الجمهوريـــــة الجزائريـــــة الديمقراطيـــــة الشعبيـــــة

وزارة التعليـــم العالـــي و البحـــث العلـــمي

جامعـــــة عبـــــد الرحمـــــان ميـــــرة – بجايـــة –

كليـــــة الحقـــوق و العلـــوم السياسيـــة

عنـــــوان المذكـــــرة

التعليق للضرر (دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة الماستر LMD فرع : القانون الخاص

تخصص: القـــانون الخاص الشامل

إعـــداد الطالبـــتين

- شايـــــر ليليا
- شريفي أمـــال

لجنـــــة المناقشة

- الأستـــاذ :لفقيري عبد الله رئيـــسا
- الأستـــاذ : تـــريكـــي فـــريـــد مشرفا و مقررا
- الأستـــاذة :آيت شاوش دليلة ممتحنة

2013 – 2012

المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية.

ج: جزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.أ.ش.س: قانون الأحوال الشخصية السوري.

ق.أ.ش.م: قانون الأحوال الشخصية المصري.

ق.ا.م.ا.ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

م.أ.ش.ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية.

اهداء

أهدي عملي المتواضع هذا إلى والدي العزيز الذي سهر على تربيتي و تعليمي حتى أبلغ هذا المستوى الثقافي و إلى والدتي الحبيبة الغالية التي لم تبخل علي بنصائحها و دعواتها القيمة فهي مدرستي الثانية، راجية من الله تعالى أن يحفظهما لي من كل سوء و مكروه.

إلى أخوي عيناي اللتان أرى بهما داهي الحنون والكتكوت صلاح الدين،إلى أختي الوحيدة و الثمينة على قلبي إيمان.

إلى جدي و جدتي أطال الله في عمرهم.

إلى جميع أعمامي و عماتي،أخوالي وخالاتي و كل أولادهم صغيرهم و كبيرهم.

إلى كل زملائي و صديقاتي خاصة اللتان تقاسمت معهما الحلو والمر طيلة خمسة سنوات في غرفة واحدة "حنان" و"سعدية".

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذه و أتمنى أن تفيدني و يستفيد منها غيري.

الطالبة: شاير ليليا

أهدي هذا العمل البسيط، ثمرة جهدي إلى أنقى و أغلى مخلوقين على قلبي في هذا الوجود

إلى من منحاني حقّ الحياة و سهرا اللّيالي بجانبي، إلى والديّ الكريمين، لن أنسى فضلهما ما حيّيت،اللّهم طوّل في عمرهما وجنّبهما أيّ سوء و اجعل مأواهما الجنّة ،انّك العلي القدير.

دون نسيان جدّي و جدّتي اللّذين أكرّمهما اليوم فكثيرا ما قدّما لي يد العون.

إلى كل من وقف إلى جانبي، من بعيد أو من قريب، ماديّا أو معنويّا، أشكركم جزيل الشكر على مساندتكم لي في إنهاء مشواري الدّراسي بأكمل وجه،وبعون الله تعالى الذي منح لي الإرادة و العزيمة الكافيتين، فلولاه لما وصلت إلى ما أنا عليه اليوم.

إلى صديقاتي المخلصات :سهام،فريال،لامية و ثايري اللّواتي كنّ دائما بقربي و طالما دعمنني.أعتبرهنّ بمثابة الأخوات اللاّئي لم أحضى بهنّ.

الطالبة: شريفي أمال

مقدمة

يعتبر الزواج علاقة مقدسة وميثاقا غليظا بين الرجل والمرأة، تنشأ عنه المودة والمحبة بينهما لقوله تعالى: *"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجعل بَيْنكم مْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً، إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَومٍ يَتَفَكَّرُونَ"* [1].

و جعله الرسول_ صلى الله عليه وسلم_ مكملا لدين المسلم حيث يقول عليه الصلاة و السلام: *"مَنْ تَزَوَّجَ فَقَدْ أَحْرَزَ شَطْرَ دِينِهِ فَلْيَتَّقِ اللهَ فِي الشَطْرِ الآخَر"*.

بالزواج تتشكل الأسرة التي هي الخلية الأساسية في المجتمع، لذا على الفرد أن يحافظ على وحدتها ولمّ شملها، تفاديا للتشتت العائلي وما ينتج عنه من أضرار. لكن هذه العلاقة الوطيدة قد تتخللها فترات من الخلاف والشقاق بين الزوجين مما يؤدي إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية بينهما، وتخلي كل واحد منهما عن واجباته وهدره لحقوق الطرف الآخر.

لذا شرّع الطلاق لفك الرابطة الزوجية من طرف الزوج رغم اعتباره أبغض الحلال عند الله لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : *"تَزَوجُوا وَلَا تُطَلِقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَزُّ مِنْهُ العَرشُ"*، غير أنه حماية للمرأة من تعسف الزوج في استعمال هذا الحق، شرع نوع ثان لانحلال هذه الرابطة وهو "التطليق"، الذي يكون بحكم قضائي بناء على طلب من الزوجة بشرط إثبات هذه الأخيرة إضرار زوجها بها سواء ماديا أو معنويا والقاضي يفرق بينهما طبقا لقواعد العدالة والإنصاف.

التّطليق بمفهومه اللغوي مأخوذ من فعل: طَلّقَ، يُطَلِّقُ، طَلاَقاً وَتَطْلِيقاً، فهو مأخوذ من الطلاق أي طلقت المرأة زوجها بمعنى خلاها من قيد الزواج، و تطليق الرجل من قومه يعني: التَّركْ والمُفَارَقَة.[2]

أمّا التعريف القانوني، فنجد أن المشرع الجزائري لم يخصه بتعريف معين، بل اكتفى بتحديد أسبابه في المادة53 من ق.أ.ج من خلال ما تضمنته فقراتها العشر.

دليل مشروعية التطليق لم يرد في الكتاب صراحة آيات تدل على ذلك، إلا أنه هناك ما يدل ضمنيا على حق المرأة في طلب التطليق إذا أصابها ضرر لقوله تعالى: *"وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيماً"* [3].

---

[1] ـالآية 21 من سورة الروم.

[2] -المنجد الأبجدي، ط8، دار المشرق-لبنان، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،د.س.ن.ص665.

[3] ـ الآية 130 من سورة النساء.

"لَا تَمْسِكُوهنّ ضرَراً لتَعتَدُوا" وكذا ***"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فَإمْسَاك بمَعرُوفٍ أَوْ تَسْرِيح بإِحسَانٍ، ولَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا أَتَيْتُمُوهُنَّ شَيئًا إِلّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقيمَا حُدُودَ الله فَإِنْ خِفتُمْ أَنْ لَا يُقيمَا حُدودَ الله، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فيمَا افتَدتْ به، تِلكَ حُدُودَ الله، فَلَا تَعتدوها و من يتعد حدود الله فؤلائك هم الظالمون"*** [1].

أما في السنة النبوية الشريفة، عن ابن عباس رضي الله عنهفيما رواه أحمد بن ماجه، عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: ***"لَا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ"***.[2]

أما بالنسبة لطبيعة التطليق، فقد اختلف الفقهاء في تكييفه فيما إذا كان فك الرابطة به يعتبر طلاقا أم فسخا، فالطلاق يعد إنهاء لعقد زواج صحيح في حين الفسخ نقض له لعارض طرء بعد نشوء الزواج صحيحا.

والحكمة من التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة إذا توفرت أسبابه على أن تكون هذه المبررات شرعية وأن تثبت الزوجة ذلك، كما يهدف أيضا إلى تغيير نظرة الرجل إلى المرأة فليست مجرد متعة شهوانية، لكنها وصلة إنسانية رفيعة تقوم على المودة والتكامل النفسي والجسدي، كما يمنع التطليق الرجال من كل أساليب الإيذاء والإضرار كعدم الإنفاق، وجود عيب مستحكم، حبس، فاحشة غياب أو ضرب وجرح، وبالتالي يتحطم طغيان الرجل عند علمه بحقها في طلب التطليق، لهذا وسع المشرع الجزائري من أسباب التطليق حماية للمرأة كي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل يتلاعب به ويستعمله ضد المرأة كما يشاء، ويسمح للزوجة بطلب التطليق إذا لحق بها ضرر ثابت من قبل زوجها فدرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وبالتالي يرفع الضرر عن الزوجة على حساب الأسرة.

نصب دراستنا حول "التطليق للضرر" دراسة مقارنة، أي ان بحثنا يشمل كل ضرر معتبر شرعا سواء ماديا أو معنويا ، وسنتطرق لهذا الموضوع من الناحية الفقهية والتشريعية ومقارنته بباقي التشريعات العربية الأخرى(المصري،التونسي،المغربي،السوري).

و يثير الموضوع إشكالات عديدة من عدة زوايا فقها وقانونا وقضاء من حيث الإثبات والتعويض.

– فما المقصود بالضرر فقها وقانونا؟

– ما هي أنواع الضرر التي يستند إليها لطلب التطليق؟

---

[1] - الآية 229 من سورة البقرة.

[2] -محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري المستدرك على الصحيحين،دار الكتب العلمية،بيروت،1991 .ص25.

– ما هي الإجراءات المتبعة لرفع دعوى التطليق؟ وما هي طرق الطعن في الأحكام القضائية الصادرة في شأنه؟

– ما هي سلطة القاضي في إثبات الضرر والحكم بالتعويض عنه؟

للإجابة على كل هذه الاسئلة ، فضلنا تقسيم موضوعنا إلى فصلين نتطرق في أوله إلى مفهوم التطليق للضرر من مقصود، شروط وأنواع ، فيما خصصنا الثاني لإجراءات دعوى التطليق والسلطة التقديرية للقاضي في الإثبات والحكم بالتعويض.

الفصل الأول

مفهوم التطليق للضرر

أقرت الشريعة الإسلامية و القانون أن العصمة بيد الزوج لإنهاء الرابطة ألزوجية فإن هذا الحق لم يقصر على هذا الأخير فحسب ، إنما خول أيضا للزوجة حق فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة عن طريق طلب التطليق في حالة إلحاق الزوج ضررا يمس بذاتها أو بالأسرة ككل سواء كان ماديا أو معنويا عن طريق رفع أمرها للقضاء، وهذا الضرر اختلف الفقهاء و التشريعات العربية حول تقديره لذا نستهل دراستنا بالتعرض لمفهوم الضرر في مبحث أول، وفي مبحث ثان نتطرق لاشكال الضرر.

المبحث الأول

مفهوم الضرر

نظرا لاختلاف ظروف الحياة الاجتماعية لدى المرأة من جراء ما يلحقها من ضرر و أذى من طرف زوجها، فمن طبيعة الحال أن يختلف تقدير الضرر من زوجة إلى أخرى (مادي أو معنوي، جسيم أو بسيط).لهذا نعالج في هذا الشأن المقصود بالضرر في مطلب اول ولكي يكون هذا الضرر سببا موجبا للتطليق الذي تطلبه الزوجة لرفع الظلم عنها وتحريرها من استبداد و اساءة زوجها لها يجب أن يستوفي مجموعة من الشروط حتى يفصل القاضي في طلبها لذا نتطرق إلى هذه الشروط في مطلب ثان و بعد ذالك نوضح انواع الضرر بحسب طبيعته في مطلب ثالث.

المطلب الأول

المقصود بالضرر

ندرس في هذا المطلب المقصود بالضرر عند فقهاء الشريعة الاسلامية من خلال التعريفات المختلفة المقدمة بشأنه وذلك في الفرع الاول . أما التشريعات العربية و من بينها التشريع الجزائري نتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

في الفقه الإسلامي

الضرر لغة: ضد النفع، ذلك بفتح الضّاد أمّا بضمه فيقصد به الهزال وسوء الحال والمضرة خلال المنفعة[1]. لقوله تعالى: ***"وَأَيُوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِي مَسَنِيَ الضُرْ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَاحِمِينَ"***[2].

الضر بفتح الضاد: ضد النفع ،و ضاره بالتشديد بمعنى ضره و الاسم الضر،و الضراء الشدة،و ضرة المرأة المرأة زوجها.[3]

الضرر اصطلاحا: في كتب قدماء الفقهاء لم يوجد له تعريف، فالفقيه الدردير المالكي حاول تعريف الضرر فقال: "ولها – أي الزوجة – التطليق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز كهجرها بلا مبرر شرعي وضربها كذلك سبها وسب أبيها..."، أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوه بعدة تعاريف منها، هو كل ما يصدر من قول أو فعل أو ترك يضر بالزوجة صادر من طرف الزوج عن قصد وتعمد[4].

كذلك نجد تعريفا آخر للضرر: "كل ما يلحق الأذى أوالألم بجسم الزوجة أو نفسيتها أو يعرضها للهلاك". فمعناه أن المقصود بالضرر هو كل ما يلحق الزوجة من أذى سواء كان ماديا أو معنويا.

---

[1] ـ مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط،ط6،مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر،د.ب.ن،1999.ص.250.

[2] ـ الآية 83 من سورة الأنبياء.

[3] ـمحمد بن ابى بكر الرازي،مختار الصحاح،دار الكتاب العربي ،بيروت،1983 .ص212-213.

[4] ـ نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري: نصا وفقها وتطبيقا، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2006. ص 186.

يتبين من هذه التعاريف أن إيذاء الزوج لزوجته قولا أو فعلا تصبح معاملته قاسية لا تطاق. وهذه المعاشرة الشاذة كثيرة الأسباب وتقديرها متروك لقاضي الموضوع، وهذا وفقا للتعريف المالكي[1].

لذا فإن الضرر سبب لفك الرابطة الزوجية مصداقا لقوله تعالى: "ولا تمسكوهنّ ضرار لتعتدوا"[(2)] يفهم من الاية ان الله سبحانه و تعالى ينهى عن امساك الزوجة على وجه الاضرار بها وامساكها اضرارا و اعتداء عليها بحيث بإمساكه هذا يتوفر عنصر الضرر فهو يعتبر معتديا عليها بإمساكه اياها فعليه بتسريحها لعلها تجد سواه فان تحقق هذا الاعتداء من طرفه على الزوجة فلهذه الاخيرة ان ترفع امرها للقاضي و على هذا الاخير رفع هذا العدوان بالاستجابة لطلبها للتفريق متى طلبت الزوجة ذلك [3]

الفرع الثاني

في القانون

بتفحص مواد قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يلجأ إلى تعريف الضرر الذي يوقعه الزوج بزوجته وإنما اكتفى بجعله حالة من حالات التطليق الواردة في المادة ثلاثة وخمسون بذكر عبارة كل ضرر معتبر شرعا ما دام تعريف الضرر غائب في نص القانون وجب الرجوع الى الاصل التشريعي و هو المذهب المالكي الذي يرى ان ضرر الزوج بزوجته يتمثل في كل ايذاء بالقول و الفعل حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة او لا تطيق الصبر عليها فهذه المعاملة القاسية كثيرة الاسباب و متعددة النواحي و الامر فيها متروك لقاضي الموضوع يقدرها دون رقابة عليه متي اقام احكامه على اسباب شائعة[4]

اما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى،باختلاف البيئة ،الثقافة العمل و الوسط الاجتماعي و لا يشترط تكراره اذ يكفي ان يتسبب فيه الزوج و لو لمرة واحدة ،و كل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع.ينحصر الضرر عند الكثير من الباحثين في نوعين ايجابي وسلبي اما الايجابي فهو ما يصدر عن الزوج من قول او فعل يوجب تضرر الزوجة ماديا او معنويا في

[1] -محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية:دراسة فقهية مقارنة، د.ط،دار اليازوري للنشر و التوزيع، الأردن،2010. ص300.

[2] - الآية231، سورة البقرة.

[3] -نجية زيتوني،دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الاسرة الجزائرى ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع:عقود و مسؤلية (القسم الخاص) كلية الحقوق ،الجزائر ،2006 . ص 7.

[4] -ولد عمار نسيم ،التطليق ،مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العلية للقضاة ،دغعة 18 ،الجزائر،2007-2010.ص33.

الحالتين معا يحدث الشقاق بينهما ،اما السلبي فهو هجرها و منعها ما تدعو اليه الناحية الجنسية.و على غراره فان التشريعات العربية لم تعط تعريفا للضرر في قوانينها و لكنها اشارت فقط الى التصرفات التي تعتبر ضررا.[1] لم تحدد المادة 6 من قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 نوع الضرر و لا وسيلة اثباته،و اكدت محكمة النقض ذلك اذ قضت بان المقصود بالضرر في هذا المجال هو ايذاء الزوج لزوجته بالقول او بالفعل ايذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها معاملة شاذة تشكو منها و لا ترى الصبر عليها و لم يحدد النص و سيلة الاضرار التي تخول لها الحق في طلب التطليق للضرر،و من ثم يكون من حق الزوجة ان تستند في تدليلها للضرر الحاصل لها الى كل صور المعاملة التى تتلقاها من زوجها من قبيل الضرب،السب،الهجر و التراخي عمدا عن اتمام الزوجية بسبب الزوج يعد ضررا و من الضرر ايضا هجر الزوج لزوجته سواء كان ناجما عن فعل ايجابي او سلبي ،يستوي في الضرر الحاصل للزوجة ان يقع على بدنها او عرضها شرط ان يكون الضرر اللاحق بها صادر عن زوجها و إلا ليس لها طلب التطليق[2]

المطلب الثاني

شروط الضرر

يجب على القاضي قبل التطرق إلى الدعوى التي مضمونها التطليق للضرر أن يتأكد من توافر الشروط الواجبة لقبول التطليق للضرر و التي تبرر رغبة المرأة الفرقة. وهناك شروط أخذت بها التشريعات العربية و كذا المشرع الجزائري ولقد حصروها في ثلاثة شروط وإذا تخلفت إحدى هذه الشروط يرفض القاضي طلب الزوجة الرامي إلى حل الرابطة الزوجية نتيجة ظلم وأذية زوجها لها،لذا سنفصل في كل هذا من خلال ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول

وقوع ضرر متعمد من الزوج

يجب أن يكون الضرر عن قصد، بمعنى أن التصرف الصادر من الزوج مربوط بإرادته بحيث قام به عمدا سواء بالفعل أو القول ولا يشترط تكرار الضرر لطلب التفريق بل يكفي اثبات حصوله

[1] - عيسات اليزيد،التطليق بطلب من الزرجة في قانون الاسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون "فرع العقود و المسؤولية"، كلية الحقوق ،الجزائر،2002-2003.ص142.

[2] -القانون رقم 25 لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، نقلا عن احمد نصر الجندي ،الطلاق و التطليق و اثرهما،دار الكتب القانونية،مصر،2004.ص218 و ما بعدها.

مرة واحدة و يطلق عليها القاضي بمجرد اثباتها للضرر الذي الحقه زوجها بها قولا او فعلا حسب العرف و البيئة[1]

فلا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول فيجوز اذن ان يقع الضرر قبل الدخول مما يستوجب طلب التطليق قبل ان تسوء العاقبة و تتردى الحالة الزوجية و يصبح الزواج غير موفق و ابسط مثال على ذلك ترك الزوج لزوجته دون دخول رغم العقد عليها فيذرها كالمعلقة لا هي متزوجة و لا هي مطلقة.

أما بالنسبة للأمور التي تتضرر منها المرأة لكنها واقعة من طرف أجنبي عن الزوج مثل والدي الزوج وأقاربه. في هذه الحالة قد تطلب الزوجة الحماية من زوجها.

كما لا يمكن لها رفع دعوى التطليق إذا كانت هي المتسببة في الضرر فذلك يؤدي إلى ميلاد الشقاق والخلاف بين الزوجين، وعندئذ على القاضي البحث عن المتسبب عن الضرر فيحاول أولا التوفيق بينهما بالصلح، وإذا بلغ الخصام ذروته يبعث بحكمين حسب نص المادة 56 من ق.أ.ج.

وإذا كانت الزوجة هي المخالفة لأحكام الزواج وتقوم بتصرفات من شأنها إحداث نزاع بينهما فهنا تعتبر ناشزا وللزوج حق تأديبها بغرض الإصلاح[(2)].

اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها يجب ان يكون الضرر و الاذى و الواقع من الزوج على زوجته لان القاضي لا يطلق على الزوج الا اذا كان الضرر اتيا من جهته فوظيفة القاضي رفع الظلم.العبرة في الضرر الذي تشكو منه الزوجة وقوعه من الزوج،و لا دخل بعد ذلك لكون الضرر باختيار الزوج او قهرا عنه و كذلك كونه ضررا ايجابيا او سلبيا [3].

الفرع الثاني

استحالة دوام العشرة

استتبعت قوامة الرجل على المرأة ان صار له حق تأديبها اذا استوجبت التاديب لكن على هذا الاخير ان يحسن استعمال حقه هذا و يعاملها بالمعروف ،يحسن معاشرتها و يمتنع عن ايذائها و الاساءة اليها بالا موجب لقوله تعالى: "**و عاشروهن بالمعروف**"[4] .قوله ايضا:"**هن لباس لكم و انتم لباس لهن**"[5].

---

[1] - ولد عمار نسيم،مرجع سابق .ص31.

[2] -عيسات اليزيد، مرجع سابق.ص144 وما بعدها .

[3] -احمد نصر الجندي،مرجع سابق.ص217.

[4] -الاية 19 من سورة النساء.

[5] -الاية 187من سورة البقرة.

فاذا اذاها بقول او فعل ايذاء بالغا ذلك يورث الضغينة في قلبها ،يكدر عليها حياتها و يؤثر في نفوس اولادها و اهلها مما يدفعها الى رفع دعوى ضده للتفريق بينهما لاستحالة صبرها على العيش معه بشرط ان يكون الضرر موضوع الدعوى معتبر شرعا ،حيث ان المشرع الجزائري لم يتقيد بالضرر محدد تاركا سلطة تقديره للقاضي وحسنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضرر بالنسبة لزوجة لا يعتبر كذلك في نظر أخرى فهذا الشرط استوجبته التشريعات العربية و لم يأخذ به المشرع الجزائري[1].

إذ أن الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى الشقاق والنزاع بين الزوجين و يقلب نعيمهما جحيما مما ينتج عند استحالة مواصلة المعيشة المشتركة بينهما و انهائها بعدما كان كل منهما سكنا للأخر لقوله سبحانه و تعالى:"و من اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة و رحمة"[2].وعلى هذا فاذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية و قامت بإثبات دعواها يطلقها القاضي طلقة بائنة اذا عجز عن الاصلاح بينهما،و معنى ذلك ان الضرر المجيز للتطليق يجب ان يبلغ درجة معينة من الجسامة أما إذا كان عاديا فلا تكاد أسرة تخلو من الإساءة اليومية، لذا لا تتخذ سبب موجب للتفريق وذلك حفاظا على الأسرة وتجنبا لضياع الأولاد،و الرابطة الزوجية المقدسة،علاقة المصاهرة و مصلحة المجتمع.مما تقدم يتبين ان معيار تقدير الضرر شخصي لا مادي ويختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما والأمر يختلف حسب الزمان والمكان فاذا كان الزوجان يعيشان في مجتمع متدهور الاخلاق و انهما من وسط متشبع بالرذيلة،فان الزوج عندما يسب و بضرب زوجته فالامر عادي جدا و لا يكون ما بدر منه مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما .و بالتالي فان تأثير ذلك على الزوجة يكون بسيطا[3].

الفرع الثالث

عجز القاضي عن الإصلاح

حسب المادة 49 من ق.ا.ج يتضح انه لا وجود للطلاق الا بصدور حكم به من القضاء وصدور هذا الحكم يأتي في مرتبة ما بعد محاولة الصلح بين الزوجين،و الاصلاح بين الزوجين يقتضي التعرف على حقيقة الشقاق و النزاع القائم بينهما ،و الظروف و الملابسات المحيطة به.و عليه

[1] ـ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالتفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء: دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2007.ص94.

[2] -الاية 21 من سورة الروم.

[3] ـ عيسات اليزيد، مرجع سابق. ص 146 و ما بعدها.

فانه يجب على القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق عرض الصلح على الزوجين و سواء نجح القاضي في الصلح او فشل يحرر محضرا بما توصل اليه من نتائج يلحق بملف الدعوى[1].بعد اثبات القاضي اضرار الزوج بزوجته يحدد جلسة الصلح بينهما و يتبع مجموعة من ألخطوات يقوم بنصحه و يذكره بوجوب حسن العشرة و الضرر الناجم عن سوء العشرة فان لم يرع بالنصح و الوعظ طلب منها هجره و عدم تمكينه من نفسها و ان لم يرتدع بهذين الحلين يهدده بالحبس و الغرامة المالية فان لم يجد كل ذلك نفعا امره بان يطلقها فان امتنع عن ذالك طلق القاضي عليه،هذا ما ذهب اليه الفقه المالكي :"و يتعدى الزوج على زوجته بالضرب لغير موجب شرعي او سبب كلعن او نحوه وثبت بينة او قرار زجر الحاكم بوعظ و تهديد ان لم ينزجر بالوعظ فضرب ان افاد الضرب"[2] .

إذا عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين بعد عرضه للصلح عليهما يقوم بتعيين حكمين واحد من أهل الزوج وآخر من أهلها للإصلاح بينهما،و يشترط في الحكمين التكليف،الاسلام و العدالة و فهم المقصود من مهمتهما و كيفية ادائها و الا فلا يجوز بعثهما هذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء لكن اختلفوا في اشتراط كونهما من اهل الزوج ام لا يشترط ذالك فذهب فريق منهم الى ضرورة كون الحكمين من اهل الزوجين لان الله ذكر ذالك في القران الكريم و لان الاهل ادرى ببواطن الامور واقدر على معالجة المواقف اما اذا تعذر وجودهما من الاهل فيجوز ان يكونا من غيرهم[3]. وهذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في آجل شهرين"[(4)]. نفس الشيء نصت عليه المادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1929.فالقاضي عند عجزه عن الاصلاح بين الزوجين يعين حكمين للتوفيق بينهما و يشترط فيهما ان يكونا رجلين عدلين من اهل الزوجين

وعلى الحكمين أن يتفهما أسباب الشقاق والتحقيق من وجود الضرر وعناصره وبذل ما بوسعهما للإصلاح بينهما وفي حالة عجزهما وثبوت الضرر حكم القاضي بتطليقها منه وألزمه بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي إذا تمت المطالبة به من قبل الزوجة[(5)].نفس الامر ورد

[1] -بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانوت الاسرة الجزائري،ج1،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999.ص339.

[2] -طاهري حسين،الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري دار الخلدونية ،الجزائر،د.س.ن.ص.126-127.

[3] -عبد الرحمان الصابوني،مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية،دراسة فقهية مقارنة،ط2،دار هومة،2009.ص755-756.

[4] - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 ه الموافق ل 9 يونيو 1984 م،المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق ل27فبراير 2005.

[5] -القانون رقم 25 لسنة 1929 ،نقلا عن بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي،ج1،د.ط،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1996. ص 257.

ذكره في المادة 9 من القانون السالف الذكر .بالإضافة للمادة 97 من مدونة الاسرة المغربية التي تضمنت انه في حالة تعذر الاصلاح،تثبت المحكمة ذلك في محضر و تحكم بالتطليق و بالمستحقات طبقا للمواد 83-84-85 من م.ا.م،مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن ان تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الاخر[1] .و مهمة الحكمين حصرها المشرع الجزائري في امرين رئيسيين: المصالحة بين الزوجين و الزامية تقديم تقرير عن مهمتهما طبقا لما حدده القاضي فان حدث و ان اقتنع الحكمين بان الحل الوحيد هو التفريق يذكران ذلك في تقريرهما مع التعليل والتسبيب [2].

المطلب الثالث

أنواع الضرر بحسب الطبيعة

إن الضرر الذي يصدر من الزوج تجاه زوجته قولا كان أو فعلا يؤثر فيها بدنيا و نفسيا وهذا الضرر أحيانا تمتد أثاره إلى الأسرة ككل ، فحماية للزوجة من تعسف الزوج وسع المشرع من دائرة الضرر المخول به طلب التطليق فقد اضاف فقرة اخيرة للمادة 53 من ق.ا.ج التي جاءت عامة و شاملة من خلال تعبيره فيها :"بالضرر المعتبر شرعا" الذي سندرسه من خلال فرعين :الضرر المادي في فرع اول و المعنوي في فرع ثان.

الفرع الأول

الضرر المادي

هو الانتقاص وإلحاق الأذية بمال أو جسم الإنسان، فيسمى الأول بالضرر المادي والثاني بالجسماني [(3)].

فيما أننا نهتم بالضرر الذي يلحق بامرأة، فالضرر المادي إذن هو كل ما يلحق أذى ببدن المرأة كضربها أو جرحها [(4)].

الضرب والجرح يكون سواء باليد أو بأية آلة يستعملها الزوج لأذية زوجته. أما الجرح يقصد به الضرب المبرح والمؤلم كإحداث جروح وكسور في العظام .و الضرب خول للزوج كسلطة تأديب

---

[1]-المادة 97 من مدونة الأسرة المغربية،نقلا عن بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،دار الخلدونية،الجزائر،د.س.ن.ص206.

[2] - فضيل سعد،شرح قانون الاسرة الجزائري "الزواج و الطلاق"،ج1،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1985.ص297.

[3] .نجية زيتوني ، مرجع سابق.ص 4.

[4] - محمد خضر قادر، مرجع سابق.ص 300.

للزوجة الناشز في حدود رسمها الشارع الحكيم و هو بمثابة المبادرة بالعلاج قبل الداء فإذا تجاوز الزوج هذه الحدود المرسومة بأن ضرب زوجته ضربا مبرحا فللزوجة حق طلب التفريق عن الضرر الذي لحقها[1] .لقوله تعالى:" ***واللاتي تخافون نشوزهن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا***"[2].ويشترط في الضرب أن يكون غير مبرح أي الذي لايكسر عظما و لا يخدش لحما و لا يسيل دما أو كما وصفه الرسول صلى الله عليه و سلم :"لا يترك أثرا و لا يحدث عاهة "إنه لكزة خفيفة لا على الوجه ولكن على الكتف أو الظهر كما قال ابن عباس رضي الله عنه،لا على العين ولا على الأذن و لكن على الذراع أو الجنب ،ولا يصحب ذلك قول قبيح أو شتم و المؤمن لا يضرب الوجه و لا يقبح[3].

فضلا عن الضرب والجرح، هناك أضرار مادية أخرى تمس بالزوجة وتدفعها لطلب التطليق منها: إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث أو الولد أي في الدبر، وهذا حرام شرعا لقوله تعالى:"***فأتوهنّ من حيث أمركم الله***"[4].كذلك تحريض الزوجة من قبل زوجها على ارتكاب المحرمات كشرب الخمر، ممارسة الدعارة أو مجالسة الرجال الأجانب و هي تعد من الكبائر التي حرم الله القيام بها فالدعارة و الزنا هي قمة الكفر و عليها تقام الحدود الشرعية و العقوبات القانونية فهنا يمكن للزوجة عدم طاعة زوجها لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ويحق لها طلب التفريق حفاظا على شرفها وسمعتها بعد اثبات ذلك.كما نجد أيضا سرقة الزوج لأموال زوجته وتبديد جهازها، و في ذلك اعتداء على حقوقها المالية و القانونية و انتهاك حرية التصرف في مالها ،هذه الأضرار على سبيل المثال لا الحصر تجيز من خلالها للزوجة طلب التطليق لأن الضرر يتغير من بيئة لأخرى ومن زوجة لأخرى[(5)].

و قد اختلف الفقهاء في إجازة التفريق من عدمه، فيرى المالكية أن الزوج إذا اعتدى على زوجته بالضرب أو إكراهها على فعل المحرمات كجبرها على الرقص للرجال، سقيهم بالخمر، فلها أن تطلب التطليق بسبب إساءة الزوج لها [(6)].

---

[1]-محمد ابراهيم الحفناوي،الطلاق،ط2،مكتبة الايمان،مصر،2005.ص192 -193.

[2] - الآية 34 من سورة النساء.

[3]-محمد عاطف المقصورطي،الزواج و الطلاق في الاسلام،حقوق الزوج و الزوجة و الأولاد،مؤسسة المختار،مصر،د.س.ن.ص106 .

[4]- الآية 222 من سورة البقرة.

[5] - عيسات اليزيد، مرجع سابق.ص 146 - 147.

[6] - بلقاسم شتوان،الطلاق في الفقه المالكي،دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، سطيف،2008.ص 246.

فإن طلبت زجره اكتفى القاضي بوعظه، فإن كررت الزوجة شكواها بسبب عدم كف الزوج ضربها أو جرحها، بعث إليهما حكمين للاصطلاح فإن تعذر ذلك، طلقا الزوجة بغير عوض إذا كانت الإساءة من الزوج أما إذا كانت من طرف الزوجة، فلها الخيار في الإبقاء على الحياة الزوجية أو التفريق بينهما[1].

أما إذا كان الضرب بغرض التأديب فهو مشروع، لقول الله سبحانه وتعالى: "***وَاضْرِبُوهُنَ فَانَ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوْا عَلَيْهِنَ سَبِيلاً، إِنَ اللهَ كَانَ عَلِياً كَبِيراً***" [2].

فالزوج إذا ضرب زوجته لا ينبغي أن يعاتب أو يسأل في ذلك، وقد روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب امرأته فعدل في ذلك، فقال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "***لا يسأل الرجل فيما ضرب أهله***"[3].

بينما ذهب الشافعية، الحنفية، الجعفرية، الظاهرية، الشيعة الإمامية والحنابلة أو الزوجة ليس لها طلب التفريق من زوجها حتى ولو كان ذلك بسبب إيذائها بفعل لا يستطاع معه دوام العشرة بل لها طلب ردعه من القاضي، فإن لم يمتثل لأمره المتمثل في حسن معاشرتها وإحسان معاملتها، عاقبه بالتعزير[4]، واستندوا في قولهم إلى قول الله تعالى: "***إِنْ خِفْتمْ شِقاقًا بَينهُمَا، فَابعثُوا حَكَماً مِنْ أَهلهِ وَحكماً مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصلاحاً يُوفقُ الله بَيْنهمَا إِنَ الله كَانَ عليماً خَبيراً***".[5]

هذا ولم يضع المشرع الجزائري نصا خاصا بالضرب والجرح، إلا أنه وضع الفقرة 10 "كل ضرر معتبر شرعا" وأدرج تحتها أي ضرر يمس بالمرأة، يمكن أن تطلب التطليق من أجله، فلم يحدد معيارا معينا لتمييز السلوك الضار وغير الضار، في حالة تقديم الزوجة شكوى ضد زوجها، فحسب الفقرة 10 يمكن أن يشمل الضرر كل تصرف يضر بالمرأة كالعنف الجسدي الذي تتعرض له بحجة التأديب[6].

و ما يؤكد ذلك في تطبيقات القضاء نجد أنه ثبت – في قضية الحال – أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق، دون أن تنظر إلى الضرر

---

[1] - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة،ج1 (الزواج و الطلاق)، دار النهضة العربية للطباعة و النشر،لبنان،د.س.ن. ص444.

[2] - الآية 34 من سورة النساء.

[3] - محمد عاطف المقصورطي،مرجع سابق. ص 108.

[4] -منصوري نورة،التطليق و الخلع وفقا للقانون و الشريعة، دار الهدى، الجزائر،2010.ص65.

[5] -الاية35 من سورة النساء.

[6] - لوكيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،د.ط، دار هومة، الجزائر، 2004. ص 100 - 101..

اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب.مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض [1].

الفرع الثاني

الضرر المعنوي

وهو ما يسمى بالنفسي، أي كل ما يلحق المرأة من ألم أو أذى في نفسها، كإسماعها كلاما رديئا من سب وشتم، وكذلك إهمال الزوج لواجباته الشرعية [2].

السب والشتم: وذلك كأن يشتم الزوج زوجته أو والديها أو ينقص من كرامتها أمام أقاربه كأمه وأفراد عائلته[3]كذلك تشبيهها بما يعتبر شتما لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار او تشبيه والديها بذلك فهذا الشتم لا يليق بمكانتها الاجتماعية مما يحدث لها حزنا عميقا تتأثر به، فتصبح المعاشرة بينهما مستحيلة.

كما نجد إهمال الزوج لواجباته الشرعية يضر بالزوجة معنويا وذلك بترك المبيت في فراشها وهو ما يسمى بالهجر وقطع الكلام معها، كذلك نجد إظهار الزوج العبوس لزوجته وتقطيب الحاجبين دائما، رفع الصوت عليها وإظهار لا مبالاة تجاهها.

ومن قبيل الأضرار المعنوية التي تجيز التطليق، نجد اتهام الزوج لزوجته بتهمة تمس بكرامتها وشرفها (الزنا، علاقة غير شرعية) ضبط الزوج في شقة للقمار مرتكبا فعلا فاضحا يمس بالزوجة ويحرج عواطفها خاصة إذا قام الزوج بإفشاء الأسرار الزوجية التي بينهما، هذه النقطة تمس كثيرا بنفسية المرأة مما يشعرها بالذل والاحتقار[4].

و لم يتعرض الفقهاء إلى تعريف السب والشتم ، إلا أنه أعطوا أمثلة عنه، وكما جاء في الشرح الكبير للدردير: "ولها – أي للزوجة – التطليق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها، كذلك سبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافرــ يا بنت الملعون..."[5].

---

[1] ـ عبيدي الشافعي، قانون الأسرة مذيل بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الهدى، الجزائر،د.س.ن.ص31.

[2] ـ نبيل صقر، مرجع سابق. ص 186.

[3] ـ بلقاسم شتوان، مرجع سابق. ص 246.

[4] ـ حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية،مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاة، الدفعة17 ،2006 -2009 . ص33-34.

[5] -الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل،ج2،د.ب.ن،د.س.ن ص345.

كما ذكرنا سابقا، الفقرة 10من المادة 53 من ق.أ.ج جاءت بصياغة عامة، أي كل تصرف يسيء إلى المرأة ويؤلمها نفسيا أو بدنيا، يجوز لها طلب التطليق، لذا لم يحدد لا ضرر مادي أو معنوي، لكن نجده دائما يستند إلى رأي المالكية.و بالاستناد إلى أحكام القضاء و اجتهاداتها فقد كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يسيء أو يهينها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية و حكموا دون دليل و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

المبحث الثاني

أشكال الضرر

تتعدد الأضرار التي يمكن أن تلحق بالزوجة و الأسرة و الأمثلة عنها كثيرة يصعب حصرها لاختلاف الضرر حسب الحالات الاجتماعية والثقافية و الاقتصادية التي تختلف من زوجة إلى أخرى و من أسرة إلى أخرى، والمشرع الجزائري ذكر جميع الحالات الواردة في المادة 53 من ق.أ.ج بأنها تعتبر ضررا موجبا للتطليق فأثاره تمتد الى الزوجة و الاسرة كلها لذا نتناول الاضرار التي تمس بذات الزوجة كمطلب اول و التى تمس بالاسرة كمطلب ثان.

المطلب الاول

الأضرار التي تمس بذات الزوجة

من بين الأضرار الهامة والخطيرة التي تهدد ذات الزوجة وكيانها بدنيا ونفسيا، نصادف أول ضرر يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ألا وهو العيوب التي قد تكون تناسلية خاصة بالرجال أو تناسلية خاصة بالنساء.

كما قد يشترك فيها الزوجين، ويليه ضرر آخر لا يقل تأثيرا خاصة على نفسية الزوجة المتمثل في الهجر في المضجع زيادة على ذلك نجد الشقاق والتعدد مخالفة لأحكام المادة 37 و 8 من ق.أ.ج.

[1]-عبيدي الشافعي،مرجع سابق.ص28 .

الفرع الأول

عيوب الزوج

المراد بالعيب نقص يلحق البدن والعقل لأحد الزوجين، تستحيل معه استمرارية الرابطة الزوجية وعدم الوصول إلى الغرض من إبرامها[1].

لقد اعترف الفقهاء والقانون أن لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق إذا تبين وجود عيب في أحدهما الذي من شأنه أن يعرقل مسير الحياة الزوجية، وبذلك ميز الفقهاء بين ثلاث أنواع شائعة خاصة بالرجل كالتالي: الجب، العنة والخصاء، والخاصة بالمرأة وهي: الرتق، القرن، وكذا المشترك بينهما: الجذام، الجنون، البرص، زيادة لمرض الصرع والسل وحاليا أضيف مرض فقدان المناعة رغم أنها تمنع من الدخول ألا أنها تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة بين الزوجين[2]

وقد استدلوا على ذلك إلى الكتاب لقوله تعالى: ***"فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِه بَيْنَ المَرْءِ وَزَوْجِهِ"***[3].

وكذلك من السنة حيث روى الإمام أحمد أن الرسول صلى الله عليه وسلم: "تزوج امرأة من غفار فلما دخل عليها وجلس على الفراش أبصر بكشحها فانحاز عن الفراش ثم قال لها: خذي عليك ثيابك وفي رواية: وألحقي بأهلك ولم يأخذ مما أتاها شيئا".هذا الحديث يدل على جواز مشروعية رد النكاح بالعيب الموجود في المرأة[4].

عن يزيد بن كعب عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "فرّوا من المجذوم كما تفر من الأسد"، ويدل هذا الحديث صراحة على مرض الجذام الخطير حيث تشمئز منه النفوس ولتخفيف هذا الضرر يفرق بينهما[5].

وأختلف في حكم هذه العلل إذا وجدت في الزوج أو الزوجة، فحسب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يحق لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب يجده في الآخر رغم اختلافهم في تعداد هذه العيوب واتفق العلماء على أنه إذا وجدت الزوجة عيبا من العيوب الثلاثة السالفة الذكر أو الأمراض غير التناسلية كالجنون، الجذام، البرص والزهري، فإذا كانت غير قابلة للزوال يفرق القاضي بينهما حالا، أما إذا كانت هناك إمكانية لزوالها يؤجل الدعوى لمدة لا تتجاوز سنة، فإذا لم

---

[1] - طاهري حسين،مرجع سابق. ص 213.

[2] - بن شويخ الرشيد،مرجع سابق.ص 193.

[3]-الاية 102 من سورة البقرة.

[4] أبو داوود،سنن ابي داوود،كتاب الطلاق،ج1 ، رقم الحديث2196 .ص.343.

[5]-ابي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري،ج5، رقم الحديث5380 ، القاهرة، د.س.ن.ص2158.

يشفى من العلة فرق بينهما، اتفقوا أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة لأنه يملك بيده حق الطلاق، إذ منح الشافعي وأحمد الحق للزوجة في طلب الفسخ بسبب العيوب الآتية: الجب العنة، الخصاء، الجنون، الجذام والبرص أمام القاضي رغم اختلافهم في عدد العيوب[1].

فعند الشافعية 7 عيوب: الجب، العنة، الجنون، الجذام، البرص، الرتق، والقرن، أما الحنابلة فاعتدوا بـــ 8 وهي: الجب، العنة، القرن، العفل، الإفضاء والفتق إضافة للعيوب المشتركة.

في حين اعتبر المالكية التفريق للعيوب طلاقا لا فسخا، فعندهم 13 عيبا فأخذوا بالعيوب المذكورة عند الشافعية والحنابلة + البخر، القفل، الاعتراض والخصاء[2].

باستثناء الفقه الحنفي الذي انفرد بإعطاء الزوجة وحدها فقط حق طلب التطليق دون الزوج فإن وجدت بزوجها عيبا تناسليا غير قابل للزوال كان أحق لها المطالبة بالتطليق من طرف القاضي.

لكن اختلفوا فيما بينهم في نوع العيوب التي تمكن من الفرقة، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا خيار للزوجة في طلب التفريق بسبب الجنون، الجذام والبرص لأنها لا تفوت بها الهدف من الزواج، في حين ذهب محمد بن الحسن إلى تثبيت حق الفسخ للزوجة بسبب هذه العيوب بما أنها تتضرر بها ضررا عظيما[3].

أما الظاهرية فلم يمنحوا حق طلب التطليق لكلا الزوجين إلا إذا اشترط أحدهما السلامة من العيوب أثناء العقد، فتبين له خلاف ما اشترط[4].

وخلاصة القول تكمن في اتفاق المذاهب الثلاثة على منح خيار الفرقة لكل من الزوجين رغم اختلافهم في تعداد العيوب ونوع الفرقة ماعدا الحنفية الذين اكتفوا بمنح هذا الحق فقط للزوجة وانقسموا فيما بينهم حيث أن أبا حنيفة وأبا يوسف يأخذان فقط بالعيوب التناسلية الثلاث كسبب لطلب الزوجة للتطليق، في حين أضاف محمد الحسن عيوبا أخرى ولم يحصرها في الثلاثة السالفة الذكر فيما انطوى رأي الظاهرية على عدم الأخذ مطلقا بالعيوب كدافع لطلب التطليق سواء من قبل الزوج أو الزوجة.

أولا–موقف المشرع الجزائري

لم يحدد على سبيل الحصر العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج إذ وردت في المادة 53 من ق.أ بصيغة شاملة وعامة، إنما توسع فيها باشتراطه تأثيرها فقط على حياة الزوجين تأثيرا بالغا

[1] ـ محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، د.ط، الدار الجامعية، مصر، د.س.ن.ص254.
[2] ـرمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.ص340-341.
[3] ـالمصري مبروك،الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائري،دراسة فقهية مقارنة،د.ط،دار هومة ،الجزائر،د.س.ن.ص337 -338 .
[4] ـ بلحاج العربي،مرجع سابق. ص238.

وللقاضي السلطة التقديرية في النهاية [1].

لذا فالمشرع الجزائري لم يتعرض للمقصود بالعيب ولم يبين نوعه أهو جسمي أو غير ذلك. وإنما تعرض له بصفته حائلا دون تحقيق الغاية من الزواج، وإذا صادف وإن اكتشفت الزوجة عيبا أو مرضا في زوجها بعد الزواج من شأنه إعاقة مباشرة العلاقات الجنسية مثل الخصاء والعنة أو من شأنه المنع من إنجاب الأولاد كالعقم أو نفور الزوجة من زوجها خوفا واشمئزازا كالجنون والصرع فإنها يحق لها ردع الضرر عن نفسها باللجوء إلى القضاء من أجل تطليقها [2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد مهلة بشأن العلل المرضية التي يمكن الشفاء منها [3].ولم يحدد المدة التي يسقط من خلالها حق الزوجة في طلبها للتطليق لكن أباح أن ترفع دعواها متى كانت مستوفية للشروط التالية:

- أن ترفع دعوى التطليق.
- أن تثبت وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء (أطباء واختصاصيين) أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون ربط ذلك بمدة معينة.

فموقف المشرع الجزائري لم يعتبر الزوجة راضية ضمنيا عن عيوب زوجها فمجرد رفع الدعوى بمثابة رفض والمدة التي تبقى معه بعد ذلك يعد ضررا وجب دفعه عن طريق تطليق القاضي عليه.

و نجد في تطبيقات القضاء ما يؤكد ذلك بحيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16 أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة مما أدى إلى طلب زوجته التطليق لتضررها وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، طبقوا القانون تطبيقا صحيحا [4].

ثانيا- موقف التشريعات العربية

إنّ القوانين العربية الإسلامية اختلفت فيما بينها حول موضوع العيوب فيما إذا كانت تناسلية أو غير ذلك، وما إذا كانت قابلة للزوال أولا، ولمن يمنح حق الخيار في الفرقة.

---

[1] ـ يوسف دلاندة ،دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة(الزواج و الطلاق)، ط2،دار هومة، الجزائر،2008. ص 53.

[2] ـ منصوري نورة، مرجع سابق.ص49.

[3] ـ عبد العزيزسعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،د.س.ن. ص 261.

[4] ـ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001.ص119.

فالقانون المغربي نص في الفصل 54 من م.أ.م على أن الزوجة إن وجدت في زوجها عيبا يستعصي شفاؤه أو يمكن زواله بعد مدة لكن تزيد عن سنة جاز لها المطالبة بالتفريق، أما إذا وجد الزوج بزوجته عيبا كالجذام، البرص، السل، وداء الفرج، فإن علم به قبل الزواج أو بعده كان له إبقاؤها إن شاء أوردها [1].

وأورد قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 105 من ق.أ.ش.س أين ميز بين حالتين وهما:

– إذا كانت فيه إحدى العلل المانعة من الدخول شرط سلامتها هي منها.

– إذا جن الزوج بعد العقد، حيث نصت المادة 107من ق.أ.ش.س أنه في حال وجود هذه العلل المذكورة وكونها غير قابلة للزوال فرق القاضي حالا بينهما، وفي حال إمكانية زوالها أجل القاضي الدعوى لمدة لا تتجاوز سنة لكن أن لم تزل فرق بينهما، وأضافت المادة 106 من نفس القانون التي مفادها أن المرأة يسقط حقها في طلب التطليق بسبب العيوب المبينة سالفا إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده ماعدا العنة التي لا تسقط بحال رغم علم الزوجة بها سواء قبل أو بعد العقد[2].

وأما قانون الأحوال الشخصية المصري، قبل العمل بالقانون رقم 25 لعام 1929، كان يأخذ بالموقف الراجح من المذهب الحنفي الذي يأخذ بالعيوب الثلاثة فقط كسبب لطلب التطليق، وبعد صدور هذا القانون ظل يعمل بالأسباب الثلاثة لكنه أضاف حالات أخرى للعيوب [3].

أما طبيعة الحكم القضائي الصادر للتفريق بسبب العلل فهو طلاق بائن حسب التشريعات السالفة الذكر، فقد ورد ذلك في المادة 108 من ق.أ.ش.س و مدونة الأسرة المغربية في المادة 122 منها، و قانون الأحوال الشخصية المصري أيضا اعتبر طبيعة الفرقة لعيب طلاقا بائنا آخذا بمذهب مالك ومحمد بن الحسن، وذلك في نص المادة 10 من القانون رقم25 لسنة 1929[4].

انطلاقا من التشريعات العربية السابقة الذكر نقول أن المشرع الجزائري أحسن فعلا لما لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين وخص طلب الفرقة الزوجية دون الزوج باعتبار أن الزوج بيده العصمة في إيقاع الطلاق، لكنه أهمل نقطة حساسة متمثلة في المهلة التي كان عليه منحها للزوج بشأن العيوب التي يمكن الشفاء منها ونفس الخطأ وقع فيه المشرع المصري مقارنة بالمغربي والسوري اللذين انتبها للمهلة التي حدداها على أن لا تزيد عن سنة.

---

[1] ـ مدونة الأحوال الشخصية المغربية، نشر بالجريدة الرسمية، العدد1354، الصادرة بتاريخ1957/12/06.

[2] ـ المادة 106-107 من قانون الأحوال الشخصية السوري ،نقلا عن بن شويخ الرشيد،مرجع سابق. ص 195.

[3] ـ رمضان علي السيد الشرنباصي،مرجع سابق.ص 346 - 347.

[4] ـ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق. ص 196.

كما اتفق المشرع الجزائري مع التشريعات المذكورة سابقا في اشتراطهم لعدم علم الزوجة بالعيب عند العقد ورضائها بعده، هنا يسقط حقها في طلب التفريق.

الفرع الثاني

الهجر في المضجع

قال تعالى: *"وَالذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين"* [1].

بمعنى أنه لكلا الزوجين حق الاستمتاع بالآخر وعدم المعارضة إلا لسبب شرعي، فإن نشزت الزوجة عن زوجها كان بمقدوره تأديبها وذلك بهجرها في المضجع فوق 4 أشهر [2].

وهذا الهجر لون من ألوان التأديب والعلاج للزوجة العاقة بهدف إصلاحها والمقصود بالهجر هو أن يولي الزوج ظهره لزوجته وينام فتشعر حينئذ بغضبه وربما تستسلم لأوامره وليس الغاية من الهجر عقاب حسي للمرأة، وإنما مجرد علاج نفسي لها[3]. وقد استنبط حق الهجر في المضجع بغرض التأديب من الآية الكريمة: *"لِلَذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِسَائِهِمْ تَرَبُّصَ أربعة أشهر، فإن فاءوا فَإِنَ الله غَفُور رَحِيم وإن عزموا الطّلاَق فَإِنَ الله سَمِيع عَلِيم"* [4].

فيمكن للهجر في المضجع أن يكون ناتجا عن حلف الزوج على عدم مقاربة زوجته 4 أشهر فأكثر وهذا ما يدعى "بالإيلاء" في الشريعة الإسلامية. وقد يهدف الهجر إلى الإضرار بالزوجة لذا سنصب اهتمامنا على دراسة الهجر في المضجع بغرض التأديب ومقارنته بالإيلاء متعرضين بذلك لمواقف الفقهاء والتشريعات المقارنة.

أولا-الهجر في المضجع بغرض الــتأديب

يرى الفقه المالكي: من يريد العبادة أو تركا للجماع لغير ضرر ولا علة قيل له: "أما وطئت أو طلقت"، بل إن شيخ الإسلام يجعل ترك الوطأ مبررا لفسخ النكاح في كل حال حتى ولو لم يقصد الزوج الإضرار بزوجته، فقد قال مالك – رحمه الله –:"وحصول الضرر للزوجة بترك الوطأ مقتضى للفسخ بكل حال سواء كان بقصد أو بغير قصد ولو مع مقدرته وعجزه كالنفقة وأولى"[5].

---

[1] - الآية 5 من سورة المؤمنون.
[2] - منصوري نورة، مرجع سابق. ص 30.
[3] - بلقاسم شتوان ،مرجع سابق.ص 252 - 253.
[4] - الآية 34 من سورة النساء.
[5] - نبيل صقر ،مرجع سابق .ص . 179.

فحسبهم إذا وقع للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها عندئذ المطالبة بالتفريق ولو كان عدم الوطأ بسبب انقطاعه عن العبادة أو التعب في العمل. وإذا رفعت دعواها وأقر الزوج بما تدعيه فإن القاضي يضرب له أجلا يأمره فيه بمجامعتها وإن أبى حكم لها القاضي بالتطليق.

أما الشافعية فاعتبروا معاشرة الرجل لزوجته ليس واجبا وإنما حق من الحقوق التي يتمتع بها بينما يرى الحنابلة أن هذا الحق محدد بأربعة أشهر لأن الله قدره في حق المولى، وقد استنبطوا رأيهم هذا بناء على قصة عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين سماعه لامرأة تشتكي من غياب زوجها عنها في سبيل الله فأرسل إلى زوجها وأرجعه إليها، فدخل على ابنته السيدة حفصة وسألها:

– كم تصبر المرأة على فراق زوجها؟

– فقالت: 5 أو 6 أشهر.

من هنا إن تبين أن الزوج هجر زوجته في الفراش لأكثر من 4 أشهر جاز التطليق بينهما بناء على طلب الزوجة نتيجة الضرر الذي لحقها والإثبات يقع عليها [1].

أما الحنفية فعندهم من حق المرأة أن تطالب زوجها بالمواقعة إلا لمرة واحدة وعلى زوجها أن يكرر ذلك حتى يمنعها من النظر لغيره وإلا أعتبر آثما مذنبا في حقها[2].

ثانيا– الإيلاء

وهو نوع ثان من أنواع الهجر. والمقصود به الهجر المقترن بالحلف وذلك بأن يقسم الزوج على هجران زوجته في الفراش مدة قد تطول أو تقصر وفقا لقوله تعالى: *"والَلاتِي تِخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ، واضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبَغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً"* [3].

اتفق جمهور الفقهاء على أن الإيلاء يكون لمدة تزيد عن 4 أشهر لقوله تعالى: *"لِلَذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصَ أربعة أشهر، فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَ الله غَفُور رَحِيم وَإِنْ عَزَمُوا الطّلاَق فَإِنَ الله سَمِيع عَلِيم*[4] ولابد لليمين أن يكون بالله تعالى أو بأحد صفاته حسب الشافعية ومالك وانقضاء مدة أربعة أشهر لا تعد طلاقا لكن يشترط أن يكون التطليق من الزوج أو القاضي بينما الحنفية يرون أن مرور 4 أشهر يعد طلاقا بائنا [5].

---

[1] ـ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر،د.ط،دار الهدى،2007.ص 41.

[2] ـ منصوري نورة، مرجع سابق. ص 32.

[3] ـ الآية 34، سورة النساء.

[4] ـ الآيتان 226، 227من سورة البقرة.

[5] ـوهبة الزحيلي،الفقه المالكي الميسر،أحكام الأسرة،ج3،د.ط،دار الكلم الطيب،دمشق ،2010.ص214-215.

1-موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 3/53 من ق.أ.ج: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الهجر في المضجع فوق 4 أشهر"[1]. ومنه فللزوجة الحق في طلب التفرقة في حال هجر زوجها لها دون عذر ولمدة 4 أشهر فأكثر أو أقسم على أن لا يقاربها خلال هذه المدة المذكورة والهجر في قانون الأسرة الجزائري: هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في السرير ولا يبالي إطلاقا بوجودها بجانبه، وقد يتركها في غرفة النوم لينام في غرفة أخرى ويتركها دون عذر شرعي وعن قصد وذلك لمدة تزيد عن 4 أشهر بغرض تعذيبها أو تأديبها [(2)].

والهجر في المضجع المأخوذ به في طلب الزوجة التطليق: هو الهجر بدون مبرر شرعي أما إذا كان خارج عن إرادة الزوج كسفره للعمل أو دخوله المشفى، ففي هذه الحالة لا يستجاب لها من طرف القاضي [(3)].

أو بسبب قيامه بوظيفته أو خدمة عامة كالخدمة العسكرية في مكان آخر، ومن أجل البحث عن مصادر الكسب والعيش لها و لأولادها، فالقانون لا يسمح لها بالتفريق للهجر في الفراش حتى ولو تجاوز ذلك 4 أشهر [(4)].

ويتطلب الهجر المشروع توفر مجموعة من الشروط وهي كالآتي:

- أن يدير لها ظهره ولا يتعامل معها معاملة الأزواج.
- أن يدوم هذا الهجر 4 أشهر متتالية دون أن يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والآخر.
- أن يكون الهجر مقصودا نكاية بالزوجة ليس له مبرر شرعي ولا قانوني.

وإذا عدنا إلى أحكام القضاء نجد تطبيقا لما سبق ذكره ،فقد عرف مجلس قضاء سيدي بلعباس صدور قرار بتاريخ 2004/02/26 الذي قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب الهجر من هذا الأخير، فحسب المادة 3/53 من قانون الأسرة جاء في مجمل أسبابه ما يلي: "حيث أن المستأنفة تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للمادة 3/53 من ق .أ.ج وإلزامه بأدائه لها مبلغ 30000 دج نفقة عدة ومبلغ 2000 دج شهريا نفقة الإهمال من يوم رفع الدعوى الأولى، حيث أن المستأنف عليه يلتمس مواصلة

---

[1]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 ه الموافق ل 9 يونيو 1984 م،المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق ل27فبراير 2005.

[2] - الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء،ط2،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2008.ص105.

[3] - يوسف دلاندة ، مرجع سابق.ص 54.

[4] - عبد العزيز سعد، مرجع سابق. ص. 263 - 264.

الحياة الزوجية واحتياطيا الطلاق بظلم منها وحرمانها من توابع العصمة ماعدا العدة حيث أن المستأنفة أدت اليمين على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من 4 أشهر وبالتالي فإن دفوع المستأنف عليه غير مؤسسة ومن ثم الحكم بتطليقها"[1].

2- موقف التشريعات العربية

لم يخصص المشرع الجزائري نصا متعلقا بالإيلاء المتفق مع الهجر في المضجع من ناحية الأحكام، أي فيما يخص ترك وطأ الزوجة وجماعها لمدة 4 أشهر بينما نصت مدونة الأسرة المغربية على حكم الإيلاء في المادة 58 بنصها: "إذا آل الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس جاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى قاضي الذي يؤجله 4 أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي". فحسبهم الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق، وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع. والمقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة يقع فقط مرة واحدة. وهذا ما جاء في المواد 50 51، 52 من م.أ.م[2].

والمشرع المصري في المادة 5 من ق.أ.ش.م رقم 25 لسنة 1929 نص على نفس الأحكام الواردة عند المغربي وأيضا جاء في المادة 30 من م.ش.ت التي أوردت أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة ([3].

من استقرائنا للمادة 3/53من ق.أ.ج نعتقد أنها تقصد الإيلاء أي الهجر المرتبط بالقسم والذي إذا طالت مدته قد يضر بالزوجة لهذا قيد النص القرآني والقانوني للزوجة قبل لجوئها لطلب التطليق انتظار 4 أشهر، لكن نرى أنه أهمل لفظ "الإيلاء" بما أنه طلاق مضاف لزمن مستقبل، فحاول بذلك استبعاد الإيلاء من نصوص القانون تضييقا لمجال الطلاق ونسبته في المجتمع، فكان من الأحسن استعماله حتى لا يخلط بالهجر بغرض التأديب، واتفقت جميع القوانين على المدة بجعلها 4 أشهر استنادا للقرآن والسنة.

---

[1]- منصوري نورة، مرجع سابق.ص 38.

[2] - المادة 50-51-52 من مدونة الأسرة المغربية، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق.ص 245 - 246.

[3] -أمر مؤرخ في 06 محرم1376ه(13أوت1956)يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية و قانون الأحوال الشخصية(مجلة الأحوال الشخصية التونسية).

الفرع الثالث

الشقاق والتعدد

أولا- الشقاق

الخلاف الشديد القائم بين الزوجين، الراجع إلى المساس بالكرامة والشرف.

فلتجنب تحول الحياة الزوجية لجحيم لا يطاق، فقد أجاز المالكية التطليق للشقاق مستدلين بالحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار" ،(رواه ابن ماجه)[1]. واستدلوا في موقفهم إلى قوله تعالى: ***"وإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَا بَيْنَهُمَا، فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا، إن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِقُ الله بَيْنَهُمَا، إنَ الله كانَ عليماَ خَبِيراَ"*** [2].

بمفهوم المخالفة، ترى بقية المذاهب (الحنفية، الشافعية، والحنابلة) عدم جواز التطليق للخلاف مهما كانت درجة الضرر لأن الزوجة تدفع الضرر بواسطة اللجوء للقاضي لا بطريق الطلاق وبالتالي يحكم القاضي بالتأديب على الرجل حتى يتوقف ويتراجع عن إلحاق الضرر بها. فنوع الفرقة عندهم كذلك تعتبر طلاقا بائنا [3].

1- موقف المشرع الجزائري

قبل تعديل سنة 2005 كانت الفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ.ج تجمع كل من الشقاق والتعدد تحت فكرة الضرر المعتبر شرعا، بعد مجئ الأمر 05-02 المعدل ل ق.أ.ج أضاف 3حالات أخرى للمادة 53 أعلاه من بينها الشقاق المستمر بين الزوجين بحيث استحدثت الفقرة 8 من المادة السالفة الذكر بموجب التعديل الأخير وأصبحت بذلك مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا، فاعتبر المشرع الجزائري أن الخصام بين الزوجين سبب كاف لطلب الزوجة للفرقة[4]، وقد نصت المادة 56 من ق.أ.ج على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين"[5].

---

[1] - احمد بن ماجه،سبل السلام شرح بلوغ المرام،ج3،د.ط، دار الجيل، بيروت، د.س.ن.ص928.

[2] - الآية 35، سورة النساء.

[3] - عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق،في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل،ط1،دار الخلدونية، الجزائر،2007 .ص 281 - 282.

[4] -باديس ذيابي ،مرجع سابق،ص50 .

[5] -قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 م،المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005م،ج ر.15 المؤرخة في 27 فبراير 2004 .

و برجوعنا إلى أحكام القضاء نجد أنها استقرت على أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا و ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1996/09/24،ملف رقم139353، ولما كان في ــ قضية الحال ــ أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخلاف مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بتطبيقهم لتطليق الزوجة طبقوا صحيح القانون[1].ويفهم من هذا النص أن المحكمة لا تحكم بمجرد وجود خصام وشقاق بين الزوجين بل عليها إثبات أن هذه الخلافات قد بلغت ذروتها وبالتالي امتناعها بعدم الاستفادة من استمرار الرابطة الزوجية.

2- موقف التشريعات العربية

نص القانون المغربي على حالات التطليق للشقاق في المواد 94 إلى 97 من م.أ.م حيث تضمنت المادة 97 منها أنه في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الخلاف تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات مراعية مسؤولية كليهما في تقدير ما يمكن أن تحكم به من تعويض لفائدة الزوج الآخر ويفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز 6 أشهر من تاريخ إيداع الطلب [(2)].

أما القانون التونسي أعطى الحق لكل من الزوج والزوجة في طلب الفرقة وحدد كذلك مهمة الحكمين في الإصلاح فقط ورفع تقرير إلى القاضي عند عجزهما عن ذلك. وهذا ما ورد في المادة 25من مج .أ.ش.ت على أنه إذا اشتكى أحد الزوجين من الأضرار وقدم بينة لذلك فإذا صعب على القاضي تعيين الضرر يعين حكمين للإصلاح بينهما ولقد حذا حذوه المشرع السوري إذ جاء في المادة 112وما بعدها من ق.ا.ش.س رقم 59 لسنة 1953 المعدل سنة 1975 على منح الزوجين حق التفريق عند عدم إمكانية مواصلة الحياة بينهما وانعدام راحة البال.

فمنح القاضي سلطة الحكم بالتفرقة بينهما إذا ثبت تضرر أحدهما من الآخر وعجز عن الإصلاح فيحسم الشقاق. أما إذا لم يثبت الضرر وكان الزوج هو المسيء فعلى القاضي تأجيل الفصل في الدعوى إلى أجل لا يقل عن شهر بعقد صلح وإن لم ينجح لا في الصلح ولا التفريق عين حكمين من أهلهما وإذا فشلا كذلك قرر القاضي التطليق بطلقة بائنة.[(3)]

في حين ذهب القانون المصري في المادة 6 من ق.أ.ش.م رقم 25 لسنة 1929 إلى أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز أن تطلب من

---

[1] ـ القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24، رقم الملف139353، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني.ص66.

[2] ـالمادة 97 من مدونة الاسرة المغربية، نقلا عن بن شويخ الرشيدـ مرجع سابق.ص 206.

[3] ـ عبد العزيز سعد، مرجع سابق.ص 272.

القاضي التطليق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما. وإذا تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر يعين القاضي حكمين ونفس الأمر جاء في تعديله الأخير في المادة 2/9 من ق.أ.ش.م رقم 100 سنة 1985[1].

نفهم من نص المادة أن التفريق عن طريق الحكمين يكون للشقاق ذاته وإن لم يثبت الضرر وإن آذاها وأثبتت الضرر وطلبت التفريق طلق القاضي عليه وإن لم يستطيع الإثبات رفضت دعواها فإن تكررت شكواها عين القاضي حكمين ليصلحا فإن عجزا طلقا بخلع على المهر أي كان الضرر من جانبها وإلا تقدير مال مناسب إن كانت الإساءة مشتركة ، وبغير بدل إن كان الأذى من جانبه. والتفريق في هذه الحال يقع بائنا لأن الضرر لا يزول إلا بذلك [2].

بعد دراستنا للتشريعات العربية السابقة بما فيها التشريع الجزائري نجد أن نصوصها توحدت حول إجراءات التحكيم و أيضا على منح طلب التفريق للشقاق لكلا الزوجين ماعدا المغربي الذي قصر هذا الحق على الزوجة وحدها إذا لحقها ضرر من زوجها غير أنها اختلفت في تحديد مهمة الحكمين من حيث كونهما يملكان سلطة التفريق بين الزوجين عند عجزهما عن الإصلاح أولا يملكان هذا الحق. كما تباينت التشريعات في المدة التي يرفع فيها التقرير للقاضي، فيما يتعلق بنوع الفرقة، فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على كونها طلاقا بائنا أم رجعيا بينما باقي التشريعات اعتبرته بائنا.

ثانيا– التعدد

من المتوافق عليه أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات لكن قيدت ذلك بقيود تجعل هذا الحق طريقة للإصلاح بين الزوجين [3].

فمن المقرر شرعا أنه يمكن للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من زوجة والحد الأقصى أربعة فإذا توافرت لديه القدرة المادية والجسمانية ويشترط عدله بينهن [4] لقوله تعالى: "***وإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تَقْسِطُوا فِي اليَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ منْ النِّساءِ مَثنَى وثَلاثَ ورُبَاعَ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تعْدِلُوا فَواحِدَة أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانِكُمْ ذَلكَ أَدْنَى أَنْ لاَتَعُولُوا***"[5].

---

[1] ـالمادة 2/9 من القانون رقم 100 لسنة 1985 ، نقلا عن رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة: (الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد) في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،د.س.ن.ص 540-541.

[2] ـ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، مصر،د.س.ن.ص 361.

[3] ـ أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق-الخلع-و حقوق الأولاد- نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.ص 144.

[4] ـ رمضان علي السيد الشرنباصي،مرجع سابق.ص 369.

[5] ـ الآية 03 من سورة النساء.

1-موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 6/53 من ق.أ.ج على جواز طلب التفريق في حالة مخالفة الزوج لأحكام المادة 1/8 من ق.أ.ج: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل"[1].

يقصد بالتعدد الزواج بأكثر من واحدة حسب المعايير المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، فالزوج ملزم بالأنصاف بينهن وفقا لمتطلبات الشرع والقانون فإذا أخل بهذا الالتزام دون سبب مقبول جاز للزوجة المتضررة المطالبة بالتطليق في حالة عدم رضاها، وعلى هذه الأخيرة إثبات ما تدعيه حتى يحكم لها بالطلاق والسلطة التقديرية تعود للقاضي في ذلك [(2)].

فالمشرع اشترط إطلاع الزوج زوجته السابقة بعزمه ونيته على الزواج من أخرى وإعلام الثانية بأنه متزوج سابقا، وعدم القيام بذلك يعتبر غشا يمكنها من المطالبة بالتطليق في حالة عدم موافقتها لما قام به الزوج [(3)].

وفي حالة إخبارها به يجب عليه تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية. ويمكن لهذا الأخير أن يبت الطلب إذا تأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة مع تبرير الزوج لطلبه هذا وإثباته لقدرته على العدل بينهما[(4)]. في حالة التدليس يمكن للزوجة رفع أمرها للقاضي لطلب الفرقة أما إذا لم يستصدر ترخيصا من الحاكم يفسخ زواجه بالثانية قبل الدخول [(5)].

يتضح بجلاء من خلال الفقرة 2 من المادة 8 من ق.أ.ج اشتراط المشرع لوجود مبرر شرعي للزواج بأخرى كأن يكون على سبيل المثال الدافع لإعادة الزواج كعقم زوجته أو مرضها مع ضرورة إخبار الزوجة السالفة برغبته في الزواج بالتالية كما يحيط علما هذه الأخيرة بوجود ضرّة لها كما جاء في الفقرة 3 من نفس المادة أنه: على الزوج إثبات قدرته على العدل بين الزيجات، فأوجب الإنصاف بينهن في النفقة أي من حيث الطعام، السكن، الكسوة وهذا ما جاء في الشرع والقانون. حيث كان الرسول صلى الله عليه وسلم يعدل بين نسائه في القسمة و يقول: "اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك"[(6)](رواه الترمذي).

---

[1]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 م،المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02.

[2] - بن شويخ الرشيد- مرجع سابق.ص 204.

[3] - tchouar Djilali ,réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires,alger.p131.

[4] -المصري مبروك، مرجع سابق.ص319-320.

[5] - طاهري حسين، مرجع سابق..ص 123.

[6] - محمد ابن عيسى أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء في التسوية بين الضرار،ج3،دار إحياء التراث العربي،بيروت.ص437 .

خطا المشرع الجزائري على مسار الشريعة الإسلامية في إباحته لتعدد الزوجات لكن قيد هذا الترخيص بالشروط السالفة الذكر.

2-موقف التشريعات العربية

في هذا الإطار، نجد أن قانون الأحوال الشخصية التونسي هو الوحيد الذي انفرد بمنع تعدد الزوجات، وذلك بنصه في المادة 18 منه : "يحظر تعدد الزوجات حظرا باتا، ويعاقب من خالف ذلك الحظر بالحبس لمدة عام والغرامة المقدرة 000 240 دينار تونسي أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط"[1].

يفهم من هذا النص أن المشرع التونسي لم يكتفي بحظر التعدد وإنما قرر له عقوبة لمن يخالف ذلك والمقدرة بغرامة مالية بمبلغ 000 240 دينار تونسي إضافة إلى الحبس أو بإحداهما. أما قانون الأحوال الشخصية المصري فبصدور القانون رقم 44 لسنة 1979 وأضاف المادة6 مكرر إلى القانون رقم25 لسنة 1929 بحيث نصت في فقرتها الثانية على أن التعدد يعتبر إضرارا بالزوجة وبعد مجيء القانون رقم 100 لسنة 1985 أضاف المادة 11 مكرر1 بحيث أباح التعدد لكن أحاطه بقيود.[2]

لقد أحسن فعلا المشرع الجزائري بترخيصه للزوج بالاقتران بأكثر من واحدة لأن النص القرآني واضح في إباحته للتعدد عند توافر مقتضياته لكن كان عليه تقييد هذا الحق بقيود حتى يتم استعماله بشكل سليم

المطلب الثاني

الأضرار التي تمس بالأسرة

بعد تناول الأضرار التي تمس بذات الزوجة، سنشرع الآن في دراسة الأضرار التي تمس بالأسرة ككل بدء بأبرزها والمتمثلة في عدم الإنفاق الذي نعالجه من الناحية الفقهية والقانونية لقول الرسول الكريم: "لا ضرر ولا ضرار".

الفرع الأول

عدم الإنفاق

النفقة مقررة للزوجة مقابل احتباس زوجها حيث تثبت لها في الكتاب والسنة، فهي توفير كل ما تحتاج إليه الزوجة من مأكل، ملبس، مشرب ومسكن، وذلك حسب أحوال الزوجين.

[1] -المادة 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نقلا عن لحسين بن شيخ أث ملويا، بحوث في القانون،د.ط، دار هومة، الجزائر،2005.ص 82.

[2] -المادتين 6و 11 مكرر1 من قانون الأحوال الشخصية المصري، نقلا عن أحمد فراج حسين،مرجع سابق.ص144،145 .

لكن إذا أعسر الزوج أو امتنع عن الإنفاق لأي سبب من الأسباب، فهل يحق للزوجة فك الرابطة الزوجية لدفع الضرر الذي لحق بها من تدهور أوضاعها وسوء عيش أولادها، أم أنه عليها الوقوف إلى جانب زوجها لمواساته حتى تزول الشدة؟[1]. ولدراسة هذه المسألة، لابد من التطرق لآراء الفقهاء الذين انقسموا إلى عدة اتجاهات، فالمالكية ترى أن القاضي لا يطلق على الزوج للإعسار لأن العسر بيد الله تعالى، لذلك منح للزوج مهلة مناسبة لتسديد النفقة لقوله تعالى: "***وإنْ كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة***"[2] إذ أن الزوج في هذه الحالة لا يعتبر ظالما حتى يمنح القاضي التطليق مباشرة للزوجة فحسب أنصار هذا الاتجاه، من الجائر شرعا بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره، وبعد صدور الحكم عليه بالنفقة، فإن كانت عليه مسؤولية تقع على المجتمع المجحف الذي لم يوفر لأفراده المعيشة الكريمة، فقد أخضع الفقه المالكي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها لطلب التطليق للسلطة التقديرية للقاضي.

على أن لا تتجاوز سنة، كما قرر للزوج مراجعة زوجته لكنه قيد حق الإرجاع بتحقق أمرين: أولهما: تحقق عسر الزوج، ثانيهما: استعداد الزوج للإنفاق فعلا [3] .

مما سبق ذكره، نستنتج أن المالكية أجازوا التطليق لعدم الإنفاق ووافقهم الرأي الشافعية والحنابلة إضافة لذلك. فإن امتنع الزوج عن الإنفاق وهو ميسور، للزوجة أخذ النفقة من ماله ولو كان دينا على الآخر، وإن لم تتمكن من أخذ النفقة مباشرة رفعت أمرها للقاضي [4]، واستدلوا بذلك على قوله سبحانه وتعالى: "***فَإمْسَاك بِمَعْرُوف أَو تَسرِيح بِإِحْسَان***" [5].

نجد أن الحنفية على عكسهم لم يسمحوا بذلك، حيث أن النفقة تكون واجبة من الزوج من ماله أما إذا كان معسرا وطلبت الزوجة التطليق، فإن القاضي لا يستجيب لطلبها وإنما يأذن لها بالاستدانة عليه ولقد منح الحنفية الحق للمرأة في الإنفاق على نفسها إن كان لها مال لكن شرط أن يكون في ذمة زوجها يدفعه حين يسره [6].

واستدل الحنفية بذلك إلى قول الله تعالى: "***لِيُنْفِقْ ذُو سِعَة من سِعَتِهِ وَمَنْ قُدِّرَ عَلَيهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمِّا أَتَاهُ الله، لاَ يُكَلِفُ الله نَفْساً إِلاَ مَا أَتَاهَا سَيَجْعَلُ الله بَعْدَ عَسْر يَسْرا***" [7].

---

[1] ـ نجية زيتوني ، مرجع سابق.ص 05.

[2] ـ الاية 280،سورة البقرة.

[3] ـ عبد الفتاح تقية ،محاضرات في مادة الأحوال الشخصية،د.ط،ثالة للنشر و التوزيع،الجزائر،د.س.ن.ص87 و ما بعدها.

[4] ـ السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2010.ص380.

[5] ـ الآية 225 من سورة البقرة.

[6] ـ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق.ص278.

[7] ـ الآية 7 من سورة الطلاق.

على غرار الحنفية ، نجد الظاهرية يرون أنه في حالة كون الزوجة غنية وعجز زوجها عن الإنفاق عليها، فتضطر إلى الإنفاق عليه وعلى أولادها منه فضلا عن الإنفاق على نفسها [1].

أولا- موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري وبالذات في الفقرة الأولى من المادة 53 من ق.أ.ج نص على حالة التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه شرط ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من ق.أ.ج .

من خلال هذه الفقرة، نستخلص أن المشرع لم ينص على المدة التي تنتظرها الزوجة للمطالبة بالتفريق، لكن رجوعا لأحكام المادة 331 من ق.ع.ج نجد أن عدم النفقة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين سبب مبرر للتطليق [2].

لذا على الزوجة رفع دعواها أمام القضاء ضد زوجها لاستصدار حكم يأمره بدفع النفقة فيحكم لها القاضي بذلك ويأمرها بالعودة لمقر الزوجية إلا إذا ثبت امتناع الزوج عن التسديد بعد الحكم فهنا على القاضي الاستجابة لطلبها بالتفريق.

كما يشترط أن لا يكون امتناع الزوج ناتجا عن سبب عسره لقوله تعالى: "***اللهُ يَبسِطُ الرزِقَ لمَنْ يشَاء ويُقدرُ وفَرحُوا بالحَياةِ الدُنيَا ومَا الحَياةُ الدُنيَا فيِ الآخِرة إلاَ مَتَاع***" [3].

فالزوج هنا لم يظلم زوجته حتى يطلق عليها القاضي بالإضافة إلى ذلك يجب أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج، فإن قبلت بحالته هذه فللقاضي رفض دعواها المبنية على طلب التطليق، وعلى الزوجة في هذه الحالة إثبات عسر زوجها وأنه حصل بعد زواجها، فالقاضي هنا ينتظر إلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة وإن لم يسدد الزوج وامتد عسره إلى مدة تضر بالزوجة طلق عليه القاضي [4].

وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها إلى أنه من المقرر فقها وقانونا جواز التطليق لعدم الإنفاق كما هو وارد في إحدى القضايا أن المطعون ضدها أقامت دعوى لتضررها من عدم الإنفاق

---

[1] - محمد خضر قادر، مرجع سابق.ص297-298.

[2] - أمر رقم66-156 المؤرخ في 18صفر1386ه، الموافق ل8يونيو1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

[3] - الآية 26 من سورة الرعد.

[4] - نجية زيتوني، مرجع سابق.ص18.

وكذلك الضرب من طرف زوجها، فقد أصاب قضاة الموضوع في حكمهم الذي قضى بتطليق الزوجة لثبوت تضررها ومتى كان ذلك استوجبت رفض الطعن[1].

ثانيا– موقف التشريعات العربية

نص القانون المغربي على التطليق للاعسار في المادة 102من م.أ.م التي يفهم منها أنه يحق للزوجة أخذ نفقتها من مال زوجها إن كان له مال، وفي حالة ثبوت عسره تلجأ إلى المحكمة التي تحدد أجلا للزوج لا يتعدى 30 يوما وإلا طلقت عليه إلا في حالة الظروف الاستثنائية[2].

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أورد في نص المادة 4 من ق.أ.ش.م رقم 25 لسنة 1929 أنه إذا كان للزوج مال ظاهر، فإن الزوجة تستوفي حقها من نفقة هذا المال، لكن إذا كان الزوج معسرا أو تعمد عدم الإنفاق ظلما طلق عليه القاضي حالا شرط أن يكون الزوج حاضرا في البلد وامتنع عن تطليقها بنفسه [3].

وعلى الزوج إثبات عجزه، ليستفيد من المهلة التي يمنحها له القاضي التي لا تزيد عن شهر لدفع النفقة الواجبة عليه، فإن لم ينفق فرق بينهما القاضي [4].

إضافة للمشرع المغربي والمصري، نجد مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 39 منها الذي بدوره تضمن المهلة الممنوحة للزوج المعسر لدفع النفقة وهي شهرين، وإن عجز بعد فواتها عن الدفع حكم القاضي بالتطليق بشرط عدم علمها بالعسر أثناء إبرام عقد الزواج [5].

ومن القوانين التي نصت على ذلك نجد قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 110 منه التي يتبين لنا من خلالها أنه يحق للزوجة طلب التطليق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق ، ولم يكن في ذمته مال ولم يثبت عسره ، وفي حالة ثبوته أو كان غائبا أمهله مدة لا تتجاوز 3 أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

فيما يخص طبيعة الطلاق فقانون الأسرة الجزائري لم ينص عليه لكن بالرجوع للمادة 50 من ق.أ.ج نجد أنه قد اعتبره طلاقا بائنا لصدور حكم قضائي في الموضوع، إلى جانب ذلك نجد مدونة

---

[1] ـ القرار الصادر في1999/05/18، ملف رقم22134، المجلة القضائية لسنة2001، العدد الخاص.ص126.

[2] ـ المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية ، نقلا عن بن شويخ الرشيد، مرجع سابق.ص 190 - 191.

[3] ـ السيد سابق، مرجع سابق.ص371 .

[4] ـ عبد الفتاح تقية، مرجع سابق.ص 88.

[5] ـالفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نقلا عن نجية زيتوني، مرجع سابق.ص25.

الأسرة المغربية في المادة 112 منها تنص أنه طلاق رجعي ووافقه الرأي المشرع المصري في المادة 6 من ق.أ.ش.م [1].

مما سبق عرضه، نلاحظ أن جميع التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري، تبنوا فكرة التطليق لعدم الإنفاق، واعتمدوا عليها رغم اختلافهم في بعض النقاط كالمهلة على سبيل المثال وطبيعة هذا الطلاق إذ أن المشرع الجزائري استثنى علم الزوجة بإعسار زوجها أثناء الزواج من مبدأ التطليق لعدم الإنفاق في حين لم تنص باقي القوانين الأخرى المشار إليها أعلاه على هذه الحالة.

الفرع الثاني

غيبة الزوج

بعد دراسة الضرر الأول الذي قد يلحق بالأسرة، ننتقل إلى الضرر الناتج عن الغيبة، فباعتبار أن الزوج رب الأسرة المسؤول عنها، فمن بين الأسباب التي تؤدي إلى انعدام الاستقرار وزوال كيانها، غيابه دون عذر أو سابق إنذار.

فالغائب هو المغادر لمكانه دون عودة شرط أن تكون حياته معلومة فإن جهلت اعتبر مفقودا [2].

لقد اختلف الفقهاء في التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي من شأنها التأثير على الزوجة فتعتبر كالمعلقة فلا هي زوجة متمتعة بحقوقها ولا مطلقة، وكذا التأثير على مسار حياة أولادها[3]. وافتقارهم لحنان ورعاية الأب جراء غيابه ومعاناتهم من الانحراف والآفات الاجتماعية التي لا ترحم مطلقا. لذا فالمالكية لم يفرقوا بين الغياب لعذر كطلب العلم والتجارة أو بغير عذر، وحددوا مدة تمكن الزوجة أثناءها طلب التطليق وهي سنة فأكثر [4].

فقد فرقوا بين ظرفين، حالة ما إذا كان الزوج في مكان مجهول، فرق القاضي بينهما حالا حالة ما إذا كان في مكان معلوم أمره بالحضور أو ضم زوجته إليه ويمنح له مدة حسب تقديره، فإن تجاوزت المدة ولم يحضر طلق القاضي عليه، ويكون طلاقا بائنا لا رجعة فيه [5]، أما الحنابلة فقد

---

[1] ـ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق.ص 191 و ما بعدها.

[2] ـ منصوري نورة، مرجع سابق.ص 39.

[3] ـ أحمد فراج حسين، مرجع سابق. ص 142.

[4] ـ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، الأردن، 1999.ص 242.

[5] ـ عبد الحميد الجياش،الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و أثارهما،ط1،دار النهضة العربية،لبنان،2009.ص234.

اشترطوا لجواز التطليق للغياب أن يكون بعذر كما تعرضوا لتحديد الغيبة بـــ 6 أشهر عملا بتوقيت عمر رضي الله عنه. للجند في المغزى، فقد روى أنه: "سأل ابنته حفصة. أم المؤمنين ــ رضي الله عنها ــ فقال: "يابنية، كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: "سبحان الله، مثالك يسأل مثلي عن هذا السؤال"، فقال: لولا أنني أريد النظر إلى المسلمين ما سألتك.

فقالت: 5 أشهر أو 6"، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه، والفرقة عندهم تكون فسخا[1].

نلاحظ أنّ الأحناف والشافعية يمنعون التطليق بسبب الغيبة للزوج سواء كان بعذر أو بغير عذر فليس للزوجة الحق في طلب التطليق وإن طالت غيبته عنها لعدم قيام الدليل الشرعي، فإن كان موضعه معلوما يأمر القاضي، قاضي البلد المتواجد فيه الزوج لإلزامه على دفع النفقة[2]

أولا- موقف المشرع الجزائري

نستخلص من المادة 5/53 من ق.أ.ج بأن للزوجة طلب التفريق من زوجها في حالة غيابه بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة سواء كان غيابه معلوما أو مجهولا لأنها متضررة من غيابه وكذا أولادها منه، مما يدفعها إلى الانحراف وارتكاب المعاصي مما يؤثر سلبا على أبنائها، والغائب حسب نص المادة 110 من ق.أ.ج هو: "الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير".[3]

فإن كان مكانه معروفا وأمكن الاتصال به حدد له القاضي أجلا وأعذره بأن يطلقها عليه، وإن لم يحضر لنقلها إليه أو تطليقها وانقضى الأجل ولم يبدي عذرا مقبولا حكم القاضي بينهما بتطليقة بائنة، واستند في موقفه هذا إلى المذهب المالكي [4].

ويشترط في هذا التطليق شروط:

- أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى.

[1] - فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق،ج1،د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.ص 281-282.

[2] - أحمد محمد المومني،إسماعيل أمين نواهضة،الأحوال الشخصية،فقه الطلاق و الفسخ والخلع،ط1 ،دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة الأردن،د.س.ن.ص111-112.

[3] -- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 م،المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02.

[4] - بلقاسم شتوان، مرجع سابق.ص 259– 263وما بعدها.

– أن يكون الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي كما لو سافر ولم يعد والأمر يختلف إن غاب من أجل إتمام دراسته أو كان في خدمة عامة أو وطنية، تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة فإن طلب الزوجة للتطليق مآله الرفض [1].

– أن يغيب الزوج عن زوجته ولا يترك لها نفقة تنفقها على نفسها وذريتها ثمرة هذا الزواج، أما إذا غاب

لمدة سنة فأكثر بعذر أو بدونه تاركا لها مالا، فلا يجوز لها طلب التطليق تطبيقا للمادة 5/53 من ق.أ.ج [2].

كما ورد في إحدى القضايا في الأحكام الصادرة في هذا الموضوع بمحكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس يحكم بتاريخ 2004/04/13، صدر حكم بقسم الأحوال الشخصية قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب غياب هذا الأخير عنها مدة تفوق السنة تاركا وراءه زوجته وابنتهما دون مال وفقا للمادة 53 في فقرتها 5 التي جاء فيها ما يلي: "حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بجلسة 2004/03/30، إلا أن محاولتها باءت بالفشل إذ أصرت المدعية على طلب التفريق حيث ثبت للمحكمة أن طلب المدعية الرامي إلى التطليق مؤسس قانونا، كون المدعى عليه سافر في شهر جوان 2000 إلى فرنسا تاركا إياها وطفلتها دون رعاية ولا نفقة لذا تستجيب لها المحكمة[3].

ثانيا– موقف التشريعات العربية

عمل قانون الأحوال الشخصية المصري بالمذهب الحنفي ، لكن بعد تقنين القانون 25 لسنة 1929، أصبح يستند للمالكية الذين أجازوا التطليق للغياب سنة فأكثر سواء كان سبب الغيبة مبررا أولا. ولكنه استند إلى الحنابلة في أن الغيبة إذا كانت بعذر لا تصلح كسبب لطلب التفريق [4].القانون المصري يشترط أن يكون الغياب دون سبب شرعي لإمكانية طلب التطليق لأن الزوج بذلك يكون متعمدا إيذاءها لهذا إن كان مكانه معلوما ولم يستجيب لأعذار القاضي له طلق عليه حالا [5]. كما جاء كذلك في نص المادة 12 من نفس القانون أنه: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بعذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال نستطيع الإنفاق منه".

---

[1] - باديس ذيابي،مرجع سابق.ص 45 - 46.
[2] - عبد العزيز سعد ، مرجع سابق.ص 269.
[3] - منصوري نورة، مرجع سابق.ص 44.
[4] - أحمد محمود الشافعي،الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الاسلامية،دار الهدى،مصر،1997 .ص 107.
[5] - بلحاج العربي، مرجع سابق.ص253.

وحسب المادة 13 من القانون السالف الذكر فالمشرع المصري ميز بين ظرفين: وهما حالة وصول الرسائل إلى الغائب وحالة عدم وصولها إليه. ومنح كل حالة حكما خاصا بها[1].

نفس الشيء تناوله المشرع المغربي في الفصل 57 من الباب الثاني من م.أ.م إذ نص في الفصل 1/57 على أنه : "إذا غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" إضافة إلى المشرع السوري في المادة 1/109 من ق.أ.ش.س التي تضمنت ما يلي : "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو بحكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب والسجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". أما في فقرتها الثانية فقد اعتبرته طلاقا رجعيا[(2)].

ما يمكن ملاحظته أن أغلب التشريعات حددت مدة الغياب التي يحق معها للزوجة طلب التفريق بسنة أو أكثر وذلك عملا برأي المالكية ومن بينها المشرع الجزائري لكن هذا الأخير اختلف عن باقي التشريعات في إضافته لشرط ثالث الذي يكمن في عدم ترك مال للزوجة لتنفق منه على نفسها وأولادها، كما أنه لم يميز بين الغائب معلوم مكانه والمجهول ولم يبين نوع الفرقة .

الفرع الثالث

ارتكاب الجرائم

بعد انتهائنا من دراسة الضررين السابقين، سنعالج ضررا ثالثا الذي يمس بالأسرة ككل وهو ارتكاب الجرائم المعاقب عليها جزائيا التي يهتز لها كيان الأسرة برمته، وتخلق جوا من التوتر وعدم الانسجام مما ينتج عنها عدم استمرار الرابطة الزوجية واستقرارها.

أولا- التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية

هذا السبب أيضا هو خلاف بين الفقهاء حيث ينادي المالكية إلى جواز التفريق لحبس الزوج في حال مطالبة زوجته بذلك بعد سنة من تضررها. واستدلوا بنفس الأدلة التي استندوا إليها لعدم التفريق بسبب الغياب أما الحنفية والشافعية فلم يعتبروا الحبس سببا موجزا للتطليق [(3)].

[1]-المادتين 12 و 13 من قانون 25 رقم لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.
[2]- الفصل 57 من مدونة الأسرة المغربية،نقلا عن نجية زيتوني ، مرجع سابق.ص 45-46.
[3] - عبد الحميد الجياش، مرجع سابق.ص233.

1-موقف المشرع الجزائري

فمن خلال تحليل مضمون المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الرابعة، نتوصل إلى أن المشرع قد سمح للزوجة بطلب التطليق اثر الحكم على زوجها عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية [1].

ومن بين قرارات مجلس قضاء سيدي بلعباس، نجد القرار الذي صدر عنه بتاريخ 2004/05/25، القاضي بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة للحرية المتمثلة في إدانته من مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/10/14 بجرم المتاجرة بالمخدرات طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53من ق.أ.ج، واسند الحضانة الأولاد لأمهم مع تقرير حق الزيارة للأب، جاء فيه أن المستأنفة تلتمس إلغاء الحكم المستأنف الصادر بـــ 2004/04/23، القاضي بعودتها لبيت الزوجية، وحيث أن هذه العقوبة مشينة تمس بالشرف، فإن طلب المدعية مؤسس لاستحالة العشرة، ومن ثم إلغاء الحكم المستأنف ومن جديد الحكم بتطليقها [2].

2- موقف التشريعات العربية

قاس القانون المغربي حال الحبس على حال الغياب ولم يتحدث إلا على حالة الغياب لمدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول، وذلك في نص المادة 57/من م.أ.م، أما نوع الفرقة فهي طلاق بائن كما هو الحال في التطليق للغيبة المنصوص عليه في المادة 2/57 من المدونة السالفة الذكر [3].

أما ق.أ.ش.م رقم 25 لسنة 1929 أجاز التفريق للحبس استنادا للمذهب المالكي، فقد جاء في نص المادة 14 منه: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة 3 سنين فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

يفهم من هذا النص أنه اشترط في مدة الحبس 3 سنوات حتى تكون الزوجة يائسة من عودة زوجها عودة قريبة، فيستحكم الضرر إن بقيت إلى نهاية المدة.ولزوجة المحبوس طلب الفرقة من القاضي ولوكان للزوج مال يستطيع الإنفاق منه على نفسها وأولادهما وللزوج أن يجيبها بعد إتيان دعواها ويكون طلاقه بائنا [4].

---

[1] - فضيل سعد، مرجع سابق.ص 55.

[2] - منصوري نورة، مرجع سابق.ص 58 - 59.

[3] - المادة 1/57 و2 من مدونة الأسرة المغربية،نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 251 - 252.

[4] - أحمد فراج حسين مرجع سابق.ص 143 - 144.

حذا المشرع السوري حذو المشرع المصري فيما يتعلق بمدة الحبس أما نوع الفرقة فإنه اعتبرها طلاقا رجعيا[1].

نلاحظ أن المشرع الجزائري انفرد بتحديد مدة سنة فأكثر للحبس لتتمكن الزوجة من رفع دعوى التطليق ضد زوجها أمام القاضي، في حين حددتها القوانين الأخرى بـــ 3 سنوات فأكثر، رغم أن المشرع الجزائري اعترف للزوجة بحقها في طلب التفريق حتى ولو ترك لها مال لتنفق منه. وبذلك يكون قد خالف باقي التشريعات، لأنه قيد حرية المرأة بإضافته لشرط عدم ترك مال لها، متجاهلا الجانب العاطفي الذي تعاني منه جراء بعد زوجها عنها.

ثانيا- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

نص قانون الأسرة الجزائري على الفاحشة المبينة في المادة 7/53 من ق.أ.ج على أنه متى ارتكب الزوج جريمة الفاحشة المبينة جاز للزوجة المطالبة بالتطليق، كما تعرض للمادة 337 مكرر من ق.ع.ج إلى تعريف الفاحشة، وهي ارتكاب علاقة جنسية بين الأقارب، الفرع والأصول، الأخوة والأخوات الأشقاء أو مع أحد فروعه [2].

إذ نجد المشرع الجزائري انفرد وحده بالنص عليها دون غيره من التشريعات المقارنة والذي كان من السهل الاستغناء عنه، وإدخاله ضمن الضرر المعتبر شرعا [3].

لكنه من ناحية أخرى، أحسن المشرع الجزائري لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة دون الحاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانته، كما خص هذه الجريمة بحكم خاص فلم يشترط أن تصدر فيها عقوبة سالبة للحرية ولمدة تفوق سنة، بمعنى أنه يكفي أن تثبت التهمة على زوجها، ولا يهم نوع العقوبة المقررة له حتى ولو كانت لمدة تقل عن سنة أما الفقهاء والتشريعات العربية الإسلامية الأخرى، فلم تتعرض إطلاقا لهذا الضرر الفاحشة.

---

[1] - بن شويخ الرشيد،مرجع سابق.ص199-200.

[2] - أمر رقم66-156 المؤرخ في 18صفر1386ه، الموافق ل8يونيو1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

[3] - بلحاج العربي، مرجع سابق.ص 260.

الفصل الثاني

دعوى التطليق وسلطة القاضي في الإثبات والتعويض

بعد تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم التطليق للضرر ننتقل في الفصل الثاني إلى التفصيل في دعوى التطليق التي ترفعها الزوجة ضد زوجها، بسبب تعرضها لأحد الأضرار المذكورة سالفا وذلك بتبيان كيفية رفع هذه الدعوى أمام القضاء ومن ثم ننتقل إلى دراسة مدى سلطة القاضي في إثبات هذا الضرر الموجب للتطليق من جانب وحكمه بالتعويض عنه من جانب أخر مع التعرض لموقف بعض التشريعات في هذا المجال.

المبحث الأول

دعوى التطليق

من خلال الاطلاع على محتوى المادة 53 من ق.أ.ج، يتضح لنا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق كلما توفر لديها سبب واحد على الأقل من الأسباب التي شملتها هذه المادة، وكما هو مقرر شرعا وقانونا فمن حق المرأة التوجه للمحكمة لدفع الضرر برفع دعوى المطالبة بالتطليق، وهذا ما فضلنا تناوله من خلال مطلبين: في أحدهما نتعرض لإجراءات دعوى التطليق، وفي الآخر لطرق الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بشأنه من استئناف ونقض.

المطلب الأول

إجراءات دعوى التطليق

يلزم لقبول دعوى التطليق شكلا و موضوعا،وجوب استيفائها لمجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها أمام القضاء كتقديم العريضة أمام الجهة القضائية المختصة،إجراء الصلح، لذا قررنا تناولها من ناحيتين رئيسيتين:من حيث الاختصاص النوعي والإقليمي، ثم من حيث إجراءات رفع دعوى التطليق.

الفرع الأول

في الاختصاص النوعي والإقليمي

حسب ما جاءت به المادة 423/1من ق.إ.م.إ في فقرتها الأولى، فإن المسائل التالية:

- الخطبة والزواج.

- الرجوع لبيت الزوجية .

- فلت الرابطة الزوجية وتوابعها.

كلها من اختصاص قسم شؤون الأسرة، لذا فباعتبار دعوى التطليق هي الأخرى من الدعاوى المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، بالتالي فالاختصاص فيها يعود لقسم شؤون الأسرة وحده، وهذا ما يقصد بالاختصاص النوعي[1]، أما فيما يتعلق بالمادة 426من ق.إ.م.إ، فقد تضمنت الاختصاص الإقليمي (المحلي)، وحددته لقسم شؤون الأسرة حسب طبيعة كل نزاع كالتالي:

إما موطن المدعى عليه الذي يمثل الزوج، أو في موطن المدعي المتمثل في الزوجة،أو بناءا على اختيارهما.

فيما يتم الرجوع للقواعد العامة للاختصاص فيما يخص القضايا غير المذكورة استنادا للفقرة 3من المادة السالفة الذكر، ومعنى هذا الكلام ببساطة أن موطن الاختصاص هو محكمة مقر الزوجية[2]

[1] - ولد عمار نسيم، مرجع سابق .ص45.

[2] - بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ط2، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.ص329.

الفرع الثاني

في إجراءات رفع الدعوى

أولا:تقديم عريضة

يجب تقديم تصريح شفهي أو عريضة إلى كتابة الضبط بالمحكمة مقر الزوجية في دائرة اختصاصها،كأول إجراء يتطلبه القانون، من أجل الحصول على حكم قضائي متضمن لوقوع الطلاق أو التطليق، وإن أمكن احتواؤه على النص القانوني الواجب التطبيق، إضافة إلى تقديم المستندات اللازمة لتدعيم الطلبات ويشترط أن يكون على نسختين ومؤرخة، موقعة من طرف الزوج المعني أو محاميه.

ومن ثم تسجل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى، وهذه المهمة أوكلت لأمين الضبط بالمحكمة، ولابد أن يقوم بذلك في تاريخ إيداعها، ويعطيها رقما من أجل تمييزها عن غيرها من الدعاوى المشابهة[1].حسب المادة 436من ق.إ.م.إ.ج فإنّ دعوى الطلاق ترفع من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة كما ذكرنا سابقا، وذلك بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى وفي حالة نقص أهلية أحدهما يقدم الطلب من قبل وليه أو مقدمه وهذا ما جاء في نص المادة 437من.إ.م.إ.ج.

على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه عن طريق محضر قضائي والنيابة العامة بواسطة أمانة الضبط، وهذا وفقا لما تضمنته المادة 438 من ق.إ.م. إ.ج.[2].

ولا بد للمحضر القضائي أن يحرر محضرا أين يكلف فيه المدعى عليه بالحضور إلى جلسة معنية، وذلك كله حسب الأوضاع والأشكال الواردة في المادتين 13 ـــــــ 22 من ق.إ.م.إ.ج.

---

[1] ـ عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط2، دار هومة،د.ب.ن،2009 .ص117.

[2]- نبيل صقر ـ قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا،د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.ص 247 ، 248.

إنّ الخصومة لم تنعقد والدعوى كأنها لم ترفع في حال لم يكلف المحضر القضائي المدعى عليه بالحضور للجلسة التي يحددها وفقا لتاريخ معين، وكذا في حالة عدم تبليغه نسخة من العريضة لإعداد وتحضير دفاعه.

ففي هذه الحالة، لا يستند القاضي لنص الفقرة الثانية من المادة 35من ق.إ.م.إ ولا يصدر حكمه في غياب المدعى عليه، وان قام بذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا، وتغيب دون مبرر مقبول، فإن حكمه هذا مخالف للقانون ومعرض للإلغاء بالتأكيد[1].

ثانيا- إجراء الصلح

من أهم إجراءات دعوى التطليق، نجد محاولة الصلح التي يجريها القاضي قبل فصله في موضوع الدعوى، أو يمكنه إسنادها للحكمين وفقا لما نصت عليه المادة49 من ق.أ.ج " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتدء من تاريخ رفع الدعوى،يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

المبدأ أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم لكن بعد إجراء محاولة الصلح من قبل القاضي حسب المادة أعلاه،ويعتبر هذا الإجراء المتخذ من طرفه بمثابة عقد وفاق بين الزوجين،ولا يقوم سوى بين الطرفين المتنازعين،لذا لا تتدخل النيابة العامة،فهي مقتصرة بين الزوجين فقط لاغير[2].

ان تطبيقات القضاء تؤكد على ان المؤهل للقيام بإجراء الصلح قانونا هو القاضي فقط و هذا ما أكده في القرار الصادر في 2008/01/16 ،ملف417622.[3]

---

[1]- عبد العزيزسعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق. ص 117، 118.

[2]- باديس ذيابي ،قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية،ج1،دار الهدى،الجزائر،2012. ص42،42 .

[3]-القرار الصادر بتاريخ2008/01/16، ملفرقم417622، المجلة القضائية لسنة 2009، العدد الأول.302 .

فالصلح إذن في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية، وهذا ما تضمنته نص المادة 439من ق.ا.م.ا: "محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، قبل تقرير الفصل في دعوى الطلاق،لابد للقاضي أن يقوم بإجراءات صلح،يحاول من خلالها ثني أحد الطرفين أو إقناعهما بالرجوع عن تفكيرهما والعودة لحياة المحبة،المودة وترك الخصام جانبا،لكن هذا الصلح مقيد بمدة على أن لا تتجاوز الجلسات ثلاثة أشهر بدءا من تاريخ رفع دعوى التطليق[1].

إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو طرء له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ آخر للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بلا عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك.

وهذا ما جاء في المادة 441 من ق.إ.م.إ.ج، وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم المهلة الممنوحة للتفكير يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى. أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يحرر أمين الضبط محضرا بذلك ويوقع عليه من طرف القاضي، أمين الضبط والزوجين ويودع لدى أمانة الضبط، وبالتالي يعتبر محضر الصلح هنا سندا تنفيذيا[2].

حسب المادة 446 من ق.إ.م.إ.ج فإنّه إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح والتوفيق بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة[3].

فالصّلح بواسطة الحكمين مستمد من أحكام المادة 56 من ق.أ.ج ومن أحكام الشريعة الإسلامية. ومحتوى نص المادة: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

---

[1] ـ عبد العزيزسعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق. ص 119.
[2] ـ بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق. ص 336 ، 337.
[3] ـ نبيل صقر- قمراوي عز الدين،مرجع سابق. ص 249.

وبذلك يطلع الحكمين القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة، إذ يجوز للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.

أمّا إذا توصّل الحكمين إلى الصلح بينهما، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن استنادا للمادة 448 من ق.إ.م. إ.ج.

فإن محضر الصلح المعد من طرف الحكمين، ليس له الحجية التي منحها المشرع الجزائري للصلح الذي يتم أمام القاضي[1].

ثالثا- تسجيل منطوق الحكم

وآخر إجراء، بعد تقديم العريضة ومحاولة الصلح، نجد التسجيل الوارد في الفقرة3 من المادة 49 من ق.أ.ج التي اشترطت أن تسجل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، فالمادة 49 من ق.أ.ج المعدلة والمتممة قد كلفت وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة بوجوب اتصاله بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام وتسجيل عقد الزواج، ليطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد الزواج، بعد إرفاقه للطلب بنسخة من الحكم بالطلاق[2].

المطلب الثاني

طرق الطعن في الأحكام القضائية

بالرجوع لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع الجزائري لم يعرف الطعن بالاستئناف، مما يتوجب علينا الرجوع إلى التعاريف المختلفة للفقهاء من أجل تحديده.[3].

فكل الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم ابتدائيا قابلة للاستئناف حسب ما نصت عليه المادة 6 من ق.ا.م.ا وفقا لمبدأ التقاضي على درجتين، غير أن المادة 57 من ق.أ.ج تطرح إشكالية تحديد

[1] .بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق. ص 338، 339.
[2] عبد العزيزسعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق. ص 120.
[3] - مزاري صالح، مذكرة تخرج بعنوان: طرق الطعن العادية في الأحكام المدنية، المعهد الوطني للقضاة، دفعة 12، 2001 - 2004.ص 20.

المفاهيم التي يتضمنها، فهل يشمل لفظ "الطّلاق" على كل الأحكام الصادرة بإنهاء العلاقة كالتطليق والخلع، أم أنه يقتصر فقط على الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج؟. وماذا نعني بالأحكام غير قابلة للاستئناف؟ [1].

الفرع الأوّل

الطّعن بالاستئناف

انقسمت وجهات نظر رجال القانون في هذا الشأن، واختلفت آراؤهم حول قابلية أحكام التطليق للطعن بالاستئناف.

حيث اتجه فريق إلى القول بعدم القابلية للطعن بالاستئناف في هذا النوع من الأحكام، فيما ذهب فريق آخر إلى عكس ذلك أي أنّهم أجازوا الطّعن بالاستئناف، ودعّم كل واحد من هذين الفريقين موقفهما بحجج وأدلة عديدة.

1- عدم جواز الطّعن بالاستئناف

لم يفرّق أصحاب هذا الاتجاه بين الأحكام الصّادرة بالإرادة المنفردة للزوج ولا بطلب من الزوجة ولا بالتراضي بينهما، وفقا للمادة 48 من ق.أ.ج، لذا لم يجيزوا استئناف الأحكام القضائية حسب المادة 57 من ق.أ.ج.ودعموا موقفهم هذا باجتهاد المحكمة العليا[2].

إذ صدرت عدة قرارات على هذا النحو اعتبرت فيها الأحكام بالتطليق غير قابلة للاستئناف وذلك عند قبولها الطعن بالنقض مباشرة مع العلم أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة ابتدائيا ونهائيا، فمن المقرر أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية[3].

---

[1] - عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثار الطعن فيها، الجزائر،د.س.ن. ص 139.
[2] - منصوري نورة، مرجع سابق.ص 56.
[3] - عمرزودة ، مرجع سابق.ص 145.

كما جاء في الحكم الصادر بتاريخ 2004/09/29 والذي قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعى عليه حيث جاء فيه: " ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته المتمثلة في الإنفاق على زوجته ورعاياها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري، فإنه وأمام غيابه عن جلسة الصّلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة 3 سنوات و8 أشهر وذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الذي كان عضوا فيه كطيار وأنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، فإنه وبتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات والتي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض له المدعى عليه بسبب غيابه لمدة طويلة، منذ 2000/05/30 وأن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت 3 سنين، فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا.

2- جواز الطعن بالاستئناف

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف باعتبار هذا الأخير أحد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية، والذي يقوم بحد ذاته على مبدأ التقاضي على درجتين.

فالأصل أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى وجميع أحكامها تكون ابتدائية، ومن ثمة قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية، إلا ما استثنى بنص خاص وهذا ما جاء في المادة 6 من ق.ا.م.ا.ج، وبما أن التطليق عمل قضائي بحت، فهو يختلف في التقدير من قاض لأخر، لذا وجبت رقابته من طرف قضاة الاستئناف لهذا اعتبرت أحكام التطليق قابلة للاستئناف[1].

وبما أنّ نطق القاضي بالتّطليق يستند إلى تقدير شخصي لأسباب التطليق، فقد يقع في غلط أو تدليس، أو تستعمل الزوجة الغش وكما قد يخطئ القاضي في التقدير، ولهذا وجب أن تكون أحكام

[1] - منصوري نورة، مرجع سابق،ص 58.

التطليق قابلة للاستئناف حتى يسمح لقضاة المجلس أن يراقبوا أحكام المحاكم، إما بتأييدها أو إلغائها عند الاقتضاء.

أما المحكمة العليا، فأحيانا ترى أن الأحكام الصادرة في دعاوى التطليق أحكام ابتدائية قابلة للطعن فيها بالاستئناف، وأحيانا أخرى تعتبرها نهائية غير قابلة للطعن بالاستئناف[1].

ومن قراراتها التي تبين عدم قبولها الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق إلا في جوانبها المادية نجد: "الحكم بالتطليق مع إلزام الزوج –بدفع النفقة استئناف –تأييد الحكم المستأنف – طعن كون أن حكم القاضي بالتفريق لم يتأكد من توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج [2].

كذلك نستشف من بعض قراراتها، قبول الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق مثلما جاء في أحد قراراتها أن المطعون ضدها رفعت دعوى بالتطليق وضمنت بعدها لدعوى الطاعن – الحالي – فإن إجراء الاستئناف المتبع يرفع النزاع كله أمام المجلس، ولما قضى هذا الأخير بالتطليق فلأنه يندرج ضمن اختصاصه شرعا وقانونا وأن المادة 57 من ق.أ.ج المحتج بها لا تنطبق على قضية الحال لكون الحكم المستأنف لم يقضي بالطلاق[3].

وحسب المادة 336 من ق.ا.م.ا .ج يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار[4].

---

[1]- ولد عمار نسيم، مرجع سابق.ص 49.

[2] - القرار الصادر في 1994/03/12، ملف رقم101232، نشرة القضاة، العدد54.ص97 .

[3] - القرار الصادر بتاريخ27 /04 / 1993، ملفرقم89635، المجلة القضائية لسنة1994، العدد الأول.ص53..

[4] - قانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر1429ه الموافق ل25 فبراير 2008 م يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج ر،عدد21 مؤرخة في 23 أفريل2008.

الفرع الثاني

الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي ، يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة القانون أو بطلان، سواء في ذات الحكم المطعون فيه أو في الإجراءات التي أسّس عليها، ويطعن به في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم والقرارات الصادرة من المجالس.

أمّا القانون المصري، يعرفه بأنه رفع الحكم النهائي إلى محكمة النقض التي هي محكمة الدرجة الثالثة، فإذا فصلت فيه المحكمة بحكم صار حكما باتا، ويكون بذلك قد استنفذ جميع طرق الطعن العادية. أما القانون التونسي، فيسميه الطعن بالتعقيب، هذا ما ورد في الفصل 257 من مج.أ.ش.ت.

يبدأ ميعاد الطعن بالنقض في السريان ابتداء من تبليغ الحكم المطعون فيه، وفقا لما جاء في المادة 354 من ق.إ.م.إ.ج.

وإذا رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض في حكم التطليق، فلا يوجد إشكال، لأن الحكم بالتطليق حكم منشئ يترتب عليه انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج، من تاريخ النطق بهذا الحكم [1].

كما تبين في إحدى القرارات ،نتحصل في أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم 427 لسنة 1190 على أن الطاعن بطلب الحكم بتطليقها عليه بائنا للضرر، وقالت بيانا لدعواها أنه تزوجها بعقد مؤرخ في 1988/09/15، وتقاعس عن الدخول بها وهو ما تتضرر منه، ومن ثم أقامت الدعوى أحالت المحكمة الدعوى للتحقيق، وبعد استماعها على شهود الطرفين، حكمت بتاريخ 1992/04/19 بتطليق المطعون ضدها على الطاعن. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم 96 بتاريخ

[1] - عمر زودة ، مرجع سابق.ص 151، 153.

1993/01/12 قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة، فحددت جلسة لنظره، وفيها التزمت النيابة رأيها[1].

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات والتعويض

منح القانون سلطة تقدير الضرر والحكم بالتعويض عنه للقاضي، فمسألة الإثبات مختلفة من ضرر لأخر، فهناك ما يثبت بالإقرار، بينة، شهادة الشهود أو بأي وسيلة إثبات شرعية و قانونية، و السلطة التقديرية تعود في النهاية للقاضي.أما مسالة التعويض فيقدرها القاضي حسب جسامة الضرر من عدمه. لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لسلطة القاضي في إثبات الضرر، والثاني لسلطته في الحكم بالتعويض.

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الضرر

إن تقدير الضرر وإثباته يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ليحكم في طلب التطليق، فسلطته هذه تارة تكون مطلقة واسعة وبذلك قد لا يستجاب لطلب الزوجة الرامي إلى التفريق، وهذا ما سنحاول تبيانه في فرع أول، وتارة أخرى تكون مقيدة، وذلك في حالة إثبات الزوجة للمبرر المؤدي لطلبها التفريق، حسب ما تم النص عليه في المادة 53 منق.أ.ج، مما يستلزم على القاضي الحكم لها مباشرة بالتطليق.بالتالي سيتم عرض السلطة المقيدة للقاضي في فرع ثان، وكل منهما مدعما بالاجتهاد القضائي.

[1] - حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية،د.ب.ن، 2001.ص381.

الفرع الأول

السلطة المطلقة (الواسعة)

هناك بعض الحالات الواردة في المادة 53 من ق.أ.ج، تجعل من سلطة القاضي في إثبات الضرر عندها مطلقة واسعة والمتمثلة في:

- الهجر في المضجع.
- حالة الشقاق.
- ارتكاب فاحشة.
- كل ضرر معبر شرعا.

أولا: الهجر في المضجع

لقد توارث من قصة عمر بن الخطاب، أن الزوجة لا يمكن لها الصبر على زوجها لمدة أكثر من 4 أشهر، لذا إذا ثبت أن الزوج قد هجرها في الفراش لأكثر من هذه المدة، جاز التطليق بينهما اعتمادا على طلب الزوجة بسبب الضرر الملحق بها، وعبء الإثبات يقع عليها[1].

غير أن السؤال الذي يتعين علينا طرحه في هذا الإطار: كيفية إثبات الزوجة لهجر زوجها في الفراش؟

فحسب الأستاذ (دلا ندة يوسف)، فإنه قد وجد إمكانية لإثبات ذلك، بالاعتماد على بينة مثل: تقديم الزوجة شهود على أن زوجها قد تركها منذ 4 أشهر وأن تشكو به إلى المحكمة بجرم ترك الأسرة، وبالتالي يصدر الحكم ضده نهائيا، بإثبات إدانته.

ورغم ذلك يبقى موضوع تقدير هجر الزوج لزوجته مسألة موضوعية من اختصاص القاضي الفاصل في الدعوى المطروحة أمامه[1].

[1] - باديس ذيابي ، مرجع سابق.ص 41.

1-موقف المشرّع الجزائري

نظرا لما لهذا السبب من أضرار،مساوئ وانعكاسات نفسية خطيرة تعود على الزوجة ، فقد تأثر المشرع الجزائري في تقنينه لحالات التطليق لذا فإنه لم يهمل أبدا هذه الحالة، إلا أن مسألة الإثبات والخوض فيها أمر في غاية الصعوبة، ونتيجة لذلك، لم نجد على صعيد الاجتهاد القضائي شيئا ينصب صراحة على هذه الفقرة إلا مجرد تلميح[2].

ومن تطبيقات القضاء نجد أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة، ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق.أ.ج، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها كذلك على أساس تعسف الزوج، وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون[3].

2- موقف التشريعات العربية

نص القانون المغربي على الهجر في المضجع في المادة 58 من م.أ..م تحت تسمية "الإيلاء" بحيث أجاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يؤجله 4 أشهر مهلة للزوج، فإن لم يفئ بعد المهلة الممنوحة طلق عليه[4].

ومادام أن إثبات الهجر مسألة عسيرة بالنسبة للزوجة سواء من حيث المدة (4 أشهر) متتالية غير متقطعة. كذلك من حيث إثبات نية الهجر العمدي، فإذا عجزت الزوجة عن إثبات كل هذه العناصر فيكف للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة في غياب الدليل؟[5]، لذا فهنا تكون سلطة القاضي مطلقة، بحيث عند مضي 4 أشهر ورفع الزوجة للدعوى، يأمر القاضي الزوج بالعودة لزوجته، فإن

---

[1] يوسف دلا ندة مرجع سابق. ص 55.
[2] - باديس ذيابي، مرجع سابق.ص 41.
[3] - عبيدي الشافعي، مرجع سابق.ص 30.
[4] - بلحاج العربي، مرجع سابق.ص 246.
[5] - حفيظ جميلة، مرجع سابق.ص 51.

أبى طلق عليه. نفس الشيء ذهب إليه القانون المصري في المادة 5 من القانون رقم 25 لسنة 1929[1].

ثانيا: حالة الشقاق

إن القاضي يرفض دعوى الزوجة في حال عجزت عن إثباتها، لكن الإشكال المطروح: ما الحكم إذا تكررت الشكوى مجددا مع عجز الزوجة عن الإثبات وطلبها للتفريق؟

إذا اشتكت الزوجة مرة أخرى أمام القاضي رغم عجزها عن إحضار الشهود، فهنا يلجأ القاضي إلى بعث حكمين، أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهلها هي إن أمكن ذلك، وفي حالة عدم وجود من يصلح للقيام بهذه المهمة، يلتجأ الحاكم بعث رجلين أجنبيين في هذه الحالة[2].

1-موقف المشرع الجزائري

وقد وردت هذه الحالة في الفقرة الثامنة من المادة 53 من ق.أ.ج التي تنص: "...الشقاق المستمر بين الزوجين" أما مسألة الإثبات في هذا الصدد فتناولتها المادة 56 من ق.أ.ج "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين الحكمين للتوفيق بينهما"[3].

كما جاء في قرار من المحكمة العليا "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا ولما كان ثابتا – في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بتطبيقهم لتطليق الزوجة، طبقوا صحيح القانون [4].

---

[1] - بلحاج العربي، مرجع سابق.ص 246.

[2] - محمد إبراهيم الحفناوي، الطلاق، ط2، مصر، 2005.ص 196.

[3] - بلقاسم شتوان ، مرجع سابق.ص 256.

[4] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية - بتاريخ 1999/09/24- ملف رقم 139353، المجلة قضائية، العدد 2، 1997. ص66.

2- موقف التشريعات العربية

لقد ذكر القانون المغربي في الفصل56 من مد.أ.م أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وثبت ما ادعته، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، طلقها عليه.وإذا تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، يعين القاضي حكمين بينهما.[1]

أما القانون التونسي، جاء في الفصل 25 من مج.أ.ش.ت أنه إذ شكي أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين[2].

كما نص القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 في المادة 6 منه أنه إذا ادعت الزوجة أضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها طلقة بائنة، إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما.فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، يعين القاضي حكمين[(3)].

وما يخص القانون السوري في المادة 112/3 من ق.أ.ش.س، فقد نص على أنه إذا لم يثبت الضرر، أو كان المدعي الزوج، يؤجل القاضي المحاكمة لمدة لا تقل عن شهر، أملا بالمصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين من أجل الإصلاح[(4)].

ثالثا- ارتكاب فاحشة

باعتبار أن المشرع الجزائري هو الوحيد الذي انفرد بإيرادها في المادة 53/7 من ق.أ.ج فلا داعي للتطرق للتشريعات الأخرى ما دامت لم تتضمن قوانينها أي نص خاص بهذه الحالة.

---

[1]-مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]-مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[3] - قانون الأحوال الشخصية المصري رقم25 لسنة1929، مرجع سابق.

[4] - قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم59 لعام 1953 و المعدل بالقانون 34 لعام 1975.

ففي حالة كون الفاحشة إخلالا جسيما وخطيرا مما يؤدي إلى استحالة استكمال الرابطة الزوجية، وإذا ثبت ارتكابها، فإن القاضي يحكم للزوجة بالتفريق، وتعتبر السلطة التقديرية للقاضي مطلقة في هذا الشأن[1].

كما ورد كذلك في قرار المحكمة العليا بخصوص مسألة الإثبات بشأن الفاحشة بتاريخ 1987/01/12 تحت رقم 43864 والذي ورد فيه: "من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها، ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية مثلما هو الحال في احد قرارات المحكمة العليا أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها ويسئ إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل. فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل"[2].

رابعا- التطليق للضرر

يعتبر الضرر معيار شخصي، لا مادي، يختلف باختلاف الزوجين وبحسب بيئتهما وثقافتهما الاجتماعية، وتقديره أمر موضوعي متروك للقاضي[3].

1-موقف المشرع الجزائري

بما أن المشرع الجزائري اعتمد على المذهب المالكي، ويظهر ذلك جليا من خلال إتاحته للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة خاصة البينة والإقرار.

[1] - بلحاج العربي، مرجع سابق.ص 260.
[2] - منصوري نورة، مرجع سابق.ص 63.
[3] - محمد خضر قادر، مرجع سابق.ص 301.

وإن عجزت عن الإثبات وعجز القاضي بدوره عن الإصلاح، عين حكمين للزوج كما في حالة النشوز[1] لذا يتعين على الزوجة إثبات الضرر أمام القاضي بكافة الطرق[2].

وفي اجتهاد صادر من المحكمة العليا وهو يبدو نوعا ما غريبا، بتاريخ 1989/01/02، اعتبر أن الشهادات الطبية لإثبات اعتداء الزوج لا يعد سببا كافيا للتطليق وجاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن تطليق الزوجة على زوجها يتوقف على أن يكون لها أحد أسبابه الشرعية، وحيث أن الزوجة لم تقدم سوى شهادات طبية التي لا يعمل بها هذه الأمور وحدها، إذ الطبيب لم يشاهد فعل الضرب وإنما يشهد على ما يراه في أعلى جسم الإنسان ومن ثم لا يوجد أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، والمجلس إذ حكم بالتطليق، فإنه خالف القواعد الشرعية والقانونية، الأمر الذي يستوجب النقض[3].

ومن أحكام القضاء نجد أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن ثم فإن الرّدّ على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله.

على اعتبار أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته وقف موقفا سلبيا، فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة سيتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبقوا صحيح القانون [4].

ومن تطبيقات القضاء كذلك نجد قرار آخر "لقد قضت محكمة بئر مراد رايس بتطليق الزوجة من الطاعن قبل الدخول على أساس الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 من ق.أ.ج ويتمثل ذلك الضرر في إحجام الطاعن على إتمام الزواج بالدخول، بعد أن عقد عليها في 1995/06/13، أي أنه تركها معلقة لمدة تقارب عامين فالضرر كما يكون بعد الدخول.

---

[1] - منصوري نورة، مرجع سابق. ص 68.
[2] - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق.ص 207.
[3] - لوكيل محمد لمين، مرجع سابق. ص 98.
[4] - نبيل صقر، مرجع سابق.ص 195.

وبما أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد عقده عليها لمدة طويلة، فإنه يكون قد أخل بواجباته المتمثلة في المحافظة على الروابط الزوجية، إذ بتركه لزوجته في منزل أهلها لما يقارب العامين، فإنه يريد قطع الروابط الزوجية.والمرأة التي تبقى بدون دخول لمدة طويلة، تصاب بضرر مادي ومعنوي وقد يتساءل الأقارب والجيران عن سبب ذلك، وتقال في ذلك الأقاويل كما أنها إذا طلقت، فسوف تجد صعوبة في الزواج مرة أخرى بسبب تلك الحادثة[1].

2ــ موقف التشريعات العربية

خلافا للمشرع الجزائري الذي انفرد بفكرة الضرر المعتبر شرعا بحيث أدرج ضمنها أي ضرر سواء ماديا كان أو معنويا، بينما باقي التشريعات العربية جمعت تحت هذه الفكرة كل من الشقاق والضرر.

فالقانون المصري في المادة 6 من القانون 25 لسنة 1929، اشترط للاستجابة لطلب الزوجة للتطليق أن تثبت إضرار الزوج بها، ولم يحدد هذا النص نوع الضرر ولا وسيلة إثباته، وقد أكدت محكمة النقض ذلك إذ قضت بأن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها[2].

وتوفر الضرر متروك لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ومناط الضرر أن تبلغ المضارة فيها حد يحمل المرأة على طلب الفرقة كتعدي الزوج على زوجته ضربا وسبا أو يسب ذويها، ومن الأضرار الموجبة للتفريق كذلك أن يعمد الزوج إلى غير موضع الحرث من زوجته، يولى عنها زوجه في الفراش، يقطع كلامه عنها أو يؤثر امرأة عليها[3].

---

[1] ـ لحسين بن شيخ أث ملويا،مرجع سابق.ص 390.

[2] ـ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثرهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.ص 221.

[3] ـ عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، 1989.ص 23، 24.

أما القانون المغربي نص في الفصل 56/1من م.أ.م على نفس أحكام الشقاق بما أنه أدرجه تحت طائلة الضرر المعتبر شرعا ونفس الأمر تعرض له المشرع التونسي في الفصل 25 السالف الذكر والسوري في المادة 112من ق.أ.ش.س [1].

الفرع الثاني

السلطة المقيدة

متى ثبت الضرر المحدد في المادة 53 من ق.أ.ج بالوسائل الشرعية والقانونية، يصبح القاضي حينها ملزما بفك الرابطة الزوجية عن طريق التفريق، من أجل تحقيق العدالة وتطبيق القانون تطبيقا سليما، وبالتالي سلطة القاضي مقيدة وما يجعلها كذلك هي الحالات الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الحكم على الزوج عن جريمة تمس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8[2].

[1] - تنص المادة112/1 على ما يلي:"إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الأخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق."

[2] - الأمر رقم05 -02 المؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق ل27 فبراير 2005،ج .ر15 المؤرخة في27 فبراير 2005 .

أولا: عدم الإنفاق:

1 –موقف المشرع الجزائري

فحسب المشرع الجزائري، فإن سلطة القاضي مقيدة إذا أثبتت الزوجة عسر زوجها وأنه حصل بعد زواجهما، لذا فإن القاضي هنا ينتظر إلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة، فإن لم يسدد الزوج وامتد عسره إلى مدة تضر بالزوجة، طلق عليه القاضي[1].

و يتبين من تطبيقات القضاء في إحدى قراراته الصادرة بتاريخ 01/26/ 1987 ملف رقم44457 أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين، أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم فإن الرد على القرار المطعون فيه، بخرق أحكام الشريعة غير صحيح. ولما كان ثابتا أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين، وكذا ثبوت تضرر الزوجة من عدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا[2].

لذا إن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها بالتطليق عن زوجها كما هو الحال في أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبس منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتفريق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على الوجه المشار من الطاعنة في هذا الشأن[3].

2 –موقف التشريعات العربية

لقد ذهبت معظم قوانين البلاد العربية إلى التفريق بين الزوجين إذا ما أعسر الزوج وطلبت الزوجة الطلاق من القاضي، وهذا الأخير يأمر الزوج بالإنفاق أو الطلاق، فإن أبى طلق عليه.

---

[1] ـ ولد عمار نسيم، مرجع سابق.ص 53.

[2] ـ نبيل صقر ـ قمراوي عز الدين، مرجع سابق.ص 88.

[3] ـ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد ثالث. ص76.

فالقانون التونسي في الفصل 40 من القانون السالف الذكر نص بأنه إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال، ولم يترك لها النفقة، ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه، ضرب له الحاكم أجلا لمدة شهر على أن يظهر، ثم يطلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك[1].

أما المشرع المصري في المادة 4 من القانون السالف الذكر نص على أنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته، وادعى عجزه، فإن لم يثبته، طلق عليه حالا، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك[2]. كذلك فإن القانون السوري تعرض لعدم الإنفاق من خلال المادة 110/2 من القانون السالف الذكر[3] بحيث تنص أنه إن ثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز 3 أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما، ولقد جاء المشرع المغربي في الفصل53 من مد.أ.م بنفس الأمر الذي جاء به المشرع السوري [(4)].

ثانيا– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

مسألة الإثبات في هذا النوع من العيوب أصعب من الأضرار السابقة، لأنها لا تقتصر على إدعاء مقابل إقرار الزوج، لأن الطب الحديث أصبح قادرا على تحديد أي نوع من العيوب المذكورة سابقا عن طريق الفحص أو التحاليل الطبية والخبرة الطبية[(5)].

إذا فقد أوجب القانون على الزوجة إثبات العيب الجنسي أو الجسمي الموجود لدى زوجها، وذلك بموجب خبرة أو شهادات طبية[(6)].

---

[1]-مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.
[2]-القانون رقم25 لسنة1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.
[3]-قانون الأحوال الشخصية السوري، مرجع سابق.
[4] ـ مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.
[5] ـ حفيظ جميلة، مرجع سابق.ص 43.
[6] ـ ولد عمار نسيم، مرجع سابق.ص 53.

1-موقف المشرع الجزائري

إذا اكتشفت الزوجة عيبا بالزوج لم يكن معلوما قبل الزواج، فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها للقضاء، وطلب الحكم بتطليقها من زوجها المريض أو المعيب، وستدرس المحكمة هذه الحالة استنادا إلى كل الأدلة الممكنة مثل شهادات الشهود والشهادات الطبية المعتمدة.ثم يصدر حكمها بالتطليق أو برفضه حسبما هو موجود من الدلائل والحجج الإثباتية.

وإذا كان المرض مما يمكن علاجه يمنح القاضي مهلة للزوج حتى يتأكد من شفائه، وما على الزوجة إلا أن تصبر معه وتسانده، أما إذا كان علة مستمرة دائمة لا يتوقع شفاؤها، فهنا لابد للقاضي بأن يحكم بالتفريق مباشرة[1]..

ولقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها الأكثر وضوحا ودقة على ضرورة إثبات العيب الحائل دون تحقيق الهدف من الزواج بكل الطرق الشرعية والقانونية لإثبات الضرر قبل التصريح بحكم التطليق، فقد جاء في القرار ما يلي: "من المقرر شرعا أنه يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها، إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية.

وأكد القرار أن العيب المشار من قبل الزوجة، في كون الزوج عاجزا عن ممارسة العلاقة الجنسية معها، والذي يعد من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لابد أن يخضع

[1] -عبد العزيز سعد، مرجع سابق. ص 261.

للإثبات بالصفة الشرعية والقانونية، وذلك من أجل ثبوت الضرر من عدمه[1]

2- موقف التشريعات العربية

لم ينص قانون الأحوال الشخصية التونسي على التفريق بسبب العيوب أو الأمراض في قانون الأحوال الشخصية، رغم أن أكثره من المذهب المالكي، باعتبار أن جميع حالات التفريق مردها تقدير القاضي.

أما القانون المغربي، فقد تناول التطليق للعيب في الفصل 54 من م.أ.م، بحيث تكون سلطة القاضي مقيدة، وذلك حين منحه للزوج مهلة سنة لشفائه من العيب، فإن برء وإلا طلقها عليه.كذلك نجد المشرع السوري، نص في المادة 107 من ق.أ.ش.س أنه إذا كانت العلة المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وفي حال إمكانية زوالها أجل القاضي الدعوى لمدة لا تتجاوز سنة، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما[2].أما بالنسبة للمشرع المصري، نص في المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها"[3]

ثالثا- الحكم بعقوبة على الزوج

1-موقف المشرع الجزائري

من بين الحالات التي أجاز القانون للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها، نجد نص المادة 53/4من ق.أ.ج والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم الزوج لمدة أكثر من سنة على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل مواصلة العشرة و الحياة الزوجية ....."وعليه، من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة، نجد أن المشرع الجزائري اشترط أن

[1] - باديس ذيابي ، مرجع سابق.ص 36.
[2] - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق.ص 197 وما بعدها.
[3] - عيسات اليزيد، مرجع سابق.ص 93.

يكون الحكم بعقوبة على الزوج بحكم نهائي لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، وأن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة"[1].

فالمشرع باستعماله لعبارة "الجريمة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف، وبالتالي، فإن الجرائم والعقوبات يصعب علينا حصرها لدرجة يمكن القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة تمس هذا الوصف، لاسيما جريمة الزنا وبالتالي، تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أي جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك.

ورغم أن كل جريمة ترتكب فيها مساس بالمعني المرتكب لها في شرفه واعتباره، فهي بذلك تسبب إساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، أما بعد التعديل فقد ألغى المشرع الشرط القائل بالعقوبة التي ينفى يتعدى مداها أكثر من سنة، واكتفى بالقول بأنه على الزوجة المطالبة للتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون النظر إلى حجم العقوبة المسلطة عليه، لذا للزوجة المتضررة طلب التفريق اعتمادا على الفقرة 4، وطلبها يكون مؤسسا ومستجابا له[2].

وكما صدر عن محكمة بسكرة في2008/01/15، حيث ثبت للمحكمة أنه بتاريخ 2007/06/15، صدر حكم يقضي حضوريا ابتدائيا بإدانة المدعى عليه بتهمة حيازة واستهلاك المخدرات، وأيده القرار النهائي الصادر في 2007/08/14، حيث أنه من الثابت أن جريمة المخدرات ماسة بشرف الأسرة التي ينتمي لها المدعى عليه، وهي تمس بصحة وأخلاق المجتمع، ومنه فإن المدعية محقة بطلبها للتطليق وقفا للمادة 53/4 من قانون الأسرة الجزائري[3].

[1] - منصوري نورة، مرجع سابق. ص 57.
[2] - باديس ذيابي ،مرجع سابق.ص 44.
[3] - حفيظ جميلة- مرجع سابق.ص 41.

2 –موقف التشريعات العربية

قاس القانون المغربي حال الحبس على حال الغياب، ولم يتحدث سوى عن حالة الغياب لمدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول، وذلك من خلال الفصل 57 من م.أ.م[1].

لكن القانون المصري رقم 25 لسنة 1929، جاء في المادة 14 منه الآتي: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة 3 سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[2].

وللزوجة لإثبات دعواها للتفريق لحبس الزوج تقديم المستندات الآتية:

- الوثيقة الرسمية لزواجهما.
- صورة رسمية من الحكم الصادر على زوجها بحبسه 3 سنوات.
- شهادة من الجدول تفيد أن الحكم الصادر على زوجها نهائي وبات.
- شهادة تفيد أن زوجها المحبوس بدء في تنفيذ الحكم الصادر ضده وتاريخه[3].

أما القانون التونسي لم ينص على أحكام السجين[4]، بينما القانون السوري في المادة 109/1 من القانون السالف الذكر نص على أنه إذا حكم بعقوبة السجن على الزوج لأكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه[5].

[1] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 251.
[2] - قانون الأحوال الشخصية المصري رقم25 لسنة 1929، مرجع سابق.
[3] - عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق.ص 38.
[4] - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق.ص 798.
[5] -قانون الأحوال الشخصية السوري، مرجع سابق.

رابعا: الغيبة:

1 –موقف المشرع الجزائري

هناك سبب أخر من أسباب التطليق يجعل سلطة القاضي مقيدة وهو التطليق بسبب غياب الزوج، بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة طبقا للمادة 53/5 من ق.أ.ج[1].

فالمرأة المتضررة من غيبة زوجها، إن رفعت دعوى التطليق على زوجها يقبل قولها بيمينها لأنها تتعدى أمرا لا يعرف إلا من جهتها، فتحلف أمام القاضي بأنها تخشى على نفسها الوقوع في الزنا بسبب غياب زوجها عنها.

فهل يفرق القاضي بمجرد رفع الزوجة أمرها إليه؟، فقبل ذلك يطالبها القاضي بإثبات أن الغائب زوجها، وأن مدة غيبته طالت وحلفت أمامه بأنها تخاف الوقوع في الحرام، فلا يحكم لها بالتفريق، لكنه يسأل عن مكان الزوج، هل هو معلوم أو لا؟، وإن كان معلوما، فهل من السهل مكاتبته والاتصال به؟ وإن كان مكان غيبة الزوج غير معلوما أو معلوما، لكن إمكانية مكاتبته غير ممكنة فالقاضي يحكم لها بالتفريق، وإن كان مكانه معلوما ومكانته سهلة، فإن القاضي يتصل به ويخبره إما:

– أن يحضر ليقيم مع زوجته في بلدها.

– أن ينقل زوجته لتقيم معه في بلده.

– أن يطلق زوجته

ويحدد له مدة للقيام بذلك، وإن لم ينفذ ذلك وانقضت المدة ولم يبدي عذرا مقبولا، يطلق عليه زوجته[2].

حيث جاء في القضاء الجزائري في قرار صادر عن محكمة تلمسان بتاريخ 1970/12/18 أن القاضي منح الزوج الهارب من بيت الزوجية أجلا بأربعة أشهر للعودة إلى مسكنه، وهذا يعني أنه

[1] ـ تنص المادة53/ 5 من قانون الأسرة الجزائري"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:
الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"

[2] ـ محمد إبراهيم الحفناوي، مرجع سابق.ص 199 وما بعدها.

رغم المادة 53/5 لم تفرق بين حالة غياب الزوج في مكان معلوم وإمكانية الاتصال به،وبين حالة الزوج الغائب في مكان غير معلوم إلا أن القضاء قد أخذ بهذه التفرقة بدليل أنه أعطى للزوج الغائب الهارب عن بيت الزوجية مهلة 4 أشهر، وذلك عملا بما جاء به في المذهب المالكي في حالة غياب الزوج المعلوم المكان بحيث يحذره القاضي وينذره إما بالحضور وإما بالإنفاق أو بالطلاق أو التطليق عليه وبذلك فإن الغياب المقصود في نص المادة 53/5 من ق.أ.ج هو غياب الزوج وانقطاع أخباره ولم يعد له مكان معروف[1].

2 –موقف التشريعات العربية

لم ينص القانون التونسي على أحكام الغائب بينما القانون المغربي نص في الفصل 57/1 من م.أ.م على أنه إذ غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد على سنة بلا عذر مقبول، جاز لزوجته طلب التطليق.

أما الفقرة الثانية فقيدت القاضي بإعذار الزوج الغائب وذلك بإرسال رسائل إليه، فإن لم يحضر للإقامة معه أو نقلها إليه طلقها القاضي عليه فورا، فإن انقضى الأجل ولم يبد الزوج عذرا مقبولا، أو لم يثبت وصول الرسائل إليه، قضى القاضي بالتفريق بينهما.وكذلك المشرع السوري أخضع الغياب لنفس أحكام الحبس من خلال المادة 109 من ق.أ.ش.س[2].

أما فيما يتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لعام 1929، فاشترط أن يكون الغياب بلا عذر مقبول حتى يعتبر ضررا، لكن إذا استطاع الزوج إثبات أن ظروف قاهرة منعته من نقل زوجته إليه كطلبه للعلم أو ممارسته التجارة أو العلم، يرفض القاضي الدعوى، وذلك بتلقي الزوج إعذارالمدة معينة من قبل القاضي، يطلب من خلاله الحضور للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه فإذا انقضت المهلة الممنوحة للزوج، ولم ينفذ أي من البدائل التي طرحتها عليه المحكمة، تقوم هذه الأخيرة

[1] - ولد عمار نسيم، مرجع سابق.ص 53، 54.
[2] - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق.ص 798، 799.

بتطليقها عليه. أما إذاكان الزوج الغائب غير معلوم لمحل إقامته، ولا يمكن وصول الرسائل إليه، طلقها عليه بلا اعذار ولا ضرب أجل، ويمكن إثبات عدم وصول الرسائل بالتحري من الجهة الإدارية استنادا للمادتين 12 و13 من القانون أعلاه[1].

خامسا: التعدد:

لا خلاف أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، ولكن قيدته بقيود لتجعل منه أداة للإصلاح، لكن إذا قام الزوج بالاقتران بزوجة أخرى أو أكثر– حسب الضوابط المنصوص عليها في المادة 8 من ق.أ.ج كان عليه واجب العدل بينهما، فإن أخل الزوج بهذا الالتزام دون عذر مقبول، جاز للزوجة رفع دعوى التطليق ويجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى يقضي لها بالتفريق، والمسألة يقدرها القاضي في النهاية[2].

1 –موقف المشرع الجزائري

على الزوج الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة بالزواج الجديد، وهذا ما جاء في الفقرة 3 من المادة 8 السابقة الذكر.

– التأكد من موافقة شروط الزوجة السابقة واللاحقة.

– إثبات الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.إذن السلطة التقديرية للقاضي مقيدة للحكم بفك الرابطة بمجرد مخالفة الزوج لهذه الضوابط، فإنه يعسر الإثبات[3].

و من بين قرارات المحكمة العليا في إحدى القضايا التي مفادها أن السيدة (أ.ج) رفعت دعوى أمام المحكمة طالبة التطليق على أساس المادة الثامنة من قانون الأسرة، لكون زوجها أعاد الزواج

[1] - عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق.ص 59، 60.
[2] - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق.ص 204.
[3] - يوسف دلاندة ، مرجع سابق.ص 58.

بأخرى، وبتاريخ 12 ماي 1992، قضت المحكمة برفض دعواها لعدم التأسيس.وبعد استئنافها لذلك الحكم أمام مجلس قضاء سطيف، قضى هذا الأخير بتأييد الحكم المستأنف بتاريخ 1993/04/14معتبرا الزواج بامرأة ثانية لا ضرر فيه، رفعت السيدة (أ.ج) طلعت بالنقض ضد القرار أعلاه أمام المحكمة العليا، وذكرت فيه بأنها قدمت شهادة شهد فيها بأن الزوج أعاد الزوج بامرأة أخرى، بدون علمها ولا رضاها، على ذلك فإن رفض المجلس الحكم بتطليقها جاء مخالف للمادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري.

وقضت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية ومعها الطرفين إلى المجلس نفسه للفصل فيها طبقا للقانون، ولقد أسست المحكمة العليا قرارها على خرق قواعد الشريعة الإسلامية والمادة الثامنة أعلاه[1].

2 – موقف التشريعات العربية

لم يتناول القانون التونسي مسألة إثبات الضرر في التعدد ما دام لم يبحه أصلا فهو الوحيد الذي انفرد بمنع تعدد الزوجات، وهو ما نص عليه في المادة 18 السالفة الذكر من م.أ.ش.ت[2].

أما القانون المصري، فقد نص في المادة 11 مكرر 1 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه: "على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإن كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته، ومحل إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد

بكتاب مقرون بعلم الوصول". وإثبات رضي الزوجة الأولى بالزواج من أخرى، يقع على عاتق المدعى عليه والمتمثل في الزوج، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات المقررة شرعا[3].

---

[1] ـحفيظ جميلة، مرجع سابق.ص46 .

[2] ـ لحسين بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق.ص 82.

[3] ـ عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق.ص 44 ،47.

أما القانون المغربي، فقد جاء في الفصل 30/2 من م.أ.م "للمتزوج عليها أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها ولا يعقد على ثانية إلا بعد اطلاعها على أن مريد الزواج منها متزوج من غيرها"[(1)].لكن مسألة الإثبات، لم يضمنها المشرع المغربي نصا خاصا.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في الحكم بالتّعويض

انّ العقوبة الماليّة لم يشرّعها الإسلام مقابل الأمور المعنويّة إلا في مسائل منصوص عليها كالتّعويض عن الضّرر الماديّ الملحق بالغير وديّة القتل ،وما عدا ذلك فالعقوبة في الإسلام بدنيّة لا ماليّة لكن بالرّجوع للقاعدة العامّة، فانّ التّعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر واستنادا للمادة 124 من ق.م.ج فانّ من احدث ضررا للغير بخطئه،يلزم بالتّعويض أما بالنّسبة

للتّطليق فهناك من يرى انّ القاضي يحكم بالتّطليق متى توفّر الضّرر بالإضافة إلى التّعويض، ونجد من يرى انّ التّطليق وحده كاف لجبر الضّرر،لذا فالسّلطة التّقديريّة تعود للقاضي و سنوضّح هذه السّلطة ظلّ القانون 09/05 كفرع أول،بالاستناد لأحكام القضاء(قرارات المحكمة العليا) كفرع ثان.

الفرع الأول

سلطة القاضي في ظلّ القانون 09/05

لقد منح المشرّع الجزائريّ حق طلب التّعويض و ذلك ما تقتضيه المادة 53 مكرّر"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتّطليق أن يحكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاّحق بها "[1]

[1] - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق.ص 791.

تجدر الإشارة انّه هناك تشابه بين مصطلحي التّعويض و المتعة، فهذه الأخيرة هي ما يعطيه الزّوج لزوجته جبرا لخاطرها تعويضا لها عمّا لحقها من ضرر و هي واجبة لها كلّما تحقّق هذا السّبب"الضرر" و ذلك لقوله تعالى:"و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين".[2]

لغة:التعويض مأخوذ من العوض:أي البدل، و العوض:اسم مفرد و الجمع أعواض، و العوض:مصدر.[3]

تقول:عضت،فلانا و أعضته و عوضته:إذا أعطيته بدل ما ذهب منه،واعتاضه:جاءه طالبا العوض و الصلة، واستعاضه و تعوضه:سأله العوض،فعاوضه:أعطاه إياه.[4]

اصطلاحا: لم يجد الدّكتور جميل فخري محمّد جانم، فيما اطّلع عليه من كتب الفقه أي تعريف للتّعويض،لذا عرّفه بأنه:"عقوبة ماليّة تجب على الطّرف الذي أوقع الضّرر بالطّرف المتضررّ لما أصابه من ضرر،نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع.[5]

أولا–موقف المشرع الجزائري:

أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري إلى حق الزوجة في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة طلبها للتطليق(المادة 53مكرر من ق.أ.ج)،بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار الأسباب التي علقت عليها الزوجة طلب التطليق فمثلا إن كان طلب التطليق على أساس العيوب لابد من التفريق بين العيب الطارئ بعد إبرام عقد الزواج الذي لا يستوجب طلب التعويض، وبين العيب الطارئ قبل إبرامه و عدم إخبار زوجته هنا يحكم لها القاضي بالتعويض.أما فيما يتعلق

---

[1]-القانون رقم09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة،ج ر رقم43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.
[2]-الآية 241 من سورة البقرة.
[3]-لسان العرب:ابن منظور، ج2.ص928.
[4]-القاموس المحيط، مرجع سابق.ص836.
[5]-جميل فخري محمد جانم،متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون،ط1،دار الحامد للنشر و التوزيع،د.ب.ن، 2009.ص208.

بالحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة فيحق لها طلب التعويض عن ذلك،و يعود التقدير للقاضي في الحكم بالتعويض في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين.[1]

بما أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة متعة، و بالتالي يمكن القول أن التّعويض و المتعة وجهان لعملة واحدة و عليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد.[2]

اختلطت الأمور على القضاء الجزائري ولم يحسم قراره في هذه المسالة و لم يتبنى موقفا واحدا فالرأي الأول من القضاة اعتبر المتعة و التعويض عملة واحدة و معنى واحد، فعندهم استجابة القاضي لطلب الزوجة الرامي إلى التطليق يعتبر تعويضا لها في حد ذاته و جبرا للضرر الذي لحقها من زوجها.[3] بينما الرأي الأخر من القضاة جعلوا من التعويض و المتعة كاستحقاقين مختلفين نتيجة التطليق،و خلافا لتناقضات المحكمة العليا بين القول أن المتعة و التعويض شيء واحد و القول أن التعويض يختلف عن المتعة،فإن الصحيح هو أن المتعة تختلف عن التعويض،لأن المتعة تستحق للزوجة شرعا دائما حسب وسع الزوج و أساس استحقاقها الشرع من الكتاب و السنة، أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع استنادا لنظرية التعسف في استعمال الحق.[4]

ثانيا– موقف التّشريعات العربيّة

نصّ الفصل 31 من مج.أ.ش.ت على ما يلي:"يحكم بالطّلاق عند رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزّوجة به، وفي هاته الصّورة،يقرّر الحاكم ما تتمتّع به الزّوجة من الغرامات الماليّة لتعويض الضّرر الحاصل لها، أو ما تدفعه هي للزّوج من تعويضات" من خلال فحوى هذا الفصل نجد انّ القانون

[1]-حفيظ جميلة، مرجع سابق.ص58.
[2]-ولد عمار نسيم، مرجع سابق.ص60.
[3]- باديس ذيابي ،أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض-نفقة-عدة-حضانة-متاع)،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2008 .ص24.
[4]-ولد عمار نسيم،مرجع سابق.ص60.

التّونسي ترك مجال تقدير المتعة لاجتهاد الحاكم، و لم يوضّح الوسائل التي سيعتمد عليها القاضي في تقديرها، لكنّها قيّدت المتعة على أن تكون مما يقع عليه اسم المال.

أما القانون المصري لعام 1979 ،فقد قدرا لمتعة بحسب حال المطلّق،ظروف ومدّة الزّوجية،لكن شرط أن لا تقلّ عن نفقة سنتين حسبما هو وارد في المادّة 18 مكرّر من نفس القانون.لذا حدّد التّشريع المصري ثلاثة معايير لتقدير المتعة، و المتمثّلة فيما يلي:حال المطلّق يسرا و عسرا، ظروف الطّلاق ومدّة الزوجيّة أما فيما يتعلّق بمدوّنة الأحوال الشّخصيّة المغربيّة،فحدّدت المتعة بحسب حال الزّوجين وفقا للفصل 60 من م.أ.م، أما فيما يخصّ القانون السّوري،حدّد جنس المتعة بأنها كسوة،قدّرها بحسب حال الزّوج[1].

الفرع الثاني

أحكام القضاء(قرارات المحكمة العليا)

بالرجوع للواقع العملي نجد تطبيقات مختلفة حول مسالة التعويض،فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة،فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك،و منهم من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطليق، لذا فالسلطة التقديرية تعود للقاضي في رفض أو قبول التعويض الذي تطلبه الزوجة المتضررة من زوجها.

أولا-رفض طلب التعويض

من بين قرارات المحكمة العليا التي جسدت فكرة رفض التعويض نجد القرار الصادر في1989/03/27 "كل زوجة بادرت بإقامة دعوى التطليق ضد زوجها ليس لها الحق في المطالبة

[1]-جميل فخري محمد جانم،مرجع سابق.ص133،134.

بالتعويض،فعلى فرض أن زوجها أضر بها و طلبت تطليقها منه من اجل هذا الإضرار و طلقت،فهذا الإضرار هو الذي أتاح فرصة التطليق و لا تأخذ شيئا غيره كي لا تستفيد مرتين.[1]

و من تطبيقاتها أيضا نجد القرار الصادر بتاريخ2011/01/13 الذي مضمونه أن الزوج المصاب بمرض العقم لا يتحمل مسؤولية تعويض الزوجة الطالبة للتطليق عن الضرر الحاصل لها بسبب عدم قدرته على الإنجاب،ذلك أن هذا العيب لا دخل لإرادة الزوج فيه،وإن قضاة الموضوع الذين قضوا بتعويض الزوجة تعويضا عن التطليق استنادا فقط على الضرر الناجم عن العقم يكونون قد أخطؤوا في تطبيق القانون.[2]

ثانيا–قبول طلب التعويض

تدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطليق صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من أهمها:

من بين أحكام القضاء التي أقرت الحكم بالتعويض للزوجة الطالبة للتطليق لاستفحال الخصام و طول مدته و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة،مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها للتعويض.و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و منحها التعويض طبقوا صحيح القانون.[3]

و كما نجد قرار أخر للمحكمة العليا يقضي بان الطاعنة باعتبارها زوجة،أم و ربة بيت قد تضررت أدبيا و معنويا،فقد تزعزع مركزها الاجتماعي، و خدشت في عفتها و كرامتها من جراء متابعتها بالزنا،التي انتهت إلى صدور أمر بانتفاء وجه الدعوى لصالحها لعدم كفاية الأدلة، لذا فإن

[1]-المحكمة العليا،القرار الصادر بتاريخ1989/03/27،ملف رقم53017،المجلة القضائية لسنة 1991،العدد الأول.ص56.
[2]-القرار الصادر بتاريخ2011/01/13، ملفرقم596191، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد2، ص270.ص49.
[3] - قرار مؤرخ في 1999/06/15،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001.ص129.

قضاة المجلس عندما قضوا لصالحها بالتعويض عن الوشاية الكاذبة قد برروا حكمهم و يتعين رفض الطعن.[1]

[1]-القرار الصادر بتاريخ 1993/11/23،ملف رقم96004،المجلة القضائية لسنة 1994،العدد الثالث.ص69.

خاتمة

أحدث الإسلام تغيّرا جذريّا في وضعيّة المرأة وذلك بإحياء حقوقها الطبيعية،وجعل مكانتها مرموقة في المجتمع فرفع من شانها وصانها من الاستبداد و التّعسّف الّذي كان يلحقها، بعدما ضاعت حقوقها و فقدت كرامتها و تبخّرت إنسانيتها، رغم كونها الأم، الزوجة والبنت. بحيث نستشف ذلك من عدّة آيات قرآنية لقوله تعالى:"وعاشروهن بالمعروف"[1].كما منع الرجل من ان يسيء استعمال ما خول له من قوامة، فلا يتخذ ذلك وسيلة للظلم أو ذريعة للتعسّف لقوله تعالى:"ولهنّ مثل الّذي عليهنّ بالمعروف"[2]، فان فعل وتعدى حدود المعاشرة بالمعروف و اضرّ بزوجته جاز لها بحكم الشرع الإسلامي ان تطلب التطليق من زوجها المتعسّف في حقّها و المتسبّب لها بالضّرر سواء كان ماديّا أومعنويّا بشرط ان يصدر هذا الضرر متعمدا منه، تستحيل به مواصلة الحياة الزوجية،ولا يحكم لها بذلك إلا بعد عجز القاضي عن الإصلاح بينهما ولقد اعترف الفقهاء والقانون للزّوجة بهذا الحقّ.

المشرّع الجزائري على غرار التّشريعات العربية اخذ بموقف المذهب المالكي حيث أعطى للمرأة حقّ طلب التطليق على أساس الضّرر، فقد أحسن المشرّع الجزائري لمّا وسّع من دائرة الضرر الموجب للتّطليق و ذلك من خلال فحوى الفقرة10 من قانون الأسرة الجزائري الّتي تضمّنت "كلّ ضرر معتبر شرعا"بمعنى كل ضرر ماديّا كان أو معنويّا،بحيث يمكن ان يشمل الضّرر النّاتج عن الإنفاق،العيوب، الهجر،الحكم على الزّوج بجريمة ماسة بشرف الأسرة و الغياب وحتى الفاحشة.لعل غرض المشرّع عندما فصل الأمر إنما يريد من ذلك التأكيد على حالات كثيرة الحدوث على أرض الواقع.رغم انّ المشرّع الجزائريّ هو الوحيد الذي حدّد 10أسباب يمكن بها للمرأة طلب التطليق إلا انّه لم يفصل فيها حيث أوردها في مادّة واحدة، وبهدف سدّ كل فراغ قانوني لجأ إلى الإحالة لأحكام

[1]-الآية 19 من سورة النساء.
[2]-الاية 228 من سورة البقرة.

الشّريعة في كل ما لم يرد بصدده نصّ إلى المادة222 من قانون الأسرة الجزائري ،إلا انّه ترك الكثير من الأمر في حالة إبهام وغموض، ممّا يجعل الأحكام القضائية في تناقض فيما بينها على مستوى المحاكم و المجالس القضائية الذي يؤدّي إلى هدر الحقوق.لذا وجب على المشرّع أن يحسم هذه المسالة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية،وذلك بتوضيح الأسباب المذكورة في المادة53 من قانون الأسرة الجزائري على سبيل المثال فان هذه المادة في فقرتها الأولى لم تتطرّق لحالة عدم الإنفاق المرتبطة بحضور أو غياب الزّوج، حيث جاء النّصّ عامّا.أمّا بالنسبة للعيوب لم يفرّق بين تلك المتحكّمة الّتي لا علاج لها وبين تلك الّتي يرجى الشّفاء منها عملا بالقانون السّوري، المصري، المغربي لانّ في هذه التفرقة إزالة للظلم الّذي لحق بالزّوجة كما كان بإمكانه إضافة شرط علم الزّوجة بالعيب،كما أننا نتمكّن من معرفة هدف المشرّع من ربط الغياب مع عدم الإنفاق مع انّه نصّ على عدم الإنفاق في المادّة1/53، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنّ الغياب سواء كان بعذر أو بدونه إذا تزامن مع وجود مال تنفق منه الزّوجة فلا يصلح كمعيار لطلب التّفريق، كذلك باستقرائنا لنفس المادة المذكورة سابقا في فقرتها الثّالثة المتعلّقة بالتّطليق للهجر في المضجع.

نجد أنّ المشرّع أهمل لفظ"الإيلاء" والمقصود به الهجر المرتبط بالقسم ،فكان من الأحسن استعماله حتّى لا يختلط مع الهجر بغرض التّأديب،كما انّ المشرّع اكتفى بعبارة"الضّرر المعتبر شرعا" و هي عبارة عامّة يدخل ضمنها كل ضرر بسيطا كان أو جسيما، فما على الزّوجة سوى رفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة بإتباع مجموعة من الإجراءات،ومنح لها حقّ الطّعن في الأحكام الصّادرة بشأن دعواها بكلّ طرق الطّعن العاديّة منها و غير العادية، و بالتّالي يخضع تقدير الضرر هنا لسّلطة القاضي، الّتي تكون أحيانا مقيّدة تجبره على منحها التّطليق مباشرة غير انّه في بعض الأحيان تصبح سلطته واسعة، من ثمّ لا يستجاب لطلب الزّوجة، كما له رفض طلب التّعويض عن الضّرر اللّاحق بالزّوجة أو قبوله ولا يمكن الوقوف عند كلّ هذه العناصر والنّقاط الأساسية دون

الاستناد إلى أمثلة مستمدّة من الواقع المعاش من خلال قرارات المحكمة العليا و اجتهاداتها من اجل تقوية و تدعيم مسألة التّطليق و ختاما لبحثنا هذا، نخلص إلى القول بأنّ نصوص قانون الأسرة كلّ حسب موضوعه، مستمدّة من الشّريعة الإسلامية، رغم أنّ الشّارع الحكيم جعل العصمة بيد الزّوج للإبقاء على الرّابطة الزّوجيّة إلاّ انّه لم يهمل جانب المرأة و لم يجحف في حقّها، بل سمح لها بإنهاء زواجها بمشيئتها المنفردة إذا ما رأت انّ العشرة بينهما أصبحت شبه مستحيلة.

قائمة المراجع

أولا: بالغة العربية:

القران الكريم

1-الكتب

1-أبو داود،سنن أبي داود ،كتاب الطلاق،ج1 .

2-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري،صحيح البخاري، ج5،القاهرة،د.س.ن.

3-أحمد بن ماجه،سبل السلام شرح بلوغ المرام،ج3،د.ط،دار الجيل،بيروت،د.س.ن.

4-أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام:الطلاق-الخلع-وحقوق الأولاد-نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر.د.س.ن.

5- أحمد محمد المومني،إسماعيل أمين نواهضة،الأحوال الشخصية،فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، ط1، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة،الأردن،2009.

6- أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية،دار الهدى للمطبوعات،الإسكندرية،1997 .

7-أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و أثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

8-إبراهيم محمد إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و الفرقة و حقوق الأقارب، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، الأردن،1999.

9-الدردير، الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل،ج 2، د.س.ن.

10-السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط1،دار ابن كثير،دمشق، 2010.

11-الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه و القضاء،ط2،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2008 .

12–المصري مبروك،الطلاق و أثاره في قانون الأسرة الجزائري،دراسة فقهية مقارنة،دار هومة،الجزائر.د.س .ن.

13 –باديس ذيابي ،قانون الأسرة الجزائري على ضوء الممارسة القضائية،ج1، دار الهدى، ، الجزائر 2012 .

14–باديس ذيابي،أثار فك الرابطة الزوجية(تعويض–نفقة–عدة–حضانة–متاع)،دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008 .

15–باديس ذيابي،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر،دار الهدى،2007

16–بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، ج 1 (الزواج و الطلاق) ، دار النهضة العربية الطباعة و النشر، لبنان.

17–بربا رةعبد الرحمان،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط2، منشورات البغدادي،الجزائر 2009 .

18–بلحاج لعربي،أبحاث و مذكرات في القانون والفقه الإسلامي،ج1،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1996 .

19 –بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999 .

20– بلقاسم شتوان ،الطلاق في الفقه المالكي،دراسة اكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري،دار الفجر،سطيف،2008 .

21–بن شويخ الرشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،دار الخلدونية، الجزائر.

22–تقية عبد الفتاح ،محاضرات في مادة الأحوال الشخصية،ثالة للنشر و التوزيع،الجزائر ،د.س.ن.-

23-جميل فخري محمد جانم،متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ط1،دار الحامد للنشر و التوزيع،2009.

24-حسن حسن منصور،المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، د.ب.ن،2001 .

25-رمضان علي السيد الشرنباصي،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، 2002 .

26-رمضان علي السيد الشرنباصي،جابر عبد الهادي سالم الشافعي،أحكام الأسرة(الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد)،في الفقه الإسلامي،د.ب.ن،د.س.ن.

27-طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الخلدونية، الجزائر،د.س.ن.

28-عبد الحميد الجياش،الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و أثارهما،ط1،دار النهضة العربية،لبنان،2009 .

29-عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،ط2 دار الفكر،مصر،د.س.ن.

30-عبد العزيز سعد ،قانون الإجراءات الجزائري في ثوبه الجديد،(أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)،ط2،دار هومة، 2009 .

31-عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط3،دار هومة للطباعة و النشر الجزائر،د.س.ن.

32-عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل،ط1،دار الخلدونية،الجزائر،2007 .

33-عبيدي الشافعي،قانون الأسرة مذيل بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا،دار الهدى،الجزائر،د.س.ن.

34-عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، 1989.

35-فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق،ج1،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1985.

36-لحسين بن الشيخ أث ملويا:بحوث في القانون،دار هومة ، الجزائر،2005 .

37-لوكيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة، الجزائر،2004

38-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي،مصر،د.س.ن.

39-محمد إبراهيم الحفناوي،الطلاق،ط2،مصر،2005.

40-محمد ابن عيسى الترمذي،سنن الترمذي،باب ما جاء في التسوية بين الضرار،ج3،دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.

41-محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري المستدرك على الصحيحين،دار الكتب العلمية،بيروت،1991.

42-محمد خضر قادر،دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية:دراسة فقهية مقارنة،دار اليازوري للنشر و التوزيع،الأردن ،2010 .

43-محمد عاطف المقصورطي،الزواج و الطلاق في الإسلام وحقوق الزوج و الزوجة والأولاد،مؤسسة المختار للنشر و التوزيع،مصر،د.س.ن.

44-محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالتفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة للنشر، مصر، 2007 .

45-محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، مصر،د.س.ن.

46-منصوري نورة،التطليق و الخلع وفقا للقانون و الشريعة،دار الهدى، الجزائر،2010 .

47-نبيل صقر ،قمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى،الجزائر،2008.

48-نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري، نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر،2006.

49-وهبة الزحيلي،الفقه المالكي المسير،أحكام الأسرة،ج3،دار الكلم الطيب،دمشق،2010 .

2-المذكرات

1-عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون"فرع العقود و المسؤولية"،كلية الحقوق، الجزائر،2002- 2003 .

2- ناجية زيتوني،دراسة تحليلية للمادة53 من قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،فرع:عقود ومسؤولية(القسم الخاص)،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2006 .

3-حفيظ جميلة،الضرر كمعيار لفك الرابطة ،مذكرة تخرج لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاة،وزارة العدل،دفعة17 ،2006- 2009 .

4ـ مزاري صالح، طرق الطعن العادية في الأحكام المدنية، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاة، دفعة 12، 2001 ــ 2004..

5-ولد عمار نسيم، التطليق ،مذكرة التخرج لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاة دفعة18،الجزائر،2007-2010 .

3-القواميس

1- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل :لسان العرب ، ج2، د.ب.ن، د.س.ن.

2-المنجد الأبجدي، ط8، دار المشرق، لبنان،توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن.

3-مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي،القاموس المحيط ،ط6 ،مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر،1999 .

4-محمد بن أبي بكر الرازي،مختار الصحاح،دار الكتاب العربي،بيروت،1983 .

4-النصوص القانونية

-أمر رقم75-58 المؤرخ في20 رمضان1395 ه الموافق ل 26 سبتمبر1975م،المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم.

-أمر رقم66-156 المؤرخ في 18صفر1386ه، الموافق ل8يونيو1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 2006/12/20 .

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير2005 .

- قانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر1429ه الموافق ل25 فبراير 2008 م يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج ر،عدد21 مؤرخة في 23 أفريل2008.

-القانون رقم09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة،ج ر رقم43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.

5-الأحكام و القرارات القضائية:

-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث.

-المحكمة العليا،القرار الصادر بتاريخ1989/03/27،ملف رقم53017،المجلة القضائية لسنة 1991،العدد الأول.

-الصادر بتاريخ27 /04 / 1993، ملف رقم89635، المجلة القضائية لسنة1994، العدد الأول.

-القرار الصادر بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم96004، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثالث.

-القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24، رقم الملف139353، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني.

-القرار الصادر في1999/05/18، ملف رقم22134 ، المجلة القضائية لسنة2001، العدد الخاص.

- قرار مؤرخ في 1999/06/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، 2001.

-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001.

-القرار الصادر بتاريخ2008/01/16، ملف رقم417622،المجلة القضائية لسنة 2009، العدد الأول.

-القرار الصادر بتاريخ2011/01/13، ملف رقم596191، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد الثاني.

ـــ القرار الصادر في 1994/03/12، ملف رقم101232،نشرة القضاة، عدد54.

ثانيا- باللغة الفرنسية

.Tchouar Djilali, réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger.

.

الفـــــهرس

مقدمة 1
الفصل الأول – مفهوم التّطليق للضّرر 3
المبحث الأول – المقصود بالضّرر وشروطه..... 3
المطلب الأول – المقصود بالضّرر..... 4
الفرع الأول – في الفقه الإسلاميّ 4
الفرع الثاني – في القانون. 5
المطلب الثاني – شروط الضّرر 6
الفرع الأول – وقوع ضرر متعمّد من الزوج 6
الفرع الثاني – استحالة دوام العشرة 7
الفرع الثالث – عجز القاضي عن الإصلاح 8
المطلب الثالث – أنواع الضرربحسب الطبيعة..... 10
الفرع الأول – الضرر الماديّ..... 10
الفرع الثاني – الضرر المعنويّ..... 13
المبحث الثاني–أشكال الضرر..... 14
المطلب الأول–الأضرار التي تمس بذات الزوجة..... 14
الفرع الاول–عيوب الزوج..... 15
الفرع الثاني–الهجر في المضجع 19
الفرع الثالث–الشقاق و التعدد 23
المطلب الثاني–الأضرار التي تمس بالأسرة..... 27
الفرع الأول–عدم الانفاق..... 27
الفرع الثاني–غيبة الزوج..... 31
الفرع الثالث–ارتكاب الجرائم..... 34
الفصل الثاني – دعوى التطليق وسلطة القاضي في الاثبات و التعويض 37
المبحث الأول – دعوى التطليق..... 37

المطلب الأول – إجراءات دعوى التطليق..... 37
الفرع الأول – في الاختصاص النّوعي والإقليمي..... 38
الفرع الثاني – في كيفيّة رفع الدّعوى..... 39
المطلب الثاني – طرق الطّعن في الأحكام القضائيّة..... 42
الفرع الأول– الطّعن بالاستئناف 43
الفرع الثاني –الطّعن بالنّقض 46
المبحث الثاني – السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات والتّعويض 47
المطلب الأول – السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الضّرر 47
الفرع الاول – السلطة المطلقة 48
الفرع الثاني – السلطة المقيّدة..... 55
المطلب الثاني – سلطة القاضي في الحكم بالتّعويض..... 66
الفرع الأول –سلطة القاضي في ظل القانون 09/05 66
الفرع الثاني – أحكام القضاء(قرارات المحكمة العليا) 69
خاتمة 72
قائمة المراجع 75
الفهـــــــرس 82