الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د. مولاي طاهر –سعيدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق

بعنوان

التطليق بين الشريعة و القانون

من إعداد الطالبتين :

- بلقصير سامية
- بوزيدي أمال

تحت إشراف الأستاذ

سعيدي بن يحي

السنة الجامعية:

2011-2010

المقدمة

إن من يرجع إلى بدء الخليقة الإنسانية ، يجد أن الزواج ، هو اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا ، قد شرعه الله على ألسنة أنبيائه ورسله وجعله من أسمى العقود وأعظمها أثرا، بما يترتب عنها من أحكام مختلفة في النسب والميراث وتكوين الأسرة التي هي عناد الأمم.

فهو عقد مدني تترتب عليه حقوق وواجبات ، كما ليس عقد تمليك لعين أو منفعة كالبيع والإجارة ، بل له أهمية كبرى في رفاهية الإنسان ، لما يحتوي من طهارة وتقوى ، وميثاق بين الزوجين ، وهو عقد مستمر يؤدي إلى المودة والرحمة ، حتى يكاد الزوجان يصبحان شخصا واحد في جسدين ورغم صفة القداسة لعقد الزواج ، اعترفت غالبية التشريعات العالمية بالطلاق والتفرقة بين الزوجين باعتبار أنه أمر مكروه ، ولا يتم اللجوء إليه إلا بعد استنفاذ مختلف سبل الصلح.

فالطلاق لا يحدث، إلا إذا استحال استمرار الحياة الزوجية، نظرا لما يترتب عن ذلك من سلبيات عديدة ، تلحق أفراد الأسرة ، وبه أخذ قانون الأسرة الجزائري في المواد (47-48 وما بعدها) حيث جعل الطلاق بيد الرجل ، وحق من حقوقه إذ يئس من السعادة في حياته الزوجية ، وأعطى هذا الحق لأنه ينسجم مع طبيعة الرجال ، وما يمتزون به من أفاة وترو وتفكير وتقدير للنتائج مسبقا ، وإدراكهم بتحمل الخسارة المادية والمعنوية الناشئة عن ذلك ، وقدر ظروفه منح له هذا الحق ، فهل راعى أيضا جانب الزوجة وشعورها ، إن هي كرهت زوجها ، ولا تطيق المقام معه لخلقة أ خلق ؟

الإجابة على السؤال بنعم ، إذ أنه من العبودية والتعاسة أن تعيش المرأة تحت سلطة رجل تكرهه ، بل إن إلزامها بمعاشرته مصيبة كبرى .

لذلك فإن الشريعة الإسلامية ، ومن ورائها قانون الأسرة الجزائري ، أباحا للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها المكروه ، ولكن لا يكون لها ذلك ، إلا عن طريق القضاء ،

في حالات عديدة منها الشقاق والخلاف والعيوب وغياب النفقة والتدليس والغياب والحبس وكل ضرر معتبر شرعا بما في ذلك في ضرر ناتج عن الفاحشة وغيرها .

حيث تحدث المشرع الجزائري في الباب الثاني من تقنين الأسرة الجزائري، عن انحلال الزواج في الطلاق أو الوفاة في المادة 47، ثم الطلاق والتطليق والخلع في المواد 48 إلى 57 وركز في المادة 53 على حق المرأة في التطليق عند كل ضرر يمسها يقدره القانون ومن خلال كل هذا تطرح إشكالات عديدة في الفقه والقانون ، فما هو التطليق؟

وما هي أسبابه وآثاره؟

وللإجابات على هذه الإشكالات وتفسيرها وضعنا خطة وتضمنت 03 فصول وهي كالآتي:

وضع للتقديم للموضوع وجاء تحت عنوان ماهية التطليق ومقارنة بعض الحالات المشابهة له وقسم هذا الفضل إلى مبحثين فالأول تضمن ماهية التطليق وقسم إلى مطلبين الأول تعريف التطليق والثاني دليل مشروعيته من القرآن الكريم والسنة أما المبحث الثاني فجاء تحت عنوان مقارنة التطليق ببعض الحالات المشابهة له وقسم إلى مطلبين فالأول الفرق بين التطليق والطلاق و الطلاق بالتراضي أما الثاني بين التطليق والخلع والفسخ.

أما الفصل الأول: ثم التطرق إلى أسباب التطليق وللتعريف أكثر لهذه الأسباب تم تقسيم الفصل إلى مبحثين فالأول تضمن الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية وتم تقسيمه إلى أربعة مطالب كل مطلب تقسم إلى فرعين.

فالمطلب الأول جاء تحت عنوان التطليق لعدم الإنفاق وقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: تضمن الموقف الفقهي

الفرع الثاني: فكان للموقف التشريعي

أما المطلب الثاني فكان للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وقسم إلى فرعين

الفرع الأول: الموقف لفقهي

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

المطلب الثالث: فالتطليق للغياب وقسم هو الآخر إلى فرعين

الفرع الأول: تصمن الموقف الفقهي

الفرع الثاني: فكان للموقف التشريعي

أما بالنسبة للمطلب الرابع والأخير في هذا المبحث فكان تحت عنوان التطليق للعيوب وقسم هو الآخر إلى فرعين:

الفرع الأول: تصمن الموقف الفقهي

الفرع الثاني: فكان للموقف التشريعي

وكيفية إثبات العيب أما المبحث الثاني فقد وقع بعنوان الأسباب المتعلقة بارتكاب الجرائم المعاقب عليها جزائيا وقسم هذا الأخير إلى ثلاث مطالب وكل مطلب قسم إلى فروع فالمطلب الأول تضمن التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية وقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: تصمن الموقف الفقهي

الفرع الثاني: فكان للموقف التشريعي

أما المطلب الثاني فكان التطليق بارتكاب فاحشة مبنية وتضمن موقف تشريعي فقط أما بالنسبة للمطلب الثالث والأخير فكان التطليق للضرر وتضمن موقفين فقهي وتشريعي وكيفية إثبات الضرر.

أما بالنسبة للفصل الثاني فجاء تفسيرا وتوضيحا للنتائج المترتبة عن التطليق فقسم هذا إلى مبحثين فالأول تضمن ما يثبت للزوجة وقسم إلى أربعة مطالب فالأول تمثل في العدة والثاني فالنفقة فهذا الأخير قسم إلى فرعين الأول نفقة العدة والفرع الثاني نفقة الإهمال أما المطلب الثالث فكان حول حق السكن ودفع أجرة والمطلب الرابع فتمثل في التعويض والمبحث الثاني والأخير فكان لما يثبت للأولاد وقسم هو الأخير إلى أربعة مطالب فالأول كان للنسب أما الثاني فللحضانة أما المطلب الثالث تمثل في نفقة المحضون وسكنه وكان للمطلب الرابع والأخير في هذا البحث حق الزيارة .

أسباب اختيار الموضوع:

من ضمن الأسباب الداعية إلى اختيار هذا البحث تتمثل في:

-الواقع الاجتماعي المد الناتج عن جهل أو سوء فهم الأحكام وروح قانون الأسرة، بخصوص الحياة الزوجية ،سواء في كيفية المعاشرة، أو المحافظة على هذه الرابطة المقدسة واستمراريتها أو إنهائها، وعند الضرورة القصوى ، حيث انتشرت ظاهرة غريبة، أصبحت قاعدة عامة، مفادها أن لا انفصال إلا بالطلاق يوقعه الزوج، أما ما عدا ذلك فلا يجوز، ولو تضررت الزوجة ضررا جسيما معنويا أو ماديا، ببقائها مع زوجها مجبرة مقيدة، لا مهرب لها، خاصة إذا كان الزوج قليل الدين والعلم والوعي.

فيلجأ إلى تهديدها باستمرار مستعملا هذا السلاح، الطلاق، وهي المسكينة تخشى على عائلتها، ونفسها فتعيش حياتها تحت رحمة رجل جاهل يقهرها

-الوضع المتردي للمجتمع، يبرره الكثير في الداخل والخارج، بأنه ناتج عن قانون الأسرة بالذات في هذا الخصوص، حيث الأقاويل الكثيرة منها قولهم: (لقد أعطى الإسلام للرجل حق الطلاق، وترك المرأة تتخبط في الظلام والاستبعاد، وهذا أمر غير عادل) ولكن الإسلام ومن ورائه قانون الأسرة بريء من كل ذلك وما هذا إلا تشويه وتحريف، فالإسلام هو أول من حرر المرأة واعتبرها إنسانا كامل الحقوق، ومساوية للرجل لها ماله، وعليها ما عليه مع مراعاة الفوارق الطبيعية بينهما.

ومن جهتنا نحن الطالبتان نجد نفسينا أكثر ميولا لهذا النوع من المواضيع، المرتبطة بقانون الأسرة للوقوف في وجه من يحاول أن يشوه صورة الإسلام ، بحجج واهية لا أساس لها من الصحة، وكأن الهدف هو إزالة كل القيود الدينية والقانونية المختلفة، تدريجيا وبالتالي الحرية التامة حتى أصبحت حدود الله تنتهك علينا وجهدا وكل حرام يباح باسم التطور.

الفصل التمهيدي: ماهية التطليق ومقارنته ببعض الحالات المشابهة له

المبحث الأول: تعريف التطليق ودليل مشروعيته.

قبل التطرق إلى أسباب التطليق لا بد من التعرض لماهيتة والفرق الموجود بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التطليق

1-**التعريف اللغوي**: التطليق مأخوذ من الفعل طلق ، يطلق طلاقا وتطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك.

2-**التعريف القانوني**: إن المشرع الجزائري لم يخص التطليق بتعريف معين بل اكتفى بتحديد أسبابه في المادة 53ق .أ.ج بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال المادة 48 من ق.أ.ج وقد عرفت محكمة النقض المصرية الطلاق بأنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الصريح أو بعبارة تقوم مقامه ،تصدر ممن يملكه وهو الزوج او نائبه.والتطليق مشتق من الطلاق ، يقوم به القاضي نيابة عن الزوج وجبرا عنه إذا توفرت الأسباب الشرعية والقانونية لذلك.

فالأصل أن الطلاق يكون للزوج وحده، وقد يقوم به غيره بإنابته كما في الوكالة والتفويض ، فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيدة بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 ق.ا.ج وهذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع ، الغياب، الضرر ، الحكم بعقوبة مشينة وارتكاب فاحشة ، وذلك ما سنتناوله في الفصل الأول

وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء وبموجب دعوى قضائية، وفي حالة الاستجابة لطلبها تنتج آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة ،على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل

(53) وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية ، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناءا على رغبة الزوجة، وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية ،فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني .تحت عنوان انحلال الزواج، استعمل في المادة (48)[1] منه مصطلح الطلاق للتعبير عن كل أنواع الفرق ،وهذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج،أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا وذلك استنادا إلى أحكام المادة (53) من نفس القانون والتي جاء فيها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق.....".

مما يدل على أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف آثارهما ، لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما وهو مل سنتكلم عنه في حينه عند التطرق لآثار التطليق.

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق .

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجل النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين ، يلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه وأخضعه لإجراءات 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 فيها يأتي:

***من الكتاب:**

قوله تعالى: "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ وكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"[2] .وقوله تعالى: **"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا العِدَّةَ وإتَّقُوا اللهَ رَبَّكُمْ لِمَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَمَا يَخْرُجْنَ إِنَّمَا أَنْ يَأْتِيَنَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِنَّةٍ وَتِلْكَ حُدُوَد اللهِ ومَنْ يَتَّعَدَ**

---

[1] **المنجد الأبجدي ، الطبعة الثامنة –دار المشرق-بيروت-لبنان-توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب –الجزائر-ص 665**

[2] **سورة النساء الآية 130**

حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"[3] وهو خطاب عام موجه للرسول -صلى الله عليه وسلم- في الأصل و لجميع أمته.

ويقول أيضا في كتابه العزيز:**"الطَّلاَقُ مَرَّتانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا أَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلاَئِكَ هُمُ الظَّلِمُونَ"**[1].

وهذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق ودليل مشروعيته في آن واحد ويقول تعالى: **"لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ"**[2] فهذه الآية تنفي الجناح و الإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية .

من السنة:

وروي حميد ابن عبد الرحمن عن أبي موسى قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم:**"يَقُولُ أَحَدُكُمْ لامْرأتِهِ قدْ طَلقتكَ قَدْ رَاجعتكَ، لَيْسَ هذَا طَلاقُ المُسلمين ، تُطلقُ المَرأةُ مِنْ قبلِ عِدتهَا"** رواه مسلم.

وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق والتفريق بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق.

وروي محارب بندثارعن بن عمر أن النبي .صلى الله عليه وسلم.قال: **"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"** ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:**" ثلاثُ جدهُنَ جَدٌ وهَزلُهنَ جدُ النِكاحِ والطلاقِ والعتاقِ"** رواه مسلم.

وروي عنه أنه طلق حفصة ثم راجعها، وما ورد عن الرسول –صلى الله عليه وسلم- من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام".

---

[3] سورة الطلاق الاية1

[1] سورة البقرة الأية 229

[2] سورة البقرة الأية 236

من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول-صلى الله عليه وسلم- حتى اليوم على جواز الفرقة ، وهي محظورة 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 ينفصم إلا لأسباب ملحة.وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة ،والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[1].

[1] الدكتور محمد كمال امام - الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قا نونية- دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية-الطبعة 1997 ص30

المبحث الثاني: الفرق بين التطليق وبعض الحالات المشابهة:

بعدما عرفنا التطليق وتطرقنا لشروطه ودليل مشروعيته نتنقل الآن إلى عرض بعض التصرفات المشابهة له بالتفصيل

المطلب الأول: الفرق بين التطليق والطلاق والطلاق بالتراضي:

1)- الفرق بين التطليق والطلاق:

الطلاق لغة: مأخوذة من الإطلاق وهو الإرسال والترك فنقول إطلاق الأيسر أي حل قيده وأرسله وقد عرفه حسن علي السمني بقوله "هو حل قيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأيسر أو معنويا كقيد النكاح وبالتالي الطلاق هو رفع القيد الزوجي فيقال طلق الرجل زوجته.

الطلاق شرعا: فهو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل، بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناه، صراحة أو دلالة ، وإنهاء الرابطة الزوجية في الحال ، يكون بالطلاق البائن أما في المآل فيكون بالطلاق الرجعي الذي يخول للزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين ، وبدون إذنها ورضاها فإذا انقضت العدة التحق الرجعي بالبائن في الحكم، واللفظ المشتق من مادة الطلاق هو اللفظ المخصوص ، سواء أكان منطوقا أم مكتوبا أم مشارا به وقد يكون صدور اللفظ من الزوج ، وقد يكون من القاضي فالطلاق هو من حق الرجل ، بينما التطليق هو بطلب من الزوجة نظرا للضرر المعتبر شرعا .

التطليق لا يكون إلا إذا كان الدخول حقيقيا بالزوجة وحكم القاضي بالتطليق يعد طلاقا بائنا بينونة صغرى لأنه يمكن للزوج أن يراجع زوجته إن انتفى لديه كما يمكن للزوج أن يوكل أو يفوض نائبا عنه في طلاق زوجته أما التطليق لا يتم إلا بإرادة 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 [2] .

---

[2] **الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص 234**

2)- الفرق بين التطليق والطلاق بالتراضي:

يخول القانون الجزائري للزوجين أن يتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بالإرادة المشتركة دون أي نزاع وهذا ما يسمى بالطلاق اللطيف أو الظريف على أن يكون بالمعروف والإحسان ومن هنا فإن المشرع خول للزوج حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة م 48 ق.أ.ج كما أعطى للزوجة حق التطليق بواسطة القضاء في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 ق.أ ج و توسطا بين الطريقتين أباح للزوجين أن يتفقا على الطلاق كما اتفقا على الزواج فينهيان العقد الأول بعقد ثاني لا ظلم فيه لأحد بالمعروف والإحسان[1] ويكون السبب القانوني للطلاق الرضائي هو الإرادة المشتركة للزوجين و لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سريا طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الحياة الخاصة ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة لأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء (م 49 ق أج)[2].

أما التطليق بالإرادة المنفردة على عكس الطلاق بالتراضي فهو يجيز للقاضي مراقبة سبب الطلاق وله سلطة المعرفة والبحث عن سبب التطليق.

المطلب الثاني: الفرق بين التطليق والخلع

الخلع (بفتح الخاء) في اللغة النزع والإزالة فيقال خلع فلان ثوبه وبضم الخاء طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة وفي اصطلاح الفقهاء هو أن يتفق الرجل و المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها وذلك كأن تقول الزوجة لزوجها خالعني على صداقي أو على 5000دينار ، فيقول قبلت ، ويشترط في الخلع أن يكون البغض 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 بينونة صغرى وكبرى.

---

[1] بلحاج العربي الوجيز في شرع قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول الزواج والطلاق –ديوان المطبوعات الجامعية ص15

[2] فالقاضي هو الذي يثبته بحكم قضائي المحكمة العليا ، 17 ديسمبر 1984 المشار إليه ، إن الرجوع في الطلاق بالتراضي يحتاج إلى عقد جديد ، المحكمة العليا ، غ، أ.ش 18 جويلية 1987 ، م ، ق 1992 ، 3 ص 50

- لا تجوز مراجعة المخلوعة في العدة ، أما التطليق فله أن يراجعها في فترة عدتها .

الفرق بين التطليق والفسخ: يتميز التطليق عن الفسخ فيما يلي:

-الفسخ ينقض عقد الزواج في بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ سبب خيار البلوغ أو الإفاقة وقد لا ينقضه في بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداء 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 حالات طارئة على العقد تتنافى مع نفاء الزواج واستمراره كردة الزوجة أو اتصال الزوج بأم زوجته وابنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو أبيه.

- الفسخ قد يكون قبل الدخول بمجرد العقد أما التطليق فلا يكون إلا بعد الدخول[1] .

---

[1] **الدكتور محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي –كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – المؤسسة الجامعية للدراسات ونشر التوزيع –الطبعة الأولى- 1416ه -1996م –ص 199**

الفصل الأول: أسباب التطليق.

نص المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78-79-80) من هذا القانون .
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
- الهجر في المضجع فوق أربع أشهر.
- الحكم بعقوبة مشينة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية .
- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و37) أعلاه.
- ارتكاب فاحشة مبينة .
- الشقاق المستمر بين الزوجين .
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه .
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

وباستقراء 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 الجرائم المعاقب عليها جزائيا وفي الأخير إلى التطليق للضرر المعتبر شرعا على النحو الآتي بيانه [1].

---

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

المبحث الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية

إن أي زواج شرعي يترتب عنه عدد من الواجبات والحقوق المتبادلة وإخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة، حق للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده ، أما إذا تخلي الزوج عن القيام بواجباته والتزاماته الزوجية والعائلية دون سبب جدي أو شرعي، كالامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها ، أو هجر زوجته في المضجع مدة لا تطيقها ، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تنفق منه هي وأولادها ، فهل للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟

هذا ما سنجيب عنه ضمن هذا المبحث في أربعة مطالب في الأول التطليق لعدم الاتفاق والثاني التطليق للهجر في المضجع وفي الثالث لغياب الزوج والرابع التطليق للعيوب .

المطلب الأول:**التطليق لعدم الإنفاق**

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية ، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطليق لهذا السبب[1] ؟

هذا ما سنتناوله فيما يأتي متعرضين للموقفين الفقهي والتشريعي واعتمادا على ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا الإطار .

الفرع الأول: الموقف الفقهي:

لقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة 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.

---

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

من القرآن الكريم:

قوله سبحانه تعالى: "لِينفقْ ذُو سَعَةٍ من سَعَتِهِ ومنْ قَُدرَ عليهِ رزقُهُ فْليُنفِقْ ممَّا أتَاهُ الله لاَ يكلّفُ الله نفسًا إلاَّ ما أتَاهَا سَيَجْعلُ الله بعدَ عُسرٍ يُسرًا "[1] .

من السنة:

إن مسلم روى في صحيحه من حديث " أبي الزبير عن "جابر" قال:"دخل أبو بكر الصديق وعمر-رضي الله عنهما –على الرسول الله-صلى الله عليه وسلم-فوجداه جالسا وحوله نسائه واجما ساكنا فقال أبو بكر الصديق "يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فوجئت عنقها فضحك رسول الله –صلى الله عليه وسلم-وقال : من حولي كما ترى يسألني النفقة فقام: "أبو بكر الصديق" رضي الله عنه- إلى عائشة ليجأ عنقها وقام عمر- رضي الله عنه – إلى حفصه ليجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم –ما ليس عنده فقلنا والله لا نسأل رسول الله –صلى الله عليه وسلم – شيئا أبدا ليس عنده ، ثم اعتزلهن 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 اختيرا 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 إبقاء 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 [2].

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

---

[1] **سورة الطلاق الآية 7**

[2] **الدكتور "محمد كمال إمام" المرجع سابق ، ص 99**

من القرآن:

قوله تعالى " فإمساكٌ بمعروفٍ أو تسْريحٌ بإحْسانٍ "وقوله أيضا "ولاَّ تَمسكُوهُن ضَرَرًا لِتَعتَدُوا".

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 لمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال: "امرأتك ممن تعول ، تقول أطعمني وإلا فارقني " فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الاتفاق.

من المعقول:

إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة ، فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة والجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار وعدم الإنفاق ، بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن إلا بها أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها [1].

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 أنه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، فإذا أدعاه كان ذلك كافيا للتفريق .

ولا يؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام ولا يؤجل قط عند أحمد ، ويؤجل عند مالك مدة يراها القاضي كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق، وبعض المالكية قدرها بشهر، والرضى بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك لأن طلبها من بعد ذلك نقض لما تم من جهتها ، ولذا لو تزوجته وهي عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق بعد ذلك بخلاف الشافعي وأحمد اللذان قررا أن رضاها بالإعسار وقت 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 لميثبته ببينة، فقال الشافعي لا يفرق بينه وبين زوجته إذا طلبت التطليق، لأن مظنة الرجوع غير ثابتة وقال مالك وأحمد يفرق

---

[1] **الدكتور محمد كمال إمام مرجع سابق –صفحة 100**

بين الممتع عن الإنفاق وبين زوجته إذا 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[1] .

الرأي الثالث:

وخلاصته التفرقة بين المرأة التي غربها الزوج فلما طلب التفريق ، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق ، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن القيم الجوزية .

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 الجزائري "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ، مالم 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 78من ق.أ.ج الأمر الذي يلحق بالزوجة أضرار و يبرر رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق بشرط توافر العناصر التالية:

- يجب على الزوجة أولا أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة عليها وامتنع عن تنفيذ هذا الحكم ، فإن رفعت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة، فإن القاضي يحكم لها بذلك ويأمرها للعودة إلى مقر الزوجية ، إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطليق بعد ذلك، فعلى القاضي الاستجابة لطلبها في هذه الحالة وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 تحت رقم 118475 والذي قضى بأنه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة ، وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك .

---

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

✍ ألا يكون إمتناعه عن النفقة بسبب عسره لأن هذا الأخير بيد الله ، ولا يعتبر مبررا لطلب التطليق مصداقا لقوله تعالى: **"اللهُ يُبسِطُ الرِزْقَ لِمَنْ يَشاءُ ويقدرُ وفْرحُوا بالحياةِ الدُّنْيَا ومَا الحَياةُ الدُنيَا فِي الآخرةِ إلاَّ مَتاعُ "** وقال في آية أخرى **"وإنْ كَانَ ذُو عِسرةٍ فنظرةٍ إلَى مَيسرةٍ وأنْ تَصْدقُوا خيرٌ لكُمْ إنْ كُنتُم تَعْلَمُونَ" .**

فالزوج في هذه الحالة ليس بظالم حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه عن زوجته.

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

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

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المادتين (80.78) من قانون الأسرة الجزائري ، حيث يراعي في تقديرها حالة الزوجين ، وألا يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع دعوى عند الحكم بها إن ثبت لديه ما يدعوا لذلك، وإلا فتقديرها يكون ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها ، **مثال عن ذلك**:

قد صدر في هذا الإطار قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس –غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 13 أكتوبر 2001 قضى بإلغاء حكم المستأنف فيه والتصدي من جديد بتطليق المستأنف والمستأنف عليه وبإلزام هذا الأخير بأدائه لها مبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000دج) شهريا كنفقة إهمال تسري سنة قبل رفع الدعوى ، وتستمر إلى غاية النطق بالتطليق ومبلغ عشرة آلاف دينار جزائري (10.000دج) نفقة العدة وأسند حضانة البنت لأمها ، جاء في أسبابه:

على طلب المستأنفة بإلغاء حكم المستأنف فيه والقضاء بالتطليق لعدم الإنفاق ، حيث أن هذا الطلب جاء مؤسسا كونه أن المستأنف عليه أهمل زوجته منذ سنة 1990 أو تركها بدون نفقة وغادر الجزائر متوجها لفرنسا ولم يقم بواجباته اتجاه زوجته مما يعجل من طلب التطليق طلبا مؤسسا ويتعين معه إلغاء الحكم المستأنف فيه وتصديا الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه .

وصدر في ذلك حكم عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/09/29 قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعي عليه ، جاء فيه :

حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعي عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته ورعايتها.

خلال فترة قراره من الالتزام العسكري فإنه وأمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات وثمانية أشهر وذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الذي كان عضوا فيه كطيار وأنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة فإنه وبتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات والتي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض إليه المدعي عليه بسبب فراره لمدة طويلة منذ 2000/05/30 وأن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها مدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا ".

ويطرح التساؤل بشأن المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة وأثر ذلك على سقوط حقها في طلب التطليق ؟.

وفي ذلك اختلف المسلمون ، فجعلها الإمامان "الشافعي" و"احمد" تتراوح ما بين ثلاثة أيام وشهر بدءا من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة ، على خلاف "مالك" الذي جعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حال الزوجين ومصدر عيشهما والظروف المحيطة بهما ، على ألا تتجاوز هذه المدة سنة في جميع الأحوال، وقال أيضا أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره وبعد صدور الحكم عليه للنفقة جائزا ويسقط حقها في طلب التطليق.

- والمشرع الجزائري لم يعر اهتماما للمهلة التي يمكن أن تمنح للزوج ولا للحالة التي يكون عليها من يسر أو عسر، وإنما اشترط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده وأن الزوج امتنع عن الإنفاق رغم ذلك،كما أنه لم يشر الى 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 وهو أجل شهرين متتالين وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791 والذي جاء فيه:

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

- إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي ، وحكم عليه غيابيا سنة حبس نافذة ، فإن قضاء الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بخرق أحكام هذا المبدأ الشرعي ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيس على وجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن [1].

المطلب الثاني: الهجر في المضجع فوق أربع أشهر:

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية والمقاربة بينهما وما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج وقد قال الله تعالى:[2]**"والذِينَ هُم لِفروجِهم حَافظُونَ" .**

وبمقتضى ذلك أن لكلا من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر وعدم الامتناع عن ذلك بعذر شرعي[3].

---

[1] القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791-المجلة القضائية العدد الثالث سنة1989 مأخوذ من كتاب قانون الآسرة بين النظرية و التطبيق للدكتور نصر الدين مبروك ص 103

[2] سورة المؤمنين الآية "5"

[3] الأستاذ عبد الكريم شهبون: المرجع سابق ص 243

فإذا نشزت الزوجة وعصت زوجها ، صار له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصداقا لقوله تعالى:**"الرّجالُ قوّامونَ علَى النّسَاءِ بما فضّلَ الله بعضَهمْ علَى بعضٍ وبمَا انفقُوا من أَموالِهمْ فالصّالحَاتُ قَانتَاتٌ حَافظَاتٌ للغَيبِ بمَا حَفَظَ الله واللاَتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُن فَعظُوهنَ واهجُرُوهُنَ فِي المَضَاجعِ واضربوهُنَ فإنَّ أطعنكم فَلاَ تبغُوا عليهن سَبيلاً إنَّ الله كانَ عليمًا كبيرَا"** [1].

-فالهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته وهو أن يناما معا في نفس الفراش ولكن يدليها ظهره ويمتنع عن تحقيق رغبتها الجنسية وهو المقصود في الآية الكريمة المذكورة أعلاه .

- فما حكم ذلك ؟ وهل يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر؟

- قبل كل ذلك يتعين عليها التعرض لمسائل :الهجر العادي ، الهجر المقترن بالحلف والمسمى بالإيلاء ، وكذا الهجر الناتج عن تشبيه الزوجة بمن تحرم على الزوج مجامعتها والمسمى بالظهار، متناولين الموقفين الفقهي والتشريعي وما توصلت إليه الاجتهادات القضائية

الموقف الفقهي :

1- الهجر العادي :

يرى الحنفية :"أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة ولم يضاجعها لأشغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه، فإنه يكون من حقها المطالبة ببقاء الزوج عنها، ولا يقدر المبيت لمدة معينة في الأسبوع ،وإنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من وقت لآخر ، بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق الموافقة فليس من حق المرأة المطالبة به مرة واحدة ،لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره وإلا كان إثما.

يرى المالكية: إنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك، ولو كان للجماع بسبب تبتله وانقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك وإذا رفعت دعواها هذه وأقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره

---

[1] **سورة النساء الآية "34"**

بمجامعتها ويضرب له أجل بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك ،وإلا حكم لها بالتطليق.

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

2-الإيلاء:

الإيلاء لغة: هو الحلف مطلقا سواء كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر[1].

أما اصطلاحا فقد عرفه كمال الدين بن همام في "فتح قدير" بأنه الحلف على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القرب على ما يشق[2].

فالحلف بالله تعالى ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مواليا عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى:**"لِّلَّذِينَ يؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُص أربَعَةَ أَشْهُر فَإِنَّ فَاُوُوا فَإِنَّ الله غَفُورٌ رَحِيم"** "226" **وإِنْ عزمُوا الطَلاقْ فإن الله سميعٌ عليمٌ"** "227" [3] واليمين التي تقع بها الإيلاء هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولهذا قال الشافعي ومالك أن الإيلاء يقع بكل يمين للعموم، فإن حلف الزوج بغير الله على القربان زوجته أمر ليس فيه مشقة على النفس كإطعام مسكين أو صلاة ركعتين فلا يكون مواليا وحثت اليمين يستوجب الكفارة وسقوط الإيلاء.

ويطرح التساؤل بشان وقت وقوع الطلاق بالإيلاء .

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

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لا بد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي[4] مستدلين بقوله تعالى: **"فَإن فآؤُوا فَإنَ الله غَفُورٌ رَحِيم وأن عَزَمُوا الطَلاقَ فإنَّ الله سَمِيعٌ عَلِيم".3-الظهار**:

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

---

[1] الأستاذ عبد الكريم شهبون "مرجع سابق- صفحة 245

[2] الإمام أبو زهرة- الأحوال الشخصية –دار الفكر العربي –مطبعة المدني- القاهر صفحة 343

[3] سورة البقرة الآيتان 226-227

[4] رمضان علي سيد الشرنباصي –كمرجع سابق –صفحة310 -320

الظهار اصطلاحا: تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة.

والظهار كان طلاقا في الجاهلية ، فإبطال الإسلام هذا الحكم ،وجعله محرما للمرأة حتى يكفر زوجها وقد أجمع العلماء على حرمته، فلا يجوز الإقدام عليه لقوله عز وجل:**"الّذِينَ يُظَاهِرُون مِنكُم مِن نِسائِهِمْ مَّا هنَّ أُمَّهَاتهم إنَّ أمَهَاتُهُم إلاَّ اللاَئِي وَلَدنهم وإنَّهم لَيَقُولُونَ مُنكرًا منَ القَولِ وزورا وانَّ الله لعفو غَفُور {2}والذين يظاهرُون من نسَائِهم ثم يعُودُون لمَا قَالُوا فَتَحْريرُ رقبة من قبل أن يتمآسَا ذَلكُم تُوعَظُونَ به والله بما تعمَلُونَ خَبيرٌ{3}".**[1]

وهاتان الآيتان الكريمتان تبينان حكم الإسلام في الظاهر حيث صار محرما للزوجة على زوجها إلا بعد الكفارة ولا يعد طلاقا كما في الجاهلية.

وقد اختلف الفقهاء في بيان متى يتحقق العود في الظهار، في تفسير قوله تعالى: **"ثُمَّ يعُودُونَ لمَا قَالُوا"** حيث فسر الأحناف والحنابلة والمالكية في الرأي الراجع عندهم بأن العود في الظهار إنما يتحقق بالعزم على وطء زوجته.

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

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

ثانيا: الموقف التشريعي:

لقد تطرقنا آنفا إلى الهجر بوصفه أسلوب تأديب ضمن الموقف الفقهي ونتطرق إليه الآن بوصفه سببا شرعيا ومبررا قانونيا يخول الزوجة حق طلب فراق زوجها الذي أصبحت معاشرته مستحيلة ، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي ،للحكم لها بالتطليق، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني كوسيلة لتقويم سلوك الزوجة وما زاد عن ذلك يعتبر تعسفا يستوجب تدخل القاضي لرفعه.

---

[1] **سورة المجادلة الآيتان 2-3**

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

وعلى ذلك فالهجر المشروع هو الذي تتوفر فيه الشروط التالية:

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

2- أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهود والآخر أي اتصال بينهما.

3- أن يكون هذا الهجر عمديا نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره شرعا وقانونا

4- أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل لقوله تعالى**"وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ واهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَميلاً"** [1] فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما.

أما إذا وقع الهجر وكان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجية وقع بسبب وجود في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من أجل الوظيفة، فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في الفراش ولو تجاوزت المدة أربعة أشهر وإذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به مثل هاتين الحالتين.

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

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

---

[1] **سورة المزمل الآية 10**

يشترط نية الإضرار بها. ويؤاخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل ذكر الإيلاء الذي يكثر بين الناس لدواعيه المتعددة، فضلا على أنه قاعدة شرعية ورد ذكرها بالقرآن الكريم.

هذا و يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن المشرع أهمل الإيلاء واعتبره يمينا معلقا على شرط، فاستبعده،ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع ولكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه وتعالى تعالج أحوالا خاصة ، فذكرها لا يعني بالضرورة حصولها ، كما أن إهمالها لا يعني عدم حصولها، كما أن إهمالها لا يعني عدم الحصول "خاصة أن، المشرع الجزائري قد جعل من الشريعة مصدرا للأحكام التي لم يرد بشأنها نص قانوني[1].

ونشاطره الرأي في ذلك، باعتبار المادة (222) من قانون الأسرة الجزائرية نصت على ذلك صراحة بقولها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

إضافة إلى أن المادة الأولى من القانون المدني تنص على أنه: ".....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 [2].

إلا أن التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري يستوجب من القاضي عندما تطرح عليه دعوى التطليق للهجر أن يتأكد من توافر العنصر الزمني 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 ما يلي:

- حيث أن المستأنفة تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للمادة (53) من فقرة 3 من قانون الأسرة

---

[1] الدكتور فضيل سعد –شرح قانون الأسرة الجزائري في الشريعة الإسلامية –ص 280

[2] الدكتور عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 265.

الجزائري وإلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف جزائري (30.000دج) نفقة العدة ومبلغ ألفين دينار جزائري (2000) شهريا نفقة الإهمال من يوم رفع الدعوى الأولى

- حيث أن المستأنف عليه يلتمس مواصلة الحياة الزوجية واحتياطيا الطلاق بظلم منها وحرمانها من توابع العصمة ما عدا نفقة العدة

- حيث أنه بعد الاستطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنفة بالرجوع إلى البيت الأصلي وأنه بعد الاستئناف أصدر مجلس قرار بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر.حيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار وأدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/6/8 وبالتالي فان دفوع المستأنف عليه غير مؤسسة.

المطلب الثالث: التطليق لغياب الزوج

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها ، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار والاهتزاز لكيانها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق والفرقة به ثابتة حتى ولو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي تنحصر في سكن الغذاء والكسوة فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة ، فإن جهلت اعتبر مفقودا.

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

أولا: الموقف الفقهي:

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة والآخر يحضره.

الرأي الأول:

ويقوله "الأحناف" و" الشافعية" و "الظاهرية" و الشيعة الزيدية" و"الجعفرية" وهو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر.**رواه البخاري**.

الرأي الثاني:

يقول به "المالكية" و"الحنابلة" 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 سببا لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر.

وقد روي أن "عمر ابن الخطاب" دخل على ابنته حفصة أم المؤمنين وسألها قائلا: "أي بنية"؟ كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت: "شهرا أو أثنين أو ثلاثة وفي الرابع ينفذ الصبر...." وهذا القول يطابق التشريع الإلهي للنفس البشرية المنصوص عليها في الآية وهي مدة تسمح للزوجة بالانحراف فجعل "عمر بن الخطاب" أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر[1].

و ذهب المالكية إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تضرر منها، وكانت تتراوح بين سنة وثلاثة سنوات والراجح سنة سواء كانت الغيبة بعذر وبغير عذر أرسل إليه القاضي إعلانا أن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه، إذا كان متواجدا 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 إلى القول أنه إذا كان الزوج في مكان مجهول أولا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلق الزوجة دون إمهال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين هو الضرر الذي يصيب الزوجة لذا يجب على القاضي دفعه فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

ثانيا: الموقف التشريعي:

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

---

[1] **الدكتور فضيل سعد –مرجع سابق –ص 281-282**

والغائب حسب نص المادة (110) من قانون الأسرة الجزائري 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 [illegible] الشروط الآتية:

1/ أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدء من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى ، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمض على غيابه هذه المدة التي يجري حسابه عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية وجرى العمل بالاعتماد على السنة الميلادية أخذ بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات

2/ أنم 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 بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة، أو لأي سبب جدي آخر، فإن طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض.

3/ أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة، خلال مدة غيابه، وهذه الحالة يقدرها القاضي ، ويتأكد منها بجميع الطرق، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب ، والبلد الذي يتواجد به والوضعية التي آل إليها خلال الغياب.

وما إذا كان التحويل النقدي ممكن فإذا كانت وضعية الزوج المالية حسنة وله مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما ينفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة، ومتى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكيد من مصادر النفقة ويحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير، وتكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.

إن المشرع الجزائري باستعماله "محل الإقامة" لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بلد أجنبي ، مثال: فإذا كان الغياب داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست والزوجة في مقر الزوجية بدون نفقة ، فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب، ويعاب عليه أيضا لم ينص على الفقدان كسبب من الأسباب طلب التطليق.

فالمفقود غائب وحياته مجهولة ،ولهذا يكون لزوجته ما يكون لزوجة الغائب، والذي عرفته المادة (109) من قانون الأسرة الجزائري على أنه **"الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" .**

إذا يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري ، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي تقدير المدة المناسبة بعد مضي هذه المدة، وهو مستنبط من رأي المالكية الذين اعتمدوا التقسيم الخاص الذي نبينه فيما يأتي:

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

ثانيا: إذا فقد في دار الشرك كأسير لا يعلم له خبر، فإن زوجته تبقى مدة التعمير، أي موت أقرانه متى يغلب على الظن عندها موته ثم تعتد عدة وفاة ،وتحل للأزواج وقد رأوا ذلك ببلوغه السبعين وقيل الثمانين ، وقيل غير ذلك، وإن دامت نفقتها من ماله إلا طلقت لعدم النفقة.

ثالثا: إذا فقد في حالة حرب بين طائفتين من المسلمين فإنها تعتد عقب انفصال الصفين وخفاء حاله وتحل بعدها للأزواج.

رابعا: إذا فقد في حرب بين طائفة مؤمنة وأخرى كافرة، فإنه يكشف عن أمره ويسأل عنه، فإن خفي حاله أجلت زوجته سنة ثم اعتدت للوفاة، ثم حلت للأزواج[1].

المطلب الرابع: التطليق للعيوب

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وعليه فإن المقصود بالعيوب هنا هي تلك العلل الجنسية ،أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج للتناسل وإنجاب الأولاد تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكن القيام معه إلا بضرر كالعلل الجنسية والأمراض المنفردة

---

[1] **الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية-منشورات الحلبي الحقوقية –صفحة 360،361**

فلها أن تطلب من القاضي تطليقا منه سواء العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ،أم حدث بعد العقد[1].

والمقصود بالعيب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والاستمتاع بالحياة الزوجية الأمر الذي أعطى معه للمرأة حق طلب التطليق[2] من هذا التعريف يتبين أن كل عيب في أحد الزوجين له تأثيره على مسار الرابطة الزوجية لدرجة أنه قد يؤدي إلى حلها فقد ثبت في السنة النبوية الشريفة رواية عن الإمام أحمد في مسنده أن الرسول --صلى الله عليه وسلم- تزوج امرأة من بني غفار ولما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر على كشحها بياضا وهو مرض جلدي فانحاز على الفراش وقال: "خدي ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا" وفي الموطأ عن عمر رضي الله عنه قال: **"أيُّهَا امرأة غد بها رجل ، بها جنُون أو جُذَام[3] أو برَص[4] فلها المهر لما أصاب منها وصداق الرجل على من غره".**

أما في شأن ثبوت حق التطليق، فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والإمامية على التفريق للعيوب التناسلية التالية: الجب[5]، العنة[6] 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.

أولا: الموقف الفقهي

اتفق علماء الحنفية على أنه لاخيار للزوج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج ، فقال "أبو حنفية" و"أبو يوسف" لا فسخ إلا بالعيوب التناسلية الثلاثة وهي الجب ، العنة والخصاء لأنها غير قابلة للزوال ، فالضرر فيها دائم ولا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج[7] وشروطهم في ذلك:

---

[1] **المحكمة العليا (غ.م) ، 19 نوفمبر 1984، ملف رقم 34791 م.ق 76.3.1989**

[2] **التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير مسلمين –المكتب الفني للموسوعات القانونية– 1998 صفحة 38**

[3] **الجدام هو داء معروف بتجدم الأصابع وتقطعها**

[4] **البرص داء معروف نسأل الله عافية منه ومن كل داء وهو بياض يقع في الجسد**

[5] **جبه ، يحبه وجبابا والمجبوب الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه، وقد جب جبا فالمجبوب أي مقطوع الذكر مقطوع الذكر (من لسان العرب لابن المتطور)**

[6] **العنة وهو ما تقدم كأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء، وامرأة عنينة لا تريد الرجال ولا تشتهيهم والعنين الذي يأتي النساء ولا يريدهم (من لسان العرب لابن المتطور)**

[7] **الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي ص 339.**

- ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ، فإن وصل إليها 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 ترضي بالعيب بعد علمها به، فإذا علمت ورضيت ، ليس لها طلب التطليق بشرط أن تعلن رضاها صراحة، فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها.

- ألا يكون في الزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي فإن كان بها عيب، فلا حق لها في طلب التفريق لأن الإضرار هنا غير متوافر باعتباره أساسا لطلب ذلك[1] وذهب الشافعي وأحمد إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها هي الجب، العنة، الجنون، الجدام والبرص، 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 فسخا ووافقوا الإمامين أحمد والشافعي في تلك العيوب ، غير أنهم زادوا عيوبا أخرى مفصلة في كتبهم.[2]

أما الإمامية فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشر عيبا ، أربعة في الرجل وهي : الجنون، والخصاء والعنة والجب وسبعة في المرأة هي : الجنون ، الجدام ، البرص ، القرن[3] ، الإفضاء ، العمى والمرج[4].

وقال بن القيم الجوزية في زاد المعاد : " إن القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار "[5].

وقد نقل عن " الزهري" أنه قال " يرد النكاح من كل داء عضال " وهذا رأي أبي هور شريح.

---

[1] الإمام أحمد كمال إمام –كمرجع سابق- ص 109

[2] الأستاذ عبد الكريم شهبون- مدونة الأحوال الشخصية المغربية –الجزء الأول –الطبعة الثانية- دار النشر المعرفة- الرباط –ص 227- 228

[3] القرن شبيه بالعلفة وهو نتوء في الرحم

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

[5] الأستاذ عبد الكريم شهبون- مرجع سابق –ص 228

قال الظاهرية : لا خيار للزوج وللزوجة إذا وجد أحدهما في صاحبه عيبا من العيوب جذاما أو برصا أو قرنا أو غيرها حدث قبل العقد أو بعده".

ثانيا: الموقف التشريعي :

لقد أباح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب ، إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيب ولم يتبين نوعه ، أهو عيب جنسي أو غير ذلك ، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، واعتمد بذلك عبارة فضفاضة وعامة وردت في الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري 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 وحسن 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 يكن عاتق في تحقيق أغراضه سواء كان العيب عقليا أو ماديا.

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصاء والعنة أو من شأنها الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والاشمئزاز منه والخوف من آذاه وخطورة تصرفاته مثل أمراض الجذام والبرص وغيرها من الأمراض الخطيرة المعدية والدائمة كالجنون والصرع المستمر ، فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها المريض[1] .

وفي هذا الإطار صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ :1999/02/16 جاء فيه :"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب تطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب ، وعليه فإن قضاة

---

[1] **الأستاذ عبد العزيز سعد مرجع سابق ص261.**

الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2].

إن طلب الزوجة التطليق بسبب عيب في زوجها واستجابة القاضي لها معلقا على كون العيب ناتجا عن مرض مستمر ودائم لا يتوقع شفائه، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن علاجها والشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا لا يتجاوز الشهور فإنه يكون على الزوجة أن تصبر مع زوجها وإذا تقدمت بطلب التطليق فإنه على 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 الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور ويمنعه من الحركة أو الصرع الطارئ والمتقطع الذي يأتي الزوج حينا ويتركه أحيانا، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزوج.

ويطرح التساؤل بشأن المدة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطليق للعيب وفي هذا اختلفت الفقهاء المسلمون، فقال مالك و الشافعي أن مرور مدة من الزمن على سكوتها يسقط حقها في طلب التطليق، لأنه بمثابة الرضي الضمني بالعيب الموجود ، أما الإمامين أبو حنيفة وأحمد فيشترطان الرضي الصحيح، وفي هذا لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق ، بل أباح لها أن ترفع دعواها التي يجيب قبولها متى 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.[1]

وهذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنا لأن مجرد رفع دعوى يعتبر رفضا ومتى حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا وجب رفعه، وبالتالي الاستجابة لطلبها، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء، فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس مرة أخرى إلا لسبب آخر غير

---

[2] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية –عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001- ص- 119

[1] الدكتور فضيل سعد مرجع سابق ص 276

العيب الذي تنازلت عنه لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض ، كما لو كان الظن يغلب على شفائه منه، فانتظرته[1].

إلا أنه يؤاخذه على المشرع الجزائري أنه لم يحده 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 مدة معينة معلومة لا تتجاوز السنة، إذا جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 437841 متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما يجري به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها ، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق،فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية[2].

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 لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن" .

كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق.

يثبت العيب بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود والشهادات الطبية المعتمدة وذلك سواء 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 ، كان القاضي لا

---

[1] الدكتور فضيل سعد مرجع سابق ، ص 277.

[2] القرار الصادر بتاريخ: 1984/11/19 تحت رقم 43784 غرفة الأحوال الشخصية–المجلة القضائية لسنة 1989العدد الثالث،ص 79

يستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة بغير ذلك ثم يصدر حكمه بالتطليق أة برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل وحجج.

وتجدر الملاحظة أن السيدا يعتبر من الأمراض الحديثة التي يتبع طلب التطليق.

ولهذا يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في حالة العلل الجنسية التي لا يرجى الشفاء منها، أما إذا تزوجته وهي عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد عملها فليس لها طلب التطليق لأجله.

فمن الضروري التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأسباب المادة 4 (ق.أ.ج) وأن هذه الحياة الزوجية قد تعكر صفوها هذه الأمراض بعلة يطول شفائها أو يستحيل وخاصة إن لم تظهر وقت إجرام العقد.

المبحث الثاني: الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا

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

هذا ما سنتناوله ضمن هذا المبحث في المطلبين نتعرض في الأول إلى التطليق للحكم بعقوبة مشينة مقيدة للحرية وفي الثاني إلى التطليق لارتكاب فاحشة مبنية على النحو التالي:

المطلب الأول: التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية

قد ارتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون ، فتتضرر زوجته خاصة وأن من العقوبات ما يرغمها على انتظاره سنين الطويلة، وهذا ما ينافي مقاصد التشريع فهل يعتبر حبس الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة التطليق؟

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

الفرع الأول: الموقف الفقهي

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

-في حين ذهب "المالكية" إن جواز التفريق لحبس الزوج إذا طلبت زوجته ذلك، ادعت الضرر بعد سنة من حبسه، لأن هذا الأخير غاب وهم يجيزون التفريق للغيبة سواء كان ذلك بعذر أم بغير عذر، فإن كانت مدة الحبس سنة فأكثر للزوجة طلب التفريق من القاضي الذي يفرق بينهما دون كتابة للزوج أو إنذار وفي هذه الحالة تكون الفرقة طلاقا "بائنا" .

بينما ذهب الإمام "ابن تميمة" في أحكامه إلى هذا القول في امرأة المفقود وهو بذلك يقترب من الفقه المالكي .

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

إن من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (53) والتي جاء فيها أيجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة مشينة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيما تعدى على الأسرة وتسجيل معها مواصلة العشر والحياة الزوجية..."

وعليه يتبين من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة ، المشرع الجزائري قد أباح للزوجة حق طلب التطليق بسبب حبس الزوج أكثر من سنة ، وهذا دفعا للضرر الذي قد يلحقها جراء غيابه عنها ووفقا لأحكام هذا النص لا بد من توافر شروط سنبينها فيما يلي:

1-الحكم بعقوبة مشينة:

يقصد بالعقوبة المشينة تلك الأفعال المعاقب عليها والتي تشمئز لها النفوس ، وتأباها الأخلاق، وأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء وما يعاد على الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة أنها جاءت بصياغة رديئة بحيث وصفت عمل القاضي المشين متناسبة في ذلك الفعل المجرم المرتكب من قبل الزوج، في حين كان على المشرع أن يضعها على النحو التالي: الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال مشينة هذه من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن لفظ شائنة في حد ذاته غير سليم ، فلو كان وارد في صيغته الدالة على المبالغة لكان أفضل فيقول له"مشينة" لأن الأفعال ليست هي التي تقوم بإصدار على نفسها وعلى العقوبة وإنما هي محكوم عليها بهذا الوصف [1] .

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 الشائنة أو غير ذلك ومن ثمة يقبل طلب التطليق أو يرفضه.

---

[1] **الدكتور فضيل سعد –مرجع سابق- ص289**

لقد حدد القانون العقوبات الجرائم والعقوبات المقررة لها وجعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بآداب العامة والنظام العام والبعض الآخر يتعلق بالأشخاص والأموال، فأين وصف الشين في كل ما سبق؟ وهل يتعلق بالأشخاص وهل يتعلق بجميع هذه الأصناف أم يخص فقط الجرائم الأخلاقية؟

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

-لكن قانون العقوبات جرم فعل الزنا المرتكب من أحد الزوجين وهكذا يصبح نص الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه يتضمن فكرة مرنة تسمح للقاضي أن يدخل ما يشاء من الأفعال.

2-أن تكون العقوبة مقيدة للحرية:

يشترط القانون أن تكون العقوبة سالبة للحرية ، ويتم تنفيذها دون الاستفادة من منحة العفو كليا أو جزئيا ، أما إذا حكم على الزوج بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة أكثر من سنة أو سبق له أن أودع الحبس المؤقت ، فالعقوبة في هذه الحالة غير سالبة للحرية ولا تصلح أن تكون سببا لطلب التطليق حسب مفهوم هذه الفقرة.

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

3-أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة:

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

4-أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة:

إن المشرع باستعماله لعبارة العقوبة الماسة بشرف الأسرة قد عمم الوصف وجعل معياره غير دقيق، كما هو الحال بالنسبة لما أسلفنا ذكره بمناسبة تطرقنا للشرط الأول والمتمثل في كون العقوبة المشينة وبالتالي فإن الجرائم والعقوبات 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 والفاحشة بين المحارم، وبالتالي تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك.

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

لقد بالغ المشرع الجزائري باستعماله لمصطلح الاستحالة إذ أن الحكم على الزوج بعقوبة مشينة مقيدة للحرية ولمدة تفوق السنة وفيها مساس بشرف الأسرة، لا يؤدي حتما إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية، وإنما قد تخلق جوا من التوتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين، لذا أعطي للزوجة حق طلب التطليق وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية الكاملة، مستعينا بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه.

وكما أسلفنا القول يجب أن يقضي الحكم بعقوبة مقيدة للحرية ونافذة ، وهذا أمر منطقي لارتباط الحبس بغية الزوج، وإلا فلا مبرر لطلب الزوجة التطليق عندما تكون العقوبة موقوفة التنفيذ وهذا ما نعيبه على المشرع الجزائري الذي لم يحدد نوع العقوبة بدقة.

المطلب الثاني: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة:

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

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

وفي غياب الآراء الفقهاء بهذا الشأن ، لا يبقى لنا سوى الاستدلال بخير دليل وهو ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة، تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا ومن ذلك قوله تعالى:**"وَلاَ تَقْرَبُوا الزِنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً"** [1] وقال أيضا:**"وَلاَ تَنكِحُوا**

---

[1] **سورة النساء الآية 22**

مَا نَكحَ آبَائُكُم مِنْ نِساءِ إلاَّ مَا قَدْ سلف إنَّهُ كَانَ فَاحشَةً ومَقتًا وَساءَ سَبيلاً"[2] يصف ما كان يرتكبه الناس في الجاهلية من الأخطاء التي تمس صلب النظام الاجتماعي بعد أن حرم العودة إلى مثل هاته الأفعال وقد حدد الله تعالى طبيعة الفاحشة بأنها متعلقة بخطورة الفعل في حد ذاته لا من حيث سريته وعلانيته وحرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه عن الناس مصداقا لقوله تعالى: **" قُلْ إنَّمَا حَرَمَ رَبِي الفَوَاحشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا ومَا بَطَنَ والإثْمُ والبَغيُ بغيرِ الحَق وأنْ تُشركُوا بالله مَا لَمْ ينزل به سُلطانًا وأَنْ تَقومُوا عَلَى الله مَالاَ تَعلَمُونَ"**[1].

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 والمؤسس عليه الدعوى وذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية تكون معيار الذي يقاس به الفعل والتكيف على ضوئه ما إذا كان فاحش أو غير ذلك.

1- نظرية الدين إلى الفعل:

تعتبر نظرة الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت الناس أم لم تظهر .

2- مقتضى العقل السليم:

ومفاده أن العقل يرفض الانحراف ويفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وظروف المجتمع.

3-الإرادة الاجتماعية :

القاضي ابن بيئته، فيبنى أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد وقيم وأعراف وثقافات وعلى نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله-صلى الله عليه وسلم- وبالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع العربي، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق[2] .

---

[2] **سورة الإسراء الآية 32**

[1] **سورة الأعراف الآية 33**

[2] **الأستاذ فضيل سعد –كمرجع سابق ص 299**

الفرع الأول : الموقف التشريعي

نصت الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، وهي حالة يوشك المشرع الجزائري أن ينفرد بالنص علمها، دون سواء من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى.

هذا ويلاحظ أن هذه الفقرة تشملها فقرة الرابعة والسادسة من ذات المادة واستنادا إلى الآيات الكريمة المذكورة أعلاه، يبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو كل فعل زنا

وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة (337) مكرر من قانون العقوبات وقد ذكر المشرع على سبيل حصر تلك الفواحش في ذات القانون ومنه فهو من غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة ضمن قانون الأسرة الجزائري باعتبار كلا القوانين صادرين عن نفس المشرع لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة الزنا فيما كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا؟

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

فهل يطبق الشريعة الإسلامية أم النصوص التشريعية؟

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني ، نجدها تنص على ما يلي:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى 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 ،ولمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن السنة ، ولو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطليق.[1]

---

[1] **الأستاذ بدارن أبوا العينين بدارن- الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، الزواج والطلاق –الطبعة 1967 –دار الطباعة والنشر- بيروت لبنان**

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

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

ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه[1].

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

المطلب الثالث: التطليق للضرر

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذها بالقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام ، فقد قال عز وجل:**" ولهُنَ مثل الذِي عَليهن بِالمَعْرُوفِ وللرِجَالِ عليهن درجةٌ والله عَزيزٌ حَكيم[2]"** وقوله كذلك:**" وعَاشِرُوهُن بالمَعرُوفِ"[3].**

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

---

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

[2] سورة البقرة الآية 228.

[3] سورة النساء ، الآية 19.

على فعل غير مباح شرعا ، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأحوال؟

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

الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل تقدر الزوجة الصبر عليها، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية حيث تعد معاملة تضرر الزوجة في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو المرأة منها.

أما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة إلى أخرى باختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الاجتماعي ، ولا يشترط تكراره ،إذا يكفي أن يتسبب فيه الزوج ولو لمرة واحدة، وكل ذلك متروك لتقديم قاضي الموضوع.

الفرع الأول: الموقف الفقهي

انقسم بهذا الشأن إلى اتجاهين نعرضها فيما يأتي:

الرأي الأول:

يرى الحنفية والجعفرية والشافعية والظاهرية والشيعة الأمامية ورواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى ولو طلبت ذلك بسبب إيذائها بالقول أو بالفعل ومجاملتها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة ،فإن لم يتمثل عاقبه تعزيزا بحسب ما يراه كافيا لزجره حتى يمسكها بالمعروف ، وقد بنوا رأيهم هذا على ما فهموه من قوله تعالى[1] : **" وإن خِفْتُم شِقاق بَيْنَهُما فابعثُوا حكمًا من أهلِه وحكمًا من أَهلِها إن يُريدَا إصلاحًا يُوفقُ الله بينَهُمَا إن الله كانَ عليمًا خبيرًا".**

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

---

[1] سورة النساء الآية 35

الرأي الثاني :

يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب ونحوه كالإكراه على فعل أمر حرام أو كان يضارها بالهجر أو الشتم ورفعت أمرها للقاضي وأثبتت تعديه ، كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها وذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بأن يعظها إن رأى القاضي ذلك مجديا ، فإن لم تجد العظة أمرها بهجره ، فإن لم تفد ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه[2] وإذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن إثبات دعواها عين لها القاضي حكما من أهلها وحكما من أهله، يسعيان لإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك، فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نطير المال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجوز تطليقها دون عوض.

فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز لا شرعا، ويثبت بالنية التي يكفي فيها مجرد سماع شاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضار زوجته، كما يثبت أيضا بالإقرار ، ومنهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال[1].

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

إن 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 سادسة أن للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (08-37) وبذلك يكون المشرع قد أورد عبارة عامة وشاملة "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، وحسنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما، قد لا يكون كذلك في زمن آخر وبالنسبة لجماعة أخرى ، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر، وبذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جزاء تصرفات زوجها.

---

[2] الدكتور "رمضان علي السيد الشرنباصي" مرجع سابق ص 364

[1] القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 181648 المجلة القضائية لسنة 1997 –العدد الأول –صفحة 49.

وإذا كان المشرع قد فتح المجال الواسع لتفسير معنى الضرر ،إلا أنه خص من جهة أخرى المادتين (08)و (37) من قانون الأسرة، حيث جعل إخفاء الزوج عن زوجته الأولى زواجه بثانية سببا مبررا لطلب التطليق دون أن يحدد مدة أو أجلا لممارسة هذا الحق وحبذا 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 آنفا على حقين للزوجة هما النفقة الشرعية والعدل بين الزوجات في حال تعددهن ،فهل أراد المشرع بذلك تأكيد الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة المتعلقة بعدم الإنفاق كسبب لطلب التطليق أم أنه أراد ربط المادة الثامنة من ذات القانون بما ورد في الفقرة الثانية من المادة (37) أي العدل بين الزوجات في حال تعددهن ونعتقد أنه قصد هذه الأخيرة.

فضلا عن ذلك فإن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" واسعة يمكنها أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة (53) من قانون الأسرة كما يعتبر نشوز الزوج المنصوص عليه بالمادة (55) من قانون الأسرة سببا لطلب الزوجة التطليق ، وذلك ما يدعمه القرار الصادر عن المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية –تحت رقم 181648 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 الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

الفرع الثاني: كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر:

لقد لوحظ جليا أ ن م،ج قد أخذ برأي الإمام المالك، ويتجلى ذلك من خلال إتاحته للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة لاسيما البنية والإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك وعجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكمين واحد أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما وهو ما نصت عليه المادة (56) من قانون الأسرة إذا جاء فيها:"إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين"وفي ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا تاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 غرفة الأحوال الشخصية جاء فيه "من المستقر عليه

قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره وأن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، ويمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته، وإلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي وغير شرعي ، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم والقاضي برفض دعوى الطاعن وقبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق والحكم بتطليقها فإنهم كما فعلوا انتهكوا القانون وتجاوزوا سلطتهم فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده، إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة، منتهكا بذلك قواعد التقاضي وخرج من العلم بالتظاهر ودخل إلى العلم بالغيب، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه.

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

القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 تحت رقم 75588 جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو توقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية [1].

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 واستحالة الحياة الزوجية، فإن القضاة لما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

والقرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 والذي جاء فيه:

"من المستقر عليه استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا" ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها لمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2].

---

[1] القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول-ص 52

[2] القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 ملف رقم 75588 المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع ص 78.

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

[3] **القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني ص 66.**

الفصل الثاني: الآثار المنجرة عن التطليق

المبحث الأول : ما يثبت للزوجة .

المطلب الأول: العدة .

العدة في اللغة هي مصدر للفعل "عد" "يعد" بمعنى أحصى يحصي وردت بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى: "**وإنْ تعدُوا نعْمَةَ اللهِ لاَ تحصُوهَا إنَّ اللهَ لَغفورٌ رحيمْ**"[1] وقد تفيد مجمل عدد الشيء في قوله تعالى "**:إنَّ عدَّةَ الشُّهُورِ عندَ الله اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كتَابِ الله يومَ خلقَ السماواتِ والأرضَ منهَا أربعةَ حرمٍ ذلكَ الدِّينُ القَيمُ فلاَّ تظلمُوا فيهِنَّ أنفسكُمْ وقَاتلُوا المُشْرِكينَ كآفة كمَا يقاتلُونَكُمْ كآفة واعْلمُوا أنَّ اللهَ معَ المُتَقِينْ**"[2].

أما اصطلاحا فهي "مدة" تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم[3] وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى:"**والمطلقاتُ يتربصْنَّ بأنْفُسِهِنَّ ثلاثةُ قُرُوءٍ ولاَ يَحِلُّ لَهنَ أَنْ يَكْتِمْنَ مَا خلقَ اللهُ فِي أرحَامِهِّنَ إنْ كُنَّ يؤْمِنَ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ وبُعُولَتُهُنَ أَحَقُ بِرَدِّهِنَ فِي ذَلِكَ إنْ أَرَادُوا إصْلاَحًا ولهُّنَ مثلَ الذِي علَيْهِنَ بالمعرُوفِ وللرِجَالِ عَليهُنَ درجَةً واللهُ عزيزٌ حَكِيمْ** " [4] وقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس :"**اعتدِي فِي بيتِ أمِّ مَكْتُوْم**" والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة وإعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى، كما أشار الله سبحانه وتعالى لذلك بقوله:" **يَاأَيُّهَا النَبيُ إذَّا طَلَقْتُمْ النِساءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَ وأحْصُوا العِدَةِ واتَقُوا اللهَ رَبَكُم لمَّا تُخْرِجُوهُنَّ من بيُوتِهِنَ ولمَا يُخْرجُنَّ إلاَّ أن يَأتين بِفَاحِشَةٍ مُبينةٍ وتلكَ حُدُودُ اللهِ وَمَن يَتعدَ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظلمَ نَفْسَهُ لمَا تَدْرِي لَّعَلَ اللهَ يُحدثُ بعْدَ ذَلِكَ أمْرًا**"[5].

---

[1] سورة النحل الأية 18.
[2] سورة التوبة الأية 36.
[3] الدكتور محمد كمال امام "-المرجع السابق-"صفحة 144.
[4] سورة البقرة الأي228.
[5] سورةالطلاق الأية 1.

وقوله عز وجل: **"يَاأَيُّهَا النَبيُ إذَّا طَلَقْتُمْ النِساءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَ وأحْصُوا العِدَةِ واتَقُوا اللهَ رَبَكُم لمَّا تُخْرِجُوهُنَّ من بيُوتِهِنَ ولمَا يُخْرجُنَّ إلاَّ أن يَأتين بِفَاحِشَةٍ مُبينةٍ وتلكَ حُدُودُ اللهِ وَمَن يَتعدَ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظلمَ نَفْسَهُ لمَا تَدْرِي لَّعَلَ اللهَ يُحدثُ بعْدَ ذَلِكَ أمْرًا"**[1] .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة 58 نصت على أن تعتد المطلقة المدخول بها الغير حامل بثلاثة قروء ، واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ، أما المطلقة الغير المدخول بها فلا توجب عليها العدة وهذا ما جاء في القرار رقم 137571 المؤرخ في 18 جوان 1996 :"من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة الغير 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 كذلك استوجب رفض الطعن[2].

وأضافت المادة 60 من قانون الأسرة على أن "عدة الحامل هو وضع حملها وأقصر مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق"

ويبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية ، وجاء نص المادة 58 المذكورة أعلاه مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بأن 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 اللحظة وتقع عليها الالتزامات الآتية : ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بيت زوجها مدة عدتها مصداقا لقوله تعالى: **يَاأَيُّهَا النَبيُ إذَّا طَلَقْتُمْ النِساءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَ وأحْصُوا العِدَةِ واتَقُوا اللهَ رَبَكُم لمَّا تُخْرِجُوهُنَّ من بيُوتِهِنَ ولمَا يُخْرجُنَّ إلاَّ أن يَأتين بِفَاحِشَةٍ مُبينةٍ وتلكَ حُدُودُ اللهِ وَمَن يَتعدَ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظلمَ نَفْسَهُ لمَا تَدْرِي لَّعَلَ اللهَ يُحدثُ بعْدَ ذَلِكَ أمْرًا"**[3] وهو ما جاءت به

---

[1] **سورة البقرة الآية 228 .**

[2] **القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 تحت رقم137571-المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني صفحة 93.**

[3] **سورة الطلاق الأية 1.**

المادة 61 من قانون الأسرة لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف ذلك 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 وتشمل 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[1] ويسقط هذا الحق شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشر وفي هذا القرار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات منها:

القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 تحت رقم 34327 والذي قض 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.

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 الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا و أنا من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول فيها ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن[2].

القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 تحت رقم 57752 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 يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو

---

[1] **نصت المادة 61 من قانون الأسرة مايلي: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.**

[2] **القرار الصادر بتاريخ1984/10/22 ملف رقم 34327 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد1 الصفحة 73.**

سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد ويتعين رفضه[1].

الفرع الثاني: نفقة الإهمال.

لقد أقرت المادة 74 من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق 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 أو دفع أجرته

لقد ورد النص على إسكان الزوجة المطلقة وعلى شروطه في المادة 52 الفقرة 2 من قانون الأسرة[2] ومن تحليلها يتضح لنا أنه حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها أو إبقائها في مسكن الزوجية توافر 03 شروط:

- أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة قل عدد المحضونين أو أكثر.
- ألا يكون لها ولي يستقبلها ويؤمن لها المسكن.
- أن يكون في استطاعة الزوج توفير السكن.

وقد صدر في هذا المنوال القرار رقم 223834 بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين[3] 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 سكن آخر ، وعليه فإن القضاة بقضاتهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس في حق الزوجة في البقاء في المسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة فإنهم بقضائهم كما فعلو طبقوا صحيح القانون".

---

[1] القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 57752 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 1 الصفحة 68.

[2] نصت المادة 2/52 قانون الأسرة على أنه"....وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوانها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج 'ويستثني من القرار من السكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو يكون انحرافها".

[3] القرار رقم 223834 بتاريخ1999/06/15 المجلة القضائية لسنة 1995 العدد3 الصفحة 90.

كما صدر أيضا قرار رقم 105366 بتاريخ 1993/04/27 فيه : "من المقرر قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها فعل الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في المسكن مع محضونيها وأن نفقة المحضون وسكناه من مال إذا كان له مال وإلا فعل والده أن يجيء له مسكنا وإن تعذر فعليه أجرته" ولما ثبت 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 إيوائها مع محضونيها قائما ومن كان كذلك استوجب نقص قرارهم جزئيا[1].

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 أجل حضانة الأولاد خاصة 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 من قانون الأسرة واستنادا لأحدها يحكم لها القاضي بالتطليق.

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

في غياب النص القانوني حول هذه المسألة ، وبالرجوع إلى الواقع العملي 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، وتدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطليق صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من أهمها :

القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 تحت رقم 135435 والذي جاء فيه من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا ولما ثبتت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج كامل الأركان إلا أن الزوج تأخر عن

---

[1] **القرار رقم105366 الصادر بتاريخ 1993/04/27 المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 2 الصفحة 88.**

الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها ، ممن يتعين رفض الطعن[1].

القرار رقم 181648 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 اللاحق بالزوجة مبالغ فيه ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لحبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 قانون الأسرة، قد طبقوا القانون ومن كان كذلك استوجب وفض الطعن[2].

وتجدر الإشارة أنه يدق التشابه بين مصطلحي التعويض والمتعة ، هذه الأخيرة هي ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاطرها وتعويضا لها عما لحقها من ضرر وهي واجبة لها كلما تحقق هذا السبب "الضرر"وذلك عملا بقوله تعالى:**"وللمُطلقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًا عَلَى المُتَقِينَ"**[3] وقوله أيضا **"للذِينَّ يَؤُلُونَ مِن نِسَائِهم تَرَبصٍ أربَعَةَ أَشهُرٍ فإنَّ فآوُوا فَإنَّ الله غَفُوٌر رَحِيم"**[4] وقوله أيضا **"يَاأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إذَا نَكِحْتُم المُؤمنَاتِ ثُم طَلَقْتُمُوهُنَّ من قَبلْ أَنْ تَمُسُوهُنَّ فَمَا لَكُم عَلَيْهِنَ مِن عِدة تَعْتَدُونَهَا فَمَتَعُوهُنَّ و سَرِحُوهُنَ سِرَاحًا جَميلاَ"**[5] .

باستقرائنا لهذه الآيات يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل تمتيع مطلقته، وذلك بتعويضها جزاء 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 في رواية" أبو يحيى 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.

---

[1] قرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23 المجلة القضائية لسنة 1996 العدد 1 الصفحة 129.

[2] قرار رقم181648 الصادر بتاريخ 1997/12/23 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 1 الصفحة 49.

[3] سورة البقرة الأية 241.

[4] سورة البقرة الأية 236.

[5] سورة الأحزاب الأية49.

وفي الحقيقة أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة المتعة حيث طغى استعمال المصطلح الأول على الثاني في القوانين الوضعية[1] وبالتالي يمكن القول أن التعويض والمتعة وجهان بعملة واحدة وعليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد.

[1] **المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري(الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005) "اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".**

المبحث الثاني : ما يثبت للأولاد.

المطلب الأول : النسب.

حرص الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه وعد ذلك من نعم الوجود لقوله تعالى: **"وَهُوَ الذِي خَلَّقَ مِنَ المَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وصِهْرًا وَكَانَ رَبُّك قَدِيرًا "**[1] كما حرم على الآباء أن ينكروا نسب أولادهم فقد روي عن الرسول –صلى الله عليه وسلم- أنه قال: **"أَيُمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدُهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إلَيه إحتَجَبَ الله منهُ يومَ اَلقيَامَة وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤوس اَلخَلاَئق"**.

فالنسب هو إلحاق الولد بأبيه 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.

ويثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو غير ذلك في حين يثبت الولد لأبيه في الحالات التالية: الفراش، مصداقا لقوله –صلى الله عليه وسلم – **"الوَلَدُ للفِراشِ وللْعَاهِرِ الحَجَرْ"** إضافة إلى الإقرار والبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من قانون الأسرة وهو ما تضمنه فحوى المادة 40 من ذات القانون [2].

لكن إذا دعت الزوجة بأنها حامل بعد تطليقها، فهل ينسب هذا الولد مباشرة إلى الزوج دون قيد أو شرط أم أنه هناك شروط يجب توافرها لذلك ؟

لقد نصت المادة 43 من قانون الأسرة على انه "ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أيام من تاريخ الانفصال أو وفاة وبهذا النص يكون المشرع قد وضع شرطا واحدا لإلحاق الولد بالزوج المطلق وهو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين وعليه إذا 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 لاحتمال نسبه لشخص آخر، وبالتالي يحق لكل ذي مصلحة من

---

[1] **سورة الفرقان الآية 54.**

[2] **المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون .**

الورثة أو من ممثلي النيابة العامة أو غيرهما أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء ليطلب نفيه .

المطلب الثاني: الحضانة

الحضانة مأخوذة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح وحضن الشيء جانباه وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها.

وعرف الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤديه 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.

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.

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

- وقد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم وتلاها بأقاربها من النساء ثم عاد إلى الأب ثم الأم وانتقل إلى الأقارب في المادة 64 من قانون الأسرة بقوله "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب فأمه فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك" ويتضح من النص أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب وذلك ما يبرره شرعا وعقلا والدليل على هذا التقديم من السنة ما روي أن امرأة جاءت إلى الرسول –صلى الله عليه وسلم- فقالت له يا رسول الله إن بني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري حواء وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال:**" أَنْتِ أَحَقُ بِهِ مَا لَمْ تَنْكَحِي"** وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم **"مَنْ فَرَقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَتُهُ يَوْمَ القِيَامَةِ"** كما روى أن عمر بن

الخطاب رضي الله عنه –طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليه وفي حجرها عاصم وأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلق إلى أبي بكر –رضي الله عنه فقال أبا بكر: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار بنفسه.

وهناك شروط عامة لابد من توافرها في الحاضنة حتى تثبت أهليته لذلك، وهي الإسلام، البلوغ، العقل، الأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا وقد اشتملت المادة 62 من قانون الأسرة على هذه الشروط باستعمالها العبارة "أهلا للقيام بذلك دون أن تفصل في هذه الشروط.

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

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

- أن يرفع طلبه إلى محكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات وذلك حسب ما جاء في المادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة وإلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني.
- 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 وهما:
- ألا يتجاوز فيها ستة عشر سنة.
- أن ينظر إلى مصلحة المحضون.
- وتسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم وبتنازل الحاضنة عن هذا الحق وباختلال شروط المادة 62 من قانون الأسرة وإذا لم تطلب من أجلها القانوني المحدد

بمدة تزيد عن سنة عذر وقد تم النص على هذه الأسباب بمقتضى المواد من 66 إلى 70 من قانون الأسرة.

المطلب الثالث: نفقة المحضون وسكنه.

إن مسألة نفقة المحضون وسكناه قد تضمنتها المادة 72 من قانون الأسرة حيث نصت على :"نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته.

من استقراء هذه المادة يتبين لنا بروز ثلاث حالات:

1- إذا كان للمحضون مال خاص به تكون نفقته من ماله لا من مال أبيه .

2- إذا لم يكن للمحضون مال تكون نفقته ومسكنه واجبة على أبيه من مال غيره إذ على الأب أن يضمن النفقة والمسكن معا .

3- 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 شهرية تسري ابتداءا من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا .

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/11/29 تحت رقم 112705 الذي قضى: "من المقرر أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا ، أما إذا تعذر فعليه أجرته ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعن لا يحق له المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام الطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين عليه نقض وإبطال القرار دون إحالة[1].

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 " وهذا يعني بكل وضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة إلى الأم أو

---

[1] **قرار رقم 112705 الصادر بتاريخ 1994/11/29 المجلة القضائية سنة 1994 العدد الأول، صفحة 140.**

غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في ساعات وأيام وفي أماكن محددة وفي العطل والمواسم الدينية والوطنية وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك.

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 ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام.

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 أفريل 1990 تحت رقم 59784 جاء فيه:"متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفق لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ، ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه [1].

[1] **قرار رقم 59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16 المجلة القضائية سنة 1991 العدد الرابع صفحة 126.**

الخاتمة

لقد أحدث الإسلام تغييرا جذريا في حالة النساء من ناحية إحياء حقوقهن الطبيعية وإحلالهن في المجتمع في المكان اللائق بهن، فأصل أصولا جعلها في مستوى العقائد الأولية الضرورية .

فرفع مكانة المرأة وصانها من الاضطهاد والاستبداد والتعسف الذي كان يلاحقها في السابق فضاعت حقوقها وفقدت كرامتها وتبخرت إنسانيتها رغم أنها الأم والزوجة والبنت.

ففي الجاهلية كان الرجل إن ما بشر بأنثى كأن كارثة حلت به، وللتخلص منها يقوم بدفنها حية، وذلك ما أشار إليه القرآن الكريم في الآية 58 و59 من سورة النحل **"وإذَا بُشِّرَ أحَدُهُمْ بالأُنثَى ظَلَّ وَجهُهُ مُسوَدًا وَهُوَ كظيمٌ، يَتَوَارَى مِنَ القَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشّرَ بِهِ أيُمْسِكُهُ على هُونٍ أمْ يَدُسّهُ فِي الترابِ ألا سَاءَ مَا يَحْكِمُونَ ".**

والأمر أدهى وأمر في مجتمع روما، حيث كان ينظر إلى المرأة على أنها كائن لا نفس له وأنها رجس.

-كما ظل العلماء وزعماء الديانات يبحثون ويتنافسون في تساءل عجيب : هل المرأة إنسان أو غير إنسان؟

فالنصرانية واليهودية كانت المرأة فيهما مصدر للإثم، وعند اليونان ليس لها أية حقوق تذكر.

-إن العبودية والتحكم والمقت العام أوصاف لازمت المرأة على طول القرون، مما أدى إلى إندثار شعورها بالكرامة وعزة النفس ، حتى نسيت هي بنفسها أن لها في هذه الدنيا حقا تستحقه أو مكانة اجتماعية تتبوؤها، بل كان من حق الرجل أن يظلمها و عليها أن تصبر لأنه بمرتبة المعبود لها.

هذه هي المرأة وذاك هو قدرها في نظر الديانات وفي رأي الذين يعتبرون رواد الفكر والوعي والإدراك والتشريع ،حيث ينظر الجميع إلى المرأة على أنها سلعة تباع وتشترى ويقامر بها ويتاجر فيها ويراهن عليها.

فلما جاء الإسلام رفع من شأنها واعترف بها إنسانا كامل الإنسانية ، وخاطبها مثل الرجل في العبادات والمعاملات وسائر فروع الشريعة فللمرأة الحقوق مثل ما للرجل من حيث هي إنسان والله سبحانه عز وجل يقول: **"وَلَهُنَّ مِثْلَ الذِي عَلَيْهِنَ بِالمَعْرُوفِ"** .

فالإسلام الحنيف منح المرأة الكثير من الحقوق المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الواسعة ولاحظ في تقرير هذه الحقوق عدة أمور منها وجوب إتاحة كل الفرص لها، حتى تستطيع أن تنمي قدراتها ومواهبها الفطرية في حدود النظام الاجتماعي ، كما منع الرجل من أن يسيء استعمال ما خول له من رياسة الأسرة فلا يتخذ ذلك وسيلة للظلم أو ذريعة للتعسف أو سبيلا للإضرار بها، وإن فعل وأضربها فيجوز للمرأة بحكم الشرع الإسلامي أن تلجأ إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها المتعسف في حقها والضار لها مهما كان نوع الضرر، وجاء المشرع الجزائري مقننا لأحكام الأحوال الشخصية حيث منح المرأة حقوقها المختلفة في حدود ما شرعه الله لعباده.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للمرأة طلب التطليق عند كل ضرر معتبر شرعا، وذلك ما يتضح جليا من خلال عدة مواد خاصة المادة 53 التي تقضي بجواز طلب المرأة للتطليق في سبع حالات هي : عدم الإنفاق ، أو للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أو الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ، وكذا الحكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لأ كثر من سنة فيها مساس لشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وكذا الغيبة بعد مضي سنة، بدون عذر ولا نفقة بالإضافة إلى ارتكاب فاحشة مبينة، وكل ضرر معتبر شرعا بما في ذلك الضرر المتولد عن تعدد الزوجات.

*** تمـــت بحمـــد الله ***

قال تعالى :

{ وقُلْ اعْملُوا فَسَيَرَى الله عَمَلَكُمْ ورَسُولُهُ والمُؤْمِنُونَ وسَتُرَدُونَ إلَى عَالِمِ الغَيبِ والشَّهَادَةِ فَيُنَبِئُكُمْ بمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ }

"التوبة الآية 105"

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع:

أولا: المصادر

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية الشريفة .
- لسان العرب – لابن منظور- دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان .

ثانيا: المراجع

1. الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج "/" الدكتور محمد كمال إمام- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية-1999

2. الأستاذ العربي بلحاج – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الجزء الأول-الزواج والطلاق-ديوان المطبوعات الجامعية.

3. "الأستاذ عبد الكريم شهبون"- مدونة الأحوال الشخصية المغربية الجزء الأول- الطبعة الثانية-دار النشر المعرفة-الرباط.

4. الأستاذ فضيل سعد شرح القانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق الجزء الأول-1986- المؤسسة الوطنية للكتاب.

5. الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية- دار الفكر العربي.

6. الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية منشورات الحلبي الحقوقية.

7. الدكتور محمد كمام إمام – الطلاق عند المسلمين- دراسة فقهية وقانونية دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية -1997.

8.عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية -دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع –الجزائر-

ثالثا: القوانين

-قانون الإجراءات المدنية .

-قانون الأسرة الجزائرية المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005 المعدل بمقتضى رقم 05-09 .

-القانون المدني.

رابعا: المجلات القضائية

- نشرة القضاء 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 لسنة1998 العدد الأول.

-الاجتهادات القضائية لغرفة الأحوال الشخصية –عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.

الفهرس

المقدمة ..... أ

الفصل التمهيدي: ماهية التطليق ومقارنته ببعض الحالات المشابهة له

المبحث الأول: تعريف التطليق ودليل مشروعيته.....

المطلب الأول: تعريف التطليق.....

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق 05

المبحث الثاني: الفرق بين التطليق وبعض الحالات المشابهة له 05

المطلب الأول: الفرق بين التطليق والطلاق والطلاق بالتراضي 06

المطلب الثاني: الفرق بين التطليق والخلع والفسخ 08

الفصل الأول: أسباب التطليق 08

المبحث الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية..... 09

المطلب الأول : التطليق لعدم الإنفاق.....

الفرع الأول: الموقف الفقهي 12

الفرع الثاني: الموقف التشريعي 12

المطلب الثاني : التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر..... 12

الفرع الأول: الموقف الفقهي 15

الفرع الثاني: الموقف التشريعي 18

المطلب الثالث: التطليق لغياب الزوج. 19

الفرع الأول: الموقف الفقهي 21

الفرع الثاني: الموقف التشريعي..... 24

المطلب الرابع : التطليق للعيوب..... 24

الفرع الأول: الموقف الفقهي 25

الفرع الثاني: الموقف التشريعي 27

الفرع الثالث : كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق..... 28

المبحث الثاني: الأسباب المتعلقة بارتكاب الجرائم المعاقب عليها جزائيا..... 30
المطلب الأول: التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية..... 32
الفرع الأول: الموقف الفقهي..... 34
الفرع الثاني: الموقف التشريعي..... 34
المطلب الثاني: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة..... 34
الفرع الأول: الموقف التشريعي..... 35
المطلب الثالث: التطليق للضرر..... 37
الفرع الأول: الموقف الفقهي..... 38
الفرع الثاني: الموقف التشريعي..... 40
الفرع الثالث: كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق..... 41
الفصل الثاني: الآثار المنجرة عن التطليق 42
المبحث الأول: ما يثبت للزوجة..... 43
المطلب الأول: العدة .....
المطلب الثاني: النفقة 45
المطلب الثالث: حق السكن أو دفع أجرته..... 45
المطلب الرابع: التعويض..... 47
المبحث الثاني: ما يثبت للأولاد..... 48
المطلب الأول: النسب 49
المطلب الثاني: الحضانة..... 52
المطلب الثالث : نفقه المحضون وسكنه..... 52
المطلب الرابع: حق الزيارة..... 53
الخاتمة..... 55
قائمة المراجع والمصادر 55
57