جامعة محمد خيضر _ بسكرة _
كلية الحقوق والعلوم السياسية
فسم الحقوق

أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكمّلة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصّص: أحوال شخصية

من إعداد الطالبة:
قورادش فاطمة الزهراء

تحت إشراف الأستاذة:
بوسطلة شهرزاد

الموسم الجامعي: 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا

سورة النساء الآية 130.

شـكـر وعـرفـان:

أول الذكر أشكر الله الكبير الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة

ووفقنا في انجاز هذا العمل وأمدنا بالصبر و العزيمة.

وأتشرف بتقديم أسمى عبارات الشكر والامتنان إلى أستاذتي الفاضلة

" **بوسطلة شهرزاد**" التي أيقظت في نفسي روح العمل وأحيت

إرادتي أشكرها على قوة صبرها المصحوبة بنصائحها وتوجيهاتها القيمة

التي أنارت دروب هذا البحث فهي كانت نعمة

الأساتذة الناصحة، و الأم المشجعة التي كانت دوما

سببا في رفع همتي أسأل الله أن يجزيها كل خير.

وأتقدم بشكري الخالص إلى كل الأساتذة والأستاذة

على مساعدتهم لي في كل صغيرة وكبيرة

كما أتشكر بدوري أعضاء لجنة المناقشة لما يذخرون من وقت لقراءة البحث وتقويمه.

ولا يفوتني أن أجه شكري إلى كل من المسؤولين العاملين بإدارة قسم الحقوق بجامعة محمد

خيضر ببسكرة

و يكون من الواجب العرفان بالجميل والإشادة بالمساعدات المقدمة من طرف أسرة مكتبة

كلية الحقوق

إهداء:

إلى الوالدين الكريمين إيمانا واحتسابا.

إلى سندي في هذه الحياة بصفة عامة،

وهذا البحث بصفة خاصة أهدي

عملي إلى من تعجز كلماتي عن

وصف حبي له أخي وتاج رأسي "كريم".

إلى جميع إخوتي وأخواتي.

الى كل أقاربي وأصدقائي.

شكرا لكم جميعا

فاطمة الزهراء...

قائمة المختصرات

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

م.ع: محكمة العليا.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ص: الصحفة.

ق.ا.م.ا: قانون الاجراءات المدنية و الجزائرية.

مقدمة

لقد أولى الإسلام الزواج عناية كبرى و جعله من أوثق العرى بين الناس، و المتتبع لنصوص التشريع في القران و السنة يجد أن هذا العقد ظفر بعدد كبير من النصوص

قوله تعالى:« و كيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا»[1].

وقوله أيضا **«...من آياته ن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون»**[2]

فالزواج سنة الله في خلقه، به تستمر الحياة، وبواسطته يتسنى صون الأعراض والقضاء على الفساد.

ولقد جاء قانون الأسرة موافقا لما جاءت في الشريعة حيث عرفته المادة الرابعة: (... الزواج هو عقد يتم بين الرجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصاء الزوجين والمحافظة على الأنساب)

ومن هذه المادة نستخلص أهداف الزواج السامية والمتمثلة في حفظ النوع الإنساني لذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم: **«تزوجوا الودود فاني مباه بكم أو مكاثر بكم»** وهذا ما عبرت عليه المادة بقولها: (المحافظة على الأنساب)، والهدف الثاني من الزواج هو تحقيق الأنس والراحة والطمأنينة بين الزوجين، وهي الخاصية التي تلتصق بعقد الزواج أما الخاصية الثالثة وهي تحصين النفوس.

فالزواج عماد الأسرة تلتقي الحقوق والواجبات فيه، بل هو واجب بالنسبة للقادر لان مبدأ ما كان مطلوبا الأداء الواجب كان واجبا تماما، فالزواج إذا فرضا على القادر ماديا وخاف على نفسه الوقوع في الزنى.

---

[1] سورة النساء، ال اية21

[2]سورة الروم، الاية21

فقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء، غير أن قد تتعرض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال، أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر شقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للائتلاف والوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما ونقمة، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها.

فالطلاق شرعا هو رفع قيد النكاح بلفظ مشتق من مادة الطلاق، و إذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله، كما انه مبغوض و مكروه لقول النبي صلى الله عليه و سلم:« ان أبغض الحلال عند الله الطلاق» و قوله أيضا:« تزوجوا و لا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه العرش».

و ما هو متداول عندنا أن الطلاق يكون من الزوج و هو حق من حقوقه، متى وجدت هناك استحالة في الاستمرار في الحياة الزوجية، و قد خول له الشرع ذلك الحق لأن الرجل يغلب عليه تحكيم العقل في المواقف الصعبة، و التصبر للعواقب، إضافة إلى ذلك وجود رادع تبعات الطلاق و آثارها من نفقة و إثبات نسب الأولاد إليه ، فهل راعى أيضا جانب الزوجة و شعورها، إن هي كرهت زوجها, ولا تطيق المقام معه لخلقه أو خلق؟

الإجابة على السؤال بنعم ، هذا لأن الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، أباحا للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها لكن لا يكون لها ذلك إلا عن طريق القضاء.

فهناك حالتين تبيح للمرأة حق الرفع للقاضي لطلب التفريق القضائي بينها و بين زوجها أولهما، هي في حالة ما إن كان كرهها لزوجها لغير سبب هنا يخلعها القاضي على مبلغ تدفعه للزوج، في مقابل ما أعطالها من مهر، حيث هنا تقوم بافتداء نفسها في مقالب مال تدفعه له لطلب التفريق عن طريق الخلع.

و الحالة الثانية و التي هي موضوع دراستنا إذا جلبت لها العلاقة الزوجة أضرارا، و ذلك بسبب إخلال الزوج عن واجباته اتجاهها، و على هذا فقد فتح لها طريق لفتح الرابطة

الزوجية، و فتح أمامها الباب للتخلص من عشرة زوجها، و ذلك باللجوء إلى القضاء لطلب التطليق.

على ضوء ما تقدم يمكن القول إن الإشكال الرئيسي الذي نحاول معالجته ودراسته من خلال هذه الأطروحة يتمحور حول:
هل إشكالات إثبات التطليق ناتجة عن أسباب التطليق المذكورة في المادة 53 ق.أ.ج. أم عن سوء تقدير القاضي للضرر؟

هذه الإشكالية الرئيسية تنبطق عنها مجموعة من التساؤلات الفرعية التي تتمثل فيما يلي:

– ما مدى تأثير المشرع على المشرع الجزائري في ذكره لأسباب التطليق؟ هل اتبع أحد المذاهب الفقهية؟

–إذا كان التطليق يجبر خاطر المرأة المتضررة ويحمي حقوقها فلماذا تلتجأ غالبية الزوجات المتضررات للخلع؟

–هل حق حل الرابطة الزوجية, الممنوح للزوجة حق يساوي فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وحدها؟

–فيما تتمثل إشكالات إثبات الضرر؟

–ما مدى توفيق المشرع الجزائري في ضياغته لمادة التطليق؟ و هل تأثر بما جاء به الفقه؟

أسبـاب اختيـار البحث

ما دفعني لاختيار هذا الموضوع و البحث فيه مجموعة من الأسباب و الدوافع، التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

رغبتي للبحث في موضوع التطليق عموما، و في أسباب التطليق على وجه التحديد.

ما يكتسبه هذا الموضوع من أهمية على الصعيدين النظري و العملي، من خلال ما يطرحه من صعوبات و إشكاليات، نحاول طرحها و مناقشتها و إيجاد حلول لها، مما يجعلها منطلقا لأبحاث أخرى في الميدان القانوني.

كثرة وقوع حالات الإضرار بالزوجة من طرف زوجها، لكي تنتهي في الأخير بعدم استيفاء الزوجة حقوقها نتيجة للإشكالات التي تواجهها.

الواقع الاجتماعي المعيشي الناتج عن سوء فهم أحكام و روح قانون الأسرة بخصوص الحياة الزوجية، و كيفية الحفاظ على هذه الرابطة المقدسة و استمرارها و إنهائها عند الضرورة.

الرغبة في إبراز نظرة الفقه و التشريع، و كذا تحليل النصوص القانونية التي تتناول هذا الموضوع, و كذا إبراز دور الاجتهادات القضائية في مادة التطليق.

انتشار ظاهرة التطليق في المحاكم الجزائرية.

أهميـة الموضـــوع

من خلال ما سبق يمكن القول إن دراسة موضوع أسباب التطليق و استخراج إشكالات إثبات الضرر، تنصرف إلى البحث في مسألة على درجة كبيرة من الأهمية، سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية.

من الناحية النظرية: تظهر أهمية الموضوع من خلال إبراز الجدل الفقهي و اختلاف الاتجاهات، في إيجاد حلول لإشكالية المطروحة بصدد هذا الموضوع، و كذا معرفة نظرة الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع.

إن موضوع التطليق و إشكالات إثبات الضرر من المواضيع الهامة على الساحة القانونية، التي تحتاج إلى مزيد من البحث و التدقيق على ضوء التشريع الجزائري .

أما الأهمية العملية لهذا الموضوع تتجلى: في أن هذه الدراسة ترسم الحدود الصحيحة للزوجة لكي تحسن لالتجاء إلى هذه الأسباب بحيث تقبل دعواها لاحقا .

معرفة نقائص التي تعتري تنظيم المشرع الجزائري لأحكام التطليق، و بالتالي القضاء على إشكالات إثبات التي تواجهها الزوجة الطالبة بالتطليق.

أهـــداف البحث

انه و لما كان لكل باحث أكاديمي هدف أو أهدافا، يسعى الوصول إليها من خلال عمله فانه و من خلال إحاطتي بموضوع أسباب التطليق و إشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري، أصبوا إلى تحقيق أهداف عديدة أذكر منها:

- بيان الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق.

- دراسة و تحليل كل سبب من أسباب التطليق المذكورة في قانون الأسرة الجزائري على حدا.

- معرفة أراء المذاهب الفقهية الأربعة حول كل سبب من أسباب التطليق.

-تسليط الضوء على إشكالات إثبات الضرر.

-بيان النقائص التي تعتري المشرع الجزائري في أحكام التطليق.

- توضيح و مساعدة الزوجات المتضررات إثبات ضررها و ذلك ببيان الإشكالات .

-إثراء المكتبة القانونية بهذه المذكرة و سد النقص المتعلق بقلة هذه الدراسات الأكادمية.

الدراســـات الســـابقة

تتمثل الدراسات السابقة المتناولة في هذا الموضوع فيما يلي:

أولا: مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، بعنوان: التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا، من تأليف عزيرية يوسف، سنة 2004.

ثانيا: مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون بعنوان: الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، من تأليف حفيظة فضلة، سنة 1012.

ثالثا: مذكرة لنيل شهادة الماجيستار في القانون، تحت عنوان: التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا، من تأليف اليزيد عيسات بلمامي، فرع عقود و مسؤولية بكلية حقوق بن عكنون، سنة 2003.

التعليق على الدراسات السابقة

من خلال اطلاعنا على هذه الدراسات تبين لنا أنها مست بعض جوانب الموضوع أو زوايا منه فقط، إذ أنه وجدت دراسات كثيرة في موضوع التفريق القضائي بطلب من الزوجة أو التطليق، غير أنه فيما يخص عن إشكالات إثبات الضرر فلم أصادف قط دراسة تتحدث عنه، إلا بالذكر انه بالفعل هناك إشكالات في الإثبات دون الخوض في الإشكال.

و تميزت الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة أنها مست جانب يتمثل في محاولة استنتاج إشكالات إثبات الضرر من خلال التحليل و النقد.

صعوبـات البـحث

من الطبيعي أن يصادف كل باحث صعوبات خلال انجاز مذكرته و التي تختلف من دراسة لأخرى و من باحث لأخر، و ما يمكن تسجيله من عقبات اعترضت سبيل بحثي:

بالرغم من توافر المادة العلمية فيما يتعلق بهذا الموضوع، أو على الأقل الفصل الأول إلا أنه من الصعب انتقاء المعلومة الدقيقة و المركزة و التي توضع في المكان المناسب.
بما أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر قانون الأسرة الجزائري، و كانت المعتمد في هذا البحث و بما أن أراء الفقهاء متشعبة فيما يخص هذا الموضوع، فقد و جدت صعوبة في اختيار الرأي الراجح بين فقهاء المذاهب الأربعة نظرا لوجود عدة آراء في مسألة واحدة.

عدم توافر مراجع تتحدث عن إشكالات إثبات الضرر، لذلك استخلصتها من تحليل القرارات القضائية و المواد القانونية و هذه كانت أول مرة لي لذلك كانت في البداية صعبة. نظرا لعدم معرفة الإرادة التشريعية و ما يقصده المشرع الجزائري من ورراء السطور، في قانون الأسرة ، فمن الصعب تحليل المواد القانونية المتعلقة بقانون الأسرة، لأن شراح هذا القانون كل يفسر حسب فهمه و وجهة نظره.

منهجيـــة البـــــحث

إن الدراسة التي إعتمدتها لمعالجة هذا الموضوع هي دراسة نظرية وتطبيقية في آن واحد بحيث أنّي تطرقت إلى دراسة كل عنصر من عناصر الموضوع من الناحية القانونية النظرية وفي حالة ما إذا كان فيه اختلاف أتعرض إليه وذلك بالتطرق إلى موقف وآراء الباحثين وكذا موقف فقهاء الشريعة ثم بعد ذلك أعالجه من الناحية القضائية أي موقف المحكمة العليا بالنسبة إليه وذلك بتدعيمه بقرارات وأحكام قضائية إن وجدت

من خلال ما سبق يمكن القول إن طبيعة البحث في هذا الموضوع تقتضي استخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى وطبيعة الدراسة، يمكن تحديدها فيما يلي:

المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال استقراء النصوص القانونية، وما جاء في قرارات المحكمة العليا والكتب القانونية والمجلات القضائية وكتب الاجتهاد القضائي المتعلقة بالتطليق.

المنهج التحليلي: يتضح من خلال تحليل النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا المتعلقة بموضوع البحث ومعرفة مضمونها ومحتوياتها بهدف الحصول على ما قصده المشرع من وراء النص.

خطة البحث

هذا وللإجابة على الإشكالية المحورية لهذا البحث، مع ما ينبثق عنها من تساؤلات فرعية قمنا بتقسيم المذكرة إلى مقدمة وإلى فصلين، وكل فصل قسمناه إلى ثلاثة مباحث.

إذ خصصنا الفصل الأول لدراسة أسباب التطليق بشكل مفصل و جاء فيه ثلاث مباحث، فالمبحث الأول تحت عنوان الأسباب المادية و المبحث الثاني يتناول الأسباب المعنوية أما المبحث الثالث فخصصناه للضرر المعتبر قانونا.

وفي الفصل الثاني والأخير فقد درسنا فيه معوقات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري حيث تم تقسيمه هو الأخر إلى ثلاث مباحث، فالمبحث الأول يتناول وسائل الإثبات أما المبحث الثاني درسنا في السلطة التقديري للقاضي في التثبت من وقوع الضرر بينما المبحث الثالث عرضنا فيه إشكالات إثبات الضرر.

الفصل الأول: حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق

المبحث الأول :حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق

المبحث الثاني : حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق

المبحث الثالث : كل ضرر معتبر شرعا

الفصل الأول: حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق.

Les cas de dommage permettant à l'épouse de demandé le Divorce

فإذا كانت حكمة الشريعة، قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، أو بما اصطلح تسميته (التطليق) وبناءا على هذ الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها غير أنه متوقف على عدة شروط:

1- أنه لا بد أن يتم في المحكمة أمام القاضي.

2-أنه لابد من طلب الزوجة ذلك.

3-أنه لا يستعمل إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين وتوفرت الشروط المنصوص عليها في القانون في المواد 8, 37 , 53 , 54 ق.أ.ج. ويسمى الطلاق في هذه الأحوال بالتطليق، لأنه يتم بحكم القاضي رغم معارضة الزوج طالما أن الزوجة متضررة من العشرة معه وحقوقها مهضومة، فان كانت الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري غير متوفرة فان دعوى التطليق ترفض لعدم تأسيسها، إذ أن أسباب طلب الزوجة التطليق أوردها المشرع في المادة 53 فقد نصت المادة على ما يلي:

- يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1-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.

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين.

9-مخالفة الشروط المتفق عليها فيعقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا[1].

سوف نحاول من خلال هذه المادة معرفة حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق، وسندرس كل حالة بالتفصيل مع ذكر الآراء الفقهية، الدين يختلفون كبيرا في الحالات التي تبرر للجوء إلى القاضي وفي مدى صلاحيته، وهذه الآراء المختلفة موجودة أيضا بين فقها المذهب الواحد، مما جعل الأمر في غاية التعقيد، وسنقتصر في معالجتنا هذا الموضوع على تلخيص الآراء في المذاهب السنية الأربعة.

حيث نخصص **المبحث الأول** لدراسة حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق، وفي المبحث **الثاني** نتطرق إلى حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق، وأخيرا نعرج في **المبحث الثالث** إلى الحالة الأخيرة المتمثلة في كل ضرر معتبر شرعا.

[1] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09جوان1984 – يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 09/05 في 2005/02/27.

المبحث الأول: حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق les cause de divorce matérielle permettant à l'épouse a demandé le divorce

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة ضرر ماديا في بعض الحالات من الحياة الزوجية، فتصبح حياتها مستحيلة، حيث تتفكك تلك الرابطة المقدسة التي تربطها بزوجها، والتي سماها الله عز وجل في كتابه العزيز بالميثاق الغليظ، فتمحي سمات الألفة والمودة والرحمة بينهما مما يؤدي إلى طلبها التطليق بهدف رفع الضرر الواقع من طرف القاضي، وهذا الأخير يحكم لها بذلك متى توافرت الأسباب التي تجيز لها ذلك وأثبتت بأي وسيلة من وسائل الإثبات الضرر الواقع عليها[1].

ومن هنا يتسنى لنا معرفة حالات الضرر المادي التي قد تعاني منها الزوجة والتي تخول لها الحق في طلب التطليق قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين **فالمطلب الأول** يتناول التفريق القضائي بسبب الإهمال، أما **المطلب الثاني** يتناول التفريق القضائي بسبب مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: التفريق التفريق بسبب الإهمال divorce pour cause de négligence

إن الزواج كغيره من العقود يرتب التزامات متبادلة بين الزوجين، فقد يحدث وأن يخل أحد أطراف هذا الزواج بالتزاماته فإذا كانت الزوجة هي التي تخلت عل هذه الالتزامات، فقد أمكن للزوج بأن يطلقها، في المقابل فهل إذا أخل الزوج بهذه الالتزامات يمكن للزوجة هي الأخرى أن تطلب التطليق؟

للإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق إلى الفروع الثلاثة التالية، **الفرع الأول** خصص للتطليق لعدم الإنفاق، أما **الفرع الثاني** فقد خصص للتطليق للهجر في المضجع، وفي الأخير **الفرع الثالث** خصص للغيبة لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة.

---

[1] حفيظة فضلة، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة –** (مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، شعبة الخاص، تخصص شؤون الأسرة، سنة 2012)، ص29

الفرع الأول التفريق لعدم الإنفاق divorce pour défaut d'entretien

أ. في قانون الأسرة الجزائري

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد أعطى للنفقة نصيبا معتبرا من الاهتمام، ويظهر جليا من خلال عدة مواد، حيث تحدث عن النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني من تقنين الأسرة في المادة 74 إلى غاية المادة 80 ق أ ج، حيث تحدث عن وجوبها، ومشتملاتها وكذا تقديرها واستحقاقها[1].

فالنفقة واجبة على الزوج للزوجة بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشزا، ولا يجوز أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول[2].

أما فيما يتعلق بعدم الإنفاق، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 في فقرتها الأولى على ما يلي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

عند تحليل هذه المادة يمكن لنا استخلاص الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للزوجة مطالبة بالتطليق تأسيسا على هده الحالة:

- **الشرط الأول: امتناع الزوج عن النفقة الشرعية قصدا أو عمدا**، وبهذا إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه لها قانونا وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق[3].
- **الشرط الثاني: ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره**، فان كان العسر فلا يطلق عليه القاضي للعسر لان العسر بيد الله الذي قال في محكم تنزيله: «**يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ**»[4]

---

[1] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 33

[2] بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، (دار الخلدونية، الطبعة الأولى ،2008)، ص 189

[3] باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون على قضاء في الجزائر**، ص 32

[4] سورة الاسراء، الأية 30

وقال في أية أخرى: «**وإن ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**»[1] فالزوج هنا ليس ظالما حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه عن زوجته[2].

- **الشرط الثالث : ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج**، باعتبار أن النفقة حقها، و علمها بإعساره رضاء منها بحاله، و رضاء بالعشرة معه على هذا الحال[3] فان كانت عالمة فإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس لأنه كان معسرا و تعلم به فانه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها[4]، و على هذا يقول المالكية إن الزوجة إذا علمت بفقر زوجها عند عقد النكاح، فليس لها طلب التفريق، إلا إذا كان الزوج مشهورا بالعطاء و القطع، و كذلك إذا علمت عند العقد أنه من الذين يسألون الناس، ويطوفون عليهم في بيوتهم يستعطفونهم و يسألونهم الصدقة، فليس لها طلب التطليق لعدم الإنفاق، إلا إذا ترك زوجها الاستجداء و الطواف على أبواب الناس، فلها طلب التطليق بعد هذا الترك لعد الإنفاق[5].

وتبقى مسألة إثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما[6].

- **الشرط الرابع: هو أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها**، وذلك بحسب مدخولاتها وموارد رزقه لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم النفاق عليه إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه، عملا بالمادة 79 ق أ ج حيث أوجب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش، ومعنى ذلك أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا وفر الزوج أذني الضروريات من غداء وكسوة وعلاج ومسكن وغيرهما.

---

[1] سورة البقرة، الأية 280

[2] فضيل سعد، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، (دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، سنة 2009) ، ص 272

[3] أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**،(دار الكتب القانونية، دردشات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009) ، ص 112

[4] باديس ذيابي ، المرجع السابق، ص 32.

[5] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص112 و ما يليها

[6] باديس ذيابي ، المرجع السابق، ص 32

وقد قررت المحكمة العليا بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه الملكي ابن عاصم[1].

هذا ولا يجوز لها رفع دعوى التطليق إلا إذا رفعت دعوى النفقة، واكتسب الحكم الصيغة النهائية وقوة الشيء المقضي به، وبعد أن يتم إخطار زوجها عن طريق المحضر القضائي، هذا وقد أجاز المشرع الجزائري نظرا لطول إجراءات التقاضي استعمال القضاء الإستعجالي لطلب استصدار أمر بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني، كما نصت على ذلك المادة 57 مكرر من الأمر 02/05[2]

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المواد 78، 80 من هذا القانون بأن يراعي في تقديرهما حال الزوجين وأن يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بها أن تثبت لديه ما يدعو لذلك وإلا فتقديرهما يكون ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها[3].

ب. في الفقه الإسلامي

- وبهذا يقول **مذهب جمهور الفقهاء** مالك وأحمد والشافعي على أن نفقة على الزوجة واجبة وهي حق لها، ولا يجوز للزوج الامتناع عن الإنفاق لأنه أثر من أثار عقد الزواج، فإذا امتنع الزوج عن أداء واجبه حق للزوجة طلب التطليق، وعلى القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة إذا ثبت لها ذلك[4] واستدل الجمهور بما يأتي:

1. قول الله تعالى: «**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**»[5]. **وبقوله تعالى: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا**»[6]، وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكا بمعروف وفيه ضررا لها. فتعيين التسريح، فان أبى ناب القاضي منابه وفرق بينهما.

2. حديث الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» وأي إضرار بالمرأة أكثر من ترك الإنفاق عليها ويجب على القاضي أن يزيل هدا الضرر.

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ص 280

[2] سليمان ولد خسال، **المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري–و الأمر المعجل له– (شركة** الأصالة للنشر و التوزيع، الجزائر العاصمة,الطبعة الثانية، 2012) ، ص156

[3] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 272

[4] العربي بغتي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و أحكام الأسرة**،(ديوان المطبوعات الجامعية, 2013) ، ص 101

[5] سورة البقر ، الأية229

[6] سورة البقرة،الأية231

3. وقد حدث عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المبيد كان يقول: (إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما. قال مالك: وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا). واعتبر فقهاء المالكية أن الفرقة بسبب النفقة طلاق رجعي لأنه تفريق بسبب الامتناع عن القيام بالواجب، فإذا ثبت غنى الزوج، واستعد لإنفاق فله أن يراجع زوجته في أثناء العدة.

- **مذهب الحنفية والظاهرية** ويقول بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها حتى لو أعلنت عدم رضاها به، وتمردت على الوضع القائم، وطلبت من القاضي الخلاص من الزوجية صارت عبئا، ومن قيد ضار، فليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعها عنها حتى لو لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه. فالمرأة هنا تملك وسيلة للحصول على نفقتها، ولا تسعفها أحكام المذهب على الانفصال[1] وأدلتهم:

1. يقول تعالى :« **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**»[2] يقول أصحاب هذا الرأي أن الآية تفيد وجوب الإنفاق على الزوج المعسر وعلى غيره الذي لا يساويه في اليسار واقتصرت الآية في مقام البيان على هذين، والاقتصار في مقام البيان–كما يقول علماء الأصول–يفيد الحصر، فدل ذلك على أن الرجل إذا أعسر فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تجب عليه، وترك مالا يجب لا إثم فيه، خاصة وأن الإعسار لا دخل فيه للرجل فلا إضرار منه وبالتالي لا يجب التفريق[3].

2. إن المعسرين من الصحابة كثر، فلم يعلم أن المرأة طلبت الفسخ، أو الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة ومنعها عن ذلك.

ولكن اعترض عل هذا الاستدلال بأن نساء الصحابة كرجالهم يصبرن، على ضنك العيش وتعسره، كما قال مالك: إن نساء الصحابة كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى، فلم يكن مرادهم الدنيا فلم يكن يبالين بعسر أزواجهن وأما نساء اليوم، فإنما يتزوجن رجال الدنيا من الأزواج، والنفقة والكسوة

---

[1] محمد كمال الدين أمام، المرجع السابق، ص 79.

[2] سورة الطلاق، الأية 7

[3] المرجع نفسه ، ص 79 وما يليها .

3. قالوا: وإذا كان الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلما، فان الوسيلة في رفع هذا الظلم هي بيع ماله لإنفاق منه، أو حبسه حتى ينفق عليها ولا يتعين التفريق لدفع هذا الظلم مادام هناك وسائل أخرى، وإذا كان كذلك فالقاضي لا يفرق بهذا السبب لان التفريق أبغض الحلال إلى الله من الزوج صاحب الحق، فكيف يلجأ القاضي إليه مع أنه غير متعين، وليس هو سبيل الوحيد لرفع الظلم، هذا إذا كان قادرا على الإنفاق، فان كان معسرا فانه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها[1].

- **مذهب ابن قيم الجوزية: ذهب إلى جواز التفريق للإعسار في حالتين فقط[2]**

أولهما: إذا كان الزوج قادرا على الإنفاق على زوجته ولم ينفق، ولم تقدر الزوجة أن تأخذ نفقتها منه كان لها طلب الفسخ.

ثانيهما: أنه لو غر الزوج بزوجته حين العقد، وقال لها أنه غني ثم تبين لها أنه فقير، فلها في هده الحالة طلب الفسخ أيضا[3].

وبعد النظر في أدلة المذاهب الثلاثة يظهر لنا رجحان قول الجمهور بتخيير المرأة التي أعسر زوجها بالنفقة بين الصبر عليه، وبين فراقه لقوة أدلته، ولأن فيه إنصافا للمرأة ورفعا للظلم عنها، وأما قول الحنفية بأن دفع الظلم لا يتعين بالتفريق فيجاب عنهم بأنه قد يتعين عند عدم البديل[4].

ولقد أخد المشرع الجزائري بالرأي الراجح أي برأي الأئمة الثلاثة –الجمهور–في التفريق لعد الإنفاق (المادة 1/53 ق.أ)[5].

وهذا الطلاق يقع فسخا عند الشافعية والحنابلة ورجعيا عند المالكية[6]وهو الرأي الذي يطابق موقف المشرع الجزائري، الذي اعتبر التفريق بحكم القاضي في هذه الحالة طلقة حيث نص في

---

[1] ناجي بلقاسم علالي، **الطلاق في المجتمع الجزائري، (دار** الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013)، ص 101

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 155

[3] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 32

[4] محمد عقلة ابراهيم، **الزواج والفرقة في الفقه الإسلامي،** (دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014)، ص 256

[5] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية، ص** 276

[6] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 157

المادة 48 ق.أ.ج علي:(الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون).

واستنادا إلى النص السابق فان الطلاق لعدم الإنفاق يحتسب في عداد الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج، وترتب أثارها حسب حصولها في الترتيب التسلسلي، فان كانت الأولى كانت رجعية وإن كانت الثانية من نوعها كانت بائنة بينونة صغرى، وإن كانت ثالثة ترفع الحلية[1].

غير أنه يعاب على هذه الفقرة عدة وسوف نتطرق إلى هذه العيوب لاحقا.

وعلى هذا فان إذا امتنع الزوج عن الإنفاق، كان الحق للزوجة أن تطلب التطليق وعلى القاضي أن يمنحها ذلك بشرط أن يكون لها حكم يطلب فيه الزوج بالإنفاق، وامتنع هذا الأخير عن ذلك.

الفرع ثاني: التفريق للهجر في المضجع divorce a la suite de délaissement

انه واجب عل الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها وبمجامعتها لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له، وقال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته وأذني ذلك مرة في كل طهر وإلا فهو عاص الله تعالى كما حدث بذلك الإمام ابن حزم وبرهانه[2] في ذلك قوله تعالى: «***فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله***»[3].

ولكن ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر منصوص عليهما في القرآن الكريم:

الأول: *جاء بغرض التأديب:* «***واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا***»[4]، *وهذا النوع من الهجر غير محدد المدة.*

الثاني: جاء بغرض الايلاء، وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر، والمشار إليه في[5] قوله تعالى: «للذين

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 274 وما يليها

[2] باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون وقضاء في الجزائر**، ص40

[3] سورة البقرة، الأية222

[4] سورة البقرة الآية 224

[5] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص197

يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم»[1].

و نعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة 53 تقصد الايلاء، أي الهجر المصحوب بالقسم و الذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، و على هذا يقصد بالهجر في المضجع refus de partager la couche –كنوع من أنواع التأديب–هو هجر الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة النوم الزوجية، و ذلك بالأعراض عنها، و عدم قربانها، في حدود الشرع[2] لقوله سبحانه: «**وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**»[3]. ولقد نص المشرع الجزائري، انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة 3/53 ق.أ.ج، بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاثة شروط[4]:

1–ويتمثل العنصر المادي والسلوك اللاشرعي، المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول[5]، ذلك بهجر الزوج لزوجته مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانه[6] بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضررا فاحشا بالزوجة، وهو أمرا ينزل على الكثير من النساء كالصاعقة، خاصة اللواتي لا يقدرن على مفارقة أزواجهم لمدة طويلة[7].

2–أن يكون هذا الهجر عمديا، ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية، وهو ما يسمى بالهجر الغير مشروع الذي يتجاوز حدود الحق[8].

---

[1] سورة النساء، الآية 34

[2] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية**، ص

[3] سورة المزمل ، الأية 10.

[4] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية**، ص 288 وما يليها

[5] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص 111

[6] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 71

[7] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص 111

[8] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص289

3- و يتمثل في العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية متواصلة غير متقطعة، ولا يقع بين الشهر و الأخر أي اتصال بين الزوجين وبعد مضي مدة الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في، رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة من القضاء الحكم لها بالتطليق، و ذلك ما يتضح جليا وصراحة من خلال المادة 53 الفقرة 3 بقولها:(الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر)، معنى ذلك يجب على الزوجة إثبات ذلك بكل طرق الإثبات، و في حالة مرور شهرين مثلا و حدث اتصالا بينهما، ثم عاد الزوج إلى الهجر هنا في هده الحالة لاحق لها في رفع دعوى التطليق لهذا السبب إلا ببلوغ المدة المحددة أربعة أشهر، لأن المدة التي يتأكد خلالها و بعدها تضرر الزوجة و نفاد صبرها عند فقدان إحدى أقدس حقوقها الزوجية الأساسية و الجوهرية و هي حق التمتع الجنسي، و للولد و حفظ النسل بالذرية، وذلك هو المقصود من الزواج[1].

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني، كوجود الزوج في المستشفي، أو في الخدمة العسكرية، أو في مكان أخر من أجل القيام بوظيفته أم كان الهجر تعبيرا عن غضب الزوج عن سلوك زوجته الطائش، وكذا إذا كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر، ولو بيوم واحد، أو كان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هده الحالات، لأن الهجر شرعي ولأسباب معقولة[2].

وهذا ما ذهب إليه فقهاء الإسلام، فقالوا إن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته وأذني ذلك مرة في كل طهر وإلا فهو عاصي الله تعالى كما حدث بذلك ايمام ابن حزم وبرهانه في ذلك قوله تعالى: «**فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ**» ايمام **ابن حزم** بوجوب الرجل معاشرة زوجته إذا لم يكن له عذر[3].

قال فقهاء الحنفية: إذا كان الرجل متزوجا بامرأة واحدة ولم يبت عندها لاشتغالته بالعبادة بجواريه كان له الحق في طلب المبيت عندها، ولا تقدر ذلك بمدة معينة في الأسبوع على

[1] اليزيد عيسات بلماميي، المرجع السابق، ص 111

[2] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة-الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية**، ص 289

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص40

الراجح بل القاضي يأمر بأن يبيت عندها ويصحبها من وقت لأخر لكيلا تشعر بغيبة طويلة عنها وقدر لها بعضهم كل 4 أيام ليلة، ولكنهم قالوا: إن هذا ضعيف والمعتمد الأول.

الفقهاء الشافعية: اعتبروا معاشرة الرجل لزوج ليس من قبل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به، وقال أحمد ابن الحنبل أنه مقدر بأربعة أشهر لأن الله قدره في حق المولى بهذه المدة، فكذلك في حق غيره[1].

لذلك فمن خلال عرض الآراء الفقهية في هذه المسألة فإننا نرجح رأي الإمام أحمد من فقهاء الحنابلة نظرا لقوة الأدلة والحجج التي جاء بها.

وبناء عليه فإذا الزوجة رفعت دعوى تطليق بسبب الهجر، فان على القاضي ألا يستجيب لدعواها إلا بعد أن يتأكد من صحة وجود الهجر بغير سبب شرعي مقبول، تجاوزه مداه المحدد[2].

الفرع الثالث: التفريق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

تعد الغيبة حالة من حالات الضرر المادي التي تصاب بها الزوجة، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ولا يترك لها مالا تنفق منه ولا مصدر قوت تعيش منه تعد الغيبة حالة من حالات الضرر المادي التي تصاب بها الزوجة، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ولا يترك لها مالا تنفق منه ولا مصدر قوت تعيش منه فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة.

وغياب الزوج عن زوجته، إما أن يكون الهدف منه سليما كسفره من أجل طلب العلم أو التجارة، إما العمل وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة وذلك ببعده عنها وتركها دون معيل[3]، وعلى هذه الحالة الأخيرة أجاز المشرع للزوجة التطليق في حالة غياب الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

لقد نصت المادة 53 في فقرتها الخامسة من ق.أ.ج على أنه: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة).

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص40

[2] العربي بغتي، المرجع السابق، ص 107

[3] حفيظة فظلة، المرجع السابق، ص 40

من خلال تحليل هذه الفقرة، نجد أن المشرع الجزائري نص على جملة من الشروط ليتحقق ضرر الغيبة[1]:

1. **أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل:** يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولكن القانون لم يحدد ذلك فيصح اعتماد الميلادية طالما أن العمل يجري بها يوميا وهي عادة تقييم الزمني، وهذا موقف مالك الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاث سنوات.
2. **يجب أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول:** إن الغيبة التي تعد سببا لطلب التطليق، هي تلك الغيبة التي تكون بغير عذر مقبول، ولذلك إن غاب الزوج عن زوجته لمجلة أكثر من سنة، لأجل طلب العلم أو العمل لا يجوز لها في هذه الحالة أن تطلب التطليق للغيبة، لأن الغياب عنها كان بعذر فعلى المرأة أن تتحمل قسط من أعباء تلك الحياة، مادام يعود ذلك كله بالفائدة على الأسرة، وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجب أن تكون الغيبة بعذر أم لا؟ فيرى الحنابلة أنه يجب أن تكون الغيبة بغير عذر، في حين يرى المالكية أن المرأة تتضرر جراء الغيبة لذاتها سواء كانت بعذر أو بغير عذر، فالضرر واقع عليها[2].
3. **أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه:** وهذه الحالة تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي ويتأكد منها بجميع الطرق.

ويلاحظ أن تقدير العذر متروك لقاضى الدعوى، لذلك نجد القاضي يأخذ بالغيبة فيقيس عليها التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج، واعتبر ذلك هجرا، لأن استطالته تنال من الزوجة، وتصيبها بأبلغ الضرر، ومن شأنها أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل، ولا هي مطلقة، واستطالة المدة أمر متروك لقاضي الدعوى، متى رفعت الدعوى أمامه بعد سنة من الزواج[3].

والغائب الذي يقصده المشرع الجزائري هنا، هو الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ.ج بقوله: (الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير...).

---

[1] المرجع نفسه، ص 40 وما يليها

[2] عمر زودة، **طبيعة أحكام انهاء الرابطة الزوجية وإثر الطعن فيها**،(ben aknounealge، enyclopedia edition) ص 52

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 117

فتكون المادة 110 ق.أ.ج قد حددت مفهوم الغائب والمادة 112 و5/53 ق.أ.ج، قد خولتها الحق للزوجة في طلب التطليق للغياب من جراء الضرر الذي لحقها، إذا توفرت الشروط القانونية للغياب، أما إذا كان الغائب في مكان معروف، وأمكن الاتصال به ووصول الرسائل إليه، ضرب له القاضي أجلا أو أعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقض الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من استمرارها على طلب الفراق، ثم يحكم بينهما بتطليقة بائنة[1].

وعليه فإذا طلبت التطليق لضرر الغياب فان كان الزوج في مكان مجهول، يتعذر على القاضي إبلاغه فيه، فان على القاضي الاستجابة لدعوى الزوجة، ويحكم لعدم الفائدة من التأجيل.

فيما يخص الفقه فقد تقرر أن النفقة واجبة على الزوج فان امتنع عن الإنفاق ولم يؤذي ما وجب عليه فإما أن يكون موسرا وما أن يكون معسرا فان كان موسرا فللزوجة أخذ النفقة من ماله ولو كان دينا على أخر أو وديعة أو ودعها غيره بما يتيسر له من طريق سواء كان حاضرا أو غائبا بأذنه أو بغير أذنه.

وأما إن كان معسرا وطلبت التطليق اختلف الفقهاء في ذلك:

فالحنفية والشافعية: لا يرونها سببا للتفريق وإن طالت لانعدام ما يصلح أن يكون سببا لذلك[2]، ويرى القائلون بهذا الرأي ألا يفرق بين الغائب أو المفقود وزوجته إلا إذا حكم بموته، وإنما يحكم بموته عندهم بموت أقرانه[3]، ففي نظرهم حق التطليق من القاضي لغياب زوجها يسقط، ولا يصح أن يخذ سببا للتفريق بينها وبين زوجها، وحجتهم عدم القيام الدليل الشرعي، يثبت وجود هذا الحق، والأصل إذن بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التفريق[4]، واستدلوا بقولهم بما يلي:

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائر، مقدمة-الخطبة-الطلاق-الميراث-الوصية**، ص 299

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 142

[3] أحمد محمد المومنيي، إسماعيل أمين نهاضة، **الأحوال الشخصية الفقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، (دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009)، ص 111.

[4] اليزيد عيسات بلماميي، المرجع السابق، ص128 وما يليها

1. بما روي عن المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان، وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالغائب عنها زوجها أولى بالانتظار حتى يرجع.
2. بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فالتصبر حتى يأتيها موتا أو طلاق.
3. ولأن المفقود لا يورث ماله حتى يغلب على الظن موته، ولذلك لا يفرق بينه وبين زوجته حتى يغلب على الظن وفاته.

وذهب المالكية **والحنابلة:** إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة والتضرر بها، وإن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة يجعلها كالمعلقة، فلا هي زوجة تتمتع بالحقوق الزوجية ولا هي مطلقة تجد في كنف زوج أخر السعادة، والهناء وأيضا تصبح محافظتها على العفة والفضيلة أمرا لا تحتمله الطبيعة البشرية، وهذا ضرر بالغ يجب العمل على إزالته، ولأن ذلك يفوت الإمساك بمعروف، فيجب التسريح بإحسان[1] واستدلوا:

1. قوله تعالى: «**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**»[2]. وبقوله تعالى: «**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا**»[3].

فخير الأزواج بين أمرين: الإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة، فهذا إضرار بها وقد يعرضها للفتنة، وقد نهى الله عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار.

2. ولأنه إذا أجاز فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة فانه يجوز التفريق بسبب الغيبة من باب أولى.
3. ولما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «**أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل**»[4].

نلاحظ مما تقدم أن الحنابلة و المالكية أجازوا التطليق لغياب الزوج لمدة طويلة، و بذلك أخذت معظم قوانين البلاد العربية، و منها ق.أ.ج حيث أجاز المشرع الجزائري للزوجة التي

---

[1] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 142

[2] سورة البقرة، الأية 229

[3] سورة البقرة، الأية231

[4] أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 111

يغيب عنها زوجها لمدة سنة، أن تطلب التطليق و تسمع المحكمة دعواها و تجيبها إلى طلبها حيث تنص المادة 53 في الفقرة الخامسة:(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة)[1]، و هاته الفقرة كباقي الفقرات لا تخلوا من العيوب التي تمكنا من تداركها و التي أغفل عنها المشرع الجزائري ليس عمدا و إنما سهوا حيث سوف نقوم بذكرها في الفصل الثاني.

المطلب الثاني: مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري la violation des dispositions dans le code algérien

إن الزواج كغيره من العقود يخلف التزامات، حيث وجب على الزوج احترام هذا العقد و احترام القانون, أما في حالة مخالفة الزوج لأحكام القانون، فسوف يتسنى للزوجة بالمواجهة و بالتالي الحفاظ على حقوقها و ذلك بمطالبتها بالتطليق في حالة توفر شروطه، و لدراسة هذه الحالة يجب دراسة سببين من أسباب التطليق الذي نص عليهما المشرع الجزائري، فلهذا قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين **فالمطلب الأول:** جاء تحت عنوان التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق.أ.ج. أما **المطلب الثاني:** فجاء تحت عنونا مخالفة الشروط المتفق عليها فيعقد الزواج .

الفرع الأول: التفريق لمخافة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

أجازت المادة 53 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 8 من ق.أ.ج :(يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل)[2].

فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة، فإذا تزوج أكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة ثامنة كان عليه[3]، إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وإن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص124

[2] يوسف ذلاندة، المرجع السابق، ص 42

[3] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 204

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وتنص المادة 8 مكرر من قانون الأسرة أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

ونستخلص من هذه النصوص أن القانون قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات، لا يمكن إبرام الزواج من ذونها وهذه الضوابط هي:

- **شرط كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة**

إن من البديهي القول إن عبارة يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية إنما يقصد به العدد، أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج اثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء، وهو الحد الأقصى المسموح به شرعا، والزواج فوق أربعة يعتبر زواج غير مقبول شرعا وممنوعا قانونا[1].

- **شرط وجود مبرر شرعي**

وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، و هو معيار مرن و شخصي، وواسع، كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، و رغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد بالأخر أو مرضها و عدم قدرتها بالقيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لأصابتها بمرض أو غيره، و يرى زوجها من الوفاء أن لا يتركها فريسة للحياة السيئة، و أن يبقيها تحت رعايته، فيكون من الحكمة أن لا تمنعه من الزواج بغيرها، كما قد يستولى حب على قلب زوجا فيهيم بامرأة غير زوجته تيم به حبا، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أن يباح لهدا الرجل التزوج بهده المرأة، مع البقاء مع زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة[2].

- **توفر شروط ونية العدل**

بمعنى أن يثبت للزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك الأمور المادية.

---

[1] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 86

[2] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص175

ويجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار وكشف الراتب أو السجل التجاري، وإن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي.

ويلاحظ هنا أن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل وهل تتم شفويا؟ أم لا بد من إفراغها في قالب مكتوب؟

فمن الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى وترفع الملف مع الوثائق الأخرى[1].

من خلال ما سبق ذكره في المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري والتي اشتملت على مجموعة من القيود، والضوابط التي يجب على الزوج مراعاتها عند زواجه بأخرى، وفي حالة مخالفة لهذه الشرط رتبت جزاء لهذا الإخلال، وهذا ما يتضح من نص المادة 8 مكرر و8 مكرر1:

المادة 8 مكرر: (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق).

المادة 8 مكرر1: (يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط النصوص عليها في المادة الثامنة أعلاه).

ويستخلص من هذين النصين أن المشرع الجزائري قد رتب جزاءا صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة السابقة بأنه مقبل على الزواج بامرأة لاحقة، وبعدم إخبار الزوجة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما، ويتمثل هذا الجزاء ليس في معاقبة الزوج المخالف بعقوبة جزائية، ولكن في منح كل من الزوجة السابقة واللاحقة حق رفع دعوى مدنية أمام قسم شؤون الأسرة، بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاص مسكن الزوجية لتطلب الحكم بالتطليق[2].

لا خلاف أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، و جعلت الإباحة فيه أصلا و حقا لمن يلجأ إليه و تقتضيه ظروفه، و لكن قيدت إباحته بقيود[3] و حدود الشريعة، الاقتصار

---

[1] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص111 وما يليها

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 91 وما يليها

[3] رمضان علي السيد السرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص550 وما يليها

على أربع زوجات، و العدل، بينهم فإباحة التعدد في الشريعة الإسلامية مقيدة بالعدل بين الزوجات، العدل هذا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان، و يقدر عليه و هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة مثل النفقة و المبيت و حسن المعاشرة، و النص اشترط فيه العدل[1] بتنظيم استعماله و جعل منه وسيلة للإصلاح، و طريقا لتحقيق المصالح الهامة و الأغراض السامية التي قصد الشرع الحكيم تحقيقها و الوصول إليها بتشريع هذا الحكم[2].

خلاصة القول إن للزوج الحق في تعدد الزوجات حسب الضوابط التي نصت عليهم المادة 8 من ق.أ.ج، فإذا أخل الزوج بهذه الضوابط دون عذر مقبول جاز للزوجة المطالبة بالتطليق، ويجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى يقضي لها بالطلاق والمسألة يقدرها القاضي في النهاية.

وقد أبدى بعض الأساتذة جملة من الملاحظات والإشكالات الجوهرية والممتازة حول هذه الفقرة وجب علينا التطرق إليها بشكل مفصل، ولهذا تركناها للفصل الثاني.

الفرع الثاني: التفريق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إن المشرع الجزائري استحدث هذه الفقرة بموجب الأمر 02/05، حيث نصت المادة 53 في فقرتها التاسعة على أنه:(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية:

9 مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج).

ويرجع مصدر هذه الفقرة في الأساس إلى المادة 19 من ق.أ.ج المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرينها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى في هده الشروط مع أحكام هدا القانون).

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع قد فتح مجال للاشتراط أمام الزوجين في عقد الزواج، لكنه قيده بشرط عدم مخالفة القانون.

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 117

[2] رمضان علي السيد السرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص550، 551

فهذه الشروط يجب على الزوج أن يفي بها، ويسعى لتنفيذها فإذا لم يحترمها، جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، إذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد.

أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة لذلك، والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه[1].

وفي الواقع ما أورده المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة إيضاح الشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية، وهذه العبارة الأخيرة لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة.

ويبدوا أن المشرع الجزائري بذكره لهذين الشرطين على سبيل المثال، إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي، وسبب كل علاقة زوجية فاشلة.

وبالتالي فقد أضاف المشرع الجزائري الإخلال بالشرط كسبب قانوني موجب للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوج، إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها وهو ما يدعونا بالرجوع إلى نص المادة 19 من نفس القانون التي تقضي بأن لكل الطرفين الحق في الاشتراط بما لا يتنافى مع القانون [2] لقد أبيح الاشتراط في عقد الزواج، غير أن الإباحة ليست على إطلاقها، ومن هنا كان للفقهاء مجال واسع في بحث تلك الشروط غير أننا يمكننا تقسيم أراء الفقهاء بشكل عام في الشروط التي تتراوح بين التضييق والتوسع والمنع على الوجه الأتي:

- **أولا المانعون لهذه الشروط وهم الظاهرية:** فالأصل عند الظاهرية أنه لا يجوز اشتراط شيء في العقود إلا ما ورد به نص في الكتاب أو السنة، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال المتعاقدين وإرادتهم.
- **ثانيا المجيزون المضيقون وهم الشافعية والحنفية:**
- **ثالثا المجيزون المتوسطون وهم المالكية:** ذهب المالكية مذهبا وسطا بين المضيقين والموسعين، فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد.

---

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 207

[2] سميرة معاشى، مجلة المنتدى القانوني، دورية نصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحامات، بتاريخ أفريل 2009، العدد السادس، ص 209

❖ **رابعا المجيزون المتوسعون وهم الحنابلة:** يعتبروا هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعا في إجازة الشروط الجعلية ذلك أن الشروط عندهم ما يكون صحيحا، ومنها شروط ليست من مقتضيات العقد.

المبحث الثاني: حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق les cas de préjudice moral permettant a l'épouse de demandé le divorce

كما رأينا فيما سبق أن الزوجة تتضرر ماديا في بعض الحالات، فإنها في بعض الأحيان قد تتضرر الزوجة معنويا ومن هنا نطرح السؤال ما هي الحالات التي تكون الزوجة فيها متضررة معنويا؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال دراسة حالتين من الأسباب المعنوية المجيزة للزوجة طلب التطليق في مطلبين، **المطلب الأول** التفريق القضائي بسبب سوء العشرة الزوجية، والمطلب **الثاني** التفريق القضائي للمساس بالسمعة.

المطلب الأول: التفريق القضائي بسبب سوء العشرة الزوجية

قد يحدث وتسيء الحياة الزوجية بسبب حدوث خصام بين زوجين ففي هذه الحالة أمكن القانون للزوجة المتضررة طلب التطليق.

الفرع الأول: التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين

استحدث هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير أي بموجب الأمر 09/05، واعتبر مشرع الجزائري أن الخصام والشقاق حالة من حالات الضرر المجيز للزوجة طلب تطليق*، حيث نصت المادة 53 في فقرتها الثامنة على ما يلي:

(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 8 الشقاق المستمر بين الزوجين).

ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: «**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**»[1]

والشقاق هو استحكام الخلاف والخصام، الذي يعرض الحياة الزوجية للضياع والانهيار[2].

---

[1] سورة النساء، الأية 35

[2] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 109

* أنظر الملحق ، رقم 4 ص 98

ويبدو أن الفقرة 8 من المادة 53 تحدثت عن الشقاق المستمر بين الزوجين*، للان الضرر والحال هده قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة، لكن وبناء على سياق العام لأحكام المادة 53 فان الضرر الذي أذى إلى هذا الشقاق والنزاع بين الزوجين إنما يتصور من الزوج[1].

إذا فقد استغرقت المادة 53 من ق.أ.ج بأحقية الزوجة المطالبة بالتطليق نظرا للشقاق المستمر بينها وبين زوجها ولمدة طويلة تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة[2].

مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل ق.أ.ج لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي، لا سيما المحكمة العليا وتجديد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه ما يلي:

(من المستقر عيه قضاء، انه يجوز تطليق الزوجة للاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا معتبرا شرعا.

ومتى تبين _في قضية الحال_ أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة، ومحقة في طلبها التعويض وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون).

فالقرار إذن اعتبر أن طول الخصام بين الزوجين والثابت بموجب أحكام قضائية سابقة ألزمت الزوج بتوفير مسكن منفرد، وعدم تنفيذ لما جعل من الخصام طويل الأمد ومعه تعيين اعتبار الزوجة متضررة جزاء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسا.

الاجتهاد هذا حظي بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة وأصبحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا[3]

ويوجد أيضا من تطبيقات القضاء في شأن التطليق للشقاق الذي يجيز للزوجة طلب التطليق:

---

* أنظر ملحق ، رقم 4 ، ص 98.

[1] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 165

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 43

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 50 وما يليها

-أ-الزوج الذي يقوم بإفشاء السر الخاص بينه وبين زوجته، هذا الفعل يكون سببا من أسباب الشقاق بين الزوجين.

-ب-طمع الزوج في مال زوجته سببا من أسباب الشقاق.

-ج-التراخي في الدخول بالزوجة عمد أو استطالة المدة والزواج بأخرى سببا من أسباب الشقاق.

-د-إتيان الزوجة في غير مكان الحرث والنسل ضرر يكون سببا في الشقاق بينهما.

-هـ-طول الخصومات القضائية بين الزوجين سبب من أسباب الشقاق بينهما.

التطليق للشقاق المستمر يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها، وذلك للإطلاق النص، للزوجة أن تطلب التطليق، والزوجية تلحق المرأة بعقد الزواج، ولا يشترط الدخول بها.

ومتى يتضح للزوجة أن تصرفات زوجها نحوها تعبر عن رغبة في الفراق، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي و أن تثبت له بجميع طرق، الإثبات أن زوجها لا يحسن معاملتها و تطلب التطليق فان اتضح الضرر أجابها رئيس المحكمة، و إن لم يتضح أمر الزوج بتحسين سلوكه مع زوجته فان عاد الزوج إلى فعلته و رفعت الزوجة طلبها ثانية إلى رئيس المحكمة كان ذلك قرينة على شدة النزاع، و على القاضي أن يعمدا في هذه الحالة إلى تطبيق المادة 36 ق.أ.ج التي جاء فيها :(إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر فيجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما)[1].

فيتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعينهما.

ويبدو من خلال هذا النص أنه لا تحكم المحكمة بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت ثان الخصام مستفحل بينهما، وطول أمده وبالتالي اقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء العلاقة الزوجية[2].

بالرجوع إلى المادة 56 من ق.أ.ج نستخلص من النص ملاحظتين:

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 296

[2] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 206

_ **الأولى:** أنه في حالة ثبوت الضرر وجب على القاضي التصريح بالتطليق، وذلك رفعا للظلم وهو قول مالك رضي الله عنه رغم أن باقي الأئمة يخالفونه.

وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري، الذي نص على التطليق للضرر متى كان قد ثبت سواء كان ذلك بإقرار الزوج أم بإقامة الزوجة البينة على ما أصابها، أو بأية طريقة ظهرت الحقيقة للقاضي[1].

_ **الثانية:** تشمل في حالة عدم ثبوت الضرر بسبب عجز الزوجة، على إثبات ما تدعيه أمام القاضي، وفشلت في إقناع المحكمة بالضرر الواقع عليها من زوجها، فان القاضي يعين حكمين حسب نص المادة 56 ولكي يعين القاضي حكمين يجب :

1. لا يلجأ لتعيين الحكمين إلا في حالة اشتداد الخصام وعدم القدرة على إثبات الضرر للآن هذا ثبت الضرر لم يحتج للحكمين وكان للزوجة الحق في المطالبة بالتطليق[2].
2. أن تعجز الزوجة عن إثبات دعواها رغم تعدد طلباتها بالتطليق حسب نص المادة 56 من ق.أ.ج.
3. أن يكون الحكمان من أهل الزوجين أحدهما من أهل الزوجة وثانيهما من أهل الزوج، وذلك لكي يتسنى لهما كشف الحقيقة وتأدية المهمة المنوط بهما، فلو أرسل القاضي شخصا أجنبيا تعذر عليه معرفة السبب الحقيقي للنزاع، وعاد بأقوال وأسباب واهية لا قيمة لها، إضافة إلى أن قيامة بمهمة الإصلاح تكون صعبة جدا علا خلاف أقارب الزوجين.

وتنحصر صلاحيتهما في ثلاثة أمور أساسية اثنان منهم نص عليهم المشرع والثالث قال به الإمام مالك رضي الله عنه :

1. على الحكمين أن يحاولا لإصلاح بين الزوجين، فان عجزا عن ذلك وكانت الإساءة من الزوجين كليهما أو من الزوج قرر التفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن كانت الإساءة من الزوجة فرقا بينهما بالخلع.

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 296

[2] نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 133

2. على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي تقريرا والقاضي يحكم بمقتضاه بطلقة بائنة إذا لم يستطيع الإصلاح بينهما[1].

3. الصلاحية الثالثة أعطاها الإمام مالك رضي الله عنه للحكمين، وهو اعتماد الخلع متى ذهبا لكشف أسباب الشقاق ولم يريا صلحا.

فتتلخص مهمة الحكمين في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، ولا تتعدى للتفريق، وبهذا يكون القانون قد خالف المذهب المالكي في هذه المسألة إذ يرى أن للحكمين الجمع والتفريق بحسب ما يريانه مناسبا لحال الزوجين، متبينا فيها المذهب الحنفي الذي يرى أن مهمة الحكمين لا تتعدى الإصلاح بينهما إلى غيره[2].

ولكن المشرع الجزائري أعطى للزوجة حق التطليق إذا كان السبب هو الضرر، ولا يمكن أن يقترح الخلع في حال الضرر لأنه، حق ناشئ لها بموجب المادة 53 ق.أ.ج وإنما الخلع يقترح عند نشوز الطرفين أو أحدهما ولم يكن شيئا ثابتا مما نصت عليه المادة 53[3].

ولقد اختلف الفقهاء في مسألة جواز التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق، فلأحناف لا يرون الشقاق سببا من أسباب التفريق بين الزوجين، فقد أخذ بهذا الرأي الشافعية في قول عندهم، وكذلك الحنابلة والزيدية والشيعية والايمامية وابن حزم الظاهري.

أما المالكية فيعتبرون الشقاق سببا من أسباب التفريق بين الزوجين لأن الله تعالى قال: «إن خفتم شقاق بينهما...» وبهذا يظهر أن شريعة الإسلام تسعى إلى تفادي الشقاق والخلاف الذي يقع بين الزوجين[4]، فقد أعطى المالكية الخيار للمرأة بين أن تطلب دفع الظلم عنها إذا رغبت أن تبقى في كنف زوجها، وبين أن تطلق عليه[5] والقانون أخذ بهذا الرأي وذلك بأن أجاز للزوجة طلب التطليق عند قيام الشقاق المستمر بين الزوج وزوجته. وترك أمر تحديد هذا الشقاق

---

[1] الطاهري حسين، المرجع السابق، ص 127

[2] نصر سلمان، سعاد سطحيي، المرجع السابق، ص133 وما يليها

[3] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 298

[4] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 104

[5] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 166

المستمر، وتكييفه التكييف الذي يؤذي إلى الوقوف بجانب الزوجة والقضاء لها بطلبها التطليق على زوجها[1].

المطلب الثاني: التفريق القضائي للمساس بالسمعة divorce pour cause d'atteinte a la réputation

تلعب السمعة عند المجتمع الحالي وحتى سابقا دورا كبيرا إذ أول شيء تنظر إليه عائلة تود مناسبة عائلة أخرى هي السمعة، فإذ خدشت هذه الأخيرة قد تؤدي لأضرارا خاصة فيما يخص سمعة المرأة والعائلة ككل، لهذا ذكرها المشرع الجزائري من بين أسباب التطليق ولدراسة هذه الحالة ارتأينا إلى تقسيم المطلب إلى فرعين، **فالفرع الأول** تناول: الحكم عاى الزوج جريمة فيها المساس بشرف الأسرة، أما **الفرع الثاني** خصص للتفريق للمساس بالسمعة.

الفرع الأول: الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة

لقد نصت المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الرابعة على أنه: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.)

من خلال تحليل هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري، قد أجاز التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ولكن إذا توفرت مجموعة من الشروط:

الشرط الأول: صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز على قوة الشيء المقضي به، ولم يعد يقبل طرق الطعن العادية والغير عادية في جريمة ارتكبها.

الشرط الثاني: أن تكون الجريمة فيها المساس بشرف الأسرة، أي أن الأفعال التي يرتكبها الزوج المحكوم عليه بعقوبة لمد أكثر من سنة ومقيدة لحريته، يجب أن تمس بشرف الأسرة حتى يبرر حق رفع طلب التطليق.

والملاحظ أم مصطلح في حدداته _شرف الأسرة_ واسع المدلول والمعنى فالقمار والخمر والنصب والاحتيال والسرقة والاغتصاب .... وغيرها وكل ذلك يمس بشرف الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان مفهوم الأسرة يزيد الأمر اتساعا، حيث أن المادة الثانية من ق.أ.ج، يعرف الأسرة بأنها الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم الصلة الزوجية

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 121

وصلة القرابة، إذا مفهوم الشرف واسع أيضا مما يجعل الزوجة قادرة على إن تتذرع بأي عقوبة حتى تطلب التطليق، فقد تحرض زوجها ضرب أمه مثلا ويعاقب الزوج وتطلب هي التطليق[1].

الشرط الثالث: أن تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

هذا الوصف فيه نوع من المبالغة، فقد جرده المشرع حتى كان بعدم جدوى الشروط الأخرى السابقة، إذ لا يوجد فعلا من الأفعال تستحيل معه العشرة ولكن يمكن أن يبلغ حدا من التعفن والكراهة، إلى درجة تجعل العشرة معه متعذرة فقط وليس مستحيلة لكن هذا المفهوم لا يخفى علينا حقيقة الأفعال القبيحة المستنكرة التي يحرمها الإسلام وترفضها الطبيعة البشرية تجعل الحياة الزوجية معها مستحيلة حقيقة، فمن التي تقبل أن تكون زوجة شخص يمارس اللواط؟ خصوصا إذا كان مفعولا فيه؟ ومن التي تقبل البقاء مع زوج يسير مركزا للدعارة أو يدير عملية تصوير وإنتاج كراريس تحمل صور مخلة بالحياء (بورنو)؟ وهي أفعال لا مبرر لها، وفاعلها يجب أن تسلط عليه أنواع العقوبة بالحبس والتطليق والمضايقات المختلفة، ومن كل ما سبق يتضح جليا أن التطليق بناءا على نص الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ.ج يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ويستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه[2].

فنتيجة للانتقادات التي وجهت إلى هاته المادة بسبب التناقض الذي أصاب صياغتها ثم تعديلها بحذف العقوبة الشائنة من أسباب التطليق، وتعويضها بالجريمة الشائنة إشارة للجرائم الأخلاقية، وكذا ما توصل إليه علم الإجرام فيما يخص جرائم الأموال، التي تتسم بأنها شائنة أكثر من غيرها واستبعدت من هذا المجال كل جريمة لا تؤثر على الحياة الزوجة، كمخالفات الطرق التي ورغم تجريمها من قبل قانون العقوبات، إلا أنها لا تعكر صفو استمرار الحياة الزوجية.

كما أن المشرع من خلال تعديله لهذه الفقرة بموجب الأمر 09/05 حقق وطأة الشروط سابقا، إذ أنه ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي تتعدى مدتها أكثر من سنة بالقول انه على الزوجة المطالبة بالتطليق، أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها المساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه.

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي، الرجع السابق، ص 15

[2] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 293

وفي ذلك تيسيرا أكثر تستفيد معه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه[1] والعقوبة قد تكون عقوبة سالبة للحرية أي السجن بعقوبة بدنية، وقد تكون غرامة مالية، كما قد تكون العقوبة قابلة للتنفيذ أو غير قابلة للتنفيذ فضلا أن العقوبة القابلة للتنفيذ اشترط فيها القانون رقم 11/84 مدة سنة فأكثر، لكن هذه الفقرة عدلت عنها بموجب الأمر 02/05، بحيث تركها المشرع دون تحديد[2].

فالمشرع هنا يتحدث عن الجريمة وليست العقوبة[3].

فإذا ثبتت إدانة الزوج وأصبح الحكم الصادر ضده نهائي، ونفدت العقوبة فان من حق الزوجة تأسيسا على الفقرة الرابعة من المادة 53 ق.أ.ج المطالبة بالتطليق، فطلبها يستجاب لها ويتم الحكم لها بالتعويض استنادا لأحكام المادة 53 مكرر من ق.أ.ج التي تجيز القاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[4].

والفقهاء يختلفون بجواز التفريق بسبب الحبس[5]، رغم أن العديد من الفقهاء أجازوا للزوجة أن تطلب التطليق لغياب زوجها من جراء حبسه أو سجنه، للآن الحبس والسجن قد يضران بالزوجة ماديا ومعنويا، وخصوصا إذا طالت مدته، حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه.

والموفق الفقهي في الموضوع متنوع[6]

إذ أن المتأمل في الفقه الإسلامي والناظر إلى المجيزين للتفريق بين الزوجين، بسبب فقدان الزوج أو غيابه لا يظفر بقول صريح في التفريق بسبب الحبس الطويل، الذي يلحق به ضرر جسيم بالمرأة، اللهم إلا ما ورد عن الشيخ الإسلام ابن تيمة (رحمه الله)[7] في فتاويه فقد جاء في الباب العاشر للنساء حيث قال: القول في امرأة الأسير والمحبوس نحوهما مما تعذر

---

[1] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 79

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 160

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص 45

[4] يوسف دلاندة، الرجع السابق، ص 14

[5] محمد كمال الدين أمام، المرجع السابق، ص 107

[6] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 198

[7] نصر سليمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 143

انتفاع امرأته به وفي الشريعة الإسلامية، تقاس حالة زوجة السجين المحكوم عليه بعقوبة بدنية على حالة زوجة الغائب لأن كلتا الزوجتين تتضررا من بعد زوجها عنها[1].

فالمالكية يجيزون التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، فهم يعتبرون مطلق الغيبة إذا طالت مدتها سببا للتفريق بعذر أو بدونه، والمعيار في ذلك هو الضرر المادي والمعنوي معا[2] لكنهم لم يصرحوا بالتفريق للحبس، كما أنه ليس في مذهب الإمام مالك ما يجيز ذلك على وجه صريح إنما توجد نصوص في هذا المذهب تدل على تطليق القاضي زوجة الغائب إذا تضررت من بعده عنها سنة فأكثر وكذا زوجة الأسير[3].

لهذا إذا طلبت الزوجة التفريق فرق القاضي بينهما، بدون أن يكتب إلى الزوج أو ينتظر منها شيء، والتطليق بسبب الحبس في المذهب يقع بائنا وليس فرقة فسخ كما هو في مذهب الإمام أحمد[4].

أما الحنفية والشافعية فذهبوا إلى أنه لا يحق للمرأة طلب التفريق، بسبب غيبة الزوج أو حبسه[5] لأنهم لا يرون الغيبة بعذر أو بدونه سبب لطلب المرأة التطليق من زوجها، وعلى هدا الرأي الحنابلة في الراجح عند فقهاء المذهب، فلا يرون التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأن الغيبة فيه بعذر[6].

الفرع الثاني: التفريق لارتكاب فاحشة مبينةgrave divorce pour faute immorale

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 في فقرتها السابعة من ق.أ.ج على أنه: «يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب فاحشة مبينة».

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مفهومها اللغوي الشائع وكذا ما ورد في القرآن الكريم.

---

[1] عمر زودة، المرجع السابق، ص 50

[2] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 198

[3] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 74

[4] العربي بغتي، المرجع السابق، ص 108

[5] محمد عقلة ابراهيم، المرجع السابق، ص 220

[6] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 198

فنقول مثلا عن أمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول[1]، فيقال رجل فاحش أي معتد في القول، أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة أو غبنا فاحش أي إذا جاوزت الزيادة ما يعتد مثله[2].

لذلك نجد آيات قرآن كريم تنهي عن الفحشاء «ان الله لا يأمر بالفحشاء» وينهي عن الفحشاء والمنكر والبغي «من يأت منكم بفاحشة مبينة» «ان الذين يحبون أن تشيع الفحشاء» «إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن» كل هذه الآيات تنهى عن الفاحشة.

والفاحشة المبينة شرعا تكون في كل المعاصي والكبائر، وعلى رأسها الزنا والخمر والمخدرات والسرقة، وعليه يمكن للزوجة أن تتمسك بدلك بناء على أحكام المادة 222 من قانون 11/84 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية، ويبدو أن الفاحشة تفسر قانونا بكل ضررا قد يلحق بالأسرة واستقراء الواقع يؤكد ذلك، فكم من أب انتهك عرض فلذات كبده بسبب الخمر أو الخبائث.

ونقصد أيضا بالفاحشة تصرف إلى الخيانة الزوجية، أو الجرائم الأخلاقية[3]، أما بالرجوع إلى قانون العقوبات في المادة 337 مكرر نجد أنه عرفها على أنها تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين دوي المحارم[4]، وجريمة الفاحشة حسب أحكام المادة 337 مكرر من قانون العقوبات لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها كقيام العلاقة الجنسية وثبوت علاقة قرابة وقيام القصد الجنائي علاوة على ذلك أن تتم إدانة الزوج، ويصبح الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به[5].

و عليه فانه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، كالزنا، أو الاعتداء على قاصرة , أو انحراف عن الطريق السليم و قيامه بالسلوك الإجرامي، الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم و إرادة المجتمع ، فانه في كل هده الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء و تطلب التطليق، و حينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة و كان الفعل إخلال جسيما و خطيرا يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة بين الزوجين، و للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية

---

[1] منصوري نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، (دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010)، ص59

[2] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص15

[3] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 205

[4] حفظة فضلة، المرجع السابق، ص 100

[5] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 43

مطلقة في هذا الشأن[1]، لذلك يطرح التساؤل التالي : ما هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي يقرر قياسا على ضوئه إذا كان الفعل الذي ارتكبه الزوج فاحش أو غير فاحش؟

للإجابة على هذا السؤال يجب على القاضي أن يقدر الفعل هل هو فاحش أو غير فاحش عن طريق الاعتماد على ثلاث عناصر أساسية:

أولا نظرة الدين عن الفعل: يعتبر الدين فاحشة كل فعل كان من الكبائر، كالشرك بالله، أو عصيان الوالدين بطردهم من السكن، أو بالاعتداء عليها بالضرب، أو الزنا كأن يكشف الزوج مع أحد محارمه، أو محارم زوجته أو يقع في جريمة اعتداء على قاصر لا تحتمل الوطء، أو بطلب زوجته أن تواقع رجلا أجنبيا أو أنها تزني ...الخ كل ذلك وأمثاله من الفواحش، ظهرت للناس أو لم تظهر[2].

ثانيا مقتضى العقل السليم: ومفاده أن العقل يرفض الانحراف، ويفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه القواعد لإسلامية والعرف وظرف المجتمع[3].

ثالثا الإرادة الاجتماعية: القاضي ابن بيئته فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد، وبالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية، وأخلاق المجتمع الإسلامي يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق.

فالتطليق لارتكاب فاحشة مبينة حق لا تنفرد الزوجة به، بل للزوج أيضا الحق في طلب الطلاق الارتكاب الزوجة الفاحشة أو الخيانة الزوجية، وإن كان له بالطبع أن يطلقها بإرادته المنفردة، أو يلاعنها فتحدث الفرقة بينهما بسبب الفاحشة والزوجة لا يكون متعسفا هنا.

وفي الأخير فان التطليق للفاحشة البينة بند يكاد ينفرد به المشرع الجزائري للأسرة دون سواه من الدول العربية الإسلامية، التي تراه يدخل في نطاق الفقرة 6 من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري، باعتباره ضرر معتبر شرعا أو إدخاله ضمن البند 4 باعتباره من الأفعال المشينة بشرف الأسرة[4].

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة-الخطبة-زواج-الطلاق-الميراث-الوصية**، ص 306

[2] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 299

[3] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205

[4] سميرة معاشى، المرجع السابق، ص 208

و الفاحشة المبينة شرعا على ضوء أحكام الفقه الإسلامي، ليس فيها خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان، و الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط على جريمة الزنا، و إنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة و معينة تسمى(الحدود) و هذه الجرائم هي: الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة و الردة و البغي[1] فمثلا يمكن للقاضي أن يحكم بالتطليق عن شارب الخمر إذا طلبت ذلك الزوجة، تأسيسا على أحكام الفقرة 7 من المادة 53 من الأمر 02/05 وذلك بتفسير مضمون الفاحشة بالخمر و عدم قصره على الزنا، لأن قانون الأسرة نص خاص و مصدره الشرع بخلاف قانون العقوبات الذي مصدره التشريع، و بالتالي لا تخصيص بدون مخصص، و من ثم يمكن الاستناد في تسبيب الحكم على أحكام الشرع بناء على الإحالة الواردة في المادة222 من القانون رقم 11/84، وقاضي الموضوع في هذا لا يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه بصدد استعمال سلطته التقديرية، و بالتالي لا يتعرض حكمه للإلغاء بالنقض، و هذا التطليق إذا ما تم فانه يكون بائنا قانونا [2] .

وخلاصة القول إن في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، يجوز للزوجة طلب التطليق وحينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة، وكان الفعل إخلالا جسيما وخطيرا يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن[3].

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص48

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 165

[3] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. مقدمة–االخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية**، 305 وما يليها

المبحث الثالث: كل ضرر معتبر شرعا divorce pour préjudice

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة بسبب ما يصدر من الزوج بمختلف الأفعال، والتي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، وهذا من خلال استعراض نص المادة 53 الفقرة العاشرة والتي تنص "جواز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا".

نلاحظ أن المشرع قد توسع نسبيا في مفهوم الضرر الذي يصيب الزوجة، سواء كان الضرر الذي يصيب الزوجة ناتج عن قول أو فعل، وكذا الذي ينتج عن سلوك سلبي أو ايجابي من الزوج وللتمكن من الدراسة الجيدة لهذه الحالة قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين: حيث خصصنا **المطلب الأول:** لكل ضرر معتبرا شرعا في الفقه الإسلامي، والمطلب **الثاني:** خصصناه لدراسة هذه الحالة في القانون الجزائري.

المطلب الأول: الضرر المعتبر شرعا في الفقه الإسلامي chaque préjudice considérables dans la doctrine de la charia

قد يتعدى الزوج حسن المعاشرة والمعاملة بالحسنى، إلى الإضرار بالزوجة فيؤدبها بالضرب المؤلم أو الشتم المدقع أو بالتعنت معها، فيحملها على الفعل المحرم[1] أو يهجر فراشها أو يعرض عنها بدون سبب يبيح ذلك، فهل مثله يخول للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها؟

المذهب الحنفي لا يرى ذلك سببا صحيحا بموجب التفريق، لأنه لا يتعين طريقا لإخلاص الزوجة مما حل بها من أدى، وعلى القاضي أن يأمره بحسن العشرة وإلا أدبه بما يراه كفيلا بحمايتها منه[2].

أما **مذهب الشافعية** إن سوء الحالة بين الزوجين قد يكون نتيجة نشوز المرأة، أو إساءة الرجل، أو إساءة الزوجين معا فان كان راجعا إلى نشوز الزوجة فللزوج ولاية التأديب، وإن

---

[1] أحمد فراج حسين، **حكام الأسرة في الإسلام، الطلاق – الخلع – حقوق الأولاد نفقة الأقارب وفق لأحدث التشريعات القانونية**، (دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004)، ص44

[2] رمضان علي السيد السرنباصي، **جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان**، (منشورات الحلبي القانونية، فرع أول، طبعة 2008) ص 40.

كان راجعا إلى إساءة الزوج والأداء بالضرب، وسواء دون أي مسوغ رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، فان ثبت لها ذلك بها، فان عاد إليه وطلبت المرأة تعزيره عزره بما يليق به.

أما إن كان سوء الحالة راجعا إلى الزوجين معا، فان على القاضي التعرف على حالهما، فان تبين له أحدهم ظالما منعه، وهم بتعزير يليق به، فان اشتد النزاع بينهما بعث إليهما حكمين ليصلح الشقاق ما بينهما.

أما المالكية فقد أجازوا أن تطلب الزوجة التطليق بسبب الضرر، فإذا استعملت الزوجة هذا الحق وطلبته من القاضي، وأثبتت صحة دعواها طلقها القاضي طلقة بائنة قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «**لا ضرر ولا ضرار**» فالإبقاء على الزوجية مع التعنت وأساءت العشرة، قد تجلب أضرار كثيرة تتعدى أثارها إلى الأبناء والأقارب وكل من له علاقة بقرابة أو مصاهرة[1].

المطلب الثاني: كل ضرر معتبر شرعا في القانون chaque préjudice considérables dans la loi

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، أو هو بمعنى أخر لإخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية، فالضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم، الإخلال بحق يحميه القانون سواء كان حقا بمعناه الضيق أو حقا عاما، ولا يشترط أن يكون المساس بحق يحميه القانون بل يكفي أن يقع على مصلحة مشروعة أي غير مخالفة للقانون، أما إذا كانت المصلحة التي حصل بها المساس غير مشروعة فان القانون لا يحميها[2].

للزوج حق تأديب زوجته، بمقتضى ولايته و رئاسته في الأسرة (المادة 1/39 ق.أ.ج)، كما أنه يجب عليه نحو زوجته حسن المعاشرة، و النفقة الشرعية حسب وسعه، و العدل في حالة تعدد الزوجات (المادة 37 ق.أ.ج) ، و قد يسئ الزوج استعمال حقه في ذلك، فيؤدي زوجته بالقول، أو الفعل، كما يضربها ضربا غير لائق، أو يشمها شيء مهينا، أو لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها، و هنا يجوز للزوجة في هذه الحالة رفع الأمر إلى القاضي و طلب التطليق، و

[1] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 134

[2] بلحاج العربي، **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، ص30

بذلك أخذ القانون الجزائري[1] الذي نص في المادة 53 من الأمر 02/05 الفقرة 10 و الأخيرة، أن المرأة يجوز لها طلب التطليق بناء على كل ضرر معتبر شرعا، و يبدو أن هده الفقرة هي بمثابة إحالة لتقدير القاضي في نظر أي ضرر ترفع الزوجة من أجله دعوى التطليق، غير الحالات الواردة في باقي الفقرات، و بالتالي تمكينه من تقرير ما إذا كان هذا الضرر موجبا للتطليق أم لا و عليه يمكن إعمال نص المادة 222 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية، و يمكن كذلك للقاضي الاستفادة مما استقر عليه الاجتهاد القضائي[2].

وبصدد الحديث عن الضرر سؤال هام هو: هل أن كل ضرر مهما كان يجيز للزوجة طلب التطليق؟ للإجابة هناك بعض الأمثلة للضرر الذي يجيز التطليق حتى تتضح الأمور:

❖ **أ أمثلة عن الضرر المجيز للزوجة طلب التطليق[3]**

1. عدم توفير السكن اللائق الشرعي.
2. إساءة المعاشرة الزوجية عن طريق اهانات خطيرة أو جسيمة.
3. الإيذاء بالقول أو بالفعل الذي لا يليق بمثل الزوجة يعتبر ضررا متى كان هذا الإيذاء يعتبر من العرف معاملة شاذة وضارة تشكو منها المرأة ولا تصبر عليها.
4. هجر الفراش[4]

❖ **ب أحكام الضرر المعتبر شرعا** هناك جملة من النقاط تتعلق بالضرر كأحكام نذكر منها:

1. – وجوب وقوع الضرر من جانب الزوج، و بعبارة أخرى فإنه يشترط أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادراً من الزوج، ومن غير المعقول أن تطلب الزوجة التطليق إذا كان مصدر الضرر أجنبي عن الزوج، مثل والدي الزوج و أقاربه، و عندها قد تطلب الزوجة من زوجها الحماية، كما لا يمكن لها رفع دعوى التطليق إذا كانت هي المتسببة في الضرر، بل ذلك يؤدي إلي ميلاد الشقاق بين الزوجين، وعندها يجب على القاضي البحث في المتسبب فيه،

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز **في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية**، ص 300

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 167

[3] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 129

[4] أحمد نصر الجندي، ص124

ويحاول الصلح بينهما وكشرط أول, و إلا فإنه يبعث بحكمين" إذا كان الخصام والشقاق بينهما قد بلغ الذروة كشرط ثاني من المادة 56 المادة من ق.أ. ج [1] .

2. يجب أن يكون الضرر واقعا على الزوجة وتقوم بإثبات ذلك حتى تسمع دعواها في طلب تطليق، أما إذا وقع من الزوج على والذي الزوجة وأقاربها وغيرهم فلا يجوز لها طلب التطليق.
3. أن يكون الضرر مربوط بإرادة الزوج، بحيث قام به عمدا وقصد السوء بالفعل أو القول، بأحد الأمور التي تتضرر منها المرأة لكن، يجب أن يكون الضرر متعمد، بمعنى آخران كان التصرف الصادر من الزوج مصدرا ذلك خارج إرادة ورغبة الزوج، أو حدث رغما عنه وفوق طاقته فلا يجوز لها طلب التفريق.
4. لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول فيجوز، أن يقع الضرر قبل الدخول بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التطليق *
5. – عدم اشتراط تكرار الضرر، فإذا اعتدى الزوج على زوجته مثلا بالضرب أو السب كفى لطلب التطليق.
6. العبرة في الضرر تحققه أي وقوعه فعلا، وتتضرر منه الزوجة ولا عبرة بإزالته، بل أن إزالته لا يسقط حق الزوجة في طلب التطليق[2] إن المشرع لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر، بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، وعلى هذا إذا دعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية، وقامت بإثبات دعواها يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما[3].

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص15.

* أنظر الملاحق، رقم 1 . 2 . 3 ص 90

[2] اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص 15

[3] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية** ص 302.

الفصل الثاني :معوقات إثبات الضرر

المبحث الأول: وسائل الإثبات

المبحث الثاني :السلطة التقديرية للقاضي في التثبت من وقوع الضرر

المبحث الثالث : معوقات إثبات الضرر

الفصل الثاني: معوقات اثبات الضرر

les empêchement de prouver le préjudice

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، و القواعد الأساسية المنظمة للأسرة و أحكامها لا سيما حق المرأة في المطالبة بالتطليق، إلا أنه لم يحسن الإحاطة بهذا الحق، و هذا ما نتج عنه إشكالات عديدة تعود في الأخير على الزوجة فتعجزها في معظم الأحيان في إثبات الضرر، و بالتالي إما تجبرها بالمعانات والبقاء على ذلك الحياة الزوجية التي لا تطاق حيث قد تدفعها إما القيام بالمحظورات، و إما أن تلتجئ إلى الخلع و هنا تكون قد جمعت بين ضررين، أولهما المعانات النفسية نتيجة التفريق القضائي و الثانية المعانات مادية لأن الخلع يقوم به القاضي بشرط أن تدفع الزوجة بدل للزوج .

فصحيح قد أعطى المشرع في يدي المرأة كل وسائل إثبات ضررها، والمتمثلة عموما في وسائل إثبات مطلقة وأخرى مقيدة، غير أنها قد لا تكفي أحيانا نتيجة سرية الحياة الزوجية، ثم بعد ذلك أمرها المشرع بتقديم هذه الأذلة للقاضي، الذي هو الأخر لديه سلطة مطلقة قي تقدير الضرر كما لديه سلطة مقيدة، ومن هنا نندرج لاستخلاص إشكالات إثبات الضرر والتي قسمناها إلى نوعين أولهما من حيث النصوص والأخرى من حيث التطليق.

وسوف نحاول معرفة والوصول إلى هذه الإشكالات بصفة تدريجية وذلك بتقسيم هذا الفصل إلى 3 مباحث **فالمبحث الأول:** خصصناه لدراسات وسائل الإثبات، والمبحث **الثاني** نتطرق فيه السلطة التقديرية للقاضي في التثبت من وقوع الضرر، أم **المبحث الثالث** فخصص لدراسة إشكالات إثبات الضرر.

المبحث الأول: وسائل الإثبات moyens de confirmation

التطليق حق من حقوق الزوجة تؤدي إلى التطليق طبقا للأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وهي واردة على سبيل الحصر، وإذا طلب التطليق يمكن للقاضي المعاينة، ويكيف الوقائع المسند عليها في تأسيس أسباب الدعوى طبقا لقانون الأسرة.

وللقاضي أن يتخذ التدابير الملائمة وخصوصا الأمر بالتحقيق، وعلى هذا وجب على الزوجة إثبات الضرر وذلك بكل وسائل الإثبات، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد يكون المشرع الجزائري قد وزع أدلة الإثبات ووسائل تحقيقها، من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية فالقواعد المتعلقة بقبول الذليل وقوته تضمنها القانون المدني ويمكن القول إنها موضوعية، أما قواعد تقديم الأدلة وتحقيقها أمام القضاء فهي قواعد إجرائية ولبسط طريق تحقيق هذه الوسائل ارتأيت تقسيمها إلى قواعد عامة وقواعد خاص.

* فلهذا قسمنا المبحث الأول إلى مطلبين، **المطلب الأول** جاء تحت عنوان القواعد العامة، أما **المطلب الثاني** فيتناول القواعد الخاصة.

المطلب الأول: القواعد العامة les réglés générales

مهما كانت نوع القضية فهناك قواعد إثبات عامة تطبق على أي قضية مهما اختلفت الظروف، و مهما اختلفت أسباب التطليق، فيمكن لأي زوجة مضرورة أن تلتجئ إليهم لإثبات الضرر الواقع عليها، حتى تتمكن من فك الرابطة الزوجة التي أصبح ضررها أكثر من نفعها و لمعرفة هذه القواعد العامة قسم المبحث إلى ثلاثة فروع **الفرع الأول:** تحت عنوان إبلاغ الأدلة الكتابية أما **الفرع الثاني** يتمثل في تنفيذ إجراءات التحقيق و**الفرع الثالث:** تسوية إشكالات التحقيق **و الفرع الرابع:** و الأخير يتناول: بطلان إجراءات التحقيق.

الفرع الأول : إبلاغ الأدلة الكتابية

عنى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمستندات التي توجد تحت يد الخصم، و لهذا ألزم المشرع تقديم المستندات التي يقدمها كل خصم إلى خصمه الأخر من أجل الاطلاع عليها و بحثها و مقارنتها و الغرض المقصود هو عدم حرمان الخصم من ورقة هي أصلا قدمها الطرف الأخر و هدا ما تؤكده المادة 70 من قانون ا.م.ا[1].

كما أن المادة 71 ق.ا.م حددت إشكالات التي قد تثار بشأن إبلاغ الوثائق المنصوص عليها بالمادة 70 و الجهة التي تفصل فيها، و هو القاضي الموضوع الذي يحدد شفاهة و عند الضرورة غرامة تهديديه أجل و كيفية تبليغ الأوراق و استردادها من الخصوم، و أصل الحكم المادة 32 من القانون الملغي و الجديد أن القاضي يجوز له فرض غرامة تهديدية على المخالف لتعليماته، و هي خرق أجل و طريقة تبليغ الوثائق و أجاز النص التالي و هو المادة 72 للقاضي تصفية الغرامة التهديدية، و من الأفضل ما كان للمشرع أن يفرض لتصفية الغرامة التهديدية تلقائيا بل بعد طلب ذلك من الخصم المعني و يضيف ذلك بفقرة لنص المادة 71[2].

كما أنه واستكمالا لتقديم الأدلة وحتى لا يجرم أحد الخصوم من ورقة تحت يد الخصم خارج الخصومة، أعطى القانون للقاضي وأثناء سير الدعوى أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد أو أية وثيقة حتى ولو كانت عند الغير، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم وعلى طالب تقديم المستند أو الوثيقة أن يقدم في الجلسة الطلب والقاضي هو الذي يفصل بأمر معجل النفاد[3].

وخلاصة القول إن من حق الزوجة إذا كانت لإثبات ضررها، يستلزم وثيقة كانت في حوزة الزوج فعلى هذا الأخير أن يمنحها إياها، وإذا امتنع فخلال الجلسة تقوم الزوجة بتقديم طلب إلى القاضي لاسترداد هذه الوثيقة وهنا القاضي يقوم بتوجيه أمر للزوج باستخراج هذه الوثيقة.

---

[1] فريحة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**،(ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 2013)، ص57

[2] عبد الله مسعودي، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، (دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، سنة 2009)، ص 41

[3] فريحة حسين، المرجع السايق، ص 57

الفرع الثاني : تنفيذ إجراءات التحقيق l'exécution des mesures d'instruction

إن القاضي هو الذي يقوم بتنفيذ إجراء التحقيق الذي أمر به بمساعدة كاتب الضبط، و إذا كان الأمر صادر من مجلس قضائي، فيجوز لمثل النيابة الحضور لجميع إجراءات التحقيق[1]، كما يمكن أن يكون إجراء التحقيق بناء على طلب أحد الخصوم، و ذلك حسب المادة 82، و للمحكمة أن تقوم بأجراء التحقيق بنفسها أن تنتدب أحد قضاتها لمباشرة الإجراءات، و إذا كان المكان المراد القيام إجراء التحقيق به خارج دائرة المحكمة يمكن للقاضي أن ينتقل للقيام بالإجراءات اللازمة، هذا إلى ما ذهبت به المادة 84، كما يمكن للقاضي أن يخطر الخصومة شفاهة و بالجلسة أو بواسطة محاميهم لحضور إجراء أو إجراءات التحقيق التي أمر بها، و إذا غابوا هم و محاميهم عن الجلسة التي أمر فيها إجراء التحقيق يستدعيهم برسائل مضمونة مع إشعار بالاستلام بواسطة كتابة الضبط .

ويمكن استدعاء الغير بنفس الإجراء مثل الشهود وغيرهم[2]، ويقوم كاتب الضبط بتحرير محضر يودع بأمانة كتابة الضبط[3].

ومن هذا فان حتى يمكن للزوجة إثبات ضررها لكي تتمكن من التطليق يمكن للقاضي في بعض الحالات إجراء التحقيق حتى يتأكد من ادعاءات الزوجة بالتضرر.

ومثال ذلك ما جاء في شروط التطليق للضرر إذ يجب أن تقوم البينة القطعية بحصول الضرر، لذلك فان قول الشاهد أنها قد تتضرر من المدعى عليه، أو أن غيابه يسبب لها ضررا، دون تحقق الشاهد من حصول الضرر بالفعل، فلا تقبل شهادته ويفسخ الحكم وتجدر الإشارة هنا

---

[1] محمد ابراهمي، **لوجيز في الإجراءات المدنية**، (ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، الجزء الثاني، طبعة 2001)، ص40

[2] عبد الله مسعودي، المرجع السابق،45

[3] فريحة حسين، المرجع السابق، ص59

أنه إذا حكم لنقص في شهادة الشهود فللمحكمة استدعاء من نقصت شهادته لاستجوابه ثانية بعد تحليفه[1]، ومن هنا يتجلى لنا أن للمحكمة السلطة في الاستدعاء متى رأت ضرورةذلك.

الفرع الثالث: تسوية إشكالات التحقيق règlement des difficultés de l'exécution

يظهر أن قانون الإجراءات المدنية، من أجل عدم ضياع الوقت يوجب على القاضي أن يشرف بنفسه على إجراءات تنفيذ التحقيق حسب المادة 91 ق ا.م.ا كما يأمر بإعداد محضر تدون فيه أقوال الخصوم والمعاينات والتوضيحات المقدمة.

وللقاضي بأمر غير قابل للأي طعن أن يفصل في إشكالات التي تعترض التنفيذ وهذا ما تناوله المادة 92 ق ا.م.ا[2]، ثم يواصل النظر في القضية بعد تكوين الملف والمستندات والقرائن من اجل أن يكون القاضي اقتناعه بناء على أسباب جدية، كما يجب أن يتوصل القاضي إلى الأسباب المستخلصة من التحقيق، والمستندات المقدمة في الدعوى ويتسلم إجراءات التحقيق إلى الخصوم للاطلاع عليه بعد تسديد المصاريف المستحقة[3]

وتسلم إجراءات التحقيق إلى الخصوم للاطلاع عليها بعد تسديد المصاريف المستحقة.

الفرع الرابع: بطلان إجراءات التحقيق la nullité des procédures d'instruction.

تناولت بطلان إجراءات التحقيق المواد 95.96.97 ق ا.م.ا فالبطلان معناه أن يشوب إجراء من الإجراءات يحول دون الوصول إلى القاعدة تتفق مع مقتضيات العدالة، ولكن هل من العدالة أن يبطل الإجراء كلما مسته مخالفة لقاعدة من قواعد الإجراءات، نتيجة بطلان الإجراءات التي هي مقررة في الأصل لتوجيه صاحبه إلى الانتفاع بحقه[4].

---

[1] مأمون محمد يوسف، **اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية**، (عالم الكتب الحديثة، اربد–الأردن2010)، ص30

[2] عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص 46

[3]فريحة حسين ،المرجع السابق ،ص60.

[4] المرجع نفسه، ص61

فقد حدد المشرع الجزائري ورسم الإجراءات للمتقاضين وحسب المادة 95 ق ا.م.ا القواعد العامة المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية، هي التي تحكم بطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق وحسب المادة 96 ق ا.م.ا فالبطلان لا يمس عمليات التحقيق في جوانبها المشوبة بعدم الصحة، فإذا أمكن القاضي تصحيح العيب الذي يشوب التحقيق أو تصحيحه، يمكن القيام بعمليات تحقيق جديدة أو تصحيحها إذا أمكن تصحيح العيب الذي يشوبها وهذا ما انتهت إليه المادة 97 ق ا.م.ا[1].

المطلب الثاني: القواعد الخاصة les réglés particulière

إن القواعد الخاصة على عكس القواعد العامة لا تصلح أن تستعمل في كل القضايا، حيث أن كل قضية لها قواعدها التي تكون أصلح للإثبات بها، وحتى تتمكن الزوجة بها إثبات الضرر وبالتالي الحصول على التطليق.

ومن هنا قسمت المطلب إلى أربعة فروع حتى يمكن معرفة هذه القواعد **الفرع الأول:** يخص شهادة الشهود والفرع **الثاني:** خصص لدراسة الخبرة أما **الفرع الثالث:** يتناول الانتقال للمعاينة والفرع **الأخير:** ترك للتحدث عن اليمين.

الفرع الأول: شهادة شهود l'audition des témoin

الإثبات بالشهادة هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤدون صحة الوقائع المتصلة بالقضية موضوع الدعوى[2]، فالشهادة من الوسائل الإثبات المستعملة كثيرا في إثبات الضرر في مواد التطليق.

حسب المادة 150 ق ا.م.ا الوقائع التي تكون قابلة لإثباتها بشهادة الشهود، وتكون الشهادة مقيدة في القضية مثل عقود الزواج العرفية يجوز فيها سماع الشهود[3]، وإذا نازع الخصم في

[1] عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص 47

[2] مرجع نفسه، المرجع السابق، ص61

[3] المرجع نفسه، ص61 و ما يليها

الإثبات المرافعة بشهادة شهود، على أساس أنها لا تتعلق بالدعوى أو غير منتجة وللقاضي مطلق الحرية في تقدير هذا الأمر[1].

و إذا طلب الأطراف أو أحدهم الأمر بالتحقيق، يجوز للقاضي رفض اتخاذ الإجراء إذا اعتبر الطلب غير مؤسس، و قد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك حينما رفضت نقض قرار لم يرد على عرض التحقيق، الذي قدمه الزوج للإثبات انحراف سلوك الزوجة، على أساس أن هذا لا يغير شيئا من إصرار الزوج على الطلاق الذي هو في عصمته، و لا تأثير على حقوق الزوجة، و هذا الموقف للمحكمة العليا يعتبر بمثابة تراجع عن قضائها السابق الذي كان يترتب البطلان للانعدام الأساس القانوني، على الأحكام التي رفضت طلب سماع الشهود للتحقيق من مزاعم الزوج اتجاه سلوك زوجته، والذي يلاحظ فان القضاء القديم هو لأصوب لأن العبرة في التحقيق في دعاوي الطلاق، ليس للحصول على الطلاق فحسب كون الطلاق في عصمة الزوج و لكن هو إثبات غياب التعسف في طلب الطلاق و من ثم

تفادي دفع التعويضات للزوجة المطلقة[2]، و إذا رأى القاضي سماع الشهود وجب أن يبين الحكم الذي يأمر بالتحقيق في كل واقعة المطلوب إثباتها[3].

و هذا ما جاءت به المادة 151 حيث أضافت هذه المادة إرهاق للقاضي و الخصوم، و ذلك بأن جعل سماع الشهود بحكم يحدد الوقائع، التي يسمعون حولها و اليوم و ساعة الجلسة المحددة لذلك مع مراعاة ظروف كل قضية[4].

غير أن هناك أشخاص أعفاهم القانون من أداء الشهادة و لا يجوز سماعهم كشهود و هؤلاء حسب المادة 153ق.ا.م.ج :

- لا يجوز سماع شخص كشاهدة إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.
- لا يجوز سماع شهادة الزوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، و لو كان مطلقا.

---

[1] فريحة حسين، المرجع السابق، ص 72

[2] محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 53

[3] فريحة حسين ، المرجع السابق، ص 72

[4] عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص 61

- لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة للأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بالأشخاص و الطلاق.

يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال تقبل شهادة بقية الأشخاص، ما عدا ناقص الأهلية[1].

منها حالة عدم الإنفاق خاصة بعد الحكم بوجوبها، و بالتالي فهذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه [2].

و تعتبر الشهادة وسيلة إثبات يرجع إليها كثيرا في مسائل التطليق و الدليل على ذلك القرار التالي:

❖ من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة ، و أنه لا يجوز للقاضي أن يحلل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة و ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

و متى كانت الشريعة الإسلامية تخول أثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع الشهود حضروا و سمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فانه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، و كذلك فان القرار الذي قضي بان الطلاق، لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفا للشريعة الإسلامية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ [3].

---

[1] فرحة حسين، المرجع السابق، ص 73

[2] قرار لمجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 26 يناير 1978، ملف رقم 44457 ، مجلة قضائية لسنة 1991 ، عدد 04 ، ص 90

[3] محكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 1984/12/03 ، ملف رقم 35026 ، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد 4 ، ص 86

يثبت الطلاق بتصريح من الزوج كما يثبت أيضا بواسطة سماع شهود سمعوا تصريحات الزوج بالطلاق، و هذا ما انتهى إليه هذا القرار، حث تعتبر شهادة الشهود وسيلة إثبات يعمل بها شرعا و قانونا.

الفرع الثاني الخبرة : l'expertise

و قد نصت على الخبرة المواد من 143و ما يليها، فالخبرة هي تكليف أشخاص دوي اختصاصات فنية معين.

بإجراء معاينات تتطلب معارف علمية خاصة فالخبرة تفويض حقيقي لصلاحيات قضائية يختص بها القاضي دون غيره[1]، إذ أنه يتعذر علي القاضي في حالات كثيرة أن يباشر بنفسه إجراءات معينة، فيلجأ إلى الخبير من أجل تنويره و مساعدته في بناء حكمه و خاصة إذا كانت الواقعة تتطلب الإلمام بعلم من العلوم أو فن لا يدركه القاضي، كمسائل الهندسة و الطب و المحاسبة و مضاهاة الخطوط و لهذا أجاز القاضي أن يستعين بدون الخبرة من أجل توضيح ما غمض عن إدراكه[2].

كما أجاز القانون للقاضي أن يحكم خبير أو عدة خبراء، و للمحكمة أن تقضي بندب كلما رأت ضرورة إلى ذلك سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، و هذا ما جاءت به المادة 126 من قانون ا.م.ا فاللجوء إلى الخبرة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يمكنه الاستغناء عنها إن كانت غير ضرورية بالنظر إلى نوع الدعوى[3] .

كما أن الخبرة في مواد التطليق تعتبر من وسائل الإثبات المعمول بها كثيرا خاصة لإثبات عيب عضوي في الزوج و مثال ذلك القرار التالي :

- من المقرر قانونا و قضاء، انه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة أو تربية الأبناء .

[1] محمد ابراهيمي ، المرجع السابق، ص41 و ما يليها

[2] فريحة حسين ، المرجع السابق، ص65

[3] محمد ابراهيمي ، المرجع السابق، ص 53

و لما أسس قضاة الموضوع قرارهم القضائي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزائيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف[1].

في هذا القرار التجأت الزوجة إلى التطليق لعدم إمكانية الزوج للإنجاب، وقد تمكنت الزوجة الحصول على هذا الحق لأنها استطاعت إثبات الضرر، وذلك بوسيلة إثبات تستعمل عادة في هذه الحالة وهي الخبرة الطبية، فقد انتهت هذه الأخيرة إلى إثبات عقم الزوج، وبالتالي عدم الإمكانيته إنجاب الأولاد والذي يعتبر هدف جوهري من أهداف الزواج، وبالتالي الضرر هنا موجود وثابت بالشهادة الطبية.

الفرع الثالث: الانتقال للمعاينة visite des lieux

تناولت المعاينة و إجراءاتها المواد من 146 إلى 149 من قانون ا.م.ا

فقد أجاز المشرع حسب المادة 146 ق ا.م.ا للقاضي إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، القيام بالمعاينات أو التقويمات أو التقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية، و يمكن له الانتقال إلى عين المكان إذا تطلب الأمر ذلك[2]، و هذا لكي يسمح للقاضي بتكوين قناعة، على أساس معرفة الشخصية و المباشرة للوقائع المتنازع عليها[3] يحدد القاضي خلال الجلسة مكان و يوم و ساعة الانتقال، و يدعو الخصم إلى حضور العمليات إذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقررة في حالة غياب الخصوم أو أحدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من هذا القانون[4] .

---

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/07/18 ، ملف رقم 269594، مجلة قضائية لسنة 2003 ،العدد 1، ص394

[2] عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص 60

[3] محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص 50 و ما يليها

[4] فريحة حسين، المرجع السابق، ص 72

وحسب المادة 147 من قانون ا.م.ا الأمر بالانتقال للمعاينة يكون شفاهة وبالجلسة حسب ما هو معمول به، وحسب ما هو وارد بالفقرة الثانية من المادة، وإذا كان الموضوع يتطلب تقنية خاصة يمكن للقاضي اصطحاب حكم، إلا أن الصحيح يمكن أن يكون بأمر لأن الحكم يكون بعد المعاينة، والمرافقة أي بعد الفصل في الموضوع[1].

وفي الأخير يحضر محضر عن الانتقال إلى الأماكن، يوقعه القاضي وأمين الضبط ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط، يمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر.

الفرع الرابع : اليمينle serment

اليمين في الشهادة الرسمية، مؤذاة أمام الشخص المؤهل لاستقبالها، لإثبات مبرر أو لحقيقة واقعة مدعى بها، و نقصد بها اقامة الدليل على الحقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من أثار قانونية ،و يصدق هذا التعريف على الإثبات القضائي الذي يتعامل معه يوميا كل من القاضي و الخصوم، و يختلف عن الإثبات العلمي و التاريخي الذي يستوجب البحث عن الحقيقية، المجردة معها كانت الطرق و الوسائل[2] و تفترض بطبعتها نفسها الإيمان بالقيمة الدينية للشهادة، و قد تأثر المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية عند إقراره للصيغة التي تؤدي بها اليمين إذ تتضمن عبارة (أحلف بالله العظيم)[3].

فتوجيه اليمين تناولتها المواد من 189 إلى 193 من ق ا.م.ا فحسب المادة 189 ق ا.م.ا يجوز للقاضي أن يأمر بأداء اليمين، و يحدد الوقائع التي ستؤدي اليمن من بشأنها، و يجوز للقاضي أن يحدد اليوم و الساعة و المكان الذي ستؤدى فيه اليمين، و هذا فيما ذهب تاليه المادتين 190 و 191 ق ا.م.ا و في حالة امتناع الخصم عن أداء ليمين الحاسمة التي وجهها خصمه إليه دون ردها سقط ادعائه، بمعني أن الخصم الذي رفض أداء اليمين الحاسمة تكون الدعوى لصالح خصمه، و إذا رد اليمين لخصمه رفض هذا الأخير أدائها ربح هو الدعوى، و

---

[1] عبد الله مسعودي ، المرجع السابق، ص 61

[2] لعصامي عبد الله ، **الاثبات باليمين في قانون المدني الجزائري دراسة مقارنة مع بعض القوانين العربية و القانون** الفرنسي ، (بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الادارية ، بن عكنون سنة1986)

[3] محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص 77

ذلك بموجب الفصل في القضية لصالحه م 192 ق ا.م.ا[1] و إذا كان لمن وجهت له اليمين عذر يمنعه، انتقلت إليه المحكمة أو انتدبت أحد قضائها لتحليفه و تؤدي اليمين بحضور الخصم الآخر بعد تبليغه بصورة صحيحة[2].

فاليمين يؤخذ به في التطليق ويستعمل كوسيلة إثبات ومثال ذلك:

❖ من المقرر قانون أن تطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها بدون يمين يعد مخالفا للأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فان القضاء بخلاف هدا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابت_ في قضية الحال _أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة، والحكم بتعويضها في غياب الزوج دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا ودون أداء اليمين فيما يخص النفقة، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وانتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه[3].

اعتبرت المحكمة العليا أن قرار المجلس فيما يخص تطليق الزوجة لعدم الإنفاق، والحكم بتعويضها في غياب الزوج، ودون يمين انتهاكا للقانون والشرع حيث اعتبرت أن اليمين واجبة في هذه الحالة، واعتبراها وسيلة إثبات لضرر الزوجة كانت لابد أن تلتجئ إليه خاصة وهنا الزوج غائب.

بعد دراسة ومعرفة وسائل الإثبات التي حين تضرر الزوجة، وترغب في التطليق، وجبت أن تلتجأ إلى واحدة أو أكثر من هذه الوسائل، حتى يمكن لها إثبات الضرر، فبعد تقديم الزوجة هذه الوسائل تدخل بعدها مهمة السلطة التقديرية للقاضي، في دراسة ما قدم أمامه وتقدير الضرر إن وجد ولمعرفة سلطة القاضي إن كانت مطلقة أو مقيدة في دراسة هذه وسائل الإثبات والحكم بالتطليق وعليه للتفضيل أكثر في سلطة القاضي في مواد التطليق وجب دراسة المبحث الموالي.

---

[1] عبد الله مسعودي، المرجع السابق، ص 73

[2] فريحة حسين، المرجع السابق، ص82

[3] محكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/11/27، ملف رقم 56249، مجلة قضائية لسنة 1992، عدد2، ص 51

المبحث الثاني السلطة التقديرية للقاضي في التثبت من وقوع ال ضرر l'autorité discrétionnaire du juge pour prouvé la survenue d'un préjudice

لقد أعطى القانون والشرع الحق للرجل فك أو إنهاء العلاقة الزوجية بإرادة المنفردة دون أن يكون مجبرا تبيان أسباب إقدام على ذلك، كما في نفس الوقت لم يجرم القانون والشرع المرأة من حقها في فك الرابطة الزوجية، في حالة تضررها من هذه العلاقة فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التطليق، وذلك إذا ما أثبتت حالة من حالات الضرر المجيزة لها ذلك.

ولقد نص المشرع الجزائري على حالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق في المادة 53 ذكرنا سابقا، وسوف نحاول من خلال هذا المبحث تبيان دور القاضي في التأكد من مدى توافر هذه الحالات، وذلك بدراسته للحجج المقدمة إليه، وسوف نوضح مجال سلطته التقديرية في ذلك.

لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتعرض في **المطلب الأول** إلى السلطة التقديرية المقيدة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر وفي المطلب **الثاني** إلى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر.

المطلب الأول: السلطة التقديرية المقيدة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر lautorité discrétionnaire restreinte du juge pour prouver la survenue d'un préjudice

إن الضرر الذي حددته بعد الحالات من المادة 53 قانون الأسرة متى ثبت بالطرق الشرعية والقانونية، يكون القاضي على إثرها ملزم بالحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق تحقيقا للعدل وتطبيقا للقانون.

وبالتالي تكون سلطة القاضي هنا مقيدة في الحالات التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 78. 79. 80 من هدا القانون
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وسوف نتناول السلطة التقديرية المقيدة للقاضي ونوضحها في كل حالة من هذه الحالات خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: عدم النفقة

لقد نص المشرع على هذه الحالة من بين الحالات المجيزة للزوجة طلب التطليق في المادة 53 الفقرة 1 من ق.أ.ج والتي جاء فيها: «عدم الإنفاق بعد صدور الحكم وجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 78. 79 . 80 من هذا القانون».

من هذه الفقرة نستخلص مايلي:

- أ – أن يصدر حكم قضائي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته.

ب–ألا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج بمعنى أن تقوم الزوجة برفع دعوى النفقة أمام القاضي المختص، ويصدر هذا الأخير حكم وفق أحكام المواد 78. 79 .80 من ق.أ.ج وأن يصبح هذا الحكم نهائي.

ويتم تنفيذ الحكم الصادر بإلزام الزوج دفع النفقة، وفي حالة امتناع هذا الأخير عن تسديد النفقة المحكوم بها، فان للزوجة الحق بالمطالبة بالتطليق، وقد قضت المحكمة العليا أن عدم النفقة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يسبب مبرر للتطليق.

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري نظرا لطول إجراءات التقاضي، استعمال القضاء الاستعجالي لطلب استصدار أمر بالنفقة المؤقة[1].

و يسقط حقها في التطليق إذا كانت عالمة بإعساره وقت الزواج، والدليل الإثبات هذه المسألة عامة هو شرط العقد أو البينة و تخضع للقواعد العامة للابثات [2].

[1] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 38

[2] سليمان خالد، المرجع السابق، ص 156

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج بحكم، وعليه سلطة التقديرية للقاضي مقيدة بوجود حكم؟ أم أنه له سلطة تقديرية مطلقة في ذلك؟

للإجابة على هذا التساؤل علينا دراسة بعض قرارات المحكمة العليا و من بينها مايلي :

1. حيث أن قضاة المجلس قضوا بالتطليق بناء على طلب الزوجة بعد أن تأكد لديهم وجود ضرر قضائية متعددة، تبين بالخصوص وجود ضرر خاص يتمثل في استحكام الخلاف الطويل بين الطرفين، بالرغم من الأحكام القضائية بالنفقة وإدانة الزوج جزائيا بسبب الإهمال العائلي المتمثل في عدم الإنفاق كما هو ثابت ومبين بالوثائق المقدمة بالملف والتي فحصها قضاة المجلس بدقة، وسببوا قرارهم وفق القانون بناء على هذه الدلائل، وعليه لا يوجد خرق لقواعد الشريعة الإسلامية التي تجيز للزوجة طلب التطليق في حالات.

من بين أسباب التطليق التي ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة فقرة 1: التطليق بسبب عدم الإنفاق، ويكن هذا مرتهن بشرط تقديم الزوجة حكم على زوجها، كانت تطالبه فيه بالنفقة، وهي نفس حالة الزوجة في هذا القرار حيث بررت ضررها بأحكام قضائية بالنفقة ووفقت المحكمة في قرارها حيث أيدت الحكم الأول في منحها التطليق تطبيقا لنص القانون.

وجاء في قرار أخر لها:

2. من المقرر فقها وقضاء، في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون كمبرر لطلبها التطليق عن زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه بن عاصم، بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق للأجل شهرين دون استحقاق بعدها الطلاق لا من فعله، وعاجز عن الكسوة كمثله فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية إذا كان ثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا، من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبس منفذة، فان قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي. [1]

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 19743، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد 3، ص 76

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن[1].

استدلت الزوجة الراغبة في التطليق أمام قضاة الاستئناف بحكم جزائي، يدين الزوج بتهمة الإهمال العائلي، لكن قضاة الاستئناف رفضوا لها طلبها، وهذا ما رأته المحكمة العليا مخالف للشرع والقانون، بما أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور في مسألة التفريق لعدم الإنفاق، وهذا دفعا للضرر بقيد وجود حكم ضد الزوج يدينه بدفع النفقة وبالتالي هنا سلطة القاضي مقيدة ووجب عليه الحكم بالنفقة.

وورد قرار أخر لها :

3. من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه خرق أحكام الشريعة الإسلامية غير صحيح.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين، وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2].

إن طول أمد الخلاف بين الزوجين، وعدم إنفاق الزوج على زوجته سببين من أسباب التطليق، حيث الزوجة هنا وفقت لإثبات الضرر نتيجة لعدم الإنفاق، وبالتالي فقد رأت المحكمة العليا أن المجلس طبق بشكل جيد المادة 53 من قانون الأسرة، وعلى هذا قامت بتأييد حكم المجلس.

وبعد تحليل هذه القرارات نرى أن القاضي هنا مقيد بوجود حكم قضائي يدين الزوج بعدم الإنفاق، وعليه بحكم للزوجة بالتطليق بمجرد إثبات الزوجة عدم الإنفاق زوجها عليها بواسطة

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 19743، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد 3، ص 76

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/01/26، ملف رقم 44357، مجلة قضائية لسنة 1991، عدد 4، ص 58

حكم قضائي، يلزمه بالنفقة وثبوت امتناع الزوج عن الإنفاق حكم مباشرة بالتطليق على أساس عدم الإنفاق[1].

ومما سبق يمكننا أن نستخلص أن سلطة القاضي في هذه المسألة مقيدة بوجود حكما قضائي وليس له سلطة مطلقة في ذلك.

وأثر هذا ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات إلى منح الزوجة التطليق بناءا على طلب الزوجة التطليق بناءا على عدم الإنفاق.

الفرع الثاني: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة من الحالات الجيزة للزوجة طلب التطليق في الفقرة 02 من المادة 53 من الأمر 02/05 بقولها: «العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج».

وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد هذه العيوب، فلا شك أن المراد بها العيوب الجنسية خاصة، وكذلك الأمراض الجنسية التي من شأنها الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج[2].

ومنه فان العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج قد لا تظهر وقت إبرام عقد الزواج، إذ قد تكون عيوب طارئة طرأت أثناء قيام الحياة الزوجية، وأن تكون هذه العيوب غير ممكنة الإصلاح وغير قابلة للاحتمال، وإلا تكون الزوجة عالمة بها وقت الزواج وراضية بها[3].

ويجدر القول هنا أن المحاكم استقرت في تبيان العيوب بالاستناد إلى الخبرات الطبية والتي يأمر بها القاضي قبل الفصل في الموضوع، خاصة وأن خطورة هذه العيوب لا تقع في دائرة السلطة التقديرية للقاضي ولكن من اختصاص الأطباء، والخبرة الطبية هي دليل الإثبات ومستهجنة دائما، وهناك الأمراض الجديدة التي تختلف من حيث خطورتها ومن ثم إمكانية معالجتها في المدة المحددة شرعا وقانونا، أو استحالة ذلك ومن ثم الحكم بتطليق الزوجة للعيوب[4].

---

[1] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 169

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 157

[3] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 39

[4] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص205

و السؤال الذي يطرح هو: في حالة ما إذا رفعت الزوجة دعوى التطليق بسبب العيوب أمام القاضي، هل على هذا الأخير أن يحكم بالتطليق بمجرد إثبات العيب من طرف الزوجة ؟ أم أن له سلطة تقديرية مطلقة؟

حتى تتسنى لنا الإجابة لابد من دراسة بعض قرارات المحكمة العليا و التي جاءت كالتالي:

حيث جاء في إحدى قراراتها :

1. من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا، ومتى تبين _في قضية الحال_ أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

أعطى القانون الحق للزوجة في التطليق، في حالة ما إذا لم تتحقق أهداف الزواج وجاءت ذلك في المادة 53 فقرة 2 حيث، في معظم الأحيان ما تطلب الشهادة الطبية كدليل لإثبات عيب الزوج، لكن في مثل هذه الحالة فقد استمر الزواج لمدة طويلة ولم ينجب الطاعن أطفالا فكانت المدة الطويلة دليلا كافيا لرفض طعن الطاعن.

و ذهبت إلى قرار أخر :

2. حيث أن عجز الطاعن عن مباشرة زوجته جسميا ثابت باعتراف وبشهادتين طبيتين، وحيث يستفاد من مراجعة الحكم المعاد ومن القرار المنتقد، أن الزوجين المتخاصمين لم يصفا داء فرج الزوج حتى يتبين هل أن هذا المرض يرجى شفاءه أم لا، واكتفى كل واحد منهما بادعاءات لم تبث ثبوتا واضحا.

[1] قرار مؤرخ في 21375، قرار بتاريخ 1999/02/16 العيش فضيل، **قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005**، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر , الطبعة الثانية، 2007)، ص52

وحيث أن الفقه الإسلامي قرر في مثل قضية الحال ضرب أجل سنة كاملة للزوجة يتحصل على البرء، واستقر الاجتهاد القضاء على أن تكون الزوجة خلال تلك المدة بجانب بعلها، وبعد انتهائها ولم تتحسن حالته، فانه يحكم بالتطليق.

وحيث أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بدار زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا، تعد حجة كافية للإثبات عجزه المستمر عن ذلك، وأن مرضه لا يرجي زواله.

وحيث أن هذا الافتراض لا يقبل شرعا، حيث أن الاجتهاد القضائي استقر أيضا على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعوله من يوم تنفيذ حكم القاضي بها.

وحيث إن القرار المنتقد جاء حينئذ مخالفا لمبادئ الإسلامية وإن وجه الطعن صحيح، الأمر الذي يجعل القرار فيه عرضة للنقض[1].

نتيجة لعدم إمكان الزوج من إتيان زوجته، قامت الزوجة برفع دعوى تطليق، مستندة إلى شهادة طبية تثبت ذلك العجز، لكنها لم تثبت إن كان الزوج سيشفى أم لا غير أن قضاة الاستئناف أخذوا بالشهادة الطبية، واعتبروا أن المدة التي كانت على الزوجة أن تنتظر فيها شفاء زوجها، قد احتسبت من المدة التي مكثت فيها مع زوجها دون إتيانها واعتبروا قضاة المحكمة أن هذا خرقا لقواعد الشريعة والقانون.

إن القاضي الذي عرضت عليه قضية حول التطليق بسبب العيوب، فانه إذا ما أثبتت ذلك العيب بالوسائل الشرعية والقانونية ومثال ذلك، شهادة طبية تثبت فيها عقم الزوج، فانه يحكم لها بالتطليق دون أن تكون له سلطة تقديرية مطلقة[2].

وخلاصة القول إن القاضي فيما يخص التطليق بسبب العيوب سلطته مقيدة.

---

[1] قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 19 نوفمبر 1984، ملف رقم 34784 ، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 03

[2] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص172

وعلى هذا فقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات لها، إلى منح الزوجة حق التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج تطبيقا لنص المادة 53 الفقرة 2.

الفرع الثالث: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

نص المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة 04 على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.

يبدوا من خلال هذه الفقرة أنها لم تعتبر الغياب للحبس أو للسجن كسبب للتفريق، وإنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي من أجلها حبس الزوج بغض النظر عن مدة الحبس.

ولم يبين النص مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، وليس هدا فحسب، بل ينبغي أن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية معه، بالتالي حق لها التطليق[1].

فالقاضي الذي تعرض أمامه قضية حول التطليق تأسيسا على الفقرة 04 من المادة 53 ق.أ.ج يحكم للزوجة بالتطليق لشرط وجود الحكم القضائي يجيبها لطلبها، ذلك لأنه في هذه الحالة مقيد بوجود الحكم القضائي وليس له سلطة تقديرية مطلقة في هذا المجال.

أي أن في هذه الحالة أيدي القاضي مقيدتان، وعليه في حالة ما توفر الضرر الحكم بالتطليق فليس له هنا سلطة تقديرية مطلقة بل عليه الامتثال لنص ال مادة53 فقرة3 من ق.أ.ج.

الفرع الرابع: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

نص المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53 إن الغيبة من شأنها أن تكون سببا من أسباب التطليق إذا ما كانت بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

فبالاستناد لهذه المادة نجد أن التفريق هنا جاء بقيود وهي:

1 أن تمضي سنة فأكثر على الغياب من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه.

---

[1] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 199

2 أن يكون الغياب لغير عذر مقبول، ودون سبب شرعي إذ يكون بذلك متعمد إضرارها والإيذاء بها، أما إذ كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائبا لطلب العلم أو للأداء الخدمة الوطنية مثلا فلا يجوز بالتطليق.

3 أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة، فلها أن تطلب التطليق للضرر من الغياب ولو ترك لها مالا تنفق منه.

فإذا عرضت على القاضي قضية حول التطليق تأسيسا على الفقرة الخامسة من المادة 53ق.أ.ج فعلى القاضي أن يجيب لطلب الزوجة، وبالتالي فهو مقيد بتوافر الشروط الواردة في هذه الفقرة، وهذا ما سنراه من خلال القرارات القضائية التالية:

حيث جاء في إحدى قراراتها:

1. حيث يتضح من القرار المطعون فيه، أن المجلس لما قضى بالطلاق بين الزوجين استند إلى حالة الزوجة المتضررة التي أثبتت شكواها بالشهادات الطبية، والتأكد من سوء سيرة الزوج، فالحكم عليه من محكمة الجنايات بعقوبة شائنة، فنستنتج في نطاق اجتهاد المطلق أن ذلك ضرر لحق بالزوجة، ولها طلب الطلاق بالضرر الأمر الذي قضى به لها المجلس.

وحيث أن الزوجة استشهدت بثلاث شهادات طبية تثبت أن زوجها ضربها وجرحها أمام المجلس، ولم تقدمها للقاضي الأول فان هذا لا تعتبر دعوى جديدة لم تسبق إثارتها أمام المحكمة الابتدائية، وإنما الاستدلال بها من قبل التوسع الممكن القبول لا من قبل الطلب الجديد ومن ثم، فان القرار جاء معللا تعليلا كافيا والوجه مردود على صاحبها[1]

لقد منح القاضي التطليق للمرأة، وهذا لما وفرته من تسبيب كافي، جعل به سلطة القاضي مقيدة وبالتالي الحكم لها بالتطليق، فقد أتت المرأة بحكم من محكمة الجنايات يفيد سجن الزوج لارتكابه بجريمة شائنة، وهذا في ظل القانون القديم قبل تعديل 2005 حيث كان يشترط أن تكون العقوبة شائنة.

[1] قرار بتاريخ 1971/03/10، بلحاج العربي، قانون الأسرة،246

وذهبت إلى قرار أخر:

2. إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر، لكون زوجها مسجون يعتبر حكم سليم ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج وحضوره[1].

جاء هذا القرار مطابقا لنص المادة 53 الفقرة 5 حيث أعتبر، أن سجن الزوج يسبب ضرر كافي لمنح الزوجة التطليق، وهذا حتى بدون رضاية الزوج لأن التطليق حق خالص للمرأة في حالة تضررها.

إن المشرع الجزائري جعل لفك الرابطة الزوجية بسبب الغيبة شروط إذ لا بد من غيبة الزوج عن زوجته مدة سنة، بدون عذر ولا نفقة فسلطة القاضي التقديرية هنا مقيدة بتوفر هذه الشروط.

ولقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات لها إلى منح التطليق للزوجة، بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية تطبيقا لنص المادة 53 فقرة 04.

الفرع الخامس: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

و هذا ما نصت عليه الفقرة 9 من المادة 53 من الأمر 02/05، و عليه يمكن الرجوع إلى أحكام المادة 19 من الأمر 02/05 التي تنص على إمكانية اشتراط شروط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، لكل الشروط التي يريانها ضرورية ، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، و عمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هدا القانون[2]، و نصت الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة بالقول :«غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما».

[1] حفيظة فضلة، المرجع السابق ، ص 175

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 166 وما يليها

إذن فالمشرع الجزائري أجاز وبصريح النص للزوجين أن ينفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون.

إن استنادا للأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، فاللزوجة الحق في أن تقيم ضده دعوى قضائية وتطلب التطليق ويستجيب القاضي لطلبها.

كخلاصة عامة لهذا المطلب فان للقاضي في بعض الحالات التي ذكرناها، سلطة تقديرية مقيدة في التثبت من وقوع الضرر وتكون عادة سلطته مقيدة بحكم كما هو الحال في عدم الإنفاق، أو بشروط مذكورة في عقد الزواج، أو في عقد لاحق كما هو الحال للاشتراط في عقد الزواج.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر l'autorité discrétionnaire absolue du juge pour prouver la survenue d'un préjudice

إن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري تنص على بعض حالات التي تجعل سلطة القاضي مطلقة وواسعة، وذلك راجع لصعوبة إثباتها من طرف الزوجة:

- الهجر في المضجع
- الفاحشة المبينة
- الشقاق المستمر
- الضرر المعتبر شرعا

وعلى هذا يجب دراسة كل حالة على حدي، حيث قمنا بتقسيم المطلب إلى أربعة فروع ففي **الفرع الأول:** الهجر في المضجع والفرع **الثاني:** تطرقنا فيه للفاحشة المبينة ثم **الفرع الثالث:** يتناول الشقاق المستمر بين الزوجين وفي الفرع **الرابع:** والأخير جاء فيه الضرر المعتبر شرعا، كذا الغيبة إذا توفرت شروطها وجب على القاضي النطق بالتطليق، وهذا نفس الشيء بالنسبة لأسباب التطليق التي ذكرناها، والتي تكون فيها سلطة القاضي مقيدة إذا ما تحققت شروطها.

الفرع الأول :الهجر في المضجع

لقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة 53 الفقرة 03 ق.أ.ج ، بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع، فوق أربعة أشهر و عليه.

يشترط في الهجر المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاثة شروط:

1. هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها، وعدم قربانها.
2. أن يكون هذا الهجر عمديا، ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.
3. أن يتجاوز للهجر الأربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والأخر.

أما إذا كان الهجر بسبب شرعي أو عذر قانوني، كوجود الزوج في المستشفي أو في الخدمة العسكرية فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها[1].

والسؤال الذي يتبادر غالى الأذهان الآن هو هل بإثبات الزوجة للهجر يحكم لها بالتطليق فورا؟ أو للقاضي هنا سلطة تقديرية لدراسة الضرر ؟.

إن مسألة إثبات الهجر صعوبات كثيرة من الناحية العلمية خاصة، وأنها تتم في إطار مغلق بين الزوجين، فلا يمكن إثباتها بمجرد ادعاءات الزوجة، وهو ما يجعلها في معظم الأحيان تعجز عن ممارسة هذا الحق بالاستناد إلى هاته الفقرة، ورغم ذلك تمكن إثباتها بالتحكيم فيكون المحكمين من أهل الزوجين شهود إثبات على منشأ الخلاف، كما يجوز إثباته بهجر الزوج لبيت الزوجية أو طرد الزوجة إلى بيت أهلها[2].

بما أن هناك صعوبات في إثبات الضرر في هده الحالة، وأن في الكثير من الأحيان تعجز الزوجات عن إثبات هدا الضرر، فكيف يمكن للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة فبغياب الدليل، وعليه فسلطة القاضي مطلقة هنا أي بما أن هناك غياب في الدليل فهنا القاضي يستعمل سلطته التقديرية في تقدير إن هناك فعلا ضرر وإن كان هناك مدى تأثيره على الزوجة.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289

[2] معاشي سميرة، المرجع السابق، ص204 وما يليها

الفرع الثاني: الفاحشة المبينة

أوردتها المادة 53 قانون الأسرة جزائري في البند 7 التطليق للفاحشة المبينة، وهي بند يكاد ينفرد به التشريع الجزائري دون سواه من الدولة العربية الإسلامية، التي يدخل في نطاق الفقرة 6 من المادة 53 قانون الأسرة، باعتباره ضرر معتبر شرعا أو إدخاله ضمن باعتباره من الأفعال المشينة بشرف الأسرة.

فالمقصود بالفاحشة المبينة، الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي والتي تعد من بينهما: الزنا، الشرك بالله، شرب الخمر .... الخ[1].

وقد عرفتها المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجريمة فاحشة والمتمثلة في ارتكاب العلاقة الجنسية بين الأقارب من الفروع والأصول، بين الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم أحد الفروع ...الخ[2].

وعلى ذلك يمكن أن يتبادر في الأذهان تساؤل عن سلطة القاضي هنا، هل هي مطلقة أو مقيدة القاضي قي تقدير الضرر والتأكد من وقوع الفاحشة.

لتوضيح هذا علينا الاضطلاع إلى القرار التالي:

حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا :

1. حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين بأن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أن الطاعن يتعاط الخمر والسهرات الليلية، وله علاقة غير شرعية مع إحدى الفتيات وانه تخلى عن كل واجباته الزوجية، وهجرها في المضجع بينما أنكر الطاعن ذلك، وأن المحكمة قدرت بأن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية، استنادا إلى كون الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتنفيذ مزاعمها وتأكيد دفوعه، وانه لذلك يتعين الاستجابة لطلبها والتصريح بالتطليق للضرر المعتبر شرعا.

---

[1] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 208

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 43

وحيث أنه في التسبيب خرق لقواعد الإثبات التي تقضي من المطعون ضدها _بصفتها مدعية_ تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن، خصوصا وإن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار التغيب الطاعن عن جلسة الصلح دليلا على ما نسب بقواعد الإثبات، ويقتصر دورها على ما تصلح عليه الطرفان، وما اختلفا بشأنه أو أقرا به، وعليه فان هذين الوجهين مؤسسين وينجز عنهما نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين[1].

حيث أن الزوجة تضررت من زوجها الذي يتعاط الخمر والسهرات الليلة وقام بعلاقة غير شرعية، فكل هذه الأفعال تعتبر أفعال فاحشة لكنها لم تثبت مزاعمها غير أن المحكمة منحت لها التطليق، بناء على أن الزوج لم يحضر إلى جلسة الصلح لتأكيد دفوعه، وهذا التسبيب الذي بنت عليه المحكمة حكمها لم تقبله المحكمة العليا، على أساس أنه ليس وسيلة إثبات وبالتالي نقضت الحكم.

فهنا كانت سلطة قاضي المحكمة العليا مطلقة في عدم الأخذ بادعاءات الزوجة ضد زوجها، وبالمطالبة بإثبات الزوجة مزاعمها ضد الزوج كما أيضا تتجلى هنا سلطة القاضي المطلقة في عدم اعتبار تغيب الزوج عن جلسة الصلح دليلا كافيا.

أن القاضي حين ترفع إليه الزوجة طلب التطليق بناء على ارتكاب زوجها الفاحشة، فانه لا يجيبها إلى طلبها، إلا بعد أن يتأكد من أن فعل المرتكب فاحش انطلاق من سلطة القاضي مطلقة وواسعة في هذا المجال [2].

الفرع الثالث: الشقاق المستمر بين الزوجين

نصت الفقرة من المادة 53 من قانون الأسرة بأحقية الزوجة المطالبة بالتطليق، نظرا للشقاق المستمر بينهما كاستفحال الخصام بينهما ولمدة طويلة، تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة.

[1] ملف رقم 654972 ، بتاريخ 15 سبتمبر 2011، لحسين بن شويخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 165

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص184

هذا وقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة 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 يقدمان تقرير عن مهمتهما من أجل شهرين.

ومن هنا نتوقف أمام التساؤل التالي: هل سلطة القاضي مطلقة أم مقيدة فيما يخص الإثبات الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين؟

حيث جاء في إحدى قراراتها:

1. من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضى بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما.

فان القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهدا السبب كاف للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار[1].

إن إصابة الزوجة بمرض الأعصاب، كان دليل كاف على أنها تضررت من حالة الشقاق المستمر بين الزوجين، حيث أن في هذه الحالة تكون سلطة القاضي مطلقة على أن يقدر أي دليل إن كان كاف أم لا، وفي هذه الحالة اعتبرت مرض الزوج وسيلة أثبات كافية.

كما جاء في قرار أخر لها:

2. من المقرر فقها وقانونا، انه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجية، أو في حالة عدم الإنفاق ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح.

[1] ملف رقم 139353، بتاريخ 1996/09/24، بلحاج العربي، **قانون الأسرة**، ص 266

و لما كان من الثابت _في قضية الحال_ أن المجلس القضائي لما قضي بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين و ثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق، يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

تضرر الزوجة بطول أمد الخلاف وعدم الإنفاق، منح لها الحق بالتطليق مع إثباته للضرر، وهذا القرار مثال عن التطبيق السليم للمادة، من طرف الزوجة التي أثبتت تضررها بالقدر الكافي ومن طرف القاضي الذي أحسن تقدير الضرر.

وجاء في قرار أخر:

3. لكن بمراجعة القرار المطعون فيه نجده اعتمد في قضائه بالتطليق على عدة قرائن من بينها طلب المطعون ضدها التطليق و فشل محاولة الصلح بين الطرفان، و عدم قيام الطاعن بتنفيذ الحكم القاضي بالرجوع، إضافة إلى ما قدمته المطعون ضدها من شهادات طبية تدل على إصابتها بمرض الأعصاب، و أن استفحال الشقاق بين الزوجين يكفي وحده للتفريق القضائي شرعا، و هو ما يجعل القرار المطعون فيه قد جاء وفقا للقانون و يرفضه الوجه رفض الطعن[2].

لقد خول القانون للمرأة في التطليق كل وسائل الإثبات، من بينها ما جاءت في القرار أولهما القرائن، والتي جاءت في شكل فشل مساعي الصلح بين الزوجين وعدم قيام الطاعن بتنفيذ الحكم القضائي بالرجوع، تم استدلت بشهادات طبية تثبت إصابتها بمرض الأعصاب، وعلى هذا ثبت للزوجة حالة الشقاق المستمر التي تعتبر من أحد أسباب التطليق وبالتالي منح لها التطليق.

إن سلطة القاضي التقديرية مطلقة وواسعة للحكم بالتطليق، متى اقتنع القاضي بضرر الزوجة من جراء الشقاق المستمر بين الزوجين، و لقد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات إلى منح للزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين.

---

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 44457، مجلة قضائية لسنة 1991، العدد 04، ص88

[2] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353، مجلة قضائية لسنة1997، بتاريخ 1996/9/24، ص 99

الفرع الرابع : الضرر المعتبر شرعا

الفقرة العشرة من المادة 53 من قانون الأسرة أجازت هي الأخرى للزوجة المطالبة بالتطليق دون تحديد للضرر المعين، والضرر هو الذي يلحق الزوج بزوجته بمختلف أشكاله وأنواعه ويمكن القول إن كامل فقرات المادة 53 تشكل ضررا للزوجة[1].

فالمشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية، وبدون أي قيد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره هذا[2].

4. وقد ذهبت المحكمة العليا في عديد من قراراتها إلى منح الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر، المعتبر شرعا و الذي يعتبر سبب من أسباب التطليق المذكور في المادة 53 ق.أ.ج حيث جاء في إحدى قراراتها :

1. من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، و لا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه، و القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة.

وعليه يستوجب النقض الحكم، الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها[3].

حتى يتسنى للزوجة التطليق، يجب أن تكون متضررة فعلا من زوجها و أن تثبت ذلك الضرر الواقع عليها، و هذا شرطا جوهري في التطليق، بل هو الذي يميزه عن الخلع فلا يكفي نفورها من زوجها و عدم رغبتها فيه للتطليق، لأن في هذه الحالة يمكن أن تلتجئ إلى الخلع.

2. إن القواعد الشرعية تقر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقد الزواج، أو سبق أن سكنت مع أقارب بعلها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم.

---

[1] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص44

[2] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الجزء الأول الزواج و الطلاق**– ص 301

[3] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35891، بتاريخ 1985/02/25، مجلة قضائية لسنة 1989، العدد 1 ص 20

وحيث أن المستفاد من مراجعة القرار المنتقد، أن الزوجة أسست طلبها للانفصال بالسكن عن أهل زوجها، على الضرر الذي تشكوه من العيش مع أختين له عانستين تعيشان تحت سقفه، وعلى تصرفه موضحه أن هاتين تتعديان عليها بقساوة المعاملة والاهانة والضرب والشتم.

وحيث لم يأخذ قضاة الموضوع بالاعتبار تلك الشكوى، واكتفوا بإلزام الزوج بإعداد السكن المطلوب بشق لاحقة بدار أهله وفي جوارهم مباشرة، مع أن الزوجة تشتكي من ذلك الجوار نفسه، فلهذا يكون قرارهم هضم حقا ثابت للزوجة شرعا مما يعرض النقض والإبطال[1].

يعتبر الحصول على مسكن منفرد بشروط من بينها حال الزوج من أحد حقوق الزوجة غير أن المجلس، لم يحترم هذا الحق و لم يمكن للزوجة منه، حيث أن الزوجة تتضرر من السكن مع أهل الزوج، غير أن المحكمة العليا رأت الضرر و نقضت قرار المجلس.

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1971/03/03، العربى بلحاج، **قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006** ، (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة)ص246

المبحث الثالث: معوقات إثبات الضرر obstacles a trouver l'endommagement

إن المشرع الجزائري أعطى للمرأة الحق في فك الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية وبإثبات الضرر.

وهذا ما تناولته المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وعند تحليل هذه المادة، التي جاءت تقر حق المرأة في حل الرابطة الزوجية وجهت لها عدة انتقادات، ومن بينها أنها جاءت بحالات وردة على سبيل المثال لكنها ذات طابع مقيد لأنها تشترط استخدام وسائل الإثبات، ويصعب على المرأة تقديم الدليل فيما تدعيه.

وعلى هذا ارتأينا إلى تقسيم المبحث إلى مطلبين، **فالمطلب الأول:** جاءت تحت عنوان معوقات الإثبات من حيث النصوص والمطلب **الثاني:** جاء تحت عنوان إشكالات إثبات الضرر من حيث التطبيق.

المطلب الأول : إشكالات إثبات الضرر من حيث النصوص obstacles a trouver l'endommagement d'après les textes

كلنا متفقون أن الشرع والقانون خول للمرأة الحق في التطليق، وأنه مقيد بوجوب إثبات الضرر الواقع عليها وإلا رفضت دعواها لعدم التأسيس، وهذا ما تنتهي إليه معظم دعاوي التطليق، ما يعني أن هناك إشكالات في إثبات الضرر من خلال فقرات المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: في عدم الإنفاق

إن النص تطلب في حالة امتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، و على ما يبد أنه لا ضرورة لهذا الحكم لأن النفقة واجبة في الأصل و بحكم الشرع و القانون، فكان من المفروض أنه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية، و كذا امتناع الزوج عن النفقة حيث يظهر إشكال أيضا هنا، إذ انه من الصعب إثبات عدم إنفاق الزوج لكننا نفترض أنها أثبتت ذلك، فيقوم القاضي

مباشرة بتوجيه اعذرا للزوج ينذره فيه بأن ينفق على زوجته فورا، أو يحدد له أجلا إن كان معسرا و إلا تعرض للمتابعة بإجباره على الإنفاق، و بإمكان الزوجة أن تطلب التطليق إذا لم يتفق[1].

بينما عند الفقهاء إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، ولم يجد ما ينفق عليها في حين أنها لم تصبر عليه جاز لها أن تطلب التطليق عند القاضي، فإذا رفعت أمرها إليه أمر هذا الأخير الزوج وخيره بين الإنفاق والطلاق، وإذا لم يفعل واحد من هادين قام القاضي وطلقها عليه وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة[2]، فهم لم يشترطوا حكم قضائي بالنفقة وهذا ما كان عليه أن يقوم به المشرع الجزائري.

والذي يعاب أيضا على هذه الفقرة هو أنها أشارت إذا كانت الزوجة عالمة بإعسار زوجها قبل الزواج، فلا يجوز لها طلب التطليق لأنها رضيت به زوجا وهو معسر.

صحيح أن بعض الفقهاء في كتبهم الفقهية لا يسمحون بالتطليق لسبب عدم الإنفاق، غير أن هناك بعض المعطيات، صارت تفرض نفسها بسبب تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، فلو سلمنا بما هو منصوص عليه في القانون بصورة مطلقة لعاقب القانون الكثير من الزوجات بسبب اختيارهم، فلو فرضنا أن زوجة ما رغبت الزواج برجل ليست لاعتبارات مالية وإنما لاعتبار أخر كالشهادة العلمية.

أي كونه خريج جامعي لكنه لم يحصل على وظيفة بعد ظنا منها بأن المسألة عابرة وقتية، وبعد الزواج طال انتظارها ولم يجد الزوج الوظيفة، ولم يتمكن من توفير النفقة لها، ألا يحق لها أن تطلب التطليق إذا أرادت؟ بل قد تكتشف بعد الزواج بأن الزوج يتقاعس عن البحث عن عمل يمكنه عن الإنفاق عليها.

إن التمسك بحرفية النص السابق يؤدي، إلى القول بأنه لا يحق لها طلب التطليق، لكن إذا أخدنا بروح النص نقول بأن لها الحق في طلب الطلاق.

---

[1] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 189

[2] حفيظة فضلة ، المرجع السابق، ص 13 و ما يليها

ولذلك كان على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة، تجمع بين المبدأ والاستثناء وخصوصا إذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق، ولا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها عن طلب الطلاق[1].

كما الملاحظ في، حالة امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته و إعساره، و انه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر الزوج بها أو امتنع عنها في التفريق للإعسار، و انه لم يفرق بين الزوجة الغنية و الزوجة الفقيرة في التفريق للإعسار، و انه لن ينص على أي اجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى أو طلب التطليق، مما يستوجب الرجوع إلي أحكام الفقه المالكي لتكملة النص، باعتبار أن المالكية هي مصدر التشريع في هذه المسألة، و ليس كما ذهب بعض الشراح استنادا إلي المادة 222 من ق.أ.ج باعتبار أن بعض المذاهب لا تعترف أصلا للتطليق عدم الإنفاق أو التفريق لإعسار كالمذهب الحنفي مثلا[2] .

وكل هذه الانتقادات على الفقرة 1 من المادة 53 من ق.أ.ج. تصبح إشكالات على الزوجة مواجهتها للإثبات الضرر وحصولها على ما يحق لها.

الفرع الثاني : في العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

إن الإشكالات المثارة حول هذه الفقرة عديدة و نذكر منها :

إن الفقرة 2 من المادة 53 تكلمت عن العيوب التي توجد في الرجل، فهي أخذت برأي الأحناف وقصرت حق طلب التفريق على الزوجة وحدها، والمصلحة تقضي بأخذ برأي الجمهور، ويعطي لكل من الزوجين حق طلب التطليق بالعيب المستحكم في الأخر، ولا يقال إن الزوج يملك الطلاق للآن أعباء التطليق غير أعباء الطلاق[3].

كذلك الذي يعاب على المشرع في هذه الفقرة، أنه حصر العيوب في تلك العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، قاصدا بذلك العيوب التناسلية متجاهلا العيوب الأخرى

---

[1] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 189 و ما يليها

[2] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ص 279 وما يليها

[3] محمد كمال الدين أمام، المرجع السابق، ص92

التي قد تنفر الزوجة من زوجها، حتى ولو لم تأثر عن الهدف من الزواج، خصوصا إذا كانت تجهلها قبل العقد أو الدخول مثل العرج والعمى وباقي الإعاقات الأخرى.

أيضا القانون لم يحدد مدة إهمال الزوج الذي به يؤدي إلى خلاف بين قضاة المحاكم من ناحية، و بين المتقاضين أنفسهم من ناحية أخري، إلا أنه جري القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدة للزوج، و هي سنة و انتظار انتهاءها و مدى شفاء الزوج من العيب سبب دعوى التطليق[1]، فقد كان من الأحسن على المشرع الجزائري، أن يبين هذه المدة في المادة كما فعل القانون السوري في المادة 107 و التي تقول على أنه إذا كانت العلل المذكورة في المادة 105 غير قابلة للزوال ممكنا، يؤجل الدعوى لمدة سنة لا نتجاوز السنة فادا لم تزل فرق بينهما[2].

الفرع الثالث : الهجر في المضجع

فيما يخص الهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق، فهو الأخر يتضمن إشكالات أولهما، أن المشرع الجزائري أغفل ذكر الايلاء الذي يكثر بين الناس لدعاويه المتعددة، إضافة إلى انه قاعدة شرعية ذكرها الكريم[3] في قوله تعالى: «للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا الله رحيم و ان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم»[4].

كان على المشرع التحدث عن الايلاء وذلك لتشابهه مع الهجر، إذ أن الايلاء أيضا يلحق ضررا للزوجة بسبب هجرها، ترك ما هو من لوازم الفطرة البشرية، وذلك بالامتناع عن معاشرتها جنسيا ونظرا للضرر بها قيده الإسلام بأربعة أشهر[5]، فالايلاء تعليق الطلاق على أمر من الأمور يجب ألا يلجأ إليه الأزواج أما الهجر في المضجع تأديب.

فالمشرع أهمل الايلاء لأنه يمينا معلقة على شرط، فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع، و لكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله عدم الحصول، و لما كان

---

[1] نذير سعاد، المرجع السابق، ص 46 و ما يليها

[2] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 195

[3] فضيل سعد، المرجع السابق، ص279

[4] الآية 34 من سورة النساء

[5] نصر سلمان, سعد سطحي، المرجع السابق، ص147

المشرع قد جعل الشريعة مصدر الأحكام التي لم يرد شأنها نص، على هذا وجب التكلم على الايلاء كسبب للتطليق في هذا المكان لتشابهه مع نص المادة 53فقرة3[1].

كما إن المتأمل في هذه المادة يلاحظ عدم بيانها لنوع الفرقة الحاصلة بسبب الهجر لمدة أكثر من أربعة أشهر، هل تعتبر طلاقا رجعيا كما ذهب لذلك جمهور الفقهاء، أم تعتبر طلاقا بائنا كما قال بذلك الحنفية؟ أم أن كل طلاق يحدثه القاضي فهو بائن؟ هذا ما لم تحدده المادة و لم تنص عليه[2] .

الفرع الرابع: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

الغائب يقصد به التشريع الجزائري الوارد في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري والذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل الإقامة، أو إدارة شؤونه نفسه لمدة سنة وتسبب غيابه ضرر للغير.

و هنا وجب عدم الخلط بين أحكام هذا النص مع أحكام المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة، و ليس حمايتها من الإضرار بها كما تقضي الحالة الأولى، أن يكون الزوج معلوم الوجود و محقق أمر حياته، في حين أن الحالة الثانية تفترض أن لا يعرف مكانه و لا يعرف إن كان حيا أو ميت[3]، و الإشكال الثاني هو إذا رفعت الزوجة دعوى الطلاق بسبب الغياب عليها إثبات حالة الغياب لمدة تفوق سنة ،و انتفاء عذر الغياب أو الاستمرار فيه، و كان من الأحسن لو أن المشرع فصل في الموضوع بشكل يرفع اللبس، فقد يكون منطلق غياب الزوج له ما يبرره، كالبحث عن وظيفة في الخرج و يتعمد بعد ذلك عدم العودة إلى الزوج.

كما أن الغياب غير مبرر للزوج يعني أنه قد تعمد الإضرار بها، وهذا سبب كاف وحده لطلب الطلاق بغض النظر عن الإنفاق، فكان على المشرع أن يكتفي بالغياب بدون عذر و لعله قصد الإضرار المزدوج في صورته المادية و المعنوية[4]، و لكن كان من الأحسن على المشرع الجزائري

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق، ص279

[2] نصر سلمان، سعاد سطح، المرجع السابق، ص148

[3] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 207

[4] بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 201

أن يتبع الفقه المالكي و الحنبلي، إذ أنه إذا مضت السنة فلها أن تطلب التطليق للضرر من الغياب و لو ترك لها مالا تنفق منه و هي نظرة صائبة للان غياب الرجل عن البيت سيترك فراغا كبيرا تتأذي منه الزوجة و الأولاد, و الواقع الاجتماعي يؤكد أن انحراف الأولاد سببه الرئيسي هو الأبوين أو أحدهما و بخاصة الأب[1].

وهذا ما ذهب إليه أيضا القانون السوري في المادة 110 على أنه إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أو تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

فهنا المسألة تتعلق بالغياب لمدة محددة في هدا القانون بغض النظر عن الإنفاق، لأن الغياب إذا طال مدته بغير مبرر يعتبر ضررا للمرأة، وهذا هو الأصوب[2].

الفرع الخامس: ارتكاب فاحشة مبينة

لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالفاحشة، ويتصور أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية، أو الجرائم الأخلاقية، ولم يتحدث النص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة؟ أم يكتف اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة ؟ خصوصا أنه من الناحية القضائية فان الزوجة مطالبة بالإثبات[3].

في الأخير كل هذه الإشكالات المتعلقة في بعض الأحيان عن سوء صياغة فقرة أو عن إهمال جزئيات ضرورية كان لابد على المشرع ذكرها تجعل القضاة لا يحسنون تطبيق هذه المادة (53 ق.أ.ج) بسبب غموض فقرات هذه المادة و بالتالي ما ينتج عنه غالبا رفض دعوى الزوجة في طلبها التطليق لعدم التسبيب .

[1] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص162

[2] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 202 و ما يليها

[3] المرجع نفسه, ص 205

المطلب الثاني : إشكالات إثبات الضرر من حيث التطبيق obstacles a prouver l'endommagement en terme de l'application

بعد أن رأينا إشكالات إثبات الضرر من حيث النصوص في المطلب الأول سنرى أنه هناك إشكالات أخرى من حيث التطبيق، فلهذا نتوقف أمام الطرح التالي: ما هي إشكالات الإثبات من حيث التطبيق ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب علينا أن ندرس بعض القرارات القضائية للمحكمة العليا حتى تتسنى لنا هذه الإشكالات.

الفرع الأول: في تناقض الأحكام contradiction des jugement

تتمثل إشكالات إثبات الضرر من حيث التطبيق، في تناقض أحكام قضائية في قضايا متشابهة، وعلى هذا قمنا بالمجيء ببعض القرارات القضائية كأمثلة عن هذا الإشكال:

1. بتاريخ 1989/01/02 اعتبر أن الشهادة الطبية للإثبات اعتداء الزوج لا يعد سبب كافي للتطليق للضرر و جاء في حيثيات القرار ما يلي: حيث أن تطليق الزوجة على زوجها يتوقف على أن يكون لها أحد أسبابه الشرعية، و حيث أن الزوجة لم تقدم سوى شهادات طبية التي لا يعمل لها في هذه الأمور وحدها إذ الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب، و إنما يشهد على ما يراه في أعلى جسم الإنسان، و من ثم لا يوجد أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، إذا حكم بالتطليق فانه خالف القواعد الشرعية و القانونية الأمر الذي يستوجب معه النقد[1].

صحيح أن للمرأة الحق في التطليق لكن هذا الحق مقيد بشرط إثبات الضرر، و ثم على سلطة القاضي التقديرية في تقدير هذا الضرر، فلإثبات الضرر للمرأة الحق في استعمال كل

وسائل الإثبات كما هو الحال في هذا القرار، حيث استدلت الزوجة بشهادة طبية للإثبات الضرر، غير أن القاضي لم يرقى بهذه الشهادة الطبية إلى حد الدليل الكافي للإدانة زوجها و بالتالي الحصول على التطليق.

---

[1] قرار قضائي بتاريخ 1989/01/02 ، **لوعيل محمد لمين**، (الأحكام الجزائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2010)، المرجع السابق، ص 98

غير أنه في قرار أخر و تقريبا بنفس الحيثيات جاء القرار مناقضا لهذا القرار حيث يقول هدا القرار :

2. لا يعد شرطا في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب و الجرح بحكم جزائي فقط بل يكفي الإثبات بالشهادة و حسب [1].

يمكن أثبات الضرر الواقع على الزوجة من زوجها، بكل وسائل الإثبات منها الشهادة الطبية.

3. من المقرر قانونا، أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع.

و متى تبين _من قضية الحال_ أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابت و أن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة و عليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول و الحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون[2]

اعتبرت المحكمة العليا أن عدم إتمام الزواج بالدخول يشكل سببا من أسباب التطليق، هذا لما قد يأتي به من ضرر معنويا للزوجة، فالقاضي هنا بالإضافة إلى الحكم بالتطليق مكن الزوجة تعويض، و بذلك طبق المادة 53 مكرر من ق.أ.ج التي تقول :

« يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ».

فهنا المحكمة العليا وفقت في قراراها و لكن في قرار أخر مشابها لهذا قضت بقرار مخالف و جاء في القرار :

4. حيث أن القضاة، غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها.

بالإضافة إلى ذلك، فالقرار المطعون فيه ذكر في أسبابه أنه ثبت للمجلس من وقائع الدعوى، أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف عليه في طلب الطلاق و قبل الدخول غير ثابتة، و عدم إتمام الزواج بالدخول قد يلحق أضرار معنوية للمستأنفة، و مع ذلك فمسألة الضرر ما هي إلا

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 575540، بتاريخ15جويلية, العدد الثاني ، ص278

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 216865، بتاريخ 1999/03/16، عدد خاص، ص 256

مسألة موضوعية، من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع مما يجعل الوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[1].

ترجع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر، إن كان هذا الضرر يستحق التعويض أم لا، حيث في هذا القرار رأى القاضي أن الزواج و عدم إتمام بالدخول يشكل ضررا، لكنه لا يرتقي إلى الضرر الذي يستحق التعويض، و هنا نلاحظ أن هذا القرار جاء مخالف لما جاء به القرار القضائي رقم 04.

5. من المستقر عليه فقها وقضاء، أن دعوى طلب التطليق من قبل الزوجة قبل الدخول، لا تقبل إلا إذا كانت من وليها، ولا يجاب إلا إذا كان له سبب وجيه، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هدا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت _في قضية الحال_ أن المجلس القضائي لما قضي بقبول دعوى الزوجة الغير مدخول بها، والحكم بتطليقها يكون قد خالف المبادئ الشرعية، رغم أنها لازالت تحت سلطة الولي المجبر، والذي يعد مسئولا عن إتمام الزواج أو تحمل نتائج المطعون فيه.

متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

اعتبرت المحكمة أو الزوجة الغير مدخول بها أي البكر، لا تستطيع أن ترفع دعوى التطليق إلا بوجود وليها بناء على أن الولي في الشريعة الإسلامية هو الذي يقوم بتزويجها بما أنه يقوم بتزويجها فيستنتج انه يقوم بتطليقها أيضا ، و هذا المبدأ لم يحترمه المجلس و لهذا نقضت المحكمة العليا هذا الحكم و اتبعت ما جاء في معالم الإسلام الكريم.

6. ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة و ليس من طرف الولي[3].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/02/22، ملف رقم 235367، مجلة قضائية لسنة 2001، العدد 01، ص 275

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/11/09، ملف رقم 47059 ، مجلة قضائية لسنة 1992 ، العدد 03، ص 72

[3] قرار العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 372290، بتاريخ2006/10/11 ، مجلة قضائية ، سنة2007، عدد2 ، ص449

يعتبر الولي في عقد الزواج ركن من أركانه، و ليس شرطا من شروطه فتستطيع المرأة في عقد الزواج أن تختار أي أحدا يتولها، و لا يشترط أن يكون أبواها أو أحد أقاربها فإذا استطاعت المرأة أن تتزوج بكل هذه السهولة فهذا الشيء ينطبق حتى على الطلاق.

و هذا قرار المحكمة العليا جاء متناقض مع قررا أخر لها(رقم 5أعلاه)، الذي يقول بأن ليس للمرأة أن تطلق من دون وليها.

الفرع الثاني : في مخالفة مبدأ التطليق violation du principe du divoce

1. القرار المطعون فيه، قذ خالف أحكام الشريعة الإسلامية في الطلاق الذي هو ملك في عصمة الزوج، الذي مافتئ في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته، وبالتالي الحكم بتطليقها من طرف قضاة الموضوع، لا مبرر له شرعا ولا قانونا[1].

لقد أوكل المشرع مصير العشرة الزوجية إلى إرادة الزوج طبقا لأحكام القانون و مقتضى السنة، و هذا تماشيا مع طبيعة الرجل الذي يغلب عليها الاتزان و الحكمة[2]، لكن في المقابل خول للمرأة الحق في التطليق، إذا كان في هذا رفعا للضرر و على عكس ما جاء في القرار فلا يشترط أن يكون التطليق برضا الزوج

فيتم رغم معارضة الزوج طالما أن الزوجة متضررة من العشرة الزوجية معه و حقوقها مهضومة، فما جاء به هذا القرار يعتبر أحد من إشكالات إثبات الضرر من حيث التطبيق .

2. من المقرر شرعا و قضاء أن الحكم بتطليق الزوجة جبرا على زوجها يكون مخالفا للقواعد الشرعية و القانونية، إذا كان غير قائم على أحد الأسباب الموجبة للاثباته شرعا، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشرعية، و لما كان من الثابت _في قضية الحال_ أن الزوج تمسك بطلب إرجاع زوجته في سائر مراحل النزاع و مع ذلك، فان قضاة الموضوع قضوا بالطلاق بين الزوجين بتظليم الزوجة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا قواعد شرعية و قضائية.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1983/03/14، ملف رقم 29236، عدد 03، ص 83

[2] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 263

و متى كان ذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه [1].

يعتبر التطليق سلاح في يد المرأة ضد الأضرار التي يمكن أن تواجهها من طرف زوجها، و بالتالي إذا توافرت لديها سبب من أسباب التطليق، و كان هدا السبب معلل بأحد وسائل الإثبات، فهنا يحكم لها القاضي بالتطليق حتى و بدون رضا الزوج، و من بين الوسائل الإثبات المعمول بها في القضاء شهادة شهود، شهادة طبية، حكم قضائي ضد الزوج.

من خلال ما سبق من الأحكام يرى أن مبدأ التطليق قد تم خرقه، إذ أن مفهوم التطليق هو فك الرابطة الزوجة من طرف القاضي، بطلب من الزوجة إذا ما توافرت سبب من أسباب التطليق المنصوص في المادة 53 ق.أ.ج، على شرط أن تثبت الزوجة الضرر و أيضا بدون إرادة الزوج أي حتى إن كان غير موافق على هذا التطليق، غير أن ما جاء في الأحكام هو انه في حالة عدم موافقة الزوج بالتطليق فانه لا يتم و هذا خطأ.

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1985/03/25، ملف رقم 36784، مجلة قضائية لسنة 1990 ، العدد 02، ص50

الملاحق

الملحق رقم : 01

نسخة

الأستاذة معمري عزري منيرة
محامية معتمدة لدى المحكمة
العليا ومجلس الدولة
37 نهج محمود نفير سكيكدة
الهاتف : 038.75.13.26

محكمة سكيكدة
2015 يوم 12
1933 رقم

محكمة سكيكدة
قسم شؤون الأسرة

عريضة إفتتاح دعوى

****

لفائدة :/ زواوي يسمة الساكنة بحي صالح بوالكروة 02 عمارة 14 رقم 03 ولاية سكيكدة
- مدعية – القائمة في حقها الأستاذة معمري عزري منيرة .

ضـــد :/ 1 – خلفة سامل حسام الساكن بعمارة سونلغاز الطابق التاسع حي بوعباز ولاية سكيكدة

2 – النيابة العامة ممثلة بالسيد وكيل الجمهورية لدى محكمة سكيكدة

- مدعى عليهما -

****

لبطيب لهيئة المحكمة الموقرة

من حيث الشكل :

حيث أن العريضة جاءت مستوفية لجميع الشروط الإجرائية المنصوص عليها بالمواد 13،14،16،17،21،22،423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادة 03 مكرر من القانون رقم 84 -11 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 مما يتعين قبول الدعوى شكلا .

من حيث الموضوع :

حيث أن المدعية زوجة شرعية للمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي مسجل لدى ضابط الحالة المدنية لبلدية سكيكدة مؤرخ في 2014/08/18 تحت رقم 1201 كما هو ثابت بعقد الزواج المرفق .

حيث أن مهر المدعية حدد بقيمة 100000 دج كما أن الدخول لم يتم بعد .

حيث أن المدعية أقامت حفل زفافها وإشترت عدة مستلزمات للبيت وأنفقت الكثير من المال لأجل توفير وإتمام مراسيم زواجها .

حيث أن المدعية قبلت الزواج بالمدعى عليه لأجل تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة ولكنها تفاجأت بتصرفات المدعى عليه التي توحي بعدم مسؤوليته وعدم إحترامه للرابطة المقدسة وهو عقد الزواج .

حيث أن المدعى عليه يقوم بضرب المدعية وسبها وشتمها وإهانتها لأتفه الأسباب .

حيث أن المدعية تتساءل إن كانت معاملة المدعى عليه لها هذه المعاملة السيئة قبل الدخول فكيف ستكون حياتها بعد الدخول !

حيث أن المدعى عليه يخالط النساء ويتعاطى الخمر ويتردد على الحانات والملاهي الليلية .

حيث أنه سبق للمدعية وأن أقامت دعوى طالبت فيها بفك الرابطة الزوجية قبل الدخول إلا أنها تنازلت عن دعواها لأن المدعى عليه وعدها بأنه سيغير من تصرفاته السيئة .

كما تدخل والده ووعد المدعية بإنضباط إبنه وتغيير سلوكه إلا أنه لاحياة لمن تنادي فالمدعى عليه إستمر في تصرفاته الغير لائقة بل بالغ فيها .

حيث أن المدعية لم يبق لها من سبيل سوى اللجوء لهيئة المحكمة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية بينها وبين المدعى عليه قبل البناء .

حيث أن المدعية تستحق نصف المهر بحكم أن الدخول لم يتم بعد وهذا طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة .

لهذه الأسباب

تلتمس المدعية من المحكمة الموقرة :

من حيث الشكـــل : قبول الدعوى شكلا .

الملحق رقم : 2

مكتب الأستاذة طيار بوسالم .ف.
محامية معتمدة لدى المحكمة العليا
و مجـــلس الدولـــــــة
18 نهج قديد يوسف سكيكدة
الهاتف : 038.76.28.88

محكمة سكيكدة
قسم شؤون الأسرة
** مذكـــرة رد **

قضية رقم:1933 /15
جلســـة: 15/06/17

لفائدة/ خلفة ساهل حسام .....**مدعى عليه** في حقه الأستاذة طيار بوسالم .ف.
ضـــد/ زواوي بسمة .....**مدعية** في حقها الأستاذة معمري عزري منيرة.
النيابـــــــة العامة ممثـــــــلة في النائب العـــــــام لدى محكمة سكيـــكدة.
****

** بعد أداء الاحترام لهيئة المحكمة الموقرة **

- حيث أن المدعية ترفع دعوى الحال من أجل المطالبة بالتطليق قبل البناء وتلتمس مبلغ 800.000.00 دج جبرا للضرر اللاحق بها .
- حيث أن الثابت قانونيا وطبقا لأحكام المواد 47 و 48 قانون الأسرة فإن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة وأن عقد الزواج يحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة .
- حيث أن المدعية تلتمس القضاء بالتطليق قبل البناء دون أن تحدد الضرر اللاحق بها أو بالأحرى دون أن تقيم الدليل على الأضرار المزعومة حسب مقتضيات المادة 53قانون الأسرة ، وما ورد في عريضة افتتاح الدعوى تبقى مجرد تصريحات واهية لا يمكن الأخذ بها .
- حيث أن هذا التطليق المطلوب من طرف المدعية جاء بعد أن قام المدعى عليه بجميع الالتزامات المادية إتجاه المدعية من : دفع الصداق المقدر بـ 100.000 دج، تقديم المصوغ المشترط والمتمثل في سلسلة بقيمة 270.000 دج ، مقياس بقيمة 195.000 دج ، 5 لويزات (2 غ) وخاتمين وأقراط، ومبلغ 100.000.00 دج قيمة هدايا الخطبة، ومبلغ 90.000.00 دج قيمة هدايا الزواج (الحنة) .
- بعد كل هذه الخسائر والمصاريف تأتي المدعية لتزعم بأنها لا تستطيع إتمام الزواج .
- حيث أن عقد الزواج هو عقد رضائي وبالتالي فإن الدخول وإتمام مراسيم الزواج هو إلتزام مشترك يقع على عاتق الزوجين، فإذا رفض أحدهما اتمامه يعتبر ناشزا

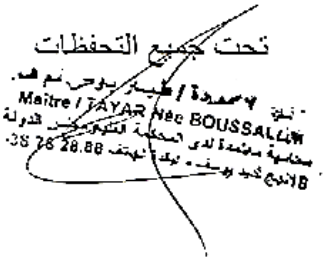
وللطرف المتضرر أن يحصل على التعويض لأن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية ناتجة عن الإخلال بالالتزامات المنبثقة عن عقد الزواج .

- حيث أن المدعى عليه وكطلب مقابل يلتمس :
- إلزام المدعية أن ترد له مبلغ الصداق كاملا والمقدر بـ 100.000.00 دج ذلك لأن الزوجة تستحق نصف الصداق في الطلاق قبل البناء إذا وقعه الزوج بإرادته، فيتحمل مسؤوليته وفق ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية في الآية الكريمة : " ..... وإن طلقتموهن قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ....." سورة البقرة 237 .
- حيث أن المادة 16 من قانون الأسرة مستمدة من هذه الآية الكريمة التي تؤكد حق الزوجة في نصف الصداق إذا طلقها الزوج .
- والحال في هذه القضية أن المدعية هي التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه .
- حيث أن نزاعات مماثلة فصلت فيها المحكمة العليا أين قررت فيها عدم أحقية الزوجة في نصف الصداق إذا كان العدول منها (الرجاء الاطلاع على قرار المحكمة العليا المؤرخ في 07/13/ 1993 و قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/10/11 + تعليق على قرار المحكمة العليا وثائق مرفقة) .
- بالنسبة للهدايا : فإذا كان العدول من طرف الزوجة فلا يجوز أن يتحمل الزوج الخسائر والأضرار التي تكبدها في مجمل الهدايا التي قدمها بهدف إتمام الزواج.
- حيث أن المصوغ الذي قدمه المدعي يقدم حسب العادة والعرف في (الحنة) وهي المناسبة التي تسبق الدخول مباشرة، وغالبا ما يشترط المصوغ مع الصداق فيصبح جزءا منه .
- حيث أن المدّعي قام بتقديم المصوغ للمدعى عليها في حفل حضره جميع الأهل والأقارب، وبعدها تقوم المدعية برفع دعوى التطليق وتتمسك بأنها تستحق نصف المهر ولا تشير إطلاقا إلى المصوغ الذي استولت عليه بدون وجه حق .
- حيث أن المدعى عليه يلتمس من المحكمة الموقرة إلزام المدعية أن ترد له مبلغ الصداق كاملا :
- السلسلة الذهبية ، المقياس الذهبي، 5 لويزات، الخاتمين والأقراط .
- بالنسبة لباقي الهدايا فإنه يلتمس تعويضه عنها بقيمة 200.000.00 دج .
- أما فيما يخص الأضرار المعنوية فإن عدول المدعية عن إتمام الزواج بعد القيام بجميع المراسيم المتعارف عليها قد ألحق أضرارا معتبرة بالمدعى عليه مما يجعله محقا في طلب التعويض جبرا لهذه الأضرار .

** <u>لهـــذه الأسبـــاب</u> **

- نلتمـــس / إلزام المدعية أن ترد للمدعى عليه :
- مبلغ الصداق كاملا والمقدر بـ 100.000.00 دج .
- المصوغ المتمثل في سلسلة ذهبية- مقياس ذهبي- 5 لويزات -- خاتمين – أقراط .

- مبلغ 200.000.00 دج قيمة هدايا الخطوبة والزواج (ثياب وعطور و.....).
- مبلغ 200.000.00 دج تعويض عن الأضرار المعنوية اللاحقة بالمدعى عليه.



المرفقات /

- نسخة من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/07/13 .
- نسخة من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/10/11 .
- نسخة من تعليق على قرار المحكمة العليا.

الملحق رقم : 03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء: سكيكدة
محكمة: سكيكدة
القسم: شؤون الأسرة

باسم الشعب الجزائري

حكم

رقم الجدول: 15/01933
رقم الفهرس: 15/03316
تاريخ الحكم: 15/10/07

مبلغ الرسم: 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة سكيكدة
بتاريخ: السابع من شهر أكتوبر سنة ألفين و خمسة عشر
برئاسة السيد (ة): شعراوي صبرينة قاضي
و بمساعدة السيد (ة): رحال نسيمة أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): إردير ياسر و كيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

بين /
زواوي بسمة

و بين /
خلفة سامل حسام
النيابة ممثلة في شخص وكيل الجمهورية لدى محكمة سكيكدة

1):زواوي بسمة — مدعي — حاضر
العنوان : حي عمالح بوالكروة 02 عمارة 14 رقم 03 سكيكدة
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):عزيزي منيرة

ضد /

1):خلفة سامل حسام — مدعي عليه — حاضر
العنوان : عمارة سوتلغاز الطابق التاسع حي بوعباز ولاية سكيكدة
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة): بوسالم فتيحة

2):النيابة ممثلة في شخص وكيل الجمهورية لدى محكمة سكيكدة — حاضر — حاضر

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاحية مؤرخة و موقعة مودعة لدى أمانة ضبط محكمة سكيكدة قسم شؤون الأسرة بتاريخ :12/05/2015 تحت رقم :1933/15 أقامت المدعية زواوي بسمة المباشرة للخصام بواسطة الأستاذة:عزيزي منيرة دعوى قضائية ضد المدعي عليه خلفة سامل حسام و بحضور السيد وكيل الجمهورية التمست فيها القضاء بالطلاق بينهما قبل البناء مع الأمر بتسجيله و إلزامه أن يدفع لها تعويض بمبلغ 80000دج عن كافة الأضرار.
شرحا لدعواه جاء فيها أنها تزوجت من المدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي مؤرخ في :18/08/2014 تحت رقم 1201 مسجل ببلدية سكيكدة و لم يتم الدخول بعد و أن مهرها 100000دج غير أنه يقوم بضربها و سبها و يعاملها معاملة سيئة كما يخالط النساء و يتعاطى الخمر و سبق و أن أقامت دعوى و تنازلت عنها لأن والدها وعدا بتغيير سلوك ابنه إلا أنه لازال يستمر في تصرفاته.
و قد أجاب المدعى عليه بجلسة :17/06/2015 المباشر للخصام بواسطة الأستاذة:طيار فتيحة جاء فيها أنها أقامت دعوى الطلاق قبل البناء دون ن تبين الضرر اللاحق بها و بعدما قدم لها صداقها بمبلغ 100000دج و مبالغ مالية و هدايا و بالتالي ففك الرابطة الزوجية قبل البناء دون سبب يترتب عليها تعويض كما أنه بما أن طلب الطلاق كان بطلب من الزوجة فهي

الجدول: 15/01933
الفهرس: 15/03316

ملزمة برد كل الصداق و كذا فيما يخص المسوغ الذي قدم في الحنة فهو من يدخل ضمن الصداق فيصبح جزء منه لهذا فإنه يلتمس أن ترد له مبلغ 100000دج الصداق كاملا و المسوغ المتمثل في :سلسلة ذهبية و مقياس ذهبي و 05 لويزات و خاتمين و أقراط و مبلغ 200000دج قيمة هدايا الخطوبة و الزواج و مبلغ 200000دج تعويض عن الأضرار .
و قد ردت المدعية بجلسة :01/07/2015 أنها قدمت المبرر الشرعي و هو ضربها و تصرفاته كتعاطي الخمر و السهر في الحانات و عليه فهو لا يستحق إلا نصف الصداق لهذا تتمسك بسابق طلباتها .
و قد رد المدعي بجلسة :1609/2015 جاء فيها أن تستحق الصداق إذا كان العدول من الزوج و هي العبارة التي لم تذكرها المادة لكن أكدت عليها الشريعة الإسلامية و المحكمة العليا و كذا له الحق في رد الهدايا طالما العدول منه .لهذا إفادته بسابق طلباته.
بعد عرض الملف على ممثل النيابة العامة لتقديم التماساته المتمثلة تطبيق قانون الأسرة و قانون جاء فيها أن صداقها هو الإجراءات المدنية و الإدارية .
عند هذا الحد ،ارتأت المحكمة وضع القضية في النظر لجلسة :07/10/2015.

وعليـــــــــــه فـــــــإن المحكـــــــــمـــة

بعد الإطلاع على ملف القضية .
بعد الإطلاع على المواد:13، 14، 15، 16، 21، 32، 40، 288،289، 292 ،293، 419،442،440،439،423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
بعد الإطلاع على المادة 3 مكرر ،48،49،52،61،62، 64 ،72،75،78،79،80 من قانون الأسرة .
بعد النظر في القضية طبقا للقانون .
حيث أن المدعية التمست القضاء بالطلاق بينهما قبل البناء مع الأمر بتسجيله و إلزامه أن يدفع لها تعويض بمبلغ 80000دج عن كافة الأضرار .
حيث أن المدعى عليه التمس أن ترد له مبلغ 100000دج الصداق كاملا و المسوغ المتمثل في :سلسلة ذهبية و مقياس ذهبي و 05 لويزات و خاتمين و أقراط و مبلغ 200000دج قيمة هدايا الخطوبة و الزواج و مبلغ 200000دج تعويض عن الأضرار .
حيث أن ممثل النيابة التمس تطبيق قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
من حيث الشكل:
حيث أن العريضة الافتتاحية والدعوى جاءت طبقا للشروط و الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا مما يتعين قبولها شكلا .
من حيث الموضوع :
حيث أن أصل النزاع يتعلق بفك الرابطة الزوجية بالتطليق قبل البناء .
حيث أن المدعية تؤسس طلبها على أن استمرار العلاقة الزوجية بات أمر مستحيل لأن المدعى عليه أصبح يعاملها معاملة سيئة و يقوم بضربها و يتعاطى الخمر .
حيث أن المدعى عليه يدفع بأنه يفند مزاعمها و عليه برد الصداق و الهدايا التي قدمها لها.
حيث ثبت للمحكمة أن الطرفين إقترنا بموجب عقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية لبلدية سكيكدة بتاريخ:18/08/2014 تحت رقم:1201/14 و لم يتم الدخول بعد .
حيث أن المحكمة عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة أمرت بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين لإصلاح ذات البين بينهما و أجريت جلسة الصلح بتاريخ :01/07/2015 أين تمسكت الزوجة بالطلاق قبل البناء لأنها لا ترغب فيه كزوج لسوء المعاملة و سب و كثرة علاقته بالبنات و أن صداقها 100000دج سلمه لها بينما تغيب الزوج و تم تحرير محضر بذلك و أعيدت بجلسة:16/09/ 2015 أين تمسكت الزوجة بالطلاق قبل البناء و أن صداقها

100000ددج سلمه لها و قد حضر الزوج و وافقها في طلب الطلاق و أن صداقها هو 100000دج سلمه لها .
حيث أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة أن عقد الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين.
حيث أنه بصفة عامة عقد الزواج مبني على أساس الرضا و هذا ما قضت به المادة السالفة الذكر و المادة 04 من قانون الأسرة التي تعرفه على أنه عقد رضائي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و عليه بناءا على ذلك فلا يمكن للمحكمة إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها أو عدم رضاها .
حيث أنه طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة فيجوز للزوجة طلب التطليق في حالة الضرر معتبر شرعا .
حيث و طالما أن المدعية تمسكت بطلب التطليق قبل البناء خلال جميع مراحل القضية و رغم محاولات الصلح فإن تبين للمحكمة أن ركن الرضا الواجب توافره في عقد الزواج غير متوافر في قضية الحال و بالتالي لا يمكن للمحكمة حتى بعد إبرام عقد الزواج ،إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها مما يجعل من طلبها مؤسس و هذا ما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا في قرارها رقم :415123 المؤرخ :12/03/2008 و عليه تستجيب له المحكمة .
حيث ان طلب المدعى عليه لتمكينه من مبلغ 100000دج مقابل الصداق فهو مؤسس قانونا طبقا للمادة 16 قانون الأسرة فيما غير أنه لا يستحق إلا نصفه كما جاء في المادة السالفة الذكر مما يتعين الاستجابة لطلبه في حدود نصف الصداق .
حيث أن طلب المدعى عليه الرامي لرد الهدايا المتمثلة في سلسلة ذهبية و مقياس ذهبي و 05 لويزات و خاتمين و أقراط و مبلغ 200000دج قيمة هدايا الخطوبة و الزواج غير مؤسس لأنه من المقرر قضاءا و فقها أن الهدايا بين الزوجين لا ترد مما يتعين رفض طلبها لعدم التأسيس .
حيث أن طلب المدعي لتمكينه من تعويض يقدر بـ100000دج مؤسس باعتبار أنه يكون قد لحقته حتما ضرر من جراء طلب المدعية لفك الرابطة الزوجية قبل البناء رغم رفضه لذلك رغم تمسكه باتمام إجراءات الزواج مما يتعين الاستجابة له غير أنه مبالغ فيه يتعين خفضه للحد المعقول.
حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ولـــــــهـــــذه الأســـــــــباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا نهائيا حضوريا
قبول الدعوى شكلا
في الموضوع :القضاء بفك الرابطة الزوجية قبل البناء بين المسمى خلفة ساهل حسام المولود بتاريخ:26/06/1981 بسكيكدة ابن العيدي و بودبزة نادية و المسماة زواوي بسمة المولودة بتاريخ:11/02/1987 بسكيكدة ابنة عبد السلام و باجي رشيدة بالتطليق مع الأمر بتسجيله لدى مصالح الحالة المدنية والتأشير به على هامش عقد زواجهما و شهادتي ميلادهما
ابتدائيا إلزام المدعية زواوي بسمة أن تدفع للمدعى عليه خلفة ساهل حسام مبلغ 50000دج (خمسون ألف دينار) مقابل نصف الصداق و مبلغ 80000دج(ثمانون ألف دينار) تعويض عن الضرر اللاحق به مع رفض ما زاد عن ذلك لعدم التأسيس و تحميل المدعى عليه المصاريف القضائية المقدرة بـ300دج.

بذا صدر الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلانية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه و أمضيناه

جدول: 15/01933
فهرس: 15/03316

الملحق رقم : 04

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حـــكـــم

مجلس قضاء: بسكرة
محكمـــة: بسكرة
القســـــم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: 11/00195
رقم الفهرس: 11/01316
تاريخ الحكم: 11/04/13
مبلغ الرسم/ 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة بسكرة
بتاريخ: الثالث عشر من شهر أفريل سنة ألفين و إحدى عشر
برئاسة السيد (ة): بلبواب مولود قاضي
و بمساعدة السيد (ة): عبدلي الويزة أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): أيمن يزيد وكيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بياناته

بين /
بومعزة نوال
و بين /
شباح التركي
السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة بسكرة

بين السيد (ة):

1):بومعزة نوال — مدعي — حاضر
العنوان : شارع الاخوة ونوغي العالية الشمالية بسكرة
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):صيفي ربيعة

ضد /

1):شباح التركي — مدعي عليه — حاضر
العنوان : حي س ب كشيدة باتنة
المباشر للخصومة بنفسه

2):السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة بسكرة — حاضر

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاحية أقامت المدعية بومعزة نوال المباشرة للخصومة بواسطة الأستاذة صيفي ربيعة دعوى ضد المدعى عليه شباح التركي بحضور السيد وكيل الجمهورية تم قيدها بأمانة ضبط المحكمة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 16جانفي2011مسجلة تحت رقم 195 .
و شرحا لدعواها جاء في مجمل عريضتها الافتتاحية أنها: اقترنت بالمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي مسجل ببلدية بسكرة بتاريخ 07جويلية2004تحت رقم 1089 .و قد أثمر زواجهما بإنجاب الولد شكرا لله أشرف نادر ضياء. وأن الحياة الزوجية سادها الشقاق المستمر بسبب تصرفات المدعى عليه المنافية لقداسة العلاقة الزوجية الذي قام بطردها من بيت الزوجية بتاريخ30سبتمبر2005بدون سبب جدي يذكر مما دفعها إلى مرافعته أمام محكمة الحال من أجل إرجاعها إلى بيت الزوجية وتمكينها من نفقتها ونفقة الولد والمشترك.وصدر لها حكم يقضي بذلك بتاريخ05جوان2007 وقد قدمت ضده عدة شكاوى وصدرت لها عدة حكم جزائي تقضي بإدانته عن عدم تسديد النفقة المحكوم بها قضاء غير أنه لم يستجب لها.لذلك فهي تلتمس الحكم لها بفك الرابطة الزوجية بينهما بالتطليق لضررها وإلزامه بأن يدفع لها مبلغ أربعة مائة ألف (400.000دج)كتعويض عن الضرر ،مبلغ خمسة آلاف(5000دج) نفقة إهماليا تسري من تاريخ الحكم القاضي بالنفقة في 05جوان2007وتمكينها من نفقة الولد المشترك من تاريخ

رفع الدعوى إلى غاية سقوطها شرعا.ومبلغ عشرة آلاف(10.000دج)بدل إيجار السكن المخصص لممارسة الحضانة.
حضر المدعى عليه ولم يقدم جوابا كتابيا في الدعوى.
بعدها أحيل الملف على النيابة لتقديم طلباتها فالتمست تطبيق القانون.
بغرض استفاء إجراءات محاولات الصلح المقررة قانونا أمرت المحكمة بالحضور الشخصي للطرفين لجلسة 02و16و30مارس2011.
عند هذا الحد صارت القضية جاهزة للفصل فوضعت للنظر فيها وفقا للقانون والنطق بالحكم بجلسة 13أفريل2011 .

وعليـــــــــــه فـــــــان المحكـــــــــمة

بعد الإطلاع على الملف و الوثائق المرفقة به لاسيما.
نسخة عن الحكم الجزائي الصادر عن محكمة بسكرة بتاريخ30جوان2008تحت فهرس رقم 11939.
_ نسخة عن الحكم الجزائي الصادر عن محكمة بسكرة بتاريخ 28فيفري2009.تحت فهرس رقم 1217.
نسخة عن الحكم الجزائي الصادر عن محكمة بسكرة بتاريخ 14جانفي2010تحت فهرس رقم297.
_ نسخة عن الحكم الجزائي الصادر عن محكمة بسكرة بتاريخ 18جانفي2010تحت فهرس رقم1606.
- نسخة عن الحكم الجزائي الصادر عن محكمة بسكرة بتاريخ 20جانفي2010تحت فهرس رقم2028.
بعد الإطلاع على المواد3/ 419/292/277/276/275/32/22/21/20/19/18/15/14/13/8 / 423/451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
بعد الاطلاع على المواد 3مكرر/ 53/53/49/48/16مكرر/72/64/62 /79/78/75/74 /87 من قانون الأسرة.
بعد الاطلاع على التماسات النيابة.
بعد النظر قانونا.
من حيث الشكل:
حيث أن الدعوى جاءت مستوفية لكافة الشروط و الأوضاع الشكلية المقررة قانونا، مما يتعين التصريح بقبولها.
من حيث الموضوع:
حيث أن المدعية تلتمس الحكم بتطليقها من المدعى عليه و بتظليمه لعدم الإنفاق وإهمالها والضرر اللاحق بها.
حيث أن المدعى عليه رد ملتمسا أثناء جلسة محاولة الصلح المنعقدة بتاريخ16مارس2011.أنه يرغب في مواصلة الحياة الزوجية مع المدعية.
حيث التمس ممثل النيابة تطبيق القانون.
حيث يتعلق موضوع الدعوى بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة بالتطليق.
حيث ثبت للمحكمة أن الطرفين تربطهما علاقة زواج شرعية كما هو ثابت بعقد زواج رسمي مسجل ببلدية بسكرة في 07جويلية2004مسجل تحت رقم1089.
/في التطليق.
حيث من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب المذكورة بالمادة 53 من قانون الأسرة.

رقم الجدول: 11/00195
رقم الفهرس: 11/01316

حيث ثبت للمحكمة من محضر محاولة الصلح المحرر بجلسة02مارس2011أن المدعية التمست التطليق بسبب إهمالها من طرف المدعى عليه و عدم إنفاقه عليها.
حيث ثبت للمحكمة من خلال معطيات وأوراق الملف أن المدعى عليه تم إدانته بجنحة الإهمال العائلي كما هو ثابت بالاحكام الجزائية المنوه بها أعلاه.
مما يدل على إهمال المدعى عليه للمدعية. وبالتالي تضررها منه. وعلى هذا الأساس فإن طلب المدعية التطليق وفق الفقرتين 01 و 10 من المادة 53 قانون الأسرة مؤسس يتعين الاستجابة له.
حيث أن ضرر المدعية ثابتة من خلال الأحكام المذكورة وعليه فان طلبها التعويض عن الضرر اللاحق بها مؤسس طبقا للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة ، غير أن المبلغ المطالب به مبالغ فيه مما يجعل المحكمة ترده إلى الحد المعقول.
في نفقة الإهمال.
حيث أن المدعية التمست إلزام المدعى عليه بتمكينها من نفقة إهمالها بواقع خمسة آلاف(5000دج) تسري من تاريخ صدور الحكم المؤرخ في 05جوان2007إلى غاية النطق بالحكم.
حيث أنه من المقرر قانونا أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى.وأن على المدعية اتخاذ ما ترا مناسبا بشأن الحكم الصادر بتاريخ 05جوان2007.مما يتعين معه التصريح باستحقاقها من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم.
/في الحضانة و توابعها.
حيث من المقرر قانونا طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة أن الأم أولى بحضانة أولادها و التي تنقضي بالنسبة للذكور ببلوغهم 10 أعوام و ببلوغ الإناث سن الزواج كما يمكن تمديدها للذكور إلى حين بلوغهم 16 عاما متى كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية و أن المحكمة تراعي في جميع الأحوال مصلحة المحضونين عند إسناد الحضانة و أن تقضي للوالد غير الأخر بحق الزيارة.
حيث أنه للمدعية الحق في حضانة الولد شكرا لله أشرف نادر ضياء المولود في 20جوان2005. مما يتعين إسناد الحضانة لها.
حيث من المقرر قانونا طبقا للمادتين 64 و87 من قانون الأسرة انه على القاضي لدى الحكم بإسناد الحضانة منح حق الولاية على المحضون للحاضنة ومنح غير الحاضن حق الزيارة. مم يتعين منح المدعية حق الولاية على بنتها المحضونة ومنح المدعى عليه الأب حق الزيارة.
حيث من المقرر قانونا بالمادة 75 من قانون الأسرة أن نفقة الولد واجبة على أبيه ما لم تسقط عنه و أن المحكمة تقضي بها من تاريخ رفع الدعوى أو سنة قبل ذلك متى قامت البينة على الإهمال على أن تراعي في تقديرها حال الطرفين و ظروف المعاش. مما يجعل طلب المدعية بخصوصها مؤسسا قانونا و يتعين الاستجابة له مع تخفيض المبلغ المطلوب إلى الحد المعقول على أن تسري من تاريخ رفع الدعوى وتستمر إلى غاية سقوطها قانونا.
حيث من المقرر قانونا عملا بالمادة 72 من قانون الأسرة عند الحكم بالطلاق و إسناد الحضانة أن تقضي المحكمة للحاضنة بالسكن الملائم لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره و هذا الأخير يعتبر من مشتملات النفقة مما يتعين عند تقديره مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش السائد، مما يجعل طلب المدعية مؤسسا قانونا و يتعين الاستجابة له مع تخفيض مبلغ بدل الإيجار المطلوب إلى الحد المعقول و ذلك بان تقضي لها المحكمة بإلزام المدعى عليه بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره.

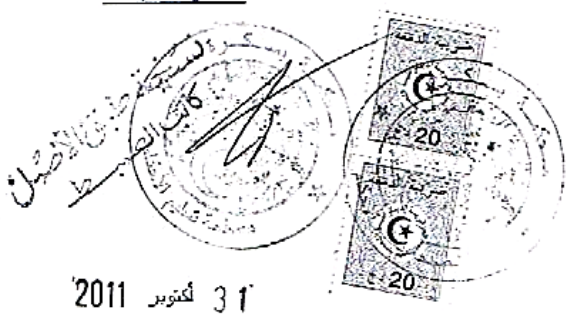
ولـــــــــهـــــذه الأســـــــــباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا ، حضوريا ، نهائيا فيما يخص

رقم الجدول: 11/00195
رقم الفهرس: 11/01316

الطلاق و ابتدائيا فيما عداه.
في الشكل: قبول الدعوى.
في الموضوع:بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة بالتطليق بين المسماة بومعزة نوال بنت عبد القادر المولودة ببسكرة في 05جويلية1979.والمسمى شباح التركي بن محمد الطاهر المولود ببانتنة في 17جويلية 1966.
مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية بسكرة بتسجيل هذا الطلاق والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين.
إلزام المدعى عليه بان يؤدي للمدعية طليقته المبالغ التالية. مبلغ ثمانون ألف دينار جزائري (80.000دج) تعويض عن الضرر اللاحق بها. ومبلغ ثلاثة آلاف (3000دج) نفقة إهمالها تسري من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم.
إسناد حضانة الولد شكرا لله أشرف نادر ضياء لوالدته و على والده نفقته بواقع أربعة آلاف دينار جزائري(4000دج) شهريا تسري من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية سقوطها قانونا. مع منح الأم الحاضنة حق الولاية عليه قانونا. و منح الأب حق زيارته أيام العطل الأسبوعية من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الرابعة مساء و في الأعياد الدينية و الوطنية.وفي العطل المدرسية مناصفة أخذا وردا.
و كذا إلزام المدعى عليه بأن يوفر للمدعية الحاضنة مسكنا ملائما لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره بواقع أربعة آلاف دينار جزائري (4000دج).شهريا تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية انقضاء الحضانة أو سقوطها قانونا
مع تحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية .
هكذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة بسكرة بالتاريخ المبين أعلاه .
امضي أصل هذا الحكم من طرف الرئيس وأمين الضبط

الرئيس (ة) أمين الضبط



2011 أكتوبر 31

لجدول: 11/00195
لفهرس: 11/01316

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة فصولا و مباحث–بما وفقني الله إليه– من خلال تحليل و دراسة أغلب جوانبه بحسب قدراتي إلى الوصول إلى جملة من النتائج مختصرة كالتالي:

- المشرع أجاز للمرأة أن تطليق عند كل ضرر معتبر هذا ما انتهت به المادة 53 ق.أ.ج حيث ذكرت حالات الضرر على سبيل المثال و ليس الحصر.
- و بمقارنة الصياغة الحالية للمادة نلاحظ أن المشرع قد وسع ، بما جاء فيها قبل تعديلها ، فجاء بأسباب أكثر، و جعلها عشرة أسباب، من دائرة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التطليق ، و منح الزوجة فرصا، و هذا لأنه يعمل على تكريس و حماية، جديدة تخول لها حق طلب التطليق ، و جعله حقا أصيلا يقابل حق الزوج في إنهاء الزواج، أمام القاضي.

غير أن من الناحية التطبيقية فان هذا التوسيع في المادة كان شكلي فقط، لأنه كان و لا يزال المشرع يشترط إثبات المرأة للضرر، و هذا من الشيء الصعب حتى يكاد يكون مستحيلا أحيانا وبالتالي هذا التعديل لم يزد بشيء بالنسبة للزوجة المتضررة، لأن في الخير حتى و ان كانت فعلا متضررة فبعدم قدرتها على الإثبات لم يحكم لها بالتطليق.

أما بالنسبة لموقف الفقهاء و الشرع نجد أن هناك نوع من التباين أو الاختلاف في الاجتهادات الفقهية بين المذاهب الأربعة، و في بعض الأحيان نجد أن موافقهم متقاربة نوعا ما و هذا راجع لاتساع مجال الاجتهاد و قد يحدث العكس كذلك أحيانا.

أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية و لم يلزم بمذهب واحد.

الأحكام الوارد في التطليق هي أحكام غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية ، و هذا مانع للضرر الواقع على الزوجة، لأن طول مدة الإجراءات بسبب الاستئناف تؤدي إلى الاستمرار في هذا الضرر.

- غير أن يتضح أن المشرع الجزائري و بالرغم من نصه عليهم إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة بهما في حالة إبهام و غموض ، مما نتج عنه تضارب في الأحكام ، دون تنظيم و لا توضيح ، مبهمة و غامضة و يذكر الأحكام و المسائل القضائية لذا وجب على المشرع أن يتدارك الهفوات التي وقع فيها المتعلقة بالتطليق ، بشكل دقيق لا يدع مجالا للشك بأن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا خطورة الأمر المتعلق بالتطليق و توضيح بدقة الأسباب المذكورة في المادة 53 ق.أ.ج.

و مثال على ذلك بالنسبة للتطليق لكل ضرر معتبر نجد أنه لم يعط صورا عن الضرر المعتبر شرعا ، و لم يبين معيار تحديده تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ، و لو على سبيل المثال شرعا مما قد ينتج كل ضرر معتبر قانونا هو معتبر شرعا

- قانون الأسرة يجد روحه في المادة 222 منه و التي إذا كان يرى نقص في المادة أو يود تفسير نص يعود القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية
- ترجع إشكالات إثبات الضرر إلى سببين أولهما: سوء صياغة المشرع الجزائري للمادة 53 من ق.أ.ج حيث احتوت فقراتها على العديد من العيوب ينتج عنه أن كل قاضي يفسر هذه المادة على كيفه و يحاول أن يسد الثغرات الموجودة حسب ما يظنه الأحسن بالتالي فنلاحظ هنا أن التطليق كحق في فك الرابطة الزوجية لا يساوي حق الرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة.

التوصيـات و الاقتراحـات

من خلال دراسة هذا البحث يمكن أن يستخلص منه بمجموعة من التوصيات و الاقتراحات, التي يندوا أنه ضروري الأخذ بعن الاعتبار:

- تعديل نص المادة 53 من ق.أ.ج هذا لأن نص المادة ركيك فكان من الأحسن أن تكون على النحو التالي:(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا لا سيما إذا كان من بين الحالات التالية....)

و هذا لكي يفهم من أول وهلة أن هذه الحالات على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر و تمكين لأي أحد ليس قانوني و لا يملك القدرة على الاستنتاج من فهم أن هذه الأسباب على سبيل المثال و ليس الحصر.

- إنشاء قانون يتعلق بتنظيم إجراءات التقاضي لا سيما فيما يخص وسائل الإثبات الخاصة بقانون الأسرة الجزائري، ليسهل على المتقاضين و كذلك على الطلبة الباحثين معرفة كيفية الإثبات في القضايا الأسرية التي تحتاج إلى مواد قانونية تتماشى و طبيعتها الخاصة،
- عدم الاشتراط للزوجة إثبات الضرر، حتى تعادل ما منح للزوج من الطلاق بإرادته المنفردة، هذا لان الزوجة في معظم الأحيان تعجز عن إثبات ضررها و هذا ما لاحظناه في المحاكم الجزائرية لكي في الأخير تتجه نحو الخلع .

-لتجنب الوصول إلى التطليق أو الطلاق بكل أنواعه يجب أن يعمل على وضع برامج الخاصة لإعداد المقبلين على الزواج و عدم السماح لهم بالزواج إلا بعد أن يقبلوا امتحان و يتأكد من إستوعاب المقبلين على الزواج لمعنى الزواج بأسسه و قيمه، أيضا حبذ لو توضع برامج عائلية تساعد الزوجين على تحسين علاقتهما، و كيفية التعايش مع بعضهما و توجيههم إلى الشريعة الإسلامية أين توجد على الأغلب حلول لمشاكلهم.

و في الأخير نأمل أن المشرع يأخذ بعين الاعتبار الاقتراحات و التوصيات السابقة حتى يمنح المرأة مكانتها و حقوقها الأساسية بما فيه الحق في الطليق الذي هو حاليا صعب المنال.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

السنة النبوية.

1- القوانين :

1. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام1426الموافق ل 26 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الوافق ل 9 يونيو1984 هـ و المتضمن لقانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 2005/02/27م ، العدد 15

2. قانون رقم09/08 المؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية ،عدد21

2- الكتب:

1.أحمد فراج حسين، **حكام الأسرة في الإسلام، الطلاق – الخلع – حقوق الأولاد نفقة الأقارب وفق لأحدث التشريعات القانونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004.

2.أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق–الخلع–حقوق الأولاد–نفقة الأقارب , وفق لأحدث التشريعات القانونية.**

3. أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، دردشات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009.

4. أمين نهاضة، **الأحوال الشخصية الفقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع**،دار الميسرة للنشر و التوزيع و الطباعة,الطبعة الأولى، 2009.

5. بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية , بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري القانون الزواج و الطلاق** ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت.

6.بلحاج العربي، **أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي.**

7.بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري,مقدمة-الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية، الجزء الأول (الزواج و الطلاق)** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة الخامسة ،2007.

8.بلحاج العربي، **قانون الأسرة ، مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006** ،**ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة (م م)** .

9. بن شويخ رشيد: **شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى ،2008 .

10. رمضان علي السيد السرنباصي، **جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان**، منشورات الحلبي القانونية ، فرع أول، طبعة 2008.

11. سليمان ولد خسال، **المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري-و الأمر المعجل له-** (شركة الأصالة للنشر و التوزيع، الجزائر العاصمة,الطبعة الثانية، 2012) .

12. سميرة معاشي، **مجلة المنتدى القانوني**، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة .

13.العربي بغتي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و أحكام الأسرة**، ديوان المطبوعات الجامعية, 2013.

14.العربي بغتي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و أحكام الأسرة**، ديوان المطبوعات الجامعية, 2013.

15.عبد عزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل**، دار هومة ،الجزائر،2007.

16.عمر زودة، **طبيعة أحكام انهاء الرابطة الزوجيةو اثر الطعن فيها**، enyclopedia edition, alge , ben aknoune .

17. غسان عشا، **الزواج و الطلاق و تعدد الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية و تبريرات الكتاب المسلين المعاصرين** الطبعة العربية، دارالسافي ، الطبعةالأولى، 2004.

18. فريحة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 2013.

19. فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق** ، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتب ، الجزائر1986.

20.لحسين بن شويخ أث ملويا ، **قانون الأسرة ، دراسة تفسيرية (المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)** ،.

21. لحسين بن شويخ، **المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة 1982 الى سنة 2014)** ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر.

22.عبد الله مسعودي، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، سنة 2009 .

23. لوعيل محمد لمين ، **الأحكام الاجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الجتهاد القضائي** ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2010 .

24. لوعيل محمد لمين ، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري** ، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ،2006.

25. مأمون محمد يوسف، **اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية**، عالم الكتب الحديثة، اربد–الأردن2010.

26. محمد ابراهمي، **لوجيز في الإجراءات المدنية**، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون الجزائر، الجزء الثاني ، طبعة 2001 .

27. محمد عقلة ابراهيم، **الزواج و الفرقة في الفقه الإسلامي**، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014. عمر زودة، **طبيعة أحكام انهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها**، alge, ben aknoune,.enyclopedia edition.

28. محمد كمال الذين أمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية**، دار الجامعة الجديدة للنشر،2007 .

29. منصورة نورة ، **التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية** ، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010.

30. ناجي بلقاسم علالي، **الطلاق في المجتمع الجزائري**، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع, الجزائر، 2013.

31. نصر سلمان ، سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة مع قانون الأسرة**– دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، 2003.

32. يوسف دلاندة، **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة**، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2011.

4– <u>الرسائل و المذكرات</u> :

1. حفيظة فضلة، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجسيتير في القانون شعبة القانون الخاص تخصص قانون شؤون الأسرة جامعة سكيكدة كلية الحقوق و العلوم السياسية.

2. لعصامي عبد الله، **الإثبات باليمين في قانون المدني الجزائري دراسة مقارنة مع بعض القوانين العربية و القانون الفرنسي** ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، بن عكنون سنة1986.

3.اليزيد عيسات بلمامي، **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2002 -2003 .

5-المجلات القضائية

1. مجلة قضائية لسنة1983 ، العدد03

2. مجلة قضائية لسنة 1989 ، عدد01

3. مجلة قضائية لسنة 1989 ،عدد 03

4.مجلة قضائية لسنة 1989 ، عدد 4 0

5 .مجلة قضائية لسنة1999 ، عدد خاص

6. مجلة قضائية لسنة 1990 ، العدد 02

7. مجلة قضائية لسنة 1991، عدد01

8. مجلة قضائية 1991 ، عدد 04

9. مجلة قضائية لسنة 1992، عدد02

10. مجلة قضائية لسنة 1992 ، العدد 03

11. مجلة قضائية لسنة1997 ،العدد01

12. مجلة قضائية لسنة2001 ، العدد01

13. مجلة قضائية لسنة 2003 ،العدد 01

14. مجلة قضائية ، سنة2007، العدد02

فهرس الموضوعات

الفهرس

المقدمة.....أ-ح

الفصل الأول: حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق

المبحث الأول: حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق.....13

المطلب الأول: التفريق بسبب الإهمال.....13

الفرع الأول: التفريق لعدم الإنفاق.....14

الفرع الثاني: التفريق للهجر في المضجع 19

الفرع الثالث: التفريق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.....22

المطلب الثاني: مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري.....26

الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.....26

الفرع الثاني: الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....29

المبحث الثاني: حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق.....31

المطلب الأول: التفريق القضائي بسبب سوء العشرة الزوجية.....31

الفرع الأول: الشقاق المستمر بين الزوجين.....31

المطلب الثاني: التفريق القضائي للمساس بالسمعة.....36

الفرع الأول: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشف الأسرة.....36

الفرع الثاني: ارتكاب فاحشة معينة.....39

المبحث الثالث: كل ضرر معتبر شرعا.....43

المطلب الأول:الضرر المعتبر شرعا في الفقه الإسلامي.....43

المطلب الثاني: كل ضرر المعتبر شرعا في القانون.....44

الفصل الثاني: معوقات إثبات الضرر.....44

المبحث الأول:وسائل الإثبات.....49

المطلب الأول: القواعد العامة.....49

الفرع الأول: إبلاغ الأدلة الكتابية.....50

الفرع الثاني: تفيد إجراءات التحقيق 51

الفرع الثالث: تسوية إجراءات التحقيق.....52

الفرع الرابع : بطلان إجراءات التحقيق.....52

المطلب الثاني: القواعد الخاصة.....53

الفرع الأول: شهادة شهود.....53

الفرع الثاني: الخبرة.....56

الفرع الثالث: الانتقال للمعاينة.....57

الفرع الرابع: اليمين.....58

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التثبت من وقوع الضرر.....60

المطلب الأول: السلطة التقديرية المقيدة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر.....60

الفرع الأول: عدم النفقة.....61

الفرع الثاني: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....64

الفرع الثالث: الحكم على الزوج جريمة فيها المساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجة.....67

الفرع الرابع: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.....67

الفرع الخامس: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....69

المطلب الثاني: السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر.....70

الفرع الأول: الهجر في المضجع.....70

الفرع الثاني: الفاحشة المبينة.....71

الفرع الثالث: الشقاق المستمر بين الزوجين.....73

الفرع الرابع: الضرر المعتبر شرعا.....75

المبحث الثالث: معوقات إثبات الضرر.....78

المطلب الأول إشكالات إثبات الضرر من حيث النصوص.....78

الفرع الأول: في عدم الإنفاق.....78

الفرع الثاني: في العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....80

الفرع الثالث: في الهجر في المضجع.....81

الفرع الرابع: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.....82

الفرع الخامس: ارتكاب فاحشة مبينة.....83

المطلب الثاني: إشكالات إثبات الضرر من حيث التطبيق.....84

الفرع الأول: في تناقض الأحكام.....84

الفرع الثاني: في مخالفة مبدأ التطليق.....87

الملاحق.....90

الخاتمة.....103

قائمة المصادر و المراجع.....107

الفهرس 113

المــلخــص

فالزواج هو أساس الأسرة و رابطة مقدسة و علاقة زوجية تليق برقي الإنسان، و نظرا لكل ما قيل في الزواج و الأهداف السامية التي وضعها من أجلها، إلا أنه يثور النزاع بين الزوجين، لسبب أو للأخر فوضع الشرع العلاج المناسب لكل خلاف، ثم وضع الطريقة المثلى لإنهاء هذا العقد, فشرع الطلاق لتجنب الوقوع فيما يغضب الله، و على هذه الشريعة الإسلامية نظم المشرع الجزائري حالات انحلال الرابطة الزوجية، فقد تكون إما بالإرادة المنفردة للزوج، أو باتفاق بين الطرفين أو بطلب من الزوجة و نتوقف في هذه الحالة الأخيرة حيث نجد أن الشريعة الإسلامية و القانون أعطى للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية، سواء عن طريق الخلع أو التطليق، أما عن التطليق و الذي هو موضوع الدراسة فلا الشريعة و لا القانون أهمل حق المرأة في طلب التطليق، إذا توافرت الأسباب و المبررات التي تسمح للزوجة هذه الرخصة و استطاعة الزوجة إثباتها بكل وسائل الإثبات المذكورة في ق .ا.م.ا و التي تتمثل في القواعد العامة و أخرى القواعد الخاصة لكن هذه القواعد ليست لها معنى إذا لم تقدم أمام القاضي فهذا الأخر له سلطة تقديرية في دراسة الأدلة التي قدمتها الزوجة، حيث في بعض الأحيان تكون سلطة القاضي مقيدة كما قد تكون مطلقة، فقد يحدث أن يرفض طلب الزوجة بالتطليق وهذا مصير أغلب قضايا التطليق حيث أصبح التطليق نادرا نتيجة لمواجهة الزوجة صعوبات في إثبات الضرر و هذا ما لوحظ في المحاكم .

و على هذا نتوصل إلى الإشكالية التالية: هل إشكالات إثبات التطليق ناتجة عن أسباب التطليق المذكورة في المادة 53 ق.أ.ج. أم عن سوء تقدير القاضي للضرر؟

Résume

Le mariage est le fondement de la famille et la Sainte Ligue et relation maritale digne de l'être humaine et compte tenu de tout ce qui a été dit dans le mariage et les nobles objectifs ensemble pour elle, cependant des différend surgit entre les époux, pour une raison ou une autre, quoique la charia a trouvé la solution idéal a chaque problèmes, puis mettons le moyen idéal pour terminer ce contrat de mariage ,ceux procédé de divorce et la solution pour ne pas tomber dans les interdit, et c'est sur cette bas qui est l'islam que le législateur algérien régit les cas de dissolution du mariage peut être soit particulier sera à l'époux, ou par accord entre les parties ou bien c'est pas la demande de la Femme et on s'arrêter sur ce dernier cas où la charia a donné à la femme le droit de mettre fin au mariage, que ce soit par divorce ou par dénonciation en ce qui concerne le divorce, qui fait l'objet de l'étude, ni la charia ni le législateur ignore le droit des femmes à demander le divorce si les raisons et les justifications qui permettent a l'épouse de prouver cette licence par tous les moyens de preuve mentionnée dans le droit sans réspécte et prouvé par les régle générale ou les règles les spécifiques, mais ces règles nom aucune valeur si elles ne sont pas présenté devant le juge dans ce dernier a l'autorité discrétionnaire pour examiné les éléments de preuve fournis par la femme, et cette autorité et tans temp absolut tans temp restreinte ce qui fait que parfois le juge peux refuse la demande de divorce de la femme et malheureusement ces le cas pour la plupart des plupart des cas de répudiation en raison de difficultés de prouver le préjudice et sesqui est qui est observé devant les tribunaux.

Et sur ceux, on arrive au problème suivant : esque les problématiques de prouver le préjudice est du au raison de répudiation mentionnée dans l'article 53 du code algérien ou a la mauvaise estimation du juge du préjudice?