الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية: العلوم الاجتماعية والإنسانية

شعبة: العلوم الإسلامية

الموضوع:

حـــــــق الزوجـــــــة في طلـــب التطليـــــــق

دراسة مقارنة الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر شريعة وقانون

تخصص: شريعة وقانون

من إعداد الطالبة:

- بن ساسي نجاة

تحت إشراف الأستاذ:

- بكراوي محمد المهدي

السنة الجامعية:2018/2017

شكر وعرفـــــــان

أول الذكر اشكر الله الكبير الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة

ووفقنا في انجاز هذا العمل وأمدنا بالصبر والعزيمة.

وأتشرف بتقديم أسمى عبارات الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل

بكراوي محمد المهدي الذي أيقظ في نفسي روح العمل و أحيا إرادتي

اشكره على قوة صبره المصحوبة بنصائحه لي وتوجيهاته القيمة

التي أنارت دروب هذا البحث .

وأتقدم بشكري الخالص إلى كل الأساتذة الذين نهلت من علمهم الكثير.

كما اشكر بدوري أعضاء لجنة المناقشة لما يذخرون من وقت لقراءة البحث وتقويمه.

ولا يفوتني أن أتوجه بشكري إلى كل المسؤولين العاملين بإدارة قسم الشريعة والقانون

بجامعة غارداية.

الفصل الاول:

التطليق واحكامه

المبحث الأول: ماهية التطليق

قبل التطرق لاحكام التطليق لابد من التعرض إلى ماهية هذا الاخير وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول:مفهوم التطليق

1-التعريف اللغوي:

التطليق مأخود من الفعل طُلُقَ، يُطَلَقُ، طلاقا وتطليقا، فهو ماخود من الإطلاق ومعناه الترك، أي طلقت امرأة زوجها،بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه بمعنى تركهم ومفارقتهم[1]، وطلق الماذون المراة من زوجها بمعنى فرق بينهما[2] .

9-التعريف الشرعي:

ذهب فقهاءالمذاهب الأربعة (المالكي- الحنفي- الشافعي- الحنبلي) إلى تعريف التطليق بتعريفات تكاد تكون واحدة الأمر الذي يجعل الباحثة تكتفي بذكر تعريف المذهب المالكي: "هو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة و استنادا إلى حالات محددة ومنصوص عليها قانونا"[3].

فالأصل أن الطلاق يوقعه المزوج بإرادته المنفردة، و قد يقوم به غيره نيابة عنه كما في الوكالة، و التفويض، أو يوقعه القاضي في بعض الأحوال كحالة التطليق.

3-التعريف القانوني:

اشارت المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري[4] الى الحالات الموجبة لتطليق القاضي بناءا على طلب من الزوجة .

---

[1] – منصوري نورة –التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية ،دار الهدى،ص 11.

[2] –https://www.almanny.com/ar/dict/ar-ar/التطليق/،س17:03.

[3]– نذير سعاد–التطليق في قانون الاسرة الجزائري– مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، جامعة اكلي محمد اولحاج– البويرة–ص6

[4]– تنص المادة 53 على انه:"يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للاسباب الاتية:

1–عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد78و79و80 من هذا القانون،

2–العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

غير ان المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح التطليق وترك الباب مفتوحا لفقهاء القانون كل يدلو بدلوه .

غير أنه إذا كان الطلاق هو فكر للرابطة الزوجية بالإرادة للمنفردة للزوج ،أو بتفاق الزوجين في حالة الطلاق بالتراضي فإن التطليق هو: "حل الرابطة الزوجية من طرف القاضي نيابة عن الزوج أوجبرا عنه، اذا توافرت الاسباب الشرعية والقانونية الموجبة لذلك.

هذا وقد إكتفى المشرع في المادة53 من قانون الأسرة الجزائري، على ذكر الأسباب الموجبة للتطليق بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال المادة48 من قانون الأسرة الجزائري[1].

ولقد قيد القانون حق المرأة في طلب التطليق بحالات معينة وردت على سبيل الحصر وهي: عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة وارتكاب الفاحشة المبينة.

وعليه فان انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القاضي، وبموجب دعوى قضائية، وفي حالة الاستجابة لطلبها تنفك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها مع ثبوت العدة، و النسب للأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار[2].

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح"التطليق" في المادة 53 من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة

3-الهجر في المضجع فوق4اشهر،

4-الحكم على الزوجعن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5-الغيبة بعدمرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6-مخالفة الاحكام الواردة في المادة8،

7-ارتكاب فاحشة مبينة،

8-الشقاق المستمر بين الزوجين،

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10كل ضرر معتبر شرعا،

[1] – اليزيد عيسات بلمامي– التطليق بطلب من الزوجة في قانون الاسرة الجزائري"مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"– تحت اشراف الدكتور عمر،رسالة ماجستير نوقشت جامعة فرحات عباس –سطيف–(2002–2003)،ص16.

[2] – منصوري نورة –المرجع نفسه،ص 12.

الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة"الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج او الزوجة أو عنهما معا[1].

ونجد إن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة 48 منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفرق، وهذا اعتمادا على ظاهر النص، غير انه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما أن كان بإرادة الزوجة فهذا يسمى تطليقا وذلك استنادا إلى أحكام المادة 53 من نفس القانون والتي جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ....." مما يدل على إن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف أثارهما،لا سيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما.

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق

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

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل.

-من الكتاب :

لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق إلا إن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على إن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها الضرر منها:

01- قوله تعالى: **{وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا[2]}**. فدل ذلك دلت هذه الاية على أن من كان قصده بالرجعة المضارة، فإنه آثم بذلك، وهذا كما كانوا في أول الإسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث، يطلق الرجل امرأته ثم يتركها حتى تقارب انقضاء عدتها، ثم يراجعها، ثم يطلقها، ويفعل ذلك

[1] - منصوري نورة - المرجع نفسه -ص12.

[2] -سورة البقرة-الاية231.

أبدا بغير نهاية، فيدع المرأة معلقة لاهي مطلقة ولا ممسوكة، فأبطل الله ذلك، وحصرالطلاق في ثلاث مرات[1]

02- قوله تعالى :{ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا[2]} . يمعنى سيعوضهما عن بعضهما خير العوض، وسيفتح لهما أبواب الأمل والرجاء في زواج أسعد، وعيش أفضل، وإنما جاءت الآية بهذه الصيغة التي فيها إيماء إلى الرضى والعطف والمصادقة على الفراق، لأن الفراق في هذه الحالة أصبح هو الحل الوحيد لمشكلة سبق لها أن تأزمت، واتخذت لحلها جميع الوسائل دون جدوى، فكان الفراق هو المخرج الوحيد منها، بمنزلة العملية الجراحية التي يلجأ إليها في نهاية مراحل العلاج، بعد استنفاد المراحل الأخرى كلها.[3]

-من السنة:

جاءت أحدايث كثيرة عامة نتهى عن الضرر وتدعوا إلى دفعه من ذلك

قول الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام :"لاضرر ولا ضرار"[4] فدل هذا الحديث على ان دفع الضرر مستحسن في العقول فوجب أن يكون الأمر كذلك في الشرع ومن باب الاولى ان يكون التطليق كذلك.

- الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يوم الاس هذا على جواز الفرقة، وهي محظورة أصلا ولا تباح إلا للضرورة أو الحاجة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين، فالزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة[5].

---

[1] - زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب بن الحسن-روائع التفسير-ط1-(1422هـ-2001م)-ج2-ص179

[2] -الاية 130 من سورة النساء

[3] - ش/محمد المكي الناصري (المتوفى: 1414هـ): التيسير في أحاديث التفسير، الطبعة: الأولى، 1405 هـ - 1985 م ،دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان،392/1.

[4] -أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي -مفاتيح الغيب التفسير الكبير- دار إحياء التراث العربي - بيروت- الثالثة - 1420 هـ-317

[5] - اليزيد عيسات بلمامي: مرجع سابق،ص33.

المطلب الثالث : الحكمة من التطليق .

إذا كانت الغاية من الطلاق – مع كراهيته– رفع الضرر على الزوجين معا أو على احدهما، إذا أوصدت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما، فان هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج إذا توفرت أسبابه، على أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، وعلى أن تبثت هذه الأخيرة وقوع الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات[1] .

إن حق الزوجة في التطليق ثابت شرعا وقانونا، يمكن تبيانها من عدة أوجه منها:

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

2- تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطق الماديين، وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي والله عز وجل يقول **{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}**[2] .

3- تذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن، حيث أوصى الرسول صلى الله علي وسلم بالنساء خيرا في الكثير من الأحاديث منها قوله :"استوصوا بالنساء خيرا"[3] وقوله أيضا:" خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ، وَأَنَا خَيْرُكُمْ لِأَهْلِي "[4] .

4-تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء، بمختلف صوره من عدم الإنفاق أو عيب مستحكم، أو غياب أو حبس أو فاحشة، وبالتالي يتحطم طغيان الرجل عندما يعلم بان لها حق في طلب التطليق .

---

[1] -اليزيد عيسات بلمامي- مرجع سابق-ص17.

[2]

[3] – ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: 273هـ): سنن ابن ماجه ،تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي،كتاب النكاح ،باب حق المرأة على زوجها،حديث رقم 1851،دار إحياء الكتب العربية- بيروت،ج:1،ص:594.

[4] – ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: 273هـ): مصدر سابق،كتاب النكاح ،باب حسن معاشرة النساء،حديث رقم 1977 ،ج:1،ص:636.

5- حماية الأسرة من التفكك والانحلال وتشرد الأولاد، وما ينجر عن ذلك من مساوئ وأخطار متنوعة.

ولقد ذهب اغلب الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، فالطلاق لا يباح إلا للحاجة، فتحل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات، أي أوقات تحقق الحاجة المبيحة، فإذا لم تكن هناك حاجة فان الطلاق والتطليق يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة.وقد توسع المشرع الجزائري في أسباب التطليق، حماية لحقوق المرأة وكي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل يتلاعب به ويستعمله كوسيلة الانتقام من المرأة وقت ماشاء وكيفما شاء.

وسمح للزوجة بطلب التطليق، إذ ما لحقها ضرر ثابت من زوجها فدرء المفاسد مقدم على جلب المصالح حسب ما يستنتج من أحكام القواعد الشرعية والفقهية، وبالتالي يرفع الضرر عن الزوجة على حساب مصلحة الأسرة[1].

[1] - اليزيد عيسات بلمامي ،مرجع سابق،ص18.

المبحث الثاني: حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق

لقد تحدث الفقهاء عن حالات الضرر المجيزة للتطليق وهي تنحصر في مجملها في حالات الضرر المادي والمعنوي ،وهذه الحالات ستبينها الباحثة على النحو التالي:

المطلب الأول :حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق

قد يحدث وان تضرر الزوجة ضررا ماديا في بعض الحالات من الحياة الزوجية، فتصبح حياتها مستحيلة، حيث تتفكك تلك الرابطة الزوجية، فتمحي سمات الألفة والمودة والرحمة بينهما مما يؤدي إلى طلبها التطليق بهدف رفع الضرر الواقع من طرف القاضي ، وهذا الأخير يحكم لها بذلك متى توافرت الأسباب التي تجيز لها ذلك واتبثت بأي وسيلة من وسائل الإثبات الضرر الواقع عليها.

ومن هنا يتسنى لنا معرفة حالات الضرر المادي التي قد تعاني منها الزوجة، والتي تخول لها الحق في طلب التطليق [1].

الفرع الأول : التفريق بسبب الإهمال

إن الزواج كغيره من العقود يرتب التزامات متبادلة بين الزوجين، قد يحدث وان يخل احد أطراف هذا الزواج بالتزاماته، فإذا كانت من جانب الزوجة أمكن للزوج ان يطلقها، وفي المقابل إذا اخل الزوج بهذه الالتزامات يمكن للزوجة هي الأخرى أن تطلب التطليق بدل الخلع[2].

البند الأول: التفريق لعدم الإنفاق:

إن النفقة تعتبر اثر من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، المستوفي لجميع أركانه وشروطه، وعليه يترتب حق الزوجة على زوجها بان ينفق عليها، ولو كانت غنية مسلمة أو غير مسلمة ، إن نفقة الزوج على زوجته واجبة، لان الإنفاق من آثار النكاح[3].

وتوجد ثلاثة أسباب توجب النفقة وهي:

---

[1]-قورداش فاطمة الزهراء-مرجع سابق-ص13.

[2]-قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص14.

[3]-قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص14.

الزوجية والقرابة والملكية، وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة37 الفقرة انه :"يجب على الزوج نحو زوجته :النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها[1] ".

ولا يمكن القول بالتفريق بين الزوجين للإعسار بالنفقة إلا بعد معرفة حكم النفقة وذكر أنواعها والشروط الشرعية الواجب توفرها، ومسقطاتها .

أولا:مفهوم النفقة:

لغة: مشتقة من مادة النون والفاء والقاف وهم أصلان صحيحان يدل أحدهما على إنقطاع الشيء وذهابه ،والاخر على إخفاء الشيء وإغماضه ومتى حصل الكلام فهما تقارب .

ولمصطلح النفقة في اللغة ثلاثة معاني :

- النفوق(بضم النون) أي الهلاك يقال نفقت الدابة نفوقا أي هلكت.
- النفاق أي الرواج يقال نفقت السلعة نفاقا (بالفتح) أي راجت وكثر طلابها.
- الافراج والصرف يقال أنفق الرجل المال أي صرفه.[2]

اصطلاحا : يتفق الفقهاء في تعريف النفقة ومن تعريفاتهم

(**شرعا**): عرفها ابن عرفة :" ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف فأخرج به قوام معتاد غير الآدمي وأخرج به أيضا ما ليس بمعتاد في حال الآدمي فإنه ليس بنفقة شرعية وأخرج بقوله بغير سرف ما كان سرفا فإنه ليس بنفقة شرعية ولا يحكم الحاكم به". [3]

(**قانونا**) : عرفها الدكتور بلحاج العربي:" ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكنا وكل ما يلزم للمعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج". [4]

---

[1] – اليزيد عيسات –المرجع السابق–ص14.

[2] – ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقايس اللغة ،تحقيق : عبد السلام محمد هارون،ط/ الأولى ،1999،دار الفكر – بيروت،ج:5،ص:454.

[3] –محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ) شرح مختصر خليل ،ط/ دار الفكر للطباعة – بيروت،ج:4،ص:183.

[4] –العربي بلحاج : الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري(الزواج والطلاق)،ط/ الخامسة،1999،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،ج:1،ص169.

ثانيا:حكمها:

إن الحكم الذي توصف به النفقة هو الوجوب، وذلك ما يدل عليه القران الحكيم والسنة النبوية والإجماع والمعقول وغالبية التشريعات العربية والإسلامية في الأحوال الشخصية فمن :

أ)-الكتاب:

- قال الله تعالى:**{ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُن }**[1].

والمراد بالمولود له هو الأب، والرزق في هذا الحكم، الطعام الكافي والكسوة واللباس والمعروف هو المتعارف عليه من غير تفريط ولا إفراط.

- قال تعالى **{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ}**[2] قال الامام القرطبي :" لِيُنْفِقْ أَيْ لِيُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَعَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ عَلَى قَدْرِ وُسْعِهِ حَتَّى يُوَسِّعَ عَلَيْهِمَا إِذَا كَانَ مُوَسَّعًا عَلَيْهِ. وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَعَلَى قَدْرِ ذَلِكَ. فَتُقَدَّرُ النَّفَقَةُ بِحَسَبِ الْحَالَةِ مِنَ الْمُنْفِقِ وَالْحَاجَةِ مِنَ الْمُنْفَقِ عَلَيْهِ بِالِاجْتِهَادِ عَلَى مَجْرَى حَيَاةِ الْعَادَةِ ...".[3]

- قال سبحانه وتعالى:**{ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ...}**[4] أَيْ يَقُومُونَ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِنَّ وَالذَّبِّ عَنْهُنَّ[5].

ب)- السنة:

- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا حَدَّثَتْهُ: أَنَّ هِنْدَ أُمَّ مُعَاوِيَةَ جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَإِنَّهُ لا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي

---

[1] - الاية233-البقرة.

[2] - الاية7-الطلاق.

[3] - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت 671هـ) الجامع لأحكام القرآن ،تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ،ط: الثانية، 1384هـ - 1964 م، دار الكتب المصرية - القاهرة،ج:18،ص:170.

[4] - الاية34-النساء.

[5] - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت 671هـ)مصدر سابق،ج:5،ص:168.

إِلا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ سِرًّا وَهُوَ لا يَعْلَمُ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ» .[1]

- قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع:(اتقوا الله في النساء فإنكم اخدتموهن بأمر الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن إلا يوطئن فراشكم احد تكرهونه، فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)[2] .
- وأيضا قال صلى الله عليه وسلم :(دينار تنفقه على نفسك في سبيل الله ودينار تنفقه على فرسك في سبيل الله ودينار تنفقه على أهلك، ودينار تنفقه في الرقاب، وأفضلها الدينار الذي تنفقه على أهلك)[3] .
- روي إن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عيه وسلم فقال: ما حق المرأة على زوجها؟ فقال صلى الله عليه وسلم:يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا كسي[4] .

ج)-الإجماع والمعقول:

فقد أجمع أهل العلم من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يوم الناس هذا على وجوب نفقة الزوجة وأطفالها الدين لا مال لهم على زوجها، حيث أنها حبست بحكم الشرع لخدمة الزوج، بمقتضى عقد الزواج ورعاية الأولاد وشؤون البيت، فهي بهذا لا يتيسر لها الخروج لطلب الرزق، فاستحقت النفقة لذلك، مثلها مثل العامل الأجير في إحدى مصالح الدولة[5] .

---

[1]- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ) مسند الإمام الشافعي،رتبه: سنجر بن عبد الله الجاولي، أبو سعيد، علم الدين (المتوفى: 745هـ)،تحقيق وتخريج: ماهر ياسين فحل،كتاب النكاح ،باب في النفقات،حديث رقم 1209،ط/ الأولى، 1425 هـ - 2004 م، شركة غراس للنشر والتوزيع، الكويت،ج:3،ص:80.

[2]- ابى بكر احمد علي الرازي الجصاص- احكام القران الكريم-دار الكتاب العربي -بيروت- الجزء الاول- ص375.

[3] - عبد الغني بن عبد الواحد بن علي بن سرور المقدسي الجماعيلي الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، تقي الدين (ت: 600هـ) العاشر من المصباح في عيون الصحاح، باب دينار تنفقه على نفسك في سبيل الله، حديث رقم 70.مخطوط نُشر في برنامج جوامع الكلم المجاني التابع لموقع الشبكة الإسلامية،الطبعة: الأولى، 2004.

[4] -السيد سابق- فقه السنة- الجزء الثاني- الطبعة السابعة- 1985-دار الكتاب العربي- بيروت-ص169.

[5] - نقل بتصرف أبو بكر محمد ابن ابراهيم بن المنذر النيسابوري:الإجماع،تحيق : ابو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف،ط/ 2،1999،مكتبة الفرقان ،مكتبة مكة الثقافية،الامارات العربية المتحدة،ص:110.

ثالثا: أنواع النفقة:

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري بأنه تشمل النفقة :" الغداء، الكسوة، العلاج، السكن، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" ولاتختلف أراء الفقهاء عن ما سبق وعليه فإن النفقة تشمل الأنواع التالية:

1-الطعام والشراب والغداء.

2-اللباس والكسوة.

3-المسكن الصالح أو أجرته على حساب يسار الزوج.

4- العلاج بالقدر المعروف.

5-الضروريات في العرف والعادة.

من خلال ما سبق فإنه فيجب على القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة للزوجة في حالة النزاع، أن ياخد بعين الاعتبار كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة، كما إن تعداد أنواع النفقة الزوجية، يتناسب مع حاجة الزوجة[1] ويتفق مع مدلول قوله تعالى: **{وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا**[2] **}**.

رابعا: مسقطات النفقة على الزوج:

إذا تحققت شروط وجوب النفقة، استحقت الزوجة النفقة على زوجها بالتراضي أو بالتقاضي ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته، جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة[3] .

إن النفقة على الزوجة واجبة بتوفر عقد صحيح ،والعقد الصحيح هو العقد المستوفي لركن الرضا طبقا لنص المادة9 من قانون الأسرة الجزائري[4] ،أو المعتدة بعد عقد صحيح طبقا المادة61 من

---

[1] – عيساوي سارة ،ومدور نبيل :النفقة في قانون الاسرة الجزائري،إشراف مقنانة مباركة،مذكرة ماستر القانون الخاص الشامل ،جامعة عبد الرحمان ميرة،2013-2014،ص:14-15.

[2] – الاية233 –البقرة.

[3] – اليزيد عيسات بلمامي–المرجع السابق–ص26.

[4] – تنص الماة 9 على أنه:" ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:اهلية الزواج،الصداق،الولي،شاهدان،انعدام الموانع الشرعية للزواج".

قانون الأسرة الجزائري[1] وان تكون الزوجة صالحة للمعاشرة لتحقيق أغراض الزواج، وإذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة وذلك ما يظهر في الزوجات التالية:

1-المعقود عليها بعقد فاسد، وكذلك المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد، فهاتان الحالتين لا نفقة لهما، لفقدان أدنى الشروط الأساسية لوجوب النفقة، وهو عقد زوج صحيح، وكذلك انعدام الاحتباس المشروع.

2- الصغيرة دون سن الرشد التي لا يمكن الانتفاع بها لعدم القدرة على معاشرتها أي لا يمكن الدخول بها حسب تعبير المشرع الجزائري حتى ولو كانت محتبسة في دار الزوج، وإن كان يمكن الإنتفاع بها في الخدمة، فإن عدم القدرة على الدخول بها يكون سببا لاسقاط النفقة عنها. [2]

3- الزوجة المريضة، قبل الدخول بها، وبالتالي انعدام الاحتباس المفضي إلى إسقاط النفقة، وعلى عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية-حسب قضاء المحكمة العليا-لان المرض في بيت الزوجية طارئ وياخد حكم الحيض والنفاس، وليس من المروءة ولا من حسن المعاشرة بين الزوجين أن يكون المرض الطارئ عائقا لعدم الإنفاق عليها[3] .

4-الزوجة الناشز: وهي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي، والتي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي، وبالتالي فقد فوتت حق الاحتباس على الزوج وقد نصت المادة37 من قانون الأسرة الجزائري على انه " يجب على الزوجة النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثنت نشوزها". وعليه فان النشوز يظهر في الحالات التالية:

أ-امتناع الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون حق وسبب شرعي معقول، بعد دعوتها إليه، فإذا رفضت الانتقال لعدم دفعه معجل الصداق المتفق عليه فهو مبرر شرعي ويجب النفقة لها على زوجها[4] .

---

[1] - تنص المادة 61 على أنه:" :"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها او وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

[2] - عيساوي سارة ،ومدور نبيل :مرجع سابق،ص: 16.

[3] - اليزيد عيسات بلمامي-المرجع نفسه-ص22.

[4] - اليزيد عيسات بلمامي-المرجع نفسه-ص22. عيساوي سارة ،ومدور نبيل :مرجع سابق،ص: 17.

ب-إذا خرجت من بيت الزوج بدون مبرر شرعي، بدون إذن الزوج سقطت النفقة عليها لأنها في حكم الناشز إلى حين عودتها.

ج- إذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها ومنعته الدخول بها سقطت النفقة.

د-إذا حبست الزوجة ولو ظلما فقد فوتت على الزوج حق الاحتباس، بسبب لا يد له فيه،ونفس الحكم على المغصوبة أو المخطوفة.

هـ- إذا سافرت الزوجة وحدها، أو مع غير محرم بدون إذن زوجها، فلا نفقة لها لفوات الاحتباس، وان كان بعض الفقه يقول بعدم سقوط النفقة عند السفر إلى الحج مع ذي محرم لأنه مبرر شرعي[1] .

و-الزوجة المحترفة أو الموظفة في التدريس أو التمريض أو الحياكة، أو المحاماة أو أي عمل يقتضي خروجها من البيت، ومنعها زوجها عن العمل، فلم تمتنع، لا نفقة لها حيث تاخد حكم الناشز، إلا إذا اشترطت المرأة العمل خارج البيت حين العقد أو استمرارها فيه، ورضا الزوج بعمل الزوجة، أو سكوته ومع هذا فلا مانع يمنع الزوج من الرجوع عن الإذن لزوجته بالعمل خارج البيت، وعادة فان اشتراط التوظيف هو شرط صحيح، ولكنه مقيد بعدم التعارض مع مصلحة الأسرة ورعية الأولاد وانه طبقا للمادة39 الفقرة1من قانون الأسرة الجزائري وجب على الزوجة طاعة زوجها وفي حالة عدم الامتثال إلى أوامره صح طلاقها حسب المادة55 من قانون الأسرة الجزائري، وامتنع عن أداء النفقة لها وفقا للمادة37 الفقرة1

وعلى العموم فان سقوط النفقة عند الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها إلى محل الزوجية، وثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم، مما يجعلها ناشز عن طاعة زوجها " حسب قضاء المحكمة العليا"[2] .

ي-الزوجة المرتدة لان ردتها تكون سببا في فسخ العقد، وتعزر بالضرب وتجبر إلى العودة للإسلام وتحبس إلى أن تسلم أو تموت في حبسها وبالتالي تسقط النفقة[3] .

---

[1] - اليزيد عيسات بلمامي-المرجع السابق-

[2] - اليزيد عيسات بلمامي-المرجع السابق-ص22.

[3] -قورداش فاطمة الزهراء-مرجع سابق-ص14.

خامسا:موقف القانون الجزائري وفقهاء الإسلام من التطليق لعدم النفقة

لقد اتخذ كل من القانون والجزائري وفقهاء الاسلام موقفا من التطليق لعدم النفقة وهذا ما سنشير اليه فيما ياتي:

أ)- موقف القانون الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق

نجد أن المشرع قد أعطى للنفقة نصيبا معتبرا من الاهتمام، وكذا تقديرها واستحقاقها، حيث انها واجبة على الزوج للزوجة بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، ومالم تكن الزوجة ناشزا ولا يجوز أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول.

أما اما بالنسبة فيما يتعلق بعدم الإنفاق فقد نص عليه الشرع والقانون، فقد نص المشرع الجزائري في المادة53 في فقرتها الأولى على ما يلي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78[1] و79[2] و80[3] من هذا القانون .

عند تحليل هذه المادة يمكن لنا استخلاص الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للزوجة مطالبة بالتطليق تأسيسا على هذه الحالة[4] .

- الشرط الأول:امتناع الزوج عن النفقة الشرعية قصدا أو عمدا:

وبهذا إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه لها قانونا وفي

---

[1] -تنص المادة78على انه:"تشمل النفقة:الغذاءوالكسوةوالعلاج،والسكن او اجرته،ومايعتبرمن الضروريات في العرف والعادة".

[2] - تنص المادة 79على انه:"يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

[3] -تنص المادة80على انه:"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى".

[4] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع السابق-ص14.

حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق[1] .

– الشرط الثاني: لوجود خلل في تطبيق حكم النفقة

بإمكان الزوجة أن تطلب التطليق والحكم به تلبية لرغباتها المنفردة، بعد صدور حكم من المحكمة يوجب نفقة الزوجة على زوجها في دعوى الاهمال العائلي ،وبعد امتناع الزوج عن تطبيق هذا الحكم للزوجة أن تثبت ذلك بكل وسائل الإثبات المختلفة امتناعه عن الإنفاق عليها لمدة من الزمن قصيرة كانت أو طويلة، وعندما يتاكد القاضي من ذلك يصدر حكما لصالحها بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

يفهم ضمنيا من خلال ما سبق انه لا يمكن للزوجة أن ترفع دعوى تطليق في حالة عدم النفقة مباشرة بل لابد أن تسبقها إجراءات أخرى تثبت من خلالها خلل في الإنفاق بل يجب أن يسبق ذلك كم قضائي يوجب الإنفاق، والواجب على الزوج تنفيده، وفي حالة التعنت وعدم الإنفاق هنا يجوز للزوجة في مرحلة ثانية أن تطلب التطليق[2] .

– الشرط الثالث: إلا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج:

باعتبار إن النفقة حقها، وعلمها بإعساره رضاء منها بحاله، ورضاء بالعشرة معه على هذا الحال فان كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس لأنه كان معسرا وتعلم به فانه لم يقع منه ظلم لان الله لا يكلف نفسا وسعها، وعلى هذا يقول المالكية إن الزوجة إذا علمت بفقر زوجها عند عقد النكاح، فليس لها طلب التفريق، إلا إذا كان الزوج مشهورا بالعطاء والقطع، وكذلك إذا علمت عند العقد انه من الذين يسالون الناس، ويطفون عليهم في بيوتهم يستعطفونهم ويسألونهم الصدقة، فليس لها طلب التطليق لعدم الإنفاق، إلا إذا ترك زوجها الاستجداء والطواف على أبواب الناس، فلها طلب التطليق بعد الترك لعدم الإنفاق[3] .

---

[1] –قورداش فاطمة الزهراء–مرجع سابق–ص14.

[2] – اليزيد عيسات :مرجع سابق– ص23.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–مرجع سابق–ص16.

وتبقى مسالة إثبات في علمها من عدمه مسالة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما[1] .

– الشرط الرابع:هو إن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها:

وذلك بحسب مدخولاتها وموارد رزقه لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليه إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه، عمالا بالمادة79 من قانون الأسرة الجزائري حيث اوجب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش، ومعنى ذلك حقها في طلب التطليق يسقط إذا وفر الزوج أدنى الضروريات من غداء وكسوة وعلاج ومسكن وغيرهما[2] .

هذا ولا يجوز لها رفع دعوى التطليق إلا إذا رفعت دعوى النفقة، واكتسب الحكم الصيغة النهائية وقوة الشيء المقضي به وبعد إن يتم إخطار زوجها عن طريق المحضر القضائي، هذا وقد أجاز المشرع الجزائري نظرا لطول إجراءات التقاضي استعمال القضاء ألاستعجالي لطلب استصدار أمر بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفاذ المعجل، كما نصت على ذلك المادة 57[3] مكرر من الامر 02/05.

ويكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المواد78و 80 من هذا القانون يراعي في تقديرهما حال الزوجين وان يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بها أن تثبت لديه ما يدعو لذلك وإلا فتقديرهما يكون ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها[4].

ب– موقف الفقهاء من التطليق لعدم الإنفاق :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في مسالة التفريق لعدم النفقة على قولان منهم المجيزون ومنهم المانعون

---

[1] –اليزيد عيسات–مرجع سابق–23.

[2] –اليزيد عيسات–مرجع سابق–ص24.

–تنص المادة57على انه:"تكون الاحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف الا في جوانبها المادية".[3]

–قورداش فاطمة الزهراء–مرجع سابق–ص15.[4]

أولا: المجيزون :

فقد ذهب جمهور الفقهاء مالك واحمد والشافعي:يرون أن النفقة على الزوجة واجبة وهي حق لها، ولا يجوز للزوج الامتناع عن الإنفاق لأنه اثر من أثار عقد الزواج، فإذا امتنع الزوج عن أداء واجبه كان من حق الزوجة طلب التطليق، وعلى القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة إذا ثبت لها ذلك واستدل الجمهور بمايلي:

01- من الكتاب:

- قوله تعالى **{وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}** [1] . أي عليكم أن تحسنوا معاشرة نسائكم فتخالطوهنّ بما تألفه طباعهن ولا يستنكره الشرع ولا العرف، ولا تضيقوا عليهن فى النفقة ولا تؤذوهن بقول ولا فعل ولا تقابلوهن بعبوس الوجه. [2]
- قوله تعالى **{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**[3] **}** قال جماعةٌ من العلماء:" إنَّ من الإمساك بالمعروف أنَّ الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة، أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حدِّ المعروف، فيطلِّق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاَّحق بها؛ لأن في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، ضرراً، والجوع لا يصبر أحدٌ عليه"[4]
- وقوله تعالى: **{وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارً لِّتَعْتَدُوا**[5]**}**. ان الله نهى الازواج عن امساك زوجاتهم للاضرار بهن لان في هذا الامساك ضررا، حيث بامساكه هذا دون الانفاق عليها، يتوفر عنصر الضرر، فهو يعتبر معتديا عليها بامساكه ايها دون الانفاق عليها، فعليه تسريحها

---

[1] -الاية19-النساء.

[2] - أحمد بن مصطفى المراغي (ت: 1371هـ) ،تفسير المراغي، ط/ الأولى، 1365 هـ - 1946 م ،شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر،ج4،ص213.

[3] -الاية229- البقرة.

[4] -أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني (ت: 775هـ) اللباب في علوم الكتاب،تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض، ط/ الأولى، 1419 هـ -1998م،دار الكتب العلمية - بيروت ،ج4، ص154.

[5] -الاية231-البقرة.

لعلها تجد سواه، فان تحقق هذا الاعتداء من طرفه على الزوجة فلها ان ترفع امرها للقاضي ليرفع الظلم عنها، فيامره بالطلاق، فان لم يفعل طلقها هو[1].

02- من السنة:

- ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم :"افضل الصدقة ماكان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدا بمن تعول، تقول المراة اما ان تطعمني واما ان تطلقني".

فقالوا:"يا ابا هريرة اسمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟قال: لا هذا من كيس ابي هريرة".[2]

وجه الاستدلال: قالوا ان المترتب على عدم الانفاق، هو التفريق، ولو لم يكن كذلك لبين الرسول صلى الله عليه وسلم انه ليس للمراة ان تطلب التفريق بسبب عدم الانفاق[3] .

- حديث الرسول صلى الله عليه وسلم قال :(لاضرر ولا ضرار) [4]وأي إضرار بالمرأة أكثر من ترك الإنفاق عليها وجب على القاضي أن يزيل هذا الضرر .
- ما ورد عن حديث مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول:(إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما. قال مالك: وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا وعلى ذلك رأيي). [5]

واعتبر فقهاء المالكية إن الفرقة بسبب النفقة طلاق رجعي لأنه تفريق بسبب الامتناع عن الواجب، فإذا تبث غنى الزوج، واستعد للإنفاق فله أن يراجع زوجته أثناء العدة[1].

---

[1] – نجية زيتوني–مرجع سابق–ص7.

[2] – محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر،كتاب النفقات،باب وجوب النفقة على الأهل والعيال،حديث رقم 5355، ط/ الأولى، 1422هـ، دار طوق النجاة– مصر، ج7،ص:63.

[3] – نجية زيتوني–مرجع سابق–ص8.

[4]– الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ) مسند الإمام الشافعي،مصدر سابق ،كتاب الجهاد ،باب ما جاء في المظالم،حديث رقم 442، ج:2،ص:134.

[5] – مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، موطأ الإمام مالك،تحقيق: بشار عواد معروف – محمود خليل،كتاب الطلاق ،باب جامع الطلاق،حديث رقم 1701ط/ الأولى: 1412 هـ،مؤسسة الرسالة– بيروت، ج1،ص654.

ثانيا: المانعون:

ذهب جمهور الحنفية والظاهرية: الى القول بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها حتى لو أعلنت عدم رضاها بها، وتمردت على الوضع القائم، وطلبت من القاضي الخلاص من الزوجية صارت عبئا، ومن قيد ضار، فليس في مذهب ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن النفقة او لامتناعها عنها حتى لو لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه.

فالمرأة هنا تملك وسيلة للحصول على نفقتها، ولا تسعفها أحكام المذهب على الانفصال وأدلتهم:

01- من الكتاب :

- قوله تعالى: **{لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ من سَعَتِهِ}**[2] .

وجه الاستدلال :ان الله سبحانه وتعالى لم يكلفه الا ما اتاه، فاذا لم يقدر على النفقة فلم يكلفه الله بها وبالتالي لم يجز التفريق بينهما لعجزه عن الانفاق[3] .

- قوله تعالى: **{ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**[4]**}** يقول أصحاب هذا الرأي إن الآية تفيد وجوب الإنفاق على الزوج المعسر وعلى غيره الذي لا يساويه في اليسار واقتصرت الآية في مقام البيان على هذين، والاقتصار في مقام البيان كما يقول علماء الأصول يفيد الحصر، فدل ذلك على أن الرجل إذا أعسر فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تجب عليه، وترك مالا يجب لا إثم فيه، خاصة وان الإعسار لا دخل فيه للرجل فلا إضرار منه وبالتالي لا يجب التفريق.[5]

- أن المعسرين من الصحابة كثر، فلم يعلم إن المرأة طلبت الفسخ، أو الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة ومنعها عن ذلك.

---

[1] - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق:ماجد الحموي،ط/ الأولى،2013،دار ابن حزم،بيروت- لبنان،ص144.

[2] -سورة الطلاق-الاية7.

[3] - دراسة تحليلية للمادة53 من قانون الاسرة الجزائري في ضوء االشريعة الاسلامية والقانون-نجية زيتوني-ص09.

[4] -سورة الطلاق-الاية7.

[5]-نجية زيتوني-مرجع سابق-ص09.

ولكن اعترض على هذا الاستدلال بأن نساء الصحابة كرجالهم يصبرن على ضنك العيش وتعسره، كما قال مالك: إن نساء الصحابة كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى، فلم يكن مرادهم الدنيا فلم يكن يبالين بعسر أزواجهن وأما نساء اليوم، فإنما يتزوجن رجال الدنيا من الأزواج، والنفقة والكسوة. [1]

- قالوا: وإذا كان الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلما، فان الوسيلة في رفع هذا الظلم هي بيع ماله للإنفاق منه، أو حبسه حتى ينفق عليها ولا يتعين التفريق لدفع هذا الظلم ما دام هناك وسائل أخرى، وإذا كان كذلك فالقاضي لا يفرق بهذا السبب لان التفريق ابغض الحلال إلى الله من الزوج صاحب الحق،فكيف القاضي يلجا إليه مع انه غير متعين، وليس هو السبيل الوحيد لرفع الظلم، لان الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها. [2]

ثالثا.مذهب ابن القيم الجوزية: ذهب إلى جواز التفريق للإعسار في حالتين فقط:

أولهما: إذا كان الزوج قادرا على الإنفاق على زوجته ولم ينفق، ولم تقدر الزوجة أن تاخد نفقتها منه كان لها طلب الفسخ.

ثانيهما:انه لو غر الزوج بزوجته حين العقد، وقال لها انه غني ثم تبين لها انه فقير، فلها في هذه الحالة طلب الفسخ أيضا. [3]

الرأي الراجح:

وبعد النظر في أدلة المذاهب الثلاثة يظهر لنا رجحان قول الجمهور بتخيير المرأة التي أعسر زوجها بالنفقة بين الصبر عليه أو فراقه ،وكما في هذا الرأي إنصاف للمرأة ورفعا للظلم عنها، وأما قول الحنفية بان دفع الظلم لا يعين بالتفريق فيجاب عنهم بأنه قد يتعين عند عدم وجود البديل[4].

كما أن عدم الإنفاق عليها إمساك فيه ضرر وهو منهي عنه لقوله تعالى: (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا). مما يدل على أن لزوجة المعسر عن الإنفاق الحق في طلب الفرقة.

---

[1] -نجية زيتوني-مرجع سابق-ص09.

[2] -نجية زيتوني-مرجع سابق-ص10.

[3] -نجية زيتوني-مرجع سابق-ص10.

[4] - إسماعيل أبي بكر علي البامري-أحكام الأسرة(الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)-دار الحامد-ص314.

ولقد أخذ المشرع الجزائري براي الجمهور، الذي اعتبر التفريق بحكم القاضي في حالة إعسار الزوج طلاق واحدة حيث نصت في المادة48 من قانون الأسرة الجزائري على :(الطلاق حل الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53 و54 من هذا القانون).

واستنادا إلى النص السابق فان الطلاق للعدم الإنفاق يحتسب في عداد الطلاقات الثلاثة التي يملكها الزوج، وترتب أثارها حسب حصولها في الترتيب التسلسلي فان كانت الأولى كانت رجعية وان كانت الثانية كانت بائنة بينونة صغرى، وان كانت الثالثة ترفع الحلية.

وعلى هذا فإن امتنع الزوج عن الإنفاق، كان الحق للزوجة أن تطلب التطليق وعلى القاضي أن يمنحها ذلك بشرط أن يكون لها حكم يطلب فيه الزوج بالإنفاق، وامتنع هذا الأخير عن ذلك[1].

البند الثاني: التفريق للهجر في المضجع والشقاق المستمر بين الزوجين :

أولا :التفريق للهجر في المضجع:

تعريف الهجر في المضجع:

هو التباعد، ويقال هجر اي تباعد عنه، والمضجع هو محل الاضجاع، قيل ان يوفيها ظهره عند الاضجاع، وقيل هو كناية عن ترك جماعها[2] .

فالهجر في المضجع هو هجر الزوج فرراش زوجته بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالاعراض عنها، وعدم الاقتراب منها في حدود الشرع[3]، لقوله سبحانه وتعالى:"**{ وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا}** [4] .

---

[1] -نجية زيتوني-مرجع سابق-ص11.

[2] -طاهري حسين-الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري-الطبعة الاولى-دار الخلدونية-الجزائر-2009-ص118 .

[3] -بلحاج العربي-صور الطلاق في قانون الاسرة الجزائري-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية-ص559.

[4] -سورة المزمل-الاية10.

مدلول الهجر في المضجع حسب قانون الأسرة الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة53 الفقرة3 من قانون الأسرة الجزائري على أن الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من ضمن الأسباب المبررة لطلب الزوجة التطليق من القاضي باعتبار القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع، وبالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته، أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع، أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه، ذلك انه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر[1] .

والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة بجانبه وقد يغادر فراش الزوجية ويتركها عن قصد ودون سبب شرعي وذلك لمدة تزيد فوق **أربعة أشهر** ، ويقصد الزوج تجاه زوجته من زواجه الإضرار بها وتعذيبا لها فتتضرر أيما ضرر .

أما إن كان الهجر لسبب مشروع ومبرر معقول كان يكون بهدف التأديب من طرف الزوج فلا يحق للزوجة طلب التطليق، إذا كان هذا الهجر يتوفر على الأوصاف التالية:

1- أن يكون هذا الهجر تعبيرا عن غضب الزوج من سلوك زوجته وتصرفاتها التي تكون فاحشة وغير صائبة يستوجب الأمر تقويم سيرتها بالموعظة الحسنة أولا، وبالهجر في المضجع تأديبا لها حتى تعود إلى رشدها[2] .

2- انه هدر لا يتجاوز أربعة أشهر ولو ليوم واحد حتى يتعذر تطبيق نص المادة 53 الفقرة 03 وهي المدة القصوى التي ينفد فيها صبر الزوجة على زوجها وهي الحقيقة التي أقرت بها واحدة من أمهات المؤمنين رضي الله عنها وهي حفصة بنت عمر بن الخطاب عندما سألها عمر فقال " أي بنية لم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت شهرا أو اثنين وثلاثة وفي الرابع ينفد الصبر...."[3] .

---

[1] – اليزيد عيسات بلمامي : مرجع سابق،ص 110.

[2] –المرجع نفسه–ص110.

[3] –المرجع نفسه–ص110.

شروط التطليق للهجر في المضجع:

انطلاقا مما تقدم فان الزوجة التي يهجرها زوجها، وتريد ان تلجا الى القضاء لتطلب الحكم بتطليقها منه يجب ان تتوفر ثلاثة شروط اساسية هي :

1-الشرط الأول:

ويمثل العنصر المادي والسلوك اللاشرعي، المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول ومعقول، بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضررا فاحشا بالزوجة .[1]

2-الشرط الثاني:

ويمثل العنصر الزمني المتمثل في أربعة أشهر متتالية متواصلة غير متقطعة،ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بين الزوجين[2] .

3-الشرط الثالث:

ويتمثل في العنصر المعنوي، المتمثل في توفر نية الاضرار بالزوجة، وليس في نيته الاصلاح والتاديب الطي تعود فائدته على احدهما او عليهما وعلى الحياة الزوجية[3] .

هذه هي الشروط الاساسية التي يجب على القاضي التاكد من توفرها، حتى يتمكن من التطبيق السليم للفقرة 03 من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري، عندما تعرض عليه اية دعوى تتضمن طلب الحكم بالتفريق او التطليق بين الزوجة وزوجها، واذا غاب عنصر واحد، سواء العنصر المادي او المزمني او المعنوي، ولم تجتمع العناصر الثلاثة معا لا يجوز للمحكمة ان تحكم للزوجة بالتطليق[4] .

ثانيا:التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

لغة:الشقاق مشتق من الفعل (شق)، وياتي على عدة معان منها:

---

[1] -عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري-ص263.

[2] -عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري-ص263.

[3] -عبد العزيزسعد- الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري-نفس المرجع-ص263.

[4] - اليزيد عيسات بلمامي : مرجع سابق،ص112.

1- غلبة العداوة والخلاف، يقال شاقه مشاقة وشقاقا، اي خالفه مخالفة .ومن امثلته: العدواة بين الفريقين، والخلاف بين الاثنين قال تعالى :" **{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا}**[1]

2- الشق بمعنى الجانب، فكان كل واحد من الفريقين في شق غير شق صاحبه .

3- الصعوبة .

4-الخلاف والمباينة بين الزوجين .

5-المجادلة والمخالفة والتعادي .

ومن خلال المعاني السابقة نجد ان للشقاق معاني عدة متقاربة حيث ان معناه كما ورد من خلالها هو : الخلاف والمباينة والعداوة بين الزوجين[2] .

اصطلاحا:

عرف فقهاء القانون الشقاق بأنه:"هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار، بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق ان تحرص الزوجة عليها، لما ينشا عن ذلك مفاسد شتى"[3] .

أو هو الخلاف العميق و المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية[4]

موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

لقد انقسم الفقهاء المسلمون في مسألة التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين الى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة والاخر يحضره .

الراي الاول:المانعون

لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة التفريق للشقاق والضرر مهما كان شديدا، لان دفع الضرر عن الزوجة يمكن ان يكون بغير الطلاق عن طريق رفع الامر الى القاضي، والحكم على الرجل بالتاديب حتى يرجع عن الاضرار بها .

---

[1] -سورة النساء- الاية35.

[2] - bohoot.blogspot.com/2015/04/blog-post_192html=1 - في 2018/04/26 الساعة15:05 .

[3] -احمد نصر الجندي-شرح قانون الاسرة الجزائري-مرجع سابق-ص120.

[4] - شافعي محمد: الطلاق والتطليق في مدونة الاسرة،ط/ الأولى ،2010،المطبعة والوارقة الوطنية مراكش ،ص:99.

الراي الثاني : المجيزون

اجاز المالكية التفريق للشقاق، حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاءا، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق:(لا ضرر ولا ضرار) .

وبناءا عليه فان للمراة أن ترفع امرها للقاضي، فان اثبتت صحة دعواها طلقها منه، وان عجزت رفضت دعواها، فان كررت الادعاء بعث القاضي حكمين، حكما من اهلها وحكما من اهل زوجها، لفعل الاصلح من جمع وصلح او تفريق بعوض او بدونه، لقوله تعالى:(وان خفتم شقاق بينكهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا) .

واتفق الفقهاء على ان الحكمين اذا اختلفا لم ينفد قولهما، واتفقوا على ان قولهما في الجمع نافد بغير توكيل من الزوجين .

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين اذا اتفقا عليه، ان كان يحتاج الى اذن من الزوج ام لا، فقال الجمهور، يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين ان يفرقا بين الزوجين دون ادنهما.

وقال المالكية : ينفد قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذم منهما، بدليل ما رواه مالك عن الامام علي بن ابي طالب –كرم الله وجهه– انه قال في الحكمين:"اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع"[1] .

ويشترط في االحكمين ان يكوننا رجلين عدلين خبيرين بما يطلب اليهما في هذه المهمة، وان يكونا من اهل الزوجين او ممن لهما خبرة بحال الزوجين والقدرة على الاصلاح بينهما .

موقف قانون الاسرة من التطليق للشقاق بين الزوجين :

الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب ممن اسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الاسرة سنة 2005، حيث امكن للزوجة المتضررة من طول الخصام والشقاق المستمر بينها وبين زوجها وسوء العشرة بينهما ان تلجا للقضاء وتطلب التطليق .

[1] –نذير سعاد–مرجع سابق–ص22.

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الاجتهاد القضائي، لاسيما اجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 والي جاء فيها ما يلي :

(من المستقر عليه قضاء انه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته ين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين – في قضية الحال – ان الزوجة تضررت لطول مدة لخصام مع الزوج، وان الزوج هو المسؤول عن الضرر لانه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة وحقة في طلبها التعويض، وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة طول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون)[1] .

نجد ان قضاة المحكمة العليا من خلال هذه القضية ايدوا حكم الملس القضائي والقاضي بتاييد حكم قسم شؤون الاسرة على مستوى المحكمة الابتدائية بفك الرابطة الزوجية لتضرر الزوجة من عدم الانفاق عليها من طرف زوجها .

فبمجرد رفع دعوى التطليق للشقاق للمرة الثانية بعد رفض الدعوى الاولى لعدم اثبات الضرر، يتعين على القاضي تعيين حكمين من اهل الزوجين وجوبا، بغية التوفيق والاصلاح بينهما طبقا للفقرة الاولى من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري .

وتنحصر مهمة الحكمين في محاولة الاصلاح بين الزوجين، وعليهما تقديم تقريرهما في ظرف شهرين وهذا طبقا لنص المادة 2/56 من قانون الاسرة .

البند الثالث: التفريق للغيبة:

من اهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما ان الزوج هو رب الاسرة والمسؤول عن رعايتها، فان غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيان الاسرة، الأمر الذي سيؤدي إلى عدم تحقيقها لأهدافها المرجوة [2]، ولهذا اجاز القانون للزوجة طلب التطليق للغيبة، بشروط ابينها بعد بيان المقصود بالغياب ، وكيفية إثباته على النحو التالي[3] .

---

[1] –م.ع،غ.ش،ملف رقم 224566 الصادر بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، ع.خ،2001، ص129 .

[2] – نقل بتصرف :منصوري نورة– مرجع سابق – –ص39 .

[3] – احمد نصر الجندي– مرجع سابق– ص 118

اولا : المقصود بالغياب:

لغة: يقالُ: غَابَ يَغِيبُ غَيْباً وغَيْبَةً.ويقصد بالغياب هو كل ما غاب عن العيون، سواء كان محصلا في القلوب، قال تعالى: **{الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ}**[1] أي يؤمنون بما غاب عنهم، مما أخبرهم به النبي، صلى الله عليه وسلم، من أمر البعث والجنة والنار والبَعْثِ بعْدَ المَوْتِ والحِسَاب، هذا غَيْبٌ لم يَرَوْهُ بَعْدُ.

وتقول: أغَابتِ المرأةُ فهي مُغِيبةٌ: إذا غابَ عَنْها زَوْجُها.

وغابَ الرَّجُلُ يَغيبُ غَيبَةً، قال عَبيدُ بن الأبرص:

وكل ذي غيبةٍ يؤوب ... وغائب الموتِ لا يؤوب[2]

اصطلاحا:

هي :" ان يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القاضي، ومراجعته فيما تدعيه زوجته عليه، سواء كان غائبا عن البلد حقيقة أو كان مختفيا في البلد نفسه ، وسواء كانت غيبته مسافة قصر الصلاة أم كانت دونها."

غير أن الفقهاء يرجح أن الرجل لا يكون غائبا إلا إذا كان خارج بلدته التي يقيم فيها مع زوجته، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر[3].

ثانيا:كيفية إثبات صحة غياب الزوج لمدة سنة فأكثر:

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة كيفية إثبات غياب الزوج مدة سنة فأكثر وإنما ترك المسالة لاجتهاد القاضي، واجتهاد المدعية في إثبات دعوى الغياب بأي وسيلة قانونية أمكنت، غير انه بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربي نجد أن هذا الأخير قد فصل في المسالة على النحو التالي:

---

[1]

[2] – محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت: 711هـ)،مصدر سابق،ج:01، ص:654. سَلَمة بن مُسْلِم العَوْتبي الصُحاري، الإبانة في اللغة العربية،تحيق: د. عبد الكريم خليفة ،وأخرون،ط/ الأولى، 1420 هـ - 1999 م، وزارة التراث القومي والثقافة - مسقط - سلطنة عمان، ج3، ص607.

[3] – نذير سعاد– مرجع سابق– ص18.

لقد أخذ المقنن المغربي في مدونة الأسرة بما ذهب إليه فقهاء المالكية والحنابلة من جواز التطليق للغيبة، واخذ كذلك برأي المالكية على الخصوص في مدتها وإطلاقها حيث نصت المادة 98 من مدونة الأسرة على جواز طلب التطليق بناءا على غيبة الزوج[1].

ونصت المادة104 من مدونة الأسرة على انه" إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق".

ومن الملاحظ أن المقنن قد وضع للتطليق بسبب الغيبة عدة شروط وهي:

1-أن تكون الغيبة سنة فأكثر: وهذا ما ذكرته سابقا،وهو وما جاء في الفقرة الخامسة من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري.

2-ان تتأكد المحكمة من الغيبة ومدتها ومكانها:

لقد جاء في المادة 104من مدونة الأسرة المغربي مايلي:" تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل، تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة معه زوجته أو لم ينقلها إليه".

وعليه فان المحكمة تعمل على التأكد من غيبة الزوج وذلك بما تراه مناسبا كالاستناد على ما تتقدم به الزوجة التي تعمل على إثبات الغيبة، فتلجا في ذلك انجاز أصل عدلي موجب للغيبة، وأداء يمين الاستظهار على أن موجب الغيبة ظاهره، كباطنه[2].

إذا توافرت لدى القاضي شروط الغيبة، فلا يحق له الحكم بالطلاق الا بعد إتباع مجموعة من الإجراءات التي تأخذ بعين الاعتبار ظروف مكان تواجد الزوج.

أولا: إذا كان عنوان الزوج معروفا:

إذا كان عنوان الزوج معروفا ويمكن وصول الرسائل إليه فان المدعية تقوم بتبليغه بالدعوى وتخبره أن يحضر ليقيم معها أو ينقلها للعيش معه وتضرب له أجلا للقيام بذلك، وتنذره في حالة

---

[1] -www.starmies.com?t=29804980س15:03.

[2] -www.starmies.com?t=29804980 ،س22:35.

عدم استجابته ستبث في طلب التطليق، فان حضر ليقيم مع زوجته أو نقلها لتعيش معه تسقط دعوى الزوجة[1].

ثانيا: إذا كان عنوان الزوج مجهولا:

إذا كان عنوان الزوج مجهولا فان المحكمة تتخذ بمساعدة النيابة العامة جميع الإجراءات التي تراها مناسبة لتبليغ دعوى الزوجة إليه ومنها نشر عريضة الدعوى في اللوحات الإشهارية المكتوبة، وقد تستعين في البحث عنه بواسطة الضبطية القضائية والسلطة المحلية، في كل مكان يتوقع وجوده فيه، ومنها كذلك تعيين قيم عن الزوج يضرب له اجل لتولي البحث عنه، وليدافع عن مصالحه فيما إذا لم يظهر قبل صدور الحكم، فإذا ظهر الزوج خلال تلك المدة إمرته المحكمة بالسكنى مع زوجته، أو نقلها حيث يقيم، وان مضى الأجل ولم يظهر وبقيت رغبة الزوجة قائمة على الطلاق، فان المحكمة تقوم بتطليق الزوجة وهذا ما ذهبت إليه المادة105 من مدونة الأسرة حيث نصت :" إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ماتراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوج إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه فان لم يحضر طلقتها عليه".

والطلاق الذي يحكم به القاضي للزوجة نتيجة غياب زوجها يكون طلاقا بائنا موافقا لما ذهب إليه المالكية، حيث نصت المادة 122 من مدونة الأسرة على إن "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطليق للايلاء وعدم الإنفاق"

وحسب المادة 128 من مدونة الأسرة تعتبر المقررات القضائية الصادرة بالتطليق لغيبة الزوج في شقها المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية غير قابل للطعن[2].

ومن الملاحظ أن المشرع جعل من النيابة العامة طرفا أصيلا في دعوى التطليق للغيبة، وذلك من خلال المادة 03 من مدونة الأسرة والفصل 09 من قانون المسطرة المدنية كما انه من الملاحظ أيضا أن المشرع المغربي لم يشترط في الغيبة التي توجب التطليق أن تكون بعذر بل جعلها مطلقة موافقا في ذلك ما ذهب إليه المالكية[3]

---

[1] -www.starmies.com?t=29804980، س22:35.

[2] -www.starmies.com?t=29804980، س22:35.

[3] -www.starmies.com?t=29804980، س22:35.

ولقد أجازت جل الدول الإسلامية في قوانينها التطليق لغيبة الزوج آخذة بذالك ما ذهب إليه الفقهاء من الأحكام الفقهية في هذا المجال.

1)- موقف الفقهاء من التفريق للغيبة:

لقد انقسم الفقهاء المسلمون في مسألة التطليق للغيبة على اتجاهين احدهما يجيز التفريق للغيبة والأخر يحضره .

- **الرأي الأول**: ويقول به فقهاء الأحناف والشافعية والظاهرية والشيعية الزيدية والجعفرية وهو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر.

قال الامام الشافعي:" فلم يختلف المسلمون فيما علمته في أن ذلك لكل زوجة على كل زوج غائب وحاضر. ولم يختلفوا في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أو طلاق. قال الله تعالى: **{وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا}**[1]...فلم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع بهما بخبر أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما لم نورث واحدا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه. فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر... فلا تعتد امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ...وهكذا لو تربصت سنين كثيرة بأمر حاكم واعتدت وتزوجت فطلقها الزوج الأول المفقود لزمها الطلاق، وكذلك إن آلى منها أو تظاهر أو قذفها لزمه ما يلزم الزوج الأول"[2].

- **الرأي الثاني**: يقول به فقهاء المالكية والحنابلة ويعطي أصحاب هذا الراي الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها مع اختلافهما في التفاصيل.

---

[1] -البقرةالاية 234.

[2] نقل بتصرف:الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ): الأم، د.ط،دار المعرفة - بيروت،ج:05،ص:256.

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة،أو طلب العلم، وبين الغيبة لعذر أو بغير عذر، وجعلوا هذه الأخيرة سببا لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر[1]. وقد استدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب أنه دخل على ابنته حفصة أم المومنين فَقَالَ لَهَا: «يَا بُنَيَّةُ، كَمْ تَصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنْ زَوْجِهَا؟» فَقَالَتْ لَهُ: يَا أَبَهْ، يَغْفِرُ اللَّهُ لَكَ أَمِثْلُكَ يَسْأَلُ مِثْلِي عَنْ هَذَا؟ فَقَالَ لَهَا: «إِنَّهُ لَوْلَا أَنَّهُ شَيْءٌ أُرِيدُ أَنْ أَنْظُرَ فِيهِ لِلرَّعِيَّةِ، مَا سَأَلْتُكِ عَنْ هَذَا» ، قَالَتْ: أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ...» [2]وهذا القول يطابق التشريع الرباني للنفس البشرية وهي مدة تسمح للزوجة بالانحراف فجعل عمر بن الخطاب أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته هي أربعة أشهر [3].

وذهب المالكية إلى انه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها وكانت تتراوح بين سنة وثلاثة سنوات والراجح سنة سواء كانت الغيبة بعذر أو بلا عذر، إرسال إليه القاضي إعلانا بان يحضر 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 انه إذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فان القاضي يطلق الزوجة دون إمهال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين هو الضرر الذي يصيب الزوجة لذا على القاضي دفعه فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام[4].

موقف القانون الجزائري من التطليق للغياب:

أجاز المشرع الجزائري التطليق حسب الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، غير انه وضع شروطا لذلك، تتمثل هذه الشروط في:

---

[1]–أ.منصوري نورة–التطليق وفق القانون والشريعة الإسلامية–مرجع سابق– ص40.

[2]– أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (ت: 227هـ) سنن سعيد بن منصور تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي،كتاب الجهاد ،باب الغازب يطيل الغياب، حديث رقم 2463،ط/ الأولى، 1403هـ – 1982م،الدار السلفية – الهند،ج2، ص210.

[3]–أ.منصوري نورة– المرجع نفسه–ص40.

[4]–أ.منصوري نورة– –المرجع نفسه–ص41.

1-أن يغيب الزوج غيبة طويلة تفوق سنة، تحسب هذه المدة من أول يوم غاب فيه إلى يوم رفع الدعوى، لأنه لا يجوز أن ترفع الزوجة دعوى التطليق ضد زوجها الغائب، إذا كان غيابه لم يمضي عليه سنة من الزمن.

ومن هنا يظهر ن المشرع أخد برأي المذهب المالكي في تحديد المدة بسنة فأكثر[1].

2- إن يغيب الزوج عن زوجته دون إي عذر شرعي وقانوني مقبول دفعه لذلك، ذلك انه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة فأكثر بسبب تأدية الخدمة العسكرية، أو لتأدية خدمة عامة أو من اجل التعلم أو العمل أو ما شبه ذلك، فانه لا تقبل دعوى التطليق لغياب الزوج في مثل هذه الحالات.

واشترط المشرع الجزائري أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول متبعا في ذلك مذهب الحنفية[2].

3- أن يغيب الزوج عن زوجته دون أن يترك مالا لا تنفق على نفسها وأولادها، أما إذا غاب لمدة سنة بعذر أو بغير عذر وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادها، فانه لا يجوز لها طلب التطليق في هذه الحالة،وعلى القاضي أن يتأكد من توفر كل الشروط حتى يحكم بالتطليق، فان تخلف شرط واحد من هذه الشروط ترفض الدعوى ولا يحكم لها بالتطليق.

غير انه لم يبين إن كان التفريق بسبب الغيبة طلاقا رجعيا أو بائنا أو فسخا، على عكس ما نصت عليه معظم التشريعات العربية الأخرى، والتي أجازت التفريق للغيبة لمدة سنة أو أكثر بغير عذر مقبول، بعد إنذار الزوج بتطليقه إن لم يحضر أو ينقلها إليه أو يطلقها[3].

الفرع الثاني:مخالفة الأحكام في قانون الأسرة:

نصت المادة08:(معدلة) على أنه :"يسمح بالزواج باكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

من خلال هذا النص يستنبط أنه بإمكان الزوج أن يعدد من زوجاته في حدود ما ينص عليه الشرع شريطة أن توافق المرأتان مع تقدم طلب الترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

---

[1] – مدكرة تخرج ماستر التطليق في قانون الأسرة الجزائري-نذير سعاد-ص19.

[2] – نذير سعاد- التطليق في قانون الاسرة الجزائري -ماستر-مرجع سابق- ص19.

[3] – نذير سعاد- المرجع نفسه-ص19.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

كما نصت المادة08 مكرر:(جديدة) أنه في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

هذا ولقد أشارة المادة08 مكرر01:(جديدة) إلى أنه :"يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة8"[1].

البند الأول:مخالفة الأحكام الواردة في المادة08:

نصت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري على جواز تعدد الزوجات، لكنها وضعت له قيودا وألزمت الزوج باحترام هذه القيود والضوابط، فإذا ما خالف هذه الضوابط هل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة زوجها أحكام هذه المادة؟

موقف المشرع الجزائري من مخالفة المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري:

أجازت المادة 53 /6 للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري[2]، والتي جاء في نصها كما يأتي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية[3]".

من خلال هذا النص نجد أن المشرع أجاز للزواج الزواج بأكثر من واحدة، ولكن حسب الضوابط السالفة الذكر والتي تدعوا إلى إخبار الزوجة السابقة والمراة التي يقبل على الزواج بها، وان يقدم طلب الترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية[1].

---

[1] –المادة 08 من قانون الاسرة الجزائري.

[2] –قورداش فاطمة الزهراء–اسباب التطليق واشكالات اثبات الضرر ففي قانون الاسرة الجزائري–ماستر–ص26.

[3] – اليزيد عيسات–مرجع سابق–ص26.

يمكن لرئيس المحكمة ان يرخص بالزواج الجديد، اذا تاكد موافقتهما واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية[2].

غير أنه في حالة التدليس يجوز لكلا الزوجتين رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق .

ونستخلص من هذه النصوص ان القانون قد سمح بالزواج باكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والاجراءات، لا يمكن ابرام الزواج دونها وهذه الضوابط هي:

1)- كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة:

وهو جواز التعدد ولكن وفق ما تنص عليه الشريعة الاسلامية وهو ان يكون الحد الاقصى للتعدد هو اربعة نساء، والزواج فوق الاربع يعتبر زواج غير مقبول شرعا وممنوعا قانونا.

2)-وجود مبرر شرعي:

وجود مبرر شرعي للزواج باخرى، وهو معيار مرن وشخصي، وواسع، كان يكون من باب الثمتيل عقم الزوجة، ورغبة زوجها في الانجاب، مع تعلق كل واحد بالاخر او مرضها وعدم قدرتها بالقيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المراة غير صالحة للاختلاط الجنسي لاصابتها بمرض او غيره، ويرى زوجها من الوفاء ان لا يتركها فريسة للحياة السيئة، وان يبقيتها تحت رعايته، فيكون من الحكمة ان لا تمنعه من الزواج بغيرها[3].

3)-توفر الشروط ونية العدل:

بمعنى ان يثبت للزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الامور المادية.

ويجب عليه تقديم الاثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية وعقد الايجار وكشف الراتب او السجل التجاري، وان يصرح بانه ينوي العدل في الجانب المعنوي.

ويلاحظ هنا ان القانون لم يحدد الطريقة االتي يتم بها اثبات نية العدل.

---

[1] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع السابق-ص26.

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع السابق-ص26.

[3] -اليزيد عيسات بلمامي-مرجع سابق-ص30.

من خلال ما سبق ذكره في المادة08 من قانون الاسرة الجزائري والتي اشتملت على مجموعة من القيود، والضوابط التي يجب على الزوج مراعاتها عند زواجه باخرى، وفي حالة مخالفته لهذه الشروط رتبت جزاء لهذا الاخلال، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 08 مكرر و08مكرر1:

المادة08مكرر:" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

المادة08 مكرر1:"يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 اعلاه".

ويستخلص من هذين النصين ان المشرع الجزائري قد رتب جزاءا صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم اخبار الزوجة السابقة بانه مقبل على الزواج بامراة لاحقة، وعدم اخبار الزوجة المقبل على الزواج بها بانه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما. ويتمثل هذا الجزاء ليس في معاقبة الزوج المخالف بعقوبة جزائية، ولكن في منح كل من الزوجة السابقة واللاحقة حق رفع دعوى مدنية امام قسم شؤون الاسرة، بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاص مسكن الزوجية لتطلب الحكم بالتطليق[1].

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري انه رغم تشديده على ضرورة حصول الزوج على ترخيص بالزواج من القاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزوجة اللاحقة في حالة التعدد الا انه يمكن تفادي هذا الشرط والزواج من جديد دون الحصول على ترخيص بذلك عن طريق الزواج العرفي، فقد يلجا الزوج المقبل على الزواج ثانية الى الزواج العرفي فيتزوج ثانية زواجا عرفيا ثم يطلب تثبيته امام المحكمة وما على القاضي سوى الحكم بتثبيته حتى ولو لم توافق الزوجة الاولى والزوجة اللاحقة، او تعلما حتى[2].

موقف الفقهاء من لتطليق لمخالفة المادة 08 من قانون الاسرة الجزائري:

جدير بالذكر في البداية ان الاسلام على خلاف ما يدعيه مهاجموه لم يشرع تعدد الزوجات، ولم ينشاه نظاما جديدا جاء به، فمن حق الزوجات على زوجهن أن يعدل بينهن؛ لأن

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع السابق–ص28.

[2]–نذير سعاد– المرجع السابق–ص28.

الله تعالى أمر بالاقتصار على زوجة واحدة عند خوف الجور، وهذا يقتضي وجوب العدل بينهن إذا تعددن[1] قال تعالى: **{فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً}**[2] وقالت عائشة: كان رسول الله –صلى الله عليه وسلم– يقسم فيعدل ويقول: " اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك".

ولقد وضع من الاحكام ما يضبط التعدد ويجعل للمراة فيه وضعا وكرامة، فلا تقبل زوجا لا ترضاه، ولا زوجا في عصمته امراة اخرى، ومشروعية تعدد الزوجات مستمد من قوله عز وجل: **{ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا** [3]**}**.

وإن خفتم عقاب الله، بسبب ما علمتموه – أو غلب على ظنكم من عدم العدل في تزوجكم من يتامى النساء اللائي تحت ولايتكم، بعدم إعطائهن صداق مثيلاتهن: أو بسوء معاملتهن – فاتركوا التزوج بهن، وانكحوا ما حل أو ما مالت إليه نفوسكم من النساء غيرهن. ولكل واحد منكم الخيار في أن يتزوج اثنتين أَو ثلاثًا أو أربعًا. بحيث لا يزيد العدد الذي في عصمته على أربع، فإن ظننتم عدم العدل – عند تعدُّد الزوجات في شأن القسم والعشرة والمؤنة – فتزوجوا واحدة فقط. أو تمتعوا بما شئتم من الإماء بملك اليمين. فإن ذلك أقرب إلى عدم الجَوْر. إذ الواحدة تستقل بزوجها والإماءُ لا حق لهن في القسم[4].

هذا وقد أجمع فُقَهاءُ الأمصار: على عدم جواز الزيادة على أربع.

ورغم الزام الزوج بالعدل بين زوجاته، قد لا يتمكن من ذلك، وهذا الامر شائ الحدوث، فالرسول صلى الله عليه وسلم مثلا حين كان يقسم بين زوجاته امهات المومنين، كان يقول: (اللهم هذه قسمتي فيما لا املك، فلا تلمني فيما تملك ولا املك[5]).

---

[1] –عبد الوهاب خلاف–احكام الاحول الشخصية في الشريعة الاسلامية–دار الكتب المصريةبالقاهرة–ج01–ط:02(1938م)–ص121.

[2]

[3] –سورةالنساء– الاية03.

[4] –مجموعة من العلماء باشراف مجمه البحوث الاسلامية بالازهر–التفسير الوسيط للقران الكريم–ط1(1973)–الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية –ص748.

[5] – محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي ،ابو جعفر الطبري(ت:310)–جامع البيان في تاويل القران–تحقيق:احمد محمد شاكر–ط:1–(1420هـ–2000م)–مؤسسة الرسالة–ج:24–ص289.

فالعدل بين الزوجات وما يسببه انعدامه من ضرر لاحدى الزوجات هو اساس طلب التطليق من الزوجة المضرورة اذا ما اصابها ضرر جراء زواج زوجها من امراة اخرى، اي التطليق للضرر الناتج عن عدم العدل بين الزوجات، وليس لتعدد الزوجات.

البند الثاني:مخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج في عقد الزواج:

فعقد الزواج يجب أن يكون مكتوب وموثق، هذا العقد يتبنى كل الشروط التي يشترطها كلا الزوجين.

اولا:تعريف الشرط:

لغة: الشرط هو إلزام الشيء والتزامه[1].

اصطلاحا: هو ما يتفق عليه وجود الشيء، بان يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط[2].

ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج:

وحتى نتعرف على موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج، كان لابد من ببيان هذه الشروط اولا.

المقصود بالشروط المقترنة بعقد الزواج: ان يقترن العقد او التصرف بالتزام احد الطرفين بالوفاء بامر زائد عما يقتضيه العقد او التصرف، بناءا على اشتراط الطرف الاخر باية عبارة تفيد ذلك[3].

والشروط في عقد الزواج انواع مختلفة: منها ما يجب الوفاء بها باتفاق الفقهاء، ومنها مالا يجوز الوفاء بها باتفاق الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف بينهم[4].

1)–الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء:

---

[1] – زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحي السنيكي– الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة– م.د. مازن المبارك– دار الفكر المعاصر – بيروت– ط: الأولى– ج: 1

[2] – نذير سعاد–المرجع السابق–ص28.

[3] –نذير سعاد– المرجع نفسه–ص 29.

[4] –نذير سعاد–المرجع نفسه–ص29.

هي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بان تكون موجبة لحكم من احكام العقد، فتجب بالعقد من غير شرط، كان تشترط الزوجة على زوجها ان يدفع لها مهرا، او ان ينفق عليها، او ن يعاشرها بالمعروف، ونحو ذلك.

او مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، باشتراط الزوجة او وليها ان يكون والد الزوج مثلا ضامنا لتنفيذ الاثار المالية المترتبة على عقد الزواج، بان يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، او يضمن قيامه اي الزوج بالانفاق على الزوجة بما يتناسب مع امثالها[1].

او تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع، وهذه الشروط دل على صحتها واعتبارها دليل شرعي من الكتاب اوالسنة او الاجماع ان تشترط الزوجة على زوجها ان تكمل دراستها بعد الزواج ونحو ذلك[2].

2)–الشروط الغير الصحيحة باتفاق الفقهاء:

الشروط الغير الصحيحة بتفاق الفقهاء:

أ)–الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج:

وهي التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف، فاذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلا باتفاق الفقهاء وكان تشترط الزوجة على زوجها حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه، او ان تكون لها القواة عليه، او انها غير ملزمة بطاعته، او ان يكون لها اكثر من ضرتها عند القسم.

فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء، لانها تتضممن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، لانها شروط تعود الى معنى زائد في العقد لايشترط ذكره وولا يضر الجهل به[3].

ب)–الشروط التي ورد نهي الشارع منها:

---

[1] –نذير سعاد–المرجع نفسه–ص29.

[2] –نذير سعاد–المرجع نفسه–ص30.

[3]–نذير سعاد –المرجع السابق–ص30.

وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنا بنصوص صريحة، مثل ان تشترط الزوجة طلاق ضرتها لقوله صلى الله عليه وسلم :"لابيع حاضر لباد ولا تناجشزا ولا يزيدن على بيع اخيه ولا يخطبن على خطبته ولا تسال المراة طلاق اختها لتستكفي اناءها"، او يزوج شخص ابنته او اخته لشخص اخر على ان يزوجه هو ابنته او اخته او اي امراة في ولايته ويجعلا صداق هذه بتلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار، وكان يشترط الزوج والزوجة تاقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة، وكان يتزوج مطلقة ثلاثا بشرط احلالها لزوجها، وهو ما يسمى بنكاح المحلل لما رواه عقبة بن عامر انه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" الا اخبركم بالتيس المستعار؟"قالوا: بلى، يا رسول الله، قال:" هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له[1]".

فهذه الانواع من الانكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالاضافة الى ان البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه[2] .

3)- الشروط المختلف فيها:

وهي ما عدا الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير صحيحة باتفاق الفقهاء كذلك، وهي التي يشترطها احد الزوين على الاخ ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية له ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها او عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط، كان تشترط الزوجة على زوجها الا يتزوج عليها او ان لا ينقلها من دارها او بلدها، او الا يسافر بها الى بلد اخر، او ان تشترط عليه خروجها الى العمل بعد الزواج[3].

واختلف الفقهاء في مدى صحة هذه الشروط، ومدى الزامية الوفاء بها على ثلاثة مذاهب:

---

[1]- حافظ اب عبد الله محمد ن يزيد بن ماجة القزويني-السنن-تحقيق شعيب الارنووط - محمد كامل قره بللي-احمد برهوم- كتاب الطلاق باب المحلل والمحلل له-المرجع السابق-ص117.

[2]- ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري-الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من امور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وايامه-ت:محمد زهير بن ناصر الناصر، ج:03-ط:01-دار طوق النجاة،لبنان-1422-ص191.

[3] -نذير سعاد-المرجع السابق-ص31.

المذهب الاول: ان هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها فان لم يف بها من اشترطت عليه كان من حق من اشترط فسخ العقد، وهو مذهب الحنابلة، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم:" الملمون عند شروطهم".

وقوله صلى الله عليه وسلم:"احق لشروط ان توفوا بها متى استحللتم الفروج". وهذه الشروط لم تحل حراما او تحرم حلالا، فتكون صحيحة ، والوفاء بها واجب بنص الحديث[1].

المذهب الثاني: ان هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانه لا تاثير له في صحة العقد وعليه فلا يلازم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية والشافعية. واستلوا بذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"... مابال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله فايما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط فقضاء الله احق وشرط الله اوثق مابال رجال منكم يقول احدهم اعتق يا فلان ولي الولاء انما الولاء لمن اعتق[2]".

المذهب الثالث: ان هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب، مالم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه، وهو مذهب المالكية، ومما استدلوا به على قولهم هذا ما روي ان رجلا تزوج امراة واشترطت عليه الا يخرجها من داره، فتخاصما الى علي كرم الله وجهه فقال:" شرط الله قبل شرطها"، ولم ير لها شيئا، وقوله صلى الله عليه وسلم:"...فايما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط...".

الراي الراجح:

بعد عرض راي الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، يتبين ان المذهب القائل بصحة هذه الشروط ولزومها ووووجوب الوفاء بها هو الاقوى كاصل عام، طالما قبلها الطرف الاخر، فان لم يف بها من اشترطت عليه، كان من حق المشترط فسخ العقد، مادام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها او عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج ولا منافية له[3].

ثالثا:موقف قانون الاسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج:

---

[1] -نذير سعاد-المرجع نفسه-ص31.

[2] - ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري-الجامع-المرجع نفسه-ص152.

[3] -نذير سعاد-المرجع السابق-ص32.

لقد اخد المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة، في اصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها-الزوج والزوجة- ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لاحدهما او كلاهما. فاجاز المشرع الجزائري، قد خص بالذكر صورتين للاشتراط على سبيل المثال لا الحصر، وهما تعدد الزوجات وعمل المراة، ورتب على الاخلال بهما منح الحق للمراة في طلب التفريق[1].

وجدير بالذكر ان هذا الشرط الاخير لا يتعارض مع مبدا تعدد الزوجات طالما ان الاتفاق على هذا الشرط ام جوازي ومتروك لارادة الزوجين، وطالما ان قانون الاسرة يبيح مبدا تعدد الزوجات كاصل عام، مع وضع بعض القيود عليه بهدف حماية الزوجتين السابقة واللاحقة[2].

المطلب الثاني:حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق:

الفرع الاول:التفريق القضائي بسبب سوء المعاشرة الزوجية:

تلعب السمعة عند المجتمع الحالي وحتى سابقا دورا كبيرا اذ اول شيء تنظر اليه عائلة تود مناسبة عائلة اخرى هي السمعة، فاذا خدشت هذه الاخيرة قد تؤدي الى اضرار خاصة فيما يخص سمعة المراة والعائلة ككل، لهذا ذكرها المشرع الجزائري من بين اسباب التطليق.

البند الاول:الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة:

لقد نصت المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري في فقرتها الرابعة على انه:(يجوز للزوجة ان تطلب التطليق على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية).

من خلال تحليل هذه المادة نلاحظ ان المشرع الجزائري، قد اجاز التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ولكن اذا توفرت مجموعة من الشروط:

الشرط الاول: صدور حكم قضائي ضد الزوج فيه حائز على قوة الشيء المقضي به ولم يعد يقبل طرق الطعن العادية والغير العادية في جريمة ارتكبها[3].

---

[1] -نذير سعاد-المرجع نفسه-ص32.

[2] -نذير سعاد-المرجع نفسه-ص32.

[3] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص38.

الشرط الثاني: ان تكون الجريمة فيها المساس بشرف الاسرة، اي ان الافعال التي يرتكبها الزوج المحكوم عليه بعقوبة لمدة اكثر من سنة ومقيدة لحريته، يجب ان تمس بشرف الاسرة حتى يبرر حق رفع طلب التطلق.

والملاحظ ان المصطلح في حد ذاته–شرف الاسرة–واسع المدلول والمعنى فالقمار والخمر والنصب والاحتيال والسرقة والاغتصاب....وغيرها وكل ذلك يمس بشرف الاسرة هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان مفهوم الاسرة يزيد الامر اتساعا، حيث ان المادة الثانية من قانون الاسرة الجزائري، يعرف الاسرة بانها الخلية الاساسية للمجتمع وتتكون من اشخاص تجمع بينهم الصلة الزوجية وصلة القرابة، اذ ان مفهوم الشرف واسع ايضا مما يجعل الزوجة قادرة على ان تتدرع باي عقوبة حتى تطلب التطليق، فقد تحرض زوجها على ضرب امه ويعاقب االزوج وتطلب هي التطليق[1].

الشرط لثالث:ان تستحيل معا مواصلة الحياة الزوجية:

هذا لوصف فيه نوع من المبالغة، فقد جرده المشرع حتى كان بعدم جوى الشروط الاخرى السابقة، اذ لا يوجد فعلا ممن الافعال تستحيل معه العشرة ولكن يمكن ان يبلغ حدا من التعفن والكراهة، الى درجة تجعل العشرة معه متعذرة فقط وليس مستحيلة لكن هذا المفهوم لا يخفى علينا حقيقة الافعال القبيحة المستنكرة التي يحرمها الاسلام وترفضها الطبيعة البشرية تجعل الحياة الزوجية معها مستحيلة حقيقة، فمن التي تقبل ان تكون زوجة لشخص يمارس اللواط؟ومن التي تقبل البقاء مع زوج يسير مركزا للدعارة او يدير عملية تصوير وانتاج كراريس تحمل صور مخلة بالحياء(بورنو)، وهي افعال لا مبرر لها، وفاعلها يجب ان تسلط عليه انواع العقوبة بالحبس والتطليق والمضايقات المختلفة، ومن كل ما سبق يتضح جليا ان التطليق بناءا على نص الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، ويستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب ورفضه[2].

فنتيجة للانتقادات التي وجهت الى هاته المادة بسبب التناقض الذي اصاب صياغتها ثم تعديلها بحذف العقوبة الشائنة من اسباب التطليق، وتعويضها بالجريمة الشائنة اشارة للجرائم الاخلاقية، وكذا

[1] –قورداش فاطمة الزهراء–اسباب التطليق واشكالات اثبات الضرر في قانون الاسرة–ص36

[2] –قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص37.

ما توصل ايه اليه علم الاجرام فيما يخص جرائم الاموال، التي تتتسم بانها شائنة اكثر من غيرها واستبعدت من هذا المجال كل جريمة لا تمس بالعائلة، كمخالفة االطرق التي ورغم تجريمها من قبل قانون العقوبات، الا انها لاتعكر صفو استمرار الحياة الزوجية[1].

كما ان المشرع من خلال تعديله لهذه الفقرة بموجب الامر09/05 حقق وطاة الشروط سابقا، اذ انه الغى الشرط القائل بالعقوبة التي تتعدى مدتها اكثر من سنة يبالقول انه على الزوجة المطالبة بالتطليق، ان تقدم ما يثبت ادانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الاسرة دون الالتفات الى حجم العقوبة المسلطة عليه[2].

وفي ذلك تيسيرا اكثر تستفيد معه الزوجة في تتاسيسها في طلب التطليق على هذا الوجه، والعقوبة قد تكون عقوبة سالبة للحرية اي السجن بعقوبة بدنية، قد تكون غرامة مالية، كما قد تكون العقوبة قابلة للتنفيد او غير قابلة للتنفيد فضلا ان العقوبة القابلة للتنفيد اشترط فيها القانون 11/84مدة سنة فاكثر، ولكن هذ الفقرة عدلت عنها بموجب الامر02/05، بحيث تركها المشرع دون تحديد.

فالمشرع هنا يتحدث عن الجريمة وليست العقوبة.

فاذا ثبتت ادانة الزوج واصبح الحكم الصادر ضده نهائي، ونفذت العقوبة فان من حق الزوجة تاسيسا على الفقرة الرابعة من المادة53 من قانون الاسرة الجزائري المطالبة بالتطليق، فطلبها يستجاب لها ويتم الحكم لها بالتعويض استنادا لاحكام المادة 53 مكرر من قانون الاسرة الجزائري التي تجيز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

موقف الفقهاء من التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة:

من الصعب تحديد ماهي الافعال التي توصف بالفاحشة المبينة، غير انه وردت عدة آيات في القران الكريم تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والانظمة اخلالا كبيرا، لقوله تعالى **{وَلا تَقْرَبُوا الزِّنى إِنَّهُ كانَ فاحِشَةً وَساءَ سَبِيلاً}** [3].

---

[1] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص37.

[2] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص38.

[3] -سورة الاسراء-الاية32.

ولعل اول ما يذهب اليه الذهن عند ذكر عبارة فاحشة مبينة هو الزنا.

غير ان الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، انما تتعداها الى الجرائم التي اقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود، ومن هذه الجرائم بالاضافة الى الزنا: القدف-السرقة-الردة وغيرها وهي ايضا تسمى بالفواحش[1].

البند الثاني:ارتكاب فاحشة مبينة:

اخر فقرة من نص المادة53 من قانون الاسرة الجزائري، اجازت للزوجة ان تطلب التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة المبينة، والمقصود بالفاحشة هنا، هو الخطا االمخل بالاداب والاخلاق بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء الشريعة السمحاء، وهي حالة او سبب من اسباب التطليق يكاد ينفرد بالنص عليها في القانون الجزائري فقط دون سواه من قوانين البلاد العربية الاسلاميةالاخرى[2].

- الفاحشة **لغة:** وكل شيء جاوز حده فهو فاحش. وقد فحش الأمر بالضم فحشا، وتفاحش. ويسمى الزنى فاحشة[3].

- الفاحشة **اصطلاحا:** الفحش هو ما ينفر عنه الطبع السليم، ويستنقصه العقل، وقال الراغب : الفحش، والفحشاء، والفاحشة : ما عظم قبحه/ من الافعال والاقوال[4] .

موقف المشرع الجزائري من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة:

لقد اجاز المشرع الجزائري للزوجة ان تطلب التطليق من زوجها في حالة ارتكابه لفاحشة مبينة.

وعلى هذا اذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالشرك بالله او اي سلوك اجرامي يمكن ان يعتبره القاضي فاحشة فيطلقها منه، واذا ارذنا التوسع اكثر في معنى الفاحشة ، فنجد حتى شرب الزوج للخمر يدخل ضمن الفاحشة، وهذا الفعل بدوره يسمح للزوجة بان تطلب التطليق ويحكم به القاضي اذا استطاعت الزوجة ان تثبت ان زوجها يتعاطى الخمر بصفة متكررة، وهذا ما يدفعه الى القيام بالاساءة اليها واولادها[5].

---

[1] -نذير سعاد-مرجع سابق-ص37.

[2] -www.djalfa.info/vb/showthread.php?t.=517387، س11:05.

[3] -ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي-منتخب من صحاح الفرابي-ص3827.

[4] -https://dorar.net/akhlaq/2597،14:09.

[5] - العربي بلحاج-مرجع سابق-ص176.

كما نجد ان المشرع لم يشترط ان تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، او لمدة تزيد عن السنة، بل اشترط فقط ان تكون الجريمة او الافعال المرتكبة من قبل الزوج تعتبر من الفواحش، ومهما كانت العقوبة المقررة لهذه الفاحشة، ومثال ذلك اذا ارتكب الزوج جريمة الزنا، فهذه الجريمة الخطيرة نجد ان الشريعة الاسلامية حرمت اي اتصال جنسي غير مشروع لان هذا يؤدي الى المساس بشرف الاسرة وضياع الاولاد، وتشردهم بالاهمال[1].

وعليه فاذا اثبتت الزوجة ان زوجها ترتكب فاحشة، واستحالت معه استمرار الحياة الزوجية، فلها ان ترفع دعوى امام القضاء لتطلب تطليقها منه، وذلك مع تقديمها مجموعة من الحجج، والبراهين التي تثبت فعله للفاحشة، وجعل القاضي يقتنع بها[2].

موقف الفقهاء من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة:

اذا بحثنا في اعتبار زنا الزوج سببا للتطليق عند فقهاء الشريعة الاسلامية لا نجد مصدرا للموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري، بحيث انهم عالجوا مثل هذه القضية باسلوب اخر مخالف تماما، ونجد الفقهاء فيما بينهم لهم اراء مختلفة.

1)- حيث يرى بعضهم انه يفسخ اذا فعل احد الزوجين باصل الاخر او فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة بان زنا الزوج بام امراته او ابنتها او زنت المراة بابي الزوج او ابنه وقعت الفرقة بينهما في الحال من غير حاجة الى قضاء عند الحنفية والحنابلة، ولا خلاف في ان هذه الفرقة فسخ لا طلاق، لان الحرمة مؤبدة لا يتصور عود الحال بعدها[3].

وقد روي هذا عمران بن الحصين، وقال به الحسن البصري وعطارد وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحاق.

ويقولون ان الوطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال و الشبهة، مستدلين بقوله تعالى:"ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء". والوطء يسمى نكاحا.

---

[1] -اليزيد عيسات- مرجع سابق-ص179.

[2] -عبد العزيزسعد-مرجع سابق-ص275.

[3] - نجية زيتوني-دراسة تحليلية للمادة53 من قانون الاسرة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والقانون-مذكرة لنيل الماجستير في القانون-اشرلف دمحمد سرور-138

2)- ويرى اخرون بعدم الحرمة، ومنهم سعيد بن المسيب ويحي بن نعيم، وهما مالكي وشافعي، اذ يرون ان الزنا ومقدماته لا يترتب عليه شيء من حرمة بين الزوجين، وبهذا قال كذلك الزهري وابو ثور وابن المنذر(وهو مذهب الزيدية)، وهؤلاء كلهم يقولون لا يحرم الحرام الحلال.

فهؤلاء الذين يرون ان الرجل اذا زنى بام امراته او ابنتها حرمت عليه زوجته، يحصرونه في الام والبنت، او بما صح عن جابر بن زيد انه يقول: اذا زنى باخت امراته حرمت عليه امراته، اما مطلق الزنا فلم يقل احد من الفقهاء انه يحرم المراة، فاذا كان القانون يقصد بالفاحشة المبينة بزنا رجل بام زوجته او ابنته فهو لم يخرج بهذا عن نطاق الفقه الاسلامي، وان كان يقصد به مطلق الزنا فلم يجد له مستندا صحيحا في الفقه يستند اليه في ذلك[1].

المطلب الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا:

قد يحدث وان تتضرر الزوجة بسبب ما يصدر من الزوج بمختلف الافعال والتي تتنافى مع مقتضى الشرع واهداف عقد الزواج، فلها ان ترفع امرها للقاضي لتطلب التطليق، وهذا من خلال استعراض المادة 53 الفقرة العاشرة والتي تنص"جواز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ".

احكام الضرر المعتبر شرعا:

1-وجوب وقوع الضرر من جانب الزوج: فمن غير المعقول ان تطلب الزوجة التطليق اذا كان مصدر الضرر اجنبي عن الزوج، مثل والدي الزوج واخوته .

2- يجب ان يكون الضرر واقع على الزوجة: كما يجب عليه اثبات ذلك، ولا يجوز لها ان تطلب التطليق اذا ما وقع الضرر من زوجها على احد والديها او ...الخ.

3-ان يكون الضرر مربوط بارادة الزوج: بحيث قام به عمدا وقصد السوء بالقول والفعل .

4-لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول: فهو يجوز للمدخول بها والغير المدخول بها .

5-عدم اشتراط تكرار الضرر .

6-العبرة في الضرر تحققه ووقوعه فعلا، وتضرر الزوجة منه ولا عبرة بازالته[2] .

---

[1] -نجية يتوني- المرجع نفسه-139

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع السابق-ص45 و46.

موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر المعتبر شرعا:

الضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، او بمصلحة مشروعة، او هو بمعنى اخر للاخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية او ادبية، فالضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم، الاخلال بحق يحميه القانون سواء كان حقا بمعناه الضيق او حق عاما، ولا يشترط ان يكون المساس بحق يحميه القانون بل يكفي ان يقع مصلحة مشروعة اي غير مخالفة للقانون، اما اذا كانت المصلحة التي حصل بها المساس غي مشروعة فان القانون لا يحميها[1].

للزوج حق تاديب زوجته، بمقتضى ولايته وئاسته في الاسرة (المادة 1/39 ق.أ.ج) كما انه يجب عليه نحو زوجته حسن المعاشرة، والنفقة الشرعية حسب وسعه، والعدل في حال التعدد(المادة37ق.أ.ج)، وقد يسيء الزوج استعمال حقه في ذلك، فيؤدي زوجته بالقول، او الفعل، كان يضربها ضربا غير لائق، او يشتمها شيئا مهينا، او لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها، وهنا يجوز للزوجة في هذه الحالة رفع الامر الى القاضي وطلب التطليق، وبذلك اخد القانون الجزائري الذي نص في المادة 53 من الامر 02/05 الفقرة 0 والاخيرة ان المراة يجوز لها طلب التطليق بناءا لى كل ضرر معتبر شرعا، ويبدوا ان هذه الفقرة هي بمثابة احالة لتقدير القاضي في نظر اي ضرر ترفع الزوجة من اجله دعوى التطليق، غير الحالات الواردة في باقي الفقرات، وبالتالي تمكينه من تقرير ما اذا كان هذا الضرر موجبا للتطليق ام لا وعليه يمكن اعمال نص المادة 222 التي تحيل على احكام الشريعة الاسلامية، ويمكن كذلك للقاضي الاستفادة مما استقر عليه الاجتهاد القضائي[2].

موقف الفقهاء من التطليق للضرر المعتبر شرعا:

قد يتعدى الزوج حسن المعاشرة والمعاملة بالحسنى، الى الاضرار بالزوجة فيؤدبها بالضرب المؤلم او الشتم المدقع او بالتعنت معها، فيحملها على الفعل المحرم، او يهجر فراشها او يعرض عنها بدون سبب يبيح ذلك، فهل مثله يخول للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها؟

---

[1] قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص44.

[2] -قورداش فاطمة-المرجع السابق-ص44.

-**المذهب الحنفي**: لا يرى ذلك سببا صحيحا بموجب التفريق، لانه لا يتعين طريقا لاخلاص الزوجة مما حل بها من ادى، وعلى القاضي ان يامره بحسن المعاشرة والا ادبه بما يراه كفيلا بحمايتها منه[1].

-مذهب الشافعية: ان سوء الحالة بين الزوجين قد يكون نتيجة نشوز الزوجة، او اساءة الرجل، او اساءة الزوجين معا، فان كان راجعا الى نشوز الزوجة فللزوج ولاية التاديب، وان كان راجعا الى اساءة الزوج والاداء بالضرب، وسواء دون اي مسوغ رفعت الزوجة امرها الى القاضي، فان ثبت لها ذلك بها، فان عاد اليه وطلبت المراة تعزيره عزره بما يليق به[2] .

اما ان كان سوء الحالة راجع الى الزوجين معا، فان على القاضي االتعرف على حالهما، فان تبين له احدهم ظلما منعه، وهم بتعزير يلييق به، فان اشتد النزاع ببينهما بعث اليهما حكمين ليصلح الشقاق ما بينهما[3] .

-مذهب المالكية: فقد اجازوا للزوجة ان تطلب التطليق بسبب الضررر، فاذا استعملت الزوجةهذا الحق وطلبته من القاضي، واثبتت صحة دعواها طلقها القاضي طلقة بائنة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق:(لاضرر ولا ضرار).

فالابقاء على الزوجية مع التعنت واساءة العشرة، قد تجلب اضرار كثيرة تتعدى اثارها الى الابناء والاقارب وكل من له علاقة بقرابة او مصاهرة.

امثلة عن الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق:

1- عدم توفير السكن اللائق شرعا .

2- اساءة المعاشرة الزوجية عن طريق اهانات خطيرة او جسيمة.

3- الايذاء بالقول او الفعل الذي لا يليق بمثل الزوجة يعتبر ضررا متى كان هذا الايذاء يعتبر من العرف معاملة شاذة وضارة تشكوا منها المراة ولا تصبر عليها[4].

---

[1] -قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص43.

[2] -قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص43.

[3] -قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص44.

[4] -قورداش فاطمة-المرجع السابق-ص45.

الجزائري، يعرف الاسرة بانها الخلية الاساسية للمجتمع وتتكون من اشخاص تجمع بينهم الصلة الزوجية وصلة القرابة، اذ ان مفهوم الشرف واسع ايضا مما يجعل الزوجة قادرة على ان تتدرع باي عقوبة حتى تطلب التطليق، فقد تحرض زوجها على ضرب امه ويعاقب االزوج وتطلب هي التطليق[1].

الشرط لثالث:ان تستحيل معا مواصلة الحياة الزوجية:

هذا لوصف فيه نوع من المبالغة، فقد جرده المشرع حتى كان بعدم جوى الشروط الاخرى السابقة، اذ لا يوجد فعلا ممن الافعال تستحيل معه العشرة ولكن يمكن ان يبلغ حدا من التعفن والكراهة، الى درجة تجعل العشرة معه متعذرة فقط وليس مستحيلة لكن هذا المفهوم لا يخفى علينا حقيقة الافعال القبيحة المستنكرة التي يحرمها الاسلام وترفضها الطبيعة البشرية تجعل الحياة الزوجية معها مستحيلة حقيقة، فمن التي تقبل ان تكون زوجة لشخص يمارس اللواط؟ومن التي تقبل البقاء مع زوج يسير مركزا للدعارة او يدير عملية تصوير وانتاج كراريس تحمل صور مخلة بالحياء(بورنو)، وهي افعال لا مبرر لها، وفاعلها يجب ان تسلط عليه انواع العقوبة بالحبس والتطليق والمضايقات المختلفة، ومن كل ما سبق يتضح جليا ان التطليق بناءا على نص الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، ويستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب ورفضه[2].

فنتيجة للانتقادات التي وجهت الى هاته المادة بسبب التناقض الذي اصاب صياغتها ثم تعديلها بحذف العقوبة الشائنة من اسباب التطليق، وتعويضها بالجريمة الشائنة اشارة للجرائم الاخلاقية، وكذا ما توصل ايه اليه علم الاجرام فيما يخص جرائم الاموال، التي تتسم بانها شائنة اكثر من غيرها واستبعدت من هذا المجال كل جريمة لا تمس بالعائلة، كمخالفة االطرق التي ورغم تجريمها من قبل قانون العقوبات، الا انها لاتعكر صفو استمرار الحياة الزوجية[3].

[1] -قورداش فاطمة الزهراء-اسباب التطليق واشكالات اثبات الضرر في قانون الاسرة-ص36

[2] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص37.

[3] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص37.

كما ان المشرع من خلال تعديله لهذه الفقرة بموجب الامر09/05 حقق وطاة الشروط سابقا، اذ انه الغى الشرط القائل بالعقوبة التي تتعدى مدتها اكثر من سنة يبالقول انه على الزوجة المطالبة بالتطليق، ان تقدم ما يثبت ادانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الاسرة دون الالتفات الى حجم العقوبة المسلطة عليه[1].

وفي ذلك تيسيرا اكثر تستفيد معه الزوجة في تتاسيسها في طلب التطليق على هذا الوجه، والعقوبة قد تكون عقوبة سالبة للحرية اي السجن بعقوبة بدنية، قد تكون غرامة مالية، كما قد تكون العقوبة قابلة للتنفيد او غير قابلة للتنفيد فضلا ان العقوبة القابلة للتنفيد اشترط فيها القانون 11/84مدة سنة فاكثر، ولكن هذ الفقرة عدلت عنها بموجب الامر02/05، بحيث تركها المشرع دون تحديد.

فالمشرع هنا يتحدث عن الجريمة وليست العقوبة.

فاذا ثبتت ادانة الزوج واصبح الحكم الصادر ضده نهائي، ونفذت العقوبة فان من حق الزوجة تاسيسا على الفقرة الرابعة من المادة53 من قانون الاسرة الجزائري المطالبة بالتطليق، فطلبها يستجاب لها ويتم الحكم لها بالتعويض استنادا لاحكام المادة 53 مكرر من قانون الاسرة الجزائري التي تجيز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

موقف الفقهاء من التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة:

من الصعب تحديد ماهي الافعال التي توصف بالفاحشة المبينة، غير انه وردت عدة آيات في القران الكريم تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والانظمة اخلالا كبيرا، لقوله تعالى **{وَلا تَقْرَبُوا الزِّنى إِنَّهُ كانَ فاحِشَةً وَساءَ سَبِيلاً}** [2].

ولعل اول ما يذهب اليه الذهن عند ذكر عبارة فاحشة مبينة هو الزنا.

غير ان الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، انما تتعداها الى الجرائم التي اقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود، ومن هذه الجرائم بالاضافة الى الزنا: القدف-السرقة-الردة وغيرها وهي ايضا تسمى بالفواحش[1].

---

[1] -قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص38.

[2] -سورة الاسراء-الاية32.

البند الثاني:ارتكاب فاحشة مبينة:

اخر فقرة من نص المادة53 من قانون الاسرة الجزائري، اجازت للزوجة ان تطلب التطليق في حالة ارتكاب الزوج الفاحشة المبينة، والمقصود بالفاحشة هنا، هو الخطا االمخل بالاداب والاخلاق بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء الشريعة السمحاء، وهي حالة او سبب من اسباب التطليق يكاد ينفرد بالنص عليها في القانون الجزائري فقط دون سواه من قوانين البلاد العربية الاسلاميةالاخرى[2].

– الفاحشة **لغة:** وكل شيء جاوز حده فهو فاحش. وقد فحش الأمر بالضم فحشا، وتفاحش. ويسمى الزنى فاحشة[3].

– الفاحشة **اصطلاحا:** الفحش هو ما ينفر عنه الطبع السليم، ويستنقصه العقل، وقال الراغب : الفحش، والفحشاء، والفاحشة : ما عظم قبحه/ من الافعال والاقوال[4] .

موقف المشرع الجزائري من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة:

لقد اجاز المشرع الجزائري للزوجة ان تطلب التطليق من زوجها في حالة ارتكابه لفاحشة مبينة.

وعلى هذا اذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالشرك بالله او اي سلوك اجرامي يمكن ان يعتبره القاضي فاحشة فيطلقها منه، واذا ارذنا التوسع اكثر في معنى الفاحشة ، فنجد حتى شرب الزوج للخمر يدخل ضمن الفاحشة، وهذا الفعل بدوره يسمح للزوجة بان تطلب التطليق ويحكم به القاضي اذا استطاعت الزوجة ان تثبت ان زوجها يتعاطى الخمر بصفة متكررة، وهذا ما يدفعه الى القيام بالاساءة اليها واولادها[5].

كما نجد ان المشرع لم يشترط ان تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، او لمدة تزيد عن السنة، بل اشترط فقط ان تكون الجريمة او الافعال المرتكبة من قبل الزوج تعتبر من الفواحش، ومهما كانت العقوبة المقررة لهذه الفاحشة، ومثال ذلك اذا ارتكب الزوج جريمة الزنا، فهذه الجريمة

---

[1] –نذير سعاد–مرجع سابق–ص37.

[2] –www.djalfa.info/vb/showthread.php?t.=517387، س11:05.

[3] –ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي–منتخب من صحاح الفرابي–ص3827.

[4] –https://dorar.net/akhlaq/2597، 14:09.

[5] – العربي بلحاج–مرجع سابق–ص176.

الخطيرة نجد ان الشريعة الاسلامية حرمت اي اتصال جنسي غير مشروع لان هذا يؤدي الى المساس بشرف الاسرة وضياع الاولاد، وتشردهم بالاهمال[1].

وعليه فاذا اثبتت الزوجة ان زوجها ترتكب فاحشة، واستحالت معه استمرار الحياة الزوجية، فلها ان ترفع دعوى امام القضاء لتطلب تطليقها منه، وذلك مع تقديمها مجموعة من الحجج، والبراهين التي تثبت فعله للفاحشة، وجعل القاضي يقتنع بها[2].

موقف الفقهاء من التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة:

اذا بحثنا في اعتبار زنا الزوج سببا للتطليق عند فقهاء الشريعة الاسلامية لا نجد مصدرا للموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري، بحيث انهم عالجوا مثل هذه القضية باسلوب اخر مخالف تماما، ونجد الفقهاء فيما بينهم لهم اراء مختلفة.

1)- حيث يرى بعضهم انه يفسخ اذا فعل احد الزوجين باصل الاخر او فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة بان زنا الزوج بام امراته او ابنتها او زنت المراة بابي الزوج او ابنه وقعت الفرقة بينهما في الحال من غير حاجة الى قضاء عند الحنفية والحنابلة، ولا خلاف في ان هذه الفرقة فسخ لا طلاق، لان الحرمة مؤبدة لا يتصور عود الحال بعدها[3].

وقد روي هذا عمران بن الحصين، وقال به الحسن البصري وعطارد وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحاق.

ويقولون ان الوطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال و الشبهة، مستدلين بقوله تعالى:"ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء". والوطء يسمى نكاحا.

2)- ويرى اخرون بعدم الحرمة، ومنهم سعيد بن المسيب ويحي بن نعيم، وهما مالكي وشافعي، اذ يرون ان الزنا ومقدماته لا يترتب عليه شيء من حرمة بين الزوجين، وبهذا قال كذلك الزهري وابو ثور وابن المنذر(وهو مذهب الزيدية)، وهؤلاء كلهم يقولون لا يحرم الحرام الحلال.

---

[1] -اليزيد عيسات- مرجع سابق-ص179.

[2] -عبد العزيزسعد-مرجع سابق-ص275.

[3] - نجية زيتوني-دراسة تحليلية للمادة53 من قانون الاسرة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والقانون-مذكرة لنيل الماجستير في القانون-اشرلف دمحمد سرور-138

فهؤلاء الذين يرون ان الرجل اذا زنى بام امراته او ابنتها حرمت عليه زوجته، يحصرونه في الام والبنت، او بما صح عن جابر بن زيد انه يقول: اذا زنى باخت امراته حرمت عليه امراته، اما مطلق الزنا فلم يقل احد من الفقهاء انه يحرم المراة، فاذا كان القانون يقصد بالفاحشة المبينة بزنا رجل بام زوجته او ابنته فهو لم يخرج بهذا عن نطاق الفقه الاسلامي، وان كان يقصد به مطلق الزنا فلم يجد له مستندا صحيحا في الفقه يستند اليه في ذلك[1].

المطلب الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا:

قد يحدث وان تتضرر الزوجة بسبب ما يصدر من الزوج بمختلف الافعال والتي تتنافى مع مقتضى الشرع واهداف عقد الزواج، فلها ان ترفع امرها للقاضي لتطلب التطليق، وهذا من خلال استعراض المادة 53 الفقرة العاشرة والتي تنص"جواز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ".

احكام الضرر المعتبر شرعا:

1-وجوب وقوع الضرر من جانب الزوج: فمن غير المعقول ان تطلب الزوجة التطليق اذا كان مصدر الضرر اجنبي عن الزوج، مثل والدي الزوج واخوته .

2- يجب ان يكون الضرر واقع على الزوجة: كما يجب عليه اثبات ذلك، ولا يجوز لها ان تطلب التطليق اذا ما وقع الضرر من زوجها على احد والديها او ...الخ.

3-ان يكون الضرر مربوط بارادة الزوج: بحيث قام به عمدا وقصد السوء بالقول والفعل .

4-لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول: فهو يجوز للمدخول بها والغير المدخول بها .

5-عدم اشتراط تكرار الضرر .

6-العبرة في الضرر تحققه ووقوعه فعلا، وتضرر الزوجة منه ولا عبرة بازالته[2] .

موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر المعتبر شرعا:

الضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، او بمصلحة مشروعة، او هو بمعنى اخر للاخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية او ادبية،

[1] -نجية يتوني- المرجع نفسه-139

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع السابق-ص45 و46.

فالضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم، الاخلال بحق يحميه القانون سواء كان حقا بمعناه الضيق او حق عاما، ولا يشترط ان يكون المساس بحق يحميه القانون بل يكفي ان يقع مصلحة مشروعة اي غير مخالفة للقانون، اما اذا كانت المصلحة التي حصل بها المساس غي مشروعة فان القانون لا يحميها[1].

للزوج حق تاديب زوجته، بمقتضى ولايته وئاسته في الاسرة (المادة 1/39 ق.أ.ج) كما انه يجب عليه نحو زوجته حسن المعاشرة، والنفقة الشرعية حسب وسعه، والعدل في حال التعدد(المادة37ق.أ.ج)، وقد يسيء الزوج استعمال حقه في ذلك، فيؤدي زوجته بالقول، او الفعل، كان يضربها ضربا غير لائق، او يشتمها شيئا مهينا، او لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها، وهنا يجوز للزوجة في هذه الحالة رفع الامر الى القاضي وطلب التطليق، وبذلك اخد القانون الجزائري الذي نص في االمادة 53 من الامر02/05 الفقرة 0 والاخيرة ان المراة يجوز لها طلب التطليق بناءا لى كل ضرر معتبر شرعا، ويبدوا ان هذه الفقرة هي بمثابة احالة لتقدير القاضي في نظر اي ضرر ترفع الزوجة من اجله دعوى التطليق، غير الحالات الواردة في باقي الفقرات، وبالتالي تمكينه من تقرير ما اذا كان هذا الضرر موجبا للتطليق ام لا وعليه يمكن اعمال نص المادة 222 التي تحيل على احكام الشريعة الاسلامية، ويمكن كذلك للقاضي الاستفادة مما استقر عليه الاجتهاد القضائي[2].

موقف الفقهاء من التطليق للضرر المعتبر شرعا:

قد يتعدى الزوج حسن المعاشرة والمعاملة بالحسنى، الى الاضرار بالزوجة فيؤدبها بالضرب المؤلم او الشتم المدقع او بالتعنت معها، فيحملها على الفعل المحرم، او يهجر فراشها او يعرض عنها بدون سبب يبيح ذلك، فهل مثله يخول للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها؟

[1] قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص44.

[2] -قورداش فاطمة-المرجع السابق-ص44.

-**المذهب الحنفي**: لا يرى ذلك سببا صحيحا بموجب التفريق، لانه لا يتعين طريقا لاخلاص الزوجة مما حل بها من ادى، وعلى القاضي ان يامره بحسن المعاشرة والا ادبه بما يراه كفيلا بحمايتها منه[1].

-مذهب الشافعية: ان سوء الحالة بين الزوجين قد يكون نتيجة نشوز الزوجة، او اساءة الرجل، او اساءة الزوجين معا، فان كان راجعا الى نشوز الزوجة فللزوج ولاية التاديب، وان كان راجعا الى اساءة الزوج والاداء بالضرب، وسواء دون اي مسوغ رفعت الزوجة امرها الى القاضي، فان ثبت لها ذلك بها، فان عاد اليه وطلبت المراة تعزيره عزره بما يليق به[2] .

اما ان كان سوء الحالة راجع الى الزوجين معا، فان على القاضي االتعرف على حالهما، فان تبين له احدهم ظلما منعه، وهم بتعزير يلييق به، فان اشتد النزاع ببينهما بعث اليهما حكمين ليصلح الشقاق ما بينهما[3] .

-مذهب المالكية: فقد اجازوا للزوجة ان تطلب التطليق بسبب الضررر، فاذا استعملت الزوجةهذا الحق وطلبته من القاضي، واثبتت صحة دعواها طلقها القاضي طلقة بائنة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق:(لاضرر ولا ضرار).

فالابقاء على الزوجية مع التعنت واساءة العشرة، قد تجلب اضرار كثيرة تتعدى اثارها الى الابناء والاقارب وكل من له علاقة بقرابة او مصاهرة.

امثلة عن الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق:

1- عدم توفير السكن اللائق شرعا .

2- اساءة المعاشرة الزوجية عن طريق اهانات خطيرة او جسيمة.

3- الايذاء بالقول او الفعل الذي لا يليق بمثل الزوجة يعتبر ضررا متى كان هذا الايذاء يعتبر من العرف معاملة شاذة وضارة تشكوا منها المراة ولا تصبر عليها[4].

---

[1] -قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص43.

[2] -قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص43.

[3] -قورداش فاطمة-المرجع نفسه-ص44.

[4] -قورداش فاطمة-المرجع السابق-ص45.

الفصل الثاني:
معوقات إثبات الضرر
و
آثار الحكم بالتطليق

المبحث الأول:معوقات إثبات الضرر

المطلب الأول :وسائل الإثبات :

يعتبر حق التطليق حق من حقوق الزوجة والمنصوص عليه في قانون الأسرة يمكن لهذه الأخير المطالبة به متى توفرت الأسباب المنصوص عليها في المادة53 من قانون الأسرة الجزائري ،هذه الأسباب أوردها المشرع على سبيل الحصر يمكن لقاضي الأسرة المعاينة والتأكد من مدى توفر أحد هذه الأسباب ، في الدعوى المرفوعة أمامه طبقا لإجراءات رفع الدعوى[1] .

هذا ولقد أتاح القانون للقاضي أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة والملائمة وخصوصا الأمر بالتحقيق، وعلى المدعية (الزوجة) إثبات الضرر الحق بكل وسائل الإثبات وبالطرق التي حددها القانون، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد يكون المشرع الجزائري قد وزع أدلة الإثبات ووسائل تحقيقها، من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية فالقواعد المتعلقة بقبول الدليل وقوته تضمنها القانون المدني ويمكن القول إنها موضوعية، أما قواعد تقديم الأدلة وتحقيقها أمام القضاء فهي قواعد إجرائية[2] .

الفرع الأول:القواعد العامة:

مهما كانت نوعية القضية فهناك قواعد إثبات عامة تطبق على أي قضية مهما كانت الظروف، ومهما اختلفت أسباب التطليق، فيمكن لأي زوجة مضرورة أن تلجئ إليها لإثبات الضرر الواقع عليها، حتى تتمكن من فك الرابطة الزوجية التي أصبح ضررها أكثر من نفعها[3] .

البند الأول: إبلاغ الأدلة الكتابية :

لقد عنى قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمستندات التي توجد تحت يد الخصم، ولهذا ألزم المشرع تقديم المستندات التي يقدمها كل خصم إلى خصمه الأخر من اجل الاطلاع عليها

---

[1] –قورداش فاطمة الزهراء–المرجع السابق–ص49.

[2] – نبيل صقر ،الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ط، الأولى ،2008،دار هومة ،ص:161.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص49.

والبحث فيها ومقارنتها، والغرض المقصود هو عدم حرمان الخصم من ورقة هي أصلا قدمها الطرف الأخر وهذا ما تؤكده المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] .

كما أن المادة 71 من نفس القانون نصت على أنه :" يفصل القاضي في الإشكالات التي قد تثار بشان إبلاغ الوثائق ...ويحدد شفاهة وعند الضرورة تحت طائلة غرامة تهديدية اجل وكيفية تبليغ الأوراق واستردادها من الخصوم"

من خلال نص المادة 71 نجد بأن بإمكان فرض غرام تهديدية على الخصوم في حالة مخالفتهم للتعليمات المنصوص عليها قانون كخرق اجل وطريقة تبليغ الوثائق، وأجاز له نص المادة72 تصفية الغرامة التهديدية التي أمر بها[2] .

كما انه واستكمالا لتقديم الأدلة وحتى لا يجرم احد الخصوم من ورقة تحت يد الخصم خارج الخصومة، أعطى القانون للقاضي وأثناء سير الدعوى أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد أو إي وثيقة حتى ولو كانت عند الغير، وذلك بناءا على طلب احد الخصوم وعلى طالب تقديم المستند أو الوثيقة أن يقدم في الجلسة طلب احد الخصوم وعلى طالب تقديم المستند أو الوثيقة أن يقدم في الجلسة الطلب والقاضي هو الذي يفصل بأمر معجل النفاد .

وخلاصة القول أن من حق الزوجة إذا كانت لإثبات ضررها، يستلزم وثيقة كانت في حوزة الزوج فعلى هذا الخير أن يمنحها إياها، وإذا امتنع فخلال الجلسة تقوم الزوجة بتقديم طلب إلى القاضي لاسترداد هذه الوثيقة وهنا القاضي يقوم بتوجيه أمر للزوج باستخراج هذه الوثيقة[3] .

البند الثاني: تنفيذ إجراءات التحقيق :

إن القاضي هو الذي يقوم بتنفيذ إجراء التحقيق الذي أمر به بمساعدة كاتب الضبط، واذا كان الامر صادر من مجلس قضائي، فيجوز لمثل النيابة الحضور لجميع إجراءات التحقيق، كما يمكن ان يكون إجراء التحقيق بناء على طلب احد الخصوم، وذلك حسب المادة82، وللمحكمة ان تقوم بإجراء التحقيق بنفسها ان تنتدب احد قضاتها لمباشرة الإجراءات اللازمة، هذا الى ما

---

[1] – بربارة عبد الرحمن :شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ط/ الأولى ،2009، منشورات بغدادي ،ص50 .قورداش فاطمة الزهراء–مرجع سابق–ص50.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص50. نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص:164

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص50. بربارة عبد الرحمن :مرجع سابق ،ص50

ذهبت به المادة 84 ، كما يمكن للقاضي ان يخطر الخصومة شفاهة و بالجلسة او بواسطة محاميهم لحضور إجراء أو إجراءات التحقيق إلي أمر بها، وإذا غابوا هم ومحاميهم عن الجلسة التي أمر فيها إجراء التحقيق يستدعيهم برسائل مضمونة مع إشعار بالاستلام بواسطة كتابة الضبط[1] .

ويمكن استدعاء الغير بنفس الإجراء مثل الشهود وغيرهم، ويقوم كاتب الضبط بتحرير محضر يودع بأمانة كتابة الضبط .

ومن هذا فان حتى يمكن للزوجة اثبات ضررها لكي تتمكن من التطليق يمكن للقاضي في بعض الحالات إجراء التحقيق حتى يتأكد من ادعاءات الزوجة بالتضرر[2] .

ومثال ذلك ما جاء في شروط التطليق للضرر اذ يجب ان تقوم البينة القطعية بحصول الضرر، لذلك فان قول الشهادة انها قد تتضرر من المدعي عليه، او ان غيابه يسبب لها ضررا، دون تحقق الشاهد من حصول الضرر بالفعل، فلا تقبل شهادته ويفسخ الحكم وتجدر الاشارة هنا انه اذا حكم لنقص في شهادة الشهود فللمحكمة استدعاء من نقصت شهادته لاستجوابه ثانية بعد تحليفه، ومن هنا يتجلى لنا ان للمحكمة السلطة في الاستدعاء متى رأت ذلك[3] .

البند الثالث: تسوية إشكالات التحقيق:

يظهر ان قانون الإجراءات المدنية، من اجل عدم ضياع الوقت يوجب على القاضي ان يشرف بنفسه على إجراءات تنفيذ التحقيق حسب المادة91 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما يأمر بإعداد محضر تدون فيه أقوال الخصوم والمعاينات والتوضيحات المقدمة .

وللقاضي أن يأمر بأمر غير قابل للطعن ان يفصل في إشكالات التي تعترض التنفيذ وهذا ما تناولته المادة 92 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ثم يواصل النظر في القضية بعد تكوين الملف والمستندات المقدمة في الدعوى ويتسلم إجراءات التحقيق الى الخصوم للاطلاع عليه بعد تسديد المصاريف المستحقة[4] .

---

[1] – نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص:167. قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص51.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص51. نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص:167.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص51. نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص:167.

[4] – بربارة عبد الرحمن :مرجع سابق ،ص115. قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص51.

البند الرابع: بطلان إجراءات التحقيق:

تناولت بطلان إجراءات التحقيق المواد 97و96و95من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالبطلان معناه ان يشوب إجراء من الإجراءات يحول دون الوصول الى القاعدة تنفق مع مقتضيات العدالة، ولكن هل من العدالة ان يبطل الإجراء كلما مسته مخالفة لقاعدة من قواعد الإجراءات، نتيجة بطلان الإجراءات التي هي مقررة في الأصل لتوجيه صاحبه الى الانتفاع بحقه[1] .

فقد حدد المشرع الجزائري ورسم الإجراءات للمتقاضين وحسب المادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد العامة المقررة لبطلان الاعمال الإجرائية، هي التي تحكم بطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق وحسب المادة96 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالإبطال لا يمس عمليات التحقيق في جوانبها المشوبة بعدم الصحة، فإذا أمكن للقاضي تصحيح العيب الذي يشوب التحقيق، يمكن القيام بعمليات تحقيق جديدة او تصحيحها وهذا ما انتهت إليه المادة 97 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] .

الفرع الثاني : القواعد الخاصة:

ان القواعد الخاصة على عكس القواعد العامة ا تصلح لجميع القضايا، حيث ان لكل قضية قواعدها التي تكون أصلح للإثبات بها، وحتى تتمكن الزوجة معها من اثبات الضر وبالتالي الحصول على التطليق[3] .

البند الأول : شهادة الشهود:

الإثبات بالشهادة هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤدون صحة الوقائع المتصلة بالقضية موضوع الدعوى، فالشهادة من الوسائل الإثبات المستعملة كثيرا في اثبات الضرر في مواد التطليق .

حسب المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الوقائع التي تكون قابلة لإثباتها بشهادة الشهود، وتكون الشهادة مقيدة في القضية مثل عقود الزواج العرفية يجوز فيها سماع

---

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص52. نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص:168

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص53.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع السابق–ص53.

الشهود، واذا نازع الخصم في الإثبات المرافعة بشهادة الشهود، على أساس انها لا تتعلق بالدعوى او غير منتجة وللقاضي مطلق الحرية في تقدير هذا الامر[1] .

واذا طلب الأطراف او احدهم الامر بالتحقيق، يجوز للقاضي رفض اتخاذ الإجراء اذا اعتبر الطلب غير مؤسس، وقد ذهبت المحكمة العليا الى ابعد من ذلك حينما رفضت نقض قرار لم يرد على عرض التحقيق، الذي قدمه الزوج للإثبات انحراف سلوك الزوجة، على أساس ان هذا لا يغير شيئا من إصرار الزوج على الطلق الذي هو في عصمته، ولا تأثير على حقوق الزوجة، وهذا الموقف للمحكمة العليا يعتبر بمثابة تراجع عن قضائها السابق الذي كان يترتب البطلان لانعدام الأساس القانوني، على الأحكام التي رفضت طلب سماع الشهود للتحقيق من مزاعم الزوج اتجاه سلوك زوجته، والذي يلاحظ فان القضاء القديم هو الاصوب لان العبرة في التحقيق في دعاوي الطلاق، ليس للحصول على الطلاق فحسب كون الطلاق في عصمة الزوج ولكن هو اثبات غياب التعسف في طلب الطلاق ومن تم تفادي دفع التعويضات للزوجة المطلقة، واذا رأى القاضي سماع الشهود وجب ان يبين الحكم الذي يأمر بالتحقيق في كل واقعة المطلوب إثباتها[2] .

وهذا ما جاءت به المادة 151 حيث أضافت هذه المادة إرهاق للقاضي والخصوم، وذلك بان جعل سماع شهادة الشهود بحكم يحدد الوقائع، التي يسمعون حولها واليوم وساعة الجلسة المحددة لذلك مع مراعاة ظروف كل قضية .

- لا يجوز سماع شخص كشاهد اذا كانت له قرابة او مصاهرة مباشرة مع احد الخصوم .
- لا يجوز سماع شهادة الزوج احد الخصوم في القضية التي تعني زوجته، ولو كان مطلقا .
- لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة وأبناء العمومة لأحد الخصومة

غير ان الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بالأشخاص والطلاق.

يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال تقبل شهادة بقية الأشخاص، ماعدا ناقص الأهلية.

---

[1] - نبيل صقر ،مرجع سابق ،ص:209.

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-مرجع سابق-ص55.

منها حالة عدم الإنفاق خاصة بعد الحكم بوجوبها، وبالتالي فهذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه .

وتعتبر الشهادة وسيلة يرجع إليها كثيرا في مسائل التطليق والدليل على القرار التالي :

"من المقرر شرعا ان الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وانه لا يجوز للقاضي ان يحل محله في إصداره، أما لتطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1] .

ومتى كانت الشريعة تخول اثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع الشهود حضروا وسمعوا ذلك من نفس الزوج، او بواسطة شهادة مستفيضة، فانه يجب على القضاة ان يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد إلا ان يوافقوا على صحة طلاق اثبت أمامهم، وكذلك فا القرار الذي قضى بان الطلا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ .

يثبت الطلاق بتصريح من الزوج كما يثبت بواسطة سماع الشهود الذين سمعوا تصريحات الزوج بالطلاق، وهذا ما انتهى اليه هذا القرار، حيث تعتبر شهادة الشهود وسيلة اثبات يعمل به شرعا وقانونا[2] .

البند الثاني: الخبرة:

وقد نصت على الخبرة المواد من 143 وما يليها، فالخبرة هي تكليف اشخاص دوي اختصاصات فنية معينة.

بإجراء معاينات تتطلب معارف علمية خاصة فالخبرة تفويض حقيقي لصلاحيات قضائية يختص بها القاضي دون غيره، إذ انه يتعذر على القاضي في حالات كثيرة ان يباشر بنفسه إجراء معينة ، فيلجا الى الخبير من اجل تنويره ومساعدته في بناء حكمه وخاصة اذا كانت الواقعة تتطلب الإلمام بعلم من العلوم او فن لا يدركه القاضي، كمسائل الهندسة والطب و المحاسبة

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع السابق–ص55.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص56.

ومضاهاة الخطوط ولهذا أجاز القاضي ان يستعين بدون الخبرة من اجل توضيح ما غمض عن إدراكه[1] .

كما أجاز القانون للقاضي ان يحكم خبير او عدة خبراء، وللمحكمة ان تقضي بندب كلما رأت ضرورة الى ذلك سواء من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم، وهذا ما جاءت به المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فاللجوء الى الخبرة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي لذي يمكنه الاستغناء عنها ان كانت غير ضرورية بالنظر الى نوع الدعوى .

كما ان الخبرة في مواد التطليق تعتبر من وسائل الإثبات المعمول بها كثيرا خاصة لإثبات عيب عضوي في الزوج ومثال ذلك القرار التالي:

"من المقرر قانونا وقضاءا، انه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا الى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزوج، كتكوين أسرة او تربية الأبناء.

ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القضائي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا الى نتائج الخبرة الطبية التي خلصت الى عقم الزوج، فانهم قد وظفوا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يوجب نقضه جزائيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف[2] .

في هذا القرار التجأت الزوجة الى التطليق لعدم إمكانية الزوج للإنجاب، وقد تمكنت الزوجة الحصول على هذا الحق لأنها استطاعت اثبات الضرر، وذلك بوسيلة تستعمل عادة في هذه الحالة وهي الخبرة الطبية، فقد انتهت هذه الأخيرة الى اثبات عقم الزوج، وبالتالي عدم إمكانيته إنجاب الأولاد والذي يعتبر هدف جوهري من أهداف الزواج، وبالتالي الضرر هنا موجود وثابت بشهادة طبية .

البند الثالث : الانتقال الى المعاينة:

تناولت المعاينة وإجراءات المواد من 146 الى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي إما من تلقاء نفسه او بناءا على طلب الخصوم، القيام بالمعاينات او التقويمات او التقديرات او إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية، ويمكن له الانتقال الى عين المكان اذا تطلب

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص56. بربارة عبد الرحمن :مرجع سابق ،ص131.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص57.

الامر ذلك، وهذا لكي يسمح للقاضي بتكوين قناعة، على أساس معرفة الشخصية او المباشرة للوقائع المتنازع عليها يحدد القاضي من خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعوا الخصم الى حضور العمليات اذا تقرر إجراء الانتقال الى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقررة في حالة غياب الخصوم او احدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة58 من هذا القانون .

وحسب المادة147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الامر بالانتقال الى المعاينة يكون شفاهة وبالجلسة حسب ما هو معمول به، وحسب ما هو وارد ي الفقرة الثانية من المادة، واذا كان الموضوع يتطلب تقنية خاصة يمكن للقاضي اصطحاب حكم، إلا ان الصحيح يمكن ان يكون بأمر لان الحكم يكون بعد المعاينة، والمرافقة أي بعد الفصل في الموضوع[1] .

وفي الأخير يحضر محضر عن الانتقال الى الأماكن، يوقعه القاضي وأمين الضبط ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط، يمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر .

البند الرابع: اليمين :

اليمين في الشهادة الرسمية، مؤداة أمام الشخص المؤهل لاستقبالها، لاثبات مبرر او لحقيقة واقعة مدعى بها، ونقصد بها اقامة الدليل على الحقيقة امر مدعي به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية، ويصدق هذا التعريف على الاثبات القضائي الذي يتعامل معه يوميا كل من القاضي والخصوم، ويختلف عن الاثبات العلمي والتاريخي الذي يستوجب البحث عن الحقيقة المجردة مهما كانت الطرق والوسائل، وتفترض بطبعتها نفسها الايمان بالقيمة الدينية للشهادة، وقد تأثر المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية عند إقراره للصيغة التي تؤدى بها اليمين اذا تتضمن عبارة(احلف بالله العظيم)[2] .

فتوجيه اليمين تناولتها المواد 189 الى 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فحسب المادة 189 يجوز للقاضي ان يا مر بأداء اليمين، ويحدد الوقائع التي ستؤدى اليمين من اجلها، ويجوز للقاضي ان يحدد اليوم والساعة والمكان الذي ستؤدى فيه اليمين، وهذا فيما ذهب إليه المادتين 190 و191 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي حالة امتناع الخصم عن أداء

---

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص58.

[2] – بربارة عبد الرحمن :مرجع سابق ،ص161..

اليمين الحاسمة التي وجهها خصمه اليه دون ردها سقط ادعائه، بمعنى ان الخصم الذي رفض أداء أداء اليمين الحاسمة تكون الدعوى لصالح خصمه، واذا رد اليمين لخصمه رفض هذا الأخير أدائها ربح هو الدعوى وذلك بموجب الفصل في القضية لصالحه حسب المادة 192 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واذا كان لمن وجهت له اليمين عذر يمنعه، انتقلت اليه المحكمة او انتدبت احد قضائها لتحليفه وتؤدى اليمين بحضور الخصم الأخر بعد تبليغه بصورة صحيحة .

فاليمين يؤخذ به في التطليق ويستعمل كوسيلة اثبات ومثال ذلك القرار التالي :

"من المقرر قانونا ان تطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها دون يمين يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن تم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[1].

ولما كان الثابت _في قضية الحال_ ان المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة، والحكم بتعويضها في غياب الزوج دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا ودون أداء اليمين فيما يخص النفقة، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وانتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون في .

اعتبرت المحكمة العليا ان قرار المجلس فيما يخص تطليق الزوجة لعدم الإنفاق، والحكم بتعويضها في غياب الزوج، ودون يمين انتهاكا للقانون والشرع حيث اعتبرت اليمين واجبة في هذه الحالة، واعتبراها وسيلة اثبات لضرر الزوجة كانت لابد ان تلتجيء اليه خاصة وهنا الزوج غائب .

بعد دراسة ومعرفة وسائل الاثبات التي حين تتضرر الزوجة وترغب في التطليق وجبت ان تلجا الى واحدة او أكثر من هذه الوسائل ، حتى يمكن لها اثبات الضرر، فبعد تقديم الزوجة هذه الوسائل تدخل بهدها السلطة التقديرية للقاضي، في دراسة ما قدم أمامه وتقدير الضرر ان وجد ولمعرفة سلطة القاضي ان كانت مطلقة او مقيدة في دراسة هذه الوسائل والحكم بالتطليق[2] .

المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في التثبت من وقوع الضرر:

لقد أعطى القانون و الشرع الحق للرجل فك او انهاء العلاقة الزوجية بارادة منفردة دون ان يكون مجبرا على تبيان أسباب الإقدام على ذلك، كما في نفس الوقت لم يحرم القانون والشرع المرأة

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص60.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص60.

من حقها في فك الرابطة الزوجية، في حال تضررها من هذه العلاقة فلها ان ترفع امرها الى القاضي طالبة التطليق، وذلك اذا ما أثبتت حالة من حالات الضرر المجيزة لها ذلك .

وبقد نص المشرع الجزائري على حالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق في المادة53 التي ذكرناها سابقا[1] .

الفرع الأول: السلطة التقديرية المقيدة في التثبت من وقوع الضرر:

ان الضرر الذي حددته بعض الحالات من المادة53 من قانون الأسرة مثلا ثبت بالطرق الشرعية والقانونية، يكون القاضي على أثرها ملزم بالحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق تحقيقا للعدل وتطبيقا للقانون .

وبالتالي تكون سلطة القاضي هنا مقيدة في الحالات التالية :

– عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد78و79و80 من هذا القانون .

–الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة .

–مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 المذكورة سابقا .

–مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

البند الأول : عدم النفقة:

لقد نص المشرع على هذه الحالة من بين الحالات المجيزة للزوجة طلب التطليق في المادة 53 الفقرة1 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها:"عدم الإنفاق بعد صدور الحكم وجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد78و79و80 من هذا القانون"[2].

من هذه الفقرة نستخلص ما يلي :

1– ان يصدر حكم قضائي بإلزام الزوج بالإنفاق على زوجته .

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع السابق–ص61.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص61.

2- ألا تكون عالمة باعساره وقت إبرام عقد الزواج، بمعنى ان تقوم الزوجة برفع دعوى النفقة أمام القاضي المختص، ويصدر هذا الأخير حكما وفق المواد 78و79و80 من قانون الأسرة الجزائري وان يصبح هذا الحكم نهائيا .

ويتم تنفيذ الحكم الصادر بإلزام الزوج دفع النفقة، وفي حالة امتناع هذا الأخير عن تسديد النفقة المحكوم بها، فان للزوجة الحق الطالبة بالتطليق، وقد قضت المحكمة العليا ان عدم النفقة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يسبب مبرر التطليق .

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري نظرا لطول إجراءات التقاضي، استعمال القضاء ألاستعجالي لطلب استصدار امر بالنفقة المؤقتة .

ويسقط حقها في التطليق اذا كانت عالمة باعساره وقت الزواج، والدليل الاثبات هذه المسالة عامة هو شرط العقد او البينة وتخضع للقواعد العامة للإثبات[1] .

البند الثاني:العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

لم يحدد المشرع الجزائري نوع هذه العيوب، ولقد جاء في الفقرة2 من المادة53 من الامر 02/05 النص التالي:"العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" .

وبما ان المشرع الجزائري لم يتطرق الى ذكر هذه العيوب ، فلا شظ من ان المراد منها هو العيوب والأمراض الجنسية التي من شانها الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج .

وهذه العيوب قد تطرأ خلال الحياة الزوجية، أي بعد إبرام عقد الزواج، وتكون غير ممكنة للإصلاح وغير قابلة للاحتمال .

ويجدر القول هنا ان المحاكم استقرت في تبيان العيوب بالاستناد الى الخبرات الطبية والتي يامر بها القاضي قبل الفصل في الموضوع، وخاصة ان هذه العيوب لا تقع في دائرة السلطة التقديرية للقاضي ولكن من اختصاص الأطباء، والخبرة الطبية هي دليل الاثبات، وهناك الامراض الجديدة التي تختلف من حيث خطورتها، ومن ثم إمكانية معالجتها في المدة المحددة شرعا وقانونا، او استحالة ذلك ومن ثم الحكم بتطليق الزوجة للعيوب[2] .

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–70.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص66.

البند الثالث: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

وكما جاء في الفقرة 4 في المادة53 من قانون الأسرة الجزائري على انه يجوز للزوجة طلب التطليق كم زوجها في حالة الحكم بعقوبة فيها مساس بشرف الأسرة .

يبدوا من خلال هذه الفقرة انها لم تعتبر الغياب للحبس او للسجن كسبب للتفريق، وانما اتجهت الى اعتبار الأسباب التي من اجلها حبس الزوج بغض النظر عن مدة الحبس ، والتي لابد وان تكون مؤثرة على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

ولابد للقاضي الذي تعرض عليه قضية خول التطليق تاسيسا على الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، ان يحكم للزوجة بالتطليق بناء على وجود الحكم القضائي، وليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال بل وجب عليه الامتثال الى نص المادة 53الفقرة4[1].

البند الرابع: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة5 على ان الغيبة سبب من أسباب التطليق اذا ماكانت بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة .

فبالاستناد لهذه المادة نجد ان التفريق جاء بقيود:

1- ان تمضي سنة فأكثر من يوم الغياب الى يوم رفع الدعوى عليه .

2- ان يكون الغياب من غير عذر مقبول ودون سبب شرعي.

واذا عرضت على القاضي قضية حول التطليق تاسيسا على الفقرة 05 من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري، فعلى القاضي ان يجيب لطلب الزوجة، فسلطة القاضي هنا مقيدة بتوافر الشروط الواردة في هذه الفقرة .

البند الخامس: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

وهذا ما نصت عليه الفقرة 9 من المادة53 من الأمر 02/05، وعليه يمكن الرجوع الى أحكام المادة 19 من الامر02/05 التي تنص على إمكانية اشتراط شروط في عقد الزواج ا في عقد رسمي لاحق، لكل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، مالم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، ونصت الفقرة الثانية من المادة 37 من

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص67.

قانون الأسرة بالقول:" غير انه يجوز للزوجين ان يتفقا في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما"[1].

المشرع الجزائري أجاز للزوجين ان يتفقا على كل الشروط التي يريانها مناسبة مالم تكن مخالفة للقانون، وللزوجة الحق في طلب التطليق اذا ما خالف الزوج هذه الشروط وعلى القاضي الاستجابة لها .

الفرع الثاني: السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر:

ان المادة53 من قانون الأسرة الجزائري تنص على بعض الحالات التي تجعل سلطة القاضي مطلقة وواسعة، وذلك راجع لصعوبة إثباتها من طرف الزوجة:

1- الهجر في المضجع.

2-الفاحشة المبينة.

3- الشقاق المستمر.

4-الضرر المعتبر شرعا.

وسنتطرق لدراسة كل نقطة على حدا[2] .

البند الأول:الهجر في المضجع:

لقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة53 الفقرة3 من قانون الأسرة الجزائري، بانه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاثة شروط وهي:

1- هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية ، والاعراض عنها، وعدم قربانها.

2- ان يكون الهجر عمدا، ومقصودا لذاته .

3- ان يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية .

---

[1] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص71.

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص71.

ان مسالة اثبات الهجر لها صعوبات كثيرة وخاصة انها تتم في إطار مغلق بين الزوجين، فلا يمكن إثباتها بمجرد ادعاءات الزوجة، ولا يمكن للقاضي ان يحكم بغياب الدليل ، وعليه فان في هذه القضية تكون سلطة القاضي التقديرية مطلقة وعليه ان يستعملها في تقدير ان كان هناك ضرر فعلا، وان كان هناك مدى تأثيره على الزوجة[1].

البند الثاني: الفاحشة المبينة:

ولقد استفرد بها المشرع الجزائري دون سواه، ولقد أوردتها المادة53 من قانون الأسرة في البند7، حيث اعتبرها من الأفعال المشينة بشرف الأسرة.

ولقد عرفتها المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجريمة الفاحشة والمتمثلة في ارتكاب علاقة جنسية بين الأقارب من الفروع و الأصول، بين الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم أو أجد الفروع.. الخ.

إن القاضي حين ترفع اليه الزوجة طلب التطليق بناءا على ارتكاب زوجها الفاحشة، فانه لا يجيبها الى طلبها، الا بعد ان يتاكد من ان فعل المرتكب فاحش انطلاقا من سلطة القاضي المطلقة والواسعة في هذا المجال.

البند الثالث:الشقاق المستمر بين الزوجين:

لقد نصت المادة 53 من خلال فقرتها.. من قانون الأسرة الجزائري بأحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق، نظرا للشقاق المستمر بينهما، حيث أصبحت الحياة الزوجية معها باتت مستحيلة.

هذا وقد نصت المادة56 من قانون الأسرة انه اذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، حيث يعين لقاضي الحكمين واحد من اهل الزوج والاخر من اهل الزوجة.

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص72.

لقد خول القانون للمرأة في التطليق بكل وسائل الإثبات، وللقاضي السلطة التقديرية المطلقة للحكم بالتطليق، متى اقتنع القاضي بضرر الزوجة من جراء الشقاق المستمر بينها وبين زوجها[1].

البند الرابع:الضرر المعتبر شرعا:

لقد أجازت الفقرة10 من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري هي أيضا للزوجة الحق بالمطالبة بالتطليق دون تحديد الضرر المعين، وهو الضرر الذي يلحقه الزوج بزوجته بمختلف أشكاله وأنواعه، ويمكن القول ان كامل فقرات المادة53 تشكل ضرر للزوجة.

فالمشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية، وبدون اي قيد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره هذا .

وقد ذهبت المحكمة العليا في عديد من قراراتها الى منح الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا، حيث جاء في احد قراراتها:

1-من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، ان الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه، والقضاء بما يخاف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة[2].

وعليه يستوجب نقض الحكم، الذي يقضي بتطليق الزوجة اذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها.

حتى يتسنى للزوجة التطليق، يجب أن تكون متضررة بالفعل من زوجها وان تثبت ذلك الضرر الواقع عليها.، وهذا شرط جوهري في التطليق بل هو الذي يميزه عن الخلع فلا يكفي نفورها من زوجها وعدم رغبتها فيه للتطليق ، لان في هذه الحالة يمكن ان تلتجئ الى الخلع[3].

2- ان القواعد الشرعية التي تقر ان الزوجة لها الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقد الزواج، او سبق ان سكنت مع أقارب بعلها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم.

---

[1] – قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص73.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص76.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص76.

وحيث ان المستفاد من مراجعة القرار المنتقد، ان الزوجة أسست طلبها للانفصال بالسكن عن أهل زوجها، على الضرر الذي تشكوه من العيش مع أختين له عانستين تعيشان تحت سقفه، وموضة ان هاتين تتعديان عليها بسوء معاملتهما والاهانة والضرب[1].

وحيث لم ياخد قضاة الموضوع بالاعتبار تلك الشكوى، واكتفوا بإلزام الزوج بإعداد السكن المطلوب بشقة لاحقة بدار اهله وفي جوارهم مباشرة، مع ان الزوجة تشتكي من ذلك الجوار بنفسه، فلهذا يكون قراراهم هضم حقا ثابت للزوجة شرعا بما يعرض النقض والإبطال.

يعتبر الحصول على مسكن منفرد بشروط من بينها حال الزوج من احد حقوق الزوجة، غير ان المجلس لم يحترم هذا الحق ولم يمكن للزوجة منه، حيث المحكمة العليا رأت الضرر ونقضت قرار المجلس.

المطلب الثاني: معوقات اثبات الضرر:

لقد اعطى المشرع الجزائري للمرأة كل الحق في فك الرابطة الزوجية اذا كانت متضررة من خلالها وذلك حسب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، إلا انها ذات طابع مقيد لانها تشترط استخدام وسائل الاثبات، ويصعب على المرأة تقديم الدلائل فيما تدعيه[2] .

الفرع الأول: اشكالات اثبات الضرر من حيث النصوص:

لقد خول الشرع والقانون للمرأة الحق في طلب التطليق، إلا انه مقيد بوجوب إثبات الضرر الواقع عليها، وإلا رفضت دعواها لعدم التأسيس، وهذا ما تنتهي إليه معظم دعوي التطليق، ما يعني أن هناك اشكالات في إثبات الضرر من خلال فقرات المادة53 من قانون الأسرة الجزائري[3].

البند الأول: في عدم النفقة:

ان النص تطلب في حالة امتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، وعلى ما يبدوا انه لا ضرورة لهذا الحكم لان النفقة واجبة في الأصل وبحكم الشرع والقانون، فكان من المفروض انه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية، وكذا امتناع الزوج عن النفقة حيث يظهر إشكال أيضا هنا، اذ

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص77.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص78.

[3] – قورداش فاطمة–المرجع نفسه–ص78.

انه من الصعب اثبات عدم انفاق الزوج، وحتى لو افترضنا انها استطاعت اثبات ذلك، فيقوم القاضي مباشرة بتوجيه اعذارا للزوج ينذره فيه بان ينفق على زوجته فورا، او يحدد له أجلا ان كان معسرا وإلا تعرض للمتابعة باجباره على الإنفاق، وبامكان الزوجة ان تطلب التطليق اذا لم ينفق.

بينما عند الفقهاء اذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، ولم يجد ما ينفق عليها في حين انها لم تصبر عليه جاز لها ان تطلب التطليق عند القاضي، فإذا رفعت امرها اليه امر هذا الأخير الزوج وخيره بين الإنفاق او الطلاق، واذا لم يفعل واحد من هادين قام القاضي وطلقها عليه واليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة، فهم لا يشترطوا حكم القاضي بالنفقة وهذا ما كان عليه ان يقوم به المشرع الجزائري[1] .

والذي يعاب أيضا على هذه الفقرة هو انها أشارت اذا كانت الزوجة عالمة بإعسار زوجها قبل الزواج، فلا يجوز لها طلب التطليق لانها رضيت به زوج وهو معسر.

صحيح ان بعض الفقهاء في كتبهم الفقهية لا يسمحون بالتطليق لسبب عدم الإنفاق ، غير ان هناك بعض المعطيات، صارت تفرض نفسها بسبب تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، فلو سلمنا بما هو منصوص عليه في القانون بصورة مطلقة لعاقب القانون كثير من الزوجات بسبب اختيارهم، فلو فرضنا ان الزوجة ما رغبت الزواج برجل ليست لاعتبارات مالية وانما لاعتبار آخر كالشهادة الجامعية.

أي كونه خريج جامعي ولكنه لم يحصل على وظيفة بعد ظنا منها بان المسالة عابرة وقتية، وبعد الزواج طال انتظارها ولم يحصل الزوج على الوظيفة، ولم يتمكن من توفير النفقة لها، إلا يحق لها طلب التطليق اذا أرادت، بل قد تكتشف بعد الزواج بان الزوج يتقاعس في البحث عن العمل يمكنه من الإنفاق عليها.

ان التمسك بحرفية النص السابق يؤدي الى القول بانه لا يحق لها طلب التطليق، لكن أخدنا بروح النص نقول بان لها الحق في طلبه[2].

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص79.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص80.

ولذلك كان على المشرع ان عدل في النص بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة، تجمع بين المبدأ والاستثناء وخصوصا اذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق، ولا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها عن طلب الطلاق.

كما الملاحظ في حالة امتناعه عن الإنفاق مع قدرته واعساره، وانه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر الزوج بها او امتنع عنها في التفريق للإعسار، وانه لم يفرق بين الزوجة الغنية ولا الزوجة الفقيرة في التفريق للإعسار، وانه لن ينص على اي اجل يتعين مروره بين تاريخ الحك بوجوب النفقة وتاريخ اقامة الدعوى او طلب التطليق، مما يستوجب الرجوع الى أحكام الفقه المالكي لتكملة النص، باعتبار ان المالكية هي مصدر التشريع في هذه المسالة، وليس كما ذهب بعض الشراح استنادا الى المادة222 من قانون الأسرة الجزائري باعتبار ان بعض المذاهب لا تعترف أصلا بالتطليق لعدم الإنفاق كالمذهب الحنفي.

وكل هذه الانتقادات على الفقرة1 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري تصبح إشكالات على الزوجة مواجهتها لاثبات الضرر وحصولها على حقوقها[1].

البند الثاني:ا لعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

ان الفقرة2 من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري تكلمت عن العيوب التي توجد في الرجل، فهي اخدت براي الأحناف وقصرت حق طلب التفريق على الزوجة وحدها، والمصلحة تقضي براي الجمهور، ويعطي لكل من الزوجين حق الطلب بالتطليق بالعيب المستحكم في الأخر، ولا يقال أن الزوج يملك الطلاق فلان أعباء التطليق غير أعباء الطلاق[2].

كذلك الذي يعاب على المشرع الجزائري في هذه الفقرة، انه حصر العيوب في تلك العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، قاصدا العيوب التناسلية ومتجاهلا العيوب الاخرى التي قد تنفر الزوجة من زوجها حتى ولو لم تأثر على الهدف المرجو من الزواج، خصوصا اذا كانت تجهلها قبل العقد او الدخول مثل العرج والعمى وباقي الاعاقات الاخرى.

أيضا القانون لم يحدد مدة إهمال الزوج الذي يؤدي الى خلاف قضاة المحاكم من ناحية، وبين المتقاضين أنفسهم من ناحية أخرى، إلا انه جرى القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدة

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص81.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص81.

للزوجين وهي سنة وانتظار انتهائها ومدى شفاء الزوج من العيب الذي هو سبب الدعوى التطليق، فقد كان من الأحسن على المشرع الجزائري ان يبين هذه المدة في نص المادة كما هو الحال في القانون السوري في المادة 107 والتي تقول على انه "اذا كانت العلل المذكورة في المادة105 قابلة للزوال ممكنا، يؤجل الدعوى لمدة لا تتجاوز السنة فإذا لم تزل فرق بينهما[1]".

البند الثالث: الهجر في المضجع:

فيما يخص الهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق، فهو الأخر يتضمن إشكالات:

أولها ان المشرع الجزائري اغفل ذكر الايلاء الذي يكثر بين الناس لدعاويه المتعددة، إضافة الى انه قاعدة شرعية ذكرها الكريم في قوله تعالى :" **للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا والله رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم**".[2]

كان على المشرع التحدث عن الايلاء وذلك لتشابهه مع الهجر، اذ ان الايلاء أيضا يلحق ضررا بالزوجة بسبب هجرها، وترك ما هو من لوازم البشرية، وذلك بالامتناع عن معاشرتها جنسيا ونظرا للضرر بها قيده الإسلام بأربعة أشهر، فالايلاء تعليق الطلاق على امر من الأمور يجب الا يلجا اليه الأزواج أما الهجر في المضجع فهو تأديب.

فالمشرع أهمل الايلاء لأنه يمين معلقة على شرط، فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع، ولكن ذلك لا تيم على حساب قاعدة شرعية جعلها لله لعدم الحصول، ولما كان المشرع قد جعل الشريعة مصدرا للأحكام التي لم يرد في شانها نص، على هذا وجب التكلم على الايلاء كسبب للتطليق في هذا المكان لتشابهه مع نص المادة53 الفقرة3 من قانون الأسرة الجزائري[3].

كما ان المتأمل في هذه المادة يلاحظ عدم تبيانها لنوع الفرقة الحاصلة بسبب الهجر لمدة اكثر من اربعة أشهر، هل تعتبر طلاقا رجعيا كما ذهب اليه جمهور العلماء، أم تعتبر طلاقا بائنا كما قال بذلك الحنفية؟ ام ان كل طلاق يحدثه القاضي هو طلاق بائن؟ هذا ما لم تحدده المادة ولم تنص عليه.

---

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص81.

[2] –سورة النساء–الاية44.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص83.

البند الرابع:الغيب بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة:

ولقد قصد المشرع الجزائري بالغائب هو من منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل الإقامة، او إدارة شؤونه بنفسه لمدة سنة وتسبب غيابه ضرر لغيره.

وهنا وجب عدم الخلط بين أحكام هذا النص مع أحكام المادة112 سببه دفع الضرر عن الزوجة، وليس حمايتها من الإضرار بها كما تقضي الحالة الأولى، ان يكون الزوج معلوم الوجود

ومحقق من امر حياته، في حين ان الحالة الثانية تفترض ان لا يعرف مكانه ولا يعرف ان كان حيا او ميتا، والإشكال الثاني هو اذا رفعت الزوجة دعوى التطليق بسبب الغياب عليها اثبات حالة لغياب لمدة تفوق السنة، وانتفاء عذر الغياب او الاستمرار فيه، وكان من الأحسن لو ان المشرع الجزائري فصل في الموضوع بشكل يرفع اللبس، فقد يكون منطلق غياب الزوج له ما يبرره، كالبحث عن وظيفة فالخرج ويتعمد بهد ذلك عدم العودة الى الزوج[1].

كما ان الغياب غير مبرر للزوج يعني انه قد تعمد الإضرار بها، وهذا سبب كاف وحده لطلب الطلاق بغض النظر عن الإنفاق، فكان على المشرع ان يكتفي بالغياب بدون عذر ولعله قصد الإضرار المزدوج في صورته المادية والمعنوية، ولكن كان من الأحسن على المشرع الجزائري ان يتبع الفقه المالكي والحنبلي، اذ انه اذا مضت السنة فلها ان تطلب التطليق للضرر من الغياب ولو ترك لها مالا تنفق منه وهي نظرة صائبة لان غياب الرجل عن البيت سيترك فراغا كبيرا تتأذى منه الزوجة والأولاد، والواقع الاجتماعي يؤكد ان انحراف الأولاد سببه الرئيسي هو الأبوين او احدهما وبخاصة الأب.

فهذه المسالة تتعلق بالغياب لمدة محددة في هذا القانون بغض النظر عن الإنفاق منه.

الغياب اذا طال مدته بغير مبرر يعتبر ضررا للمرأة، وهذا هو الاصوب.

البند الخامس:ارتكاب فاحشة مبينة:

لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالفاحشة، ويتصور انها تتصرف الى الخيانة الزوجية، او الجرائم الأخلاقية، ولم يتحدث النص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الامر صدور حكم

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص83.

بالإدانة؟ ام يكتف اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة؟ خصوصا انه من الناحية القضائية فان الزوجة مطالبة بالاثبات[1].

في الأخير كل هذه الإشكالات المتعلقة في بعض الاحيان عن سوء صياغة فقرة او عن إهمال جزئيات ضرورية كان للابد على المشرع الجزائري ذكرها والتطرق إليها جعلت القضاة لا يحسنون تطبيق هذه المادة(53 من قانون الأسرة لجزائري) بسبب غموض فقرات هذه المادة وبالتالي ما ينتج عنه غاليا رفض دعوى الزوجة في طلبها التطليق لعدم التسييب[2].

الفرع الثاني: إشكالات اثبات الضرر من حيث التطبيق:

بعدما تطرقنا الى إشكالات اثبات الضرر من حيث النص ، كان لابد من التطرق الى هذه الإشكالات من حيث التطبيق ، فما هي هذه الإشكالات؟

البند الأول : في تناقض الأحكام

تتمثل إشكالات اثبات الضرر من حيث التطبيق، في تناقض أحكام قضائية في قضايا متشابهة، وعلى هذا قمنا بالمجيء ببعض القرارات القضائية أمثلة عن هذا الإشكال:

1- بتاريخ1989/02/01 اعتبر ان الشهادة الطبية لاثبات اعتداء الزوج لا يعد سببا كافيا للطليق للضرر وجاء في حيثيات القرار ما يلي : حيث ان تطليق الزوجة على زوجها يتوقف على ان يكون لها احد أسبابه الشرعية، وحيث ان الزوجة لم تقدم سوى شهادات طبية التي لا يعمل لها في هذه الأمور وحدها اذ الطبيب لم يشاهد فعل الضرب، وانما يشهد على ما يراه في أعلى جسم الإنسان، ومن ثم لا يوجد اي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، اذا حكم بالتطليق فانه خالف القواعد الشرعية والقانونية الامر الذي يستوجب معه النقد.

صحيح ان للمرأة الحق في طلب التطليق لكن هذا الحق مقيد بشرط اثبات الضرر، وثم على سلطة القاضي التقديرية في تقدير هذا الضرر، فللإثبات الضرر للمرأة الحق في استعمال كل وسائل الاثبات كما هو الحال في هذا القرار، حيث استدلت الزوجة بشهادة طبية لاثبات الضرر، غير ان القاضي لم يرقى بهذه الأخيرة الى حد الدليل الكافي لإدانة زوجها وبالتالي الحصول على التطليق[3].

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص84.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص84.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص84.

غير انه في قرار آخر وتقريبا بنفس الحيثيات جاء القرار مناقضا لهذا القرار : حيث يقول هذا القرار:

2- لا يعد شرطا في دعوى التطليق للضر المعتبر شرعا، اثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط بل يكفي الاثبات بالشهادة وحسب .

يمكن اثبات الضرر الواقع على الزوجة من زوجها، بكل وسائل الاثبات منها الشهادة الطبية[1].

3- من المقرر قانونا، ان تقدير الضرر مسالة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع .

ومتى تبين ان الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابت وان عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون[2].

اعتبرت المحكمة العليا ان عدم اتمام الزواج بالدخول يشكل سببا من أسباب التطليق، هذا لما قد يأتي به من ضرر معنوي للزوجة، فالقاضي هنا بالاضافة الى الحكم بالتطليق مكن للزوجة تعويض، وبذلك طبق المادة53 من قانون الأسرة التي تقول:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

فهنا المحكمة العليا وفقت في قرارها ولكن في قانون أخر مشابه لهذا القرار قضت بقرار مخالف والذي جاء فيه:

4- حيث ان القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها.

بالاضافة الى ذلك ، فالقرار المطعون فيه ذكر في أسبابه انه تبث للمجلس من وقائع الدعوى، ان الأسباب التي اعتمد عليها المستانف عليه في طلب الطلاق وقبل الدخول غير ثابتة، وعدم اثبات الزواج بالدخول قد يلحق اضرار معنوية للمستانفة، ومع ذلك فمسالة الضرر ما هي

[1] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص85.

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص85.

الا مسالة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع مما يجعل الوجه غير مؤسس، الامر الذي يتعين معه رفع الطعن.

ترجع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر، ان كان هذا الضرر يستحق التعويض ام لا، حيث في هذا القرار رأى القاضي ان الزواج وعد اتمام الدخول يشكل ضررا، لكنه لا يرتقي الى الضرر الذي يستحق التعويض، وهنا نلاحظ ان هذا القرار القضائي رقم04.

5- من المستقر عليه فقها وقضاءا، ان دعوى طلب التطليق من قبل الزوجة قبل الدخول، لا تقبل الا اذا كانت من وليها، ولا يجاب الا اذا كان له سبب وجيه ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية[1].

ولما كان من الثابت ان المجلس لما قضي بقبول دعوى الزوجة الغير المدخول بها، والحكم بتطليقها يكون قد خالف المبادئ الشرعية، رغم انها لازالت تحت سلطة الولي المجبر، والذي يعد مسؤولا عن اتمام الزواج او تحمل نتائج المطعون فيه.

متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

اعتبرت المحكمة او الزوجة الغير المدخول بها اي البكر، لا تستطيع ان ترفع دعوى التطليق الا بوجود وليها بناء على ان الولي في الشريعة الإسلامية هو الذي يقوم بتزويجها وبناءا على ذلك كان لابد عليه من تطليقها أيضا، وهذا المبدأ لم يحترمه المجلس ولهذا نقضت المحكمة العليا هذا الحكم واتبعت ما جاء في معالم الإسلام الكريم[2].

6- ترفع دعوى التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف وليها.

يعتبر الولي في عقد الزواج ركن من أركانه، وليس شرطا من شروطه فتستطيع المرأة في عقد الزواج ان تختار اي احد يتولاها، ولا يشترط ان يكون أبواها او احد أقاربها فإذا استطاعت المرأة ان تتزوج بكل هذه السهولة فهذا الشيء ينطبق أيضا على الطلاق.

وهذا قرار المحكمة العليا جاء متناقض مع قرار آخر والذي يقول انه لاحق للمرأة ان تطلق من دون وليها.

[1] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع السابق-ص86.

[2] - قورداش فاطمة الزهراء-المرجع نفسه-ص87.

البند الثاني: في مخالفة مبدأ التطليق:

1)- القرار المطعون فيه، قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية في الطلاق الذي هو ملك في عصمة الزوج، الذي ما فتئ في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته، وبالتالي الحكم بتطليقها من طرف قضاة الموضوع، لا مبرر له لا شرعا ولا قانونا[1].

لقد أوكل المشرع مثير العشرة الزوجية الى إرادة الزوج طبقا لأحكام القانون ومقتضى السنة، وهذا تماشيا مع طبيعة الرجل الذي يغلب عليها الاتزان والحكمة، لكن في المقابل خول للمرأة الحق في طلب التطليق، اذا كان في هذا رفعا للضرر وعلى عكس ما جاء في القرار فلا يشترط ان يكون التطليق برضا الزوج، فيتم رغم معارضته طالما ان الزوجة متضررة من العشرة الزوجية معه وحقوقها مهضومة، فما جاء به هذا القرار يعتبر احد من إشكالات اثبات الضرر من حيث التطليق[2].

2)- من المقرر شرعا وقضاءا ان الحكم بتطليق الزوجة جبرا على زوجها يكون مخالفا للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت ان الزوج متمسك بطلب إرجاع زوجته في سائر مراحل النزاع، ومع ذلك فان قضاة الموضوع قضوا بالطلاق بين الزوجين بتظليم الزوجة، فانهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا قواعد شرعية وقضائية[3].

ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

يعتبر التطليق سلاح في يد المرأة ضد الأضرار التي تواجهها من طرف زوجها، وبالتالي اذا توافرت لديها الأسباب التي تدعوا الى التطليق والتي تكون معلل بإحدى وسائل الاثبات، فهنا يحكم القاضي بالتطليق وحتى بدون رضا الزوج، ومن بين الوسائل المعمول بها هي (شهادة الشهود، شهادة الطبية، حكم قضائي ضد الزوج).

ومن خلال ما سبق من ذكره من الأحكام القضائية يرى ان مبدأ التطليق قد تم خرقه، وذلك لأنه في حالة عدم موافقة الزوج بالتطليق فانه لا يتم وهذا منافي لمفهوم التطليق[4].

---

[1] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص87.

[2] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص88.

[3] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص88.

[4] – قورداش فاطمة الزهراء–المرجع نفسه–ص88.

المبحث الثاني:الآثار المنجرة عن التطليق:

بعد دراسة القاضي لدعوى التطليق المرفوعة من قبل الزوجة استنادا الى احد الأسباب المذكورة في المادة53 من قانون الأسرة وبقبول طلبها يصدر حكمه بالتطليق، والذي تنجر من بعده اثار عدة .

فما هي اثار هذا الحكم من الناحيتين الإجرائية والموضوعية؟

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شان التطليق:

الأصل ان جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية، قابلة للاستئناف طبقا لنص المادة03 من قانون الإجراءات المدنية الا ما استثني بنص خاص .

وجاء في المادة57 من قانون الأسرة ان الأحكام بالطلاق لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائية الا في جوانبها المادية لكنها لم تنص على انها تصدر قضائية.

فماذا يقصد بأحكام الطلاق، وهل تندرج أحكام التطليق ضمنها؟

لقد اختلفت أراء ووجهات نظر رجال القانون في مدى قابلية أحكام التطليق للطعن فيها بالاستئناف، وانقسموا في ذلك فريقين، ينادي الأول بعدم جواز الطعن في بالاستئناف في هذا النوع من الأحكام، بينما ينادي الثاني بقابليتها له، ولكل منهما حججه واسانيده وذلك[1] ما سيعرض فيما ياتي:

الفرع الأول: عدم جواز الطعن بالاستئناف:

أخذ أصحاب هذا الاتجاه بحرفية نص المادة57 من قانون الأسرة، وبذلك فهم لا يجيزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتطليق، ولا يفرقون بين الأحكام الصادرة بالطلاق بناءا عن الإرادة المنفردة للزوج ولا بالطلاق بالتراضي ولا بالتطليق بطلب من الزوجة، وجعلوها كلها غير قابلة للاستئناف، مستندين في ذلك على المادة48 من قانون الأسرة، التي نصت على ان الطلاق

[1] – منصوري نورة–التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية–دار الهدى–عين مليلة–الجزائر– الطبعة الأولى–ص73.

حل عقد الزواج ويتم بارادة الزوج او بتراضي الزوجين او بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53 و54 من نفس القانون[1].

ولهذا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا، اذ صدر عنها عدة قرارات في هذا المضمار اعتبرت فيها الأحكام بالتطليق غير قابلة للاستئناف وذلك عندما قبلت الطعن فيها النقض مباشرة علما ان الطعن بالنقض لا يجوز الا في الأحكام الصادرة عن المحاكم ابتدائيا وقضائيا تبعا لما تقضي به المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية وما قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض مباشرة في أحكام التطليق سوى دليل يؤكد على انها تعتبرها أحكاما قضائية[2].

الفرع الثاني: جواز الطعن بالاستئناف:

يرى أنصار هذا الاتجاه ان أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف باعتبار هذا الاخير، احد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية والذي يطرح في حد ذاته مبدأ أساسي من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري الا وهو مبدأ التقاضي على درجتين.

فالقاعدة العامة هي ان جميع الدعاوى ترفع أمام المحكمة الابتدائية وجميع أحكامها تكون ابتدائية ومن ثمة قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية الا ما استثني بنص خاص وتلك القاعدة المكرسة بمقتضى المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية[3] .

وبرروا ذلك بان الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاقا، وماعدا ذلك فهو فسخ ويترتب على هذا التمييز ان الطلاق هو عمل ولائي وليس للقاضي فيه الا دور الموثق بحيث يكشف عن إرادة الزوج ويكرسها لا غير باعتبار ان المادة48 من قانون الأسرة الجزائري أكدت ان الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي.

أما التطليق فيعد من صلب عمل القاضي، وبذلك فهو عمل قضائي بحيث يختلف في التقدير من قاضي الى آخر، لذلك وجب رقابته من طرف قضاة الاستئناف وعلى هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للاستئناف.

---

[1] – منصوري نورة–المرجع نفسه–ص74.

[2] – منصوري نورة–المرجع السابق ص75.

[3] – منصوري نورة–المرجع نفسه–ص75.

وبحسب رأي الأستاذ "زودة عمر" فانه اذا رجعنا الى أحكام الشريعة الإسلامية فانه يقصد بمصطلح الطلاق ذلك الأثر الذي يترتب على استعمال الزوج لحقه الإرادي، وينجر عنه حل للرابطة الزوجية في الحال مالم يكن مكملا للثلاث.

أما الفرقة التي لكي لا تكون نتيجة استعمال الحق الإرادي للزوج فهي غير مشمولة بمصلح الطلاق بل يطلق عليها مصطلح الفسخ فعندما يمارس الزوج حقه الإرادي يترتب عليه حل الرابطة بإرادته.

ويفهم من سياق نص المادة48 من قانون الأسرة الجزائري ان عبارة" ويتم بارادة الزوج" تعود على الحل وليس الطلاق الذي يقع بناءا على إرادة الزوج في حين التطليق يعد طريق من طرق حل الرابطة الزوجية ويقع بطلب من الزوجة[1] .

وبذلك فالأحكام القاضي بحل الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة وبناءا على معيار التمييز بين الفسخ والطلاق وبالتالي لا يمكن ان تدخل نص خاص.

ومن ثم تسترجع القعدة العامة سلطاتها وتصبح الأحكام الفاصلة في مسلة التطليق قابلة للاستئناف.

المطلب الثاني: توابع التطليق:

ان الآثار القانونية لكل من الطلاق والتطليق واحدة ففقد أوردها قانون الأسرة في مواد متفرقة تنحصر بين المادتين(58الى76) من قانون الأسرة، منها ما يثبت للزوجة ويمتثل في العدة والنفقة والسكن والتعويض، ومنها ما يثبت للأولاد ويتمثل في الحضانة والنسب والنفقة[2]، وتفصيلا لهذه الآثار سنتناولها ضمن فرعين كما يلي:

[1] – منصوري نورة–المرجع نفسه–ص76.

[2] –نذير سعاد–مرجع سابق–ص74.

الفرع الأول: اثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة:

البند الأول: العدة:

تعرف العدة على انها الأجل الذي أوجبه الشرع والقانون على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق، او الفسخ او التطليق، او الخلع، او بوفاة زوجها، لانقضاء ما بقي من اثار الزواج، وان تتربص ولا تتزوج الا بعد انتهاء الأجل المحدد شرعا وقانونا[1].

وعدة المطلقة بالنسبة للمدخول بها هي ثلاث قروء اي ثلاث حيضات أو ثلاثة طهور من ثلاث حيضات، مصداقا لقوله عز وجل: **{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ [2]}**، وهذا ما ورد في المادة58 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على انه " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

أما اذا كانت المطلقة الغير المدخول بها، فانه لا تجب عليها العدة مطلقا، اذا لم تكن هناك خلوة صحيحة اثر عقد صحيح.

وتكتمل عدة الحامل بوضع حملها، مصداقا لقوله عز وجل **{وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا[3]}**.

. وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الحكم بالتطليق، وهذا طبقا للمادة 60 من قانون الأسرة الجزائري[4].

أما اليائسة من المحيض هي التي لا تحيض لكبر سنها او لمرض يمنعها من الحيض، فتعتد حسب المادة 2/58 من قانون الأسرة الجزائري بثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بالتطليق وهذا تطبيقا لقوله

---

[1] - منصوري نورة-المرجع نفسه-81.

[2] - سورة البقرة-الاية228.

[3] -سورة الطلاق-لاية04.

[4] - نذير سعاد-المرجع نفسه-ص75.

سبحانه تعالى{:وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا[1]}

البند الثاني: النفقة:

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

1- نفقة العدة:

تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة وتحددها المحكمة اجماليا او شهريا وهذا ما نصت عليه المادة61 من قانون الأسرة، ويسقط هذا الحق شرعا اذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض فيه العدة دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز[2].(المقدمة)

والجدير بالذكر ان المطلقة غير المدخول بها لا نفقة لها باعتبارها لا تعتد[3].(الأسرة الجزائري)

فالمطلقة طلاقا رجعيا لها كل الحق في النفقة طيلة مدة العدة، بكل مشتملاتها من مأكل ومشرب وسكنى وعلاج وكسوة[4].

2-نفقة الإهمال:

لقد أقرت المادة 74 من قانون الأسرة ان نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها، فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية الى غاية صدور حكم التطليق وللقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين[5].

---

[1] -سورة الطلاق- الاية04.

[2] – منصوري نورة-المرجع نفسه-ص83.

[3] – نذير سعاد-المرجع نفسه-ص76.

[4] – نذير سعاد-المرجع نفسه-ص76.

[5] – منصوري نورة-المرجع نفسه-ص84

البند الثالث: التعويض:

حسب المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق، ان يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر.

والتعويض هو ما يعطى للمضرور لجبر الضرر الذي لحق به، او هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرار على الغير، وقد يتداخل مفهوم التعويض مع المتعة، والتي يقوم الزوج بدفعها لزوجته اذا وقع منه الطلاق، وهي عبارة عن تعويض لما أصابها من ضرر، وجبر لخاطرها لما قام به من هدم هذا الميثاق الغليظ، غير انه اذا كان الطلاق من طرف الزوجة فلا متعة لها .

غير ان حكم القاضي بالتعويض للزوجة، يكون على أساس الضرر الذي يلحق بها بكافة وسائل الاثبات، حتى يحكم القاضي لها بالتعويض عنه، وهذا ما ذهب اليه القضاء الجزائري[1] .

البند الرابع: النزاع حول متاع البيت:

فمن بين اثار الحكم بالتطبيق، استرجاع متاع بيت الزوجية، غير انه قد ينشا نزاع بين الزوجين حوله، فيدعي كل من الزوجين ان المتاع له وملكه الخاص، وذلك في حالة ما اذا لم يكن لكل منهما ما يثبت صحة ما يدعيه كل منهما كوصولات الشراء او اي سند آخر من شانه فض النزاع بين الزوجين[2].

وقد نصت المادة73 من قانون الأسرة الجزائري على انه " اذا وقع نزاع بين الزوجين او ورثتهما في متاع البيت وليس لأحد منهما بينة، فالقول للزوجة او ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج او ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات يتقسماها مع اليمين[3].

يتضح من خلال هذه المادة ان النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له البينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين او ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة او ورثتها في الأشياء المعتادة للنساء **كالحلي والجواهر**، أما اذا

---

[1] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص77.

[2] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص78.

[3] – منصوري نورة–المرجع السابق–ص89.

كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال **كأدوات الصيد او التجارة**، فان الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، وله ان يأخذه طالما ان الزوجة لا تملك البينة الكافية[1].

الفرع الثاني: اثار الحكم بالتطليق بالنسبة للأبناء:

لا تقتصر اثار الحكم بالتطليق على الزوجين فقط، إنما تمتد كذلك للإبن فترتب عنه اثار هامة بالنسبة للأبناء، وذلك ان كان لهما أبناء مشتركين، وتتمثل هذه الآثار فيما سنعرضه بالشكل التالي:

البند الأول: النسب:

يعرف النسب بانه إلحاق الولد ذكرا كان او أنثى بوالديه شرعا وقانونا[2].

فلقد حرص الإسلام على ان ينسب الولد لأبيه، وعد ذلك من نعم الوجود لقوله تعالى:"وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا".

كما حرم على الآباء ان يمكروا نسب أولادهم، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم – انه قال: أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق[3]".

ويثبت نسب الولد لامه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح او غير ذلك، في حين يثبت نسب نسب الولد لأبيه في الحالات التالية الفراش، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم–" الولد للفراش وللعاهر الحجر" إضافة الى الإقرار والبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من قانون الأسرة وهو ما تضمنته فحوى المادة40 من ذات القانون.

لكن اذا ادعت المرأة بأنها حامل بعد تطليقها، فهل ينسب هذا الولد مباشرة الى الزوج دون قيد او شرط ام ان هناك شروط لا بد من توفرها؟

لقد نصت المادة 43 من قانون الأسرة على انه " ينسب الولد الى أبيه اذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة" وبهذا النص يكون المشرع وضع شرطا واحدا

---

[1] – نقل بتصرف– نذير سعاد–المرجع نفسه–ص79.

[2] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص80

[3] – منصوري نورة–المرجع نفسه–ص92.

لإلحاق الولد الزوج المطلق وهو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين، وعليه فإذا وقعت الولادة خلال هذه المدة ينسب المولود لأبيه دون خلاف، في حين اذا وقعت ولادته بعد مرور اكثر من عشرة أشهر من تاريخ التطليق فان المولود لا يلحق بالزوج لاحتمال نسبه لشخص آخر، وبالتالي يحق لكل ذي مصلحة من الورثة او من ممثلي النيابة العامة او غيرهما ان يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء ليطلب نفيه[1].

البند الثاني : الحضانة:

الحضانة تعتبر من أهم الآثار التي تترتب عن الطلاق بصفة عامة بالنسبة للأبناء.

وتعرف **الحضانة لغة:** بأنها مصدر الحضن، ويقال حضن الطائر بيضه اي ضمه الى جناحه.

أما **اصطلاحا:** فإنها تعرف على انها رعاية الولد وتعليمه وتربيته والسهر على حمايته وحفظه خلقا وصحة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة62 من قانون الأسرة الجزائري.

ويلاحظ ان المشرع الجزائري عرف الحضانة انطلاقا من أهدافها، التي تعتبر من قبيل الواجبات التي تقع على عاتق الحاضن، لكن هذا لا يعني ان الحضانة هي حق خالص للطفل، فكما تعتبر واجب تقع على عاتق الحاضنة ، فإنها تعتبر حقا لها .

وحماية لمصلحة المحضون، لابد من توافر شروط معينة في الحاضن، رغم ان المشرع لم يبينها بوضوح مكتفيا فقط بالنص في الفقرة 2 من المادة62 من قانون الأسرة على ان يكون الحاضن أهلا لتولي الحضانة، تاركا الامر للسلطة التقديرية للقاضي[2].(قانون الأسرة)

كما حدد القانون مدة الحضانة القصوى في المادة65 منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، ويجوز في حالات استثنائية تمديدها الى اكثر من ذلك على ان تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو 16 سنة طبقا للمادة 42 من القانون المدني[3].

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

---

[1] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص80.

[2] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص81.

[3] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص83.

– ان يرفع طلبه الى المحكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة الى اكثر من عشرة سنوات وذلك على حسب ما جاء في المادة68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها " ان صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة و الا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني".

– ان حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للام وحدها.

– ان تكون الأم غير متزوجة لان الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة الا اذا كان زوجها من محارم المحضون.

– ان ياخد القاضي بعين الاعتبار في تمديد تلك الفترة أمرين وهما:

1– الا يتجاوز فيها 16 سنة.

2–ان ينظر الى مصلحة المحضون.

وتسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم وبتنازل الحاضنة عن هذا الحق وباختلال شروط المادة62 من قانون الأسرة، واذا لم تطلب في اجلها القانوني المحدد بمدة تزيد عن سنة بدون عذر.

وقد تم النص على هذه الأسباب بمقتضى المواد 66 الى 70 من قانون الأسرة[1].

البند الثالث: نفقة المحضون وسكنه:

حق الأبناء في النفقة في الأصل التزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر الى ما بعد الطلاق، ويظل الحق قائما طالما لم يستغنوا عنه بالكسب، فيقع على عاتق الأب توفير احتياجات الطفل من مأكل ومشرب وملبس وكذا علاجه، وغيرها من الأمور التي جرى العرف على اعتبارها ضرورية، وهذا حسب المادة78 من قانون الأسرة الجزائري[2].

والتزام الأب بالنفقة التزام مؤقت، حيث يتوقف على الإنفاق على الذكر ببلوغه سن الرشد، أما الأنثى فيبقى ينفق عليها الى غاية زواجها والدخول بها.

غير انه يلتزم بالاستمرار في النفقة على الولد حتى ولو كان بالغا سن الرشد، اذا كان عاجزا عن الكسب لآفة في البدن كالشلل، او لانشغاله عن الكسب بالدراسة وطلب العلم، وهذا طبقا للمادة75 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] – منصوري نورة–المرجع نفسه–ص96.

[2] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص86.

فان كان غائبا او مفقودا او معسرا وعاجزا عن الإنفاق على أولاده، فان النفقة في هذه الحالة تجب على الأم، وهذا حسب المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري، اذا كان باستطاعتها ذلك[1].

أما اذا رفض الأب الإنفاق على أبنائه، فلهم الحق في مطالبته بالنفقة عليهم أمام القضاء، وتمثل الأبناء القاصرين أمهم، وهنا يقوم القاضي بتقدير قيمة النفقة مراعيا في ذلك حال الطرفين وظروف المعيشة حسب المادة79 من قانون الأسرة الجزائري.

واستحقق النفقة يكون من تاريخ رفع دعوى المطالبة بالنفقة على ان لا يحكم القاضي بالنفقة لمدة تتجاوز سنة قبل رفع هذه الدعوى، وهذا ما جاء في المادة80 من قانون الأسرة الجزائري.

ويمكن للقاضي طبقا للمادة79 من قانون الأسرة الجزائري ان يراجع مقدار النفقة لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم في دعوى النفقة .

وقد يتعرض الأب الممتنع عن أداء النفقة الى عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 1/331 من قانون العقوبات الجزائية[2].

البند الرابع: حق الزيارة:

بعد ان رتب المشرع أصحاب الحضانة في المادة64 من قانون الأسرة، نص قي الفقرة الثانية منها"على ان القاضي عندما يحكم إسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة " وهذا يعني بكل وضوح انه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة الى الأم او غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في ساعات وأيام وفي أماكن محددة وفي العطل و المواسم الدينية والوطنية، واذا حكم بإسناد الحضانة للأب وغيره، يجب عليه بالمقابل ان يحكم للام بحق الزيارة كذلك[3].

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 أفريل 1990 تمت رقم 59784 جاء فيه :" متى أوجبت أحكام المادة64 من قانون الأسرة الجزائري على ان القاضي

---

[1] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص86.

[2] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص86.

[3] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص86.

حينما يقضي بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة فانه من الواجب ان يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب ان يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما يحتاجون اليه والتعاطف معهم.

ومن تم فان القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القانون المطعون فيه[1].

[1] – نذير سعاد–المرجع نفسه–ص86.

الخاتمة

في نهاية دراستنا هذه والتي حاولنا من خلالها تحليل المادة 53من قانون الأسرة الجزائري ومناقشتها آخذين بعين الاعتبار مدى أخد المشرع بأحكام الشريعة.

حيث نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للمرأة طلب التطليق عند كل ضرر معتبر شرعا، وذلك ما يتضح جليا من خلال المادة 53 منه، والتي تقضي بجواز طلب المرأة للتطليق في عشرة حالات وهي: عدم الإنفاق، أو للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو الهجر في المضجع أكثر من أربعة أشهر، وكذا الحكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لأكثر من سنة ففيها مساس لشرف الأسرة، وتستحيل معها سيرورة الحياة الزوجية، وكذلك الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، بالإضافة إلى ارتكاب فاحشة مبينة، ومخالفة الأحكام الواردة في المادة08، والشقاق المستمر بين الزوجين، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وكل ضرر معتبر شرعا، بما في ذلك الضرر المتولد عن تعدد الزوجات.

وذلك لأجل حماية تخول للزوجة حق طلب التطليق، وجعله حقا أصيلا يقابل حق الزوج في إنهاء الزواج، أمام القاضي.

أما بالنسبة لموقف الفقهاء والشرع نجد أن هناك نوع من التباين في الاجتهادات الفقهية بين المذاهب الأربعة، وفي بعض الأحيان نجد أن مواقفهم متقاربة وهذا كله راجع لاتساع مجال الاجتهاد وقد يحدث العكس أحيانا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلقد استمد معظم فقرات المادة53 من قانون الأسرة من المذاهب الفقهية الأربعة ولم يتحيز لمذهب واحد.

إن الأحكام الواردة في التطليق هي أحكام غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية، وهذا مانع للضرر الواقع على الزوجة، لان طول مدة الإجراءات بسبب الاستئناف تؤدي إلى الاستمرار في هذا الضرر.

غير انه يتضح أن المشرع الجزائري ترك الكثير من الأمور المتعلقة بالزوجين في حالة إبهام وغموض، مما نتج عنه تضارب في الأحكام، دون تنظيم ولا توضيح، لذا وجب على المشرع

أن يتدارك الهفوات التي وقع فيها والمتعلقة بالتطليق، بشكل دقيق لا يدع مجالا للشك، وتوضيح بدقة الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة لإشكالات إثبات الضرر فهي تعود إلى سببين:

-سوء صياغة المشرع الجزائري للمادة53 من قانون الأسرة الجزائري: حيث احتوت فقراتها العديد من العيوب ينتج عنه انه كل قاضي يفسر المادة على حسب اجتهاده ويحاول أن يسد الثغرات الموجودة حسب ما يظنه الأحسن، وبالتالي نلاحظ أن التطليق كحق في فك الرابطة الزوجية لا يساوي حق الرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة.

التوصيات والاقتراحات:

من خلال دراسة هذا البحث يمكن أن يستخلص منه بمجموعة من التوصيات والاقتراحات، التي يبدوا انه ضروري أخدها بعين الاعتبار:

- ✓ 1-عدم الاشتراط للزوجة إثبات الضرر، حتى تعادل ما منح للزوج من الطلاق بإرادته المنفردة، هذا لان الزوجة في معظم الأحيان تعجز عن إثبات ضررها وهذا ما لاحظناه في المحاكم الجزائرية لكي لا تتوجه في الأخير إلى الخلع.
- ✓ 2- إعادة النظر في النقائص التي تتخلل المادة53 من قانون الأسرة الجزائري، وملا الفراغ القانوني فيها، كما هو الحال بالنسبة للمادة 08 من هذا القانون.
- ✓ 3-وضع قانون يتعلق بتنظيم إجراءات التقاضي لا سيما فيما يخص وسائل الإثبات الخاصة بقانون الأسرة الجزائري، ليسهل على المتقاضين وكذلك على الطلبة الباحثين معرفة كيفية الإثبات في القضايا الأسرية التي تحتاج إلى مواد قانونية تتماشى وطبيعتها الخاصة.

وفي نهاية هذه الدراسة إن أصبت فمن الله، وان أخطأت فمن نفسي والشيطان وما أبرء نفسي فان النفس أمارة بالسوء إلا ما رحم ربي، إن الله غفور رحيم.

خطة البحث

المقدمة

الفصل الأول: التطليق وأحكامه

المبحث الأول: ماهية التطليق

المطلب الأول: تعريف التطليق.

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق.

المطلب الثالث: الحكمة من التطليق.

المبحث الثاني: حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق

المطلب الأول: حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق.

المطلب الثاني: حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق.

المطلب الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا.

الفصل الثاني: معوقات إثبات الضرر وأثار الحكم بالتطليق

المبحث الاول:معوقات إثبات الضرر

المطلب الأول: وسائل الإثبات.

المطلب الثاني: معوقات إثبات الضرر.

المبحث الثاني: اثار الحكم بالتطليق

المطلب الاول: اثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة.

المطلب الثاني: أثار الحكم

الآيـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــة	السورة	رقمها	رقم الصفحة
{وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا.....}	البقرة	231	11
{وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا}	النساء	130	12
{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}	البقرة	233	12
{ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُن .....}	الطلاق	07	12
{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ....}	النساء	34	12
{وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.....}	النساء	19	24
{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...}	البقرة	229	25
{لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ من سَعَتِهِ.....}	الطلاق	07	26
{ وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا.....}	المزمل	10	29
{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا.....}	النساء	35	31
{الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ.....}			
{وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا.....}	البقرة	234	37
{وَلا تَقْرَبُوا الزِّنى إِنَّهُ كانَ فاحِشَةً وَساءَ سَبِيلاً.....}	الاسراء	37	51
{ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ.... }	البقرة	228	84
{وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ ... }	الطلاق	04	84

فهرس الأحاديـــــــــــث

الحديـــــــــــــــــــــــــــــــــث	رقم الصفحة
قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار"	12
قوله صلى الله عليه وسلم: :"استوصوا بالنساء خيرا"	13
قوله صلى الله عليه وسلم: :" خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ، وَأَنَا خَيْرُكُمْ لِأَهْلِي "	13
قوله صلى الله عليه وسلم: "خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ"	18
قوله صلى الله عليه وسلم: "اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمر..."	18
قوله صلى الله عليه وسلم:" دينار تنفقه على نفسك في سبيل الله ودينار تنفقه على..."	18
قوله صلى الله عليه وسلم:" يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا كسي..."	18
قوله صلى الله عليه وسلم "افضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى..."	25
قوله صلى الله عليه وسلم: :"احق لشروط ان توفوا بها متى استحللتم الفروج"	47
قوله صلى الله عليه وسلم: :" شرط الله قبل شرطها"	48

قائمة المراجع

)- القرآن الكريم.

2)- السنة النبوية.

3)- القوانين:

1-المادة رقم08 والمادة رقم 09 والمادة رقم 53 والمادة رقم 61 من قانون الأسرة الجزائري

2-المواد:08 و71 و72 و82 و84 و91 -92-95-96-97-126-150-147-151-189-193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4)- الكتب:

المصادر:

1- القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: ماجد الحموي، ط/ الأولى،2013،دار ابن حزم، بيروت- لبنان.

2- ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقايس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط/ الأولى ،1999،دار الفكر - بيروت،ج:5

3- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت 671هـ) الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط: الثانية، 1384هـ - 1964 م، دار الكتب المصرية - القاهرة، ج:18

4- ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري-الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من امور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وايامه-ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج:03-ط:01-دار طوق النجاة، لبنان-1422

5- أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (ت: 227هـ) سنن سعيد بن منصور

تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي كتاب الجهاد، باب الغازب يطيل الغياب، حديث رقم 2463، ط/ الأولى، 1403هـ -1982م، الدار السلفية - الهند، ج2

6- حافظ ابو عبد الله محمد ن يزيد بن ماجة القزويني-السنن-تحقيق شعيب الارنووط - محمد كامل قره بللي-احمد برهوم-كتاب الطلاق باب المحلل والمحلل له

7-الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ): الأم، د.ط، دار المعرفة - بيروت، ج:05.

8- الامام ابي حامد محمد الغزالي -احياء علوم الدين-الجزء الثاني -الطبعة الثالثة-بيروت

9-مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، موطأ الإمام مالك، تحقيق: بشار عواد معروف

10- محمود خليل، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، حديث رقم 1701ط/ الأولى: 1412 هـ، مؤسسة الرسالة- بيروت، ج1.

11-محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت: 711هـ)، مصدر سابق، ج:01، ص:654. سَلَمة بن مُسْلِم العَوْتبي الصُحاري، الإبانة في اللغة العربية، تحقيق: د. عبد الكريم خليفة، وآخرون، ط/ الأولى، 1420 هـ - 1999 م، وزارة التراث القومي والثقافة - مسقط - سلطنة عمان، ج3.

المراجع:

1- ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي-منتخب من صحاح الفرابي

2- احمد نصر الجندي-شرح قانون الاسرة الجزائري.

3- إسماعيل أبي بكر علي البامري-أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية) -دار الحامد.

4- السيد سابق- فقه السنة- الجزء الثاني- الطبعة السابعة- 1985-دار الكتاب العربي- بيروت.

5- بلحاج العربي-صور الطلاق في قانون الاسرة الجزائري-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

6- منصوري نورة-التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية-دار الهدى

7- طاهري حسين-الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري-الطبعة الاولى-دار الخلدونية-الجزائر-2009.

8- عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري

9- عبد الوهاب خلاف-احكام الاحول الشخصية في الشريعة الاسلامية-دار الكتب المصريةبالقاهرة-ج01-ط:02(1938م)

10- بلحاج العربي-صور الطلاق في قانون الاسرة الجزائري-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية

5)- الرسائل والمذكرات:

1-اليزيد عيسات بلمامي- التطليق بطلب من الزوجة في قانون الاسرة الجزائري" مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"-تحت اشراف الدكتور عمر رسالة ماجستير نوقشت جامعة فرحات عباس -سطيف-(2002-2003).

2-نذير سعاد-التطليق في قانون الاسرة الجزائري- مدكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة اكلي محمد اولحاج-البويرة.

3- عيساوي سارة، ومدور نبيل: النفقة في قانون الاسرة الجزائري، إشراف مقنانة مباركة، مذكرة ماستر القانون الخاص الشامل ،جامعة عبد الرحمان ميرة،2013-2014.

4-قورداش فاطمة الزهراء-اسباب التطليق واشكالات اثبات الضرر ففي قانون الاسرة الجزائري-مذكرة ماستر- في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر – بسكرة، سنة 2016.

5-نجية زيتوني-دراسة تحليلية للمادة53 من قانون الاسرة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والقانون-مدكرة لنيل الماجستير في القانون-اشراف د: محمد سرور.

6)- المواقع الالكترونية:

1- https://www.almanny.com/ar/dict/ar-ar/التطليق/،س17:03.

2- www.starmies.com?t=29804980، س15:03.

3- www.djalfa.info/vb/showthread.php?t.=517387، س11:05.

4- https://dorar.net/akhlaq/2597، 14:09.

العنوان	رقم الصفحة
الإهداء	
شكر وعرفان	
المقدمة	أ-ح
التطليق وأحكامه	9
ماهية التطليق	9
تعريف التطليق	10
دليل مشروعية التطليق	11
الحكمة من التطليق	13
حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق	15
حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق	15
التفريق بسبب الإهمال	15
التفريق لعدم الإنفاق	15
مفهوم النفقة	16
حكم النفقة	18
انواع النفقة	19
مسقطات النفقة على الزوجة	19
موقف الفقهاء من عدم التطليق	22
موقف القانون الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق	24
التفريق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر والشقاق المستمر بين الزوجين	29
التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر	29
شروط التطليق للهجر في المضجع	30
التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	31
موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	32
موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق بين الزوجين للشقاق المستمر	33

التفريق للغيبة	34
المقصود بالغيبة	34
كيفية إثبات غياب الزوج	35
موقف الفقهاء	37
موقف المشرع	39
مخالفة الأحكام في قانون الأسرة	40
مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08	40
موقف الفقهاء من التطليق لزواج الزوج من امرأة أخرى	41
موقف قانون الأسرة من التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري	43
مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	44
تعريف الشرط	44
موقف الفقهاء من الاشتراط في عقد الزواج	45
موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج	48
حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق	49
التفريق القضائي بسبب سوء المعاشرة الزوجية	49
الحكم على الزوج عن جريمة فيا مساس بشرف الاسرة	50
موقف الفقهاء من التطليق للحكم على الزوج بجريمة ما	51
موقف القانون الأسرة الجزائري من التطليق للحكم على الزوج بجريمة ماسة بشرف الأسرة	52
ارتكاب فاحشة مبينة	52
المقصود بالفاحشة المبينة	52
موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لارتكاب فاحشة مبينة	53
التطليق للضرر المعتبر شرعا	54

المقصود بالضرر والشروط الواجب التوافر فيها	54
الشروط الواجب توافرها في الضرر	54
موقف قانون الأسرة الجزائرية من التطليق للضرر	54
موفق الفقهاء من التطليق للضرر	57
معوقات إثبات الضرر	57
وسائل الإثبات	57
القواعد العامة	57
إبلاغ الأدلة الكتابية	57
تنفيد إجراءات التحقيق	58
تسوية إجراءات التحقيق	59
بطلان إجراءات التحقيق	60
القواعد الخاصة	60
شهادة الشهود	60
الخبرة	62
الانتقال إلى المعاينة	63
اليمين	64
السلطة التقديرية للقاضي المقيدة في التثبت من وقوع الضرر	65
عدم النفقة	65
العيوب التي تحول دون الهدف من تحقيق الزواج	67
الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الاسرة	68
الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة	68
مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	68
السلطة التقديري المطلقة للقاضي في التثبت من وقوع الضرر	69
الهجر في المضجع	69
الفاحشة المبينة	70

الشقاق المستمر بين الزوجين	70
الضرر المعتبر شرعا	71
معوقات إثبات الضرر	72
اشكالات إثبات الضرر من حيث النصوص	72
في عدم النفقة	72
في العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج	74
في الهجر في المضجع	75
الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة	76
ارتكاب فاحشة مبينة	76
اشكالات إثبات الضرر من حيث التطليق	77
في تناقض الأحكام	77
في مخالفة مبدأ التطليق	80
الآثار المنجرة عن التطليق	81
طبيعة الأحكام الصادرة في شان التطليق	81
الاتجاه الأول: عدم جواز الطعن بالاستئناف	81
الاتجاه الثاني:جواز الطعن بالاستئناف	82
توابع التطليق	83
آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة	84
العدة	84
النفقة	85
التعويض	86
النزاع حول متاع البيت	86
آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للأبناء	87
النسب	87
الحضانة	88

نفقة المحضون وسكنه	89
حق الزيارة	90
الخاتمة	ط-ي
فهرس الآيات	ك
فهرس الأحاديث	ل
خطة البحث	م
قائمة المصادر والمراجع	ن-ع
الفهرس	ف- ش