جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق
تخصص: *قانون أسرة*
الرقم التسلسلي:.....

إعداد الطالب: بوعافية حياة

يوم: 15جوان 2019

التعويض بسبب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية

لجنة المناقشة:

قرفي إدريس	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	رئيسا
يوسفي نور الدين	أستاذ محاضر (أ)	جامعة بسكرة	مشرفا
بوستة إيمان	أستاذ محاضر (ب)	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2018 - 2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و وعرفان

إلى كل من علمني علما نافعا ولو حرفا, إلى كل من أنار لي الطريق إلى النجاح إلى من ارشدني وعلمني أتقدم بالشكر والعرفان الجزيل, لسعادة الاستاذة يوسفي نورالدين الذي افادنا من علمه مما ساعدنا في اعداد هذا المشروع واخراجه بهذه الصوره التي اجتهدنا ان تكون بافضل صورة قدر المستطاع.....

والشكر موصول الى كل من :

إلى أعضاء اللجنة الذين تكرموا بمناقشتها

والشكر لكل من يقرأ هذا البحث بغرض الإطلاع والاستفادة منه ومن ثم المقدرة على التحديث والتطوير والوصول الى الافضل بإذن الله والشكر الجزيل والإمتنان الكبير الى الاب الغالي والام الغالية فهما اعز النعم التي انعم الله بها علينا فما كان لنا سندا وعونا لإعداد هذا البحث من خلال توفير الجو الملائم للدراسة والإستذكار.

ولابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفه نعود إلى الأعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذالك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث ألامه من جديد....

وقبل أن نمضي تقدم أسمى آيات الشكر و الامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة...

وإلى جميع أساتذتنا الأفاضل.. الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة

المختصرات

ق أج :قانون الأسرة الجزائري

ق أ :قانون الاسرة

ق أ ش : قانون الأحوال الشخصية

غ أ ش :غرفة الأحوال الشخصية

م أ: المجلس الأعلى

ق م : القانون المدني

م ع : المحكمة العليا

م ق : المجلة القضائية

ن ق: نشرة القضاة

د ر ط: دون رقم الطبعة

د ت ط: دون تاريخ الطبع

ط: طبعة ع : عدد

ص: صفحة

مقدمة

لقد حظيت الأسرة في الاسلام بعناية متكاملة أسس دعائمها القرآن الكريم و السنة المطهرة ، حرصا منها على تحقيق الجانب الإجابي من هذا النطاق نظرا لقدسية روابطها ، و اعتبرها القانون الخلية و النواة الأساسية في بناء المجتمع، فمصدر قوة الأسرة و تراصها يمكن في تلاحم أفرادها و تفاهمهم .

و لما كان للعلاقة الأسرية أهمية كبيرة فقد بين القانون أحكاما لتنظيمها استقت أغلبها من قواعد الشريعة الإسلامية التي اعتبرها المرجع الأساس لكل ما لم يرد النص عليه و ذلك طبقا لنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري.

فبدأ بتنظيم العلاقة الزوجية التي مصدرها الزواج كأسمى العلاقات و أجلها فحددت أركان الزواج وشروطه ووجوب قيام هذه العلاقة على المودة و الرحمة مصداقا لقوله تعالى : "**و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنو إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** "[1]. و هو ما كرسته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري .

و نظرا لطبيعة النفس البشرية القنوطة ، فإن تقلباتها النفسية مفترضة بين الزوجين و قد تكون نواة لشقاق مستعص بينهما ،قد لا تجد الطرق الشرعية في حله إلا بالانفصال، و هو الأمر الذي من شأنه أن يخلف أضرار وخيمة على الصعيد المادي و النفسي على العلاقة الزوجية ، و التي تنتهي غالبا بالطلاق .

كما أن استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين قد يكون فيه مضرة لطرف دون آخر، أو قد يحدث فك هذه الرابطة من أحد الطرفين دونما سبب فينجم عن ذلك ضرر ، و هو الأمر الذي نهت عنه الشريعة الإسلامية بقولها لا ضرر و لا ضرار و قد أمرت بإزالته بالمعروف و الحسنى لما في من فضل كبير لقوله تعالى :" **و إن يتفرقا يغن الله كلا من سعته و كان الله واسعا حكيما** " [2].لأن إهمال هذا الضرر دون جبره قد يزيد من تفاقمه الأمر الذي يؤدي إلى إخلال التوازن بين طرفي العلاقة ، مما قد ينتج عنه حقد يشحن في الأنفس الضغائن و الكراهية و الله عز و جل قال في محكم تنزيله " **و لا تنسوا الفضل بينكم**"[3] .

و أمام هذا الوضع كان على المشرع التدخل بالنص على جبر الضرر على طريق إقرار مبدأ التعويض عنه بشقيه المادي و المعنوي من خلال جملة من النصوص القانونية و للتقيد

---

[1] سورة الروم ،الآية 21.
[2] سورة النساء ،الآية 130 .
[3] سورة البقرة ، الآية 237 .

بنصوص القانون و حفظ الحقوق لمنع التعسف في استعمالها و إلحاق الأذى بالآخرين ، و إعادة التوازن المالي و الاجتماعي لأطراف الخصومة فقد أوكل القانون مهمة منح التعويض عن الضرر إلى القاضي باعتباره وسيطا لتطبيق هذه القواعد .

إن الضرر هو مسألة شخصية تختلف باختلاف الأشخاص و تتنوع بحكم الظروف لذلك يصعب على المشرع الإحاطة بكل جوانبه من تحديد لعناصره و بيان لشروط قيامه و تحديد لمقدار التعويض عنه ، كما أنه مهما بلغت حيطة المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في شأن ذلك ، فكانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي بأن يواجه ظروف تطبيق القانون [4]بموجب هذه السلطة .

و قد جاء موضوع هذه الدراسة ليسلط الضوء على التعويض عن الضرر بسبب التطليق من خلال البحث في الحالات التطبيقية لها و المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري

و تأسيسا على ما سبق ذكره كان عنوان هذا البحث : **التعويض بسبب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية**.

- **إشكالية البحث**

أقر المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة مبدأ التعويض عن الضرر بسبب التطليق بشقيه المادي و المعنوي ، غير أنه لم يبين شروط استحقاق التعويض كما لم يبين المعايير التي يستند إليها في تقدير التعويض و خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث ذلك ، الأمر الذي يطرح إشكالا محوريا يتمثل في :

1- ما مدى اعتبار التطليق مسألة موجبة للتعويض في التشريع الأسري و التطبيقات القضائية ؟

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

-هل هذا التعويض هو تعويض عما لحقها من ضرر و دفعها إلى طلب التطليق ؟ هل يعد هذا الحكم في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصابها، أم أنها تستحق تعويضا إلى جانب ذلك؟

-ما هي الحالات التي يسلكها القاضي في بناء الحكم بالتعويض عن الضرر ؟ و ما نوع التقدير القضائي الذي يقوم به عند تقدير استحقاق التعويض و تقدير قيمته ؟

-ما مدى سلطة القاضي في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر؟

-ما مدى سلطة القاضي في تقدير التعويض؟

-وهل القاضي ملزم قانونا بالحكم باستحقاق التعويض في حالة ثبوت الضرر و ما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه في ذلك؟

-ما مدى رقابة المحكمة العليا لسلطة القاضي التقديرية في هذا المجال؟

أسباب إختيار البحث :

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

- رغبتي للبحث في موضوع التطليق عموما و في التعويض عن التطليق على وجه التحديد ما يكتسبه هذا الموضوع من أهمية على الصعيدين النظري و العملي من خلال ما يطرحه من صعوبات في هذا المجال.
- كثرة وقوع حالات الإضرار بالزوجة من طرف زوجها، لكي تنتهي في الأخير بعدم استيفاء الزوجة حقوقها نتيجة صعوبة إثبات الضرر.
- الواقع الاجتماعي المعيشي الناتج عن سوء فهم أحكام و روح قانون الأسرة بخصوص الحياة الزوجية، و كيفية الحفاظ على هذه الرابطة المقدسة و استمرارها و إنهائها عند الضرورة.
- الرغبة في ابراز نظرة التشريع و كذا تحليل النصوص القانونية التي تتناول هذا الموضوع ، و كذا ابراز دور الإجهادات القضائية في مادة التعويض عن التطليق.
انتشار ظاهرة التطليق في المحاكم الجزائرية.

<u>و يكتسي البحث في هذا الموضوع أهمية تتجلى في :</u>

1- أهمية علمية نظرية تنطوي على ما يشكل البحث في موضوع التعويض بسبب التطليق في التشريع إضافة إلى مجال القضاء كما تمنح لنا تصورا شاملا لمفهوم التعويض و كيفية قيام القاضي بالنشاط الذهني للترتيب الحق في التعويض و تحديد مقداره.

2- أهمية عملية تطبيقية تتجلى في ما يثيره من فضول يتعلق بمعرفة كيفية تقدير التعويض عن الضرر من الناحية العملية من خلال معرفة كيف يتم تقدير القاضي لقيام الضرر و منح الحق في التعويض.

3- أهمية عملية تطبيقية منبثقة في معرفة حالات التطليق التي توجب الحكم بالتعويض و الحالات التي لا يمكن الحكم فيها بالتعويض.

4- مساهمة القاضي بفضل إمكانية تقدير التعويض عن الضرر في توطيد الاستقرار الاجتماعي و الأسري ، و ذلك أن حل النزاع من طرف القضاء قد يؤدي إلى إمكانية تهدئة النفوس بإصلاح هذا الضرر عن طريق منح تعويض عادل للمضرور ترضيه له ، كما أن رفع الأمر إلى القضاء يجعلهم على بينة من أمرهم في الحرص على الوفاء بإلتزامات و الوعود .

أما فيما يخص المنهج الذي اتبعته للإجابة على إشكالية البحث فتم الاعتماد على المنهج التحليلي الاستقرائي كمنهج أساسي ، من خلال التعرض إلى الموقف التشريعي و ذلك

باستقراء و تحليل النصوص القانونية التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري والمتمثلة في دراسة ماجاء في المادة53 مكرر ،و الأسباب المذكورة في المادة 53 من نفس القانون ، و المواقف القضائية و ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية .

مع الاستعانة بمناهج أخرى كالمنهج التاريخي عند بحث التأصيل التاريخي لفكرة التعويض عن الضرر، كما استخدمت المنهج المقارن عند التطرق لكل مسألة و ذلك بمقارنة ما جاء في التشريع و موقف القضاء منها.

- و من أجل معالجة الموضوع ارتأينا تقسيمه على الوجه الآتي بيانه :

❖ **الفصل الأول: الأسباب المبررة للتطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية و قد تم تقسيمه إلى مبحثين:**

➢ **المبحث الأول**: حالات التطليق بفعل إخلال الزوج بواجباته الزوجية

➢ **المبحث الثاني : حالات التطليق لأسباب أخرى**

❖ **الفصل الثاني: التعويض بسبب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية ،و الذي تم تقسيمه إلى مبحثين :**

➢ **المبحث الأول: أساس التعويض عن التطليق**

➢ **المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن التطليق**

الفصل الاول

الأسباب المبررة لطلب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية

- **المبحث الأول:** حالات التطليق بفعل إخلال الزوج بواجباته الزوجية والعائلية
  - ✓ **المطلب الأول:** التطليق بسبب الاهمال العائلي
  - ✓ **المطلب الثاني:**التطليق بسبب مخالفة الأحكام قانون الأسرة في الجزائري.
- **المبحث الثاني : حالات التطليق لأسباب أخرى**
  - ✓ **المطلب الاول** : التطليق بسبب سوء العشرة الزوجية
  - ✓ **المطلب الثاني** :نتطرق إلى التطليق بسبب المساس بالسمعة

الفصل الأول

الأسباب المبررة لطلب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية

إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج فقد اقتضت عدالتها أن تراعي جانب الزوجة ، فمنحها الحق في طلب التفريق بينها و بين زوجها لأسباب تثبتها أمام القاضي ، و أوجبت على القاضي أن يحكم بطلاقها من زوجها إذا تبين له صحة ما تدعيه ، وقد عرف التطليق بأنه الطلب الذي تتقدم به الزوجة إلى القاضي معلنة عن رغبتها في فك الرابطة الزوجية القائمة بينها و بين زوجها [1].

و قد حددت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الأسباب التي تستند اليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه و لمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل. ضمن مبحثين، نتطرق في الأول إلى حالات التطليق المتعلقة بفعل إخلال الزوج بالالتزامات الزوجية و العائلية، و في الثاني إلى حالات التطليق لأسباب أخرى ، على النحو الآتي بيانه:

المبحث الأول: أسباب التطليق بفعل إخلال الزوج بالالتزامات الزوجية و العائلية

إن أي زواج شرعي يترتب عنه عدد من الواجبات و الحقوق المتبادلة، و إخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة، حَقَّ للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته و التزاماته الزوجية و العائلية دون سبب جدي أو شرعي كالامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها أو هجر زوجته في المضجع فوق أربعة أشهر، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تُنفق منه هي و أولادها، فهل للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟

هذا ما سنجيب عنه ضمن هذا المبحث في مطلبين نتناول في الأول التطليق بسبب الإهمال العائلي و الثاني التطليق بسبب مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري على النحو الآتي:

المطلب الأول : التطليق بسبب الإهمال العائلي

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

[1] أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات مصر، 2009، ص112.

للإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق إلى الفروع الثلاثة التالية، الفرع الأول خصص للتطليق لعدم الإنفاق ، أما الثاني فقد خصص للتطليق للغياب لمدة سنة دون عذر و لا نفقة ، و في الأخير خصص للتطليق للهجر في المضجع.

الفرع الاول : التطليق لعدم الإنفاق

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح و تسقط بنشوزها و ينتهي بانفصام العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطليق لهذا السبب ؟.

هذا ما سنتناوله فيما يأتي متعرضين للموقفين الفقهي و التشريعي و اعتماد على ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا الإطار.

أولا: الموقف الفقهي:
لقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات و لكل في ذلك حججه من الكتاب و السنة.

الرأي الأول:

يقول بعدم التفريق بين الزوجة و زوجها الذي لا ينفق عليها، حتى ولو أعلنت عدم رضاها بذلك، و تمردت على الوضع القائم و طلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما.

و الأحناف هم قادة هذا الرأي، و ليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى و لو لم يكن له مال ظاهر، و دليلهم في ذلك:

من القرآن الكريم:

قوله سبحانه تعالى: **{لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً{7}**[1]

من السنة: أن مسلم روى في صحيحه من حديث "أبي الزبير" عن "جابر" قال:"دخل أبو بكر الصديق و عمر –رضي الله عنهما- على رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فوجداه جالسا و حوله نساؤه واجما ساكنا فقال أبو بكر الصديق:يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فجأت عُنُقها فضحك رسول الله -صلى الله عليه و سلم- و قال: من حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام "أبو بكر الصديق" –رضي الله عنه- إلى عائشة يجأُ عنقها و قام عمر – رضي الله عنه- إلى حفصة يجأُ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- ما ليس عنده فقلن و الله لا نسأل رسول الله - صلى الله عليه و سلم- شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه و سلم شهرا. و لم ينقل عن الرسول -صلى الله عليه و سلم- أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة.

من المعقول: من المقرر شرعا إذا اجتمع ضرران اختير أخفهما فالضرر المترتب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج، أما الضرر المترتب على عدم التفريق يؤدي إلى تأخير حق الزوجة، و عملا بهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين.

[1]-سورة الطلاق الآية 7.

كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يُفَوّت المال و هو من التوابع، أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل و هو مقصود أصلي من الزواج، و لا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي"[1]

الرأي الثاني: يرى الأئمة الثلاثة: مالك، الشافعي، و أحمد مع خلاف في التفاصيل أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق و على القاضي أن يستجيب لطلبها إذا أثبتت له ذلك، و هم أيضا يستدلون بالكتاب و السنة.

من القرآن: "قوله تعالى في أمره للزوج:"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" و قوله أيضا:"و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"

من السنة: فقد رُوي عن أبي هريرة –رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه و سلم- قال:"**خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غني و اليد العليا خير من اليد السفلى و أبدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال:امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني و إلا فارقني**" فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق.

من المعقول: إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة، فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة و الجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار و عدم الإنفاق، بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن بها أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها[2]

و معاتفاقهم في ذلك كله إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل:

- **بالنسبة للإعسار**: فقد قرر مالك أنه لا يثبت إلا بالدليل، أو بإقرار الزوج به، أما الشافعي فرأى أنه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، فإذا ادعاه كان ذلك كافيا للتفريق.

و لايؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام و لا يؤجل قط عند أحمد، و يؤجل عند مالك مدة يراها القاضي مدة كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق، و بعض المالكية قدرها بشهر،
و الرضى بالبقاء مع الإعسار يُسقط طلب التفريق عند مالك لأن طلبها من بعد ذلك نقض لما تم من جهتها، و لذا لو تزوجته و هي عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق بعد ذلك بخلاف الشافعي و أحمد اللذان قررا أن رضاها بالإعسار وقتا لا يستلزم رضاها في كل الأوقات.

- بالنسبة للتفريق: مع اتفاقهم على أنه إن كان للزوج مال ظاهر لا يُفرق بينه و بين زوجته، اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا لم يدعي الإعسار، أي لم يُثبته ببينة، فقال الشافعي لا يُفرق بينه و بين زوجته إذا طلبت التطليق، لأن مظنة الرجوع غير ثابتة، و قال مالك و أحمد يُفرق بين الممتنع عن الإنفاق و بين زوجته إن طلبت التفريق، و لو لم يكن له مال ظاهر لعدم الإنفاق

---

[1]- منصوري نورة ، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الاسلامية ، دار الهدى للطباعة و النشر عين مليلة – الجزائر ، سنة 2012 .ص23 .

[2]الدكتور "محمد كمال إمام" ، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، طبعة 1997، ص 99.

عليها كحال الإعسار، و لأنه ظالم بالامتناع وجب عليه تطليقها فإن لم يفعل طلق القاضي عنه[1].

- **الرأي الثالث** :

و خلاصته التفرقة بين المرأة التي غرَّ بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية.

ثانيا : الموقف التشريعي

تنص المادة 01/53 على أنه :"...عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون "، و يستخلص من هذا النص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو أبنائهما إذا توافرت الشروط التالية :

-أن يكون الزوج قد إمتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته : إن المشرع الجزائري لم يفصح لنا عما إذا كان الزوج له أموال و تعمد عدم الإنفاق أو كان معسرا .

-أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته : غير أن ما يعاتب على المشرع هو أنه لم يحدد لنا المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على النفاق و من ثم قياسا عل ما نصت عليه م 331 ق .ع فإنه يلتزم عليها أن تنتظر مدة شهرين من يوم استصدار الحكم ، بل من يوم تبليغه.

- أن لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه : و يعني بذلك بمفهوم المخالفة إذا كانت الزوجة عالمة بإعسار الزوج يوم إبرام عقد الزواج فإنه لا يمكن لها طلب التطليق لعدم الإنفاق لأنها رضيت به كزوج يوم إبرام العقد و هو في حالة إعسار ، و في هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان للقاضي بأن الزوجة كانت على علم بإعساره و يمكن له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات .

- أن يكون الحكم القاضي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته مراعيا لما نص عليه المشرع في م 78 و 79 و 80 ق .أ : و يعني بذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الانفاق على زوجته مشتملات النفقة م 78 ق.أ ، كذلك يراعي ظروف و حالة الزوجين عند تقدير النفقة م 79 ق .أ ، و تستحق الزوجة النفقة من تاريخ رفع الدعوى بل يمكن أن يحكم لها بلك لمدة لا تتجاوز السن قبل رفع دعوى النفقة م 80ق .أ ، و قد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/11/27 على أنه :" من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر مسكن الزوجية و تطليق الزوجة لعدم الإنفاق و الحكم لها به دون يمين يعد مخالفا للأحكام الشرعية الإسلامية و من ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون " [2].

---

[1]-"الإمام محمد أبوزهرة" ،لأحوال الشخصية،دار الفكر العربي ،القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة1950 ، ص 352-353.

[2]تشوار الجيلالي ، محاضرات قانون الاسرة جزء الاحوال الشخصية القيت على طلبة جامعة تلمسان، جامعة تلمسا ،تم نشرها على الموقع http://sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post_31.html، ص 53 .

ثالثا :الموقف القضائي

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 تحت رقم 118475 و الذي قضى بأنه :"لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة ، و أن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك .

و المشرع الجزائري لم يعر إهتماما للمهلة التي يمكن أن تُمنح للزوج و لا للحالة التي يكون عليها من يُسر أو عُسر، و إنما اشترط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده و أن الزوج امتنع عن الإنفاق رغم ذلك، كما أنه لم يشر إلى أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى، مما يحملنا على الإعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة (331) من قانون العقوبات و هو أجل شهرين متتاليين و هذا ما استقر عليه الإجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791 و الذي جاء فيه:

"متى كان من المقرر فقها و قضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه"ابن عاصم" بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق، و أن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يُعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أُدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، و حُكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خلقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن".[1]
وقد صدر عن المحكمة العليا عدّة قرارات تتناول فيها مسألة التطليق لعدم الإنفاق القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 جاء فيه :"من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقررأيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

و متى –تبين في قضية الحال- أن الزوجة طلبت التطليق تضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون .و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2].

الفرع الثاني : التطليق لغياب الزوج

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف و الإستقرار و بما أن الزوج هو رب الأسرة و المسؤول عن رعايتها ، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار و اهتزاز

---

[1]- القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 ،تحت رقم 34791 ،المجلة القضائية العدد الثالث ، لسنة 1989.
[2]الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة2001-ص116

كيانها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الانفاق و الفرقة به ثابتة حتى و لو كان الزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي تنحصر فقط في السكن و الغذاء و الكسوة.

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

فكيف لا يعتبر الغياب مبررا لطلب التطليق ؟ و ماهي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك ؟

أولا: الموقف الفقهي:
انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة و الآخر يحضره.

الرأي الأول:

و يقول به "الأحناف" و "الشافعية" و "الظاهرية" و "الشيعة الزيدية" و "الجعفرية" و هو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر.

الرأي الثاني:

يقول به "المالكية" و "الحنابلة" و يعطي الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها مع اختلافهما في التفاصيل.

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم، و بين الغيبة بعذر أوبغير عذر، و جعلوا هذه الأخيرة سببا لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر.

و قد رُوي أن "عمر ابن الخطاب" دخل على ابنته حفصة أم المؤمنين و سألها قائلا:"أي بنية؟! كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت: "شهرا أو اثنين أو ثلاثة و في الرابع ينفذ الصبر..." و هذا القول يطابق التشريع الإلهي للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية و هي مدة تسمح للزوجة بالإنحراف فجعل "عمر ابن الخطاب" أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر[1].

و ذهب المالكية إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها، و كانت تتراوح بين سنة و ثلاثة سنوات و الراجح سنة سواء كانت الغيبة بذر و بغير عذر أرسل إليه القاضي إعلانا بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه، إذا كان متواجدا في مكان يصل إليه ذلك الإعلان و إلا طلقها منه، كما قد يعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لأمره فلا تطليق، و إذا امتنع و انتهى الأجل و أصرت الزوجة على التطليق إستجاب إلى دعواها.

و عليه نخلص إلى القول أنه إذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلق الزوجة دون إمهال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين هو الضرر الذي يصيب الزوجة لذا يجب على القاضي دفعه فلا ضرر و لا ضرار في الإسلام.

[1] الدكتور فضيل سعد"، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986 ،ص 281-282.

ثانيا : الموقف التشريعي :

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الاسرة و ذلك بنصها "...الغيبة بعد مضي سنة دون عذر و لا نفقة ..."

و الغائب حسب المادة (110) من قانون الاسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير [1].

و من تحليل مضمون الفقرة الخامسة من المادة (53) من ق أسرة و الوارد ذكره أعلاه ، يتضح بأنه لايجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة الحكم لها بالتطليق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

-أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى ، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمض على غيابه رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ، و لكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية و جرى بالاعتماد على السنة الميلادية أخذا بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة و ثلاثة سنوات .

- أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر و لم يعد ، و يختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة ، أو لأي سبب جدي آخر ، فإنه طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض .

- أن يغيب عنها و لا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه ، وهذه الحالة يقدرها القاضي ، و يتأكد منها بجميع الطرق ، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته الى الغياب ، و البلد الذي يتواجد به و الوضعية التي آل إليها خلال الغياب و الاجراءات الإدارية و الظروف السياسية المحيطة به ، و ما إذا كان التحويل النقدي ممكنا ، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة و له مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما ينفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة ، و متى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة و يحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير ، و تكون الاحكام مشمولة بالنفاذ المعجل .

إن المشرع الجزائري بإستعماله " محل الإقامة " لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بل أجنبي ، فإذا كان الغياب مثلا داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست و الزوجة في وهران بدون نفقة [2]، فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب و يعاب عليه أيضا أنه لم ينص على الفقدان كسبب من أسباب طلب التطليق.

أما ماجاء في المادة قانون الأسرة في هذا الصدد فقد نصت المادة 109 من قانون الأسرة على أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا تعرف حياته أو موته و لا يعتبر

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق، ص41 .
[2] منصوري نورة ، المرجع السابق ،ص 42.

مفقودا إلا بحكم ، كما نصت المادة 112"لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون" .

ثالثا : الموقف القضائي

ولقد صدر في هذا الشأن حكمين عن محكمة بشار الأول بتاريخ 99/10/03 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته :

"حيث أن الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 5/53 ق.أ الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق[1]. "

والثاني بتاريخ99/06/06 قضى فيه بالتطليق بين الزوجين وقد جاء في حيثياته :

"حيث أن المدعية تهدف بدعواها إلى تطليقها من المدعي عليه استنادا إلى المادة 5/53 لغيبة أكثر من سنة بدون نفقة وطالبت بالتعويضات والحضانة.

-حيث أن المدعي عليه لم يحضر جلسات المحكمة لدحض مزاعم المدعية وتقديم ما يثبت أنه ينفق على زوجته وابنه رغم استدعائه قانونا، وأنه سعى في تنفيذ الحكم والقرار القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن بالجزائر الوسطى مما يجعل المحكمة تكون قناعة بسوء نية الزوج في ترك زوجته معلقة لا هي بزوجة ولا هي بمطلقة طول هذه المدة الأمر الذي يتعين معه التصريح بفك الرابطة الزوجية بينهما لاستحالة العشرة والاستجابة بذلك لطلب المدعية[2]"

ما يمكن ملاحظته على هذين الحكمين أن القاضي لم يبين في حيثياته الشروط الواجب توفرها في غياب الزوج حتى يمكن له أن يصرح بالتطليق وخاصة شرط مدة غياب الزوج وما إن كان سبب غيابه مبرر أم لا وما إذا كان قد ترك لها مالا تنفق منه أم لا مما يجعل حكمه مشوب بنقص في التسبيب.

الفرع الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية و المقاربة بينهما و ما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج و قد قال تعالى:[3] **{وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ}**و مقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الإستمتاع بالآخر و عدم الإمتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي.

فإذا نشزت الزوجة و عصت زوجها، صار له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصداقا لقوله تعالى :**{الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً }**[4].

---

[1] حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 1999/10/03 تحت رقم فهرس 99/640 ، غير منشور.

[2] حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 1999/06/06 تحت رقم فهرس 99/362 ، غير منشور.

[3] -سورة المؤمنين الآية 5.

[4] سورة النساء الآية 34.

و الهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج على زوجته، وهو أن يناما معا في نفس الفراش و لكن يدليها ظهره و يمتنع عن تحقيق رغبتها الجنسية و هو المقصود من الآية الكريمة المذكورة أعلاه.

فما حكم ذلك؟ و هل يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر؟

قبل كل ذلك يتعين علينا التعرض لمسائل : الهجر العادي، و الهجر المقترن بالحلف و المسمى بالإيلاء، و كذا الهجر الناتج عن تشبيه الزوجة بمن تحرم على الزوج مجامعتها و المسمى بالظهار، متناولين الموقفين الفقهي و التشريعي و ما توصلت إليه الإجتهادات القضائية.

أولا : الموقف الفقهي :

1. الهجر العادي:

يرى الحنفية:"أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة و لم يضاجعها لاشتغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه، فإنه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها، و لا يقدر المبيت لمدة معينة في الأسبوع، و إنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من وقت لآخر، بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق المواقعة فليس من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره و إلا كان آثما.

يرى المالكية : إنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك، و لو كان ترك الزوج للجماع بسبب تبتله و انقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك
و إذا رفعت دعواها هذه و أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها و يضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، و إلا حكم لها بالتطليق.

و إذا تمكنت الزوجة من إثبات أن زوجها لا يجامعها، فلا تكلف بإثبات تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها لها ضرر،فتصدق في ذلك.

2. الإيلاء:

الإيلاء لغة هو الحلف مطلقا سواءا كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر[1]أما اصطلاحا فقد عرفه كمال الدين بن همام في "فتح القدير" بأنه الحلف على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القرب على ما يشق".[2]

[1] -"الأستاذ عبد الكريم شهبون"، مدونة الأحوال الشخصية المغربية،الجزء الأول،الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة،الرباط،ص 245.

[2]-"الإمام محمد أبو زهرة"،المرجع السابق ، ص 343.

فالحلف بالله تعالى ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : **{لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ{226} وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ{227}**[1]

و اليمين التي تقع بها الإيلاء، هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته و لهذا قال الشافعي و مالك أن الإيلاء يقع بكل يمين للعموم، فإن حلف الزوج بغير الله أو على قربان زوجته أمر ليس فيه مشقة على النفس كإطعام مسكين أو صلاة ركعتين فلا يكون موليا و حنث اليمين يستوجب الكفارة و سقوط الإيلاء.

و يطرح التساؤل بشأن وقت وقوع الطلاق بالإيلاء؟

يرى الحنفية أنه بمجرد مضي المدة و هي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا مستدلين بأن الزوج يمنعها حقها فاستحق من الشرع أن تبين منه عند مضي هذه المدة.

و يرى المالكية و الشافعية و الحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لابد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي[2] مستدلين بقوله تعالى: **{فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}**

3. الظِّهار :

الظهار لغة: هو المقابلة بالظهر، نقول ظاهرته إذا قابلت ظهرك بظهره، و ظاهر من امرأته إذا قال لها أنت علي كظهر أمي.

و الظهار اصطلاحا تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرَّمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة[3].

و الظهار كان طلاقا في الجاهلية، فأبطل الإسلام هذا الحكم، و جعله محرما للمرأة حتى يُكَّفر زوجها و قد أجمع العلماء على حرمته، فلا يجوز الإقدام عليه لقوله عز و جل: **{الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ{2} وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ{3}**[4]

و هاتان الآيتان الكريمتان تبينان حكم الإسلام في الظهار حيث صار محرما للزوجة على زوجها إلا بعد الكفارة و لا يعد طلاقا كما كان في الجاهلية.

و قد اختلف الفقهاء في بيان متى يتحقق العود في الظهار، في تفسير قوله تعالى: **{ثم يعودون لما قالوا}** حيث فسره الأحناف و الحنابلة و المالكية في الرأي الراجح عندهم بأن العود في الظهار إنما يتحقق بالعزم على كل من الإمساك و الوطء معا.

---

[1]-سورة البقرة الآيتان 226-227.

[2] -"رمضان علي السيد الشربناصي"،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية ، صفحة310.

[3]-المرجع نفسه ، ص 320.

[4]-سورة المجادلة الآيتان 2-3

و قال الشافعية : إنه يتحقق بنفس الإمساك و ذلك بأن يمضي وقت يمكن أن يطلق فيه و لم يطلق، لأن إقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه دون أن يفعل ذلك يقوم قيام إرادة الإمساك.

و قال الظاهرية: إنه لا يترتب تحريم أثر على قول الرجل لزوجته "أنت علي كظهر أمي" إلا إذا كرر هذه العبارة مرة أخرى، فإذا قالها مرة ثانية، وجبت عليه كفارة الظّهار، و هذه الأخيرة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، عملا بما تضمنته الآيتان القرآنيتان المذكورتان أعلاه.

ثانيا : الموقف التشريعي:

لقد تطرقنا آنفا إلى الهجر بوصفه أسلوب تأديب ضمن الموقف الفقهي و نتطرق إليه الآن بوصفه سببا شرعيا و مبررا قانونيا يخول الزوجة حق طلب فراق زوجها الذي لم تعد تطيق عشرته، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، عليه أن يحكم لها بالتطليق، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني كوسيلة لتقويم سلوك الزوجة و ما زاد عن ذلك يعتبر تعسفا يستوجب تدخل القاضي لرفعه.

لذلك جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع من بين الأسباب المبررة لطلب التطليق عملا بنص المادة (53) الفقرة الثالثة و التي جاء فيها: ".... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر...".

و على ذلك فالهجر المشروع هو الذي تتوفر فيه الشروط التالية:

1. أن يهجرها و يدير لها ظهره و لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.
2. أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر و الآخر أي إتصال بينهما.
3. أن يكون هذا الهجر عمديا نكاية بالزوجة و ليس له ما يبرره شرعا و قانونا.
4. أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل" لقوله تعالى: **{وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْراً جَمِيلاً }**[1]فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما.

أما إذا وقع الهجر و كان لعدة مرات و في أوقات مختلفة و متفرقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجوده في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من أجل الوظيفة، فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في الفراش و لو تجاوزت المدة أربعة أشهر
و إذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين.

و ما 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 و الذي يتفق مع الإيلاء المعروف في الفقه الإسلامي، فكليهما هو ترك وطء الزوجة و عدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر، حرام شرعا

[1]- سورة المزمل ، الآية 10.

و غير جائز قانونا لما يتضمنه من حرمانها من حق تملكه بموجب عقد الزواج و مقتضياته، و لكنهما يختلفان من عدة جوانب منها:

أن الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة و ترك وطئها و جماعها، بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الإيلاء 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.

و يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل ذكر الإيلاء الذي يكثر بين الناس لدواعيه المتعددة، فضلا عن أنه قاعدة شرعية ورد ذكرها بالقرآن الكريم.

هذا و يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن المشرع أهمل الإيلاء و اعتبره يمينا معلقا على شرط، فاستبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع و لكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه و تعالى 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 بشأنها نص قانوني.[1]

و نشاطره الرأي في ذلك، باعتبار المادة (222) من قانون الأسرة نصت على ذلك صراحة، بقولها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" إضافة إلى أن المادة الأولى من القانون المدني تنص على أنه:"....و إن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....."

و بالرجوع إلى ظاهر النص فإن الزوجة إذا أثبتت واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر على الأقل يحكم لها القاضي بالتطليق دون أن يبحث عن توفر أو عدم توفر نية الإضرار بها أو نية الإصلاح أو سبب الهجر شرعيا كان أو قانونيا[2].

إلا أن التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة (53) من قانون الأسرة يستوجب من القاضي عندما تطرح عليه دعوى التطليق للهجر أن يتأكد من توافر العناصر الأساسية و هي العنصر المادي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول و العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة والعنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة.

ثالثا :الموقف القضائي

لقد سبق و أن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 الفقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري قد جعل الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من ضمن الأسباب المبررة لطلب التطليق من القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع ، و بالتالي

---

[1]- الدكتور"فضيل سعد" ،المرجع السابق،ص 280.

[2]-الأستاذ"عبد العزيز سعد" - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر- ص 265.

فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته ، أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع ، أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه ذلك أنه للزوجة منعا للضرر حسب تعبير المحكمة العليا[1].

و القاضي يمكن أن يلبي طلب الزوجة بأن يحكم لها بالتطليق من زوجها إذا توصلت إلى إثبات واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر و ما فوق دون أن يتعب نفسه في البحث عن توفر نية الإضرار من عدمها .

فالعبرة بثبوت الضرر الناتج عن الهجر و ذلك ما يمكن إدخاله ضمن الفقرة العاشرة من المادة 53 و التي تجيز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، بمفهومه الواسع فقد حكمت المحكمة العليا لزوجة بقيت مدة تقارب خمسة سنوات لا متزوجة و لا هي مطلقة[2](و لما كان من الثابت – في قضية الحال –أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات ، لا هي متزوجة و لا هي مطلقة بإعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه ، و استحالت الحياة الزوجية،فإن القضاة كما حكموا طبقا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .)

-و في ذلك قضت المحكمة العليا بأنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق مع التعويض ، إذا تأخر الزوج عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات ، فإنه يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض[3].

إذا رأى القاضي الزوج مهمل لزوجته أمره بالعودة إليها ، فإن لم يفعل و مرت أربعة أشهر طلقها منه لأنه ظلم للزوجة، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/02/11 بقولها : يعد الهجر في المضجع، و في حالة تعدد الزوجات ، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق .

المطلب الثاني: مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري

إن الزواج كغيره من العقود يخلف التزامات ـ حيث وجب على الزوج احترام هذا العقد و احترام القانون ، أما في حالة مخالفة الزوج لأحكام القانون ـ فسوف يتسنى للزوجة بالمواجهة و بالتالي الحفاظ على حقوقها و ذلك بمطالبتها بالتطليق في حالة توفر شروطه ، و لدراسة هذه الحالة يجب دراسة سببين من أسباب التطليق الذي نص عليها المشرع الجزائري ، فلهذا قمنا بتقسيم المطلب إلى فرعين فالفرع الاول جاء تحت عنوان التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق أ ج ، أما الثاني : فجاء تحت عنوان مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

الفرع الأول : التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق أ ج

[1] المحكمة العليا-غرفة القانون الخاص 1971/01/12- النشرة القضائية 1972 ،عدد2، ص61.
[2] المحكمة العليا، غ أ ش،ملف رقم 75588في 1991/02/20 ،مجلة قضائية لعام 1993 العدد 4،ص47.
[3] م ع، غ أ ش، قرار رقم 135435 بتاريخ1996/04/23 ، مجلة قضائية لعام 1998 العدد 1،ص129.

أجازت المادة 53 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل) .

فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة ، فإذا تزوج أكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة ثامنة كان عليه ـ إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و إن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية .فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة ـ فإذا تزوج أكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة ثامنة كان عليه ، إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها ، و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية .

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد ، إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية ، و تنص المادة 08 مكرر من قانون الاسرة أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق .

أولا: موقف التشريع

و نستخلص من هذه النصوص أن القانون قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة ، لكنه فرض جملة من الضوابط و الاجراءات ، لا يمكن ابرام الزواج من دونها و هذه الضوابط هي

-شرط وجود مبرر شرعي : وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى ، و هو معيار مرن و شخصي ، وواسع ، كان من باب التمثيل عقم الزوجة الاولى ، و رغبة زوجها في الانجاب، مع تعلق كل واحد مع بأخر ومرضها وعدم القدرة على القيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المراة غير صالحة للاختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره ، و يرى زوجها من الوفاء أن لا يتركها فريسة للحياة السيئة، و أن يبقيها تحت رعايته[1]

ثانيا: موقف القضاء

و من زاوية القضاء فقد استقراجتهاد المحكمة العليا في الجزائر على إعتبار عدم رضا الزوجة بالتعدد سببا للتطليق حتى قبل صدور الأمر 05-02 المعدل و المتمم لقانون الأسرة ، و ذلك في قرارها الصادر في 1995/09/26، . حيث جاء في حيثيات هذا القرار أن السيدة (أ ج) أقامت طعنا بواسطة محاميه، و الرامي إلى نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 1993/04/14 و الذي قضى بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن المحكمة في 1992/05/12 و الذي قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس.

[1] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الاولى سنة2008 ،ص 204.

حيث أستند محامي الطاعنة في عريضة طعنه على وجهين :الوجه الأول مأخوذ من القصور في التعليل ، المادة 144 من قانون الاجراءات المدنية يدعى ان القرار المطعون فيه ، لم يعلل طلبات المستأنفة المتعلقة بالتطليق بسبب إعادة المطعون ضده الزواج مرة ثانية . أما الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة المادة الثامنة من قانون الأسرة و التي تشترط للزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية علم الزوجة السابقة و اللاحقة ، و لكل واحد الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا، بدعوى ان الطاعنة قدمت شهادة شهد فيها بأن الزوج قد تزوج بامرأة ثانية و بدون علم و رضا الزوجة السابقة الطاعنة ، و مع ذلك فإن المجلس إعتبر هذا الزواج بامرأة ثانية لا ضرر فيه، وهذا

مخالف لنص المادة 08 من قانون الأسرة ما جعل القرار معرضا للنقض و عليه قررت المحكمة العليا " إن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة في طلب التطليق عندما لا يخطرها الزوج بالزواج الجديد، و في حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتطليق ، و ان قضاة الإستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعنة للتطليق ، يكونو قد خرقو قواعد الشريعة الاسلامية،و كذا المادة السالفة الذكر من قانون الأسرة مما يستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه ، و لذالك نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف في 1993/04/14، و إحالة القضية و الطرفين على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون[1]

الفرع الثاني: طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليه في العقد

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة من الامور الجائزة باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ما دام أن هاته الشروط جائزة شرعا تطبيقا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم (المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا)و عقد الزواج من العقد الرضائية يجوز فيه للزوجين أن يشترطا ما بدى لهما من الشروط الموضوعية وغير مخالفة لمقتضيات الشرع والقانون وانه يجب الوفاء بها.

اولا :موقف المشرع الجزائري من الشروط

نصت المادة 19 بعد التعديل بالامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 :" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية و لقد نصت المادة 32 من قانون الاسرة:" يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد ".

كمانصت المادة 35 من نفس القانون :" إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا ".

و أخيرا الفقرة 09 من المادة 53 :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :...ف 9 مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"

[1]انظر ، المحكمة العليا، غ أ ش ، 1995/09/26 ، ملف رقم 122443 ، نشرة القضاة ، العدد 55 ص 171 و ما بعدها

- من خلال تحليلنا لنص المادة 19 من قانون الأسرة نجد ان شرطها الاول قد أعطى كقاعدة عامة للزوجين أن يشترطان في عقد الزواجكل الشروط التي يريانها سواء كانت هاته الشروط تحقق مصلحة مشتركة أو مصلحة خاصة لاحدهما و أن ذلك قد يكون في عقد الزواج أو في اي عقد لاحق على عقد الزواج و هنا المشرع بنصه على العقد اللاحق جعل أن هاته الشروط ليست من العناصر المكونة للرضى عكس ما ذهب إليه الفقهاء إذ جعلو خيار الطلاق عند عدم الوفاء بالشروط أن هذا الشرط كان عنصر داخل في حقيقة الرضا فإذا لم يوف به جاز للطرف الآخر حق طلب الطلاق أما إذا كان الشرط بعقد أخر و بعد العقد الأصلي فعلى أي اساس يثبت حق طلب الطلاق للطرف الذي لم يلب شروطه و هنا يكون المشرع الجزائري قد خرج عن نطاق ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية
- ثم جعل الشرط الثاني من المادة أنه يجب أن تكون الشروط المشروطة في هذا العقد غير منافية لمقتضى القانون و ان ذلك يعتبر استثناء من الأصل العام و أن هاته الشروط التي تتنافى و تتعارض مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد و أحكام ملزمة و لكن يصعب علينا الإلمام و معرفة الشروط التي تخالف أحكام قانون الأسرة إذ يتطلب مراجعة القانون ككل و هذا ليس بالأمر السهل في ذلك.
- أجاز المشرع وفقا لنص المادة 53 ف 9 للمرأة التي سبق لهاو أن إشترطت على الزوج أي شرط غير مناف لمقتضى العقد و لم يوف به الزوج خلال إنسياب الحياة الزوجية أن تطلب التطليق بناءا على تأسيس عدم وفائه بما إشترطت عليه في عقد الزواج فإذا ما كانت مثلا إشترطت عليه العمل أو عدم الزواج عليها و خالف ذلك بأن أمرها بالتوقف عن العمل أو أعاد الزواج دون رضا منها فإن لها الحق في طلب الطلاق على مسؤولية الزوج و لها حق التعويض عن ذلك و فقا لما قررته نص المادة 53 مكرر ، إلا أنه يلاحظ على هاته الفقرة كان على المشرع أن يحدد المهلة التي يمكن أن تطلب خلالها الطلاق و لا يمكن أن يكون لها ذلك في أي وقت شاءت.[1]

ثانيا: الموقف القضائي

و اما القضاء الجزائري فقد إستقر على هذا الموقف ، حيث جاء قرار للمجلس الأعلى في 1971/0303 بأنه " حيث انه من المقر ر فقها و قضاءا جواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاءمن الشروط التي تكون لها فيها فائدة ، بشرط أن لا تناقض روح العقد ، و حيث أن قضاة الموضوع إستنتجوا من الوقائع و من الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية ، ان الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبرمخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي إلتزم بها ، مما يترتب عليه فك العصمة ، و عليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الاسلامي، ويعتبر الوجه غير السديد"

ثم صدر بعد ذلك الامر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ليجعل من هذا الاجتهاد القضائي نصا قانونا ملزما بموجب الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الاسرة.

[1]-خليل عمرو ، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية سنة 2015 ص 139 ، **141.**

غير أن حق الإشتراط لايجب أن يؤخذ على إطلاقه ، و إلا أصبحت الزوجة متعسفة في إستعماله مما قد يعود بالضرر على الزوج ، فلو إشترطت ألا يخرجها من بلدها ، أو قيدت حريته بإشتراطها عدم سفره ، فإن هذا الشرط قد لا يكون في صالح الزوج و لو قيبل ابتداء ، لأنه قد يجد نفسه مضطرا المغادرة بلدة زوجته لصدور أمر إداري بتحويله إلى بلد آخر لممارسة وظيفته ، فيكون عندئذ أمام خيارين ، إما أن أن يحافظ على اسرته و اولاده من الضياع بإحترام الشرط و يتحمل فقدانه لمصدر رزقه ، و إما أن يخالف الشرط و يحافظ على مصدر رزقه ، الامر الذي قد ينجم عنه وقوع الطلاق .

في حقيقة الامر فإنه يجب أن يكون الغرض من إحترام الوفاء بالشروط و العهود هو تحقيق منفعة مقصودة للزوجين ، و المساعدة على تحقيق ترابط الأسرة ، و لهذا فيجب الا يؤثر الوفاء بالشروط على التضامن الزوجيعند انتفاء المصلحة المرجوة من الزوجة و تعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تنفيذها بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية.[1]

المبحث الثاني : حالات التطليق لأسباب اخرى

بعد تطرقنالأسباب التطليق بفعل إخلال الزوج بالإلتزامات الزوجية و العائلية هناك حالات للتطليق لأسباب أخرى ، حيث قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الاول التطليق بسبب سوء العشرة الزوجية، و الثاني التطليق بسبب المساس بالسمعة على النحو الآتي:

المطلب الاول: التطليق بسبب سوء العشرة الزوجية

قد يحدث و تسيئ الحياة الزوجية بسبب حدوث خصام بين زوجين أو أي عارض آخر تستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية ففي هذه الحالة أمكن القانون للزوجة المتضررة طلب التطليق و هذا ماسنتناوله في ثلاث فروع:

الفرع الاول:التطليق لشقاق المستمر بين الزوجين

يكون الشقاق من الزوجين أو من احدهما دون معرفة من المسيء منهما ، و مصدر مصطلح الشقاق مستمد من قول الله تعالى :**" و إن خفتم شقاق بينهما فأبعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها"**[2].و جاءت هذه الآية بعد الآية التي أشارت إلى نشوز الزوجة و كيفية معالجته ذلك و ذلك في قوله تعالى :**"...و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا.."**.[3]؟

---

[1] المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، 1972/3/3 ، النشرة القضائية 1972 ،عدد 02 ، ص 39

[2] سورة النساء، الآية35 .

[3] سورة النساء ، الآية 34 .

أشار النص القرآني إلى اللجوء إلى الإصلاح في حالة نشوز الزوج كذلك و ذلك في الآية 128 من سورة النساء فالله تعالى حدد نشوز الزوجة و نشوز الزوج و كيفية التعامل معهما، أما الشقاق فلا يعرف من المسيء منهما ، فوجب تعيين الحكمين لاصلاح الوضع.

و الشقاق هو استحكام الخلاف و الخصام ، الذي يعرض الحياة الزوجية للضياع و الإنهيار[1].

أولا : الموقف التشريعي

نص المشرع الجزائري على التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق الخاصة بالزوجة ، و بالتالي أكد المشرع حق الزوجة في الحكم لها بالتطليق إذا طال الخصام و اشتد و عجز الحكمان عن الصلح .و هي اظهار نية المشرع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها و ابراز ذلك جليا .

إذا رجعنا إلى المادة 56 من قانون الأسرة فإننا نفهم ضمنيا أن اشتداد الخصام هو سبب من أسباب التطليق لأنها جاءت بعد الحديث على الطلاق في المواد 47 إلى 52 ، ثم التطليق في المادة 53 و الخلع في المادة 54 ثم التطليق للنشوز في المادة 55 و بالتالي التطليق لطول الخصام في المادة 56 .

سواء قصد المشرع ذلك بالنسبة للزوجين أو لا فالمهم هو إشارته إلى الشقاق المستمر بين الزوج ينفي المادة 53 كسبب موجب لطلب التطليق من طرف الزوجة .

خلاصة القول فيما يخص ما إذا كان للقاضي التطليق وفقا للمادة 56 أو لا فإن إضافة الشقاق في المادة 53 كسبب موجب للتطليق يعني أنه إذا ثبت للقاضي الشقاق و الخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلا التطليق لأن المادة واضحة ، و مثلما هو الأمر بالنسبة للأسباب الأخرى. فإذا ثبت مثلا العيب في الزوج حكم القاضي بالتطليق و كذلك الأمر إذا ثبت هجره للزوجة و كذلك عدم الإنفاق بالشروط المنصوص عليها ، و نفس الأمر إذا ثبت الشقاق

أما المادة 56 فإنها لا تشير إلى التطليق في حالة استمرار الخصام ، فالقاضي يحاول الاصلاح و يعين الحكمين و قد لا يحكم بالتطليق حتى و إن فشل الحكمان في مهمتهما خاصة إذا كان المتسبب في الشقاق هو الزوجة.

ثانيا : الموقف القضائي

مصدر الفقرة 8 من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري لسنة 2005 كان الإجتهاد القضائي لا سيما المحكمة العليا و تجديد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 و الذي جاء فيه ما يلي :

[1] حفيظة فضلة ،الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون شعبة القانون الخاص تخصص قانون شؤون الاسرة جامعة سكيكدة كلية الحقوق و العلوم السياسية . ص109 .

(من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا معتبرا شرعا و متى تبين ـ في قضية الحال ـأن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج ، و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة ، مما يجعل الزوجة متضررة ، و محقة في طلبها التعويض و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام ، و بتظليم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون).[1]

فالقرار إذا اعتبر ان طول الخصام بين الزوجين و الثابت بموجب أحكام قضائية سابقة ألزمت الزوج بتوفير مسكن منفرد ، و عدم تنفيذ لما جعل من الخصام طويل الامد و معه يتعين اعتبار الزوجة متضررة جزاء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة ، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسا.

الاجتهاد هذا حظي بعناية المشرع و ارتقى لمرتبة القاعدة القانونية ، إذ خصصت له المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة و أصبحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا[2]

و يوجد أيضا من تطبيقات القضاء في شأن التطليق للشقاق الذي يجيز للزوجة طلب التطليق مؤسسا:

أ- الزوج الذي يقوم بإفشاء السر الخاص بينه و بين زوجته ، هذا الفعل يكون سببا من أسباب الشقاق بين الزوجين .
ب-طمع الزوج في مال زوجته سببا من أسباب الشقاق.
ت-التراخي في الدخول بالزوجة عمد أو استطالة المدة و الزواج باخرى سببا من أسباب الشقاق.
ث-إتيان الزوجة في غير مكان الحرث و النسل ضرر يكون سببا في الشقاق بينهما
ج- طول الخصومات القضائية بين الزوجين سبب من أسباب الشقاق بينهما

التطليق للشقاق المستمر يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها ، و ذلك لإطلاق النص ، للزوجة أن تطلب التطليق ، و الزوجية تلحق المرأة بعقد ـالزواج ، و لا يشترط الدخول بها[3]

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

قد يوجد بأحد الزوجين عيبا بدنيا كان أو عقليا يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، لا استقرار فيها نتيجة عدم إنجاب الأولاد،و قد اتفق الفقهاء المسلمون على أن المرأة إذا وجدت زوجها معيبا بعيب من العيوب، التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج ثبت لها الخيار بين الفُرقة و بين بقاء عقد النكاح.

---

[1] الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة2001، ص 129.
[2] يوسف دلاندة استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،طبعة 2011، ص43 .
[3] ـقورداش فاطمة الزهراء ،أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص احوال شخصية ،جامعة بسكرة ، سنة2016 ، ص 32 و 33 .

إذا كانت الحياة الزوجية تنبني أساسا على التآلف و التعاون و من أهدافها تنظيم العلاقات الجنسية و إنجاب الأولاد و بناء أسرة منسجمة، فإن هناك عيوبا و عللا و أمراضا تقضي عليها و تؤثر على مقاصد الزواج، و لذلك منح القانون للزوجة حق طلب التطليق بسبب وجود عيب في الزوج لم تعلمه قبل أو أثناء أو بعد عقد الزواج و هو السبب الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة بقولها "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..."

و المقصود بالعيب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية، الأمر الذي أُعطي معه للمرأة حق طلب التطليق[1].

من هذا التعريف يتبين أن كل عيب في أحد الزوجين له تأثيره على مسار الرابطة الزوجية لدرجة أنه قد يؤدي إلى حلها، فقد ثبت في السنة النبوية الشريفة رواية عن الإمام أحمد في مسنده أن الرسول -صلى الله عليه و سلم- تزوج امرأة من بني غفار و لما دخل عليها وضع ثوبه و قعد على الفراش أبصر على كشحها بياضا و هو مرض جلدي فأنحاز على الفراش، ثم قال:خذي ثيابك، و لم يأخذ مما أتاها شيئا".و في الموطأ عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال:"أيما امرأة غُرَّ بها رجل، بها جنون أو جذام[2] أو برص[3]فلها المهر لما أصاب منها و صَداق الرجل على من غرَّه".

أما في شأن ثبوت حق التطليق للعيب، فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة و الإمامية على التفريق للعيوب التناسلية التالية:الجب[4]، العنة[5]، و الخصاء (و هو مقطوع الخصيتين)، و لكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من العيوب، وسنتطرق للموقفين الفقهي والتشريعي وما توصل اليه الاجتهاد القضائي

أولا: الموقف القضائي:

اتفق علماء الحنفية على انه لا خيار لزوج في فسخ الزواج لعيوب الزوجة مطلقا ، واختلفوا في الخيار في عيوب الزوج، فقال "أبوحنيفة" و "أبو يوسف":لا فسخ إلا للعيوب التناسلية

---

[1]-"المستشار عمر و عيسى الفقي"،التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين،المكتب الفني للموسوعات القانونية، مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998 ص38.

[2]- الجذام هو داء معروف بتجذم الأصابع و تقطعها، و رجل أجذم و مُجَذم نزل به الجذام و قد جذم الرجل بضم الجيم فهو مجذوم، و في حديث الرسول –صلى الله عليه و سلم-"من تعلم القرآن ثم نسيه لقي الله يوم القيامة و هو أجذم" قال أبو عبيد "الأجذم مقطوع اليد".(من لسان العرب لابن منظور).

[3]البرص داء معروف نسأل الله العافية منه و من كل داء، و هوم بياض يقع في الجسد برص برصا و الأنثى برصاء. (من لسان العرب لابن منظور)

[4]-جبه، يجبه و جبابا والمجبوب الخصي الذي قد استُؤصل ذكَره و خصياه، و قد جَبَّ جباً فالمجبوب أي مقطوع الذكر (من لسان العرب لابن منظور).

[5]- العِنة و هو ما تقدم كأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء، و امرأة عنينةلاتريدالرجال و لا تشتهيهم و العنين الذي لا يأتي النساء و لا يريدهم ((من لسان العرب لابن منظور)- العِنة و هو ما تقدم كأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء، و امرأة عنينةلاتريدالرجال و لا تشتهيهم و العنين الذي لا يأتي النساء و لا يريدهم ((من لسان العرب لابن منظور).

الثلاثة و هي الجب، العنة و الخصاء لأنها غير قابلة للزوال، فالضرر فيها دائم و لا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج[1].

وشروطهم في ذلك:

- ألاَّ يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة، فإن وصل لها و لو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق طلب التطليق.
- ألاَّ تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح، فإذا كانت على علم به لم يثبت لها حق طلب التطليق.
- ألاَّ ترضى بالعيب بعد علمها به، فإذا علمت و رضيت، ليس لها طلب التطليق بشرط أن تعلن رضاها صراحة، فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها.
- ألاَّ يكون في الزوجة عيب مانع من الإتصال الجنسي فإن كان بها عيب، فلا حق لها في طلب التفريق لأن الإضرار هنا غير متوافر باعتباره أساسا لطلب ذلك.[2]
- و ذهب الشافعي و أحمد إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها هي الجب، العنة، الجنون، الجُذام و البرص، فإذا كان بزوجها واحد من هذه العيوب كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي و تطلب منه فسخ النكاح.
- أما المالكية فقد اعتبروا التفريق للعيوب طلاقا لا فسخا و وافقوا الإمامين أحمد و الشافعي في تلك العيوب، غير أنهم زادوا عيوبا أخرى مفصلة في كتبهم.[3]
- أما الإمامية فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشر عيبا، أربعة في الرجل و هي:الجنون، و الخصاءو العنة و الجب، و سبعة في المرأة هي :الجنون، الجذام، البرص، القُرن[4]- الإفضاء، العمى و المرج[5].
- و قال بن قيم الجوزية في زاد المعاد:"إن القياس أن كل عيب يُنفر الزوج الآخر منه و لا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار"[6]
- و قد نُقل عن "الزهري" أنه قال:"يرد النكاح من كل داء عضال" و هذا رأي أبي ثور و شريح.
- و قال الظاهرية:"لا خيار للزوج و للزوجة إذا وجد أحدهما في صاحبه عيبا من العيوب، جذاما أو برصا أو قرنا أو غيرها حدث قبل العقد أو بعده". [7]

ثانيا: الموقف التشريعي

---

[1] -"الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي "، كمرجع سابق ،ص 339.
[2] -"الدكتور أحمد كمال إمام"،كمرجع سابق ، ص 109.
[3] - "الأستاذ عبد الكريم شهبون"، المرجع السابق، ص227-228.
[4] القُرن شبيه بالعلفة و هو نتوء في الرحم (من لسان العرب لابن منظور)
[5] الفساد و الخلط(من لسان العرب لابن منظور)
[6] "الأستاذ عبد الكريم شهبون"، كمرجع سابق، ص228.
[7] المرجع نفسه ،صفحة 228

لقد أباح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب، إلا أنه لم يُعرّف المقصود بالعيب و لم يبين نوعه، أهو عيب جنسي أو غير ذلك، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و اعتمد بذلك عبارة فضفاضة و عامة وردت في الفقرة الثانية من المادة(53) من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب و لو على سبيل المثال و اكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها و هو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[1]. و حسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب و العلل و الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة و من الصعب حصرها، و يخرج من عدادها-حسب مفهومه- كل ما لم يكن عائق في تحقيق أغراضه سواءا كان العيب عقليا أو ماديا.

و عليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصاء و العنة أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها و الإشمئزاز منه أو الخوف من آذاه، و خطورة تصرفاته مثل أمراض الجذام و البرص و غيرها من الأمراض الخطيرة المعدية و الدائمة كالجنون و الصرع المستمر، فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها المريض[2].

ثالثا: موقف القضاء

وفي هذا الاطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ1999/02/16 جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، و متى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[(3)].

إن طلب الزوجة التطليق بسبب عيب في زوجها و استجابة القاضي لها معلقان على كون العيب ناتجا عن مرض مستمر و دائم لا يتوقع شفاؤه، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن علاجها و الشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا لا يتجاوز الشهور فإنه يكون على الزوجة أن تصبر مع زوجها و إذا تقدمت بطلب التطليق فإنه على المحكمة أن تمهله أجلا لمواصلة العلاج أملا في شفائه، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين، و عند اليأس يحُكم لها بالتطليق من الزوج العليل.

و إذا كان المرض الذي أصاب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور و يمنعه من الحركة أو الصرع الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حينا و يتركه أحيانا، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزواج.

---

[1] -"الدكتور فضيل سعد"، كمرجع سابق، ص275-276.

[2]-الأستاذ"عبد العزيز سعد"، كمرجع سابق، ص 261.

[3]-الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة2001، ص119.

و يُطرح التساؤل بشأن المدة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطليق للعيب و في هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فقال مالك والشافعي أن مرور مدة من الزمن على سكوتها يُسقط حقها في طلب التطليق، لأنه بمثابة الرضى الضمني بالعيب الموجود، أما الإمامين أبو حنيفة و أحمد فيشترطان الرضى الصريح، و في هذا لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق،بل أباح لها أن ترفع دعواها التي يجب قبولها متى توفرت الشروط التالي:

1. أن ترفع دعوى التطليق.
2. أن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين [1].

و هذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنا لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضا و متى حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا وجب رفعه، و بالتالي الإستجابة لطلبها، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء، فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب آخر غير العيب الذي تنازلت عنه، لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض، كما لو كان الظن يغلب على شفائه منه، فانتظرته[2]

إلا أنه يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج.

هذا و يُلاحظ عمليا أنه إذا وجد عيب بالزوج و طلبت على إثره الزوجة التطليق، فإن القاضي يؤجل الحكم بالتطليق إلى مدة معينة معلومة لا تتجاوز السنة، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19 " تحت رقم 437841 متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يُضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج،
و أن الإجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها،

وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"[3].

كما جاء في ذات القرار أنه "إذا كان من الثابت أن قضاة الإستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، و الحال أن الإجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ و أحكام الشريعة

[1] الدكتور "فضيل سعد" ،كمرجع سابق، صفحة 276-277.
[2] الدكتور "فضيل سعد" ،كمرجع السابق، صفحة 277.
[3] القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 43784، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثالث، ص79.

الإسلامية فيما قضوا به، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن".

كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق:

يثبت العيب بكافة الأدلة و الوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود و الشهادات الطبية المعتمدة و ذلك سواءا تعلق الأمر بوجود المرض أو بخطورته على الحياة الزوجية و على الزوجة نفسها، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبيرمن تلقاء نفسه إذا كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى، و كان القاضي لايستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة بغير ذلك ثم يصدر حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل و حجج.

و تجدر الملاحظة أن السيدا يعتبر من الأمراض الحديثة التي تبيح طلب التطليق.

الفرع الثالث : التطليق للضرر المعتبر شرعا

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة و لا أن يؤذها بالقول، و هذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل : **{ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ }**[1] و قوله كذلك: **{وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}**[2]

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، و لكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة و يؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأحوال؟

ذلك ما سنتناوله تفصيلا متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، لنمر بعدها إلى موقف المشرع منها، و ننتهي في الأخير إلى ما توصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها. لكن قبل ذلك وجب علينا معرفة المقصود بالضرر، وما هي المعايير المعتمدة لتقديره؟

الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، و هو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا،
و لا تقدر الزوجة الصبر عليه، و يستحيل معه دوام العشرة الزوجية.

أما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى، باختلاف البيئة و الثقافة و العمل و الوسط الإجتماعي، و لا يشترط تكراره، إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج و لو لمرة واحدة، و كل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع.

أولا: الموقف الفقهي:

انقسم بهذا الشأن إلى اتجاهين نعرضهما فيما يأتي:

<u>الرأي الأول:</u> يرى الحنفية والجعفرية و الشافعية و الظاهرية والشيعة الإمامية و رواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى و لو طلبت ذلك بسبب إيذائها بالقول

1-سورة البقرة الآية 228.
2-سورة النساء ، الآية 19.

أو بالفعل و معاملتها بما لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، و على القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة و الإحسان في المعاملة، فإن لم يمتثل عاقبه تعزيرا بحسب ما يراه كافيا لزجره حتى يمسكها بالمعروف، و قد بنوا رأيهم هذا على ما فهموه من قوله تعالى:[1]**{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً}**

فالضرر الحاصل للزوجة يمكن تداركه و إزالته بتعزير الزوج، و عدم إجبارها على طاعته، فلا يعد الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله طريقا لإزالة الضرر عنها، فلا يُلجأ إليه.

الرأي الثاني :

يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب و نحوه كالإكراه على فعل أمر حرام، أو كان يضارها بالهجر أو الشتم و رفعت أمرها للقاضي و أثبتت تعدِّيه، كان لها أن تطلب منه تأديبه

و زجره للكف عن إيذائها و ذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجديا، فإن لم تجد العظة أمرها بهجره، فإن لم تفد ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه[2] و إذا ادعت الضرر و تكررت شكواها و عجزت عن إثبات دعواها عين لها القاضي حَكَما من أهلها، و حَكَما من أهله، يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك، فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزون تطليقها دون عوض.

فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعا، و يثبت بالبيِّنة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء و الرجال في أن الزوج يضار زوجته،كما يثبت أيضا بالإقرار، و منهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال.

أولا : الموقف التشريعي:

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع و أهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، فقد جاء في نص المادة (53) فقرة سادسة أن للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:كل ضرر معتبر شرعا و لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين(08 و 37).

و بذلك يكون المشرع قد أورد عبارة عامة و شاملة:"كل ضرر معتبر شرعا" ولم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع، و حَسَنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما، قد لا يكون كذلك في زمن آخر .

و بالنسبة لجماعة أخرى، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة

[1] سورة النساء ، الآية 35.

[2] "رمضان علي السيد الشرباصي"، كمرجع سابق ،صفحة 364.

من الضرر،و بذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها.

و إذا كان المشرع قد فتح المجال واسعا لتفسير معنى الضرر، إلا أنه خص من جهة أخرى المادتين (08) و (37) من قانون الأسرة، حيث جعل إخفاء الزوج عن زوجته الأولى زواجه بثانية سببا مبررا لطلب التطليق دون أن يحدد مدة أو أجلا لممارسة هذا الحق، و حبذا لو أن المشرع الجزائري حدد مهلة لتقادم دعوى التطليق في مثل هذه الحالة، حتى لا تتعسف الزوجة في استعماله.

هذا و نصت المادة (37) من قانون الأسرة المذكورة آنفا على حقين للزوجة هما: النفقة الشرعية و العدل بين الزوجات في حال تعددهن. فهل أراد المشرع بذلك تأكيد الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة المتعلقة بعدم الإنفاق كسبب لطلب التطليق، أم أنه أراد ربط المادة الثامنة من ذات القانون بما ورد في الفقرة الثانية من المادة (37) أي العدل بين الزوجات في حال تعددهن؟ و نعتقد أنه قصد هذه الأخيرة.

فضلا عن ذلك فإن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" واسعة يمكنها أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة (53) من قانون الأسرة كما يعتبر نشوز الزوج المنصوص عليه بالمادة (55)[1] من قانون الأسرة سببا لطلب الزوجة التطليق، و ذلك ما يدعمه القرار الصادر عن المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- تحت رقم 181 648 بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه: "و من المقرر أيضا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، و من المقرر أيضا أنه: في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) من قانون الأسرة، قد طبقوا صحيح القانون، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر:

لقد اعتنق المشرع الجزائري بهذا الشأن المذهب المالكي، و يتجلى ذلك من خلال إتاحته للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البنية و الإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك،

و عجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكمين واحد من أهله و الآخر من أهلها للإصلاح بينهما، و هو ما نصت عليه المادة (56) من قانون الأسرة إذ جاء فيها:"إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين".

---

[1]-تنص المادة (55) من قانون الأسرة على أنه :"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، و بالتعويض للطرف المتضرر"

[2]المحكمة العليا ،قرار صادر بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 181648، المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد الأول ،ص 49.

ثانيا : موقف القضاء

و في ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا تاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 –غرفة الأحوال الشخصية- جاء فيه:"من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره، و أن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، و يمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته، و إلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي و غير شرعي، و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون.

و لما كان من الثابت في -قضية الحال- أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم و القاضي برفض دعوى الطاعن، و قبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق، و الحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما فعلوا انتهكوا القانون و تجاوزوا سلطتهم، فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده، إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة، منتهكا بذلك قواعد التقاضي و خرج من العلم بالظاهر و دخل إلى العلم بالغيب، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

و قد صدرت عن المحكمة العليا أيضا عدة قرارات في شأن التطليق للضرر نذكر منها:

- القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 تحت رقم 75588، جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة و لا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه و استحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة لما حكموا طبقوا صحيح القانون.
و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[2].

- القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353و الذي جاء فيه:

"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

و لما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون.و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

---

[1] م ع ،قرارصادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906،المجلة القضائية لسنة 1991،العدد الأول، ص52.
[2] م ع ،قرار صادر بتاريخ1991/02/20 ملف رقم 75588، المجلة القضائية لسنة1993 ، العدد الرابع ص 78
[3] م ع ،القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 ،المجلة القضائية لسنة 1997 ،العدد الثاني ،ص66.

وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/08/10 قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب الضرر اللاحق بها وفقا للفقرة السادسة من المادة (53) من قانون الأسرة، ألزم المدعي عليه بأدائه لها نفقة عدة قدرها عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج)، نفقة متعة قدرها ثلاثون ألف (000 30) دينار جزائري، و نفقة إهمال شهرية قدرها ثلاثة آلاف (3000) دينار جزائري يبدأ حسابها من تاريخ 2004/04/12 و لغاية تاريخ النطق بالحكم، كما قُضي بإسناد حضانة الولد "عز الدين" لأمه، جاء في حيثياته ما يلي:

حيث أنه بتاريخ 2004/04/27 سعت المحكمة لإصلاح ذات البين غير أن الزوجة أصرت على طلب التطليق.

و حيث ثبت للمحكمة أن المدعي أُحيل على محكمة الجنايات بتهمة محاولة القتل العمدي على المدعى عليها و أن القضية هي أمام غرفة الإتهام حاليا و كان المدعى عليه قد أقر بجلسة الصلح باعتدائه على المدعى عليه بالخنجر بسبب رفضها الرجوع إلى البيت.

المطلب الثاني :التطليق بسبب المساس بالسمعة

انتهينا فيما سبق إلى أنه يحق للزوجة طلب التطليق في حالة إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية و العائلية، لاسيما ما يتعلق منها بالجانب المادي و ما يترتب عنه من أضرار للأسرة ككل كالنفقة، و كذا الحال إذا تعلق الأمر بوجود عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، قد تلحق أيضا بالزوجة أضرارا معنوية بسبب سلوكات و تصرفات زوجها، كارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا و قانونا يهتز لها كيان الأسرة و تؤدي إلى خلق جو من التوتر و التنافر و عدم الإنسجام، و تؤثر على استقرار الحياة الزوجية و استمرارها. فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق؟

هذا ما سنتناوله ضمن هذا المطلب في فرعين نتعرض في الأول إلى التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة للحرية، و في الثاني إلى التطليق لارتكاب فاحشة مبينة، على النحو التالي :

الفرع الأول: التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية

قد يرتكب الزوج جريمة يُعَاقب عليها القانون، فتتضرر زوجته خاصة و أن من العقوبات ما يرغمها على انتظاره السنين الطوال، و هذا ما ينافي مقاصد التشريع، فهل يعتبر حبس الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة التطليق؟

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى الموقفين:الفقهي و التشريعي و ما توصل إليه الإجتهاد القضائي في هذا الإطار.

أولا: الموقف الفقهي:

لم يجز الجمهور التفريق لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسره مهما طالت المدة سواء كان مكانه معروفا أم لا، كونه غائب معلوم الحياة و له عذر.
في حين ذهب "المالكية" إلى جواز التفريق لحبس الزوج إذا طلبت زوجته ذلك، و ادعت الضرر بعد سنة من حبسه، لأن هذا الأخير غياب و هم يجيزون التفريق للغيبة سواء كان ذلك

بعذر أم بغير عذر، فإذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز للزوجة طلب التفريق من القاضي الذي يفرق بينهما بدون كتابة للزوج أو إنذار و في هذه الحالة تكون الفرقة طلاقا "بائنا".

بينما ذهب الإمام "ابن تيمية" في فتاويه إلى هذا القول في امرأة المفقود و هو بذلك يقترب من الفقه المالكي.

ثانيا : الموقف التشريعي:

إن من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها، هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (53) و التي جاء فيها :"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية...".

و عليه يتبين من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أباح للزوجة حق طلب التطليق بسبب حبس الزوج لأكثر من سنة، و هذا دفعا للضرر الذي قد يلحقها جراء غيابه عنها و وفقا لأحكام هذا النص لابد من توافر شروط سنبينها فيما يلي:

1. الحكم بعقوبة شائنة:

يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها و التي تشمئز لها النفوس، و تأباها الأخلاق، و أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء و ما يعاب على الفقرة الرابعة من المادة (53) من قانون الأسرة أنها جاءت بصياغة رديئة، بحيث وصفت عمل القاضي بالشائن متناسية في ذلك الفعل المجرم المرتكب من قبل الزوج، في حين كان على المشرع أن يصغها على النحو التالي:"الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة..." هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فإن لفظ شائنة في حد ذاته غير سليم، فلو كان واردا في صيغته الدالة على المبالغة لكان أفضل فيقول "مُشينة" لأن الأفعال ليست هي التي تقوم بإصدار وصف "الشين"على نفسها و على العقوبة و إنما هي محكوم عليها بهذا الوصف.[1]

ضف إلى ذلك يُطرح التساؤل حول المقصود بالعقوبة "الشائنة"فهل حددها قانون العقوبات تحت هذا الوصف أم حددتها الشريعة الإسلامية؟ و ما هو المعيار الذي يمكن اعتماده من طرف القاضي ليصل به إلى اعتبار الجريمة شائنة أو غير ذلك و من ثمة يقبل طلب التطليق أو يرفضه؟

لقد حدد قانون العقوبات الجرائم و العقوبات المقررة لها و جعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بالآداب العامة و النظام العام و البعض الآخر يتعلق بالأشخاص أو الأموال، فأين وصف الشين في كل ما سبق؟ و هل يتعلق بجميع هذه الأصناف أم يخص فقط الجرائم الأخلاقية؟

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجدها اعتبرت جريمة "الزنا" فعلا شائنا مصداقا لقوله تعالى:"لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا"

[1]-"الدكتور فضيل سعد"،كمرجع سابق، ص 289.

لكن قانون العقوبات جرم فعل الزنا المرتكب من قبل أحد الزوجين و هكذا يصبح نص الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه يتضمن فكرة مرنة تسمح للقاضي أن يُدخل ما يشاء من الأفعال تحت هذا الوصف "الشين".

2. أن تكون العقوبة مقيدة للحرية:

يشترط القانون أن تكون العقوبة سالبة للحرية، و يتم تنفيذها دون الإستفادة من منحة العفو كليا أو جزئيا، أما إذا حُكم على الزوج بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة أكثر من سنة أو سبق له أن أُودع الحبس المؤقت، فالعقوبة في هذه الحالة غير سالبة للحرية و لا تصلح أن تكون سببا لطلب التطليق حسب مفهوم هذه الفقرة.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة الحكم القاضي بالعقوبة إن كان نهائيا أم لا، على خلاف القانون المصري الذي جعله نهائيا.

3. أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة :

يجب إثبات صدور حكم قضائي ضد الزوج يشتمل على عقوبة الحبس أو السجن لمدة تفوق السنة، حتى يتسنى للزوجة طلب التطليق فلو كانت مدة العقوبة تتراوح بين الشهر و إحدى عشر شهرا فلا يجوز لها أن تطلب ذلك، و هذا لعدم توافر المدة المحددة قانونا، رغم توافر الأوصاف الأخرى في الفعل المعاقب عليه، لأن تعبير المشرع في المادة (53) للفقرة الرابعة من قانون الأسرة "لمدة أكثر من سنة" يفيد أن سنة كاملة قد لا تسمح برفع طلب التطليق.

4. أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة.

إن المشرع باستعماله لعبارة "العقوبة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف و جعل معياره غير دقيق، كما هو الحال بالنسبة لما أسلفنا ذكره بمناسبة تطرقنا للشرط الأول و المتمثل في كون العقوبة شائنة و بالتالي فإن الجرائم و العقوبات التي تمس بشرف الأسرة، يصعب علينا حصرها في عدد معين، لدرجة يمكن معها القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف لاسيما جريمة الزنا و الفاحشة بين المحارم. و بالتالي تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك.

5. أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية:

لقد بالغ المشرع الجزائري في استعماله لمصطلح "الاستحالة" إذ أن الحكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة للحرية و لمدة تفوق السنة و فيها مساس بشرف الأسرة، لا يؤدي حتما إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية، و إنما قد يخلق جوا من التوتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين، لذا أُعطي للزوجة حق طلب التطليق و للقاضي في ذلك السلطة التقديرية الكاملة، مستعينا بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر و الضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه.

و كما أسلفنا القول يجب أن يقضي الحكم بعقوبة مقيدة للحرية و نافذة، و هذا أمر منطقي لارتباط الحبس بغيبة الزوج، و إلا فلا مبرر لطلب الزوجة التطليق عندما تكون العقوبة موقوفة التنفيذ، و هذا ما نعيبه على المشرع الجزائري الذي لم يحدد نوع العقوبة بدقة.

ثالثا : الموقف القضائي

بمجلس قضاء سيدي بلعباس صدر قرار عنه بتاريخ 2004/05/25 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة للحرية المتمثلة في إدانته من مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/10/14 بجرم المتاجرة بالمخدرات طبقا للفقرة الرابعة من المادة (53) و أسند حضانة الأولاد لأمهم مع تقرير حق الأب في زيارتهم ، جاء فيه أنه:

"حيث أن المستأنفة تلتمس إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2004/04/23 القاضي بعودة المستأنفة إلى بيت الزوجية، والحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة.

و حيث أن هذه العقوبة مشينة تمس بالشرف فإن طلب المدعية يكون مؤسسا لاستحالة العشرة في هذه الحالة، ومن ثمة إلغاء الحكم المستأنف فيه المؤرخ 2000/04/23 و من جديد الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه طبقا للمادة (53) فقرة 4 من قانون الأسرة، و الأمر بتسجيل هذا القرار على هامش وثائق الحالة المدنية للطرفين"[1].

الفرع الثاني: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع و كذا ما ورد في القرآن الكريم.

فنقول مثلا عن الأمر أنه فاحش، إذا زاد عن الحد المعقول و نقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة، فيصبح معنى الفُحش هو الزيادة المبالغ فيها، فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة و تعرض الآخر لغبن فاحش في قسمة التركة ...إلخ.

أولا :الموقف الفقهي

و في غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن، لا يبقى لنا سوى الإستدلال بخير دليل و هو ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة، تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا، و من ذلك قوله تعالى: **{ وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً}**[2] و قال أيضا: **{وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاء سَبِيلاً }**[3] يصف ما كان يرتكبه الناس في الجاهلية من الأخطاء التي تمس صلب النظام الإجتماعي بعد أن حرم العودة إلى مثل هاته الأفعال و قد حدد الله تعالى طبيعة الفاحشة بأنها متعلقة بخطورة الفعل في حد ذاته لا من حيث سريته و علانيته و حرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه عن الناس مصداقا لقوله تعالى **{قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَن**

[1] منصوري نورة ،كمرجع سابق ،ص 58 و59 .
[2] سورة الإسراء الآية 32.
[3] سورةالنساء الآية 22

تُشْرِكُواْ بِاللهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَاناً وَأَن تَقُولُواْ عَلَى اللهِ مَا لاَ تَعْلَمُونَ }[1] و بناءا عليه فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها الفاحشة فعلى القاضي ألاّ يستجيب لطلبها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب و المؤسس عليه الدعوى و ذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية تكون المعيار الذي يقاس به الفعل و يكيف على ضوئه ما إذا كان فاحشا أو غير ذلك:

نظرة الدين إلى الفعل:

يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر.

1. **مقتضى العقل السليم :**

و مفاده أن العقل يرفض الانحراف و يفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية و العُرف و ظروف المجتمع.

2. **الإرادةالاجتماعية:**

القاضي ابن بيئته، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات و تقاليد و قيم و أعراف و ثقافات و على نحو يطابق كتاب الله و سنة رسوله –صلى الله عليه و سلم- و بالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية و أخلاق المجتمع العربي، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق[2]

ثانيا: الموقف التشريعي:

نصت الفقرة السابعة من المادة (53) من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، و هي حالة يوشك المشرع الجزائري أن ينفرد بالنص عليها، دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى.

هذا و يُلاحَظ أن هذه الفقرة تشملها الفقرتان الرابعة و السادسة من ذات المادة و استنادا إلى الآيات الكريمة المذكورة أعلاه، يتبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا.

و هناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي تُرتكب بين ذوي المحارم و المنصوص عليها بالمادة (337) مكرر من قانون العقوبات، و قد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون و منه فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يُعَد فاحشة ضمن قانون الأسرة، باعتبار كلا القانونين صادرين عن نفس المشرع لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة الزنا فيما إذا كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا؟

---

[1] سورةالأعراف الآية33

[2] -"الأستاذ فضيل سعد" ،كمرجع سابق ،ص 299.

و باعتبار أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبرتها كذلك، فما هو القانون الواجب التطبيق لما تعرض المسألة على القاضي؟ فهل يطبق الشريعة الإسلامية أم النصوص التشريعية؟

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني، نجدها تنص على ما يلي:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"

و طبقا لمبدأ تدرج القوانين فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون أولا قبل اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، و لمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة و لو لمدة تقل عن السنة، و لو كانت غير سالبة للحرية،فيحق للزوجة أن تطلب التطليق[1].

و حسنا ما فعل المشرع لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج لفاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير.

ثالثا:موقف القضاء

بعد أن تعرضنا لكافة الأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة يمكن القول أنه يبدو لأول وهلة أن المشرع جاء بها على سبيل الحصر، إذ لا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها للتطليق إلا على أحدها و ذلك ما ورد بالقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1987/01/12 تحت رقم 43864، الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها و من غير أن تثبتها بأدلة و حجج تُقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناءا على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية و حكموا دون دليل.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2]

لكن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" الواردة بالفقرة السادسة من ذات المادة توحي أن هذه الأسباب ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، نظرا لطابعها العام و الشامل، و بذلك تبقى للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في الموضوع يوظفها بحسب ظروف و خصوصيات كل حالة .

[1]"الأستاذ عمر زودة" ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، ص 54-55.

[2]-القرار الصادر بتاريخ 1987/01/12 ملف رقم 43864، المجلة القضائية، لسنة 2001 ،العدد 91 ،ص 46.

و حيث ثبت للمحكمة استحالة مواصلة العشرة الزوجية في هذه الظروف و قد ثبت اعتداء المدعي على المدعى عليها و هو ما يُعد ضررا معتبرا شرعا يُخول الحق في طلب التطليق.

ملخص الفصل الاول

و في ختام الفصل الأول نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري و بحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جُل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية و هذا ما توصلنا إليه و لمسناه جليا من خلال معالجتنا لأسباب التطليق .

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته و مشيئته و بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما و ساد الشقاق. و على غرار ذلك سار المشرع الجزائري في المادة (53) من قانون الأسرة و التي تناولت موضوع التطليق. و الذييتم بحكم القاضي طالما أن الزوجة متضررة من العشرة معه و حقوقها مهضومة و ذلك استنادا على أسباب أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة و في غيابها يرفض القاضي دعوى التطليق لعدم التأسيس.

فبالرغم من كون التطليق طريق لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة يكفي توافر الأسباب المنصوص عليها في قانون الأسرة و التي يُمنح فيها للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مدى مطابقة الوقائع للقانون و الموازنة بين طلبات الزوجة و دفوع زوجها و من ثمة منحها التطليق.

و بعد الوقوف عند كل العناصر و النقاط الأساسية لأسباب التطليق تبين لنا أن المشرع الجزائري و بالرغم من نصه عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة به في حالة إبهام و غموض، مما نتج عنه تذبذب الإجتهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا و تناقض أحكام المحاكم والمجالس القضائية، لهذا وجب على المشرع أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية و ذلك بالنص صراحة على كل المبادئ و الأحكام المتعلقة بالتطليق، و توضيح الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة بدقة.

فعلى سبيل المثال و كما سبق ذكره أن عبارة "العقوبة الشائنة" في غير محلها، فما المقصود بها؟

و كان على المشرع توضيح ذلك، بالإضافة إلى أنه أورد عبارة "كل ضرر معتبر شرعا لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37) من قانون الأسرة".

إذ أن المادة (8) من قانون الأسرة منحت أصلا الحق للزوجة في طلب التطليق و المادة (37) من ذات القانون تضمنت الفقرة الأولى منها النفقة و التي نُص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة كفقرة أولى، فكان عليه حذف هاتين المادتين من الفقرة السادسة من المادة (53) لتفادي التكرار و الغموض ، و ذلك بتركها تتعلق فقط بكل ضرر معتبر شرعا لتشمل كل الأسباب بما فيها المادة (37) فقرة 2.

و أخيرا نأمل من المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه الاقتراحات في المشروع الجديد لقانون الأسرة حتى يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و يمنح المرأة مكانتها و حقوقها الأساسية في المجتمع.

الفصل الثاني

التعويض عن التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية

- **المبحث الأول : أساس التعويض عن التطليق**
  - ✓ المطلب الأول : فكرة التعويض بين التشريع و التطبيقات القضائية
  - ✓ المطلب الثاني : الأساس القانوني في تقدير إستحقاق التعويض عن الحكم بالتطليق
  - ✓ المطلب الثالث: مقدار و طريقة التعويض
- **المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن التطليق**
  - المطلب الأول: نطاق سلطة قاضي في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر
  - المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في مجال التعويض

الفصل الثاني: التعويض عن التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية

جميع الحالات التي تعرضت لها في التشريع الجزائري و التي يمكن للزوجة إذا ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها ، و بتفحص هذه الحالات فكلها أنواع من الأضرار التي تصيب الزوجة أثناء قيام الرابطة الزوجية و التي يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية و على القاضي أثناء نظر دعوى التطليق أن يتأكد أولا من وجود الضرر ، و لكن كيف يمكن للقاضي ذلك و ما معيار الضرر ؟ هل هو شخصي أو معنوي ،هل الحكم بالتعويض جائز في جميع دعاوى التطليق ؟

المبحث الأول: أساس التعويض عن التطليق

يتفق المشرع الجزائري مع الفقه الاسلامي في انه يحق لزوجة التي تثبت اضرار زوجها بها باي ضرر كان مادى او معنوي ان تطلب التعويض زيادة عن طلب التطليق ويجوز للقاضي ان يحكم لها به ، مما يوجب مناقشة اساس التعويض عن التطليق في مطلبين الاول نتعرض فيه لفكرة التعويض ، اما الثاني نتعرض فيه للأساس القانوني في تقدير استحقاق التعويض عند الكم في التطليق

المطلب الأول: فكرة التعويض

اذا كان الضرر ركنا أساسيا في المسؤولية المدنية و الفرض الذي تتكون منه القاعدة القانونية ، فإن التعويض هو الجزاء أو الحكم القانوني المترتب عنه . و سنحاول فيما يلي الاحاطة بمفهومه من خلال تعريفه أولا ، و بيان دليل مشروعيته ثانيا ما مرت به فكرة التعويض عن الضرر عبر الشرائع ثالثا .

الفرع الاول : تعريف التعويض :

إن تنوع الاستعمالات اللغوية و الاصطلاحية للتعويض يقودنا إلى البحث في تلك الاستعمالات من الجانب اللغوي و الاصطلاحي ثم الخروج بمدلول متوافق مع موضوع البحث.

أولا ـ التعويض اللغوي :

التعويض لغة من عوض يعوض تعويضا و عوضا ، و عوضني الله منه تعويضا أي بدلني خيرا ، فالعوض أو العوض هو البدل ، او كل ما اعطيته من شيء فكان خلفا ، و قيل بين

العوض هو الاسم ، و المستعمل التعويض و هو ما يعطى بدل الخسارة أو الضرر ، و منه عوضته من هبته خيرا ، و أعطيته بدل ما ذهب منه . [1]

يتضمن المعاني السابقة أن التعويض لغة يعني ما يعطى للشخص بدل الخسارة أو الضرر أو ما ذهب منه .

ثانيا-التعريف الاصطلاحي : الشائع لدى الفقه الاسلامي استعمال مصطلح الضمان بدل التعويض ، مع أن هناك من الفقهاء من يستعمل أيضا التعويض الذي هو مصطلح قانوني ، و عليه نعرف أولا التعويض " الضمان "في الاصطلاح الشرعي ثم نعرفه في الاصطلاح القانوني.

1. تعريف التعويض في الشريعة الاسلامية هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره ، و الضرر : هو إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه ، أم عاطفته ، و قد سبب له خسارة مالية سواء بالنقص ، أو التلف المادي ، أو بنقص المنافع ، أو زوال بعض الاوصاف[2].
2. تعريف الضمان بمعنى التعويض إن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بالتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته.
3. والضمان: والتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير ، كما إن الضمان بمعناه الاعم على لسان الفقهاء : هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال او عمل ، و المراد بثبوته فيها مطلوب أداءه شرعا عند تحقيق شرط ادائه.
4. والضمان : هو إلتزام تعويض الغير عما لحقه من تلف المال ، أو ضياع المنافع ، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس، الإنسانية.
5. و هناك من عرفه بقوله أن التعويض هو المبادلة بنفس القيمة و لا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بإثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع من عملية التعويض، ويلاحظ من هذا التعريف استعانة صاحبه بشروط التعويض من اجل تعريفه.

- **تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني**

لم يهتم المشرع الجزائري بوضع تعريف للتعويض عن الضرر بقدر التركيز على عناصره و طريقة تنفيذه ، كما لم يهتم كذلك فقهاء القانون بإدراج تعريف محدد للتعويض لوضوح فكرة و عناصره في مختلف التشريعات الوضعية و مع ذلك فإن هناك من الباحثين من عرف التعويض بأنه: «هو الالتزام بإصلاح الضرر المادي و

1خطاب خالد خطاب –التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة - دار المطبوعات الجامعية امام كلية الحقوق –جامعة الاسكندرية –سنة 2012 –صفحة 03 .

2-خطاب خالد خطاب -المرجع السابق –ص 03.

المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به ، بداءات مالية أو عينية ."[1] و يلاحظ علة هذا التعريف الإحاطة بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكر عناصر التعويض و كذا و ضيفته و طرق تقديره، و نوع الضرر الذي يعوض عنه.

الفرع الثاني: مشروعية التعويض

بالرجوع إلى النصوص الشرعية نجد أن القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة حثت على حفظ الحقوق و عدم الاعتداء عليها بغير وجه حق، لذلك دلت على مشروعية التعويض عن الضرر حيث:

1-**من القرآن الكريم** : قوله تعالى(و لا تزر وازرة وزر أخرى)[2] فدل هذا على أن كل إنسان يتحمل مسؤولية شخصية على أفعاله،

و قوله تعالى: (و جزاء سيئة سيئة مثلها)[3] و قولهتعالى : (وإِن عاقَبْتُمْ فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)[4] فدلت هذه الآيات على مشروعية التعويض عن الأضرار كجزاء على المعتدي و تحقيق العدالة و إنصاف المضرور من خلال مبدأ المماثلة.[5]

من السنة الشريفة :روى أن إحدى زوجات النبي صلى الله عليه و سلم أهدت إليه طعاما في قصعة ، فضربت الزوجة التي كان النبي صلى الله عليه و سلم عندها القصعة بيديها فالقت ما فيها ، فقال النبي صلى الله عليه و سلم : "طعام بطعام و إناء بإناءً"[6]

وقوله صل الله عليه وسلم"يستدل من هذا الحديث على منع الإضرار بالغير و في حالة وقوعه لابد من جبره بالتعويض ، كما يستنتج من هذا الحديث قواعد فقهية كلية يستعان بها على نفي الضرر و مشروعية التعويض و من بينها قاعدة { الضرر يزال} ،{ الضرر لا يزال بضرر } ، { الضرر واجب الدفع ما أمكن}[7]

---

[1] بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق –ص 35

[2] سورة الانعام : الآية 164.
[3] سورة الشورى: الآية 40.
[4] سورة النحل : الآية 126 .

[5] بن زيطة عبد الهادي ، المرجع نفسه صفحة 36 .
[6] - المرجع نفسه- ص37 .
[7] -المرجع نفسه- ص38

و هو ما إنتهجه المشرع الجزائري من خلال إلزام المتسبب في الضرر بالتعويض ، كما أرسى قواعدا و أحكاما و ذلك في مختلف فروع القانون خاصة و ان الشريعة الاسلامية – كما أشرنا إليه سابقا – إضافة إلى كونها مصدرا رسميا إحتياطيا للقانون ، فإنها تعد مصدرا رسميا احتياطيا للقانون ، فإنها تعد مصدرا تاريخيا له ، و قانون الأسرة بشكل خاص يتميز بأنه جل نصوصه هي شريعة إسلامية مقننة ، و عليه فإن مشروعية التعويض و الحكم به تستند إلى أدلة شرعية تقضي بقيام المسؤولية في حق من اعتدى على الغير أو تعسف في استعمال حقه و أضر بحقوق الغير.

الفرع الثالث: فكرة تعويض الضرر في التشريعات

بالرجوع إلى التطور التاريخي لفكرة التعويض عن الضرر نجد أن التشريعات القديمة كان يسودها فكرة الانتقام ، كما كانت تقضي بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمضرور في ذمته المالية أو جسمه ، أما فكرة التعويض عن الضرر المعنوي فكانت مستهجنة و منبوذة لدى التشريعات القديمة ، و ظلت كذلك حتى وقت قريب في التشريع الروماني ، حيث ساد في بدايات هذا التشريع عدم التعويض عن الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام ، غير أنه لاحقا تم إقرار التعويض على هذا النوع من الضرر من قبل التشريع الروماني خاصة بعدما توسعت الدولة الرومانية و تطورت على الصعيد القانوني ، فقد خول القانون الروماني للمتضرر أو عائلته في حالة الحرمان من ملذة شيء ما أو مساس كرامته و شرفه و معتقه الديني الحق في رفع دعوى قضائية و الحصول على التعويض[1].

ومن هنا يمكن القول أن القانون الروماني أصبح يعترف بقابلية التعويض عن الضرر المعنوي و لو في وقت متقدم من عمر هذه الحضارة ، كما يلاحظ على دعاوى التعويض التي كانت ترفع آنذاك انها كانت تتميز بطابع الترضية للمضرور و معاقبة المسؤول،كما اعترف بهذا النوع من التعويض في كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

اما القانون الفرنسي فقد تاثر بسلفه الروماني في التعويض عن الضرر المعنوي ، إلا أن الفقهاء الفرنسيين قصروا التعويض على المسؤولية التقصيرية دون العقدية و مرد ذلك هو التفسير الخاطئ الذي قدمه الفقيهان " دوما " و " بوتييه" لرفض القانون الروماني تعويض الضرر المعنوي في المجال التعاقدي.

[1] اسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الاسرة جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي سنة2011 صفحة 76 .

غير أن هذه النظرة الضيقة ما لبثت أن تراجعت بصدور الأمر المسمى "villersCottèrets " سنة 1538 الذي نص في المادة 88 على وجوب إعتبار العنصر المعنوي عند تقدير التعويض، ألا ان رأي الفقيهان "دوما" و"بوتيه" أثر على القانون الفرنسي لسنة 1804م[1]

كما أن القضاء الفرنسي المدني و الاداري قد قبل التعويض بعد تردد طويل ، و هذا في المسؤوليتين التقصيرية و العقدية .

هذا و قد رفض العديد من الفقهاء التعويض عن الضرر المعنوي بحجة انه لا يمكن للضرر المعنوي أن يقوّم بمال كما ان تقديره امر صعب ، لكن الفقه الحديث الفرنسي اعترف بالتعويض عن الضرر بكل صوره ، و سايره في ذلك القضاء المدني كان يحكم للزوجة المتوفى عنها زوجها بخطأ الغير ، حيث يفترض وجود الألم في حالة الإنهاء الطبيعي و الغير الطبيعي للروابط الزوجية مما يستلزم التعويض عن ذلك رغم أن هذه العلاقات ليس لها طابع مالي [2] .

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجد المادة (124) من القانون المدني الجزائري على أن :((كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه،و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)) ، و انطلاقا من هذا النص العام ذهب بعض الشراح إلى القول بان المشرع الجزائري لا يتبنى فكرة التعويض عن الضرر المعنوي.[3]

ومما استندوا إليه من المبررات مايأتي:

1- إن المشرع الجزائري كرس الإشتراكية في دستور سنة 1976 ، و هذا المذهب لا يعوض عن الضرر المعنوي ، كما يظهر ذلك من تشريعات الاتحاد السوفياتي.
2 -إن التقاليد الإسلامية لا تصب في صالح تعويض الضرر المعنوي [4]،ووجه الربط بين هذا الرأي و القانون المدني ممثل في المادة (01)منه التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في غياب النص .
3 -تاثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرسي ، وذلك باستمداد مواد التقنين المدني منه كالمادة (124) التي تقابلها المادة (1382) مدني فرنسي .

و قد جاء الرد على الحجج و تفنيدها كما يلي :

4 - إن القول بان المذهب الإشتراكي لا يعوض عن الضرر المعنوي غير صحيح ، و يظهر خلافه في القانون المدني السوفياتي .
5- و اما الجزم بأن الشريعة الإسلامية ترفض التعويض عن الضرر المعنوي فليس في محله ، لأن المسألة جزئية فيها خلاف و ليست قطعية .

---

[1] المرجع نفسه ، صفحة 45
[2] سعيد مقدم ،نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دار الطباعة الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1992 ، ص62
[3] مقدم سعيد ،المرجع نفسه ، ص 130
[4] مقدم سعيد، كمرجع سابق ،ص131 .

5 إن تاثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي واضح في القانون المدني و غيره ، و إذا كان الامر كذلك فلم لا نوجه التشريع الجزائري لصالح إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، بناء على ان القانون الفرنسي يجيز التعويض و انطلاقا من فرضية التأثر [1].

أما بالنسبة للمادة (124) ووفقا للمبدأ العام في التفسير القاضي بعدم التمييز طالما أن القانون لم يميز ، فإنه من المقرر أن النص العام لا يخصص بدون نص ، لا سيما إذا كان هذا التخصيص من شأنه أن يفلت الجاني من المسؤولية .

المطلب الثاني : الأساس القانوني في تقدير إستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق

لقد أصبح التعويض عن الضرر بشقيه المادي و المعنوي أمرا مسلما به فقها و قانونا و قضاءا، لكن من جانب آخر ثار نقاش حول الأساس القانوني لإستحقاق التعويض ،و كذا أساس سلطة القاضي في تقدير التعويض.

الفرع الاول : الأساس القانوني لإستحقاق التعويض

لقد أورد نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري عشر حالات إذا تحققت إحداها يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق ، و إن المشرع الجزائري قد ذكر هذه الحالات دون أن يحدد كيفية إثباتها ، إلا أنه بالرجوع اليها كما سبق ذكره فإنها كلها تعتبر حالات تتضرر فيها الزوجة من إستمرار الحياة الزوجية .

و التعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية و ألم فراق زوجها ، أم هو تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي ، لأن التطليق الذي يوقعه القاضي إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ، و لا يعاشر بإحسان.

لم يحدد المشرع الجزائري أي معيار او ميزان للتمييز بين كون هذا الفعل الصادر عن الزوج إتجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا ، و هذا يعني أن تقييم الفعل و معرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر إجتماعية و ثقافية محضة ، لان ما يعتبر ضارا و جارحا لزجة ما قد لا يكون ضارا و لا جارحا لغيرها ، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي ، و أن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار مهمة شاقة و صعبة[2].و قد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق إذ ذكر تسع حالات محددة بدقة لطلب التطليق ، و كانت الحالة العاشرة هي الأوسع و الأعم –لكل ضرر معتبر شرعا – و هذا تبعا لسياسته التشريعية

[1] بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص46 و 47 .

[2] عبد العزيز سعد ،كمرجع سابق ، ص 271 .

في حماية حقوق المرأة و إعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها ، خاصة و قد كثرت الشكوى في بقاء الطلاق بين الرجال ، يتلاعب به أشرارهم ، و يستعملونه سلاحا للإنتقام من المرأة بشتى الوسائل[1].

و لذلك يقال طلق عليه القاضي ، فالزوج في هذه الحالة لم يسعى إلى فك الرابطة الزوجية ، بل الحق أذى و ضرر بالزوجة دفعها إلى رفع امرها إلى القاضي لإزالة هذا الضرر ، فالتعويض هنا يكون عما لحقها من ضرر الزوج ، و ليس عن ألم فراق الزوج عند فك الرابطة الزوجية لأنها هي من سعت الى ذلك .

و بتفحص حالات التطليق التي سبق ذكرها ، نجد الاضرار الناجمة عنها قد تكون مادية او معنوية ، فالتطليق لعدم الإنفاق يلحق أذى بالزوجة ، كونها مسؤولة من زوجها الذي يفترض فيه النفقة بمشتملاتها حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة ، من لباس و غذاء أو سكن أو علاج.

و لم يأخذ المشرع الجزائري بعين الإعتبار إذا كانت الزوجة عاملة او لا ليسقط حقها في طلب التطليق لعد الإنفاق ، بل وضع شرطا واحدا ، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، اذا كان لزاما على المشرع ان يضع نصوصا خاصة يعالج فيها الحالة التي تكون فيها الزوجة عاملة ، و هذا بالنظر إلى مقتضيات العصر و إقتحام المرأة عالم الشغل إلى جانب الرجل ، و بالنظر الى كون أن حق المراة في العمل و تولي المناصب العليا أصبح حقا دستوريا ، و بالنتيجة ينظم حقها في العمل بإعتبارها كزوجة و ليس كإمرأة كما فعل ذلك قانون العمل او قانون الوظيف العمومي[2].

إذا قلنا بأن الضرر الذي يلحقها من عدم الإنفاق عليها لان الزوج في هذه الحالة يمسك زوجته إضرارا بها مصداقا لقوله تعالى " لا تمسكونهن ضرارا لتعتدو" [3] .فلا هو يتولى الإنفاق عليها بماله من سلطة القوامة على البيت ، و لا يسرحها فتتزوج غيره او تتولى شؤونها بنفسها ن فهذا ضرر مادي يتمثل في بؤسها و حاجتها لسد متطلباتها . أما إن كان لها مال او دخل فلا يلحقها ضرر إمتناع زوجها عن الإنفاق عليها .

أما بالرجوع إلى فقرات المادة 53 من قانون الأسرة من الفقرة 2 الى الفقرة 9 فكلها اضرار تلحق الزوجة تمنع إستمرار الحياة الزوجية ، و كلها أضرار معنوية لانها تمس

---

[1] العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعون سنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،سنة 2006 ، ص307 .

[2] جيلالي تشوار ، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية و التطور الإجتماعي ، مخبر القانون و التكنولوجيات الحديثة ، وهران ،2007 ، ص69.

[3] سورة البقرة ، الآية231 .

الزوج في عاطفتها و كرامتها و شرفها ، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الضرر المعنوي المعتبر أساسا لطلب الزوجة للتطليق .

فالضرر الذي يترتب عليه إستحالة العشرة بين أمثال الزوجين ، معياره شخصي لا مادي ، فهو يختلف بإختلاف بيئة الزوجين و ثقافتهما ووسطهما الإجتماعي ، ففعل معين قد يكون أمرا ماديا عاديا في وسط معين ، وقد يكون ضررا جسيما في وسط آخر ، و تقدير إذا كان الضرر من شأنه إستحالة دوام العشرة بين أفعال الزوجية من الامور الموضوعية ، دون رقابة عليه من المحكمة النقض ، متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة.

و الضرر وفقا لما جاء في النصوص السالفة الذكر هو الضرر الناتج عن إيذاء الزوج زوجته ، و هذا الإيذاء إما أن يكون إيجابيا أو سلبيا، ماديا أو معنويا ، و هو ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا و لا ترى الزوجة الصبر عليه و يستحيل معه دوام العشرة.

و قد حددت المحكمة العليا المقصود من عبارة أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر ، من أنه لابد ان يصل إلى الحد الميؤوس منه ، لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيئ فيها أحد الزوجين إلى الآخر و ان يكون متعمدا من جانب الزوج .

الفرع الثاني : أساس سلطة القاضي في تقدير التعويض

لم تتطرق الشريعة الاسلامية لإمكانية تعويض الزوجة في حالة التطليق ، غير أنها أرست لنا قاعدة من قواعد الدين الكبرى تتجلى في قوله صلى الله عليه و سلم (لا ضرر و لا ضرار) فهذه القاعدة جاءت عامة دون تخصيص أو تقييد لضرر دون آخر

و بالتأكيد فإنه لا يوجد ضرر أعظم من الضرر الذي قد يلحق بالمرأة نتيجة إيذاء زوجها سواء بالقول أو الفعل و لابد من إزالته عن طريق التطليق و منح التعويض للزوجة يكون جابرا لما أصابها من ضرر .

و بالرجوع إلى التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير الضرر نجد أنها ترتكز على أساس واحد و يتمثل في مدى جسامة الضرر الذي أصاب الزوجة و الذي يقدره القاضي بالإعتماد على المعيار الشخصي ، لان ما يشكل ضررا بليغا لزوجة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لزوجة أخرى و عليه فإن القاضي يقوم بتقدير مبلغ التعويض استنادا إلى حجم الضرر الواقع و هذا 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 بإعتباره المسؤول عن هذا الضرر[1]

[1]اسمهان عفيف ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، سنة 2011، ص 207 ،208 .

الفرع الثالث: مقدار وطريقة دفع التعويض

إن الشريعة الاسلامية لم تقض لمن تضررت من زوجها الحق في التعويض و إنما منحتها إمكانية التطليق و فيما يتعلق بالشقاق المستمر بين الزوجين فإن الشريعة الإسلامية وضعت تدابير تسبق التفريق بينهما حيث يتم إرسال حكمين لمحاولة التوفيق بينهما و في حالة فشل الحكمين في الإصلاح و تبين لهما أن الإساءة كانت من الزوج فإنه يتم تطليقها منه دون تعويض يدفع لها ، أما في حالة كانت الإساءة منها فإن لها الخيار أن تبقى مع الزوج و أن يكون أمينا عليها و حريصا على حسن العشرة بينهما إن كان ذلك صلاحا لهما أو يفرقا بينهما بعوض يأخذانه منها يكون أقل من المهر أو أكثر منه أو مساويا له إذا كانت الإساءة منهما معا[1] (و هذا القول الراجح في المذهب المالكي مع أن هناك قول آخر للمالكية أن الحكمين يطلقا الزوجة دون تعويض)[2]

و بالرجوع إلى القضاء نجد أن من المبادئ القانونية التي استقر عليها في ذلك أن تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي الموضوع مادام لا يوجد نص في القانون يلزم القانون 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 و المعنوية التي تكون قد لحقت المضرور، ذلك ان التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما.

و عليه لا يكون هذا التقدير محل طعن مادام أنه كاف لجبر كافة الأضرار و أدى وظيفته في ترضية المضرور و لا تعقيب على المحكمة إن قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر على حدى و بينت وجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته ، و عليه نجد أن التطبيقات القضائية جاءت تقديراتها مختلفة بشأن مبلغ التعويض الذي يدفع مقابل الضرر الناجم عن التطليق نجد أنه في حالة فك الرابطة الزوجية قبل البناء بطلب من الزوجة و هذا لثبوت تضررها فإن هناك من الأحكام القضائية ما منحت للزوجة الحق في نصف الصداق إضافة إلى مقدار مالي تعويضا عن الاضرار المادية و المعنوية اللاحقة بها[3].

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

---

[1] م ع ،غ أ ش ، ملف 245209، تاريخ القرار 2000/06/20 ، اجتهاد قضائي،عدد خاص 2000،ص263.

[2] بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و الجعفري و القانون، دار الطباعة لبنان ، دار النهضة العربية "د.م.ن".ص444-445

[3] المحكمة العليا ، غ أ ش ، ملف رقم (216865)، تاريخ القرار 1999/03/16 ، اجتهاد قضائي ، عدد خاص ، 2000، ص256-257 .

و بخصوص وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن حالة التطليق يكون من يوم الحكم بإعتبار أن الحكم القضائي ليس مصدرا للحق في التعويض ،" إلا أنه يقوم الحق في التعويض و يقومه" فالحكم بالتعويض هو مقرر للحقوق و ليس منشأ لها و عليه يدخل في حساب التعويض كل ما لحق المضرور حتى هذا التاريخ و يصبح التعويض ملوم الدفع بموجب هذا الحكم الذي عزز الحق في التعويض .

و عليه نجد الوقت الذي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض هو تاريخ الحكم و ليس وقت حصول الضرر .

المبحث الثاني :سلطة القاضي في التعويض عن الضرر

لم يحدد قانون الاسرة للقاضي حدا معينا للتعويض كما لم يبين له الأسس التي يعتمدها في تقدير التعويض و إنما جعل ذلك خاضعا لمطلق اجتهاده ، و عليه سنحاول بيان كيفية تقدير القاضي للتعويض و ما هي الأسس التي يستند عليها غياب النص القانوني الذي يبين له ذلك .

المطلب الأول : نطاق سلطة القاضي في تقدير إستحقاق التعويض عن الضرر

نصت المادة (53 مكرر) المستحدثة بموجب الامر رقم (02-05) على مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطليق حيث جاء فيها : "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".بحث نجد أن القانون الجزائري الوحيد الذي نص على إمكانية التعويض عن الضرر ، كما أن المشرع ترك ترك لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث مدى إستحقاق الطرف المتضرر بموجب هذه الحالة للتعويض.

و عليه سنحاول في هذا المطلب بحث كيفية تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق و مدى إلزامه في الحكم بإستحقاق التعويض ؟ و الاساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض ؟

الفرع الاول : تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر

أولا : شروط استحقاق التعويض عن الضرر

لقد نص المشرع الجزائري على إمكانية الطلاق بطلب من المرأة و ذلك في حالة توفر سبب من أسباب الطلاق المنصوص عليها في المادة (53)من قانون الأسرة كما نص على إمكانية تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها عند الحكم بتطليقها و أخضع ذلك لتقدير

قاضي قاضي شؤون الأسرة و عليه سنحاول تقصي كيفية تقدير القاضي لإستحقاق التعويض و الحالات القابلة لذلك :

1- ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية : إن بحث القاضي لمدى استحقاق الزوجة للتعويض وفقا لنص المادة (53 مكرر) من قانون الاسرة مرتبط بوجوب إثبات قيام عقد زواج صحيح و لا يشترط الدخول لبحث استحقاق التعويض .
2- تقدير القاضي للضرر الناجم عن حالة التطليق : إن سلطة القاضي في بحث مدى توفر أسباب طلب التطليق مرتبط بمدى إثبات الزوجة للضرر و سلطة القاضي إزاء هذا الإثبات من الناحية القانونية هي مطلقة لكنها من الناحية العملية متأرجحة بين الإطلاق و التقييد ، إذ أن هناك من الحالات ما يثبت تضرر الزوجة و مع ذلك تحصل على التطليق دون التعويض و هناك حالات تستحق التعويض إلى جانب التطليق و سنحاول فيما يلي بيان ذلك من جملة الأحكام و القرارات القضائية :

أ- السلطة القضائية المقيدة لقاضي شؤون الأسرة في إثبات الضرر : هناك من الأسباب التي عددتها المادة (53) المذكورة آنفا ما يكون في الضرر ثابتا بموجب أحكام قضائية أوقرائن قانونية تجعل من سلطة القاضي تجاه وسائل الإثبات هذه مقيدة مما يستلزم من القاضي الحكم إلى جانب التطليق بالاستجابة لطلب التعويض المقدم من الزوجة و من ذلك :

- **حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج و الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة و كذا حالة الضرب و الجرح :**

يمكن للقاضي أن يوقع الطلاق إلا في حالة صدور حكم يلزم بالنفقة و يمتنع بذلكو يواصل الإمتناع و كذا وجود حكم يدينه بجريمة الضرب و الجرح . فهذا الحكم يعد قرينة قانونية قاطعة على تضرر الزوجة لا يمكن نفيها إلا إذا طعن فيها بالتزوير ، فقد جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ 2006/11/21 أن :" التطليق لضرر عدم الإنفاق و الضرب و الجرح لا يكون إلا بموجب أحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه ..."[1] كما جاء في اجتهاد قضائي صادر بتاريخ 1998/07/21 أنه:"من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا انه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للزوجة عن الضرر الاحق بها .

و متى تبين -في قضية الحال- أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب زوجها و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق

[1] قسم الاحوال الشخصية بمحكمة الخروب، قضية رقم (06/1778) ، حكم بتاريخ 2006/11/21 ، فهرس رقم (06/1000) ، نقلا من مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، بعنوان السلطة التقيرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ، لاسمهان عفيف، سنة 2011 .

و التعويض معا لثبوت تضررها و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون"[1] .

مع ملاحظة أنه عندما يكون الزوج معسرا فهنا لا جدوى من فرض التعويض عليه و لكن إذا كان ميسورا هنا فرض التعويض عليه منطقيا

- **مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه أو مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد:**

و في هذه الحالة من المتيسر على الزوجة إثباتها حيث يكفي إثبات تمام الزواج دون علمها في حالة التعدد ، أما في حالة مخالفة الشروط فالقاضي مقيد بما تقدمه الزوجة من إثبات يتعلق بقيام شروط في عقد رسمي أو في عقد الزواج و تثبت مخالفة الزوج لهذه الشروط ، و هنا يقتصر دور القاضي على التأكد من مدى موافقة هذه الشروط للقانون و الشريعة الإسلامية فإذا أثبت ذلك حكم القاضي إلى جانب التطليق بالتعويض عن الضرر لثبوته.

- **الحكم على الزوج بجريمة في مساس بشرف الاسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية أو إرتكاب فاحشة مبينة :** وفي هذه الحالة فإن سلطة القاضي إزاءها مقيدة بتقديم الحكم القضائي الذي يدينه بإرتكابه فاحشة مبينة أو ماسة بشرف الأسرة و في هذه الأخيرة يتأكد القاضي فقط ما إذا كانت تمس بسمعة الأسرة و تأثيرها النفسي و المادي لى الزوجة ثم يقضي بتطليقها و تعويضها عن الضرر اللاحق بها .

ب- السلطة التقديرية المطلقة لقاضي شؤون الأسرة في إثبات الضرر :

و تكون للقاضي في كل الحالات التي يكون فيها صعوبة في إثبات الضرر و لا توجد أحكام قضائية أو قرائن تؤكدها و في هذه الحالة يبحث القاضي عند تقديره لحالة التطليق و استحقاق التعويض مدى ضلوع الزوج في طلب التطليق فقد جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة الخروب[2] بتاريخ 17-01-2006 في هذا الأمر أن تماطل الزوج في اتمام اجراءات الدخول يعد سببا لطلب الزوجة لفك الرابطة الزوجية قبل البناء تأسيسا على وجود الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة الأخيرة من المادة (53) من قانون الأسرة و تستحق بموجبه التعويض عن الضرر المادي و المعنوي ، و هو ما أكده الإجتهاد القضائي الصادر

[1] المحكمة العليا ، غ.أ.ش،ملف رقم (192665)، الإجتهاد القضائي ، عدد خاص ،2001،ص116.
[2] قسم الاحوال الشخصية بمحكمة الخروب، قضية رقم (05384) ، حكم بتاريخ 2006/11/21 ، فهرس رقم (0651) ، نقلا من مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ، اسمهان عفيف، سنة 2011 .

عن المحكمة العليا حيث جاء فيه أن :"من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا .

و متى تبين –في قضية الحال – أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة و لم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق أ و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة و إلغاء عقد الزواج و تعويضها على أساس تعسف الزوج و ثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون "[1]

- وتعد حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من أصعب الحالات التي يمكن للزوجة إثبات ضررها منه ، لذلك غالبا لا تستحق الزوجة للتعويض لصعوبة إثبات هذه الحالة .

-أما في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين فإن القاضي يقدر مدى استحقاق الزوجة للتعويض استنادا لتقرير الحكمين طبقا للمادة (57) من قانون الأسرة ، و مدى ضلوع الزوجة في هذا الشقاق ، يلاحظ من الناحية العملية هجر القضاة لأحكام هذه المادة لذلك يحاول القاضي تقصي ذلك في جلسة الصلح ، و يرتب المسؤولية استنادا إلى ما يدور أمامه بين الطرفين .

- و في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج لا بد للقاضي من الاستعانة بالخبرة الطبية في هذا المجال لأنها مسألة فنية تتعلق بوجود العيب في الزوج و يتوجب فحصه و الكشف عن مدى توفره به و انطلاقا من ذلك يقرر الحكم بالتطليق ، فالقاضي مقيد بما تقضي به الخبرة الطبية ، فقد قضت المحكمة العليا بقرار صادر عنها بتاريخ 19-11-1984 أن عجز الزوج عن مباشرة زوجته يقتضي انتظار الزوج مدة سنة للعلاج ووجوب بقاء الزوجة إلى جانبه طيلة مدة العلاج[2].

أما مسألة تقدير استحقاق التعويض في هذه الحالة فإنها تكون مرتبطة بغش الزوج أو تدليسه لأنه إذا كانت عالمة بهذه العيوب فإنها لا تستحق في هذه الحالة التعويض ، إضافة إلى أن هناك من العيوب ما يقضي فيها القاضي بالتطليق دون التعويض و من ذلك ثبوت عقم الزوج ، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1999 أنه في حالة عقم الزوج و ثبوته بعد العلاج يعطي للزوجة الحق في التطليق دون الحصول على التعويض [3].

---

[1] المحكمة العليا ، غ أ ش، ملف (217179)قرار لتاريخ 1999/03/16 ، الاجتهاد القضائي ،عدد خاص ،2001 ،ص122 .

[2] -المحكمة العليا ، غ أ ش ملف رقم (222134)، المجلة القضائية ، عدد ثالث، 1989 ، ص 73 .

[3] المحكمة العليا ، غ أ ش ملف رقم (251682)نقلا عن العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الامر 05-02 مرجع سابق ص300.

الفرع الثاني : مدى الزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض

لقد جعل القانون الحكم بالتعويض من قبل القاضي في حالة الحكم بالتطليق أمرا جوازيا و لم يلزم القاضي به و هذا يعد تكريسا للاجتهادات القضائية ، فقد كان هناك اختلاف كبير بين القضاة في مدى استحقاق الزوجة للتعويض عن التطليق في حالة قيام الضرر و إمكانية الحكم به لها ، فسار جانب من القضاة إلى القول بأن المرأة لايجوز لها الاستفادة مرتين مرة بتطليقها من زوجها جبرا عنه ومرة بمنحها علاوة على ذلك تعويضا [1] فالهدف من جعل التطليق رفع الضرر عن المرأة ، و لا يجوز استعماله في إلحاق الضرر بالزوج الذي يجمع بين ألم تطليق زوجته منه دون رضاه و ضياع المال بمنحها التعويض.

بينما سار جانب آخر من القضاة إلى القول بالتعويض للزوجة ، و هوما تؤكده جملة التطبيقات القضائية فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 أن الزوجة إلى جانب تطليقها من زوجها تستحق تعويضا عن الضرر المعتبر شرعا[2] ، و يلاحظ أن جل الأحكام القضائية الرافضة للحكم بالتعويض إمتد تاريخها من صدور قانون الأسرة 1984 الى غاية سنة 1995 ، لكن بعد ذلك ذهبت جل المحاكم إلى إقرار استحقاق التعويض إلى غاية صدور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا سنة 2001 ، ثم تكريس هذا الاجتهاد في نص الماد (53مكرر)[3] ، لتحسم هذا الجدل القضائي حيث قالت بجواز الحكم بالتعويض الى جانب التطليق إذا ثبت تضرر الزوجة .

نخلص في الأخير إلى نتيجة مفادها أن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق في ظل انعدام نص قانوني يبين له المعايير القانونية التي يستند إليها في التقدير ، نجد الأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض هو حجم الضرر و مدى جسامته و يراعي في ذلك ظروف المضرور من خلال منحه تعويضا عادلا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداد بظروف الطرف المسؤول و يعتمد في تقدير ذلك على معيار موضوعي حتى لا يكون إثراء للمضرور على حساب المسؤول عن الضرر ، كما يعتمد على المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف بإختلاف الظروف و الأشخاص .

المطلب الثاني : نطاق رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض بسبب التطليق

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم (53017)، قرار بتاريخ 1989/03/27 ، مجلة قضائية ، العدد الأول ،1991ص56.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم(181548)مجلة قضائية ، العدد الاول ،1997 ص49.

[3] المحكمة العليا غ أ ش قرار رقم (192665)قرار بتاريخ 1998/07/21 ، اجتهاد قضائي ، عدد خاص 2001 ص254.

لقد تطرقنا إلى أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا ، إلا أنه و إن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا ، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر و شروط الضرر الذي يقضي من أجله التعويض[1] ، و ذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض ، و من جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض بعين الاعتبار.

الفرع الاول : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر و شروطه

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض ، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر و يقدر بقدره ، و لا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض .

و لئن كان التثبت من وقوع الضرر و مداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع ، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم و ذكر العناصر المكونة له قانونا ، و التي يجب أنتدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا ، لان هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع [2].

و يعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لإستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا ، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة ، و تكييفه بانه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه إحتمالي ، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي .

و قد كان للقضاء في بلادنا تطبيقات قضائية في ذلك إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/04/02 بأنه "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإن تسبيبه ، و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الاسلامية ، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الاشارة إلى حالتي الطرفين و طبقتهما الاجتماعية ، دون إعتبار لحالة و طبقة كل منهما ، و غناهما أو فقرهما ، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر ، و دون إعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية ، ما إذا كان ما حكموا به ، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير مألوف ، و دون الاستناد إلى قاعدة شرعية، و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص المتعة

[1] مقدم سعيد، المرجع السابق،ص253 .

[2] مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق –دراسة مقارنة –رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبي بكر بلقايد كلية الحقوق و العلوم السياسية- تلمسان ،سنة 2009-2010 ، ص 342 .

دون إحالة [1].فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن التطليق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض .لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة .[2]

أما اذا كم القاضي بحكم معين سواء قل مقداره أو زاد فإن رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك ، و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

و قد جاء قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه " من المستقر عليه قضاء ، أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلط التقديرية لقضاة الموضوع ، غير انهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها . و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ لمتعة و التعويض و النفقة المحكوم بها في محكمة اول درجة، دون ان يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بقصور التسبيب.[3]

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، و لا شروطه في أحكامهم ، فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان الضرر ماديا أو معنويا ، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقع أو غير متوقع .

و جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 " و حيث يتبين من القرار المطعون فيه انه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به ، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي ، و معلوم انه لا يجوز دمجهما معا ، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب ، ينجر عنه النقض.

و قياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض عن التطليق، وجب أن يكون مسببا تسبيبا كافيا يحدد فيه القاضي نوع الضرر ، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر .

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

إن المحكمة العليا سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداء بعناصر تقدير التعويض ، وفقا لما سبق شرحه ، وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر ، و هذا هو المبدأ.

[1] أنظر م أ،غ أ ش ، 1984/04/02، ملف رقم 32779،م ق 1989،عدد2 ،61

[2] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 282 .

[3] انظر ، م ع ، غ أش،1991/16/18، ملف رقم 75029 ، م ق1992،عدد1 ، ص65.

إلا أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا تسير ضد هذا المبدأ ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت ، أو نصاب معين ، أو قيمة ثابتة ، و بين عناصر تقدير التعويض .

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامة او يسر الضرر ، دون رقابة عليه من المحكمة العليا ، و لكن كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا ، و لكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا.

و تنصب هذه الرقابة على مدى إحترام القاضي للعناصر و المعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر .

و فيما يتعلق بمعيار الظروف الملابسة ، و من وجوب إعتداء القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية و العائلية و المالية .فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية ، دخله ، عدد الأشخاص الذي يعيلهم ، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور و التسبيب .

و قد إتجه قضاء المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن ، و يكفيه أن يعاين الوقائع و يقدر التعويض حسب الضرر ، و أن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي ، و هذا كاف لإعطائه الأساس القانوني للحكم[1].

و مع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تاخذ بالمبدأ المذكور آنفا و توجب ذكر العناصر التي إعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض ، حيث جاء في قرارها الصادر في 2002/07/25 " أن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال ، و اعتمدوا في ذلك على عناصر تقدير الخبرة و على محضر معاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17 ، و ان هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا[2].

[1] م ع، غ إ، 2001/02/14 ، ملف رقم 214574 ،م ق،2002 ، عدد1،ص195

[2] م ع،2002/07/25 ، ملف رقم 215762،م ق،2002 ، عدد 1، ص 279.

و جاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/05/24 " حيث ان من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل و لا تكون مصدر إثراء أو تفقير لأحد الأطراف . و حيث تكريسها لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم ، و المعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض " . لانه بالرجوع لملابسات القضية نجد أن القرار المطعون فيه منح تعويضات هامة بغير تحديد العناصر (فواتير و مستندات) التي توصل القاضي إلى تقدير التعويض على أساسها ، حيث أنه تأسيسا على ما تقدم يكون الوجه مؤسسا و يترتب عنه النقض[1].

كما إشترطت نفس المحكمة في عدة قرارات صادرة عنها بوجوب تحديد الظروف الملابسة ، عند تقدير التعويض ، و أناطتها بتلك التي تخص المضرور فقط ، مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تاخذ بالرأي القائل بوجوب الإعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول ، فنقضت في هذا الشان عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور .

و في هذا السياق فقد ذهبت من خلال قرار لها صادر بتاريخ 1993/01/06 إلى انه " ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم ، فإن ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض ، و هي على وجه الخصوص سن الضحية و نشاطه المهني ، و دخله الدوري

أو اجره ، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن ، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم[2] .

و جاء في قرار آخر لها بتاريخ 1999/07/14 قضت من خلاله بأنه" كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية ، أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد في تحديد مختلف التعويضات بدقه و تفصيل ، مثل سن الضحية ، و مهنتها ، دخلها ، و نوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين ، و أن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين [3].

هذا فيما يخص الأضرار المادية ، أما بخصوص الضرر المعنوي ، الذي قد يكون مرتبطا ببعض مسائل الزواج و الطلاق ، و لما له من طبيعة خاصة ، فإن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير و العناصر التي أوجبها المشرع ، و المستعملة في ذلك ، لإرتباط هذا النوع من

---

[1] م ع،غ ج،1994/05/24 ، ملف رقم 10956 ، م ق ، 1997 ،عدد 1،ص123 .

[2] انظر ، م ع ،غ م ،1993/01/06، ملف رقم 87411، ن ق ، عدد 50 ،ص55.

[3] م ع ، غ م ،1999/07/14 ، ملف 183066 ، غير منشور أورده الاستاذ مختار رحماني في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الاشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه و القضاء ، مجلة الاجتهاد القضائي ،عدد 2،2000، ص 71-72.

الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية ، و إنما هو ضرر شخصي محض.

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18 حيث قضت بانه " بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة و هي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا[1].

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما عرضناه في هذا الفصل الثاني نستنتج ما يلي :

1-أن تقدير استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق من الناحية القانونية يخضع لمطلق سلطة القاضي لأن المشرع وضع شرط حصول الضرر و ترك القاضي بحث عناصره و شروط قيامه ، أما من الناحية العملية التطبيقية فقد اعتاد القضاة على الاستناد إلى جملة من الشروط يجب توفرها لتقرير استحقاق التعويض عن الضرر للطرف المضرور.

2-يستند قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر إلى المعيار الموضوعي و كذا المعيار الشخصي و هذا للموازنة بين الحقوق و حدود استعمالها و البحث في الظروف و الاعتبارات الشخصية.

3-ويستند القاضي في تقرير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق إلى نظرية التعسف في استعمال الحق طبقا لأحكام قانون الأسرة و أحكام الشريعة الإسلامية و التي مبناها القاعدة الدينية الكبرى (لا ضرر و لا ضرار) و ليس استنادا لأحكام المسؤولية التقصيرية و التعسف في استعمال الحق المقررة في القانون المدني .

4-الضرر هو مسألة موضوعية يقع عبء اثباته على المدعى به و يخضع لتقدير قاضي الموضوع و لا رقابة من قبل المحكمة العليا على تقدير قيامه أو من عدمه ، غير أن بيان عناصره وأمر ملزم للقاضي لأن ذلك يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

[1] انظر ،م ع ، غ م ، 1992/02/18 ، ملف رقم 78410 ، ن ق ، عدد 48 ، ص 145 .

5-إن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية تخضع لسلطة قاضي الموضوع ، أما عناصر تقدير التعويض فتعد من مسائل القانون يلزم القاضي بذكرها .

6- يمارس قاضي شؤون الأسرة نوعين من التقدير تقدير موضوعي حتى يصل إلى منح تعويض عادل للطرف المضرور ، و تقدير شخصي يأخذ فيه بعين الاعتبار الظروف الشخصية للأطراف لأن الضرر مسألة شخصية تختلف من شخص إلى آخر

7-إن تحديد مقدار التعويض و طريقة دفعه موكول للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة و يستند هذا الاخير في تقدير ذلك إلى القاعدة الفقهية " لا ضرر و لا ضرار".

8-يعتد عند تقدير التعويض عن الضرر بتاريخ صدر الحكم و ليس من تاريخ حصول الضرر بإعتبار أن الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر هي أحكام مقررة للحقوق و ليس منشئة لها ، فيقوم الحق في التعويض و يكون ملزم الدفع و يتمتع بحماية قانونية من تاريخ الحكم .

9-تعتبر الأحكام القضائية الصادرة في مجال التعويض عن الضرر أحكاما ابتدائية قابلة للطعن فيها بجميع طرق الطعن العادية و غير العادية لأنها تتعلق بجوانب مادية

10-إن المحكمة العليا بإعتبارها محكمة اجتهاد و محكمة قانون فإنها تبسط رقابتها القضائية على النشاط الذهني الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة عند تقدير استحقاق التعويض و كذا تقدير قيمته .

11-إن رقابة المحكمة العليا لنشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر لا تنصب عن النشاط الذهني الذي يقوم به ولكن هذه الرقابة تكون على مصادر النشاط التقديري فتشمل الرقابة على الوقائع و القانون معا .

الخاتمة

الخاتمة

حرصت الشريعة الإسلامية على إستقرار الحياة الزوجية إلى أقصى حد ممكن ، و جعلت ذلك غاية و مقصدا من مقاصدها ، من أجل المحافظة عليه كثيرا من الأحكام و التنظيمات، إلا أنه لما كان سد باب الفرقة من كل وجه و حسم أسباب التوصل إليه بالكلية ينتج أضرارا أشد مما ينجم عن فك رباط الزوجية أقر الإسلام نظام الطلاق ، و جعل لكل واحد من الزوجين حظا من هذا النظام ، يمارسه بأسلوب خاص.

فحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية حق معترف شرعا و قانونا ، من حيث أنه يسند إلى أدلة شرعية راجحة و قوية ، تثبته وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية ، و أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة ،و يقوم في شرعيته على أساس مقاصدي معتبر،يتمثل في رفع الضرر في حالات التطليق للضرر ، وفق قوله تعالى :"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[البقرة 229]، وقوله صلى الله عليه وسلم:"لا ضرر و لا ضرار".و يتمثل في المماثلة لحق الزوج في الطلاق في حالة التطليق ، وفق قوله تعالى:"و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف"[البقرة 228].

و هذا ما تطرقنا له من خلال دراستنا هذه التي تمحورت على موضوع التعويض بسبب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية ،حيث حاولت الإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع و هذا من خلال المزاوجة بين الجانب النظري و الذي كانت مادته القواعد القانونية و ماجاد به الفقه القانوني و الإسلامي فيما يتعلق في مجال التطليق و التعويض عنه، و الجانب التطبيقي الذي كان حقله التطبيقات القضائية المتمثلة في جملة الأحكام و القرارات القضائية و ما توصلت إليه المحكمة العليا من اجتهادات تتعلق بموضوع البحث .فقد تبين أن حق الزوجة في التطليق وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة و ما جاءت به الشريعة الإسلامية حق يستوجب لممارسته تبرير أو تسبيب ، أي على الزوجة أن تبرر و تحدد السبب و الدافع لفك الرابطة الزوجية و التي حددها المشرع الجزائري في عشر حالات .

تبين لنا من خلال الدراسة أن بعض الأسباب منها يرجع إلى إخلال الزوج بإلتزاماته الزوجية و العائلية و البعض الآخر يرجع إلى أسباب أخرى خارجة عن تلك الإلتزامات الملقاة على عاتق الزوج.

غير أنه و بتعداد و قراءة تلك الحالات يمكن القول أن الحالة الأخيرة تعد لوحدها كافية إذا كان كل الحالات الأخرى أساسها الضرر و خلصنا من خلال الدراسة إلى فهم أهم الآثار القانونية المترتبة عن التطليق و المتمثل في التعويض ، حيث و اعمالا للقاعدة أن كل ضرر يكون الزوج مسؤول عنه إلا و يستوجب للتعويض .

الخاتمة

و قد توصلت إلى نتائج و اقتراحات بشأنه ،قد تساهم في إرساءنظرية قانونية متكاملة مبنية على أسس علمية موضوعية تعمل على تحقيق الغاية من منح الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق و في التعويض عن الضرر الذي لحقها و تكفل حكما عادلا لا يكون محلا للتعسف في استعمال الحق .

و نبدأ بأهم النتائج التي توصلت إليها و تتمثل في الآتي :

تكريس و تجسيد المشرع الأسري الجزائري لحق الزوجة المطالبة بالتطليق و التعويض عنه و جسدته التطبيقات القضائية من خلال مختلف أحكامها .

إعتماد الضرر الأساس الموجب للتعويض ،الأمر الذي أجازته الشريعة الإسلامية و سار على نهجها المشرع الجزائري حيث أقر مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي و المعنوي دون تمييز .

كما توصلت إلى أن أساس التعويض عن الضرر في قانون الأسرة هو ترضية للطرف المضرور بمنحه تعويضا عادلا يكفل جبر الضرر الذي أصابه و يكون مقياسه مدى جسامة الضرر و ليس الخطأ ، و هذا الأساس له أصل في الفقه الإسلامي و هو منحى المسؤولية التقصيرية في الوقت الحالي التي أصبحت تقتصر على ركني الضرر و الرابطة السببية .

و كمبدأ عام للقاضي السلطة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر بسبب التطليق ، و قد خول للقاضي في شأنها سلطة تقديرية واسعة في بحث مدى قيام الضرر و استحقاق التعويض عنه و كذا تقدير قيمته، و قد تبين من جملة التطبيقات أن القضاء أوجد لنفسه من المعايير اجتهد في وضعها –حيث يرجع إليها لتقرير مدى استحقاق التعويض عن الضرر –حيث إستمدها من أحكام الشريعة الإسلامية و عرف الناس، و ذلك تبعا لضروف كل قضية و ملابساتها ، سيما و أنه يعد مسألة واقعية يخرج عن رقابة المحكمة العليا .

و أثبتت التطبيقات القضائية أن الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري هو فكرة التعسف في استعمال الحق التي مبناها القاعدتان الشرعيتان { لا ضر و لا ضرار، و الضرر لا يزال } طبقا لأحكام قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية تأسيسا على نص المادة (222)من قانون الأسرة الجزائري ، و ليس على أحكام المسؤولية التقصيرية و التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري .

و بشأن مدى إلزام القانون للقاضي بالحكم بالتعويض عن التطليق توصلت أن القاضي له سلطة مطلقة في الحكم بالتعويض عن الضرر من عدمه حتى في حالة قيام الضرر و ثبوته.

الخاتمة

و فيما يخص نوع التقدير القضائي الذي يقوم به القاضي بشأن التعويض عن الضرر خلصت إلى القول أن القاضي يقوم بنوعين من التقدير أحدهما موضوعي يرتكز فيه على معيار موضوعي مجرد ، و آخر شخصي يرتكز فيه على معيار شخصي ذاتي ، ويقوم بهذين النوعين من التقدير في مرحلة البحثعن قيام الضرر و تقدير استحقاق التعويض و كذا عند تقدير التعويض .

أما بالنسبة لتقدير القاضي للضرر فتوصلت إلى أن الضرر هو مسألة شخصية تخضع للسلطة الموضوعية للقاضي ، و لا رقابة للمحكمة العليا على نشاطه التقديري فيما يتعلق بتقدير قيام الضرر من عدمه أما عناصر الضرر فقلت أنها تعد من مسائل القانون التي يتوجب على القاضي ذكرها في أسباب الحكم فهي محل رقابة من طرف المحكمة العليا

تستند التطبيقات القضائية فيما يتعلق بتقرير استحقاق التعويض إلى ضرورة توافر جملة من الشروط تمثل عناصر الضرر استمدها القضاء الجزائري اجتهادا من أحكام الشريعة الإسلامية يتقرر منح التعويض عن الضرر في حالة وجود حكم قضائي يدعم ثبوته ، و يقع عبء إثبات قيام الضرر على الزوجة.

انه إذا كان التعويض الموجب للتعويض أساسه مسؤولية الزوج عن الضرر اللاحق بالزوجة .فإنه قد تكون هناك حالات تسقط التعويض إذا ثبت عدم تدخل إرادة أو مسؤولية الزوج فيه و هذا في حالة ثبوت اعسار الزوج و عدم قدرته عن دفع النفقة لا تستوجب نه التعويض، و كذا في حالة التطليق للعيب في حالة عقم الزوج و ثبوته بعد العلاج يعطي للزوجة الحق في التطليق دون الحصول على التعويض إلا في حالة غش الزوج أو تدليسه الذي تستوجب عنه التعويض .

و مما سبق توصلت إلى نتيجة مفادها أن المحكمة العليا لا تطبق رقابتها على نشاط القاضي الذهني و كيف يقوم به للإستنتاج و التحليل و غيرها من الأمور التي تخضع لباطن التفكير الشخصي للقاضي و إنما رقابتها تكون على مصادر هذا النشاط التقديري و من خلال الرقابة على الوقائع لإلزامها القاضي بذكر عناصر الضرر التي استند إليها ، و تشمل القانون من خلال الرقابة على التكييف القانوني الذي توصل إليه القاضي ، و أداة المحكمة العليا في إكتشاف صحة الاستدلال القضائي من فساده تتمثل في حتمية ذكر أسباب إصدار الحكم القضائي و التي من خلالها يتوصل إلى المنهج القانوني الذي سلكه القاضي في حل النزاع و كذا أنواع المنطق القضائي التي عمل بها في هذا الاستدلال .

و في الأخير فإنه لا يخفي من وجود بعض العيوب و الإشكالات و النقائص التي سجلت على التشريع الأسري في معالجته للتعويض عن التطليق نذكر أهمها :

الخاتمة

و بعد الوقوف عندكل العناصر و النقاط الأساسية لأسباب التطليقتبين لنا أن المشرع الجزائري و بالرغم من نصه عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة به في حالة إبهام و غموض، مما نتج عنه تذبذب الإجتهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا و تناقض أحكام المحاكم والمجالس القضائية، لهذا وجب على المشرع أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية و ذلك بالنص صراحة على كل المبادئ و الأحكام المتعلقة بالتطليق، و توضيح الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة بدقة.

فعلى سبيل المثال و كما سبق ذكره أن عبارة "العقوبة الشائنة" في غير محلها، فما المقصود بها؟

أما فيما يتعلق و الاقتراحات فهي كالآتي:

عقد دراسات و ندوات و لقاءات علمية بخصوص الموضوع لفهم الموضوع و طرح الإشكالاتو إيجاد الحلول

- على المشرع الجزائري التفصيل في النصوص القانونية و ذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائري كما هو عليه الحال في القانون المدني الجزائري .
- ضرورة توحيد الإجتهاد القضائي و كذا ضرورة تخصيص قضاة في مجال شؤون الأسرة ، و كذا توليه هذا الفرع الأهمية اللازمة من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة و الكفاءة و خاصة على مستوى المحاكم و هذا نظرا لحساسية المسائل التي ينظر فيها .
- عقد دورات تكوينية للقضاة و ذلكبالتعمق في دراسة كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر في مجال قانون الاسرة لأنه موضوع جدير بالدراسة لما يتضمنه من إشكالات عملية

و أخيرا أسأل الله العظيم أن أكون قد وفقت لما يحبه و يرضاه و أستغفره عما أبديت من تجاوز أو نقصان إنه ولي ذلك و القادر عليه و الحمد لله رب العالمين .

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
البسملة	I
إهداء	II
شكر وعرفان	III
المختصرات	IV
مقدمة	أ- و
الفصل الأول : حالات التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية	
المبحث الأول : حالات التطليق بفعل إخلال الزوج بواجباته	**07**
المطلب الأول : التطليق بسبب الاهمال العائلي	**08**
الفرع الاول: التطليق لعدم الانفاق	**08**
الفرع الثاني : التطليق لغياب الزوج	**13**
الفرع الثالث : التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر	**18**
المطلب الثاني : مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري	**25**
الفرع الأول: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري	**25**
الفرع الثاني : التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج	**27**
المبحث الثاني : حالات التطليق الاخرى	**30**
المطلب الاول : التطليق بسبب سوء العشرة	**30**
الفرع الاول : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	**30**
الفرع الثاني : التطليق للعيوب	**33**
الفرع الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا	**39**
المطلب الثاني : التطليق بسبب المساس بالسمعة	**45**
الفرع الاول : التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الاسرة	**45**
الفرع الثاني : التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة	**49**
خلاصة الفصل الاول	**54**
الفصل الثاني : التعويض عن التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية	

المبحث الأول : أساس التعويض عن التطليق	**56**
المطلب الأول : فكرة التعويض بين التشريع و التطبيقات القضائية	**56**
الفرع الأول: تعريف التعويض	**57**
الفرع الثاني : مشروعية التعويض	**59**
الفرع الثالث: فكرة التعويض عن الضرر في التشريعات	**60**
المطلب الثاني : الأساس القانوني في تقدير إستحقاق التعويض عن الحكم بالتطليق	**63**
الفرع الأول : الأساس القانوني لإستحقاق التعويض	**63**
الفرع الثاني: أساس سلطة القاضي في تقدير التعويض	**66**
الفرع الثالث: مقدار و طريقة التعويض	**66**
المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن التطليق	**69**
المطلب الأول: نطاق سلطة قاضي في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر	**69**
الفرع الأول : تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر	**69**
الفرع الثاني : مدى الزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض	**74**
المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في مجال التعويض	**75**
الفرع الاول : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر و شروطه	**76**
الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض	**78**
خلاصة الفصل	**82**
الخاتمة	**84**
قائمة المصادر و المراجع	**90**
فهرس المحتويات	**94**
الملخص	///

قائمة المصادر و المراجع

أولا :القوانين

- القانون رقم (11-84) المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر رقم (02-05) المؤرخ في 27-02-2005 الجريدة الرسمية العدد (15) لسنة 2005
- الامر رقم (58-75) المؤرخ في 26-سبتمبر1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد(78) المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20يونيو 2005، الجريدة الرسمية العدد(44) لسنة 2005

ثانيا :قائمة المراجع

1- أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات مصر، 2009 .

2- العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة ، ديوان المطبوعات الجامعية 2006 .

3- بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ، بحث تحليلي و دراسة مقارنة ، مطبعة دار التأليف ـ الطبعة الثانية .

4- بن الشويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع الجزائر ، الطبعة الاولى ، سنة 2008 .

5- بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة 2007

6- خطاب خالد خطاب ، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2012 .

7- خليل عمرو ، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، سنة 2015

8- رمضان علي السيد الشربناصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية .

9- فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986 .

10- عبد العزيز سعد ، الزوج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثالثة 1996 .
11- المستشار عمر و عيسى الفقي ، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، مطبعة المجموعة المتحدة ، سنة 1998 .
12- الدكتور "محمد كمال إمام" - الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- طبعة 1997 .
13- الإمام محمد أبوزهرة" –الأحوال الشخصية-دار الفكر العربي- القاهرة–الطبعة الثانية، سنة1950 .
14- مصطفى ابراهيم الزلمي ، أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الأولى ، سنة 2011 .
15- منصوري نورة ، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ، دار الهدى عين مليلة ، سنة 2012 .
16- يوسف دلاندة استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،طبعة 2011.
17- الأستاذ عبد الكريم شهبون"-مدونة الأحوال الشخصية المغربية-الجزء الأول-الطبعة الثانية- دار النشر المعرفة-الرباط

ثالثا :المذكرات و الرسائل

1- مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق- دراسة مقارنة – رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان ، سنة 2010 .
2- إسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير خصص قانون شؤون الأسرة ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، سنة 2011.
3- حفيظة فضلة ،الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون شعبة القانون الخاص تخصص قانون شؤون الاسرة جامعة سكيكدة كلية الحقوق و العلوم السياسية .
4- حنان شريف ، التطليق وفقا لقانون الأسرة الجزائري ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة ، مذكرة تخرج لنيل الماستر أكاديمي تخصص أحوال شخصية –سنة 2017

5- قورداش فاطمة الزهراء ،أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص اوال شخصية ،جامعة بسكرة ، سنة2016 .

رابعا: المجلات القضائية.

- نشرة القضاة لسنة 1986 العدد الأول.
- المجلة القضائية لسنة 1986 العدد الأول.
- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.
- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الرابع
- المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثاني
- المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع
- المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني
- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني
- المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول
- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا- الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.

خامسا: المقالات

1-تشوار الجيلالي ، محاضرات قانون الاسرة جزء الاحوال الشخصية القيت على طلبة جامعة تلمسان، جامعة تلمسان ،تم نشرها على الموقع http://sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post_31.html،

ملخص

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى نتيجة مفادها أن التطليق هو أن تلجأ المرأة إلى القاضي لطلب فك الرابطة الزوجية و قد حدد المشرع في المادة 53 من ق أ ج الحالات العشرة التي تشكل سببا لطلب الزوجة للتطليق ، بحيث يميل تقيد حق الزوجة حالة التطليق للضرر.

خلصنا من خلال الدراسة إلى فهم أهم الآثار القانونية المترتبة عن التطليق و المتمثل في التعويض ،حيث نصت المادة 53 مكرر على " أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

حق الزوجة في التعويض فضلا عن التطليق للضرر حق معترف به شرعا و قانونا سواءا كان الضرر ماديا أو معنويا .و يلزم القاضي الاعتناء جيدا بتقرير هذا التعويض في مسائل التطليق للضرر.

إن مجال التعويض عن الضرر أخضعه لسلطة القاضي حيث أرشده إلى حالات التعويض فيه و ترك للقاضي سلطة واسعة في تقرير استحقاق التعويض و كذا قيمته ، و في ظل إنعدام معايير يهتدي بها في سبيل جبر ضرر المضرور و منحه تعويضا عادلا ، فقد دله الى الرجوع في كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة لتقدير القاضي للضرر فتوصلت إلى أن الضرر هو مسألة شخصية تخضع للسلطة الموضوعية للقاضي ، و لا رقابة للمحكمة العليا على نشاطه التقديري فيما يتعلق بتقدير قيام الضرر من عدمه أما عناصر الضرر فقلت أنها تعد من مسائل القانون التي يتوجب على القاضي ذكرها في أسباب الحكم فهي محل رقابة من طرف المحكمة العليا.

Résumé

Par cette étude, nous sommes arrivés à la conclusion que la répudiation est que les femmes recouraient au juge pour demander le retrait de l'Association matrimoniale, et le législateur a défini à l'article 53 des 10 affaires ci-dessus qui constituent une raison de la demande de l'épouse pour une pétition, de sorte que le droit de l'épouse au divorce tend à être restreint.

Nous avons conclu par l'étude pour comprendre les conséquences juridiques les plus importantes de la répudiation, qui est de compenser, l'article 53 bis stipule que "un juge peut, en cas de divorce, juger les femmes divorcées pour les dommages causés par elle."

Le droit de l'épouse à une indemnisation ainsi que la répudiation des dommages est un droit légalement reconnu, qu'il s'agisse de dommages physiques ou moraux. le juge est tenu de prendre bien soin de déterminer cette indemnisation en matière de répudiation.

Le domaine de l'indemnisation des dommages était assujetti à l'autorité du juge, lorsqu'il l'a dirigé vers des affaires d'indemnisation et a laissé le juge avec un large pouvoir pour déterminer l'indemnisation et le montant de la compensation, et en l'absence de critères pour guider le dommage des blessés et pour lui accorder une indemnisation équitable, il a indiqué qu'il se référerait à tout ce qui ne Aux dispositions de la loi islamique.

Quant à l'appréciation du dommage par le juge, elle a conclu que le préjudice était une question personnelle soumise à l'autorité matérielle du juge et que la Cour suprême n'avait aucun contrôle sur son activité discrétionnaire à l'égard de l'évaluation du dommage ou si les éléments du dommage étaient considérés comme des questions de droit que le juge devrait mentionner dans les motifs M il fait l'objet d'une censure par la Cour suprême.

Summary

Through this study, we have reached the conclusion that the repudiation is that women resort to the judge to request the removal of the marital association, and the legislator has defined in article 53 of the above 10 cases which constitute a reason for the wife's request for a petition, so that the wife's right to divorce tends to be restricted.

We have concluded through the study to understand the most important legal consequences of repudiation, which is to compensate, article 53 bis stipulates that "a judge may, in the case of a divorce, judge the divorced women for damages caused by it."

The right of the wife to compensation as well as repudiation of damage is a legally recognized right, whether physical or moral damage. The judge is obliged to take good care to determine this compensation in matters of repudiation.

The area of compensation for damage was subject to the authority of the judge, where he directed him to compensation cases and left the judge with broad authority to determine the compensability and the amount of compensation, and in the absence of criteria to guide the injury of the injured and to grant him fair compensation, he indicated that he would refer to all that did not provide To the provisions of Islamic law.

As for the judge's assessment of the damage, she concluded that the injury was a personal matter subject to the judge's substantive authority, and that the Supreme Court had no control over his discretionary activity with respect to the assessment of the damage or whether the elements of the damage were considered to be matters of law that the judge should mention in the reasons M it is the subject of censorship by the Supreme Court.