بشكل صريح، ويوضح من خلاله ضوابط اللعان وآثاره، لما يترتب من آثار على العلاقة الزوجية وكذا النسب.

فبالرغم من أن القانون لم ينص عليه، فإن المحاكم تأخذ باللعان كسبب للتفريق بين الزوجين، وتستخدم اللعان في نفي النسب بالنسبة للزوج، فعندما يغلب على الزوج احتمال خيانة زوجته له، ويريد أن ينفي المولود الذي أتت به إما في أدنى أو بعد أقصى مدة الحمل أثناء الحياة الزوجية، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة، فعندما يأمر القاضي الزوج إذا أصر على إتهام زوجته بالملاعنة في جلسة سرية، ويعرض كل منهما ادعاءاته

¹ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 371.

² - بن شويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2002/2001، ص 148.

وحججه، فإذا تم اللعان يثبت القاضي ذلك في حكمه ويفرق بين الزوجين حالا بتطبيقه بئنة، كما أقرت المحكمة العليا بأن اللعان يأخذ حكم الطلاق البائن ولا يكون فسخ.¹

الفرع الثاني: التفريق للظهار

يعتبر الظهار شبيها بالإيلاء، لأن كلاهما يمين وكلاهما فيه الامتناع عن الوطء. ومعنى الظهار في اللغة، هو أن يقول الرجل لامرأته، أنت علي كظهر أمي، وهو مأخوذ من الظاهر تشبيها للمرأة بالمركوب، لأنها مركوب الرجل، فالظهار كان مستعملا في تحريم وطء الزوجة في الجاهلية، وكان حكمه تأبيد التحريم على الزوج وعلى غيره، حتى جاء الإسلام وجعل له حكما في الدنيا والحكما في الآخرة، فأما حكمه الدنيوي فهو تحريم وطء المرأة حتى يكفر الرجل تأديبا له وتغليظا له، وسيأتي بيان الكفارة، وأما حكم الآخرة فهو الإثم، فمن قال فقد أثم.²

المالكية: قالوا الظهار تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزئها بظهر محرم أو جزئه، كقوله: أنت علي كظهر أمي أو أختي أما إذا ناداها بقوله: يا أمي أو يا أختي فإنه لا يكون مظاهرا، ولكن إذا نوى به الطلاق عد طلاقا بائنا.³

الحنفية: الظهار هو تشبيه المسلم زوجته أو تشبيه ما يعبر به عنها من أعضائها أو تشبيه جزء شائع منها بمحرم عليه تأبيدا بوصف لا يمكن زواله.⁴

الشافعية: قالوا الظهار تشبيه الزوج زوجته في الحرمة بمحرمة والمراد بالزوج هو كل من يصح طلاقه، فيشمل العبد، الكافر.⁵

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014)، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 98-99.

² - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مكتبة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2014، 129/4؛ سيد سابق، المرجع السابق، ص 264.

³ - عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 434/4؛ الدردير، الشرح الصغير، 634/2.

⁴ - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 431/4.

⁵ - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع نفسه، 435/4.

الحنابلة: قالوا الظهار هو تشبيه الزوج امرأته بمن تحرم عليه مؤبداً أو مؤقتاً، أو تشبيهه عضو من امرأته بظهر من تحرم عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة أو بعضو من أعضائها الثابتة غير الظهر أو تشبيهه امرأته أو عضو منها برجل أو عضو منه، والمراد بالزوج كل من يصح طلاقه، مسلماً كان أو كافر حراً أو عبد.¹

ثانياً: دليل مشروعيته

من القرآن: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ﴾.²

من السنة النبوية: حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: "ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجننت رسول الله (ﷺ)، أشكو إليه ورسول الله (ﷺ) يجادلني فيه، ويقول: «اتقي الله فإنه ابن عمك»، فما برحت حتى نزل قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾، إلى الفرض، فقال: «بعثق رقبة»، قالت: لا يجد، قال: «فيصوم شهرين متتابعين»، قالت: يا رسول الله، إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: «فليطعم ستين مسكيناً»، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قال: «سأعينه بعرق من تمر»، قالت: يا رسول الله، فإني أعينه بعرق آخر، قال: «قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك».³

ثالثاً: آثار الظهار

لقد حرم الإسلام الظهار لأنه منكر من القول، وفيه إضرار بالزوجة، بحيث يترتب على الظهار الأحكام التالية:

¹ - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع نفسه، 4/436.

² - سورة المجادلة، الآية 2.

³ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الظهار، حديث رقم 2214، المرجع السابق، 2/266.

- حرمة إثبات الزوجة حتى يكفر كفارة الظهر، وكما يحرم المسيس، فإنه يحرم كذلك مقدماته من تقبيل والمعانقة ونحو ذلك وهذا عند جمهور الفقهاء.¹
والكفارة هي حسب الاستطاعة تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فأطعام ستين مسكينا.

والكفارة لا تجب إلا بالعود لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾، وقد اختلف الفقهاء حول المراد بالعود فعند المالكية والحنفية هو العزم على الوطء فقط، وإن لم يطء، وعند الشافعية هو الإمساك بالمعروف بعد الظهر، فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال، وعند الظاهرية الكفارة لا تجب إلا بالظهر المعاد،² وعند الحنابلة الوطء في الفرج.³

رابعاً: حكم التفريق للظهر

اختلف الفقهاء حول أن الظهر ضرر يجيز للزوجة طلب التفريق أم لا إلى ما يلي:
يرى المالكية والحنابلة أن الزوجة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى القاضي بعد مضي أربعة أشهر، فعلى القاضي أن يأمره بالتكفير والرجوع إلى زوجته، فإن أجابه فقد انتهى حكم الظهر وإن رفض وامتنع فللقاضي أن يطلق عليه.⁴
ويرى الحنفية إذا ظاهر منها ثم تركها ولم يعزم على استباحة وطئها ولم يكفر حتى مضت مدة أربعة أشهر فإنها تبين منه لأن الإيلاء لا يتحقق إلا باليمين، والظهر ليس بيمين، لأنه منكر من القول وزور، وقد يظاهر الزوج من امرأته لكرهته إياها، ثم يتركها كالمطلقة فلا يطؤها ولا يكفر فيكون ضرر الظهر أشد من ضرر عدم الوطء فهنا للحنفية رأيين:⁵

يرى البعض أن قواعد المذهب وإن كانت تقضي بعدم إجباره على الوطء في العمر إلا مرة واحدة فلا يمكن إجبار المظاهر على التكفير ليرفع الضرر على امرأة بالوطء، ولكن من

¹- سيد سابق، المرجع السابق، ص 267.

²- سيد سابق، المرجع نفسه، ص 267.

³- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 605/7.

⁴- المصري مبروك، المرجع السابق، ص 326.

⁵- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 443/4-444.

حيث أن الظهر معصية حرمها الله تعالى وجعل لرفع هذه المعصية حدا في الدنيا فإنه يجب على القاضي إلزامه بالتكفير بالحبس أولا فإن لم يفعل يضربه إلى أن يكفر أو يطلق. ويرى البعض الآخر أن الرجل مكلف بإعفاف المرأة ودرء الفساد عنها، فإذا هجرها حتى طالبتة بالوطء كان معنى ذلك توقانها، فليس من الدين أن يقال لها: متى جاءك مرة فقد سقط حقك، لأن في هذا تعريض لها للفساد، بل الواجب في هذه الحالة إرغامه على إتيانها وتطبيقها.

ويرى الشافعية أنه إذا ظاهر الرجل من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فهو متظاهر، ولا إيلاء عليه يوقف له لأن الله عز وجل قد حكم في الظهر غير حكمه في الإيلاء فلا يكون المتظاهر موليا ولا المولي متظاهرا بأحد القولين ولا يكون عليه بأحدهما إلا أيهما جعل على نفسه، لأنه مطيع لله تعالى بترك الجماع في الظهر عاص لو جامع قبل أن يكفر وعاص بالإيلاء، وسواء كان مضارا بالظهار أو غير مضار إلا أنه يؤثم بالضرار كما يؤثم لو آلى أقل من أربعة أشهر يريد ضرارا، ولا يحكم عليه حكم الإيلاء بالضرار ويؤثم لو تركها الدهر بلا يمين يريد ضرارا ولا يحكم عليه حكم الإيلاء ولا يحال حكم عما أنزل الله تبارك وتعالى فيه.¹

خامسا: انتهاء حكم الظهر

الظهر إما مؤقت أو مطلق مؤبد، ويختلف حكم انتهاء أحدهما عن الآخر:

1- فإن كان الظهر مؤقتا، كأن يقول الزوج لزوجته: "أنت علي كظهر أمي يوما أو شهرا أو سنة"، ينتهي بانتهاء هذه المدة بدون كفارة عند جمهور الفقهاء، لأن الظهر كاليمين يتحدد بالوقت، وينتهي بانتهاء أجله، بعكس الطلاق فلا يتوقت.

ويرى المالكية أنه يبطل التأقيت ويتأبد الظهر، ولا ينحل إلا بالكفارة، قياسا على الطلاق، وإذا كان تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت، فكذاك تحريم الظهر مثله.²

¹- الشافعي، الأم، المرجع السابق، 294/5.

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 620.

2- وإن كان الظهار مؤبداً أو مطلقاً فينتهي حكم الزهار أو يبطل باتفاق الفقهاء بموت أحد الزوجين لزوال محل حكم الظهار، ولا يتصور بقاء الشيء في غير محله.
لا يبطل حكم الظهار عند الجمهور بالطلاق الرجعي أو البائن أو الثلاث، ولا بالردة عن الإسلام حتى لو تزوجت بزواج آخر، ثم عادت إلى الأول، فلا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة، لأن الظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة، فيبقى على ما انعقد عليه، وهو ثبوت حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة.¹

أما عند المالكية ففيه قولان مشهوران:²

القول الأول: أنه إذا عزم على وطئها ثم طلقها سقطت الكفارة لأن الشرط في وجوبها بقاء العصمة، وإنما تسقط بالطلاق البائن لا الطلاق الرجعي، فإذا أبانها سقطت الكفارة ما لم يتزوجها ثانية.

القول الثاني: عدم سقوط الكفارة بطلاقها، لأنه عزم على الوطء وعلى إمساكها مدة، فإذا طلقها قبل المدة لزمته كفارة الظهار، لأنه لا يشترط بقاء العصمة مع نية الإمساك.

سادسا: موقف المشرع من التفريق للظهار

لقد سكت المشرع الجزائري من خلال ق.أ عن مسألة التفريق للظهار ولم يشر صراحة إلى موضوع الظهار، وهذا راجع إلى عدم اللجوء إليه في الوقت الحاضر، وكذا لأنه مسألة دينية يترتب كفارة والكفارة هي حق لله الواحد القهار، غير أنه متى امتنع المظاهر من التكفير حتى دخل عليه زمن الإيلاء طبق عليه أحكام هذا الأخير، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق.م.³

وأرى أن المشرع قد أجاز للزوجة طلب التفريق بسبب الظهار واللعان و الإيلاء ضمنا وذلك من خلال نصه في ف10 من المادة 53 من ق.أ على اعطاء الزوجة الحق في طلب التلطيق لكل ضرر معتبر شرعا، فالمشرع لم يتطرق إلى تعريف الضرر المعتبر شرعا، ولم

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 620.

² - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 4/444.

³ - عماري نور الدين، دور الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطيق، المرجع السابق، ص 125.

يحدد أنواعه واكتفى بالنص عليه في المادة 53 والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية: ...10- كل ضرر معتبر شرعا"، فجاءت هذه الفقرة واسعة المدلول، فشملت حتى الأسباب المنصوص عليها في هذه المادة، بحيث لم يتقيد المشرع بوصف ضرر بذاته، جاعلا السلطة التقديرية في تحديده وتقديره للقاضي.

إن النص القانوني "كل ضرر معتبر شرعا" جاء بصيغة العموم والمرونة، يفهم من خلاله أن المشرع لم يفرق بين الأضرار بل تركها على عمومها، وبالتالي يدخل في هذا كل الأضرار النفسية منها والجسمية، حيث أطلق الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين دون حصر ذلك في إيذاء مادي أو معنوي، ودون تحديد درجته من حيث الشدة والخفة، ومن حيث وقوع الضرر مرة أو بشكل متكرر، ونص على ذلك من أجل توفير أكثر حماية للزوجة خاصة فيما يتعلق بالأضرار التي لم يخصصها القانون بنص مع وجودها في الفقه الإسلامي.¹ فالمشرع لم يتقيد بضرر معين، فأجاز للزوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي لا تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطبيق، فإذا إدعت الزوجة إضرار زوجها بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وثبت ما إدعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه، والضابط في معيار الضرر هو الضرر الذي ينشئ خلافات وكرهية بين الزوجين، ويستحيل معه استمرار الحياة الزوجية.²

وقد سائر المشرع في مفهوم الضرر فقهاء الشريعة الإسلامية سعيا منه لتوفير حماية للزوجة من كل أشكال الضرر، لأن ما قد يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يعتبر كذلك في نظر أخرى، كما أن اعتبار فعل ما بمثابة ضرر معتبر شرعا في زمن معين لدى جماعة معينة، قد لا يكون هو نفسه في زمن آخر أو بالنسبة لجماعة أخرى، فالمشرع أخذ بالمعيار

¹ سعيد سميرة، والي عبد اللطيف، إشكالات التطبيق للضرر المعتبر شرعا بين النص القانوني وواقع العمل القضائي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، ع3، 2022، ص 232.

² دليلة براف، التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، ع1، 2011، ص 214.

الشخصي في تحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها، فصور التطلاق للضرر
المعتبر شرعا كثيرة، فإذا أضر الزوج بزوجه بأي نوع من أنواع الضرر الذي يستحيل معه
دوام العشرة بينهما جاز لها طلب التطلاق.¹

عدم وجود تعريف أو معيار محدد للمقصود بالضرر المعتبر شرعا، قد أصبح المرجع
والمنقذ لقضاة المحاكم وحتى المحكمة العليا لتسبب أحكامهم خاصة بالتطلاق، حتى بوجود
أسباب أخرى منصوص عليها بوضوح في المادة 53 من ق.أ.²

ومما سبق ذكره فإنه يشترط لإيقاع التطلاق للضرر المعتبر شرعا شروط تتمثل فيما

يلي:

- 1- وجود ضرر واقع على الزوجة من قبل الزوج سواء كان مادي أو معنوي.
- 2- أن يستحيل مع وجود هذا الضرر دوام العشرة الزوجية.
- 3- أن يكون مرتكب الضرر أهلا لإيقاع التصرفات القانونية.
- 4- فشل جلسات الصلح التي قام بها القاضي طبقا لنص المادة 49 من ق.أ. والمواد من
439 إلى 449 من ق.إم.إ.

¹ - سعيد سميرة، والي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 232.

² - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص
47.

الباب الثاني

آليات حماية الرابطة الزوجية

إن الأصل في عقد الزواج الدوام والاستمرار، غايته إنشاء أسرة تنعم بالمودة والطمأنينة بحيث تعتبر الصلة بين الزوجين من أوثق وأقدس العلاقات، ومن أهم مقاصد الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ومن بينها المشرع الجزائري حماية الرابطة الزوجية والحفاظ على استمرارها، وذلك من خلال إحاطتها بجملة من الأحكام من لحظة إنشائها وتكوينها، وما ترتبه من حقوق والتزامات وما تتجر عليه من آثار.

ولا يمكن الحديث عن حماية فعالة وناجعة للرابطة الزوجية إلا بالتطرق إلى أبرز الآليات التي رصدتها الشريعة الإسلامية ورسخها التشريع الجزائري من خلال بيان الضمانات التي ترافق الزوجين طيلة الحياة الزوجية بداية من حسن اختيارهما لبعض، مروراً بمقومات تكوينه واستمراره، وكذا بيان مالهما من حقوق وما عليهما من واجبات، فإن التزاما بها وفقهما الله إلى نعمة الاستقرار في جو أساسه المودة والرحمة.

وباعتبار أن الخلافات والنزاعات بين الزوجين تعد في غالب الأحيان السبب الرئيسي لفك الرابطة الزوجية، ولإطفاء نار الخلافات واستئصال فتيل النزاعات الزوجية حرصت الشريعة الإسلامية على تنظيم آليات علاجية تتمثل في الصلح والتحكيم، كما أن التشريع الجزائري سار على نهجها وأقر على إجراء محاولات الصلح والتحكيم ووجوب إجراءها قبل الفصل في دعاوي انحلال الرابطة الزوجية، وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: الآليات الوقائية لحماية الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني: الآليات العلاجية لحماية الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

الآليات الوقائية لحماية الرابطة الزوجية

لقد شرع الله عز وجل الزواج لتحقيق مقاصد وغايات سامية في الكون، وجعل الأصل في الرابطة الزوجية الدوام واستمرار في كنف أسرة أساسها المودة والرحمة، ولقد أولت الشريعة الإسلامية اهتمام خاص وعناية كبيرة حفاظا للرابطة الزوجية وضمان استمرارها، وحماية لها من الانحلال والتفكك.

ولضمان تكوين الأسرة على أسس متينة وسليمة قررت الشريعة الإسلامية حماية قبلية للرابطة الزوجية، أي حتى قبل إنشائها وهذا من خلال التشريع على مقدمات تسبق تكوين العقد، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، كما بينت مقومات استمرارها من خلال إظهار ما يقتضيه عقد الزواج من حقوق وواجبات متبادلة بين الطرفين، وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: أهمية مقدمات الزواج في حماية الرابطة الزوجية

المبحث الثاني: حماية الرابطة الزوجية أثناء إنشائها ومقومات استمرارها

المبحث الأول: أهمية مقدمات الزواج في حماية الرابطة الزوجية

على خلاف جميع العقود جعلت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري لعقد الزواج مقدمات تسبق إبرامه تساهم في إنشائه على أحسن وجه، وعلى أساس متين، فتدوم العشرة وتستمر العلاقة الزوجية، وتساهم في حمايتها من التفكك والانحلال. فالخطبة لها دور بارز في التعرف أكثر على شريك الحياة، كما أن المشرع فرض بعض الرخص القضائية لإتمام إبرام عقد الزواج، وعلى هذا الطرح سيتم تقسيم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: حسن اختيار الزوجين**المطلب الثاني: أهمية الخطبة والرخص القضائية في حماية الزواج**

المطلب الأول: حسن اختيار الزوجين

إن الهدف الأسمى من الزواج هو السكن، بمعنى الاستقرار والاطمئنان في الحياة، وهذا لا يتم إلا إذا توافرت عناصر الانسجام والائتلاف بين الزوجين بتشريع ضمانات تحمي هذا الاستقرار وتساعد على استمراره والمحافظة عليه، ومن بين هذه الضمانات حسن اختيار الزوجين لبعض، وتحديد بعض المواصفات التي تساعد على التقارب والاستقرار بين الزوجين، ومنه سيتم التعرض إلى حسن اختيار الزوجة كفرع أول، ودور الكفاءة في الزواج كفرع ثان.

الفرع الأول: حسن اختيار الزوجة

يعتبر الزواج قسمة من الله وعز وجل، وأن لكل شخص ذكر كان أو أنثى نصيب مع شريك حياته من الله قبل أن يخلقهما، بحيث سيوفقه الله بعدله وبفضله للشريك الذي سيقاسمه حياته، إلا أن هذا لا يمنع من اتخاذ الأسباب، فهو مسؤول عن اختياره، بحيث يستطيع التميز والتحري في حسن اختيار زوجه باتخاذ الأسباب.

حيث أن أساس اختيار الزوجين لبعضهما على ميل القلبى وتحكيم العقل بناء على معايير شرعية وذاتية، وذلك لإيجاد الشريك الذي يمكن معه تحقيق هذا الميثاق الغليظ، حيث يعتبر هذا الاختيار من أهم القرارات التي يتخذها الإنسان في حياته، وذلك لكونه مرتبط بمسار حياته الزوجية، فهو أساس سعادته أو شقائه، فإن وفقه الله لحسن الاختيار وفق الأسس التي وضعها الشارع الحكيم حقق جزء كبير من السعادة الزوجية التي تعتبر متاع الدنيا، فحسن الاختيار يقوي ثقة الشخص بنفسه ويمنحه الراحة والاطمئنان، كما أن الإخفاق في الاختيار يؤدي إلى اضطراب النفس وضعفها، لذلك قبل الإقدام على هذا الأمر العظيم على الشخص أن يفكر ويراجع نفسه.¹

أن يستشير من هم أهل لذلك، ويستخير ربه ليوفقه إلى الرأي السديد والقرار الصائب وذلك لأن هذه الأسس تعتبر من بين أهم الضمانات التي تساهم في استقرار الحياة الزوجية

¹ - علي بن عوالي، ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2018/2017، ص 72 - 73.

وتقييها المشاكل التي تفرق فيها الكثير من الأسر، كما تجنبها آفات الطلاق والتفكك؛ لذا وجب على من يريد الاستقرار والاطمئنان الاعتماد على الأسس والمعايير الصحيحة، وتوجد مجموعة من المعايير التي يجب على الرجل الاعتماد عليها لاختيار زوجة المستقبل والتي تتمثل فيما يلي:

1- الإسلام: يعد الإسلام معياراً ضرورياً لكل الطرفين في اختيار شريك الحياة، وذلك كون الالتزام بتعاليم الدين الإسلامي يعتبر اللبنة الأساسية لبناء أسرة متينة العلاقة، ولا يتحقق هذا إلا إذا اتحد الزوجان على الإيمان بالله، لذلك حرم الإسلام على المسلم الزواج بالمرأة غير كتابية (المشركة والمجوسية)، ومن باب أولى الملحدة التي لا تؤمن بوجود الله أصلاً، لأن الشرك بالله والإلحاد يعتبر نقيض للإسلام، ولا يوجد ما يجمعهما على الاستقرار والاستمرار أبداً، وقد بين الله تعالى ذلك من خلال الآية الكريمة بيانا كافي شافي، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾¹.

ومن ثم لا يجوز للمسلم أن يتزوج مشركة، بل يحرم عليه الزواج من لا كتاب لها أصلاً، لتناقض عقيدتها مع عقيدة المسلم، ما ينتج عنه اختلاف في التصور، وتنافر في السلوك وتباين في الأهداف، هذا ما يؤدي بالضرورة إلى العداوة والبغضاء المفسدة للزواج المؤسس على المودة والرحمة²، كما أنه يجوز أن ينكح الكتابية لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾³.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على إباحة الزواج بالكتابيات، حيث أجاز المالكية نكاح الكتابية مع الكراهة⁴، كما أجاز أبو القاسم بلا كراهة وهو ظاهر الآية الكريمة، والكره

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 221.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 270/2.

³ - سورة المائدة، جزء من الآية 05.

⁴ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 267/2.

(بدار الحرب) لتركه ولده بخشية تربيتها له على دينها ولا تبالي باطلاع أبيه على ذلك، كما أجازته الحنفية رجاءً في إسلامها.¹

- موقف المشرع الجزائري

لقد منع المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة زواج المسلمة بغير المسلم من خلال النص المادة 30 من ق.أ في الفقرة الأخيرة منها حيث نصت على أنه: "يحرم من النساء مؤقتة..... - زواج المسلمة بغير المسلم".

2- الصلاح: حيث تكون مستقيمة في أخلاقها، وتصرفاتها، قائمة بالواجبات المنوطة بها وأساس ذلك كله الالتزام بالدين التزاماً صحيحاً، حيث تكون هذه المرأة ذات دين وخلق حسن، وقد أرشد الله تعالى كلا الزوجين إلى هذا الأساس الذي يجب الاعتماد عليه في الاختيار من أجل تكوين أسرة صالحة، ولذلك مدح الله المرأة الصالحة في القرآن الكريم باعتبارها قلب الأسرة إذا صلحت صلحت الأسرة لقوله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ

حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾.²

وتتحقق هذه الصفات في المرأة التي التزمت بأحكام الشريعة عقيدة، وأخلاق، ومعاملات، لأن من التزمت بعبادة الله، التزمت بطاعة زوجها فيما يرضي الله، من أجل تحقيق مرضاة الله سبحانه وتعالى والفوز بسعادة الدارين.³

كما أرشدنا رسول الله (ﷺ) إلى الأسس والمعايير التي ينبغي الاعتماد عليها في اختيار شريك الحياة، وذلك من خلال أحاديث كثيرة نذكر منها:

- ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي (ﷺ) قال: « **تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك** »⁴، يفهم من هذا الحديث أنه من كان يريد السعادة والذرية الصالحة، أن يبحث ويفتخر عن المرأة المتصفة بالدين

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 270/2.

² - سورة النساء، جزء من الآية 34.

³ - ابن العربي، أحكام القرآن، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 530/1.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، باب الأكفاء في الدين، حديث رقم 5090، المرجع السابق، 7/7.

والخلق، لأن جمال الخلق أبقى من جمال الخلقة، وغنى النفس أفضل وأولى من غنى المال، لأن العبرة بالخصال الحميدة.¹

- كما بين الرسول (ﷺ) مواصفات المرأة الصالحة، حيث وردت اثار كثيرة منها ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قيل للرسول (ﷺ): أي النساء خير؟ قال: «التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره».²

- وقوله (ﷺ): «إن الدنيا كلها متاع، وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة».³

- وعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي (ﷺ) قال: «أربع من السعادة: المرأة الصالحة، والمسكن الواسع، والجار الصالح، والمركب الهنيئ، وأربع من الشقاء: الجار السوء، والمرأة السوء، والمركب السوء، والمسكن السوء».⁴

في هذا الحديث بيان لبعض الأمور التي تكون بها سعادة الإنسان، وبعض الأمور التي يشقى الإنسان إذا عاش مصاحباً لها، فيقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أربع من السعادة»، فهذه الأمور الأربع مما يسعد بها المرء إذا توافرت في حياته، وفاز بها، وهي: "المرأة الصالحة"، المرأة صاحبة الدين، التي يفرح بالنظر إليها، وبطاعتها له، وهي عفيفة تحفظ نفسها إذا غاب عنها، وأمينة تحفظ ماله؛ فهذا قوام المرأة الصالحة، والمرأة إذا كانت صالحة فذلك من أعظم النعم على الإنسان في الدنيا.⁵

وتعتبر الزوجة سكناً لزوجها، وحرث له، ربة بيته، وأم أولاده، فعنها يأخذون صفاتهم وطباعهم، فإن لم تكن على قدر عظيم من الدين والخلق، فشل الزوج في تكوين أسرة صالحة، فإذا كانت ذات خلق ودين كانت أمينة على زوجها في ماله وعرضه، وشرفه،

¹ - مصطفى عيد الصيصانة، أسس اختيار الزوجة، دار التقوى، المدينة المنورة، 1993، ص 16.

² - النسائي، السنن الصغرى، باب أي النساء خير، حديث رقم 3231، مكتب المطبوعات الإسلامية، طاب، 1986، 68/6.

³ - النسائي، السنن الصغرى، كتاب النكاح، باب المرأة الصالحة، حديث رقم 3232، المرجع نفسه، 69/6.

⁴ - محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، كتاب النكاح، حديث رقم 4032، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، 340/9.

⁵ - علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة الحديثية - شروح الأحاديث -، موقع الدرر السنية، 1445هـ،

عفيفة في لسانها ونفسها، حسن العشرة لزوجها، ضمن سعادتها وسعادة الزوج وأولادها، فإن لم تكن على قدر من الخلق والدين فشل الزواج، فإن لم يؤل أمرها إلى الطلاق عاشا مع بعضهما عيشة الكدر والنكد، لذا على ذوي المروءة والرأي أن يجعل من المرأة الصالحة مبتغاه.¹

3- المرأة الولود الودود والسلامة من الأمراض والعيوب: من الأسس التي تستحب عند اختيار الزوجة للحد من حالات الطلاق أن تكون المرأة ولودا، أي عندها القدرة على الحمل والولادة وهذا يعرف إما أن يكون سبق للمرأة الزواج والولادة، أو عن طريق الفحص الطبي وهذا متيسر في الوقت الحالي، وإذا لم يتوفر ينظر إلى أقاربها هل فيهم عقيم؟².

ولقد رغب الإسلام في اختيار المرأة الولود لما فيه من تحقيق للغرض الأسمى من الزواج وهو إنجاب الأولاد، من أجل استمرار النوع البشري ولما فيه من إشباع النفس بحب الأمومة والأبوة، فكثير من الأزواج انفصلوا عن بعضهم بسبب عقم المرأة، رغبة من الزوج في أن يكون له ولد، والمرأة ليس لها القدرة على أن تعيش مع ضرة لها، فتطلب منه الطلاق لذا لا بد من التحري في هذا الأمر.³

كما رغب في التحري عن المرأة الودود، التي تقبل على زوجها فتحيطه بالمودة والرحمة، وتحرص على طاعة ومرضاته، والتي يتوفر فيها سلامة الصحة، وهذا يعرف من أمها وقربياتها⁴، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁵.

¹ نزار محمود قاسم الشيخ، أسس اختيار الزوجين وأثره في الحد من الطلاق، مؤسسة الرسالة، ط1، دمشق، 2005، ص 26

² نزار محمود قاسم الشيخ، المرجع نفسه، ص 26.

³ مصطفى عيد الصيوانة، المرجع السابق، ص 21.

⁴ حسين محمد يوسف، اختيار الزوجين في الإسلام وآداب الخطبة، كتاب محمل من مجلة الكتب العربية، د.دن، د.ت.ن، ص 28 - 29.

⁵ سورة الروم، الآية 21.

ولما ورد في السنة النبوية على ما يدل على استحباب المرأة الولود الودود وذلك لما روي عن معقل بن يسار رضي الله عنه أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله (ﷺ) فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وإنها لا تلد، أفأتزوجها؟ قال (ﷺ): «لا، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال، تزوجوا الودود الولود، فإني مكاتر بكم الأمم».¹

وإذا لم تكن المرأة ودود لزوجها كثر نشوزها، وترفعت عليه، فلم تأتمر بأمره ولم تنته عما نهاها، وعندئذ يستحيل تحقق السكن والمودة، مما يفسد الحياة الزوجية ويعرضها للتفكك والحل²، وما يلاحظ في بنات هذا العصر غياب هذه الصفة بسبب غياب حكم طاعة الزوج من أفكار النساء، وهذا راجع لتأثير المسلسلات المدبلجة والتأثير السلبي لوسائل التواصل الاجتماعي، إضافة إلى تأثر بالحركات والمنظمات المنادية بفكرة المساواة بين الرجل والمرأة في كل شيء.

لذا من واجب كل أب أن يزرع في قلب ابنته وجوب طاعة وعدم مخالفته، وهذه أولى درجات الود، كم حل هذا الأمر من مشاكل، واستقامت الحياة الزوجية برجوع الزوجة إلى طاعة زوجها ومودتها له.³

4- الجمال: إن حث الرسول الله (ﷺ) على الظفر بذات الدين وترغيبه فيها لا يعني إلغاء الجمال وعدم اعتباره عند الاختيار، وإنما عدم الاقتصار عليه في الزواج⁴، فيستحب تزوج الجميلة إلا إذا تعارض الجمال مع الدين، ففي نظر الإسلام المرأة الجميلة المتدينة أسبق في اختيار من المرأة المتدينة متوسطة الجمال، والمرأة المتدينة قليلة الجمال أفضل من الجميلة غير المتدينة⁵.

¹ - أبو داود، سنن أبي داود، باب النهي من تزويج من لم يلد من النساء، حديث رقم 2050، المرجع السابق، 220/2.

² - مصطفى عيد الصيصانة، المرجع السابق، ص 21.

³ - نزار محمود قاسم الشيخ، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - محمود مهدي الاستانبولي، تحفة العروس أو الزواج الإسلامي السعيد، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2012، ص 32.

⁵ - بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، 135/9.

والجمال في أكثر الأحيان شيء شخصي، فقد تكون امرأة في عين رجل جميلة وعند آخر غير جميلة، وهذا ما حدث مع النبي (ﷺ) وأحد صحابته، فعن سهل بن سعد الساعدي، قال: جاءت امرأة إلى رسول الله (ﷺ)، فقالت: يا رسول الله، جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله (ﷺ)، فصعد النظر فيها وصوبه، ثم طأطأ رسول الله (ﷺ) رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله، إن لم تكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: «فهل عندك من شيء؟» فقال لا، والله يا رسول الله، فقال: «أذهب إلى أهلك فأنظر هل تجد شيئاً؟»، فذهب ثم رجع، فقال لا والله، ما وجدت شيئاً، فقال رسول الله (ﷺ): «أنظر ولو خاتم من حديد»، فذهب ثم رجع، فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتم من حديد، ولكن هذا إزاري، فقال رسول الله (ﷺ): «وما تصنع بإزاريك؟ إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يطن عليك منه شيء» فجلس الرجل، حتى إذا طال مجلسه قام، فرآه رسول الله (ﷺ) مولياً، فأمر به فدعي، فلما جاء قال: «ماذا معك من القرآن؟»، قال: معي سورة كذا وسورة كذا - عددها - فقال رسول الله (ﷺ): «تقروهن عن ظهر قلبك؟» قال نعم، قال: «أذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن»¹.

فصلاح المرأة وجمالها يعتبران هاتين الصفتين ضماناً من ضمانات دوام النكاح واستمراره على أساس المحبة والمودة وحسن المعاشرة، وذلك لأن صلاح المرأة يحمي جمالها من التبذل، والتكبر على الزوج به.

5- الحياء: أن تكون عفيفة محتشمة، ذات أخلاق فاضلة، لا يعرف عنها سفور أو تبرج بحيث يعتبر الحياء من صفات الإنسان، إذ به يرتدع عن ارتكاب كل ما تشتهييه نفسه²، فإذا كان الحياء في الرجل جميل، فهو في المرأة أجمل، فجمال المرأة في حياؤها، ويعرف حياء المرأة من سلوكها وتعاملها مع الآخرين، ويمكن معرفته أيضاً من خلال مناقشة الخاطب لها

¹ - مسلم، صحيح المسلم، باب الصداق وجواز كونه، تعليم القرآن، حديث رقم 1425، المرجع السابق، 2/1040.

² - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، 9/135.

في بيتها¹، وقد أعطى الله تعالى أروع مثال عن حياء المرأة في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَجَاءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَاءٍ...﴾².

وبين لنا القرآن الكريم من خلال هذه الآية ما ينبغي أن تكون عليه المرأة من خلق وحياء، فوصف لنا مشية هذه الحرة، مشية عنوانها الحياء والنقاء والطهر، قال أمير المؤمنين عمر بن خطاب: (كانت متسترة بكم درعها)³، كما يبين لنا كيف تخاطب المرأة الرجال الأجانب، فلا خضوع بالقول ولا رقة ولا وقاحة، لذلك اختار الله لنبيه موسى إحداهما زوجة له، وهكذا يجب على ولي الأمر، أن يربي بناته على الحياء، لأن الحياء حلي المرأة، فإذا خلعت معه كل فضيلة⁴.

6- الوعي بالمسؤولية الزوجية: تكون المرأة مدركة بالمسؤولية المنوطة بها اتجاه أسرتها حيث أنها تكون مدركة لواجباتها اتجاه زوجها، وأولادها، وبيتها، وأن تحسن إدارة شؤون البيت من حيث التنظيم والاقتصاد، وبذلك توفر لأهل بيتها السكينة والاستقرار، وتجنبهم التعاسة والاضطراب⁵.

وقد أكد رسول الله (ﷺ) وجود هذه الصفة في نساء قريش، برفقهن على أولادهن وحنانهن عليهم، وحسن تدبير لشؤون بيوتهن، ومحافظات على أزواجهن في ماله وشرفه وعرضه، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: «نساء قريش خير نساء ركب الإبل، أحناء على طفل، وأرعاه على زوج في ذات يده»⁶.

وذلك أن الزوجة إذا لم تكن واعية بمسؤوليتها الزوجية أتعبت زوجها، وضيعت أولادها وخربت بيتها وضيعته، بحيث لا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها، وربما

¹ - علي بن عوالي، المرجع السابق، ص 83.

² - سورة القصص، جزء من الآية 25.

³ - ابن كثير، تفسير ابن كثير، المرجع السابق، 238/6.

⁴ - ناظم محمد سلطان، قواعد وفوائد الأربعين، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط2، المملكة العربية السعودية، 1410، ص 183.

⁵ - علي بن عوالي، المرجع السابق، ص 84.

⁶ - البخاري، الصحيح البخاري، باب قوله تعالى: (إذا قالت الملائكة....)، حديث رقم 3434، المرجع السابق، 146/4.

تعدى ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها ضياع وصحتها بلاء، لذا على الرجل المقبل على الزواج أن يبحث عن المرأة الناضجة، الواعية بالمسؤولية الزوجية المتحكمة في تصرفاتها، المدركة للعراقيل والصعوبات التي قد تهدد أسرتها.¹

7- البكر: ويقصد بالبكر المرأة العذراء التي لم يسبق لها الزواج، وسميت بكرا لكونها ما زالت على الحالة التي خلقت عليها،² وقد رغب رسول الله (ﷺ) على الزواج بالبكر في عدة أحاديث نذكر منها:

- عن جابر رضي الله عنه قال تزوجت، فقال رسول الله (ﷺ): «هل تزوجت بكرا أم ثيبا»، فقلت: تزوجت ثيبا، فقال: «هل تزوجت ثيبا تلاعبها وتلاعبك!».³

- حديث الذي ورد عن عبد الرحمن بن سالم بن عتبة بن عويم بن ساعدة الأنصاري قال: قال رسول الله (ﷺ): «عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب أفواها، وأنتق أرحاما، وأرضى باليسير».⁴

ويتضح من خلال هاذين الحديثين أنه يستحب الزواج بالبكر وتفضليها على الثيب لفوائد كثيرة نذكر منها:⁵

- البكر أشد حياء وفي ذلك مدعاة لميل الرجل إليها أكثر من الثيب التي قد تكون جريئة في بعض الأمور التي تمس الرجل وتؤذيه نفسيا.

- البكر لم تعرف رجلا غير زوجها، ومن الطبيعي الرجل يميل إلى المرأة التي لم يسبقه إليها غيره، وينفر من التي مسها رجل غيره قبله، وقد يزداد تذمرا ونفورا منها كلما رأى الزوج السابق، أو ذكر اسمه.

¹ - البهوتي، كشاف القناع عن متن القناع، المرجع السابق، 9/5.

² - ابن عادل الدمشقي، اللباب في علوم الكتاب، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1998، 204/19.

³ - البخاري، صحيح البخاري، باب استئذان الرجل الإمام، حديث رقم 2967، المرجع السابق، 51/4.

⁴ - ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب تزويج الأبكار، حديث رقم 1861، المرجع السابق، 598/1.

⁵ - علي بن عوالي، المرجع السابق، ص 85.

الفرع الثاني: الكفاءة في الزواج

لضمان حماية الرابطة الزوجية وضعت الشريعة الإسلامية معايير وأسس لحسن اختيار الزوجين، لأن حسن اختيار الشريك يعتبر اللبنة الأساسية لبناء علاقة زوجية مستقرة ودائمة ومن هذه المعايير تحري الكفاءة بين الزوجين، ومن أجل التعرف على دورها في حماية الرابطة الزوجية من الانحلال والتفكك يجب التطرق إلى تعريفها وتبيان دليل مشروعيتها، وكذا آراء فقهاء والشريعة بخصوصها.

أولاً: تعريف الكفاءة في الزواج ومشروعيتها

1- تعريف الكفاءة في الزواج:

أ- لغة: والكفاء والكفو على وزن فعل وفعل هو النظير والمساوي والمثيل، وفلان كفاء فلانة إذا يصلح لها فعلاً، والجمع أكفاء.¹

ومنه الكفاءة في الزواج لغة هي المساواة والمماثلة بين الزوجين.

ب- اصطلاحاً: لقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بتعاريف متعددة نذكر على النحو التالي:

- عرفها الحنفية على أنها مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة.²

- وعرفها المالكية على أنها المماثلة أو المقاربة في الدين والحال، ومعنى الدين التدين، أي كونه ذا دين أي غير فاسق لا بمعنى الإسلام، ومعنى الحال السلامة من العيوب التي توجب لها الخيار في الزوج لا الحال بمعنى الحسب والنسب.³

- وعرفها الشافعية: على أنها أمر يوجب عدمه عارا، وضابطها المساواة الزوجة ما

عدا السلامة من العيوب، فإن لا مساواة فيها.⁴

¹- بن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 3892/43.

²- ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، 225/3.

³- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 248/2.

⁴- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 57/4.

- عرفا الحنابلة على أنها المساواة في الدين والمنصب، ويعني المنصب: الحسب والنسب، وهذا في رواية عن أحمد، وفي رواية ثانية فهي المساواة في الدين والمنصب، والحرية، والصناعة، واليسار.¹

- عرفها الفقهاء المعاصرين أنها تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية، وتحقيق السعادة بين الزوجين.²

2- حكم الكفاءة في الزواج

اختلف الفقهاء حول تكييف حكم الكفاءة في الزواج إلى رأيين:

أ- الرأي الأول: يرى الحنفية في رواية الحسن المختارة في الفتوى،³ والشافعية في الجديد،⁴ وأحمد في الرواية،⁵ إلى أن الكفاءة شرط صحة، وعليه إذا تزوجت المرأة بغير كفاء وقع العقد باطلا، مستدلين بقوله (ﷺ): «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يُزوجن إلا من الأكفاء»⁶، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة، لأن الشريعة تأبى أن تكون الشريفة مستقرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها، بخلاف جانبها، لأن الزوج مستقرش فلا تغيظه دناءة الفراش.⁷

وما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ﷺ): «تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم».⁸

¹- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 35/7.

²- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، أدلته، المرجع السابق، 299/7 - 230.

³- ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، 84/3.

⁴- الشيباني، أبو المظفر عون الدين، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، 135/2.

⁵- ابن قدامة المغني، المرجع السابق، 35/7.

⁶- الدار قطني، سنن الدار قطني، باب الممر، حديث رقم 3601، ط1، دار المعرفة بيروت، 2001، 358/4.

⁷- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن، 195/1 - 196.

⁸- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب الأكفاء، حديث رقم 1986، المرجع السابق، 633/1.

كما استدلت أصحاب هذا الرأي من المعقول أنه مازالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال وبيان ذلك قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر، للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج إليهم ثلاثة من فتيان الأنصار فقالوا لهم: انتسبوا فقالوا: أبناء قوم كرام، ولكننا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا إلى رسول الله (ﷺ)، فأخبروه بذلك فقال (ﷺ): «صدقوا»، وأمر حمزة وعلي وعبيدة بن الحارث، رضوان الله عليهم بأن يخرجوا إليهم، فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى، وهذا لأن النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد الصحة والألفة والعشرة وتأسيس القربات، وذلك لا يتم إلا بين الأكفاء.¹

- **الرأي الثاني:** ذهب إليه الحنفية في ظاهر الرواية²، والمالكية³، والشافعية في القديم⁴، وفي الأصح عند الحنابلة⁵، إلى أن الكفاءة تعتبر شرط لزوم عقد الزواج، فيصح مع فقدها لأنها حق للمرأة وللأولياء فإن رضوا إسقاطها فلا اعتراض عليهم واستدلوا بما ورد في السنة:

- ما روى عن عائشة: أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت: إجلسي حتى يأتي النبي (ﷺ)، فجاء رسول الله (ﷺ) فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم للنساء من الأمر شيء.⁶

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن لو كانت الكفاءة في الزواج شرط صحة لما جعل النبي (ﷺ) الأمر بجد وأعطاهما الخيار.

- كانت بريرة أمة مملوكة، اشترتها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وأعتقتها، وكان زوجها من العبيد، فلما أعتقت خيرت بين أن تظل على زوجها منه أو تفارقه،

¹- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 23/5.

²- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 317/2.

³- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 248/2.

⁴- الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، المرجع السابق، 135/2.

⁵- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 35/7.

⁶- النسائي، سنن النسائي، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، حديث رقم 3269، المرجع السابق، 86/6.

فاختارت الفراق، لما روي عن ابن عباس، أن زوج بريرة كان عبدا يقال له: مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي (ﷺ) لعباس: «يا عباس، ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثا!» فقال النبي (ﷺ): «لو راجعته»، قالت: يا رسول الله؛ تأمرني؟ قال: «إنما أنا أشفع»، قالت: لا حاجة لي فيه.¹

وجه الدلالة من هذا الحديث حسبهم أن تخيير النبي (ﷺ) لبريرة بعد عتقها دليل على عدم اعتبار الكفاءة في الزواج شرط صحة.

والرأي الراجح هو الرأي الثاني، والذي اعتبر الكفاءة شرط لزوم، لا شرط صحة، وذلك أن المرأة إذا تزوجت بغير كفاء وقع العقد صحيح، ولا يبطل.

3- الصفات المعتبرة في الكفاءة

لقد اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة في الزواج واختلفوا بأي صفة تحصل على ما يلي:

- عند الحنفية خمسة: الدين، الحرية، النسب، المال والحرفة.²
 - عند المالكية اثنان: الدين والحال وهي السلامة من العيوب.³
 - عند الشافعية خمسة، الصلاح في الدين، الحرية، النسب، السلامة من العيوب المثبتة للخيار، والحرفة.⁴
 - عند الحنابلة خمسة: الدين، الحرية، النسب، المال والصناعة، أي الحرفة.⁵
- وسيتم التفصيل في هذه الصفات فيما يلي:

¹- البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب شفاعة النبي (ﷺ) في زوج بريرة، حديث رقم 5283، المرجع السابق، 48/7.

²- المرغيناني، الهداية في شرح البداية، المرجع السابق، 212/2.

³- القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي سعيد أعراب محمد بوخيرة، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994، 213/4.

⁴- النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، دار الفكر، دمشق، 2005، 209/1.

⁵- ابن قدامة، المفتي، المرجع السابق، 35/7.

أ- الدين: والمقصود به التقوى والصلاح والاستقامة، على أحكام الدين، أي أن يكون الزوج صالحاً غير فاسق، فليس الفاجر والفاسق، كفرٌ للعفيفة والصالحة، وقد أجمع الفقهاء¹، على اعتبار الكفاءة في الدين واستدلوا بما يلي:

- من الكتاب: قال الله عز وجل: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾²، وقوله عز وجل: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾³.

وقوله تعالى: ﴿الْخَيْثَاتُ لِلْخَيْثِينَ وَالْخَيْثُونَ لِلْخَيْثَاتِ وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ أُولَئِكَ مُبَرَّءُونَ مِمَّا يَقُولُونَ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ﴾⁴.

- من السنة:

- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله (ﷺ): «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»⁵.

- وعن أبي هريرة، عن النبي (ﷺ) قال: «تنكح المرأة لأربع: «لمالها ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»⁶.

ومن الأثر ما روى عن الحسن البصري سأله رجل فقال: قد خطب ابنتي جماعة فمن أزوجها؟ فقال: زوجها ممن يتقي الله تعالى، إن أحبها أكرمها، وإن لم يحبها لم يظلمها⁷.

إذن الدين هو الصلاح والتقوى من الصفات المطلوب توافرها في الزوجين وهذا حماية لمصالحها الدينية والدنيوية، كما أن اعتبار الكفاءة في الدين من أهم المقومات التي تساهم

¹ - الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 57/4 - 58.

² - سورة السجدة، الآية 18.

³ - سورة النور، الآية 03.

⁴ - سورة النور، الآية 26.

⁵ - الترميذي، سنن الترميذي، أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم 1084، مرجع سابق، 386/3.

⁶ - سبق تخريجه.

⁷ - نزار محمود قاسم الشيخ، المرجع السابق، ص 41.

في الحفاظ على استقرار واستمرار العلاقة الزوجية، وبالتالي تساهم في حماية الرابطة الزوجية من التفكك.

ب- الكفاءة في الصحة: ومعناها السلامة من العيوب التي توجب الخيار للمرأة في الزواج، وقد اختلف الفقهاء حول اعتبارها من صفات الكفاءة على رأيين:

- **الرأي الأول:** يرى المالكية والشافعية أن السلامة من العيوب تعتبر من شروط الكفاءة في الزواج، وذلك بأن يكون الرجل سالم من العيوب المستحكمة التي لا يمكن المعاشرة معها إلا بضرر، حيث يراها المالكية¹، أنه لا بد أن يساويها في الصحة أي سالما من العيوب واستعملوا مصطلح الحال لتعبير عنها.

أما الشافعية²، فهو السلامة من العيوب المثبتة للخيار، فمن به بعضها كالجنون، والجدام أو البرص لا يكون كفؤاً للسليمة منها.

- **الرأي الثاني:** يرى الحنفية والحنابلة أن السلامة من العيوب الزوجية ليست من صفات الكفاءة، ولكنها تثبت الخيار للمرأة، بحيث يرى الحنفية أن الجب والعنة والخصاء هي العيوب ليست بشروط لزوم، ولا يفسخ بها الزواج، وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح وخلوه كما سوى ذلك ليس بشرط³.

لكن عند الحنابلة⁴، يثبت الخيار للمرأة دون الأولياء، لأن الضرر من هذه العيوب يلحق بها، وقالوا بأن وليها منعها من الزواج بالمجنوم، والأبرص، والجنون ما عدا هذا فليس بمعتبر لا في الكفاءة، واستدلوا أنه لم يثبت في اعتبار الكفاءة من حيث السلامة من العيوب نص شرعي صريح، كما أن العيوب الخلقية في الإنسان ليست نقصاً، وإنما النقص هو العمل غير الصالح، كما أن الشريعة الإسلامية بينت في نصوص عديدة أن الصلاح

¹ - الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 205/3.

² - أبو علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1999، 100/9.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 327/2.

⁴ - ابن قدامه، المفتي، المرجع السابق، 38/7.

والتقوى والإيمان أساس تقدير الإنسان، كما أن تلك العيوب لا تمنع من الاستمتاع ولا تثبت خيار فسخ العقد¹.

والرأي الذي يمكن ترجيحه هو الرأي الأول القائل باعتبار الكفاءة من السلامة من العيوب، وذلك حفاظاً على الرابطة الزوجية من التفكك والانحلال، غلق باب التفريق بين الزوجين بسبب العيوب وبالتالي يستوجب الاحتياط لهذه المفسدة قبل وقوعها. والملاحظ أن بعض العيوب الزوجية صار علاجها اليوم ممكناً مع تطور العلمي في مجال الطب فلا يرد بها الزواج، أما ما طرأ اليوم من ظهور عديد من أمراض الخطيرة والمعدية فلا بد من اعتبارها من العيوب الزوجية لخطورتها وسرعة انتقال العدوى بين الزوجين.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتبر السلامة من العيوب الزوجية من صفات الكفاءة، حيث نصت المادة 7 مكرر من ق.أ. على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، وعلمهما بما قد يكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"².

أما الفحص الطبي قبل الزواج فيعني دراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين، والكشف عن وجود أمراض مزمنة ومعدية أو وبائية أو نحو ذلك، ويقتصر الفحص قبل الزواج عادة على الكشف عن الأمراض المعدية أو الوراثة المنتشرة³.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 2،327 - 328.

² - المرسوم التنفيذي رقم 06 - 154 المؤرخ في 11 ماي 2006.

³ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 430.

فمن خلال نص المادة في فقرتها الأولى أنه يتعين على طالب الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطر يتعارض مع مقاصد الزواج، كما أنها تنص في فقرة الثانية على أنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية وعلمهما بما قد تكشفه من أمراض أو عوامل تتعارض مع مقاصد الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج.

ج - الحسب والنسب: النسب يعني صلة الإنسان بأصوله من الآباء والأجداد، أي أن يكون الولد معلوم الأب، لا لقيط أو مولى إذ لا نسب معلوم له، أما الحسب هو الصفات الحميدة التي يتصف بها الأصول، أو ما يسمى بمفاخر الآباء، كالعلم والشجاعة، والجود والتقوى، مأخوذ من الحساب، لأن العرب كانت إذا تفاخرت حسبت مآثرها، فنسب ذلك حسبا.¹ فإذا كانت المرأة يتصل نسبها بأصل معلوم فلا يكافؤها إلا من كان مماثلا لها في هذه الصفة، لأن الناس يأنفون من مصاهرة من دونهم ويعيرون بذلك²، وقد اختلف الفقهاء حول اعتبارها من الكفاءة إلى قولين:

- **القول الأول:** ذهب المالكية إلى عدم اعتبار النسب في الكفاءة وقالوا أن أهل الإسلام كلهم بعضهم لبعض أكفاء،³ واستدلوا من:

- **الكتاب:** قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾.⁴

ووجه الدلالة من هذه الآية أن التقوى هي التي يجب تراعى عند الله تعالى وعند رسوله

(ﷺ) دون الحسب والنسب.⁵

¹- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، 214/4.

²- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 24/5.

³- خلف بن أبي القاسم محمد، أبو سعيد ابن البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: محمد الأمين ولد سالم بن الشيخ، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002، 142/2.

⁴- سورة الحجرات، جزء من الآية 13.

⁵- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 341/16.

- السنة: عن أبي سعيد قال: قال رسول الله (ﷺ): «إن ربكم واحد، وآباكم واحد ولا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا أحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى».¹

- القول الثاني: ذهب الحنفية² والشافعية³ ورواية عن أحمد⁴ إلى اعتبار النسب من صفات الكفاءة واستدلوا بقول عمر: "لأمنعن أن تزوج ذات الأحساب إلا من الأكفاء"⁵، وقوله (ﷺ): «العرب بعضهم أكفاء بعض والموالي بعضهم أكفاء بعض، إلا حائكا أو حجاما».⁶

والراجح هو قول المالكية؛ لأن أهم ميزة جاء بها الإسلام هي المساواة بين الناس، محاربة كل أشكال التمييز والتفريق بين الناس.

د- المال: معنى الكفاءة في المال، قدرة الرجل على تقديم المهر والنفقة، وقد اختلف فيها الفقهاء على قولين:

- القول الأول: ذهب المالكية إلى عدم اعتبار المال في الكفاءة وهو ما ذهب إليه الشافعية⁷ وأحمد في الرواية،⁸ واستدلوا على هذا:

- من القرآن: قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾.⁹

¹- الطبراني، المعجم الأوسط، باب العين، حديث رقم 4749، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، دار الحرمين، القاهرة، دت، ن، 86/5.

²- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 318/2.

³- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 102/9.

⁴- البيهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، 67/5.

⁵- الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب النكاح، حديث رقم 1867، المكتب الإسلامي، ط 1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979، 265/5.

⁶- البيهقي، السنن الصغرى، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، حديث رقم 2411، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، 1989، 31/3.

⁷- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، 215/4.

⁸- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 224/3.

⁹- سورة النور، الآية 32.

ووجه الدلالة في هذه الآية أن المال لا يعتبر من الكفاءة بحيث أن الله سبحانه وتعالى وجه الكلام في الأحرار فقال: إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله أي لا تمتنعوا من تزويج الأحرار بسبب فقر الرجل أو المرأة أو أحدهما، فإنهم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله تعالى.¹

- من السنة: قول رسول الله (ﷺ): «اللهم أحييني مسكينا وأمتني مسكينا وأحشرنني في زمرة المساكين يوم القيامة»، فقالت عائشة لما يا رسول الله؟ قال: «إنهم يدخلون الجنة قبل الأغنياء بأربعين خريفا».²

- القول الثاني: يعتبر المال في الكفاءة وإلى ذلك ذهب الحنفية،³ وأحمد في رواية،⁴ واستدلوا بما روي عن فاطمة بنت قيس، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فتسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله (ﷺ) فذكرت ذلك له، فقال لها: «ليس لك عليه نفقة»، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: «إن تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي في بيت ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى، تضعين ثيابك، وإذا حلت فأذنيني»، قالت: فلما حلت، ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله (ﷺ): «أما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد»، قالت فكرهته، ثم قال: «انكحي أسامة بن زيد» فنكحته، فجعل الله تعالى فيه خيرا كثيرا، واغتبطت به.⁵

واعتبرت الكفاءة في المال، لقول الرسول (ﷺ) لفاطمة بنت قيس: «أما معاوية فصعلوك لا مال له»، لأن النساء عادة يتفاخرون بالمال أكثر من التفاخر بالنسب أو التدين خاصة في زماننا هذا.

¹ - الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، 1414هـ، 33/4.

² - الترمذي، سنن الترمذي، باب الزهد، باب ما جاء أن الفقراء المهاجري يدخلون الجنة قبل أغنيائهم، حديث رقم 2352، 577/4.

³ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 25/5.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 7.

⁵ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة، حديث رقم 2284، المرجع السابق، 285/2.

وروي عن أبي يوسف الحنفي أن الشرط هو القدرة على النفقة فقط دون النظر إلى قدرته على المهر، لأن المهر فقد يتم دفعه من طرف الآباء والأقارب والأصدقاء، أما النفقة فهي سبب من أسباب دوام العشرة والراحة بين الزوجين، لهذا فلا اعتبار بالقدرة على المهر، بل العبرة بالقدرة على النفقة الزوجية بعد الزواج، لأن من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفؤاً لها.¹

والرأي الراجح هو رأي أبي يوسف الحنفي هو اعتبار الكفاءة في المال وخصوصاً القدرة على الإنفاق حتى لا يلحق الزوجة ضرر عدم الإنفاق، وغلق باب التفريق لعدم القدرة على الإنفاق وبالتالي المساهمة في حماية الرابطة الزوجية من التفكك، فالمشعر الجزائري اعتبر عدم القدرة على الإنفاق سبب من الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطلاق ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج وهذا طبقاً لنص المادة 53 ف1.

هـ - السن: المقصود بالكفاءة في السن التقارب بين الزوجين، بحيث لا يكبرها بكثير، ولقد كان الفقهاء الأوائل يعتبرونه من الصفات الثانوية إلا أنه في عصرنا الحالي أصبح من الصفات الأساسية التي تراعى في الكفاءة وقد اختلف الفقهاء حول اعتبارها من الكفاءة، إلى رأيين:

- الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اعتبار السن من صفات الكفاءة، وذلك عن طريق التلميح من خلال عدم ذكره ضمن الصفات المعتبرة في الكفاءة. وخير دليل يستدل به على عدم اعتبار السن من صفات الكفاءة هو زواج النبي (ﷺ) من خديجة بنت خويلد رضي الله عنها، وكانت تكبره بـ 15 سنة، كما تزوج عائشة وكان يكبرها بـ 45 سنة.

- الرأي الثاني: ذهب بعض الشافعية إلى اعتبار السن من صفات الكفاءة، ذكر الروياني: أن الشيخ لا يكون كفؤاً للشابة على الأصح.²

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 319/2.

² - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 83/7.

وأخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء المعاصرين حيث ذكر الصابوني أن: "من عناصر الكفاءة في عصرنا الحاضر في بعض الأوساط على الأقل أن الرجل الجاهل الأمي غير كفاء للفتاة المثقفة، وأن الرجل الهرم غير كفاء للشابة".¹

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه، قال: خطب أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فاطمة، فقال رسول الله (ﷺ): «إنها صغيرة»، فخطبها علي فزوجها منه.²

قال السندي في شرحه للحديث، قوله: "فخطبها علي"، أي عقب ذلك بلا مهلة، كما تدل عليه الفاء، فعلم أن لاحظ الصغر بالنظر إليهما، فزوجها من علي، ففيه أن الموافقة في السن أو المقاربة مرعية لكونها أقرب إلى المؤالفة.³

الرأي الراجح هو الرأي الثاني القاضي باعتبار السن من صفات الكفاءة في الزواج، لأن الكبير في السن لا يقدر على تحصين الشابة مما يؤدي إلى نفورها منه، وبالتالي التقارب في السن بين الزوجين من العوامل التي تساهم في استقرار واستمرار الرابطة الزوجية، كما أنه في عصرنا الحديث الكثير من حالات الزواج من زوج مسن الباعث إليه هو الطمع ورغبتها في تحسين الأوضاع المالية والاجتماعية، بينما الباعث والهدف من الزواج هو السكن والمودة بين الزوجين ودوام العشرة بينهما، ومنه لضمان حماية الرابطة الزوجية من الانحلال والتفكك لابد من مراعاة التقارب في السن بين الزوجين.

المطلب الثاني: أهمية الخطبة والرخص القضائية في حماية الزواج

تعتبر الخطبة الخطوة الأساسية التي تسبق عقد الزواج، فهي أول خطوة في تكوينه، باعتبارها تمهيد وتوطئة له من أجل معرفة الطرفين بعضهما بطريقة سليمة، والاطلاع على طلبات وشروط كل منها، بحيث تعتبر الخطبة والشروط الاتفاقية بينهما ضمان من

¹ عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، ط 3، دمشق، 2005، ص 71.

² النسائي، السنن الصغرى، باب تزوج المرأة ملها في السن، حديث رقم 3221، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986، 86/6.

³ محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986، 62/6.

الضمانات التي وضعتها الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري من أجل بناء رابطة زوجية على أساس متينة، ولمعالجة هذا الأمر تم تقسيم المطلب إلى فرعين خصص الفرع الأول للخطبة ودورها في حماية الرابطة الزوجية والفرع الثاني لدور الإجراءات السابقة لعقد الزواج في حمايته.

الفرع الأول: دور الخطبة في ضمان حماية الرابطة الزوجية

تعد الخطبة من مقدمات الزواج وشرعت حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية وأسس كافية لتحقيق الراحة والمودة ودوام العشرة.

أولاً: الطبيعة الفقهية والقانونية للخطبة

الخطبة ليست بعقد، وإنما هي وعد متبادل من الطرفين معا إذا كانت الخطبة تامة عندما يقابل فيها طلب مريد الزواج بالقبول سواء من المرأة أو أهلها أو وعد من أحدهما للآخر بالزواج مستقبلاً إذا كانت الخطبة غير تامة في حالة تردد المخطوبة بين رفض الخاطب أو قبوله بقصد التحري والمشاورة، وليس لهذا الوعد قوة الإلزام والالتزام عند جمهور الفقهاء، كقوة العقد الذي توفرت فيه أركان الزواج وشروطه.¹

وما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أنها وعد بعقد، ولكل من الطرفين العدول عنها باتفاق الفقهاء، ومن ثم فلا إلزام ولا التزام، لأنها ليست جزء من عقد الزواج، ولا ركن ولا شرط لانعقاد أو نفاذه أو لزومه، ويدل هذا التكييف دلالة واضحة أن الشرع يرى الفشل في الخطبة والعدول عنها وفسخها خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره، وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء ولا خلاف فيه،² وهنا يمكن ويتجلى دور الخطبة في حماية الرابطة الزوجية.

ولما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى درجة العقد الرسمي فإنه من الممكن العدول عنها في أي وقت، ولا يترتب على العدول عن الخطبة ما يمكن أن يترتب

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 25/7.

² - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 304.

على فسخ عقد الزواج، وهذا ما جاء في نص المادة 05 الفقرة الأولى من ق.أ حيث نصت على أن الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها.¹

إن العدول عن الخطبة يعني رجوع أحد الخطبين والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، لذلك فإذا وقع العدول والتراجع عن الخطبة فإن مشروع الخطبة يكون قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته ودون إرادته لأن عقد الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان.²

ثانياً: النظر إلى المخطوبة

لقد شرعت الخطبة وشرع نظر الخطيبين لبعضهما، استثناء من الأصل الذي يمنع النظر إلى المرأة الأجنبية أو الرجل الأجنبي، بدليل قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ (30) وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُنَّ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.³

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 16.

² عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 15.

³ سورة النور، الآيتين 30 - 31.

ولقد أبار الشرع ذلك من أجل تحقيق مقاصد الزواج، فيباح بقدر تحققه، وقد وردت في ذلك نصوص نبوية آمرة الرجل بالنظر إلى من يريد خطبتها، ومؤكدة عليه، لما في النظر من فوائد ودور كبير في عملية بناء الأسرة وحفظ استقرارها واستمرارها.¹

ومن هذه النصوص النبوية ما يلي:

- عن المغيرة بن شعبة، أنه خطب امرأة، فقال النبي (ﷺ): «أنظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».²

- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: كنت عند النبي (ﷺ)، فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله (ﷺ): «أنظرت إليها؟» قال: لا، قال: «فأذهب فأنظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً».³

- عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله (ﷺ): «إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فيلعل»، قال: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها فتزوجتها.⁴

وانطلاقاً من هذه الأدلة ذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة النظر إلى المخطوبة والتعرف عليها، إذ هي صاحبة الحق في القبول أو الرفض، كما يجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها، ولهذا قال عمر رضي الله عنه: "لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن".⁵

¹ - عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 2015، 24/1.

² - الترميذي، سنن الترميذي، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث رقم 1087، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي، مصر، 1975، 389/3.

³ - مسلم، صحيح مسلم، باب نذب النظر إلى وجه المرأة وكفيها، حديث رقم 1424، المرجع السابق، 1042/2.

⁴ - أبو داود، سنن أبي داود، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزوجها، حديث رقم 2082، تحقيق محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ت.ن، 228/2.

⁵ - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن، 424/2.

وذلك لأن الحكمة التي أتيح النظر من أجلها واحدة، والمقصد الذي شرع الزواج من أجله مشترك بينهما، وهي تحقيق الألفة ودوام العشرة واستمرار العلاقة الزوجية على أساس المودة والرحمة.

وإن كان جمهور الفقهاء قد اتفقوا على جواز النظر إلى المخطوبة، فقد اختلفوا على بعض الأحكام على النحو التالي:

1- ما ينظر إليه: اتفق الفقهاء على جواز الخاطب النظر إلى وجه وكفي المرأة التي يريد أن يخطبها، لكنهم اختلفوا في جواز ما دونهما.

حيث ذهب المالكية¹ والشافعية² إلى جواز النظر إلى الوجه والكفين فقط، وهو ما ذهب إليه الحنفية³ ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾⁴، وذلك أن في الوجه ما يستدل به على الجمال، وفي اليدين ما يستدل به على خصب البدن.

أما الحنفية في رواية أنه يجوز النظر إلى القدين وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً،⁵ ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾⁶.

ووافق الحنابلة في رواية رأي الجمهور في رؤية الوجه والكفين فقط، وفي رواية أخرى جواز النظر إلى الوجه والكفين والنظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد وجسم ونحوه.⁷

¹ - التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، ط 1، الجزائر، 2009، 92/4.

² - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، 424/2.

³ - عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - وحاشية الشلبي، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ، 17/6.

⁴ - سورة النور، جزء من الآية 31.

⁵ - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المرجع السابق، 17/6.

⁶ - سورة النور، جزء من الآية 31.

⁷ - أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن المفلح، المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن اسماعيل، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، 85/6-86.

2- استئذان المخطوبة قبل النظر إليها

الأصل أن يستأذن الخاطب المخطوبة أو أهلها عندما يرغب في رؤيتها، وهذا ما ذهب إليه المالكية،¹ وقالوا يكره استغفاله لأن إذا استغفلها في النظر يمكن أن ينظر إلى ما لا يجوز له النظر إليه من عورتها، أما جمهور الفقهاء فأجازوا النظر إليها من غير علمها مع استحباب عملها وإذنها.²

3- توكيل الخاطب من ينظر له

وإذا لم يتيسر للخاطب أن ينظر إلى المخطوبة، يجوز له أن يبعث امرأة من أهل الثقة كأمه أو أخته تتأملها وتصفها له، فقد بعث رسول الله (ﷺ) إلى امرأة فقال لها: «شمي عوارضها وانظر على عرقوبيها»³، ومنه إذا كان الموكل امرأة فلا حرج في ذلك، أما أن يكلف الخاطب رجلاً من أجل النظر للمرأة التي يريد أن يخطبها، فهذا لا ينبغي مع وجود من تقوم بذلك من النساء فالشارع أجاز للخاطب النظر بنفسه، ولم يأذن له بتوكيل غير من الرجال.⁴

4- التعرف على المخطوبة بوسائل الاتصال الحديثة

يرى الدكتور رمضان حسن ضاحي عبد الحافظ أنه يجوز التعرف على المخطوبة عبر وسائل التواصل الحديثة لوجود الحاجة إليها في بعض الحالات التي تتعذر فيها الخطبة المباشرة مع الحذر من احتمالات الغش والتلاعب.⁵

وقد اختلف العلماء حول جواز المحادثة بين الخاطب والمخطوبة عبر وسائل الاتصال الحديثة إلى رأيين:

¹ التواتي بن التواتي، المرجع السابق، 93/4.

² النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 20/7.

³ أبو عبد الله الحاكم المعروف بابن البيع، المستدرک علی الصحیحین، کتاب النکاح، حدیث رقم 269، تحقیق مصطفى عبد القادر عطا، دار الکتب العلمیة، بیروت، 1990، 180/2.

⁴ عمر سلمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط 1، دار النفائس، الأردن، 1997، ص 59.

⁵ رمضان حسن ضاحي عبد الحافظ، الأحكام الفقهية المتعلقة بالخطبة عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة كلية البنات الإسلامية بأسبوط، ع 18، جامعة الأزهر، مصر، 2021، ص 413-414.

الرأي الأول: يجوز للخاطب محادثة مخطوبته عبر وسائل الاتصال الحديثة، كالهاتف والانترنت إلا أنه مقيد بشروط منها:¹

- أن تكون المحادثة بعلم أهل المخطوبة.

- أن تكون بقدر الحاجة.

- أن تخلو من منكر القول، وتكون في حدود المعروف من القول.

وهو قول الشيخ صالح الفوزان والشيخ عمر الأشقر والشيخ عبد الله بن جبرين.

الرأي الثاني: لا يجوز محادثة الخاطب لمخطوبته عبر وسائل الاتصال الحديثة قول

الشيخ ابن العثيمين.²

ثالثا: الحكمة من الخطبة

تعتبر الخطبة طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر، إذ أنها السبيل إلى دراسة أخلاق وطبائع وميول الطرفين ولكن بالقدر المسموح به شرعا، وهو كاف جدا، فإذا وجد التلاقي والتجاوب أمكن الإقدام على الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، واطمأن الطرفان إلى أنه يمكن التعايش بينهما بسلام وأمان وسعادة ووثام وطمأنينة وحب، وهي غايات يحرص عليها كل الشباب ومن ورائهم الأهل،³ وذلك لما ورد عن عائشة رضي الله عنها، قالت: سمعت النبي (ﷺ) يقول: «الأرواح جنود مجندة فما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف».⁴

الفرع الثاني: دور الرخص القضائية في حماية الزواج

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري عقد الزواج بضمانات سابقة لإنشائه وإعطائه حماية كافية من أجل بناء على أساس متين، وهذا من خلال الرخص القضائية في بعض الحالات.

¹- بدر ناصر مشرع السبيلي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح، مجلة الوعي الإسلامي، الإصدار 76، الكويت، 2014، ص 75.

²- بدر ناصر مشرع السبيلي، المرجع نفسه، ص 74.

³- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 10/7.

⁴- البخاري، صحيح البخاري، باب الأرواح جنود مجندة، حديث رقم 3336، المرجع السابق، 133/4.

أولاً: الترخيص بزواج القصر

1- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

ليس في الفقه الإسلامي تحديد لسن الزواج، بل أن أحكامه العامة قاضية ببلوغ سن الرشد حيث البلوغ الجنسي الفعلي، وقد اختلف الفقهاء حول تزويج الصغار على رأيين:

- الرأي الأول: لم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وقالوا بصحة زواج الصغير والمجنون.¹

ولقد أجمع المذاهب الأربعة على جواز تزويج الصغيرة من كفاء واستدلوا بقوله تعالى:

﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾.²

ووجه الدلالة من هذه الآية أنها جعلت عدة المطلقات اللائي لم يحضن كعدة اليائسات ثلاثة أشهر، المطلقة التي لم تحض هي الصغيرة، فعدم الحيض لصغرها، ولا يكون طلاق إلا بعد زواج.³

وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي (ﷺ) تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعا.⁴

- الرأي الثاني: ذهب عدد قليل من الفقهاء منهم ابن شبرمة والبتي، إلى عدم صحة زواج الصغار مطلقاً، وأن العقد الذي يعقده أولياؤهم نيابة عنهم يعتبر باطلا لا يترتب أي أثر.⁵

¹- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 179/7.

²- سورة الطلاق، الآية 04.

³- عمر سلمان الأشقر، المرجع السابق، ص 122.

⁴- البخاري، صحيح البخاري، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، حديث رقم 5133، المرجع السابق، 17/7.

⁵- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، ط 7، بيروت، 1999، ص 49.

فقد قالوا إن ولاية الإجماع تكون على المجانين والمعانين فقط، ولا تكون على الصغار، لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، فهو لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ، فلا حاجة إليه قبله، وولاية الإجماع أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها.¹

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾²، فالله جعل بلوغ النكاح الحد الفاصل بين القصور والكمال. يمكن القول أن الرأي الثاني القاضي بعدم جواز تزويج الصغار هو الرأي الراجح خصوصا في زماننا هذا وتأثر الشباب بقشور العولمة وعدم شعورهم بالمسؤولية، كما أن الصغير ليس له مصلحة في الزواج، بل قد يجد نفسه بعد البلوغ أنه مجبر على العيش مع شخص لا يتوافق معه، وفي أغلب الأحيان لم يؤخذ رأيه في الاختيار خصوصا الفتاة، وهذا فيه تهديد للرابطة الزوجية وتعريضها لخطر التفكك.

2- أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 07 من ق.أ: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

ثم جاء في نص المادة 9 مكرر من ق.أ على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وذكر من بينها أهلية الزواج".

وقد جاء في نص المادة 13 من ق.أ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

من النصوص أعلاه تعتبر الأهلية شرط لصحة عقد الزواج، والمحددة بسن 19 سنة للرجل والمرأة في حالة عدم وجود عارض من عوارض الأهلية المنصوص عليها في نص

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، 109.

² - سورة النساء، جزء من الآية 06.

المادة 81 من ق.أ، ويعتبر قاصر من لم يبلغ سن الرشد 19 سنة بالنسبة لقانون الأسرة والقانون المدني نص المادة 40.

والمشرع الجزائري أخذ بالرأي القائل بعدم ثبوت ولاية الإيجار على الصغيرة، لأن زواجها لا فائدة لها منه على الإطلاق، ولأنها في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنها لقصور عقلها، فأولى بها ألا تتزوج لقصورها عن تحمل مسؤوليات حياة جديدة لها آثار خطيرة.¹

وما اختاره المشرع بمنع تزويج القاصر قبل بلوغها سن الرشد فيه تقدير لمصلحتها وحماية لها وللعلاقة الزوجية.

كما أنه لا يمكن إبرام عقد زواج القاصر دون استصدار إذن قضائي، وألزم المشرع القاضي بمراعاة المصلحة والضرورة والتأكد من قدرة الطرفين على الزواج عند منح الترخيص بالزواج.

2- معايير منح الترخيص القضائي

لم يشترط المشرع سن معينة لاكتمال أهلية الزواج، فقد راعى حالات بعض الأشخاص بحيث أعطى للقاضي سلطة تقديرية في منح الترخيص للقاصر بالزواج لتوفر بعض المعايير التي تساهم في حماية الرابطة الزوجية وتتمثل في توفر المصلحة أو الضرورة وقدرة الطرفين على الزواج.

أ- **المصلحة أو الضرورة:** لقد أعطى المشرع الجزائري سلطة تقديرية للقاضي في منح الترخيص بالزواج لمن لم يبلغ سن الرشد القانونية متى توفرت مصلحة أو ضرورة، غير أن المشرع لم يحدد طبيعة المصلحة ولا تقدير للضرورة، ولم يضع معيار يستند إليه القاضي في تحديدهما بل تركها لسلطته التقديرية وذلك راجع لاعتبارات نذكر منها:

- تغيير مفهوم المصلحة والضرورة بتغير الزمان والمكان والظروف والأحوال.

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 420.

- المحافظة على العادات السائدة في بعض المجتمعات، بتزويج الشباب والشابات في سن مبكرة، حماية لهم من الوقوع في المحرمات.

- إعطاء فرصة للفتاة اليتيمة التي ليس لها ولي أو يها، حماية لها من الوقوع في الفاحشة في حالة تأخير الزواج إلى حين بلوغها سن الرشد القانوني.¹

- كما تدخل حالة القاصر المغتصبة ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الضحية فيما بعد الزواج بالجاني.²

ب- قدرة الطرفين على الزواج: إن وجود المصلحة والضرورة لا يكفي لكي يمنح القاضي الترخيص بالزواج لمن هم دون السن القانونية، بل يجب عليه التأكد من قدرة الطرفين على الزواج، غير أن المشرع لم يعطي مفهوم القدرة على الزواج، هل هي القدرة على تحمل تبعات وآثار الزواج من قدرة مالية، أو قدرة الطرفين الصحية والفيزيولوجية على الارتباط والإنجاب؟

من خلال تصفح الوثائق التي تقدم إلى القاضي من أجل منح الترخيص نجد شهادة طبية تثبت القدرة الجسدية والصحية، إذ من خلالها يمكن التأكد من قدرة المأذون له تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج، وبهذا يمكن القول أن المشرع قد وفر حماية للقاصر وللعلاقة الزوجية التي تنشأ، ومنه يجب على القاضي الاستعانة بأهل الاختصاص والخبرة للتعرف على قدرة القاصر على الزواج، ولا يكتفي بسلطته التقديرية.³

ج- إجراءات الحصول على الترخيص

لم يحدد المشرع الجزائري الإجراءات الواجب اتباعها من أجل منح الترخيص، ولا الوثائق المطلوبة لتقديم الطلب، غير أنه جرت التطبيقات العملية على أن يقدم ولي الطرف القاصر الذي يريد الزواج طلب إلى رئيس المحكمة المتواجد بها مقر إقامة صاحب الطلب

¹- جبارة زينب، حماية الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، رسالة دكتوراه تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2020/2019، ص 108؛ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2015/2014، ص 145.

²- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 428.

³- جبارة زينب، المرجع السابق، ص 109.

موقعا ومؤرخا، ويذكر فيه التبريرات التي دفعته لتقديم الطلب بالترخيص بالزواج قبل السن القانونية و برفقة شهادة ميلاد طرفي عقد الزواج، مع وصل تسديد الرسوم القضائية، وهناك بعض الجهات القضائية يطلبون إرفاق الطلب أيضا بشهادة طبية تثبت قدرة القاصر على تحمل الأعباء الصحية والنفسية للزواج.¹

غير أن المشرع لم يحدد صراحة عن القاضي المختص في منح الترخيص، إلا الواقع العملي يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الولائية، ولكن المنطق يقضي بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرأيته وخبرته في هذا المجال مستعينا في ذلك بآراء المختصين من الأطباء للتأكد من قدرة المأذون على الزواج.²

ثانيا: الترخيص بتعدد الزوجات

لقد أقرت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية العربية ومنها المشرع الجزائري نظام تعدد الزوجات، حيث سمحت للرجل أن يتزوج بأكثر من زوجة في حدود ما يسمح به المشرع وفقا لمعايير وشروط معينة.

1- ضوابط تعدد الزوجات

لقد اتفق الفقهاء والمفسرون على أنه لكي يجوز للزوج أن يعدد لأبد من توفر الضوابط

التالية:

1- العدد: اتفق جمهور الفقهاء على أن لا يتجاوز عدد الزوجات أربع، أي لا يجوز للرجل أن يجمع أكثر من أربع زوجات حيث جاء في الآية الكريمة قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، أي انكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم اثنتين وإن شاء ثلاث، وإن شاء أربع، كمال قال الله تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ فَاطِرِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ جَاعِلِ الْمَلَائِكَةِ رُسُلًا أُولِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾³، أي

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 428.

² - تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 36، ع 4، ص 77.

³ - سورة فاطر، جزء من الآية 01.

منهم من له جناحان، ومنهم من له ثلاثة، ومنهم من له أربعة، ولا ينفي ما عدا ذلك في الملائكة لدلالة الدليل عليه، الخلاف قصد الرجال على أربع، فمن هذه الآية كما قال ابن عباس وجمهور العلماء، لأن المقام مقام امتنان وإباحة، فلو كان يجوز الجمع بين أكثر من أربع لذكر.¹

2- العدل بين الزوجات: لقد ألزمت الشريعة الإسلامية من تزوج أكثر من زوجة بالعدل بينهن، ودل على وجوب العدل النصوص العامة كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾.²

كما أن الرجل الذي لا يستطيع العدل بين الزوجات فعليه أن يكتفي بالزواج بواحدة، وهذا مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾،³ والعدل المستطاع الذي أمر الله به هو العدل في المبيت والنفقة، ونحو ذلك، أما العدل في ميل القلب فإنه غير مستطاع، وعلى المرء أن يجاهد نفسه حتى لا يميل في محبته كل الميل،⁴ وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾.⁵

وقد ثبت أن رسول الله (ﷺ) كان يحرص على العدل بين زوجاته، فعن عائشة رضي الله عنها، قالت: كان رسول الله (ﷺ) يقسم فيعدل، ويقول: «اللهم هذا قسمي، فيما أملك فلا تلمني، فيما تملك ولا أملك»، قال أبو داود يعني القلب.⁶

¹ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ، 2/183.

² سورة المائدة، الآية 8.

³ سورة النساء، جزء من الآية 3.

⁴ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 295.

⁵ سورة النساء، الآية 129.

⁶ أبو داود، سنن أبي داود، باب القسم بين النساء، حديث رقم 2134، المرجع السابق، 2/242.

وقد نهى النبي (ﷺ) من ترك العدل بين الزوجات، عن أبي هريرة، عن النبي (ﷺ)

قال: « من كانت له امرأتان فمال على إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل»¹.

3- القدرة على الإنفاق: وهي من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر قبل الإقبال على التعدد، وتعني القدرة على توفير الطعام والشراب والكسوة والمسكن والأثاث اللازم له، فيجب على الرجل الذي يريد أن يعدد أن يكون لديه القدرة المالية على الإنفاق على المرأة السابقة والمرأة التي يريد أن يتزوجها، فإذا لم يكن لديه من أسباب الرزق ما يمكنه من ذلك فلا يجوز له شرعا الإقدام على الزواج، ويظهر هذا واضح في حديث النبي (ﷺ)، في قوله «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة، فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»².

ويسري هذا الأمر على الرجل الذي لا يستطيع أن ينفق على أكثر من زوجة فإنه لا يحل له شرعا أن يتزوج بأخرى، فقد اتفق القضاء على أن كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه ولو كان الزواج الأول، أنه لا يعدل مع أهله أو لا يستطيع الإنفاق فيه يكون حرام³.

2- موقف المشرع الجزائري

لقد أقر المشرع الجزائري على نظام التعدد حسب أحكام الشريعة الإسلامية، حيث سمح للرجل أن يتزوج بأكثر من زوجة واحدة، إلا أنه قيده بمجموعة من الضوابط والشروط حتى لا يتم اللجوء إليه بسبب النزوات، كل هذا من أجل توفير حماية الرابطة الزوجية، وهذا ما جاءت به المادة 8 من ق.أ: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم

طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية".

¹- أبو داود، سنن أبي داود، باب القسم بين النساء، حديث رقم 2133، المرجع نفسه، 2/242.

²- مسلم، صحيح مسلم، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، حديث رقم 1400، المرجع السابق، 2/1018.

³- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 91.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

فمن خلال نص المادة نستخلص إلى أن المشرع اباح التعدد وسمح به لكن قيده بمجموعة من الشروط والإجراءات يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- **احترام العدد:** بأن لا يتجاوز الزوج أربع زوجات، وكذا تفادي موانع الزواج طبقاً لنص المواد من 23 إلى 30 من ق.أ.

ب- **المبرر الشرعي:** لم يبين المشرع ماهية المبرر الشرعي فقد تركه مبهم، مما يجعله مطلق يختلف باختلاف الأشخاص والظروف والأمكنة، لكن بالرجوع للمنشور الوزاري¹ رقم 102/84 نجد أنه حصر مفهوم المبرر الشرعي في عقم الزوجة، أو مرضها مرض عضال لا غير، ويثبتان بشهادة طبية، فإن لم يثبت ذلك يرفض محرر عقد الزواج تحرير، حيث جاء فيه: "إذا طلب من الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي عقد زواج بثانية فعليه أن يتحقق من توفر الشرط الأول الذي هو المبرر الشرعي، ويكتفي بإثباته بشهادة طبية من طبيب أخصائي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت العقم أو المرض العضال، رفض الموثق أو الموظف المختص تحرير العقد".²

فالمشرع في حصره المبرر الشرعي في العقم والمرض قد أجهف في حق الرجل أو الزوج لأن هناك من المبررات ما هو أعم وأعظم من ذلك، كما أنها تتعدد وتختلف باختلاف الأشخاص والظروف، فالزوج هو المكلف بإثبات المبرر الشرعي والمحكمة هي التي تكيفه هل هو مبرر أم لا.³

فالمشرع قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في معرفة الدوافع التي أدت بالزوج بالزواج بامرأة، فإذا تأكد من جدية دوافع الزوج كمرض الزوجة الأولى أو عقمها أو عدم

¹ - المنشور الوزاري رقم 84-102، الصادر بتاريخ 1984/12/23، اصدره وزير العدل كتفسير للمادة 08 قبل تعديلها.

² - جبارة زينب، المرجع السابق، ص 123،

³ - نسيمه آمال حيفري، تعدد الزوجات في ق.أ.ج بين الإباحة والتقييد، مجلة صوت القانون، المجلد 8، ع 2، 2022، ص 596.

قدرتها على إعطاء الزوج حقوقه الشرعية، فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج بدل من أن يدفعه إلى تطليق زوجته الأولى خصوصا إذا ما تأكد من موافقة هذه الأخيرة.¹

ج- توفر شروط ونية العدل

من خلال نص المادة 8 الفقرة 1 نجد أن المشرع الجزائري اشترط على من يريد التزوج بأكثر من واحدة توفر نية العدل، دون تحديد المقصود بها، ذلك لأن نية العدل أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمه إلا الله، ثم أن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن وبالنفقة وبالمبيت يظهر بعد قيام الحياة الزوجية الثنائية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج، مما يؤدي إلى الاعتقاد بأن شرط نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، لأن ما لا يمكن إثبات وجوده مادي قبل العقد لا يمكن التسليم بأنه شرط لإبرام العقد.²

د- القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة

من خلال نص المادة 8 الفقرة 3 تطرق المشرع إلى هذا الشرط "توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، إلا أنه لم يبين المعيار الذي يبنى عليه في تقييمه، كما أنه لم يوضح المقصود بالشروط الضرورية للحياة، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222، إذ المقصود بذلك حسب جمهور الفقهاء القدرة على الإنفاق، بأن يكون قادر على تكاليف الزواج وقدرته الدائمة على تكاليف نفقة أزواجه أو أولاده.³

هـ- وجوب إخبار الزوجتين السابقتين واللاحقة

من خلال نص المادة 8 الفقرة 2 أورد المشرع شرط آخر، وهو ضرورة إخبار الزوجة السابقة والتي هي في عصمته برغبته في الزواج بثانية، كما يجب عليه إعلام المرأة التي ينوي الزواج بها أنه متزوج ومازالت علاقته الزوجية قائمة، فمن واجبه إخبارهما معا أو

¹ محروق كريمة، قيود تعدد الزوجات واشكالاتها: قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الانسانية، المجلد ب، ع 2017، 48، ص 375.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 89.

³ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 445.

إخبارهن إن تعددن، وإذا لم يفعل جعل المشرع ذلك سببا يسمح من خلاله للزوجة السابقة وكذا اللاحقة بطلب التطلاق من القاضي، بناء على غش وتدليس الزوج لهما أو لإحديهما طبقا لنص المادة 8 مكرر ونص المادة 6/53 من ق.أ، بمجرد عدم إخبارهما يعد تدليس، وهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد لعدم صحة رضاه، لأنه ترتب على الحيل المستعملة فلولاها لما رضي المدلس عليه بالتعاقد،¹ لأن الزوج قد يمارس هذا الأسلوب على الزوجة الأولى خصوصا أو تلك التي يقبل على الزواج بها بأن يخفي أمر زواجه الأول والتي تكون في أغلب الحالات على علم بالزواج الأول، والحل في ذلك هو طلب التطلاق من المدلس عليها.

وتكون الموافقة إما بواسطة إفراغها في سند رسمي أمام الموثق، أو إحضارهما أمام رئيس المحكمة الذي يستجوبهما للتأكد من موافقتهما.²

و- عدم اشتراط الزوجة عدم الزواج عليها

لقد أباح المشرع للزوجين بالاشتراط في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تكن تتنافى مع القانون، طبقا لنص المادة 19 من ق.أ، ولقد أخذ المشرع بالمذهب الحنبلي، ومن خلاله يستشف أن المشرع جعل من شرط المنع من التعدد قيد من قيود التعدد، وقد ساوى بين الزوجة التي اشترطت عدم الزواج عليها والزوجة التي لم تشترط ما دام موافقتها على الزواج اللاحق لازمة طبقا لنص المادة 8 من ق.أ.³

س- استصدار الترخيص القضائي

لقد ألزم المشرع الجزائري الزوج الذي يريد التعدد بضرورة استصدار ترخيص قضائي بالزواج الجديد، ومضمونه التأكيد من توفر شروط التعدد المنصوص عليها في نص المادة 8

¹ عيسات اليزيد، تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، ع 1، 2018، ص 450.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نسا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 24.

³ وليد ضيف، علي دحامنية، قيود تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، ع 01، 2018، ص 450.

الفقرة 1، بحيث يقدم طلب إلى رئيس المحكمة يلتمس فيه الترخيص له بالزواج بأخرى، وللمحكمة السلطة التقديرية في المنح أو الرفض.

في أغلب الأحيان يتم الزواج الجديد طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أي يكون عرفياً، خصوصاً مع علمهم بإمكانية تثبيته بحكم قضائي طبقاً لنص المادة 22 من ق.أ، وبالتالي لا يصل إلى علم الزوجة السابقة إلا بعد فوات مدة، فتكون أمام أمرين إما الإبقاء على الرابطة الزوجية أو طلب التطلق للتدليس، وفي غالب الأحيان تخضع الزوجة السابقة للأمر الواقع.¹

ما يمكن أن نستخلصه أن المشرع من خلال نص المادة 8 من ق.أ قد وافق الشريعة الإسلامية حيث أباح التعدد في حدود أربع زوجات، وفي اشتراط نية العدل والقدرة على الإنفاق، في حين خالفها حين اشترط موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة على الزواج الجديد وكذا استصدار ترخيص قضائي.

ما يمكن قوله أن المشرع باشتراطه موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة حاول إعطاء نوع من الحماية للرابطة الزوجية والأسرة، لأن موافقة الزوجة الأولى للزواج يؤدي إلى حماية الأسرة، غير أنه بإعطائه لهما الحق في طلب التطلق في حالة إذا تم الزواج دون موافقتهم طبقاً لنص المادتين 8 مكرر 1 و 53 ف6 من ق.أ سيؤدي إلى تفكيك الرابطة الزوجية وتشتت الأسرة، لأن المرأة بطبيعتها تمتاز بالغيرة، والانجرار نحو العاطفة دون تحكيم العقل.

¹ - كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، المرجع السابق، ص 140-

المبحث الثاني: حماية الرابطة الزوجية أثناء إنشائها ومقومات استمرارها

تعتبر العلاقة الزوجية من أقدس العلاقات بين البشر، لذا فقد حرصت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري على إعطاء أهمية بالغة لمرحلة إنشائها، لأنها المرحلة الأساسية، وذلك من خلال إحاطتها بمجموعة من الضوابط والأحكام، تعتبر مقوماتها وتتمثل في أركان وشروط تعبر عن وجودها وصحتها، لأنه بقدر ما رعيت هذه الأركان والشروط بقدر ما تأسست الرابطة الزوجية على أساس متين، باعتباره ضمان لاستمرارها واستقرارها.

كما أن المشرع الجزائري فرض على المقبلين على الزواج ضرورة إجراء الفحص الطبي وتقديم شهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض المعدية والعيوب لضمان حماية الرابطة الزوجية من الاختلال بسبب العيوب، ولضمان حماية الرابطة الزوجية من الإنكار ألزم المتعاقدين بضرورة إبرام العقد عند الموثق أو ضابط الحالة المدنية.

كما أن عقد الزواج يرتب على الطرفين حقوق وواجبات متبادلة بينهما، فالتزام كل طرف بما له من حقوق وما عليه من واجبات اتجاه الطرف الآخر يساهم في استقرار العلاقة الزوجية ودوام استمرارها.

وعلى هذا الأساس يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حماية وجود الرابطة الزوجية**المطلب الثاني: مقومات استمرار الرابطة الزوجية**

المطلب الأول: حماية وجود الرابطة الزوجية

بالنظر لقدسية عقد الزواج واختلافه عن سائر العقود الأخرى، باعتباره الأساس الذي تبنى عليه الأسرة، إلا أنه كسائر العقود الأخرى له أركان وشروط تعتبر أساس وجوده، تعتبر ضمانات لحماية مصلحة الزوجين وحقوقهم، فمتى احترمت هذه الأركان والشروط نشأت العلاقة الزوجية على أساس متين، يساهم في استقرارها ودوامها على أساس المودة والرحمة. كما أن هناك شروط قانونية فرضها التطور العلمي، وضعها المشرع الجزائري كضمان آخر لحماية العلاقة الزوجية، لذا سأتطرق إلى الأركان والشروط الشرعية في الفرع الأول والفحص الطبي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأركان والشروط الشرعية لعقد الزواج

من خلال هذا الفرع سأتطرق أولاً إلى ركن الرضا ثم إلى الشروط الشرعية ثانياً.

البند الأول: ركن الرضا

يعتبر الرضا هو الركن الحقيقي للزواج، وتوافق وتطابق إرادة المتعاقدين في الارتباط على وجه الدوام، بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول، فما صدر أولاً من أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته في إنشاء العلاقة الزوجية يسمى إيجاب، وما صدر عن المتعاقد من العبارات الدالة على الرضا والموافقة يسمى قبول.¹

أولاً: صيغ انعقاد الزواج

يتحقق في الأصل الإيجاب والقبول في عقد الزواج بالألفاظ والعبارات، واستثناء يتحقق أحدهما أو كلاهما في بعض الحالات بالإشارة أو الكتابة.

1- ألفاظ الانعقاد

- القبول: اتفق الفقهاء على أنه يتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة أو الرضا، مثل:

قبلت، وافقت، فلم يشترطوا اشتقاقه من مادة خاصة.²

¹ - علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص 61.

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 101.

- الإيجاب: اتفق الفقهاء على أنه ينعقد الزواج بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح، لأن أكثر النصوص القرآنية الواردة فيه جاءت بهما، قوله تعالى: ﴿زَوَّجْنَاكُهَا﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾، كما اتفقوا على عدم انعقاده بألفاظ الإباحة والإحلال والإجازة، والمتعة والرهن والوديعة، لأنها لا تدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدى الحياة.¹

واختلفوا في بعض الألفاظ مثل البيع، الهبة، الصدقة ونحوها مما يدل على تمليك العين في الحال، وبقاء الملك مدى الحياة.

فقد ذهب المالكية والحنفية إلى أن الزواج ينعقد بها، بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج، كذكر المهر فيها، وفهم الشهود القصود، لأن المطلوب التعرف على إرادة العاقدين، وليس للفظ اعتبار، واستدلوا بما ورد في الكتاب والسنة ما يدل على الزواج بلفظ الهبة والتملك.²

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ كلها وحصروه في لفظي النكاح والزواج وما اشتق منهما، فيلزم الاقتصار عليهما، ولا يصح أن ينعقد بغيرهما من الألفاظ، لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به، واستدلوا على أنه لم يرد في القرآن الكريم إلا بهذين اللفظين، وجاء ذلك في أكثر من عشرين آية.³

نذكر منها قول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾.⁴

وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكُهَا﴾.⁵

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 38/7.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 42؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 38/7.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 98-99؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 39/7.

⁴ - سورة النساء، جزء من الآية 03.

⁵ - سورة الأحزاب، جزء من الآية 37.

2- انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة

اتفق الفقهاء أن الزواج لا يصح بالكتابة أو الإشارة إذا كان العاقدان حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق، ولو كانت الكتابة بنية واضحة، والإشارة مقحمة في الدلالة على إنشاء الزواج، لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة، ولا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، وقالوا المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا ينعقد الزواج بكتابة في غيبة أو حضور العاقدان لأن الكتابة كتابة.

- أما الحنفية فقالوا أن الزواج ينعقد بالكتابة أو إرسال رسول، إذا حضر شاهدين عند وصول الكتاب أو الرسول.¹

3- انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

لقد ألقى التقدم العلمي بظلاله على جانب الأحوال الشخصية للناس، نتج عن ذلك ظهور أمور مستجدة في باب الزواج خصوصا لم تكن معهودة في الماضي، ومنها الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، التي تعتبر من النوازل التي تتطلب من المجتهدين في هذا العصر البحث عن حكم لما يتوافق ومقاصد الشريعة الإسلامية.²

وقد انقسم الفقه المعاصر حول جواز انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة إلى رأيين:
- **الرأي الأول:** ذهب أصحابه إلى عدم جواز إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة عبر الانترنت، وقد تأثر أنصار هذا الرأي المعاصر برأي الجمهور حين منعوا الزواج عن طريق الكتابة لمن هو قادر على اللفظ في غيبة أو حضور.

- **الرأي الثاني:** يرى أنصاره صحة الزواج المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة وقد تأثر هذا القول المعاصر برأي الحنفية الذين أجازوا إبرام الزواج عن طريق الكتابة ولو كانت

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 46/7.

² - أمينة تازير، كريمة محروق، الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، ع 01، 2020، ص 523.

هناك قدرة على اللفظ، بشرط أن يكون العاقدان غائبان، وأن يشهد شاهدين على ذلك عند الإرسال.¹

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة سواء كانت شفاهية أو مكتوبة لا ضمن قانون الأسرة ولا ضمن قانون آخر، والتزم السكوت والحياد، وهذا السكوت حسب رأي الشخصي راجع لعدم اعترافه بمسألة الزواج الإلكتروني.

من خلال ما سبق يمكن ترجيح الرأي الأول القاضي بعدم جواز الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وهذا راجع لخصوصية عقد الزواج، وفتح المجال أمام عقد الزواج بهذه الوسائل وإجازته يؤدي لكثرة حالات الغش والخداع والتدليس، مما لا يساعد على حماية الرابطة الزوجية.

ثانياً: شروط الصيغة المتعلقة بالمجلس

ينعقد الزواج بصيغة معبرة عن تراضي طرفيه، والتي يجب توافر مجموعة من الشروط تتمثل في:

- اتحاد مجلس العقد: أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بمعنى اجتماع المتعاقدين في المكان والزمان نفسه.²
- سماع كل من المتعاقدين لفظ الآخر، ولو حكما كالكتاب إلى امرأة غائبة ويفهم أن المقصود منه إنشاء الزواج، لتحقق رضاها به.
- فورية القبول للإيجاب: بمعنى ألا يفصل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي وقد اشترط المالكية والشافعية الفورية بينما لم يشترط الحنفية والحنابلة ذلك.
- ألا يخالف الإيجاب القبول إلا إذا كانت المخالفة إلى ما هو أحسن للموجب، فإنها تكون أبلغ في الموافقة.³

1- أمنة تازير، كريمة محروق، المرجع نفسه، ص 524.

2- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 49.

3- الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، المرجع السابق، ص 61-62.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بصحة الرضا

يساهم ركن الرضا في حماية الرابطة الزوجية، متى كان سليم وحتى يكون كذلك لا بد من توافر شروط تتمثل فيما يلي:

1- أهلية التعاقد: بمعنى أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً لمباشرة العقد، فإذا كان أحد المتعاقدين أو كلاهما فاقداً للأهلية، فعبارة ملغاة لا أثر لها ولا ارتباط ينشأ بوجودها، أما فاقداً للأهلية وأنشأ عقد الزواج بنفسه، فالعقد موقوف على إجازة من له حق الإجازة، وكامل الأهلية يصح عقده لنفسه وعن غيره.¹

2- سلامة الإرادة: بمعنى أن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضا، وهي آفة تصيب إرادة العاقد، ولا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً، وهي في نظر الفقه الإسلامي، إما أن تنشأ عن سبب رافق ولادة الإرادة، وأثر في تكوينها أو في توجيهها منذ البداية تأثير فاسد، وإما أن تنشأ أحياناً عن سبب طارئ غير ملحوظ عند التعاقد يؤدي إلى اختلال في تنفيذ العقد.²

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى عيوب الرضا في عقد الزواج من خلال ق.أ، بل تطرق إلى عيوب الإرادة في القواعد العامة من خلال المواد من 81 إلى 91 من ق.م. ولقد عالج الفقهاء القدامى العيوب التي تشوب الإرادة عند تكوين العقد بصفة عامة في أبواب متفرقة من كتبهم، وتتمثل في: الإكراه، الغلط، التدليس، أو التغيرير، والغبن مع التغيرير، ويختلف تأثيرها على العقد، فقد تجعل العقد باطلاً، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف، والتدليس، والغبن مع التغيرير.³

غير أن عقد الزواج في الفقه الإسلامي له طبيعة خاصة، تجعله يتميز عن باقي عقود المعاملات المالية من حيث عيوب الإرادة يصعب تصورها جميعها في عقد الزواج وخاصة

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 40.

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004، 449/1.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 213/212/4.

عيب الغبن وعيب الغلط، ويبقى بذلك الإكراه والتدليس هما العيبين المؤثرين في الرضا عند إبرام عقد الزواج.¹

أ- الإكراه: هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، فالإكراه يصيب الإرادة في أحد عناصرها وهي الحرية والاختيار، فإن المكره لا يريد التعاقد ولكن الرهبة والخوف التي ولدها الإكراه تدفعه إلى التعاقد.²

والفقه الإسلامي تطرق إلى الزواج المشوب بإكراه تحت مصطلح، الإيجاب والإكراه وقد اختلف الفقهاء في حكم الزواج المشوب بعيب الإكراه إلى رأيين:³

- الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى أن الإكراه يفسد الزواج فقط ولا يبطله، ويترتب عليه الأحكام المقررة لفساد عقد الزواج، ويصبح ملزماً دون الفساد، وذلك لأنه صيانة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة.

- الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإكراه يبطل العقود بما فيها عقد الزواج، لأن الإكراه يعدم الرضا، ومنه العقد باطل، فقد قال جمهور الفقهاء أنه لا يجوز نكاح المكره ولا يصح، واستدلوا:

من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَعُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.⁴

من السنة: عن أبي ذر الغفاري قال: قال رسول الله (ﷺ): «إن الله قد تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».⁵

أما موقف المشرع الجزائري فمن خلال نص المادة 13 من ق.أ، فقد منع الولي مهما كانت صفته أبا كان أو غيره إجبار موليته القاصر على الزواج دون موافقتها، وهذا ما ذهب

¹ بوخاتم آسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 03، ع2، 2017، ص 50.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 213/4.

³ بوخاتم آسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، المرجع السابق، ص 50-51.

⁴ سورة النور، الآية 33.

⁵ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، المرجع السابق، 659/1.

إليه الاجتهاد القضائي، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/03/12: "حيث أن عقد الزواج عامة مبني على أساس الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من ق.أ"، إضافة إلى ذلك فالمادة 04 من نفس القانون تعرف الزواج بأنه: عقد رضائي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وحيث بناء على المادتين المشار إليهما أعلاه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة على الدخول بما رغم معارضتها أو عدم رضاها به".¹

ب- التدليس: هو استعمال وسائل احتيالية وخذع لإيقاع الطرف الآخر في الغلط، ودفعه إلى التعاقد، بحيث لولا هذه الوسائل لما رضي بالتعاقد، وهو يتخذ عدة صور في الزواج من أمثلتها: إخفاء الزوج أنه متزوج من قبل، أو انتحال الرجل صفة من صفات الكفاءة، ثم يتبين أنه بليس كفاء.²

فالتدليس هو غلط مدبر، باستعمال وسائل الخداع والغش والإخفاء للتأثير في إرادة المتعاقد الآخر ودفعه لإبرام عقد الزواج،³ يترتب على التدليس فسخ الزواج عند المالكية،⁴ فإن وقع الفسخ قبل الدخول لا تستحق الزوجة شيئاً من الصداق، لأنه إذا كان العيب بها فهي المدلسة، وإن كان العيب بالزوج فوقع التفريق من قبلها.

أما إذا كان الفسخ بعد الدخول فإذا كان العيب بالزوج كونه هو المدلس، تستحق الزوجة الصداق المسمى كاملاً وكذلك إن كان العيب بها مما يرد بدون شرط، يرجع الزوج بالصداق على من غره، وإذا غرته هي يترك لها قدر ما استحلته به.

أما موقف المشرع الجزائري فقد أشار في المادة 8 مكرر من ق.أ أنه في حالة التدليس في مسألة التعدد يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج لطلب التطليق.

¹ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، صادر بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 415123، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع1، ص 275.

² - جبارة زينب، المرجع السابق، ص 151.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 272.

⁴ - مالك بن أنس، المدونة، باب النكاح الأول، عيوب النساء والرجال، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 145-142/2.

البند الثاني: الشروط الشرعية لعقد الزواج

يقصد بالشروط الشرعية الشروط التي لا بد للمشرع من وضعها، والمتضمنة في المادة 9 مكرر وهي: الصداق، الولي، الشاهدان بالإضافة إلى شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج، والتي تعتبر من المسائل الشرعية المتفق على اعتبار اشتراطها، كونها من الثوابت في مجال أحكام الأسرة،¹ سأحاول التفصيل في شروط صحة الزواج طبقا لما جاء في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أولا: الصداق في عقد الزواج

يعتبر الصداق عند جمهور الفقهاء أثر من آثار عقد الزواج بعد تمامه، وليس ركن ولا شرط، بخلاف المالكية الذين اعتبروه شرط صحة، أما المشرع الجزائري فقد اعتبره شرط من شروط عقد الزواج طبقا لنص المادة 9 مكرر من ق.أ.

1- التكيف الفقهي للصداق

اختلف الفقهاء حول تكيف الصداق في عقد الزواج على رأيين:

- الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أن الصداق أثر من آثار عقد الزواج وحكم من أحكامه وليس شرط ولا ركن فيه، يثبت في ذمة الزوج بمجرد العقد واستدلوا بما يلي:

من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁵.

¹- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 338.

²- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 62/5.

³- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 390/9.

⁴- ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، 191/6.

⁵- سورة البقرة، الآية 236.

وجه الدلالة من هذه الآية هو أن عقد الزواج يصح بغير فريضة الصداق، وذلك أن الطلاق لا يقع إلا على من عقد نكاحه، وإذا جاز أن يعقد النكاح بغير مهر فيثبت، فالنكاح ينعقد بغير مهر والعقد يصح بالكلام به، وأن الصداق لا يفسد عقده أبداً.¹

من السنة: عن عبد الله، أنه سئل عن رجل تزوج امرأة فمات عنها، ولم يدخل بها، ولم يفرض لها، قال: فقال عبد الله: "لها الصداق، ولها الميراث، وعليها العدة"، فقال معقل بن سنان الأشجعي: شهدت رسول الله (ﷺ) قضى في بروع بنت واشق بمثل ذلك». ²

- **الرأي الثاني:** ذهب بعض المالكية إلى أن الصداق ركن من أركان عقد الزواج، بينما ذهب الآخرون إلى أن الصداق شرط من شروط الصحة لا يجوز الاتفاق على إسقاطه، لأنه عقد معاوضة يفسد بشرط نفي العوض.³

لقد وافق المالكية جمهور الفقهاء في أنه لا يشترط تسمية الصداق عند العقد وخالفهم في حكم العقد في حالة الاتفاق على إسقاط الصداق، فاعتبر النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول ويصح بصداق المثل.

والرأي الراجح هو رأي الجمهور والذي مفاده أن الصداق ليس ركن ولا شرط صحة في عقد الزواج، وإنما هو أثر من آثار العقد، لأنه يصح الزواج في حالة عدم تسميته، وتستحق الزوجة صداق المثل.

لقد اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرط من شروط عقد الزواج، حيث نص في المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: - الصداق ...".

ومن خلال نص المادة 33 الفقرة 2 من ق.أ.رتب المشرع على تخلف الصداق فسخ العقد قبل الدخول أم إذا تم الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل.

¹- الشافعي، تفسير الإمام الشافعي، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفران، دار التدمرية، السعودية، 2006، 395/1-396.

²- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك، حديث رقم 1891، المرجع السابق، 609/1.

³- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 294/2.

2- مقدار الصداق

اتفق الفقهاء على أنه ليس هناك حد أقصى للمهر، لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾¹.

ولكن تيسير وتخفيف الصداق وعدم المغالاة في المهور لقوله (ﷺ): «إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا»².

والحكمة من منع المغالاة في المهور واضحة وهي تيسير الزواج للشباب، حتى لا ينصرفوا عنه، فتقع مفاسد أخلاقية واجتماعية مختلفة³، أما الحد الأدنى فمختلف فيه بين الفقهاء إلى ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى أن أقل الصداق هو عشرة دراهم، قياسا على نصاب السرقة، وهو حد ما تقطع به يد السارق⁴، واستدلوا بحديث عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله (ﷺ): «لا تنكحوا النساء إلا الكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم»⁵.

أما الحديث «التمس ولو خاتم من حديد» فحملوه على المهر المعجل، لأن العادة عندهم تعجيل المهر قبل الدخول.

- الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أقل قيمة للصداق ربع دينار أو ما يساويها، مما يقوم بها من عروض، أو من كل طاهر لا نجس، مشمولاً شرعا من عرض أو حيوان أو عقار منتفع به شرعا ومقدور على تسليمه للزوجة، معلوم قدرا وصنفا وأجلا⁶.

¹ - سورة النساء، جزء من الآية 20.

² - البيهقي، السنن الكبرى، باب ما يستحب من القصد في الصداق، حديث رقم 14356، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 384/7.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 255/7.

⁴ - ابن عابدين، الدر المختار، المرجع السابق، 101/3.

⁵ - البيهقي، السنن الكبرى، باب اعتبار الكفاءة، حديث رقم 13760، المرجع السابق، 215/7.

⁶ - ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 135.

- **الرأي الثالث:** ذهب الشافعية¹ والحنابلة² إلى أنه لا حد أدنى في الصداق، فيصبح مهرا ما لا قليل أو كثير، وكل ما يصح مبيعا أي له قيمة يصح صداقا واستدلوا:
من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾.³
من السنة: قوله (ﷺ): «التمس ولو خاتم من حديد»،⁴ فيدل على أن المهر يصح بكل ما يطلق عليه اسم المال.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد مقدار الصداق لا حد أدنى ولا أقصى، وترك ذلك لتقدير الزوجين في حالة عدم تحديد من طرف الزوجين تستحق الزوجة صداق المثل وهذا حسب نص المادة 15 الفقرة 2 من ق.أ.

الرأي الراجح هو رأي الشافعية والحنابلة والذي مفاده عدم تحديد الصداق، لأن الناس يتفاوتون في الغنى والفقر، كما أن العادات تختلف من مكان لآخر، لذا فمن الأفضل تركه لتقدير الزوجين فيما تراضيا بينهما، إضافة إلى وجه التيسير في المهور وعدم المغالاة فيها، وهذا لتسهيل الزواج على الشباب، كما أن المغالاة فيها قد تكون سبب في سوء العلاقة الزوجية، لما يشعر به الزوج من الحرج من غلاء المهر، فتتولد من ذلك في قلبه عداوة تجاه الزوجة، فيؤثر سلبا على الحياة الزوجية.⁵

3- استحقاق المرأة للصداق

يختلف استحقاق الزوجة للصداق باختلاف الحالات، فتستحق في بعض الحالات كل الصداق، والبعض الآخر نصفه، كما أنه يمكن لها أن تستحق شيء نه في بعض الحالات.

أ- استحقاق الزوجة كل الصداق

اتفق الفقهاء على استحقاق الزوجة لكامل الصداق بالدخول الحقيقي والوفاء، واختلفوا في استحقاقها له بالخلوة الصحيحة وإقامة الزوجة سنة بعد الزفاف بلا وطء.

¹ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 249/7.

² - ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، 192/6.

³ - سورة النساء، جزء من الآية 24.

⁴ - سبق تخريجه.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 182/9.

- **الدخول الحقيقي:** هو الوطء أو الاتصال الجنسي بين الزوجين، ولو كان حراما في القبل أو الدبر، أو في حالة الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الصوم أو الاعتكاف، لأن الزوجة بدخوله بزوجته يستوفي حقه منها، فيتقرر حقها في كامل المهر سواء كان مسمى وقت العقد أو تراضيا على تقديره وإذا لم يكن مسمى فتستحق الزوجة صداق المثل سواء استمرت العلاقة الزوجية أو انحلت لاتفاق الفقهاء.¹

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُم إِلَىٰ بَعْضٍ﴾.²

وقال مجاهد الإفضاء يعني المجامعة وقال: يعني كلمة النكاح التي استحل بها الفرج.³

وقوله أيضا: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾.⁴

ووجه الدلالة تفيد الأمر باستحقاق الزوجة المهر عند الاستمتاع بها والمدخول بها مستمتع بها فيجب مهر.

- **الموت:** لقد أجمع الفقهاء على وجوب المهر كامل بالموت، يعني موت أحد الزوجين قبل الدخول، لأن الموت أنهى عقد الزواج مقررا بأحكامه من المهر والميراث، سواء كان الموت طبيعياً أو بفعل أجنبي أو بقتل الزوج زوجته، لأن الجناية منه، فلا تسقط حقا واجبا عليه.⁵

أما في نكاح التفويض، أي النكاح الذي لم يسم فيه المهر، ومات بعده أحد الزوجين فلا شيء فيه عند المالكية، أي لا تستحق الزوجة به الصداق.⁶

¹- شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، 391؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 289/7.

²- سورة النساء، جزء من الآية 21.

³- أبو الحجاج مجاهد بن جبر، تفسير مجاهد، تحقيق: محمد عبد السلام أبو النيل، ط 1، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، 1989، ص 271.

⁴- سورة النساء، جزء من الآية 24.

⁵- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، 2010، ص 114.

⁶- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، 295/2.

أما الجمهور¹ فقالوا يجب صدق المثل في نكاح التفويض واستدلوا بحديث ابن مسعود قضى في امرأة لم يفرض لها زوجها صداقا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق المثل، وعليها العدة ولها الميراث، فقال مفعل بن سنان: «قضى رسول الله (ﷺ) في بروع بنت واشق مثل ما قضيت»².

- **الخلوة الصحيحة:** اختلف الفقهاء على جواز استحقاق الزوجة لصدق بالخلوة الصحيحة على رأيين:

- **الرأي الأول:** ذهب الحنفية³ والحنابلة⁴ إلى استحقاق الزوجة للصدق بالخلوة الصحيحة، إذ لو طلق الزوج زوجته قبل الدخول، وكان قد اختل بها فعليه الصداق كاملا، واستدلوا:

من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾.

من الأثر: روي عن زيد بن ثابت أنه قال: (إذا دخل الرجل بامرأته فأرخت عليهما السور، فقد وجب الصداق)⁵.

- **الرأي الثاني:** يرى المالكية⁶ والشافعية⁷ إلى أن الخلوة لا تقوم مقام الدخول في استحقاق المهر، فإن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول وجب بها نصف الصداق المسمى، وإن لم يكن المهر مسمى وجبت لها المتعة، كما أن المالكية قالوا لو أقامت معه سنة بعد الزفاف بلا وطء، وكان بالغا وهي تطبق المخالعة، تستحق كامل الصداق، لو فسخ عقد بعد ذلك⁸.

¹ - النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 281/7؛ ابن عابدين، الدر المختار، المرجع السابق، 103/3؛ ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، 194/6.

² - سبق تخريجه.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 291/2.

⁴ - ابن قدامة، المغني، مرجع لسابق، 233/7.

⁵ - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق، حديث رقم 14484، المرجع السابق، 417/7.

⁶ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 301/2.

⁷ - النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، 263/7.

⁸ - شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، 394؛ الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 102/4.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ

فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾.¹

والرأي الراجح هو رأي الحنفية والحنابلة والذي أقر باستحقاق الزوجة كامل الصداق بالخلوة الصحيحة، وبال دخول الحقيقي، لأنه يصعب إثبات وقوع الجماع من عدمه، كما أنه يفترض الجماع في كلاهما، فنقوم الخلوة مقام الجماع.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بما اتفق عليه الفقهاء في استحقاق الزوجة كامل الصداق بالدخول الحقيقي أو الوفاة من خلال نص المادة 16 من ق.أ، التي جاء فيها: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج"، كما أنه لم يتطرق إلى مسألة الخلوة الصحيحة، ولم يعتبرها من أسباب استحقاق الزوجة لكامل الصداق، بالرغم من أن الاجتهاد القضائي أقر باستحقاق الزوجة لكامل الصداق بالخلوة الصحيحة من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1983/11/19 والذي جاء فيه "من المتفق عليه أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بما يفيد الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجه غير مبرر يستوجب رفضه.

لما كان ثابت من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وبالداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة على فراش واحد، الأمر الذي يتضرر به كامل الصداق، ويترتب عليه توابع العصمة، وبما أن قضاة الاستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا، وفرقوا بالطلاق بينهما، فإنهم كما فعلوا سببوا قرارهم وأولوه أساسا شرعيا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.²

ب- استحقاق الزوجة نصف الصداق

تستحق الزوجة نصف الصداق في حالتين هما:

¹ - سورة البقرة، الآية 237.

² - المحكمة العليا، غ.أش، ملف رقم 35107، الصادر بتاريخ 1983/01/19، م.ق، ع 2، 1990، ص 55.

- إذا طلقت المرأة قبل الدخول، أو الخلوة الصحيحة وكان الصداق مسمى، حسب رأي المالكية والشافعية سابق الذكر.

- كل فرقة قبل الدخول.

أما المشرع الجزائري فنص على حالة واحدة تستحق بموجبها الزوجة نصف الصداق وهي حالة الطلاق قبل الدخول من خلال نص المادة 16 من ق.أ والتي جاء فيها: "وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

إن عقد الزواج يقوم على أساس المودة والرحمة، ويجمع بين نفسين على أساس الإخاء والتعاطف، كان من اللازم أن يقدم الزوج لزوجته ما يرمز لحياتهما المستقبلية، وما يوحي بحسن نيته نحوها ويثبت إخلاصه لها، خاصة وأن عقد الزواج قد ملك الزوج قوامه على زوجته حبسها لتمتعها، فكان من الحسن أن يقابل الرجل كل هذا بما يطمئن الزوجة، ويجبر خاطرها حتى تشعر أنها محل الرعاية منه، وتحس بأنها موضع العناية عنده.¹

لذا يمكن أن نقول أن الصداق يعتبر ضمان لاستمرار واستقرار العلاقة الزوجية ودوامها، لأن الصداق فيه تعظيم لشأن الزواج، وحماية للرابطة الزوجية من خطر الانحلال، لأنه لو شرع الزواج بدون صداق يجعل الرجل لا يهتم لأمر الرابطة الزوجية، لأن إعادة الزواج مرة أخرى سهلة لعدم وجود التكاليف المالية، أما بإقرار الصداق يجعل الزوجين يحافظان على علاقتهما الزوجية، لأن الإقدام على الفرقة يكلف، فالزوج يعلم أن إعادة إنشاء رابطة زوجية يلزمه صداق جديد، والزوجة على علم أنه إذا أرادت طلب الخلع فعليها دفع بدل الخلع الذي لا يقل عن صداق المثل.

¹ - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 150.

ثانيا: الولاية في الزواج

1- تولي الولي مباشرة الزواج

أ- موقف الفقه الإسلامي

تثبت الولاية باتفاق الفقهاء للرجل البالغ العاقل، بحيث يملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له أو أقل منه بمهر المثل أو بأكثر منه دون أن يكون لأحد الاعتراض عليه في ذلك، أما المرأة البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيب فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها، وبالتالي اختلفوا في صحة الزواج بعبارتها:¹

- **القول الأول:** بحيث ذهب الحنفية إلى جواز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرة كانت أم ثيبا بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، مع استحباب لها أن تولي وليها مباشرة العقد بدلا عنها بعد موافقتها، وللأولياء حق الاعتراض إذا زوجت نفسها من غير كفاء.²

واستدل الحنفية لرأيهم:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾.³

نهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترزاه، وهذا دليل قاطع على أن المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح، وإنما هو حق الولي خلافا لأبي حنيفة، ولولا ذلك لما نهاه الله عن منعها.⁴

- **القول الثاني:** ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والإمام أبي يوسف - في رواية -⁵ إلى عدم جواز مباشرة المرأة عقد زواجها لنفسها ولا لغيرها، لأن من يتولى عقد نكاحها هو وليها، على أن الولي يطلب موافقتها ويشاركها في اختيار الزوج،

¹ - محمد مصطفى الشليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 276.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 247/2.

³ - سورة البقرة، الآية 232.

⁴ - ابن العربي، أحكام النكاح، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن، 1/271-272.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 7/7.

حيث جاء في المغني: (أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت لا يصح النكاح).¹

وجاء في بداية المجتهد: (ذهب مالك إلى أنه لا نكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه)²، وفي المهذب: (لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة لم يصح).³

واستدلوا لرأيهم بعدة أدلة منها:

من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁴، فوجه الدلالة أن الخطاب موجه للأولياء، وقيل للأزواج والصحيح الأول، إذ لو أراد الأزواج لقال "وانكحوا" بغير همز، وكانت الألف للوصل، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تتكح نفسها بغير ولي، وهو قول أكثر العلماء.⁵

- وقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾⁶.

ووجه الدلالة في الآية الكريمة أن تولي عقد الزواج ومباشرته هو الولي، لأن شعيب عليه السلام هو الذي تولى تزويج ابنته.⁷

ومن السنة:

- عن أبي موسى قال: قال رسول الله (ﷺ): «لا نكاح إلا بولي».⁸

¹- ابن قدامة، المرجع نفسه، 7/7.

²- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 36/3.

³- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د.ت.ن، 426/2.

⁴- سورة النور، جزء من الآية 32.

⁵- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 239/12.

⁶- سورة القصص، جزء من الآية 27.

⁷- ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، 498/3.

⁸- الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1101، المرجع السابق، 399/3.

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ﷺ): «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا، فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ، ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»¹.

وجه الدلالة من هذا الحديث أنه يعتبر الولي الزواج شرط لصحة العقد، فإذا لم يكن ثم ولي أو كان موجود وعضل انتقل الأمر إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له².

- الرأي الثالث: وفرق الظاهرية بين البكر والثيب، حيث اشترط الولي في البكر، فلا بد لها من ولي يتولى عقد زواجها، دون الثيب التي يمكنها أن تزوج نفسها بنفسها³.

واستدلوا بقوله (ﷺ): «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكَرُ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا»، والصمات هو السكوت⁴.

يمكن القول مما سبق أن رأي الجمهور هو الرأي المقبول، لما فيه من حماية للمرأة، فالولي حين يقوم بتزويجها يحتاط لنفسه ولها، ولا يقدم على تزويجها إلا من يتحقق فيه شرط الكفاءة، وهذا فيه حماية له ولها، لأن المرأة معروف عنها أنها تغلب عليها عواطفها.

ب- موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري واعتبر الولاية شرط من شروط عقد الزواج طبقاً لنص المادة 9 مكرر، كما أن المشرع قد اتخذ موقف متذبذب في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة التي بلغت السن القانونية لمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يعطي للولي حق تزويجها كما أنه لم يبلغه صراحة، وهذا من خلال نص المادة 11 من ق.أ: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فاستعماله مصطلح "تعقد" فيه إسناد الفعل إلى المرأة، بينما اقتصر دور الولي في الحضور وهو إجراء شكلي، لأن للمرأة أن

1- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083، المرجع السابق، 229/2.

2- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ط 1، دار الحديث، مصر، 1993، 143/6.

3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 34/3.

4- مسلم، صحيح مسلم، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، حديث رقم 1421، المرجع السابق، 1037/2.

تختار أي شخص بديل عن الولي الأصيل، فلم يبقى أي دور أو تأثير للولي في إنشاء عقد الزواج.¹

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري لم يعتمد على رأي الجمهور في اشتراط الولي ولا على رأي الحنفية بمختلف رواياتهم، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في الولاية التزويج، فمثلا عند الحنفية يجوز للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها ولكن أعطوا للولي حق الاعتراض برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج وصدّق المثل، وهذا ما لم يتطرق له المشرع.²

وقد ألغى المشرع المادة 12 من ق.أ التي كانت تنص على منع الولي من العضل، وهو منع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وأن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة، فاستغنى عن منع العضل لأن العقد أصبح بيد المرأة هي التي تتولاه في حضوره أو حضور من تختار الناس فلا معنى لعضله، وليس له أن يمنعها من الزواج ولو كان في المنع مصلحة ظاهرة لأنه لم يعد يملك العقد، فنتزوج ولو أصر على المنع أو الامتناع من التزويج.³

وبالرغم من إلغاء الولي فإن العائلات الجزائرية مازالت محافظة، فلا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها دون موافقة وليها وحضوره يوم إبرام العقد ويوم زفافها، ولا يمكن أن تتحول إلى سلعة رخيصة سهلة المنال وتتنازل عن عزتها وكرامتها التي يفرضها وليها بشروطه عندما يأتيه الخاطب، كما أن وجود الولي في عقد الزواج لم ولن يشكل أبد مشكلة لدى الأسرة الجزائرية، ولا توجد فتاة لا ترغب في أن يعقد زواجها أبيها، ولا حتى الشاب يقبل بزواج من فتاة في معزل عن أهلها، كما أن إلغاء الولي يهدف إلى إهانة المرأة واحتقارها وتركها بلا

¹ محروق كريمة، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، المرجع السابق، ص 21-22.

² بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 390.

³ عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10،

ع13، 2007، ص 98.

سند يدعمها ويحميها، وليس ترقيتها والرفع من كرامتها كما يدعون العلمانيين، لأن الولي هو الملجأ الحصين والملاذ الآمن للمرأة في حال فشل زواجها.¹

2- الحماية من خلال تحديد مراتب الأولياء

اتفق الفقهاء على انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد عند عدم توفر شروط الولاية في الأقرب، واتفقوا على عدم جواز انتقالها إلى الأبعد دون عذر، وجاء ترتيب الفقهاء للأولياء كما يلي:

المالكية: الولي المجرى عندهم هو الأب ثم وصيه وله التزويج قبل البلوغ ويعد من غير استثمار إن جعل له الأب ذلك، أما القرابة فهم العصابة البنوة فالأبوة، فالأخوة فالعمومة، ثم الكافل ثم السلطان، والقرابة لا يزوجون إلا البالغة بإذنها، أما السلطان فيزوج البالغة عند عدم وجود الولي أو عضله أو غيبته.²

وعند **الحنفية** تقديم العصابة النسبية ثم العصابة السببية ثم الأقارب غير العصابات ثم السلطان.³

أحق الأولياء عند **الشافعية** في ولاية الزواج هم: الأبوة ثم البنوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، فإن لم يوجد أحد مع العصابة النسبية، ثم المولى العتاقة ثم لعصبته بحق الولاء ثم السلطان.⁴

أما **الحنابلة** أحق الأولياء هم الأب ثم الجد ثم الابن ثم الأخ ثم العم ثم المولى بالعتاقة ثم لعصبته ثم السلطان وهو الإمام أو نائبه.⁵

لقد فصل الفقه الإسلامي في مراتب الأولياء رغم الاختلاف في ترتيب من هم أحق بالولاية، إلا أن المشرع لم يتبع أي منها من خلال نص المادة 11 من ق.أ رغم نصه على

¹ عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، ع 23، 2015، ص 114-115.

² ابن جزلي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، 1/134.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 2/241.

⁴ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، 4/249.

⁵ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، 5/50-51.

أن الولاية للأب، إلا أنه جعلها شكلية، ولم يمنحه دور فعال في العقد، بل أشار إلى حضوره فقط، وعندما تكلم عن ترتيب من يحضر مجلس العقد لتمثيل المرأة فيه بدأ بالأب ثم أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، فالمشرع استعمل حرف "أو" مما يفهم منه أن المرأة تختار من تشاء ليكون وليا دون احترام هذا الترتيب.¹

فالمشرع لما أورد عبارة "أو" يكون بذلك قد أسقط شرط الولي، وأصبح الشخص الذي تختاره المرأة مجرد وكيل أو نائب يعبر عن إرادتها في مجلس العقد.²

ثالثا: دور الشاهدين في حماية الزواج

1- الطبيعة القانونية للشهادة في الزواج

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ أن الشهادة في عقد الزواج شرط من شروط صحة الزواج ويجب أن يحضر مجلس العقد واستدلوا بالحديث الذي روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله (ﷺ) قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك، فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».⁶

أما المالكية فخالفهم في ذلك واعتبروه شرط تمام وذلك باستحباب الشهادة عند العقد ووجوبها عند الدخول، فإذا تم عقد الزواج بدون شهود وجب الإشهاد عليه قبل الدخول، فإذا تم عقد الزواج بدون شهود وجب الإشهاد عليه قبل الدخول، وحصول الإعلان بالولاية وضرب الدف⁷، واستدلوا بالحديث الذي روي عن عامر بن عبد الله بن الزبير، عن أبيه، أن

¹ - كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، المرجع السابق، ص 26.

² - عبد الحفيظ بقة، المرجع السابق، ص 116.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 2/252.

⁴ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 46/7.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 8/7.

⁶ - محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، باب الولي، حديث رقم 4075، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، 386/9.

⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 2/252.

النبي (ﷺ) قال: «أعلنوا النكاح»،¹ وفي رواية عن عائشة قالت: قال رسول الله (ﷺ): «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف، وليولم أحدكم ولو بشاة».²

فإن وقع الدخول بين الزوجين من غير إشهاد، يفسخ العقد بطلقة بائنة، وفي حالة إقرارهما بالوطء دون إشهاد أقيم عليهما الحد، وإن ثبت إعلان الزواج بوليمة وضرب للدفوف، سقط عنهما الحد، وكذلك لو حصل الإشهاد بشاهد واحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والإعلان بشاهد واحد يسقط الحد لكنه لا يسقط التفريق فيفرق بينهما في الحال.³ لقد اختلف الفقهاء في كتمان عقد الزواج بتواطؤ مع الشهود، حيث عند المالكية فكتمانه بتوصية الشهود يعتبر نكاح سر عندهم ويفسخ لأن العلنية شرط تمام، أما الحنفية لا يعتبرونه نكاح سر، ولو اتفقوا على كتمانه لأن حضور الشهود كاف لتمام الشرط.⁴ لقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء باعتبار الشهادة في عقد الزواج شرط من شروط صحة الزواج، وهذا من خلال نص المادة 09 مكرر حيث جاء فيها: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- شاهدين، ونفهم من ذلك أن تخلف شروط وجود الشاهدين في مجلس عقد الزواج لا ينتج عنه البطلان المطلق مثل ما هو الحال بالنسبة إلى تخلف ركن الرضا.⁵ وفي حالة ما إذا اختل شرط الإشهاد فإن عقد الزواج يكون فاسد، وذلك طبقاً لنص المادة 33 ف2 من ق.أ يفسخ قبل الدخول ويثبت ويصحح بعد الدخول بصداد المثل.

1- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مسند المدنين، حديث رقم 16130، تحقيق:

شعيب الأرنؤوط، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، 53/26.

2- البيهقي، السنن الكبرى، باب ما يستحب من إظهار النكاح، حديث رقم 14699، المرجع السابق، 473/7.

3- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، دار ابن الحزم، بيروت، 2007، ص 88.

4- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 252/2.

5- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 42.

2- الشروط الواجب توفرها في الشاهدين

أ- **العقل والبلوغ**: فلا تصح شهادة الصبي ولو كان مميز، ولا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج، لأنه لا تتحقق الغاية من الشهادة وهي الإعلان وإثبات الزواج في المستقبل عند الجحود والإنكار، وقد اتفق الفقهاء على هذين الشرطين، ويمكن جمعهما في شرط واحد وكون الشاهدين مكلفين، واختلفوا في شروط أخرى بحسب المقصود من الشهادة، أهو الإعلان كمال قال الحنفية، أو صيانة العقد من الجحود والإنكار كما قال الشافعية.¹

ب- **الإسلام**: لقد اتفق الفقهاء على ضرورة أن يكون الشاهدان مسلمين في شهادتهما على زواج المسلم من المسلمة، واختلفوا في إسلام الشاهدين في حال زواج المسلم من غير المسلمة (الكتابية)، فذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى اشتراط إسلام الشاهدين في هذا العقد، أما الحنفية وأبو يوسف فأجازوا شهادة الذميين (من أهل الكتاب) على زواج المسلم من كتابية.²

ج- **الذكورة**: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة،⁵ إلى عدم صحة شهادة النساء في عقد الزواج، فلا ينعقد إلا برجلين، واستدلوا بما رواه ابن حبان عن قول رسول الله (ﷺ): «**شاهدي عدل**»، وذلك لخطورة الزواج وأهميته، يقول الإمام الزهري: "مضت السنة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق".⁶

أما الحنفية فذهبوا إلى أن عقد الزواج ينعقد بحضور رجلين أو رجل وامرأتين، فلا تقبل شهادة النساء منفردات في عقد الزواج، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ

¹- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 73/7-74.

²- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، 253/2.

³- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د.ت.ن، 267/4.

⁴- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 386/6.

⁵- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 131/10.

⁶- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 386/6؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 74/7.

رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى¹.

فالآية الكريمة بينت طريق الشهادة وجعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل وبينت الحجة في ذلك، أن الله تعالى أوجب عند عدم شهادة رجلين شهادة رجل والمرأتين على التعيين، فلو جوزنا الإكتفاء بالشاهد واليمين لبطل هذا التعيين.²

د - سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المقصود من كلامهم

اختلف الفقهاء في حكم سماع كلام المتعاقدين إلى قولين:

- **القول الأول:** حيث أوجب جمهور الفقهاء سماع كلام المتعاقدين، وذهبوا إلى أنه لا بد من سماع الشهود في مجلس العقد كلام الزوجين أو من يقوم مقامهما، ويجب أن يفهم لغة المتعاقدين والمغزى منها، ولا يقبل شهادة الأصم والنائم، لأن حضور الشاهدين من استكمال الركن وهو سماع صيغة التعاقد، فإن لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عن الركن فلا يوجد شرط الركن.³

- **القول الثاني:** أما المالكية فأجازوا السماع المتفرق للشهود، فلو سمعا كلامهما متفرقين جاز، فشهادة أحد الشاهدين بعد أن يشهد الآخر لا يجعل الزواج فاسد، فالمالكية يأخذون بشهادة الأبداد ومعنى شهادة الأبداد هي أن الزوجين إذا لم يشهدا عند العقد، ثم يشهد كل من الزوج والزوجة والولي شاهدين عدلين، وكان من الشاهدين الذين أشهدهما الزوج غير الشاهدين الذين أشهدتهم الزوجة، فالزواج صحيح بهذه الصورة.⁴

¹ - سورة البقرة، الآية 282.

² - فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب: التفسير الكبير، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ، 96/7.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 255/2.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1992، 409/3.

2- موقف المشرع الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط التي يجب توافرها في الشاهدين، سواء كان مسلما أو غير مسلم، يصلح أو لا يصلح شرعا للشهادة في عقد الزواج، رجلا أو امرأة، وهذا إهمال غير مبرر.¹

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية،² ومن خلال نص المادة 33 منه التي جاء فيها: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين"، فالمشرع الجزائري قد حدد سن الشهود بـ 19 سنة وسن الرشد القانوني، ولم يفرق بين جنس الشهود سواء كانوا ذكورا أم إناث، كما سمح بإحضار شهود الأصول والفروع، إلا أنه يبقى غير كاف لمسألة شروط الشهود.

أما الاجتهاد القضائي فقد تطرق إلى مسألة شروط الشهود، نذكر منها القرار رقم 48184 المؤرخ في 1988/02/29 والذي جاء فيه: "الأب لا يعمل بقوله فيما ينفع ابنه، والأم لا تقبل شهادتها في النكاح لأن المرأة لا تكون شاهدة في الزواج، وإذا كان الزواج يقوم إثباته على شهادة الشهود رجلين ليس من بينهم والد الزوج الذي لا تقبل شهادته لابنه، وعليه فإن الزواج يثبت حقا بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه، أو بشهادة سماع الطاعنة لم تقدم أي شيء من هذا القبيل، والمجلس إذا وافق على الحكم الذي رفض دعواها كان على صواب ولم يكن في قرار ما يخالف الشريعة الإسلامية أو أنه انتهك المادتين المحتج بهما لذا يرفض الطعن".³

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 43.

² - قانون رقم 14-08، الصادر بتاريخ 2014/08/09، المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 2014/08/20.

³ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 48184، المؤرخ في 1988/02/29، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 453.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذا القرار تكريس الاجتهاد القضائي لشرط الذكورة بقوله رجلين، وكذا عدم قبول شهادة المرأة في الزواج وكذا عدم قبول شهادة الأب لابنه، عكس ما نصت عليه المادة 33 من قانون الحالة المدنية بقبول شهادة الشهود مهما كان جنسهم. يمكن القول أن للشهادة في الزواج دور كبير في حماية الرابطة الزوجية من الإنكار، وتساهم في إثباتها.

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية السابقة لعقد الزواج

من أجل ضمان استقرار ودوام الرابطة الزوجية، أحاط المشرع الجزائري الزواج بمجموعة من الضمانات من خلال فرض مجموعة من الإجراءات السابقة لعقد الزواج، والتي تتمثل في ضرورة إجراء الفحص الطبي وتقديم وثيقة طبية تثبت ذلك، إضافة إلى ضرورة توثيق عقد الزواج.

أولاً: الفحص الطبي

نظراً لانتشار العديد من الأمراض المعدية والتي تنتقل بالاتصال الجنسي والأمراض الوراثية التي تهدد استقرار العلاقة الزوجية، ونتيجة للتطور العلمي في المجال الطبي، ظهرت فكرة الفحص الطبي قبل الزواج، وهذا من خلال استحداث الوثيقة الطبية بموجب المادة 7 مكرر من ق.أ والتي تقدم بناء على فحص طبي يسبق عقد الزواج.

1- موقف الفقه الإسلامي

يعتبر الكشف الطبي قبل إبرام الزواج من المستجدات التي أخذت بها التشريعات الحديثة، فمن المعلوم أنها لم تكن في القديم، ولم يتطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية، نظراً لما تميز به المسلمون من صفة الأمانة في الإخبار عن العيوب، ولعدم وجود الإمكانيات العلمية التي تمكن من إجراء الفحص الطبي، أما العلماء المعاصرون فقد اتفقوا على مشروعيته ولكنهم اختلفوا في مدى إلزامية القيام به إلى رأيين:¹

¹ - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 433.

- **الرأي الأول:** ذهب غالبية الفقهاء إلى جواز إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، لأن الفحص الطبي ليس فيه ما يدعو للريبة طالما أنه تدبير إجرائي هدفه توضيح الحالة الصحية للمقبلين على الزواج، وليس فيه ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن خلاله يمكن تجنب ما قد ينجر عن كتمان أحد الزوجين عن حقيقة وضعه الصحي، ما يدخل في باب التدليس الذي يؤدي إلى فسخ عقد الزواج واستدلوا بأدلة كثيرة نذكر منها:

- **من الكتاب:** - قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾¹.

- **من السنة:** - قال رسول الله (ﷺ): «لا يورد ممرض على مصح»².

- **روي عن أبي هريرة قال:** قال رسول الله (ﷺ): «لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد»³.

- **من القواعد الفقهية**

- **لا ضرر ولا ضرار:** وجه الارتباط بين هذه القاعدة والفحص الطبي قبل الزواج هو أن الإقدام على الزواج دون معرفة الأمراض المخفية التي يخشى الزوجان منها فيه ضرر يهدد كيان الأسرة، فإن علم المقبلون على الزواج بها قبل إبرام عقد الزواج يمكن لهما أن يتفادياهما بالامتناع عن الزواج دفعا للضرر، ولا يمكن التصرف على ذلك إلا عن طريق الفحص الطبي⁴.

- **الدفع أولى من الرفع:** حيث أنه إذا أكن دفع الضرر قبل وقوعه؛ فهذا أولى وأسهل من رفعه بعد الوقوع، والفحص الطبي يمكن من اكتشاف الكثير من الأمراض وبالتالي يمكن الوقاية من انتشارها⁵.

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 195.

² - مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح المختصر، باب لا عدوى، حديث رقم 2221، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن، 4/1743.

³ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الجذام، حديث رقم 5707، المرجع السابق، 7/126.

⁴ - جبارة زينب، المرجع السابق، ص 76.

⁵ - سويلم محمد، حماية الشريك والنسل من خلال الفحص الطبي قبل الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 13، 2020، ص 183.

- **الرأي الثاني:** يرون أنه لا يجوز إجبار أي شخص على إجراء هذا الفحص، وبـل يجب ترك ذلك بحرية واختيار المقبلين على الزواج، واستدلوا بجملة من الأدلة منها:
- إن أركان الزواج وشروطه محددة بالأدلة الشرعية، وإلزام أمر على الناس وجعله شرطاً جديداً للزواج، تزيد على شرع الله، وهو شرط باطل لقول رسول الله (ﷺ): «... ما بال رجال يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق».¹
- وقوله (ﷺ): «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض».²

ويعد التتبع إلى أدلة الرأيين يمكن القول أن الرأي الراجح هو الرأي الأول الذي أجاز إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، لكون الفحص الطبي قبل الزواج فيه خير ونفع كبير، بحيث يساهم في اكتشاف الأمراض ومعالجتها والتقليل من انتقال الأمراض المعدية للزوجين والأطفال، كما يحافظ على الرابطة الزوجية من التفكك بسبب العيوب والأمراض.

2- موقف المشرع الجزائري

لقد سائر المشرع الجزائري التطور العلمي في مجال الطب واتجه لإلزامية الفحص الطبي للمقبلين على الزواج من خلال تعديل 2005، حيث جاء في نص المادة 7 مكرر: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاث أشهر تثبت خلوهما من أي مرض معدي أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج".

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤثر ذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

¹- البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل، حديث رقم 2168، المرجع السابق، 73/3.

²- سبق تخريجه.

لقد أحالت الفقرة الأخيرة من المادة 7 مكرر إلى التنظيم لشرح المادة حيث صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-154¹ الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر، حيث أوجه على طالبي الزواج أن يقدموا شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خضوعهم للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم، كما أنه لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية إلا بناء على إجراء فحص عيادي شامل، وكذا تحليل الدم، وتتضمن الشهادة:

- اسم ولقب الطبيب ودرجته ومكان مزاولة المهنة.
- إقرار صريح من الطبيب بفحص طالب الزواج فحص عيادي.
- تحديد الفحوصات الإجبارية والتكميلية.
- إقرار بتقديم الملاحظات والمقترحات حسب نتيجة الفحوصات.
- التوقيع والتاريخ.²

كما أن المشرع لم يسمح بتسجيل الزواج دون تقديم المتعاقدين للشهادة الطبية التي تثبت خلوهما من أي مرض قد يشكل خطرا عليهما وطبقا لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"، أما إذا تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط، وقام بتحرير عقد الزواج دون أن يستلم هذه الشهادة، فإنه سيتحمل مسؤولية عن مخالفة القانون، ويمكن أن يعرض نفسه للعقاب الإداري والعقاب الجزائي، أما العقد فيكون صحيحا، ولا يمكن اعتباره باطلا أو فاسدا لأن القانون لم ينص على ذلك.³

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين، فهو ملزم بأن يتأكد من علم كل طرف بنتائج فحوصات الطرف الآخر،

¹- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11/05/ الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر 2006.

²- سويلم محمد، المرجع السابق، ص 187.

³- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 51.

ومن كل الأمراض أو العوامل التي يمكن أن تؤثر في الزواج مستقبلا استنادا إلى نتائج الفحص وهذا طبقا لنص المادة 7 الفقرة الأخيرة من المرسوم رقم 06-154، فالمشرع ترك لطرفي العقد الحرية في إتمام العقد، فلا يمكن للموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يرفض إتمام العقد لأسباب صحية وضد رغبة طرفيه في إبرامه، فالمشرع أحسن فعلا حين ترك الحرية لأطراف العقد، حيث يمكن أن نكون أمام حالات تثبت إصابة الطرفين (الرجل والمرأة) بالمرض مثل الإيدز فلماذا نمنعهما من ممارسة حياتهم الطبيعية، بشرط منعهما من الإنجاب، واستشارة الأطباء المختصين، لأن مرض الإيدز كغيره عنده الغريزة الجنسية، ومنعه من الزواج قد يدفعه إلى إنشاء علاقة محرمة وبالتالي زيادة انتشار هذا المرض.¹

للفحص الطبي أهمية بالغة في ضمان حماية الرابطة الزوجية من الانحلال بسبب العيوب التي تشكل خطرا على الزواج.

ثانيا: توثيق عقد الزواج

يقصد بتوثيق عقد الزواج تحريره وتسجيله في وثيقة رسمية، أي إفراغ الزواج الشرعي في قالب رسمي، حتى يكون دليل إثبات وحماية المتعاقدين من إنكار أحدهما للعقد كونه صحيح منتج لآثاره، كما أن الاعتماد على الزواج العرفي غير المسجل تتجم عنه آثار سلبية حماها المشرع من خلال قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية الجزائري،² وإجراءات تسجيل عقد الزواج وإثباته يشترك فيها ضابط الحالة المدنية والقضاء لما له من أهمية تتمثل في حماية الأفراد من الضياع داخل المجتمع.³

¹ - عمر سليمان الأشقر، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 2001، ص 36-37.

² - القانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1434 الموافق لـ 9 أوت 2014، المعدل لقانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 24 شوال 1434 الموافق لـ 20 غشت 2014، المعدل بالقانون 17-03، المؤرخ في 10 يناير 2017، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخة في 11 يناير 2017.

³ - هادفي سيمة، لموشي عادل، تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، ع 1، 2022، ص 131.

1- السلطة المكلفة بتسجيل عقد الزواج

طبقا لنص المادة 18 من ق.أ.، أسند المشرع الجزائري مهمة تحرير عقد الزواج وتسجيله للموثق أو الموظف المؤهل قانونا، مع مراعاة أركان وشروط عقد الزواج، وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون الحالة المدنية يقصد بالموظف المؤهل قانونا ضابط الحالة المدنية.

وطبقا لنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها أنه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيها أحدهما باستمرار مدة شهر على الأقل إلى تاريخ الزواج.

ولا تطبق هذه المهلة للمواطنين".

2- الإجراءات الإدارية الخاصة بتسجيل عقد الزواج

يتم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار مدة شهر واحد على الأقل إلى تاريخ عقد الزواج، يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه، يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه، ويسلم إلى الزوجين دفتر عائلي مثبت بذلك الزواج.¹

وإذا تم تحرير العقد أمام الموثق يسلم إلى الطرفين شهادة تثبت عقد الزواج، يرسل ملخص عنه في أجل 3 أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام من تاريخ استلامه.

¹ - طويل شهرزاد، تسجيل عقود الزواج بمصلحة الحالة المدنية، مجلة الحكمة للدراسات الاجتماعية، المجلد 5، ع 12، 2018، ص 29.

أ- تسجيل عقد الزواج

طبقا لنص المادة 21 من ق.أ فقد أحال المشرع إجراءات تسجيل عقد الزواج على قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج".

وباستقراء المادة 72 من قانون الحالة المدنية فإنه وبعد التأكد والتحقق من هوية المتعاقدين والوثائق التي قدماها، يباشر ضابط الحالة المدنية أو الموثق إجراء تحرير وتسجيل عقد الزواج.

فإذا كان ضابط الحالة المدنية هو الذي سيقوم بإبرام عقد الزواج يتأكد من توفر أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ، ثم يسجله مباشرة في سجلات الزواج بالحالة المدنية، بعد أن يوقع عليه هو والزوجين والولي والشهود، وبعدها يسلم للزوجين دفتر عائلي.

أما إذا كان الموثق هو الذي سيبرم العقد، فيقوم بتحريره ثم يسلم للزوجين شهادة تثبت انعقاده، ليقوم بعد ذلك بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إبرامه، ليقوم بدوره بتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال مدة خمسة أيام ابتداء من تاريخ استلامه الملخص، وبعدها يقوم ضابط الحالة المدنية بتسليم الدفتر العائلي للزوجين.¹

ب- إثبات عقد الزواج

نصت المادة 22 ف1 من ق.أ على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية"، لقد اعتبر المشرع أن إثبات قيام علاقة زوجية قانونا، لا يمكن أن يكون إلا بواسطة نسخة، أو مستخرج من سجلات الحالة المدنية، بحيث من السهل جدا على الزوجين أو على أحدهما أن يستخرج نسخة من عقد الزواج ويقدمها إلى الجهة المعنية لإثبات قيام عقد زواجه، ويثبت حق استخراج نسخ من عقد الزواج لكل من الأبناء والآباء بعد وفاة الزوجين.²

¹ - المادة 72 من قانون الحالة المدنية.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 70.

3- الزواج العرفي

الزواج العرفي هو زواج متوفر على جميع الأركان والشروط الشرعية من رضا الزوجين، وولي الزوجة، وشهود، والإعلان، وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المختصة بتسجيله وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، والأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية، فإنه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواء للزوج والزوجة والأبناء.¹

وقد عرف تزايد ملحوظ، في الآونة الأخيرة، وأصبحت طلبات إثبات الزواج والنسب تعج بها المحاكم من شرائح مختلفة من المجتمع.

4- إجراءات تسجيل الزواج العرفي

تختلف إجراءات تسجيل الزواج العرفي باختلاف ما إذا كان هذا الزواج متنازع فيه أم لا.

أ- إجراءات تسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه

طبقا لنص المادة 39 من قانون الحالة المدنية، فإن الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تسجيل العقد، أو التي كان يمكن أن تسجل فيها، بمعنى محكمة مقر الزوجين، أو كلاهما، أو محل إقامتهما.

يتم تسجيل الزواج العرفي عن طريق تقديم طلب مكتوب على ورق عادي أو الكترونيا من الزوج، أو الزوجة، أو ممن له مصلحة مباشرة إلى وكيل الجمهورية أو عبر ضابط الحالة المدنية للبلدية، يتضمن البيانات المتعلقة بعقد الزواج ودواعي تسجيله، مرفقا بالوثائق اللازمة والتي سبق وأن أشرنا إليها، بعدها يقوم وكيل الجمهورية باستدعاء الأطراف، وسماع الشهود والتأكد من صحة الوثائق المقدمة، ومدى توافر أركان وشروط عقد الزواج، ثم يحيل

¹ - كريمة محروق، الزواج غير الموثق في الجزائر - المحاذير والحلول، مجلة التغيير الاجتماعي، المجلد 2، ع1، 2017، ص 114-115.

الطلب إلى رئيس المحكمة للفصل فيه بأمر على عريضة، يتضمن قيد الزواج المنعقد وتسجيله في سجلات الزواج للسنة الجارية للبلدية.¹

بعد أن يصدر القاضي الحكم المتضمن الأمر بتسجيل الزواج العرفي، يرسل وكيل الجمهورية بصفته الهيئة المخول لها قانونا تنفيذ الأوامر والأحكام القضائية الصادرة فورا حكم رئيس المحكمة قصد نقل هذه العقود في سجلات الحالة المدنية للسنة الجارية وكذا على الجداول إلى:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الكان الذي سجلت فيه العقود أو كان ينبغي تسجيلها فيه.

- كتابة ضبط الجهة القضائية التي تحتفظ بالنسخ الثانية من السجلات.²

ب- إجراءات تسجيل عقد الزواج المتنازع فيه

إن دعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة حيث نصت المادة 423 من ق.إ.م.إ على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية:

... دعاوى إثبات الزواج، النسب، ...".

أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي فقد حددت المادة 426 من ق.إ.م.إ بموطن المدعى عليه نظرا لعدم وجود نص خاص بإجراءات هذه الدعوى وكيفية رفعها ومتابعتها فلا بد من اجتماع الإجراءات التي حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه يقدم المعني بالأمر الذي يتمتع بأهلية التقاضي، ولديه الصفة والمصلحة في رفع الدعوى، عريضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعي أو محاميه وتودع لدى كاتب ضبط قسم شؤون الأسرة.³

¹ - المادة 40 من قانون الحالة المدنية.

² - المادة 41 من نفس القانون.

³ - هادفي سيمة، لموشي عادل، المرجع السابق، ص 139.

أما بالنسبة لميعاد رفع دعوى إثبات الزواج العرفي فهو غير محدد بمهلة معينة على اعتبار أن الزواج وآثاره لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما، فالعلاقة الزوجية أبدية وآثارها مستمرة، فلا تحدد مهلة معينة لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي، وهذا لمنع ضياع الحقوق خاصة بعد وفاة أحد الزوجين أو كلاهما.

يأمر القاضي بإجراء تحقيق من مدى وجود واقعة الزواج العرفي من عدمه، ويتأكد في الجلسة من الحضور الشخصي لكل من الطرفين، الشهود وولي الزوجة، ويبدأ التحقيق في مكتبه بمساعدة أمين الضبط، يتأكد القاضي من هويتهم الخصوم وولي الزوجة، بعدها يسمع كل واحد منهم على حدى عن مدى توافر أركان وشروط عقد الزواج، وعن مكان وزمان إجرائه، وعن مقدار الصداق وفيما إذا كان معجلاً أو مؤجلاً وعن حضور الشهود مجلس العقد.¹

ثم بعدها يسمع القاضي الشهود كل على حد، بعد التأكد من هوية الشاهد وتأديته اليمين القانونية، يتم تدوين على محضر الهوية الكاملة له، وأقواله المتعلقة بحضور مجلس عقد الزواج، يستفسر حول رضا الزوجين، وما إذا كانت العلاقة الزوجية مازالت قائمة أم لا، وحول حضور الولي مجلس العقد والصداق وإن كان معجلاً أو مؤجلاً وقيمته بالإضافة إلى مكان وتاريخ إبرام الزواج، وإن كان الدخول قد تم في التاريخ المصرح به أم لا، وبعدها يوقع القاضي وأمين الضبط والشاهد على محضر التحقيق، ونفس الشيء مع الشاهد الثاني.²

يعتبر محضر التحقيق المتضمن شهادة الشاهدين حول قيام عقد الزواج أساس إثبات واقعة الزواج العرفي، وبناء على ذلك فإن التناقض في أقوالهما سبب في عدم الأخذ به لإثبات الزواج العرفي، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/19: "من المقرر شرعاً، أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية."

¹ - صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 235.

² - صارة بن شويخ، المرجع نفسه، ص 235؛ هادفي سيمه، لموشي عادل، المرجع السابق، ص 140.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم، فإن قضاء المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

بعد تقدير الأدلة والتحقق منها من قبل القاضي المختص في شؤون الأسرة يكون قناعته حول القضية ومدى صحة الادعاءات والإثباتات من عدمها، ويكون عليه النطق بالحكم في الجلسة العلنية التي حددها لهذا الغرض، والذي إما أن يصدر برفض الدعوى لعدم التأسيس أو لعدم كفاية الأدلة، وإما أن يصدر بإثبات الزواج، ويأمر في الحكم بالإشهاد بالزواج وتسجيله لدى مصالح الحالة المدنية.²

يمكن الجمع بين دعوى إثبات الزواج ودعوى إثبات النسب وفقا لما هو معمول به في العديد من المحاكم، كما يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق.³

ج- تسجيل حكم إثبات الزواج العرفي عن طريق النيابة العامة

نصت المادة 22 من ق.أ. على ضرورة ووجوب تسجيل الحكم القضائي الذي يقضي بإثبات الزواج العرفي في الحالة المدنية وذلك بسعي من النيابة العامة، حيث أنه وبعد صدور الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية يأمر وكيل الجمهورية ضابط الحالة المدنية بتسجيل الحكم القضائي وتقييده بأثر رجعي يعود لتاريخه الفعلي ويؤشر عليه على هامش شهادة ميلاد كلا الزوجين، وبالتالي على صاحب الدعوى التوجه إلى الحالة المدنية لاستصدار عقد الزواج المثبت بحكم قضائي، بذلك يكون قد حاز سند رسمي عقد الزواج لا يقبل الإنكار إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 58788 الصادر بتاريخ 19/03/1990 عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 99.

² - صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 235.

³ - هادفي سيمية، لموشي عادل، المرجع السابق، ص 141.

مما سبق عرضه فإن لتوثيق عقد الزواج دور كبير في حماية الرابطة الزوجية من الإنكار والجحود، بحيث يعد الوسيلة القانونية لإثباته، كما أن الزواج العرفي يشكل خطراً كبيراً على الرابطة الزوجية، فإن المرأة المتزوجة زواج عرفي تشهر أنها أقل شأنًا وقيمة من المتزوجة بوثيقة رسمية، وتتعرض لإهانة وابتزاز الزوج، ويعرض حقوقها القانونية للضياع، كما يؤدي إلى ضياع حق الأبناء في النسب وفي حقوقهم الشرعية والقانونية بحيث لا يمكنهم الالتحاق بالمدارس، ولا السفر بسبب عدم امتلاكهم وثيقة تثبت هويتهم، هذا يهدد استقرار واستمرار الرابطة الزوجية، وبالتالي يعرض المجتمع للآفات الاجتماعية.

المطلب الثاني: مقومات استمرار الرابطة الزوجية

لقد شرع الله الزواج وجعله ميثاق مقدس، الأصل فيه الدوام واستمرار العشرة بين الزوجين على أساس المودة والرحمة، ولكي يتحقق ذلك جعلت الشريعة الإسلامية جملة من الحقوق والواجبات مترتبة على الزوجين، وقد سار المشرع الجزائري على نهجها وأقر على مجموعة من الحقوق والواجبات الزوجية وذلك بموجب المادتين 36 و 37 من ق.أ.ج، فتقرير هذه الحقوق والواجبات وإلزام كل طرف بالالتزام بما هو واجب عليه نحو الطرف الآخر يعد إحدى الضمانات والآليات التي تساهم في استقرار الأسرة، وحمايتها من التفكك والانحلال.

إن عقد الزواج إذا تم واستوفى كامل أركانه وشروطه، يرتب عليه أحكام مختلفة منها ما يكون حق للزوج ومنها ما يكون حق للزوجة ومن خلال هذا المطلب سأتطرق إلى حقوق الزوج في الفرع الأول وحقوق الزوجة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حقوق الزوج

لقد اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون القوامة للرجل بما فضله على المرأة من أصل الخلقة، وبما جبله من الفطرة، حيث قال الله عز وجل: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا

فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ¹، وبالرغم من قوامة الرجل إلا

أن بمقتضى عقد الزواج هناك حقوق للزوج على زوجته تتمثل في:

أولاً: حق الطاعة

لقد أولت الشريعة الإسلامية حق الطاعة أهمية بالغة، لأنه يعتبر من أهم الحقوق التي تبنى عليها الرابطة الزوجية ومن الأسس التي تساهم في استقرارها، بحيث يجب على الزوجة أن تطيع زوجها، وتحفظه في نفسها وماله حاضراً كان أن غائب، لأن ذلك من يقوي الرابطة الزوجية، ويطيب العلاقة بينهما.²

1- دليل مشروعيتها

حق طاعة الزوجة لزوجها مشروع بالكتاب والسنة

أ- من الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾.³

قال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ

وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾.⁴

ب- من السنة:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ﷺ): «لو كنت آمراً أحد أن

يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها لما عظم الله من حقه عليها».⁵

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قيل لرسول الله (ﷺ): أي النساء خير؟ قال:

«التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره».⁶

1- سورة النساء، جزء من الآية 34.

2- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 195.

3- سورة البقرة، جزء من الآية 228.

4- سورة النساء، جزء من الآية 34.

5- البيهقي، السنن الكبرى، باب ما جاء في عظم حق الزوج على المرأة، حديث رقم 14704، المرجع السابق، 475/7.

6- النسائي، السنن الصغرى، كتاب النكاح، باب أي النساء خير، حديث رقم 3231، المرجع السابق، 68/6.

2- حدود حق الطاعة

لقد جعل الله القوامة للرجل على المرأة، وبالتالي هو مسؤول على إعالتها والإنفاق عليها وفرض على المرأة طاعة زوجها فهذا أسمى ما تكون عليه المرأة، وبه تدوم الحياة الزوجية، ومن عظم هذا الحق أن قرن الإسلام طاعة الزوج بإقامة الفرائض الدينية وطاعة وطاعة الله، فعن عبد الرحمن بن عوف، أن الرسول (ﷺ) قال: «إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها قيل لها أدخلني الجنة من أي أبواب الجنة شئت»¹، للمرأة الصالحة التي تؤدي فروضها وتطيع زوجها مكانة كبيرة عند ربها، فيرضى عنها، ويخيرها يوم القيامة للدخول من أي أبواب الجنة شاءت، وفي هذا الحديث يقول النبي (ﷺ): "وأطاعت زوجها"، أي: في كل ما يتعلق بحقوقه المشروعة، وفي غير معصية.²

عن عائشة رضي الله عنها، أن امرأة من الأنصار زوجت ابنتها، فتمتع شعر رأسها، فجاءت إلى النبي (ﷺ) فذكرت ذلك له فقالت: إن زوجها أمرني أن أصل في شعرها، فقال: «لا، إنه قد لعن الموصلات».³

فأكثر ما يدخل المرأة النار، عصيانها لزوجها وكفرانها إحسانه إليها، إلا أن حق طاعة الزوجة لزوجها ليس مطلق، بل مقيد بعدم مخالفة شرع الله ومقيد بالمعروف، فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، فلو أمرها بمعصية فلا تطعه، ووجب عليها أن تخالفه.⁴

لقد ألزم الشرع المرأة بطاعة زوجها وجعله من أعظم الحقوق، إلا أنه لم يجعله مطلق، بل قيده بعدم مخالفة مقاصد الشريعة الإسلامية، ومقيد بالمعروف، هذا من شأنه المحافظة على الرابطة الزوجية، بحيث لو جعله مطلق لتعسف الزوج، لأن إلزامها طاعته بما يخالف شرع الله أو فيما يسبب لها الضرر والأذى، يؤدي إلى استحالة العشرة بينهما، ويكون مصير

¹ - أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، حديث رقم 8805، دار الحرمين، القاهرة، 8/339.

² - الموسوعة الحديثية: شرح الأحاديث، موقع الدرر السنية، <https://dorar.net/hadith.php>

³ - البخاري، صحيح البخاري، باب لا تطيع المرأة زوجها في معصية، حديث رقم 5205، المرجع السابق، 7/32.

⁴ - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 172-173.

الرابطة الزوجية الفك والانحلال إما من طرف الزوج بسبب عدم الطاعة، أو من طرف الزوجة عن طريق التطلق أو الخلع بسبب الضرر.

3- صور حق الطاعة

يأخذ حق الطاعة صور مختلفة يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- حق الاستمتاع

إذا تزوج رجل امرأة، وكانت أهلاً للجماع وجب تسليمها نفسها بالعقد إذا طلب، ويجب عليه تسلمها إذا عرضت عليه، وعلى الزوجة طاعة زوجها إذا دعاها إلى الفراش، ولو كانت على التنور أو على ظهر قنب، ما لم يشغلها عن الفرائض أو يضرها؛ لأن الضرر ونحوه ليس من المعاشرة بالمعروف،¹ ووجوب طاعتها له لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.²

وقوله (ﷺ): «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح».³

ب- القرار في البيت

لقد أمر الله تعالى النساء بملازمة بيوت أزواجهن، ونهاهن عن الخروج من بيت الزوجية إلا بإذنه ولحاجة شرعية لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾.⁴

والقرار في البيت متى قبضت معجل مهرها هو تفرغها لشؤون الزوجية والبيت ورعاية الأولاد في الصغر والكبر، فليس للزوجة الخروج من بيت الزوجية ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها، وذلك لما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: رأيت امرأة أتت إلى النبي (ﷺ)، وقالت: «يا رسول الله، ما حق الزوج على زوجته؟ قال: «حقه عليها، ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت، لعنها الله وملائكة الرحمة، وملائكة الغضب حتى

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 237/9.

² سورة البقرة، جزء من الآية 228.

³ البخاري، صحيح البخاري، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، حديث رقم 5193، المرجع السابق، 30/7.

⁴ سورة الأحزاب، جزء من الآية 33.

تتوب أو ترجع»، قالت: يا رسول الله، وإن كان ظالماً؟ قال: «وإن كان ظالم»، لكن يكره كما ذكر الشافعية منعها من الخروج لعيادة أبيها إذا أثقل في مرضه، وحضور مواراته إذا مات، لأن منعها يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق، كما أجاز الحنفية للمرأة الخروج بغير إذن زوجها إذا مرض أحد أبويها.¹

كما يجب على المرأة في حال الخروج التزام الستر الشرعي، لا تظهر شيئاً من جسدها غير الوجه والكفين.

ج- استئذان الزوج

يجب على الزوجة أن تستأذن زوجها إذا أرادت أن تؤدي نافلة، بحيث ليس لها صوم نفل أو تطوع إلا بإذن الزوج، كما أن من حق الزوج على زوجته أن لا تدخل بيتا يكرهه إلا بإذنه،² لقوله (ﷺ): «لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة عن غير أمره فإنه يؤدي إليه شطره»،³ فمن طاعتها لزوجها أن لا تصوم نافلة إلا بإذنه، وألا تحج تطوعاً إلا بإذنه، وألا تخرج من بيتها إلا بإذنه ولا تعطي من نفقة من ماله إلا بإذنه.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على حقوق كلا من الزوجين على انفراد، بل نص المادة 36 من ق.أ. يتعلق بالحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين،⁴ فيمكن القول أن حق الطاعة منصوص عليه ضمناً من خلال الفقرتين 1 و 2 من نفس المادة، بحيث لا يمكن المحافظة على الروابط الزوجية ولا المعاشرة بالمعروف بين الزوجين دون أن يؤدي كل واحد منهما حقوق الزوج الآخر، وحق الطاعة من الحقوق الواجبة على الزوجة تجاه زوجها. إن طاعة الزوجة لزوجها لها أثر عظيم في صفاء الجو داخل العائلة، ويكون سبب في المحافظة على الحياة الزوجية وحمايتها من التفكك والانحلال.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 238/9.

² - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، 174.

³ - البخاري، صحيح البخاري، باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه، حديث رقم 5195، المرجع السابق، 30/7.

⁴ - نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 80.

ثانياً: قيام الزوجة بخدمة زوجها

والمقصود به إلزام الزوجة بالقيام بما يحتاجه الزوج والبيت من مختلف الأشغال، من طبخ وغسل وتنظيف وغير ذلك من الأعمال، وكل ما جرى به العرف، أي ما يحقق الراحة والاطمئنان في الأسرة، إلا أن الفقهاء اختلفوا في وجوب خدمة الزوجة البيت والقيام بشؤون زوجها على رأيين:

- **الرأي الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا حق للزوج على زوجته في أن تقوم بخدمة البيت، وإن قامت به فهي مختارة دون إجبار أو إلزام، وإن امتنعت فلا تجبر، وعلى الزوج أن يأتيها بالطعام مهياً، أو أن يأتيها بما يكفيها القيام بخدمة شؤون البيت،¹ بحيث جاءت أقوالهم كالتالي:

- **الحنفية:** اشترطوا لعدم إجبار الزوجة على خدمة البيت، بأن تكون من الأشراف لا تخدم نفسها، أو كان بها علة تمنعها من ذلك، أما إذا كانت تقدر على ذلك، وهي ممن تخدم نفسها فتجبر على خدمة البيت، وذكر الفقيه أبو الليث أن هذا إذا كان بها على لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الأشراف، فأما إذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم نفسها تجبر على ذلك وإن كان لها خادم يجب لخدمها أيضا النفقة والكسوة.²

- **وذهب المالكية** إلى ما ذهب إليه الحنفية في أن الزوجة لا تلزم بخدمة البيت إذا كانت شريفة، وذات منصب، أما إذا كانت بخلاف ذلك والزوج فقير، فعليها الخدمة الباطنة، من عجن وطبخ وكنس وفرش وإسقاء الماء.³

- **الشافعية** يرون أن الزوجة لا تلزم بخدمة زوجها من الخبز والطحن والطبخ واغسل وغيرها من شؤون البيت، ولم يفرقوا بين الشريفة وغيرها، لأن الزوج عقد عليها للاستمتاع، فلا يلزمها ما سواه.⁴

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 166.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 24/4.

³ - القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، 467/4-468.

⁴ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، 482/2.

- **الحنابلة** ذهبوا إلى ما ذهب إليه الشافعية في أن الزوجة غير ملزمة بخدمة زوجها في شؤون البيت ولكن الأولى لها عندهم فعل ما جرت العادة القيام به، ولا يصلح الحال إلا به، ولا تنتظم المعيشة بدونه.¹

- **أما الظاهرية** فيرون أن الزوجة لا تلزم بخدمة بيت الزوجية، وإنما على الزوج أن يأتيها بمن يقوم بخدمتها في المأكل والمشرب وجميع أعمال البيت من كنس وفرش.²

- **الرأي الثاني:** يرون أن خدمة الزوج واجبة على الزوجة، وبه قال المتأخرون من المالكية وابن تيمية وابن القيم،³ مستدلين بالكتاب والسنة.

- **من الكتاب:** قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية أنها تثني القوامة للرجل على المرأة، وإذا لم تقم بخدمته، وكان هو الخادم في الداخل والخارج تكون القوامة للمرأة.⁴

- **من السنة:**

عن أسماء بنت أبي بكر، قالت: تزوجني الزبير وما له في الأرض من مال ولا مملوك ولا شيء غير فرسه، قالت: فكنت أعلف فرسه، وأكفيه مؤونته وأسوسه وأدق النوى لناضحه، وأعلفه، وأستقي الماء وأخرز غربه وأعجن، ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز لي جارات من الأنصار وكن نسوة صدق، قالت: وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه على رأسي، وهي على ثلثي فرسخ قالت: فجئت يوماً والنوى على رأسي، فلقيت رسول الله (ﷺ) ومعه نفر من أصحابه، فدعاني: ثم قال: "إخ إخ" ليحملني خلفه، قالت: فاستحييت وعرفت غيرتك، فقال: والله لحملك النوى على رأسك أشد من ركوبك معه، قالت: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم فكفتني سياسة الفرس فكأنما أعتقني.⁵

¹- البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، 195/5.

²- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، 227/9.

³- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 169/5-171.

⁴- ابن القيم، المرجع نفسه، 171/5.

⁵- مسلم، صحيح مسلم، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق، حديث رقم 2182، المرجع السابق، 1716/4.

وجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله (ﷺ) لما رأى أسماء والعلف على رأسها، والزيبر معه لم يقل له لا خدمة عليها، وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها، وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية هذا أمر لا ريب فيه.¹

فالأساس الذي وضعه الإسلام للتعامل بين الزوجين وتنظيم الحياة بينهما هو أساس فطري وطبيعي، فالرجل أقدر على الكسب والعمل والكدح خارج المنزل، والمرأة أقدر على تدبير المنزل، وتربية الأولاد، وتيسير أسباب الراحة والطمأنينة داخل المنزل، فيكلف الرجل بما هو مناسب له، وتكلف المرأة بما هو من طبيعتها وبهذا ينتظم البيت من ناحية الداخل والخارج دون أن يجد أحد الزوجين سبب من أسباب انقسام البيت على نفسه.²

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على حق الزوج في قيام الزوجة بخدمته، والقيام بأعمال البيت، غير أنه وبالرجوع لنص المادة 03 من ق.أ. والتي جاء فيها: "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية"، والمادة 36 ف3 من ق.أ. والتي نصت على: "التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، فيكون التعاون بين الزوجين بأن يؤدي كل زوج ما عليه تجاه الزوج الآخر دون إفراط أو تقريط وبالتالي يمكن القول أن المشرع قد نص على هذا الحق ضمناً،

فالرجل بحكم القوامة وباعتباره رب الأسرة تقع على عاتقه مسؤولية توفير كل المتطلبات الضرورية لزوجته وأسرته، والمرأة بحكم طبيعتها تتكفل بتدبير شؤون البيت وتربية الأولاد وتوفير أسباب الراحة داخل المنزل، فهذا التكامل والتكافل بين الزوجين يجعل الحياة الزوجية تسودها المودة والرحمة وبالتالي يساهم في استقرارها وحمايتها.

الفرع الثاني: حقوق الزوجة

لقد ضمنت الشريعة الإسلامية للزوجة حقوق تجب لها بمجرد استيفاء عقد الزواج لأركانها وجميع شروطه، وهذه الحقوق هي التزامات في عاتق الزوج.

¹ - ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 171/5.

² - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، 174.

أولاً: حق الوطاء والاستمتاع

اتفق الفقهاء على أن الزواج يفيد حل استمتاع وتمتع كل من الزوجين بالآخر، من وطء ومباشرة وتقبييل وغير ذلك.¹

1- دليل مشروعيته:

لقد وردت أدلة كثيرة على مشروعيته من الكتاب والسنة نذكر منها:

- من الكتاب:

قال تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ﴾.²

وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾.³

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ

أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾.⁴

- من السنة: قال رسول الله (ﷺ): «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله».⁵

وعن أبي ذر، أن ناساً من أصحاب النبي (ﷺ) قالوا للنبي (ﷺ): يا رسول الله، ذهب أهل الدثور بالأجور، يصلون كما نصلي، ويصومون كما نصوم، ويتصدقون بفضول أموالهم، قال (ﷺ): «أوليس قد جعل الله لكم ما تصدقون به؟ بكل تسبيحة صدقة، وكل تكبيرة صدقة، وكل تحميدة صدقة، وكل تهليلة صدقة، وأمر بالمعروف صدقة، ونهي عن

¹- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 344/7؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2؛

الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، بيروت، د.س.ن، 341/2.

²- سورة البقرة، جزء من الآية 187.

³- سورة البقرة، جزء من الآية 222.

⁴- سورة المؤمنون، الآيتين 5-6.

⁵- مسلم، صحيح مسلم، باب حجة النبي (ﷺ)، حديث رقم 1218، المرجع السابق، 890/2.

منكر صدقة، وفي بضع أحدكم صدقة»، قالوا: يا رسول الله، أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: «أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر؟ فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر».¹

إن الحق في الاستمتاع هو مقصد من مقاصد الزواج، وأمر تدعو إليه الفطرة والطبيعة البشرية، وقد شرعه الله عز وجل لكسر حد الشهوة ودفع ضررها، فالوطء يفضي إلى ذلك وإرضاء للغريزة الجنسية التي أودعها الله في البشر، وهذا لإعفاف الزوجين وحمايتهما من الوقوع في الفاحشة وكذا من أجل حفظ النسل وإنجاب الأولاد.²

2- على الزوج إيفاء زوجته حقها في الوطاء

الوطء حق للزوجة على زوجها ويثاب ويؤجر على إيفائه لهذا الحق لها، فعليه أن يحرص على إعطائها حقها في الوطاء، فيكون بذلك قد أدى واجبه الذي عليه، وعليه أن يتحرى أوقات حاجتها إلى الوطاء وحالات رغبتها فيه، فإن أحس في نفسه عجزاً أو فتور عن الوطاء فعليه أن يعالج عجزه، ويتناول الأدوية التي تزيل عنه هذا العجز، ويبعث في نفسه الرغبة في الوطاء، كما أنه من حق الزوجة على زوجها أن يبيت عندها زوجها، والمبيت من لوازم حقها في الوطاء.³

3- عدد مرات الوطاء

يرى الشافعية أنه لا يجب إلا مرة، لأنه حق له، فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ولأنه حق له لا حق لها، ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة فلا يمكن إيجابه والمستحب أن لا يعطها.⁴

¹ - مسلم، صحيح مسلم، باب بيان أن اسم الصدقة تقع على كل نوع من المصروف، حديث رقم 1006، المرجع السابق، 697/2.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 308/1.

³ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 1، بيروت، 1992، ص 244.

⁴ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، 481/2.

ويرى الحنابلة أنه يجب على الزوج أن يبيت في المضجع ليلة من كل أربع ليال، ويجب على الزوج أن يطأ الزوجة في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر، لأنه لو لم يكن واجبا لم يضر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لا يجب، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة من المرأة كإخضاعه إلى دفعه عن الرجل، فيكون الوطء حق لهما، فإن أبى الوطء بعد انقضاء الأربعة أشهر بلا عذر لأحدهما فرق بينهما كما يفرق بسبب الإيلاء.¹

ويرى الحنفية أنه للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، لأنه حله لها حقها كما أن حلها له حقه، وإذا طالبت به يجب عليه، ويجبر في الحكم مرة واحدة والزيادة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح.²

ويرى الظاهرية أنه على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر إن قدر على ذلك وإلا فهو عاص الله تعالى،³ وبرهان ذلك قول الله عز وجل:

﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾⁴.

يقول الإمام الغزالي: ينبغي على الرجل أن يأتي زوجته في كل أربع ليال مرة فهو أعدل، إذ عدد النساء أربعة فجاز التأخير إلى هذا الحد، ينبغي أن يزيد أو ينقص بحسب حاجتها إلى التحصين، فإن تحصينها واجب عليه وإن كان لا يثبت المطالبة بالوطء فذلك لعسر المطالبة والوفاء بها.⁵

ويرى الإمام ابن تيمية أن حق الزوجة في الوطء غير مقدر بمدة، وإنما يقدر بقدرة الزوج على ذلك حيث قال: (يجب على الزوج وطء امرأته بقدر كفايتها ما لم ينهك بدنه أو يشغله عن معيشته غير مقدر بأربعة أشهر كالأمة فإن تنازعا فينبغي أن يفرضه الحاكم).⁶

¹ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، 191/5-192.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 331/2.

³ - ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 174/9.

⁴ - سورة البقرة، جزء من الآية 222.

⁵ - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، 50/2.

⁶ - ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، دار المعرفة، بيروت، 1978، 562/1.

وللجماع آداب ينبغي على الزوجين مراعاتها، من أهمها: التستر، التسمية قبله، إتيان الزوجة في الموضع المباح شرعا، عدم الوطء في الحيض والنفاس، عدم مجامعة الزوجة أمام ضررتها.¹

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على حق الاستمتاع بين الزوجين، ولكن بالرجوع إلى المادة 4 من ق.أ، والتي نصت على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، نجد أن المشرع أقر ضمنا على حق الاستمتاع من خلال اعتبار أن من أهداف عقد الزواج إحسان الزوجين، والإحسان لا يتحقق إلا من خلال حق الاستمتاع.

وكذا ما عبر عنه المشرع من خلال الفقرتين 1 و 2 من نص المادة 36 من ق.أ:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

وإن كان المشرع قد اعتبرها من الواجبات المشتركة فإن هذا لا يمنع من جعلها أيضا من الحقوق المشتركة، ويترتب على هذا أن يعمل كل من الزوجين بقدر الإمكان على إسعاد زوجه وعلى راحته وبكل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية.²

لحق الاستمتاع دور كبير وفعال في حماية الرابطة الزوجية، لأنه من أهم مقاصد الزواج وهو إحسان الزوجين من الوقوع في الفاحشة، فإذا ترك الزوج وطء زوجته دون عذر، وتضررت بهذا الترك، يكون سبب في فك الرابطة الزوجية، كما أن عدم التوافق الجنسي بين الزوجين من أكثر الأسباب المؤدية إلى الطلاق، وقد تؤدي إلى الخيانة الزوجية التي هي بدورها سبب من أسباب الطلاق.

¹ - لأكثر تفاصيل حول آداب الجماع انظر: عبد الكريم زيدان، المعضل، المرجع السابق، 244/7-245.

² - سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2012، ص

كما أن من بين الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق، التي نص عليها المشرع في المادة 53 من ق.أ.هجر في المضجع، والغيبية لمدة سنة والضرر المعتبر شرعا، كلها وبنسبة كبيرة بسبب تضرر المرأة من عدم قيام الزوج بواجبه الشرعي وعدم استئانها حقها في (الوطء) الاستمتاع.

وبالتالي إذا أدى كل من الزوجين حقه في الاستمتاع بالقدر الذي يتحقق معه الإحسان يؤدي إلى قلة الخلافات بين الزوجين، ومنه توفير حماية للرابطة الزوجية.

ثانيا: حق المعاشرة

يجب على الزوج حسن معاشرة زوجته، لأنه من أهم حقوق الزوجة على زوجها، والمعاشرة بالمعروف هي المعاشرة بالفضل والإحسان قولاً وفعلاً وخلقا، وهي أيضا أن يعاملها معاملة التي يرضى بها الشخص لنفسه.¹

1- دليل مشروعيته

من الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾.²

ويعني خالقوا أيها الرجال نساءكم، وصاحبوهن بالمعروف، يعني بما أمرتم به من المصاحبة، وذلك بأداء حقوقهن التي فرض الله عز وجل لهن عليكم.³

وحسن المعاشرة بما أمر الله به، وذلك توفية حقها من المهر والنفقة، وألا يعبس في وجهها بغير ذنب، وأن يكون منطلقا في القول لا فظا ولا غليظ ولا مظهر ميلا إلى غيرها، والعشرة: المخالطة والممازحة.⁴

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2.

² - سورة النساء، جزء من الآية 19.

³ - أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط 1، 2001، 537/6.

⁴ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 97/5.

من السنة:

- قال النبي (ﷺ): «واستوصوا بالنساء خيرا، فإنهن خلقن من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيرا».¹

- وقال النبي (ﷺ): «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي».²

- عن حكيم بن معاوية القشيري، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، ما حق زوجة أهدنا عليه؟ قال: «أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، أو اكتسبت ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في المبيت».³

والمعاشرة بالمعروف كلمة عامة وواسعة يدخل ضمنها كل ما يحقق السعادة الزوجية، ويحافظ على استمرارها في جو يسوده الاستقرار والأمان، ومن مظاهر حسن المعاشرة، عدم تقبيحها بالعيوب التي فيها، وكذا تجنبنا ذكر محاسن النساء أمامها بقصد إغاضتها، فمن باب المودة والرحمة التي هي أساس استمرار العلاقة الزوجية في جو تسوده السعادة للمحافظة على مشاعرها وتجنب كل ما يغيضها، ويمس مشاعرها.⁴

أما المشرع الجزائري فقد وافق الشريعة الإسلامية وأقر بوجود حق المعاشرة بالمعروف بين الزوجين واعتبره حق مشترك بينهما وذلك من خلال نص المادة 3 من ق.أ والتي جاء فيها: "تتعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية"، وكذا في نص المادة 36 ف2 والتي نصت على: -" المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة".

وبالتالي من دعائم المحافظة على الرابطة الزوجية المعاشرة بالمعروف، ومعاملة كل من الزوجين لبعض بالحسنى، لأنه إذا لم تقم العلاقة الزوجية على حسن المعاشرة والمعاملة

¹- البخاري، صحيح البخاري، باب الوصاية بالنساء، حديث رقم 5186، المرجع السابق، 26/7.

²- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب حسن معاشره النساء، حديث رقم 1977، المرجع السابق، 636/1.

³- أبو داود، سنن أبي داود، باب في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 2142، المرجع السابق، 244/2.

⁴- بن عوالي علي، المرجع السابق، ص 267-269.

بالمعروف، تكون سبب في فك الرابطة الزوجية، كما أن للزوجة طلب التطليق للضرر الذي أصابها من سوء معاملة زوجها واستحالة مواصلة العشرة الزوجية، لذا حماية الرابطة الزوجية يجب على الزوجين احترام بعضها البعض والمعاشرة بالمعروف والمعاملة الحسنة.

ثالثاً: حق الزوجة في النفقة: تعتبر النفقة من أهم حقوق الزوجة الواجبة على زوجها، حتى ولو كانت غنية، لأن استحقاقها للنفقة ثابت وهي من آثار عقد الزواج الصحيح، وهي توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء.¹

1- دليل مشروعيتها:

من الكتاب:

- قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ

إِلَّا وُسْعَهَا﴾.²

- وقوله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوْا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَتْرَضِعُ لَهُ أُخْرَى (6) لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾.³

ومن السنة:

عن عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال (ﷺ): «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».⁴

¹- سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 147.

²- سورة البقرة، جزء من الآية 233.

³- سورة الطلاق، الآيتين 6 و7.

⁴- البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، حديث رقم 5364، المرجع السابق، 65/7.

قال رسول الله (ﷺ): «أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، أو اكتسبت ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في المبيت».¹

2- سبب وجوب النفقة

السبب الرئيسي هو قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين لوجود العقد الصحيح لكن بشرط وجود الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، لذا إذا كان العقد فاسداً أو باطلاً لا تجب النفقة كما لا تجب النفقة إذا فات الاحتباس أو الاستعداد له.²

وقد اختلف الفقهاء في سبب وجود النفقة على النحو التالي:

- **المالكية:** تجب النفقة لممكنة مطيقة الوطاء على البالغ، أي بمجرد تمكينها من نفسها يوجب النفقة على الزوج، وذلك بالدخول بها أو دعوتها إلى الدخول، وتكون هي ممن يوطأ مثلها وهو بالغ.³

- **الشافعية:** تجب النفقة بالعقد الصحيح والتمكين من الاستمتاع بها، وتمكينه من النقلة معه حيث شاء في البلد الذي تزوجها فيه وإلى غيره من البلاد، فإذا مكنته من نفسها ولم تمكنه من النقلة معه لم تجب عليه النفقة، والاستمتاع ممكناً من جهتهما معاً، فيكون الزوج ممن يوطأ والزوجة ممن توطأ، فإذا مكنته من نفسها أو كانت مراهقة غير بالغ فمكنته منها وليها وجبت عليه نفقتها سواء استمتع بها أو لم يستمتع، لأن الاستمتاع حق له إن شاء استوفاه وإن شاء تركه، ولو منعه منها أهلها لعدم بلوغها لم تجب نفقتها وإن كانت معذورة.⁴

- **الحنفية:** سبب وجوب النفقة استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها، لكون الرجال قوامين، والقوامة تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح، وشرط وجوبها تسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم، فإذا تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها إلى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه، وكذلك إذا لم ينقلها وهي لم تمنع نفسها وطلبت

¹ - أبو داود، سنن أبي داود، باب في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 2142، المرجع السابق، 244/2.

² - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 176.

³ - الخطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 181/4-182؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 77/3.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 438/11.

النفقة، ولم يطالبها بالنفقة فلها النفقة، أما إذا لم يتم التسليم لوجود مانع من قبل الزوجة أو من قبل غير الزوج فلا نفقة لها.¹

- **الحنابلة:** إذا بذلت المرأة تسليم نفسها إليه، وهي ممن يوطأ مثلها فإذا أسلمت نفسها إليه على الوجه الواجب، فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكنها لأن الله تعالى أوجب للمطلقة، فيجب لمن هي في صلب النكاح أولى.²

- **الظاهرية:** سبب وجوب النفقة للزوجة عندهم من حيث أن يعقد نكاحها، بحيث ينفق الرجل على امرأته من حين يعقد زواجها، دعي إلى البناء أم لم يدع، ولو أنها في المهد منه، ناشزا كانت أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة، بكرًا أو ثيبًا، على قدر ماله.³

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة أجمعوا على أن سبب وجوب النفقة الزوجية على زوجها هو الاحتباس والدخول بها، بمعنى تسليم نفسها للزوج وتمكينها من أجل الاستمتاع بها، فإذا تم عقد الزواج ولم يدخل بالزوجة أو لم يتم دعوته بما لا تستحق النفقة، بخلاف الظاهرية الذين اعتبروا سبب وجوب النفقة هو إبرام عقد الزواج، أي بمجرد إبرام العقد تجب نفقة الزوجة على الزوج حتى ولو لم يدخل بها.

أما المشرع الجزائري فأخذ برأي الفقهاء من خلال نص المادة 74 من ق.أ التي جاء فيها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوته إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

والملاحظ أن المشرع اعتبر سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو الدخول بالزوجة، أو دعوته لذلك، وليس مجرد إبرام عقد الزواج.

¹- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 16/4، 18، 19.

²- ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، 142/7، 154.

³- ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 249/9.

3- شروط استحقاق الزوجة للنفقة

لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط يجب توافرها لاستحقاق الزوجة النفقة، وقد وافقها المشرع الجزائري في بعضها.

أ- في الفقه الإسلامي:

تتمثل الشروط فيما يلي:

1. أن يكون عقد الزواج صحيحا: لقد أجمع الفقهاء على أنه لوجوب نفقة الزوجة على زوجها أن يكون عقد الزواج صحيحا، أي مستوفيا لجميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية، وبالتالي إذا كان عقد الزواج باطلا أو فاسدا فلا نفقة لها، لأنه في هذه الحالة يجب فسخ العقد.¹

2. تسليم الزوجة نفسها لزوجها: لاستحقاق النفقة على زوجها يجب أن تسلم نفسها للزوج، والمقصود بالتسليم هو التخلية، أي: أن تخلي الزوجة بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطنها أو الاستمتاع بها، والذي يتحقق بالدخول، أو تصريح الزوجة أو وليها باستعدادها لتسليم نفسها للزوج، بحيث لا تمتنع إذا طلبها بذلك، أو طالبته بالانتقال ولم يجبهها، ففي هذه الحالات تستحق الزوجة النفقة سواء حصل التسليم حقيقة أو حكما، فالتسليم الحقيقي هو انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية بأن تزف إليه، أما التسليم الحكمي فهو استعداد الزوجة للانتقال إلى بيت الزوجية بأن لا تمنع في ذلك.²

إذا تزوج الرجل من امرأة بالغة حرة صحيحة ونقلها إلى بيت الزوجية، فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه، وكذلك إذا لم ينقلها وهي لا تمنع في ذلك وطالبت بالنفقة، ولم يطالبها بالانتقال فلها النفقة، لوجود سبب وجوب النفقة وهو استحقاق الحبس، وشرطه هو التسليم، فالزوج يترك النفقة ترك مع إمكانية استنفائه، فلا يبطل حقها في النفقة.³

¹ عبد الكريم زيدان، المعضل، المرجع السابق، 156/7-157؛ السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع

السابق، ص 136؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 233.

² عبد الكريم زيدان، المعضل، المرجع السابق، 157/7.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 19/4.

هناك حالات يكون امتناع الزوجة فيها عن تسليم نفسها مشروع، ومنه يبقى حقها في النفقة قائماً، ويمكن إجمال هذه الحالات في:

- عدم تسلم الزوجة لصادقها المؤجل.

- عدم تهيئة المسكن الشرعي أو مطالبته لها بالانتقال إلى دار مغلوبة.¹

3- عدم نشوز الزوجة: لقد أجمع الفقهاء على سقوط نفقة الناشز، لأن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو التمكين من الاستمتاع، كما تجب أجره الدار بالتمكين من السكن، وإن تعذر عليه سكنها، فإذا منع المؤجر المستأجر من السكن سقطت عنه النفقة، كذلك الزوجة إذا منعت نفسها من زوجها سقطت نفقتها.²

ب- موقف المشرع الجزائري

من خلال نص المادة 74 من ق.أ. نجد أن المشرع نص على شرط واحد لاستحقاق الزوجة للنفقة، وهو تسليم نفسها للزوج بحيث جاء فيها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوته إليه ببينة".

النفقة تعتبر أثر من الآثار التي تترتب على عقد الزواج الصحيح، أما إذا كان باطلا فهو حكم العدم، وبالتالي لا يترتب أي أثر، ومنه يمكن القول أن المشرع نص على شرط صحة عقد الزواج لاستحقاق الزوجة النفقة ضمناً.

كما قد نص في المادة 7 من ق.أ. على السن التي تكتمل فيها أهلية الرجل والمرأة للزواج، والتي حددها المشرع بسن 19 سنة كما تم بيانه سابقاً، وهي السن التي تجعل الطرفين أهلاً للاستمتاع وتحمل المسؤوليات والأعباء الزوجية.

لقد كان المشرع ينص قبل تعديل قانون الأسرة في المادة 37 ف1 على شرط عدم نشوز الزوجة لاستحقاق النفقة حيث كان نصها: "يجب على الزوج نحو زوجته:

1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها".

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 236-237؛ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 179؛ العيني، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، 665/5.

² الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 439/11-440؛ ابن المفلح، المبدع، المرجع السابق، 157/7.

لكنه بعد التعديل عدلت المادة 37 ولم يعد ينص على ذلك، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي اتفق الفقهاء على شرط عدم نشوز الزوجة لاستحقاقها النفقة، وبالتالي لاستحقاق الزوجة النفقة لابد من توافر الشروط السابقة الذكر، وإذا تخلف أحدها سقط حقها.¹

4- مقدار النفقة

لقد اتفق الفقهاء على أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن، إلا أنهم اختلفوا في المقدار الواجب في كل صنف على النحو التالي:

أ- في الفقه الإسلامي:

- مقدار نفقة الطعام: لقد اختلف الفقهاء في مقدار نفقة الطعام على رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية² والحنفية³ والحنابلة⁴ بحيث ذهبوا إلى أنه يوجد مقدار معين لنفقة الطعام ونوعه، فهي محددة بقدر الكفاية، أي كفاية الزوجة وبما هو متعارف عليه في عادة البلد، واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.⁵

وجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى أوجب النفقة مطلقة غير مقيدة التقدير، لأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان في كفايته في العرف والعادة، وبالتالي فإنه يفرض للزوجة بمقدار ما يعلم أنه يقع به الكفاية، ويعتبر المعروف فوق التقدير ودون الإسراف.⁶

¹ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 181؛ ريحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 164.

² الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 4/488-489.

³ الجزيري، المرجع نفسه، 4/486.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 8/199.

⁵ سورة البقرة، جزء من الآية 233.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 4/23.

وروي أن هند امرأة أبي سفيان قالت يا رسول الله (ﷺ) إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال (ﷺ): «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف».¹

لقد نص رسول الله (ﷺ) على الكفاية فدل أن نفقة الزوج ومقدرة بالكفاية، لأنها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة من الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية.²

- **الرأي الثاني:** وهو رأي الشافعية³ بحيث ذهبوا إلى أن نفقة الزوجة مقدرة تختلف باليسار والإعسار، ويعتبر فيها حال الزوج دون الزوجة فإن كان موسراً تقدرت بمدين، وإن كان معسراً تقدرت بمد، وإن كان متوسطاً تقدرت بمد ونصف، واستدلوا بقوله عز وجل:

﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾.⁴

اعتبرت النفقة بالكفارة، وأكثر ما وجب في الكفارة لكل مسكين مدان وذلك في كفارة الأذى في الحج، وأقل ما وجب له مد في نحو كفارة الظهر فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدان، لأن قدر الموسع وعلى المعسر المد وعلى المتوسط ما بينهما.⁵

- **مقدار نفقة الكسوة:** لقد أجمع الفقهاء على أن نفقة الكسوة مقدرة بكفاية الزوجة، إلا أنهم اختلفوا في قدر الكفاية على النحو التالي:

- **الشافعية:** تجب لها الكسوة بقدر الكفاية، وتختلف الكفاية بطولها وقصرها وسمنها وهزالها، وباختلاف البلاد في الحر والبرد، ولا يختلف عدد الكسوة باختلاف يسار الزوج وإعساره ولكنهما يؤثران في الجودة ولا فرق بين البدوية والحضرية.⁶

¹ - سبق تخريجه.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 23/4.

³ - قال الشافعي رحمه الله تعالى: «عليه النفقة نفقتان نفقة الموسع ونفقة المقتر»، انظر الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، 423/11.

⁴ - سورة الطلاق، الآية 7.

⁵ - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، 152/5.

⁶ - الشربيني، المرجع نفسه، 157/5.

- **الحنفية:** يجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية، لأنها كما تحتاج إلى الطعام والشراب تحتاج إلى اللباس لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والإعسار والشتاء والصيف.¹

- **المالكية:** تفرض الكسوة مرتين في السنة بحسب حالهما، على تكسي في الشتاء بما يناسب فصل الشتاء، والصيف بما يناسب فصل الصيف، ويشترط أن تبلى، أما إذا ظلت قريبة من جدتها صالحة للاستعمال فإنه لا تفرض لها كسوة أخرى.²

- **الحنابلة:** تجب عليه كسوتها، يفرض لها على قدر كفايتها، على قدر يسرها وعسرها، وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة، ويزيد من عدد الثياب ما جرت به العادة بلبسه، مما لا غنى عنه.³

- **مقدار نفقة السكن:** أجمع الفقهاء على أن نفقة السكن غير مقدرة، بل هي بقدر الكفاية، بحيث يهيئ الزوج مسكن منفرد مشتمل على ضرورياته، كالأثاث والفرش والأدوات المنزلية وغيرها، ويكون على قدر يسارهما وإعسارهما، ولا يشترط فيه الملك، فيمكن أن يستأجر أو ليستعير، وأقله حجرة مستقلة بمرافقها مشتملة على مطبخ ومرحاض.⁴

ب- موقف المشرع الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة تقدير النفقة بصفة عامة وذلك من خلال نص المادة 79 من ق.أ والتي جاء فيها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، فالمشرع لم ينص على مقدار النفقة الواجبة للزوجة ولم يحددها، آخذاً في ذلك برأي جمهور الفقهاء القائل بأن النفقة غير مقدرة شرعاً، وإنما يجب للزوجة النفقة بقدر كفايتها بالمعروف وقد ترك مسألة تقديرها لسلطة القاضي.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 23/4-24؛ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 181/5.

² - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، 489/4.

³ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 199/8.

⁴ - المطيري، إتحاق الخلان بحقوق الزوجين في الإسلام، المرجع السابق، ص 148-149.

لقد ضمنت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة حق النفقة للزوجة، وحماها القضاء وقانون العقوبات بإلزام الزوج بتوفير لها كل ما تشمله النفقة من طعام ومشرب ولباس ومسكن وعلاج بالمعروف، ومما يعتبر من ضروريات الحياة عرفا وعادة، فإن لم يستطع توفير ذلك فلا قوامة له عليها، ومن حقها أن تطالبه قضاء بالنفقة عليها أو تطليقها، أما إذا كان موسرا فقد أباحت لها الشريعة أن تأخذ ما يكفيها وولدها من ماله بالمعروف كما سبق ذكره.

وبعد التطرق إلى مختلف الأحكام المتعلقة بحق الزوجة في النفقة، يبرز لنا مدى أهمية هذا الحق في الحفاظ على استمرار واستقرار الرابطة الزوجية وحمايتها من التفريق بسبب عدم الإنفاق الذي اعتبره المشرع الجزائري من أسباب التطليق طبقا لنص المادة 53 ف1.

البند الثاني: حق الزوجة في استقلالية الذمة المالية

يترتب على عقد الزواج حقوق للزوجة وواجبات عليها تجاه زوجها، أما عن المال الذي كانت تملكه قبل الزواج أو امتلكته بعد الزواج، فلا أثر لعقد الزواج عليه، وقد أقرت الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري نظام انفصال الذمة المالية بين الزوجين، وبالتالي للزوجة الحق في التصرف في مالها، ولهذا الحق أهمية كبيرة في حماية الرابطة الزوجية، ولمعرفة ذلك لا بد من التطرق أولا إلى مفهوم انفصال الذمة المالية ثم التطرق إلى سلطة الزوجة في التصرف في مالها ثانيا.

أولا: مفهوم انفصال الذمة المالية

تفاديا لأي خلاف قد يحصل بين الزوجين، فقد اتفقت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على ضرورة تنظيم أموال الزوجين، مع أن الأصل أن الشريعة الإسلامية قد أقرت باستقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين عن الآخر، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

وعرف الأستاذ السنهوري الذمة المالية على أنها: (وصف شرعي يفترض الشاعر وجوده في الإنسان يصير به أهلا للإلزام والالتزام، أي صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، ولما كانت هذه الصلاحية التي تترتب على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب إذ يصرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات، فإن الصلة ما

بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها.¹

1- تعريف انفصال الذمة المالية: هي أن يكون لكل من الزوجين الحق في التصرف في أمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، كما يلتزم كل منهما بالوفاء بالديون المترتبة على ذمته، دون أن يؤثر الزواج في ذلك.²

أما المشرع الجزائري فلم يعرف انفصال الذمة المالية للزوجين، وإنما نص كأصل عام على استقلالية الذمة المالية وهذا يوجب المادة 37 ف1 الذي جاء فيها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

2- الأساس الشرعي لانفصال الذمة المالية

إن المرأة في الإسلام لا تفقد أهليتها في التعاقد ولا حقها في التملك؛ بل تظل المرأة بعد الزواج محتفظة بكامل أهليتها في تحمل الالتزامات وإجراء مختلف العقود من بيع وشراء وهبة ووصية، ومحتفظة بحقها في التملك مستقلة عن زوجها وممتلكاته، فعقد الزواج لا يرتب أي حق لكل زوج على الآخر في الملكية أو الدخل،³ وهذا ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية، نذكر منها:

- من القرآن: - قوله عز وجل: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ

مِّمَّا كَتَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾.⁴

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت، 1998، 20/1.

² بلحاج العربي، بحوث قانونية، المرجع السابق، ص 152.

³ مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، 2005-2006، ص 104-105.

⁴ سورة النساء، جزء من الآية 32.

- وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹.

- من السنة النبوية:

- عن كريب مولى ابن عباس، أن ميمونة بنت الحارث رضي الله عنها أخبرته، أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي (ﷺ)، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه، قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي، قال: «أو فعلت؟»، قالت: نعم، قال: «أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك»².

- وقد كانت السيدة خديجة رضي الله عنها تاجرة موسرة، تتصرف في مالها بكل حرية، قبل زواجها بالنبي (ﷺ) وبعده، وهذا يدل على أحقية الزوجة في التصرف في أموالها كما تشاء دون تدخل الزوج ما لم تكن سفيةة³.

ومما سبق فالمرأة لها ذمة مالية مستقلة مثلها مثل الرجل، ولها الحق في التمتع بكل المعاملات والتصرفات التي من شأنها إثراء هذه الذمة، ولا أثر للزوج على أموال الزوجين سواء أكانت منقولات أو عقارات سواء اكتسبت قبله أو بعده.

4- الأساس القانوني لانفصال الذمة المالية

لم يكن المشرع الجزائري ينص على أي نظام قانوني يحدد العلاقة المالية بين الزوجين قبل التعديل سوى المادة 38 ف2 التي كانت تنص على حرية الزوجة في التصرف في مالها، والمادة 73 التي تفصل في حالة النزاع حول متاع البيت، إلا أنه وبعد التعديل أقر المشرع نظام انفصال الذمة المالية بين الزوجين كأصل عام، إذ جاء في نص المادة 37 ف1: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

¹- سورة النساء، جزء من الآية 6.

²- البخاري، صحيح البخاري، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها، حديث رقم 2592، المرجع السابق، 3/158.

³- بلحاج العربي، بحوث قانونية، المرجع السابق، ص 154-155.

ثانياً: حرية الزوجة في التصرف في أموالها

1- في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في حرية المرأة في التصرف في أموالها بعد الزواج بين التقييد والإطلاق على رأيين:

- الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية،¹ والشافعية،² وإحدى الروايات عن أحمد،³ والظاهرية،⁴ أنه يحق للزوجة الرشيدة التصرف في مالها سواء بعوض أو بدون عوض، ولا تحتاج إلى إذن أو ترخيص من زوجها واستدلوا:

- بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾.⁵

وجه الدلالة من هذه الآية أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ والرشد، فإذا بلغت المرأة سن الرشد فك عنها الحجر، وأصبح لها الحرية في التصرف في مالها مثلها مثل الرجل.⁶

لقد جعل القرآن الكريم للمرأة الحق الكامل مثل الرجل في الأهلية للتملك والتصرف فيه، كما جعل لها الحق في مباشرة العقود من بيع وشراء ورهن وإجازة ووقف، كما أعطى لها كل الحرية في التصرف في مالها وما تملك، متزوجة كانت أو غير متزوجة، مادامت قد بلغت سن الرشد، كما أن الإسلام يمنع الرجل من الولاية على مال زوجته.⁷

¹- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 22/25.

²- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، 180/4؛ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 220/3-221.

³- البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، 417/3.

⁴- ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، 140/7.

⁵- سورة النساء، الآية 6.

⁶- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 348/4.

⁷- صلاح عبد الغني محمد، الحقوق العامة للمرأة، مكتبة الدار العربية للكتاب، ط 1، مصر، 1998، 170/1-171.

من السنة:

- عن أبي سعيد الخدري، خرج رسول الله (ﷺ) في أضحى أو فطر إلى المصلى، فمر على النساء، فقال: «يا معشر النساء، تصدقن فإني رأيتكن أكثر أهل النار»، ثم إنصرف، فلما صار إلى منزله، جاءت زينب، امرأة ابن مسعود، تستأذن عليه، فقيل: يا رسول الله هذه زينب، فقال: «أي الزيانب؟»، فقيل امرأة ابن مسعود، قال: «نعم، إئذنوا لها»، فأذن لها، قالت: يا نبي الله، إنك أمرت اليوم بالصدقة وكان عندي حلي لي، فأردت أن أتصدق به، فزعم ابن مسعود: أنه وولده أحق من تصدقت به عليهم، فقال النبي (ﷺ): «صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم».¹

وجه الدلالة في الحديث أن النبي (ﷺ)، أقر صدقة زينب دون التوقف على إذن زوجها، فدل ذلك على حرية تصرف المرأة في أموالها دون إذن أحد.²

- الرأي الثاني: وهو رأي المالكية³ وأحمد في رواية أخرى،⁴ بحيث وافقوا رأي جمهور الفقهاء في حرية تصرف الزوجة في مالها بعوض كالبيع والإجازة وهي تصرفات نافذة بدون إذن الزوج، وخالفوهم في حكم تصرفاتها المالية بغير عوض كالوصية والهبة، حيث ذهبوا إلى أنه لا يجوز للزوجة التبرع بأكثر من الثلث إلا بإذن زوجها واستدلوا بالقرآن والسنة بما يلي:

- من القرآن: - قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ

عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾.⁵

¹- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، حديث رقم 1462، المرجع السابق، 2/120.

²- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 3/348-349.

³- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، 4/358.

⁴- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 3/348.

⁵- سورة النساء، جزء من الآية 34.

من السنة: - عن عبد الله بن عمر، أن رسول الله (ﷺ) قال: «لا يجوز لامرأة عطية، إلا بإذن زوجها».¹

- عن عبد الله بن يحيى، رجل من ولد كعب بن مالك، عن أبيه، عن جده، أن جدته خيرة، امرأة كعب بن مالك، أتت رسول الله (ﷺ) بحلي لها، فقالت: إني تصدقت لهذا، فقال لها رسول الله (ﷺ): «لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟»، قالت: نعم، فبعث رسول الله (ﷺ) إلى كعب بن مالك، فقال: «هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها؟»، فقال: نعم، فقبله رسول الله (ﷺ) منها.²

والرأي الراجح هو رأي المالكية والذي مفاده أن للزوجة حرية التصرف في أموالها فيما يخص التصرفات بعوض، أما التصرفات بدون عوض فلها الحق في الثلث وما يزيد عليه متوقف على إذن الزوج، لأنه من أحكام الشريعة الإسلامية أن الأسرة تبنى على أسس المودة والرحمة والتعاون، فمن الصواب التشاور بين الزوجين فيما تعلق بمستقبل أموالهما؛ إلا أن هذا قد يؤدي إلى إفقار الأسرة والإضرار بمصالحهما، لذلك فإن استشارة الزوجة زوجها قبل إجراء تصرف معين يكون أمراً سليماً، تفادياً لأي خلاف قد يستحكم بينهما بسبب ذلك.

2- موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء القاضي بحرية الزوجة في التصرف في مالها بحيث نص عليه صراحة قبل التعديل من خلال نص المادة 38 ف 2 التي جاء فيها: "للزوجة الحق في: - حرية التصرف في مالها"، أما بعد التعديل ألغى المادة 38، إلا أنه يستنتج ضمناً أنه أبقى على هذا المبدأ من خلال إقراره صراحة على استقلالية الذمة المالية لكل واحد من الزوجين عن الآخر الذي نص عليه في المادة 37 ف 1، فاعتراف المشرع للزوجة باستقلالية ذمتها المالية يشمل اكتسابها أموال وكذا حريتها في التصرف فيها كيفما

¹- أبو داود، سنن أبي داود، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث رقم 3547، المرجع السابق، 293/3.

²- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث 2389، المرجع السابق، 798/2.

شئت، إلا أن نفقتها لمالها إذا كانت بطريقة قد تؤثر سلباً على الأسرة والأولاد، فمن حق الزوج أن يعترض رعاية لمصلحة الأسرة.¹

ولكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة وله الحرية في التصرف في ماله الخاص، ولكن وتحقيقاً لحسن تسيير مالية الأسرة يجوز للزوجين الإتفاق في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق يبرم بعد الزواج أمام الموثق بشأن تسيير الأموال المشتركة بينهما، كأن يقوما بمشروع تجاري أو اقتصادي أو حرفي، وكذا بشأن الأموال التي تدخل في الذمة المالية لكلا منهما أثناء الحياة الزوجية سواءً بسبب المجهود الفردي أو المشترك أو بسبب التلقي من طرف الغير كما هو الحال بالنسبة للهبات والوصايا أو الميراث، ويحدد في العقد الرسمي النسب التي تؤول إلى كل منهما، كما يجوز أن يتفقا على تركها مشتركة فيما بينهما.²

يبرز مما سبق ذكره أن لاستقلالية الذمة المالية للزوجة وحرية التصرف في مالها أهمية كبيرة في حماية الرابطة الزوجية، لأن من أهم المشاكل التي تحدث بين الزوجين يكون سببها الخلافات المالية خصوصاً في عصرنا الحاضر بسبب عمل الزوجة، فأقرار مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين، يحفظ لكل واحد منهما حقوقه المالية ويساهم في الحد من الخلافات المالية وبالتالي الحفاظ على استقرار العلاقة الزوجية.

¹ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرحاً، المرجع السابق، ص 48.

الفصل الثاني

الآليات العلاجية لحماية الرابطة الزوجية

الأسرة هي الوحدة الأساسية التي يتكون منها المجتمع، وقد اعتنى بها الإسلام وجعل لها مكانة هامة، حيث وضع لها قواعد وأسس تبنى عليها عن طريق رباط وثيق وميثاق غليظ وهو الزواج، وأقامه على قواعد من العدل والإنصاف وشرع له تشريعات تكفل الحفاظ على العلاقة الزوجية وتحميها من التفكك والانحلال، ذلك أنه في الحياة الزوجية قد تحدث خلافات كثيرة واضطرابات عديدة، وهذا أمر طبيعي قد يكون نتيجة لاختلاف الثقافات والعادات ودرجة التدين والأخلاق بين الزوجين، وكذا نجده بسبب التفاوت المالي والثقافي أحياناً وغيرها من أسباب الخلاف، وهو الشيء الذي يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، وبالتالي وقوع الطلاق، لذا كان الإصلاح لازماً لعل الله ينزل المودة بين الزوجين ويبصر الغافل منهما بحقوق الآخر، وإذا كان الإصلاح بين المتخاصمين من أحب الأعمال إلى الله فكيف إذا كان الإصلاح بين الزوجين، لما يترتب عليه من التوافق الأسري والسلامة من المشاكل النفسية لدى الطرفين و الأولاد، والذي ينعكس بالضرورة على المجتمع بصفة عامة.

وبناء على هذا سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: دور الزوجين والحكمين في علاج الخلافات الزوجية

المبحث الثاني: الصلح القضائي بين الزوجين

المبحث الأول: دور الزوجين والحكمين في علاج الخلافات الزوجية

لقد أولت الشريعة الإسلامية عناية بالغة للأسرة، وأحاطتها بمجموعة من الأحكام بدءاً بالدعوة إلى الزواج والترغيب فيه، وكذلك وضعها لأسس متينة لنجاح الحياة الزوجية واستمرارها، من حسن الاختيار والخطبة، ومقومات وجوده من أركان وشروط إبرامه، إلى تبيان حقوق وواجبات كل من الزوجين إلى غير ذلك من الأسس والمقومات التي إذا روعيت عند الأزواج لأدت إلى نجاح العلاقة الزوجية واستمرارها واستقرارها.

ومما لا شك فيه أن الخلافات والمشاكل بين الزوجين أمر تقتضيه الطبيعة البشرية، لذلك فقد وضعت الشريعة الإسلامية وسائل وآليات لعلاج ما قد يحدث بينهما من خلاف أثناء الحياة الزوجية، فجعلت القوامة للرجل على المرأة، فأوكلت له مهمة إدارة الأسرة ومعالجة المشكلات التي قد تطرأ، فإذا لمس من زوجته نشوزاً وعصياناً لأمره بما لا تستمر معه الحياة الزوجية، فقد شرع له حق التأديب.

أما إذا اشتد الخلاف واستحكم الشقاق بين الزوجين ولم يستطع أحد منهما إثبات الضرر، وجب على القاضي اللجوء إلى التحكيم بينهما، وذلك بتعيين حكماً من أهله وحكماً من أهلها للتوفيق والإصلاح بينهما، وبناء على ما سبق ذكره سيتم التطرق إلى علاج الخلافات من طرف الزوجين في المطلب الأول، التحكيم بين الزوجين في المطلب الثاني.

المطلب الأول: علاج الخلافات من طرف الزوجين

سيتم التطرق إلى عوامل منع الخلافات الزوجية وأخلاقيات التعامل معها في الفرع الأول، علاج الزوجين للنشوز في الفرع الثاني.

الفرع الأول: عوامل منع الخلافات الزوجية وأخلاقيات التعامل معها

لا يخلو أي بيت من المشاكل والخلافات الزوجية، لكن الزوجين الحكيمين هما اللذان يعرفان كيف يتمكنان من حل الخلاف دون أن يخسر كل منهما حب واحترام الآخر، فالاختلاف أمر طبيعي ووارد، ولم يخلو منه حتى بيت النبوة، فهناك عوامل تساعد على عدم ظهور الخلافات الزوجية أو تساهم في إنهائها في لحظاتها الأولى لذا يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول يخصص إلى عوامل منع ظهور الخلافات الزوجية، والفرع الثاني إلى أخلاقيات التعامل مع الخلافات الزوجية.

أولاً: عوامل منع ظهور الخلافات

لابد من الزوجين الالتزام ببعض العوامل والصفات التي تساعد على عدم ظهور الخلاف وتطوره والحد منها تتمثل أبرزها فيما يلي:

1- الالتزام بأوامر الله

الالتزام بأوامر الله سبحانه وتعالى يعني القيام بالعبادات والإكثار من ذكره والبعد عن المعاصي والتي بها تنتشر النفوس وتطمئن القلوب لقوله تعالى: ﴿أَلَا بِذِكْرِ اللَّهِ تَطْمَئِنُّ الْقُلُوبُ﴾¹.

فيجب على الزوجين الالتزام بالعبادات والابتعاد عن المعاصي، وحسن التعامل مع الآخرين، وصلة الرحم وأداء الواجبات والحقوق اتجاه بعضهما واتجاه الناس، والرضا بما قسم الله تعالى فمثلاً إن رأت الزوجة خيراً حمدت، وإن رأت غير ذلك قالت كل الرجال

¹ - سورة الرعد، جزء من الآية 28.

هكذا، وأن يعلم الرجل أنه ليس الوحيد الذي يقع في هذه المشكلات واختلاف وجهات النظر في زوجته.¹

فالشيطان قرين الغافلين عن ذكر الله وشرعه، ومن أهم أغراضه وأهدافه غرس الكارهيّة وبث البغضاء بين الزوجين، وأعظم أعوان إبليس منزلة وهو ذلك الذي يعمد إلى التفريق بين الأزواج ويفلح في إيقاع الطلاق بينهم لقول رسول الله (ﷺ): «إن إبليس يضع عرشه في الماء، ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة، يجيء أحدهم فيقول: فعلت كذا وكذا، فيقول: ما صنعت شيئاً، قال ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته، قال: فيدنيه منه ويقول: نعم أنت».²

2- الصبر والتغافل

لأننا بشر نصيب ونخطئ، فقد يعتري الحياة الزوجية ما يعكر صفوها، ويهدد كيانها، فأمرت النصوص الشرعية كلا من الزوجين بأن يصبر على الآخر، حتى لا تنهدم الأسرة مع أول مشكلة تواجهها، فقال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عَدُوًّا لَكُمْ فَاحْذَرُوهُمْ وَإِنْ تَعَفَّوْا وَتَصَفَّحُوا وَتَغْفِرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.³

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: سأله رجل عن هذه الآية، قال: هؤلاء رجال أسلموا، فأرادوا أن يأتوا رسول الله (ﷺ) فأبى أزواجهم وأولادهم أن يدعوهم يأتوا رسول الله (ﷺ)، فلما أتوا رسول الله (ﷺ) فرأوا الناس قد فقهوا في الدين، هموا أن يعاقبوهم، فأنزل الله عز وجل هذه الآية.⁴

وقال العلامة ابن عاشور، العفو: ترك المعاقبة على الذنب بعد الاستعداد لها ولو مع التوبيخ، والصفح: الإعراض عن المذنب، أي ترك عقابه على ذنبه دون توبيخ، والغفر:

¹ - خالدي أحمد، علاج الخلافات الزوجية في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية أدرار، 2012/2013، ص

² - مسلم، صحيح مسلم، باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس، حديث رقم 2813، المرجع السابق، 2167/4.

³ - سورة التغابن، الآية 14.

⁴ - الطبري، تفسير الطبري: جامع البيان، المرجع السابق، 14/23.

ستر الذنب وعدم إشاعته، وإنما يعفو المرء ويصفح ويغفر عن المذنب إذا كان ذنبه متعلق بحق ذلك المرء.¹

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اصْبِرُوا﴾²، وذلك أن الله لم يخصص من معاني الصبر على الدين والطاعة شيئاً فيجوز إخراجه من ظاهر التنزيل، فلذلك قلنا إنه عنى بقوله ﴿اصْبِرُوا﴾، الأمر بالصبر على جميع معاني طاعة الله فيما أمر ونهى، صعبها وشديدها، يسيرها وعسيرها.³

ولكي تستمر الحياة الزوجية لابد للزوجين من التغافل أحياناً، وكما أن التغافل من شيم الكرام، وروى البيهقي في مناقب الإمام أحمد بن عثمان بن زائدة قال العافية عشرة أجزاء تسعة منها في التغافل، فحدثت به أحمد بن حنبل فقال العافية عشرة أجزاء كلها في التغافل.⁴

التغافل يعني غض الطرف عن الهفوة والزلة والخطأ غير المقصود.⁵

لذا ينصح الزوجين بالحلم والرفق والتواصي بالحق والصبر، وعلى الجميع بالتعاون على الخير والتواصي بالخير، وعلى المرأة بالسمع والطاعة لزوجها في المعروف، وعلى الزوج بالصبر والحلم وعدم العجلة في الطلاق والضرب أو السب، كل واحد منهما عليه أن يتحمل ويستعمل الرفق في كل الأمور، لقوله (ﷺ): «إن الرفق لا يكون في شيء إلا زانه، ولا ينزع من شيء إلا شانه»⁶، لأن هذا العمل داخل في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁷، وقوله عز وجل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁸، فالواجب على

¹ - محمد الطاهر بن محمد بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، 285/28.

² - سورة آل عمران، جزء من الآية 200.

³ - الطبري، تفسير الطبري "جامع البيان"، المرجع السابق، 6/335.

⁴ - ابن مفلح، الآداب الشرعية والمنح المرعية، عالم الكتب، د.س.ن، 2/17.

⁵ - انظر: <https://saaod.org/mktarat/alzawaj>، موقع صيد الفوائد، المصدر مجلة الأسرة، ع 80.

⁶ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب فضل الرفق، حديث رقم 2594، المرجع السابق، 4/2004.

⁷ - سورة النساء، جزء من الآية 19.

⁸ - سورة البقرة، جزء من الآية 228.

كل منهما حفظ اللسان عما لا ينبغي، وحفظ الجوارح عما لا ينبغي، والرفق والحلم والصبر.¹

3- الملاطفة بين الزوجين

يجب على الزوجين أن يحرصا كل واحد منهما على ملاطفة الآخر وملاعبته والمزاح معه، فقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه برغم من جديته وشدته يقول: "ينبغي للرجل أن يكون في أهله كالصبي، فإن كان في القوم كان رجلا،² وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: أخبرتني عائشة رضي الله عنها أنها كانت مع النبي (ﷺ) في سفر وهي جارية، فقال لأصحابه: «تقدموا» فتقدموا ثم قال: «تعال سأسابقك» فسابقته، فسابقته على رجلي، فلما كان بعد، خرجت أيضا معه في سفر، فقال لأصحابه: «تقدموا» ثم قال: «تعال أسابقك» ونسيت الذي كان، وقد حملت اللحم، فقلت: كيف أسابقك يا رسول الله، وأنا على هذه الحال؟ فقال: «لتفعلن» فسابقته، فسبقني، فقال: «هذه بتلك السبقة».³

ومن مظاهر الملاطفة بين الزوجين ما يلي:

أ- تبادل الهدايا

تبادل الهدايا بين الزوجين تغرس المحبة في النفوس، لاسيما هدايا الزوج للزوجة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تهادوا تحابوا"،⁴ فالهدية هي تعبير عن المودة وهي كسر للجمود والرتابة، فإن كانت مثل هذه الهدايا تفعل فعلها وسط الأصدقاء والأقارب، فإن تأثيرها وسط الأزواج أكثر فاعلية وأعظم أثر.⁵

¹ - الإمام ابن الباز، الخلاقات الدائمة بين الزوجين ووسائل تلافئها، من موقع: <https://binbaz.org.sa/fatwas>

² - خالد أحمد، المرجع السابق، ص 121.

³ - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البق والرمي، حديث رقم 19758، المرجع السابق، 31/10.

⁴ - أبو يعلى أحمد "الموصللي"، مسند أبي يعلى الموصللي، تابع مسند أبي هريرة رضي الله عنه، حديث رقم 6148، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، 1984، 09/11.

⁵ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص 122.

وأعظم هدية يقدمها الشريك لشريكه هي الوقت، وأفضل طريقة نعبر بها عن الاهتمام أن نمنح الشريك وقتنا لنفسه، وأن ندعمه ليكون أفضل وليقوم بما يجعله سعيداً، وأن نهتم ببعض تفاصيله الصغيرة التي تبدو بالغة الأهمية عند تسليط الضوء عليها.¹

ب- الغيرة المحمودة

وهي تعبير على محبة كل زوج للآخر، وعدم تفريطه فيه، وأن تكون باعتدال وروية وتكون في محلها فهي مطلوبة شرعاً، لقوله (ﷺ): «إن الله يغار، وإن المؤمن يغار، وغيرة الله أن يأتي المؤمن ما حرم عليه»²، فالاعتدال هو المطلوب بحيث يغار الرجل في المواطئ التي تجب فيها الغيرة، ويمسك فيما عدا ذلك، ولا يبلغ إساءة الظن والتصنت وتجسس البواطن، فغيرة الرجل على أهله صفة محمودة إذا كانت منضبطة بضوابط الشرع،³ لقوله (ﷺ): «من الغيرة ما يحب الله ومنها ما يبغض الله، فأما التي يحب الله فالغيرة في الريبة، وأما الغيرة التي يبغض الله فالغيرة في غير ريبة»⁴.

والغيرة المحمودة عند المرأة إذا ارتكب زوجها فعل محرم كالزنا مثلاً أو بنقص حقها، وجوره عليها لضرتها وإيثارها عليها فإذا تحققت ذلك وأظهرت قرائن على ذلك فهي غيرة مشروعة، أما لو وقع ذلك بمجرد التوهم عن غير دليل فهي غيرة من غير ريبة.

لما روي عن عائشة أنها قالت: «ما غرت على امرأة لرسول الله (ﷺ) كما غرت على خديجة، لكثرة ذكر رسول الله (ﷺ) إياها وثنائه عليها، وقد أوحى إلى رسول الله (ﷺ) أن يبشرها ببيت لها في الجنة من قصب»⁵.

وما روي عن أنس، قال: كان النبي (ﷺ) عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي في بيتها يد الخادم، فسقطت الصحفة

¹ - عامر العبود، أسباب الخلافات الزوجية المستمرة وطرق حلها، من موقع <https://www.hellooha.com/articles>، تاريخ النشر: 2020/08/09، آخر تحديث 2021/10/28.

² - مسلم، صحيح مسلم، باب غيرة الله تعالى وتحريم الفواحش، حديث رقم 2761، المرجع السابق، 2114/4.

³ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص 122.

⁴ - أبو داود، سنن أبي داود، باب في الخيلاء في الحرب، حديث رقم 2659، المرجع السابق، 50/3.

⁵ - بدر عبد الحميد هميسه، الخلافات الزوجية (الأسباب - الحلول)، د.د.ن.، 2009، ص 43.

فانغلقت، فجمع النبي (ﷺ) فلق الصحيفة، ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحيفة، ويقول: «غارت أمكم».¹

فالمراة تمنع الغيرة والريبة عن زوجها إذا تحلت بالفضائل والتزمت بأوامر الشرع في خروجها من بيتها، وفي زيها، وقولها، وفعلها، ومشيتها، وفي سائر أخلاقها، والرجل يدفع الغيرة عن زوجته، إذا تمسك بأوامر الله، وانتهى عن نواهيه في كل أحواله.²

ج- التشاور والاحترام المتبادل

يؤدي التفاهم بين الزوجين إلى استقرار الحياة الزوجية واستئصال المشكلة من جذورها قبل أن تقع، لذا وجب على الزوجين المصارحة والوضوح وإفشاء كل واحد للآخر عما بصدده، ما يقلقه ويزعجه وما يفرحه وما يحزنه، وأن يحترم كل منهما الآخر، يحترم صمته وحديثه بل ويحسن الاستماع والإصغاء لكل ما يقول ولا يسبقه له رأي، يحترم مشاعره ولا يكثر من اللوم والعتاب والنصح، فاللوم لا يأتي بنتائج إيجابية في الغالب وكثرة العتاب يحطم كبرياء النفس، كما أن التجريح والتوبيخ يكسر النفس ويجعل كل واحد يفتش عن عيوب الآخر ويصطاد أخطائه.³

كما أن الرابطة الزوجية تقوم على الحقوق والواجبات، فمن باب الاحترام حمل النبي صلى الله عليه وسلم كل واحد من الزوجين المسؤولية عن أسرته، فعن نافع عن عبد الله: قال النبي (ﷺ): «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام راع وهو مسؤول، والرجل راع على أهله وهو مسؤول، والمرأة راعية على بيت زوجها وهي مسؤولة، والعبد راع على مال سيده فهو مسؤول، ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول».⁴

في الحديث دلالة على وجوب تحمل الزوجين لمسؤولياتهما، والقيام بالواجبات الأسرية، لأن القيام بها صمام الأمان الذي يضمن استمرار العلاقة الزوجية، وينأى

¹ - البخاري، صحيح البخاري، باب الغيرة، حديث رقم 5225، المرجع السابق، 36/7.

² - بدر عبد الحميد هميسه، المرجع السابق، ص 41.

³ - بدر عبد الحميد هميسه، المرجع نفسه، ص 15.

⁴ - البخاري، صحيح البخاري، باب «قو أنفسكم وأهليكم نارا»، حديث رقم 5188، المرجع السابق، 26/7.

بالزوجين عن المشاكل والخلافات الناتجة عن التفريط أو التقصير في أداء ما يجب على كل طرف نحو الطرف الآخر.

د- التشاور وتبادل الرؤى

ويكون ذلك من خلال عقد جلسات عائلية داخل المنزل من وقت لآخر يتشاور فيه الزوجان عما يجب عمله من الأمور المهمة في حياتهما المشتركة ويتم ذلك من خلال تقويم تجاربهما الماضية والتخطيط للمستقبل، وذلك عبر رؤية مشتركة، فإن القرارات إذا أخذت بتشاور واتفق لاشك أنها أفضل من نظيراتها الفردية،¹ وقد ذكر الله سبحانه وتعالى أن مسألة فطام الطفل يكون عن تراض وتشاور بين الزوجين بحيث يقول المولى عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾²، فإذا كان الله عز وجل أمر الزوجين بالتشاور والتراضي في مسألة فطام الطفل وهي مسألة بسيطة، فمن الأولى أن يكون التشاور والتراضي هو منهج الزوجين في أمور حياتهما كلها.

فعلى الزوجين ألا يبقيا منهما في أمور الدنيا، وأن يهتما كثيرا بتعميق العلاقة بينهما، فلو استطاعا الاستفادة من أوقات فراغهما مهما كانت قليلة في تنقيتها وتصفيتها وتعميقها بينهما لاستطاعا أن يغلقا بابا واسعا من أبواب الخلاف.³

ثانيا: أخلاقيات التعامل مع الخلافات العادية

البيت السعيد ليس هو البيت الذي يخلو من الخلافات والمشاكل، بل الذي يعرف الزوجين كيف يتعاملان مع المشاكل والخلافات التي تحدث بينهما، فالخلافات والمشاكل وارد في كل بيت، وهذا ناتج عن الاختلاف بين الزوجين في النشأة والتربية والطبائع والمكتسبات الثقافية والمعرفية وفي الأوضاع الاجتماعية، فهناك عدة وسائل يمكن أن تعين الأزواج على احتواء الخلافات في اللحظات الأولى تتمثل في:

¹ - خالد أحمد، المرجع السابق، ص 124.

² - سورة البقرة، جزء من الآية 233.

³ - خالد، المرجع السابق، ص 125.

1- الاستعداد لتقديم التنازلات

يجب على الزوجين أن يقدم كل طرف منهما التنازلات الكفيلة باستمرار الحياة الزوجية، لأن الحياة الزوجية هي عبارة عن مجموعة من التنازلات من كلا الطرفين، فالتنازل ليس ضعف أو إنقاص من قيمة الشخص، بل هو أسلوب مهم وأساسي في إرساء المحبة والموودة والعشرة بالمعروف بين الزوجين، وفن التنازلات المتبادلة يجب أن يتقنه الزوجان معا من أجل السعادة الزوجية، وذلك بتحمل الزوجان بالمجاملة حيناً وتقدير عمل الآخر حيناً، فإذا كان دور المرأة توفير الراحة لأهل بيتها وطاعة زوجها وعدم إثارة غيرته وعدم إزعاجه، والقيام بخدمته والوقوف بجانبه في شدائد الحياة، فإن دور الرجل لا يقل أهمية فهو رب الأسرة والمسؤول على المنزل مادياً وعاطفياً، ويساعد على بناء الأمن النفسي لأسرته بالصراحة والاهتمام والثقة بعيداً عن إثارة الشك والغيرة.¹

من أجل أن يتمكن الزوجين من إنهاء خلافاتهما الزوجية في لحظاتها الأولى، فإنه لا بد أن يعمل كل منهما على امتصاص غضب الآخر وإعادته إلى طبيعته المألوفة وذلك بوسيلتين تتمثلان في²:

أ- **الاعتذار**: إذا شعر أحد الزوجين أنه السبب في وجود الخلاف فيجب عليه الاعتذار، بحيث لا يجعل الطرف الآخر يهجره بل بادر بالاعتذار له بأسلوب رقيق بمحو به الآثار السلبية لهذا الخلاف فتستمر بذلك المحبة بينهما.

ب- **التحفظ**: على الزوجين ألا يظهر غضبهما وخاصة إذا اكتشف أن الخلاف ثار لأسباب وتصرفات تافهة لا تستحق الغضب، ويعالجا الخلاف بكل روية حتى تدوم المحبة بينهما.

¹ - مصطفى مراد، مفتاح السعادة الزوجية، دار الفجر للنشر، ط 1، القاهرة، 2000، ص 150.

² - محمود خليفة، الخطوط الحمراء بين الزوجين، دار الكتب المصرية، ط 1، مصر، 2009، ص 51.

2- حفظ الأسرار الزوجية

العلاقة الزوجية من أقوى العلاقات الإنسانية، وفيها من التميز والخصوصية، والعمق والقوة ما لا يوجد في غيرها من العلاقات البشرية، لقد شبه الله عز وجل العلاقة الزوجية باللباس بقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾¹.

فكل منهما لباس لصاحبه، وأقرب إلى الآخر، وأكثر معاملة له والتصاقا به، ومعرفة بأحواله وأسراره، وحاجاته وخصوصياته، وآلامه وآماله، وكل ما يحصل بينهما مما لا يرضى أحدهما بكشفه للآخرين، ولما كان الأمر كذلك، كان حفظ كل منهما لعورة صاحبه، وستر عيوبه، وكنم أسراره وخصوصياته حقا واجبا لكل منهما على الآخر.²

وهذا من الأمانات التي لا يجوز خيانتها، والخصوصيات التي لا يجوز نشرها لقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾³.

والأمانة والعهد يجمع كل ما يحمله الإنسان من أمر دينه ودنياه قولاً وفعلاً، وهذا يعم معاشره الناس والمواعيد وغير ذلك، وغاية ذلك حفظه والقيام به والأمانة أعم من العهد، وكل عهد فهو أمانة فيما تقدم فيه قولاً أو فعلاً أو معتقداً.⁴

عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله (ﷺ): «إِن مِنْ أَعْظَمِ الْأَمَانَةِ عِنْدَ اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، الرَّجُلُ يَفْضِي إِلَى امْرَأَتِهِ، وَتَفْضِي إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْشُرُ سِرَّهَا»⁵.

وفي هذا الحديث تحريم إفشاء الرجل ما يجري بينه وبين امرأته من أمور الاستمتاع ووصف تفاصيل ذلك، وما يجري من المرأة فيه من قول أو فعل أو نحوه، فأما مجرد ذكر الجماع فإن لم تكن فيه فائدة ولا إليه حاجة فمكروه.⁶

¹ - سورة البقرة، جزء من الآية 187.

² - أسد مجيب الله سعادته، مهارات حل الخلافات الزوجية في السنة النبوية، شبكة الألوكة، www.alukah.net، ص 56.

³ - سورة المؤمنون، الآية 8.

⁴ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 107/12.

⁵ - مسلم، صحيح مسلم، باب تحريم سر المرأة، حديث رقم 1437، المرجع السابق، 1062/2.

⁶ - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، ط 2، بيروت، 1392هـ، 8/10.

كما قد عاتب الله عز وجل بعض نساء النبي (ﷺ) على إفشائهن سرا للنبي (ﷺ)، وكان ذلك سببا لنزول سورة كاملة من القرآن الكريم وهي سورة التحريم التي قال الله تعالى في مبتدأها: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (1) قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾¹.

وقد اختلف العلماء في سبب نزولها على قولين:

- **القول الأول:** كان النبي (ﷺ) في بيت حفصة بنت عمر، فزارت أباهما، فلما رجعت أبصرت مارية القبطية في بيتها مع النبي، فلم تدخل حتى خرجت مارية فدخلت، فلما رأى النبي (ﷺ) الغيرة والكآبة في وجه حفصة قال لها: لا تخبري عائشة ولك علي أن لا أقربها أبدا، فأخبرت حفصة عائشة وكانت متصافيتين، فغضبت عائشة ولم تنزل بالنبي حتى حلف أن يقرب جارية، فأنزل الله هذه السورة.²

- **القول الثاني:** قل أن سبب نزولها أنه كان النبي (ﷺ) يشرب عسلا عند زينب بنت جحش، فتواطأت عائشة وحفصة أن تقولوا له إذا دخل عليهما إنا نجد منك ريح مغاير فحرم النبي على نفسه العسل.³

فعلى الزوجين أن يحفظا ويحافظا على أسرار بيتهما حتى لا يكون ذلك سببا في الخلاف والشقاق بينهما.

3- عدم نقل الخلاف بينهما إلى خارج بيت الزوجية

من بين الأمور الخطيرة التي تؤثر على استقرار الحياة الزوجية، هو نقل وانتقال الخلاف بين الزوجين خارج أسوار البيت العائلي، وخاصة إلى أهليهما، فكل طرف ينحاز

¹ - سورة التحريم، الآيات 1-2.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 179/18؛ ابن كثير، تفسير ابن كثير، المرجع السابق، 180/8؛ الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، المرجع السابق، 83/23.

³ - ابن كثير، تفسير ابن كثير، المرجع السابق، 180/8؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 177/18-178؛ الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، المرجع السابق، 83/23.

إلى ابنه أو ابنته ويتحول الخلاف بين الزوجين إلى خلاف بين أسرتين، ومنه على الزوجين الحرص على عدم إدخال أحد بينهما خاصة من الأقارب ولتعاهدا على ذلك، وإن بدأت الأمور تسوء بشكل ملحوظ، فلا بد أن يُعرضا الأمر على أحد موثوق في أمانته ونصحه، وصاحب خبرة وتجربة وذو حكمة في إصلاح ذات البين.¹

فالأسرار المتعلقة بالخلافات بين الزوجين تقدر بقدرها، والزوجة العاقلة هي التي تحفظ هذه الأسرار ولا تتقل منها إلا ما يعالج المشكلة، ولكن ليس إلى صديقاتها أو قريباتها، بل إلى من تتوسم فيه الحكمة ليحققوا النصيحة، ويجب ألا تبادر إلى ذلك بمجرد حدوث المشكلة، وألا تفعل ذلك مع كل صغيرة وكبيرة، فما أكثر المشكلات التي لا تحتاج إلى تدخل من أحد بل مجرد حنكة وصبر من الزوجين.²

قال تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾³.

والمقصود بها حافظات لمغيب أزواجهن بحفظ الله ومعونته وتسديده أي يحفظن أزواجهن في أنفسهن من الفاحشة وأموالهن، ويحفظن ما بينهن وبين أزواجهن من أسرار وخصوصيات.⁴

لذا على الأزواج تجنب الشكوى لطرف ثالث ليتدخل بينهما، فكثرة ترديد عيوب أو نقاط ضعف الطرف الآخر، تجسم وتضخم الخلاف بينهما، وتؤدي إلى استحالة الوصول للصلح.⁵

4- اختيار الوقت المناسب لحل الخلاف

من أهم العوامل التي تؤدي إلى إنهاء الخلافات الزوجية اختيار الوقت المناسب، فمثلا عندما يكون الزوج متعبا جراء العمل ويعاني من مشاكل في العمل، فهنا ليس من

¹ - بندر بن محمد المحميد، خاص للمقبلين على الزواج، دار ابن الأثير، كتيبات اسلامية، ص 17، www.ktibat.com.

² - بدر عبد الحميد هميسه، الخلافات الزوجية (الأسباب والحلول)، المرجع السابق، ص 34.

³ - سورة النساء، جزء من الآية 34.

⁴ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 170/5.

⁵ - خالدي، المرجع السابق، ص 114.

المناسب أن تقابله زوجته منذ دخوله البيت قادما من العمل بالنقاش حول مشاكلهم وخلافاتهم الزوجية؛ لأنه لن يكون على استعداد للتعاطف معها، بل يحاول إلى إنهاء النقاش بأي وسيلة، لذا يفضل هنا أن توفر له الزوجة الجو المناسب حتى يرتاح وينسى مشاكله تلك ليتفرغ لها.¹

كما يجب على الزوجين أن يبادرا في حل الخلاف بينهما وقت الغضب، بل يترثنا حتى تهدأ النفوس، وتبرد الأعصاب لأن الحل في هذا الوقت كثيرا ما يكون بعيد عن الصواب، فعليهما استحضار قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَا غَضِبُوا هُمْ يَغْفِرُونَ﴾.²

هذه من محاسن الأخلاق، يشفقون على ظالمهم ويصفحون لمن جهل عليهم، يطلبون بذلك ثواب الله تعالى وعفوه، فالمغفرة مهمة ما بين بني البشر، وتزداد أهمية بين الزوجين.³ ويستحسن عن بدء الحوار ذكر نقاط الاتفاق بينهما، بحيث يذكر كل واحد منهما محاسن وإيجابيات وفصائل الطرف الآخر، مما يقرب من وجهات النظر ويرقق القلوب ويبعد الشيطان هذا ما يؤدي إلى التنازل عن كثير مما يدور في نفس المتحاور،⁴ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.⁵

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على بعض الأساليب التي تساهم في الحد من الخلافات الزوجية، وأدرجها ضمن الحقوق والواجبات المشتركة من خلال نص المادة 36 من ق.أ، بحيث جاء في ف3: -التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم. فالمشرع بإدراجه هذا الواجب حسنا فعل، وذلك حتى يشعر كل واحد من الزوجين بمسؤولية التربية، فضلا عن ضرورة قيامهما بهذه المهمة معا حتى لا يهمن أحدهما على

¹ - فدوى حلمي، فن التعامل مع الزوج، دار اليازوري، الأردن، 2007، ص 68.

² - سورة الشورى، جزء من الآية 37.

³ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 36/16.

⁴ - محمود خليفة، الخطوط الحمراء بين الزوجين، المرجع السابق، ص 54-55.

⁵ - سورة البقرة، جزء من الآية 35.

هذا الدور، أو يتوكل أحدهما على الآخر، لأن مثل هذه الأساليب من شأنها أن تترتب آثارا سلبية وخطيرة على مستقبل الأولاد.¹

وتتمثل الرعاية المشتركة للأولاد وحسن تربيتهم في قيام الزوجين بالشؤون المالية من مأكّل وملبس وتعليم، وكذا بالشؤون المعنوية من تربية وعطف وحنان وحماية، لأن الزوجين يلعبان دور فعال في التنشئة الحسنة للأولاد، لأن دور كل منهما في التربية يكمل الآخر ولا يفضله، فتربيتهم في زماننا هذا لا تقوم على الأم وحدها حتى ولو كانوا صغار.²

وجاء في ف4: - التشاور في تسيير شؤون الأسرة، وتباعد الولادات، التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.³

وتقتضي أصول التشاور أن يحدث الزوج زوجته ويتفاهم معها بالكلمة الطيبة، ويهتم بها في صحتها ومرضها، كما ينبغي عليه ألا يستبد برأيه وإنما يشاور زوجته ويشاركها الرأي معه، وأن يكون الاحترام المتبادل بينهما لكل الآراء مع مناقشتها بكل هدوء وسماحة النفس وسعة الصدر.⁴

ونص المشرع في الفقرات 5، 6 و 7 على واجب احترام القرابة:

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

بما أن الأسرة الجزائرية أصبحت وبشكل كبير تميل إلى الاستقلالية عن العائلة، وبالتالي كان لزاما على الزوجين معا زيارة الوالدين والأقارب، وزيارة كل منهما لوالدي الآخر، حتى تحافظ الأسرة على أصالتها وعلاقتها العائلتين معا، وبالتالي يتحقق استقرار الأسرة، كما أن استضافة كل من الزوجين للأقارب بالمعروف من شأنه تقوية العلاقة بين

¹ - سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 112.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 47-48.

³ - نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - إلغات ربيعة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 48.

الزوجين، ونشر المحبة والألفة بين العائلتين والأقارب، ويجوز للزوجة استقبال القرابة المحرمة، أما القرابة غير المحرمة فلا يكون إلا بحضور الزوج، فضلا عن حقه في عدم استقبالها لمن يكره.¹

الفرع الثاني: علاج الزوجين لحالة النشوز

البند الأول: حق الزوج في تأديب زوجته الناشز

يعد حق التأديب من أولى الحقوق التي عرفها المجتمع، وقد كان هذا الحق لرب الأسرة، ويتمثل في سيادته المطلقة على أعضاء أسرته، فحق الزوج أن تطيعه زوجته وتحفظه في ماله وشرفه، وفي حالة عدم طاعتها له ونشوزها عن أوامره يترتب عليه حق التأديب، لأنه من غير المعقول أن نرجع في كل كبيرة وصغيرة من قضايا الأسرة إلى القضاء، أو تدخل أطراف خارجية في نزاعات الزوجين، فقيام الزوج بتأديب زوجته أصلح للمرأة وأنفع للأسرة وأحسن وأستر لها وأحفظ لكرامتها وسرها.

وتأديب الزوجة هو محاولة إعادتها إلى جادة الصواب بمحاورتها وتبنيها بخطئها وخطورة نتائجه على مركز الأسرة وعلى العلاقة الزوجية.²

أولا: حق التأديب في الشريعة الإسلامية

لقد شرع الله عز وجل للزوج حق معالجة زوجته الناشز، وقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوج لزوجته في إطار الحدود المقررة شرعا، لإصلاح حال الزوجة إن هي خرجت عن طاعته، وفقا للأساليب العقابية المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية.

- من الكتاب: قال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي

الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾.³

- من السنة: وردت أحاديث نبوية تدل على إباحة تأديب الزوج لزوجته نذكر منها:

¹ - سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

² - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 200/1.

³ - سورة النساء، جزء من الآية 34.

- فعن سليمان بن الأحوص قال: حدثني أبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فقال: «استوصوا بالنساء خيرا، فإنهن عوان، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرب غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا».¹

وموجب التأديب في الشريعة الإسلامية هو حالة النشوز، غير أن بعض الفقهاء قد وسعوا في موجب التأديب لغير حالة النشوز فقالوا بحق الزوج في تأديب زوجته عن كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر شرعا.² والمقصود بالنشوز هو تعالي المرأة على زوجها وعصيانها وعدم طاعته أو امتناعها عن فراشه، أو خروجها من بيته بغير إذنه.³

ثانيا: وسائل التأديب

ولقد منحت الشريعة الإسلامية للزوج حق تأديب زوجته، لكنها لم تترك له الأمر لاجتهاده بل حددت له وسائل التأديب، وهذا استنادا إلى الآية الكريمة السابقة الذكر يتضح أن وسائل التأديب هي الوعظ والهجر في المضجع والضرب، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن تأديب الزوجة الناشز يكون على الترتيب لا على الجمع؛ لأن قول الله تعالى مقصود منه الترتيب.⁴

1- الوعظ أو العلاج بالموعظة⁵ الحسنة

أ- تعريفه: الوعظ هو النصح والإرشاد وبيان عواقب الأمور، وهو الوسيلة الأولى المقررة للزوج في تأديب زوجته لقوله تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ﴾، فعظوهن بكتاب الله، أي ذكرونها بما

¹ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1851، المرجع السابق، 594/1.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2.

³ - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 179.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2؛ الشافعي، الأم، المرجع السابق، 208/5؛ الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 15/4.

⁵ - الموعظة: هي النصح والتذكير بالعواقب وتذكير الإنسان بما يلين قلبه من ثواب وعقاب، أنظر: ابن منظور لسان العرب، المرجع السابق، 345/15.

أوجب الله عليهن من حسن الصحبة، وجميل العشرة للزوج والاعتراف بالدرجة التي له عليها.¹

وقد وردت كلمة الموعظة في القرآن الكريم في ثلاثة عشر وجها نذكر منها:

قوله عز وجل: ﴿ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾.²

وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لِابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ

لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾.³

ب- أساليب الوعظ: من أهم أساليب الوعظ ما يلي:

يجب أن يكون الوعظ بأسلوب حكيم ولين خالي من الشدة والتضييق والغلظة وروح الاستعلاء، فلعلها تقبل الموعظة وتعود الأمور إلى مساره الطبيعي وبالتالي تحقق الهدف من الحياة الزوجية بالاستقرار والمودة والرحمة بين الزوجين،⁴ لقول الله عز وجل: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾.⁵

وقد أرسل الله تعالى موسى وهارون عليهما السلام إلى فرعون وأمرهما باللين معه

لقوله عز وجل: ﴿أَذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ (43) فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَيِّنًا لَعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ

يَخْشَىٰ﴾.⁶

1- القرطبي، جامع أحكام القرآن، المرجع السابق، 171/5.

2- سورة البقرة، جزء من الآية 231.

3- سورة لقمان، جزء من الآية 13.

4- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2.

5- سورة آل عمران، الآية 159.

6- سورة طه، الآيتين 43-44.

ويكون بالحسنى لقوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ﴾¹، ومنه على الزوج نصحه ووعظه لزوجته أن يشعرها أنه يريد لها الخير، ويدفع عنها الشر بسبب تقصيرها أو إخلالها بالقيام بالحقوق التي أوجبها الله له عليها، وأنه لا يجوز التفريط فيها، ويذكرها بعواقب العصيان وما يترتب عليه من سوء العشرة بينهما، مما يساهم في انحلال فك الرابطة الزوجية، كما يذكرها بما يلحقها من الإثم وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من هجرها وضربها.²

وعلى الزوج أن يبدأ بالوعظ الذي يرى أنه يؤثر في نفسها، لأن الوعظ يختلف باختلاف حال المرأة، فمنهن من يؤثر في نفسها التخويف من الله عز وجل وعقابه على النشوز، ومنهن من يؤثر في نفسها التهديد والتحذير من سوء العاقبة في الدنيا، كشماتة الأعداء والمنع من بعض الرغائب كالثياب الحسنة والحلي، والرجل العاقل لا يخفى عليه الوعظ الذي يؤثر في قلب زوجته.³

2. الهجر في المضجع

إذا عجز الزوج عن إصلاح زوجته وردها إلى جادة الصواب بالأسلوب اللين والموعظة الحسنة، ينتقل إلى الوسيلة الثانية في التأديب، وهي الهجر في المضجع لقوله تعالى: ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾.

والمقصود بالهجر في المضجع، هجرها في المضجع نفسه، أي هجرها في مكان النوم، بأن يوليها ظهره، ولا يجامعها ولا يكلمها إلا بقدر قليل جداً، لأن الاجتماع في المضجع هو الذي يهيج شعور الزوجية، فتسكن نفس كل من الزوجين إلى الآخر ويزول الاضطراب الذي أثارته الحوادث من قبل ذلك، فإذا هجر الرجل المرأة وأعرض عنها في

¹ - سورة النحل، جزء من الآية 125.

² - فيحان بن سالي بن عتيق المطيري، إتخاف الخلان بحقوق الزوجين في الإسلام، ط1، دار العاصمة، السعودية، 1411هـ، ص 343.

³ - محمد رشيد بن علي رضا، تفسير المنار (تفسير القرآن الحكيم)، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1990، 59/5.

هذه الحالة رجي أن يدعوها ذلك الشعور والسكون النفسي غلى سؤال عن السبب، ويهبط بها من نشر المخالفة إلى صف الموافقة.¹

وعن ابن عباس: الهجر هو أن لا يجامعها، ويضاجعها على فراشها ويوليها ظهره، وزاد آخرون منهم السدي والضحاك وعكرمة وابن عباس في رواية: ولا يكلمها مع ذلك ولا يحدثها.²

والهجر لا يكون ظاهرا في مكان خلوة الزوجين، ولا يكون هجر أمام الأولاد يورث في نفوسهم شر وفساد، ولا هجر أمام الغرياء يذل الزوجة أو يستثير كرامتها، فتزداد نشوزا.³ والتأديب لا يتحقق بهجر المضجع نفسه وهو الفراش، ولا بهجر الحجرة أو المكان الذي يكون فيه الاضطجاع، وإنما يتحقق بهجر في الفراش نفسه، لأن تعمد هجر الفراش أو مكان النوم زيادة في العقوبة لم يأذن الله بها، وربما يكون سببا في زيادة الفجوة.⁴ كما لم يشترط الفقه الراجح أن يكون الهجر محدد المدة، فذلك أمر متروك للزوج يباشره على زوجته فقد يأتي بثماره في أيام قلائل، وقد يستغرق مدة، ويرى المالكية أنه لا يجب أن تطول مدة الهجر عن أربعة أشهر، وهي المدة المقررة للإيلاء شرعا.⁵ إن الهجر في المضجع يعتبر وسيلة وأسلوب من أساليب التأديب التي تساهم في حماية الرابطة الزوجية من التفكك.

3. الضرب

إذا لم تتفع مع الزوجة الوسيلتين السابقتين في تأديب الزوجة وإرجاعها إلى جادة الصواب، وأصرت الزوجة على النشوز، ينتقل الزوج إلى الوسيلة الثالثة وهي الضرب لقوله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾، وقوله (ﷺ): «فاضربوهن ضربا غير مبرح»، وقد اتفق الفقهاء

¹ - محمد رشيد بن علي رضا، تفسير المنار، المرجع نفسه، 60/5.

² - ابن كثير، تفسير القرآن الكريم (تفسير ابن كثير)، المرجع السابق، 257/2.

³ - سيد قطب، في ظلال القرآن، ط 17، دار الشروق، بيروت - القاهرة، 1412هـ، 654/2.

⁴ - محمد رشيد بن علي رضا، تفسير المنار، المرجع السابق، 60/5.

⁵ - الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 15/4.

على جواز ضرب الزوجة التي لا تجدي فيها الموعظة ولا الهجر ولا يصلح مثلها إلا به، ولم يصبر الزوج على نشوزها ومعصيتها.¹

يعد الضرب الوسيلة الأخيرة التي يلجأ إليها الزوج من أجل تأديب زوجته وهو مشروع باتفاق الفقهاء إلا أنه ليس كل ضرب مباح، حتى لا يتخذ الأزواج ذريعة لإيذاء زوجاتهم، لذا فقد احتاطت الشريعة الإسلامية لهذا الأمر ووضعت شروط ينبغي للزوج التقيد بها عند الضرب وهي:

- أن لا يلجأ إلى الضرب إلا بعد فشل كل محاولات الوعظ والهجر في المضجع كما سبق ذكره.

- أن يكون الضرب غير مبرح بأن لا تظهر آثاره، وهو الذي لا يكسر عظاما ولا يشين لحما، ولا يسيل دما، ولا يجوز أن يضرب ضربا شديدا حتى ولو بلغ على ظنه أنه ستترك به النشوز وتعود إلى طاعته، لأن الضرب وسيلة للتعبير عن عدم رضا الزوج عن نشوز زوجته لا غير.²

- أن لا يضرب الوجه موضع الجمال، ولا يقع الضرب على المهالك، لأن الغرض من الضرب التأديب لا الإيتلاف والتشويه.

- أن يكون الضرب على أمر مشروع كتقصير الزوجة في حق من حقوق الله، أو واجب من واجبات الزوج، فلا يضرب لمطالبتها بحقها عنده، كمطالبتها للنفقة أو الكسوة لأن هذا لا يعتبر نشوزا.³

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لم ينص المشرع صراحة على حق الزوج في تأديب زوجته لا قبل التعديل ولا بعده، غير أنه كان منصوص على حق الطاعة قبل التعديل من خلال نص المادة 39 الملغاة،

¹ - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، 426/4-427؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2.

² - أحمد بن علي بن أبي بكر الرازي الحصاص، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهدين، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 237/2؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 334/2؛ الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 15/4؛ الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، 427/4-428.

³ - الشريبي، مغني المحتاج، مرجع السابق، 427/4؛ البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، 210/5.

وبالتالي ضمناً كان منصوص على حق التأديب لأنه ملازم لحق الطاعة، بحيث كلما انتفت الطاعة حق التأديب، وبعد التعديل لم ينص المشرع على حقوق الزوج والزوجة المنفردة، بل نص على الحقوق المشتركة بينهما من خلال نص المادة 36 من ق.أ، إلا أنه وطبقاً لنص المادة 222 من ق.أ والتي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني يمكن الأخذ بحق التأديب، باعتباره حكم من أحكام الشريعة الإسلامية.

حق التأديب له أهمية كبيرة، ودور فعال في حماية الرابطة الزوجية والمحافظة على استقرارها، فلو لم يجرز الشرع للزوج حق التأديب عند نشوز زوجته وخروجها عن طاعته، ولم يصبر على ذلك، لكان مصير العلاقة الزوجية التفكك والانحلال، فالتأديب هو الوسيلة التي شرعت من أجل الإصلاح الداخلي بين الزوجين بعيداً عن تدخل أي طرف آخر، وهذا للحفاظ على أسرار الزوجين وكرامتهما وبالتالي الحفاظ على استقرار الأسرة وحمايتها من التفكك، لذا على المشرع النص على حق الزوج في تأديب زوجته الناشز، وبيين شروطه وضوابطه، حتى لا يلجأ إليه الزوج بلا مبرر، ولا تتخذة الزوجة سبب من أسباب طلب التطلاق عند استعمال الزوج حقه في التأديب، بحيث نلاحظ أن المشرع ذكر الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق، في حين هو وسيلة من وسائل التأديب مع عدم تجاوز مدة أربعة أشهر.

البند الثاني: علاج نشوز الزوج

قد ترى الزوجة إعراض الزوج عنها، فعليها أن تثبت فيما يكون سببه مشاكل الحياة الدنيوية أو الدينية، وهي أسباب خارجية لا دخل له فيها، ولا علاقة له بكرهاتها والجفوة عنها، وحينئذ عليها أن تعذره وتصبر عليه، أما إن اتضح أن ذلك نشوز من الزوج، فإن الشرع كما وضع للزوج طرق لعلاج نشوز زوجته، لم يغفل حق الزوجة، ووضع لها سبل للتعامل مع زوجها إذا لمست منه بغضاً أو نفوراً منها أو نشوز عليها، بحيث شرع للزوجين أن يصلحا بينهما صلحاً.¹

¹ - أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباجي الحلبي وأولاده، مصر،

وقد اختلف المفسرون في معنى خوف النشوز، حيث قال بعضهم: خافت أي علمت، وقال آخرون: ظنت، وكل ذلك ترك للظاهر من غير حاجة، بل المراد نفس الخوف، ولا يحصل إلا عند ظهور الأمارات الدالة على وقوع الخوف، والتي تتمثل في أن يقول الرجل لزوجته، أنك دميمة أو شيخة وأني أريد أن أتزوج شابة جميلة.¹

ورجح بعض الباحثين احتمال معنى الظن، لأن النشوز لم يحدث يقينا ولكن بدت مقدماته، ومنهج الإسلام في علاج المشكلات هو أن يجفف منابعها، ويقطع أسبابها، ولا ينتظر حتى تقع وتستفحل ثم يبدأ في البحث عن حلول لها.²

والمراد بالنشوز إظهار الخشونة في القول أو الفعل أو فيهما، والمراد بالإعراض السكوت عن الخبر والشر والمداعاة والإيذاء، وذلك لأن مثل هذا الإعراض يدل دلالة قوية على النفرة والكراهة.³

أولاً: تصالح الزوجين في حالة نشوز الزوج شرعا

التصالح هو العلاج الذي جعله الشرع للمرأة للتعامل مع نشوز زوجها، فإذا شعرت ببعضه، ولاحظت إعراضه عنها فلها أن تتصالح معه، أي يتصالحا بأنفسهما، فليس للزوجة أن تعالج نشوز زوجها بنفس الطرق والأساليب التي بعالج لها الزوج نشوزها، لأن الأصل أن القوامة للرجل على المرأة، فقد يكون إعراضه من أجل إصلاحها، بخلاف العكس، فلم يعطيها الشرع حق التأديب، فلا تعظ ولا تهجر ولا تضرب، ولكن لا بد من مصالحة بينهما.⁴

1- دليل مشروعيته

يستمد التصالح بين الزوجين مشروعيته من الكتاب والسنة

¹- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ، 235/11.

²- عاطف أحمد شاهين، منهج الشريعة الإسلامية في علاج النشوز بين الزوجين، مجلة التراث، المجلد 1، ع 1، 2011، ص 14.

³- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، المرجع السابق، 235/11.

⁴- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزية، 1428هـ، 448/12.

- من الكتاب: قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾.¹

وجه الدلالة من الآية الكريمة أنه إذا خافت المرأة من زوجها أن ينفر عنها أو يعرض عنها، فلها أن تسقط عنه حقها أو بعضه من نفقة أو كسوة أو مبيت أو غير ذلك من حقها عليه، وله أن يقبل ذلك منها فلا حرج عليها في بذلها ذلك له، ولا عليه في قبوله منها.²

- من السنة: عن ابن عباس، قال: خشيت سودة أن يطلقها النبي (ﷺ)، فقالت: لا تطلقني أمسكني، واجعل يومي لعائشة، ففعل، فنزلت الآية الكريمة: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، فما إصطلحا عليه من شيء جائز.³

لقد تصالح النبي (ﷺ) مع زوجته سودة رضي الله عنها، التي ناشدته على أن لا يطلقها على أن تهب يومها لعائشة رضي الله عنها، الحديث فيه دلالة صريحة على مشروعية الصلح بين الزوجين، صلحا في القسم والنفقة بأن يترك لها شيئا لبقاء الصحبة إن رضيت بذلك، وإلا فعلى الزوج أن يوفيهما حقها أو يفارقها، والصلح خير من الفرقة والنشوز والإعراض.⁴

وذكر سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار الصلح الذي قال الله عز وجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، وقد ذكر لي أن رافع بن خديج الأنصاري وكان من أصحاب النبي (ﷺ) كانت عنده امرأة حتى إذا كبرت تزوج عليها فتاة شابة فأثر عليها الشابة فناشدته الطلاق فطلقها تطليقة ثم أمهلها حتى إذا كادت تحل راجعها، ثم عاد فأثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها تطليقة أخرى، ثم أمهلها حتى إذا

¹ - سورة النساء، الآية 128.

² - ابن كثير، تفسير ابن كثير، المرجع السابق، 377/2.

³ - الترميذي، سنن الترميذي، أبواب تفسير القرآن، باب ومن سورة النساء، حديث رقم 3040، المرجع السابق، 249/5.

⁴ - أبو العلاء محمد عبد الرحمن المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترميذي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن،

كادت تحل راجعها، ثم عاد فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فقال: ما شئت إنما بقيت لك تطليقة واحدة فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة، وإن شئت فارقتك، فقالت: لا بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك فكان ذلك صلحهما، ولم ير رافع عليه إثما حين رضيت بأن تستقر عنده على الأثرة فيما آثر به عليها.¹

2- كيفية التصالح بين الزوجين

أ- تنازل الزوجة عن بعض حقوقها

إن المرأة إذا رأت زوجها مشغولا بالأمر المالي أو السياسية أو المسائل العلمية، أو غير ذلك من المشاكل الدنيوية أو المهمات الدينية، لا تعد ذلك عذرا يبيح له الإعراض عن مسامرتها، أو الرغبة عن مناغاتها، والواجب عليها أن تتبين وتتثبت فيما تراه من أمارات النشوز والإعراض، فإذا ظهر لها أن ذلك لسبب خارجي لا لكراهتها والرغبة عن معاشرتها بالمعروف، فعليها أن تعذر الرجل وتصبر على ما لا تحب من ذلك، وإن ظهر لها أن ذلك لكراهته إياها ورغبته عنها، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا، أي: فلا جناح عليها ولا عليه في الصلح الذي يتفقان عليه بينهما، كأن تسمح له ببعض حقها عليه في النفقة أو المبيت معها أو بحقها كله فيهما أو في أحدهما لتبقى في عصمته مكرمة أو تسمح له ببعض المهر ومتعة الطلاق أو بكل ذلك ليطلقها، فهو كقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾²، وإنما يحل للرجل ما تعطيه من حقها إذا كان برضاها، لاعتقادها أنه خير لها من غير أن يكون ملجأ إياها إليه بما لا يحل له من ظلمها أو إهانتها.³

¹ - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في قوله الله عز وجل: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، حديث رقم 14731، المرجع السابق، 483/7.

² - سورة البقرة، جزء من الآية 229.

³ - محمد رشيد بن علي رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1990،

روي عن بعض مفسري السلف أن هذه الآية نزلت في الرجل تكون عنده المرأة يكرهها لكبر سنها أو دمامتها ويريد التزوج بخير منها، ويخاف ألا يعدل بينها وبين الجديدة فيكاشفها بذلك ويخيرها بين الطلاق وبين البقاء عنده بشرط أن تسقط عنه حقها في القسم، أي حصتها من المبيت عندها، ومثلها الرجل الذي عنده امرأتان مثلاً يكره إحداها ويريد فراقها إلا أن تصالحه على إسقاط حقها في المبيت، أو يعجز عن النفقة عليهما فيريد أن يطلق إحداها إلا أن تصالحه على إسقاط حقها من النفقة، فإذا لم ترض المكروهة لكبرها أو قبحها إلا بحقها في القسم والنفقة، وجب على الرجل إيفاؤها حقها وألا ينقص منه شيئاً، فإن قدر على أن يصالحها بمال يبذله لها بدلاً من لياليها، ورضيت بذلك جاز لهما، فكل أنواع الصلح مباحة بين الزوجين، إلا ما خالف الشرع.¹

ب- الإتفاق بين الزوجين

يرى العلماء أن أنواع الصلح كلها مباحة في هذه النازلة، بأن يعطي الزوج على أن تصبر هي، أو تعطي هي على أن يؤثر الزوج، أو على أن يؤثر ويتمسك بالعصمة، أو يقع الصلح على الصبر والأثرة من غير عطاء، فهذا كله مباح، وقد يجوز أن تصالح إحداهن صاحبتهما عن يومها بشيء تعطيها، كما فعل أزواج النبي (ﷺ)، وذلك أن رسول الله (ﷺ) كان غضب على صفية، فقالت لعائشة: أصلحي بيني وبين رسول الله (ﷺ)، وقد وهبت يومي لك، ذكره ابن خويز منداد في أحكامه عن عائشة قالت: وجد رسول الله (ﷺ) على صفية في شيء، فقالت لي صفية: هل لك أن ترضين رسول الله (ﷺ) عني ولك يومي؟ قالت: فلبست خماراً كان عندي مصبوغاً بزعفران ونضحته، ثم جئت فجلست إلى جنب رسول الله (ﷺ) فقال: «إليك عني فإنه ليس بيومك»، فقلت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، وأخبرته الخبر، فرضي عنها، وفيه أن ترك التسوية بين النساء وتفضيل بعضهن على بعض لا يجوز إلا بإذن المفضولة ورضاها.²

¹ - عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط1، تحقيق: عبدالرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، 2000، 106/1.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 405/5.

ج- الفرق بينهما

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا

حَكِيمًا¹.

لقد أخبر الله عز وجل أن الزوجين إذا لم يتمكنوا من التصالح فإن الحل هو الفرق بينهما، وأنهما إذا تفرقا فإن الله يغنيهما عنها ويغنيها عنه، بأن يعوضه الله بمن هي خير له منها، ويعوضها عنه بمن هو خير لها منه، والله واسع الفضل عظيم المن حكيم في جميع أفعاله وأقداره وشرعه.²

3- الغاية الشرعية من التصالح بين الزوجين

الغاية الشرعية من التصالح بين الزوجين والإتفاق بينهما على أن تترك الزوجة بعض من حقها للزوج، وقبوله ذلك خير من المفارقة بالكلية، هي دوام المحبة والمودة، واستمرار العشرة، وتحقيق الوفاق بينهما، قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ فالوفاق أحب إلى الله من الفرق والتسريح، أو من النشوز والإعراض، وسوء العشرة، أو هو خير من الخصومة في كل شيء، حفاظا على الرابطة الزوجية، ومنعا من هدم كيان الأسرة وإلحاق الضرر بالأولاد، ولأن الطلاق أبغض الحلال إلى الله، وكل ذلك يوجب العودة إلى المعاشرة بالمعروف والمعاملة بالعدل.³

إن المقصد هو التراضي والمعاشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان والصلح خير، من التسريح والفرق، وإن كان بإحسان وأداء المهر والمتعة وحفظ الكرامة كما هو الواجب على المطلق؛ لأن رابطة الزوجية من أعظم الروابط وأحقها بالحفظ، وميثاقها من أغلظ المواثيق وأجدرها بالوفاء، وعروض الخلاف والكرهية وما يترتب عليها من النشوز والإعراض وسوء المعاشرة لمن يقف عند حدود الله من الأمور الطبيعية التي لا يمكن زوالها من بين البشر، والشريعة العادلة الرحيمة هي التي تراعى فيها السنن الطبيعية والوقائع الفعلية بين الناس،

¹ - سورة النساء الآية 130.

² - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، 382/2.

³ - وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ط2، دار الفكر المعاصر، دمشق، 295/5-296.

ولا يتصور في ذلك أكمل مما جاء به الإسلام، فإنه جعل القاعدة الأساسية هي المساواة بين الزوجين في كل شيء إلا القيام برياسة الأسرة والقيام على مصالحها فللرجل، لأنه أقوى بدنا وعقلا وأقدر على الكسب.¹

قال الشافعي رحمه الله: (قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقال: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وجماع المعروف بين الزوجين كف المكروه، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه، لا بإظهار الكراهية في تأديته فأيهما مطل بتأخيره فمطل الغني ظلم).²

ثانيا: علاج نشوز الزوج في التشريع الجزائري

لقد جعل المشرع الجزائري التطليق علاج لحالة النشوز سواء كان النشوز من الزوج أو الزوجة، وذلك طبقا لنص المادة 55 من ق.أ حيث جاء فيها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، كما أن لفظ النشوز في النص جاء عاما مطلقا غير مقيد، ولا حتى معرف من المشرع، لذلك اعتبر القضاء الجزائري إخلال الزوج بواجباته المنصوص عليها في القانون نشوزا، كما لو أخل في توفير مسكن للزوجة منفردا أي بعيدا عن أهله؛ وعند رفع دعوى التطليق للنشوز، قد يثبت للقاضي أن نشوز الزوج الآخر قد ألحق به ضررا في هذه الحالة يحكم القاضي له بالتعويض بشرط أن يصدر الحكم بالطلاق للنشوز.³

فقد أعطى المشرع الحق لأي من الزوجين في طلب التطليق بسبب نشوز الزوج الآخر مع التعويض عن الضرر اللاحق به، والنشوز طبقا للاجتهاد القضائي هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، مثل

¹ - محمد رشيد بن علي رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، المرجع السابق، 364/5.

² - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، المرجع السابق، 475/7.

³ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 131-132.

مغادرة الزوج لبيت الزوجية أو عدم توفيره للسكن الشرعي أو التماطل في إرجاع زوجته بعد الحكم عليه بذلك.¹

إن المشرع جعل النشوز حالة من الحالات التي يمكن أن يستند إليها القاضي في إصدار حكم بالطلاق طبق لنص المادة 55 من ق.أ، ومهما يكن فإن النشوز يعتبر من الوقائع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها، وله سلطة مطلقة في تقدير عناصرها ومكوناتها، على أن يعتمد فقط على أمور مستساغة اجتماعيا ومقبولة أخلاقيا وقانونيا، وعليه فإذا فحص القاضي المعروض عليه طلب الطلاق بسبب النشوز كل الحثيات المقدمة إليه من المدعي وثبت له اقتناع سليم بنشوز المدعي عليه، فإن له أن يحكم بالطلاق بين الزوجين، وإذا ثبت أن المحكوم له متضررا من هذا الطلاق فإن له أن يُضمن حكمه بالطلاق الحكم أيضا على المدعي عليه بالتعويض عما أصاب المدعي من أضرار مادية أو معنوية.²

لقد رتب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 55 من ق.أ الطلاق في حالة نشوز أحد الزوجين، وألزم القاضي بإجراء محاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق طبقا لنص المادة 49 من ق.أ، وباستقراء النصين نخلص إلى القول أنه لا يمكن للقاضي الحكم بالطلاق بسبب نشوز الزوج إلا بعد إجراء محاولات الصلح بين الزوجين.

المطلب الثاني: التحكيم بين الزوجين

إن لم تنجح جميع الأساليب السابقة الذكر في حل الخلاف بين الزوجين، واشتد الخصام واستمر الشقاق واستفحل، عندئذ يتم اللجوء إلى الطرق القضائية، ومنها بعث حكيم، للإصلاح والتوفيق بين الزوجين المتخاصمين، يقوم من خلاله القاضي ببعث حكم من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، ولمعالجة الموضوع بالتفصيل سيتم التطرق إلى ماهية التحكيم بين الزوجين في الفرع الأول، وإجراءات التحكيم في الفرع الثاني.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 183.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 138-139.

الفرع الأول: ماهية التحكيم بين الزوجين

سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف التحكيم، ودليل مشروعيته، وكذا شروط الحكمين.

أولاً: تعريف التحكيم

1- تعريف التحكيم لغة:

أ- الحكم القضاء وأصله المنع يقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك وحكمت بين القوم فصلت بينهم فأنا حاكم، وحكمت الرجل بالتحديد فوضت الحكم إليه.¹

الْحُكْمُ: القضاء وقد حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ بالضم حُكْمًا، وَحَكَمَ له وَحَكَمَ عليه، وَالْحَكِيمُ: العالم وصاحب الحكمة، وَالْحَكِيمُ أيضا المتقن للأمور، وَأَحْكَمَهُ فَاسْتَحْكَمَ أي صار مُحْكَمًا، وَاحْتَكَمُوا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى، ، وفي الحديث: «إِنَّ الْجَنَّةَ لِلْمُحْكَمِينَ» وهم قوم من أصحاب الأخدود حُكِّمُوا وخيروا بين القتل والكفر فاختاروا الثبات على الإسلام مع القتل.² والحكم من يختار للفصل بين المتنازعين، في التنزيل الحكيم قول الله تعالى:

﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾.³

2- تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي: لم يعرف فقهاء المذاهب الأربعة التحكيم بين الزوجين، لكنهم عرفوا التحكيم بصفة عامة على النحو التالي:

أ- الحنفية: تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما.⁴

¹ - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.ن، 145/1.

² - الرازي: زين الدين أبو عبد الله، مختار الصحاح، ط5، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، بيروت- صيدا، 1999، ص 78.

³ - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 190.

⁴ - ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، 24/7.

- ب- **المالكية**: معناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز في الأموال وما معناها، لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين.¹
- ج- **الشافعية**: أن يحكم خصمان رجلا من الرعية، ليقتضي بينهما فيما تنازعا، في بلد قاض أو ليس فيه قاض.²
- د- **الحنابلة**: بعث الحاكم حكّمين حرين مسلمين عدلين، والأولى أن يكونا من أهلها وبرضاها وتوكيلها فيكشفان عن حالها، ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما، أو تفريق بطلاق أو خلع.³

3- تعريف في الاصطلاح القانوني

لم يتطرق المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى تعريف التحكيم بين الزوجين، وإنما تطرق لبعض الأحكام الخاصة به في نص المادة 56 من ق.أ، وترك ذلك لشراح القانون بحيث جاء في إحدى تعاريفهم بأنه وسيلة يلجأ إليها القاضي في حالة إذا لم يتمكن من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين، مخول لأقارب كل من الزوجين، أي أهل الزوج وأهل الزوج حسب ما هو مقرر في نص المادة 56 من ق.أ.⁴

والمقصود من وجوب تعيين الحكّمين هو تحري الحقيقة في أسباب النزاع القائم بين الزوجين، والمعروض على القضاء بغرض الفصل في طلب الطلاق بما يؤدي إلى إصلاح ذات البين والتوفيق بينهما، وتقديم تقرير بإظهار الحقيقة إلى القاضي الذي قام بتعيينهما لمساعدته على إصدار حكم عادل بين الزوجين المتنازعين.⁵

¹ ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986، 62/1.

² الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة العناني، بغداد، 1972، 379/2.

³ ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل الشيباني، ط1، تحقيق: محمود الأرنؤوط- ياسين محمود الخطيب، دار السوادي، جدة، 2000، ص329.

⁴ محروق كريمة، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص 200.

⁵ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 141.

مما سبق ذكره يمكن تعريف التحكيم بين الزوجين على أنه: تعيين القاضي في حالة ما إذا اشتد الشقاق بين الزوجين واستفحل ولم يعرف المخطئ حكيم من أهل الثقة، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، من أجل الإصلاح والتوفيق بينهما.

ثانياً: دليل مشروعيته

ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة وهو ما سنتطرق إليه في البنود التالية وكذا الحكمة من مشروعيته:

أ- مشروعية التحكيم بالكتاب:

وردت عدة آيات عن مشروعية التحكيم بصفة عامة نذكر منها:

قال الله عز وجل: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾.¹

وقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾.²

أما دليل مشروعية التحكيم بين الزوجين فورد في الآية الكريمة، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾.³

ووجه الدلالة في الآية أعلاه أن الله تعالى أمر في حالة الشقاق بين الزوجين ببعث حكيمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة بأنه يجب على الحكيمين ألا يدخرا وسعا في الإصلاح، وفي هذا دليل على مشروعية التحكيم بين الزوجين عند وقوع التنازل

¹ - سورة النساء، الآية 65.

² - سورة المائدة، جزء من الآية 42.

³ - سورة النساء، الآية 35.

بينهما، أو إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما، وهذا يدل على العناية من الله تعالى في إحكام نظام البيوت، وظاهر الأمر أن التحكيم واجب.¹

ب- مشروعية التحكيم من السنة:

ثبتت مشروعية التحكيم بصفة عامة من السنة بالعديد من الأحاديث منها:

- عن سليمان بن بريدة، عن أبيه، قال: كان رسول الله (ﷺ) إذا أمر أميراً على جيش، أو سرية، أو صاه في خاصته بتقوى الله، ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: «وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا».²

- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال النبي (ﷺ): «أشترى رجل من رجل عقاراً له، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني، إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب، وقال الذي له الأرض: إنما بعتك الأرض وما فيها، فتحاكما إلى رجل، فقال: الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ قال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية، قال: أنكحوا الغلام الجارية وأنفقوا على أنفسهما منه وتصدقاً».³

أما مشروعية التحكيم بين الزوجين في السنة فورد في عدة أحاديث نذكر منها:

- عن معمر، عن أيوب، عن ابن سيرين، عن عبيدة السلماني قال: شهدت علي بن أبي طالب، وجاءته امرأة وزوجها مع كل واحد منهما فئام من الناس، فأخرج هؤلاء حكماً من الناس، وهؤلاء حكماً، فقال علي للحكمين: «أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما»، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: «كذبت،

¹ - محمد رشيد بن علي رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، المرجع السابق، 65/5.

² - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، جزء من الحديث رقم 1731، المرجع السابق، 1357/3.

³ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، حديث رقم 3472، المرجع السابق، 174/4.

والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك» ، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله تعالى لي وعلي.»¹

- عن معمر، عن ابن طاوس، عن عكرمة بن خالد، عن ابن عباس قال: بعثت أنا ومعاوية حكيمين، فقيل لنا: «إن رأيتما أن تجمعا جمعتهما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما»، قال معمر: وبلغني أن الذي بعثهما عثمان.²

- عن عبد الله بن كثير، عن شعبة بن الحجاج قال: أخبرني عمرو بن مرة قال: سألت سعيد بن جبير، عن الحكمين، فغضب، وقال: «ما ولدت إذا ذاك» قال: فقلت: إنما أعني حكيمي شقاق قال: «وإذا كان بين الرجل وامرأته تدارؤا بعثوا حكيمين فأقبلا على الذي جاء التدارؤ من قبله فوعظاه، فإن أطاعهما، وإلا أقبلا على الآخر، فإن سمع منهما وأقبل للذي يريدان، وإلا ما حكما بينهما من شيء فهو جائز».³

ثانيا: شروط الحكمين

إن الغاية من تشريع التحكيم بين الزوجين هو الإصلاح والتوفيق بينهما، وحماية الرابطة الزوجية من التفكك، ولكي تتحقق هذه الغاية لا بد من توافر مجموعة من الشروط في الحكمين، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وهو ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

1- الشروط المتفق عليها

تتمثل الشروط المتفق عليها في الإسلام، التكليف، الحرية، العدالة، التعيين، التعدد وهي شروط أجمع عليها المذاهب الأربعة.

¹ - أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، كتاب الطلاق، باب الحكمين، حديث رقم 11883، ط2، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ، 511/6.

² - أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المرجع نفسه، حديث رقم 11885، 512/6.

³ - أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المرجع نفسه، حديث رقم 11888، 513/6.

أ- الحنفية:

قال ابن نجيم: "من جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء بكونه أهلا للشهادة فلو حكم عبداً أو صبياً أو ذمياً أو محدوداً في قذف لم يصح، وتشترب الأهلية وقته ووقت الحكم جميعاً"¹، ومن ثمة فشروط الحكم عندهم هي الحرية، البلوغ، الإسلام، عدم الحد في القذف.

ب- عند المالكية:

قال ابن فرحون: "وإذا حكم الخصمان عبداً أو امرأة أو مسخوطاً أو صبياً أو معتوهاً أو كافراً أو مجنوناً، فإن أحكام الجنون والموسوس والكافر لا تلزم بلا خلاف"، وذكر قول المازري: لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء، وقول اللخمي: يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلاً من أهل الإجتهد أو عامياً واسترشد العلماء²، ومن ثمة فإن الشروط عند المالكية هي الإسلام والتكليف.

ج- عند الشافعية:

شروط في الحكمين: التكليف، والإسلام والحرية والعدالة والاهتداء إلى المقصود بما بعث له³.

د- عند الحنابلة: اشترط أن يكونا الحكمين عاقلين راشدين عادلين مسلمين حرين، يعرفان ما بين الزوجين، ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما أو تفريق بطلاق أو خلع، لأنهما يتصرفان في ذلك، فيعتبر علمهما به⁴.

2- الشروط المختلف فيها:

هناك شروط اختلف فيها الفقهاء لوجودها في التحكيم وهي القرابة والذكورة وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

¹ ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، 24/7.

² ابن فرحون، تبصرة الحكام، المرجع السابق، 63/1.

³ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، 345/3.

⁴ عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص 436-437.

أ- شرط القرابة

اتفق الفقهاء¹ على جواز المحكمين من غير الأهل عند عدم وجود الأهل أو تعذر بعثهم لعدم توافر شروط المحكمين فيهما، غير أنهم اختلفوا في شرط القرابة ومدى جواز أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين على رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ أن شرط القرابة في التحكيم بين الزوجين ليست شرط وجوب وإنما الأمر للاستحباب، وعليه يمكن أن يكون الحكمين ليس من أهل الزوجين، وحتهم أنه لا تشترط القرابة لا في الحاكم ولا في الوكيل، على اعتبار أن الحكمين إما أن يكونا حاكمين أو وكيلين.

الرأي الثاني: وذهب إليه جمهور الفقهاء من بعض المالكية⁵ والحنابلة في رواية⁶، ويرون أن القرابة شرط في الحكمين وأن الأمر للوجوب، وحتهم في ذلك أن ظاهر الآية الكريمة في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾⁷، يفيد وجوب أن يكونا الحكمين من أهل الزوجين، حكم من أهل الزوج، وحكم من أهل الزوجة، كما أن الزوجين يطمئنان إلى الأقارب، بالإضافة إلى أن اشتراط القرابة فيه حفظ لأسرار الزوجين.

يمكن القول أن الرأي الأول بالترجيح هو رأي جمهور الفقهاء الذي يفيد عدم اشتراط القرابة في الحكمين، لأن الغاية من التحكيم هي الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وهذا يقوم به الأقارب والأجانب.

¹ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ط1، دار ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ، 3/185.

² - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع نفسه، 3/185.

³ - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، 3/345.

⁴ - ابن قدامه، المغني، ط3، تحقيق: عبدالله بن المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الطلو، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، 10/265 - 266.

⁵ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 2/344.

⁶ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، 5/483.

⁷ - سورة النساء، جزء من الآية 35.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الفقهاء واشترط القرابة في الحكمين ولكن من غير تفصيل إن كانت للزوج أو الإستحباب، وهذا طبقا لما جاءت به المادة 56 ف2: "يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة."

غير أن بعض شراح القانون يرون أن الحكمين لا بد أن يكونا من أهل الزوجين، لأن ذلك من النظام العام شرعا وقانونا، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يعين حكما من غير أهل الزوجين، إلا في حالات خاصة يتعذر فيها وجود من له قرابة، أو مصاهرة مع أحد الزوجين ممن يقبلون القيام بمهمة التحكيم، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي تعيين حكما أو حكمين من غير أهل أحد الزوجين مع ضرورة الإشارة إلى ذلك في الحكم.¹

ب- الذكورة:

لقد اختلف الفقهاء حول شرط الذكورة في الحكمين إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي بعض المالكية² والشافعية في قول³، وذهبوا إلى جواز تحكيم المرأة باعتبار أنهما وكيلان، ولم يشترط الذكورة إلا فيما لا تقبل شهادة المرأة.

الرأي الثاني: وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في قول آخر والحنابلة إلى اشتراط الذكورة في الحكمين، ومنه لا يجوز للمرأة التحكيم بين الزوجين، وحجتهم أن التحكيم يحتاج إلى رأي وتبصر لذلك لا يكون إلا للرجال.⁴

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم ينص على شروط الحكمين المتفق عليها بين الفقهاء، غير أن هذه الشروط هي شروط عامة يجب توافرها في جميع التعاملات ولا تقتصر على التحكيم، والمشرع نص على بعضها في القانون المدني وكذا

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 350.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، المرجع السابق، 63/1.

³ - الشريبي، معنى المحتاج، المرجع السابق، 345/3.

⁴ - الإمام مالك، المدونة الكبرى، المرجع السابق، 267/2، الشريبي، معنى المحتاج، المرجع السابق، 346/3، وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 265/10.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية في باب التحكيم والمتمثلة في أن المحكم يجب أن يكون متمتع بحقوقه المدنية.¹

ثالثا: بعث الحكمين للإصلاح والتوفيق بين الزوجين

التحكيم بين الزوجين مشروع بالكتاب والسنة، إلا أن المفسرون والفقهاء قد اختلفوا حول حكم بعث الحكمين، وحول الجهة المكلف بالتعيين والبعث.

1- حكم بعث الحكمين

أ- في الفقه الإسلامي: لقد اختلف الفقهاء في حكم بعث الحكمين إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من مالكية و الشافعية في الأصح عندهم، وذهبوا إلى أن بعث الحكمين عند حصول الشقاق بين الزوجين واجب، وحثهم في ذلك أن ظاهر الأمر في الآية الكريمة، قال الله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾²، يفيد الوجوب، قال ابن عاشور: "الآية دالة على وجوب بعث الحكمين عند نزاع الزوجين النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق".³

الرأي الثاني: وهو رأي الشافعية في رواية الروياني، ويرون أن بعث الحكمين عند حصول الشقاق بين الزوجين مستحب وليس واجب.

ويمكن القول أن الرأي المرجح هو الرأي الأول، فبعث الحكمين عند حصول الشقاق بين الزوجين واجب لأن قول الله سبحانه وتعالى جاء بصيغة الأمر ﴿فَابْعَثُوا﴾، والأصل في الأمر أنه للوجوب.

ب- في التشريع الجزائري

المشعر الجزائري نص على وجوب تعيين الحكمين للإصلاح بين الزوجين إذا إشتد الشقاق والخصام بينهما ولم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصومة طبقا لنص المادة 56 من ق.أ، في حين نص على جواز تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين طبقا لنص

¹ - راجع القانون المدني وقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

² - سورة النساء، جزء من الآية 35.

³ - بن عاشور : محمد الطاهر بن محمد، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، 46/5.

المادة 446 من ق.إ.م.إ. والتي جاء فيها: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة."

2- المكلف بتعيين وبعث الحكمين

أ- في الفقه الإسلامي: لقد اختلف المفسرون والفقهاء حول المكلف ببعث الحكمين على خمس آراء:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ وسعيد ابن جبير⁴، ويرون أن المكلف ببعث الحكمين هو للحاكم أو السلطان، مثله القاضي.

الرأي الثاني: وهو رأي بعض المالكية⁵ وبعض للشافعية⁶، ويرون أن المكلف ببعث الحكمين هم أولياء أو أهل الزوجين.

الرأي الثالث: وهو رأي للإمام مالك⁷، ويرى أن المكلف ببعث الحكمين هما الوليين أو الوصيين إذا كان الزوجان محجورين.

الرأي الرابع: وهو رأي الرازي⁸ ويرى أن المراد كل واحد من صالحى الأمة وذلك لأن قول الله عز وجل: ﴿خِفْتُمْ﴾، خطاب لجميع المؤمنين، فللصالحين أن يبعثوا حكما من أهلهم وحكما من أهلها للإصلاح، وقد رجحه الطبري حيث قال: "وأولى الأقوال بالصواب في قول الله عز وجل: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾، أن الله خاطب

¹ ابن جزى، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، المكتبة الوقفية، 2011، ص 352.

² الشرييني، معنى المحتاج، المرجع السابق، 345/3.

³ ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، 263/10.

⁴ ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، 538/1.

⁵ ابن جزى، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المرجع السابق، ص 352.

⁶ الشرييني، معنى المحتاج، المرجع السابق، 345/3.

⁷ ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، 538/1.

⁸ فخر الين الرازي، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ، 74/10.

المسلمين بذلك، وأمرهم ببعثة الحكمين عند خوف الشقاق بين الزوجين للنظر في أمرهما، ولم يخص بالأمر بذلك بعضهم دون بعض.¹

الرأي الخامس: وهو رأي ابن عباس والحسن والسدي، ويرون أن المكلف بتعيين وبعث الحكمين هما الزوجين.²

الرأي الأولى بالترجيح هو رأي الرازي الذي رجحه الطبري، لأن أي مسلم هو مخاطب بنص الآية ومكلف ببعث حكمين من أهل الزوجين للإصلاح والتوفيق بينهما، أما إذا رفعت دعوى أمام القضاء، فهنا القاضي هو المكلف ببعث الحكمين.

ب- في التشريع الجزائري

المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء، حيث اعتبر المكلف بتعيين وبعث الحكمين هو القاضي المطروح أمامه النزاع، حيث نص في المادة 65 ف2 من ق.أ.على: "يعين القاضي الحكمين"، ونص المادة 446 من ق.إ.م.إ.على: "جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين".

رابعاً: صفة الحكمين

لقد اتفق الفقهاء على مشروعية التحكيم بين الزوجين، وعلى أن الحكمين يملكان الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، إلا أنهم اختلفوا حول صفة الحكمين على قولين:³

القول الأول: الحكمان حاكمان، يجوز لهما الجمع أو التفريق لكونهما مبعوثين من طرف القاضي، فلهما الحرية في اتخاذ ما يريانه مناسباً، إما الإصلاح أو التفريق بعوض أو غيره، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين، ولا رضاهما، وهو قول المالكية.⁴

¹ - الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن (تفسير الطبري)، دار هجر، القاهرة، 2001، 726/6.

² - ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، 538/1.

³ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 185/3.

⁴ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع نفسه، 185/3.

ورواية عن الشافعية¹، ورواية عن أحمد²، وإختره ابن القيم³، واستدلوا بما يلي:

1- من الآثار الواردة عن علي كرم الله وجهه في مسألة الحكمين،⁴ تدل على أنه أجبر الزوج على قبول حكم الحكمين في الفرقة كما قبلها في الجمع.⁵

2- الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص، وأيضا الحكم من له ولاية الحكم والإلزام وليس للوكيل شيء من ذلك.⁶

القول الثاني: الحكمان وكيلان، ولا يجوز لهما التفريق إلا برضا وإذن الزوجين، لأن الطلاق بيد الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما، فمهمتهما الأساسية هي الإصلاح فحسب، وهو قول الحنفية⁷، والشافعية في قول⁸، وقول عن أحمد بن حنبل⁹ واستدلوا بما يلي:

1- العوض حق للزوج والمال حق المرأة، وهما رشيدان فلا يتصرف غيرهما لهما إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما فكانا وكيلين.¹⁰

2- لا خلاف أنه لا يمكن أن يجبر الزوجان على الطلاق أو الخلع، فإذا كان كذلك قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق أو الخلع إلا برضاهما؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك إلا برضا الزوجين، فكيف يملكه الحكمان؟¹¹

¹ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، 264/10؛ ابن القيم، زاد الميعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 172/5.

² - ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، 264/10.

³ - ابن القيم، زاد الميعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 172/5.

⁴ - سبق تخريجه في دليل مشروعية التحكيم، ص 339.

⁵ - ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، 264/10.

⁶ - ابن القيم، زاد الميعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 173/5.

⁷ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، 25/7؛ ابن القيم، زاد الميعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 172/5.

⁸ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، 264/10؛ ابن القيم، زاد الميعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 172/5.

⁹ - ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، 264/10.

¹⁰ - عبد الرحمن بن ابراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، المرجع السابق، ص 437.

¹¹ - الحصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، 192/2.

والقول الراجح هو القول الأول، والذي مفاده أن الحكمين حاكمين، ولهما الجمع والتفريق بدون رضا الزوجين أو توكيلهما، وذلك لقوة أدلتهم.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين

إن الغاية الأساسية التي يستهدفها الحكمان هي التوصل إلى الإصلاح والتوفيق بين الزوجين المتخاصمين، وإنهاء الخلاف والشقاق المستمر، فيكون واجب عليهما بذل جهدهما في الإصلاح بين الزوجين والجمع بينهما، ومن ثم فإن كل يضطلعان به من صلاحيات ويباشرانه من إجراءات لا يخرج عن نطاق مهمتهما الأساسية، ولا يمكن أن نتكلم عن الصلح بين الزوجين سواء عن طريق القاضي أو الحكمين دون التطرق إلى إجراءاته.

أولاً: إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي

1- بعث القاضي الحكمين

إذا اتسعت فجوة الشقاق واستحکم الخلاف فواجب على الزوجين أو أهل الخير والصلاح رفع الأمر إلى القاضي للتدخل لمعالجته، وعلى القاضي تعيين وبعث حكمين من أهل الزوجين، لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال، وأطلب للصلاح، وإنما تسكن إليهم نفوس الزوجين، ويبرز إليهم ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الصحبة والفرقة،¹ وأن يكون كل واحد من الحكمين مختصاً بأحد الزوجين، فإن لم يعينه لم يجز؛ لأن كل واحد منهما ينوب عن أحد الزوجين في استفتاء حقه من الآخر، والنظر في مصلحته ثم يرد إليهما ما يريانه صالحاً من إصلاح أو طلاق أو خلع، فإن أراد بعد تحكيمهما أن يستبدل بهما غيرهما، فإن لتغيير حالهما أو لوجود من هو أولى منهما جاز، فإن لم يكن لتغيير حالهما ولا لوجود من هو أولى من لم يجز.²

¹ - الزمخشري: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407 هـ، 508/1.

² - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، ط1، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 605/9.

قال الشافعي رحمه الله: فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم، فحق عليه أن يبعث حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، من أهل القناعة والعقل ليكشف أمرهما، ويصلح بينهما إن قدرا، وليس له أن يأمرهما يفرقان إن رأيا إلا بأمر الزوج ولا يُعطيا من مال المرأة إلا بإذنها، وذلك أن الله عز وجل إنما ذكر لهما: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، ولم يذكر تفريقاً، وأختار للإمام أن يسأل الزوجين أن يتراضيا بالحكمين ويوكلاههما معاً، فيوكلهما الزوج، إن رأيا أن يفرقا بينهما، فرقا على ما رأيا من أخذ شيء، أو غير أخذه، إن اختبرا توليا من المرأة عنه.¹

والحكمان يكونان من أهل الرجل والمرأة، إذ هما أعلم بأحوال الزوجين، ويكونان من أهل العدالة وحسن النظر والبصر بالفقه، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما عدلين عالمين، وذلك إذا أشكل أمرهما ولم يدر ممن الإساءة منهما.²

2- عقد جلسة استماع للإصلاح بين الزوجين

وذلك بأن يجلس كل حكم مع الذي هو من جهته في التحكيم على انفراد؛ فينفرد الحكم من أهل الزوج معه، وينفرد الحكم من أهل الزوجة معها، إذا تبين للحكمين الطرف المخطئ والمتسبب في الخصام والشقاق وفساد العشرة الزوجية، اجتمع به الحكمان في جلسة وعظ وزجر وتذكير، ويستوي في ذلك أن يستعمل الحكمان العبارات التي تليق بالمقام والحال، فليين والرفق في موضعه والزجر والنهر في محله، حيث أن الحكم من أهل الزوج يخلو به ويقول له: أخبرني بما في نفسك أتوها أم لا حتى أعلم مرادك؟ فإن قال: لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز، وإن قال: إني أهواها فأرضها من مالي بما شئت ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم أنه ليس بناشز، ويخلو الحكم من جهتها بالمرأة ويقول لها: أتوهي زوجك أم لا؟، فإن قالت: فرق بيني وبينه وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم أن النشوز من قبلها، إن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثه

¹ - الشافعي، تفسير الإمام الشافعي، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفران، ط1، دار التدمرية، السعودية، 2006، 606/2.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 175/5.

على أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي، علم أن النشوز ليس من قبلها؛ فإذا ظهر لهما الذي كان النشوز من قبله يقبلان عليه بالوعظ والزجر والنهي.¹

يجتمع الحكمان ويناقشان معا أمر الشقاق، وما توفر لديهما من معلومات عن موقف كل من الزوجين، وعليهما أن يحددا أسباب الشقاق، ومسؤولية كل من الزوجين فيه، ويقبلان على من ظهر من قبله النشوز بالنصح والوعظ، والزجر والنهي، حتى يفيق إلى أمره، ويتبصر المشكلة، ويتجاوب معها في علاجه.²

3- غياب الزوجين عن جلسة الصلح

إذا غابا الزوجين معا أو أحدهما، بعد تعيين الحكمان وبعثهما بصفة رسمية، وتم تحديد موعد جلسة الصلح أو جلسة الاستماع بغرض الإصلاح بين الزوجين، وأراد الحكمان تنفيذ ما إليهما؛ فالأمر مبني على اختلاف القولين في طبيعة التحكيم وصفته:³

- إن قيل أن الحكمان وكيلان، جاز لهما إمضاء رأيهما ويفعلان ما يريانه صلاحا، لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة، للوكيل أن يستوفي حق موكله، ويوفي ما عليه من حق وإن كان غائبا هذا إذا كان مفترقين في الغيبة، أما إذا كان في غيبتهما مجتمعين لم يكن للحكمين إيقاع طلاق ولا خلع لإحتمال أن يصطلحا في فترة غيابهما.⁴

- وإن قيل أن الحكمان حاكمان، لم يجز لهما أن يحكما مع غيبة الزوجين سواء كانا فيها مجتمعين أو مفترقين؛ لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع نفسه، 175/5-176.

² - كمال ابراهيم مرسي، العلاقات الزوجية والصحة النفسية في الإسلام وعلم النفس، ط2، دار القلم، الكويت، 1995، ص 263.

³ - ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، 174/5؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، المرجع السابق، 607/9.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 266/10؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، المرجع السابق، 607/9.

يجوز حتى يحضر، إلا أن يكونا قد وكلاهما، فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بحكم، إن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه فترة غيابه وعدم حضوره.¹

4- رجوع الزوجين وامتناعهما عن التحكيم

إن رجع الزوجان عن التحكيم، فإن كان مع اصطلاحهما بطلت ولاية الحكمين، سواء قيل أن التحكيم حكم أو وكالة، لأن الشقاق والخلاف قد زال؛ وإن كان مع مقامهما على الشقاق بطل التحكيم إن قيل أنه وكالة، ولم يبطل إن قيل أنه حكم، وإن رجع أحد الزوجين دون الآخر كان كرجوعهما معاً، فيبطل به التحكيم إن قيل أنه وكالة ولم يبطل به إن قيل أنه حكم لأن التحكيم لا يصح إلا بحكمين.²

وإذا تمتع الزوجين من الرضا بالحكمين مع مقامهما على الشقاق، إن قيل أن التحكيم حكم، لم يؤثر فيه امتناعهما وأمضى القاضي رأيه عن اختيار الحكمين؛ وإن قيل أنه وكالة لم يصح مع امتناع الزوجين، ولا يجوز إجبارهما عليه، لأن الوكالة لا تجوز مع الإيجاب، وكذلك لو امتنع أحدهما كان كإمتناعهما، وإذا لم يصح التحكيم على هذا القول إلا عن رضا الزوجين فعلى الحاكم أن ينظر بينها ويستوفي الحق لمن وجب له على من وجب عليه، غير أنه لا يوقع بينهما طلاقاً ولا خلع، لأن الحاكم مندوب إلى إستقاء الحقوق وإنصاف المظلوم، فإن علم من أحدهما عدواناً على صاحبه منعه منه، فإن لم يمتنع أدبه عليه.³

لقد رأينا سابقاً أن الرأي الراجح هو أن الحكمين حاکمان، فلا يبطل تحكيمهما، فالأصح هو استمرار عملية الصلح بين الزوجين.

¹ - ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، 266/10؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، المرجع السابق، 607/9.

² - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، المرجع السابق، 607/9.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، المرجع السابق، 608/9.

5- حكم الحكمان

إن مهمة الحكمان إما أن تثمر عن الإصلاح والتوفيق بين الزوجين وزوال الشقاق، وهو المطلوب والهدف المقصود من تسريع التحكيم، وإما إلى نقيض ذلك وهو بقاء الشقاق وحصل الفرقة وانفكاك الرابطة الزوجية، وعلى الحكمان الحرص على الاجتماع على فعل الأنجع للزوجين المتخاصمين؛ فإن كان الأصلح لهما الإصلاح بينهم فليس لهما أن يعدلا عن الإصلاح، فإن طلقا أو خالعا لم يجز وكان مردودا، وإن كان الأصلح لهما التفريق بطلاق أو بخلع على تفصيل الفقهاء، فليس لهما أن يعدل عليه إلى غيره.¹

وبالتالي فإن حكم الحكمين إما يفضي إلى نجاح مهمة الحكمين ومسعى الصلح بالجمع بين الزوجين من جديد، وانقاذ الرابطة الزوجية؛ وإما فشل عملية الصلح والذهاب إلى التفريق بين الزوجين وإنهاء العلاقة الزوجية.

إن فشل مسعى الحكمين في الصلح بين الزوجين، إن وجداهما قد اختلف ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما رغم مساعي الإصلاح بينهما، ورأى الحكمان حتمية الفرقة فرقا بينهما، وتفريقهما جائز على الزوجين، سواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، وكلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلا، والفرق في ذلك طلاق بائن، وهو قول مالك والأوزاعي وإسحاق، وروي عن عثمان وعلي وابن عباس، وعن الشعبي والرخمي وهو أحد قولي الشافعي، وهو ما صححه القرطبي.²

إذا اختلف الحكمان في الحكم، لا ينفذ قولهما ولا يلزم من ذلك شيء، إلا ما اجتمعا عليه، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر، أو حكم أحدهم بمال وأبى الآخر، فليس بشيء حتى يتفقا.³

¹ - الماوردي، المرجع السابق، 606/9.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، 178/5.

³ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، 185/3.

ثانيا: إجراءات التحكيم بين الزوجين في التشريع الجزائري

لقد عالج المشرع موضوع التحكيم بين الزوجين في المادة 56 من ق.أ، وفي المواد من 446 إلى المادة 449 من ق.إ.م.إ من خلالها بين إجراءات بعث الحكمين وكيفية عملهما.

1- إجراءات عمل الحكمين خلال الممارسة القضائية

فإذا ادعى أحد الزوجين الضرر من الزوج الآخر لنشوز أو نفور أو تخلي عن واجبات الزوجية ولم يتمكن من إثبات الضرر فإنه من حقه أن يرفع الأمر إلى القاضي عن طريق إقامة دعوى أمام المحكمة، والقاضي من الواجب عليه أن يعين حكمين من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح الزوجين أو أحدهما، وتكليفهما بمهمة القيام بإجراء تحقيق نزيه في موضوع الزوجين، وتحديد من منهما الناشز أو المتخلي عن واجباته الزوجية، والحل المقترح في تقرير يقدمانه إلى القاضي،¹ ويصدر بذلك أمرا شبه قضائي يحدد فيه مهمتهما، وتاريخ تقديم تقريرهما، ويتوجب على الحكمين إطلاع القاضي بما يعترضهما من عراقيل ومشكلات أثناء تأدية مهامهما، وهذا طبقا لنص المادة 447 من ق.إ.م.إ.

يجب على الحكمين أن يقدموا تقريرا إلى القاضي الذي عينهما في أجل مدته شهرين كاملين من تاريخ تعيينهما سواء توصلا إلى إيجاد حل للإصلاح بين الزوجين أم لم يتوصلا لذلك وطبقا لنص المادة 56 ف2 من ق.أ، على أن يشتمل هذا التقرير نتيجة مساعيها، وتوصلهما للإصلاح أو عدم التوصل إليه،² وبناء على ما تضمنه التقرير يفصل القاضي في الدعوى، كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين.³

وفي حالة التوصل إلى الصلح من طرف المحكمين فإنهما يحرران محضرا بذلك يوقعان عليه، إضافة إلى توقيع الزوجين أو من ينوب عليهما شرعا، ويقدمانه للقاضي الذي يصدر أمر بالمصادقة على اتفاق الطرفين، وهذا الأمر غير قابل للطعن، وهذا ما نصت

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 350.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 191.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 359.

عليه المادة 448 من ق.إ.م.إ، وفي حالة استمرار الشقاق فإن المحكمة تتطرق بالتطبيق بعد تمكين كل طرف من تقديم طلباته، مع تحديد نسبة مسؤولية كل زوج عن ذلك.¹

كما يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين إذا تبين للقاضي صعوبة تنفيذ المهمة، ويعيد القضية للجلسة للاستمرار في الخصومة، وطبقا لنص المادة 449 من ق.إ.م.إ.

من خلال هذه النصوص نلاحظ أن المشرع لم يحدد مكان جلسة الصلح التي يعقدها الحكمين، بالنظر إلى أن القاضي هو من يعينهما، فهذا يعني أنه يمكن أن تجري بالمحكمة، ويمكن أن تجري في مكان آخر يحدده الحكمان، كما أن المشرع لم يوضح كيفية إستماع الحكمين للزوجين، كما هو الشأن في إستماع القاضي لهما عند مباشرته الصلح بنفسه؛ فإنه يستمع لكل زوج على انفراد ثم معا طبقا لنص المادة 440 ف1 من ق.إ.م.إ، لكن يجب أن تتم في جلسة سرية عملا بعموم نص المادة 439 من ق.إ.م.إ، يعني جلسة الصلح التي يعقدها القاضي أو التي يباشرها الحكمان.²

على الرغم من الأهمية الكبرى للتحكيم بين الزوجين في حماية الرابطة الزوجية من التفكك، إلا أننا نلاحظ غياب تام له من خلال الممارسة القضائية، والإكتفاء بالصلح وإهمال التحكيم على الرغم من إختلافهما، وهذا راجع لإغفال المشرع النص على كثير من الأمور المتعلقة بالتحكيم نذكر منها:

- لم يوضح المشرع كيفية تعيين الحكمين لا من خلال قانون الأسرة باعتباره القانون الموضوعي ولا من خلال قانون الإجراءات، كما لم يوضح كيفية تعامل القاضي مع حالة رفض الزوجين أو أحدهما إجراء التحكيم، وحالة عدم عثوره على من يقبل أن يكون حكما من أهل الزوجين.³

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 192.

² - عبد المنعم نيمي، دور الحكمين في إجراء الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإحياء المجلد 21، ع29، 2021، ص 270.

³ - جبارة زينب، المرجع السابق، ص 412.

- لقد إكتفى المشرع بذكر شرط القرابة، أي أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، دون أن يعطي بديل في حالة تعذر الحصول على هذا الشرط، كما أنه لم يفصل في الشروط الأخرى.¹

- كما أن المشرع لم يبين ما إذا كانت إجراءات التحكيم يتم اللجوء إليها بعد فشل محاولات الصلح القضائي، أو أثناء إجرائها.²

2- تدابير تفعيل التحكيم بين الزوجين

على الرغم من الدور الفعال للتحكيم في حماية الرابطة الزوجية، إلا أن تفعيله من الناحية العملية يبقى يحد من نجاعته في الحد من حالات الطلاق، لذا وجب على المشرع أن يتدخل لوضع نصوص قانونية تضمن تفعيل التحكيم بين الزوجين، وهذا من خلال:

- من المستحسن أن القاضي لا يحكم في نزاع من المنازعات التي تحدث بين الزوجين، إلا بعد تعيين حكمين وإرسالهما للتحري عن أسباب النزاع؛ لأن هذه الدعاوي لا تحدث غالبا إلا نتيجة خلاف وشقاق بينهما، وإن لم يبين الزوجان ذلك، قد يستطيع الحكمان إزالة أسباب النزاع التي أدت إلى الشقاق بين الزوجين، وبالتالي ترك الدعوى المقامة.³

- النص على أنه لا يجوز للقاضي الحكم بالتفريق للضرر والشقاق إلا بعد إرسال حكمين للزوجين للنظر في الموضوع، ورفع تقريرهما بشأنه للقاضي.

- إزالة التناقض الحاصل بين المادة 56 من ق.أ. والمادة 446 من ق.إ.م.إ، بإعادة صياغة هذه الأخيرة والنص على وجوبية التحكيم بين الزوجين، وهذا لإعطاء التحكيم قوة إلزامية.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 142؛ نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 160.

² - جبارة زينب، المرجع السابق، ص 412.

³ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم فب الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، 435/8.

- على المشرع إضافة مواد في ق.إ.م.إ تبين شروط الحكمين، إجراءات تعيينهما، وقت الاستعانة بهما والذي يكون بعد فشل محاولات الصلح القضائي، وهذا لتفعيل التحكيم من الناحية القضائية.¹

- استحداث مجلس العائلة مهمته التحكيم بين الزوجين، ويتكون من القاضي بصفته الرئيس وأب وأم كل زوج، إضافة أعضاء يعينهم القاضي من بين الأقارب بالتساوي بين الزوجين.

المبحث الثاني: الصلح القضائي بين الزوجين

يعد الصلح من أهم الآليات والطرق لتسوية النزاعات، إذ يعتبر إحدى الوسائل الفعالة والناجعة التي تؤدي إلى إنهاء الخلاف والنزاع بين الزوجين بطريقة ودية، ويتجلى حرص الشريعة الإسلامية على الصلح من خلال تأكيدها على الزوجين بأن يجتهدا في إصلاح ذات بينهما، من خلال عدة نصوص قرآنية وأحاديث نبوية تحت على إلزامية الصلح، ونفس الشيء ذهب إليه القانون الجزائري بأن سن قوانين ضمن أحكام قانون الأسرة وحدد إجراءات معينة ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتزداد أهمية اللجوء إلى الصلح لكونه يكتسي طابعا خاصا ولما تتميز به من حساسية وخصوصية، ومما لا شك فيه أن تسوية هذه النزاعات عن طريق الصلح سيساهم في الحفاظ على الرابطة الزوجية وحمايتها من التفكك والانحلال، لذلك قد اهتم المشرع الجزائري اهتماما كبيرا حيث عمل على تكريس الصلح بين الزوجين وهذا من خلال تقنينه وتنظيمه بمقتضى نصوص قانونية وموضوعية في قانون الأسرة، وكذا إجرائية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ومن أجل معرفة أهمية الصلح ودوره في حماية الرابطة الزوجية سيتم التطرق إلى ماهية الصلح بين الزوجين في مطلب الأول والممارسة العملية للصلح بين الزوجين في المطلب الثاني.

¹ - جبارة زينب، المرجع السابق، ص 413.

المطلب الأول: ماهية الصلح بين الزوجين

يخضع الصلح من حيث أحكامه إلى قائمة وقواعد حماية الأسرة من التفكك والانحلال وحفاظا على تماسك الرابطة الزوجية، ألزم المشرع القاضي بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين، وذلك بتفعيل كل إجراءاته التي نص عليها، وبدل كل الجهود من أجل تقريب وجهات النظر، وباعتبار الصلح وسيلة ناجعة للحد من ظاهرة الطلاق، وعليه ومن أجل التطرق إلى معرفة أهمية الصلح في حماية الرابطة الزوجية، لابد من التطرق إلى مفهومه، تم التطرق إلى جلسة الصلح بين الزوجين باعتبارها آلية لتفعيله.

الفرع الأول: مفهوم الصلح بين الزوجين

ظل الصلح آلية لحل الخلافات والنزاعات بين الزوجين على إمتداد التاريخ الإسلامي لأنه يؤدي إلى قطع الخصومة، وتقريب وجهات النظر، غير أن شراح القانون اختلفوا في طبيعة اجرائه وعليه يتم التطرق إلى تعريفه ودلائل مشروعيته، ثم التطرق إلى طبيعة اجرائه بين الزوجين.

أولاً: تعريف الصلح و مشروعيته**1- تعريف الصلح:**

أ- لغة: الصلح: ضد الفساد صلح يصلح صلاحا وصلوحا، والإصلاح: نقيض الإفساد، وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه، وأصلح الدابة: أحسن إليها فصلحت؛ الصلح: وتصلح القوم بينهم، والصلح: السلم.¹

وعليه فان الصلح بين الزوجين لغة هو إزالة ما بينهما من فساد ونزاع وسوء فهم.

ب- اصطلاحا**- فقها:**

لم يعرف الفقهاء الصلح بين الزوجين إنما عرفوا الصلح بصفة عامة، حيث أجمعوا أن الصلح هو عقد ينتهي بموجبه الخلاف و الخصومة الواقعة بين أطراف النزاع.

¹ - أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 516/2-517.

- **عند المالكية:** "هو انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف من وقوعه"¹، هذا التعريف فيه إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة ولكنها محتملة الوقوع في المستقبل، أي أعطى للصلح الدور الوقائي.

- **عند الشافعية:** هو العقد الذي تقطع به خصومة المتخاصمين، ويعتبرون الصلح سيد الأحكام، لأنه يجري في سائر العقود.²

- **عند الحنفية:** هو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي³، وإن الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين؛ لأنه يعتمد التراضي منهما وبالتراضي ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بعوض أو بغير عوض.⁴

- **عند الحنابلة:** هو معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين.⁵

وقد عرف الفقه الإسلامي المعاصر الصلح بين الزوجين على أنه: "عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين"⁶، فالصلح هو ما تسكن إليه النفوس و يزول به الخالف ويعني تنازل الزوجين عن شح النفس بالمال أو بالمشاعر رغبة في إبقاء الصلة الزوجية والرابطة العائلية، ولا يكون الصلح إلا عندما يكون بين الزوجين والشقاق بمعنى العداوة والخلاف، فيكون الصلح بإزالة كل هذا في الإبقاء على الرابطة الزوجية.⁷

- **قانونا:**

بالنسبة لتعريف الصلح بين الزوجين قانونا فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف الصلح، بل أشار من خلال قانون الأسرة إلى إجراءات الصلح التي يجريها القاضي، إذ

¹ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، 79/5.

² - النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، المرجع السابق، 193/4.

³ - ابن عابدين، الدر المختار، المرجع السابق، 625/5؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 93/6.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 134/20.

⁵ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 357/4؛ البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، 193/3.

⁶ - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، 375/3.

⁷ - سليمان قدور محمد، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012/2011، ص 63.

جاء في نص المادة 49 من ق.أ: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداءً من تاريخ رفع الدعوة"، وكذلك النصوص المتعلقة بالصلح في ق.إ.م.إ.م. المواد من 439 إلى 449، وهي نصوص جميعها تتضمن الصلح كإجراء قضائي دون ضبط لتعريف اصطلاحى وقانونى تاركا المجال مفتوح لشرح و رجال القانون الذين اطلقوا عليه الصلح القضائي، وفي هذا الصدد عرف جانب من الفقه الصلح في مجال قضايا شؤون الأسرة على أنه: "إجراء تفرضه بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم بالحضور أمام هيئة مختصرة، أو أمام قاضي شؤون الأسرة حتى يحاولوا أن يصطلحوا قبل مواصلة إجراء الخصومة".¹

بينما عرفه بصفة عامة في القانون المدني،² حيث نص في المادة 459 على: "عقد ينهي به الطرفان نزاع قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا، وذلك بأنه يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

من خلال هذا التعريف يمكن استنتاج العناصر الأساسية للصلح والمتمثلة في:

- وجود نزاع قائم أو محتمل بين الطرفين

- توافر نية حسم النزاع

- تنازل كل طرف عن جزء من ادعاءاته.³

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه أخذ بالمذهب المالكي، وذلك باعتبار الصلح كنظام وقائي لحل نزاعات محتملة الوقوع، أما الصلح المقصود في قانون الأسرة ليس ذلك الصلح الذي يقصد به العقد وإنما يراد به محاولة الإصلاح بين الزوجين، وليس ذلك العقد الذي يلزم الطرفين، لهذا عرفه جانب من شرح القانون على أنه: "أن محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن

¹ - بن هبري عبد الحكيم، احكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع و القضاء الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2018، ص 18.

² - القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يوليو 2005، المعدل للقانون المدني.

³ - علي بن عوالي، الصلح و دوره في استقرار الاسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون-، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الانسانية و الحضارة الاسلامية، 2011/2012، ص 22.

الطلاق"¹، ما يلاحظ ان هذا التعريف إقتصر على الصلح في حالة الطلاق بإرادة الزوج فقط، ولم يشمل الطلاق بإرادة الزوجة.

ومنه يمكن تعريف الصلح بين الزوجين بأنه إجراء قانوني يقوم به القاضي من أجل محاولة إقناع الطرف الذي يريد فك الرابطة الزوجية عن العدول عن فكرة الطلاق إذا لم يقع، وذلك عن طريق النصح والعمل على تقريب وجهات النظر بينهما، وأما إذا وقع الطلاق فعلى القاضي من خلال الصلح يحاول أن يقنع الزوجين بمواصلة الحياة الزوجية، وذلك باستعمال حق الرجعة إذا لم تنتضي العدة.

2- دليل مشروعيته

الصلح بصفة عامة و الصلح بين الزوجين مشروع بالكتاب و السنة و الاجماع.

- من الكتاب:

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا.....﴾².

- قال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ

إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾³.

- كذلك قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ

وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁴.

- هذا عن مشروعية الصلح بصفة عامة، أما عن مشروعية الصلح بين الزوجين فقد

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ

عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁵.

¹ - زودة عمر، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 108.

² - سورة الحجرات، جزء من الآية 9.

³ - سورة النساء، الآية 114.

⁴ - سورة الأنفال، الآية 1.

⁵ - سورة النساء، جزء من الآية 128.

وقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾¹.

- من السنة:

وردت عدة أحاديث في السنة الشريفة ترغب في الصلح بصفة عامة وتحت عليه كوسيلة لحل النزاعات والخلافات، وتبين فضله نذكر منها:

- قال رسول الله (ﷺ): «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما»².

- قال رسول الله (ﷺ): «ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلى، قال: إصلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة، لا أقول تحلق الشعر، ولكن تحلق الدين»³.

- الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الصلح بين الناس في كل المجالات بما فيها الصلح بين الزوجين قال ابن قدامة "أجمعت الأم على جواز الصلح في هذه الأنواع، صلح بين المسلمين وأهل الحرب، صلح بين أهل العدل وأهل البغي، والصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما"⁴.

ثانيا: الطبيعة القانونية للصلح بين الزوجين

أثارت محاولة إجراء الصلح بين الزوجين الجدل بين رجال القانون و شراحه، وهذا بسبب عدم وجود نص صريح يبين طبيعته ولا الأثر المترتب في حالة تخلفه، وما زاد من

¹ - سورة النساء، الآية 35.

² - الترميذي، سنن الترميذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله (ﷺ) في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352، المرجع السابق، 626/3.

³ - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب اصلاح ذات البين، حديث رقم 4919، المرجع السابق، 280/4.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 357/4.

الاختلاف هو عدم استقرار اجتهاد المحكمة العليا على رأي واحد، فأدى هذا إلى انقسام شراح القانون إلى رأيين.

1- إلزامية إجراء محاولات الصلح

ذهب بعض شراح القانون إلى أن محاولات الصلح التي يجريها القاضي قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية تعد إجراء جوهريا، فهي من النظام العام، وبالتالي فإن تخلف إجراءاتها يجعل الحكم باطلا، حيث أن إجراء الصلح هو إجراء ملزم واجباري يقوم به القاضي وجوبا قبل البث في دعاوى الطلاق، وأن محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني، حيث أن المشرع لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولات الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري، فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق.¹

وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 49 ف1 من ق.أ من خلال صياغتها الآمرة التي استعملها المشرع "لا يثبت"، حيث لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمه، وهو ما أكده في المادة 439 من ق.إ.م.إ التي جاءت بصيغة الأمر، لأن إستعمال لفظ "وجوبية" من شأنه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح باعتباره إجراء جوهري.²

واستدل مؤيدي هذا الرأي لقرارات المحكمة العليا المستقرة على إجبارية محاولة الصلح، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1991 أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، وقد جاء نصه: "بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة و ذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك و لم يعترض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، وأن المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة على

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، ج 5، الجزائر، 2001، ص 197.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 356-357.

أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..."، إذا فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له مما يستوجب نقضه.¹

وبعد تعديل قانون الأسرة 2005 استقرت قرارات المحكمة العليا على إلزامية محاولات الصلح، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 2012/06/14: " وطبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي و حيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا ، فحرر محضر عدم الصلح إثباتا لذلك و حيث انه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة.²

2- جوازية إجراء محاولات الصلح

اعتبر اتجاه آخر من رجال القانون وشراحه وحتى الاجتهاد القضائي إجراء الصلح لا يعد اجراء جوهريا وغير الوجوبي، ونفوا علاقته بالنظام العام، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك إلى درجة اعتبار إجراء محاولات صلح من قبل قاضي شؤون الأسرة يعد في حد ذاته إجراء مخالفا للنظام العام، صورته عندما يقع الطلاق للمرة الثالثة حسب مادة 51 من ق.أ يقوم القاضي بإجراء محاولات الصلح بين الطرفين، غير أن القاضي إذا اكتشف وجود

¹ - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 75141، مؤرخ في 18/06/1991، المجلة القضائية، ع01، ص65.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 687997، مؤرخ في 14/06/2012، المجلة القضائية، ع 04، ص 35.

طلاق للمرة الثالثة فعليه الإمتناع عن تقرير الصلح بين الزوجين ولو تصالح فعلا، ذلك أن تصالحهما دون عقد جديد وقبل أن تتكح المرأة زوجا آخر هو مساس بالنظام العام.¹

الأمر الذي يدعم أكثر بأن محاولة الصلح ليست إجراء جوهرية هو أن المشرع حدد لها مدة ثلاثة أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى، أي بمعنى لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجرائه بعد انقضاء هذه المدة، فلو كان حقيقة إجراء جوهرية لما قيده المشرع بهذه المدة، بالرجوع إلى نص المادتين 49 من ق.أ، والمادة 439 من ق.إ.م.إ السالفتين الذكر، لا يظهر جليا أن الوجوب يترتب عليها بطلان العمل الاجرائي.²

كما نجد قرارات المحكمة العليا التي تقضي برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق، في حال لم يتم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، معتبرة بذلك أن إجراء محاولة الصلح هو إجراء غير جوهرية و لا يندرج في النظام العام، حيث قضى المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية في قرار المؤرخ في 1998/07/21 القاضي بأن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية،³ و قرار آخر لها مؤرخ في 1997/07/23 يقضي بأن محاولة الصلح تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من ق.أ ما هي إلا موعظة.⁴

كما اعتبرت المحكمة العليا بأن اجراء الصلح هو اجراء غير جوهرية وليس من النظام العام حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، حيث تضمن قرارها الصادر بتاريخ 2007/06/13 ما يلي: "لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا

¹ - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط2، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2006، ص 141.

² - لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص 141-142.

³ - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 200198، مؤرخ في 1998/07/21، نشرة القضاة، ع56، 1998، ص40.

⁴ - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 174132، مؤرخ في 1997/10/23، نشرة القضاة، ع55، 1997، ص179.

جوهرياً للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة هي إلا موعظة¹.

مما سبق عرضه من الرأيين بشأن طبيعة الصلح بين الزوجين، يجب التمييز بين صور الطلاق، يمكن أن يكون طلاقاً بالتراضي، أو تطليفاً، أو خلعا، أو طلاق بإرادة الزوج المنفردة، ففي الصور الثلاثة الأولى هنا الطلاق لا يقوم إلاً بحكم القاضي، أي أن حكم القاضي منسئ له، ومنه فالصلح وجوبي، ولا يحكم به إلاً بعد القيام بمحاولات الصلح لتفادي فك الرابطة الزوجية، أما في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة هنا يجب التمييز بين ما إذا كان الزوج قد تلفظ بالطلاق قبل أن يلجأ إلى القضاء أم لا لإثبات طلاقه، فإذا لم يكن قد تلفظ به، هنا حكم القاضي يكون منسئ للطلاق ومنه في الصلح وجوبي، أما إذا كان الزوج قد تلفظ بالطلاق قبل أن يلجأ إلى القاضي، وكانت الزوجة في عدتها، هنا الطلاق قد وقع قبل اللجوء إلى القضاء، وكانت الزوجة في عدتها، هنا الطلاق قد وقع والهدف من الصلح بين الزوجين الذي يقوم به القاضي هو محاولة إقناع الزوج استعمال حق الرجعة فقط، بما أن الطلاق قد وقع وبالتالي فلا يعد هنا الصلح إجراءً جوهرياً.

كما أن المشرع لم يشترط من خلال نص المادة 49 من ق.أ إجراء محاولات الصلح من أجل إتمام الطلاق لأنه إذا تلفظ الزوج بطلاق أصبح الطلاق واقعاً، ثم يأتي الحكم القضائي لإثبات ذلك الطلاق، فهو ليس معلق على أي شيء، لأنه في حالة تخلف إجراء صلح لا يحكم ببطلان الحكم طالما لا يوجد نص يقضي بالبطلان، كما أن المشرع فرض على القاضي استيفاء هذا الإجراء على أن لا يتجاوز ذلك مدة 3 أشهر يبدأ من تاريخ رفع الدعوى، لكن لم يرتب جزاء على مخالفة القاضي لهذا الإجراء، وهذا ما نستشفه من خلال نصي المادتين 49 من ق.أ و 439 من ق.إ.م.إ اللتين خصهما المشرع بذكر وجوبية الصلح، ولم يرتب على عدم مراعاة أحكامهما البطلان.²

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 356657، مؤرخ في 2007/06/13، غير منشور.

² - عبد الحكيم بن هبري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والإجتهاد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، ع5، 2017، ص 119-120.

الفرع الثاني: إجراءات انعقاد جلسة الصلح بين الزوجين

أحاط المشرع الجزائري الرابطة الزوجية بحماية خاصة، وهذا لقداسة عقد الزواج ولحمايته من التفكك، لذا أوجب على القاضي قبل النطق بالحكم بالطلاق القيام بالصلح بين الزوجين، في خلال ثلاثة أشهر من رفع الدعوى، وهذا ما يعكس أهمية ودور الصلح في حماية الرابطة الزوجية، ولقيام القاضي بالصلح لابد من مراعاة شروط انعقادها واتباع إجراءات سيرها.

أولاً: شروط انعقاد جلسة الصلح

يشترط لقيام انعقاد جلسة الصلح التي يجريها القاضي بين الزوجين جملة من الشروط منها ما هو موضوعي، ومنها ما هو شكلي.

1- الشروط الموضوعية: تتمثل هذه الشروط في شرطين أساسيين هما:

أ- قيام الرابطة الزوجية: وجود علاقة زوجية قائمة على وجه مشروع سواء حصل دخول حقيقي بين الزوجين أم لم يحصل، لأن العلاقة الزوجية هي محل الصلح، وفي هذا الشأن يرى فقهاء المالكية الاصلاح يكون في الحالتين لأن الشقاق قد يحدث قبل البناء، وهذا ما جاء في مدونة الإمام مالك.¹

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى ذكر الأحكام الخاصة بهذه الحالة، فإنه يمكن إجراء الصلح بشأن الزواج ما لم يتم فيه الدخول أخذاً برأي المذهب المالكي في المسألة، ولأنها عمومية وإطلاق النص تقتضي ذلك، فنص المادة 49 جاء عاماً.

العلاقة الزوجية تثبت بمستخرج من عقد الزواج، غير أن الإشكال يطرح في حالة الزواج العرفي، حيث بدون عقد الزواج لا يمكن للطرفين أن يثبتا صفاتهما كزوج وزوجة، ففي هذه الحالة لابد من إثبات الزواج العرفي بموجب حكم قضائي، ثم رفع دعوى الطلاق حتى يتمكن القاضي من إجراء محاولات الصلح.²

¹ - فتحي حسنة مصطفى، دعاوي الطلاق و الطاعة للمسلمين و غير المسلمين معلقا عليها بأحكام النقض المدنية، منشأة المعارف، مصر، 1991، ص46.

² - بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 194.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1995/10/24 إلى أنه يجوز للقاضي وفي نفس الحكم أن يقضي بتثبيت الزواج العرفي والحكم بالطلاق، حيث جاء فيه: "إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي¹.

ب- وجود دعوى طلاق: حتى يتمكن القاضي من إجراء محاولات الصلح لابد من وجود دعوى طلاق معروضة أمامه، والمقصود هنا بالطلاق بجميع صورته، الطلاق من طرف أحد الزوجين أو بناء على إرادتهما المشتركة، هذه الدعوى ترفع بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة، والتي يجب أن تتوفر على كافة الشروط الشكلية والبيانات المطلوبة قانوناً، والمنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية بدءاً من المادة 14 وما بعدها.²

2- الشروط الشكلية: تتمثل في ما يلي:

أ- تواجد أطراف جلسة الصلح

طبقاً لنص المادة 443 من ق.إ.م.إ. تتمثل في الزوجين، يكون أحدهما مدعي والآخر مدعى عليه، والقاضي وأمين الضبط.

1- حضور الزوجين جلسة الصلح

يعتبر كل من الزوج والزوجة طرف الصلح، فهما المعنيان به مباشرة، غير أن القانون لم يبين صفة صريحة وواضحة الزامية الحضور الشخصي للزوجين من عدمه، بالرجوع إلى القواعد العامة والمنصوص عليها في القانون المدني نجد أن المشرع أجاز في الصلح الوكالة بشرط أن تكون خاصة، حيث نص في المادة 574 فقرة 1 على: "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34980، نشرة القضاة، العدد 53، 1998، ص 56.

² - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 345.

والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء"، لكن هل يمكن تطبيق هذه المادة على العلاقات الأسرية خاصة العلاقة الزوجية بالنظر إلى خصوصيتها؟¹

إذا كان المشرع لم ينص صراحة لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب حضور الزوجين شخصياً لجلسة الصلح، إلا أن ذلك يفهم ضمناً من خلال نص المواد من 440 إلى 442 من ق.إ.م.إ، حيث نص في المادة 440 ف1 على: "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة صلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا"، كما نص في المادة 441 ف1: "إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية".

وهو ما أكدته في نص المادة 442 ف1: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة".

ففي كل هذه المواد يخاطب المشرع الزوجين شخصياً، إضافة إلى ذلك فمحاولة الصلح بينهما الهدف منها وعضهما، وحثهما على مواصلة الحياة الزوجية أو الرجوع إليها، وهذا المسعى يقتضي حضورهما شخصياً.

لذا إتجه الاجتهاد القضائي إلى عدم جواز الإنابة عن الزوجين في محاولة صلح، فحضور الطرفين لجلسة الصلح يجب أن يكون شخصياً، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 2007/06/13 والذي جاء فيه: "حيث متى تقدم الطاعم بواسطة محاميه بدعوى طلاق، فإن أحكام المادة 49 من قانون الأسرة توجب عليه الحضور لجلسة، وعن إصراره على الطلاق دون حضوره لجلسة الصلح أو الاكتفاء بموكله غير قانوني مما يتعين نقض الحكم محل الطعن".²

والقرار الصادر بتاريخ 2014/07/10 والذي جاء فيه: "أنه لا يمكن بأي حال إيقاع الطلاق مهما كان وصفه في غياب الزوج الطالب حل عقد الزواج، وعدم حضوره لجلسة

¹ - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 345.

² - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 474956، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2009، ص 277.

الصلح والاستماع إليه، كما لا يمكن أن ينيبه أحد في جلسات الصلح مهما كان نوع الوكالة عامة أو خاصة، رسمية أو غير رسمية، لأن الغاية من حضور جلسات الصلح فضلا من محاولات اصلاح ذات البين، هو تأكد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 ق.إ.م.إ وخاصة التأكد من أن هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الاكراه، وأن المحكمة بقضائها بالخلع دون حضور المدعية المطعون ضدها، واكتفائها بإنابة محاميها لها الوكيل عنها بوكالة رسمية قد خالفت قاعدة جوهرية في الاجراءات فعلا، وعرضت بذلك حكمها للنقض.¹

إذا كان المشرع لم يوجب أن ينوب عن الزوجين، أو عن أحدهما وكيل في إجراء محاوله صلح، إلا أنه أجاز حضور أحد أفراد العائلة المشاركة في محاولة الصلح، حيث نص في المادة 440 ف2 من ق.إ.م.إ على: "يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة صلح."

2- القاضي: يعتبر القاضي الشخص الذي أوكل له القانون مهمة محاولة صلح بين الزوجين، وبالتالي يعتبر من أطراف جلسة الصلح لأنه هو من سيقوم به وفقا لإجراءات محده قانونا.

3- أمين الضبط

يعتبر أمين الضبط من أطراف جلسة صلح، وبالرغم من أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة إلا أن ذلك يفهم ضمنا من خلال نص المادة 443 ف1 من ق.إ.م.إ والتي نص فيها على: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي"، ومن خلال نص المادة 49 فقرة 2 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه كاتب الضبط والطرفين."

¹ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 0950026، قرار بتاريخ 2014/07/14، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2014، ص 278.

ومنه لا يستطيع أمين الضبط أن يوقع على المحضر الذي يبين مساعي الصلح التي قام بها القاضي إذا لم يحضر جلسة الصلح.

ب- سرية جلسة الصلح

وفقا لنص المادة 439 من ق.إ.م.إ فإن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، والهدف من ذلك هو الحفاظ على أسرار الأسرة و حرمتها، فلا يحضرها إلا الزوجين والقاضي وأمين الضبط دون حضور الدفاع، إستثناءا يمكن حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح بناء على طلب الزوجين، وهذا وفقا لنص المادة 440 ف2 من ق.إ.م.إ.

ج- تحديد المدة الزمنية المخصصة لمحاولات الصلح

لقد نص المشرع من خلال المادة 49 من ق.أ على أن محاولات الصلح التي يجريها القاضي لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وأما فيما يخص عدد محاولات الصلح فقد استقر إجتهد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه.¹

د- إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح

استحدث المشرع بموجب المادة 440 من ق.إ.م.إ وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح، فيمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة، نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية.²

¹ - قرار المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، بتاريخ 2014/03/13، ملف رقم 0870291، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2014، ص 268.

² - بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 245.

ثانياً: إجراءات سير جلسة الصلح

أول ما يقوم به القاضي في سبيل الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، هو أن يعقد جلسة للاستماع لكل طرف، لغرض تليين المواقف المتصدعة، وتجاوز كل طرف عن أخطاء الآخر.

بعد تسجيل دعوى الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين، يقوم القاضي المختص بالنظر في تلك الدعوى، ويحدد تاريخ إجراء جلسة الصلح، وله السلطة التقديرية في اختيار الوقت والمكان المناسبين لذلك، وذلك خلال الميعاد القانوني والمحدد بثلاثة أشهر طبقاً لنص المادة 49 من ق.أ. والمادة 442 من ق.إ.م.إ.

مباشرة جلسة الصلح من طرف القاضي تقتضى منه استدعاء الزوجين إلى مكتبه والتأكد من هويتهما، ويقوم بسماع كل من زوج والزوجة على انفراد ثم معا في جلسة سرية، وهذا حفاظاً على الحياة الخاصة وأسرار الزوجين، وهذا ما نصت عليه المادة 439 من ق.إ.م.إ.: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، و نصت عليه المادة 441 من ق.إ.م.إ.: "إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب نيابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحدهما عن الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً يحرر القاضي محضر بذلك."

بعد سماع القاضي للزوج والزوجة منفردين ثم سماعهما معا، يحاول أن يصلح بينهما وذلك من خلال تقريب وجهات النظر، وإظهاره لمساوئ الفرقة وتبيان محاسن الألفة والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما و لصالح أولادهما إن وجدوا، كما أنه يحث الزوج على الصبر على زوجته وفي المقابل يذكر الزوجة بحق زوجها عليها ووجود طاعتها له.¹

¹ - محروق كريمة، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، المرجع السابق، ص 375.

يقوم القاضي بتبسيط نقاط الخلاف، والسعي إلى لعله بالتراضي معتمداً في ذلك على كفاءته في إدارة الحوار، وفهم النزاع وثقة الطرفين في نزاهته، وحياده وهيبته ومكانته الموجودة في نفوسهما، وقد أعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية الواسعة لتحديد عدد الجلسات الصلح بعدما كانت جلسة واحدة بشرط أن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى حيث نصت المادة 49 من ق.أ.ع: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى."

وهو ما أكدته المحكمة العليا، حيث أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا قد استقر على أن تقدير عدد محاولات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا، هذا ما جاء في قرار لها صادر بتاريخ 2014/03/13: "عن الوجه المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات والذي جاء فيه أن الحكم المطعون فيه سعى للصلح مرة واحدة في جلسة 2012/11/19، وخالف بذلك نص المادة 49 من ق.أ.ع¹

كما أنه أجاز للقاضي أن يمنح للزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة الصلح، أو أن يتخذ ما يراه مناسب من التدابير المؤقتة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة 442 من ق.إ.م.إ.

ثالثاً: آثار القانونية المترتبة على محاولات الصلح

يهدف القاضي في جلسات الصلح إلى التوفيق بين الزوجين، والحفاظ على الرابطة الزوجية من التفكك والانحلال ولم شمل الأسرة، إلا أن هذه المحاولات قد تتكلل بالنجاح ويتوصل الزوجين إلى حل ينهي النزاع والخلاف بينهما، وقد تبوء بالفشل وعدم التوصل إلى حل وتمسك كل منهما بموقفه.

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، قرار بتاريخ 2014/03/13، ملف رقم 0870291، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2014، ص 268.

1- نجاح محاولات الصلح

إذا نجحت مساعي القاضي في الاصلاح بين الزوجين، ووفق في تقريب وجهات النظر وأبدى مواصلة الحياة الزوجية، يأمر الكاتب بتحرير محضر الصلح، الذي يحتوي على هوية الطرفين وتصريحاتهما وتوقيعهما إضافة إلى توقيع القاضي وأمين الضبط، ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا، وهذا ما نصت عليه المادة 443 من ق.إ.م.إ والمادة 49 ف2 من ق.أ.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يشترط شكل معين لمحضر الصلح، وإنما اقتصر على ضرورة توقيعه من طرف الزوجين والقاضي وأمين الضبط، ويتضمن ما اتفقا عليه الزوجين وصرحا به أمام القاضي دون أن يحتوي على رأي هذا الأخير أو تعليل منه، كونه لا يخضع لرقابة جهة قضائية أعلى، كما يمكن أن لا يحتوي هذا المحضر على أي شروط أو التزامات إذا اكتفا الزوجين بالصلح واستئناف الحياة الزوجية دون أن يضعوا أي شروط.¹

2- القوة الملزمة لمحضر الصلح

طبقا لنص المادة 443 من ق.إ.م.إ يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا، وهذا ما أكدته المادة 600 ف8 ق.إ.م.إ من بنصها على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي: 8- محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والموعدة بأمانة الضبط، وهذا يعني أنه يمكن تنفيذ محضر الصلح بين الزوجين بعد مهره بالصيغة التنفيذية دون صدور حكم قضائي لأن الصلح سيد الأحكام وفقا لنص المادة 601 من ق.إ.م.إ.

أما دعوى فك الرابطة الزوجية فتتقضي بالصلح طبقا لنص المادة 220 من ق.إ.م.إ والتي جاء فيها: "تتقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح..."

¹ - سي بوعزة ايمان، دور القضاء في تفعيل الصلح الأسري على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، مجلد4، ع21، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، 2020، ص 114.

3- فشل محاولات الصلح

يسعى القاضي لإنجاح محاولات الصلح ويبذل كل جهده للتوفيق بين الزوجين لكي يحمي هذه الأسرة من التفكك والإنحلال إلا أنه لا يوفق دائماً، فقد تبوء محاولاته بالفشل فلا يبقى له إلا تحرير محضر بعدم الصلح ويسري في الدعوى الخاصة بالطلاق.

أ- تحرير القاضي محضر عدم الصلح

بعد انتهاء القاضي من محاولات الصلح ولم يتوصل إلى الإصلاح بين الزوجين، أو تخلف أحدهما عن جلسات الصلح فإنه يأمر الكاتب بتحرير محضر عدم الصلح، يبين فيه مساعي الصلح وتواريخ محاولات الصلح وجلساتها، ويتم توقيعه من طرف الزوجين إلى جانب القاضي وأمين الضبط، ويكون محضر عدم الصلح في شكلين:

- إما محضر عدم صلح لتمسك أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية، وهذا الشكل نجده في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة عن طريق الخلع أو التطليق، ويرجع ذلك إلى أن أحد الزوجين يتمسك بموقفه في فك الرابطة الزوجية بينما لا يوافق الزوج الآخر على طلبه ويطلب بالاستمرار في الحياة الزوجية، فهذا المحضر لا يتضمن أي التزامات على عاتق الزوجين وبذلك لا يكون سنداً تنفيذياً.

- وإما محضر عدم الصلح لتمسك كلا الزوجين بفك الرابطة الزوجية لاستحالة استمرار الحياة الزوجية، وهذا الشكل نجده في الطلاق بالتراضي.¹

ب- السير في مناقشة موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية

بعد أن يحضر القاضي محضر عدم الصلح لكي يرفقه بملف الدعوى، يحيل الطرفين إلى حضور جلسات علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، أين يقع النقاش في الموضوع، ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العادية وهذا من نصت عليه المادة 443 من ق.إ.م.إ في الفقرة الأخيرة، ويكون الحكم ابتدائياً نهائياً فيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية وابتدائياً فيما يخص الجوانب المادية لها.

¹ - سي بوعزة إيمان، المرجع السابق، ص 115-116.

يعتمد القاضي على محاولات الصلح الفاشلة التي أجراها سابقا عند مناقشة موضوع الدعوى، وهذا ليستتبط منها ملايسات الخلاف والنزاع والأسباب المؤدية إلى فك الرابطة الزوجية، ومن يتحمل مسؤولية فك الرابطة الزوجية، وبذلك يستطيع الفصل في الدعوى وفق الطلب المقدم للمحكمة بموجب العريضة الإفتتاحية، وبهذا يكون القاضي ملزم بإرفاق محضر عدم الصلح بملف الدعوى وأن يشير في حكمه أنه تم عقد جلسات صلح بين الزوجين قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية وإلا عرض حكمه للنقض من المحكمة العليا، كما أنه يبيّن تسببه للحكم من خلال ما استخلصه من النزاع في جلسات الصلح.¹

المطلب الثاني: الصعوبات التي تحد من تفعيل إجراء الصلح والحلول المقترحة

يهدف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة وقانون الاجراءات المدنية والإدارية إلى حماية الرابطة الزوجية وتعزيز وحدة الأسرة وذلك بإبراز أهمية إجراء الصلح بين الزوجين في حماية الرابطة الزوجية، والحد من انتشار ظاهرة الطلاق بجميع صورته، إلا أن هناك صعوبات وعقبات تقف أمامه وتحول دون تحقيقه لأهدافه تحتاج إلى حلول من أجل تفعيلها.

الفرع الأول: صعوبات نجاح الصلح بين الزوجين

هناك عوائق مرتبطة بالزوجين وعوائق مرتبطة بالجهة المكلفة بإجراء الصلح

أولاً: العوائق المرتبطة بالزوجين

إن المعوقات المرتبطة بالزوجين والتي تحد من فعالية ونجاعة الصلح في حماية الرابطة الزوجية كثيرة ومتنوعة ومنها:

1- عدم حضور الزوجين لجلسات الصلح

من البديهي أنه إذا تخلف الزوجان أو أحدهما عن حضور جلسات الصلح فلن يتمكن القاضي من إجرائه، لأنهما طرفاه وشرط من شروط انعقاد هذه الجلسة، وبالتالي فإن أول صعوبة تحد من نجاح الصلح في حماية الرابطة الزوجية هي عدم حضور الطرفين للجلسة

¹ - محروق كريمة، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، ط1، ألفا للوثائق، قسنطينة، 2019، ص 204.

لأن حضورهما يوفر نسبة أكبر لنجاح القاضي في الإصلاح، بادرة لوجود نية لحل النزاع، كما أن حضور الطرفين يقتضي تقديم بعض التنازلات والتضحيات في سبيل حماية الرابطة الزوجية.¹

2- تمسك الزوجين بفك الرابطة الزوجية

إن من بين أهم معيقات نجاح الصلح هو إصرار كلا الزوجين أو أحدهما على مواقفه في فك الرابطة الزوجية، غير مدرك بأهمية الصلح في حماية الرابطة الزوجية، ففي كثير من الأحيان لا يلجأ الزوج أو الزوجة للقضاء من أجل طلب فك الرابطة الزوجية إلا بعد اقتناعه التام باستحالة مواصلة الحياة الزوجية، وهذا مهما حاول القاضي وسعى الى الإصلاح، وهذا لاعتقاده باستحالة الحياة الزوجية. ففي هذه الحالة لا يكون أمام القاضي إلا الاستجابة لرغبته والسير في الدعوى، لأن اجراء الصلح لن يجدي نفعا مهما كان عدد الجلسات المخصصة لذلك.²

3- التأخر في اللجوء إلى القضاء

في أغلب الأحيان تتفاقم المشاكل الزوجية، وتزداد تعقيدا إلى أن تصل إلى درجة يقرر فيها أحد الزوجين استحالة مواصلة الحياة الزوجية، ولا مناص له إلا بفكها، فالتأخر في اللجوء إلى القضاء يؤدي إلى فساد علاقة المودة والرحمة، وتتحول إلى بغض وكره ومحاولة كل طرف الانتقام من الطرف الآخر، وفي أحيان أخرى يتم اللجوء إلى القضاء بعد التلفظ بالطلاق، مما يحد من فعالية الصلح في حماية الرابطة الزوجية، غير أن التأخر في اللجوء إلى القضاء لا يشكل دوما عائق من العوائق التي تحدمن نجاح الصلح بين الزوجين فقد يكون جزءا من الحل.³

¹ - سؤالم سفيان، الصلح بين الزوجين في دعوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، مداخلة في ملتقى وطني الموسوم ب حماية الاسرة في التشريع الجزائري، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، المدية، المنعقد يومي 04 و 05 نوفمبر 2015، ص 7.

² - فاطمة الزهراء القيسي، دور الصلح في حماية الأسرة، دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، طنجة، 2006/2007، ص 125.

³ - سؤالم سفيان، المرجع السابق، ص 11.

4- نقص الثقافة القانونية للزوجين

إن نقص الثقافة القانونية لدى المتقاضيين تجعلهما لا يفهمان معنى جلسات الصلح، ولا بأهميتها ظن منهما أنها مجرد اجراء شكلي اجباري يقوم به القاضي قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، هذا ما يعيق نجاح الصلح في حماية الرابطة الزوجية.

المحامي هو الجهة الأولى التي يتصل بها المتقاضي قبل عرض نزاعه على القضاء، فهو يلعب دور مهم وأساسي في توجيه موكله الى سلوك الصلح من عدمه، فالمحامي يرمي بدفوعاته من أجل كسب القضية بغض النظر عن الاعتبارات أخرى، وتبقى محاولة القاضي للصلح بين الزوجين بدون أي فائدة.¹

ثانيا: العوائق المرتبطة بالجهة المكلفة بإجراء الصلح

إن العراقيل التي تحد من نجاعة الصلح في حماية الرابطة الزوجية لا ترجع إلى الزوجين فقط، بل هناك عراقيل مرتبطة بالجهة المكلفة بإجراء الصلح ومن أهمها:

1- عدم وجود قضاة مؤهلين

إسناد مهمة القيام بإجراء الصلح لقاضي الحكم يعطل هذه العملية، وينقص من فعاليتها، كما أن أغلب القضاة قد تخلوا عن دورهم في دفع الطرفين للتصالح، ويكتفوا بالإشارة إلى مقتضيات الصلح إشارة عابرة كإجراء شكلي، ويتعاملون معه كشكلية ضرورية يقتضها النص القانوني.

عدم وجود قضاة مؤهلين يحد من نجاح الصلح في حماية الرابطة الزوجية، نظرا لأهمية الدور الذي يقوم به، وما يتطلبه من التأمل والنظر قبل التصريح بالحكم، مع مراعاة الظروف الشخصية والاجتماعية للحياة الأسرية.²

¹ - محروق كريمة، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، المرجع السابق ، ص 214.

² - طهراوي نجاة، دور القاضي أثناء إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 2، نوفمبر 2020، ص 596.

2- كثرة قضايا الطلاق

إن نجاح مساعي القاضي في الصلح بين الزوجين نادرا ما تتحقق، وسبب يعود إلى الكم الهائل لقضايا الطلاق التي ترفع يوميا أمام المحاكم، مما يشكل صعوبة عليه في أداء مهامه على أحسن وجه، أمام هذا الكم الهائل من القضايا، فإن القاضي غالبا ما يفشل في التوفيق بين الزوجين حيث يقوم بإجراء الصلح لمجرد أنه ملزم بالقيام به قانونا، وإلا تعرض حكمه للطعن، وهذا ما يمنعه في بعض الأحيان من بذل الجهد الكافي.

3- عدم تخصيص الوقت الكافي

لنجاح محاولة الصلح بين الزوجين، لا بد من تخصيص الوقت الكافي حتى يقوم القاضي بمهمته على أتم وجه، وحتى يكون للطرفين وقت كافي للتفكير بعمق قبل مراجعة قراراتهما قبل اتخاذ قرار الفرقة.

ولكي تزداد فرص الإصلاح لا بد من منحه مهلة كافية للاستماع إليهما، كي لا يكون هذا الإجراء شكلي فقط، لأن الوقت يعد من العناصر الضرورية لتحقيق نجاح محاولات الصلح، حتى يقف القاضي على الأسباب الحقيقية للشقاق، لذلك فإن أغلب محاولات الصلح تبوء بالفشل، ليس لكون الزوجين لا يرغبان في استمرار الحياة الزوجية، ولكن لكون القاضي لا يجد الوقت الكافي لإجرائه، لذا نجده يقوم بجلسة صلح واحدة حتى ولو فشل فيها.¹

4- غياب أي دور لمجلس العائلة في فض النزاعات الأسرية في القانون الجزائري على غرار ما يجري به العمل في بعض القوانين العربية كالمشرع المغربي.

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتفعيل الصلح بين الزوجين

إن للصلح أهمية كبيرة في المحافظة على الرابطة الزوجية إذا ما تم تفعيله بالشكل المطلوب، وعلى القاضي أن يحاول من خلاله التوفيق بين الزوجين حتى يحقق الغاية منه، والمتمثلة أساسا في حماية الرابطة الزوجية، وبالتالي الحد من حالات الطلاق، إلا أنه في

¹ - محروق كريمة، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، المرجع السابق، ص 216.

الواقع العملي لم يصل إلى النتائج المرجوة بالنظر إلى العراقيل والمعوقات التي تعيق نجاحه، وتحد من فعاليته، لذا وجب البحث عن الحلول ناجعة تكفل تفعيله ومن بين هذه الحلول المقترحة ما يلي:

1- إنشاء مراكز أو مكاتب خاصة بالإصلاح

من الحلول البديلة التي يمكن اقتراحها لتفعيل الصلح إنشاء مكاتب خاصة لإصلاح ذات البين، فالحاجة أصبحت ملحة إلى ضرورة تدخل جهة أخرى وسيطة تعمل على التوفيق بين الزوجين المتنازعين، واقتراح الحلول للخلافات القائمة بينهما، معتمدين في ذلك على لغة الحوار والتعقل، وهذا من خلال انشاء مثل هذه المكاتب، وتختص هذه مكاتب أساسا بالإصلاح بين الزوجين المتنازعين قبل اللجوء إلى المحكمة، وذلك من خلال تقديم الارشاد لهما، ومساعدتهما على حل خلافهما بطريقة ودية، وبالتالي حماية الرابطة الزوجية فالمهام المنوطة بها وقائية إذ تمنع وصول الدعاوي الخاصة بالزوجين إلى ساحة القضاء، فهذا الأخير لا يتدخل إلا في حالة عجز هذه المكاتب عن الصلح بينهما.¹

وقد اتجهت بعض الدول العربية إلى إحداث جهات سواء مكاتب أو مؤسسات أو مراكز كلفت بمهمة مساعدة الزوجين على حل الخلاف بينهما، وبالتالي تفعيل الصلح مما نتج عنه التقليل من نسب الطلاق.

2- توعية الزوجين بدور الصلح

لتفعيل دوره الصلح بين الزوجين في حماية الرابطة الزوجية، لابد من العمل على تسويق هذه الآلية لدى الزوجين من خلال عمليات التحسيس والتوعية، وذلك بتسخير كل وسائل الإعلام العمومية والخاصة، حث مؤسسات المجتمع المدني وائمة المساجد على الترويج لأهمية الصلح بين الزوجين، كما أن الدفاع يلعب دور مهم في توعية الزوجين واقناعهم بأهمية وفائدة الصلح، باعتبار المحامي هو أول جهة يتصل بها المتنازعين.²

¹ - فاطمة الزهراء القيسي، المرجع السابق، ص 130.

² - بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 212.

3- اللجوء الى القضاء في أقرب الآجال

لا يمكن تصوّر استمرار الحياة الزوجية في ظل وجود الشقاق والنزاع بين الزوجين، ولتفادي ذلك يستحسن اللجوء إلى إجراء الصلح بمجرد التلفظ بالطلاق، خلال العدة الشرعية للزوجة، وذلك تماشياً ومقتضيات الشريعة الإسلامية، وهذا من أجل تفادي استفحال العداوة والبغضاء والشحناء في نفوس الزوجين والاقارب، إذ كلما تأخرا في المبادرة للصلح كلما تفاقمت الصراعات واتسعت، وبالتالي اللجوء إلى طلب فك الرابطة الزوجية.¹

4- منح مهلة كافية للقيام بإجراء الصلح

لابد على قاضي شؤون الأسرة المكلف بإجراء محاوله الصلح بين الزوجين منح الوقت الكافي للقيام بهذه المهمة على أحسن وجه، والتفرغ لذلك والغوص في معرفة أسباب النزاع وبذل الجهد المطلوب منه، مع احترام المدة القانونية الممنوحة لذلك، باعتبار ان هذه المدة تلعب دور في عملية الصلح والتوفيق بين الزوجين.

5- حضور الائمة والمختصين جلسة الصلح

لتحسيس الزوجين بأهمية حضور جلسة الصلح، واعطائها قيمة لابد من حضور إمام أو مختص للجلسة من أجل توعية الطرفين بأهمية الصلح والتفكير ماليا قبل اللجوء إلى حل الرابطة الزوجية، وتشتيت عائلتهما وبنائهما، و هذا لقيمة و مكانة الإمام في نظر المجتمع.

6- تكوين قضاة مؤهلين

لقد عمل المشرع الجزائري على الحفاظ على الرابطة الزوجية، من خلال قانون الأسرة باعتباره القانون الموضوعي، ومن خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية باعتباره القانون الاجرائي، وهذا بالتأكيد على ضرورة إجراء الصلح بطريقة جدية قبل الحكم بفك الرابطة

¹ - عبد الحق لخذاري، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الإحياء، المجلد 20، ع24، 258.

الزوجية إلا أنه لا يمكن الوصول إلى الهدف المنشود إلا من خلال تكوين قضاة مختصين في القضاء الاسري وأكثر تحكما في أساليب ومهارات فض النزاعات الأسرية.¹ ومن هنا لابد من تفعيل دور التفتيش القضائي الذي يقوم بدور الرقابة والتقييم لعمل القاضي وعلى أساس هذا التقييم يكون وضع القاضي المناسب في المكان المناسب، وبموازاة ذلك لابد من التأكيد على حسن اختيار القضاة عند التعيين، فلا يعين إلا من كان أهلاً لتولي هذا المنصب بعلمه وأخلاقه ودينه.

للصلح بين الزوجين أهمية كبرى ودور فعال في حماية الرابطة الزوجية، ودعم استقرارها واستمرارها، وهذا من خلال حل النزاعات بطريقة ودية، فقد أولى المشرع الجزائري الأسرة اهتماما بالغا، وهذا ما تجسد في قانون الأسرة، فقد وضع إجراء الصلح القضائي بين الزوجين، وجعلها وسيلة ودية ووجوبية قبل النطق بالطلاق، وهو أمر إيجابي إذ يساهم في حماية الرابطة الزوجية من التفكك ويحافظ على لم شمل الأسرة، كما يواجه هذا الإجراء بعض العقبات التي عادة ما تجعله يبوء بالفشل ولا ينجح في فض النزاع بين الزوجين، ومع ذلك فإن أخذ المشرع الجزائري به هو امتثال لتعاليم الشريعة الإسلامية واعترافه بها كمصدر من مصادر التشريع، وهو يدل على السياسة التشريعية للدولة الجزائرية في إيجاد آليات لحماية الرابطة الزوجية ومن تم حماية الأسرة ولم شملها.

¹ - عبد الحق لخذاري، المرجع نفسه، 260.

خاتمة

إن الدين الإسلامي حرص على تأسيس الأسرة على أسس وقواعد متينة وذلك من خلال ما فرضه من أحكام فصلها القرآن الكريم وشرحها النبي (ﷺ)، خصوصا ما تعلق بفك الرابطة الزوجية، فوجد ورود سورة كاملة باسم الطلاق، وبها اثنتا عشرة آية تتكلم عن الطلاق بالإضافة إلى ما نزل في سورة البقرة، والنساء والأحزاب، وقد بينت السنة النبوية كل ما يتعلق بالأسرة من أحكام في أحاديث كثيرة يصعب حصرها.

كما وضحت الشريعة الإسلامية كل ما يحفظ العلاقة الزوجية، لأنها قوام حياة الأسرة التي هي أساس بناء المجتمع بناء سليما، وحرصت على الحفاظ عليها من التفكك والانحلال، كما شرع الطلاق الذي يأتي كآخر حل عندما يستحيل استمرار العلاقة الزوجية.

ولقد بات فك الرابطة الزوجية ظاهرة مستعصية لا يكاد أي مجتمع يخلو منها، وهذا ما يجعلها تصبح مشكلة اجتماعية، وعلى هذا فإن معالجة هذه المشكلة لا ينطلق من مسألة البحث عن حلول وسندها أكثر مما يتطلب ضرورة البحث عن الأسباب المؤدية لها، والعمل على إيجاد آليات ووسائل تعمل على التصدي لها قبل تحقيقها.

إن عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، وهو الطريق الوحيد لتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة على وجه مشروع، ولقد حرصت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري على تبيان أركانه وشروطه التي في حالة تخلفها تؤدي بهذا العقد إلى الفساد أو البطلان، بحيث قد وضعا أحكاما تنهي وتحرم مختلف صور الأنكحة الفاسدة، وذلك لما تشتمل عليه من أهداف لا تتماشى مع طبيعة الزواج الصحيح والغايات التي جاء بها الإسلام من إحسان للزوجين وحفظ الأنساب وبقاء النسل.

ومن خلال ما سبق خلصت إلى النتائج التالية:

- تعدد طرق فك الرابطة الزوجية والتي تتمثل في الفسخ والطلاق بصور سواء بإرادة الزوج أو بتراضي الطرفين أو بطلب من الزوجة بالخلع أو التطلق.

- يتم اللجوء إلى طرق فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجية متى فرضت وحتمت الضرورة الشرعية، ويكون محرماً إذا لم يكن هناك سبب وضرر شرعي مادي كان أو معنوي.

- موضوع الفسخ يعد صورة من صور فك الرابطة الزوجية، وهو نظام قانوني وجد لإنهاء الرابطة الزوجية، إلا أنه مختلف عن الصور الأخرى ومتميز.

- إن الأساس في وقوع الفسخ هو مخالفة الضوابط الشرعية التي يجب أن تتوفر في العقد عند إبرامه، وملازمته طيلة تنفيذه، ولذلك فإن الفسخ هو نقض العقد وإزالة ما يترتب عليه من آثار.

- اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في أسباب الفسخ، سواء تتعلق ذلك بركن من أركانه أو بشرط من شروطه، فعند الحنفية تخلف الولي لا يعد سبباً في الفسخ خلافاً للجمهور، كما أن تخلف الشهود عند إبرام العقد هو سبب للفسخ عند الجمهور خلافاً للمالكية الذين أوجبوا حضور الشاهدين عند الدخول، أما أثناء العقد فحضورهما مندوب.

- أما المشرع الجزائري فلم يتبع أي مذهب ونص في المادة 33 أن العقد يبطل إذا اختل ركن الرضا، وإذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بصداق المثل بعد الدخول.

- اقتصر العقد بالشروط الباطلة، اتفق الفقهاء على بطلان الشرط، ولكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها في العقد، فالحنفية عندهم لا يتأثر العقد بذلك، خلاف الشافعية والحنابلة في قول، وفرق المالكية بين الدخول وعدمه.

أما المشرع الجزائري فأخذ برأي الحنفية ونص في المادة 35 من ق.أ أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطل والعقد صحيح.

- إذا ثبتت الحرمة بين الزوجين بأحد أسباب التحريم المؤبد منهما أو المؤقت كان الزواج باطلاً، وحتى ولو طرأ التحريم بعد إبرام العقد فإن الزواج باطل بإجماع الفقهاء، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 34 من ق.أ والتي نصت على أن كل

زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، وجوب الاستبراء.

- يفسخ عقد الزواج بسبب إسلام أحد الزوجين أو بسبب ردة أحد الزوجين ولا تحتاج إلى حكم حاكم إلا عند التنازع، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إليها وترك ذلك للاجتهاد القضائي.

- أما فيما يخص الطلاق فالمشرع الجزائري أخذ بالطلاق المنشئ، وهذا من خلال تحليل نص المادتين 49 و50، فهذه المادتين تشكل خطرا على العلاقة الزوجية الشرعية من خلال التنظيم غير المحكم لمضمونها الذي خالف أحكام الشريعة الإسلامية، مما قد ينتج عنهما واقعة طلاق مزدوج، والذي ينتج عنه علاقات زوجية يحرمها الشرع ويحلها القانون، فالمادة 49 من ق.أ تعارض أحكام الشريعة الإسلامية من الناحية التطبيقية فيما يلي:

- أن المشرع لا يعترف بالطلاق الواقع خارج دائرة المحكمة مع العلم أنه طلاق شرعي وينتج آثاره منذ تاريخ التلفظ به وهذا هو الأصل.

- لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء القاضي محاولات الصلح، وهذا إجراء من النظام العام لا يجوز مخالفته، لكن قد يجمع بين أجنبيين مر على طلاقهما مدة زمنية قبل رفع الدعوى أمام القضاء وهنا الصلح يشكل خطرا على هذه الرابطة المحرمة شرعا والمحللة قانونا.

- أما بالنسبة لنص المادة 50 من ق.أ فأثارت إشكالات قانونية تمثلت في الرجعة والتي تكون في فترة العدة من طلاق رجعي، أما إذا انتهت فترة العدة فهنا لا بد من عقد ومهر جديدين.

- كما أن عدم اعتراف القانون بالطلاق الواقع خارج المحكمة ينتج عنه ازدواجية العدة وتوريث بين أجنبيين.

- لقد أجازت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري للزوجة حق فك الرابطة الزوجية، بمنحها الحق في التطليق وحققها في الخلع.

- لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق لأسباب ذكرها طبقا لنص المادة 53، كما أجاز لها الخلع مقابل مال طبقا لنص المادة 54.

- لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التظليق في حالة غياب الزوج لمدة سنة بدون عذر ولم يترك لها مال نفقة تعيش بها غير أنه لم يتطرق إلى مسألة إذا غاب الزوج دون عذر ولكن ترك لها ما تنفق على نفسها، فهنا هل يكيف الفعل الذي قام به الزوج أنه حالة هجر في المضجع إذا غاب مدة تفوق 4 أشهر؟
- أجاز المشرع للزوجة طلب التظليق طبقا لنص المادة 7/53 بسبب ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، مع أنه لم يبين معنى الفاحشة المبينة، كما أن التساؤل يطرح لماذا أخرج المشرع جريمة الفاحشة المبينة في فقرة لوحدها منفصلة عن ارتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة، مع أن الفاحشة المبينة تمس أيضا بشرف الأسرة، فكان على المشرع أن يكتفي بالفقرة 4 وتكون الفاحشة المبينة ضمنها.
- أما في مجال الخلع إن المشرع الجزائري جاء بمادة وحيدة وسطحية فتح بذلك المجال أمام الاجتهاد القضائي.
- على الرغم من الدور الكبير لحسن الاختيار والكفاءة بين الزوجين في حماية الرابطة الزوجية، وتفصيل فقهاء الشريعة الإسلامية فيها، والخوض في أحكامها، إلا أن المشرع لم ينص عليها.
- تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج فهي تساهم إلى حد كبير في ضمان حماية الرابطة الزوجية، باعتبارها فترة تعارف بين الخطيبين وأهليهما.
- لقد ألزم المشرع الجزائري المقبلين على الزواج بتقديم وثيقة طبية طبقا لنص المادة 7 مكرر، والتي تثبت خلوهما من الأمراض التي تتعارض مع الزواج، وهذا بناء على فحص طبي وإجراء تحاليل طبية وذلك لحماية الرابطة الزوجية.
- أخذ المشرع بالمذهب الحنبلي، وأجاز للزوجين الاشتراط خاصة بالنسبة للمرأة كشرط العمل وعدم التعدد طبقا لنص المادة 19 من ق.أ، وحماية لهذه الشروط أوجب إفراغها في شكل رسمي سواء كانت في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق له، مما يشكل ضمان لحماية الرابطة الزوجية.

- أوجب المشرع إفراغ عقد الزواج في قالب رسمي من ضابط الحالة المدنية أو الموثق، حماية للرابطة الزوجية من الإنكار، وصيانة للحقوق من الضياع.

- رتب المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 36 من ق.أ على الزوجين حقوق وواجبات قائمة على أساس الاحترام المتبادل، فإذا أودها قلت الخلافات والمشاكل بينهما، وهذا ما يضمن دوام الرابطة الزوجية.

- كما أقر المشرع بماء جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يخص استقلالية الذمة المالية للزوجين كقاعدة عامة، كما أجاز لهما أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحقا على ذمة مالية مشتركة بينهما تخص الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وهذا ضمان لحماية الرابطة الزوجية.

- نص المشرع الجزائري على وجوبية الصلح القضائي سواء في ق.أ أو في ق.إ.م.إ، وألزم القاضي بإجراء محاولات الصلح قبل الشروع في مناقشة موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية، وهذا راجع لأهمية الصلح في الحفاظ على استمرار الرابطة الزوجية، إلا أن تطبيقه من الناحية العملية يصطدم بعراقيل تحد من فعاليته في حماية الرابطة الزوجية.

- كما جعل المشرع الجزائري مسألة التحكيم بين الزوجين في حالة اشتداد الخصام بينهما ولم يثبت الضرر، واعتبره وجوبي في ق.أ أما في ق.إ.م.إ فاعتبره جوازي.

- ولم يعط المشرع التحكيم أهمية كافية لتفعيله، بالرغم من أهميته في الحد من الخلافات بين الزوجين.

أما الاقتراحات فتتمثل فيما يلي:

- ضرورة تعديل قانون الأسرة لوجود فراغات وتناقضات في مواده، مع صياغة نصوصه بطريقة تتماشى مع المقصد الشرعي المحدد لذلك، بحيث يتم توحيد الحكم بين الجانب الفقهي والقانوني، للخروج بقانون يلبي طموحات الأسرة الجزائرية، ويضمن لها قانون يرتكز على احترام مبادئ الشريعة الإسلامية التي يتم الرجوع إليها في حالة عدم وجود النص.

- النص على جزاء تخلف السن القانوني للزواج والإذن القضائي، مع تحديد معايير للضرورة والمصلحة.

- ترتيب جزاء تخلف الوثيقة الطبية مع ضرورة إشراك الأطباء عند إبرام عقد الزواج لتحديد فحوى الوثيقة.
- تعديل المادة 11 وذلك بحذف عبارة "أي شخص تختاره"، لأنه لا تفسير لها في الفقه الإسلامي.
- ضرورة النص على مصير عقد الزواج في حالة ردة أحد الزوجين في الإسلام.
- إعادة صياغة المادة 47، والنص على الفسخ كصورة من صور انحلال الرابطة الزوجية.
- تعديل المادة 49 بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية والاعتراف بالطلاق الواقع خارج المحاكم.
- تعديل المادة 50 الخاصة بالرجعة مع الأخذ بعين الاعتبار فترة العدة ونوع الطلاق (رجعي أو بائن).
- تعديل المادة 53 بإلغاء الفقرة 6 الخاصة بمخالفة شروط التعدد لأنه سبق النص عليها في نص المادة 8 مكرر، وإلغاء الفقرة 7، لأن الفاحشة المبينة تدخل ضمنياً في الجريمة الماسة بشرف الأسرة الموجودة في الفقرة 4، وإعادة صياغة الفقرة 2 على النحو التالي: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن عالمة بها.
- تحديد الأسباب المؤدية للخلع، والرفع من قيمة بدل الخلع للحد من انتشار هذه الظاهرة.
- ضرورة إنشاء محاكم مختصة في شؤون الأسرة يديرها قضاة مختصين وعلى دراية بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، مع إمكانية تخصيص قانون لإجراءات الأحوال الشخصية.
- على المقبلين على الزواج ضرورة الأخذ بعين الاعتبار معايير حسن الاختيار والكفاءة في الزواج، والاستغلال الجيد لفترة الخطوبة، لضمان استقرار وإستمرار الرابطة الزوجية.
- تفعيل الصلح والتحكيم بين الزوجين في سبيل حماية الرابطة الزوجية.
- ضرورة حضور الأئمة والمختصين جلسات الصلح والتحكيم.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

1- القرآن الكريم برواية ورش عن الإمام نافع.

2- الأحاديث النبوية

أ- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج 3، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.

ب- أبو يعلى أحمد "الموصلى"، مسند أبي يعلى الموصلى، تابع مسند أبي هريرة رضي الله عنه، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، 1984.

ج- ابن الجارود النيسابوري: أبو محمد عبد الله بن علي، المنتقى من السنن المسندة، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، ط1، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، 1988.

د- البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت.

هـ- البيهقي، السنن الصغرى، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، 1989.

و- البيهقي، السنن الكبرى، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

ز- الترميذي، سنن الترميذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى الباى الحلبي، مصر، 1975.

ح- الحافظ أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج1، كتاب الطلاق، باب الطلاق المكره، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

ط- النسائي، السنن الصغرى، تحقيق عبد الفتاح أو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986.

ي- النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى، الأربعون النووية، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، 2009.

ك- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (ﷺ) وسننه وأيامه-صحيح البخاري-، ط 1، دار طوق النجاة، 1422هـ.

ل- محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

م- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت.

ن - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري، المسند الصحيح المختصر، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

3- معاجم اللغة

أ- أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد بن هارون، دار الفكر، بيروت، 1979.

ب- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دون سنة نشر.

ج- الرازي: زين الدين أبو عبد الله، مختار الصحاح، ط5، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، 1999.

د- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، مطبعة دار الكتاب العربي، 1972.

هـ- الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، دار الحرمين، القاهرة، د،ت،ن.

و- علي بن محمد بن علي الجرجاني، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983.

ز- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ط 3، دار صادر، بيروت، 1414 هـ.

ح- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، د.س.ن.

4- النصوص القانونية

- القانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1434 الموافق لـ 9 أوت 2014، المعدل لقانون الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 24 شوال 1434 الموافق لـ 20 غشت 2014، المعدل بالقانون 17-03، المؤرخ في 10 يناير 2017، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخة في 11 يناير 2017.

- القانون رقم 21-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، الجريدة الرسمية، ع99، 2021، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11/06/1966، ع 49.

- المنشور الوزاري رقم 84-102، الصادر بتاريخ 1984/12/23، أصدره وزير العدل كتفسير للمادة 08 قبل تعديلها.

- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الوثوق، الجريدة الرسمية، ع 14، المؤرخة في 8 صفر 1427 الموافق لـ 8 مارس 2006.

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، ع 78، 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007.
- قانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022، الجريدة الرسمية، ع48، 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 05/11/ الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر 2006.

5- قرارات المحكمة العليا

- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 474956، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2009.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2014.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34980، نشرة القضاة، العدد 53، 1998.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 35107، الصادر بتاريخ 19/01/1983، م.ق، ع 2، 1990.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 34784، بتاريخ 19/11/1984، المجلة القضائية، ع 3، 1989.
- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، بتاريخ 17/12/1984، ملف رقم 35322، المجلة القضائية، العدد 4، 1989.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39941، الصادر بتاريخ 24/02/1986 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 39463، الصادر بتاريخ 02/10/1986، المجلة القضائية، العدد 1، 1989.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 48184، المؤرخ في 29/02/1988، عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، منشورات كلبيك، الجزائر، 2013.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 58788 الصادر بتاريخ 19/03/1990 عن بلحاج العربي، الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2018.

- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 75141، مؤرخ في 18/06/1991، المجلة القضائية، ع01.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 30/03/1993، المجلة القضائية، ع 04، 1996.
- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 174132، مؤرخ في 23/10/1997، نشرة القضاة، ع55، 1997.
- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 200198، مؤرخ في 21/07/1998، نشرة القضاة، ع56، 1998.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/07/2000، ملف رقم 249128، المجلة القضائية، ع 2، 2003.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 224655، صادر بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية، ع خاص، 2001.
- المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، بتاريخ 08/01/2003، ملف رقم 249349، المجلة القضائية، ع 02، 2003.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 315403، صادر بتاريخ 23/02/2005، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2005.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في 12/04/2006، ملف رقم 358665، المجلة القضائية، ع 2، 2006.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 356657، مؤرخ في 13/06/2007، غير منشور.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 415123، المؤرخ في 12/03/2008، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2008.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، صادر بتاريخ 12/03/2008، ملف رقم 415123، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2008.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، بتاريخ 12/04/2012، ملف رقم 699785، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2012.
- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 687997، مؤرخ في 14/06/2012، المجلة القضائية، ع 04.
- قرار المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، بتاريخ 13/03/2014، ملف رقم 0870291، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2014.

- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ملف رقم 0950026، قرار بتاريخ 2014/07/14، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2014، ص 278.

ثانياً: قائمة المراجع

1- كتب تفسير القرآن

- أ- أبو الحجاج مجاهد بن جبر، تفسير مجاهد، تحقيق: محمد عبد السلام أبو النيل، ط 1، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، 1989.
- ب- أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط 1، 2001.
- ج- أحمد بن علي بن أبي بكر الرازي الحصاص، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهدين، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- د- أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ط 1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباجي الحلبي وأولاده، مصر.
- هـ- ابن العربي: أبي بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن.
- و- ابن العربي، أحكام القرآن، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- ز- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ.
- ح- الشافعي، تفسير الإمام الشافعي، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفران، دار التدمرية، السعودية، 2006.
- ط- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964.
- ي- بن عاشور: محمد الطاهر بن محمد، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
- ك- عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط 1، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، 2000.
- ل- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ.
- م- محمد رشيد بن علي رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1990.

ن- وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ط2، دار الفكر المعاصر، دمشق.

2- كتب تفسير الأحاديث

أ- النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، ط2، بيروت، 1392هـ.

ب- بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

ج- محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986.

د- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، ط1، دار الحديث، مصر، 1993.

هـ- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف للزمخشري، ط1، دار ابن خزيمة، الرياض، 1414هـ.

3- كتب الفقه

أ- كتب الفقه المالكي

1- أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

2- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004.

3- ابن جزري، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، المكتبة الوقفية، 2011.

4- ابن فرحون: ابراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986.

5- ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دهر ابن عفان، مصر، 1997.

6- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، ط1، الجزائر.

7- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مكتبة المعارف للطباعة والنشر، لبنان، 2014.

- 8- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ط 1، بتحقيق: كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، د.ت.ن.
- 9- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007.
- 10- الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ج 2، ط 1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002.
- 11- الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، دار المعارف، د.ت.ن.
- 12- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن.
- 13- الزرقاني، على مختصر خليل، مطبعة أفندي، مصر، 1307هـ.
- 14- الزرقاوي، شرح الزرقاوي لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت.
- 15- القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي سعيد أعراب محمد بوخيرة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، بيروت، 1994.
- 16- خلف بن أبي القاسم محمد، أبو سعيد ابن البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: محمد الأمين ولد سالم بن الشيخ، ط 1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002.
- 17- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 4، ط 3، دار الفكر، 1412هـ - 1992م.
- 18- مالك بن أنس، المدونة، باب النكاح الأول، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 19- مالك بن أنس، الموطأ، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1985.
- 20- محمد بن أحمد بن جزي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، لبنان، 1968.
- 21- محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، الجزء 4، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة نشر.
- 22- محمد بن يوسف بن ابي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 23- يحيى بن يحيى الليثي، موطأ لإمام دار الهجرة مالك بن أنس، تحقيق: بشار عواد معروف، ط 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997.

ب- الفقه الحنفي

- 1- أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 2- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ط 1، 1947.
- 3- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ط 2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م.
- 4- ابن النجيم: زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ن.
- 5- السرخسي: محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993.
- 6- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
- 7- العيني: أبو محمد محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 8- الطحطاوي: أحمد بن محمد بن اسماعيل، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ط1، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 9- عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ.
- 10- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن.

ج- كتب الفقه الشافعي

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن.
- 2- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، باب الطلاق، ج 10، دار المنهاج، جدة، ط 1، 1421 هـ - 2000 م.
- 3- أبو علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة العناني، بغداد، 1972.
- 4- أبو علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، ط1، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

- 5- أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- 6- ابن همام كمال الدين، فتح القدير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 7- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
- 8- الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط 1.
- 9- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط 1، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- 10- النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى، المجموع شرح المذهب للشيرازي، مكتبة الارشاد، السعودية.
- 11- النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن.
- 12- النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، ط 1، دار الفكر، دمشق، 2005.
- 13- شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- 14- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ط 3، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م.
- 15- عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، الشؤون الدينية، قطر، 1982.
- 16- محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط 1، دار المنهاج، جدة، 2004.
- د- كتب الفقه الحنبلي**
- 1- أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى، المختصر في الفقه الحنبلي، دار الصحابة للتراث، 1993.
- 2- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، 2001.
- 3- ابن عادل الدمشقي، اللباب في علوم الكتاب، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، 1998.
- 4- ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ت.ن.

- 5- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بتحقيق: محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- 6- ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل الشيباني، ط1، تحقيق: محمود الأرناؤوط- ياسين محمود الخطيب، دار السوادي، جدة، 2000.
- 7- ابن قدامة، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، 1980.
- 8- ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ط1، تحقيق: شعبان محمد اسماعيل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1998.
- 9- ابن قدامة، المغني، ط3، تحقيق: عبدالله بن المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 10- ابن مفلح: ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، الآداب الشرعية والمنح المرعية، ط3، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999.
- 12- ابن مفلح: ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن اسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 13- البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن ادريس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن.
- 14- البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن ادريس، شرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1993.
- 15- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، 1428هـ.
- 16- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ن.

هـ - كتب فقه عام

- 1- أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، ط2، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ.
- 2- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، ط1، دار السلام، القاهرة، 1417هـ-1997م.
- 3- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.

- 4- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، ج9، دار الفكر، بيروت، د س ن.
- 5- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 6- أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1983.
- 7- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 8- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية: فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمان، الأردن، د.س.ن.
- 9- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية؛ دراسة تأصيلية من فقه القرآن الكريم والسنة النبوية والآراء الفقهية المعتمدة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
- 10- إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة - الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 11- ابن اللحام علاء الدين أبو الحسن، القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، 1999.
- 12- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحيم ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، دار المعرفة، بيروت، 1978.
- 13- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحيم ابن تيمية، الفتاوي الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.
- 14- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحيم ، مجموع الفتاوي، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1995.
- 15- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط 27، 1415هـ / 1994م.
- 16- الأمدي: علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- 17- الزمخشري: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407 هـ.
- 18- السيد سابق، فقه السنة (نظام الأسرة، الحدود والجنائيات)، المجلد 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 4، بيروت، 1983.

- 19- الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، 1414هـ.
- 20- الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ط1، دار الحديث، مصر، 1993.
- 21- الشيباني، أبو المظفر عون الدين، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 22- الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، 1994.
- 23- بدر عبد الحميد هميسه، الخلافات الزوجية (الأسباب - الحلول)، د.د.ن.، 2009.
- 24- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي و دراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، ط2، مصر، 1961.
- 25- حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية -فقها وقضاء-، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط 1، 2001.
- 26- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة (الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد)، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2006.
- 27- زكرياء إبراهيم، الزواج والاستقرار النفسي، مكتبة مصر، القاهرة، 1978.
- 28- زكرياء البري، حكمة الله في جوهر أحكام الأسرة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 29- سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ط2، دار الفكر، دمشق، 1981.
- 30- سيد قطب، في ظلال القرآن، ط 17، دار الشروق، بيروت - القاهرة، 1412هـ.
- 31- صالح بن غانم السدلان، النشوز، ضوابطه وحالاته وأسبابه وطرق الوقاية منه ووسائل علاجه، ط 4، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ.
- 32- صلاح عبد الغني محمد، الحقوق العامة للمرأة، مكتبة الدار العربية للكتاب، ط 1، مصر، 1998.
- 33- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجيين في الطلاق في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1968.
- 34- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجيين في الطلاق، دار الفكر، ط 3، بيروت، 1983.
- 35- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، ط 3، دمشق، 2005.
- 36- عبد الرحمن بن ابراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة، 2003.

- 37- عبد الرحمن بن عوف السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، دار الوراق، بيروت، ط 1، 2004.
- 38- عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 39- عبد الكريم الحلبي، الاحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، دار الرقي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1985.
- 40- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 1، بيروت، 1993.
- 41- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط 1، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004.
- 42- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
- 43- علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، د.ت.ن.
- 44- علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 45- عمر سلمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط 1، دار النفائس، الأردن، 1997.
- 46- عمر سليمان الأشقر، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 2001.
- 47- فتحي حسنة مصطفى، دعاوي الطلاق و الطاعة للمسلمين و غير المسلمين معلقا عليها بأحكام النقض المدنية، منشأة المعارف، مصر، 1991.
- 48- فدوى حلمي، فن التعامل مع الزوج، دار اليازوري، الأردن، 2007.
- 49- فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي مع تفسيره، ط 2، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
- 50- فيحان بن سالي بن عتيق المطيري، إتحاف الخلان بحقوق الزوجين في الإسلام، ط 1، دار العاصمة، السعودية، 1411هـ.
- 51- محمد بكر إسماعيل، القوانين الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ط 1، دار المنار، مصر، 1998.
- 52- محمد كمال الدين إمام، سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

- 53- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين -دراسة فقهية وقانونية-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- 54- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 1977.
- 55- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 56- محمود خليفة، الخطوط الحمراء بين الزوجين، دار الكتب المصرية، ط 1، مصر، 2009.
- 57- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، 2010.
- 58- محمود مهدي الاستانبولي، تحفة العروس أو الزواج الإسلامي السعيد، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2012.
- 59- مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، إحسان للنشر، ط 1، العراق، 2010.
- 60- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004.
- 61- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، ط 7، بيروت، 1999.
- 62- مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط 1، 1977.
- 63- مصطفى عيد الصيصانة، أسس اختيار الزوجة، دار التقوى، المدينة المنورة، 1993.
- 64- مصطفى مراد، مفتاح السعادة الزوجية، دار الفجر للتراث، ط 1، القاهرة، 2000.
- 65- ناظم محمد سلطان، قواعد وفوائد الأربعين، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط 2، المملكة العربية السعودية، 1410.
- 66- نزار محمود قاسم الشيخ، أسس اختيار الزوجين وأثره في الحد من الطلاق، مؤسسة الرسالة، ط 1، دمشق، 2005.
- 67- نور الدين عتر، أبغض الحلال، ط 3، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1984.
- 68- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، دمشق، 1985.
- 69- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار الوهبة، مصر، 2013.
- 70- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوي الهندية، دار الفكر، ط 2، بيروت، 1310هـ.
- س- كتب القانون**
- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 1، ط 10، دار هومة، الجزائر، 2009.

- 2- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004.
- 3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 4- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- 5- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري-، ط 1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
- 6- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 7- المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2020.
- 8- باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 9- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 10- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 11- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 12- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 13- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- 14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- 15- بلحاج العربي، قانون الأسرة: مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 16- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

- 17- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع و القضاء الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2018.
- 18- سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2012.
- 19- عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا في ضوء القضاء والفقهاء، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1985.
- 20- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت، 1998.
- 21- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط 2، قسنطينة، 1989.
- 22- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1999.
- 23- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 24- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2018.
- 25- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 26- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط 1، 2007.
- 27- عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 2015.
- 28- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- 29- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.
- 30- فركوس دليلة، عياش جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2016.
- 31- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (في الزواج والطلاق)، ج 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 32- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 33- كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994.

- 34- كمال ابراهيم مرسي، العلاقات الزوجية والصحة النفسية في الإسلام وعلم النفس، ط2، دار القلم ، الكويت، 1995.
- 35- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نسا وشرحا، دار الهدى، الجزائر، 2014.
- 36- لحسين بن شيخ آث لوياء، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 37- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، ج 5، الجزائر، 2001.
- 38- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014)، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 39- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012.
- 40- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2002.
- 41- ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 42- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 43- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2017.
- 44- نورة منصور، التطلاق وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2010.

ثانيا: الرسائل العلمية

- 1- إلمات ربيعة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.
- 2- اليزيد عيسات بلمامي، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2003/2002.
- 3- بن شويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2002/2001.
- 4- جبارة زينب، حماية الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، رسالة دكتوراه تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2020/2019.

- 5- خالدي أحمد، علاج الخلافات الزوجية في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية أدرار، 2013/2012.
- 6- خيرة مرسلاب، ظاهرة الخيانة الزوجية (دراسة ميدانية لحالات بالجزائر)، رسالة لنيل شهادة ماجستير في علم الاجتماع، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006.
- 7- سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، السنة الجامعية 2018/2017.
- 8- سليمان قدور محمد، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012/2011.
- 9- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2007/2006.
- 10- علي بن عوالي، الصلح و دوره في استقرار الاسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون-، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الانسانية و الحضارة الاسلامية، 2012/2011.
- 11- علي بن عوالي، ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2018/2017.
- 12- عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2018/2017.
- 13- فاطمة الزهراء القيسي، دور الصلح في حماية الأسرة، دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2007/2006.
- 14- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2015/2014.
- 15- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2006.
- 16- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، 2006-2005.

17- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

18- هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2020/2019.

19- نيكار أحمد محمد أغا، جرائم الخيانة الزوجية بين القانون والواقع، بحث مقدم ضمن متطلبات الترفيع، مجلس قضاء إقليم كردستان، العراق، 2017.

ثالثا: المقالات

1- أحسن زقور، تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 5، ع 9، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2004.

2- أحمد عبود علوان، دراسات فقهية لبعض المستجدات العصرية، مجلة مجمع، العدد 3، جامعة المدينة العالمية، كوالالمبور، ماليزيا.

3- أمنة تازير، كريمة محروق، الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، ع 01، 2020.

4- السيد محمد عبد النبي، نشوز الزوجة (المظاهر والأسباب والآثار طرق العلاج وسبل الوقاية)، مجلة الزهراء، المجلد 30، الجزء 1، جامعة الأزهر، 2020.

5- بدر ناصر مشرع السبيلي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح، مجلة الوعي الإسلامي، الإصدار السادس والسبعون، الكويت، 2014.

6- بريبر محمد، تأصيل التفرقة بين أركان عقد الزواج وشروطه في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد رقم 57، ع 01، 2020.

7- بريبر محمد، وقوع الطلاق وثبوته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 5، العدد 2، 2020.

8- بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 06، ع 01، 2021.

9- بن عوالي علي، الأسباب المبيحة للزوجة للطلب التفريق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 6، ع 1، 2020.

- 10- بوخاتم أسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 3، ع 2، 2017.
- 11- بوخاتم أسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 03، ع 2، 2017.
- 11- بوسطلة شهرزاد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، الإباحة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، المجلد 11، ع 2، 2018.
- 12- تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 36، ع 4.
- 13- توفيق شندارلي، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، ع 02، 2019.
- 14- حسين محمد يوسف، اختيار الزوجين في الإسلام وآداب الخطبة، كتاب محمل من مجلة الكتب العربية، د.دن، د.ت.ن.
- 15- حكيمة كحيل، عيوب الرضا وأثرها على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع 1، 2022.
- 16- دلال وردة، موقف المشرع الجزائري من الخيانة الزوجية الالكترونية وأثرها على انحلال الرابطة الزوجية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 08، ع 03، 2021.
- 17- دليلة برفاف، التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، ع 1، 2011.
- 18- رمضان حسن ضاحي عبد الحافظ، الأحكام الفقهية المتعلقة بالخطبة عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة كلية البنات الإسلامية بأسبوط، ع 18، جامعة الأزهر، مصر، 2021.
- 19- سعاد راحلي، أثر الطلاق اللفظي في إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة البحوث الأسرية، الصادر عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، المجلد 1، ج 1، العدد 1، 2021.
- 20- سعيد سميرة، والي عبد اللطيف، إشكالات التطبيق للضرر المعتبر شرعا بين النص القانوني وواقع العمل القضائي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، ع 3، 2022.
- 21- سويلم محمد، حماية الشريك والنسل من خلال الفحص الطبي قبل الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 13، 2020.

- 22- صارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، ع 01، 2011.
- 23- صالح بوشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 5، ع 9، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2004.
- 24- طهراوي نجاة، دور القاضي أثناء إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 2، نوفمبر 2020.
- 25- طويل شهرزاد، تسجيل عقود الزواج بمصلحة الحالة المدنية، مجلة الحكمة للدراسات الاجتماعية، المجلد 5، ع 12، 2018.
- 26- عاطف أحمد شاهين، منهج الشريعة الإسلامية في علاج النشوز بين الزوجين، مجلة التراث، المجلد 1، ع 1، 2011.
- 27- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الإحياء، ع 17-18، 2014-2015.
- 28- عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، ع 23، 2015.
- 29- عبد الحق لخذاري، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مجلة الإحياء، المجلد 20، ع 24.
- 30- عبد الحكيم بن هبري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والإجتهد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، ع 5، 2017.
- 31- عبد القادر بن داود، ق.أ.ج. في ضوء مشروع قانون تنظيم الشعائر الدينية لغير المسلمين في ميزان الشريعة الإسلامية والتزامات الجزائر الدولية، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، ع 13، 2017.
- 32- عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، ع 13، 2007.
- 33- عبد المنعم نعيمي، دور الحكمين في إجراء الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإحياء المجلد 21، ع 29، 2021.
- 34- عدلان مطروح، الشروط المقترنة ببعقد الزواج -دراسة مقارنة بين العقد الإسلامي والتشريع الجزائري-، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 9، ع 12، 2016.

- 35- عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع13، 2015.
- 36- علي أحمد أبو عودة، الخيانة الزوجية الإلكترونية: مفهومها، دوافعها، أحكامها، سبل علاجها، مقال منشور في الجريدة الإلكترونية دنيا الوطن، بتاريخ 2016/02/16.
- 37- عيسات اليزيد، تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، ع 1، 2018.
- 38- فاطمة الزهراء نسيصة، أمينة غولم، ظاهرة الخيانة الزوجية في المجتمع الجزائري، مجلة الآفاق لعلم الاجتماع، المجلد 5، ع1، 2015.
- 39- كريمة محروق، الزواج غير الموثق في الجزائر - المحاذير والطلول، مجلة التغيير الاجتماعي، المجلد 2، ع1، 2017.
- 40- لخضاري عبد الحق، أثر الاعتداد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 8، ع 1، 2021.
- 41- محروق كريمة، قيود تعدد الزوجات وأشكالاتها: قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الانسانية، المجلد ب، ع 2017، 48.
- 42- محمد أوعامري، ملاحظات حول المادة 33 من ق.أ إشكالية أركان وشروط العقد، مجلة دفاتر حقوق الطفل، المجلد 3، ع1، 2012.
- 43- مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 1، 2020.
- 44- مراد مليكة، إيقاع الطلاق الشفوي وإثباته بين الواقع والقانون، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 1، 2020.
- 45- منصور المبروك، الخيانة الزوجية في القانون الجنائي المغاربي، دراسة مقارنة تحليلية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 10، جانفي 2014.
- 46- منظمة التعاون الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 90 (9/7) الدورة التاسعة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 1995، الإصدار الرابع، 2020.
- 47- ميلود ميهوبي، الكفاءة في الزواج، مجلة الشهاب، المجلد 5، العدد 4، ديسمبر 2019.
- 48- نزار كريمة، التفريق للإيلاء بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، مج 6، ع 2، ديسمبر 2021.

- 49- نسيمة آمال حيفري، تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري بين الإباحة والتقييد، مجلة صوت القانون، المجلد 8، ع 2، 2022.
- 51- هادفي سيمه، لموشي عادل، تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، مجلة قضايا معرفية، المجلد 2، ع 1، 2022.
- 52- هنان مليكة وبواب بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 4.
- 53- وليد ضيف، علي دحامنية، قيود تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، ع 01، 2018.

رابعاً: أوراق بحثية في مؤتمرات

- 1- تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقص التشريعي والتطور الاجتماعي، مداخلة في اليومين الدراسيين الجزائريين الفرنسيين تحت عنوان قانون الأسرة في مواجهة التطورات الاجتماعية والعلمية، كلية الحقوق، جامعة وهران، يومي 27/28 نوفمبر 2004، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، 2007.
- 2- سوالم سفيان، الصلح بين الزوجين في دعوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، مداخلة في ملتقى وطني الموسوم ب حماية الاسرة في التشريع الجزائري، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، المدينة، المنعقد يومي 04 و 05 نوفمبر 2015.

خامساً: المواقع الإلكترونية

- 1- <https://saaod.org/mktrat/alzawaj>، موقع صيد الفوائد، المصدر مجلة الأسرة، ع 80.
- 2- أسد مجيب الله سعادة، مهارات حل الخلافات الزوجية في السنة النبوية، شبكة الألوكة، www.alukah.net.
- 3- الإمام ابن الباز، الخلافات الدائمة بين الزوجين ووسائل تلافئها، من موقع: <https://binbaz.org.sa/fatwas>
- 4- الموسوعة الحديثية: شروح الأحاديث، موقع الدرر السنية، <https://dorar.net/hadith.php>
- 5- أمل المخزومي، الخيانة الزوجية: أسبابها، آثارها، ظروفها، وضحاياها، موقع المنهل الكتروني، 2017.
- 6- بشاير المطيري، شكوك قانونية تواجه الطلاق الإلكتروني، من الموقع الإلكتروني: www.emaratalyoun.com

- 7- بندر بن محمد المحميد، خاص للمقبلين على الزواج، دار ابن الأثير، كتيبات اسلامية،
www.ktibat.com.
- 8- عامر العبود، أسباب الخلافات الزوجية المستمرة وطرق حلها، من موقع
<https://www.hellooha.com/articles>، تاريخ النشر: 2020/08/09، آخر تحديث
2021/10/28.
- 9- علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة الحديثية -شروح الأحاديث-، موقع الدرر السنية، 1445هـ،
<https://dorar.net/hadith/sharh/146728>
- 10- علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة الحديثية: شروح الأحاديث، موقع الدرر السنية،
<https://dorar.net/hadith.php>
- 11- علي أبو البصل، الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، شبكة الألوكة، من موقع www.aluka.net.
- 12- منتدى العدالة والقانون العربية، نقلا عن موقع: www.justic.lawhome.com

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	أطراف الآيات	السورة	رقم الآية	الصفحات
1	﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾	البقرة	35	348
2	﴿وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾	البقرة	177	186
3	﴿أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾	البقرة	187	313
4	﴿هُنَّ لِيَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ لَهُنَّ﴾	البقرة	187	345، 122
5	﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾	البقرة	195	295، 138
6	﴿وَمَنْ يَزِدْكُمْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾	البقرة	217	90
7	﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾	البقرة	221	231
8	﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾	البقرة	222	315، 313
9	﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾	البقرة	227-226	205
10	﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾	البقرة	227	24
11	﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾	البقرة	228	48، 47
12	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾	البقرة	228	339، 308، 306
13	﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾	البقرة	229	3، 48، 52، 123، 173، 155، 126
14	﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾	البقرة	229	359
15	﴿..... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾	البقرة	230	74، 52، 49
16	﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾	البقرة	231	155
17	﴿ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾	البقرة	231	352
18	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ﴾	البقرة	232	284، 73
19	﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾	البقرة	233	343
20	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة	233	324، 319
21	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾	البقرة	236	14، 17، 36، 276
22	﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	البقرة	237	282
23	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾	البقرة	280	153
24	﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ﴾	البقرة	282	292
25	﴿لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	البقرة	286	170
26	﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنَّي وَضَعْتُهَا أُنْثَى﴾	آل عمران	36	36
27	﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ﴾	آل عمران	159	352
28	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اصْبِرُوا﴾	آل عمران	200	339
29	﴿وَإِنْ حِفْتُمْ إِلَّا نَقِسُوا فِي الْيَتَامَى﴾	النساء	3	189
30	﴿فَإِنْ كُنْتُمْ مِنْ النَّسَاءِ﴾	النساء	3	270
31	﴿فَإِنْ حِفْتُمْ إِلَّا تَعَدَّلُوا فَوَاحِدَةً﴾	النساء	3	262
32	﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾	النساء	4	76
33	﴿وَإِنتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾	النساء	6	330، 329، 258
34	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	النساء	19	2، 4، 125، 126،

فهرس الآيات القرآنية

339 ، 317				
278	20	النساء	﴿وَأْتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾	35
280	21	النساء	﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾	36
198 ، 197 ، 113	22	النساء	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾	37
113	23	النساء	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾	38
279	24	النساء	﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾	39
280 ، 108 ، 76	24	النساء	﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	40
76 ، 72	25	النساء	﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾	41
328	32	النساء	﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا كَسَبْنَ﴾	42
331 ، 306	34	النساء	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾	43
، 232 ، 200 ، 138 347	34	النساء	﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾	44
350 ، 306	34	النساء	﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾	45
34 ، 15	34	النساء	﴿... فَإِنْ أَطَعْتُمُ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾	46
، 366 ، 364 ، 5 389 ، 372 ، 370	35	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾	47
21	43	النساء	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾	48
366	65	النساء	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾	49
388	114	النساء	﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ﴾	50
388 ، 358	128	النساء	﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾	51
262	129	النساء	﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾	52
361 ، 3	130	النساء	﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاَ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾	53
186	1	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	54
231	5	المائدة	﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾	55
262	8	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ﴾	56
366	42	المائدة	﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ﴾	57
31	87	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾	58
196	151	الأنعام	﴿وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ﴾	59
197	81-80	الأعراف	﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ﴾	60
388	1	الأنفال	﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ﴾	61
337	28	الرعد	﴿أَلَا بِذِكْرِ اللَّهِ تَطْمَئِنُّ الْقُلُوبُ﴾	62
353	125	النحل	﴿ادْخُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ﴾	63
138	23	الإسراء	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾	64
196	32	الإسراء	﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزُّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾	65
352	44-43	طه	﴿ادْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ (43) فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ﴾	66
313	6-5	المؤمنون	﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْوَجِهِمْ حَافِظُونَ﴾	67

فهرس الآيات القرآنية

345	8	المؤمنون	﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾	68
243	3	النور	﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾	69
212	10-6	النور	﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾	70
243	26	النور	﴿الْحَيَّاتِ لِلْحَيَّاتِ وَالْحَيَّاتُونَ لِلْحَيَّاتِ﴾	71
254، 252	31-30	النور	﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾	72
285، 247، 100	32	النور	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾	73
274، 101	33	النور	﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾	74
237	25	القصص	﴿فَجَاءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَاءٍ...﴾	75
285	27	القصص	﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾	76
234، 35، 2	21	الروم	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾	77
352	13	لقمان	﴿وَإِذْ قَالَ لِقْمَانَ لِابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ﴾	78
243	18	السجدة	﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾	79
22	5	الأحزاب	﴿... وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾	89
31	21	الأحزاب	﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾	81
38، 28	28	الأحزاب	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾	82
308	33	الأحزاب	﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾	83
270	37	الأحزاب	﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾	84
261	1	فاطر	﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ فَاطِرِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ جَاعِلِ الْمَلَائِكَةِ رُسُلًا﴾	85
348	37	الشورى	﴿وَإِذَا مَا غَضِبُوا هُمْ يَغْفِرُونَ﴾	86
388	9	الحجرات	﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا.....﴾	87
246	13	الحجرات	﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتَّقَاكُمْ إِنْ اللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾	88
219	2	المجادلة	﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾	89
87، 86	10	الممتحنة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ﴾	90
338	14	التغابن	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عَدُوًّا لَكُمْ﴾	91
36، 28، 17، 14، 43	1	الطلاق	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ....﴾	92
257	4	الطلاق	﴿وَاللَّائِي يَيْسَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾	93
75، 49	2	الطلاق	﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾	94
319	7-6	الطلاق	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾	95
325، 153	7	الطلاق	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ﴾	96
346، 31	2-1	التحريم	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾	97

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	أطراف الأحاديث	الصفحات
1	«يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما»	15
2	«أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»	15
3	«مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد»	45، 16
4	«إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»	18
5	«رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر»	19
6	«كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»	19
7	«لا طلاق، ولا عتاق في غلاق»	20
8	«كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»	20
9	«إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرء ما نوى»	22
10	«إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكروها عليه»	101، 23، 22، 274
11	«ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح، والطلاق، والرجعة»	100، 23
12	«ثلاث لا يجوز اللعب فيهن، الطلاق، والنكاح، والعتق»	23
13	«يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما»	36
14	«إني ذاكر لك أمرا، فلا عليك أن لا تعجلي فيه حتى تستأمرني أبويك»	38
15	«أن العجلاني طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله (ﷺ) بعد الفراغ من الملاعة»	46
16	«طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، أشهد على طلاقها، وعلى رجعتها، ولا تعد»	49
17	«لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك»	170، 53
18	«أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها، فنكاحها باطل»	286، 72
19	«لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»	73
20	«الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها»	74
21	«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»	75
22	«لا نكاح إلا بشهود»	75
23	«التمس ولو خاتما من حديد»	77
24	«إني تزوجت امرأة على وزن نواة»	77
25	«من بدل دينه فقتلوه»	90
26	«ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى»	185، 105
27	«لا يحل للمرأة أن تصوم يوما تطوعا وزوجها شاهد إلا بإذنه»	309، 105
28	«إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحلتتم به الفروج»	186، 105
29	«المسلمون على شروطهم ما وافق الحق منها»	106
30	«لا شغار في الإسلام»	106
31	«ألا أخبركم بالتيس المستعار»	107
32	«تزوجتها أهلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم»	107
33	«ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن كان أعطى شيئا فلا يأخذه»	107

فهرس الأحاديث النبوية

114	«لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان من النكاح»	34
128، 124	«أتردين عليه حديقته؟»	35
125	«أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»	36
138	«أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة»	37
142	«ألا لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له»	38
146	«أن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا»	39
153	«هن حولي كما ترى يسألنني النفقة»	40
154	«يا عائشة، إنني أريد أن أعرض عليك أمراً»	41
154	«لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها»	42
155	«أفضل الصدقة ما ترك غني»	43
156	«يفرق بينهما»	44
173	«لا ضرر ولا ضرار»	45
173	«البيسي ثوبك»	46
197	«أن تجعل لله ندا وهو خلقك»	47
351، 200	«ألا واستوصوا بالنساء خيراً، فإنما هن عوان عندكم»	48
206	«لا، ولكني آليت منهن شهراً»	49
212	«قد أنزل فيك وفي صاحبك قرآن، فاذهب فأت بها»	50
213	«البيبة أو حد في ظهرك»	51
219	«اتقي الله فإنه ابن عمك»	52
243، 232	«تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها»	53
233	«التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره»	54
233	«إن الدنيا كلها متاع، وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة»	55
233	«أربع من السعادة: المرأة الصالحة، والمسكن الواسع، والجار الصالح»	56
235	«لا، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال، تزوجوا الودود الولود»	57
236	«وما تصنع بإزاريك؟ إن لبسته لم يكن عليها منه شيء»	58
237	«نساء قریش خير نساء ركب الإبل، أحناه على طفل»	59
238	«هل تزوجت بكراً أم ثيباً»	60
238	«عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب أفواها، وأنتق أرحاما»	61
240	«ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء»	62
240	«تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم»	63
242	«يا عباس، ألا تعجب من حب مغيث بريرة»	64
243	«إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه»	65
247	«إن ريكم واحد، وآباكم واحد ولا فضل لعربي على عجمي»	66
247	«العرب بعضهم أكفاء بعض والموالي بعضهم أكفاء بعض»	67
248	«اللهم أحيني مسكينا وأممتي مسكينا وأحشرنني في زمرة المساكين يوم القيامة»	68

فهرس الأحاديث النبوية

248	«ليس لك عليه نفقة»	69
253	«أنظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»	70
253	«أنظرت إليها؟»	71
253	«إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فيلعل»	72
255	«شمي عوارضها وانظر على عرقوبيها»	73
256	«الأرواح جنود مجندة فما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف»	74
262	«اللهم هذا قسمي، فيما أملك فلا تلمني، فيما تملك ولا أملك»	75
263	« من كانت له امرأتان فمال على إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل»	76
263	«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة»	77
278	«إن أعظم النساء بركة أسرهن صداقا»	78
279	«التمس ولو خاتم من حديد»	79
285	«لا نكاح إلا بولي»	80
286	«الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»	81
289	«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك، فهو باطل»	82
290	«أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدقوف»	83
295	«لا يورد ممرض على مصح»	84
295	«لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد»	85
296	«... ما بال رجال يشترطون شروطا ليس في كتاب الله»	86
296	«إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه»	87
306	«لو كنت آمرا أحد أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»	88
306	«التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره»	89
307	«إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها وحفظت فرجها»	90
307	«لا، إنه قد لعن الموصلات»	91
308	«إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح»	92
309	«يا رسول الله، ما حق الزوج على زوجته؟»	93
313	«اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله»	94
314	«أوليس قد جعل الله لكم ما تصدقون به؟ بكل تسبيحة صدقة»	95
318	«واستوصوا بالنساء خيرا، فإنهن خلقن من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه»	96
318	«خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»	97
318	«أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، أو اكتسبت ولا تضرب الوجه»	98
319	«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»	99
320	«أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، أو اكتسبت ولا تضرب الوجه»	100
325	«خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»	101
329	«أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك»	102
331	«يا معشر النساء، تصدقن فإني رأيتكن أكثر أهل النار»	103

فهرس الأحاديث النبوية

332	«لا يجوز لامرأة عطية، إلا بإذن زوجها»	104
332	«لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟»	105
338	«إن إبليس يضع عرشه في الماء، ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة»	106
339	«إن الرفق لا يكون في شيء إلا زانه، ولا ينزع من شيء إلا شانه»	107
340	«تعال سأسابقك»	108
341	«إن الله يغار، وإن المؤمن يغار، وغيره الله أن يأتي المؤمن ما حرم عليه»	109
341	«من الغيرة ما يحب الله ومنها ما يبغض الله، فأما التي يحب الله فالغيرة في الريبة»	110
342	«كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام راع وهو مسؤول، والرجل راع على أهله»	111
345	«إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة، الرجل يفضي إلى امرأته، وتفضي إليه»	112
354	«فاضربوهن ضرباً غير مبرح»	113
360	«إليك عني فإنه ليس بيومك»	114
367	«وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله»	115
367	«أشترى رجل من رجل عقاراً له، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره»	116
367	«أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما»	117
368	«وإذا كان بين الرجل وامرأته تدارواً بعثوا حكيمين فأقبلا على الذي جاء»	118
389	«الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»	119
389	«ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟»	120

1	مقدمة
الفصل التمهيدي: الجانب المفاهيمي للطلاق	
11	تمهيد
12	المبحث الأول: مفهوم الطلاق
12	المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليل مشروعيته
12	الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحا
14	الفرع الثاني: حكمه ودليل مشروعيته
17	المطلب الثاني: أركان الطلاق
18	الفرع الأول: ركن المطلق
26	الفرع الثاني: ركن المطلقة
27	الفرع الثالث: الصيغة أو ما يقع به الطلاق
35	المبحث الثاني: الحكمة من الطلاق وبيان أقسامه
35	المطلب الأول: الحكمة من تشريع الطلاق
35	الفرع الأول: الحكمة من كون الطلاق بيد الرجل
37	الفرع الثاني: الإنابة في الطلاق
42	الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري
43	المطلب الثاني: أقسام الطلاق
43	الفرع الأول: تقسيم الطلاق باعتبار موافقته للسنة النبوية مخالفته
46	الفرع الثاني: تقسيم الطلاق باعتبار حق الزوج في المراجعة
56	الفرع الثالث: تقسيم الطلاق بحسب الصيغة
الباب الأول: الأسباب الشرعية والقانونية الموجبة لفك الرابطة الزوجية	
الفصل الأول: فك الرابطة الزوجية بين الخلل والإرادة	
65	المبحث الأول: عقد الزواج بين الفساد والبطلان
66	المطلب الأول: فسخ عقد الزواج الفاسد
66	الفرع الأول: مفهوم فسخ عقد الزواج
71	الفرع الثاني: حالات فسخ عقد الزواج
72	البند الأول: فسخ عقد الزواج لتخلف شرط من شروطه
83	البند الثاني: الفسخ بسبب تغيير الدين

فهرس المحتويات

93	المطلب الثاني: بطلان عقد الزواج
93	الفرع الأول: مفهوم بطلان عقد الزواج
96	الفرع الثاني: حالات بطلان عقد الزواج
115	المبحث الثاني: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين
115	المطلب الأول: حالات الطلاق بإرادة الزوجين
116	الفرع الأول: الطلاق بالتراضي
122	الفرع الثاني: الخلع
131	المطلب الثاني: حالات الطلاق بإرادة الزوج
132	الفرع الأول: نشوز الزوجة
139	الفرع الثاني: الخيانة الزوجية
الفصل الثاني: التفريق القضائي	
150	المبحث الأول: التفريق القضائي بطلب من الزوجة
151	المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية
151	الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق ولغياب الزوج
151	البند الأول: التطليق لعدم الإنفاق
162	البند الثاني: التفريق بسبب الغيبة
168	الفرع الثاني: التطليق بسبب العيوب والشقاق المستمر
168	البند الأول: التطليق بسبب العيوب
178	البند الثاني: التطليق للشقاق
184	المطلب الثاني: أسباب التطليق لمخالفة الزوج القانون
184	الفرع الأول: عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أو التدليس
184	البند الأول: عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في العقد
189	البند الثاني: التطليق للتدليس في مسألة تعدد الزوجات
192	الفرع الثاني: التطليق للحبس أو ارتكاب الزوج فاحشة
193	البند الأول: التطليق لحبس الزوج
196	البند الثاني: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة
199	المبحث الثاني: التفريق بين الزوجين بحكم الشرع
199	المطلب الأول: التفريق للإيلاء والهجر

200	الفرع الأول: التفريق للهجر في المضجع
203	الفرع الثاني: التفريق للإيلاء
210	المطلب الثاني: التفريق للعان والظهار
210	الفرع الأول: التفريق للعان
218	الفرع الثاني: التفريق للظهار
الباب الثاني: آليات حماية الرابطة الزوجية	
الفصل الأول: الآليات الوقائية لحماية الرابطة الزوجية	
229	المبحث الأول: أهمية مقدمات الزواج في حماية الرابطة الزوجية
230	المطلب الأول: حسن اختيار الزوجين
230	الفرع الأول: حسن اختيار الزوجة
239	الفرع الثاني: الكفاءة في الزواج
250	المطلب الثاني: أهمية الخطبة والرخص القضائية في حماية الزواج
251	الفرع الأول: دور الخطبة في ضمان حماية الرابطة الزوجية
256	الفرع الثاني: دور الرخص القضائية في حماية الزواج
268	المبحث الثاني: حماية الرابطة الزوجية أثناء إنشائها ومقومات استمرارها
269	المطلب الأول: حماية وجود الرابطة الزوجية
269	الفرع الأول: الأركان والشروط الشرعية لعقد الزواج
269	البند الأول: ركن الرضا
276	البند الثاني: الشروط الشرعية لعقد الزواج
294	الفرع الثاني: الإجراءات القانونية السابقة لعقد الزواج
305	المطلب الثاني: مقومات استمرار الرابطة الزوجية
305	الفرع الأول: حقوق الزوج
312	الفرع الثاني: حقوق الزوجة
الفصل الثاني: الآليات العلاجية لحماية الرابطة الزوجية	
336	المبحث الأول: دور الزوجين والحكمين في علاج الخلافات الزوجية
337	المطلب الأول: علاج الخلافات من طرف الزوجين
337	الفرع الأول: عوامل منع الخلافات الزوجية وأخلاقيات التعامل معها
350	الفرع الثاني: علاج الزوجين لحالة النشوز

فهرس المحتويات

350	البند الأول: حق الزوج في تأديب زوجته الناشز
356	البند الثاني: علاج نشوز الزوج
363	المطلب الثاني: التحكيم بين الزوجين
364	الفرع الأول: ماهية التحكيم بين الزوجين
376	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين
384	المبحث الثاني: الصلح القضائي بين الزوجين
385	المطلب الأول: ماهية الصلح بين الزوجين
385	الفرع الأول: مفهوم الصلح بين الزوجين
394	الفرع الثاني: إجراءات انعقاد جلسة الصلح بين الزوجين
403	المطلب الثاني: الصعوبات التي تحد من تفعيل إجراء الصلح والحلول المقترحة
403	الفرع الأول: صعوبات نجاح الصلح بين الزوجين
406	الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتفعيل الصلح بين الزوجين
410	خاتمة
417	قائمة المصادر والمراجع
443	فهرس الآيات القرآنية
446	فهرس الأحاديث
450	فهرس المحتويات