جامـــعة محمد خيـــضر – بسكـــــــرة

كلية الحقوق والعلوم الســـياسية

قسم الحقوق

الضرر كسبب للتطليق بين الشريعة و القانون

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شـــهادة الماستر في الحـــقوق

تخصص قانون أحوال شخصية

إعداد الطالبـــة :

صغير كنزة

الأستاذ المشـــرف:

د/ دبايش عبد الرؤوف

الموسم الجامعي: 2016/2015م

الملخص
يعتبر التطليق الإستثناء الذي أعطى للمرأة من أجل فك الرابطة الزوجية و تحررها من الضرر اللاحق بها ، ولهذا السبب عني المشرع كما الشريعة الإسلامية بهذا الموضوع، و الضرر المعتبر شرعا هو كل الأضرار التي تمس الزوجة سواء بالضرب أو الشتم و سواء كانت مادية أو معنوية، و تقدير هذه الأضرار يعود للسلطة التقديرية للقاضي،إن بحثنا هذا ينظر في مفهوم الضرر المعتبر شرعا و القواعد المنظمة له وكذا كيفية تقديره و شروط التعويض إن كان لازما.
كما أنه يسلط الضوء على الإجتهادات القضائية في هذه المسألة و قد خلصنا في هذا البحث أن الفقه المالكي إنفرد بالقول بالتطليق بسبب الضرر و سايره في ذلك المشرع الجزائري ولاحظنا أن الأمر يحتاج إلى ضبط أكثر لتحقيق الغاية من سن هذه الفقرة من المادة 53 ق – أ.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، و تكتمل المقاصد و الغايات ، و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن سيدنا محمد عبده و رسوله أما بعد:

يعتبر الزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم للرعاية فقد أضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى فالزواج في التشريع الإسلامي نظاما أمر الله به تعالى لتنظيم الحياة الإنسانية و منع الفوضى و الإختلاط المشبوه و تحقيق الطهر و العفاف مصداقا لقوله تعالى (و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة) و مقاصد الزواج كثيرة كالمحافظة على النسل البشري و إحصان الزوجين و حفظ الأنساب.

وقد شرع الزواج على سبيل التأبيد و الدوام و الإستمرارية ، لكن قد تعترض العلاقة الزوجية أمور تجعل منها مصدرا للشقاق و الخصام المستمر بين الزوجين بدلا من الإئتلاف ، فتتحول العلاقة الزوجية من رابطة ود و رحمة إلا رابطة جحيم و نقمة و لذلك شرع الله الطلاق بين الزوجين المتخاصمين كحل شرعي لهذا الشقاق الذي يحول دون تحقيق أهداف الزواج السامية ، خاصة إن كان الإستمرار في هذه العلاقة قد يلحق الشقاء بالمتزوجين و لا يمكنهما التعاشر بالمعروف و يصبح الطلاق هنا العلاج لهذه الحياة المضطربة و المتفككة.

وقد أعطى الشرع حق الطلاق للزوج و قيده بشروط و ضوابط تمنعه من التعسف و الظلم في إستعمال هذه الرخصة، و لم يهمل كذلك حق الزوجة في التخلص من الرابطة الزوجية إذا أصبحت لا تطيقها لسبب من الأسباب و تضررها من هذا الزواج فشرع لها حق التطليق كوسيلة تلجأ بهذا للقضاء لفك هذه الرابطة التي يئس من إستمرارها و قد أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في التطليق و قد ذكر جملة من الأسباب التي تتخذها الزوجة لفك الرابطة الزوجية و قد ذكر ذلك في المادة 53 من قانون الأسرة .

أهمية الموضوع:

إن هذا الموضوع له أهمية بالغة في كونه يتحدث عن علاقة منحتها الشريعة أهمية خاصة وهي كما عرفه المشرع الخلية الأساسية للمجتمع و بين المحافظة على الرابطة الزوجية و إستقرار الأسرة و تحصينها و بين الضرر الذي يكون قد وقع على الزوجة و يجب رفعه عنها.

تظهر أهمية هذا الموضوع خاصة و أن المشرع فتح بابا واسعا أمام قاضي الموضوع للنظر في الضرر المعتبر شرعا ليكون سندا لفك الرابطة الزوجية.

فالنظر في القوعد الفقهية المنظمة للضرر والموازنة بين مصلحة الحفاظ على الرابطة الزوجية و دفع الضرر تتجلى لنا أهمية الموضوع لما يعالجه من مسائل مهمة تخص الأسرة و المجتمع.

الإشكالية :

من خلال ما سبق فموضوعنا يتناول الإشكالية و هي :

هل المشرع بصياغته للفقرة الأخيرة من المادة 53 ق – أ الجزائري وضع آلية فعالة - لحل النزاع أم أنه عقد المسألة أمامه؟

: يتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من الإشكالات الفرعية منها

هل بإضافة الفقرة الأخيرة من المادة 53 ق – أ وسع المشرع من السلطة التقديرية - للقاضي و إنعكاساته على العلاقة الزوجية؟

"ماهو الضرر المعتبر شرعا -

هل تدخل باقي أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 ق – أ ضمن الضرر - المعتبر شرعا؟

:الدراسات السابقة

في هذا الصدد نذكر أهم الدراسات التي تناولت موضوع الضرر بصفتيه الخاصة و العامة ، ومن خلال رسالة الدكتوراه للدكتورة بوسطلة شهرزاد و التي عنوانها(جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي) و التي تناولت فيها بالتفصيل مفهوم الضرر و كيفية جبره و خصصت جبر الضرر المعنوي ، و الملاحظ أن هذه . الدراسة لم تنصب على الضرر كسبب من أسباب التطليق

وكذلك رسالة الدكتوراه للدكتور محمد يوب الموسومة بـ : تعويض الضرر الناتج هن العلاقة الزوجية ، و قد تناول فيها أنواع الضرر الواقع على العلاقة و كيفية تعويض . كل الضرر

. ودراستنا في هذا البحث ترتكز على الضرر المسبب للتطليق

: أسباب إختيار الموضوع

:من أهم الأسباب التي جعلتنا نختار هذا الموضوع لأسباب ذاتية و أخرى موضوعية

بحكم تخصصنا في الأحوال الخصية دفعنا هذا إلى الإهتمام بأهم مواضيع الأحوال - .الشخصية

: بالنسبة للأسباب الموضوعية هي

من خلال دراستنا للتخصص لاحظنا أن التعديلات الواردة على قانون الأسرة ركزت في مجملها على حل الرابطة الزوجية ففي أسباب التطليق مثلا وسعت هذه الأسباب إلى

10 وكذلك بسطت الخلع و غيره هذا الأمر الذي دفعنا إلى البحث في إحدى هذه الأسباب و التي كانت لتكفي وحدها لو لم يذكر المشرع باقي الأسباب.

: أهداف الدراسة

: يمكن تلخيص أهداف هذه الدراسة في أهداف علمية و أخرى عملية

: أهداف عملية تتمثل في -

- تسليط الضوء عن الضرر و الكشف عن الضوابط التي يجب على القاضي أن يحتكم إليها عند حل النزاع المرتبط بالضرر.

: أهداف علمية تتمثل في -

- إفادة الطلبة أو الباحثين بكل ما يتعلق بالضرر المعتبر شرعا ووضع وثيقة بين أيدي طلبة الأحوال الشخصية لتكون دعما لبحوثهم المستقبلية.

:الصعوبات

من أهم الصعوبات التي صادفتني خلال بحثي هي ضيق الوقت بالإضافة إلى إلتزاماتي العائلية التي حالت دون تنقلي إلى جامعات أخرى لإثراء موضوعي بمراجع أكثر، كما أن البحث في الشريعة الإسلامية يتطلب بذل ملكة في اللغة و صبرا كثيرا.

:المنهج المتبع

إعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي في أغلب مراحل البحث و ذلك لما تتطلبه المادة من قراءة للنصوص سواء القانونية أو الشرعية و تحليل محتواها.

كما أننا لجأنا في بعض المواضيع إلى المنهج المقارن سواء بين المذاهب الفقهية أو بين الشريعة و القانون.

بناءا على ما تقدم عرضه و من أجل الإجابة على الإشكالية الرئيسية و المشكلات الفرعية إرتأينا تقسيم الموضوع كالآتي :

فصل تمهيدي : ماهية التطليق

المبحث الأول : مفهوم التطليق

المبحث الثاني : مشروعية التطليق و أسبابه

الفصل الأول : ماهية الضرر

المبحث الأول : تعريف الضرر

المبحث الثاني : الضرر المعتبر قانونا و شرعا

المبحث الثالث: القواعد الفقهية الضابطة للضرر

الفصل الثاني :منازعات التطليق بسبب الضرر

المبحث الأول : دعوى التطليق إجرائيا

المبحث الثاني : دعوى التطليق موضوعيا

المبحث الثالث: الإجتهادات القضائية

الفصل تمهيدي: ماهية التطليق.

المبحث الأول: مفهوم التطليق

المطلب الأول: التعريف اللغوي.

المطلب الثاني: التعريف الشرعي .

المطلب الثالث: التعريف القانوني .

المبحث الثاني : مشروعية التطليق و أسبابه.

المطلب الأول: مشروعية التطليق .

المطلب الثاني: أسباب التطليق.

الفصل تمهيدي : ماهية التطليق

شرع الله سبحانه و تعالى انحلال الرابطة الزوجية،إذ تعذر الإستمرار فيها لأي سبب من الأسباب.لكن الإسلام لم يكن شغوفا بإنحلال هذه الرابطة و إنما شرع لعلاج الحياة الزوجية التي يعتريها الإضطراب والتفكك ،وإستحالة العيش بين الزوجين وتفاقم المشاكل و الضغينة بينهما،وهو بذلك رحمة من رب العالمين على الناس و علاج نهائي وحاسم وحل أخير عند تعذر أو استنفاذ كل طرق الصلح بين الزوجين سواء من طرف الأسرة أو القادرين على هدايتهم للصلح ومراجعة أنفسهم و هذا لقوله تعالى:"إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"[1].

ورغم هذه الإباحة في الطلاق إلا أن الله سبحانه وتعالى قيده بحدود وضوابط كي لا يكون وسيلة لهو بين الناس يستخدمونها بدون حاجة و ألا يقربه إلا مضطر.

وقد جعل الطلاق بيد الزوج وليس بيد الزوجة وذلك حفاظا على الزواج.وعدم إنهائه بنحو سريع ،فالرجل أبعد عن الطيش من المرأة و التي تعد أكثر تأثرا بالعاطفة من الرجل وذلك في حدود ما شرعه الله من إلتزامات نحو زوجته ،وهذا لا ينفي أن يتفق الزوجان على الطلاق إذا استبان لهما عدم الانسجام للعيش المشترك بينهما،سواء برغبة الزوج ورضا الزوجة أو برغبة الزوجة و رضا الزوج بالطلاق.

– كما أن للمرأة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية إذا تضررت منها لسبب من الأسباب، وذلك ببذل شيء من المال مقابل حريتها وهذا يكون عن طريق الخلع.

وإما لجوءها إلى وسيلة ثانية و هي اللجوء إلى القاضي لفك هذه الرابطة وذلك عن طريق التطليق، وهذا إذا تضررت من بقاء هذه الزوجية و استمرارها كمرض أو عجز أو أي ضرر معتبر شرعا.

وهذا موضوع بحثنا ، وسنتناول بداية في هذا المبحث دراسة عامة عن ماهية التطليق بإتباعنا الخطة التالية:

---

[1] سورة النساء – الأية 35

المبحث الأول : مفهوم التطليق.

المطلب الأول: المفهوم اللغوي.

المطلب الثاني: التعريف الشرعي.

المطلب الثالث: التعريف القانوني.

المبحث الثاني: مشروعية التطليق و أسبابه.

المطلب الأول: مشروعية التطليق.

المطلب الثاني: أسباب التطليق.

المبحث الأول : مفهوم التطليق.

المطلب الأول : المفهوم اللغوي.

– طلق– طلوقا –وطلاقا. تحرر من قيده ونحوه:المرأة من زوجها طلاقا:

أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

– طلق:طلقا:تباعد.

– الطالق: يقال إمرأة طالق: محررة من قيد الزواج.

الطلاق : التطليق و (في الشرع) رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة.

الطلقة: المرة من الطلق،أو الطلاق أو الإطلاق.

الطلقة: من الرجال: الكثير التطليق للنساء[1]

طلق منه : خارج وبريء

طلقها وطلقها فهو مطلاق و مطلق : كثير التطليق[2]

* طلق – طلاقا المرأة من زوجها : بانت عن زوجها وتركته– فهي طالق ج طلق – طالقة، ج طوالق //– الناقة : انحلت من عقالها.

طلق طلقا : تباعد .طلق : قومه: تركهم و فارقهم.

المرأة زوجها : خلاها عن قيد الزواج،أطلق المرأة: طلقها و المواشي سرحها.والأسير: خلى سبيله.

تطلق : الخيل/مضت إلى الغاية طلقا لم تحتبس.

---

[1] مجمع اللغة العربية – **المعجم الوسيط–مكتبة الشروق الدولية**– القاهرة طبعة،4–2004،ص563

[2] الفيروز آبادي – **القاموس المحيط**–مؤسسة الرسالة –بيروت ،طبعة 7 ص 904.

مطلق: ضد المقيد – وتطلق وجهه أي ضد تقبض[1]

المطلب الثاني : التعريف الشرعي.

الأصل في الشريعة أن يصدر الطلاق بعبارة الزوج و لا يتدخل القاضي للتطليق إلا عندما تفوت العشرة بالمعروف، ويمتنع الزوج عن التسريح بإحسان،فيتولى القاضي ذلك نيابة عنه بحكم الشرع يمنع الضرر و ينصف الزوجة من تعنت الزوج و حيفه[2]

ويعتبر التطليق مكنة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها و بين زوجها استنادا لأسباب محددة،وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها.

ويقصد كذلك بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء و يتم بناءا على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون كإضرار أحد الزوجين الآخر أو مرض أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما.

المطلب الثالث: التعريف القانوني

تطرق المشرع الجزائري في مضمون قانون الأسرة إلى تعريف الطلاق في المادة **48** منه " مع مراعاة أحكام المادة 49 [3] يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون.

فنجد أن النص القانوني هنا جاء واضحا في تعريفه للطلاق، لكنه أشار فقط إلى حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وقيدها بالشروط التي وردت في كل من المادتين : المادة **53** من قانون الأسرة و التي تحوي الشروط التي يحق للزوجة من خلالها إيقاع التطليق ،وإلا قوبل طلبها بالرفض.

المبحث الثاني : مشروعية التطليق و أسبابه.

---

(1) المنجد في اللغة و الأعلام-دار المشرق -بيروت- الطبعة المئوية الأولى-2012/45 ص 470.

(2) سعيد محمد جليدي- **أحكام الأسرة في الزواج و الطلاق** – الجزء الثاني- طبعة 2 – 1998- ص 5.

(3) المادة 48 من قانون الأسرة، قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم05-02 مؤرخ في 7 فيفري 2005 ص 14.

وسنتناول من خلال النقاط التالية :

الفرع الأول: مشروعية التطليق:

الفرع 1 : في الشريعة الإسلامية

أ- **من الكتاب** : إن آيات القرآن الكريم جاءت واضحة وصريحة في موضوع الطلاق و كيفية إيقاعه،وهذا هو الأصل ،وبما أن التطليق هو إستثناء عن الأصل لأن الطلاق أنواع إما يكون بإرادة الزوج المنفردة و إما بالتراضي و إما يوقعه القاضي بطلب من الزوجة لسبب ما. وهذه بعض الآيات التي تدل على مشروعية الطلاق التي نستدل بها للوصول إلى مشروعية التطليق.

قوله تعالى:" و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"[1]

وقوله تعالى :" وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ،فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه"[2]

وبقوله أيضا في كتابه العزيز :" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ،إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله فأولائك هم الظالمون"[3]

هذه بعض الآيات من القرآن الكريم التي تدل على مشروعية الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية

ب- من السنة النبوية الشريفة:

[1] سورة النساء ، الآية 35

[2] سورة البقرة، الآية 231

[3] سورة البقرة،الآية 229

روي حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " يقول أحدكم لإمرأته طلقتك قد راجعتك ليس هذا طلاق المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها"[1]

وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم.و قوله صلى الله عليه و سلم :" ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"[2]

وروى محارب عن ابن عمر أن النبي – صلى الله عليه و سلم– قال :" أبغض الحلال إلى الله الطلاق"، ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه،وروى أن النبي صلى الله عليه و سلم – قال :" ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق"[3]

ج – من الإجماع :

إنعقد الإجماع منذ عصر الرسول – صلى الله عليه و سلم– حتى اليوم على جواز الفرقة،وهي محضورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة و إباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام،وتحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما.

وفي خلاصة القول : أن الطلاق مشروع بإعتباره ضرورة ،والضرورة تقدر بقدرها، وعند الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[4]

الفرع الثاني : في قانون الأسرة الجزائري

يمكننا إعطاء نظرة مختصرة عن طبيعة التطليق فهو رخصة إستثنائية منحها المشرع للقاضي ، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود و شروط تخضع كلها للسلطة

---

(1) أحمد بن الحسين البهيقي– **السنن الكبرى ما جاء في كراهية الطلاق** – تحقيق– محمد عبد القادر عطا – مكتبة دار الباز– مكة 1994– ج7 ص 320

(2) أبي داود سليمان الأزدي – **كتاب الطلاق** –2009 – ص 322.

(3) أبو القاسم الطبراني :**المعجم الكبير** – مكتبة العلوم و الحكم – الموصل – الطبعة 2– الجزء 18 – ص 304.

(4)محمد كمال إمام – **الطلاق عند المسلمين**– دراسة فقهية و قانونية – دار المطبوعات الجامعية– الإسكندرية – طبعة 1997 ص 30

التقديرية للقضاء[1].

وقد تناول المشرع الجزائري التطليق في المادة **53** من قانون الأسرة الجزائري بذكر أسبابه و قد جاء فيها: المادة **53** من قانون الأسرة الجزائري:

*يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

1- عدم الإتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج،مع مراعاة المواد **78** و **79** و **80** من هذا القانون

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

3- الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

7- إرتكاب فاحشة مبينة

8- الشقاق المستمر بين الزوجين

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

10- كل ضرر معتبر شرعا[2]

* وبإستقراء هذه المادة نجدها تضمنت أسبابا تستند إليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه.

المطلب الثاني : أسباب التطليق

الفرع الأول: التطليق بعدم الإنفاق:

---

[1] عبد الفتاح نقيمة – **مباحث في قانون الأسرة الجزائري** – منشورات ثالة – طبعة سنة 1999 ص 242.

[2] المادة 53 قانون رقم 11-84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ج عدد 24 ص 913.

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح و تسقط بنشوزها وينتهي بإنفصام العلاقة الزوجية،فإذا إمتنع الزوج عن أداء هذا الإلتزام تعسفا أو إعسارا، فهل يحق للزوجة طلب التطليق ؟[1]

أ- الموقف الفقهي:

إختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، أو لإعسار الزوج بالنفقة:

* فذهب جمهور الفقهاء – المالكية و الشافعية و الحنابلة – إلى جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، وذلك بإتفاق بينهم إذا كان عدم الإنفاق بسبب الإعسار، وعلى إختلاف بينهم في بعض التفاصيل إذا كان السبب الإمتناع عن الإنفاق، واعتبروا إمساك الزوج لزوجته مع الإمتناع عن الإنفاق ضررا بالغ بها.[2]

لقوله تعالى :" و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"[3] وهو من أشد أنواع الضرر.

ومن أدلتهم كذلك قوله تعالى:" فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[4]

فدليل الآية على وجوب الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان ،ومع عدم الإنفاق لا يكون الزوج ممسكا بمعروف، ويتعين عليه التسريح بإحسان ،فإن لم يفعل طلق عليه القاضي رفعا للظلم على الزوجة.[5]

وقد جاء في السنة النبوية الشريفة :

ماروى 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

---

(1) - منصوري نورة – **التطليق و الخلع- وفق القانون و الشريعة الإسلامية** – دار الهدى للطباعة – طبعة 2010- ص21

(2) أحمد الشنقيطي – مواهب الجليل من أدلة خليل- دار الكتب العلمية – بيروت – الجزء الرابع- لبنان 2005- ص150.

(3) سورة البقرة – الآية 231

(4) سورة البقرة – الآية 225

(5) سعيد محمد جليدي – مرجع سابق – ص168

فقيل من أعول يا رسول الله قال : إمرأتك ممن تعول ،تقول أطعمني و إلا فارقني" فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الإمتناع عن الإنفاق"[1]

وبما روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا،فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى.[2]

– والإمساك بالزوجة مع عدم الإنفاق عليها فيه إضرار بها و النبي صلى الله عليه و سلم يقول:" لا ضرر و لا ضرار"[3]

من المعقول :

إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب،فإذا ثبت جواز الفسخ بالجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار و عدم الإنفاق هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن بها أما الجماع فيقوم البدن بدونه.[4]

* ومع هذا الإتفاق بين المالكية و الشافعية و الحنابلة– إلا أنهم إختلفوا في تفاصيل خاصة بالإعسار،فمالك قرر أنه لا يثبت إلا بالدليل أو بإقرار الزوج به،أما الشافعي فرأى أنه يثبت بالبينة أو الإقرار فإذا ادعاه كان ذلك كافيا للتفريق.ولا يؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام و لا يؤجل قط عند أحمد،وعند مالك يؤجل مدة يراها القاضي كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق.

والرضا بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك بخلاف الشافعي و أحمد اللذان قررا أن رضاها بالإعسار وقت لا يستلزم رضاها في كل الأوقات[5]

---

[1] منصوري نورة – مرجع سابق– ص 22.

[2] السنن الكبرى للبهيقي – مرجع سابق ج 8– ص 469

[3] سعيد محمد جليدي – مرجع سابق – ص 169

[4] منصوري نورة – مرجع سابق ص 24

[5] – المرجع نفسه – ص 2

أما بالنسبة للتفريق فإختلاف الجمهور في حالة ما إذا كان ممتنعا لما يدعي الإعسار- أي لم يثبته ببينة، فالشافعي يرى أنه لا يفرق بينه و بين زوجته إذا طلبت التفريق،لأن مضنة الرجوع غير ثابته،وقال مالك وأحمد يفرق بينهما بطلب من الزوجة،ولأن الزوج ظالم بالإمتناع وجب عليه تطليقها فإن لم يفعل طلق القاضي عنه.[1]

* الرأي الثاني : ذهب فقهاء الأخناف إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق بين الزوجين لعدم الإنفاق مطلقا،سواء بسبب الإعسار أو بسبب إمتناعه عن الإنفاق مع قدرته عليه.

واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى:" و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"[2]

ولا يمكن مطالبته بالنفقة مع إعساره لأن الله تعالى يقول :" لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا"[3]

و المعسر ما أتاه الله شيئا حتى يكلفه بالإنفاق على زوجته منه،ولم يكن منه ما يستوجب تطليقها عليه.

من المعقول : من المقرر شرعا إذا إجتمع ضرران أختير أخفضها، 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.[4]

ب- الموقف التشريعي :

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة **53** من قانون الأسرة:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة- **الأحوال الشخصية** – دار الفكر العربي- مطبعة المدني – القاهرة – ص 352-353.

[2] البقرة – الآية 280.

[3] سورة الطلاق – الآية 07.

[4] أحمد نصر الجندي – **الطلاق و التطليق و آثارهما** – دار الكتب القانونية – مصر – 2004- ص 171.

– عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه،مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد(**78–79–80**) من هذا القانون ....).

وبذلك قد استمد المشرع موقفه في شأن التطليق لعدم الإنفاق من موقف جمهور الفقهاء(المالكية– الشافعية و الحنابلة)،فعدم الإنفاق هو إمتناع الزوج نهائيا من النفقة (الغذاء – الكسوة – العلاج) وفي كل هذه الأحوال يجوز للزوجة المتضررة اللجوء إلى القضاء من أجل إستصدار حكم يلزم زوجها بالإنفاق عليها.

ونستخلص من مضمون المادة **1/53** أن هناك جملة من الشروط يجب توفرها حتى يمكن للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق[1] وتتمثل في :

– إمتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا و قصدا.

– صدور حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوجة على زوجها.

– يجب أن لا تكون عالمة بحالة إعساره وقت إبرام عقد الزواج معه.

– الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة هو إنفاق مثل زوجها على مثلها.

ولم يفرق المشرع كذلك بين حالة إمتناع الزوج عن النفقة مع قدرته على ذلك و إمتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته ،ولم يفرق بين الزوجة الغنية و الزوجة الفقيرة.[2]

الفرع الثاني : التطليق بسبب العيوب

المقصود بالعيب هنا هو كل نقصان بدني كالجب و العنة،أو عيب يخاف منه العدوى كالجذام، أو نقصان عقلي يخاف منه الجناية كالجنون، يتصف به الزوج و يمنع من تحقيق مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية ، الأمر الذي أعطى معه للمرأة حق

---

(1) منصوري نورة – مرجع سابق – ص 25–26

(2) المرجع نفسه – ص 27.

طلب التطليق[1]

أ- **رأي الفقهاء:** للفقهاء رأيان في جواز التفريق للعيب:

1- يرى الجمهور جواز طلب التفريق بسبب العيب و إختلفوا فيمن يثبت له الحق،إذ قصره الحنفية على الزوجة[2]

فقط لأنها لا يمكنها دفع الضرر عنها إلا باللجوء للقاضي، والزوج يمكنه دفع الضرر بالطلاق، أما الأئمة الثلاثة (مالك و الشافعي و أحمد) فأثبتوا الحق لكلا الزوجين و هذا لأن التضرر يجوز في حقهما.[3]

- وعدد الجمهور جملة من العيوب التي توقع الفرقة بين الزوجين وقد ذكروها على سبيل الحصر،فذهب المالكية إلى أنها ثلاثة عشر أربعة تختص بالرجل (الخصاء- الجب – العنة و الإعتراض)* و أربعة تختص بالمرأة والرجل معا و هي (الجنون والجذام و البرص و العذيطة(وخمسة تختص بالمرأة وحدها وهي (الرتق و القرن و العفل و البخر و الإفضاء).

وذهب الشافعية على أنها سبعة ،ووافقهم الحنابلة في ذلك أي أن العيوب الموجبة للتفريق هي العيوب الجنسية التي تعوق الإتصال الجنسي و تمنعه.وما عدا ذلك لا يجوز التفريق بسببه كالقرع و العمى والعرج و قطع اليدين و الرجلين .[3]

---

(1)عمر الفقي – **التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين** – المكتب الفني للموسوعات القانونية-مطبعة المجموعة المتحدة -1998،ص38

(2)بن زبطة عبد الهادي -**تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**،دار الخلسونية الطبعة الأولى،2007-ص148

(3)ابن قدامة المقدسي- **المغني و الشرح الكبير**-دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان ج7 ص579.

الخصاء:سل الخصيتين ونزعهما/الجب:قطع الذكر مع الأنثيين/ العنة: الصغرا الشديد لعضو الرجل و لا يستطيع*الوصول للنساء/ الإعتراض: عدم الإنتشار / العذيطة : خروج الغائط عند الإتصال الجنسي/الرتق: إنسداد موضع الإتصال الجنسي للمراة/ القرن: عظم أو لحم ينبت في الفرج يمنع الإيلاج/ العفل : رغوة تحدث عند الجماع/الإفضاءات : إختلاط مكان الإتصال الجنسي بمجرى البول/ البخر: نتن الفرج – سعيد محمد جليدي – مرجع سابق ج2/ص 179

(3) سعيد محمد الجليدي – مرجع سابق ص 180.

2- **رأي الظاهرية :**

يقول الظاهرية أنه لا خيار للزوج و الزوجة إذا وجد أحدهما في صاحبه عيبا من العيوب،جذاما أو برصا أو قرنا أو غيرها حدث قبل العقد أو بعده . ومعناه أن [1] الزواج باق فلو وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا مهما كانت صفته فإنه لا يحق لكليهما طلب الطلاق بالنسبة للرجل و التطليق بالنسبة للمرأة.

ب- **موقف المشرع الجزائري :**

منح المشرع للزوجة في المادة 2/53 الحق في طلب التطليق ، أما الزوج فلا يملك هذا الحق ، لأنه يملك حق الطلاق.

وهذه العيوب هي التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج سواء كانت جنسية كالتي تصيب الأعضاء الجنسية أو مرضية كالجنون و الجذام و غيرها.

و المشرع الجزائري لم يحصر هذه العيوب التي يمكن أن تطلب من خلالها الزوجة التطليق بل تركها مفتوحة،وهو الأحسن لأنه لا يمكن حصرها.

ويؤخذ عليه كذلك أنه لم يحدد المهلة التي تمنح للزوج المصاب من أجل العلاج.

ومنه إذا إكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج أو إطلعت على مرض أصابه بعد الزواج، فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها المريض[2]

---

[1] عبد الكريم شهبون- **مدونة الأحوال الشخصية المغربية** – جزء الأول – طبعة 2- دار النشر المعرفة- الرباط- ص227.

[2] عبد العزيز سعد- **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري** – الطبعة الثالثة – ص2

الفرع الثالث : التفريق بسبب الهجر

يدل لفظ الهجر على مفارقة الإنسان غيره إما بالبدن أو باللسان أو بالقلب و هجر فراش الزوجية يعني تباعد الطرفين و نشوء الشقاق بين الزوجين و إنقلاب الألفة إلى سوء عشرة و هجر و فراق.[1]

* فإذا اشتكت الزوجة بإضرار زوجها لها عن طريق الهجر الذي لم تعد تحتمله فلها أن تطلب من القاضي التفريق بينهما بطلب التطليق،وخاصة إذا كان هذا الهجر دون مبرر شرعي و قصدا للإضرار بالزوجة و طالت مدته أي أكثر من أربعة أشهر و الهجر هو أحد الأسباب التي ورد النص عليها في المادة **3/53** التي تجيز للزوجة طلب التطليق متى توافرت الشروط التالية و هي :

– أن يهجرها الزوج و يترك فراش الزوجية و أن يفوق هذا لهجر مدة أربعة أشهر متتالية،و أن يكون هذا الهجر عمديا و ليس له مبرر[2]

الفرع الرابع : التفريق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

ذكر المشرع الجزائري في المادة **4/53** أنه يحق للزوجة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية[3]

ومن خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع بإستعماله لعبارة (فيها مساس بشرف الأسرة)، قد عمم الوصف وجعله غير دقيق .فالجرائم الماسة بشرف الأسرة يصعب عدها و حصرها فأي عقوبة تسلط على الزوج بسبب إرتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات ينطبق عليها هذا الوصف وخاصة جرائم الزنا و الفحش بين المحارم، ولذلك يبقى

(1) العربي بختي – **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي** ، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري – كنوز للنشر – طبعة الأولى 2013، ص127.

(2) بن زيطة عبد الهادي – مرجع سابق –ص 134.

(3) المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري.

للقاضي السلطة التقديرية في إعتبار هذه الجرائم ماسة بشرف الأسرة أم لا.[1]

وبالمقابل بالغ المشرع في إستخدام لفظ "تستحيل.." ، فقيام الزوج يمثل هذه الجرائم من الممكن أن يخلق جوا من التوتر و النفور يصعب معه إستمرار الحياة الزوجية، فأعطى للزوجة حق التطليق لرفع الضرر عليها و للقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض هذا الطلب.

الفرع الخامس : التفريق بسبب الغيبة

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف و الإستقرار،وغياب الزوج بدون عذر شرعي يعد سببا في إهتزاز كيان الحياة الزوجية، فالغائب هو من يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة ، فإن جهلت إعتبر مفقودا .[2]

أ- **الموقف الفقهي** : للفقهاء رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته و تضررت و خشيت على نفسها الفتنة فيقول أصحاب **الرأي الأول** وهم الحنفية و الشافعية : أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها ، و إن طالت غيبته ، لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق.

أما أصحاب **الرأي الثاني** وهم المالكية و الحنابلة فقالوا بجواز التفريق للغيبة خاصة إذا تضررت الزوجة بها و لو ترك الزوج مالا لتنفقه، فالغيبة تسبب ضررا بالغا عليها ، و الضرر يدفع بقدر الإمكان[3]

- و إختلف الرأيان في المدة التي يغيب فيها الزوج و نوعها.

ب- موقف المشرع الجزائري :ذكر المشرع الغيبة في المادة **5/53** ق .أ – و الغائب حسب نص المادة **(110)** من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من

---

(1) منصوري نورة- مرجع سابق ص 58.

(2) منصوري نورة – مرجع سابق – ص39.

(3) العربي بختي – مرجع سابق – ص132.

الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير[1]

ومن مضمون الفقرة 5 من المادة **53** ق – أ يتضح أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة إلا إذا توفرت الشروط التالية :

– أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل.

– أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي ،ويختلف الأمر لو غاب مثلا لإتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية.

– أن يغيب الزوج دون أن يترك نفقة زوجته، خلال فترة الغياب.

الفرع السادس : مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة

تتحدث المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري على التعدد ،وقد أحاطه المشرع بجملة من الشروط أو القيود التي بدونها يقع الزوج في الغش.

ومن جملة الشروط التي وضعها المشرع الجزائري:

– أنه يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية.

– وجود المبرر الشرعي.

– توفر شروط ونية العدل.

– إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها.

– تقديم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

– تأكد رئيس المحكمة من موافقة المرأتين، وتوفر الشروط السابقة.

* فإذا خالف الزوج هذه الشروط كمحاولته تزوير وثائق أو غش بغية الزواج بأكثر من واحدة فيكون للزوجة الحق في طلب التطليق.

(1) المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري –ق رقم 84–11 مؤرخ سنة 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 2006

* **الفقه الإسلامي** : لم يعتبر علماء الفقه التعدد من الأسباب التي تتخذها الزوجة في طلب التطليق.لأن الشروط التي وضعها المشرع للتعدد لا تأخذ بها الشريعة الإسلامية، فمن أراد الزواج بأكثر من واحدة فله ذلك بشرط العدل .فإن لم يعدل فلها حق طلب التطليق للضرر.

الفرع السابع : ارتكاب فاحشة مبينة

من خلال بحثنا عن المعنى و المدلول الحقيقي لكلمة فاحشة فنلجأ إلى المعنى اللغوي و الذي نقصد به الزيادة عن الأمر المعقول مثلا الأمر فاحش أي زاد عن المعقول، و ننظر كذلك إلى ما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى :" ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة و ساء سبيلا"[1]

وقوله تعالى :" قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها و ما بطن و الإثم و البغي بغير الحق و أن تشركوا بالله"[2]

وبناءا عليه فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لإرتكاب الفاحشة فعلى القاضي ألا يستجيب لطلبها إلا بعد التأكد من إنطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب و المؤسس عليه الدعوى وذلك بالإعتماد على أمور أساسية :

1- **نظرة الدين إلى الفعل** : الفاحشة في الدين هي كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفحش بين المحارم.

2- **مقتضى الفعل** : العقل يرفض الإنحراف و يفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية.

3- **الإرادة الإجتماعية** : القاضي ابن بيئته فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات و قيم و أخلاق و على نحو يطابق كتاب الله و سنة نبيه.[3]

---

[1] سورة الإسراء – الآية 32.

[2] سورة الأعراف – الآية 33.

[3] منصوري نورة – مرجع سابق ص 60-61.

– موقف المشرع : ذكر في المادة **7/53** من قانون الأسرة أن للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب إرتكاب الزوج لفاحشة مبينة كالزنا أو الإعتداء على قاصر أو الشرك بالله،ولكن يشترط أن تثبت الزوجة على الفعل بتقديم نسخة من الحكم الذي يدين زوجها للقضاء.

وما نلاحظ أن المشرع لم يضبط الأفعال التي تعتبر فاحشة مبينة و ترك الأمر بيد القاضي فهو من يقدر جسامة الفعل من قلته.

فما تراه الزوجة في الفعل المرتكب من طرف الزوج فحشا و يلحق ضررا بالغا لها فقد يراه القاضي أنه أمر عادي لا يرقى لأن يكون سببا للتطليق، ويراه قاضي آخر عكس ذلك.

الفرع الثامن : الشقاق المستمر بين الزوجين

المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد و هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كالشتم و التقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرح ،و الحمل على ما حرم الله.

أ– رأي الفقهاء :

– أجاز المالكية[1] التفريق للشقاق منعا للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما و بلاء ،فالأصل أن الحياة الزوجية تبنى على أساس المودة و الرحمة لقوله تعالى :" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة و رحمة ...".

ولذلك يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي طلب للتفريق بينها و بين زوجها ورفعا للضرر.

– أما الحنفية و الشافعية و الحنابلة[2] فلم يجيزوا التفريق للشقاق مهما كان شديدا،

(1) عبد القادر بن حرز الله – **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق** – دار الخلدونية للنشر– الطبعة الأولى 2007– ص281

(2) ابن رشد القرطبيي **– بداية المجتهد ونهاية المقتصد** – مطبعة مصطفى اليابي –مصر – الطبعة الرابعة 1975–الجزء2– ص97.

فرفع الضرر على الزوجة يمكن بغير الطلاق،والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

ب- رأي المشرع الجزائري:

- إن إضافة المشرع في المادة **8/53** ق .أ سببا جديدا من أسباب التطليق و هو الشقاق المستمر بين الزوجين، تعتبر إضافة صائبة لرفع الضرر على الزوجة المتضررة من ظلم الزوج و قهره ، و بالمقابل فإنها تصعب الأمر على القاضي لان صعوبة إثبات هذا الأمر قد يوقعه في مشكل الفرقة بين الزوجين بظلم من الزوجة بناءا على إدعاءات و مزاعم كاذبة للتطليق من الزوج.

الفرع التاسع : التفريق لمخالفة شروط عقد الزواج

* نقصد بشروط عقد النكاح هي الشروط التي يضعها الزوجان قبل أو أثناء هذا العقد ، أو هو ما ينشؤه أحد الزوجان بتصرفه فيجعل من هذه الشروط عقودا مرتبطة به ، إذا لم تتحقق لم يلتزم بالعقد و قسمها علماء الفقه إلى **3** أصناف :[1]

1- شروط من مقتضى العقد : يجب الوفاء بها سواء إشترطت أم لم تشترط كالميراث و النفقة و هي شروط أصلية.

2- شروط منافية لمقتضى العقد: فالعقد هنا صحيح بعد الدخول و الشرط يسقط كعدم الإنجاب.

3- شروط جعلية : وهي ليست في العقد و لا منافية له و إختلف في حكمها كالتعدد و إشتراط الدراسة و السكن.

والجمهور الفقهاء يختلفون في حكمها بين الكراهية و البطلان أما الحنابلة فيعتبرونها صحيحة و يجب الوفاء بها .

* **المشرع الجزائري** : نلاحظ أن المشرع في هذه النقطة جرد قانون الأسرة و الذي يحتوي على طبيعة خاصة مستمدة من الشريعة الإسلامية و أضفى عليه الأحكام

[1] سعيد محمد جليدي – جزء 1- مرجع سابق ص 103-104-105.

الخاصة بالعقد المدني ، ونلاحظ أنه لو طبقنا هذا الأخير سنجد أنه في حالة إخلال أحد الزوجين بالإلتزامات الواردة في العقد فإن له الحق في طلب فسخ عقد الزواج و ليس طلب التطبيق.

الفرع العاشر : التفريق للضرر المعتبر شرعا

وهو موضوع بحثنا الحالي فالضرر المعتبر شرعا هو المؤدي للنزاع بين الزوجين فعلى الزوجة إثباته و على القاضي أن يميز السلوك الضار بغيره . و إعتمادا على المعيار الشخصي فما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجة ما لا يعتبر ضارا بالنسبة لأخرى، فالسلطة التقديرية في الأخير ترجع للقاضي ، لأن اللفظ الموضوع من طرف المشرع لفظ عام و فضفاض و تدخل فيه جل الأسباب السابقة التي منحت للزوجة لطلب التطليق ، ولم يتقيد بضرر خاص و معين و بذلك يكون للقاضي كل السلطة في تقدير هذه الأسباب دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا.

وسندرسه بالتفصيل في الفصل الأول من هذا البحث.

وسنتناول في هذا الفصل دراسة مفصلة على ماهية الضرر، وقد قسمناه إلى ثلاث مباحث رئيسية و يحتوي كل مبحث على مطالب موزعة كالآتي:

المبحث الأول: تعريف الضرر.

المطلب الأول: التعريف اللغوي.

المطلب الثاني: التعريف الشرعي.

المطلب الثالث: التعريف القانوني.

المبحث الثاني : الضرر المعتبر قانونا و شرعا.

المطلب الأول: أنواع الضرر.

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لتحقق الضرر.

المطلب الثالث : الآثار الشرعية و القانونية الناتجة عن الضرر.

المطلب الرابع : الضرر في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث : القواعد الفقهية الضابطة للضرر.

المطلب الأول : قاعدة لا ضرر و لا ضرار.

المطلب الثاني : قاعدة الضرر يزال.

المطلب الثالث: قاعدة الضرر لا يكون قديما.

المبحث الأول : تعريف الضرر

ونتناول فيه ما يلي :

المطلب الأول: التعريف اللغوي.

– الضرر و هو الضيق و العلة التي تقعد عن جهاد و نحوه. ج، مضار. [1]

– الضرر و هو ضد النفع و المضرة خلاف المنفعة.

وضره يضره ضرا وروي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال :(لا ضرر و لا ضرار).قال و لكلا اللفظين معنى غير الآخر.

معنى لا ضرر: أي لا يضر الرجل أخاه ضد النفع.

معنى لا ضرار: لا يضار كل واحد متهما صاحبه.[2]

– وجاء في المصباح المنير: أن الضر بمعنى الفاقة و الفقر، و يطلق على نقص يدخل الأعيان كالأموال و الأنفس.[3]

* وإستعملت النصوص الشرعية الضرر في عدة مواضع نأتي على ذكرها في المطلب الموالي ، لكن خلاصة القول هنا أن لفظ الضرر إجمالا يشمل الشدة التي تصيب الإنسان في جسمه وماله و غيرها،وهذه المعاني كذلك تنبئ على أنه هناك نوعان من الضرر الحسي و المعنوي.

---

(1) مجمه اللغة العربية– مرجع سابق– ج1– ص538.

(2) محمد بن كرم بن منظور– **لسان العرب**– دار صادر– بيروت– لبنان الطبعة الأولى – ج4–ص482.

(3) أحمد بن علي الفيومي – **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**– دار الفكر للطباعة– القاهرة –مصر ج2–مادة الضرر ص 360.

المطلب الثاني: التعريف الشرعي.

يقصد بالضرر : هو إلحاق المفسدة بالغير ، وهو كلمة جامعة شاملة تضم كل أوجه الأذى و الإساءة مما يسيء للإنسان في نفسه أو عرضه أو شرفه أو إعتباره أو ماله أو عقله، فأي إساءة تصيب الإنسان في شيء من ذلك هو ضرر يشرع للإنسان دفعه ورده. أو الحيلولة دون وقوعه إبتداءا. [1]

– وعرفه ابن العربي[2] أنه الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه ، وهو نقيض النفع.

وجاء في المنتقى:[3] (الضرر هو مالك فيه منفعة و على جارك فيه مضرة)

– ومن بقية المعاني التي استعملها الفقهاء إضافة إلى ما ذكر ما قاله الدسوقي : (بأن للزوجة حق طلب التطليق للضرر،وهو مالا يجوز شرعا.[4]

وهذا الضرر المسوغ لطلب التطليق بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ،كالشتم و الضرب و الهجر من غير سبب يبيحه[5]

وفي خلاصة القول نقول أن معنى الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم ،أو جسم معصوم أو عرض مصون.

المطلب الثالث: التعريف القانوني

يرتبط الضرر في القانون بالمسؤولية المدنية، لأنه ركن أساسي فيها ، وتتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيرها الرفض[6]

---

(1)ابن حجر الهيثمي – **فتح المبين لشرح الأربعين النووية**– مطبعة العامرة الشرقية – القاهرة– ص211.

(2) بن زيطة عبد الهادي – مرجع سابق – ص19.

(3) أبو الوليد الباجي– **المنتقى شرح موطأ مالك**– دار الكتب العلمية – بيروت– لبنان– الطبعة الأولى –ج6–1332هـ ص40

(4)محمد بن عرفة الدسوقي– **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** – دار إحياء الكتب العربية– القاهرة– ج2– ص345.

(5) وهبة الزحيلي– **الفقه الإسلامي و أدلته**– دار الفكر – الجزائر– طبعة 1 1991–ج7– ص527.

(6) بن زيطة – مرجع سابق – ص22.

ورغم شيوع فكرة الضرر في التشريع إلا أنه من الصعب إستنتاج تعريف منضبط له.ومن المحاولات الكثيرة لوضع مفهوم دقيق لهذا اللفظ هو ما إستقر عليه الفقه و قد عرف الضرر على أنه (الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، أو هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أو أدبية[1] ومن جملة هذه التعاريف نستطيع تحديد مفهوم جامع و شامل لها و هو المساس بحق أو مصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة و نرجع هذا التعريف للأسباب الآتية :[2]

1- نوع الإعتداء : المساس الذي لا يشترط فيه ظاهر التعدي ، لأن مجرد ذلك يشكل ضررا ، أي أن الإعتداء لا يكون ماديا بالضرورة كالضرب و الجرح و لأنه قد يكون معنوي كالشتم و التجريح.

2- محل الضرر: و يتضمن الحق و المصلحة المشروعة ، بغية التوفيق بين ممارسة الحق بحرية و عدم التعسف في إستعماله.

3- المضرور: وهو الغير كما النفس ، إذا أن الإعتداء على النفس غير جائز كذلك.

4- أثر الضرر: وهو المفسدة المعتبرة، وتظهر أهميته في التمييز بين ما يجب التعويض عنه و ما لا يجب.

* وبالنسبة لقانون الأسرة وخاصة في الفقرة العاشرة من المادة **53** ،فإن المشرع أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا دون أن يضع تعريفا محددا لهذا الضرر و تركه تحت السلطة التقديرية للقاضي.

فضلا أن هذه الفقرة بهذا اللفظ تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة **53** من هذا القانون.

---

(1) العربي بلحاج – **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري** – ديوان المطبوعات الجامعية – 1994ج2- ص147

(2) بن زيطة – مرجع سابق – ص25.

* كما نص المشرع كذلك في قانون الأسرة المادة **55** أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر و هذه المادة مفادها أنه متى نشزت الزوجة كان للزوج حق الطلاق ومتى كان الزوج هو الناشز فللزوجة حق التطليق للضرر.

المبحث الثاني : الضرر المعتبر قانونا و شرعا

تطرقنا في المبحث الأول إلى تعريف الضرر لغة و شرعا و قانونا و بما أنه موضوع دراستنا فسنتناوله في هذا المبحث مفصلا في ثلاث مطالب وهي

المطلب الأول : ندرس فيه أنواع الضرر

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لتحقق هذا الضرر

المطلب الثالث: ندرس فيه الآثار الشرعية و القانونية الناتجة عن الضرر.

المطلب الأول : أنواع الضرر.

– قسم علماء الفقه الضرر إلى عدة أنواع و بحسب إعتبارات مختلفة ،فمنهم من جعلها نوعين و منهم من تعدى إلى ثلاثة أنواع.

وعند إعتبار موضوع الضرر فإنه يكون هناك ضرر مادي و ضرر أدبي و معنوي ، و بإعتبار ضمان مسببه للتعويض على من أصابه بتنوع الضرر المادي إلى ضرر متوقع و غير متوقع،وضرر حال و آخر مستقبل.ومن الفقهاء من قسم الضرر المعنوي إلى إضرار إعتبارية محضة و أضرار معنوية تابعة للأضرار الحسية و هي الأضرار المباشرة و غير المباشرة ، فالمباشر : ما يصيب الإنسان نفسه من ضرر التشهير و إساءة السمعة.أما الغير مباشر : ما يصيبه في متعلقاته و توابعه كالأسرة[1]

(1) عبد المجيد محمود الصلاحين– **التعويض عن الأضرار المعنوية في الفقه الإسلامي و القانون المدني**–بحث مقدم بمجلة دراسات علوم الشريعة و القانون – المجلد 31– العدد 2– 2004–ص

لكن الفقه الغربي يميل إلى تقسيم الضرر إلى ثلاثة أنواع ،وهو الضرر المالي و يتعلق بالمعاملات المالية للشخص،وضرر معنوي و آخر بدني- يتعلق بجسم الإنسان- والتقسيم الراجح هو التقسيم الثنائي الذي يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي إعتدى عليها التي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية.[1]

فبالتالي فالضرر ينقسم إلى نوعين : ضرر مادي و ضرر معنوي.

الفرع الأول : الضرر المادي

- هو كل أذى يمس الإنسان في جسمه أو ماله كما عرفه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي ((الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو ماله ، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي))[2]

- وعرفه السنهوري بأنه :((إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققا، ولا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع))[3]

من هذين التعريفين نستشف بأن الضرر المادي يصيب الإنسان في الجسم أو المال ، فالضرر هنا يترتب على المساس بحق أو مصلحة ، سواء كانت مالية كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية- وتكون مادية إذا نجم عن هذا المساس إنتقاص للمزايا المالية التي يحق لها واحد من تلك الحقوق، أو غير مالية كالمساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل و حرية الرأي كحبس الشخص دون وجه حق أو منعه من السفر للعمل فهذا كله ضرر مادي بشرط أن تكون المصلحة مشروعة، وهذه المصلحة هي كل ما يلحق الشخص من خسارة و يفوته من كسب.وبذلك فهذا الضرر له وجهان ،أولهما يمس بحقوقه المالية

---

(1) بن زيطة عبد الهادي – مرجع سابق –ص24.

(2) العربي بلحاج – مرجع سابق ص145.

(3) عبد الرزاق السنهوري- **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** – بيروت-منشورات الحلبي الحقوقية –الطبعة 3.المجلد2 سنة 1998- ص969.

أو تفويت مصلحة مشروعة ذات صفة مالية،وثانيهما يصيب الإنسان في سلامة جسده وحياته[1]

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

– إجتهد بعض فقهاء الشريعة و القانون في إيجاد تعريف للضرر المعنوي و الذي يقابل في مدلوله للضرر المادي الملموس، ولفظ المعنوي في أصل وضعه يطلق على حقيقة الشيء غير المتشخصة أي يدل على فحواه و مضمونه و دلالته، يلحق هذا اللفظ على سبيل الإتساع بما يسمى بالجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ، ليكون في العادة مقترنا بالأضرار المادية،أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي تحدث في النفس و الأحزان، ليقوم وحده غير مصحوب بضرر مادي يكون بذلك قد ألحق أمورا ذات طبيعة مالية كالعقيدة مثلا[2]

– ومن جملة التعاريف التي وضعت للضرر المعنوي نذكر:

* الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية ،أو هو مساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي[3]

* ويقول الدكتور سليمان مرقص "" ويعتبر ضررا أدبيا كل مساس بشرف الشخص و إعتباره كما في القذف و السب،وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو عاطفته كما في الضرب و الإهانة و قتل عزيز، كما يعتبر كذلك كل مساس بحق من حقوق الشخصية و في مقدمتها الحق في الإسم و الحق في الصورة و الحق في إحترام الحياة الخاصة، وبوجه عام كل إعتداء على حق كإنتهاك حرمة ملك لغير ، سواء ترتب على هذا

(1) خارف محمد– التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري–مذكرة ماجستير –تخصص شريعة و قانون– كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية – وهران 2013–2014 ص8.

(2) سعيد مقدم– نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية– المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر 1992 ص44–45.

(3) بن زيطة عبد الهادي – مرجع سابق ص30.

المساس أو الإعتداء في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أم لم تترتب"[1]

* وعرفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي : هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام و الأوجاع الروحية من شتم و تحقير و ترك لجماع و الكلام و المبيت[2] وينصب هذا التعريف على الضرر الذي يخول للزوجة حق طلب التطليق – وهو موضوع دراستنا.

ونستخلص من هذه التعاريف أن الضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص من أذى في جسمه و الآلام التي لا تصل إلى حد التأثير أو ما يصيبه في عرضه أو في عاطفته ، أو من جراء الإعتداء على حقوقه و مصالحه المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها.

– و أرجع الأستاذ السنهوري الضرر المعنوي إلى أحوال معينة[3]

1– ضرر يصيب الجسم ، كالجروح أو تشويه الوجه أو الجسم بوجه عام.

2– ضرر يصيب الشرف و الإعتبار و العرض، كالسب و القذف و هتك العرض.

3– ضرر يصيب العاطفة و الشعور و الحنان، كانتزاع الطفل من حضن أمه.

4– ضرر يصيب الشخص من مجرد الإعتداء على حق ثابت له ، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الإعتداء.

المطلب الثاني : الشروط اللازمة للضرر المعتبر

يعتبر الضرر أهم ما ترتكز إليه المسؤولية من أركان حيث لا مسؤولية بدون ضرر .و القول بمشروعية التعويض ليس مطلقا بل له ضوابط وفق ما جاء به التشريع الإسلامي و القانون ، وهذه أهم الشروط اللازمة لتحقق هذا الضرر.

الفرع الأول : تحقيق الضرر

---

[1] خارف محمد– مرجع سابق ص10.

[2] مجاهد الإسلام القاسمي – دراسات علمية و فقهية – دار الكتب العلمية – بيروت– الطبعة الأولى 2003– ص157.

[3] السنهوري – مرجع سابق ص 971.

إن الضرر المترتب عن الفعل الضار أول شيء يجب أن يكون [1] أي أنه ضرر محققا

وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما في المستقبل، ولكن الضرر لا يكون واضحا في جميع حالاته ، فمن الأفعال الضارة ما لا يمكن معرفة الأضرار الناشئة عنه بشكل دقيق حال وقوعها ، و إنما قد تكون الأثار بسيطة ما تلبث أن تتزايد مع مرور الزمن.

والقضاء في هذه الحالة لا يستطيع تحديد جسامة وخطر هذه الأضرار وقت وقوعها.

وهذا ما نسميه بالأضرار المستقبلية التي تتحقق أسبابها لكن نتائجها تتزاخى للمستقبل لكننا ندرجها مع الأضرار المحققة[2]

– ومعنى لفظ المحقق : هو ما ليس مظنونا و لا موهوما أو هو المحتمل سواء كان تحققه حالا أو مآلا.

الفرع الثاني : أن يكون الضرر شخصيا

معنى إشتراط أن يكون الضرر شخصيا أي أن الضرر أصاب الشخص المدعي فأنشاء له الحق في طلب التعويض بسبب الفعل الضار، وهذا لا يعني أنه لا يجب وضع وكالة للمطالبة بهذا الحق، أي لا يجوز أن يتطوع شخص في المطالبة بحق غيره دون تفويض أو توكيل هذا الأخير له.

ففي باب التطليق فيجب على الزوجة المتضررة هي التي تطالب بحق رفع الضرر عنها، و لا يحق لأحد غيرها و لو كانوا أولياؤها من ممارسة هذا الحق إلا بتكليف أو وكالة منها.

الفرع الثالث : أن يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للمتضرر.

مررنا بالتعريفات السابقة للضرر أنه يجب أن يصيب حقا مشروعا أو مصلحة مشروعة للمتضرر، سنتطرق كل على حده:

---

[1] المرجع نفسه – ص971.

[2] خارف محمد – مرجع سابق ص12.

أ – الإخلال بالحق: لكل شخص الحق في حفظ سلامة حياته و سلامة جسمه ، فالقيام بالتعدي على الحياة ضرر، و التعدي على الملك هو إخلال بحق يعتبر ضرر بل هو أبلغ درجات الضرر، كإتلاف أعضاء الجسم أو إحداث جروح أو إصابة الجسم و العقل بأي نوع من أنواع الأذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يتكبد نفقة في العلاج هو أيضا ضرر مادي[1]

– وهذا الحق سواء كان استئثارا بشيء أو كان مصلحة فهو محمي، وسواء كان هذا الحق ماليا أو غير مالي فإن إنتهاكه يرتب عنه مسؤولية جبر ما يمكن أن ينشأ عنه من ضرر.

ب– إخلال بمصلحة مشروعة :

قد يكون الضرر إخلالا بمصلحة مشروعة سواء كانت مالية أو غير ذلك ، ولا يقوم الضرر إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنه لا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضررا يستوجب التعويض كمثال الخليلة فإنها لا يجوز أن تطالب بتعويض الضرر الذي يصيبها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت في الأصل غير مشروعة[2]

وتعرف المصلحة على أنها :" المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ،ونفوسهم ، وعقولهم ،ونسلهم و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها ".[3]

إذا هي شرط للحصول على التعويض من الضرر الذي لحق المضرور.

وقد عرف الأستاذ فتحي الدريني تعريفا جامعا لكل من الحق و المصلحة المشروعة:" إختصاص يقربه الشرع سلطة على شيء أو إقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة

---

(1) د– السنهوري – مرجع سابق ص 971.

(2) المرجع نفسه – ص974.

(3) محمد سعيد رمضان البوطي: **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** – دار الفكر – بيروت – الطبعة الرابعة 2007– ص 37

معينة".[1]

شرح التعريف :[2]

1- الإختصاص : هو الإنفراد و الإستئثار ، فقد يكون المختص هو الله سبحانه و تعالى و قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.

2- يقر به الشرع: يخرج به الإختصاص الواقعي

3- سلطة على شيء أو إقتضاء أداء من آخر: السلطة قرينة لا تنفك عن الإختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق(حق عيني) أو تكون سلطة لشخص منصبة على إقتضاء أداء من آخر(حق شخصي).

4- الأداء: قد يكون إيجابيا كالقيام بعمل أو سلبيا كالإمتناع عن عمل ، كالعبادات و الحدود و حقوق الأشخاص العينية و الشخصية .

5- تحقيق مصلحة معينة: وهي متعلقة بلفظ (يقربه الشرع) أي إقرار الشخص لهذا الإختصاص أي مصلحة مشروعة.

وفي التطليق نلاحظ أن الضرر الواقع على الزوجة حسب المادة **53** ق .أ فإنها حق و مصلحة الزوجة التي منحت لها في الأصل.

الفرع الرابع : أن يكون الضرر مباشرا

ومفاده أن الضرر يكون قد نجم مباشرة عن فعل فاعل ،سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، و المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار أو العمل الغير مشروع و هو مما لا يستطيع الشخص المضرور أن يتوقاه ببذل الجهد. فصفة المباشرة ضرورية لإثبات وقوع الضرر.

المطلب الثالث : الآثار الشرعية و القانونية الناتجة عن الضرر

---

(1)فتحي الدريني: **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في إستعمال الحق بين الشريعة و القانون** – دار الفكر – بيروت–ص193–194

(2) المرجع نفسه – ص194.

من أهم الآثار الشرعية و القانونية الناتجة عن الضرر هما أثران مهمان، وسندرسهما من خلال الفرعين التالين : الفرع الأول : التعويض و الفرع الثاني : الجبر.

الفرع الأول : التعويض

أولا: تعريفه

إن لفظ التعويض له إستعمالات و مرادفات لغوية و إصطلاحية متعددة.

والتعويض من العوض و معناه البدل و الخلف، وعوضت فلانا أي أعطيته بدل ما ذهب منه.[1]

وفي الإصطلاح فقد إختلف في وضع مفهوم محدد للتعويض فقهاء الشريعة لم يستعملوا لفظ التعويض و إنما استخدموا لفظ الضمان و الذي هو شغل الذمة بما يجب فمنهم من يستخدمه للتعويض و بعضهم يستعمله بمعنى الوفاء به من مال أو عمل[2] لا يدخل فيه التعويض.

أما في القانون فمعنى التعويض يقارب المعنى اللغوي ، ومعناه أنه " ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر"[3]

ثانيا : تقديره

مما سبق من تعريف للضرر و شرح للتعويض ننتهي إلى أن التعويض لا يثبت إلا بتحقق وحصول الضرر.

ويقدر التعويض كأصل عام على أساس مقدار ذلك الضرر الذي يلحق بالمدعي و الذي لحق بالمضرور من خسارة وتفويت الكسب.

---

(1) ابن منظور – مرجع سابق –ج7 ص192.

(2) محمد يوب، **تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية**– دراسة مقارنة–قسم العلوم الإسلامية– جامعة الحاج لخضر– باتنة– رسالة دكتوراه،2012–2013– ص30

(3)بوسطلة شهرزاد– **جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي** – تخصص شريعة و قانون – جامعة الأمير عبد القادر – قسنطينة–2014/2013 رسالة دكتوراه–ص17.

–وهذا التعويض قد يكون نقديا أو عينيا إذا كان الضرر يصيب مصلحة مالية، كما يجوز للقاضي بحكم تعويض إجمالي عن جل الأضرار التي أصابت المتضرر بشرط تحديد كل عناصر الضرر ومدى أحقية لتعويض عنها[1]

كما أن التعويض من الممكن أن يكون إتفاقيا بين المضرور و المسؤول عن الضرر من حيث التوقيت و المقدار ،ويكون قانونيا إذا تدخل المشرع في تحديد مقدار التعويض.[2]

* أما الضرر المعنوي فيعود للقاضي تقدير مدى هذا الضرر، و إنه لمن الصعب تعويض هذا النوع من الضرر نقدا، لأن الشرف و العرض لا يقدران بالمال و إنما هي وسيلة إرضاء وتطييب الخاطر.

– و نلاحظ أنه في قانون الأسرة الجزائري جعل المشرع جملة من التعويضات التي تمس الحياة الأسرية كالتعويض الواجب في العدول على الخطبة و التعويض في الطلاق التعسفي و التعويض في حالة التطليق أو أي ضرر يصيب أحد الزوجين سواء كان الضرر ماديا أو معنويا .

الفرع الثاني : الجبر

أولا: تعريفه

– يأخذ لفظ جبر معان عديدة و مختلفة بحسب إستعمالها في اللغة العربية فتأتي بمعنى الإكراه و التكبر و غيرها، و المعنى الذي يخدمنا في هذا الموضوع هو فعل جبر أي أصلح و أحسن وهو خلاف لكسر،[3]أما في الإصطلاح فمعنى الجبر إرتبط عند الفقهاء بالضمان ولم يوضع له تعريف محدد فوضعت له تعاريف بحسب إستعمالاته، فمثلا في النكاح و الولاية[4]جاء بمعنى المضاد للإختيار، وفي مواضع أخرى بمعنى

---

(1) بن زيطة – مرجع سابق –ص 52–53.

(2) بوسطلة شهرزاد– مرجع سابق ص18.

(3) ابن منظور– مرجع سابق ص68.

(4) بوسطلة شهرزاد– مرجع سابق ص12.

إستدراك مصالح فائتة.

ونحن في موضوعنا يخدمنا معنى الإصلاح و الإحسان، فالجبر هنا هو الذي نحققه لإصلاح الضرر المعتبر الذي يلحق الزوجة من تعسف و ظلم الزوج.

ثانيا : تقديره:

مما سبق ذكرنا أن مفهوم الجبر إرتبط عند الفقهاء بالضمان قد عرفه مصطفى أحمد الزرقا[1]بأنه التعبير الشائع في لسان فقهاء الشريعة للدلالة على ما يلتزم به الإنسان في ذمته من المال المثلي أو لنقود في معظم الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة كالإتلاف و الغصب"،ويرى كذلك أنه (الإلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير)[2] ومنه فالجبر عن الضرر في هذه الحالة يكون على الأضرار المادية التي تصيب المتضرر و خاصة المالية منها لأنه يمكن ردها بمثلها أو بقيمتها.

بينما أختلف في الضرر المعنوي لأنه لا يخضع للمثليات و لا يقوم بثمن، والجبر في هذه الحالة يأخذ معنى الإصلاح و الإحسان، لأن الأمور النفسية تأخذ بجبر الخواطر، وإصلاح لضرر للطرف المضرور وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

والذي من صوره التطليق للضرر والذي يعتبر جبرا لما قد يصيب الزوجة من أذى و ألم وهو متنفس لتخلصها من حياة فقدت فيها المودة و الرحمة التي هي أساس الحياة الزوجية و إستحالت إستمرارية العيش مع الزوج الذي كان سببا في إيقاع الضرر عليها.

---

[1] مصطفى أحمد الزرقا – **الفعل الضار و الضمان فيه** – دار القلم– دمشق المطبعة الأولى 1988–ص62.

[2] المرجع نفسه – ص62.

المطلب الرابع : الضرر في قانون الأسرة الجزائري

* مما سبق تعرفنا على مفهوم الضرر من الناحية اللغوية و الشرعية و القانونية ، ولاحظنا أن المشرع الجزائري لم يضع مفهوما محددا وهذا اللفظ، بل ربطه بمشروعية المصلحة محل التعدي و حقيقة هذه المشروعية ترجع إلى المقاصد الشرعية، وقانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية و يسعى للحفاظ على الأسرة و أبعاد كل الأضرار التي تحيط بها.

وقد تعرض قانون الأسرة في تنظيمه للضرر في عدة نقاط سندرسها بالتفصيل في الفروع الآتية و هي الضرر المترتب عن العدول على الخطبة و الضرر من الطلاق التعسفي و أخيرا الضرر الناتج عن التطليق.وعلاقة الفقرة الاخيرة من المادة 53 ق. أ وباقي أسباب التطليق.

الفرع الأول : الضرر بسبب العدول عن الخطبة

* ذكرت الخطبة في المادة **5** من قانون الأسرة الجزائري:" الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".[1]

ومنه القضاء الجزائري يعتبر الخطبة وعد بالزواج و ليست عقدا ملزما و لا زواجا شرعيا، وأنه يجوز للطرفين العدول عنها،ولكنه وضع عبارة واضحة و صريحة في حالة العدول أنه إذا ترتب عنه ضرر سواء كان مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

– العدول الذي يجوز فيه التعويض هو المصاحب للضرر الذي لحق بأحد الطرفين وهذا الضرر قد يكون ماديا كإعداد جهاز معين، أو أن يطلب الخاطب من خطيبته ترك وظيفتها أو أن تطلب هي منه إعداد مسكن بشروط معينة و غيرها من الشروط أو يكون

[1] مادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، ق11/84 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري2005.

الضرر معنويا كأن يفوت الخاطب على مخطوبته فرص زواج طيلة مدة الخطبة، ناهيك عن التشهير خاصة إذا طالت مدة الخطبة.

فالبنسبة للهدايا و غيرها فقد حدد المشرع الجزائري في المادة **4/5** الفقرتين **4-5** الشروط الخاصة في إرجاع الأشياء المادية و بالنظر ذلك إلى جهة العدول(لا يسترد الخاطب من مخطوبته شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته.

- وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها رد مالم يستهلك من هدايا أو قيمته.

- أما بالنسبة للضرر المعنوي فيبقى تحت السلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثاني : الضرر بسبب الطلاق التعسفي

- يطلق لفظ الطلاق التعسفي على كل طلاق إستبد به الزوج قصد إلحاق الأذى و الضرر بالزوجة، وقد أشار إليه المشرع الجزائري في المادة **52** ق.أ:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "[1]

وفي هذه المادة لم يحدد المشرع حالات التعسف الواقعة على الزوجة،وكيفية وقوع الطلاق أو تكييفه على أنه طلاق تعسفي.

وذهبت المحكمة العليا إلى أن تكييف طلاق الزوج وكونه طلاقا تعسفيا يرجع للسلطة . التقديرية للقاضي[2]ونفس الشيء بالنسبة للتعويض سواء كان ماديا أو معنويا،وهذا حدد في المادة ذاتها بإعطاء القاضي هذه السلطة بغية رفع الضرر عن الزوجة و في هذه الحالة فإن القاضي سيرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تكييف هذه الأفعال و تقييدها و طريقة العوض المستحق وهذا تبعا لما جاءت به المادة **222** من القانون الأسرة الجزائري التي تحيل كل المسائل الغير مذكورة و لم يرد النص فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1] المادة 52 من قانون الأسرة ص15.

[2]مادة 53 مكرر.

الفرع الثالث : التطليق بسبب الضرر

تعتبر حسن المعاشرة بين الزوجين من الحقوق المشتركة بينهما و على كل واحد منهما أن يحاول دفع الضرر عن الآخر لتحقيق الإستقرار و الهناء في الحياة الزوجية،وذلك لقوله تعالى :" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"،وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في حجة الوداع :(إن لكم من نسائكم حقا،وإن لنسائكم عليكم حقا).

فلا يجوز للزوج إلحاق الضرر بزوجته سواء بضربها ضربا مبرحا أو ظلمها أو الإساءة إليها، وقد نص المشرع الجزائري في المادة **53** من قانون الأسرة جملة من الأسباب تمنح الزوجة المتضررة حق طلب التطليق من زوجها و جاءت المادة بعشرة أسباب في عشر فقرات، متى ثبت منها سبب كان للزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية.

وقد ختم المشرع نص المادة بالفقرة الأخيرة (كل ضرر معتبر شرعا) ،ففي حالة إساءة الزوج أو تعسفه في إستعمال حقه و أصاب الزوجة الضرر بأي نوع من الأنواع التي لا يستطاع معها دوام العشرة و ثبت هذا الضرر و عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين.

وقد سبق وفصلنا في أسباب التطليق في الفصل التمهيدي و خلصنا أنه لكل سبب شروط وقوعه،وأن جملة هذه الأسباب كلها تعد ضررا واقعا على الزوجة سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا و أن كل تلك الأسباب تستحيل معها إستمرارية الحياة الزوجية و هي بمثابة العوائق التي تحول دون إستمرار هذه الحياة التي يكون أساسها الإستقرار و المودة و الرحمة و الألفة.

وفي هذه الحالة فإن المشرع الجزائري لم يقيد سلطة القاضي التقديرية فيما يتعلق بالضرر ، بل ترك له كل السلطة في تقديره متى ثبت هذا الضرر و إستطاعت الزوجة

المتضررة إثباته، فإطلاق المشرع للفظ الضرر المعتبر شرعا و عدم تقيده بضرر معين أعطت للقاضي مجالا واسعا في تقدير هذا الضرر،فاللفظ جاء عاما وواسعا و مطلقا ،وبالمقابل جعل من مهمة القاضي صعبة في التفريق بين الفعل الضار من غيره.

خلاصة أن المشرع الجزائري بسنه للمادة و تحديد أسباب التطليق فيها أراد من خلال ذلك دفع الضرر عن الزوجة المتضررة وجعل من التطليق ذاته جبرا للضرر الواقع بها.

وفي المادة **53** مكرر ذكر المشرع أنه في حالة الحكم القاضي بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها دون تفصيل في نوع الضرر سواء كان ضررا ماديا أو ضررا معنويا.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية الضابطة للضرر

لقد عني الفقهاء كثيرا بدراسة موضوع الضرر و معالجة أثاره ،ذلك لما له من أهمية بالغة في إستقرار العلاقات بين الناس، وقعدوا لذلك مجموعة من القواعد الفقهية الكلية لتضبطه و توضح معالمه و تنظم آثاره.

وفي موضوعنا سندرس أهم هذه القواعد الفقهية الضابطة للضرر المعتبر شرعا و الذي وضعه المشرع لرفع الضرر عن الزوجة بلجوءها إلى القضاء و طلب التطليق وسنرى هذه القواعد و أهم تطبيقاتها و التي ستكون لنا مرشدا هاما لدراسة هذا الموضوع ، وسنتناولها في ثلاث مطالب على التوالي :

المطلب الأول : قاعدة لا ضرر و لا ضرار.

المطلب الثاني : قاعدة الضرر يزال.

المطلب الثالث: قاعدة الضرر لا يكون قديما.

المطلب الأول : قاعدة لا ضرر و لا ضرار

تعتبر هذه القاعدة من جوامع كلام رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقد قال الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة و السلام:" لا ضرر و لا ضرار". فقد بنيت عليها أبواب كثيرة من الفقه و إندرجت تحتها الكثير من المسائل الفرعية مالا يكاد يحصى.

الفرع الأول : التعريف بالقاعدة

– بنيت القاعدة الفقهية (لا ضرر و لا ضرار) على لفظين مهمين : الضرر – الضرار.

– وقد عرفها ابن حجر الهيثمي في شرح الأربعين النووية[1] أن : الضرر هو إيصال الأذى للغير مطلقا ، ومعنى الضرار : هو إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له .لكن بغير تقييد بقيد الإعتداء بالمثل و الإنتصار للحق ، وهذا أليق بلفظ الضرار.

– و الضرار (بكسر الضاد) من ضره و ضاره، وهو خلاف النفع .

– أي لا فعل ضرر و لاضرار بأحد في ديننا ، أي لا يجوز شرعا لأحد أن يلحق بآخر ضررا و لا ضرارا[2]

– والفرق كذلك بين الضرر و الضرار أن الأول : يقع من إنسان لآخر ،و الثاني : فيقع من إثنين بالتبادل ، فالضرار يقتضي المشاركة بخلاف الضرر.فلا يضر الرجل أخاه ابتداءا ولا جزاءا.

---

(1) ابن حجر الهيثمي – مرجع سابق ص 211.

(2) أحمد محمد الزرقا– **شرح القواعد الفقهية**– تحقيق عبد الستار أبو غدة ومصطفى أحمد الزرقا– الطبعة الثانية1989 ص165

الفرع الثاني : أصل القاعدة

* إن القاعدة النبوية (لاضرر و لا ضرار) مستنبطة من عدة نصوص نذكر منها :

– قوله تعالى :(لا تظلمون و لا تظلمون)[1]

– وقوله سبحانه و تعالى :(ولا يضار كاتب و لا شهيد)[2]

–وقوله عز وجل :(ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا)[3]

* وتعد هذه القاعدة من العام المخصوص، لأن الضرر الواقع لا يمكن تلاشيه بالكلية ، فالنهي هنا ينصب على الضرر الذي يمكن تلاشيه و أخذ الحذر منه، فالضرر الخفيف الذي يتحمله الإنسان بدون مشقة ليس منهيا عنه على سبيل الوجوب. فالأفعال المباحة شرعا مشروط ففي إجرائها ألا يترتب عليها ضرر بأحد ،إلا إذا كان الضرر خفيفا عرفا ومثاله: وضع مواد البناء في الطريق العام لوقت قصير إلى حين الإنتهاء من هذا السبب، وعدة أمور يتسامح فيها الناس.

الفرع الثالث : علاقة القاعدة بالمادة 53 ق .أ

– مما سبق فالمادة 53 ق .أ تتحدث عن الأسباب التي من خلالها تلجؤ الزوجة إلى طلب التطليق وهي عشر أسباب ذكرها المشرع الجزائري وختمت المادة بشرط الضرر المعتبر شرعا وهو موضوع بحثنا. وقد قال الله في كتابه العزيز :(لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا)[4]فقد كان الرجل يطلق المرأة ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ليضارها فنهاهم الله على ذلك.

وجاء في تفسير الطبري[5] : فإذا طلق الرجل المرأة وبلغت أجلها فليراجعها بمعروف أو

---

[1] سورة البقرة– الآية 279.

[2] سورة البقرة – الآية 282.

[3] سورة البقرة –الآية 231.

[4] سورة البقرة الآية 231

[5] محمد بن جرير الطبري– **تفسير الطبري**– جامع البيان في تأويل القرآن – المكتبة التوفيقية– القاهرة.المجلد5–ص11.

ليسرحها بإحسان،ولا يحل له أن يراجعها ضرارا و ليست له فيها رغبة إلا أن يضارها.

و الإمساك بغير إحسان، هو الإمساك المنهي عنه في الشريعة الإسلامية و كذلك المشرع الجزائري فقد جاء في المادة 53 ق.أ عبارات : الشقاق المستمر.....عدم الإنفاق.....مخالفة الشروط.

فكل هذه العبارات تدل على وقوع الضرر على الزوجة و بذلك تستحيل إستمرارية الحياة الزوجية مع هذه الأضرار.

و بالنظر إلى كون القاعدة تطبق في فروع الفقه المختلفة و خاصة بما يتعلق بالأسرة من زواج و طلاق و غيرها فتعتبر مرجعا مهما للقاضي في الأخذ بها للفصل في النزاع المطروح للدفع بالضرر.

و أهم ما يتجلى في هذه القاعدة هو الشقاق المستمر بين الزوجين، فالضرر الواقع هنا يصنف كضرر كبير، لأن الإستمرارية في الشقاق و التنافر تعني الديمومة و تستحيل معها الحياة، وإن كانت من طرف الزوج فهذا الضرر مدفوع و يستطاع رفعه بدون إضرار الزوجة بالطلاق. ويكون بالتأديب أما إن كان للزوجة فقد شرع لها التطليق بدون إضرار الزوج و إبعادا لفكرة الثأر ونيل كل واحد منهما من الآخر.

المطلب الثاني : قاعدة الضرر يزال

تعد قاعدة (الضرر يزال) ، إحدى القواعد الفقهية الهامة التي مقصدها إزالة الضرر و دفعه بإزالة المشقة و الحرج على الناس.

الفرع الأول : التعريف بالقاعدة

- يعرف لفظ الضرر بالأذى و الفساد.

- يراد بعبارة يزال : المنع و الدفع.

- الضرر يزال : يعني وجوب إزالة الضرر، لأن الإخبار في كلام الفقهاء للوجوب[1] وهي من أهم القواعد الفقهية الموجبة لإزالة الضرر و حظر إيقاعه.

[1] مصطفى الزرقا- مرجع سابق ص179.

وألفاظ الضرار و المضارة تعني إيقاع الأذى و الفساد بالغير سواء من حيث الإستبداد و التأسيس أي بدون سبب،أو على مستوى المقابلة ورد الفعل من غير موجب [1] شرعي .

كما يجب رفع الضرر عند وقوعه، و السعي إلى سد أبوابه الموصلة إليه.

الفرع الثاني : أصل القاعدة

- تعتبر قاعدة(الضرر يزال) مبدأ محكما تكلفت الشريعة الإسلامية بتطبيقه في جميع أبواب الفقه، كما يعتبر أهم توثيق لمبدأ المصلحة.[2]

ومن أهم النصوص المأصلة لهذه القاعدة هي :

- قوله تعالى :(لا تضار والدة بولدها و لا مولود بولده).[3]
- قوله صلى الله عليه و سلم :(لا ضرر و لا ضرار).
- إجماع العلماء على أن الضرر ممنوع و الفساد مرفوع.

فإذا وقع على شخص من شخص آخر ضرر لم يحتمله،ورفع أمره للقاضي،وجب على القاضي أن يحكم بإزالة الضرر، تحقيقا للأمن بين الناس و على المتضرر الطلب من الذي تسبب له في الضرر بإزالته بالطرق السلمية،وإن أبى رفع أمره للقاضي فإزالة الضرر واجبة.

ويبنى على هذه القاعدة كذلك كثير من أبواب الفقه، وتندرج تحتها العديد من المسائل الفرعية الموجودة في العبادات و المعاملات و مجال الأسرة و غيرها ، نذكر منها :

1- الضرر لا يزال بضرر.

2- الضرورات تبيح المحضورات.

3- درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

---

[1] محمد بكر اسماعيل- **القواعد الفقهية بين الأصالة و التوجيه**- دار المنار-الطبعة الأولى1997ص99.

[2] بن زيطة عبد الهادي – مرجع سابق ص 176.

[3] البقرة – الآية 233.

وكذلك هناك استثناءات لهذه القاعدة وخاصة تلك المتعلقة بالقصاص و بالحدود و العقوبات ، فهذه الإستثناءات تعد ضررا لا ينبغي أن يزال، للمحافظة على أمن الناس في أرواحهم و عقولهم و أعراضهم و أموالهم.

وكذلك الضرر الملازم للدراسة مثلا أو للعمل فإنه ضرر لا يزال بل هو ملازم للإنسان[1]

الفرع الثالث : علاقة القاعدة بالمادة 53 ق-أ

من خلال التطرق لمفهوم قاعدة (الضرر يزال) نلاحظ أنه من مقاصد هذه القاعدة هو إزالة الضرر و الأذى و الفساد عن الفرد، سواء كان واقعا أو متوقعا هذا الضرر.

ومن خلال ملاحظة فقرات المادة 53 ق- أ ندرك أن الفقرة الأخيرة التي وضعها المشرع الجزائري (الضرر المعتبر شرعا) فأصلها أنها تعود إلى القاعدة.

و القاضي يراعي قبل حكمه بالتطليق إلى الضرر اللاحق بالزوجة و الذي تدعيه ، فإن كان واقعا حكم لها القاضي برفعه عنها.

* و في حالة النظر إلى جسامة الضرر و تأثيره على الحياة الزوجية فإنه على القاضي أن يحرص على إزالة الضرر الواقع و أن لا يزيله بضرر مثله و لا أكثر منه، وهذا يستدعي منه بحثا مدققا في وسائل إثبات هذا الضرر.

* ومن أقسام القاعدة(الضرر يزال) هي قاعدة إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بإرتكاب أخفهما و في هذه الحالة إذا ثبت للقاضي الضرر الذي تعانيه الزوجة فإنه هنا تتعارض المفسدتان: الأولى هي التطليق و الثانية هي الضرر الواقع، و بالنظر للقاعدة فإن القاضي سيحكم بأخفهما وهو النطق أو الحكم بالتطليق للزوجة المتضررة بدل بقاءها و عيشها في حياة يصعب استمرارها، أو العكس الإبقاء على إستمرارية الرابطة الزوجية بدل التطليق .

[1] محمد بكر اسماعيل – مرجع سابق ص 100.

* فالقاضي في حالة التطليق له السلطة التقديرية في معالجة أو الحكم للزوجة بما تدعيه ،وهو بذلك يحاول جبر هذا الضرر الواقع على الزوجة المتضررة قبل اللجوء إلى النطق بالحكم،وطبقا لهذه القاعدة الفقهية فإن القاضي يحاول رفع و إزالة الضرر الذي أصاب الزوجة.فالقاعدة تربي المسلم على معاني المساواة و العدل و الرحمة و الإحسان، وتنشئه على كراهية الظلم و الإعتداء و الإفساد[1]

المطلب الثالث : الضرر لا يكون قديما

تعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية التي شرعت لجلب المنافع و درء المفاسد، وذلك حفاظا على الكليات الخمس التي هي : الدين ، النفس ، النسب، المال و العرض.

الفرع الأول : التعريف بالقاعدة

ولفهم معنى القاعدة يجب التطرق إلى إيضاح معاني ألفاظها

– معنى الضرر : كما سبق و عرفناه هو كل ما جاء على خلاف النفع، وهو الأذى و المكروه و يأتي كذلك بمعنى الشدة و الضيق و كذلك النقصان الذي يدخل في الشيء.

ومعنى قديما : معناه الذي لا يوجد من يعرف أوله[2]

ومنه فإن معنى القاعدة أن الضرر لا يكون قديما إصطلاحا و لا يترك على قدمه، فلا بد من إزالته و رفعه. و الضرر في هذه الحالة قديمه كحديثه في الحكم، فلا يراعي قدمه و لا يعتبر بل يزال.

أما القدم الواقعي فهو غير مقصود بالنفي فالضرر الواقع بالنفي قد يكون قديما بحيث لا يوجد وقت النزاع من أدرك منشأه ومبدأه.

أما الضرر القديم المخالف للشرع فلا إعتبار له في الأساس.

---

[1] مصطفى الزرقا – مرجع سابق ص 182.

[2] أحمد محمد الزرقا – مرجع سابق ص

فالمتنازع في هذه الحالة إذا كان قديما تراعي فيه حالته التي هو عليها من القديم، بلا زيادة و لا نقص و لا تغيير و لا تحويل.و سبب عدم جواز تغيير القديم عن الحالة التي هو عليها أو رفعه بدون إذن صاحبه لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه، ظنا أنه وضع على أساس وجه شرعي.

الفرع الثاني : علاقة القاعدة و المادة 53 ق- أ

القاعدة تقول (الضرر لا يكون قديما)، وقاعدة التقادم لا تسري في مسائل الطلاق.

وبحسب المادة **53** من قانون الأسرة فإن فقراتها تتحدث عن الأضرار التي تصيب الزوجة و من خلالها ترفع أمرها للقاضي لفك الرابطة الزوجية، فلا تلزم الزوجة بالصبر على الضرر مهما كان قديما ، و ليس للزوج و لا القاضي الحق في التمسك بتقادم الضرر.أو يحمله على تقدير الإحتمال أو أن تطبقه الزوجة.

و في المادة أمثلة كثيرة على إستخدام القاعدة في جميع فقراتها فنأخذ مثلا فقرة الشقاق المستمر بين الزوجين أو وجود عيب في الزوج يحول دون تحقيق المقاصد الشرعية للزواج، في هذه الحالة إذا لجأت الزوجة المتضررة إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية وجب على القاضي النظر في موضوعها بدون مراعاة المدة التي عاشتها الزوجة تحت هذا الضرر ، وليس للزوج الحق في المعارضة على أساس صبرها طول تلك المدة.

ومنه متى لجأت الزوجة المتضررة إلى التطليق و بعد إثبات الضرر عليها وجب رفع الضرر و إزالته دون النظر إلى قدمه.

الفرع الرابع : علاقة الفقرة الأخيرة من المادة 53 ق- أ مع باقي أسباب التطليق

ذكرت المادة 53 من قانون الأسرة مجموعة من الأسباب الموجبة للتطليق وختمت المادة بفقرة(كل ضرر معتبر شرعا) فما علاقة هذه الفقرة بباقي الأسباب؟

ما يلاحظ في بداية الأمر أن المشرع ضيق في الفقرات الأولى من المادة ضيق في أسباب التطليق وحددها، ثم جاء في آخر المادة و أطلق مرة أخرى هذه الأسباب بلفظ "

كل ضرر"، والناظر في العبارة تظهر أنها عبارة مطلقة بدون قيد، لكن المشرع قيدها بالشريعة الإسلامية إذ قال في نص المادة (كل ضرر معتبر شرعا).

– وبالرجوع إلى مذهب المالكية[1] فإننا نجد أن فقهاء هذا المذهب وسعوا في مفهوم الضرر الذي يخول للمرأة حق طلب التطليق، ولم يشترطوا تكرره فيكفي أن يقع مرة واحدة فإذا ثبت هذا الضرر فلها التطليق.

فقد قال الدردير مبينا القصد من الضرر بأنه(هو كل مالا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي ، وضربها كذلك ، وسبها ،وسب أبيها على نحو يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون ، كما يقع كثير من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق)[2]

زيادة على هذه الأسباب فقد أضاف المالكية الإكراه على أمر حرام أو كان يضارها بالهجر أو الشتم أو هو كل ضرر لا يجوز شرعا و لا تحتمله الزوجة المتضررة. ومن هذا الرأي نلاحظ أن الضرر الشرعي يمس الأسباب التي ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة كالهجر لمدة تضار بها الزوجة فهذا ضرر شرعي ، و العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج يعد كذلك ضررا شرعيا ، و الغيبة الطويلة و إرتكاب الفاحشة و إستمرار الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة كلها أسباب شرعية تدفع بها الزوجة الضرر عنها و تطلب التطليق.

والمادة لا تتكلم عن الأضرار الخفيفة التي تحتملها الزوجة و مراعاة منها لإستمرار حياتها و إستقرارها وتعذر بها الزوج لإكمال حياتهما فلا تبالي لما يصدر منه من خطأ أو تقصير أو نقص، لكنها – المادة – تتكلم عن ضرر لا يحتمل و تستحيل معه المعاشرة بالمعروف فالزوجة التي إمتنع زوجها عن نفقتها وجب إزالة الضرر عنها و لو بالتفريق بينهما.

– وإن وجدت الزوجة عيبا بالزوج جاز إزالة الضرر بالعلاج أو التفريق

---

[1] سعيد محمد جليدي – مرجع سابق ص166.

[2] محمد بن عرفة الدسوقي– مرجع سابق ص 345.

وإن تضررت الزوجة من غياب زوجها جاز التفريق بينهما سواء كان الغياب بالهجر أو الحبس.

* ومن كل هذه الأسباب نستخلص أن الضرر المعتبر شرعا يشمل مجموعة الأسباب أو الأضرار المذكورة في المادة وزاد عليها المشرع صفة الإطلاق و التوسيع لأضرار أخرى مستجدة يبقى تقديرها لسلطة القاضي.

خلاصة الفصل:

نستخلص في نهاية هذا الفصل – ماهية الضرر – وبعد التفصيل في مباحثه نخلص إلى أن المعنى الضرر يلزم ضده النفع، وهذا ما ورد في كل من التعريف اللغوي و الشرعي و القانوني ، لكن هذا ليس المعنى القطعي لهذا اللفظ، فقد يأتي لفظ الضرر بجلب المنفعة لصاحبها كأن يقوم طبيب ببتر ساق أو يد مريض و دفع الضرر عليه، وهنا يكون الفعل نافعا لأن المصلحة مرجوة، فلم نتطرق إلى المعاني الثانية للفظ الضرر و إقتصر تعريفنا على الضرر الذي لا يأتي بالمنفعة.

مما يلاحظ أن فقهاء الشريعة و فقهاء القانون خصصوا تعريفا للضرر الواقع على الزوجة، وقد إتفق التعريفان الإصطلاحيان في هذه النقطة أن الضرر الواقع على الزوجة هو الضرر الذي يصيب دينها و عرضها و شرفها و نفسها.

أقسام الضرر الرئيسية هي الضرر المادي و الضرر المعنوي، وهذا التقسيم الأساسي لأنواع الضرر التي تلحق بالزوجة خاصة و بأي متضرر بصورة عامة و سنأتي بتفصيل التعويض عنها في الفصل الموالي.

إشتراك المشرع في ضرورة أن تكون المصلحة مشروعة لإيقاع الضرر، وهذا ما نصت عليه الشريعة الإسلامية كذلك .

الأضرار التي ذكرها المشرع الجزائري و التي تصيب الزوجة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والهدف من معالجة هذه الأضرار هو الإستقرار في العائلة و بناء مجتمع متكامل.

الفصل الثاني : منازعات التطليق بسبب الضرر

المبحث الأول : دعوى التطليق إجرائيا.

المبحث الثاني : دعوى التطليق موضوعيا.

المبحث الثالث: الإجتهادات القضائية.

تمهيد:

بناءا على ما سبق من تعريف للتطليق و إبراز لأسبابه المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وماهيته بصفة عامة، وتطرقت إلى تعريف الضرر و أنواعه سندرس في هذا الفصل الجانب الإجرائي بدراسة منازعات التطليق بسبب الضرر، وسنتناول هذا العنصر في ثلاث مباحث رئيسية ، المبحث الأول نأخذ فيه دعوى التطليق إجرائيا والمبحث الثاني دعوى التطليق موضوعيا و المبحث الثالث نتناول فيه بعض من الإجتهادات القضائية الخاصة بالموضوع ، ولدارسة مفصلة لهذا الفصل سنتبع الخطة الآتية :

المبحث الأول : دعوى التطليق إجرائيا

المطلب الأول : المحكمة المختصة

المطلب الثاني : دور النيابة في قضايا التطليق

المطلب الثالث: إثبات الضرر

المبحث الثاني : دعوى التطليق موضوعيا

المطلب الأول : حل الرابطة الزوجية

المطلب الثاني : آثار التطليق

المطلب الثالث: التعويض

المبحث الثالث: الإجتهادات القضائية

المبحث الأول : دعوى التطليق إجرائيا

سنحاول في هذا المبحث دراسة دعوى التطليق من الناحية الإجرائية و ذلك بالتطرق إلى معرفة المحكمة المختصة في رفع الدعوى و نتعرف على دور النيابة في قضايا التطليق و المطلب الثالث إثبات الضرر و المطلب الأخير الطعن بالإستئناف.

المطلب الأول: المحكمة المختصة

لقد أولى المشرع الجزائري إهتماما خاصا لقانون الأسرة بإعتباره القانون الأساسي و المنظم للمجتمع ، و يعتبر قسم شؤون الأسرة من أهم الأقسام في المحكمة بإعتباره بوابة المجتمع الواسعة.

الفرع الأول : مباشرة الدعوى

لقد خصص المشرع الجزائري لشؤون الأسرة أحكاما خاصة في الكتاب الثاني من المادة 423 إلى المادة 499 أي مجموع 76 مادة من القانون 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008، وهو ما لم تحض به باقي الأقسام المكونة للمحكمة ، كالقسم العقاري و القسم التجاري .

– و تتم مباشرة الدعوى كالآتي :

أولا : ترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة كباقي الدعاوي المدنية وقد خص المشرع هذه القضايا في المادة 423 من قانون 426 من نفس القانون كالتالي :

1– الدعاوي المتعلقة بالخطبة والزواج و الرجوع على بيت الزوجية و إنحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات المذكورة في القانون.

2– دعاوي النفقة والحضانة وحق الزيارة

3– دعاوي إثبات النسب و الزواج

4– الدعاوي المتعلقة بالكفالة

5– الدعاوي المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب.

6– المنازعات المتعلقة بمتاع الزوجية

7- الترخيص بالزواج الثاني

8- منازعات الصداق

الفرع الثاني : الوثائق المطلوبة و سير الدعوى

أولا : الوثائق المطلوبة

1- لا يمكن حصر قضايا الأسرة على وجه دقيق لكن عموما كل ما تعلق بحالة الأشخاص و الأسرة يختص بها القسم المذكور وكل دعوى لها وثائق خاصة بها يجب أن تودع بملف القضية، و أهم الوثائق المطلوبة:

* في قضايا الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو تطليق، نسخة من عقد الزواج ، نسخة من الشهادة العائلية ، وشهادة طبية خاصة بالزوجة تثبت حملها من عدمه.

ثانيا : سير الدعوى

يعد الطلاق أكثر القضايا المعالجة في أقسام شؤون الأسرة سواء كان بالتراضي أو بإرادة الزوج المنفردة أو خلعا أو تطليقا.

لكن نلاحظ أنه لا تباشر قضية من هذا النوع لجوء القاضي وسعيه إلى الصلح بين الزوجين، ونلاحظ أن الصلح في هذه القضايا وجوبي طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى...).[1]

وأن الحضور للزوجين ليس ضروريا إن كانت هناك وكالة من أحدهما لشخص آخر بشرط أن تكون وكالة خاصة وهذا ما جاءت به المادة 431 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :(ينظر مع الزوجين أو كلائهما)[2]

---

[1] المادة 49 قانون الأسرة الجزائري ص14.

[2] المادة 431 ق .إ.م.إ

وتتم جلسة الصلح بإستدعاء القاضي لكلا الزوجين و يحبذ ألا تكون جلسة واحدة بل عدة جلسات و إن تخلف أحد الزوجين عنها يحرر محضر بعدم حضوره، وتتم هذه المحاولات في مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر طبقا للمادة 49 قانون الأسرة.

وهذه المدة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و هي المدة التي يستطيع الزوج مراجعة زوجته فيها دون عقد جديدة فإذا تصالح الطرفان فخير ، و إن عجز القاضي عن الصلح وأصر الطرفان على الإنفصال أو الزوجة على التطليق و لم تثبت بعد الضرر الواقع عليها عين للزوجين حكمين واحد من أهلها وواحد من أهل الزوج و هذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة[1]

وحددت هذه المدة بأجل شهرين ، إذا تمكن الحكمان من إصلاح ذات البين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي ، و إذا لم يتم الصلح و أثبتت الزوجة الضرر الواقع عليها بالوسائل القانونية المشروعة وسنتطرق لهذه الوسائل و الطرق في العناصر التالية حكم لها القاضي بالتطليق.

المطلب الثاني : دور النيابة في قضايا التطليق

تعد النيابة العامة الهيئة التي تعمل على الدفاع عن المصلحة العامة ، وتسهر على تطبيق القانون ، وتتولى رفع الدعوى سواء كانت مرتبطة بمصلحة عامة أو مصلحة المجتمع في الحدود القانونية الممنوحة لها.

الفرع الأول : النيابة طرف أصلي في مسائل الأسرة

أولا : المسائل المتعلقة بالأسرة تضمنها قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يوليو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005.

(1) المادة 56 ق.أ(إذا إشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين).ص16.

وجوهر التعديل الوارد ينصب حول مركز النيابة إذ تنص المادة 3 مكرر منه على أنه :(تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون).[1]

ثانيا :

إن الوظيفة الأساسية للنيابة تمارسها في القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفا أصليا ، وأصبحت تقوم بهذا الدور في قضايا الأسرة طبقا للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة ، حيث يمكنها رفع الدعوى على كل من إعترى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته لما ترفع عليها الدعوى فتقف موقف المدعي و المدعي عليه بحسب الأحوال. وهذا ما يسمى بحق الإدعاء أو الدفاع بوجود نص صريح يمنحها هذا الحق.

ثالثا :

تقوم النيابة العامة برفع الدعوى على أساس أنها الممثلة الرسمية للنظام العام ، فالقانون هو الذي يعطيها صفة رفع الدعوى وقد منحت النيابة سلطات تقديرية واسعة بمقتضاها تتحكم في شؤون الأفراد و تتدخل بمبرر و فكرة النظام العام. وتأخذ النيابة كذلك المركز الطرف في الخصومة سواء قامت بدور الإدعاء أو الدفاع، ويثبت لها ما للخصوم من حقوق و يكون عليها على الخصوم من واجبات وأعباء.

رابعا :

يمكن للنيابة العامة أن توجه سير الخصومة و إبداء الطلبات و تقديم الحجج و أدلة الإثبات و الحضور وكل الإجراءات تحرر بإسمها وتكون لها الكلمة الأولى عندما تكون مدعية و الكلمة الأخيرة عندما تكون مدعى عليها ، وتبلغ بنفسها طلباتها إلى الطرف الخصم.

[1] المادة 3 – قانون الأسرة ص 3.

ولا يجوز القضاء عند غياب النيابة فيعد ذلك باطلا و الحكم الصادر في الدعوى يكون باطلا كذلك لأن صحة التمثيل هي من النظام العام.

خامسا :

عند قيام النيابة العامة برفع دعوى فإنها تقوم برفعها للقضاء للحصول على حكم إيجابي منه، ويتم رفع الإدعاء عن طريق المطالبة القضائية و الذي يتم بإيداع عريضة مكتوبة لدى كتابة الضبط، ويشترط في هذه المطالبة الصفة و المصلحة و الأهلية[1]

1- المصلحة : هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى سواء مادية أو معنوية و للنيابة مصلحة في مسائل الأسرة وهي الحفاظ على النظام العام مدعية بإسم الحق العام، ولها صفة في الدعوى بإعتبارها ممثلة للمجتمع.

2- الصفة: النيابة صاحبة صفة فهي مدعي أو مدعي عليه.

3- الأهلية : للنيابة الأهلية في مباشرة الإجراءات أمام القضاء ممثلة في وكيل الجمهورية ومساعديه.

الفرع الثاني : دور النيابة في سير الدعوى

بعد أن بينا معنى أن تكون النيابة طرفا أصليا في قضايا الأسرة تتبع دورها أثناء سير الدعوى فيحق لها أن ترفع مطالب و أن تسهر على حماية المصالح المكرسة قانونا و ذلك بإعتبارها ممثلة للحق العام.

كما يحق لها إستئناف الأحكام سواء بالطرق العادية أو غير العادية ، ويبقى في مسألة التطليق أن الإستئناف لا يكون إلا في جوانبه المادية وفي هذا السياق يمكننا أن نلاحظ أن ما تعلق بالجوانب المادية هو من حق الطرفين و ليس للنيابة مصلحة فيها كما يمكننا أن نلاحظ أنه عمليا تكتفي النيابة في طلباتها بالمطالبة بإحترام و تطبيق

[1] htt/www. منتديات الجلفة لكل الجزائرين بتاريخ 2016/05/05-م

القانون مع أنه من الناحية القانونية يحق لها تقديم طلبات أخرى حفاظا على المصلحة العامة.

الفرع الثالث : مبررات إعتبار النيابة طرف أصليا في قانون الأسرة

في المادة 3 مكرر و بإقحام النيابة العامة في قضايا الأسرة الحفاظ على المصلحة العامة للمجتمع و الحرص على تطبيق القانون على غرار القانون المصري إلا أننا نرى أن دور النيابة العامة في قضايا الأسرة يبقى محدودا على إعتبار أن قضايا الأحوال الشخصية تراعي المصالح الخاصة في حين أن النيابة تسهر على الحق و المصلحة العامة هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن خصوصية الأسرة تقتضي حلها وفقا لإجراءات خاصة(حكما من أهله و حكما من أهلها) لذلك كان على المشرع أن يسن إجراءات خاصة تحتفظ للأسرة خصوصيتها عوض إقحام النيابة في نزاع ليس لها فيه مصلحة و لا صفة.

المطلب الثالث : إثبات الضرر

مما سبق فإن الزوجة المتضررة والتي تلجؤ للقضاء لطلب التفريق بينها و بين زوجها لا يحكم لها بالتطليق إلا عند إثبات الضرر، وقد إعتنق المشرع الجزائري في هذه النقطة المذهب المالكي في إثبات الضرر الواقع على الزوجة.

و إضرار الزوج بزوجته يثبت عند المالكية بأحد أمرين : (إما بشهادة الشهود و معاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين، و إما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران و الخدم و غيرهما)[1]

وقد تجلى موقف المشرع في إتاحته للزوجة في إثبات الضرر إستخدامها كل الوسائل القانونية الممكنة ، لاسيما البينة و الإقرار.

الفرع : عبء الإثبات

[1] بن زيطة – مرجع سابق – ص146.

من أهم القواعد الأصولية في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية أن (البينة على من إدعى، واليمين على من أنكر).

فعن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :(لو يعطي الناس بدعواهم لإدعى أناس دماء رجال و أموالهم، ولكن البنية على المدعي [1]–رواه بخاري ومسلم.

ونزولا من هذه القاعدة ندرك أن البينة تقع على من يدعي وقوع الضرر عليه، وفي حالة فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة – التطليق– فإن المدعي في هذه الحالة هو الزوجة المتضررة.

وعند تقدم الزوجة بطلبها لإيقاع التطليق فإن لها عشر أسباب تستند إلى إحداها وحسب حالة الضرر الواقعة عليها، وهنا المسألة تكون تقديرية بالنسبة للقاضي للحكم بفك هذه الرابطة، وبحسب حجم الضرر الواقع على الزوجة سواء كان ضربا مبرحا أو سب أو كرامها على فعل شيء محرم أو إرغامها على معصية الله و غيرها من الأضرار، لكن هذه السلطة التي يملكها القاضي لا تجعل عبء الإثبات يقع عليه و إنما العبء يقع على الزوجة المدعية ، لأنها هي من وقع عليها الضرر و القاضي له السلطة التقديرية في الحكم فقط.

وتلجؤ الزوجة إلى الطرق التي منحها إياها القانون في إثبات الضرر بشرط أن تكون بوسائل شرعية و قانونية كالبينة أو الإقرار أو شهادة الشهود أو الكتابة و غيرها كذلك من الوسائل المستحدثة كالشهادات الطبية و سنأتي على تفصيل هذه الوسائل و الطرق في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : طرق الإثبات

[1] ابن عرفة الدسوقي – مرجع سابق ص 480.

يتفق المشرع الجزائري كما سائر القوانين الوضعية و التي تستمد قوانينها فيما يخص الأسرة – من أحكام الشريعة الإسلامية وكما سبق وذكرنا فإن أهم الطرق للإثبات هي البينة و الإقرار.

وقد عرفت البينة في اللغة[1] :

أنها الواضحة ، فهي صفة جرت على موصوف محذوف للعلم به في الكلام أي دلالة بينة أو حجة بينة، صم شاع إطلاق هذا الوصف فصار إسما للحجة المثبتة للحق، التي لا يعتريها شك.

وعرفت البينة اصطلاحا[2] : أنها ما يبين الحق و يظهره، ويدل عليه وهي الحجة الواضحة لقوله تعالى (أرأيتم إن كنت على بينة من ربي)[3]

وقد إختلف الفقهاء في مفهوم لفظ بينة، الذي جاء في العديد من النصوص ، وذلك من حيث حصره بالشهادة أو إنصرافه إلى كل الحجج. فالجمهور يذهبون إلى أن المراد من البينة هو الشهود ودليلهم في ذلك أنها وردت في العديد من النصوص الشرعية بهذا المعنى ويقول ابن قيم الجوزية:(إن البينة في كلام الله و رسوله وكلام الصحابة إسم لكل ما بين الحق، وهي كل ما يبين الحق و يظهره من غير أن تكون محصورة في شهادة الشهود دون غيرها من وسائل الإثبات الأخرى، وأن تخصيص البينة لم يعط معناها حقه، ففي القرآن الكريم ليس معناها الشاهدان فحسب ، و إنما أتت بمعنى الحقيقة و الدليل و البرهان). ومنه فالشهادات في الإسلام تتعدى الشهود لتشمل الإقرار و اليمين و قرائن الأحوال إلى جانب الإثبات الكتابي.

وبالرجوع إلى القوانين الوضعية فقد إهتم فقهاء القانون بالبينة في الإثبات من خلال بيان وسائل وطرق الإثبات، ويقول عبد الرزاق السنهوري أن للبينة معنيان:

---

[1] مجمع اللغة العربية – مرجع سابق ص 53.

[2] أبو بكر ابن العربي – أحكام القرآن دار الفكر للطباعة – بيروت 2005 ج2 ص 15.

[3] سورة هود الآية 28.

معنى عام: هو الدليل أي كان ، شهادة أو قرائن أو كتابة ، فإن قلنا البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر– فإننا نقصد المعنى العام

معنى خاص: هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، فتكون البينة في هذه الحالة مقصود بها الشهادة.

وفي موضوع أو مسائل التطليق فالطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات عليه أن يعمل على إثبات الضرر الواقع عليه بكل الطرق القانونية التي منحها له المشرع و الطرق الشرعية التي تسمح بها الشريعة الإسلامية بالرغم من أن هناك إختلاف بين فقهاء الشريعة بين مضيق وموسع في هذه الطرق إلا أن الطرق الأساسية هي البينة و الإقرار.

لكن المشرع الجزائري وخاصة في مواضيع الأسرة فقد تمسك بهذين المبدأين إضافة إلى طرق أخرى ووسائل : كالكتابة و شهادة الشهود و القرائن ، والشهادات الطبية، ويختلف في إستخدام هذه الطرق من حالة إلى أخرى أو بحسب الضرر الواقع.

رغم المستجدات التي نعيشها فإن المشرع لم يغفل هذا الجانب من الحياة، فكذلك طرق الإثبات تستجد بتطور وسائل الإتصال والحياة بصفة عامة، ويشترط المشرع كذلك شروط خاصة لإكتساب هذه الطرق حجيتها في إثبات الضرر.

أمثلة :

1– ذكرت المادة 53 من قانون الأسرة أنه من الأسباب التي تطلب بها الزوجة التطليق هو :*[1]الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها الحياة الزوجية– ففي هذه الحالة يشترط على الزوجة المتضررة لإثبات الضرر الواقع عليها في هذه الحالة الأول أن يكون الحكم على الزوج بحكم نهائي لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، والثاني أن تكون الجريمة التي حكم بها تمس بشرف الأسرة.

[1] المادة 53 ق.أ/ فقرة 4.

2- كما في حالة الضرر المعتبر شرعا المتمثل في الضرب و الجرح مثلا فيشترط أن يثبت الضرر بحكم نهائي جزائي يدين الزوج و لا يكتفي في هذه الحالة بالشهادة الطبية. سنتطرق إلى تفصيل هذه النقطة في نهاية الفصل.

المبحث الثاني : دعوى التطليق موضوعيا

بعدما تطرقنا في المبحث الأول على دعوى التطليق إجرائيا سنقوم في هذا المبحث بدراسة دعوى التطليق موضوعيا، وسنقسمه إلى ثلاث مطالب نتحدث في المطلب الأول عن حل الرابطة الزوجية وفي المطلب الثاني عن الآثار التي يخلفها التطليق وفي المطلب الثالث نتحدث عن التعويض ومتى وكيف يكون وسنتبع الخطوات الآتية

المطلب الأول : حل الرابطة الزوجية

المطلب الثاني : آثار التطليق

المطلب الثالث: التعويض عن الضرر

المطلب الأول : حل الرابطة الزوجية

أقر المشرع الجزائري أن حل الرابطة الزوجية يكون إما بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي بين الزوجين أو يكون بطلب من الزوجة إما بالخلع أو بالتطليق وسنتطرق لدراسة الطبيعة القانونية و الطبيعة الشرعية للتطليق، وندرس مدى علاقته بالطلاق التعسفي.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للتطليق

يعد الزواج عقد يقيد حل العشرة بين الرجل و المرأة، وهو عماد الأسرة الثابتة، ويسعى فيها كل من الزوجين إلى توفير الراحة ويعلم ما له من حقوق وما عليه من واجبات إلا أن هذه العلاقة قد تتعرض لما يحول دون تحقق أهدافها ويزعزع إستقرارها.

فشرع الله الطلاق ولو أنه أبغض الحلال ، وجعله بيد الزوج ولم يبخس المرأة حقها في الطلب بفك هذه الرابطة لكن بشرط أن ترفع الضرر الواقع عليها من هذه العلاقة.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة على مجموعة من الأسباب تسمح للزوجة المتضررة من الزواج أن تلجأ بها إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية، وقد فصلنا في الفصل التمهيدي في دراسة هذه الأسباب ومناقشتها.

فعندما يثبت الضرر الواقع على الزوجة بأحد الأسباب فإن القاضي سيحكم لها بالتفريق، فما طبيعة هذا الطلاق؟ وما هي الآثار المترتبة على هذا الحكم سواء كانت إجرائية أو موضوعية؟ أما الإجراءات الموضوعية سندرسها في المطلب الموالي.

فالأصل أن الأحكام الصادرة من المحاكم بصفة إبتدائية قابلة للإستئناف، ولكن ما جاءت به المادة 57 من[1] قانون الأسرة أن الأحكام بالتطليق لا تقبل الطعن فيها بالإستئناف أمام المجالس القضائية إلا في جانبها المادي ، ولم تنص المادة أن تصدر نهائية.

(1) نص المادة 57 من قانون الأسرة(تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية– تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف)

إذن فالأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية سواء بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة(التطليق أو الخلع) غير قابلة للإستئناف.

والطلاق في هذه الحالة– التطليق– يكون بائنا أي لا يستطيع الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، لأنه لو كان طلاقا رجعيا لتمكن الزوج من مراجعة زوجته و الإضرار بها مرة أخرى.

الفرع الثاني : الطبيعة الشرعية للتطليق

أعطى الشارع أهمية كبيرة لطبيعة العلاقة الزوجية وحرص على إستمرارها ، وقد قام بإسناد حق إنهائها إلى من هو أحرص على بقائها و أقدر على تقدير المصلحة في إنهائها من عدمه، لكن حق الزوجة لم يهمل كذلك ، فإن قصر الزوج في إعطائها حقوقها ولم يحسن معاملتها و تتسبب لها في أضرار، كان لها الحق في اللجوء إلى القضاء لحل الرابطة الزوجية، وعلى القاضي أن يمنحها هذا الحق إن كان هناك من الأسباب ما يمنع دوام العشرة وإمتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان .

لكن الفقهاء إختلفوا في جواز التفريق للضرر، فقد ذهب الحنفية و الشافعية إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين للضرر مهما كان شديدا ، لأن دفع الضرر و إزالته يمكن بغير الطلاق[1]، فإن رفعت الزوجة أمرها للقاضي وثبت الضرر ....القاضي– الزوج– وأمره بحسن معاشرتها وعدم إيذائها، فإن لم يمتثل أدبه بما يراه كفيلا بردعه ومنعه من إيذائها.

أما المالكية فقالوا بعكس الرأي الأول، فأجازوا التفريق بسبب الضرر، وذلك منعا للنزاع ورفقا للضرر و الظلم ، لأن البقاء مع الظلم يتعارض مع مقاصد الزواج و أحكامه وإن أرادت البقاء مع زوجها كان على القاضي زجر الزوج ومنعه من إيذائها.

---

[1] سعيد محمد جليدي – مرجع سابق ص 161.

ولم يشترط المالكية أن يكون الضرر جسيما و إنما قالوا يكفي أن يقع مرة واحدة .
هذا سبب كاف لان تطلب الزوجة به التفريق، و أن الطلاق الواقع طلاق بائن و لا ترجع الزوجة إلا بعقد ومهر جديدين.

الفرع الثالث : علاقة التطليق بالطلاق التعسفي

إن مصطلح الطلاق التعسفي هو لفظ مستحدث في الفقه الإسلامي،[1] فالطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية ، لكنه إن تمادى في إستخدام هذا الحق بطريقة غير مشروعة يعتبر هذا تعسفا في إستخدام الحق، كأن يقصد الزوج الإضرار بزوجته– المطلقة وعدم مشروعية المصالح التي يسعى المطلق لتحقيقها وغيرها من الأسباب التي تخرج الطلاق من الإباحة و المشروعية إلى التعسف و الحرمة.

ونلاحظ أن التطليق يقع بضرر يصيب الزوجة و كذلك الطلاق التعسفي، فكلاهما يسببان ضررا كبيرا و هو وارد ومحقق في الحالتين، لكن المشرع الجزائري تصدى لهذه الحالات وجعل للزوجة تعويض عن الطلاق التعسفي و هذا ما ذكرته المادة 52 ق .أ (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

وكذلك في المادة 53 مكرر بالنسبة للتطليق(يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

يتفق كل من التطليق و الطلاق التعسفي في التعويض عن الضرر الناتج عنهما، وهذا حسب المادتين(53–52 مكرر)، لكن المشرع لم يحدد هذا التعويض في أي نوع ضرر يكون المادي أو المعنوي و لكن هذا الإطلاق ممكن أن يكون في النوعين أي التعويض على الضرر المادي و الضرر المعنوي.

[1] بوسطلة شهرزاد– مرجع سابق ص 231

ففي الفقه الإسلامي كان إهتمام الفقهاء منصبا حول الماديات في الضمان ، لكن رأي الفقهاء المعاصرين و بعض الإجتهادات يأخذ صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي و التطليق.[1]

المطلب الثاني : آثار التطليق

لقد أحاط القرآن الكريم و السنة النبوية الطلاق بتشريعات واضحة تحفظ للزوجة و الأولاد حقوقهم عند إنتهاء العلاقة الزوجية. وتختلف هذه الحقوق في الظاهر إلا أن لها علاقة ببعضها، فحقوق الزوجة المطلقة كالعدة و نفقة و الرضاع و حقوق الأولاد من نسب و حضانة و غيرها من الحقوق.

الفرع الأول : العدة

العدة من حدود الله ونظامه الذي شرعه للأسرة، وهي أجل ضرب لا نقضا ما بقي من آثار الزواج المادية و المعنوية، كما أنها واجبة ليستدل بها على براءة الرحم من الولد.

أولا : تعريفها

العدة في اللغة هي الشيء المعدود وهي مأخوذة من الحساب و العد و الإحصاء ،وردت بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى : (وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها إن الله لغفور رحيم)[2]وقد تفيد مجمل عدد الشيء في قوله تعالى :(إن عدة الشهور عند الله إثنا عشرا شهرا)[1]

أما إصطلاحا : هي المدة المعلومة التي تعقب الطلاق و تتلوه، فتمكنت فيها المرأة المتزوجة بعد طلاقها أو وفاة زوجها و لا تتزوج لمعرفة براءة رحمها أو لحزنها على زوجها[2] وهي واجبة عليها ،وعندما تنقضي يصير زواجها جائزا وهي ليست

---

[1] بن زيطة – مرجع سابق ص181.

[2] سورة النحل الآية 18.

[1] سورة التوبة الآية 63.

[2] العربي بختي – مرجع سابق ص165.

واجبة على الرجل.

ثانيا : مشروعيتها

ثبتت مشروعية العدة بالقرآن و السنة و الإجماع ، أما الكتاب ففي قوله تعالى :(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[3]

وقوله تبارك وتعالى :(والذين يتوفون منطكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا...)[4]

أما ما ورد في السنة : ما روي عن عائشة أنها قالت :(أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض)[5] وثبتت بالإجماع من يوم حياة النبي صلى الله عليه و سلم.

وقد شرعت العدة لعدة أسباب منها :

1- تأكد و تيقن الزوجة من براءة رحمها منها لإختلاط الأنساب.

2- إعطاء للزوجين بعد الطلاق فرصة للرجوع إلى بعضهما.

3- إظهار الحزن على الزوج المتوفي.

والعدة هي حق لله سبحانه و تعالى و هي من الأمور التقيدية التي لا تلتمس لها حكمة.

ثالثا : في قانون الأسرة

عند العودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن العدة ذكرت في المادة (58) التي نصت على أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

وجاء في المادة (60) أن عدة الحامل وضع حملها ، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

---

[3] سورة البقرة الآية 226.

[4] سورة البقرة الآية 232.

[5] العربي بختي – مرجع سابق ص166.

ويبدأ حساب العدة في الشريعة الإسلامية من يوم التلفظ بالطلاق ، لكن في القانون جاء نص المادة(58) مخالفا للشريعة الإسلامية حيث أنها قضت بأن العدة يبدأ إحتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق و الذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة (49) من قانون الأسرة.

وإذا صدر الحكم بالطلاق أو بالتطليق، تدخل المطلقة في عدتها إبتداءا من تلك اللحظة.

الفرع الثاني : الحضانة

أولا : تعريفها

تعرف الحضانة في اللغة أنها مأخوذة من الحضن، وهي الضم إلى الجنب.

وشرعا : هي تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية و حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه. وذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نومه، وتنظيفه وغسله و غسل ثيابه في سن معينة ونحوها[1]

حكمها : واجب لأن المحضون يهلك بتركها، فيجب الإنفاق عليه و إنجاؤه من المهالك، والحضانة ليست بالشيء الهين فهي تتطلب الحكمة و اليقظة و الصبر.

وصاحب الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية مختلف فيه بين الفقهاء.

قيل أنها حق للحاضن، وهو رأي الحنفية و المالكية على المشهور و غيرهم، لأنه يستطيع حقه من دون عوض، ولو كانت حقا لغيره لما سقطت بإسقاطه.

ورأي ثاني يقول أن الحضانة حق للمحضون فلو أسقطها هو سقطت، و الظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة حق للمحضون الحق للحاضن و حق للأب أو من يقوم مقامه.

ترتيب درجات الحواضن – مستحقي الحضانة –

[1] عبد القادر بن حرز الله – مرجع سابق ص 356.

في الشريعة الإسلامية قدم البنات في الحضانة، لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية و أصبر للقيام بها ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب، وأختلفوا في ترتيبهم أحيانا.

ثانيا : الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

حدد المشرع معنى الحضانة في المادة 62 ق.أ : (الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه .....وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك .

وذكر في المادة 64 قانون الأسرة فإن حق الحضانة يكون لـ:

1- الأم.

2- الأب.

3- الجدة لأم.

4- الجدة لأب.

5- الخالة.

6- العمة.

ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

الفرع الثالث: النزاع على متاع البيت

عندما يقع الطلاق ، فإنه يقع الخلاف بين الأصهار و أقارب الزوجين نزاع في ماكان يملكه الزوجان من أثاث المنزل، أو حول ما يخلفه المتوفي.

والمقصود بمتاع البيت هو كل المفروشات و أدوات المنزل و الأواني وكل ما ينتفع به.

وقال فقهاء الشريعة بشأن توزيع متاع البيت على إختلاف بينهم فأبو حنيفة أن صاحب البيت هو مالك ما يحتويه من أثاث، وهو صاحب التصرف فيه، أما باقي الأئمة لم يتطرقوا بالتفصيل إلى مسألة النزاع في متاع البيت بين الزوجين اللذين تفرقا.

في قانون الأسرة:

تماشى المشرع في طرحه موضوع المتاع مع متطلبات العصر، فقد نص عليه في المادة 73 من قانون الأسرة على أنه إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بنية فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين.

المطلب الثالث: التعويض عن الضرر

منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة لرفع الضرر الواقع بها وذكر المشرع في المواد(53-52 مكرر و 55) من قانون الأسرة أنه يوجب للطرف المتضرر التعويض و المتضرر هنا هي الزوجة ، لكنه لم يحدد نوع التعويض و في أي ضرر يكون هل هو الضرر المادي أم الضرر المعنوي.

وهناك تشابه بين لفضي التعويض و المتعة و يطلق الفقهاء على متعة المطلقة[1] بأنه المال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها زيادة على صداقها أو بدلا عنه تطييبا لنفسها، وتعويض لها عن ألم الفراق ووحشته و قد دل عليها القرآن الكريم:(وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)[2]

وفي قوله تعالى :(لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين)[3] وفيها خلاف بين الفقهاء فيمن تستحق المتعة، إلا أن المالكية قالوا أن المتعة مستحبة لكل مطلقة و أنها ليست واجبة.

---

[1] سعيد محمد جليدي – مرجع سابق ص 225.

[2] سورة البقرة الآية 241.

[3] سورة البقرة الآية 236.

وتعريف التعويض : هو المال من النقود تقدره المحكمة بمعرفة أهل الخبرة، إلا في حالات إستثنائية تترك لتقدير القاضي[4]

ومنه نستشف أن لفظ التعويض هو لفظ شاع إستخدامه في القوانين الوضعية وهو و المتعة وجهان لعملة واحدة و عليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد.

تعويض الزوجة عند الحكم بالتطليق مبدأ من المبادئ القضائية التي جرى العمل بها حتى قبل صدور النص القانوني للتعويض في قانون الأسرة و هذا تأسيسا بالمذهب المالكي الذي يوجب التعويض للمرأة المطلقة على زوجها نتيجة إضراره بها .

وأساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية و المتمثلة فيما يلحقه الزوج بزوجته من أضرار تدفعها لطلب التطليق سواء كان ماديا أو معنويا.

المبحث الثالث: الإجتهادات القضائية

سندرس في هذا المبحث بعض القرارات و الإجتهادات التي قامت بها المحكمة العليا في التطليق.

المطلب الأول : إجتهاد المحكمة العليا في إثبات الضرر

في قرارها رقم 654972 بتاريخ 2011/09/13 والذي جاء فيه أن المحكمة أسست حكمها على إعتبار أن المطعون ضدها أسست دعوى التطليق على الفقرة الأخيرة من المادة 53 من ق .أ التي تعتبر الضرر حالة من حالات التطليق فقد خالفت نص المادة الفقرة 10 لأن ذات المادة تتطلب تقديم الدليل على قيام الضرر و المطعون ضدها لم تقدم للمحكمة ما يثبت إلحاق الضرر بل كل ما في الأمر قد إكتفت بتقديم إدعاءات لا ترقى إلى مستوى الدليل، و الضرر المعتبر شرعا يتطلب القانون إثباته ماديا أو بشهادة الشهود و هو غير متوفر في قضية الحال، حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه

[4] مصطفى أحمد الزرقا – مرجع سابق ص 62.

أن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أن الطاعن يتعاطى الخمر و السهرات الليلية وله علاقة غير شرعية مع إحدى الفتيات وأنه تخلى عن كل واجباته الزوجية ومنها الهجر في المضجع، بينما أنكر الطاعن ذلك، إلا أن المحكمة قدرت أن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية إستنادا إلى أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتفنيد مزاعمها وتأكيد دفوعه.

وحيث أن هذا التسبب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقتضي من المطعون ضدها – بصفتها مدعية – تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن، وخصوصا أن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات وعدم إعتبار تغيب الطاعن عن جلسة الصلح دليلا على ما نسب إليه، مادام أنكر ما نسب إليه في جوابه على دعوى المطعون ضدها، لأن جلسة الصلح لاعلاقة بها بقواعد الإثبات و يقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان و ما إختلفا بشأنه أو أقر به.

وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسان وينجر عنهما نقض الحكم المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة بقية الوجهين.

فلهذه الأسباب :

قررت المحكمة العليا

غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا و نقض و إبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة القليعة.

والملاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا إستندت في إبطال الحكم على قواعد الإثبات ، فالضرر يثبت بالبينة– شهادة الشهود– أو ماديا و هو ما لم يتوفر في هذه القضية لأن إعتبار المحكمة عدم حضور الطاعن جلسة الصلح دليلا على ثبوت الضرر غير صحيح خاصة و أن الطاعن كان قد نفى الإدعاءات المنسوبة إليه.

ونجد في قرار آخر للمحكمة تحت رقم **572240** بتاريخ **2010/07/13** و الذي جاء في فحواه : الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون أن المطعون ضدها دعمت دعواها بشهادتين مع أنه يقيد بشدة كونه تعرض لها بالضرب و الشهادات الطبية لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب و الطاعن و الذي لا يثبت إلا بحكم جزائي نهائي يقضي بإدانته بتهمة الضرب و الجرح العمدي وهذا حسب إجتهادات المحكمة العليا و أضاف الطاعن أنه تعرض لإهانات من طرف المطعون ضدها..

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين في ذلك الحكم فضلا عن أن الطاعن لم ينفي واقعة الضرب و الجرح التي إدعتها المطعون ضدها كما يظهر في الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب و الجرح بحكم جزائي و نهائي يدين الطاعن و عليه قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قبول الطعن بالنقض شكلا و رفضه موضوعا.

ومن هذا يتبين لنا أن المحكمة العليا إعتمدت في قرارها على أن عدم نفي الطاعن لحادثة الضرب و الجرح المثبتين بالشهادتين الطبيتين و كأنهما إقرار من الطاعن و لذلك رفضت الإحتجاج بعدم صدور حكم جزائي نهائي ضده لإبطال ثبوت الضرر المعتبر شرعا.

المطلب الثاني :إجتهاد المحكمة العليا في التعويض

كما جاء في بحثنا و بناء على أحكام قانون الأسرة لا سيما المادة **53** مكرر جواز الحكم بالتعويض، لكن التعويض يخضع لمجموعة من القواعد نشير من خلال إجتهادات المحكمة العليا إلى بعض هذه القواعد.

فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 596191 بتاريخ 2011/01/13 من حيث الموضوع من الوجهين الأول و الثاني لتشابههما حيث أن الطاعن يعيب على قضاة الموضوع قضائهم بتحميله مسؤولية تطليق المطعون ضدها منه، وإلزامه بدفعه لها

التعويض عنه، إستنادا فقط إلى كونه مصابا بالعقم وعدم القدرة على الإنجاب بالرغم من أن إرادته لا تدخل لها بإصابته بذلك المرض.

وحيث أن مرض العقم و عدم الإنجاب و إن كان فعلا من أسباب التطليق طبقا لأحكام المادة 53 من ق . أ وتخول للزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية من دفع التعويض لها عنه ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه..

قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث قبول الطعن بالنقض شكلا و موضوعا، وبنقض القرار المطعون فيه الصادر في مجلس قضاء باتنة.

و الملاحظ أن المحكمة العليا راعت في حكمها الإرادة بحسب من أسباب المسؤولية عن الضرر و بالتالي تحمل التعويض، و الحقيقة أن الشريعة الإسلامية في هذا الإطار تضع مجموعة من القواعد بالإضافة إلى الإرادة، فيتحمل الزوج المسؤولية في حالة علمه بالمرض قبل الزواج و لم يبلغها به أما إن كان لا يعلم أو أن المرض قد طرأ عليه بعد الزواج فإن المسؤولية في هذه الحالة تنتفي.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا تحت رقم 245159 بتاريخ 2000/06/20 والذي تضمن قرارا بقبول الطعن بالنقض في قرار لمجلس قضاء سطيف حرم الزوجة من التعويض عن ضرر الضرب و الجرح المبرح و ذلك بسبب الضرر الذي لحقها و هو سقوط حملها فاعتبر هذا الضرر يستحق التعويض.

المطلب الثالث: إجتهاد المحكمة العليا في تقدير الضرر المعتبر شرعا

لقد تبين لنا في دراستنا لإجتهادات المحكمة العليا أن أغلب القضايا المتعلقة بالتطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا ركزت على الضرب و الجرح و غيرها لكن نجد أنها أيضا في قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 127948 بتاريخ 1996/01/16 قد إعتبرت تحريض الأولاد لخطر و سوء السلوك يعد ضررا معتبرا شرعا حسب الفقرة 6 من المادة 53(قبل التعديل)، كما أنه و في نفس القرار طبقو قاعدة هامة مرتبطة بالضرر و هي أن– الضرر لا يكون قديما – حيث أن الطاعن قد إحتج بكونه قد أدين

بجنحة الضرب و الجرح ضد زوجته سنة 1986 و هي لم تحتج بهذا الحكم إلى في سنة 1993 فلم تعتبر بسكوت الزوجة عن المطالبة بالتطليق و لم تعد ذلك تقادما أو تنازلا عن حقها لأن الضرر لا يمكن أن يستمر و لا يمكن أن تطلب من الزوجة ما دامت قد سكتت عنه لفترة أن تتحمله لبقية حياتها ، فهذا الإجتهاد يعتبر تطبيقا جيدا للقواعد الشرعية في النظر في أنواع الضرر المعتبر شرعا ليقوم سببا للتطليق و كذلك تطبيق القواعد المنظمة لهذا الضرر عند الإحتكام إلى القضاء.

و يمكننا في هذا السياق الإشارة إلى أن هناك الكثير من أنواع الضرر المعتبر شرعا و لا تلجأ إليه الزوجات في المطالبة بالتطليق أما لجهلهن أو لعجزهن عن إثباته.

و في ختام هذا البحث الذي تناولنا من خلاله موضوعا من أهم المواضيع التي تهم المجتمع بصفة عامة و الأسرة بصفة خاصة، فقد تناولنا موضوع التطليق لمدى خطورته و حساسيته في المجتمع و قد ذكره المشرع الجزائري في المادة **53** من قانون الأسرة، و قد إنكبت دراستنا على الفقرة الأخيرة من هذه المادة التي نصت على " الضرر المعتبر شرعا"، فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج و الملاحظات يمكننا تلخيصها فيما يلي :

1- إن أحكام الشريعة الإسلامية تبنى على أساس رعاية مصالح الناس و التيسير عليهم، وأحكام الأسرة جزء من أحكام الشريعة، فهي تمنع الضرر عن الأزواج قبل وقوعه و تزيله إذا وقع بشتى الوسائل.

2- لم يحدد المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة **53** ق . أ نوع الضرر الواقع على الزوجة و اكتفى بإحالته لأحكام الشريعة.

3- إن صياغة الفقرة الأخيرة/**53** ق . أ وسع المشرع الجزائري من السلطة التقديرية للقاضي في تكييف الضرر و ضبطه.

4- المذهب الوحيد الذي جعل الضرر سببا للتطليق هو المذهب المالكي و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا المذهب للتطليق بسبب الضرر.

5- جل الأسباب التي ذكرتها المادة جاءت كلها لرفع الضرر على الزوجة المتضررة.

6- لو أن المشرع إكتفى بهذه الفقرة- ف **10/53** ق . أ – لحقق الغرض المقصود تحقيقه في كل باقي الأسباب المذكورة في المادة.

7- إن صياغة الفقرة **10** من المادة **53** ق . أ جاءت واسعة فضفاضة بحيث أنها عقدت من مهمة القاضي.

وفي نهاية بحثنا ندرج بعض المقترحات التي نراها مناسبة و ضرورية هي :

1- ضرورة إعطاء قضاة الأحوال الشخصية تكوينا خاصا ليتمكنوا من الرجوع إلى أحكام الشريعة من فقه وأصول.

2- نقترح ضبط صياغة المادة حتى لا تكون ذريعة للقضاء على الأسرة الجزائرية حيث جاءت كل التعديلات لفائدة حل الرابطة الزوجية عوض الإحتياط للحفاظ عليها ، وهذا الضبط يكون بتحديد أسباب على سبيل الحصر، وإن كان ضروريا الإشارة إلى الضرر فلا بد من تقييده بالجسامة و ذكر أنواع محددة أو تقييده بالمصالح التي تمس بها ، لأن التطليق إستثناء و لا يمكن أن يكون الإستثناء أوسع من الأصل الذي هو الحفاظ على الحياة الزوجية.

3- إنشاء مراكز للتأهيل الأسري و إخضاع الشباب المقبل على الزواج إلى دورات تكوينية تكلل بشهادة تأهيل تضم إلى الملف المطلوب لعقد الزواج.

4- نقترح أن تضع وزارة العدل إحصائيات رسمية عن قضايا التطليق و أسبابها ليتمكن الباحثون من البناء عليها في دراستهم و غقتراح الحلول العلمية المناسبة و في الأخير نقترح على الباحثين المقبلين موضوعات نرى أنها مكملة لهذه الدراسة :

1- العلاقة بين الشقاق المستمر و الضرر.

2- الآليات القانونية لحماية الأسرة.

قائمة المصادر و المراجع

المصادر:

.القرآن الكريم
القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج .ر.ج.ج عدد 24.

المعاجم:

1- ابن منظور: لسان العرب،دار صادر- الطبعة الأولى- بيروت – لبنان.
2- الفيروز آبادي: القاموس المحيط،مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة، بيروت- لبنان 2003.
3- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية،مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، القاهرة 2004.
4- المنجد في اللغة و الإعلام: الطبعة المئوية الأولى- دار المشرق الطبعة 45 – بيروت 2012.

المراجع:

1- ابن حجر الهيثمي : فتح المبين لشرح الأربعين النووية- مطبعة العامرة الشرقية- القاهرة- مصر 1322ه.
2- ابن رشد القرطبي : بداية المجتهد و نهاية المقتصد – مطبعة مصطفى البابي – الطبعة الرابعة – مصر 1975.
3- ابن قدامة المقدسي: المغني و الشرح الكبير- دار الكتب العلمية – بيروت- لبنان- بدون تاريخ و لا رقم طبعة.
4- أبو بكر محمد بن عبد الله – ابن العربي: أحكام القرآن- دار الفكر للطباعة و النشر- لبنان 2005.
5- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي: كتاب الطلاق- باب كراهية الطلاق بدون رقم الطبعة – 2009.
6- أبو قاسم الطبراني: المعجم الكبير- مكتبة العلوم و الحكم – الطبعة الثانية – الموصل – بدون تاريخ الطبعة.
7- أبو الوليد الباجي : المنتقى شرح موطأ مالك – بتحقيق محمد عبد القادر احمد عطا- بدون تاريخ و لا رقم الطبعة.
8- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري : تفسير الطبري- جامع البيان في تأويل القرآن- المكتبة التوفيقية- القاهرة – مصر.
9- أحمد بن أحمد الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل- دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان 2005.
10- أحمد بن حسين البيهقي: السنن الكبرى- مكتبة دار الباز مكة 1994.

أحمد بن علي القيومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي – دار -11
.الفكر للطباعة- القاهرة – مصر
أحمد محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية- تحقيق عبد الستار أبو غدة و مصطفى -12
.أحمد الزرقا- الطبعة الثانية 1989
سعيد مقدم : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية--13
.المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر 1992
عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد عن منشورات -14
.الحلبي الحقوقية- بيروت لبنان 1998- الطبعة 3
عبد الكريم شهبون: مدونة الأحوال الشخصية المغربية- دار النشر المعرفة- -15
.الطبعة الثانية – الرباط
العربي بختي : أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- -16
مؤسسة كنوز الحكمة للنشر- الطبعة الأولى الجزائر 2013.7
العربي بلحاج : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – ديوان -17
.المطبوعات الجامعية- الجزائر 1994
عمر الفقي: التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين- المكتب -18
.الفني للموسوعات القانونية – مطبعة المجموعة المتحدة – 1998
فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في -19
.إستعمال الحق بين الشريعة و القانون- دار الفكر- بيروت
مجاهد الإسلام القاسمي : دراسات علمية و فقهية- دار الكتب العلمية- الطبعة -20
.الأولى – بيروت 2003
.محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية- دار الفكر العربي مطبعة المدني – القاهرة -21
محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية بين الأصالة و التوجيه- دار المنار للطبع و -22
.النشر و التوزيع- الطبعة الأولى 1997
محمد بن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار إحياء الكتب -23
.العربية- القاهرة- مصر
محمد سعيد رمضان البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية – دار-24
.الفكر – الطبعة الرابعة – بيروت 2007
محمد كمال إمام: الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية و قانونية – دار-25
.المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1997
وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته ،دار الفكر ، الطبعة الأولى ، الجزائر -26
1991.

: المراجع المتخصصة

أحمد نصر الجندي: الطلاق و التطليق و آثارهما – دار الكتب القانونية- المجلة -1
.الكبرى- مصر 2004

بن زيطة عبد الهادي : تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري- دار -2
.الخلدونية للنمشر و التوزيع- الطبعة الأولى 2007
سعيد محمد جليدي : أحكام الأسرة في الزواج و الطلاق و آثارهما- الطبعة الثانية -3
1998.
عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري-الطبعة الثالثة – -4
.الجزائر
عبد الفتاح تقية : مباحث في قانون الأسرة الجزائري- منشورات ثالة – سنة -5
1999.
عبد القادر بن حرز الله : الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق- دراسة مقارنة بين -6
.الفقه الإسلامي و قانون الأسرة- دار الخلدونية للنشر – الطبعة الأولى -2007
مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار و الضمان فيه- دار القلم للنشر – الطبعة -7
.الأولى –دمشق 1988
منصوري نورة: التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية – دار الهدى-8
.للطباعة ،2010

:الوسائل و الأطروحات

بوسطلة شهرزاد : جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي -1
.،دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر- تخصص شريعة و قانون 2013/2014
خارف محمد : التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة-2
الجزائري،ماجستار كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية – تخصص شريعة و
.قانون ، وهران 2013-2014
يوب محمد: تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية دكتوراه- قسم العلوم -3
.الإسلامية جامعة الحاج لخضر باتنة 2012

: المقالات و المجلات

جمال سايس:مجلة الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى -1
2013.
عبد المجيد محمود الصلاحين: التعويض عن الأضرار المعنوية في الفقه الإسلامي -2
و القانون المدني،مقال مقدم بمجلة دراسات علوم شريعة و قانون – المجلد 31 العدد
2004 -2.

مقدمة
الفصل التمهيدي.....07
المبحث الأول : مفهوم التطليق.....09
المطلب الأول: المفهوم اللغوي.....09
المطلب الثاني : التعريف الشرعي 10
المطلب الثالث: التعريف القانوني.....10
المبحث الثاني : مشروعية التطليق و أسبابه.....10
المطلب الأول : مشروعية التطليق.....11
المطلب الثاني : أسباب التطليق 13
الفصل الأول : ماهية الضرر.....27
المبحث الأول : تعريف الضرر 28
المطلب الأول : التعريف اللغوي 28
المطلب الثاني : التعريف الشرعي 29
المطلب الثالث: التعريف القانوني.....29
المبحث الثاني : الضرر المعتبر قانونا و شرعا 31
المطلب الأول : أنواع الضرر.....31
المطلب الثاني : الشروط اللازمة للضرر المعتبر.....34
المطلب الثالث: الآثار الشرعية و القانونية الناتجة عن الضرر.....37
المطلب الرابع: الضرر في قانون الأسرة الجزائري.....41
المبحث الثالث: القواعد الفقهية الضابطة للضرر.....45
المطلب الأول : قاعدة لا ضرر و لا ضرار.....46
المطلب الثاني : قاعدة الضرر يزال.....48
المطلب الثالث: الضرر لا يكون قديما.....51
خلاصة الفصل :.....55
الفصل الثاني : منازعات التطليق بسبب الضرر.....56
المبحث الأول : دعوة التطليق إجرائيا.....58
المطلب الأول : المحكمة المختصة 58
المطلب الثاني : دور النيابة في قضايا التطليق.....60
المطلب الثالث: إثبات الضرر.....63
المبحث الثاني : دعوة التطليق إجرائيا 67
المطلب الأول : حل الرابطة الزوجية.....68
المطلب الثاني : آثار التطليق.....71
المطلب الثالث: التعويض عن الضرر.....75
المبحث الثالث : الإجتهادات القضائية 77
المطلب الأول : إجتهاد المحكمة العليا في إثبات الضرر.....77
المطلب الثاني : إجتهاد المحكمة العليا في التعويض.....79
المطلب الثالث: إجتهاد المحكمة العليا في تقدير الضرر المعتبر شرعا.....80
خاتمة 81

قائمة المصادر و المراجع 83