الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر

كلية حقوق وعلوم سياسية

سعيـدة

قسـم: علوم قانونية وإدارية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس

تحت عنـوان

أسباب التطليق

من إعداد الطالبة:

– عواد أمال

تحت إشراف الأستاذ:

صمود سيد أحمد

السنـة الجامعيـة

2009 -2008

المقــدمـــة :

حمدك يا مولى النعم و بارئ النسم ادعانا من عبد أنعمت عليه بقبض جودك وعظيم إحسانك فضاعفت قواه و خاره عزمه و كف لسانه عن واجب شكرك فالتمس منك جميل الصفح ومغفرة الذنب و معذرة التقصير .

لقد خلق الله الإنسان ليكون خليفة في الأرض يعمرها و يستثمرها و خلق له ما في الأرض جميعا و سخر له الشمس و القمر و النجوم و الشجر و الدواب ، ليبقى النوع الإنساني إلى يوم تقوم الساعة قال تعالى :" و إذا قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة ، قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها و يسفك الدماء و نحن نسبح بحمدك و نقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون"[1] .

وقال سبحانه :" و سخر لكم الليل و النهار و الشمس و القمر و النجوم مسخرات بأمره إن في ذلك لآيات لقوم يعقلون"[2] .

وقد خلق الإنسان زوجين رجل و إمرأة و جعل في كل منها صفات جسدية تلائم دوره في الحياة و غرائز وحاجات عضوية تجعل كل واحد منهما بحاجة إلى الآخر و مكملا له ، قال تعالى :" هو الذي خلقكم من نفس واحدة و جعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملا حفيفا فمرت به فلما ثقلت دعوى الله ربهما لئن أتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين"[3].

ولما كان بقاء النوع الإنساني وسيلة اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا للتناسل و التوالد فقد شرع الزواج وعده من آياته و نعمه على عباده لتكوين الأسرة و هي لبنة المجتمع الأساسية و تنظيمها بصورة تحفظ الإنسان من الاختلاط و تصون الأعراض قال تعالى : "و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات....."[4]. وحن تحقق الزواج المقصود منه تكوين الأسرة ودوام العشرة بين الزوجين والتمازج النفسي الذي عبر عنه سبحانه وتعالى بقوله "هن لباس لكم وانتم لباس لهن " [5] والذي يدفعهما إلى التعاون في المعيشة وفي تربية أولادهما وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها فقط أحاط الشارع الزواج بعنايته ورعايته من وقت التفكير فيه.

---

[1] القرآن الكريم – سورة البقرة – الآية رقم 30.

[2] القرآن الكريم – سورة النحل- الآية رقم 12.

[3] القرآن الكريم - سورة الأعراف – الآية رقم 30.

[4] القرآن الكريم – سورة النحل – الآية رقم 12.

[5] القرآن الكريم – سورة الأعراف – الآية 139.

وحين إنشاءه وحتى انتهائه فتولى بنفسه تنظيم أموره وبيان أحكامه ووضع قواعده فحدد العلاقة بين الزوجين بين حقوق كل منهما وما عليه من واجبات .

-ولما كان الإسلام دينا واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف و الاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان حرصا على وقاية الفرد و الأسرة من كل ما يؤدي إلى الحرج و الضرر ، شرع نظام الطلاق مع شدة تقديسه للزواج و رفعه من شأنه على أنه عقد أبدي لا يمكن فهمه قد تصبح في كثير من الأحيان مستحيلة التحقق بسبب ما ينشأ بين الزوجين من خلافات و خصومات وتباين وجهات النظر بصفة تعجز جميع و سائل التقويم عن إصلاحها [6].

و قد حثث الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على رعاية الرابطة الزوجية و المحافظة عليها ولم يكن الإسلام شغوف بالطلاق ، و إنما شرعه علاجا للحياة الزوجية المتفككة والمضطربة و حلا وسطا لتحقيق الرغبات و إبقاء على الحياة الزوجية رغم ما أصابها من ضعف ووهن و سد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم و أشد أنواع القسوة حيث قال الفيلسوف الإنجليزي بيتنام في كتابه أصول الشرائع و ألزم القانون الزوجين بالبقاء على ما بينهما من جفاء ، لأكلت الضغينة قلوبهما و عاد كل منهمكا لآخر و سعى إلى التخلص منه بأية وسيلة تمكنه و قد يهمل أحدهما صاحبه ويلتمس الحياة عند غيره.....[7].

-فالإسلام يحرص على استقرار الحياة الزوجية ، ليتسنى للزوجين أن يجعلا من البيت مهدا يأويان إليه و ليتمكن من تنشأة أولادهما نشأة صحيحة و صالحة ، و من أجل هذه الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات . و دليل على ذلك أن الله سمى العهد بين الزوج و زوجته بالميثاق الغليظ[8] .

"وأخذن منكم ميثاقا غليظا."[9]

-فالإسلام جعل الطلاق بيد الرجل كحل للخلاف المتعاقم بين الزوجين إذ مما لا جدال فيه أن الرجل يحكم العقل والمنطق أما المرأة فتتناسق نحو عاطفتها .ولو كان الطلاق بيد المرأة انهارت العلاقة الزوجية بمجرد خصام بين الزوجين .لكن هذا لا يعني أن الإسلام قد أهمل جانب المرأة وحقها في طلب الطلاق فقد اثبت لها هذا الحق بواسطة القضاء إذا كان هناك سبب شرعي تقره العدالة وهو ما يسمي بالتطليق فالزوجة التي تطلب الطلاق من غير سبب ولا

---

[6] الدكتور بن حاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول للزواج و الطلاق – ديوان المطبوعات الجامعية –ص03

[7] دكتور عثمان التكروري –شرح قانون الأحوال الشخصية – عمان – مكتبة دار الثقافة لنشر و التوزيع – طبعة الأولى 1998 – ص 32 و ما يليها .

[8] السد سابق – فقه السنة – دار الكتاب العربي – بيروت لبنان – المجرد الثاني- الطبعة الثالثة 397 هـ – 1977م- ص 44

[9] قرآن الكريم – سورة النساء – الآية رقم 21.

مقتضى حرام عليها رائحة الجنة فعن ثوبان أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة "[10]

- فهناك حالات كثيرة تبيح للمرأة حق الرفع للقاضي لطلب الفرقة بعضها متفق عليه بين الفقهاء والبعض الأخر مختلف فيه.
- –ولعل أوسع المذاهب في إعطاء المرأة حق طلب التطليق هو المذهب الملكي ،فموجه الإصلاحات التي شهدها العالم العربي في نصف الثاني من القرن الهجري أول ما مست شؤون المرأة بعد أن رفعت الأصوات مطالبة بإعادة النظر في الكثير من الأحكام الاجتهادية التي تمس المرأة وعلى الخصوص تلك التي تتعلق بالحياة الزوجية ،فكانت النتيجة أن منحت المرأة حق طلب التطليق بالإعسار الصفقة والعيوب والشقاق والضرر والغياب....
- –باعتبار أن هذه الأمور تعيق المرآة من أن تعيش حياة كريمة مع زوجها إضافة إلى الضرر الذي يلحقها ببقائها معه[11]
- أسباب اختيار الموضوع :
- فبعض المستشرقون وجدوا ضالتهم في التهكم عن الدين الإسلامي وانه دين لا تتمتع فيه المرأة بأدنى حقوقها بتضررها ببقائها مع زوجها والإشهار زوجها لسلاح الطلاق لأدنى خلاف بينه وبينها وهذا راجع إلى أن القاعدة العامة لكثير من المسلمين ونظرا لجهلهم لدينهم أن الفرقة تقع إلا بطلاق الزوج أو وفاته فالإسلام بريء من هذه التهم والتشويه وهو أول من حرر المرأة وجعل لها حقوق.
- –وبالإضافة إلى هذا فالتعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري لقانون الأسرة بمقتضى قانون 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 قد جاء في معظمه مدافعا عن حقوق المرأة .
- –لهذا وقع اختيار لهذا الموضوع أو البحث كونه مع المواضيع الاجتماعية وبالخصوص يتعلق بالمرأة وحقها في طلب الفرقة بما أجازه لها الشرع والقانون وتكون بذلك متساوية الحقوق ين الرجل والمرأة .
- لم أجد أي صعوبات أثناء البحث في هذا الموضوع كونه موضوع متوفر في جميع المراجع و في كل المكاتب بالإضافة إنه موضوع متناول لدى الجميع بصفته موضوع اجتماعي .

---

[10] رواه أصحاب السنن و حسنه الترمذي.

[11] الأستاذ عبد المؤمن بالباقي – التفريق القضائيين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة و مدعمة لنصوص من ق .أ.ج –دار الهدى – ص 01.

- فمن هنا يمكننا التساؤل عن الأسباب التي تقع في سلطة القاضي وحده في توقيع التطليق بناء على طلب من الزوجة ؟

-وما هي أهم الفروق بين التطليق وحالات المشابهة له ؟

– فالتطليق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة و بإرادتها المنفردة و لأسباب عددها المشرع، لذلك نتناول مسألة التطليق بادئين بماهيته لنتعرض بعدها لأسبابه و ننتهي في الأخير بالآثار المترتبة عنه وفقا للخطة التالية .

المبحث التمهيدي : ماهية التطليق ومقارنته مع بعض الحالات المتشابهة له

قبل التطرق إلى أسباب التطليق لابد من التعرض لماهيته والفرق الموجود بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التطليق وأحكامه

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 قانون الأسرة الجزائري وبالرجوع إلى معناه سوف نتطرق إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التطليق

التطليق هو فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة يستند عليه في طلبها ويكون للقاضي السلطة الكاملة في إيقاعه،وذلك عند رغبة الزوجة في الطلاق من توفر لديها سبب مشروع تطبيقا لنص المادة 53 ق أ ج[12] ضمن الحالات المحددة والمحصورة .

الفرع الثاني: شروط التطليق

1)لابد أن يتم التطليق في المحكمة أمام القاضي

2)أن يكون هذا الطلب من الزوجة المتضررة

3)أن لا يستعمل التطليق إلا إذا تقدر الاتفاق بين الزوجين وتوفر الشروط المنصوص عليها في المواد(8 ، 53) ق.أ.ج [13].

الفرع الثالث: دليل مشروعية التطليق

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

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي :

من الكتاب قوله تعالى : **"وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"**[14]

---

[12] ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 والمعدل بمقتضى رقم 05 -09

[13] د.بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الجزء الأول الزواج والطلاق –ديوان المطبوعات الجامعية ص15

وقوله تعالى : " **يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لما تخرجوهن من بيوتهن ولما يخرجن ألما أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لما تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا** "[15]

وهو خطاب عام موجه للرسول صلى الله عليه وسلم في الأصل ولجميع آمته ويقول أيضا في كتابه العزيز : " **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخاف ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون** "[16] .

وهذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق ودليل مشروعيته في آن واحد ويقول تعالى : " **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء** "[17] فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية.

من السنة :

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "**يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك ، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها** "

-وهذا التنظيم عن رسول الله (ص) للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين والطلاق غيرهم وهو دليل مشروعية الطلاق.

وروى محارب بن ثار عن بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**أبغض إلى الله الطلاق**" ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعناق** ".

وروى عنه أنه طلق حفصه تم راجعها ، وما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام .

---

[14] سورة النساء الآية 130

[15] سورة الطلاق الآية 01

[16] سورة البقرة الآية 129

[17] سورة البقرة الآية 236

من الإجماع :

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة ، وهي محصورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة ،وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصل إلا لأسباب ملحة .

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرتها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[18] .

الفرع الرابع: طبيعة التطليق

يعتبر التطليق مكنة يمنحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة ، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها وعليه بطرح التساؤل حول طبيعة التطليق ، هل هو فسخ أم طلاق ؟

اتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو بفسخ ولكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما ،كما تختلف الآثار المترتبة عنهما ، فالطلاق يعد إنهاء لعقد زواج صحيح ، في حين الفسخ هو نقض له لخلل رافق نشوءه أو عارض طرأ على الزواج منع بقاءه بعد نشوئه صحيحا أو لحادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ ، هذا من حيث الماهية ، أما من حيث الأسباب فالطلاق لا يكون إلا بناءا على عقد صحيح لازم وهو حق من حقوق الزوج يوقعه بإرادته المنفردة ، أما الفسخ فإما أن يكون بتراض الزوجين أو بواسطة القاضي .

-ومن حيث الآثار المترتبة عنه، فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج أما الطلاق يحدث هذا الأثر.

-كما يجدر بنا القول أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، وإن لم يكن استحقت المتعة[19].

وترتيبا على ذلك يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء مثلا ، وكل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، وبناءا على ذلك فإن أهم الفرق التي تعد

---

[18] الدكتور محمد كمال ايمام- الطلاق عند المسلمين –دراسة فقهية وقانونية –دار المطبوعات الجامعية –الإسكندرية –طبعة 1997 ص 30.

[19] الدكتور رمضان علي السيد الشرنباطي –أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية – منشورات الحليبي الحقوقية – ص 226، 227

طلاق عند الأحناف هي تطليق الزوج بسبب الإيلاء أو الخلع أو اللعان ، والتفريق لعيب جنسي أو التفريق بسبب أباء الزوج الإسلام .

أما الفرق التي تعد عندهم فسخا فهي: التفريق لردة أحد الزوجين ولفساد الزواج أو التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته أو الفرقة بسبب حرمة المصاهرة

في حين يرى الحنابلة أو الشافعية أن الفرق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاق إذا وقعها الزوج أو نائبه وماعدا ذلك تعتبر فسخا والفرق التي تعد عندهم طلاقا هي [20]:

-تطليق الزوج والخلع وتطليق القاضي إن امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء أما الفرق التي تعد عندهم فسخا هي :

-التفريق لعيب في أحد الزوجين أو بسبب احسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته .

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة ، فإن كانت الفرقة من زواج صحيح وكان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين ،سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه ، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاق ، وأما إن كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا [21].

وتعد عندهم الفرق التالية طلاق :

-تطليق الزوج بسبب الخلع ، أو لعيب في أحدها أو كالزوج عن نفقة زوجته أو التفريق للضرر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة .

وما يعد عندهم فسخا :

- التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب أباء أحد الزوجين الإسلام .

أما الظاهرية فيعتبرون كل فرقة تمت بين زوجين طلاقا إلا في الحالات التالية فهي فسخا : التفريق باللعان أو التفريق لاختلاف الدين .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرف الطلاق في المادة 48 منه على أنه حل عقد الزواج ، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون ،كما أنه استعمل في نفس المادة (37) مصطلح " الطلاق" الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر

---

[20] د.بلحاج العربي –مرجع سابق- ص25

[21] الإمام محمد أبو زهرة – أحوال شخصية ملتزم الطبعة والنشر - دار الفكر العربي – الطبعة الثالثة 1377 هـ-1957 م –ص108.

التطليق طلاقا لا فسخا ، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل .

ويعاقب عليه أنه خالف مفهوم البطلان في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (101-102) من القانون المدني وذلك عندما نص في قانون الأسرة على أن البطلان هو اختلال ركنين في العقد ، لكن يترتب البطلان في القواعد العامة باختلال ركن واحد من أركان العقد وكيفت هذه الحالة في قانون الأسرة على أنها فسخ[22] .

المطلب الثاني : الفرق بين التطليق وبعض التصرفات المشابهة له

بعدما عرفنا التطليق وتطرقنا لشروطه ودليل مشروعيته وتناولنا طبيعته،ننتقل الآن إلى عرض بعض التصرفات المشابهة له بالتفصيل ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: الفرق بين التطليق والطلاق

الطلاق لغة:مأخوذ من الإطلاق وهو الإرسال والترك فنقول أطلق الأيسر أي حل قيده وأرسله.

وقد عرفه حسن علي السمني بقوله : " هو حل القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير أو معنويا كقيد النكاح،وبالتالي الطلاق هو رفع القيد الزوجي فيقال طلق الرجل زوجته .

الطلاق شرعا: هو إزالة عقدة النكاح ومعنى إزالة عقدة النكاح رفع العقد بحيث لا تحل له الزوجة بعد ذلك، وهذا كما لو طلقها ثلاث.

فالطلاق هو من حق الرجل، بينما التطليق هو بطلب من الزوجة نظرا للضرر المعتبر شرعا.

-الطلاق قد يتم من قبل الدخول بالزوجة فيعد طلاق بائنا ببينونة كبرى

-التطليق لا يكون إلا إذا كان الدخول حقيقيا بالزوجة وحكم القاضي بالتطليق يعد طلاق بائن ببينونة صغرى لأنه يمكن للزوج أن يراجع زوجته إن انتفى لديه سبب التطليق في الطلاق يمكن للزوج أن يوكل أو يفوض نائبا عنه في طلاق زوجته أما التطليق لا يتم إلا بإدارة منفردة وبطلب شخصي من الزوجة ولا يجوز لها أن تفوض وأن ينوب عنها في هذا الطلب إلا في حالة واحدة إذا كانت قاصرا غير مدخول بها[23].

الفرع الثاني: الفرق بين التطليق والطلاق بالتراضي

---

[22] الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص 234.

[23] الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص 234.

هو أنه مخول للزوجين أن يتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بالإرادة المشتركة دون أي نزاع وهذا ما سمي بالطلاق اللطيف أو الظريف على أن يكون بالمعروف وبالإحسان[24].

وعلى القاضي توقيع الطلاق إلا بعد التأكد من الموافقة الكاملة وبحيث يكون التطليق بالإرادة المنفردة على عكس الطلاق بالتراضي الذي لا يجوز فيه القاضي مراقبة سبب الطلاق وله السلطة على معرفة والبحث عن سبب التطليق

الفرع الثالث: الفرق بين التطليق والخلع

الخلع معناه لغة: الإزالة نقول خلع فلان ثوبه أي إزالة عنه ، وخلع فلان زوجته أي أزال عصمتها فالرجل لباس لها لقوله تعالى : " **هن لباس لكم وأنتم لباس لهن** "[25].

-يشترط في الخلع أن يكون البعض من الزوجة

-وجه الشبه بين الخلع والتطليق كلاهما بطلب من الزوجة

-يستحب في الخلع أن لا يأخذ الزوج من زوجته أكثر من مهرها أما التطليق يتم دون مقابل

-المخالعة تعتد بحيظة واحدة أما المعتدة من التطليق فتعتد عدة الطلاق البائن ببينونة صغرى .

-لا يجوز مواجهة المخلوعة في العدة ، أما التطليق فله أن يراجعها في فترة عدتها .

الفرع الرابع: الفرق بين التطليق والفسخ

يتميز التطليق عن الفسخ فيما يلي :

-الفسخ فقد ينقض عقد الزواج في بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة ، وقد لا ينقضه في بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام .

-التطليق لا ينقض العقد مطلقا

-إنهاء العلاقة الزوجية بالتطليق لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 أما إنهاء الزوجية بالفسخ فيكون بسبب

---

[24] بلحاج العربي –المرجع السابق – ص 55.

[25] القرآن الكريم –سورة الأعراف–الآية رقم 189

حالات طارئة على العقد تتنافى مع نفاء الزواج واستمراره كردة الزوجة أو اتصال الزوج بأم زوجته و ابنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو أبيه.

-الفسخ قد يكون قبل الدخول بمجرد العقد أما التطليق فلا يكون إلا بعد الدخول[26].

[26] الدكتور محمد كمال الدين إمام – الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي –كلية الحقوق –جامعة الإسكندرية –المؤسسة الجامعية للدراسات ونشر والتوزيع –الطبعة الأولى -1416 هـ-1996م-ص 199.

الفصل الأول: أسباب التطليق

نص المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة على ما يلي :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية "[27]:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78-79-80) من هذا القانون .

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-الهجر في المضجع فوق أربع أشهر.

4-الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة ، فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية .

5-الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة .

6-كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37) أعلاه .

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين .

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

وباستقرار هذه المادة نجدها تضمنت أسباب تستند إليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه ولمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل سوف نتطرق ضمن مبحثين في الأول إلى الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية وفي الثاني إلى الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقبا عليها جزائيا وفي الأخير إلى التطليق للضرر المعتبر شرعا على النحو الآتي بيانه:

---

[27] قانون الأسرة الجزائري المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005 والمعدل بمقتضى رقم 05-09

المبحث الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية

إن رأي زواج شرعي يترتب عنه عدد من الواجبات والحقوق المتبادلة ، وإخلال أحدهما بالتزامه الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة،حق للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده ،أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته والتزاماته الزوجية والعائلية دون سبب جدي أو شرعي كامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها، أو هجر زوجته في المضجع مدة لا تطيقها ، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تنفقه منه هي وأولادها .

-فهل للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر كما لحق جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات ؟ هذا ما سنجيب عنه ضمن هذا المطلب في ثلاث فروع نتناول في الأول التطليق لعدم الإنفاق وفي الثاني التطليق للهجر في المضجع وفي الثالث التطليق لغياب الزوج.

المطلب الأول : التطليق لعدم الإنفاق

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بانفصال العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطليق لهذا السبب[28] ؟

هذا ما سنتناوله فيما يأتي متعرضين إلى فرعين يتناول موقفين الفقهي والتشريعي واعتمادا على ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا الإطار.

الفرع الأول: الموقف الفقهي

لقد انقسم الفقهاء إلا ثلاث اتجاهات ولكل في ذلك حججه من الكتاب والسنة

الرأي الأول:

يقول بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها، حتى ولو أعلنت عدم رضاها بذلك وتمردت على الوضع القائم وطلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما.

والأحناف هم قادة هذا الرأي وليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها ،حتى ولو لم يكن له مال ظاهر ودليلهم في ذلك ".

من القرآن الكريم :

---

[28] الأستاذ فضيل سعد : شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق –الجزائر –المؤسسة الوطنية للكتاب 1986 رقم النشر 2008 /86 الجزء الأول ص 278.

قوله سبحانه تعالى : "**لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا ألا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا**"[29].

من السنة :

إن المسلم روى في صحيحه من حديث "أبي الزبير" عن "جابر" قال : " دخل أبو بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالسا وحوله نساؤه واجما ساكنا فقال أبو بكر الصديق : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يا رسول الله لو رأيت بنت خارج سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من حولي كما ترى ، سألتني النفقة فقام أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى عائشة يجأ عنقها وقام عمر رضي الله عنه إلى حفصه يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده فقلن والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتز لهن رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا ، ولم ينقل عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة .

من المعقول :

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

كما أن ايقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع ، أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل وهو مقصود أصلي من الزواج ، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي[30].

الرأي الثاني :

يرى الأئمة الثلاثة : مالك ، الشافعي وأحمد مع خلاف في التفاصيل أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها إذا اثبت له ذلك وهم أيضا يستدلون بالكتاب والسنة[31] .

من القرآن: قوله تعالى في أمره للزوج :"**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** " وقوله أيضا "**ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا** ".

---

[29] سورة الطلاق الآية 07

[30] الدكتور محمد كمال الدين إمام- كمرجع سابق – ص 100

[31] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 202

من السنة: فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غني واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال : امرأتك ممن تعول تقول أطعمني وإلا فارقني " فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق .

من المعقول :

إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة والجب تبث جواز الفسخ بالإعسار وعدم الإنفاق بل لفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن بها أما لذة الجماع فيقول البدن بدونها ومع اتفاقهم في ذلك كله إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل.

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

ولا يؤجل المعسر عند الشافعي إلا بثلاثة أيام ولا يؤجل قط عند احمد ، ويؤجل عند مالك مدة يراها القاضي مدة كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق وبعض المالكية قدرها بشهر ، والرضى بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك لان طلبها من بعد ذلك نقض لما تم من جهتها ، ولذا لو تزوجته وهي عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق بعد ذلك بخلاف الشافعي واحمد اللذان قررا إن رضاها بالإعسار وقتا لا يستلزم رضاها في كل الأوقات .

بالنسبة للتفريق: مع اتفاقهم على أنه إن كان للزوج مال ظاهر لا يفرق بينه وبين زوجته ،اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا لم يدعي الإعسار، أي لم يثبته ببينة فقال الشافعي لا يفرق بينه وبين زوجته إذا طلبت التطليق ، لأن مظنة الرجوع غير ثابتة وقال مالك وأحمد يفرق بين الممتنع عن الإنفاق ،وبين زوجته إن طلبت التفريق، ولو لم يكن له مال ظاهر لعدم الإنفاق عليها كحال الإعسار ولأنه ظالم بالامتناع وجب عليه تطليقها فإن لم يفعل طلق القاضي عنه.[32]

الرأي الثالث:وخلاصته التفرقة بين المرأة التي غر بها الزوج فلها طلب التفريق ، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق ، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية .

---

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

الفرع الثاني : الموقف التشريعي

لقد استمد المشرع الجزائري موقفه في شأن التطليق لعدم الإنفاق من موقف جمهور الفقهاء (مالك ، أحمد والشافعي) وقد نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة (53)من قانون الأسرة : "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

-عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد: (78-79-80) من هذا القانون....." .

فعدم الإنفاق هو امتناع الزوج نهائيا عن النفقة بكل أجزائها ومشتملاتها حسب نص المادة (78) من قانون الأسرة الأمر الذي يلحق للزوجة أضرار ويبرر رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق ، بشرط توافر العناصر التالية .

1)يجب على الزوجة أولا أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم بأمره بالنفقة ، وامتنع عن تنفيذ هذا الحكم ، فإذا رفعت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة ، فإن القاضي يحكم لها بذلك ويأمرها بالعودة إلى مقر الزوجية ، إلا إذا تبث امتناعه بعد الحكم فإن رفعت دعوى التطليق بعد ذلك، فعلى القاضي الاستجابة لطلبها في هذه الحالة .

وفي هذا الإطار صدر حكم عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 والذي قضى أنه : "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك ."[33]

2)ألا يكون امتناعه عن النفقة بسبب عسره لأن هذا الأخير بيد الله ولا يعتبر مبررا لطلب التطليق مصداقا لقوله تعالى : " **الله يبسط الرزق لمن يشاء ويعبر وفرحوا بالحياة الدنيا وما الحياة الدنيا في الآخرة إلا متاع** ."[34]

و قال في آية أخرى :" **و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة و أن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون** ".[35] فالزوج في هذه الحالة ليس بظالم حتى يطلق عليه القاضي و يرفع ظلمه عن زوجته

---

[33] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/05/02- غرفة الأحوال الشخصية –تحت رقم 118475 ،المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول

[34] سورة الرعد الآية 26

[35] –سورة البقرة الآية 280.

3) ألا تكون عالمة بإعساره وقت زواجهما ، فإن كانت عالمة بمصدر دخله ، و جهده اليومي ، أو أنه بدون عمل ، أو أن مهنته غير مطلوبة اجتماعيا مما يجعله يعيش انفراجا ماليا أحيانا و يفتقده أحيانا أخرى ، فإن رضيت بالزواج به على هذا الحال فهي على علم بعسره فإن رفعت دعواها للقاضي تطلب التطليق للعسر ، رفضت دعواها لورود النص : **"... مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ..."**.

و يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج فإن استطاعت عن الزوجة إثبات أن عسره هذا حصل بعد زواجهما ، فإنه ينتظر إلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة ، فإن لم ينفق و طال عسره إلى مدة تضر بالزوجة ، طلق عليه القاضي[36].

و يكون الحكم بالنفقة و فقا للأحكام المادتين (78 و80) من قانون الأسرة حيث يراعي في تقديرها حالة الزوجين ، و ألا يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بها إن ثبت لديه ما يدعو لذلك ، و إلا فتقديرهما يكون إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررهما[37].

و قد صدر في هذا الإطار قرار عن مجلس قضاء بسيدي بلعباس بغرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 13 أكتوبر 2001 قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه و التصدي من جديد بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه و بإلزام هذا الأخير بأدائه لها مبلغ ثلاث آلاف دينار جزائري 3000 دج شهريا كنفقة إهمال تسري سنة قبل رفع الدعوى و تستمر إلى غاية النطق بالتطليق و مبلغ عشرة آلاف دينار جزائري 10000 دج نفقة العدة و أسند حضانة البنت لأمها جاء في أسبابه : عن طلب المستأنفة بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء بالتطليق لعدم الإنفاق حيث أن هذا الطلب جاء مؤسسا كون أن المستأنف عليه أهمل زوجته منذ سنة 1990 و تركها بدون نفقة و غادر الجزائر متوجها لفرنسا و لم يقم بواجباته نحو زوجته و أنه طبقا للمادة 37 من قانون الأسرة فإن النفقة واجبة شرعا على الزوج إتجاه زوجته مما يجعل من طلب التطليق طلبا مؤسسا و يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف فيه وتصديا الحكم بتطليق المستأنف عليه ".[38]

و صدر في ذلك حكم عن المحكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/09/29 قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعى عليه جاء فيه :

---

[36] الإمام محمد أبو زهرة كمرجع سابق صفحة 319-320

[37] القرار الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2001 -مجلس قضاء سيدي بلعباس- غرفة الأحوال الشخصية- رقم الملف 35511

[38] القرار الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2001 -مجلس قضاء سيدي بلعباس- غرفة الأحوال الشخصية- رقم الملف 35511

" حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته و رعيتها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري ، فإنه و أمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات و ثمانية أشهر و ذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الذي كان عضوا فيه كطيار و أنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة ، فإنه و بتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات و التي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض إليه المدعى عليه بسبب فراقه لمدة طويلة منذ 2000/05/30 و أن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوث غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت ثلاث سنوات فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا" [39]

و يطرح التساؤل بشأن المدة التي يجب أن تنتظر الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة و أثر ذلك على سقوط حقها في طلب التطليق ؟

و في هذا اختلف الفقهاء المسلمون فجعل "**الإمام الشافعي**" و "**أحمد**" تتراوح ما بين ثلاث أيام و شهر بدءا من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة على خلاف "**المالك**"الذي جعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حالة الزوجين ، و مصدر عيشهما و الظروف المحيطة لهما ، على أن لا تتجاوز هذه المدة سنة في جميع الأحوال و قال أيضا أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائزا و يسقط حقها في طلب التطليق [40] .

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

"متى كان من المقرر فقها و قضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه "ابن عاصم "بقوله : الزوج

---

[39] حكم صادر بتاريخ 09/29/ 2004 - محكمة سيدي بلعباس - غرفة الأحوال الشخصية - رقم الملف 81134

[40] الإمام محمد أبو زهرة كمرجع سابق صفحة 323-324

إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق ، وأن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادىء يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية .

إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي . و الحكم عليه غيابيا سنة حبس نافذة . فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خالفوا أحكام هذا المبدء الشرعي و متى كان ذلك استوجب نقد القرار المطعون فيه تأسيسا على وجه المشار من الطاعنة في هذا الشأن.[41]

المطلب الثاني : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية و المقاربة بينهما و و ما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلى بالزواج و قد قال تعالى : "و الذين هم لفروجهم حافظون "[42] و مقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الاستمتاع بالآخر و عدم الامتناع عن ذلك إلى لعذر شرعي.[43]

فإذا نشزت الزوجة و عصت زوجها ، صار له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصداقا لقوله تعالى :**" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضكم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"**.[44]

و الهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملها الزوج على زوجته و هو أن يناما معا في نفس الفراش و لكن يدليها ظهره و يمتنع عن تحقيق رغبتها الجنسية و هو المقصود من الآية الكريمة المذكورة أعلاه . فما حكم ذلك ؟ و هل يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر؟

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

---

[41]-القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 – المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – تحت رقم 34791 – المجلة القضائية- العدد الثالث- سنة 1989- ص 103

[42]-سورة المؤمنين الآية 5

[43]الأستاذ عبد الكريم شهبون –مرجع سابق- ص243

[44]-سورة النساء الآية 34

الفرع الأول: الموقف الفقهي :

1- الهجر العادي :

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

يرى المالكية : إن حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك ، و لو كان ترك الزوج للجماع بسبب انقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب أو غير ذلك و إذا رفعت دعواها هذه و أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها فإن القاضي يأمره بمجامعتها و يضرب له أجلا بحسب اجتهاده . فإن رجع إلى معاشرتها و القيام بحقها ذاك ، و إلا حكم لها بالتطليق. و إذا تمكنت الزوجة من إثبات أن زوجها لا يجامعها فلا تكلف بإثباث تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها ضرر ، فتصدق في ذلك.

2- الإيلاء :

لغة: هو الحلف مطلقا سواء كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر[45]

إصطلاحا : فقد عرفه كمال الدين بن همام في "فتح القدير " بأنه الحلف على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القرب على ما يشق.[46]

فالحلف بالله تعالى ألا يقرب زوجنه خمسة أشهر إيلاء .فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لن يكن مواليا عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : **" للذين يؤلون من نسائهم تربصوا أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم "**[47] . ولقوله :**"إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم "** [48] .

---

[45] الأستاذ عبد الكريم شهبون كمرجع سابق صفحة 245

[46] الإمام محمد أبو زهرة – كمرجع سابق – ص 343

[47] سورة البقرة الآية 226

[48] سورة البقرة الآية227

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

و يطرح التساؤل بشأن وقت وقوع الطلاق بالإيلاء .

يرى الحنفية أنهم بمجرد مضي المدة و هي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا مستذلين بأن الزوج يمنع حقها فستحق من الشرع أن تتبين منه عند مضي هذه المدة .

و يرى المالكية و الشافعية و الحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لابد من تطليق الزوجة أو تطليق من القاضي[49] مستدلين بقوله تعالى : **"فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم و إن عزم الطلاق فإن الله سميع عليم "**.[50]

3- الظهار :

لغة : هو المقابلة بالظهر ، نقول ظهرته إذا قابلت ظهرها بظهره ، و ظاهر من إمرأته إن قال أنت عليا كظهر أمي.

إصطلاحا : هو تشبيه الرجل زوجته بإمرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بالنسب أو الرضاعة أو المصاهرة .[51]

و الظهار كان طلاقا في الجاهلية فأبطل الإسلام هذا الحكم و جعله محرما للمرأة حتى يكفر زوجها و قد أجمع العلماء على حرمته ، فلا يجوز الإقدام عليه لقوله عز و جل : "**الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي و لدنهم و إنهم لا يقولون منكرا من القول و زورا و إن الله لعفو غفور**"[52]،وقوله :**"و الذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماشى ذلكم توعظون به ، و الله بما تعملون خبير "**[53].

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

---

[49] رمضان علي السيد الشرنباطي – كمرجع سابق ص 310

[50] سورة الطلاق الآية 5

[51] رمضان على السيد الشرنباطي – مرجع سابق ص320

[52] سورة المجادلة الآية 2

[53] سورة المجادلة الآية 3

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

قال الشافعية : إنه يتحقق بنفس الإمساك و ذلك بأن يمضي و قت يمكن أن يطلق فيه و لم يطلق، لأن إقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه دون أن يفعل ذلك يقوم قيام إرادة الإمساك.[54]

وقال الظاهرية : إنه لا يترتب تحريم أثر غلى قول الرجل لزوجته "أنت علي كظهر أمي" إلا إذا كرر هذه العبارة مرة أخرى ، فإذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار ، و هذه الأخيرة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكين ، عملا بما تضمنته الآيتان القرآنيتان المذكورتان أعلاه [55].

الفرع الثاني : الموقف التشريعي

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

لذلك جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع من بين الأسباب المبررة لطلب التطليق عملا بنص المادة 3/53 ق أ و التي جاء فيها : "... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ..."

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

1- أن يهجرها و يدير لها ظهره و لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.

2- أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة أشهر متتالية لايقع بين الشهر و الآخر أي اتصال بينهما .

3- أن يكون هذا الهجر عمديا للزوجة و ليس له ما يبرره شرعا و قانونا.

4- أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل بقوله تعالى : **"و اصبر على ما يقولون و اهجرهم هجرا جميلا ."**[56] فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما.

---

[54] الإمام محمد أبو زهرة- مرجع سابق- ص466

[55] الإمام محمد أبو زهرة –مرجع سابق- ص478

أما إذا وقع الهجر و كان لعدة مرات و في أوقات مختلفة و متفرقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب و جوده في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من أجل الوظيفة . فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في الفراش و لو تجاوزت المدة أربعة أشهر و إذا طالبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين [57].

و ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو أن الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق و الذي يتفق مع الإيلاء المعروف في الفقه الإسلامي فكليهما هو ترك وطء الزوجة و عدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر حرام شرعا و غير جائز قانونا لما يتضمنه من حرمانها من حق تملكه بموجب عقد الزواج و مقتضياته و لكنهما يختلفان من عدة جوانب منها

أن الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة و ترك وطئها و جماعها بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الإيلاء الذي يشترط أن يكون الهدف المبتغي من وراءه الإضرار بها ، على خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر ، إذا منح قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للهجر دون أن يشترط نية الإضرار بها [58].

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

و هذا و يرى الأستاذ "**فضيل سعد**" أن المشرع أهمل الإيلاء و إعتبره يمينا [59]معلقا على شرط فاستبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع و لكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه وتعالى تعالج أحولا خاصة، فذكرها لا يعني بالضرورة حصولها ن كما أن إهمالها لا يعني عدم الحصول " خاصة أن المشرع الجزائري قد جعل من الشريعة مصدر للأحكام التي لم يرد بشأنها نص القانوني[60] .

---

[56] سورة المزمن الآية 10

[57] دكتور بالحاج العربي –كمرجع سابق –ص301

[58] دكتور عبد العزيز سعد –المرجع السابق –ص478

[59] الشيخ عبد الرحمن الجزيري – الفقه على المذاهب الأربعة – قدم له و علق عليه الشيخ إبراهيم محمد رمضان الجزء الخامس دار القلم للطباعة و النشر لصاحبها أحمد أكرم بيروت لبنان – ص ب 3874 –ص242،243.

[60] الدكتور فضيل سعد –كمرجع سابق– ص 280

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

وبالرجوع إلى ظاهر النص فإن الزوجة إذا أثبتت واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر على الأقل يحكم لها القاضي بالتطليق دون أن يبحث عن توفر أو عدم توفر نية الإضرار بها أو نية الإصلاح أو سبب الهجر شرعيا كان أو قانونيا[61].

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

وقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس –غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب هجر هذا الأخير لها وفقا للفقرة الثالثة من المادة (53) جاء في عرض أسبابه مايلي :

"حيث أن المستأنفة تلتمس المادة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للمادة (53) من فقرة 3 قانون الأسرة وإلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري (30000 دج) نفقة عدة ومبلغ ألفين دينار جزائري (2000 دج) شهريا نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى.

حيث أن المستأنف عليه يلتمس مواصلة الحياة الزوجية واحتياطيا الطلاق بظلم منها وحرمانها من توابع العصمة ماعدا العدة .

حيث أنه بعد الإطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنفة بالرجوع إلى البيت الأصلي وأنه بعد الاستئناف أصدر المجلس قرارا بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها ما في المضجع أكثر من أربع أشهر.

حيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار وأدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06//08 وبالتالي فإن دفوع المستأنف عليه غير مؤسسة ويتعين الإشهاد للمستأنفة عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 ومن تم الحكم بتطليقها[62] .

---

[61] الأستاذ عبد العزيز– سعد مرجع سابق –ص 256

المطلب الثالث : التطليق لغياب الزوج

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

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

فكيف يعتبر الغياب مبررا لطلب التطليق ؟ وما هي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك ؟ وهو ما سنجيب عنه متعرضين لموقف الفقه والتشريع .

الفرع الأول: الموقف الفقهي

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة والآخر يحضره ويقول به " **الأحناف " والشافعية " الظاهرية" والشيعة الزيدية" " والجعفرية**" وهو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر[63].

الرأي الثاني : يقول به " **المالكية " والحنابلة**" ويعطي الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها مع اختلافهما في التفاصيل .

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم ، وبين الغيبة بعذر أو بغير عذر ، وجعلوا هذه الأخيرة سبب لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر

وقد روي أن "**عمر ابن الخطاب** " وذلك على ابنته حفصة أم المؤمنين وسألها قائلا "أي بنية ؟ "كم تعبر المرأة عن زوجها ؟ قالت : " شهر أو اثنين أو ثلاثة وفي الرابع ينفد الصبر.." وهذا القول يطابق التشريع الإلاهي للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية وهي مدة تسمح للزوجة بالانحراف فجعل " **عمر ابن الخطاب**" أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر[64].

---

[62] قرار صادر بتاريخ 2004/12/26 –مجلس قضاء سيدي بلعباس –غرفة الأحوال الشخصية –

[63] الأستاذ فضيل سعد ، المرجع السابق ،ص 294

[64] الدكتور فضيل سعد كمرجع سابق ص 281 ،282

وذهب المالكية إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها وكانت تتراوح بين ستة وثلاث سنوات والراجح سنة سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر أرسل إليه القاضي إعلانا بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه ، إذا كان متواجد في مكان يصل إليه ذلك الإعلان وإلا طلقها منه ، كما قد يعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لأمره فلا تطليق ، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت الزوجة على التطليق استجاب إلى دعواها .

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

الفرع الثاني : الموقف التشريعي

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة وذلك بنفسها "... الغيبة بعد مضي سنة دون عذر ولا نفقة ....."**.**

والغائب حسب نص المادة (110) من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير .

ومن تحليل مضمون الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة والوارد ذكره أعلاه ، يتضح بأنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة الحكم لها بالتطليق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

1) أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى ، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمد على غيابه رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ، ولكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية وجرى العمل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات

2) أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر ولم يعد ، ويختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاعدة في الخارج لمدة التفوق السنة ، أو لأي بسبب جدي آخر فإن طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون معيره الرفض [65].

---

[65] الدكتور بلحاج العربي –المرجع السابق – ص 300.

3) أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه وهذه الحالة بقدرها القاضي ويتأكد منها بجميع الطرق ، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب ، والبلد الذي يتواجد به والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات الإدارية والظروف السياسية المحيطة به ، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا ، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة وله مصادر في الداخل .دون أن بترك للزوجة ما ينفقه فان القاضي يحفظ مصير الأسرة ، ومتى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة وبحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير ، وتكون الأحكام مشمولة بالنقاد المعجل [66].

4) إن المشرع الجزائري باستعماله " محل الإقامة " لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بلد أجنبي ، فإذا كان الغياب مثلا داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست والزوجة بدون نفقة فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر على الغياب ، ويعاب عليه أيضا أنه لم ينص على الفقدان كسبب من أسباب طلب التطليق[67].

5) فالمقصود غائب مجهولة ، ولهذا يكون لزوجته ما يكون لزوجة الغائب والذي عرفته المادة (109) قانون الأسرة على أنه " الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ، ولا تعرف حياته أو موته ، ولا يعتبر مفقودا الا بحكم " إذ يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمعنى أربع سنوات بعد التحري ، أما في الحالات التي تغلب فيها سلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي هذه المدة ، وهو مستنبط من رأي المالكية الذين اعتمدوا التقسيم الخاص الذي نبنيه فيما يأتي :

أولا : إذا فقد في حالة السلم في دار الإسلام فإن زوجته تؤجل أربع سنوات ثم تعتد عدة الوفاة،وتحل للأزواج بعدها، إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلقت لعدم النفقة

ثانيا : إذا فقد في دار الشرك كالأسير لا يعلم له خبر ، فإن زوجته تبقى مدة التعمير أي موت أقرانه من يغلب على الظن عندها موته ثم تعتد عدة الوفاة وتحل للأزواج ، وقد رأو ذلك ببلوغه السبعين وقبل الثمانين وقبل غير ذلك إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلقت عليه.

---

[66] د.محمد كمال إمام –كمرجع سابق –ص 65

[67] د. رمضان علي السيد الشرنباطي –كمرجع سابق –ص 346/345

ثالثا :إذا فقد في حالة حرب بين طائفتين من المسلمين فإنها تعتد عقب انفصال الصفين و خفاء حاله ، وتحل بعدها للأزواج[68].

رابعا : إذا فقد في حرب بين طائفة مؤمنة وأخرى كافرة فإنه يكشف عن أمره ويسأل عنه ، فإن خفي حاله أجلت زوجته سنة تم اعتدت للوفاة ثم حلت للأزواج [69].لكن ما لحكم إذا ظهر المفقود ما بعد الحكم بوفاته ؟

إذا كانت زوجته لم تتزوج غيره بعد عدتها فهي له ، وإن تزوجت غيره فإن كان الزواج غير صحيح أو كان الزوج الجديد يعلم بحياة الأول فكذلك ، وإن كان الزواج صحيحا ولا يعلم الزوج الثاني بحياة الأول فهي للثاني إن دخل بها عند الجمهور وإلا فهي للأول أيضا [70].

وفي إطار تربص الميداني بمحكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس عاين صدور حكم بتاريخ 2004/04/13 قسم الأحوال الشخصية قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب غياب هذا الأخير عنها مدة تفوق السنة تاركا إياها وابنتها بدون نفقة وفقا للفقرة الخامسة من المادة (53) ، جاء فيها ما يلي :

حيث أن المحكمة سعت للصلح بجلسة 2004/03/30 إلا أن محاولتها باءت بالفشل إذا أصدرت المدعية على طلب التطليق

حيث ثبت للمحكمة أن طلب المدعية إلزامي إلى التطليق مؤسسا قانونا كون المدعى عليه سافر في شهر جوان 2000 إلى فرنسا تاركا إياها وابنتها دون رعاية ولا نفقة لذا تستجيب له المحكمة "

المطلب الرابع : التطليق للعيوب

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

إذا كانت الحياة الزوجية تبني أساسا على التآلف والتعاون ومن أهدافها تنظيم العلاقات الجنسية وإنجاب الأولاد وبناء أسرة منسجمة فإن هناك عيوبا وعللا وأمراضا تقضي عليها وتؤثر على مقاصد الزواج ولذلك منح القانون للزوجة حق طلب التطليق بسبب وجود عيب في الزوج لم تعلمه قبل أو أثناء أو بعد عقد الزواج وهو السبب الذي

---

[68] أ.عبد الكريم شهبون –كمرجع سابق –ص 401

[69] الدكتور رمضان على السيد الشرنباطي –كمرجع سابق – صفحة 360-361

[70] الدكتور أحمد كمال إمام ، كمرجع سابق ص 109

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة بقولها "....العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ..."

والمقصود بالعيب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية ،الأمر الذي أعطى معه للمرأة حق طلب التطليق[71] .

من هذا التعريف يتبين أن كل عيب في أحد الزوجين له تأثير على مسار الرابطة الزوجية لدرجة أنه قد يؤدي إلى حلها فقد تبث في السنة النبوية الشريفة رواية عن الإمام أحمد في مسنده أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار ولما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر على كشحها بياضا وهو مرض جلدي فأنحاز على الفراش ، ثم قال : خذي ثيابك ، ولم يأخذ مما أتاها شيئا".

وفي الموطأ عن عمر –رضي الله عنه –أنه قال :" أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام[72] أو برص[73] فلها المهر لها أصاب منها وصداق الرجل على من غزة "

–أما في شأن ثبوت حق التطليق للعيب ،فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والإمامية على التفريق للعيوب التناسلية التالية :الجب[74] ، العنة[75] ، والخصاء (وهو مقطوع الخصيتين) ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من العيوب وهذا ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل متعرضين للموقفين: الفقهي والتشريعي وما توصل إليه الاجتهاد القضائي .

الفرع الأول : الموقف الفقهي

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا ، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج فقال " **أبوحنيفة**" "**أبو يوسف**" لا فسخ إلا للعيوب التناسلية الثلاثة وهي الجب، العنة ، الخصاء لأنها غير قابلة للزوال فالضرر فيها دائم ولا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج[76].

---

[71] المستشار عمر وعيسى الفقهي –التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين –المكتب الفني للموسوعات القانونية –مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998 –ص 38.

[72] الجذام هو داء معروف بتجدم الأصابع وتقطعها ورجل أجذم ومجذم نزل به الجذام وقد جذم الرجل بضم الجيم فهو مجذوم وفي حديث الرسول (ص) " من تعلم القرآن تم نسيه لقي الله يوم القيامة وهو أجذم قال أبو عبيد " الأجذم مقطوع اليد " (من لسان العرب لابن منظور)

[73] البرص : داء معروف نسأل الله العافية منه ومن كل داء وهو بياض يقع في الجسد البرص برصا والأنثى برصاء (من لسان العرب ابن منظور).

[74] الجبة يحجبه وجبابا والمجبوب الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه ، وقد جب جبا فالمجبوب أي مقطوع الذكر (من لسان العرب لابن منظور)

[75] العنة هوم ما تعدم كأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء ، وامرأة عنينة لا تريد الرجال ولا تشتهيهم والعنين الذي لا يأتي النساء ولايريدهم (من لسان العرب لابن منظور .

[76] الدكتور رمضان علي السيد الشرنباطي كمرجع سابق 339

وشروطهم في ذلك :

-ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة فإن وصل لها ولو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق طلب التطليق .

-ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح فإذا كانت على علم به لم يثبت لها حق طلب التطليق.

-ألا ترضى بالعيب بعد علمها به ، فإذا علمت ورضيت ، ليس لها طلب التطليق بشرط أن تعلن رضاها صراحة فالسكون هنا لا يعبر عن رضاها.

-ألا يكون في الزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي فإذا كان بها عيب فلاحق لها في طلب التفريق لأن الأضرار هنا غير متوافر باعتباره أساسا لطلب ذلك [77].

وذهب "**الشافعي**" و"**أحمد** "إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها هي الجب، العنة ، الجنون ، الجذام ،البرص ، فإذا كان بزوجها واحد من هذه العيوب كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب منه فسخ النكاح.

أما **المالكية** فقد اعتبروا التفريق للعيوب طلاقا لا نسخا ووافقا الإمامين "أحمد" و"الشافعي "في تلك العيوب ، غير أنهم زادوا عيوبا أخرى مفصلة في كتبهم[78] .

أما **الإمامية** فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشر عيبا ، أربعة في الرجل وهي : الجنون ، والخصاء ، والعنة والجب وسبعة في المرأة هي : الجنون ، الجذام ،البرص ، القرن[79] ،الإفضاء العمى والمرج[80].

وقال بن قيم الجوزية في زاد المعاد :" إن القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار "[81].

وقد نقل عن "**الزهري**" أنه قال " يرد النكاح من كل داء عضاء"وهذا لرأي أبي ثور وشريح.

وقال الظاهرية : "لاخيار للزوج وللزوجة إذا وجد أحدهما في صاحبه عيبا من العيوب ، جذاما أو برصا أو قرنا و غيرها حدث قبل العقد أو بعده"[82].

---

[77] الدكتور أحمد كمال إمام ، كمرجع سابق ص 109

[78] الأستاذ عبد الكريم شهبون مرجع سابق ص 227، 228

[79] القرن شبيبية بالعلفة وهو نثوء في الرحم (من لسان العرب لابن منظور)

[80] الفساد والخلط (من لسان العرب لابن منظور)

[81] الأستاذ عبد الكريم شهبون كمرجع سابق ص 228.

[82] لأستاذ عبد الكريم شهبون كمرجع سابق ص 229.

الفرع الثاني :الموقف التشريعي

لقد أباح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب ، إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيب ولم يبين نوعه ، أهو عيب جنسي أو غير ذلك بل وصفه بأنه كلا عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، واعتمد بذلك عبارة فضفاضة وعامة وردت في الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب ولو على سبيل المثال واكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها وهو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[83]، وحسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب والعلل .

والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب حصرها ، ويخرج من عدادها حسب مفهومه كل ما لم يكن عائق في تحقيق أغراضه سواءا كان العيب عقليا أو ماديا.

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل : الخصاء والعنة أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرد العقم أو من شأنه دفع الزوجة الى النفور من زوجها أو الإشمئزاز منه أو الخوف من أذاه .

وخطورة تصرفاته مثل أمراض الجدام والبرص وغرها من الأمراض الخطيرة المعدية والدائمة كالجنون والصرع المستمر فغنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه على القضاء لطلب التطليق من زوجها المريض [84].

وفي هذا الإطار صدر قرار عن المحكم العليا بتاريخ 1999/02/16 جاء فيه :" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم سنجب طيلة هذه المدة مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لضررها لعدم الإنجاب ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون سليما ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن [85].

إن طلب الزوجة للتطليق بسبب عيب في زوجها واستجابة القاضي لها معلقان على كون العيب ناتجا عن مرض مستمر ودائم لا يتوقع شفاؤه ، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن علاجها والشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا لا يتجاوز الشهور فإنه يكون على الزوجة أن تعتبر مع زوجها وإذا تقدمت بطلب التطليق فإنه على

---

[83] د.فضيل سعد مرجع سابق ص275 ،276.

[84] الأستاذ " عبد العزيز سعد "كمرجع سابق –صفحة 261

[85] الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية – عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001 صفحة 119

المحكمة أن تمهله أجلا لمواصلة العلاج أملا في شفائه ، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين ، وعند اليأس يحكم لها بالتطليق من الزوج العليل .

وإذا كان المرض الذي أصاب الزوج ليس من شأنه الميولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور ويمنعه من الحركة أو الصراع الطارئ المنقطع الذي يأتي الزوج حينا ويتركه أحيانا فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزواج .ويطرح التساؤل بشأن المدة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطليق للعيب وفي هذا اختلف الفقهاء المسلمون ، فقال مالك والشافعي أن مرور مدة الزمن على سكوتها يسقط حقها في طلب التطليق ، لأنه بمثابة الرضى الضمني بالعيب الموجود ، أما الإمامين أبو حنيفة وأحمد فيشترطان الرضى الصحيح وفي هذا لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق ، بل أباح لها ترفع دعواها التي يجب قبولها من توافرت الشروط التالية :

1-أن ترفع دعوى التطليق

2- أن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين [86] .

وهذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنا لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضا ومن حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا وجب رفعه وبالتالي الاستجابة لطلبها ، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء ، فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب أخر غير العيب الذي تنازلت عنه ، لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض كما لو كان الظن يغلب على شقائه منه ، فانتظرته [87].إلا أنه يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج .

هذا ويلاحظ عمليا أنه إذا وجد عيب بالزوج وطلبت على إثره الزوجة التطليق ، فإن القاضي يؤجل الحكم بالتطليق إلى المدة معنية معلومة لا تتجاوز السنة إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19 متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى مجرى به القضاء انه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب زوجها جعلها ،

---

[86] الدكتور " فضيل سعد" كمرجع سابق – صفحة 276-277

[87] الدكتور " فضيل سعد" كمرجع سابق – صفحة 277

وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه ، حكم للزوجة بالتطليق ،فإن القضاء بها يخالف أحكام المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية [88] .

كما جاء في ذات القرار أنه " إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية للإثبات عجزه المستمر عن ذلك والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج ببدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها ، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به ، ومن كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المشار من الزوج الطاعن "[89].

الفرع الثالث : كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق

يتبين العيب بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود والشهادات الطبية المعتمدة وذلك سواءا تعلق الأمر بوجود المرض أو بخطورته على الحياة الزوجية وعلى الزوجة نفسها ، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبير من تلقاء نفسه إذا كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى ، وكان القاضي لا يستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة بغير ذلك ثم يصدر حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل وحجج وتجدر الملاحظة أن السيدا يعتبر من الأمراض الحديثة التي تبيح طلب التطليق[90].

المطلب الخامس: التطليق بسبب الضرر والشقاق المستمر بين الزوجين

للزوج حق تأديب بمقتضى ولايته على زوجته إن خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته فيها شرعا.إلا أن العلماء اجمعوا على أنه لا يجوز للزوج أن يضرب زوجته ضربا مبرحا ولو لأجل تأديبها كما اجمعوا على انه لا يجوز أن يسيء إليها في المعاملة ،ولا أن يؤديها بالقول.

---

[88] القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 43784 – غرفة الأحوال الشخصية – المجلة القضائية لسنة 1989 –العدد الثالث صفحة 79.

[89] القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 43784 – غرفة الأحوال الشخصية – المجلة القضائية لسنة 1989 –العدد الثالث صفحة 79.

[90] المستشار عمر وعيسى الفقهي –مرجع سابق–ص 269

وذهب الإمام مالك إلى جواز للزوجة إذا حصل شقاق بينها وبين زوجها بسبب الإساءة إليها قولا وفعلا أن تطلب أمام القضاء التعريف بينها وبين زوجها وكذا إذا توفر الضرر الناتج عن مخالفة المادة 8 ق.أ.ج حق طلب التطليق وفق شروط أوجبها المشرع والفقه وللقانون رأي في ذلك[91] .

ويعتبر التفريق للضرر هو نفسه التفريق لسوء العشرة إذ أصبحت العشرة مستحيلة لأسباب كثيرة منها:

-إذا كان الزوج لا يعرف حق زوجته من جميع النواحي سواء كان يلعنها أو يضربها فلا حرج في المفاداة أن تدفع الزوجة له شيئا من المال ليطلقها لسوء العشرة أو الاعتداء بالكلام السيئ عليها.

- أن يتغيب عنها فتتضرر من غيابه .

- أن يحكم عليه بالحبس وتتضرر كذلك من غيابه منها .

- فمن حقوق المشركة بين الزوجين أن يحسن كل واحد منهما معاشرة الآخر[92]،ويحاول قدر طاقته أن يدفع الضرر عنها لتهنأ الحياة الزوجية بينهما لقول تعالى :"ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"[93].

الفرع الأول: حالات التطليق والإصلاح بين الزوجين.

لقد أوصى الشارع خيرا بالنساء .

قال تعالى: **"وعاشروهن بالمعروف"** ، وقال**"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"** .

وعليه فللزوجة طلب التطليق للضرر الذي لا يتعذر معه دوام العشرة ،وعلى القاضي بذل الجهد للإصلاح بين الزوجين وإذا عجز عن الإصلاح وتبث الضرر حكم بتطليق الزوجة للضرر ،وفي حالة ما لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح معهما،يعين القاضي حكمين من أهلهما .

وفي ذلك تقر المادة 56 ق.أ.ج "إذا انشد الخصام بين الزوجين ولم ثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ."

-يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،وعلى هذين أن يسعيا في التوفيق بين الزوجين ،وأن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين[94].

---

[91] الشيخ عبد الجليل أحمد علي:إمام وخطيب بأوقاف الإسكندرية:أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (سلسلة الأسرة)مكتبة الإشعاع الطبعة الأولى 1421هـ-2001م.ص106-107.

[92] محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في شرائع الأخرى دار الكتاب العربي،الطبعة الأولى 1404هـ-1984م.ص302-303.

[93] القرآن الكريم سورة البقرة رقم 228.

– وإذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين ،حكم القاضي بالتطليق استنادا إلى تقرير الحكمين وإذا كانت الإساءة من جانب الزوج أو منهما قرر القاضي التفريق بطلقة بائنة وإن كانت الإساءة من جانبها فلا تفريق بينهما وترفض دعواها ويجب أن تتوافر في الحكمين شروط وهي الإسلام والحرية والعدالة والمعرفة بما يقصد منها ويجب أن يكون الحكمان رجلان وأن يكون أحدهم من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة ليكون لكل من الزوجين واحد يعطف عليه ويدافع عنه ويرعى مصالحه ،وهذه حكمة ظاهرة غاية الظهور.[95]

الفرع الثاني :ضرر عدم العدل بين الزوجات في حالة التعدد

لقد أباح الإسلام للمسلم بأن يتزوج بأكثر من زوجة ،على أن لا تتجاوز العدد أربعة 4 زوجات وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

في الكتاب :قالى تعالى "**وان خفتم أن لا تسقطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع.**"[96]

من السنة:ما رواه عبد الله عن عمر ؟أنه قال :"**أسلم غيلان الثقفي وتحته عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه،فأره النبي–صلى الله عليه وسلم–أن يختار منهن أربعة**"[97].

الإجماع : اتفق جميع الفقهاء المسلمين والصحابة التابعين على جواز التعدد وبمجيء الإسلام عالج هذا الموضوع معالجة حكمية حيث لم يمنع تعدد الزوجات وإنما قيدت بشروطه. ومن أهم شروطه العدل بين الزوجات وخاصة في الأمور المادية التي يستطيع العدل فيها، كالأكل والمشرب والمسكن ...الخ . وقد حذر الرسول –صلى الله عليه وسلم –من التهاون في العدل بين الزوجات وبين عاقبته في الآخرة فقال:"**من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى، جاء يوم القيامة بجر أحد سقيه ساقطا أو مائلا** ".

وأما العدل المعنوي والمتمثل في الميل القلبي والمحبة فلا يوجب العدل فيه لأن الإنسان لا يستطيع أن يتحكم فيه،وهذا هو المقصود من الآية "**ولن تستطيع أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم**".وقد ورد عن الرسول –صلى الله عليه وسلم –أنه قال "**اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك**".

---

[94] غوتي بن ملحة ،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الأولى ، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر.ص109.

[95] الدكتور حسن علي السمني :الوجيز في الأحوال الشخصية ص461.

[96] سورة النساء الآية 3.

[97] رواه أبو داود ذو ابن ماجن–سنن أبو داوود كتاب الجهاد باب الزواج –رقم 2667 –ج4 –ص235

وما دام أن العدل بين الزوجات يعتبر ضرر فيكون حكمه إذا حكم الضرر الذي يكون موقعا للتطليق وما يمكن اعتباره ضررا أيضا عدم علم السابقة بالزوجة اللاحقة[98] .

الفرع الثالث: طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

يجب على الزوج العدل والنفقة الشرعية في حالة تعدد الزوجات أما إذا توفر الضرر للزوجة الناتج عن مخالفة م8ق أ ج "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

مادة 8 مكرر:"في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج لمطالبة التطليق"[99]وقد أجاز المشرع الجزائري تطليق الزوجة لعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية وهذا يتعلق بالحالات التالية:

-عدم إعداد الزوج مسكنا للزوجية لائقا ومتوفرا على كل ما هو ضروري للحياة كما للزوجة الحق في إسكانها منفردة. وفي ذلك قضت المحكمة العليا "من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومن تبيين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض .وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن.[100]

الفرع الرابع: موقف الفقهاء من التطليق للضرر والشقاق المستمر بين الزوجين.

أولا : موقف الفقهاء من التطليق بسبب الضرر

إن المرأة حتى ولو أساءت إلى زوجها كان له أن يؤدبها ليردعها عن هذه الإساءة بما أعطته الشريعة من ولاية تأديبها ومهما يكن من شيء فان علماء الشريعة الإسلامية مجمعون على أنه لا يجوز للرجل أن يضرب زوجته ضربا مبرحا ولا أن يحرمها من حقوقها التي جعلتها لها الشريعة من النفقة وقسم حسن المعاملة وأنه إن فعل شيئا من ذلك فهو ظالم ولكنهم اختلفوا فيما لو ظلمها وجار عليها.

---

[98] محمد الصالح صديق :تمام الأسرة في الإسلام .دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر الطبعة 1993.ص193.

[99] الدكتور محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق -ص 169.

[100] الاستاذ غوتي بن ملحة –المرجع السابق–ص104.

هل يجوز لها أن تطلب إلى القاضي أن يطلقها منه؟

لم يجيز الحنفية بأن المرأة التي يجور عليها زوجها بالقسم مثلا أو يؤديها بالضرب ونحوه لا تملك المطالبة بالتفريق بينهما ولكنها تملك أن تطلب إلى القاضي نهيه كما تشكو منه وتعزيه وأن على القاضي أن ينهاه أول مرة ويأمره بالعدل وحسن المعاشرة لأن دفع الضرر يكون بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها[101].

–أما مذهب الشافعية : أن سوء حال الزوجين إما أن يكون راجع إلى نشوز المرأة وإما أن يكون راجعا إلى إيذاء الرجل لها ،وإما أن يكون راجعا إلى إساءة كل منهما للآخر . فإن مرجعه إلى نشوز المرأة فإن للرجل ولاية تأديبها بمراتبها الثلاث كما في مذهب الحنفية ، وإن كان راجعا إلى إساءة الرجل لها وإيذائها بالضرب أو غيره بلا سبب منها رفعت أمرها إلى القاضي فإذا ثبت ذلك عنده نهاها ولا يعذره أول مرة وإن كان الضرر راجعا إلى إساءة كل واحد منهما للآخر بأن ادعى الزوج بأنها لا تطيعه ولا تقوم له بواجباته ، وادعت الزوجة أنه يؤديها. وإن اشتد الشقاق بينهما يبعث حكمين ليصلح بينهما الشقاق .[102]

أما المالكية والشافعية: في قول آخر فقد ذهبوا إلى القول أن للزوجة طلب التطليق واستدلوا بما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما : **"عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعوا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا "**.

– وما روي عن العباس أنه قال في الحكمين: **" فإن اجتمعا على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز "**[103].

---

[101] د.وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته –الجزء السابع–دمشق الطبعة الثالثة 1409 – 1989ص528.

[102] محمد محي الدين عبدالحميد–الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلاميةمع الإشارة إلى ما يقابها في الشرائع الأخرى –دار الكتاب العربي –الطبعة الأولى –1404 هـ /1984 م –ص 303 /304

[103] د.حسين علي السمني :المرجع السابق ص 261.

المبحث الثاني : الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا

انتهينا فيما سبق ذكره أنه يحق للزوجة طلب التطليق في حالة إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلة لا سيما فيما يتعلق منها بالجانب المادي وما يترتب عنه من أضرار للأسرة ككل كالنفقة، وكذا الحال إذا تعلق الأمر بوجود عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج قد تلحق أيضا بالزوجة أضرار معنوية بسبب سلوكات وتصرفات زوجها فارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا وقانونا يهتز لها كيان الأسرة وتؤدي إلى خلق جو من التوتر والتنافر وعدم الانسجام ، وتؤثر على استمرار الحياة الزوجية واستمرارها ، فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق[104] ؟

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

المطلب الأول : التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية

قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون ، فتضرر زوجته خاصة وأن من العقوبات ما يرغمها على انتظاره السنين الطوال ، وهذا ما ينافي مقاصد التشريع فهل يعتبر حبس الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة بالتطليق ؟

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى الموقفين : الفقهي والتشريعي ، وما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا الإطار.

الفرع الأول : الموقف الفقهي

لم يجز الجمهور التعريف لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسره مهما طالت المدة سواء كان مكانة معروفا أم لا ، كونه غائب معلوم الحياة وله عذر.

-في حين ذهب "المالكية" إلى جواز التعريف لحبس الزوج إذا طلبت زوجته ذلك وأدعت الضرر بعد سنة حبسه ، لأن هذا الأخير غياب وهم يجيزون التعريف للغيبة سواء كان ذلك بعذر أم بغير عذر فإذا كانت مدة الحبس سنة

---

[104] محمد محي الدين عبد الحميد-الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى –مرجع سابق –ص 305/306

فأكثر جاز للزوجة طلب التعريف من القاضي الذي يفرق بينهما بدون كتابة للزوج أو إنذار وفي الحالة تكون الفرقة طلاقا بائنا .

بينما ذهب المالك "ابن تيمية" في فتاويه إلى هذا القول في إمراة المفقود وهو بذلك يقترب من الفقه المالكي[105] .

الفرع الثاني : الموقف التشريعي

إن من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها ، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 53 والتي جاء فيها : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ..."[106] وعليه يتبين من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أباح للزوجة حق طلب التطليق بسبب حبس الزوج لأكثر من سنة وهذا دفعا للضرر الذي قد يلحقها جراء غيابه عنها ووفقا لأحكام هذا النص لا بد من توفر الشروط سنبنيها فيمايلي :

1-الحكم بعقوبة شائنة : يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها والتي تشمئز لها النفوس ، وتأباها الأخلاق ، وأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء وما يعاب عن الفقرة الرابعة من 53 من قانون الأسرة أنها جاءت بالصياغة الرديئة ، بحيث وصفت عمل القاضي بالشائن متناسية في ذلك الفعل المجرم المرتكب من قبل الزوج ، في حين كان على المشرع أن يصفها على النحو التالي " الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن الأفعال الشائنة ....".

وهذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن لفظ شائنة في حذ ذاته غير سليم فلو كان وارد في صيغته الدالة على المبالغة لكان أفضل فيقول مشينة لأن الأفعال ليست هي التي تقوم لإصدار وصف " الشين " على نفسها وعلى العقوبة وإنما هي محكوم عليها بهذا الوصف [107].

ضف إلى ذلك يطرح التساؤل حول المقصود بالعقوبة "الشائنة" فهل حددها قانون العقوبات تحت هذا الوصف أم حددتها الشريعة الإسلامية ؟ وما هو المعيار الذي يمكن اعتماده من طرف القاضي ليصل به إلى اعتبار الجريمة شائنة أو غير ذلك ومن تم يطلب طلب التطليق أو يرفضه ؟

لقد حدد قانون العقوبات الجرائم والعقوبات المقررة لها وجعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بالآداب والنظام العام والبعض الآخر يتعلق بالأشخاص أو الأموال .فأبن وصف الشين في كل ما سبق ؟

---

[105] الإمام محمد أبو زهرة كمرجع سابق –ص 577

[106] قانون الأسرة الجزائري

[107] الدكتور فضيل سعد كمرجع سابق ص 289

وهل يتعلق بجميع هذه الأصناف أم يخص فقط الجرائم الأخلاقية ؟

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجدها اعتبرت جريمة الزنا " فعلا شائنا مصداقا اقوله تعالى :" لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا "لكن قانون العقوبات جرم فعل الزنا المرتكب من قبل أحد الزوجين و هكذا يصبح نص الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه يتضمن فكرة مرنة تسمح للقاضي أن يدخل ما يشاء من الأفعال تحت هذا الوصف " الشين ".

2- أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة : يجب إثبات صدور حكم قضائي ضد الزوج يشتمل على عقوبة الحبس أو السجن لمد تفوق السنة حتى يتسنى للزوجة طلب التطليق فلو كانت مدة العقوبة تتراوح بين شهر و إحدى عشر شهرا فلا يجوز لها أن تطلب ذلك و هذا لعدم توافر المدة المحددة قانونا ، رغم توافر الأوصاف الأخرى في الفعل المعاقب عليه ، لأن تعبير المشرع في المادة 53 فقرة الخامسة من قانون الأسرة "لمدة أكثر من سنة " يفيد أن سنة كاملة قد لا تسمح برفع طلب التطليق .[108]

3- أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة :إن المشرع باستعماله عبارة "العقوبة الماسة بشرف الأسرة " قد عمم الوصف و جعل معيار غير دقيق ، كما هو الحال بالنسبة لما أسلفنا ذكره بمناسبة تطرقنا للشرط الأول والمتمثل في كون العقوبة شائنة و بالتالي فغن الجرائم و العقوبات التي تمس بشرف الأسرة ، يصعب علينا حصرها في عدد معين ، لدرجة يمكن معها القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف لاسيما جريمة الزنا و الفاحشة بين المحارم و بالتالي يبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أي جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك[109].

4-أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية : لقد بالغ المشرع الجزائري في استعماله لمصطلح" الاستحالة " إذ إن الحكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة للحرية و لمدة تفوق السنة و فيها مساس بشرف الأسرة لا يؤدي حتما إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية و إنما قد يخلق جوانب التوتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين ، لذا أعطي للزوجة حق طلب التطليق و للقاضي في ذلك لسلطة التقديرية الكاملة مستعينا بالمعيار

---

[108] الأستاذ عمر زودة "طبيعة الإحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها "، ص48،49

[109] الأستاذ فضيل سعد كمرجع سابق ،ص290 .

الموضوعي لتقدير درجات التوتر و الضرر و مدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه [110].

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

و في إطار تربصنا لمجلس قضاء سيدس بلعباس عاينا صدور قرار عنه بتاريخ 2004/05/25 قضى بتطليق المستأنف عليه بسبب الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة للحرية المتمثلة في إدانته من مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/10/14 بجرم المتاجرة بالمخدرات طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53 و أسند حضانة الأولاد لامهم مع تقرير حق الأب في زيارتهم ، جاء فيه أنه :"حيث أن المستأنفة تلتمس إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2004/04/23 القاضي بعودة المستأنفة إلى بيت الزوجية و الحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للفقرة الخامسة من المادة 53 م قانون الأسرة .

وحيث أن هذه الحالة ومن ثم ، إلغاء الحكم المستأنف فيه المؤرخ 2004/04/23 ومن جديد حكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه طبقا للمادة 53 فقرة 4 من قانون الأسرة، و الأمر يسجل هذا القرار على هامش وثائق الحياة المدنية للطرفين " .

المطلب الثاني : التطليق لارتكاب فاحشة مبينة:

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع و كذا ما ورد في القرآن الكريم فنقول مثلا عن الأمر انه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول و نقول عن الخسارة إنها فاحشة إذا كانت كبيرة فيصبح معنى الفحش هو الزيادة المبالغ فيها ، فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة و تعرض الآخر لغبن فاحش في قسمة التركة ....الخ.

وفي غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن لا يبقى لنا سوى الاستدلال بخير دليل و هو ما ورد في القران الكريم من آيات عدة ، تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا و من ذلك قوله تعالى :"**و لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و ساء سبيلا** "[111].

---

[110] قرار الصادر بتاريخ 2004/05/25 – قضاء سيدي بلعباس – غرفة الأحوال الشخصية – رقم الملف 45521 .

[111] سورة الإسراء الآية 32

وقال أيضا :"**و لا تنكحوا ما نكح آباءكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا و ساء سبيلا**"[112].

يصف ما كان يرتكبه الناس في الجاهلية من الأخطاء التي تمس صلب النظام الاجتماعي بعد أن حرم العودة إلى مثل هذه الأفعال و قد حدد الله تعالى طبيعة الفاحشة بأنها متعلقة بخطورة الفعل في حد ذاته لا من حيث سيرته و علانيته و حرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه عن الناس مصداقا لقوله تعالى :"**قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها و ما بطن و الإثم والبغي بغير الحق و أن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا و أن تقولوا على الله ما لا تعلمون**"[113] .

وبناءا عليه فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها الفاحشة فعلى القاضي ألا يستجيب لطلبها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب و المؤسس عليه الدعوة و ذلك اعتمادا على ثلاث أمور أساسية تكون المعيار الذي يقاس به الفعل ويكيف على ضوئه ما إذا كان فاحشا أو غير ذلك.

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

2-مقتضى العقل السليم: ومفاده أن العقل يرفض الانحراف و يفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على قواعد إسلامية و العرف و ظروف المجتمع .

3-الإرادة الاجتماعية: القاضي إبن بيئته فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات و تقاليد و قيم و أعراف و ثقافات و على النحو يطابق كتاب الله و سنة الرسول صلى الله عليه و سلم وبالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية و أخلاق المجتمع العربي ن يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق [114] .

الفرع الأول : الموقف التشريعي

نصت الفقرة 07 من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق الزوج فاحشة مبينة ، ووهي حالة يوشك المشرع لجزائري أن ينفرد بالنص عليها ، دون سواها من القوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى .

---

[112] سورة النساء الآية 22

[113] سورة الأعراف الآية 33

[114] الأستاذ فوضيل سعد كمرجع سابق ص 299.

هذا ويلاحظ أن هذه الفقرة تشملها الفقرتان 4 ، 6 من ذات المادة واستنادا إلى الآيات الكريمة المذكورة أعلاه ، يتبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا .

وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 37 من قانون العقوبات وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون ومنه فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة ضمن قانون الأسرة باعتبار كلا القانونين صادرين عن نفس المشرع لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة الزنا فيما إذا كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا ؟

وباعتبار أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبرتها كذلك فما هو القانون الواجب التطبيق لما تعرض المسألة على القاضي ؟

فهل يطبق الشريعة الإسلامية أم النصوص التشريعية وبالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني نجدها تنص على مايلي :

"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في رفضها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتض مبادئ الشريعة الإسلامية " .

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

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية فيحق للزوجة أن تطلب التطليق [115] .

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

بعد أن تطرقنا لكافة الأسباب التي أوردتها المادة(53) من قانون الأسرة يمكن القول أنه يبدوا لأول مرة وهلة أن المشرع جاء بها على سبيل الحصر،أذلا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها للتطبيق إلا على احدها وذلك ما ورد بالقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1987 /01/12 الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا بعد خرقا للقواعد الشرعية .ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناءا على أنه يهينها

---

[115] الأستاذ عمر زودة –كمرجع سابق –ص 54-55.

أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل.

-ومن كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه[116]

لكن عبارة"كل ضرر معتبر شرعا"الوارد بالفقرة 10من ذات المادة توحي أن هذه الأسباب ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.نظرا لطابعهما العام والشامل وبذلك تبقى للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في الموضوع يوظفها بحسب ظروف وخصوصيات كل حالة.

المطلب الرابع:التطليق للضرر.

أجمع العلماء على انه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤنبها بالقول وهذه مبادئ قررها الإسلام.فقد قال عز وجل: **"ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم"**[117] وقوله كذلك: **"وعاشروهن بالمعروف"**[118]

-لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا ،ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة ويؤديها في المعاشرة بالقول أو بالفعل.

بأن كان يضربها ضربا مبرحا ، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأقوال؟

ذلك ما سنتناوله تفصيلا متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسالة ، لنمر بعدها إلى الموقف المشرع منها ، وننتهي في الأخير إلى ما يوصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها ، لكن قبل ذلك وجب علينا معرفة المقصود بالضرر وما هي المعايير المعتمدة لتقديره ؟

الضرر هو إيداء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا ، ولا تقدر الزوجة العسر عليه ، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية .

---

116 القرار الصادر بتاريخ 1987/01/12 غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 43864 المجلة القضائية لسنة 2001 العدد 91 ص 46.

117 سورة البقرة الآية 228 .

118 سورة النساء الآية 19.

أما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى باختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الاجتماعي ، ولا يشترط تكراره ، إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج ولو لمرة واحدة ، وكل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع[119] .

الفرع الأول: الموقف الفقهي

انقسم بهذا لشأن إلى اتجاهين نعرضهما فيما يأتي :

الرأي الأول :يرى الحنيفة والجعفرية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية ورواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى ولو طلبت ذلك بسبب إبدائها بالقول أو بالفعل ومعاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة ، فإن لم يمتثل عاقبة تعزيزا بحسب ما يراه كافيا لزجره حتى يمسكها بالمعروف ، وقد بنوا رأيهم هذا على ما فهموه[120] من قوله تعالى : " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**"[121] .

فالضرر الحاصل للزوجة يمكن تداركه وإزالته بتعزيز الزوج ، وعدم إجبارها على طاعته ، فلا يع الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله طريقا لإزالة الضرر عنها فلا يلجأ إليه.

الرأي الثاني : يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب ونحوه كالإكراه على فعل أمر حرام ، أو كان يضارها بالهجر أو الشتم ورفهت أمرها للقاضي وأثبتت تعديه ، كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها وذلك بالسبل التي يتحدها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بان يعظه إن رأى القاضي ذلك مجديا ، فإن لم تجد العظة أمرها بهجره ، فإن لم تعد صربه ، هذا إن اختارت البقاء معه[122] ، وإذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن إثبات دعواها عين لها القاضي حكما من أهلها وحكما من أهله ، يسعيان للإصلاح بينهما ،

---

[119] الشيخ عبد الجليل أحمد علي –إمام وخطيب بأوقاف الإسكندرية : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (سلسلة الأسرة) مكتبة الإشعاع، الطبعة الأولى 1421هـ-2001م ، ص 106-107.

[120] محمد محي الدين عبد الحميد – الأقوال في الشريعة الإسلامية –دار الكتاب العربي –الطبعة الأول ص 377.

[121] سورة النساء الآية 35.

[122] الدكتور " رمضان علي السيد الشرنباطي "كمرجع سابق ص 364

فإن عجزا عن ذلك فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها أما البقية فيجيزون تطليقها دون عوض .

فالضرر عند المالكية هو كل مالا يجوز شرعا ويتبين بالنسبة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يختار زوجته كما يتبين أيضا بالإقرار ، ومنهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال[123] .

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق ، فقد جاء في نص المادة (53) فقرة 10 أن للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : كل ضرر معتبر شرعا[124] .

وبذلك يكون المشرع قد أورد عبارة شاملة "كل ضرر معتبر شرعا" ولم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع ، وحسن ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى ، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما ، قد لا يكون كذلك في نظر أخرى ، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواع معينة من الضرر وبذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها[125] .

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

هذا ونصت المادة 37 من قانون الأسرة المذكورة أنفا على حقين الزوجين فلكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر : فهل أراد المشرع بذلك تأكيد الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة المتعلقة بعدم الإنفاق كسبب لطلب التطليق ، أم أنه أراد ربط المادة 08 من ذات القانون لما ورد .

---

[123] قال الشيخ " التفراوي " في فواكه الدواني في شرح رسالة ابن زيد القيرواني للمرأة التطليق بالضرر الثابث ولو بقول الأحوال .

[124] قانون الأسرة الجزائري

[125] غوثي بن ملحة –مرجع سابق –ص 116/115

فضلا عن ذلك فإن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا " واسعة يمكنها أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة (53 من قانون الأسرة) كما يعتبر نشوز الزوج المنصوص عليه بالمادة 55 [126]من قانون الأسرة سبب لطلب الزوجة التطليق ، وذلك ما يدعمه القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه " ومن المقرر أيضا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، ومن المقرر أيضا أنه : في حالة طلاق يحكم القاضي .

بالتعويض للطرف المتضرر ،ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج ،فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر ،وتعويضها مقابل الضرر للاحقة بها ،فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55من قانون الأسرة ،قد طبقوا صحيح القانون ،ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن[127].

الفرع الثالث: كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر :

لقد اعتنق المشرع الجزائري بهذا الشأن المذهب المالكي ،ويتجلى ذلك من خلال إباحته للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة ،..... البنية والإقرار فإن عجزت عن إثبات ذلك ، وعجز القاضي عن الصلح عين للزوجين حكمين واحد من أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما ، وهو نصت عليه المادة (56 قانون الأسرة) إذ جاء فيها :"إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين لتوفيق بينهما..." .

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

وفي ذلك صدر قرار عن محكمة العليا تاريخ 1989/01/02 من غرفة الأحوال الشخصية جاء فيه :"من المستقر عليه قضاة أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره وأن القاضي ملزم باعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه ويمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته، وإلا كان حكمه قد ينهاه على أمر غير شرعي ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون[128].

---

[126] تنص المادة 53 من قانون الأسرة على أنه " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

[127] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 غرفة الأحوال الشخصية –ملف رقم 181648.

[128] القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 – غرفة الأحوال الشخصية –رقم الملف 51906 المجلة القضائية لسنة 1991 –العدد الأول ص 52.

– ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى البيت الزوجية فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأكيد الحكم المستأنف لديهم والقاضي برفض دعوى الطاعن ،وقبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق ،والحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم .

فعلوا انتهكوا القانون وتجاوزوا سلطتهم ،فدعوى الربوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده ،إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة ، منتهكا بذلك قواعد التقاضي وخرج من العلم بالظاهر ودخل إلى العلم بالغيب ،وحتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[129].

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

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

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت الحياة الزوجية ، فإن القضاة لما حكموا طبقوا صحيح القانون .

ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن "[130].

القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 والذي جاء فيه :"من المستقر عليه إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي.

ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه أصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فان بينهما ، فان القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي لتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن "[131] .

وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/08/10 قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب الضرر اللاحق بها وفقا للفقرة السادسة من المادة (53 من قانون الأسرة)، ألزم المدعي عليه بأدائه لها نفقة عدة قدرها عشرة آلاف دينار جزائري (10.000دج) نفقة متعة قدرها ثلاثون ألف 30.000 دج ونفقة

---

129 القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 51906 –المجلة القضائية لسنة 1991 –العدد الأول ص 52.

130 القرار الصادر بتاريخ 1989/02/20 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 75588 –المجلة القضائية لسنة 1993 –العدد الرابع ص 78.

131 القرار الصادر بتاريخ 1989/02/24 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 139353–المجلة القضائية لسنة 1997 –العدد الثاني ص 66.

إهمال شهرية قدرها ثلاث آلاف 3000 دج يبدأ حسابها من تاريخ 2004/04/12 ولغاية تاريخ النطق بالحكم كما قضى بإسناد حضانة الولد " عز الدين " لأمه جاء في حيثياته ما يلي :

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

وحيث تبث للمحكمة أن المدعي أحيل على محكمة الجنايات بتهمة محاولة القتل العمدي على المدعي عليها وأن القضية هي أمام غرفة الاتهام حاليا وكان المدعي عليه قد أثر بجلسة الصلح باعتدائه عل المدعي عليه بالخنجر بسبب رفضها الرجوع إلى البيت[132] .

وحيث تبث استحالة مواصلة العشرة الزوجية في هذه الظروف وقد تبت اعتداء المدعي على المدعى عليها وهو ما يعد ضررا معتبرا شرعا يخول الحق في طلب التطليق[133] .

---

132 القرار الصادر بتاريخ 1989/02/20 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 75588 –المجلة القضائية لسنة 1993 –العدد الرابع ص 78.

133 القرار الصادر بتاريخ 1989/02/24 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 139353–المجلة القضائية لسنة 1997 –العدد الثاني ص 66.

الفصل الثاني : آثار التطليق

إن الآثار القانونية لكل من الطلاق والتطليق واحدة وقد أوردها قانون الأسرة في مواد متفرقة تنحصر بين مادتين (58،76) منه منها ما يثبت للزوجة ، ويتمثل في العدة ، النفقة ، السكن ، والتعويض ، ومنها ما يثبت للأولاد ويتمثل في الحضانة والنسب والنفقة وتفصيلا لهذه الآثار نتناولها ضمن مبحثين كما يلي :

المبحث الأول : ما يثبت للزوجة

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، تنتقل إلى أصل قيم نادى به الإسلام هو " تسريح بإحسان و هو المفارقة بالمعروف " وانطلاقا من هذا الأصل ظم الإسلام أيضا آثار هذه الفرقة بالمعروف ، فوضع أحكاما اعتبرها حق الشرع لا يجوز للزوجين –ولا لغيرهما –أن يغير منها أو يتنازل عنها و هي كالتالي سوف نتعرض إليها.

المطلب الأول : العدة

العدة في اللغة هي مصدر للفعل "عد" بمعنى " أحصى" " يحصي " وردت بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى : **" وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها إن الله لغفور رحيم"** [134].

وقد تفيد مجمل عدد الشيء في قوله تعالى : إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم ذلك الدين القيم فلا تظلموا فيهن أنفسكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين"[135].

أما اصطلاحا فهي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها ، وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم "[136].

---

[134] سورة النحل الآية 18.

[135] سورة التوبة الآية 36.

[136] "محمد كمال إمام " كمرجع سابق ، صفحة 144.

الفرع الأول : رأي الشريعة في العدة :

وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى : " **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن الله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف والرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم**"[137] .

وقوله صلى الله عليه وسلم ، لفاطمة بنت قيس " **اعتدي في بيت أم مكتوم** " والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براء الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة وإعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن من خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى ، كما أشار الله سبحانه وتعالى لذلك بقوله :"**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لما تخرجوهن من بيوتهن ولما يخرجن إلما أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لما تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا**"[138].

الفرع الثاني : رأي قانون الأسرة في العدة

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة (58) نصت على أن تعقد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ، أما المطلقة الغير المدخولة بها فلا توجب عليها العدة وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 18 جوان 1996 :" من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول، وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن " [139].

وأضافت المادة (60) من قانون الأسرة على أن " عدة الحامل هو وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "[140].

---

[137] سورة البقرة الآية 228.

[138] سورة الطلاق الآية 1

[139] القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 137571 المجلة القضائية لسنة 1997–العدد الثاني صفحة 93

[140] قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 من أمر رقم 05-02

-ويبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية، وجاء نص المادة (58) المذكورة أعلاه مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بان العدة يبدأ احتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق والذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة (49) من قانون الأسرة.

-وإذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة وتقع عليها الالتزامات الآتية:

*ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بين زوجها مدة عدتها مصدقا لقوله تعالى: **"يا أيها الذين طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لما تخرجوهن من بيوتهن ولما يخرجن إلما أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن ينفد حدود الله فقد ظلم نفسه لما تدوي لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا"**[141]. وهو ما جاءت به المادة (61)من قانون الأسرة.

*لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف لذلك إذ أن المطلقة تأخذ أغراضها وتلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك.

*امتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

المطلب الثاني : النفقة :

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق وتتمثل في نفقة العدة ونفقة الإهمال.

الفرع الأول : نفقة العدة

تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة وتحددها المحكمة إجماليا أو شهريا وهذا ما نصت عليه المادة (61) من قانون الأسرة[142] ويسقط هذا الحق شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز.

وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات منها :

-القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 والذي قضى بأنه "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

---

[141] سورة الطلاق الآية 1

[142] نصت المادة 61 من قانون الأسرة على مايلي :" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق .

-إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيه قضى به ومن ذلك تقرير عدة الزوجة فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومتى كان ذلك استجوب رفض الطعن ".[143]

-القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 الذي جاء فيه :

"حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته.

-فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية بتعيين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها المشرع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع،والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد وبتعيين رفضه." [144]

الفرع الثاني : نفقة الإهمال

لقد أقرت المادة (74) من قانون الأسرة [145] أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا لم يقم بالإنفاق عليها بحق لها طلب نفقة إهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطليق وللقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين.

المطلب الثالث : حق السكن آو دفع أجرته.

لقد ورد نص على إسكان الزوجة المطلقة بحيث قبل التعديل وردت شروط لا بد من توافرها ولكن بعد آخر تعديل لقانون الأسرة لم ينص صراحة على هذه الشروط ولذلك سوف تتعرض قبل التعديل وبعد التعديل.

الفرع الأول : قبل التعديل

قبل التعديل ورد نص على إسكان الزوجة المطلقة وعلى شروطه في المادة 52 الفقرة 2 من قانون الأسرة ومن تحليلها يتضح لنا أنه حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها أو بنائها في مسكن الزوجية توافر ثلاثة شروط :

*أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة قل عدد المحضونين أو أكثر

---

[143] القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 غرفة الأحوال الشخصية –ملف رقم 34327 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 01 – ص 52.

[144] القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 57752 –المجلة القضائية لسنة 1991 – العدد 1 –ص 68.

[145] المادة 74 ق إ ج :ط يجب نفقة الزوج على زوجته بالدخول أو دعوتها إليه بالبينة مع مراعاة .."

*أن لا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها المسكن.

*أن يكون في استطاعت الزوج توفير السكن .

الفرع الثاني : بعد التعديل

ولكن بعد التعديل لم ينص المشرع صراحة على هذه الشروط بل نص :" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها [146] مادة 52 من قانون الأسرة .

*ولقد صدر في هذا المنوال القرار بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ إحدى عشر سنة ، أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ، وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك لكن آخر ، وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس في حق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون [147].

كما صدر أيضا القرار بتاريخ 1993/04/27 جاء فيه :" من المقرر قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في المسكن مع محضونيها، وأن نفقة المحضون وسكنه من مال إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له مسكنا وإن تعذر فعليه أجرته ، ولما تبث في قضية الحال ، أن للزوج مسكن آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فإن قضاة المجلس قد أخطئوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه لاسيما وأن احتمال عدم وجود ولي يقبل إيواءها مع محضونيها قائما ومن كان كذلك استوجب نقض قرارهم جزئيا ."[148]

ونصت المادة (467) من القانون المدني على أنه " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الأولاد خاصة "[149].

---

[146] قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فبراير 2005

[147] القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15 غرفة الأحوال الشخصية ،رقم الملف 223834، المجلة القضائية لسنة 2000 العدد الثالث

[148] القرار الصادر بتاريخ 1993/04/27 غرفة الأحوال الشخصية – رقم الملف 105366 –المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني صفحة 88.

[149] القانون المدني *حسب آخر تعديل * والمؤرخ في 20 يونيو 2005 من قانون رقم 05-10

ويتضح من هذه المادة أنها أعطت الحق للقاضي أن يعين من يستفيد من مسكن الزوجية في حالة الطلاق .

المطلب الرابع : التعويض

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للأسباب التي أوردتها المادة (53) [150]من قانون الأسرة واستنادا لأحدهما يحكم لها القاضي بالتطليق .

-فهل يعد هذا الحكم في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصابها ، أم أنها تستحق تعويضا إلى جانب ذلك؟

في غياب النص القانوني حول هذه المسألة ، وبالرجوع إلى الواقع العلمي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك ، ومنهم من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطليق .

الفرع الأول : الحكم بالتطليق جبرا للتعويض

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

-القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 والذي جاء فيه " من المقرر قانون أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا ، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج كامل الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس سنوات (05)سنوات فإنه بذلك يعتبر نفسها في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن "[151].

-القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ، ولما كان ثابتا أن الضرر لاحق بالزوجة مبالغ فيه ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها ، فإن لقضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [152].

---

[150] قانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل له، المؤرخ في 27 فبراير 2005 من قانون رقم 05-02

[151]قرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23 غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول –ص 129

[152]قرار رقم 181648 الصادر بتاريخ 1997/12/23 غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول –ص 49

الفرع الثاني : الحكم بالتطليق يستحق التعويض

تجدر الإشارة أنه يدق بالتشابه بين مصطلحي التعويض والمتعة هذه الأخيرة هي كل ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاطرها وتعويضا لها عما لحقها من ضرر وهي واجبة لها كلما تحقق هذا السبب " الضرر" وذلك عملا بقوله تعالى : " **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين** "[153]وقوله أيضا **"للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم** "[154] وقوله أيضا " **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا** "[155].

باستقرائنا لهذه الآيات يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل تمتيع مطلقته ، وذلك بتعويضها جراء ما أصابها بسبب فك الرابطة الزوجية مستعملة مصطلح " المتعة " في حين أن القوانين الوضعية أوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينا يخضع لسلطته التقديرية تحت تسمية " التعويض ".

وقد ورد في كتاب الموطأ للإمام مالك في رواية " أبو يحي الليثي " له قال بلغني عن "مالك " عن " أبي شهاب " أنه قال : لكل مطلقة متعة وقد بلغني عن ابن القاسم ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها أو كثيرها "[156].

وفي الحقيقة أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة متعة حيث طغى استعمال المصطلح الأول على الثاني في القوانين الوضعية [157] وبالتالي يمكن القول أن التعويض والمتعة وجهان لعملة واحدة وعليه لا يمكن للقاضي الحكم لهما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد.

المطلب الخامس : النزاع حول متاع البيت

قد يتنازع الزوجان في بعض المتاع[158] البيت أو كله بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكا له ، بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية .

---

[153] سورة البقرة الآية 241

[154] سورة البقرة الآية 236

[155] سورة الأحزاب الآية 49

[156] الإمام مالك " رواية أبو يحي الليثي "

[157] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري

[158] يقصد بالمتاع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث وأواني ولباس وحلي

وقد نصت المادة 73 من قانون الأسرة [159] إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد في النساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركان بينهما يقتسمان مع اليمين ".

يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بينه، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع ، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت ، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء ، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال ، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك ، وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية .

وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات نذكر منها :

القرار الصادر بتاريخ 1983/01/14 جاء فيه :

" إذا اختلف الزوجان على متاع البيت ، وكان مما يصلح عادة للنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع المتعلق بالبيت خاص بالنزاع وحكم علة الزوج بتأدية اليمين "[160] .

القرار الصادر بتاريخ 1989/01/16 الذي جاء فيه :

" من المستقر عليه قضاء أو شرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت للزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها ، فإن لم يكن هذا ، فالزوج أحق به مع يمينه ، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت ، في قضية الحال أن الزوج اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه ، فإن المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته وحكم نهاية دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه ، يكون بقضائه كما فعل خالق القواعد الشرعية ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .."[161] .

---

[159] قانون الأسرة الجزائري

[160] نشرة القضاة لسنة 1986 –العدد الأول –صفحة 50

[161] القرار الصادر بتاريخ 1989/01/16 تحت رقم 52212 غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث صفحة 55.

الفرع الأول : إذا كان المتاع غير موجودا أصلا

ففي هذه الحالة تطالب الزوجة بما لها من متاع الزوجية إلا أن الزوج ينكر وجوده ، فعندئذ تلجأ إلى القواعد العامة للإثبات ، وذلك بتطبيق المادة (323) من قانون المدني [162].

وتطبيقا للقاعدة : " البينة على من أدعى ، واليمين على من أنكر ".

الفرع الثاني : إذا كان غير موجود لأن الزوجة أخذته

أما في هذه الحالة فيدعي الزوج أن زوجته أخذت المتاع إلى بين أهلها عند مغادرتها بين الزوجة، سواء برفعه دعوى يطلب فيها استرداد ما يراه من الأثاث ، أو يكون بمثابة دفع يقابل طلب الزوجة وعليه يقع عبء إثبات ما يتذرع به ، فإذا عجز عن تقديم دليل على ذلك خسر دعواه .

-وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/07/18 50075 والذي جاء فيه :

" متى كان مقررا شرعا أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، ومن ثمة فإن ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها وأثاث وملابسها يصير مكلفا بإثبات دعواه فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها ، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده لمنزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها ، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع ، وتلقوها منه مباشرة ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[163] .

-فحسب قرار المحكمة العليا كان على الزوج الذي ادعى أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها إثبات إدعائه ، وإلا خسر دعواه ، وعليه يبقى الوضع الظاهر قائما وهو وجود المتاع بين الزوجية إذا كان على القضاة أن يوجهوا للزوجة اليمين القانونية الواردة بالمادة (73) من قانون الأسرة ، لكي تستحق الأثاث الذي يشهد لها الظاهر والعرف بملكيته ، وليس توجيهها للزوج كما فعلوا .

---

[162] المادة 323 من قانون المدني " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه "

[163] القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075 غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1990 –العدد الرابع –صفحة 64.

المبحث الثاني : ما يثبت للأولاد

كما ذكرنا سابقا أنه هناك أحكاما جعلها الشرع حق للزوجة المفارقة وكما يوجد أيضا لما بين الزوجين المفارقين من أولاد [164].

لذلك سوف نتعرض لحقوق الأولاد كل من حق النسب، الحضانة، نفقة المحضون وسكنه، حق الزيارة ، ضمن أربعة مطالب وهي كالتالي :

المطلب الأول : النسب

حرص الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه وعد ذلك من نعم الوجود لقوله تعالى: " وهو الذي خلق من الماء بشر فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا "[165] كما حرم على الآباء أن يذكروا نسب أولادهم فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : أيما رجل يحجب ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق .

الفرع الأول : إثبات النسب

فالنسب هو إلحاق الولد لأبيه دينا وقانونا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد ونظمه المشرع الجزائري في المواد من (40) إلى (45) من قانون الأسرة وتبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرمها الإسلام فأكد القانون ذلك في المادة (46)منه .و يتبث نسب لأمه بمجرد ولادته سواءا كانت الولادة من زواج صحيح أو غير ذلك ، لكن ادعت الزوجة بأنها حامل بعد تطليقها ، فهل ينسب هذا الولد مباشرة إلى الزوج دون قيد أو شرط أم هناك شروط يجب توافرها لذلك ؟

لقد نصت المادة (43) من قانون الأسرة على أنه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " .[166]

وبهذا النص يكون المشرع قد وضع شرطا واحد الإلحاق الولد بالزوج المطلق وهو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التعريف الفعلي بين الزوجين وعليه فإذا وقعت الولادة خلال هذه المدة ينسب المولود إلى الزوج دون خلاف ، في حين إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من عشرة أشهر من تاريخ التطليق فإن المولود لا يلحق بالزوج

---

[164] دكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي –أحكام الأسرة – الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء منشورات الحلبي الحقوقية –الطبعة الأولى 2007 –ص

[165] سورة الفرقان الآية 54

[166] قانون الأسرة الجزائري–

لاحتمال نسبه لشخص آخر وبالتالي يحق لكل ذي مصلحة من الورثة أو من ممثلي النيابة العامة أو غيرها أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء ليطلب نفيه [167].

الفرع الثاني : طرق إثباته

الوسائل المقررة في ثبوت النسب هي الكتابة ، الإقرار ، البينة وبكل من الزواج الصحيح والفاسد والدخول بالشبهة طبقا للمواد (32)(33) (34) من قانون الأسرة وهو ما تضمنته فحوى المادة 40 من ذات القانون .

ففي الكتابة جاء في نص المادة 26 من القانون المدني :" تتبث الولادة بالسجلات المعدة لذلك: " ومادة 63 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية [168].

وفي الإقرار في نص المادة 44 من قانون الأسرة يثبت النسب بالإقرار بالنبوة والأبوة ، والأمومة ، بمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة "[169].

والبينة بقول الفقهاء إن كانت الزوجة معتدة من طلاق أو وفاة وجاءت بولد ، فأنكره الزوج ، فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وذلك لأن آثار الزواج هي باقية في عدة الطلاق أو الوفاة "[170].

المطلب الثاني : الحضانة

الحضانة مأخوذة من الحضن وهو مادون الإبط إلى الكشح وحضن الشيء جانبا وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها [171].

وعرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها ، والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع [172].

---

[167] الغوتي بن ملحة –كمرجع سابق –ص 148-149

[168] المادة 63 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية "يبين في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وأسماء وألقاب وأعمار ومهنه ومسكن الأب والأم ...."

[169] الغوتي بن ملحة –مرجع سابق –ص 155-156

[170] بلحاج العربي ، المرجع السابق ص 366.

[171] دكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي –مرجع سابق – ص

[172] دكتور بلحاج العربي –مرجع سابق –ص 379-380

وعلى نهج مقارب سار المشرع الجزائري في المادة 62 عندما عرف الحضانة بقوله " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ..".

الفرع الأول : أهل الحضانة

بالنسبة لترتيب أهل الحق في الحضانة فقد قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون فجعل الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأصبر على القيام بها ثم الرجال العصبان ثم المحارم واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة ومستحقوا الحضانة إما إناثا فقط أو ذكور فقط وإما الفريقان معا ، وذلك في سن معينة فإذا انتهت تلك السن كان الرجال أقدر على تربية الطفل [173].

وقد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم ثم الأب ثم تلاها لجدة الأم ثم الجدة لأب وانتقل إلى الأقارب في المادة 64 من قانون الأسرة بقوله " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ...".

الفرع الثاني : شروط صلاحية الحضانة

هناك شروط عامة لا بد من توافرها في الحضانة حتى تتبث أهليته لذلك وهي الإسلام، البلوغ ، العقل ، الأمانة ، القدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا ..[174] .

وقد اشتملت المادة (62) من ق أ على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "أهلا للقيام بذلك " دون أن تفصل في هذه الشروط.

كما حدد القانون مدة الحضانة القصوى في المادة (65) منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات ، ويجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو ستة عشر (16 سنة) طبقا للمادة (42) من قانون المدني .

وإذا رغب الحاضن في الاستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بهذا الحق طبقا لشروط معينة وهي :

*أن يرفع طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتصدير مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات وذلك حسب ما جاء في المادة (68) قانون الأسرة والتي جاء فيها " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ".

---

[173] دكتور بلحاج العربي –مرجع سابق ص 380-381

[174] بلحاج العربي –مرجع سابق –ص 382-383

*إن حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للأم وحدها .

*أن تكون الأم غير متزوجة لأن الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة إلا إذا كان زوجها من محارم المحضون .

أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار في تمديد تلك الفترة أمرين هما :

*ألا يتجاوز فيها ثلاثة عشر سنة.

*أن ينظر إلى مصلحة المحضون [175].

وتسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم وتتنازل الحضانة عن هذا الحق وباختلال شروط المادة 62 من قانون الأسرة وإذا لم تطلب في أجلها القانوني المحدد بمدة تزيد عن سنة بدون عذر .

-وقد تم النص على هذه الأسباب بمقتضى المواد 66 إلى 70 من قانون الأسرة .

المطلب الثالث : نفقة المحضون و سكنه

إن مسألة نفقة المحضون وسكنه قد تضمنتها المادة 72من قانون الأسرة حيث نصت :" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار "[176].

وتبقى الحاضنة في بينت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن "

من استقراء هذه المادة يتبين لنا :

-أنه يجب على الأب أن يتحمل مسؤولية الإنفاق على المحضون وإذا لم يوفر له مسكن يجب عليه أن يوفر له أجرته والمبلغ المقرر للنفقة وتكون هذه الأخيرة شهريا تسري ابتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا .

وقد أعطى القانون للمطلقة الحاضنة الحق في السكن وفق الشروط التي جاءت بها المادة (2/52) من قانون الأسرة .

-أن تكون حاضنة سواء قل أو كثر عدد المحضونين

-أن تتوفر قدرة الزوج على ضمان السكن [177].

---

[175] المستشار أحمد نصر الجندي –الطلاق والتطليق وآثارهما –دار الكتب القانونية مصر –المجلة الكبرى ص 701-702

[176] قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 من أمر رقم 05-02

[177] بلحاج العربي –مرجع سابق ص 387

الفرع الأول : سقوط نفقة الأقارب

تسقط نفقة الأقارب للولد والوالدين وذوي الأرحام بمضي المدة عند الفقهاء الثلاثة (الحنفية والشافعية والحنابلة) فإذا قضى القاضي بالنفقة للأقارب فمضت مدة شهر فأكثر فلم يقبض القريب ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت .

فمضى المدة سقط النفقة إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة على المنفق المفروض عليه : لأن نفقة الأقرباء تجب سدا للحاجة فلا تجب للموسرين .

فإذا أمضت المدة ولم يقبضها المستحق دل على أنه غير محتاج إليها بخلاف نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة بعد القضاء بها لأنها تجب جزاء الاحتباس ويستثنى من ذلك نفقة الصغير كالزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة تكون دينا في ذمة المحكوم عليه نظرا لعجز الصغير والرأفة به [178] .

الفرع الثاني : جزاء الامتناع عن النفقة

قال الحنفية : إذا امتنع القريب من الإنفاق على قريبه المستحق أصدر على الامتناع مع قدرته ويساره فإنه يحبس ولو كان أبا للضرورة .

فإن في الامتناع عن النفقة إهلاكا للقريب وفي الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان وهو أمر الواجب شرعا ويتحمل الأب وغيره من باب أولى هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة .[179]

المطلب الرابع : حق الزيارة

بعد أن رتب المشرع أصحاب الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة ، نص في الفقرة الثانية منها : "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " و هذا يعني بكل وضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في ساعات و أيام و في أماكن محددة و في عطل و المواسيم الدينية و الوطنية[180].

---

[178] دكتور رمضان عيى السيد الشرنباطي –مرجع سابق ص 740

[179] جابر عبد الهادي سالم الشافعي –مرجع سابق –ص 741

[180] محمد محي الدين كمرجع سابق ص 485 ، 486

وما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه و لو لم يطلب ذلك لأن الحضانة و ما يترتب عنها من نفقة و حق الزيارة من النظام العام .

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 أفريل 1990جاء فيه : "متى أوجبت أحكام المادة (64) من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما يحتاجون إليه و التعاطف معهم.

ومن ثمة فإن قرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ، ومن كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."[181].

الفرع الأول : زيارة المحضون أبويه

حق رؤية الصغير وهو في سن الحضانة أوفي مرحلة ضمه لعاصبه رؤية أبويه فلكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين ، وإذا تعذر تنظيم الرؤية إنفاقا نظمها القاضي ، على أن يتم في مكان لا يغير بالصغير أو الصغيرة نفسيا ، وإذا امتنع من بيده الصغير على تنفيذ الحكم أندره القاضي ، فإن تكرر منه ذلك ،جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها[182].

فرؤية الصغير إذن حق ثابت لكل من والديه شرعا و بحكم القانون وحرمان أحدهما من ذلك فيه ضرر به .

ويشترط لاستعمال حق رؤية ألا يصادم حقا للصغير ، لأنه في كل مسائل الصغير يتعين مراعاة مصلحته قبل مصلحة والديه ، فمن تحققت مصلحته وجب المصير إليهما دون التفاوت إلى حق طالب الرؤية أبا كان أو أما . كما أنه لا يصح أن يتخذ حق الرؤية ذريعة للإخلال بحق الحاضنة ولا لإنقاصه[183].

---

[181] القرار رقم 59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16 -غرفة الأحوال الشخصية –المجلة القضائية سنة1991 – العدد الرابع ص 126.

[182] د.وهبة الزاحيلي- كمرجع سابق ص 395

[183] المستشار أحمد نصر الجندي كمرجع سابق ص 780.

الفرع الثاني :تنظيم حق الزيارة

تنظيم حق زيارة الصغير عند حاضنته متروك للاتفاق بين صاحب حق الرؤية وبين من بيده الصغير ،فلهما أن يتفقا على الرؤية و يحددان الزمان والمكان و المدة، وبذلك يكون أمر الرؤية ميسرا لهما . ولا يضار من بيده الصغير ، كما لا يضار صاحب حق الزيارة بصغيره، ولا يحرم الصغير رؤية والده [184]،وقد نص القانون على أن الأصل هو تنظيم الرؤية اتفاقا إذا ورد النص بأنه " وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا " مما مؤداه أن يصار إلى الاتفاق أولا ،وهذا هو المنطق السليم بين العقلاء من الآباء حتى يكون الأمر بينهما مبنيا على التراضي من أجل صغيرهما ، حتى و لو كان بينهما افتراق ، و ذلك حتى يظهرا أمام الصغير بمظهر الأبوة السليمة الرشيدة و لا ينقل للصغير عنهما إلا عطف الأبوة و حنوهما عليه.

إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا ، كان تنظيمها قضاء ،فالقاضي لا يظهر دوره إلا عند تعذر الاتفاق بين الأبوين ، و في هذه الحالة يلجأ طالب الرؤية إلى القاضي لينظم حق الرؤية بينهما فيحدد الزمان والمكان ومدة الرؤية ،حتى لا يتخذ صاحب حق الرؤية حق ذريعة لإقلاق راحة الحاضنة أو الإضرار بها[185].

---

[184] رمضان علي السيد الشرنباطي ، مرجع سابق ص 714 .

[185] مستشار أحمد نصر الجندي كمرجع سابق –ص 708-709

الخاتمـــة:

من أسباب التطليق الواردة في المادة 53من ق ا ج نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اهتم بحقوق الزوجة ولم يهمل حقها في الطلاق .

1)لقد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق حماية لحقوق المرأة فكما منح للزوج في مادة 48 ق ا ج حق الطلاق واعتبره من حقوق الزوج قد أورد حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيدا في حالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 ق ا ج على سبيل حصر.

2) المشرع الجزائري ذكر في المادة 47 ق ا ج "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" الأصل العام ما جاءت به المادة 48 ق ا ج بالطلاق تنحل الرابطة الزوجية بقولها :

"الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج.....أو بطلب من الزوجة "وهذا التعريف سليم على عكس فقهاء الشريعة الذين استعملوا عبارة رفع قيد النكاح.

3)بناء على طلب من الزوجة وبإثباتها بأي وسيلة أو طريقة من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا تطليقها من زوجها حكم القاضي بتطليقها بناءا على طلبها.

4) دور القاضي كنائب عن الزوج في تطليق الزوجة من زوجها في حالة امتناعه وبالتالي هو ظلم لها والقاضي دوره رفع الظلم عن الناس.

5)جاء المشرع في المادة 57 ق ا ج " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية " فالطرق الثلاث غير قابلة للاستئناف فالمشرع قد جاء بجانب من الصواب ولم يصب في البعض الآخر.

أ)أصاب في جعل الطلاق بطلب من الزوج غير قابل للاستئناف لان القاضي لا سلطة له عليه ودوره يكاد ينعدم إلا بحكمه للتعويض في حالة الطلاق التعسفي ومن العبث الطعن بالاستئناف من طرف الزوجة .

ب/ولم يصب في جعل الطلاق بطلب من الزوجة غير قابل للاستئناف لان القاضي بشر وسلطته التقديرية التي يبنيها على طلبات الزوجة قد تحتمل الصواب كما تحتمل الخطأ وبالتالي لابد من خضوع سلطته إلى رقابة وذلك بإخضاع حكم التطليق للطعن بالاستئناف.

6/لا عبرة ولا وجود للطلاق إلا بعد صدور حكم من القضاء وقد كلفه المشرع على أمر آخر هو إجراء الصلح .فان لم يتم الصلح فالحكم بالطلاق باطل .

7/يقع التطليق إلا بحكم من القاضي وإذا كانت الزوجة متعسفة في استعمال هذا الحق رفض دعواها لعدم توافر الأسباب التي نعت عليها المادة 53 ق ا ج

8/ لم تهمل الشريعة الإسلامية جانب الزوجة وعملت على رفع الظلم عنها بمنحها حق التفريق وإنصافها بما تقره العدالة .

9/قد وفق المشرع الجزائري في نص المادة 57 ق ا ج عندما قال "ما عدا في جوانبها المادية "لان مستوى المعيشة يتغير بتغير الزمن والأحوال وذلك فيما يخص مبالغ النفقة أو التعويض عن الطلاق.

10/هناك نقاط قانونية أغفلها المشرع الجزائري لم يرد بشأنها نص رغم انه جاء في المادة 222 أن كل ما لم يرد عليه نص يرجع إلى الأحكام الإسلامية ولكن حبذا لو اتخذ موقف واضح من الفقه الإسلامي كنظيره المشرع السوري واصدر نصوص قانونية بشان كل نقطة تهم الرابطة الزوجية فيمكن أن يحدث تصادم في الأحكام ويصعب على القاضي تداركها.

11/قد جاء المشرع الجزائري ببعض التعديلات الطفيفة فأضاف في فقرة الثامنة التي تتعلق بعدم الألفة بين الزوجين

12/وكذا في الفقرة الرابعة من المادة 53ق ا ج قبل التعديل كانت التطليق بسبب حكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج وبعد التعديل عممها المشرع الجزائري وأصبح التطليق بسبب جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وذلك من ولو كان الحكم غرامة لكنها تمس بشرف الأسرة .

والله اعلم

قائمة المصادر والمراجع

*د-أحمد محمود الشافعي –الطلاق والحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية –دار الهدى للمطبوعات –الإسكندرية.

*الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية

*بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق

*حسن على السمني : الوجيز في الأحول الشخصية

*عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري

*عبد المؤمن بالباقي : التعريف القضائي بين الفقه الإسلامي

*عثمان التكروري : شرح قانون الأحوال الشخصية

*عمر وعيسى الفقهي : التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين

*غوتي بن مليحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء

*محمد مصطفى أحمد سراج أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية

محمد الصالح الصديق تمام الأسرة في الإسلام

*محمد كمال الدين إمام : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الزواج والطلاق والفقه الإسلامي

*محمد محي الدين عبد الحميد : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية

*الدكتور محمد مصطفى سلبي – فقه المذاهب النسبية والمذهب الجعفري والقانوني –أحكام الأسرة في الإسلام

*فوضيل سعد : شرح قانون الأسرة الجزائري في الشريعة الإسلامية

*د-رمضان على السيد الشرنباطي : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية منشورات الحلي الحقوقية

*وهبة الزجيلي : الفقه الإسلامي وأدلته

*قانون الأسرة الجزائري الصادر في 2005

المصادر :

*لسان العرب – لابن منظور –دار إحياء التراث العربي –بيروت – لبنان

*القرآن الكريم

المجلات القضائية :

*نشرة القضـــاة لسنة 1986- العدد الأول.

*المجلة القضائية لسنة 1986- العدد الأول.

*المجلة القضائية لسنة 1989 - العدد الثالث.

*المجلة القضائية لسنة 1990 -العدد الثالث.

*المجلة القضائية لسنة 1991 - العدد الأول.

*المجلة القضائية لسنة 1991 - العدد الثالث

*المجلة القضائية لسنة 1991 -العدد الرابع

*المجلة القضائية لسنة 1993 -العدد الثاني.

*المجلة القضائية لسنة 1993 -العدد الرابع.

*المجلة القضائية لسنة 1994 -العدد الأول.

*المجلة القضائية لسنة 1994 -العدد الثاني.

*المجلة القضائية لسنة 1997 -العدد الأول.

*المجلة القضائية لسنة 1997 -العدد الثاني.

*المجلة القضائية لسنة 1998 -العدد الأول.

*الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا.- الديوان الوطني للأشغال التربوي 2001.

*مجموعة الأحكام القضائية – الجزء الأول.

الفهـــــرس

المقدمة

المبحث التمهيدي : ماهية التطليق ومقارنته مع بعض الحالات المتشابهة له

المطلب الأول : تعريف التطليق وشروطه..... 01

الفرع الأول : تعريف التطليق 01

الفرع الثاني : شروط التطليق 01

الفرع الثالث : دليل مشروعية التطليق..... 01

الفرع الرابع : طبيعة التطليق 03

المطلب الثاني : الفرق بين التطليق وبعض التصرفات المتشابهة به 06

الفرع الأول : الفرق بين التطليق والطلاق 06

الفرع الثاني : الفرق بين التطليق والطلاق بالتراضي..... 06

الفرع الثالث : الفرق بين التطليق والخلع 07

الفرع الرابع : الفرق بين التطليق والفسخ 07

الفصل الأول: أسباب التطليق

المبحث الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية 09

المطلب الأول : التطليق لعدم الإنفاق 09

الفرع الأول : الموقف التشريعي 09

الفرع الثاني : الموقف التشريعي 12

المطلب الثاني : الهجر في المضجع فوق أربع أشهر..... 16

الفرع الأول : الموقف الفقهي 17

الفرع الثاني : الموقف التشريعي 20

المطلب الثالث : التطليق لغياب الزوج..... 23

الفرع الأول : الموقف الفقهي 23

الفرع الثاني : الموقف التشريعي 25

المطلب الرابع : التطليق للعيوب 27
الفرع الأول : الموقف الفقهي..... 29
الفرع الثاني : الموقف التشريعي 30
الفرع الثالث : كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق 33
المطلب الخامس : التطليق بسبب الضرر والشقاق المستمر بين الزوجين 34
الفرع الأول : حالات التطليق الإصلاح بين الزوجين..... 34
الفرع الثاني : ضرر عدم العدل بين الزوجات في حالة التعدد 35
الفرع الثالث : طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد 36
الفرع الرابع : موقف الفقهاء من الشقاق والضرر 37
المبحث الثاني : الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا 39
المطلب الأول : التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية 39
الفرع الأول : الموقف الفقهي 39
الفرع الثاني : الموقف التشريعي 40
المطلب الثاني: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة 43
الفرع الأول :الموقف التشريعي 44
المطلب الرابع : التطليق للضرر 46
الفرع الأول : الموقف الفقهي 47
الفرع الثاني : الموقف التشريعي 48
الفرع الثالث : كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق..... 50
الفصل الثاني : أثار التطليق
المبحث الأول : ما يثبث للزوجة 53
المطلب الأول : العدة..... 53
الفرع الأول : رأي الشريعة في العدة 54
الفرع الثاني : رأي قانون الأسرة في العدة 54

المطلب الثاني : النفقة 56
الفرع الأول : نفقة الإهمال 56
الفرع الثاني : نفقة العدة 57
المطلب الثالث : حق السكن أو دفع أجرته 57
الفرع الأول : قبل التعديل 57
الفرع الثاني : بعد التعديل 58
المطلب الرابع : التعويض 59
الفرع الأول : الحكم بالتطليق جبرا للتعويض 59
الفرع الثاني : الحكم بالتطليق يستحق التعويض 60
المطلب الخامس : النزاع حول متاع البيت 61
الفرع الأول : إذا كان المتاع غير موجود أصلا 62
الفرع الثاني : إذا كان المتاع غير موجود لأن الزوجة أخذته أصلا 63
المبحث الثاني :ما يثبت للأولاد..... 64
المطلب الأول : النسب 64
الفرع الأول : إثباته 64
الفرع الثاني : طرق إثباته 65
المطلب الثاني : الحضانة 66
الفرع الأول : أهل الحضانة 66
الفرع الثاني : شروط صلاحية الحضانة 67
المطلب الثالث : نفقة المحضون ونسبه 68
الفرع الأول : سقوط نفقة الأقارب 68
الفرع الثاني : جزاء الامتناع عن النفقة 69
المطلب الرابع : حق الزيارة..... 69
الفرع الأول : زيارة المحضون أبويه..... 70

الفرع الثاني : حق الزيارة 71
الخاتمة 72
قائمة المصادر والمراجع