جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم العلوم السياسية

مذكرة ماستر

المجال: الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: قانون خاص
التخصص: قانون الأسرة

رقم: .....

إعداد الطالب (ة):
الواعر رفيدة
الكيحل ريم

يوم: تاريخ الإيداع
2022/06/28

- عنوان المذكرة –

التطليق للضرر بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

يتوجي سامية	أ.محاضر.أ	جامعة بسكرة	رئيسا
بودوح ماجدة شهيناز	أ.محاضر.أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
شرف الدين وردة	أ.محاضر.أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنـة الجامعيـة: 2021 -2022

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والعرفان

أول الذكر نشكر الله عز وجل الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة ووفقنا في إنجاز هذا العمل وأمدنا بالصبر والعزيمة.

ونتشرف بتقديم أسمى عبارات الشكر و الامتنان إلى أستاذتنا الفاضلة المشرفة **" بودوح ماجدة شهيناز"** التي أيقظت في أنفسنا روح العمل وأحيت ارادتنا نشكرها على نصائحها وتوجيهاتها القيمة التي أنارت دروب هذا البحث فهي كانت نعمة الأستاذة الناصحة والتي كانت دوما سببا في رفع همتنا أسأل الله ان يجزيها كل خير.

ونتقدم بشكرنا الخالص الى كل الأساتذة و الاستاذات على مساعدتهم لنا في مشوارنا الدراسي.

كما نتشكر أعضاء اللجنة المناقشة على جهدهم الواضح في قراءة البحث وتقويمه.

ولا ننسى التوجه بالشكر الى كل المسؤولين والعاملين بإدارة قسم الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة.

ويكون من الواجب العرفان بالجميل والاشادة بالمساعدات المقدمة من طرف أسرة مكتبة كلية الحقوق.

ونوجه الشكر كذلك الى كل عمال وعاملات الكلية الحريصين على أمن ونظافة الجامعة.

الإهداء

اهدي ثمرة نجاحي هذا:

إلى من ساندتني في صلاتها ودعائها إلى من بكت إلى بكائي وفرحت لأفراحي، إلى من ربتني وتعبت لتعبي إلى من رافقتني في جميع خطواتي، إلى من نصحتني وأرشدتني وحملت عبء نجاحي على كتفها، إلى نبع العطف والحنان إلى أجمل ابتسامة حياتي، إلى أروع امرأة في الوجود **أمي** الغالية حفظك الله وأطال لكي في عمرك.

إلى رمز الوقار إلى نعمتي وتاج راسي، إلى من تحمل التعب والألم والعناء لأجلي. إلى من شاب رأسه لأجل تربيتي وتعليمي، إلى من أفنى عمره بصبر ومشقة لأجل راحتي، إلى من لا يبخل على بالغالي والنفيس إلى من رأى لبسه في ملبسي وعلاجه في علاجي إلى من فضل أسرته على نفسه إلى من يحب لي أكثر ما يحب لنفسه، إلى أعظم الآباء أبي الغالي أتقاسم معك اليوم فرحتي بالرغم أني لم أتقاسم معك التعب لأجلي حفظك الله وأطال في عمرك.

إلى أجمل هدية أهداني إياها القدر، إلى من زرعن بداخلي مؤهلات النجاح إلى من لا يبخلن عليّ بأبسط الأشياء إلى قدوتي أخواتي الغاليات سمية وزوجها كان لي نعم الأخ في مشواري الجامعي إلى حفيزة وزوجها إلى أشواق واميمة حفظكم الله ويسر طريقكم جميعا.

إلى نور بيتنا وبهجتها وسندي أخي الغالي عبد الغفور والى أجمل أرزاق أسرتنا الكتاكيت براء وراتب حفظهم الله وبارك في أعمارهم.

إلى من كن بلسم وشفاء لجراحي إلى من جعلن الابتسامة لا تفارق وجهي إلى من علمنني معنى الصداقة الحقيقية والوفاء إلى من تقاسمن معي الأيام حلوها ومرها إلى من كن لي خير رفيقات دربي والى أجمل أقداري صديقاتي عمري الغاليات سوسو و مروى وهناء و صبرينة ومريم وسناء.

إلى كل أقاربي وعائلتي من الكبير إلى الصغير حفظهم الله.

الطالبة

الكيحل ريم

قال تعالى: "قل هذا من فضل ربي ليبلوني أأشكر أم أكفر ومن شكر لنفسه إن ربي غني كريم"

اما بعد:

أهدي ثمرة جهدي إلى الذي عرف قيمة العلم وشجعني إليه، وقدوتي في الكفاح، إلى الذي ضمني بأجنحة العز والدلال وكان لي سندا وكافح لأجلي طيلة حياته الى

بابا العزيز******** أطال الله في عمره

إلى المدرسة التي علمتني أبجديات الحياة والشمعة التي تذوب لتنير دربي، الى التي علمتني العطاء دون مقابل والسهر دون ملل وكرست حياتها حتى تراني في أعلى الرتب إلى أغلى ما أملك في الوجود

أمي العزيزة ******** أطال الله في عمرها

الى زوجي العزيز حمزة ظاهر الذي ساندي وشجعني في دراستي حفظك الله لي.

والى امي الثانية حبيبتي مسعودة أم زوجي وابي العزيز علي أب زوجي اطال الله في عمرهما يا رب.

الى اخوتي وأخواتي الذين ساندوني طيلة مشواري الدراسي وواجهوا الصعاب لأجلي:

اختي هالة وزوجها عادل، اختي ياسمين، منار، أخي عبد الحفيظ

الى حبيبات قلبي الذين كن لي سندا في كل الأوقات:

أنيسة، خليصة، وإلى رمز البراءة صفوان، والى أختي التي لم تلدها أمي إيمان

والى الزميل الذي كان معي في كل أوقاتي الصعبة والذي أكن له كل الاحترام "بن ساهل محمد"،

وإن عجزت الاوراق على احتواء جميع الذين أعرفهم وأحبهم يبقى القلب يتسع لهم ويحتويهم مهما كثروا.

****** إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي *******

الطالبة

الواعر رفيدة

قائمـــة المختـصرات

ق . أ . ج: قانون الأسرة الجزائري.

م . ع: المحكمة العليا.

غ . أ . ش: غرفة الاحوال الشخصية.

ن . ق: نشرة القضاة.

إ . ق: اجتهاد قضائي.

ج . ر: الجريدة الرسمية

د . ر . ط: دون رقم الطبعة.

د . ت . ن: دون تاريخ الطبع.

د . ب . ن: دون بلد النشر.

د . س . ن: دون سنة النشر.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

ع: العدد.

ع . خ: عدد خاص.

ص: الصفحة.

س: سنة.

مقدمة

يعتبر إتصال المرأة بالرجل عن طريق الزواج إتصالا مبنيا على الإيجاب والقبول كمظهرين لرضى كل واحد منهما والنظام الذي ارتضاه الله لنوع الإنسان. فبعد أن هدم الإسلام جميع الأنكحة الفاسدة، أقر الزواج عقدا منظما لفطرة أودعت في الإنسان، كما أودعت في غيره من أنواع الحيوان.

ولقد نوه القرآن الكريم بشأن هذا العقد فسماه ميثاقا غليظا، توثق به القلوب، وتحفظ به المصالح، ويندمج به كل من الطرفين بصاحبه حتى يصير كل واحد منهما لباسا للآخر.

حيث جعل الله سبحانه وتعالى الزواج أصل الأسرة، فهو سكن للزوجين ومبعث الألفة بينهما اذ يقول الله عز وجل:﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة** ﴾. [الروم، الآية21] وأساس للبقاء والاستمرار ولتحقيق مقاصد سامية واهداف نبيلة اهمها تكوين اسرة يسودها الهناء والاستقرار. ورغم الأهمية التي يحظى بها الزواج إلا أن الحياة الواقعية والعملية تثبت بين الحين والآخر أن هناك حالات لا يمكن معها تحقيق هذه المقاصد السامية والاهداف النبيلة.

فقد تتعرض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال، لأمور تجعل الحياة الزوجية مصدر شقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل من أن تكون سببا للحب 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، وإذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله، كما انه مبغوض ومكروه لقول النبي صلى الله عليه وسلم:﴿ **إن أبغض الحلال عند الله الطلاق** ﴾وقوله أيضا:﴿ **تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش** ﴾.

إن الطلاق يكون من الزوج وهو حق من حقوقه ويمنح له إن وجدت هناك استحالة في الاستمرار الحياة الزوجية، كما أن الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري راعيا أيضا جانب الزوجة وشعورها من خلال دورها في إنهاء الرابطة الزوجية، فشرع لها الافتداء بالمال أي طلب الخلع هذا من جانب ومن جانب آخر، وطلبها التطليق للضرر والذي هو موضوع دراستنا، حيث يكون التطليق إذا جلبت العلاقة الزوجية للمرأة إضرارا من طرف الزوج سواء ضرر مادي أو معنوي، وعلى هذا منح لها الحق في فك الرابطة الزوجية وذلك للتخلص من الضرر عن طريق اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق.

أهمية الموضوع:

1/ من الناحية النظرية:

تبين هذه الدراسة مفهوم التطليق للضرر من حيث تحديد تعريفه، والتعرض لمفهوم الضرر الموجب للتطليق والتطرق لأسباب التطليق للضرر سواء المادية أو المعنوية.

كما تكم أهمية بحثنا من خلال أنه يبين كيفية إثبات الضرر الموجب للتطليق وسلطة القاضي في تقديره والتعويض عنه.

حيث أن موضوع التطليق للضرر واشكالات إثبات الضرر من المواضيع الهامة على الساحة القانونية التي تحتاج الى مزيد البحث والتحقيق.

2/ من الناحية العملية:

تتجلى الأهمية في ما يلي:

1. إن هذه الدراسة تبين للزوجة الطرق الصحيحة لطلب التطليق بحيث تقبل دعواها لاحقا ليزول عنها الضرر.
2. معرفة سلطة القاضي في تقدير الضرر اللاحق بالزوجة والتعويض عنه وإثباته.
3. تفيد هذه الدراسة المحامين من خلال أنها توضح لهم نوع الضرر الموجب للتطليق وكيفية إثباته ومقدار التعويض المستحق لموكله.

إشكالية موضوع البحث:

بما أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة الحق في طلب التطليق ومكنها من اللجوء إليه لرفع الضرر عنها ونظم أحكامه من خلال المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري وعلى هذا الأساس يمكن بلورة إشكالية موضوع البحث كالتالي:

إلى أي مدى اتفق المشرع الجزائري مع الشريعة الإسلامية في وضع أحكام التطليق للضرر، تكون ضامنة للزوجة المتضررة للحصول عليه؟

وعليه فإن إشكالية البحث تثير تساؤلات عديدة من عدة زوايا فقها وقانونا وقضاءا من حيث الإثبات والتعويض، وتتمثل هذه التساؤلات فيما يلي:

- ما المقصود بالتطليق للضرر؟
- ماهي أنواع الضرر التي يستند إليها لطلب التطليق؟
- ماهي وسائل اثبات الضرر الموجب للتطليق؟
- فيما تتمثل إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق؟
- ماهي سلطة القاضي في إثبات الضرر الموجب للتطليق والحكم بالتعويض عنه؟

أهداف الدراسة:

- الوصول الى المقصود بالتطليق والضرر.
- توضيح ومساعدة الزوجات المتضررات لإثبات ضررها وذلك ببيان الإشكالات.
- الإطلاع على الأحكام القضائية للتطليق للضرر ومحاولة تفسيرها.

أسباب اختيار الموضوع:

لا ريب ان اي اقدام للبحث في موضوع من المواضيع وخاصة المواضيع القانونية، تحكمه عدة دوافع واعتبارات تدفع الباحث للمضي قدما في البحث المختار مؤيدا في ذلك بالأسباب التي دعته الى اختيار ذلك الموضوع ومن بينها أسباب ذاتية وأسباب موضوعية.

1/ الأسباب الذاتية:

من المسلم به أن أي باحث يجد ضالته في موضوع معين بالذات، حيث ما تفتأ نفسيته ترتاح عند الخوض في تفاصيله، فاختياري لهذا الموضوع يعود للرغبة في دراسة الموضوع بصفة شاملة وكاملة.

2/ الأسباب الموضوعية:

من الأسباب الموضوعية التي قادتني لاختيار هذا الموضوع هي:

- كون التطليق للضرر موضوع جد مهم لابد ان يكون محل دراية من قبل كل الفئات سواء من المختصين في القانون او غير المختصين إذ من شأن الانسان الوصول الى هذه المرحلة فلا بد ان يكون كل فرد على دراية بالموضوع.
- كثرة العنف ضد المرأة و امتلاء المحاكم الجزائرية بكثرة القضايا المرفوعة من طرف الزوجات لطلب التطليق من أزواجهن بسبب الضرر الواقع عليهن.

الدراسات السابقة:

- هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.

- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، جامعة وهران، 1427ه /2006م.

من خلال اطلاعنا على هذه الدراسات تبين لنا أنها مست بعض جوانب الموضوع أو زوايا منه فقط، إذ أنه وجدت دراسات كثيرة في موضوع التطليق، غير أنه فيما يخص إشكالات إثبات الضرر فلم أصادف قط دراسة تتحدث عنه.

وتميزت الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة أنها مست جانب يتمثل في محاولة استنتاج إشكالات إثبات الضرر.

المنهج المعتمد في موضوع البحث:

لبلوغ هدفنا من هذه الدراسة، يقتضي علينا استخدام المنهج التحليلي وذلك من خلال جمع المعلومات المتعلقة بموضوع البحث من خلال تحليل النصوص القانونية وما جاء في قرارات المحكمة العليا ومحاولة دراسة الأحكام وتحليل مضمون نصوص المواد خاصة مواد قانون الأسرة الجزائري.

مع استخدام الأسلوب المقارن وذلك بمقارنة بعض الأحكام القانونية مع الشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء.

تقسيمات البحث:

اعتمادا على ما سبق، ولتحقيق أهداف البحث فقد تم توظيف بناء منهجي لتقديم إجابة عن التساؤلات ضمن توليفة واحدة لنستخلص منها النتائج وذلك وفق الاعتماد على الخطة الثنائية حيث قسمنا البحث إلى فصلين ففي الفصل الاول تطرقنا إلى الاطار المفاهيمي للتطليق للضرر وقسمناه إلى مبحثين، المبحث الاول كان بعنوان مفهوم التطليق للضرر أما المبحث الثاني تحت عنوان أسباب التطليق للضرر. وفي الفصل الثاني درسنا إثبات الضرر الموجب للتطليق وسلطة القاضي في تقديره والتعويض عنه حيث في مبحثه الأول تطرقنا إلى إثبات الضرر الموجب للتطليق والإشكالات الناتجة عنه، أما في المبحث الثاني جاء بعنوان سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق والتعويض عنه.

الفصل الأول

الإطـار المفاهيمي
للتطليـــق للضرر

تمهيد:

أقرت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري أن العصمة بيد الزوج لإنهاء الرابطة الزوجية حيث أن الطلاق والتطليق كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا، حيث أن الطلاق لغة هو حل الوثاق، مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك، أما اصطلاحا فهو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، غير أن المشرع الجزائري استحدث التطليق للتمييز بينه وبين الطلاق، وكذلك يطلق عليه التفريق القضائي بين الزوج وزوجته، ونرى أيضا أنه تختلف الزوجة عن الزوج في أسلوب حل عقدة الزواج، ففي الوقت الذي يستطيع الزوج أن يحل عقد الزواج بكلمة تصدر منه، من غير حاجة إلى رضا الزوجة، أو قضاء القاضي، ليس للمرأة مثل تلك الكلمة، ولا سبيل لها الى فك الرابطة الزوجية إلا بطلبها من الزوج أن يصدر تلك الكلمة، أو أن ترفع أمرها إلى القضاء ليجبره على النطق بها، أو ينوب عنه في إصدارها، وذلك في حالة تحقق الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري متى وجدت الأسباب الشرعية والقانونية الموجبة لذلك، حيث أجازت للزوجة طلب التطليق بموجبها.

وهذا يعني أن الحق لم يقتصر على الزوج فحسب، إنما خول أيضا للزوجة بإرادتها المنفردة عن طريق طلب التطليق وذلك مراعاة لجانب الزوجة لرفع الحرج والضرر عنها، وفتح لها بابا للخلاص، وان لم يرض به الزوج، وأوجبت على القاضي الاستجابة لطلبها، متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بينهما.

لذا نستهل دراستنا في هذا الفصل بتحديد الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر ومن خلاله تعرضنا إلى مبحثين، في المبحث الأول مفهوم التطليق للضرر أما في المبحث الثاني أسباب التطليق للضرر.

المبحث الأول: مفهوم التطليق للضرر

إذا كانت حكمة الشريعة قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج فقد اقتضت عدالتها أن تراعي جانب الزوجة، فمنحتها الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها ذلك لأنها تضررت من بقاء الزوجية واستمرارها وهذا الضرر سواء كان ماديا أو معنويا قولا أو فعلا. لهذا جعلت لها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها ورفع الضرر عنها الذي ألحقه بها الزوج وهذا ما سنطرحه في هذا المبحث من خلال تفصيله إلى مطلبين، في المطلب الأول مفهوم التطليق أما المطلب الثاني مفهوم الضرر الموجب أو المبرر للتطليق.

المطلب الأول: مفهوم التطليق

لقد شرع الطلاق أصلا ليكون بيد الزوج يستعمله في أي وقت متى كان أهلا لإيقاعه، وقد يكون التطليق بحكم القاضي بناءا على طلب الزوجة، حيث في هذا المطلب سنفصل في التطليق وهذا بتطرقنا لمفهوم التطليق وذلك من خلال الفروع التالية الفرع الأول تعريف التطليق أما الفرع الثاني دليل مشروعية التطليق والحكمة من مشروعيته أما في الفرع الثالث الفرق بين التطليق والخلع بما أنهما منحا للزوجة.

الفرع الأول: تعريف التطليق

اختلفت الآراء حول تعريف التطليق لغة واصطلاحا وقانونا وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: تعريف التطليق لغة

يعود إلى طلق تطليقا، ويقال تطلقت الخيل: مضت إلى الغاية في السباق طلقا لم تحبس، تطلق الزوجان: مطاوع طلق: انهيا علاقة الزواج بينهما.[1]

تطليق مفرد: مصدر طلق

التطليق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا وتطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك.[2]

طلق -طلوقا وطلاقا: تحرر من قيده ونحوه.

وطلق المرأة من زوجها طلاقا: تحررت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

طلقا -طلق: تباعد

طلق -طلوقة وطلاقة: طلق

وطلقت المرأة من زوجها طلاقا: طلقت

أطلق القوم: طلقت إبلهم ونحوها في الكلأ والماء وأطلق

[1] - ابن المنظور، **لسان العرب، المجلد العاشر**، دار صادر، بيروت، 2003، ص 226.
[2] - الدكتور عمر بمساعدة فريق عمل معجم اللغة العربية المعاصر، عالم الكتب، ط1، 2008، ص 1412.

وأطلق المرأة: حررها من قيد الزواج.

الطالق: يقال إمرة طالق، محررة من قيد الزواج.

الطلاق التطليق وفي الشرع رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة.

الطلقة من الرجال الكثير التطليق للنساء.[1]

ومعنى كلمة تطليق في اللغة أيضا يعود إلى (طلق – تطليقا)، أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منها، بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم.

ثانيا: تعريف التطليق اصطلاحا

التطليق هو"منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون، عن طريق القضاء".[2]

وهناك تعريف آخر هو "انه فك الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية ".[3]

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي: هو "تمكين الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، ويقع بحكم القاضي إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع".[4]

أو هو: "رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري".[5]

والمقصود بالتطليق هو: "التفريق بمعرفة القاضي فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة من الزوج حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر، فإذا أثبتت الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق.

والتطليق الذي يوقعه القاضي إنما يوقعه نيابة على الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولا يعاشر بإحسان ولذلك يقال (طلق عليه القاضي)".[6]

إن من حق المرأة كذلك طلب المفارقة على زوجها بإرادتها المنفردة، وهذا مقابلة للحق الذي منح للزوج ولكن الحق الذي منح للمرأة محصور في حالات حيث قيدها المشرع

---

[1] - مجمع اللغة العربية: **المعجم الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، القاهرة، 2004، ص 563.

[2] - منصوري نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الهدى لطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص11 .

[3] - سرايش مراد و ويوسفي سفيان، **حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر الأكاديمي، قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2021/2020، ص 12.

[4] - وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، دار الفكر، ج 8، ط 3، دمشق، 2012، ص 486.

[5] - فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا**، مطبعة الطالب، الجزائر، 2008، ص 35.

[6] - احمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتاب القانونية، مصر، 2004، ص 167.

الجزائري في نص المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري، وهذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة وارتكاب فاحشة.[1]

وهكذا يكون التطليق هو: "التفريق بين الزوجين لأمر نص عليه القانون بعد طلب الزوجة له، فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون التفريق خيرا من الإمساك مع الضرر، وعندما يطرح هذا الأمر أمام القاضي وجب عليه التفريق".[2]

ويمكن استخلاص أن التطليق يكون بطلب من الزوجة إذا كانت متضررة من الحياة الزوجية، وتقع هاته المفارقة حتى وان كان الزوج معارضا لهذا الأمر، حيث يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.[3]

ثالثا: تعريف التطليق قانونا

قد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة (53)[4] من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.

وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.[5] حيث لم يرد تعريف فقهي مضبوط، والشريعة الإسلامية لم تضبط تعريف محدد وإنما اكتفت بالإشارة إلى أسباب طلب التطليق.[6]

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لتعريف التطليق، إنما اكتفى بذكر الأسباب التي تخول للزوجة حق التطليق في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري.

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة (48) منه مصطلح الطلاق للتعبير عن كل أنواع الفرق، وهذا اعتمادا على ظاهر النص، ولكن بالرجوع إلى هذه المادة نجدها تكلمت عن الطلاق بصفة عامة ولم تتحدث عن التطليق، ففي أحكام هاته المادة استعملت مصطلح الطلاق للقصد بما يقع بإرادة الزوج فقط، لكن ما يكون بإرادة الزوجة يسمى "تطليقا" و نوهت عنه المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري وهذا ما يؤكد لنا بأن المشرع فرق بين المصطلحين (الطلاق والتطليق) لاختلاف أثارهما لاسيما من

---

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 11.
[2] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص12.
[3] - محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائر**، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008، ص639.
[4] - المادة (53) من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر15، ص 21.
[5] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص12.
[6] - دنيدني نعيمة، **أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في القانون الجزائري**، مذكرة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون أحوال شخصية، فرع الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019/2018، ص6.

حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما.[1]

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/03 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا إن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وانه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في

إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ".[2]

حيث إن المحكمة العليا من خلال قرارها أرادت أن تعطي تعريف للتطليق لكن هذا التعريف ناقص وغير دقيق حيث لم نفهم المقصود بالضرر الذي يلحق بالزوجة فلم تحدده لا شكلا ولا مضمونا حيث كان لها من الأفضل لو أعطت أمثلة عنه ليتضح المقصود ويزول الإبهام.[3]

الفرع الثاني: مشروعية التطليق والحكمة منه

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من اجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين، يلجأ إليه عند الحاجة ومع ذلك فإن الشارع الحكيم ابغضه وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته، رغم مشروعيته.

حيث تثبت مشروعية التفريق بين الزوجين بالكتاب والسنة والإجماع والقانون وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي:

أولا: مشروعية التطليق

1 - مشروعية التطليق من الكتاب

في حقيقة الأمر لم ترد في الكتاب آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق ولكن هذا لا يعني أن الشارع الحكيم لم يشر لهذا النوع من التصرفات؛ إذ انه هناك آيات تدل ضمنيا على مشروعيته ومن بينها:

- قول الله سبحانه وتعالى:﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾.[4]

وجه الدلالة:

الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقوم على المعاشرة بالمعروف وان تقوم على تبادل الحقوق المشروعة بينهما، فإذا انتفى أهم هذه الحقوق وهو الإمساك بالمعروف تعين التسريح

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص ص12 -13.
[2] - قرار صادر عن م.ع، غ. أ. ش، بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35026، المجلة القضائية، ع 4، 1989، ص 86.
[3] - منى منصور، **التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر، قسم العلوم إنسانية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة حمه لخضر الوادي، 2015/2014، ص20.
[4] - سورة البقرة، الآية 229.

بإحسان لرفع الضرر عن الزوجة، فإن قام به الزوج استجابة لأمر الشارع فقد فعل خيرا، وان لم يقم بذلك فإن القاضي هو الذي يوقع الفرقة لرفع الضرر عن الزوجة.[1]

- قول الله سبحانه وتعالى: ﴿**فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه** ﴾.[2]

وجه الدلالة :

إن لم يتحقق الإمساك بالمعروف والمقصود به هنا هو ما عرفه الناس في معاملاتهم من الحقوق التي قررها الإسلام أو قررتها العادات التي لا تنافي أحكام الإسلام فالبديل هو الفراق بالمعروف ومعروفه منحصر في الإحسان إلى المفارقة بالقول أو بالفعل، وان المعروف في الإمساك حيثما تحقق انتفى الضرر، وحيثما انتفى المعروف تحقق الضرر، فيصير الضرر مساويا لنقيض المعروف، والذي يمسك زوجته ضرارا يظلمها ويظلم نفسه حيث جعل الله سبحانه وتعالى ظلم الأزواج لنسائهم ظلما لأنفسهم، لأنه يؤدي إلى اختلال المعاشرة واضطراب حال البيت وفوات المصالح بانشغال الأذهان في المخاصمات، لأنه يؤدي إلى تعريض الظالم لعقاب الله في الآخرة وطريقة رفع الضرر والظلم عن الزوجة هي التفريق بين الزوجين .[3]

- قول الله سبحانه وتعالى: ﴿**وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما**﴾.[4]

وجه الدلالة:

تدل الآية على جواز التفريق بين الزوجين إذا تعذر الصلح بينهما، ويكون التفريق بينهما في هذه الحالة خيرا لهما من استمرار حياة التعب والشقاق، وإذا لم تتم الفرقة بإرادة الزوج (بالطلاق) أو كليهما يمكن للقاضي أن يتدخل بطلب من احد الزوجين التفريق بينهما لرفع الضرر وحل النزاع والشقاق بينهما.[5]

- قوله تعالى:﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء** ﴾.[6]

وجه الدلالة:

فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية.[7]

2- مشروعية التطليق من السنة

- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ﴿**لا ضرر ولا ضرار**﴾.[8]

وجه الدلالة:

---

[1] - عبد الحكيم حسينات، **تقدير الضرر للزوجة في حالة التطليق**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، فرع الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019، ص14.

[2] - سورة البقرة، الآية 231.

[3] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص15.

[4] - سورة النساء، الآية 130.

[5] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص15.

[6] - سورة البقرة، الآية 236.

[7] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص15.

[8] - محمد بن عبد الله النيسبوري، **المستدرك على الصحيحين**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص25.

إن هذا الحديث على قصره يدخل في كثير من الأحكام الشرعية، ويبين السياج المحكم الذي بنته الشريعة لضمان مصالح الناس، فقد حرم الإسلام الضرار بكل صوره، وجميع أشكاله، ومن بينها الضرر الذي يوقعه الزوج لزوجته، ولا بد من إزالته وفقا للقاعدة الفقهية (الضرر يزال)، حيث يبنى على هذه القاعدة الفقهية كثير من الأحكام الشرعية، ومن هذه الأحكام التفريق بين الزوجين لرفع الضرر، ولا يتعارض ذلك مع القاعدة الفقهية (الضرر لا يزال بالضرر) لأنه يستثني من ذلك كون احد الضررين اخف من الآخر، فشرع التفريق بين الزوجين لان ضرره اخف من استمرار الحياة الزوجية مع الشقاق والنزاع .[1]

- حديث ثوبان حيث قال: قال رسول الله ﷺ:﴿ **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة** ﴾.[2]

وجه الدلالة:

هذا الحديث يدل على حق الزوجة في طلب الطلاق ويكون هذا الحق مشروعا إذا وجد سبب يبرر اللجوء إليه.[3]

- عن محارب عن بن عمر أن النبي ﷺ قال:﴿ **أبغض الحلال عند الله الطلاق** ﴾.[4]

وجه الدلالة:

إن الله تعالى يكره الطلاق ولكنه لم يحرمه على عباده لتوسعة لهم، فإذا كان هناك سبب شرعي أو عادي للطلاق صار ذلك جائزا، وعلى حسب ما يؤدي إليه إبقاء المرأة. وهو يدل على أن ترك الطلاق أفضل إذا لم تدعوا الحاجة إليه أي النبي عليه السلام أجاز وشرع الطلاق لكن إذا توفرت الأسباب.[5]

- قال رسول الله ﷺ:﴿ **ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتق** ﴾.[6]

وجه الدلالة:

يفيد معنى الحديث أنه لو طلق الشخص أو نكح أو عتق وقال كنت لاعبا هزلا لا ينفعه هذا القول.

واتفق العامة من أهل العلم على ان لفظ الطلاق إذا قيل صراحة، من لسان الإنسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به. ولا ينفع أن يقول هذا الشخص كنت لاعبا أو هازلا او لم أنوه طلاقا، او ما شابه ذلك من الأمور.

---

[1] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص16.

[2] - أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل (ت:241 ه)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ج37، ج37، ط1، بيروت، 2001، ص62.

[3] - سرايش مراد، يوسفي سفيان، المرجع السابق، ص 12.

[4] - رواه النسائي، اخرجه ابن ماجه، في سننه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، برقم 2008، وابو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق برقم 1863.

[5] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 15.

[6] - احمد بن حسين البيهقي، **السنن الكبرى ما جاء في كراهية الطلاق تحقيق**، مكتبة دار البار، ج 7، مكة، 1994، ص 322.

ويكون النكاح في أن يقول الولي زوجتك فلانة، ويقول الزوج قبلت الزواج، والعتق أيضا وهو أن يقول الشخص أنت حر أو أنت معتوق لوجه الله.

وخلاصة القول أن في هذه الامور لا يجوز فيهم الهزل واللعب لأنه أمر خاص بمصير الشخص في الحياة.[1]

3- مشروعية التطليق من الإجماع

اجمع الفقهاء انه تجوز وتباح الفرقة لكن إلا للضرورة وهذه الإباحة مقيدة من اجل تحقيق الصالح العام والتوازن بين حق كل من الزوج والزوجة، ولا تحدث الفرقة إلا لأسباب ودوافع ملحة.[2]

ونرى بان العلماء والمجتهدين بعد عصر الرسول ﷺ وخاصة في العصر الحالي قد أباحوا وأجازوا كذلك التطليق ولكن بشرط أن يكون هناك مبرر شرعي، حيث هذه الإباحة وضعت لها قيود كما قلنا سابقا لتحقيق الصالح العام وحق كل من الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية.[3]

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه.[4]

4 - مشروعية التطليق من قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري قد أعطى للزوجة حق طلب التطليق من زوجها لرفع الضرر عنها كذلك عن طريق القاضي، أي لهذا الأخير السلطة التقديرية في تقدير ذلك الضرر والتعويض عنه كذلك.[5]

وقد تناول المشرع الجزائري التطليق في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري بذكر أسبابه وقد جاء فيها:

المادة (53) (معدلة): يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78) و (79) و (80) من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، ج4، ط4، دمشق، 2012، ص 3041.
[2] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 15.
[3] - وردة شكال، **حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية**، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2015، ص ص 8 - 9.
[4] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 15.
[5] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص 17.

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه.
- ارتكاب فاحشة مبينة.
- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- كل ضرر معتبر شرعا.

ثانيا: الحكمة من التطليق

سبق لنا الإشارة إلا أن الطلاق يكون بيد الزوج، وهو شامل لحق الزوجين في دفع الأذى عن كليهما، إلا أننا نرى بأن للزوجة كذلك حق في إنهاء هذه الرابطة وذلك بطلبها من القاضي ليفرق بينهما في حالة ما لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية وهذا ما يسمى بالتطليق.[1]

ونرى بأنه إذا توفرت الأسباب التي تخول للزوجة التطليق لها، أن ترفع ذلك حتى تتمكن من دفع الضرر عنها وذلك بإثبات هذا الأخير بكل وسائل الإثبات. ولطلب الزوجة التطليق حكمة يمكن أن نلخصها في النقاط التالية:

1-حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من أن يسيء استعمال ما خول له من القوامة على الأسرة.

2-تغيير نظرة الرجال إلى المرأة، فالمرأة ليست جارية عليها أن تنفذ طلباته وإلا استغنى عنها فهي الأخرى لا تقل أهمية عن الرجل في تسيير شؤون الأسرة.

3-تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن.[2]

الفرع الثالث: الفرق بين التطليق والخلع

لا بد أن التطليق والخلع مصطلحين مختلفين وذلك من حيث التعريف والطبيعة والأساس وكذلك الآثار إلا أننا لا نستطيع أن نتغاضى أو ننكر الأمور التي يشتركان فيها، فنرى أن كلاهما حق منحا للمرأة لفصل عرى الزوجية وكلاهما جعل في يد المرأة في مفارقة زوجها، إذن فكلاهما وجهين لعملة واحدة وهذا ما سنتحدث عنه في هذا الفرع وذلك من خلال ذكر أوجه التشابه بينهما وكذلك نذكر أوجه الاختلاف من خلال تبيان الاختلاف البارز بينهما.

أولا: أوجه الشبه

1-يشترك التطليق والخلع في إن كليهما وضعا لفصل عرى الزوجية وذلك بإرادة وطلب من الزوجة منحهما لها الشرع والقانون، وذكرتهما الشريعة الإسلامية السمحاء في كل مصادرها، ويعد كل منهما طلقة بائنة، تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، ولا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء ويحدد الآثار والتوابع المنجزة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطتهما.[3]

---

[1] - بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، "الزواج والطلاق"**، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، ط 4، 2005، ص273.

[2] - وردة شكال، المرجع السابق، ص9.

[3] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص156.

2 -يتحد في أن كليهما لهما نفس الآثار والمتمثلة في العدة ونفقتها، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، حضانة الأولاد، ونفقتهم وسكنهم وحق زيارة المحضون.[1]

ثانيا: أوجه الاختلاف

1- من حيث الماهية:

نرى أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف للتطليق ولم يحدد له صغية وآثار خاصة به، أما الخلع فقد حدد له لفظ واحد وهو المخالعة أو الخلع إن غاب هذا المصطلح لا يكون هناك خلع، وإنما تكون في وضعية قانونية أخرى، فاعتبر البعض أن غياب لفظ "الخلع" مع وجود المال لا يعتبر خلعا إنما يكون طلاقا على مال.

يشترط في الخلع أهلية التبرع لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمها، رغم أن الزوجة تملك نفسها بمقابل ولا يشترط ذلك في التطليق.[2]

في الخلع تفدي المرأة نفسها مقابل مبلغ مالي نتيجة كراهيتها لزوجها، وخشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى:﴿ **فإن خفتم إن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾،[3] أما في التطليق ترفع الضرر عن نفسها بحكم من القاضي.

2-من حيث الأساس:

في التطليق قيد المشرع الجزائري الزوجة وذلك بوضع أسباب نص عليها في المادة (53) إن لم تتوفر هذه الأسباب لا يكون هناك تطليق، أما في الخلع فيجوز لها أن تخالع نفسها بمبلغ مالي، أي انه لم يقيدها بأسباب ولكن وضع لها ثلاثة شروط لا يصح الخلع إلا بها: قيام الرابطة الزوجية والشروط المتعلقة بالزوجين والصيغة والبدل.

ونرى من خلال ما تم ذكره أن التطليق يكون على أساس اضرار الزوج لزوجته ماديا أو معنويا قولا أو فعلا، أما الخلع فيقع إذا كرهت الزوجة زوجها ونفرت منه، حيث أن للزوجة هنا مسارين لفك الرابطة الزوجية، إذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطليق، يفتح لها الطريق الثاني افتداء نفسها مقابل مبلغ مالي وهو ما يعرف بالخلع.[4]

3 -من حيث السلطة التقديرية:

إن سلطة القاضي التقديرية تتسع في التطليق حيث أن له في هذه الحالة إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفاع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضه، بينما تكون العكس أي ضيقة في الخلع فالقاضي في هاته الحالة يكون مقيد.

---

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص159.
[2] - منصوري نورة، المرجع نفسه، ص160.
[3] - سورة البقرة، الآية 229.
[4] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص160.

4 -من حيث الآثار:

نرى إن هناك اختلاف بين الخلع والتطليق، ففي التطليق يحكم للمرأة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها بشرط توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى الحكم لها بالتطليق، أما في الخلع فيضم التزام المختلعة بتقديم بدل للخلع ويترتب على ذلك سقوط الحقوق الزوجية، فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع وتبقى المختلعة ملتزمة بتسديده، ووجب في ذمتها أدائه، فيكون دينا عليها حتى تسدده ما لم يضمنه عنها غيرها، ويعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها.[1]

المطلب الثاني: مفهوم الضرر الموجب للتطليق

إن استعمال مصطلح الضرر شائع، وهذا الاستعمال يظهر في مختلف المجالات، فبالنظر إلى أبواب الفقه الإسلامي والى القانون ينبئنا عن استخدام موسع للفظ الضرر وهذا ما يوحي بأن لفظ الضرر يكون ثريا بدلالاته، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب حيث سندرس المعنى العام للضرر ونخصصه بعد ذلك حيث سنقسمه كالتالي الفرع الأول مفهوم الضرر الموجب للتطليق أما في الفرع الثاني شروط الضرر الموجب للتطليق الفرع الثالث أمثلة عن الضرر الموجب للتطليق.

الفرع الأول: تعريف الضرر الموجب للتطليق

لابد أن للضرر مفاهيم وصور عديدة تتنوع وتتجدد بتجدد العصور والمجتمعات ففي هذا الفرع سنتطرق إلى التفصيل في معنى الضرر عامة والضرر الموجب للتطليق خاصة ويقتضي البحث أن نطلع على الضرر في المعاجم العربية، وذلك لدلالاتها المتعددة واستعمالاتها المتنوعة ففي هذا الجزء سنقوم بإعطاء معنى الضرر لغة والمقصود به اصطلاحا وكذلك في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري.

أولا: تعريف الضرر لغة

يدل معنى الضرر على هذه المعاني: إن الضر ضد النفع والهزال وسوء الحال، والضرر النقصان تقول دخل عليه ضرر في ماله أي نقص والضراء نقيض السراء قال ابن الأثير الضراء هي الحالة التي تضر، وهي نقيض السراء. الإضرار: الاحتياج إلى الشيء.[2]

الضر معناه الفاقة والفقر بضم الضاد اسم وبفتحها مصدر ضره يضره من باب قتل.

وقال الأزهري: "كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بالضم وما كان ضد النفع فهو بفتحها وفي التنزيل مسني الضر أي المرض والاسم الضرر وقد أطلق على نقص

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص160.

[2] - احمد موافي، **الضرر في الفقه الإسلامي**، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المجلد الأول، ط 1، المملكة العربية السعودية، ص ص 20 -21.

يدخل الأعيان واضطره بمعنى ألجأه إليه وليس له منه بدو الضرورة اسم من الاضطرار والضراء نقيض السراء ولهذا أطلقت على المشقة والمضرة وضرة المرأة امرأة زوجها".[1]

والذي يلاحظ أن معاني الضرر تدور حول "ما يعتري الإنسان آو يتعرض له من سوء حال وضيق، وفقر وقحط وشدة، ومرض وزمانه وهزال، أو حاجة ملجئة أو مخالفة أو مزاحمة أو نقصان للحقوق أو الملك أو ما يكون ضد النفع بوجه عام".[2]

ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا

تعرض بعض الفقهاء للضرر تعريفا وتمثيلا، من كثرة مسائله في النوازل والقضايا فإنه لا يكاد يعثر على تعريف محدد له كما أن هناك تطابقا وتقاربا كبيرا بين المباني التي يراد بها الضرر وبين المعنى اللغوي للفظ.

1-المعنى العام للضرر:

عرفه ابن العربي الضرر بأنه: "الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع".[3]

ومن ذلك ما جاء في فيض القدير: "الضرر إلحاق مفسدة بالغير".[4]

وجاء في فيض القدير "لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقوقه".[5]

2- معنى الضرر الموجب للتطليق:

لم يعرف الفقهاء الضرر من هذا الجانب، وكأنهم تركوه لمعناه اللغوي وان هذا المعنى هو المراد من الضرر شرعا، وربما عرفوه بذكر بعض الأمثلة له وبقولهم انه لا يجوز شرعا.

أما الفقيه الدرديري المالكي يعرف الضرر الذي يبيح للزوجة أن تطلب التفريق بسببه، فيقول: "ولها – أي الزوجة – التطليق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها ... "، الضرر الذي نتكلم عليه في هذه الحالة باعتباره سببا من أسباب التفريق بين الزوجين، هو" ما يصدر من قول أو فعل أو ترك أو مظهر يضر بالزوجة، ويصدر عن الزوج بقصد وتعمد، وبدون وجه حق، أي بدون موجب شرعي لهذا الإضرار".[6]

---

[1] - احمد بن محمد فيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، المطبعة الأميرية للنشر، ج 2، القاهرة، مصر، 1909، ص ص 54 -55.

[2] - احمد موافي، المرجع السابق، ص22.

[3] - عبد الهادي بن زيطة، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط 1، القبة، الجزائر، 2007، ص19.

[4] - عبد الرؤوف المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج 6، ط 2، بيروت، 1972، ص431.

[5] - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص21.

[6] - نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 186.

ويراد بالضرر الموجب للتطليق "ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع أذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كأن يؤذيها بالقول أو الفعل، فمن الضرر إلا يكلمها أو يحول وجهه عنها في الفراش أو ضربها ضربا مؤلما أو شتمها أو شتم والديها".[1]

وقد قضى أنور العمروسي هو "بأن الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها. والإيذاء بالقول مثل القذف والسب والتشهير، والإيذاء بالفعل مثل الضرر وتبديد منقولات الزوجة وسرقة مالها ومصاغها".[2]

ثالثا: تعريف الضرر في الشريعة الإسلامية

وردت كلمة الضرر ومشتقاتها في القرآن الكريم وبعض الأحاديث الشريفة نذكر من بينها:

- بمعنى البلاء والشدة لقوله تعالى:﴿ **إن يمسسكم الله بضر فلا كاشف له إلا هو وان يردك بخير فلا راد لفضله يصيب به من يشاء من عباده وهو الغفور الرحيم** ﴾.[3]

- بمعنى الإيذاء وإيصال المحن في معارضة المنفعة والراحة فمن ذلك قوله تعالى:﴿ **فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه وما هم بضارين به من أحد إلا بإذن الله ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم** ﴾.[4]

- حيث ورد في الأحاديث الشريفة، ومن ذلك قوله ﷺ:﴿ **لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لابد متمنيا فليقل اللهم أحييني ما كانت الحياة خيرا لي وتوفني إذا كانت الوفاة خيرا لي** ﴾.[5] وذلك أن الإنسان حينما يتمنى الموت بسبب ضر نزل به فإن ذلك يكون على سبيل الجزع، فهو ما استطاع أن يتحمل ويصبر، ولذلك يتمنى الموت، ومن الناس من يعمد إلى وسيلة يجعل حدا فيها لحياته، فيتخلص من الم الدنيا ونكدها، وينتقل إلى عذاب الآخرة.

وقد أكدت الشريعة الإسلامية أن الضرر سبب لفك الرابطة الزوجية مصداقا لقوله تعالى:﴿ **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا** ﴾[6] ونرى أن هاته الآية قد نهت عن إضرار الزوجة وذلك من خلال إمساكها حيث أن الله سبحانه وتعالى ينهى عن إمساك الزوجة على وجه الإضرار بها فإمساكها يعتبر إضرارا واعتداءا عليها، فلها أن ترفع أمرها للقاضي وعلى هذا الأخير أن يرفع هذا الضرر.[7]

---

[1] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص13.

[2] - أنور العمروسي، **أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية الفقه على جميع المذاهب والتعديلات وقانون توحيد إجراءات التقاضي بالقانون رقم 1 لسنة 2000 و91 لسنة 2000 والقواعد الإجرائية والموضوعية المقارنة**، دار الفكر الجامعي للنشر، ط 3، الإسكندرية، مصر، 2001، ص595.

[3] - سورة يونس، الآية 107.

[4] - سورة البقرة، الآية 102.

[5] - أخرجه البخاري، كتاب المرضى، باب تمني المريض الموت 121/7 برقم 5671، ومسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب كراهة تمني الموت لضر نزل به 2064/4 برقم 2680.

[6] - سورة البقرة، الآية 231.

[7] - نجية زيتوني، **دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، القسم الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2006، ص7.

رابعا: تعريف الضرر في قانون الأسرة الجزائري

عندما نطلع على أحكام قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد بان المشرع قد تغاضى عن تعريف الضرر الموجب للتطليق ولم يعطي له تعريفا محددا وإنما اكتفى بذكر أسباب التطليق فقط، كما انه امتنع عن إعطاء معيار لتحديد هذا الضرر، حيث ترك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير الضرر من عدمه.[1]

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نجدها قد تطرقت للضرر، حيث تنص المادة (124) من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".[2]

ما دام تعريف الضرر غائب في قانون الأسرة الجزائري وجب الرجوع إلى الأصل التشريعي وهو المذهب المالكي الذي يرى أن ضرر الزوج بزوجته يتمثل في هو "كل إيذاء بالقول أو الفعل حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا تطيق الصبر عليها فهذه المعاملة القاسية كثيرة الأسباب".[3]

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتطليق

حتى يكون الضرر سببا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها في التطليق أمام القضاء، لابد من توافره على هذه الشروط:

أولا-أن تكون المرأة طالبة للتطليق بسبب الضرر زوجة بعقد زواج صحيح، فالعقد الفاسد لا يعطيها هذا الحق، ولا يشترط الدخول أو الخلوة، فيكفي العقد الصحيح لإثبات حق الزوجة في طلب التطليق.[4]

ثانيا-أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون حالا أو وقع فعلا، أي لا يكون الضرر احتماليا أو افتراضيا، وهنا شرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون قبل ذلك، وهذا إتباعا لما أكده المذهب المالكي الذي لا يعتبر فرقا بين الحالتين في طلب التطليق، فتسمع الدعوى في الحالتين (مدخول بها أو غير مدخول بها).[5]

ثالثا-أن يكون الضرر واقعا من الزوج على زوجته نفسها، فلا يوجب تعديه على أحد من أهلها تطليقها عليه.[6] فإذا وقع الضرر على أحد من أهلها فلا يوجب لها التطليق.[7] حيث يشترط في الضرر

---

[1] - سرايش مراد و يوسفي سفيان، المرجع السابق، ص14.

[2] - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو2005.

[3] - شاير ليليا وشريفي أمال، **التطليق للضرر (دراسة مقارنة)**، مذكرة الماستر LMD، فرع قانون خاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2013/2012، ص5.

[4] - محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 98.

[5] - كمال فريحاوي، **التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2001، ص 22 إلى 25.

[6] - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 596.

[7]- سرايش مراد و يوسفي سفيان ، المرجع السابق، ص14.

أن يكون شخصيا، بحيث لا يتعدى إلى أسرة الزوج الآخر، فكذلك يجب أن يسند الضرر إلى فعل الزوج، فلا يعتبر الضرر الواقع على الزوجة من أسرة الزوج الآخر ضررا موجبا للتفريق غير انه حتى يتحقق هذا الشرط لابد من أن يكون مسكن الزوجية مستقل عن منزل أسرة الزوج، ولم يستطع رفعه عنها، بتوفير مسكن مستقل أو بأي إجراء آخر فتطلق عليه للضرر إلا أن الضرر هنا يؤسس على عدم توفير المسكن الشرعي المستقل.[1]

رابعا-أن يكون الضرر معتبر شرعا، أي أن يوجد في أحكام الشرع الإسلامي ما يدل على أن الفعل الذي ارتكبه الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، ولا يحق للزوج القيام به، أو ما يعتبره العرف من باب الإضرار بالزوجة، أما إذا كان الفعل مباحا القيام به كالضرب بغرض التأديب للنشوز وكان لا مدمنا ولا مدميا، فهذا لا يحق للزوجة معه المطالبة بالتطليق، لان نشوزها واجب على الزوج استعمال حقه في التأديب.[2]

خامسا-فسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره إليها بأن يحضر صواحبه في منزلها، ولا يؤخذ الزوج بالظن والاتهام، بل من الأدلة القاطعة.[3]

سادسا-أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما.[4] فإذا كان الضرر طارئا طارئا فقط ويزول، أو كان بسبب خطأ وقع فيه الزوج بسبب غلط أو سوء تقدير الأمور، فقد لا يقبل سببها وترفض دعواها لان معيار الضرر معيار شخصي لا مادي، وان تقدير مداه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع.[5]

سابعا-لا يشترط تكرار الضرر لطلب التطليق حيث إذا ثبت إضرار الزوج بزوجته بالبينة المعتبرة، فلا يشترط إثبات تكراره لطلب التفريق بل يكفي إثبات حصوله مرة واحدة وقال الدسوقي في "حاشيته" تعليقا على هذا القول قوله: "ولو لم تشهد البينة بتكراره، بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التطليق بها على المشهور".[6]

ثامنا-**أن** يعجز القاضي عن إصلاح ذات البين أمام إصرار الزوجة على طلب التطليق فإنه يجب التطليق بعد فشل محاولات الصلح التي يجريها القاضي والمحدد قانونا.[7]

الفرع الثالث: أمثلة عن الضرر الموجب للتطليق

سنعطي جملة من الأمثلة عن أنواع الأضرار التي يمكن أن تلحق الزوجة والتي تسمح لها طلب التطليق وهي واردة على سبيل المثال لا الحصر.

أولا-تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب أي ضربها وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون وضربها ضربا مؤلما.[8]

---

[1] - فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص49.
[2] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص ص 14 -15.
[3] - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص596.
[4] - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص98.
[5] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص15.
[6] - نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص 187 -188.
[7] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص15.
[8] - نبيل صقر، المرجع السابق، ص187.

ثانيا-ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه وهو ما يسمى بالهجر.

ثالثا- ترك وطئها دون مبرر شرعي مثل مرضه وترك الوطء ضرر بالزوجة يبرر طلبها التفريق من زوجها، وبهذا صرح المالكية، فقد جاء في "التاج الإكليل" للمواقف في فقه المالكية: قال مالك: "من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علة – قيل له – إما وطئت أو طلقت".

رابعا-إظهار العبوس لها وتقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما أو يتركها تتكلم ويمضي.[1]

خامسا-إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث أو الولد أي في الدبر، وهو أمر محرم شرعا.

سادسا-تحريض الزوجة على ارتكاب المحرمات، مثل تحريضها على ممارسة الدعارة، أو مجالسة الرجال الأجانب أو احتساء الخمر أو ما شابه ذلك.

سابعا-اتهام الزوج لزوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها، وتطعن في سلوكها وأخلاقها.

ثامنا-ممارسة الزوج لبعض السلوكيات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة كأن يضبط في شقة القمار مرتكبا فعلا فاضحا أو ضبط امرأة مع الزوج في منزل الزوجية في حالة سكر...

تاسعا-إفشاء الزوج للأسرار التي بينه وبين زوجته.

عاشرا-**اخذ** الزوج وسرقة وابتزاز أموالها وفي ذلك اعتداء على حقوقها المالية القانونية وانتهاك حرية التصرف في مالها.[2]

المبحث الثاني: أسباب التطليق للضرر

نص المشرع في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري 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 (78و79و80) من هذا القانون.
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة 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.

[1] - نبيل صقر، المرجع نفسه، ص ص 186 -187.
[2] - اليزيد عيسات، **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2003/2002، ص140.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرع".[1]

وباستقراء هذه المادة نجدها تضمنت أسبابا تستند إليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي التي تبقى السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه ولمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل.

سنحاول دراسة هذه الأسباب مع ذكر الآراء الفقهية لهاته الأسباب.

حيث خصصنا في المطلب الأول أسباب التطليق للضرر المادي والمطلب الثاني أسباب التطليق للضرر المعنوي والمطلب الثالث كل ضرر معتبر شرعا على النحو الآتي:

المطلب الأول: أسباب التطليق للضرر المادي

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة ضرر ماديا في بعض الحالات من الحياة الزوجية، فتصبح حياتها مستحيلة، حيث تتفكك تلك الرابطة المقدسة التي تربطها بزوجها، فتمحى 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.

ومن هنا يتسنى لنا معرفة أسباب الضرر المادي التي قد تعاني منها الزوجة والتي تخول لها الحق في طلب التطليق.

حيث سنقسمها إلى أربع فروع كالتالي: الفرع الأول التطليق لعدم الإنفاق والفرع الثاني التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، الفرع الثالث التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الفرع الرابع التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطليق لهذا السبب؟[2]

هذا ما سنتناوله فيما يأتي متعرضين للموقف الفقه والتشريعي في هذا الإطار.

أولا: موقف الفقه من التطليق لعدم الإنفاق

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، جاز لها أن تطلب التطليق عند القاض، فإذا رفعت أمرها إليه هذا الأخير خيره بين الإنفاق و الطلاق، فإذا لم يفعل واحدا من هذين قام القاضي و طلقها عليه[3] وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها إذا أثبتت له ذلك،[4] وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية

---

[1] - القانون رقم 11/84 المؤرخ والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير الموافق ل 09 يونيو1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل 2005 العدد 15 المؤرخ في 27 فبراير2005.

[2] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص21.

[3] - جليخي أمباركة، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية**، مذكرة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عاشور زيان، الجلفة، 2015/2014، ص6.

[4] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص23.

و الحنابلة بحيث قال والى أن الزوجة لو طلبت التفريق بينهما وبين زوجها المعسر بنفقتها فإنها تجاب لطلبها ويفرق القاضي أو من يقوم مقامه بينهما[1] مستدلين في ذلك بقوله تعالى:﴿**فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا**﴾.[2]

فإمساك المرأة دون الإنفاق عليها إضرار بها، وقوله عز وجل:﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾.[3]

فليس من الإمساك بمعروف عدم الإنفاق، وانه إذا كان من المقرر أن يفرق القاضي من اجل العيب بالزوج فإن عدم الإنفاق يعد أشد إيذاء للزوجة و ظلما لها من وجود عيب بالزوج، فكان التفريق لعدم الإنفاق أولى كقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿**لا ضرر ولا ضرار**﴾.[4] والتفرقة بين المرأة التي غر بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية.[5]

ويرى الحنفية إن الإعسار أو عدم الإنفاق، ليس سببا من أسباب التفريق، ولكن القاضي يأمر الزوجة بالاستدانة على زوجها المعسر، وترفع يد الزوج عنها لتعمل وتكسب قوتها، إما إن كان ممتنعا عن الإنفاق، فان القاضي يعاقبه بالتعزير أو الحبس.[6]

يرى جمهور الفقهاء أن الإنفاق على الزوجة واجب ولا يجوز الامتناع عنه. وقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: إن امتنع الزوج عن أداء واجبه رفعت الزوجة الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق وليس لها أن تطلب التطليق، لأن الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلم للزوجة. والحقيقة أن التفريق ليس وسيلة لرفع الظلم حتى يتم اللجوء إليه. ولهذا فإن امتنع عن الإنفاق حبسه القاضي. فإن صبر على الحبس أخذ النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عقارا أو عروضا باعها وأنفق منها عليها.[7]

ومن أحكام هذا التفريق أنه فسخ عند الشافعية والحنبلية، وطلاق رجعي عند المالكية. ولا يتم إلا بقضاء قاض، وبطلب من الزوجة. وإذا تزوجت المرأة الرجل عالمة بعسره، أو رضيت بالإقامة معه بعد إعساره وعدم إنفاقه أو تزوجته بشرط ألا ينفق عليها كل هذا يسقط حقها في طلب التفريق للإعسار، لأن النفقة تتجدد كل يوم فالمرأة لا تملك نفقة المستقبل، فلا يصح إسقاط حق لم يجب بعد. أما المالكية فقد قالوا أن تتزوج وهيا عالمة بإعساره، أنها تكون قد رضيت بعيبه، فلا تملك طلب الفسخ.[8]

---

[1] - محمد يعقوب طالب عبيدي، **أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية**، دار الهداية النبوي، مصر(المنصورة)، 2004، ص82.

[2] - سورة البقرة، الآية 231.

[3] - سورة الطلاق، الآية 7.

[4] - جليخي امباركة، المرجع سابق، ص7.

[5] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص25.

[6] - محمد سمارة، **أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان 2008، 2008، ص335.

[7] - العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي في دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري**، مؤسسة كنوز كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2013، ص112.

[8] - محمد سمارة، المرجع السابق، ص337.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق

نصت المادة (1/53) من قانون الأسرة الجزائري على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78)،(79)،(80)[1] من نفس القانون وهذه المواد المتعلقة بمشتملات النفقة وكذا تقديرها واستحقاقها.

مع مراعاة الزوجة للمجموعة من الشروط في نص المادة وهي كالتالي:

1- **الشرط الأول:**

أن تكون قد رفعت دعواها من قبل إلى المحكمة تطالب فيها الزوجة زوجها بالنفقة بكل مشتملاتها، ويصدر في ذلك حكم يوجب فيه النفقة وبهذا الحكم يعني أن الزوج قد امتنع عن الإنفاق على زوجته وان هذا الحكم قد اوجب عليه النفقة بأن ينفق عليها ويدفع مبلغا معينا يقدره القاضي ويبينه في حكمه، فإن لم يوجب لها الحكم النفقة بأن تكون قد سقطت عليها بأي حال من حالات السقوط، فليس لها الحق أن ترفع دعوى التطليق مباشرة دون وجود حكم في يدها يلزمه بالنفقة، وليس معنى ذلك لديها الحكم لرفع الدعوى بل يجب أن يمتنع الزوج عن تنفيذ الحكم. لكن المدة أو المهلة التي يمكن أن تنتظرها لرفع دعوى التطليق بعد صدور الحكم بوجوب النفقة لم يبينها القانون مثلما جاء به الفقه حيث يرون أن تكون بشهر وهناك من قال بشهرين إلى ثلاثة أشهر.[2]

2- **الشرط الثاني:**

أن لا يكون امتناعه عن النفقة بسبب عسره لأن هذا الأخير بيد الله، ولا يعتبر مبررا لطلب التطليق، مصداقا لقوله تعالى: ﴿**الله يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر وفرحوا بالحياة الدنيا وما الحياة الدنيا في الآخرة إلا متاع**﴾[3] وقال تعالى أيضا:﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وإن تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون**﴾[4] ففي هذه الحالة الزوج ليس بظالم لزوجته حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه، ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق، كون الزوج معسر.[5]

3- الشرط الثالث:

ألا تكون عالمة بإعساره وقت زواجهما، فان كانت عالمة بمصدر دخله، وجهده اليومي، أو انه بدون عمل، أو مهنته غير مطلوبة اجتماعيا مما يجعله يعيش انفراجا ماليا أحيانا ويفتقده أحيانا أخرى، فان رضيت بالزواج به على هذا الحال فهي على علم بعسره فان رفعت دعواها للقاضي تطلب التطليق للعسر، رفضت دعواها لورود النص: "..ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ...".

---

[1] - القانون رقم 11/84المؤرخ والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير الموافق ل 09 يونيو 1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل 2005 العدد 15المؤرخ في 27 فبراير2005.

[2] - خليل عمرو، **انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، 2015، الإسكندرية، ص39.

[3] - سورة الرعد، الآية 26.

[4] - سورة البقرة، الآية 280.

[5] - حنان شريف، **التطليق وفقا لقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر الأكاديمي، أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص 22.

ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج فان استطاعت الزوجة إثبات انه عسره هذا حصل بعد زواجهما، فانه ينتظر إلى بعد صدور الحكم بالنفقة، فان لم ينفق وطال عسره إلى مدة تضر بالزوجة، طلق عليه القاضي.

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المادتين(78و80) من قانون الأسرة الجزائري، حيث يراعي في تقديرها حالة الزوجين، وألا يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم إن ثبت لديه ما يدعو لذلك. وإلا فتقديرها يكون ابتداء من تاريخ رفع دعوى إلى أن يزول مبررها.[1]

الفرع الثاني: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيانها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق والفرقة به ثابتة حتى ولو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن والغذاء والكسوة.

فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة، فان جهلت اعتبر مفقودا.

إذا فهل يعتبر الغياب مبرر لطلب الزوجة التطليق وهذا ما سنجيب عليه من خلال الموقف الفقه وقانون الأسرة الجزائري.[2]

أولا: موقف الفقه للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة

يقصد بالغيبة أن يكون الرجل في موضع. لا يسهل إحضاره أمام القاضي، ومراجعته فيما تدعيه عليه زوجته، سواء كان غائبا عن البلد مسافة قصر الصلاة، أم كانت دونها.

غير أن من الفقهاء من يرجح، أن الرجل لا يكون غائبا، إلا إذا كان خارج بلدتها التي يقيم فيها مع زوجته، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر، وهذا الرأي هو الأوجه، لأن المختفي في البلد ليس غائبا بمعنى كلمة الغياب.[3]

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن غيبة الزوج لا تعتبر سببا من الأسباب التي توجب تخل القاضي للتفريق بين الزوجين.[4]

وقد ذهب المالكية وفي قول للحنبلية، إلى جواز التفريق بسبب الغيبة التي تتضرر منها الزوجة. لأن وجود الزوج بعيدا عن الزوجة، يجعلها في وحشة تؤلم نفسها وتضر بها. وإن كان للزوج مال تنفق على نفسها منه، فهي تصبح بتركها كالمعلقة، لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، كما إن وجودها وحدها قد يعرضها للوقوع في الخطأ، لأن طول المدة يجعل مغالبة الطبيعة الإنسانية التي هي حاجة المرأة إلى زوج أمرا صعبا، كما أن البعد عنها وتركها مناف للامساك

---

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص ص26 -27.

[2] - منصوري نورة، المرجع نفسه، ص39.

[3] - محمد سمارة، المرجع السابق، ص330.

[4] - احمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي (ما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي)**، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، 2009/2008، ص340.

بالمعروف، ومن هنا كان من حقها إن غاب عنها زوجها، وحصل لها ضرر إن تطلب الطلاق منه.

وقد اختلف المالكية والحنبلية في المدة التي يحق للمرأة فيها أن تطلب الطلاق فالمالكية أقوال منها: ثلاث سنوات، وسنتان وفي قول أنها سنة واحدة، أما الحنبلية فالمشهور عندهم أنها ستة أشهر، اخذ من فعل عمر رضي الله عنه، حيث أمر الجند بالعودة إلى نسائهم كل أربعة أشهر.[1]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

حدد المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة (53) من قانون الأسرة والتي تنص على: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

"5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "

جعل غياب الزوج أحد أسباب التطليق وذلك بعد مضي سنة، و قد استمد هذه القاعدة من مذهب مالك و أحمد دفعا للضرر عن المرأة، ولقد نص المشرع الجزائري في هذه الفقرة على شروط يجب توفرها حتى تتمكن الزوجة من رفع التطليق بسبب الغيبة وهي:[2]

- أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى، في حين لا يجوز لها ذلك إن لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية. ولكن القانون الجزائري لم يحدد الكيفية وجرى العمل بالاعتماد على السنة الميلادية أخذا بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات.[3]

- أن تكون غيبة الزوج لغير عذر مشروع أم لو غاب الزوج عن زوجته مدة سنة أو أكثر لعذر مقبول شرعا كطلب العلم.[4] أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه أكثر من سنة مثل الغياب لأداء واجب الخدمة الوطنية في مكان بعيد كالصحراء مثلا وكانت هي في الشمال. فإن في هذه الحالات وما يشابهها ليس لها الحق أن تطالب بالطلاق إن ترك لها نفقة، وهذا ما قال به الفقهاء الحنابلة حيث يشترطون العذر عكس المالكية الذين يجوز عندهم التفريق حيث كان العذر أم لم يكن لان المناط واحد هو الضرر وعلى ذلك يجب رفعه إلا أن القانون اشترط العذر مثل ما قال به الحنابلة.

- أن تكون الغيبة بدون عذر ولم يترك لها مالا تنفق منه على نفسها أما إن كان قد غاب عنها لمدة سنة بدون عذر ولكن ترك لها مالا تنفق منه على نفسها فانه ليس لها حق طلب الطلاق ما دامت النفقة موجودة وهذا الشرط لم يقل به الفقهاء ولا القوانين لذلك فهو مستحدث من التشريع الجزائري نعتبره قيد على حرية المرأة في طلب التطليق.

هذا وإذا أرادت المرأة التي تغيب زوجها عنها أن تطلب الطلاق، عليها أن ترفع عريضة إلى قاضي الأحوال الشخصية في إقليم المحكمة الواقع فيها المسكن الزوجي، مبررة دعواها

---

[1] - محمد سمارة، المرجع السابق، ص330.

[2] - سي بوعزة إيمان، **سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، تلمسان، ع 06، ص288.

[3] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص42.

[4] - العربي بختي، المرجع السابق، ص 133.

بهذه الشروط الثلاثة مجتمعة وإلا اعتبرت الدعوى غير مؤسسة قانونا وفقا لنص الفقرة 5 من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري.[1]

الفرع الثالث: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

قد يصاب الزوج بعيب يحول دون تحقيق المقصد الشرعي، الذي من أجله شرع الزواج، كما أنه قد يكون الزوج تسبب بالضرر للزوجة. ولذلك سنتطرق للعيوب التي من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية، وتجعل استمرارها مستحيلا.

والمقصود به اصطلاحا هو "نقصان بدني أو عقلي، في أحد الزوجين أو كل ما يعيق الاتصال الجنسي"[2] ويجعل الحياة الزوجية غير مثمرة لا استقرار فيها وينفر أحد الزوجين من الآخر، وتنقسم العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج إلى قسمين:

عيوب جنسية تحول دون الاستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي فيمتنع الدخول وبالتالي عدم الإنجاب سواء كانت من المرأة مثل: الرتق (الفرج مسدود ملتصق بلحم لا مسلك للذكر فيه) القرن (عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر) أو كان من الرجل مثل الجب (قطع الذكر) العنة (العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه) الخصاء.

عيوب جسدية لا تمنع الدخول لكنها تؤثر على الحياة الزوجية، كالأمراض المزمنة أو المعدية أو المنفرة كالجذام (علة يحمر بها العضو ثم يتقطع ثم يسود ثم يتقطع ثم يتناثر) البرص، الجنون، الصرع بالإضافة إلى الايدز.[3]

أولا: موقف الفقه للتطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على التفريق بعيبين وهما: الجب والعنة ولكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك من عيوب على النحو التالي:

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا فسخ إلا بالعيوب الثلاثة التناسلية وهي (الجب والعنة والخصاء) وان كانت في الرجل لأنها عيوب غير قابلة للزوال.

فالضرر فيها دائم ولا يتحقق معها المقصود الأصلي من الزواج وهو التوالد والتناسل والاعفاف عن المعاصي فكان لا بد من التفريق.

أما العيوب الأخرى: من جنون او جذام أو برص أو رتق أو قرن فلا فسخ للزواج بسببها إن كانت بالزوجة ولا إن كانت بالزوج ولا خيار للأخر بها. وهذا والصحيح عند الحنفية.[4]

---

[1] - خليل عمرو، المرجع سابق، ص148 .
[2] - العربي بختي، المرجع السابق، ص121.
[3] - دنيدني نعيمة، المرجع السابق، ص21.
[4] - رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة الإسكندرية، 2002، ص339.

فذهب الظاهرية إلى انه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه. سواء كان موجدا بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده.[1]

وقال مالك والشافعي: يفسخ النكاح من أي واحد من الزوجين إذا وجد في الأخر عيبا من العيوب التناسلية (الجنسية أو العيوب المنفرة من جنون أو جذام أو برص والعيوب عند الشافعية سبعة: الجب، العنة، الجنون، والجذام، والبرص، والرتق والقرن).

ولا فسخ: بالبخر والصنان والعمى والزربانة والبله والخضاء والانضاء لأن هذه الأمور لا تفوت مقاصد النكاح.

العيوب عند المالكية ثلاثة عشرا عيبا: منها عيوب تختص بالرجال وأخرى تختص بها النساء وعيوب مشتركة بينهما.

أما العيوب الخاصة بالنساء فهي: الرتق، والقرن، والبخر (نتن الفرج) والقفل (غدة تمنع ولج الذكر أو رغوة تمنع لذة الوطء) والاقضاء (اختلاط القبل بمجرى البول أو الغائط).

والعيوب عند الأمامية أحد عشر عيبا: للرجال أربعة عيوب الجنون، والخصاء والعنة والجب.

أما عيوب النساء فهي: الجنون والجذام والبرص والقرن والاقضاء والعمى والاقعاء.

أما العيوب عند الحنابلة فهي ثمانية: ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي الجنون والجذام والبرص واثنان سخت صبهما الرجال الجب، والعنة.

وثلاثة تختص بالنساء القرن والعقل والفتق (وهو اختلاط مجرى البول والمني).[2]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري في التطليق من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب، حيث وردت في الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه لم يحدد ما المقصود بهاته العيوب، ولم يبين نوعها أهي عيوب جنسية أو غير ذلك بل اكتفى بوصفها بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[3] فهذا النص نجد انه قد جاء عاما إذ لم يعرف لنا العيوب التي تعطي حق الخيار.[4]

وعليه إذا اكتشفت الزوجة عيبا أو مرضا بزوجها، لم يكن معلوما قبل الزواج أو اكتشفته بعد الزواج. لا تستطيع بسببه ممارسة العلاقة الجنسية مثل: الخصاء، العنة، العقم، الجنون، الصرع المستمر، الجذام، البرص، وغيرها من الإمراض المعدية الدائمة فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها والتوجه إلى القضاء بطلب التطليق من زوجها المريض.[5]

---

[1] - عبد المجيد محمود مطلوب، **الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية**، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ط 1، القاهرة، 2004 ص325.

[2] - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص340.

[3] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص48.

[4] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص68.

[5] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص49.

الفرع الرابع: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

للزوجين إدراج شروطا معينة أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد لاحق، بشرط ألا تتنافى مقتضيات العقد، فهل يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق لإخلال زوجها بما تم الاتفاق عليه من شروط في عقد الزواج أو في عقد آخر لاحق.

هذا ما سنراه من خلال دراسة موقف القانون والفقهاء في ذلك:

أولا: موقف الفقه للتطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

اختلفت الآراء الفقهية في نظرتهم للشروط بين مضيق وموسع، فالظاهرية لم يعتمدوا إلا ما نص عليه شرعا، أما جمهور الفقهاء أجازوا على الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد ولا تنافيه وإلا فيبطل الشرط ويصح العقد.

أما الحنابلة وبعض المالكية فقد توسعوا في دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشارع الحكيم، وهم يقسمون الشرط إلى صحيحة وغير صحيحة.[1]

والشروط الصحيحة هي ما كانت من مقتضيات، أو ورد الشرع بجوازها وهذه الشروط هي ما كانت من طبيعة عقد الزواج، فلو لم تشترط لكان العقد بطبيعته ملزما للزوج بالقيام بها، كالنفقة، وحسن العشرة، والمبيت وسواها.[2] أو أن الشرط لم يرد به نص أو آمر أو ناهي كأن تشترط عليه عدم التعدد عليها أو ألا يخرجها من بيت أهلها أو اشترط عليها هو أن تكون بكر فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها ما دام انه كلا من الزوجين قد رضي بذلك في عقد الزواج وان هاته الشروط غير مخالفة لمقتضى العقد.

وحكم الشروط الصحيحة عند الحنابلة انه يجب الوفاء بها. فإذا لم يوف بها من التزام بذلك ثبت الخيار لمن اشترط هذا الشرط باعتبار انه ما رضي بالعقد إلا على أساس الوفاء ها، فإن لم يوف بها فان رضاه لم يتحقق بالعقد ولا الزواج مع عدم الرضا.

أما الشرط غير الصحيح فهو الذي ورد النهي عنه بخصوصه وكان مناقضا لمقتضى العقد كان تشترط عليه أن يطلق زوجته الأولى أو لا يتوارثا فيما بينهما ا وان تشترط عليه عدم التمتع بها وحكم مثل هاته الشروط أنها تعتبر باطلة والعقد صحيح.[3]

وفي الأخير يمكن القول أن الفقهاء اتفقوا جميعا على أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلحق بأصل العقد، ولا أثر له عليه، ويجب الوفاء به، وإذا أخل أحد الزوجين بهذا الشرط جاز له طلب التطليق لمخالفة هذا الشرط.[4]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق بمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة التطليق من القاضي. حيث جاء في المادة(9/53) على ما يلي: "يجوز

---

[1] - احمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، جامعة الإسكندرية، 2010، ص209.

[2] - محمد سمارة، المرجع السابق، ص133.

[3] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص138.

[4] - احمد شامي، المرجع السابق، ص 211.

للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" والشروط المقصودة ما نصت عليه المادة (19) من قانون الأسرة المعدلة.

فقد أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة ما دامت لا تحل حراما أو تحرم حلالا، ما دامت لا تتنافى أو تناقض مقاصد عقد الزواج، فان تضمن العقد شرطا من هذه الشروط، وكان هذا الشرط لمصلحة الزوجة، فقد أجاز لها أن تلجا إلى القاضي طالبة التطليق على هذا الزوج وما يمكن رؤيته انه ليس مجرد عدم تنفيذ الزوج لشرط المتفق عليه يكون سببا من أسباب التطليق، ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي.[1]

المطلب الثاني: أسباب التطليق للضرر المعنوي

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 الأسباب المعنوية المجيزة للزوجة طلب التطليق، في خمسة فروع حيث الفرع الأول التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) من قانون الأسرة الجزائري، الفرع الثاني التطليق للهجر في المضجع فوق 04 أشهر، الفرع الثالث التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين والفرع الرابع التطليق للحكم عن الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة والفرع الخامس والأخير التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

الفرع الأول: التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) من قانون الأسرة الجزائري

إن الزواج كغيره من العقود يخلف التزامات، حيث وجب على الزوج احترام هذا العقد واحترام القانون، أما في حالة مخالفة الزوج لأحكام القانون، فسوف يتسنى للزوجة بالمواجهة وبالتالي الحفاظ على حقوقها وذلك بمطالبتها بالتطليق في حالة توفر شروطه، ولدراسة هذه الحالة سنتناول موقف الشريعة الإسلامية والقانون لها.

أولا: موقف الشريعة الإسلامية للتطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) من قانون الأسرة الجزائري

لا خلاف أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، و جعلت الإباحة فيه أصلا وحقا لمن يلجأ إليه و تقتضيه ظروفه، و لكن قيدت إباحته بقيود وحدود الشريعة، الاقتصار على أربع زوجات، و العدل بينهم فإباحة التعدد في الشريعة الإسلامية مقيدة بالعدل بين الزوجات، 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 بتنظيم استعماله و جعل منه وسيلة للإصلاح، و طريقا لتحقيق المصالح الهامة والأغراض السامية التي قصد الشرع الحكيم تحقيقها و الوصول إليها بتشريع هذا الحكم.[2]

---

[1] - احمد شامي، المرجع السابق، ص ص212 -213.

[2] - قواردش فاطمة الزهراء، **أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2016/2015، ص ص28 - 29.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق بمخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) من قانون الأسرة الجزائري

حسب المادة(8) يسمح للزوج بأكثر من زوجة واحدة متى وجد المبرر الشرعي في حدود الشريعة الإسلامية وتوفرت نية العدل، ويشترط القانون إخبار الزوجة السابقة والتي يقبل على الزواج بها، ولا بد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجية.

إن المشرع الجزائري قد أباح التعدد كمبدأ عام، ولكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة تتضح من خلال المادة(8).

1-الشرط الأول:

- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى،[1] كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، ورغبة زوجها في الإنجاب، أو مرضها وعدم قدرتها على القيام بشؤون البيت.

2-الشرط الثاني:

- ضرورة توفر شروط العدل بين الزوجات،[2] في الحقوق والواجبات، أي يجب العدل بينهن في النفقة أي الطعام والسكن والكسوة والمبيت.

3-الشرط الثالث:

- ضرورة إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها.[3] ومعنى ذلك أن الزوج إذا لم يخبر الزوجة الأولى أو الثانية. بأمر الزواج يكون قد أرتكب غشا، والمشرع الجزائري من خلال الاشتراط فهو يهدف إلى تقيد التعدد حتى لا تهضم حقوق الزوجات عند التعدد، وتفادي الأضرار الناجمة عن التعدد ومن جهة أخري فيمكن للزوجة أن تشترط عدم التزوج عليها وذلك طبقا لما هو وارد في المادة (19) قانون الأسرة الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو وفى عقد رسمي لاحق كل الشروط التي برأيها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.[4]

الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

من حق الزوجة على زوجها اعفافها وصيانتها ولا يحق له أن يهجر زوجته إلا لعلة أو تأديب، ومن حق الزوج على زوجته حق التأديب، ومن أصناف التأديب الهجر في المضجع ولكن الجائز من الهجر هو الهجر الجميل والهجر من غير هجرة موحشة وهو المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿**وأهجرهم هجرا جميلا**﴾.[5]

وهذا ما سنتناوله من خلال أراء الفقهاء وموقف قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع:

---

[1] - العربي بختي، المرجع السابق، ص190.
[2] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص116.
[3] - العربي بختي، المرجع السابق، ص190.
[4] - جليخي أمباركة، المرجع سابق، ص ص17-18.
[5] - سورة المزمل، الآية 10.

أولا-الموقف الفقه للتطليق من الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

يرى الحنفية أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة ولم يضاجعها لانشغاله بالعبادة أو باستمتاعه بجواريه فانه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها، ولا يقدر المبيت لمدة معينة في الأسبوع، وإنما يأمر القاضي أن يبيت عندها من وقت إلى آخر بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق الموافقة فليس من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة لكن يجب عليه في الدين يكرر ذلك في حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره وإلا كان أثما.[1]

يرى المالكية انه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك ولو كان ترك الزوج للجماع بسبب انقطاعه للعبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك وإذا رفعت دعواها هذه واقر الزوج من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها ويضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فان رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، وإلا حكم لها بالتطليق.

وإذا تمكنت الزوجة من إثبات أن زوجها لا يجامعها فلا تكلف بإثبات تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي انه لحقها من ترك جماع زوجها لها ضرر، فتصدق في ذلك.[2]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للهجر فوق أربعة أشهر

تنص المادة (3/53) من قانون الأسرة الجزائري يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:

- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

الهجر في المضجع إذا زاد عن حده وعن الهجر الجميل فإنه ينقلب وصفه من وسيلة تأديب إلى سببا شرعيا ومبررا قانونيا يحق للزوجة حق طلب الطلاق من زوجها، وما على القاضي إلا أن يستجيب لطلبها، إذا تجاوزت فترة الهجر أكثر من أربعة أشهر حيث يتحول من وسيلة تأديب إلى سبب من أسباب الضرر والظلم، ويستوجب تدخل القاضي لرفعه بتطليق الزوجة إذا ما طلبت الفرقة.

فالزوجة التي هجرها زوجها وتلجأ إلى القاضي يجب أن تتوفر على الشروط التالية:

- أن يهجرها ويدير ظهره لها ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.

- إن يدوم الهجر أكثر من أربعة أشهر بصفة مستمرة وهذا ما جاء به الحنابلة حيث حددوا مدة الهجر بأربعة أشهر.

- أن يكون الهجر عمديا أي لغير عذر شرعي مقبول بل كان القصد منه الإضرار وهذا الشرط لم تنص عليه المادة بل مأخوذ من الشريعة.

أما إذا وقع الهجر وكان في أوقات متقطعة ولم تصل الأربعة أشهر أو كان ترك الوطء لعلة أو لعذر شرعي،[3] مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجوده في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من اجل الوظيفة. فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص31.
[2] - منصوري نورة، المرجع نفسه، ص31.
[3] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص ص80 -81.

الفراش ولو تجاوزت المدة أربعة أشهر وإذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين.[1]

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو أن الهجر في المضجع مشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق والذي يتفق مع الايلاء المعروف في الفقه الإسلامي. فكليهما هو ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر. حرام شرعا وغير جائز قانونا لما يتضمنه من حرمانها من حق تملكه بموجب عقد الزواج ومقتضياته، ولكنهما يختلفان في عدة جوانب منها:

أن الايلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك وطئها وجماعها، بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الايلاء الذي يشترط أن يكون الهدف المبتغى من ورائه الإضرار بها، على خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر. إذ منح قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للهجر دون أن يشترط نية الإضرار بها.[2]

الفرع الثالث: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

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

أولا: موقف الفقه للتطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

1- **الرأي الأول:**

يرى الحنفية والشافعية إن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق للشقاق أو للضرر مهما كان شديدا، وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها فإن لم يتوقف عن إضرارها، عاقبه لكن لا يصل ذلك إلى إيقاع الطلاق.[3]

أدلته: من القرآن قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما**﴾[4] حيث إن الله سبحانه وتعالى سمى المبعوث، ومعناه خاص، والوكيل له اسم ومعنى خاص به، والوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام والخاص، وأيضا فالحكم من له ولاية الحكم والإلزام وليس للوكيل شيء من ذلك.[5]

وانه إذا اشتد النزاع بين الزوجين وخشي أن يخرجهما ذلك إلى العصيان وعند عدم معرفة الضرر بعث القاضي حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها ومهمة الحكمين هي الإصلاح بين

---

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق ص36.
[2] - منصوري نورة، المرجع نفسه، ص36.
[3] - احمد شامي، المرجع السابق، ص203.
[4] - سورة النساء، الآية 35.
[5] - ندخوشي إبراهيم، **التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في القضاء، قسم القضاء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2012، ص64.

الزوجين وليس لهما الحق في التفريق لان مهمة الحكمين هي الإصلاح وليس التفريق إلا إذا وكلهما الزوجين فهما لا يملكان التفريق إلا بإذنهما.[1]

2-الرأي الثاني:

يرى المالكية والحنابلة أنه يجوز التطليق للشقاق أو الضرر معا، للنزاع المستمر بين الزوجين، لكي لا تصبح الحياة الزوجية جحيما.

ومن خلال ذلك يجوز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي، وأن أثبتت الضرر اللاحق بها وأثبتت صحة دعواها، تطلب من القاضي أن يأمره بالكف عن إيذاءها هذا إن اختارت البقاء معه.

أما إن لم ترضى بالبقاء معه طالبت بالتطليق طلق القاضي بينهما، وإذا ادعت وعجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، وإن كررت الادعاء والشكوى عين لها القاضي حكما من أهلها وأهله للإصلاح بينهما.[2]

3-الشروط الواجب توافرها في الحكمين

العقل والبلوغ، العدالة، الإسلام، الذكورة، أن يكونا عالمين بحل الخلافات الزوجية، الأولى أن يكون الوكيلان من أهل الزوجين.[3]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

جاء في المادة (8/53) من قانون الأسرة الجزائري المعدل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية (الشقاق المستمر بين الزوجين) ولقد كان للاجتهاد القضائي السبق في منح الزوجة حق طلب التطليق للشقاق المستمر.

وهذا الاجتهاد قد حظي بعناية المشرع وارتقى إلى سبب من أسباب التطليق حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها رفض القاضي طلقها القاضي منه طلقة بائنة، فالإبقاء على الزوجية مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتطليق، أما إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة حكمين للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدليين من أهل الزوجين وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدما للقاضي تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين.[4]

الفرع الرابع: التطليق للحكم عن الزوج عن جريمة فيها المساس بالأسرة

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 لأضرار خاصة فيما

[1] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص130.
[2] - احمد شامي، المرجع السابق، ص ص203 - 204.
[3] - محمد سمارة، المرجع السابق، ص ص345 -346.
[4] - احمد شامي، المرجع سابق، ص ص 205 الى207.

يخص سمعة المرأة والعائلة ككل، لهذا ذكرها المشرع الجزائري من بين أسباب التطليق لذلك سنرى الموقف الفقهي والقانوني في ذلك.

أولا: الموقف الفقهي للتطليق للحكم عن الزوج عن جريمة فيها المساس بالأسرة

لم نجد مثل هذا النوع من الأسباب في كتب الفقه الإسلامي ووجدنا التفريق للحبس

حيث للفقهاء رأيان في التفريق بسبب الحبس:

1-الرأي الأول:

- عدم جواز التفريق بالحبس وهو مذهب الحنفية والشافعية

2-الرأي الثاني

- جواز التفريق للحبس مذهب المالكية والحنابلة.[1]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق للحكم عن الزوج عن جريمة فيها المساس بالأسرة

لم نجد مثل هذا النوع من الأسباب يمكن للزوجة أن تطلب الطلاق بناء على الحكم عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة في كتب الفقه الإسلامي ولا في القوانين العربية إذ هذا السبب مستحدث في التشريع الجزائري من خلال نص الفقرة 4 من المادة(53) من قانون الأسرة الجزائري يجب أن تتحقق مجموعة من الشروط لتطلب الزوجة التطليق وهي:

1-أن تصدر عقوبة على جريمة ارتكبها الزوج وهنا يجب أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج مجرم قانونا ومعاقب عليه بنص القانون إذ وفقا لنص المادة الأولى من قانون العقوبات لا جريمة ولا عقوبة بغير نص وان يكون الحكم الذي صدر ضد الزوج قد حاز قوة الشيء المقضي فيه حتى يمكن الاحتجاج به وعليها أن تقدم نسخة من هذا الحكم.

2-يجب أن تكون الجريمة المرتكبة ماسة بشرف الأسرة وهنا المشرع عمم اللفظ إذ يصعب علينا الإلمام وحصر الجرائم الماسة بشرف الأسرة فشرف الأسرة يتسع لأكثر من أمر وأنه يصعب حصرها والإلمام بها على أساس أن معظم الجرائم سواء الأخلاقية أو التي تمس الأموال هي جرائم تمس بشرف الأسرة فجريمة الزنا والدعارة وانتهاك العرض والسرقة والرشوة وخيانة الأمانة كلها جرائم تمس بشرف الأسرة.[2]

3-أن تكون الجريمة المعاقب عليها قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية وذلك يعني أن تتوتر العلاقة بين الزوجين بسبب هاته الجريمة وتتحول المودة والرحمة بين الزوجين إلى كره وبغض بينهما إذ تتحول السعادة إلى شقاء وتنعدم السكينة والاطمئنان.[3]

[1] - احمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2009، ص113.

[2] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص ص 154-155.

[3] - خليل عمرو، المرجع نفسه، ص ص 154-155.

الفرع الخامس: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع وكذا ما ورد في القران الكريم. فنقول مثلا عن الأمر انه فاحش، إذا زاد عن الحد المعقول ونقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة، فيصبح معنى الفحش هو الزيادة المبالغ فيها، فنقول فلان خسر فلان في الصفة خسارة فاحشة وتعرض الآخر لغبن فاحش في قسمة التركة ...الخ.

أولا: موقف الشريعة الإسلامية للتطليق لارتكاب فاحشة مبينة

وفي غياب أراء الفقهاء بهذا الشأن، لا يبقى لنا سوى الاستدلال بخير دليل وهو ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة، تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا**﴾[1] وقال أيضا: ﴿**ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف انه فاحشة ومقتا وساء سبيلا**﴾[2] يصف ما كان يرتكبه الناس في الجاهلية من الأخطاء التي تمس النظام الاجتماعي بعد أن حرم العودة إلى مثل هاته الأفعال وقد حدد الله تعالى طبيعة الفاحشة أنها متعلقة بخطورة الفعل في حد ذاته لا من حيث سريته وعلانيته وحرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه عن الناس مصدقا لقوله تعالى: ﴿**قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن الإثم والبغي بغير الحق وان تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا وان تقولوا على الله ما لا تعلمون**﴾[3] وبناءا عليه فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها الفاحشة فعلى القاضي إلا يستجيب لطلبها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب والمؤسس عليه الدعوى وذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية تكون المعيار الذي يقاس به الفعل ويكيف على ضوئه ما إذا كان فاحشا أو غير ذلك:

1- نظرة الدين إلى الفعل: يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا او الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر.

2-مقتضى العقل السليم: ومفاده أن العقل يرفض الانحراف ويفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وظروف المجتمع.

3-الإرادة الاجتماعية: القاضي ابن بيئته، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد وقيم وأعراف وثقافات وعلى نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وبالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع العربي، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق.[4]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق لارتكاب فاحشة مبينة

نصت الفقرة السابعة من المادة(53) من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، والمقصود بالفاحشة هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة حيث أن طبيعة الحكم متعلقة بخطورة الفعل من حيث هو لا من حيث سريته أو علانيته، وحرام إثباته حتى لو أخفاه صاحبه على الناس وهناك من يرى أن المقصود

[1] - سورة الإسراء، الآية 32.
[2] - سورة النساء، الآية 22.
[3] - سورة الأعراف، الآية 33.
[4] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص ص 59 إلى 61.

بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب من ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة (337) مكرر من قانون العقوبات.[1]

وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون ومنه فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة ضمن قانون الأسرة، باعتبار كلا القانونين صادرين عن نفس المشرع، وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة كالزنا، أو شرك بالله، أو الردة، أو الاعتداء على قاصرة، أو انحراف عن الطريق السليم وقيامه بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر إلى القضاء وتطلب التطليق، وحينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة، وكان الفعل فيه إخلال جسيم وخطير يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين، وللقاضي السلطة التقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن.[2]

المطلب الثالث: كل ضرر معتبر شرعا

قد يتعدى الزوج حسن المعاشرة والمعاملة الحسنى إلى الإضرار بالزوجة فيؤذيها بالضرب المؤلم أو الشتم المقذع أو يتعنت معها فيحملها على الفعل المحرم، أو يهجر فراشها أو يعرض عنها من غير سبب يبيح ذلك، فهل ذلك أو مثله يخول للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها؟[3]

انطلاقا من الفقرة 10 من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري التي نصت (كل ضرر معتبر شرعا) فإنّه لا يمكن حصر أو إحصاء الحالات التي تدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا، لكننا سنحاول تسليط الضوء على حالة النشوز التي يمكن استنباطها من قانون الأسرة مع أنّ المادة (53) لم تذكرها صراحة وسنتناول أيضا موقف القانون والفقه لهذا الموضوع لذلك سنقسمها على النحو التالي: الفرع الأول موقف الفقه للتطليق للضرر المعتبر شرعا الفرع الثاني موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق للضرر المعتبر شرعا والفرع الثالث التطليق لنشوز الزوج.

الفرع الأول: موقف الفقه للتطليق للضرر المعتبر شرعا

جنح فقهاء الشريعة الإسلامية في ما يخص مسألة التطليق للضرر إلى سلوك توجهات مختلفة بعضهم عن بعض في جانب يعترف بجواز فصم الرابطة الزوجية للضرر وفي توجه آخر معارض لذلك فالاختلاف هو سيد الموقف في توجه المذاهب الفقهية[4] وذلك راجع إلى قراءة وتأويل كل مذهب من هذه المذاهب للآية الكريمة التي يقول فيها رب العزة: ﴿**وإن خفتم**

[1] - أمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 49 صادر في 21 صفر عام 1386 الموافق ل 11 يونيو سنة 1966، معدل ومتمم.

[2] - حنان شريف، المرجع السابق، ص ص 14 - 15.

[3] - احمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص132.

[4] - محمد قاسمي، **التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، دراسة في إطار القانون والفقه والقضاء المقارن**، دبلوم الماستر، وحدة التكوين والبحث الآسرة في القانون المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة بن زهر، السنة الجامعية 2017/2016، ص21.

شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾.[1]

فقراءة هذه الآيات من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية بتأويلات مختلفة افرز ذلك توجهين مختلفين، بين من يعتبر الضرر مبرر لطلب الفراق، وبين من لا يعتبره كذلك.

فقد احتدم الخلاف بين المذاهب الفقهية الأربعة حول مسألة التفريق للضرر، بين من يرى أن مجرد حصول الضرر لأحد أطراف العلاقة الزوجية لا ينشأ عن ذلك التفريق بينهما استنادا إلى هذا السبب، وبين من يرى بأن نشوء الضرر والأذى لأحد الزوجين يعطي له الحق في فك الرابطة الزوجية. وعليه سنحاول تبيان موقف الفقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للضرر بنوع من التفصيل ورفع ستار عن الخلاف الحاصل بينهم.

لا خلاف في إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية حول كون الأسرة المبنية على الزواج الصحيح، والتي يكتنف أحضانها الود والوئام وتعج بالألفة والمعاشرة الحسنة والسلام الدرع الحصين للمجتمع والأمة كما أنه لا خلاف بينهم حول ضرورة القيام بمحاولة الإصلاح بين الزوجين بكل السبل الشرعية عندما تتصدع ركائز الأسرة نتيجة الخلاف والشد والجذب، في حين نجد أن العكس هو الحاصل بينهم في مسألة التفريق بين الزوجين تأسيس على الضرر الحاصل لأحدهم.[2]

حيث لم يجزه الحنفية والشافعية والحنابلة مهما كانت شدة الضرر وقد استدلوا بأن العصمة ملك الرجل فلا يملك الحاكم إيقاع الطلاق بغير رضاء الزوج في غير المنصوص عليها، والعدوان لا يقتضي التفريق لأن رفع الظلم يمكن عن طريق الحاكم.[3]

حيث يرون أن إساءة أحد الزوجين للآخر يمكن إزالته بوسيلة أخرى غير التفريق، فالزوج يملك حق الطلاق ويمكن للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأمر بحسن معاشرتها، فإن لم يمتثل الزوج لأمره عاقبه بما يراه كفيلا بحماية الزوجة.[4]

ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تواتر القول أن من حق الزوجة على زوجها ألا يضر بها بقول أو فعل أو خلق يقول تعالى: ﴿**فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾.**[5] فإن لم يوفها زوجها هذا الحق آو أضر بها كأن يضر بها أو يؤذيها بأقواله أو أفعاله فليس لها أن تطلب تطليقها منه لهذا إنما ترفع أمرها إلى القاضي ليزجوه أو يعزره ليرتعد عن الإضرار.[6]

---

[1] - سورة النساء، الآية 35.
[2] - محمد قاسمي، المرجع السابق، ص ص 24 إلى 26.
[3] - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص145.
[4] - محمد قاسمي، المرجع السابق، ص26.
[5] - سورة البقرة، الآية 231.
[6] - عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه بالمحاكم**، دار دار القلم، ط 2، الكويت، 1990، ص117.

أما المالكية فقد أجازوا التفريق للضرر منعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما واستدلوا بقوله سبحانه وتعالى: ﴿**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾[1] ووجه الاستدلال أن الإمساك بالمعروف لا يتحقق بالإضرار البين بالزوجة.[2]

فالمالكية ذهبوا إلى القول بأحقية الزوجة في المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها لاتقاء الأذى الحاصل لها من جراء الأضرار زوجها بها ففي ذلك بقول عاصم الأندلسي في تحفة الحكام:

"وحيثما الزوجة تثبت الضرر...ولم يكن لها به شرط صدر قيل لها الطلاق كالملتزم ...وقيل بعد رفعه للحكم ويجزر القاضي بما يشاؤه... بالطلاقان يعاد قضاؤه"،[3] وتعليق على هذه الأبيات، فقد أقر الإمام أبو عبد الله محمد الفاسي بأنه من حق الزوجة أن تشترط على زوجها شروطا في ميثاق الزواج، ومن أمثلتها اشتراطها عليه بأن لا يضربها، حيث أن أقدامه على الإخلال بهذا الشرط يعطي للزوجة الحق في تطليق نفسها منه بدون رفع الأمر إلى القاضي، مع أن الناظم في قوله لم يصرح بهذا الأمر وإنما يظهر ويفهم من كلامه، فإذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل، ترفع أمرها للحاكم الذي يقوم بزجره -أي الزوج- ابتداء بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وسجن أو غيره فإن عاد لمضراتها قضى عليه بالطلاق وطلقها عليه.[4]

فالخلاف محمود، خصوصا أن كان بين مذاهب عتيدة الصروح، فالمالكية يظهر من خلال موقفهم رذوخهم للقاعدة التي تقر بأن الضرر يزال، وان دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة، حيث يكون التفريق في هذا الصدد أولى من بقاء حياة زوجية متهالكة الركائز، على خلاف ذلك ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم التفريق للضرر المدعى به من طرف الزوجة، ومراميهم في ذلك الإبقاء على الحياة الزوجية قائمة، وعدم الزج بها في براثن الفرقة، وما يترتب على ذلك من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع كون الأولى الدرع الحصين للثاني.[5]

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري للتطليق للضرر المعتبر شرعا

تنص المادة (53) فقرة 10على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا إذ يستفاد هذا النص أن القانون قد أعطى السلطة التقديرية للقاضي في اعتبار ما يراه ضررا يستوجب التفريق حيث يفهم ذلك من سياق المادة لكل ضرر معتبر شرعا مما يفهم بأن المشرع قد وسع من مفهوم الضرر الموجب للتفريق على غرار ما كان سائدا عليه القضاء أو كل ذلك كما قلنا لتقدير القاضي أخذا بالمعيار الشخصي في تقدير الضرر، وهذا نتيجة للتوسع في الضرر الذي جاء به فقهاء المالكية حيث نجد أنهم توسعوا في وصف الضرر ابتداء من توليه وجهه عنها في الفراش وانتهاء بالضرب أو القول المقدع وهذا ما سار عليه القضاء.[6]

---

[1] - سورة البقرة، الآية 229.

[2] - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص ص 145 - 146.

[3] - أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، دار الآفاق العربية، طبعة 1، القاهرة، 2011، ص 45.

[4] - أبي عبد الله محمد الفاسي، **الإتقان والأحكام، شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، دار الحديث، ج 1، القاهرة،2011، القاهرة،2011، ص373.

[5] - محمد قاسمي، المرجع السابق، ص ص 29-30.

[6] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص106.

للزوج حق تأديب زوجته، بمقتضى ولايته ورئاسته في الأسرة (المادة1/39) من قانون الأسرة الجزائري كما انه يجب عليه نحو زوجته حسن المعاشرة، و النفقة الشرعية حسب وسعه، والعدل في حالة تعدد الزوجات المادة (37) من قانون الأسرة الجزائري و قد يسئ الزوج استعمال حقه في ذلك، فيؤدي زوجته بالقول، أو الفعل، كما يضربها ضربا غير لائق، أو لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها، و هنا أيضا يجوز للزوجة في هذه الحالة رفع الأمر إلى القاضي و طلب التطليق.

الفرع الثالث: التطليق لنشوز الزوج

الحياة الزوجية بين الزوجين مبنية على المودة والرحمة والتعاون والإحسان، ومن أساسيات استقرارها الطاعة الزوجية وعدم تضييع أي زوج حق الزوج الأخر، فهل يحق للزوجة طلب التطليق لنشوز زوجها؟

أولا: تعريف النشوز

1- تعريف النشوز لغة:

نشز الشيء نشزا، ونشوزا: ارتفع، ويقال: فلان علا على نشز من الأرض، وعن مكانه: وفيه ارتفع عنه ونهض، ويقال: نشزت المرأة أو الرجل بالزوج: استعصى وأساء العشرة، ويقال: نشز به، ومنه، وعليه فهو ناشز، وهي ناشز، وناشزة.[1]

2- تعريف الفقهي للنشوز:

لقد تأثر معنى النشوز فقها بالمعنى اللغوي بمعنى ارتفاع كل منهما (الزوجين)عن صاحبة وما يترتب على هذا الارتفاع من كراهية لصاحبه وعصيان.

قال تعالى:﴿ **والتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجرهن في المضاجع واضربوهن** ﴾.[2]

والخوف هنا بمعنى العلم.

فمعنى النشوز: معصية الزوجة لزوجها فيما فرض الله عليها من طاعته

ويكون من الزوج بمعنى رجل ناشز أي اضر بزوجته وجفاها أو ضربها، قال تعالى: ﴿ **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا وإعراضا**﴾.[3]

ولعل هذا يفيد بان ما يفعله الزوج الناشز بزوجته من جفاه وضرب هو نوع من التقصير بواجباته نحوها، وهو إيقاع نوع من الضرر بزوجته ولعل ذلك ما رآه بعض العلماء وجعل من عقوبته إذا لم تحقق الفائدة من وسائل العلاج الأخرى راو بان هذا الضرر هو من موجبات التفريق بينهما.[4]

[1] - مجمع اللغة العربية، المصدر السابق، ص922 .
[2] - سورة النساء، الآية 34.
[3] - سورة النساء، الآية 128.
[4] - احمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص ص93 - 94.

3- تعريف النشوز قانونا:

قانون الأسرة لم يعرف الناشز ولا النشوز، وإنّما ذكره من باب الأسباب التي قد يلجأ إليها الزوجين للمطالبة بالفرقة، وذلك في المادة (55) بنصها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"،[1] مما يتضح أنّ المشرع اعترف بوجود النشوز الذي قد يصدر إما من الزوج أو من الزوجة.[2]

ثانيا: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لنشوز زوجها

بالرجوع إلى نص المادة (53) فقرة 10 نجدها قد وضعت سببا مفتوحا يمكن للزوجة أن تتمسك به للمطالبة بالتطليق ألا وهو كل ضرر معتبر شرعا، والمعلوم أن نشوز الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، فقد نصت عليه المادة (55) عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بحق التطليق لنشوز الزوج؟

من خلال المادة (55) من قانون الأسرة يتضح أن الزوج يمكن أن يكون ناشزا وذلك بعدم قيامه بالإلتزامات الزوجية، فإذا ثبت ذلك يمكن للزوجة من خلاله المطالبة بالتطليق لضرر النشوز والتعويض معا وبذلك يكون نشوز الزوج من باب أسباب التطليق غير المنصوص عنها في المادة (53) صراحة، والتي نعتبر أن هذا السبب تشمله الفقرة 10 من المادة (53)من قانون الأسرة الجزائري، ونشوز الزوج على زوجته يعتبر ضرر معتبر شرعا يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لذلك.[3]

[1] - القانون رقم 11/84المؤرخ والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير ل 09 يونيو1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل 2005 العدد 15 المؤرخ في 27 فبراير2005.

[2] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص29.

[3] - سرايش مراد ويوسف سفيان، المرجع نفسه، ص ص 30 - 31.

الفصل الثاني

إثبـات الضرر الموجب للتطليـق وسلطـة القاضي في تقديره

تمهيد:

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، وبالتالي إما تجبرها بالمعانات والبقاء على تلك 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، غير أنها قد لا تكفي أحيانا نتيجة سرية الحياة الزوجية، ثم بعد ذلك أمرها المشرع بتقديم هذه الأدلة للقاضي، الذي هو الأخر لديه سلطة مطلقة في تقدير الضرر كما لديه سلطة مقيدة، ومن هنا نندرج لاستخلاص إشكالات إثبات الضرر والتي قسمناها إلى نوعين أولهما من حيث النصوص والأخرى من حيث التطبيق.

وسوف نحاول معرفة والوصول إلى هذه الإشكالات بصفة تدريجية كما سنحاول دراسة سلطة القاضي في تقديره للضرر الذي يمس الزوجة والتعويض عنه وذلك بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين فالمبحث الأول خصصناه إلى إثبات الضرر الموجب للتطليق والإشكالات الناتجة عنه والمبحث الثاني سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للضرر والتعويض عنه.

المبحث الأول: إثبات الضرر الموجب للتطليق والإشكالات الناتجة عنه

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 حل الرابطة الزوجية وجهت لها عدة انتقادات، ومن بينها أنها جاءت بحالات وردت على سبيل المثال لكنها ذات طابع مقيد لأنها تشترط إثبات وذلك بكل وسائل الإثبات، ويصعب على المرأة تقديم الدليل فيما تدعيه.

ولذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث على النحو التالي: المطلب الأول وسائل إثبات الضرر الموجب للتطليق والمطلب الثاني إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق.

المطلب الأول: وسائل إثبات الضرر الموجب للتطليق

يعرف الإثبات على أنّه تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة متنازع فيها بين الخصوم فلقد عرفه أحد الفقهاء بأنّه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب أثارها" كما عرفه أحد الباحثين كونه: "إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من أثار قانونية، وكلمة إثبات تدل على إقامة الدليل على صحة الواقعة التي تستخدم كأساس للحق المدعى به بواسطة الطرق المسموح بها قانوناً

وللإثبات في المادة الأسرية خصوصيات تميزه عن باقي المجالات لعل أهمها حرية الإثبات كقاعدة عامة، فالمشرع في قانون الأسرة عندما لم ينص على وسائل الإثبات فإنه يستشف ضمنيا أنه أحال إلى القواعد العامة بمعنى الرجوع إلى القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

لذلك قسمنا المطلب إلى فرعين بحيث الفرع الأول: وسائل إثبات الضرر الموجب للتطليق الأساسية والفرع الثاني: وسائل إثبات الضرر الموجب للتطليق الثانوية.

الفرع الأول: وسائل إثبات الضرر الموجب للتطليق الأساسية

لم يقيد المشرع الزوجة لإثبات الضرر الذي أصابها بوسيلة معينة بل نص على مبدأ حرية الإثبات وذلك تحقيقا لمساعي نبيلة، وتخفيفا على الزوجة حيث يمكنها إثبات الضرر بكل الوسائل المتاحة في القانون.

أولا: شهادة الشهود

إنّ أهم وسيلة لإثبات الوقائع أمام القضاء تتمثل في شهادة الشهود، إن الإثبات عن طريق شهادة الشهود، وكما سمي بالبينة، هو الإثبات الذي يتم بسماع الشهود الذين يدلون أمام القضاء بتصريحاتهم عما شاهدوه أو استمعوا له.[2]

[1] - سرايش مراد، يوسفي سفيان، المرجع السابق، ص ص18-19.
[2] - سرايش مراد، يوسفي سفيان، المرجع نفسه، ص20.

ولقد نظم المشرع شهادة الشهود بموجب المواد (333) إلى (336)[1]من القانون المدني وكذا المواد من (150) إلى (163)[2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة توفر شروط معينة في الشهود وهي:

العقل؛ البلوغ؛ الحرية وهو قول الأحناف والحنابلة والشافعية.

والشهادة إما أنْ تكون قطعية وإما أن تكون شهادة سماع، فالشهادة القطعية هي التي يستند فيها الشاهد إلى مصدر غير مسموع بين الناس، وهو علمه الشخصي القطعي، لأنّ الدليل الضنى لا يفيد اليقين، وقد عمل بها الفقهاء المسلمون لقوتها، أمّا شهادة السماع فهي التي يعتمد فيها الشاهد على سماعه على طول صحبة الزوجين وقرينة صبر أحدهما على سوء عشرة الأخر.

والشهادة لها خصائص عددها أحد الباحثين في أربعة وهي:

أنّها حجة قطعية وليست ملزمة؛ أنّها حجة غير قاطعة؛ أنّها حجة متعدية؛ أنّها دليل مقيد.[3]

ثانيا: القرائن:

تناول المشرع القرائن في المواد من (337) إلى (340) من القانون المدني، وتعرف القرينة بأنها: "استخلاص مجهول من معلوم، وهي دليل إثبات وإن كان ضعيفا، وتقدير قيمتها من شأن قاضي الموضوع"، وقد عرفها الفقه بأنها: "دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم، فعناصر القرينة ثلاثة:[4]

- **الأول:**

أمر مجهول: وهو الأمر أو الواقعة المراد إثباتها.

- **الثاني:**

أمر معلوم: هو الذي تقوم عليه القرينة، ويطلق عليه الفقه القانوني الأمارة.

- **الثالث:**

استخلاص الأمر المجهول من الأمر المعلوم يفيد قيام الأمر المجهول.

عطفاً على ما سبق؛ فالإثبات بالقرائن يقتضي وجود واقعتين إحداهما مجهولة وهي المراد الكشف عنها والأخرى يتوصل عنها عن طريق الاستنباط لإثبات الواقعة الأولى مع ضرورة وجود الصلة القوية بين الأمر الظاهر وبين القرينة التي أخذت منه.[5]

---

[1] - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 معدل ومتمم.

[2] - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429الموافق 25 فبراير، 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] - سرايش مراد و يوسفي سفيان، المرجع السابق، ص21.

[4] - إبراهيم بن محمد الفائز، **الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، مكتبة أسامة، ط 2 ، الرياض، 1983، ص64.

[5] - سرايش مراد، يوسفي سفيان، المرجع السابق، ص22.

الفرع الثاني: وسائل إثبات الضرر الموجب للتطليق الثانوية

وتعتبر القرائن أيضا من وسائل الإثبات لذلك سنتناولها من خلال هذا الفرع.

أولا: الإقرار

لقد تناول المشرع الإقرار في المادتين (341) و (342) من القانون المدني وعرفه بنص المادة (341) بأنّه "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

والإقرار في اللغة يراد به: الاعتراف،[1] أي اعتراف شخص بحق عليه للأخر قصد ترتيب حق في ذمته وإعفاء الأخر من إثباته.

ومن هنا فالإقرار هو "وسيلة من وسائل الإثبات التي يمكن للزوجة أن تعتمد عليها أمام القضاء، وذلك بدفع زوجها الاعتراف بأنه يؤذيها ويذيقها مرارة لا تطاق داخل بيت الزوجية".[2]

ثانيا: اليمين

اليمين تناولتها المواد من (189) إلى (193) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فحسب المادة (193) قانون الإجراءات المدنية والإدارية 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، وهذا فيما ذهب تاليه المادتين (190) و (191) قانون الإجراءات المدنية والإدارية 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 ذلك بموجب الفصل في القضية لصالحه م (192) قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] 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.[4]

ثالثا: التحقيق

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،[5] كما يمكن أن يكون إجراء التحقيق بناء على طلب أحد الخصوم، و ذلك حسب المادة (82) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، للمحكمة أن تقوم بإجراء التحقيق بنفسها أن تنتدب أحد قضاتها لمباشرة الإجراءات، و إذا كان المكان المراد القيام إجراء التحقيق به خارج دائرة

---

[1] - أبي عبد الله محمد الفاسي، المرجع السابق، ص420.

[2] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص21.

[3] - عبد الله مسعودي، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، سنة 2009، ص73.

[4] - فريحة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، سنة 2013، ص82.

[5] - محمد ابراهمي، **لوجيز في الإجراءات المدنية**، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، ج 2، بن عكنون، الجزائر، سنة2001، ص40.

المحكمة يمكن للقاضي أن ينتقل للقيام بالإجراءات اللازمة، هذا ما ذهبت به المادة (84) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 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[1] ويقوم كاتب الضبط بتحرير محضر يودع بأمانة كتابة الضبط.[2]

رابعا: الخبرة

نظم المشرع الجزائري أحكام الخبرة بموجب المواد من (125)إلى (145) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والخبرة وفقا لنص المادة (125) تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، فهي تعتبر من أهم إجراءات التحقيق وأكثرها تطبيقا في الأعمال القضائية وتعني الخبرة في الاصطلاح القانوني حسب رأي بعض الفقه بأنها إجراء من إجراءات التحقيق يلتجئ إليها قاضي الموضوع عادة قصد الحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أهل الاختصاص، وذلك من أجل البت في مسائل علمية أو فنية تكون غالبا محل نزاع بين الخصوم في الدعوى، ولا يستطيع القاضي الإلمام بها والتقرير بشأنها دون الاستعانة بالغير.

فإذا ادعت الزوجة الضرر نتيجة جنون زوجها فيمكن للقاضي تعيين خبير طبي ليثبت ما تدعيه الزوجة.[3]

المطلب الثاني: إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق

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 الموجب للتطليق من خلال فقرات المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري وهناك إشكالات في إثبات الضرر الموجب للتطليق من خلال التطبيق لذلك سنقسمها كالتالي الفرع الأول إشكالات إثبات الضرر الوارد في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري والفرع الثاني إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق من حيث الأحكام.

الفرع الأول: إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق الواردة في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري

من خلال استقراء المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري نجد أن الفقرات التي يشوبها الإشكال في إثبات الضرر هي:

- (1/53) عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78و79و80) من هذا القانون.

[1] - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص45.
[2] - فريحة حسين، المرجع السابق، ص59.
[3] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص24.

- (2/53) العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- (3/53) الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- (5/53) الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- (7/53) ارتكاب فاحشة مبينة.

أولا: إشكال الإثبات في عدم الإنفاق

إن النص تطلب في حالة امتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، و على ما يبدو 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 أنه من الصعب إثبات عدم إنفاق الزوج لكننا نفترض أنها أثبتت ذلك، فيقوم القاضي مباشرة بتوجيه أعذار 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 هاذين قام القاضي وطلقها عليه إليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة، فهم لم يشترطوا حكم قضائي بالنفقة وهذا ما كان عليه أن يقوم به المشرع الجزائري.[2]

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 لا عتبارات 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 أخذنا بروح النص نقول بأن لها الحق في طلب الطلاق.

[1] - قواردش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص80.
[2] - قواردش فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص80.

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 إلى 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 قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن بعض المذاهب لا تعترف أصلا للتطليق عدم الإنفاق أو التفريق لإعسار كالمذهب الحنفي مثلا.

وكل هذه الانتقادات على الفقرة 1 من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري تصبح إشكالات على الزوجة مواجهتها للإثبات الضرر وحصولها على ما يحق لها.[2]

ثانيا: إشكال الإثبات في العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

من الإشكالات المثارة حول الفقرة 2 من المادة (53) قانون الأسرة الجزائري عديدة منها:

- أن المشرع قد حصر العيوب في تلك العيوب التناسلية متجاهلا بذلك العيوب الأخرى، التي قد تنفر الزوجة من زوجها، حتى ولم يؤثر عن الهدف من الزواج، خصوصا إذا كانت تجهلها قبل العقد أو الدخول مثل العرج والعمى ...وغيرها من الإعاقات.

- كما إن القانون لم يحدد مدة إهمال الزوج الذي به يؤدي إلى خلاف بين قضاة المحاكم من ناحية، وبين المتقاضين أنفسهم من ناحية أخرى، إلا انه جرى القضاء في الجزائري على منح مدة للزوج وهي سنة، وانتظار انتهائها، ومدى شفاء الزوج من العيب سبب الدعوى للتطليق.

فقد كان من الأحسن على المشرع أن يبين هذه المدة في المادة.[3]

ثالثا: إشكال الإثبات في الهجر في المضجع

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو أن الهجر في المضجع مشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق والذي يتفق مع الايلاء المعروف في الفقه الإسلامي، فكليهما هو ترك وطء الزوجة وعم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر، حرام شرعا وغير جائز قانونا لما يتضمنه من حرمانها من حق تملكه بموجب عقد الزواج ومقتضياته، ولكنهما يختلفان من عدة جوانب منها:

أن الايلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك وطئها وجماعها، بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الايلاء الذي يشترط إن يكون الهدف المبتغى من ورائه الإضرار بها، على خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة

[1] - قواردش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص80.
[2] - قواردش فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص81.
[3] - دنيدني نعيمة، المرجع السابق، ص ص 41 - 42.

أشهر، إذ منح قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للهجر دون أن يشترط نية الإضرار بها.

ويؤاخذ على المشرع الجزائري انه أغفل ذكر الايلاء الذي يكثر بين الناس لدواعيه المتعددة فضلا عن انه قاعدة شرعية ورد ذكرها بالقران الكريم.[1]

وهذا يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن المشرع الجزائري أهمل الايلاء واعتبره يمينا معلقا على شرط، فاستبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع لكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه وتعالى تعالج أحوالا خاصة، فذكرها لا يعني بالضرورة حصولها، كما أن إهمالها لا يعني عدم الحصول "خاصة أن المشرع الجزائري قد جعل من الشريعة مصدرا للأحكام التي لم يرد من شانها نص قانوني.[2]

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 ولم تنص عليه.[3]

رابعا: إشكال الإثبات في الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة

الغائب يقصد به هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل الإقامة أو إدارة شؤونه بنفسه لمدة سنة وتسبب غيابه ضرر للغير الإشكال هو إذا رفعت الزوجة دعوى الطلاق بسبب الغياب عليها إثبات حالة الغياب لمدة تفوق سنة، وانتفاء عذر الغياب أو الإستمرار فيه، وكان من الأحسن لو أن المشرع فصل في الموضوع بشكل يرفع اللبس، فقد يكون منطلق غياب الزوج له ما يبرره، كالبحث عن وظيفة في الخارج، ويتعمد بعد ذلك عدم العودة إلى الزوجة، كما أ ن الغياب غير المبرر للزوج يعني تعمد الإضرار بها، وهذا سبب كافي لطلب التطليق بغض النظر عن الإنفاق، لأن الغياب إذا طالت مدته بغير مبرر يعتبر ضررا للمرأة وهذا هو الأصوب.[4]

خامسا: إشكال الإثبات في ارتكاب فاحشة مبينة

إذا رجعنا إلى الفقرة 7 من المادة (53) والتي تنص على انه للمرأة أن تطلب التطليق عند "ارتكاب فاحشة مبينة " فنجد أن هذه الحالة ينفرد بها المشرع الجزائري دون غيره من القوانين العربية الإسلامية، إلا أن هذا البند لم يبين لنا ماذا يقصد بالفاحشة أو ما هو المعيار الذي يستند عليه القاضي لتحديد المقصود من ذلك، هل المقصود هو نظرة الدين إلى الفاحشة أو العقل أم كلاهما ؟[5]

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 يكتفي اكتشاف المرأة

[1] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص36.
[2] - منصوري نورة، المرجع نفسه، ص37.
[3] - قواردش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص82.
[4] - دنيدني نعيمة، المرجع السابق، ص ص42 - 43.
[5] - خليل عمرو، المرجع السابق، ص158.

ارتكاب الزوج الفاحشة، خصوصا انه من الناحية القضائية فان الزوجة مطالبة بالإثبات. من الملاحظ أنه يصعب على القضاة في الكثير من الأحيان تطبيق المادة، أو لا يحسنون ذلك بسبب غموض فقراتها وسوء الصياغة، وبالتالي يتم رفض الدعوى التي تقدمها الزوجة لعدم التسبيب.[1]

الفرع الثاني: إشكالات إثبات الضّرر الموجب للتطليق من حيث التّطبيق

بعد أن رأينا إشكالات إثبات الضرر الموجب لتطليق من حيث النصوص في الفرع الأول سنرى في هذا الفرع إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق من حيث التطبيق لذلك سنقسمها من خلال تناقض الأحكام وفي مخالفة مبدأ التطليق.

أولا: في تناقض الأحكام

تظهر إشكالات إثبات الضرر الموجب للتطليق من حيث التطبيق في تناقض الأحكام القضائية في القضايا المتشابهة.

ومن أمثلة هذه القرارات نجد:

- القرار الأول:

"ومن المستقر قانونا أن دعوى طلب التطليق من قبل الزوجة قبل الدخول بها لا تقبل، إلا إذا كانت من وليها، إلا إذا كان له سبب وجيه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

فالمجلس لما قضى بقبول دعوى الزوجة غير المدخول بها والحكم بتطليقها، قد خالف المبادئ الشرعية، رغم أنها ما زالت تحت سلطة الولي المجبر، والذي يعد مسؤولا عن إتمام الزواج، أو تحمل نتائج المطعون فيه، متى كان ذلك استوجب الطعن.[2]

باعتبار أن الولي في الشريعة الإسلامية يتولى تزويج ابنته البكر (غير المدخول بها)،فإنه كذلك يقوم بطلب تطليقها، وهذا المبدأ لم يحترمه المجلس، ولهذا انقضت المحكمة العليا هذا الحكم، و اتبعت ما جاء في معالم الإسلام الكريم.

- القرار الثاني:

ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي.[3]

يمكن للمرأة في عقد الزواج أن تختار أي أحد يتولها، ولا يشترط أن يكون أبوها أو أحد أقاربها بحسب المادة (11) من قانون الأسرة الجزائري، فإذا كانت للمراة أن تتزوج بسهولة فكذلك بالنسبة للطلاق.

---

[1] - دنيدني نعيمة، المرجع السابق، ص43.

[2] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 47059 بتاريخ 1987 / 11 / 09 ، قضية (ه . م) ضد (ب . ز)، المجلة القضائية، ع3، س 1992، ص72.

[3] - قرار صادر عن م. ع، غ. أ . ش، بتاريخ2006/10/11، ملف رقم369494، قضي (ق .م) ضد (ز .ز)، مجلة المحكمة العليا، ع 2، س 2007، ص449.

وهذا القرار الأخير يتناقض مع القرار الذي يسبقه، والذي ينص على انه ليس للمرأة أن تطلب التطليق دون وليها.

- القرار الثالث:

انه لا يجوز للزوجة طالبة التطليق الحصول على التعويض، وهذا ما قررته في قرارها الصادر بتاريخ 1986/12/29 بقولها : "من القواعد المقررة شرعا إن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتع، ولما كان من الثابت في قضية الحال إن الزوجة أقامت دعوى التطليق، واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء للمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة ".[1]

- القرار الرابع:

فقد كان اجتهاد المحكمة العليا في السابق، ومن بين قرارات المحكمة العليا التي جسدت كذلك فكرة رفض التعويض نجد القرار الصادر في 1989/03/27 " كل زوجة بادرت بإقامة دعوى التطليق ضد زوجها ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض، فعلى فرض إن زوجها أضر بها وطلبت تطليقها منه من اجل هذا الإضرار وطلقت، فهذا الإضرار هو الذي أتاح فرصة التطليق ولا تأخذ شيئا غيره كي لا تستفيد مرتين".[2]

من خلال القرار الرابع والخامس نجد أن المحكمة العليا قضت برفض طلب التعويض.

- القرار الخامس:

إن المحكمة العليا تراجعت عن قرار رفض التعويض، واعتبرت انه يجوز للزوجة طالبة التطليق أن تطالب بالتعويض، وهو ما قضت به المحكمة في قرار لها بتاريخ 1996/04/23 على انه: "من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، ولما ثبت في قضية الحال ان القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن".[3]

ومن خلال هذا القرار نجد أن المحكمة العليا قضت بالتعويض للزوجة، وقد جاء هذا القرار مناقض للقرارين السابقين الرابع والخامس وهذا ما يخلق تناقض في الأحكام القضائية للمحكمة العليا.

---

[1] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1986/12/29، ملف رقم 43860، المجلة قضائية، ع 02، س 1993، ص41.

[2] - قرار صادر عن م. ع، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، ملف رقم 53017، المجلة القضائية، ع 01، س 1991، ص56.

[3] - قرار صادر عن م. ع، غ. أ. ش، بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 135435، المجلة قضائية، ع 01، س 1998، ص129.

ثانيا: مخالفة مبدأ التّطليق

- القرار الاول:

المطعون فيه، قد خالف أحكام الشريعة الاسلامية في الطلاق الذي هو ملك في عصمة الرجل الزوج، الذي ما فتىء في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته، وبالتالي الحكم بتطليقها من طرف قضاة الموضوع، لا مبرر شرعا وقانونا.[1]

جعل القانون فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج بمقتضى القانون والسنة تماشيا مع طبيعة الرجل، الذي يغلب عليه الاتزان والحكمة، وفي المقابل أعطى الحق للمرأة في التطليق إذا كان هذا رفعا للضرر وعلى عكس ما جاء في القرار فلا يشترط ان يكون التطليق برضا الزوج. وهذا يعتبر أحد إشكالات إثبات الضرر من حيث التطبيق.

- القرار الثاني:

من المقرر قانونا وشرعا أن الحكم بتطليق الزوجة جبرا على زوجها يكون مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية، إذا كان غير قائم على أحد الأسباب الموجبة لإثباته شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشرعية.ولما كان من الثابت -في قضية الحال- ان الزوج تمسك بطلب ارجاع زوجته في سائر مراحل النزاع ومع ذلك، فإن قضاة الموضوع قضوا بالطلاق بين الزوجين بتظليم الزوجة، فانهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا قواعد شرعية وقضائية.

ومتى كان ذلك استوجب نقض وابطال القرار المطعون فيه.[2]

ومن خلال ما سبق من الأحكام فإننا نرى أن مبدأ التطليق قد تم خرقه، إذ أن مفهوم التطليق هو فك الرابطة الزوجية من طرف القاضي بطلب الزوجة مع توفر الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق أ ج المعدلة بالأمر02 – 05 ، على شرط أن تثبت الضرر، وأيضا بدون رضا الزوج، غير أنه ما جاء في الأحكام هو أنه في حالة عدم موافقة الزوج على التطليق فانه لا يتم، وهذا خطأ.[3]

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق والتعويض عنه

منح القانون سلطة تقدير الضرر والحكم بالتعويض عنه، فمسألة الإثبات مختلفة من ضرر لآخر، فهناك ما يثبت بالإقرار، بينة، شهادة الشهود أو بأي وسيلة إثبات شرعية وقانونية كما قلنا سابقا، والسلطة التقديرية تعود في النهاية للقاضي في تقدير ذلك الضرر. أما مسألة التعويض فيقدرها القاضي حسب جسامة الضرر من عدمه. وهذا ما سنحاول أن نبينه في هذا المبحث لذلك ارتأينا أن نقسمه إلى مطلبين المطلب الأول سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق أما المطلب الثاني التعويض عن الضرر الموجب للتطليق.

---

[1] - قرار صادر عن م. ع، غ. أ. ش، بتاريخ 1983/03/14، ملف رقم 29236، ع 03، ص83.

[2] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1985/03/25، ملف رقم 36784، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص5.

[3] - قواردش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص88.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق.

إن تقدير الضرر وإثباته يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ليحكم في طلب التطليق أي انه مبدئيا للقاضي سلطة تقديرية واسعة وأنه لا حدود للضرر الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير القاضي وظروف الزوجين، فالأمر مفتوح للقاضي للبحث في الشريعة الإسلامية لأن الضرر لا يمكن حصره ويختلف من زمان ومكان وحسب الظروف والأمر التقديري للقاضي. وهذا يعني أن سلطة القاضي في تقدير ما إذا كان الضرر موجبا لحق الزوجة في التطليق تختلف من حيث التوسع والانحصار ففي هذا المطلب سنوضح مجال سلطته التقديرية من خلال الفرع الأول تقدير الضرر المفترض والضرر غير المفترض أما في الفرع الثاني سلطة القاضي المطلقة والواسعة في تقديره للضرر الموجب للتطليق.

الفرع الأول: تقدير الضرر المفترض وغير المفترض

إن سلطة القاضي في تقدير ما إذا كان الضرر موجبا لحق الزوجة في التطليق تختلف من حيث التوسع والانحصار بين نوعي الضرر المفترض وغير المفترض ففي هذا الفرع سنوضح سلطته في كل نوع في فقرة مستقلة على النحو التالي:

أولا: بالنسبة للضرر المفترض

نجده مثلا في الضرر لعدم الإنفاق والضرر للعيوب والضرر للهجر في المضجع، ففي مثل هذه الأضرار نجد أن سلطة القاضي تنحصر في التحقق من توفر الشروط المنصوص عليها سواء في القانون أو الشريعة الإسلامية، ولا تتعدى سلطته في تحديد الضرر إن كان ضرر أم لا لان هجا الأخير قد افترض وجوده مسبقا.

إن القاضي يعتمد في الأصل على المعيار الموضوعي حيث يستند إليه هذا الأخير في تقدير الضرر، إلا انه قد يعتمد على معيار آخر في بعض الحالات أو استثناءا وهو المعيار الشخصي وذلك أثناء تحققه من توفر بعض الشروط، لهذا يجب بيان كلا المعياريين في الضرر المفترض.[1]

1-المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي هو" المعيار الذي لا يعتمد على ضوابط شخصية ذاتية، أي لا يأخذ بعين الاعتبار شخص الخصوم في تقديره للأشياء، بل يضع ضوابط مادية بحيث كلما توفرت تلك الضوابط أصدر القاضي حكمه دون النظر إلى الظروف الخاصة لأطراف الدعوى".[2]

واعتماد القاضي على هذا المعيار يظهر في أمرين: في تقدير ذات الضرر، وفي تقدير تحقق بعض الشروط.

---

[1] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص49.

[2] - ليلى جمعي، **التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1994، ص91.

أ -في تقدير ذات الضرر:

يقصد بتقدير ذات الضرر "الحكم على الفعل الصادر من الزوج بأنه ضرر موجب للتطليق أم لا"، إذن يعتمد القاضي في كون الضرر موجبا للتطليق أم لا على المعيار الموضوعي وذلك إذا توفرت الشروط المنصوص عليها سواء في الفقه آو في القانون دون أن ينظر أو يدقق في الظروف المحيطة بالزوج أو الزوجة، ودون النظر إلى إعسار الزوج.

ب -في تقدير تحقق بعض الشروط

ويقصد بتقدير تحقق بعض الشروط هي "الشروط التي تنحصر فيها سلطة القاضي وتتوقف عند مراعاة توفرها من عدمه، دون أن يكون لها دور في تكييف تلك الشروط".[1]

2-المعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي هو: "المعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بأطراف الدعوى فهو معيار مرن".[2]

وهو "المعيار الذي يعطي للقاضي مجالا أكبر من استخدام سلطته، واعتماد القاضي على هذا المعيار في الضرر المفترض هو اعتماد استثنائي يظهر في تحققه من توافر بعض الشروط".[3]

ثانيا: بالنسبة للضرر غير المفترض (الواجب الإثبات)

هنا في هذه الحالة يختلف تقدير الضرر اختلافا شاسعا عن تقديره في الحالة التي سبقت، وذلك بثبوت الضرر اللاحق بالزوجة والذي يجيز لها طلب التطليق، وذلك مثلا في حالة إعسار الزوج بالنفقة أو هناك عيوب بالزوج، إذن هنا المعيار واحد وعام يشمل جميع الزوجات لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي، ولا يكون له معيار شخصي[4]، فنرى انه إما يكون هناك ضرر ويثبت أو لا يكون أساسا، فان ثبت فانه يعتد به دون الالتفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي.[5]

والضرر غير المفترض هنا لا يكون معين بحيث نرى سلطة القاضي في تقدير ذلك الضرر غير مقيدة وواسعة ولا تتقيد بمجرد إذا اعتبرنا أي سلوك كان ضررا يوجب التطليق لأنه يشترط في الضرر أن يكون شرعي.

حيث نرى أن المشرع الجزائري لم يخصص أي معيار للتفريق بين كون الأفعال الصادرة من الزوج على الزوجة هل تعتبر ضررا أم لا، هنا يعتمد القاضي على المعيار الشخصي هذا ما انتهجه بعض الباحثين في قانون الأسرة.[6]

---

[1] - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 99.
[2] - ليلى جمعي، المرجع السابق، ص100 .
[3] - سرايش مراد ويوسفي سفيان، المرجع السابق، ص53.
[4] - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص102.
[5] - احمد الحصري، **النكاح والقضايا المتعلقة به**، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، القاهرة، 2016، ص424.
[6] - بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة – الخطبة-الزواج – الطلاق – الميراث – الوصية ج ا (الزواج والطلاق)**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، الجزائر، 2005، ص303.

الفرع الثاني: السلطة المقيدة والمطلقة للقاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق

إذن سنوضح مجال سلطة القاضي في التثبت من وقوع الضرر في كل حالة وذلك بعرض سلطتي القاضي المقيدة والمطلقة وذلك بتفصيل أكثر من خلال عرض الحالات التي تكون فيها سلطة القاضي مقيدة والحالات التي تكون فيها سلطة القاضي مطلقة واسعة.

أولا: السلطة المقيدة للقاضي في تقدير الضرر

هناك بعض الحالات من المادة (53) قانون الاسرة الجزائري. يكون القاضي فيها مجبور وملزم بالحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وذلك إذا ثبت الضرر بالطرق القانونية والشرعية انه فعلا هناك ضرر هنا تكون سلطة القاضي مقيدة أي يحكم بالتطليق بمجرد ثبوت الضرر وذلك لتحقيق العدل 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 مراعاة المواد (78) (79) (80) من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

وسوف نتناول السلطة التقديرية المقيدة للقاضي ونوضحها في كل حالة من هذه الحالات خلال ما يلي:

1 -حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج وكذا حالة الضرب والجرح:

ففي هذه الحالة سلطة القاضي مقيدة في إيقاع القاضي مقيدة بصدور الحكم اي حكم يقضي بإلزام الزوج بالنفقة وكذلك في حالة الضرب والجرح وجود حكم يدين بجريمة الضرب والجرح. فيعتبر الحكم في هذه الحالة قرينة واثبات قاطع على تضرر الزوجة لا يمكن نفيها إلا إذا طعن فيها بالتزوير،[1] فقد جاء في حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ 2006/11/21 أن: " التطليق لضرر عدم الإنفاق والضرب والجرح لا يكون إلا بموجب أحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه ..."[2]

[1] - عبدالحكيم حسينات، المرجع السابق، ص 53 .
[2] - محكمة الخروب، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 2006/11/21، قضية رقم 06/1778، فهرس رقم 06/1000.

فيتم أولا إلزام الزوج بدفع النفقة المحكوم بها، وفي حالة امتناعه يحق للزوجة في هذه الحالة المطالبة بالتطليق، وهذا ما قضت به المحكمة العليا فانه امتنع الزوج عن النفقة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون سبب ومبرر لطلب الزوجة التطليق.[1]

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عدة اجتهادات إلى منح الزوجة التطليق بناءا على طلب الزوجة التطليق بناءا على عدم الإنفاق ومن بينها:

" 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 فإن 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، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي".[2]

قضت المحكمة العليا بما يلي: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وامتنع الزوج عن تنفيذ ذلك".[3]

أما من ناحية الضرب والجرح جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب المادة (53) من قانون الأسرة ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب".[4]

ونستنتج مما سبق ذكره أن سلطة القاضي في هذه الحالة مقيدة وذلك لوجود حكم قضائي، فهذا الأخير خير دليل يثبت تضرر الزوجة من الزوج فالحكم القضائي بخصوص هذه المسالة يقيد سلطة القاضي ولا يجعلها مطلقة.[5]

2 -العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة من الحالات المجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة02 من المادة (53).

حتى وان لم يحدد المشرع الجزائري هذه العيوب، إن المقصود بها العيوب الجنسية وكذلك الإمراض الجنسية التي تؤدي إلى إبعاد الزوجين وتمنع من تحقيق الهدف من الزواج .[6]

والسؤال 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 يتسنى لنا الإجابة لابد من دراسة بعض قرارات المحكمة العليا والتي جاءت كالتالي: حيث جاء في إحدى قراراتها:

---

[1] - يوسف دلاندة، **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص38.

[2] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش ، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 19743، المجلة قضائية، ع 03، س 1989، ص76.

[3] - قرار صادر عن م . ع، غ . ش، بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 654972، المجلة قضائية، ع 02، س 2011، ص294.

[4] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1996/01/16، ملف رقم 127948، نشرة القضاة، ع 54، 1999، ص10.

[5] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص64 .

[6] - سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص157.

"من المقرر قانونا وقضاء انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاة الموضوع قراراهم

القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا لانعدام حالة التعسف".[1]

إذا لم تتحقق أهداف الزواج كان للزوجة أن تطلب التطليق، ففي هذه الحالة منح لها القانون حق التطليق وهذا ما أثبتته المادة (53) الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري، وعلى الزوجة في هذه الحالة أن تثبت عيب زوجها بشهادة طبية، ولكن في حالة ما إذا استمر الزواج لمدة طويلة ولم ينجب الزوج أطفالا وكانت المدة الطويلة خير دليل على مرض فهذا يعد إثباتا كافيا لطلب التطليق.

وخلاصة القول أن القاضي فيما يخص التطليق بسبب العيوب سلطته مقيدة.[2]

3 -الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة:

إن الغيبة سبب من أسباب التطليق وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 5من المادة (53) من قانون الأسرة، لكن اشترط في هاته الغيبة أن تكون مدة سنة بدون عذر مقبول ودون سبب جدي أن يكون متعمد أو يقصد الإضرار ونرى من خلال هذه الفقرة قد قيد التفريق بشروط وهذا يعني أن القاضي مقيد في مثل هذه الحالات، فعلى القاضي أن يجيب لطلب الزوجة.[3]

حيث جاءت المحكمة في إحدى قراراتها ولقد صدر في هذا الشأن حكم قضى ب: "حيث ان الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة (53) فقرة 5 من قانون الأسرة الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق".[4]

ونخلص في الأخير أن لغيبة الزوج عن الزوجة سبب لفك الرابطة الزوجية هذا ما أقره المشرع الجزائري ولكن هذه الغيبة شرط أن تكون لمدة سنة وبدون عذر ولا نفقة، إن توفرت هذه الشروط فسلطة القاضي التقديرية مقيدة ومحصورة بتوفرها.[5]

4 -مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

يمكن إثبات حالة التعدد بسهولة من طرف الزوجة وذلك بإثبات تمام الزواج دون علمها في حالة التعدد، ولكن في حالة مخالفة الشروط فإن القاضي يقيد فقط بما تقدمه الزوجة من إثبات وهذا الأخير يتعلق بقيام شروط العقد الرسمي أو في عقد الزواج وهذا ما يثبت بأن الزوج

---

[1] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1992/02/22، ملف رقم 87301، المجلة قضائية، ع 02، س 1995، ص92.
[2] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص ص 66 - 67.
[3] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص ص 67 - 68.
[4] - محكمة بشار، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 1999/10/3.
[5] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص69.

قد خالف الشروط، ودور القاضي هنا محدود يقتصر فقط على التأكد من الشروط هل هي موافقة للقانون والشريعة الإسلامية، فإذا تأكد من ذلك حكم القاضي بالتطليق.[1]

وما نصت عليه الفقرة 9 من المادة (53) من الأمر 05-02، وعليه يمكن بالرجوع إلى أحكام المادة (19) من الأمر 05-02 التي تنص على إمكانية اشتراط شروط عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، لكل الشروط التي يريانها ضرورية. ونصت الفقرة الثانية من المادة (37) من قانون الأسرة

بالقول: "غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد رسمي لا حق حول الأموال المشتركة بيتهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

إذن فالمشرع الجزائري صرح من خلال النص انه يجوز للزوجين ان يضعا شروطا في عقد الزواج يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون.

إذن برجوعنا إلى أحكام المادة (53) الفقرة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري فإن نجدها أنها أعطت الحق للزوجة أن ترفع دعوى قضائية وتطلب فيها التطليق وذلك لمخالفة شروط عقد الزواج ويستجيب القاضي لطلبها، حيث يكون هنا مقيد.[2]

5 -الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

تكون سلطة القاضي هنا مقيدة وذلك بالحكم القضائي الذي يدينه بارتكاب فاحشة ماسة بشرف الأسرة، ودور القاضي هنا هو التأكد فقط إن كانت هذه الفاحشة تمس بسمعة الأسرة وتأثيرها النفسي والمادي على الزوجة أم لا، وعلى هذا الأساس يقضي بتطليقها.[3]

حيث نص المشرع الجزائري في المادة (53) الفقرة 4 على انه يجوز للزوجة إن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.

يتبين لنا من خلال هذه الفقرة أن الغياب للحبس أو السجن ليس أساس للتفريق، وإنما اعتبرت الأسباب التي أدت إلى حبس الزوج هي التي تجيز التطليق بغض النظر عن مدة الحبس.[4]

كذلك قضت المحكمة العليا بما يلي: "لكن حيث أن الحكمة والغرض من الزواج، إنما هو دوام الألفة والمحبة والإخلاص، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وفقا للأهداف المقررة في المادة (04) من قانون الأسرة، وأن المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن وإصرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي بررت بها طلب الطلاق، فإن أهداف الزواج صارت منتفية، وبخاصة المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وفقا لنص المادة (02/36) من قانون الأسرة، وإن المحكمة باستجابتها للطلب وقضائها بالتطليق قبل الدخول استعملت سلطتها التقديرية المخولة لها قانونا بما لها من ولاية فحص النزاع وتقدير مدى تحقق أهداف الزواج، مستدلة في ذلك

---

[1] - قاسم علي محمد علي، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص13.

[2] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص ص 69 - 70.

[3] - أسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون شؤون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، 2011/2010، ص169.

[4] - رشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية، ط 1، الجزائر، 2008، ص199.

بأسباب كافية وسائغة(سوء أخلاق الزوج وصدور حكم جزائي ضده في جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج)، وتكون بذلك قد أعطت لحكمها الأساس القانوني مما يجعل الوجه غير سديد".[1]

إن عرضت أمام القاضي قضية حول التطليق تأسيسا على الفقرة 04 من المادة (53) قانون الأسرة الجزائري هنا القانون اوجب عليه الحكم للزوجة بالتطليق وذلك لأنه هناك حكم قضائي ينفذ

طلبها، وهذا ما يدل على إن هذه الحالة تجعل القاضي مقيد في وجود الحكم القضائي ولا يستخدم سلطته التقديرية المطلقة أبدا في مثل هكذا قضايا.[2]

ثانيا: السلطة المطلقة للقاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق

وتكون هذه السلطة في الحالات التي لا تستطيع الزوجة إثبات الضرر اللاحق بها، بحيث لا توجد أحكام قضائية بخصوص ذلك ولا تملك قرائن تؤكد ضررها، فتأتي هنا مهمة القاضي متى تأكد أنه هناك ضرر لاحق بالزوجة من طرف زوجها، وذلك إذا ثبت بالطرق الشرعية والقانونية، يكون القاضي على إثرها ملزم بالحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق تحقيقا للعدل وتطبيقا للقانون.[3]

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

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

وعلى هذا يجب دراسة كل حالة على حدى:

1- الهجر في المضجع:

لقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة (53) الفقرة 3 قانون الأسرة الجزائري بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع، فوق أربعة أشهر وعليه.

إن إثبات الهجر مسألة صعبة خاصة من الناحية العلمية، لأنه لا يمكن إثباتها فقط بمجرد إدعاءات الزوجة، لان هذا الأمر يكون في إطار مغلق بين الزوجين.

إن في كثير من الأحيان تعجز الزوجات عن إثبات الضرر، وذلك لصعوبة إثباته، فكيف يمكن للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة بغياب الدليل، وهذا ما يسمح للقاضي أن تكون سلطته مطلقة وهنا لغياب الدليل، فيستعمل القاضي سلطته في هذه الحالة ويقدر الضرر هل موجود فعلا أم لا وتأثيره على الزوجة.

---

[1] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 2014/07/10، ملف رقم 0952658، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2014، ص282.

[2] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص67.

[3] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص55.

حيث إن مسألة إثبات الهجر صعوبات كثيرة من الناحية العلمية خاصة، أنها تتم في إطار مغلق بين الزوجين، فلا يمكن إثباتها لمجرد ادعاءات الزوجة.[1]

بما أن هناك صعوبات في إثبات الضرر في هذه الحالة، وان في كثير من الأحيان تعجز الزوجات عن إثبات الضرر، وعليه فسلطة القاضي مطلقة هنا أي بما أن هناك غياب في الدليل فهنا القاضي يستعمل سلطته التقديرية في تقدير إن هناك فعلا ضرر وان كان هناك مدى تأثيره على الزوجة .[2]

2-الفاحشة المبينة:

أوردتها المادة (53) قانون الأسرة الجزائري 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 باعتباره من الأفعال المشينة بشرف الأسرة.

وعلى ذلك يمكن أن يتبادر إلى الأذهان تساؤل عن سلطة القاضي هنا، هل هي مطلقة أو مقيدة في تقدير الضرر والتأكد من وقوع الفاحشة.[3]

فما يلاحظ على هذه الحالة أن المشرع استعمل عبارة فضفاضة (فاحشة مبينة) ولم يعطي أمثلة عن ذلك وترك الأمر لتقدير القاضي، وهذا ما جعل الأحكام متذبذبة بين القضاة، فقد يرى قاضي أن حالة معينة قد تشكل فاحشة مبينة في حين يرى آخر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك، لهذا كان المشرع أن يعطي تعريفا دقيقا لهذا المصطلح أو على الأقل إعطاء أمثلة عن ذلك للقياس عليها حتى تكون الأحكام مستقرة.

يعتقد بعض القانونيين، منهم عبد العزيز سعد أن: "حالة الطلاق للفاحشة المبينة يمكن أن يشملها البند 4 أو 6، وبذلك يكون المشرع قد نص عليها بطريقة ضمنية غير مباشرة ومع ذلك يمكن أن نقول استنادا للآيات الشرعية رقم 14، 15، 18، 21، 24، من سورة النساء أن المقصود بالفاحشة في هذا البند هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة".[4]

وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالشرك بالله، أو الإعتداء على قاصر والانحراف عن السلوك السليم والقيام بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع المنطق العقلي السليم وإرادة المجتمع.[5]

3- الشقاق المستمر بين الزوجين

هذا وقد نصت المادة(56) من قانون الأسرة الجزائري إن 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 هاذين الحكمين ان يقدمان تقرير عن مهمتهما في اجل شهرين.

---

[1] - سميرة معاشي، **أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة**، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بتاريخ أفريل 2009، ع 06، ص ص 204 - 205.

[2] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص71.

[3] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص72.

[4] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، د. س . ن، ص275.

[5] - فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، د. د . ن، ج 1، الجزائر، د . س . ن، ص298 - 299.

حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي:

"من المستقر عليه قضاء انه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعيا، ومتى تبين – من قضية الحال – إن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج وان الزوج هو المسؤول عن لضرر، 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 القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

إذن سلطة القاضي التقديرية مطلقة وواسعة للحكم بالتطليق، متى اقتنع القاضي بضرر الزوجة من جراء الشقاق المستمر بين الزوجين، ولقد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات إلى منح للزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين.[2]

4-الضرر المعتبر شرعا

الفقرة العشرة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري أجازت هي الأخرى للزوجة المطالبة بالتطليق دون تحديد لضرر معين، والضر هو الذي يلحقه الزوج بزوجته بمختلف أشكاله وأنواعه يمكن القول أن كامل فقرات المادة (53) تشكل ضررا للزوجة.[3]

فالمشرع 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.[4]

وقد ذهبت المحكمة العليا في عديد من قراراتها إلى منح الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا، والذي يعتبر سببا من أسباب التطليق المذكور في المادة (53) قانون الأسرة الجزائري. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا:

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

وعليه يستوجب نقض الحكم، الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تؤسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها".[5]

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على جواز تطليق الزوجة قبل الخول في حالة ثبوت تضررها، حيث جاء في إحدى قراراتها:

"من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين -في قضية الحال-أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها. فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام

---

[1] - قرار صادر عن م . أ، غ . أ . ش، بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، اجتهاد قضائي، ع خاص، 2001، ص129.

[2] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص ص 47 - 75.

[3] - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص44.

[4] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص301.

[5] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1985/02/25، ملف رقم 35891، المجلة القضائية، ع 01، س 1989، ص20.

المادة (53) من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون".[1]

حتى يتسنى للزوجة التطليق، يجب أن تكون متضررة فعلا من زوجها وان تثبت ذلك الضرر الواقع عليها، وهذا شرطا جوهري في التطليق، بل هو الذي يميزه عن الخلع فلا يكفي نفورها من زوجها وعدم رغبتها في التطليق، لان في هذه الحالة يمكن أن تلتجأ إلى الخلع.[2]

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر الموجب للتطليق

إن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر وذلك للتعويض عن الضرر الموجود وعندما ندقق في مصطلح التعويض فإن لها مفهوم واسع يشمل كل أنواع التعويضات المادية منها والمعنوية دون أن ننسى البدنية لكن عندما نحدد هذا التعويض ويكون بالنسبة أو بخصوص التطليق فنرى أن القاضي يحكم بالتطليق متى توافرت الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري وبالتعويض وهناك من يرى أن التطليق كاف لجبر الضرر وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال التوسع في هذا التعويض وذلك بتقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف التعويض، أما في الفرع الثاني سنقدم الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض ومقدار دفع التعويض في التطليق للضرر.

الفرع الأول: تعريف التعويض

يقتضي البحث أن نطلع على المقصود بالتعويض، حيث سنحاول تعريفه لغة واصطلاحا وقانونا.

أولا: تعريف التعويض لغة

التعويض مأخوذ من العوض: أي البدل والعوض: اسم مفرد والجمع اعواض، والعوض: مصدر.[3]

تقول: عضت فلانا واعظته وعوضته: إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، واعتاضه: جاءه طالبا العوض والصلة، واستعاضه وتعوضه: سأله العوض، فعاوضه: اعطاه إياه.[4]

عوض يعوض تعويضا، وتعوض اخذ العوض، والاسم العوض والمستعمل التعويض.[5]

والتعويض من العوض ومعناه البدل، والخلف وعوضت فلانا أي أعطيته بدل ما ذهب منه، وقيل بين العوض والبدل فرقا[6] والعوض كلمتان صحيحتان إحداهما تدل على بدل الشيء والأخرى على زمان.[1]

---

[1] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1998/03/16، ملف رقم 217179، المجلة القضائية، ع . خ، س 2001، ص122.

[2] - قورادش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص76.

[3] - جمال الدين ابو الفضل ابن المنظور، **لسان العرب**، ج 2 ، ص 982.

[4] - مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط 6 ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، 1999، ص836.

[5] - جمال الدين ابن منظور، **لسان العرب**، ج 7، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ص192.

[6] - محمد مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، ج 5، ط 1، دار صادر، بيروت، 1306 ه، ص59.

من خلال هذه التعريفات يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل والخلف، أما التعويض فهو لاستقبالهما أو ما يعطى لطالبه منهما.[2]

ثانيا: تعريف التعويض اصطلاحا

لم يتطرق الفقهاء القدامى للفظ التعويض وإنما استعمل عوضا عنه لفظ الضمان، وقد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملا للتعويض وغيره كالكفالة، والبعض الآخر عرفه بما لا يدل البتة على التعويض.[3]

وقد استعمل فقهاء المالكية مصطلح الضمان بدل التعويض وهو مصطلح دال عليه، وقد عرفوه بأنه: "شغل ذمة أخرى بالحق"، ولو أن التعريف لا يدل على معنى التعويض، إلا أن فقهاء المالكية استعملوا مصطلح الضمان للدلالة على التعويض بالمثل أو القيمة، كمن يتسبب في إتلاف شيء لغيره فيلزمه بضمانه، وجاء عندهم في معنى التعويض بالمثل أو القيمة: "لومات العبد المغصوب أو قتل ... قوم وضمن قيمته ... والمثل يضمن بذي المثل ... فإن عيبه خير بين تضمينه قيمته وأخذه وما نقص".[4]

وأما العلماء المعاصرون فقد عرفوه تعريفات كثيرة من أهمها الزحيلي في كتابه في نظرية الضمان، حيث قال: "هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ".[5]

وقيل هو: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره، والضرر إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته وقد يسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو بالتلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف".[6]

ويرى الباحث بوساق محمد بن المدني أنه لا تعويض عن الأضرار المعنوية وبذلك يكون تعريفه للتعويض بأنه: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال".[7]

ولم يجد الدكتور جميل فخري محمد جانم، فيما اطلع عليه من كتب الفقه أي تعريف للتعويض، لذا عرفه بأنه: "عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر، نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع".[8]

---

[1] - أبو الحسين **احمد ابن فارس**، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، م 4، ط 1، دار الجيل، بيروت، 1997، ص188.

[2] - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص32.

[3] - وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان**، دار الفكر، بيروت، لبنان،1389 ه، ص87 .

[4] - محمد بريبر، **مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2021/2020، ص275.

[5] - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص87.

[6] -محمد الزحيلي، **التعويض المالي عن الطلاق**، دار المكتبي للطبع والنشر والتوزيع، ط1، دمشق، سوريا، 1998، ص48.

[7] - بوساق محمد بن المدني، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص155.

[8] - جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون**، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، د.ب.ن، 2009، ص208.

وهناك من عرفه بقوله: "أن التعويض هو المبادلة بنفس القيمة ولا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بإثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع من عملية التعويض"، ويلاحظ من هذا التعريف استعانة صاحبه بشروط التعويض من أجل تعريفه.[1]

والتعويض هو "ما يعطى للمضرور لجبر الضرر الذي لحق به، أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على الغير".[2]

ثالثا: تعريف التعويض قانونا

لم يتطرق فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة و إيضاح فهو يعني عندهم: "ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصاب بضرر فهو جزاء المسؤولية".

وقد نصت المادة (163) من القانون المدني المصري على أن: "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، كما تضمنت المواد من (163) إلى (178) نفس المعنى في نفس القانون، وهي المواد التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية.

حيث لم يهتم فقهاء القانون كثيرا بوضع تعريف دقيق للتعويض، وهذا نتيجة لوضوح فكرته وعناصره في التشريعات الوضعية والمدنية، كما يظهر من القانون المدني الجزائري الذي جاء في المادة (132) منه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ... ويقدر التعويض بالنقد، على انه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع ".[3]

كما رتبت المادة (124) الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله. وانطلاقا من هذه المواد يمكنني استخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه: "الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداء مالية أو عينية".[4] ويلاحظ على هذا التعريف الإحاطة بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكر عناصر التعويض وكذا وظيفته وطرق تقديره، ونوع الضرر الذي يعوض عنه.

الفرع الثاني: الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض ومقدار دفع التعويض في التطليق للضرر

لقد أصبح التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي أمرا مسلما به فقها وقانونا وقضاءا، لكن من جانب آخر ثار نقاش حول الأساس القانوني لاستحقاق التعويض، وكذا أساس سلطة القاضي في تقدير التعويض.

---

[1] - بوعافية حياة، **التعويض بسبب التطليق بين التشريع والتطبيقات القضائية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019/2018، ص57.

[2] - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص48.

[3] - المادة (132) المعدلة بالمادة (38) من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن للقانون المدني الجزائري، ج . ر رقم 44 ، لسنة 2005 .

[4] - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص35.

أولا : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض في التطليق للضرر

لم تتطرق الشريعة الإسلامية لإمكانية تعويض الزوجة في حالة التطليق، غير أنها أرست لنا قاعدة من قواعد الدين الكبرى تتجلى في قوله ﷺ **"لا ضرر ولا ضرار"** فهذه القاعدة جاءت عامة دون تخصيص أو تقييد لضرر دون آخر.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير الضرر نجد أنها ترتكز على أساس واحد يتمثل في مدى جسامة الضرر الذي أصاب الزوجة والذي يقدره القاضي بالاعتماد على المعيار الشخصي والذي ذكرناه سابقا، لأن ما يشكل ضررا بليغا لزوجة قد لا يعتبر كذلك لزوجة أخرى و عليه فإن القاضي يقوم بتقدير مبلغ التعويض استنادا الى حجم الضرر الواقع وهذا من شأنه أن يكفل تعويضا عادلا للزوجة دون أن يكون فيه إثراء لها على حساب زوجها، كما أنه لا يمكن في التطليق الأخذ بظروف الزوج عند التقدير باعتباره المسؤول عن هذا الضرر.[1]

وفي هذه الحالة نرى أولا التطليق الذي تطالب به الزوجة هل هو تعويض عن الم فراقها من زوجها جزاء فك الرابطة الزوجية والتعويض عن الضرر الذي لحق بها من زوجها مع العلم أن التطليق الذي يوقعه القاضي هو طلاق منشأ ينشأه بطلب من الزوجة في حالة الضرر مع إثباتها له.[2]

لم يبين لنا المشرع الجزائري أي معيار أو ضابط للتمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج اتجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا، وهذا يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية وثقافة، لأن ما يعتبر ضارا ومسيئا لزوجة قد لا يكون كذلك لزوجة أخرى، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي، وان مهمة القاضي في التمييز بين الضار وغير الضار مهمة صعبة.[3]

ولم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين له حدا ادني أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بذلك عن طريق إعمال القاضي لنشاطه الذهني.[4]

وعليه فإن تطليق القاضي للزوجة والحكم لها بالتعويض هو لدفع الضرر عنها، فالتعويض هنا يكون عما لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها، وليس عن الم فراقه عند الحكم بالتطليق لأنها هي من طلب ذلك.[5]

---

[1] - اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص ص207 - 208.

[2] - مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص238 .

[3] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، دار هومة للنشر، ط 3، الجزائر، 2007، ص171.

[4] - عبد الحكيم حسينات، المرجع السابق، ص65.

[5] - عبد الحكيم حسينات، المرجع نفسه، ص64.

ثالثا: مقدار دفع التعويض في التطليق للضرر

إن الشريعة الإسلامية لم تقض لمن تضررت من زوجها الحق في التعويض وإنما منحتها إمكانية التطليق.[1]

وبالرجوع إلى القضاء نجد أن المبادئ القانونية التي استقر عليها في ذلك أن تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي الموضوع مادام لا يوجد نص في القانون يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليها في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبنيا على أسس لها أصل ثابت بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت المضرور، ذلك أن التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما.[2]

وعليه لا يكون هذا التقدير محل طعن مادام انه كاف لجبر كافة الأضرار وأدى وظيفته في إرضاء المضرور ولا تعقيب على المحكمة إن هي قضت بالتعويض الإجمالي عن الأضرار المتعددة مادامت قد ناقشت كل عنصر على حدى وبينت وجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته، وعليه نجد التطبيقات القضائية جاءت تقديراتها مختلفة بشأن مبلغ التعويض الذي يدفع مقابل الضرر الناجم عن التطليق أو النشوز فبالنسبة للتطليق نجد انه في حالة فك الرابطة الزوجية قبل البناء بطلب من الزوجة وهذا لثبوت تضررها فإن هناك من الأحكام القضائية ما منحت للزوجة الحق في نصف الصداق الذي يعد تعويضا لها وجبرا للضرر الذي الم بها كما نجد أحكاما أخرى تقضي لها بنصف الصداق إضافة إلى مقدار مالي تعويضا عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها.[3]

يتضح مما سبق أن الأساس الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض هو حجم الضرر الواقع على المضرور ويعتمد القاضي في تقديره على المعيار الشخصي الذاتي، لأن الضرر يختلف من شخص إلى آخر.

وبخصوص وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن حالة التطليق يكون من يوم الحكم باعتبار أن الحكم القضائي ليس مصدرا للحق في التعويض، "إلا أنه يقوم الحق في التعويض ويقومه" فالحكم بالتعويض هو مقرر للحقوق وليس منشأ لها وعليه يدخل في حساب التعويض كل ما لحق المضرور حتى هذا التاريخ ويصبح التعويض ملزم الدفع بموجب هذا الحكم الذي عزز الحق في التعويض.

وعليه نجد الوقت الذي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض هو تاريخ الحكم وليس وقت حصول الضرر.[4]

---

[1] - عبد الحكيم حسينات، المرجع نفسه، ص66.

[2] - بوعافية حياة، المرجع السابق، ص64.

[3] - قرار صادر عن م . ع، غ . أ . ش، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216865، إجتهاد قضائي، عدد خاص، س 2000، ص ص 256 -257.

[4] - بوعافية حياة، المرجع السابق، ص ص 64 - 65.

الخاتمة

في ختام هذا البحث نقول أن المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية اهتما بحقوق الزوجة ولم يهملا حقها في الطلاق، فإن لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية وتعرضت للأذى من طرف الزوج كان لها ان ترفع أمرها إلى القاضي.

يمكن القول أن التشريع الجزائري منح الحق للزوجة في طلب التطليق مع إثبات أحد الأسباب التي جاءت بها المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري، ويكون للقاضي سلطة التطليق أو التفريق بين الزوجين بما له من ولاية رفع الظلم. وبالنظر لهذه المادة فإن المشرع الجزائري اعتبر كل تلك الأسباب أو كل تلك الحالات المذكورة في المادة(53) كلها اضرار تجيز للزوجة طلب التطليق والتي استغرقت جميع أنواع الضرر الموجب للتطليق وكان التركيز الأكبر على مدى استحقاق الضرر وتقديره والتعويض عنه ان لزم ويكون ذلك من طرف قاضي شؤون الأسرة الذي يملك السلطة التقديرية، بحيث تكون له سلطة مقيدة في الأسباب التالية: حالة عدم الإنفاق بعد صدور حكم يقضي بذلك، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، الحكم العلى الزوج بجريمة فيها المساس بشرف الأسرة، وتكون مطلقة في الأسباب التالية: الهجر في المضجع، الشقاق المستمر، الضرر المعتبر شرعا

ومن خلال كل ما تقدم نفهم بأنه حتى يمكن للقاضي الحكم بالتطليق للضرر يشترط القانون على الزوجة حين تقدم طلبها ان تثبت الضرر الحاصل لها ويكون ذلك بكافة الطرق القانونية الممكنة.

النتائج:

وقد توصلنا الى مجموعة من النتائج والملاحظات يمكننا تلخيصها فيما يلي:

1- اختلاف الفقهاء حول التطليق للضرر حيث هناك منهم من أجاز التطليق وذهب الآخرون إلى عدم جوازه .
2- انتهاج المشرع الجزائري منهج الفقه المالكي فيما يخص حق الزوجة في جواز طلب التطليق.
3- لقد وسع المشرع الجزائري من السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وذلك من خلال صياغة الفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري بلفظ كل ضرر معتبر شرعا وهذا لفظ واسع.
4- عند توفر أحد الأسباب الواردة في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري فإنه يحق للزوجة طلب التطليق للضرر حيث أن كل هذه الأسباب جاءت لرفع الضرر على الزوجة.
5- يوجد للضرر نوعان مادي ومعنوي وكلاهما لا يجب ان يلحق بالزوجة ويجب دفعه عنها.
6- يقدر التعويض بمقدار الضرر ان لزم.
7- حق الزوجة في التعويض فضلا عن التطليق للضرر حق معترف به شرعا وقانونا سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، ويلزم القاضي الاعتناء جيدا بتقرير هذا التعويض في مسائل التطليق للضرر.

8- أن القاضي غير ملزم بالإجتهاد القضائي فيما يخص تقدير التعويض عن الضرر فهو تابع لسلطته التقديرية حسب الضرر ومقداره.

9- إن المشرع الجزائري قد اغفل عن الكثير من الأمور التي في ظاهرها بسيطة وليس من المهم ادراجها ضمن القانون ولكن في جوهرها هي في غاية الاهمية؛ اذ من شـأنها ان تميز لنا بين الامور التي في الغالب قد تتشابه لنا وبالتالي الوقوع في الخلط بينها، ولعله من بين الاشياء التي اغفل عنها هو تعريف التطليق فالمشرع اكتفى بذكر اسباب التطليق فقط في نص المادة (53) من قانون الاسرة الجزائري وهو ما قد يؤدي الى اعتقاد الكثيرين بأن التطليق هو نفسه الطلاق.

10- هناك صعوبة تواجه الزوجة في إثبات الضرر مما يدفعها في معظم الحالات إلى الخلع.

الاقتراحات:

وفي نهاية القول نعطي بعض الاقتراحات التي نراها مناسبة وضرورية وهي:

1- يجب على المشرع الجزائري ان يعطي تعريف للتطليق لكي لا يقع خلط بينه وبين الطلاق او الخلع.
2- نقترح ضبط اثبات الضرر في التطليق لأن إثباته فيه صعوبة كبيرة مما دفع في كثير من الحالات بالزوجة الى الخلع، فبالرغم من الخسائر المادية التي تلحق بها الا أنها تعتبرها أكثر ضمانا للتخلص من الضرر.
3- يجب على المشرع الجزائري تفصيل المادة (53) اذ انه في الحقيقة الأسباب الواردة في نص المادة لا تستحق ان تهمل بهذا الشكل بل لابد من ان يكون لكل سبب مجموعة من المواد التي تنظمها وهذا نظرا لما فيه من احكام متفرعة ومتشعبة.
4- يجب على المشرع تحديد معنى الفقرة العاشرة "كل ضرر معتبر شرعا" من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري لكل لأن ذكرها بصفة عامة جعلها جامدة غير واضحة ومبهمة.
5- نقترح ضبط صياغة المادة (53) حتى لا تكون ذريعة للقضاء على الأسرة الجزائرية وهذا الضبط يكون بتحديد الأسباب على سبيل الحصر وإن كان الإشارة الى الضرر وذلك بإعطاء أنواع محددة للضرر الموجب للتطليق.
6- يجب على القاضي مراعاة الحالة الاجتماعية للزوج عند الحكم في التعويض للضرر.

قائمة المصادر والمراجع

I: المصادر

أولا – القرآن الكريم

ثانيا – السنة النبوية

ثالثا- المعاجم:

1. ابن المنظور، **لسان العرب، المجلد العاشر**، دار صادر، بيروت، 2003.
2. أبو الحسين **احمد ابن فارس، معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، م 4، ط 1، دار الجيل، بيروت، 1997.
3. جمال الدين ابو الفضل ابن المنظور، **لسان العرب**، ج 2.
4. جمال الدين ابن منظور، **لسان العرب**، ج 7، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت.
5. مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط 6، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، 1999.
6. محمد مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، ج 5ط 1، دار صادر، بيروت، 1306 ه.
7. معجم الدكتور عمر، بمساعدة فريق عمل معجم اللغة العربية المعاصر، عالم الكتب، طبعة 1، القاهرة، 2008.
8. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4 ،2004 .

رابعا– القوانين:

1. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 18صفر عام 1386الموافق ل08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 49، صادر في 21 صفر عام 1386 الموافق ل 11يونيو سنة 1966، معدل ومتمم.
2. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 18صفر عام 1386الموافق ل08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 49، صادر في 21 صفر عام 1386 الموافق ل 11يونيو سنة 1966، معدل ومتمم.
3. القانون رقم 11/84المؤرخ ل 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 العدد 15 المؤرخ في 27 فبراير، 2005
4. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429الموافق 25 فبراير، 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خامسا- المجلات القضائية

1. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 1، الجزائر العاصمة، 1989.
2. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 3، الجزائر العاصمة، 1989.
3. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 4، الجزائر العاصمة، 1989.
4. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 2،الجزائر العاصمة، 1990.
5. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 1، الجزائر العاصمة، 1991.

6. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 3، الجزائر العاصمة، 1992.
7. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 2، الجزائر العاصمة، 1993.
8. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، عدد 2، الجزائر العاصمة، 1995.
9. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، عدد 1، الجزائر العاصمة، 1998.
10. نشرة القضاة، الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 5، الجزائر العاصمة،1999.
11. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، عدد خاص، الجزائر العاصمة، 2001.
12. مجلة المحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد2، الجزائر العاصمة، 2007.
13. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 2، الجزائر العاصمة،2011.
14. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 2،الجزائر العاصمة، 2014.

II: المراجع

أولاً- الكتب:

1. إبراهيم بن محمد الفائز، **الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، مكتبة أسامة، ط 2، الرياض،1983.
2. أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، دار الآفاق العربية، طبعة 1، القاهرة، 2011.
3. أبي عبد الله محمد الفاسي، **الإتقان والأحكام، شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، دار الحديث، الجزء 1، القاهرة،2011.
4. احمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي (ما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي)**، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، 2009/2008.
5. احمد بن حسين البيهقي، **السنن الكبرى ما جاء في كراهية الطلاق تحقيق**، مكتبة دار البار، ج 7، مكة، 1994.
6. احمد بن محمد فيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، المطبعة الأميرية للنشر، جزء 2، القاهرة، مصر، 1909.
7. احمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، جامعة الإسكندرية، 2010.
6. احمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
7. احمد الحصري، **النكاح والقضايا المتعلقة به**، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، القاهرة، 2016.

8. احمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسيرة للنشر، ط 1، عمان، 2009.
9. احمد موافي، **الضرر في الفقه الإسلامي**، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المجلد الأول، ط 1، المملكة العربية السعودية.
10. احمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتاب القانونية، مصر، 2004.
11. العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2013.
12. أنور العمروسي، **أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية الفقه على جميع المذاهب والتعديلات وقانون توحيد إجراءات التقاضي بالقانون رقم 1 لسنة 2000 و 91 لسنة 2000 والقواعد الإجرائية و الموضوعية المقارنة**، دار الفكر الجامعي للنشر، ، ط 3، الإسكندرية، مصر، 2001.
13. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة – الخطبة- الزواج – الطلاق – الميراث – الوصية ج ا (الزواج والطلاق)** ، ديوان المطبوعات الجامعية، ، ط 5، الجزائر، 2005.
14. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، "الزواج والطلاق"** ، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، ط 4، 2005.
15. بوساق محمد بن المدني، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
16. جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون**، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 1، د.ب.ن، 2009.
17. خليل عمرو، **انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015.
18. رشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية، ط 1، الجزائر، 2008.
19. رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية منشورات الحلبي الحقوقية**، جامعة الإسكندرية، 2009/2008.
20. عبد الرؤوف المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج 6، ط 2، بيروت، 1972.
21. عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، دار هومة للنشر، ط 3، الجزائر، 2007.
22. عبد الله مسعودي، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، سنة2009 .
23. عبد المجيد محمود مطلوب، **الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية**، مؤسسة المحتار للنشر والتوزيع، ط 1، القاهرة، 2004.
24. عبد الهادي بن زيطة، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط 1، القبة، الجزائر، 2007.

25. عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه بالمحاكم، دار القلم، ط 2، الكويت، 1999.
26. فريحة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، سنة 2013.
27. فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا**، مطبعة الطالب، الجزائر.
28. فضيل سعد، **شرح قانون الاسرة الجزائري**، جزء1، الجزائر، د.س.ن.
29. قاسم علي محمد علي، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
30. محمد ابراهمي، **لوجيز في الإجراءات المدنية**، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، ج 2، بن عكنون الجزائر، سنة2001 .
31. محمد بن عبد الله النيسبوري، **المستدرك على الصحيحين**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.
32. محمد الزحيلي، **التعويض المالي عن الطلاق**، ، دار المكتبي للطبع والنشر والتوزيع، ط1، دمشق، سوريا، 1998.
33. محمد سمارة، **أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1، عمان، 2008.
34. محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007.
35. منصوري نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010.
36. محمد يعقوب طالب عبيدي، **أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية**، دار الهداية النبوي، مصر (المنصورة).
37. نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.
38. وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، دار الفكر، ج 8، ط 3، دمشق، 2012.
39. وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان**، دار الفكر، بيروت، لبنان،1389 ه.
40. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر**، ج4، ط4، دمشق، 2012.

ثانياً- الرسائل الجامعية:

1. محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائر**، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2009/2008.
2. محمد بريبر، **مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2021/2020.

3. مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.
4. أسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون شؤون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، 2011/2010.
5. اليزيد عيسات، **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2003/2002.
6. عبد الله عابدي، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، شهادة الماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.
7. كمال فريحاوي، **التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2001.
8. ليلى جمعي، **التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1994.
9. نجية زيتوني، **دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، القسم الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2006.
10. ندخوشي إبراهيم، **التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية** دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير، قسم القضاء، كلية العلوم السياسية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2012.
11. الشارف عيسى سلطانة، **التطليق وأسبابه**، مذكرة الماستر، قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019./2018
12. جليخي مباركة، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية**، مذكرة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عاشور زيان، الجلفة، 2015/2014.
13. بوعافية حياة، **التعويض وسبب التطليق بين التشريع والتطبيقات القضائية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون اسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019/2018.
14. حنان شريف، **التطليق وفق لقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016.
15. دنيدني نعيمة، **أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في القانون الجزائري**، مذكرة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سنة 2018.
16. سرايش مراد، يوسفي سفيان، حالة **حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر الأكاديمي قانون الأسرة الجزائري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2021/2020.

18. شريفة بن عيسى، **التطليق وإجراءاته من خلال قانون الإجراءات المدنية 08-09**، مذكرة ماستر، أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2016/2015.
19. شاير ليليا و شريفي أمال، **التطليق للضرر (دراسة مقارنة)**، مذكرة الماستر LMD، فرع قانون خاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2013/2012.
20. منى منصور، **التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماستر، قسم العلوم إنسانية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة حمه لخضر الوادي، 2015/2014.
21. وردة شكال، **حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية**، مذكرة مكملة من مقتضيات الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2015.
22. قواردش فاطمة الزهراء، **أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري**، شهادة الماستر، تخصص أحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016/2015.
23. عبد الحكيم حسينات، **تقدير الضرر للزوجة في حالة التطليق**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، فرع الحقوق، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.
24. محمد قاسمي، **التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، دراسة في إطار القانون والفقه والقضاء المقارن**، رسالة الماستر، وحدة التكوين والبحث الآسرة في القانون المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة بن زهر، السنة الجامعية 2017/2016.

ثالثاً-المجلات:

1. سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق مجلة الدراسات والبحوث القانونية، تلمسان، العدد السادس .
2. سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بتاريخ افريل 2009، العدد السادس.

الفهـــــرس

العنوان	الصفحة
البسملة	
الاهداء	
شكر وعرفان	
المختصرات	
مقدمـــة	ا ـ د
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر	6- 42
المبحث الأول: مفهوم التطليق للضرر	8
المطلب الأول: مفهوم التطليق	8
الفرع الأول: تعريف التطليق	8
الفرع الثاني: مشروعية التطليق والحكمة منه	11
الفرع الثالث: الفرق بين التطليق والخلع	15
المطلب الثاني: مفهوم الضرر الموجب للتطليق	17
الفرع الأول: تعريف الضرر الموجب للتطليق	17
الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتطليق	20
الفرع الثالث: أمثلة عن الضرر الموجب للتطليق	21
المبحث الثاني : اسباب التطليق للضرر	22
المطلب الأول: أسباب الضرر المادي	23
الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق	23
الفرع الثاني: التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة	26
الفرع الثالث: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج	28
الفرع الرابع: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	30
المطلب الثاني: اسباب الضرر المعنوي	31

الفرع الأول: الفرع الخامس: التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) من ق.أ.ج	31
الفرع الثاني : التطليق للهجر في المضجع فوق 04 أشهر	32
الفرع الثالث : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	34
الفرع الرابع: التطليق للحكم عن الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الاسرة	35
الفرع الخامس: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة	37
المطلب الثالث: كل ضرر معتبر شرعا	38
الفرع الأول: الموقف الفقهي للتطليق للضرر المعتبر شرعا	38
الفرع الثاني : موقف قانون الاسرة الجزائري من التطليق للضرر المعتبر شرعا	40
الفرع الثالث: التطليق لنشوز الزوج	41
الفصل الثاني: إثبات الضرر الموجب للتطليق وسلطة القاضي في تقديره والتعويض عنه	43 - 68
المبحث الأول : إثبات الضرر الموجب للتطليق والاشكالات الناتجة عنه	45
المطلب الأول: وسائل اثبات الضرر الموجب للتطليق	45
الفرع الأول: وسائل اثبات الضرر الموجب للتطليق الأساسية	45
الفرع الثاني: وسائل اثبات الضرر الموجب للتطليق الثانوية	47
المطلب الثاني: اشكالات اثبات الضرر الموجب للتطليق	48
الفرع الاول: إشكالات اثبات الضرر الموجب للتطليق الواردة في المادة (53) من قانون الاسرة الجزائري	48
الفرع الثاني: اثبات الضرر الموجب للتطليق من حيث الأحكام	52
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق والتعويض عنه	54
المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق	55
الفرع الأول: تقدير الضرر المفترض وغير المفترض	55
الفرع الثاني: السلطة المقيدة والمطلقة للقاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق	57
المطلب الثاني: التعويض عن الضرر الموجب للتطليق	64

الفرع الاول : تعريف التعويض	64
الفرع الثاني : الأساس القانوني الذي يستند اليه القاضي في الحكم بالتعويض في التطليق للضرر	66
الخاتمـــة	71 -69
قائمة المصادر والمراجع	78 -72
فهرس المحتويات	82- 79

الملخص:

الزواج هو أساس الأسرة ورابطة مقدسة عند المجتمع، وقد يحدث أحيانا نزاعات بين الزوجين لسبب أو لآخر.

فوضع الشرع الحل المناسب لكل خلاف، وقد اتخذ الطريقة المثلى لإنهاء هذا العقد، فشرع الطلاق لتجنب الوقوع فيما يغضب الله، ومن خلال الشريعة الإسلامية نظم المشرع الجزائري حالات انحلال الرابطة الزوجية، إما بالإرادة المنفردة للزوج، أو باتفاق بين الطرفين أو بطلب من الزوجة، وتتوقف في هذه الحالة الأخيرة، حيث نجد إن الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري أعطى للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية، سواء عن طريق الخلع أو التطليق، إذا توفرت الأسباب والمبررات التي تسمح للزوجة بإنهاء هذه العلاقة، إن استطاعت إثباتها بكل وسائل الإثبات، التي تقدمها الى القاضي وبدوره له السلطة التقديرية قد تكون مقيدة أحيانا ومطلقة أحيانا أخرى ويقوم بدراسة الأدلة التي قدمتها الزوجة.

Résume

Le mariage est le fondement de la famille et la Sainte Ligue, dans la societe, 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 marriage, 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 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.