

## السنة الأولى ماستر: أحوال شخصية.

مقياس: قضايا أسرية.

### المحور الأول: الكفاءة في النكاح.

المطلب الأول: تعريف الكفاءة لغة واصطلاحاً:

الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة: المساواة والمماثلة والمناظرة، وكل شيء ساوى شيئاً حتى صار مثله فهو مكافئ له، ومنها قوله تعالى: "ولم يكن له كفواً أحد". سورة الإخلاص، الآية: 04.

وعن علي -كرم الله وجهه- قال: قال رسول الله ﷺ - "المؤمنون تتكافؤ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم". (أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي). أي تتساوى دماؤهم في الدية والقصاص.

والكفاءة: المماثلة في القوة والشرف، ومنه الكفاءة في الزواج: أن يكون الرجل مساوياً للمرأة في حسبها ودينها وغير ذلك، والكفاءة للعمل: القدرة عليه، وحسن تصريفه.

الفرع الثاني: تعريف الكفاءة اصطلاحاً: يراد بها مساواة خاصة، وهي المساواة أو المقارنة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلفت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياءها من التعير والأذى.

والكفاءة معتبرة في النكاح لأن المصالح إنما تنتظم بين المتكافئين عادة، وهي معتبرة في جانب الرجل لا المرأة، فلا يشترط أن تكون المرأة كفواً للرجل، فالرجل لا يغيظه أن تكون الزوجة غير كفاء له، والزوجة ترتفع بارتفاع مكانة الرجل، وأما المرأة تأبى أن يكون الزوج أدنى منها وتعيره بذلك، والزوج لا يرتفع بارتفاع مكانة المرأة، فاعتبرت الكفاءة في جانب الرجل لا المرأة، والكفاءة حق للمرأة وأولياءها، وهي معتبرة في أول العقد ولا يشترط استمرار وجودها.

المطلب الثاني: الحكمة من اعتبار الكفاءة: غني عن البيان أن الشريعة الإسلامية لها

ميزان واحد تزن الناس جميعاً به هو ميزان التقوى لقوله تعالى: إن أكرمكم عند الله أتقاكم". سورة الحجرات، الآية: 13.

وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: "قيل يا رسول الله، من أكرم الناس؟ قال: أتقاهم...". صحيح مسلم. هذا المبدأ لا يختلف في حالة من الأحوال، وليس محلاً للاجتهاد، ولذا ونحن نتحدث عن الكفاءة بين الزوجين لا يجوز أن يخطر ببال أحد أن الإسلام يقسم الناس إلى طبقات، والإسلام يجيز عقد الزواج بين الرجل والمرأة وإن كان الرجل ليس كفواً للمرأة، وإنما عد الإسلام الكفاءة في الزواج شرطاً عندما لا ترضى الزوجة أو وليها بالزوج لعدم كفاءته.

وعقد الزواج لا تقتصر آثاره على الزوجين فحسب، بل تمتد إلى أقارب الزوجين بما في ذلك من توارث وصلة رحم وتحريم بسبب المصاهرة، فإذا لم تكن الأطراف المعنية والتي تمتد آثار العقد إليها راضية، فإن العقد يكون على خطر الإنهدام غالباً، فلو أمضيناه مع

رفضهم له لأدى انهياره إلى حدوث أضرار لا تقتصر على الزوجين فحسب، بل تصيب الأسر ذات العلاقة.

### المطلب الثالث: الأمور المعتبرة في الكفاءة:

تعتبر الكفاءة في المذهب الحنفي في ستة أمور في جانب الرجل، وهي النسب، والدين، والمال، والحرفة أو الصنعة، والإسلام، والحرية، وفيما يلي تفصيل ذلك:

**أولاً: النسب:** فهو ما يقع التفاخر به، فقريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، والعربي عند الفقهاء هو: من يعرف اتصال نسبه إلى قبيلة من القبائل، والعجم ليسوا بأكفاء للعرب، وهم أكفاء لبعضهم، والأصل فيه قول النبي ﷺ - " قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل".

وقد ذهب أبو يوسف إلى أن العالم كفاء لأقوى الناس شرفاً ونسباً، ويرتفع بكفائه للقرشية، بل حتى الهاشمية، لأن شرف العلم فوق شرف النسب.

**ثانياً: الدين:** فليس الفاسق بكفاء للصالحة أو بنت الصالح، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر، والتعبير بالفسق أشد وجوه التعبير، وعليه فلو أن امرأة من بنات الصالحين زوجت نفسها من فاسق، كان للأولياء حق الاعتراض عندها.

**ثالثاً: المال:** وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة، وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا بتعجيله، لأن ما وراءه مؤجل عرفاً، وعن أبي يوسف: اعتبر القدرة على النفقة دون المهر، لأنه تجري المساهلة في المهر، ويعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه.<sup>1</sup>

وأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد، حتى إن الفاتكة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة، لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويعيرون بالفقر.

وقال أبو يوسف: لا يعتبر، لأنه لا ثبات له، إذ المال غاد ورائح.

**رابعاً: المهنة أو الحرفة أو الصناعة:** والمراد بها العمل الذي يمارسه الشخص

لكسب رزقه وعيشه، وقد عد الجمهور غير المالكية الحرفة في خصال الكفاءة، بأن تكون حرفة الزوج أو أهله مساوية أو مقاربة لحرفة أهل الزوجة.

فلا يكون صاحب حرفة دنيئة كالحجام والحائك والزبال والراعي، كفؤاً لبنت صاحب صناعة جليلة أو رفيعة كالتاجر والطار والصيرفي، ولا تكون بنت التاجر كفؤاً لبنت العالم والقاضي نظراً للعرف.

والمعول عليه في تصنيف الحرف هو العرف، وهذا يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة، فقد تكون الحرفة دنيئة في زمن، ثم تصبح شريفة في زمن آخر، وقد تكون الحرفة وضيعة في بلد، وتكون رفيعة في بلد آخر.

<sup>1</sup>-يسار أبيه: اليسار من اليسر وهو ضد العسر، واليسار: هو الغنى (كثرة المال).

**خامسا: الإسلام:** ويعتبر بخصوص غير العرب، وليس المعنى كون الزوج مسلما، لأن ذلك من شروط صحة النكاح، بل المقصود اعتبار الأصول المسلمة في الكفاءة في حق العجم، أي غير العرب، وأما في العرب فهو غير معتبر، فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفاء لمن لها آباء في الإسلام، لأن العرب يتفاخرون بالنسب، فيعدون النسب كفوًا لنسب آخر، وأما العجم فمفاخرتهم بالإسلام دون النسب. فيتبين أن الإسلام معتبر في حق العرب بالنسبة إلى الزوج وحده لا إلى أبيه وجدته، وفي حق العجم بالنسبة إلى الزوج وأبيه وجدته، وهذا مذهب أبي حنيفة، وذهب أبو يوسف إلى أن من له أب واحد في الإسلام كفو لمن لها آباء فيه.

**سادسا: الحرية:** وهي ضد العبودية، وهي معتبرة في حق العجم غير العرب، وأما الحرية بالنسبة للعرب فهي لازمة لهم، لأنه لا يجوز استرقاقهم، والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام، أي كما ذكرنا سابقا في الإسلام. وذهب أبو يوسف إلى أن من له أب واحد في الحرية كفو لمن لها آباء كثر فيها، وذلك كما ذكرنا في الإسلام.

هذا وقد نظم الحموي ما تعتبر فيه الكفاءة فقال: إن الكفاءة في النكاح تكون في ست لها بيت بديع قد ضبط. **نسب وإسلام كذلك حرفة \*\*\*\*\* حرية وديانة مال فقط.** هذا وقد ذهب **المالكية:** إلى أن الكفاءة في الدين، أي أن يكون الزوج متدينا وغير فاسق، والسلامة من العيوب الجسمية، التي لا يمكن المعاشرة معها إلا بضرر. والعيوب المثبتة للخيار في النكاح: كالجنون والجدام والبرص، ولقد اعتبرها **المالكية** و**الشافعية** من خصال الكفاءة، فمن كان به عيب منها رجلا أو امرأة ليس كفوًا للسليم من العيوب، لأن الناس تعاف من به بعضها، ويختل بها مقصود النكاح. ولم يعتبر **الحنفية والحنابلة** السلامة من العيوب من شروط الكفاءة، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها، لأن ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح صاحب العيوب. واستدل **المالكية** فيما ذهبوا إليه إلى حديث أبي حاتم المزني قال: قال: رسول الله ﷺ - "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، قالوا: يا رسول الله وإن كان فيه، قال: إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ثلاث مرات". رواه الترمذي.

وفي الحديث دليل على اعتبار الكفاءة في الدين والخلق، ويدل عليه قوله تعالى: "إن أكرمكم عند الله أتقاكم".

أما **الشافعية:** فاعتبروا الكفاءة في الزواج في خمسة وهي: - السلامة من العيوب المثبتة للخيار- الحرية- النسب- الدين أو العفة- الحرفة. وأما **الحنابلة:** فقد اختلفت الرواية عن أحمد، فقد روي عنه: هما شرطان: التدين، والنسب. وعنه أنها خمسة: التدين، والنسب، والحرية، والصناعة، واليسار. بعد استعراض مذاهب الفقهاء في الكفاءة، فالأرجح ما ذهب إليه المالكية، أن الكفاءة معتبرة في الدين والسلامة من العيوب، لما يلي:

**أولاً:** الإسلام دعا إلى اعتبار أن الأساس في المسلم هو التقوى والصلاح، دون التفاخر بالأنساب والأحساب والأموال، وأذهب عن المسلمين نخوة الجاهلية وتفاخرها بالأباء والأجداد، قال تعالى: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير". سورة الحجرات، الآية: 13.  
ثانياً: قال رسول الله ﷺ - "لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى". رواه أحمد في مسنده.

**ثالثاً:** عن أبي حاتم المزني قال: قال رسول الله ﷺ - "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، قالوا: يا رسول الله وإن كان فيه، قال: إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ثلاث مرات". رواه الترمذي. وفيه دليل على اعتبار الكفاءة في الدين والخلق.  
**رابعاً:** أمر النبي ﷺ - فاطمة بنت قيس - "أن تنكح أسامة بن زيد مولاه، فنكحها بأمره". متفق عليه.

**خامساً:** زوج الرسول ﷺ - زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية.  
**سادساً:** روي أن بلالا - رضي الله عنه - خطب إلى قوم من الأنصار، فأبوا أن يزوجه، فقال له رسول الله ﷺ - "قل لهم: إن رسول الله ﷺ - يأمركم أن تزوجوني".  
**سابعاً:** عن عائشة - رضي الله عنها - "أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس وكان ممن شهد بدرًا مع النبي ﷺ - تبنى سالماً قبل أن يحرم الإسلام التبني، وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهو مولى لامرأة من الأنصار". رواه البخاري.  
**ثامناً:** لقد زوجت أخت عبد الرحمان بن عوف من سيدنا بلال بن رباح، وهو حبشي.  
**تاسعاً:** إن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الأبواب بالإعتبار بها باب الدماء، لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الأبواب، ومع هذا لم يعتبر، حتى يقتل الشريف بالوضيع، فها هنا أولى، والدليل عليه أنها لم تعتبر في جانب المرأة، فكذا في جانب الزوج.  
**عاشراً:** أن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو الأولياء أو لهما، فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب.

**أما قانون الأسرة الجزائري فلم يشترط الكفاءة في عقد الزواج لا للمرأة ولا لأولياءها، وهذا باتباع ما ذهب إليه المالكية وهو ما جاء في المادة 04 منه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...". لكن الأولى مراعاة التقارب بين هذه الأوصاف وبخاصة السن والثقافة ، لأن وجودهما أدعى لتحقيق الوفاق والوثام بين الزوجين، وعدمهما يحدث بلبلة واختلافاً مستعصياً، لاختلاف وجهات النظر وتقديرات الأمور، وتحقيق هدف الزواج، وإسعاد الطرفين.**

### **المحور الثاني: العدول عن الخطبة:**

تستمد الخطبة أهميتها من أهمية عقد الزواج الذي وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ قال تعالى: "وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً". سورة النساء، الآية: 21.  
**المطلب الأول: الخطبة شرعاً وقانوناً ومشروعيتها.**

**الفرع الأول: لغة:** الخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها – أي الخطبة – فهي الكلام الذي يلقي.

أما **الخطبة شرعا** فقد عرفها الفقهاء على أنها: "إلتماس التزويج". ذلك أن خطبة الرجل للمرأة هي إلتماس منه إلى أهلها لتزويجها إياه. وعرفها وهبة الزحيلي بقوله: "هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك".

أما **قانوننا**: فقد عرفت **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري الخطبة كما يلي: "**الخطبة وعد بالزواج**". وهو ما اعتمده بعض الشارحين لقانون الأسرة الجزائري حيث عرفها بأنها "وعد بالتزويج"، وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف، ولكنه بيان للصفة الشرعية والقانونية للخطبة.

فالخطبة في الحقيقة تمر بمرحلتين، مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والالتماس، ومرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن، وهي ما يمكن تعريفه بالوعد.

**الفرع الثاني: المشروعية:** تستمد الخطبة مشروعيتها في الشريعة من نصوص

كثيرة أهمها قوله تعالى: "**ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**". سورة البقرة، الآية: 235. فإن رفع التائيم يدل على المشروعية عموما. وقوله – ﷺ - "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير". (رواه الترمذي).

ولهذا فقد اعتبرها الفقهاء مستحبة قبل انعقاد الزواج، لأنها أحرى لدوام العشرة، وحتى تكون مهلة ليتأكد كل منهما من صدق رغبته وصدق رغبة الآخر، ومن الإمكانية الواقعية لهذا الارتباط.

**المطلب الثاني: طبيعة الخطبة شرعا وقانونا.**

**أولا: الطبيعة الشرعية للخطبة:**

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخطبة ليس لها صفة عقدية وهذا بناء على أن الشارع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، بل فصل بينهما فصلا تاما من حيث الحقيقة الشرعية. ومن أدلة ذلك:

- أن الخطبة لا يثبت بها أي حق من الحقوق الزوجية، ولا يثبت بها نسب لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد.

- أن ما أبيح النظر إليه من المخطوبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية فيجوز النظر إلى الوجه والكفين.

**ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة.**

لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية للطرفين ولو طال أمدها، لأن القانون أقر لها صفتها الشرعية: وهي كونها مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى

بيان مبرر له، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أية تبعة قانونية، إذ تنص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة". وعلى هذا فإن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنهما، أو صبت في قالب رسمي شكلي، ذلك لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد. بل أقر لها صفتها الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج. وقد أكد المشرع ذلك في المادة 06 من قانون الأسرة "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا".

لأن الفاتحة عادة ما تقترن بالخطبة ويكون الغرض من قراءتها التبرك. الفقرة الثانية من المادة 06 من قانون الأسرة. "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

#### المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة.

الخطبة مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر العدول، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أية تبعة قانونية بناء على القاعدة "الجواز ينافي الضمان".

وتظهر آثار العدول عن الخطبة في: الأضرار المادية والمعنوية.

**شرعا:** إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر لأحد الخطيبين فإنه يتنازع مسألة

إمكانية الحكم بالتعويض وجهان:

الوجه الأول: جواز العدول عن الخطبة ينافي الحكم بالتعويض.

الوجه الثاني: أن الضرر اللاحق بسبب العدول في حال سوء استعمال الحق فيه داخل في القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار". لأنه تجاوز لحدود الجواز.

ويرى الشيخ محمد أبو زهرة أن: "العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يعرض".

**قانونا:** نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثالثة منه على أنه:

"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

إلا أنه يشترط إعمالا لقواعد الشريعة الإسلامية ولقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله.

الفقرة الرابعة من المادة 05 من (ق.أ): "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها

إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".

"وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

#### المحور الثالث: القوامة.

أثبتت الواقع وتجارب البشرية أن الرئاسة ضرورية لكل مجتمع صغير أو كبير، فقد يحدث خلاف في الأسرة ولا بد أن يكون من يبيت في الأمر ويتخذ فيه قرارا ويكون مسؤولا عنه، ومن هنا كانت القوامة.

ومن الطبيعي أن تكون القوامة للرجل لأنه أكثر مسؤولية عن أسرته: كالإنفاق والتفوق الطبيعي في جسده... **لقله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم".** سورة النساء، الآية: 34.

وهذه القوامة يجب أن تكون رحيمة، فيها تعاون وعدل، **لقله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم".** سورة البقرة، الآية: 228.

ومن الدلائل الفطرية الطبيعية لقوامة الرجل، شعور المرأة بالحرمان والنقص، والقلق وفقدان السعادة عندما تعيش مع رجل لا يزاوِل مهام القوامة، وتنقصه صفاتها اللازمة. فالمرأة شريكة الرجل في حياته، وأم أولاده، وما قرره الإسلام بنص القرآن أن الرجل يمتاز على المرأة بالدرجة المذكورة في **قله تعالى: "ولللرجال عليهن درجة".** سورة البقرة، الآية: 228.

وهذا لا يعني انتقاص حقها، ولا الحط من شخصيتها، وما كان للرجل من امتياز، إنما هو حق نشأ للرجل، مقابل تبعات كثيرة، واختصاصات واسعة مسندة إليه، وليس فيما يعني إلغاء إرادة الزوجة، ولا إهدار شخصيتها.

الرجال قوامون على النساء بنص الكتاب العزيز الحميد المنزل على رسول الله ﷺ المتضمن لمصالح الأمة، فهو من لدن حكيم خبير، يعلم خبايا النفوس وأسرارها، فالرجل قيم على المرأة يحفظها، ويزود عنها، ويدبر شؤونها، ويؤدبها إذا اعوجت، **قال تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله".** سورة النساء، الآية: 34.

وقوامة الزوج تنقسم إلى قسمين:

1 - **قوامة حسية:** وهي تتمثل فيما يقوم به الزوج من تهيئة القوت، والكسوة، وإعداد المسكن، والذب عنهن، وحفظهن، وتدبير شؤونهن.

وقوام: فعال، من صيغ المبالغة، من القيام على الشيء، وحفظه بالاجتهاد، فقوامة الرجال على النساء هو على هذا الحد.

وهذا المعنى موافق لمعنى القوامة في اللغة، فقد جاء في معناها: قيم المرأة: زوجها، لأنه يقوم لأمرها، وما تحتاج إليه، وقام الرجل على المرأة: مانها، أي: أحضر لوازمها وحوائجها، وإنه لقوام عليها: مائن لها.

فالمرأة بطبيعة استعدادها للحمل، والوضع، والإرضاع، ولحضانة ورعاية الصغار، وما تجد في سبيل ذلك من معاناة، وما يصيبها من ضعف وألم، فإنها تعجز عن حماية نفسها، فضلا عن حماية غيرها، فكان من الطبيعي أن يقوم الرجل عليها، ويقدم لها الحماية، وما تحتاج من النفقة والمؤونة، ويكلؤها بصنوف الرعاية والعناية.

2 - **قوامة معنوية:** وهي لا تعني القهر والغلبة والاستبداد، والاحتقار، أو التسلط على مالها من حقوق وواجبات، بل هي قوامة تحفظ للزوجة كرامتها، وأهليتها الإنسانية، ويثبت لها شخصيتها، وحقها في سياسة البيت، وتربية الأولاد، وقد جعل الإسلام للمرأة الولاية المطلقة على مالها، ومنع الرجال من التسلط عليها، وأعطاهم وحدها حق التصرف في مالها بكامل حريتها، من بيع وشراء ورهن، وإجارة وغيره، وأعطاهم الحق في المخاصمة أمام القضاء دون أن يكون لزوجها حق التدخل.

وهذا يعني أن قوامة الرجل على المرأة لا تمس أهليتها للملك، ولا للمخاصمة، ولا للتصرف التام بمالها الخاص وفق ما تشاء، فلها ذمة منفصلة عن ذمة زوجها.

ومعلوم أن الإسلام لم يجعل للرجال سلطانا على زوجاتهم، إن كانت نصرانية أو يهودية، فليس له أن يكرهها على تغيير دينها، فقد كفل لها الإسلام حرية الاعتقاد، فلا تتحول على دينها إلا بمحض إرادتها، لقول الله عز وجل: **"لا إكراه في الدين"**. سورة البقرة، الآية: 256.

فإذا كانت قوامة الرجل ورئاسته على زوجته لا تمتد إلى حرية الدين، ولا إلى حرية الرأي، ولا إلى حرية التصرف في أموالها الخاصة، ولا تمتد إلى المساواة بينها وبين زوجها في الحقوق والواجبات، فماذا يخيف المتطيرين من قول الله عز وجل: **"الرجال قوامون على النساء"**. سورة النساء، الآية: 34.

**خلاصة القول:** فإن القوامة أو الرئاسة هنا، هي التي يتصرف فيها المرؤوس بإرادته، مراقبا في أعماله من مرشده، وليس معنى القوامة أن يكون المرؤوس مقهورا، ولا يعمل إلا ما يطلبه منه رئيسه، وهذا الأمر لا غضاضة فيه على المرأة، وليس فيه انتقاص من حقها، إذ أنه تقرير لأمر واقع، تسلم به العقول النيرة، والفطرة السليمة، ففي الرجال قوة في النفس والطبع، ما ليس في النساء، وهي قوامة مقررة بحكم الواقع وتوجيه الفطرة. أما من الناحية القانونية: فإن التعديل الجديد 02 / 05 قد ألغى القوامة بالنسبة للزوج، وذلك من خلال إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة والتي كانت تنص على ما يلي: **"يجب على الزوجة:**

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.

2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.

3- احترام والدي الزوج وأقاربه.

ويتبين أثر مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وعدم التمييز بين الجنسين، من خلال المساواة بينهم في الحقوق والواجبات واضحا وجليا من خلال التعديلات الدستورية والقانونية.

ولم يبق من القوامة إلا بعض آثارها المتمثلة في النفقة الزوجية المادة 74 من قانون الأسرة، والولاية على الأطفال القصر المادة 87 من قانون الأسرة.

**المحور الرابع: حق التأديب ومعالجة النشوز.**



يجب على الزوجة معايشة الزوج بالمعروف من كف الأذى وغيره، كما يجب عليها معاشرتها بالمعروف، لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا تؤذي امرأة زوجها في الدنيا إلا قالت زوجته من الحور العين: لا تؤذي، قاتلك الله، فإنما هو عندك دخيل، يوشك أن يفارقك إلينا". متفق عليه.

والقوامة تقتضي أن يكون للرجل حق الطاعة، كما أن له حق ارشاد الزوجة وتوجيهها إلى الصواب، واتخاذ الوسيلة الشرعية المناسبة إن حصل منها النشوز.

لأن الشارع أسند القوامة في الأسرة للزوج باعتباره مالكا لأسبابها ودواعيها، وهو من هذا المنطلق يقدر ما يصلح أفراد أسرته ومنهم الزوجة، وله أن يأخذ بالوسائل الشرعية لتحقيق هذا الإصلاح ومنها حق التأديب، فضلا عن ذلك فليس هذا الحق مطلقا للزوج يستعمله ضد الزوجة من قبيل الانتقام والتشفي ولكنه مقيد بأسبابه وحدوده بحيث إذا ما خرج عن الإطار المحدد لتشريعته فإنه يقع تحت طائلة العقاب.

والنشوز: هو العصيان وعدم القيام وعدم القيام بالواجبات التي تفرضها الحياة الزوجية، قال تعالى: **"واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"**. سورة النساء، الآية: 34.

وقد رسمت الآية الكريمة الوسائل الشرعية المناسبة والتي لا يجوز للزوج أن يتجاوزها أو أن يشدد في أي واحد منها، ونلاحظ أن هذه الوسائل تعتمد على معالجة الخلل داخل الأسرة، ومن الخطأ الفادح أن يتدخل الأهل قبل أن يتبع الزوج ما رسمه الله سبحانه وتعالى له.

ومن الخطأ أن يخبر أحد الزوجين أهله بما يتم بينه وبين شريك حياته قبل أن يستنفذ كل الوسائل في علاج النشوز، وهذه الوسائل كما رسمتها الآية الكريمة هي:

أ - **الوعظ والإرشاد:** وهو أن يتكلم معها بكلام رقيق لين، بأن يقول لها: كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا، أو اتق الله في الحق الواجب لي عليك، واحذري العقوبة. **لقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن"**. وذلك بلا هجر ولا ضرب، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسمة مع ضررائها، فلعلها تبدي عذرا، أو تتوب عما وقع منها بغير عذر، والخوف هنا بمعنى العلم، والأولى بقاؤه على ظاهره، فمن ظهر له أماره نشوز أو تحققه، وعظها.

ب - **الهجر في المضجع والإعراض:** إن تحقق النشوز بأن عصته وامتنعت من طاعته، أو خرجت من بيته بغير إذنه ونحوه، هجرها في المضجع ما شاء، لقوله تعالى: **"واهجروهن في المضاجع"**. قال ابن عباس: "لا تضاجعها في فراشك".

**"وقد هجر النبي ﷺ نساءه، فلم يدخل عليهن شهرا"**. متفق عليه. وهجرها في الكلام ثلاثة أيام لا فوقها، لحديث أبي هريرة "لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام". رواه أبو داود والنسائي. والهجر: ضد الوصل، والتهاجر: التقاطع.

ولا يضربها عند الجمهور، وقال النووي: الأظهر يضرب، **لقوله تعالى:**  
"واهجروهن في المضاجع واضربوهن". والمراد: واهجروهن إن نشزن، واضربوهن إن  
أصررن على النشوز، أي إن لم يتكرر نشوز الزوجة، وعظها الزوج وهجرها في المضجع،  
وضربها في رأي الشافعية.

**ج- الضرب غير المخوف:** وهو الضرب البسيط غير المبرح الذي لا يترك أثرا في  
جسم الزوجة ولا يكون ذلك إلا بعد اليأس من تحقيق الغرض من التأديب بالوسيلتين  
السابقتين، ويجتنب أثناء الضرب الوجه تكرمة له، ويجتنب البطن والمواضع المخوفة خوف  
القتل، ويجتنب المواضع المستحسنة لئلا يشوهها، ويكون الضرب كما أبان الحنفية عشرة  
أسواط فأقل، لقوله ﷺ: "لا يجلد أحدكم فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله". متفق  
عليه بين أحمد والشيخين: البخاري ومسلم.

وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد، ثم يضاجعها في آخر  
اليوم". متفق عليه. فإن تلفت من الجلد فلا ضمان عليه عند الحنابلة والمالكية، لأن الضرب  
مأذون فيه شرعا، وقال أبو حنيفة والشافعي: "إنه يضمن، لأن استيفاء الحق مقيد بشرط  
السلامة للآخرين".

وكون الضرب أيضا بيد أو بعصا خفيفة إن رأى الزوج هذا، والأولى الإكتفاء بالتهديد، وعدم  
الضرب، لما قالت عائشة: "ما ضرب رسول الله ﷺ امرأة له ولا خادما، ولا ضرب بيده  
شيئا قط إلا في سبيل الله، أو تنتهك محارم الله، فينتقم لله". رواه النسائي.  
وتقدير مدى الضرب في إحداث تأديب الزوجة متروك لقاضي الموضوع بالنظر  
لثقافة الزوجة، وحالتها الاجتماعية، وغير ذلك، باعتباره أحد عناصر الضرر التي تبرر  
التطبيق إذا لجأت الزوجة إلى القضاء.

ويلاحظ أن هذه الوسائل لعلاج الخوف من نشوز الزوجة إن أثمرت وحققت هذا العلاج فليس  
للزوج بعد ذلك شيئا عند الزوجة عملا بقول الله تعالى في نهاية الآية السالفة الذكر: "فإن  
أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا". سورة النساء، الآية: 34.

**د- طلب ارسال الحكمين:** إن نفع الضرب لبعض النساء الشواذ، فيها ونعمت، وإن لم  
ينفع وادعى كل من الزوجين ظلم صاحبه ولا بينة لهما، رفع الأمر إلى القاضي لتوجيه  
حكمين إليهما، حكما من أهله وحكما من أهلها، للإصلاح أو التفريق، لقوله تعالى: "وإن  
خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن  
الله كان عليما خبيرا". سورة النساء، الآية: 35.

والحكمان: حران مسلمان ذكران عدلان مكلفان فقيهان عالمان بالجمع والتفريق، لأن التحكيم  
يفتقر إلى الرأي والنظر، ويجوز أن يكونا من غير أهلها، لأن القرابة ليست شرطا في  
الحكم ولا الوكالة.

وينبغي لهما أن ينويا الإصلاح لقوله تعالى: "إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما". وأن  
يلطفا القول وأن ينصفا، ويرغبا ويخوفا، ولا يخصان بذلك أحد الزوجين دون الآخر، ليكون  
أقرب للتوفيق بينهما.

وينفذ عند المالكية تصرف الحكيم في أمر الزوجين بما رأياه من تطليق أو خلع، من غير إذن الزوج ولا موافقة الحاكم، بعد أن يعجز عن الإصلاح بينهما، وإذا حكما بالفراق فهي طلقة بائنة.

وقال الشافعية والحنابلة: الحكمان وكيلان عن الزوجين، فلا يملكان تفريقاً إلا بإذن الزوجين، فيأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو إصلاح، وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه.

وقال الحنفية: يرفع الحكمان ما يريدانه إلى القاضي، والقاضي هو الذي يوقع الطلاق، وهو طلاق بائن، بناء على تقريرهما، وليس للحكيم التفريق إلا أن يفوضا فيه.

**ويختلف النشوز من الناحية الفقهية عنه من الناحية القانونية:** فمن الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها من الناحية المادية والمعنوية سواء بقي داخل البيت أم خارجها. وكذلك الزوجة تكون ناشزا بمجرد خروجها عن طاعة زوجها سواء داخل البيت أم خارجه.

وإذا حدث النشوز من الزوج أو الزوجة طلب الشرع الإسلامي اللجوء إلى الإصلاح بين الزوجين لإعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها.

أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت، ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية، والقيام بالواجبات الزوجية خصوصاً في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية. فإذا امتنع الزوج أو امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولاً وانطلاقاً من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق، وبالتعويض للطرف المتضرر منه. ولعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز - خصوصاً إذا كان من الزوجة - إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ الإمتناع ضده ويعتبره ناشزا، ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الحكم بالطلاق.

وعلى المستوى التطبيقي نجد قراراً للمحكمة العليا صادراً بتاريخ: 1998/04/21 "اعتبرت فيه الزوج ناشزا بامتناعه عن توفير المسكن المنفرد المحكوم به للزوجة". كما اعتبرت في قرار آخر صادر بتاريخ: 1998/05/19 "أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد ثبوت اهانتها لا يعتبر نشوزاً". كما أصدرت المحكمة العليا قراراً بتاريخ: 1986/04/21 أكدت فيه "أن النشوز لا يثبت إلا إذا حكم على الزوجة بالرجوع فامتنعت".

**المحور الخامس: الطلاق بين القاضي والزوج.**  
**المبحث الأول: الطلاق وآثاره.**

اعترفت غالب الشرائع سماوية كانت أو أرضية بشرعية الطلاق على خلاف بينها في إطلاق الإرادة في إيقاعه أو تقييدها، وقد نظر الإسلام إلى الطلاق نظرة واقعية، فكرهه لما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية وهدم الكيان المادي للأسرة، وهو ما يفهم من الحديث الشهير قوله -ﷺ- "أبغض الحلال عند الله الطلاق".

ولكن لم يحرمه وهذا لاحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالب، وإنهاء لعلاقة انهارت فيها كل الأسباب والعوامل المعنوية، وهو ما يفهم من الآية الكريمة التي جاء فيها **قوله تعالى:** "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته". سورة النساء، الآية: 130.

**المطلب الأول: تعريف الطلاق وتمييزه عن الفسخ.**

### أولا: تعريف الطلاق:

الطلاق في اللغة هو حل القيد والرابطة حسية كانت أو معنوية.

أما شرعا فقد عرف تعريفات عديدة منها:

- 1 - "إنهاء الرابطة الزوجية": يؤخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل حالة الطلاق الرجعي، إذ تستمر الرابطة الزوجية حكما حتى نهاية العدة.
  - 2 - "نقصان حل الطلاق بلفظ مخصوص": وهذا على اعتبار أن إيقاع الطلاق ينقص من حق الزوج في عدد التطبيقات الممنوحة له، ويؤخذ على هذا التعريف (تعريف الشيء بنفسه)، وأنه لا يشمل حال وقوع الطلاق ثلاثا، إذ فيه إنهاء لحل الطلاق لا مجرد إنقاص.
  - 3 - "رفع رابطة الزواج في الحال أو المآل": ويؤخذ على هذا التعريف أنه قد لا يرتفع قيد النكاح مطلقا، وهذا في حال الطلاق الرجعي بالمراجعة في العدة.
- أما تعريف الطلاق قانونا : فهو يفهم من المادة 48 من (ق.أ.ج) أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ومما يجب الإشارة إليه أن الطلاق شامل لأنواع حل الرابطة الزوجية بغير وفاة أو فسخ، ولهذا فقد وضحت المادة المذكورة بأنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

ويشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو بتراضي الزوجين، كما يشمل التطلق وذلك بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة.

### ثانيا: تمييز الطلاق عن الفسخ.

الفرقة الزوجية إما أن تكون بوفاة أو بفسخ أو بطلاق، وقد نصت المادة 47 من (ق.أ.ج) على أنه: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة".  
ويختلف الطلاق عن الفسخ في أوجه خمسة:

1 - الفسخ حكم ببطلان العقد وإزالة للحل المترتب عنه، خلافا للطلاق الذي هو

إنهاء العقد، وبالتالي إقرار بالحل الذي نشأ عن العقد قبل وقوع الطلاق.

- 2 - الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح لازم، بينما الفسخ يكون تقريراً لبطلان العقد من الأصل، وهو ما يقره نص المادة 32 من (ق.أ.ج) "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". وهو نفس المعنى الذي تضمنته نصوص المواد 33 و 34 (ق.أ.ج).
- 3 - الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل بعقد الزواج، أما الطلاق فينقص به.
- 4 - الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً بخلاف الطلاق الذي يوجب لها نصف المهر نص المادة 16 و 33 (ق.أ.ج).
- الفسخ فرقة بائنة لا رجعة فيها، خلافاً للطلاق الذي قد يكون رجعيًا بالنسبة للشريعة الإسلامية.

**المطلب الثاني: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته والحكمة منه.**

**أولاً: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته.**

أدلة مشروعية الطلاق كثيرة منها قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن". سورة الطلاق، الآية: 01. وقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان". سورة البقرة، الآية: 229. وقوله - ﷺ - "أبغض الحلال عند الله الطلاق". وقال عمر - رضي الله عنه - طلق النبي - ﷺ - حفصة ثم راجعها". قال جمهور العلماء الطلاق خلاف الأولى، وتعتريه الأحكام الخمسة بحسب الدافع إليه، وما يترتب عنه من طلب نفع أو دفع ضرر، فيكون واجباً في حال كون الزوجية مجلبة للضرر الغالب المستديم لقوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا". سورة البقرة، الآية: 231. ويكون محرماً في حال انتفاء الدافع وكونه - أي الطلاق - مجلبة للضرر للزوجين أو لأحدهما.

**ثانياً: الحكمة من مشروعية الطلاق.**

من أهم الحكم المترتبة عن تشريع الطلاق المراعي لحدود وأحكام الشريعة.

- 1 - إنهاء النزاع الدائم بين الزوجين.
- 2 - منع الضرر الغالب المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة.
- 3 - إعطاء فرصة حياة جديدة للمفارقة وهو ما أشارت إليه الآية: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته". سورة النساء، الآية: 130.

**أقسام الطلاق في الشريعة الإسلامية:**

أ - الطلاق الرجعي:

هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون حاجة إلى عقد جديد ولا إذن الزوجة، ويكون في حال الطلاق الأول والثاني لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً". سورة البقرة، الآية: 228.

ب - الطلاق البائن وهو نوعان:

1 - الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي يستطيع فيه المطلق إرجاع المطلقة بعقد جديد وإذنها.

2 - الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقة إلا بعد أن تتزوج من غيره وتطلق منه على نحو طبيعي، أو يتوفى عنها، وهو الذي وضحت الآية الكريمة في قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره". سورة البقرة، الآية: 230.

أقسام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري: له تقسيمان باعتبار أثره فقط وهما:

1 - الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي يستطيع فيه المطلق إرجاع المطلقة إلى الزوجية بعقد جديد وإذنها، وهو ما نصت عليه المادة 50 من (ق.أ.ج) على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

2 - الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقة إلا بعد أن تتزوج غيره ويطلقها على نحو طبيعي، أو يتوفى عنها، وهو ما ذكرته المادة 51 (ق.أ.ج) "لا يمكن أن يراجع الرجل من راجعها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ومما يجب ملاحظته أن الطلاق الذي يحكم به القاضي يقع دائماً بائناً بينونة صغرى ، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من (ق.أ.ج) "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".  
تقضي المادة 49 بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي ، وتقضي الثانية بأنه يجب توفر العقد الجديد للمراجعة بعد الحكم القضائي المادة 50، مما يوهم بإلغاء المادتين لحق المراجعة الثابت بنصوص الشريعة.

المطلب الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

الأصل أن العصمة الزوجية بيد الزوج وهو من يملك إنهاءها متى شاء، وبالتالي فهذا النوع يصح عليه لفظاً الطلاق دون تقييد، كما أن الطلاق بناء على تراضي الزوجين مؤسس ابتداء على رضا الزوج، كما أن التطليق، التفريق القضائي لا يكون إيقاعه إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر في المادة 53 من (ق.أ.ج) بعد استنفاد طرق الصلح التي وجهت إليها المادة 46 من (ق.أ.ج).

الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج.

1 - أن الزوج هو من يتحمل بمقتضى نصوص الشريعة والقانون مكونات الزواج والنفقة وتبعات الطلاق وبالتالي فهو أحق بإنهاء العلاقة إن شاء (الغنى بقدر الغرم).

2 - أن الرجل أشد تماسكا أمام عواطفه ومشاعره حال الظروف الطارئة، بينما المرأة أشد انفعالا في الغالب.

### **المطلب الرابع: التطليق (الطلاق بطلب الزوجة).**

مفهوم التطليق: هو الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة، وهو حق منح للزوجة في التخلص من الرابطة الزوجية في نظير حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة له، إلا أن التطليق يختلف عنه بكونه يحتاج إلى أحد الأسباب التي تستحق بها المرأة الحكم القضائي وهي المادة 53 من (ق.أ.ج): "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- 1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.
- 2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4 - الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه. ( المتعلقة بالتعدد ).
- 7 - ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8 - الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10 - كل ضرر معتبر شرعا.

ويظهر دور القاضي في معاينة الوقائع التي تستند عليها الزوجة في طلبها الطلاق وتكييفها، وهو ما نصت عليه المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها".

### **المطلب الخامس: الطلاق بالتراضي.**

وهو الطلاق الذي يتم بناء على اتفاق بين الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية وقد أشارت إليه المادة 48 على أن انحلال الزواج بناء على تراضي الزوجين، ويحدد الزوجان الراغبان في هذا الطلاق سائر بنود الاتفاق التي تكون محل مراقبة من القضاء دون إخلال بمحاولة الصلح التي يجريها القاضي بناء على نص المادة 49 ق.أ.ج. وقد تصدى المشرع الجزائري لتعريف الطلاق بالتراضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المقرر بموجب الأمر 08-09. إذ ذكر في المادة 427 منه بأنك "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

## المحور السادس: الخلع.

### أولاً: مفهوم الخلع:

الخلع بفتح الخاء بمعنى النزاع والإزالة، يستعمل في الأمور الحسية، فيقال خلع الرجل ثوبه خلعا أي: أزاله عن بدنه ونزعه عنه، وفي الأمور المعنوية كقولهم: خلع البيعة، أي تنصل منها.

والخلع بالضم مصدر يستعمل في الأمرين: إلا أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس لقوله تعالى: "هن لباس لكم وانتم لباس لهن". سورة البقرة، الآية: 187.

إلا أن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية.

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة فقد عرف بأنه: "حل لعقدة الزوجية في مقابل عوض تلتزم به المرأة". كما عرف بأنه: "طلاق بعوض".

وقد عرفه الدكتور عبد الرحمن الصابوني بأنه: "إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهرًا".

### ثانياً: مشروعيته.

الخلع مشروع بنصوص الكتاب والسنة، من ذلك قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون". البقرة، الآية: 229.

فقد دلت الآية على مشروعية الافتداء، وإنما يكون ذلك حال الخلع إذ لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مما أعطاها إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله، والمقصود هنا حقوق الزوج، فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا ويسرحها.

ومن السنة ما رواه البخاري عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ - فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ - أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ -: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقا".

ومعنى الحديث أنها ذكرت لرسول الله ﷺ - أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها ولا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها وإنما تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها، وقد ذل التوجيه النبوي على مشروعية الخلع من خلال إرشادهما ونصحهما بسلوك سبيله.

وأساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة ( 1/54 ) منه التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

المحور السابع: تعدد الزوجات.



لم يشرع الإسلام تعدد الزوجات، فقد كان موجودا في الأمم القديمة، وقد أباحته الديانة اليهودية دون حد، ولم يرد في كتب الديانة المسيحية نص صريح بتحريم تعدد الزوجات، وكان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون قيد.

1 - **تحديد المقصود بتعدد الزوجات:** وهو أن يجمع الرجل في عصمته عددا معيناً من الزوجات لا يزيد عن أربع نسوة، ويحرم عليه الزواج بأكثر منهن.

2 - **دليل المشروعية:** عندما جاء الإسلام الحنيف كان لا بد من أن يعالج هذه المسألة الهامة، ولذلك فإن الإسلام لم ينشئ هذا النظام وإنما هذب و عدله ونظمه، ونزل به إلى حد أربع زوجات كحد أقصى، وفضل عليه الإكتفاء بزوجة واحدة إذا خيف الجور، كما أوجب العدل بين الزوجات عند التعدد، منعا للظلم والتعدي، حيث قال تعالى: **"وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا".** النساء، الآية: 03.

- **من السنة النبوية:** ومنها قول رسول الله ﷺ - لغيلان الثقفي حين أسلم وله عشرة نسوة أسلمن معه: **"أمسك أربعا وفارق سواهن"**. ولم نجد في حياة الرسول، ولا بعده إلى يومنا هذا أحدا قد جمع بين أكثر من أربع زوجات في زواج صحيح، فكان ذلك بمثابة إجماع عملي على عدم جواز الزيادة فوق أربع زوجات.

- وأما زواج الرسول ﷺ - بأكثر من أربع زوجات فهو أمر يختص به وحده ولا تشاركه فيه الأمة، لأنه كان يتزوج لأغراض عديدة منها التآليف بين القبائل المتخاصمة، ونشر الدين، وتشريع الأحكام كزواجه من مطلقة زيد بن حارثة الذي تبناه الرسول لكي يبطل قضية التبني وعدم اعتبارها من المحرمات.

وعندما أباح الله التعدد في الزواج اشترط فقط العدل بين الزوجات لقوله تعالى: **"فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة"**. ثم يعود القرآن فينفي هذه الاستطاعة في العدل حيث يقول تعالى: **"ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة"**. سورة النساء، الآية: 129.

إن هذا الأمر قد دفع البعض إلى القول بأن التعدد غير جائز، لأن هناك تعارض في حكم الآية الأولى والثانية، وهو ما يدل على أن الإنسان لا يمكن أن يجمع بين الإستطاعة وضدها، وهو ما يعني أن الله لم يبيح تعدد الزوجات.

ولو سلمنا بهذا الكلام فلن نستطيع أحد من المسلمين الزواج لأن العدل مفروض حتى ولو تعلق الأمر بزوجة واحدة فقط، غير أنه لا يوجد تعارض بين النصين ولذلك فالعمل بكليهما أمر مطلوب، فالنص الأول يشير إلى العدل المادي بين الزوجات في المبيت والمسكن والمأكل، وكل ما يمكن للزوج أن يوفره لزوجاته، وهو أمر ممكن لو أراد الزوج ذلك.

أما الآية الثانية التي تنفي استطاعة العدل بين الزوجات، فهو العدل القلبي وليس العدل المادي، ففطرة الإنسان ميالة دائماً إلى الجمال والمحاسن ونحو ذلك، وهذه الأمور لا تتأتى للزوجات الأربع، فيميل أكثر إلى إحداهن دون الأخريات.

والآية وإن نفت الإستطاعة حتى مع حرص الإنسان على العدل القلبي، فإنها طلبت من الزوج ألا يميل كل الميل إلى من يرغب فيها ويترك الأخرى تركاً تاماً، وإنما عليه أيضاً أن يهتم بزوجاته الأخريات، وقد كان النبي ﷺ يقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك". رواه أحمد والترمذي والنسائي وغيره.

ومعنى هذا الدعاء أن الرسول ﷺ قد بين القسمة بين الزوجات بالعدل أمر يستطيع أن يحققه، إلا أن العدل القلبي لا يستطيعه، لأنه ثبت أن أحب الزوجات إليه وهي عائشة - رضي الله عنها- ولذلك طلب من الله عز وجل ألا يؤاخذة على ذلك.

### موقف قانون الأسرة الجزائري من التعدد.

نص قانون الأسرة الجزائري على موضوع التعدد في المادة الثامنة (08) منه حيث جاء فيها ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".  
المادة 08 مكرر: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

المادة 08 مكرر 1: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

ويستخلص من هذه النصوص أن القانون وبمقتضى التعديل الجديد 02/05 قد استمر على نهج القانون القديم 11/84 الذي يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات لا يمكن إبرام عقد الزواج إلا من خلالها وهذه الضوابط هي:

1 - وجود المبرر الشرعي: وهي عبارة عامة لم يحدد المقصود منها، لأن

المبررات الشرعية كثيرة، وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها، ومن المبررات الشرعية حالة العقم بيقين علمي، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية. وفي جميع الأحوال فإن الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدم أمامه من إثباتات.

2 - توفر شروط ونية العدل: بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية.

ويجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة لذلك كسند الملكية، أو عقد الإيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها. وأن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي. ويلاحظ هنا أن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، وهل تتم شفويا؟ أم لابد من إفراغها في قالب مكتوب؟.

3 - يجب عليه إخبار الزوجة السابقة واللاحقة: إذ العلم بهذا الزواج من الطرفين أمر وجوبي، حتى لا تفاجأ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا.

ولم يتطرق القانون إلى الكيفية التي بواسطتها الإخبار، هل بشكل شفوي أم برسالة، أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها إخبار الزوجتين بذلك؟.

4 - تقديم ما يثبت موافقة الزوجتين على هذا الزواج، ولم يحدد كذلك القانون طريقة التعرف على الموافقة كتابيا أم شفويا، وهل يجوز للجهة المعنية بمنح الترخيص استدعاء الأطراف للحصول أو التأكد من الموافقة.

5 - تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية، يثبت فيه ما تم ذكره أعلاه.

إذا توفرت الضوابط السابقة، جاز لرئيس المحكمة أن يرخّص بالزواج، ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على الزواج، بالإضافة إلى المبرر الشرعي وثبوت قدرة الزوج من الناحية المادية على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة.

● وفي حالة التدليس من الزوج بإخفاء حقيقة أمره على إحدى الزوجات فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، وكان من المفروض أن ينص أيضا على حقها في التعويض في حالة حصول الضرر، لأن التدليس فعل عمدي وبالتالي أمكن التعويض.

● كما نص القانون على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا تزوج الزوج بدون ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في المادة 08 أعلاه، وهو ما يفهم بأنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقا للقواعد العامة.

● والحقيقة أن ما جاء به التعديل يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، وخصوصا مسألة حصول الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجتين، وهي مسألة نادرة جدا، بل أن هذه الموافقة تعد مستحيلة في الكثير من الأحيان، وهذا الأسلوب سيؤدي في النهاية إلى انتشار ما يسمى بالزواج العرفي في البداية، ثم تثبيته بتسجيله، ليصبح أمرا واقعا.

● والقانون الجزائري لا يزال يسمح بالزواج خارج الدوائر الرسمية استنادا لما تضمنته المادة 22 من قانون الأسرة.

وقبل التعديل كان القانون يتطلب فقط ضرورة إخبار الزوجة السابقة واللاحقة ولم يشترط حصول الموافقة.

- والملاحظة التي يمكن طرحها هنا تتمثل في ما يلي: كيف يمكن لرئيس المحكمة أو القاضي في حالة النزاع أن يوازن بين الحق في الزواج بأكثر من واحدة وهذه الضوابط التي وضعها القانون؟. وبعبارة أخرى الموازنة بين المبرر الشرعي (عقم الزوجة) وعدم الحصول على موافقة الزوجة الأولى.