الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية: الحـقوق والعلوم السياسية

قسم: الحـقوق

رقم:. .....

تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي

تحت عنـــــــوان:

# حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري


إعـــداد الطـــالب:

ســرايش مـــراد

يوسفي سفيان

إشراف الدكتور:

قارة مولود


لجنة المناقشة:

| الاسـم واللقب | الجـــامعة | الصـفة |
|---|---|---|
| د. ..... | جامعة محمد بوضياف –المسيلة | مشرفاً |
| د. ..... | جامعة محمد بوضياف –المسيلة | رئيساً |
| د. ..... | جامعة محمد بوضياف –المسيلة | مناقشاً |

السنة الجامعية: 2020-2021 م / 1442-1443 هـ

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): بسمايش مراد الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201501608 والصادرة بتاريخ 2017/05/10

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم العلوم القانونية والإدارية

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: حالة التطليق للعذر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021/06/22

توقيع المعني(ة)

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): يوسفي سهيان ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 295 ... والصادرة بتاريخ 2013/04/14 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق ..... قسم الحقوق .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: حالة التطبيق للضرر المعنوي شرعا في قانون الأسرة الجزائري .....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 21/06/2023 .....

توقيع المعني (ة)

# شكر وعرفان

الحمد لله حمدا كثيرا طيباً

يشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر والتقدير

إلى كل من مدّ لنا يد المسا عدة وساهم في تذليل ما واجهنا من صعوبات

و نخص بالذّكر:

الأستاذ المشرف " **قارة مولود** " والذي لم يبخل علينا بتوجيهاته وإرشاداته القيمة

نسأل لله أن يجعلها في ميزان حسناته مع أمنياتنا له بدوام الصحة والعافية

كما نتقدم بالشكر والاحترام والتقدير للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة

ولا يفوتنا أن نتوجه بالشكر والتقدير إلى كل أساتذة قسم علم الاجتماع

فشكراً لكم جميعاً

**الطالب :**

**سرايش مراد**

**يوسفي سفيان**

# الإهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ...

إلى زوجي وأولادي: صهيب، ريتاج، داوود، طيس حفظهم الله

إلى إخوتي وأخواتي أعزهم الله

إلى زملائي كتاب الضبط بمجلس قضاء المسيلة

إلى زملائي المحامين التابعين لمنظمة سطيف

أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع

الطالب : سرايش مراد

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ...

إلى الأسرة الكريمة زوجي وأولادي حفظهم الله

إلى إخوتي وأخواتي أعزهم الله

إلى كل طالب علم

إلى كل من علمني حرفاً

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

الطالب : يوسفي سفيان

# فهرس المحتويات

| | |
|---|---|
| شكر وعرفان | |
| الإهداء | |
| فهرس المحتويات | |
| قائمة المختصرات | |
| مقدمة | أ – و |
| **الفصل الأول:**<br>**الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر ووسائل إثباته** | |
| تمهيد | 8 |
| المبحث الأول – مفهوم التطليق للضرر وطبيعته | 9 |
| المطلب الأول: تعريف التطليق للضرر ودليل مشروعيته | 9 |
| المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق | 16 |
| المبحث الثاني– وسائل إثبات الضرر المبرر للتطليق | 18 |
| المطلب الأول: إثبات الضرر بشهادة الشهود الإقرار والقرائن | 19 |
| المطلب الثاني: إثبات الضرر باليمين التحقيق والخبرة | 22 |
| خلاصة الفصل | 25 |
| **الفصل الثاني:**<br>**حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا**<br>**والسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض** | |
| تمهيد | 27 |
| المبحث الأول – حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا | 27 |
| المطلب الأول: الحالات الواردة في مواد متفرقة من قانون الأسرة | 27 |
| المطلب الثاني: حالات التطليق الواردة شرعاً | 37 |
| المبحث الثاني– السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض | 48 |
| المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر | 48 |
| المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض | 62 |
| خلاصة | 64 |
| **الخاتمة العامة والمقترحات** | |
| الخاتمة العامة | 65 |
| المقترحات | 66 |
| قائمة المراجع | |

# قائمة المختصرات

| | |
|---|---|
| ق.أ | قانون الأسرة |
| ق.م | القانون المدني |
| ق.ع | قانون العقوبات |
| ق.إ.م.إ | قانون الإجراءات المدنية والإدارية |
| هـ | هجري |
| ت | توفي |
| ج | جزء |
| ط | طبعة |
| د.ط | دون طبعة |
| د.م.ن | دون مكان نشر |
| د.ت.ن | دون تاريخ نشر |
| د.د.ن | دون دار نشر |
| غ.ش.أ | غرفة شؤون الأسرة |
| غ.أ.ش | غرفة الأحوال الشخصية |
| ص | الصفحة |
| م | المادة |
| دج | دينار جزائري |
| ع | العدد |

# مقدمة

**مقدمة:**

إنّ الحمد لله ، نحمده، ونستعين به، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أنْ لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم؛ أمّا بعد:

لقد أحاط الشارع الحكيم الأسرة بعناية كبيرة، كيف لا وهي النواة الأساسية للمجتمع ويتجلى هذا الاهتمام من خلال الأحكام التي سنها الله عزّوجل في كتابه المكنون وأقرها النبي صلى الله عليه وسلم في سنته العطرة.

وإذا كانت الأسرة هي عماد المجتمع وأساسه، فإنها لا تتأسس إلا بالزواج، حيث اعتنت كل الشرائع السماوية به، وعلى رأسها الشريعة المحمدية، حيث وردت في القرآن الكريم آيات بينات تعنى بالزواج مثل قوله تعالى :"يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءا واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا"[النساء:1].

والزواج شرعا يعني الإقتران بين الرجل والمرأة مصداقا لقوله تعالى: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"[البقرة:187]، ولقد اعتنى الإسلام بالزواج وندب إليه، وحث عليه وها هو النبي صلى الله عليه وسلم يدعوا إلى الزواج حيث قال: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء" (رواه البخاري، كتاب النكاح، ص5065).

لكن رغم أنّ الزواج يراد به الدوام والاستقرار، فقد تسوء العشرة بين الزوجين ويتعذر معها استمرار الزواج ودوامه، ويصبح الطلاق الحل الوحيد والملاذ الأخير لكلا الزوجين ، ورغم أنّ الطلاق يكون بيد الزوج، إلا أنّ الشريعة الإسلامية منحت الزوجة الحق في طلب التطليق إذا لحقها الضرر من الزوج .

ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام الطلاق في قانون الأسرة إذ خصص له الباب الثاني تحت عنوان: "انحلال الزواج"، والذي يهمنا في هذه الدراسة هو حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري.

**1. أهمية موضوع البحث:**

يعد موضـوع البحث الحالي ذو أهمية بالغـة، نميز فيه بين الأهمية الشرعية والعملية كالآتي:

- **الأهمية الشرعية:** التطليق موضوع يمس الأسرة عموما ويمس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية إذن هو موضوع يتعلق بمسائل شرعية فقهية وجب علينا الاهتمام به باعتبارنا أحد أفراد الأسرة من أجل الحفاظ على أسرنا من باب أولى هذا من جهة ومن جهة أخرى المحافظة على المجتمع من التفكك والانحلال والضياع؛
- **الأهمية العملية:** إنّ كثرة ملفات الطلاق والتطليق والخلع المسجلة على مستوى المحاكم تجبرنا على دق ناقوس الخطر، لذا وجب علينا دراسة هذا الموضوع من أجل إيجاد حلول عملية لظاهرة الطلاق والتطليق والخلع.

**2. أسباب اختيار موضوع البحث:**

- **الدوافع الاجتماعية:** لا شك أنّ موضوع البحث الحالي له علاقة مباشرة بالأسرة والمجتمع، وما دمنا من أفراد المجتمع؛ فإنّ المـوضوع يهمنا بالدرجة الأولى كأفراد في المجتمع بهدف تجنب الأفعال والسلوكيات التي تؤثر على الأسـرة، والتي قد تؤدي إلى انحلالها وتفككها؛
- **الدوافع العلمية الأكاديمية:** إن من دوافع اختيارنا لهذا الموضوع المناقشات التي دارت بيننا وبين الأساتذة في مسائل الأسرة حيث أثار الأساتذة الكرام إشكالات قانونية ناتجة عن موضوعات الطلاق والتطليق مما دفعنا للخوض في غمار هذه الدراسة لمحاولة إيجاد حلول لهاته الإشكالات القانونية.

**3. أهداف موضوع البحث:**

- تسليط الضوء على موضوع التطليق للضرر المعتبر شرعا؛
- محاولة شرح مصطلح الضرر المعتبر شرعا الوارد في المادة 53 ق.أ ؛
- تبيان حق الزوجة في طلب التطليق للضرر من خلال قانون الأسرة الجزائري؛
- معرفة دور القاضي وسلطته التقديرية في الحكم بالتطليق وتقدير الضرر والحكم بالتعويض؛
- توضيح مدى اهتمام المشرع بتنظيم موضوع التطليق للضرر.

**4. صعوبات البحث:**

هناك مجموعة من الصعوبات التي واجهت الباحثان خلال قيامهما بالبحث في الموضوع الحالي، ما دفع بنا إلى البحث عن حلول لها. و يمكن إيجاز أهم صعوبات البحث في الموضوع الحالي بصعوبة الولوج إلى بعض المكتبات خصوصا الجامعية، وكذا صعوبة الحصول على المراجع والكتب خاصة كتب الفقه والتفسير.

**5. إشكالية موضوع البحث:**

ممّا تقدم؛ وبالرّجوع إلى نصوص الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وكذا في إجتهاد المحاكم الجزائرية، والتّفسيرات الواردة في الكثير من الكتب والأبحاث القانونية الوطنية والعربية. يمكن بلورة إشكالية موضوع البحث في التساؤل الرئيس التالي:

**ما هو مفهوم حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري ؟.**

وعليه؛ فإنّ إشكالية موضوع البحث تقوم على مجموعة من الأسئلة الفرعية الآتية:

ماهي حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري؟ ما وسائل إثباته؟ و ما هي السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض؟

**6. المنهج المعتمد في موضوع البحث:**

إنّ طبيعة موضوع البحث تقتضي منّا استخدام المنهج الوصفي، وذلك من خلال جمع المعلومات المتعلقة بموضوع البحث ومحاولة التفسير للوصول إلى حل الإشكال. وكذا الاعتماد على المنهج التحليلي (الاستقرائي) لتفسير المواد القانونية خاصة التي تحتاج إلى إعادة نظر.

**7. الدراسات السابقة في موضوع البحث:**

هناك العديد من الدراسات التي تناولت موضوع التطليق للضرر نذكر منها:

- جليخي مباركة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور،الجلفة،2014_2015.
- هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019-2020؛
- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2006.

**8. خطة البحث**

اعتماداً على ما سبق؛ ولتحقيق أهداف البحث فقد تم توظيف بناء منهجي لتقديم إجابة عن التساؤلات ضمن توليفة واحدة لتستخلص منها النتائج؛ وذلك وفق الاعتماد على الخطة الثنائية، حيث قسمنا البحث إلى فصلين وفق ما يلي:

- **الفصل الأول:** والموسوم بـ " **الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر ووسائل إثباته** ".
- **الفصل الثاني:** والموسوم بـ " **حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا والسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض**".

# الفصل الأول:

# الإطار المفاهيمي للتطليق للضرر ووسائل إثباته

**تمهيد**

**المبحث الأول – مفهوم التطليق للضرر وطبيعته**

**المطلب الأول: تعريف التطليق للضرر ودليل مشروعيته**

**المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق**

**المبحث الثاني– وسائل إثبات الضرر المبرر للتطليق**

**المطلب الأول: إثبات الضرر بشهادة الشهود الإقرار والقرائن**

**المطلب الثاني: إثبات الضرر باليمين التحقيق والخبرة**

**خلاصة**

**تمهيد:**

يعتبر عقد الزواج أساس بناء الأسرة المسلمة، وهو يرتب التزامات تقع على عاتق الزوج من جهة والتزامات تقع على عاتق الزوجة من جهة أخرى، وقد يحدث الشقاق بين الزوجين بسبب إضرار الزوج بالزوجة مما يستدعي لجوئها إلى طلب التطليق من القاضي ،لذا سنتناول في هذا الفصل مفهوم التطليق للضرر وطبيعته ودليل مشروعيته في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى وسائل إثبات الضرر من طرف الزوجة في المبحث الثاني.

## المبحث الأول: مفهوم التطليق للضرر وطبيعته

لقد منح المشرع الجزائري في قانون الأسرة للزوج حق إيقاع الطلاق وفقا لنص المادة 48 ق.أ وبالمقابل منح الزوجة حق فك الرابطة الزوجية وفقا لنص المادة 53 ق.أ والتي نصت: "يجوز للزوجة أنْ تطلب التطليق للأسباب التالية:...."[1]

سنتناول في هذا المبحث تعريف التطليق ودليل مشروعيته في المطلب الأول ثم الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعريف التطليق للضرر ودليل مشروعيته

نجد أنّ المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة قد عالج موضوع فك الرابطة الزوجية في الباب الثاني تحت عنوان: انحلال الزواج، حيث خصص له ثلاث عشرة مادة، ومن خلال هذه المواد عالج حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال أحكام التطليق المنصوص عنها في المادة 53 ، وأحكام الخلع المنصوص عنها في المادة 54، وسنتناول في هذا المطلب تعريف التطليق شرعاً وقانوناً في الفرع الأول، ثم المقصود بالتطليق في قانون الأسرة الجزائري.

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتطليق

وقبل معرفة معنى التطليق لابد أنْ نعرج على معنى الطلاق.

---

[1] القانون رقم:11/84 المؤرخ في :9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم:02/05 المؤرخ في:27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد:15، المؤرخ في:27 فبراير 2005.

**أولا: الطلاق لغة:**

جاء في لسان العرب: طلقت البلاد: فارقتها، طلقت القوم: تركتهم، والطالق من الإبل: التي طلقت في المرعى وقيل: هي التي لا قيد عليها.

وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال. ويقال للإنسان إذا أُعتق : طليق، أي صار حرا، وبعير طلق :بغير قيد .والطلقاء :الأسراء العتقاء.[1]

لكن العرف خصَّ الطلاق بحل القيد المعنوي وهو الطلاق في المرأة، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة، وحل القيد سواء أكان حسي كقيد الفرس وقيد الأسير أم معنويا كقيد النكاح، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين.

واللغة تستعمل لفظ الطلاق أو التطليق في حل عقدة النكاح، كما تستعمله في حل القيد الحسي، واستعمل الطلاق في الجاهلية في الفرقة بين الزوجين فلما جاء الشرع أقر استعماله في هذا المعنى بخصوصه مع تفاوت يسير في بعض عبارات الفقهاء.

**ثانياً : الطلاق في الاصطلاح الشرعي**

عرَّف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات متقاربة منها:

- **تعريف الحنفية:**" رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص".[2]

---

[1] محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط1، بيروت ،1448هـ، ج8، ص2404.

[2] محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية،ط1، بيروت، 1994، ج1، ص80.

- **تعريف المالكية:** "صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته ".[1]
- **تعريف الشافعية:** "حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".[2]
- **تعريف الحنابلة:** "حل قيد النكاح".[3]

**ثالثاً : التطليق لغة**

أصل كلمة " تطليق "يعود إلى طلق تطليقا، أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليقُ الرجل من قومه يعنى تركُهم ومفارقتهم.

**رابعاً: التطليق اصطلاحا**

هو منح الزوجة حق طلب الفرقة من زوجها بناءاً على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون،[4] عن طريق القضاء، أو يمكن القول أيضاً أنّ فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية، وهكذا يكون التطليق هو التفريق بين الزوجين لأمر نص عليه القانون بعد طلب الزوجة له، فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون التفريق خيرا من الإمساك مع الضرر فإذا ثبت الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق.[5]

---

[1] محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1995، ج1، ص268.

[2] محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د .ت، ج1، ص148.

[3] علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، 1444، ص429.

[4] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2012، ص11.

[5] منصوري نورة، نفس المرجع، ص11.

**الفرع الثاني: المقصود بالتطليق في قانون الأسرة الجزائري:**

**أولاً: تعريف التطليق**

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده لم يعرف التطليق، وإنّما اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53، فإذا توفرت إحدى الأسباب العشرة يمكن للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق وللقاضي السلطة في توقيع التطليق من عدمه.

**ثانياً: دليل مشروعية التطليق**

**1. من القرآن الكريم:**

بالرجوع إلى القرآن الكريم لا نجد نصا صريحا يدل على مشروعية التطليق، وهذا لا يعني أنّ الشارع لم يشر إلى هذا النوع من التصرفات، إذ أنّ هناك آيات تدل ضمنياً على مشروعية التطليق كقوله تعالى:".. ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا.." (البقرة:231).

وقوله تعالى:"...لا جناح عليكم إن طلقتم النساء.." (البقرة:236).

وقوله تعالى أيضا:".. وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما" (النساء:130)، فهذه الآية تدل على مشروعية الفرقة بين الزوجين بالتطليق وغيره.

**2. دليل مشروعية التطليق من السنة النبوية:**

حديث ثوبان حيث قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"،[1] وهذا الحديث يدل على حق الزوجة في طلب الطلاق ويكون هذا الحق مشروعا إذا وجد سبب يبرر اللجوء إليه.

[1] أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل (ت:241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2001، ج37، ص62.

**3. دليل مشروعية التطليق من الإجماع**

أجمع علماء الأمة منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم على جواز الفرقة وهي محظورة أصلا ولا تباح إلا للحاجة أو الضرورة، والإباحة مقيدة بقيود تكفل الصالح العام وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كلا الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة، وصفوة القول أنّ التطليق مشروع باعتبار الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على المرأة طلبه.[1]

**الفرع الثالث: تعريف الضرر شرعا وقانونا:**

إنّ للضرر صورا مختلفة وعديدة تتنوع وتتجدد بتنوع وتجدد العصور والمجتمعات، لأنه يخضع لثقافة المجتمع وعاداته وتقاليده

**أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي للضرر شرعا**

1- **لغة:** الضرر ضد النفع، وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضراء نقيض السراء.[2]

2- **إصطلاحا:** يراد بالضرر ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية، كأن يؤذيها بالقول أو الفعل، فمن الضرر ألا يكلمها أو يحول وجهه عنها في الفراش أو ضربها ضربا مؤلما أو شتمها أو شتم والديها.[3]

---

[1] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، د.ط، الإسكندرية، 1997، ص30.

[2] محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج28، ص ص.2472-2473.

[3] محمد بن عبد الرحمان الحطاب، ج4، ص17(بتصرف).

**ثانيا: التعريف القانوني للضرر**

لم يعرف المشرع في قانون الأسرة الضرر، وإنّما أعطى للزوجة الحق في التطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا، دون تحديد معناه أو تحديد معيار معرفة الضرر، وترك للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير الضرر من عدمه، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نجدها قد تطرقت للضرر، حيث تنص المادة 124 ق.م: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".[1]

وعليه؛ فالضـرر هو الذي يكـون نتيجـة الخطأ الواقع من الغير سواء كان عمـداً أو بغير عمد ويلزم صاحب الخطأ بالتعويض للطرف المتضرر.

**الفرع الرابع: الشروط الواجب توفرها لإقرار حق الزوجة في التطليق للضرر:**

باستقراء الفقرة 10 من المادة 53 يتبين أنّه لابد من توافر مجموعة من الشروط لكي يحكم القاضي للزوجة بحقها في التطليق:

**1.** أن يكون الضرر واقعا من الزوج على زوجته نفسها، فإذا وقع الضرر على أحد من أهلها فلا يوجب لها التطليق، وأن يكون الفعل محقق الوقوع ولا يكون احتماليا؛

**2.** أن يكون الضرر معتبرا شرعا؛ بمعنى أن يوجد في أحكام الشرع الإسلامي ما يدل على أن الفعل الذي ارتكبه الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، ولا حق للزوج

[1] الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005.

القيام به، أو ما يعتبره العرف من باب الإضرار بالزوجة، أما إذا كان الفعل مباحا القيامُ به كالضرب بغرض التأديب للنشوز وكان لا مدمنا ولا مدميا، فهذا لا يحق للزوجة معه المطالبة بالتطليق، لأن نشوزها أوجب على الزوج استعمال حقه في التأديب؛

3. أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين، فإذا كان الضرر طارئا فقط ويـزول، أو كان بسبب خطئ وقع فيه الزوج بسبب غلط أو سوء تقدير الأمور، فقد لا يقبل سببها وترفض دعواها، لأن معيار الضرر معيار شخصي لا مادي، وأنّ تقدير مداه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع؛
4. أن يكون الضرر مقصودا من الزوج ومتعمدا ، وأن يكون في قدرة الزوج إيقاع هذا الضرر بزوجته أن يعجز القاضي عن إصلاح ذات البين أمام إصرار الزوجة على طلب التطليق فإنه يجب التطليق بعد فشل محاولات الصلح التي يجريها القاضي والمحدد قانونا.

**المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق**

يختلف تكييف طبيعة التطليق من الناحية الشرعية والقانونية؛ فهل يعد فسخا أم طلاقاً ؟.

**الفرع الأول: الطبيعة الشرعية للتطليق**

اختلف الفقهاء حول الفرقة التي تكون بطلب من الزوجة هل تعد طلاقا أم فسخا إلى أقوال نوجزها كالآتي:

1. **الحنفية:** وضع فقهاء الحنفية قاعدة عامة تضبط الفرقة التي تعد طلاقا من التي تعد فسخا، فإذا كانت الفرقة بطلب من الزوجة تكون فسخا وإذا كانت من قبل الزوج تكون طلاقاً، حيث جاء في الدر المختار:( ثم إن الفرقة إن كان من قبلها لا ينقص عدد الطلقات ولا يلحقها طلاق إلا في الردة، وإن كانت من قبله فطـلاق إلا بملك أو ردة أو خيار عتق ، وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق).[1] فقوله لا ينقص عدد الطلقات ولا يلحقها طلاق ظاهر فيها أنه إذا كانت الفرقة من قبلها فلا تعد طلاقا وهذا أثر من أثار الفسخ فيتعين أنه يقصد بذلك الفسخ.[2]

[1] محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، ط2، بيروت، 1987، ج2، ص307.

[2] المصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، د.ط، بوزريعة الجزائر،2010، ص49.

2. **المالكية:** ذهب المالكية إلى القول بالتفريق بين الطلاق والفسخ فكل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه جاز فالفسخ فيه تطليقة، وكل نكاح إذا أراد الأولياء أن يجيزوه لم يجز فالفسخ فيه ليس بتطليقة.[1]

بمعنى أنّ المالكية قد جعلوا الفرقة من زواج صحيح سواء كانت من قبل الزوج أو بطلب من الزوجة طلاقا، وإنْ كانت من زواج غير صحيح عدت فسخا وعليه فإن التطليق يمكن تصنيفه من باب الطلاق لا الفسخ عند المالكية؛

3. **الحنابلة:** قالوا أنّ فرقة الطلاق هي كل فرقة بسبب الطلاق وهي ما كانت بألفاظ الطلاق صريحة أو كناية وتطليق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء، وتكون الفرقة فسخا في بقية الفرقات كالخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق أو نيته وردة أحد الزوجين والفرقة للعيوب التي توجب الخيار، والإعسار عن الصداق أو النفقة وإسلام أحد الزوجين واللعان والفرقة بسبب طروء محرمية.[2]

ولهذا فالحنابلة يعتبرون التطليق فسخا وليس طلاقا كالتطليق للعيب أو الإعسار في النفقة وغيرها؛

4. **الشافعية:** وضعوا قاعدة تقضي أن كل فرقة بين الزوجين يوقعها الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل أو المفوض تعد طلاقا وما عاداه فهو فسخ.

---

[1] المصري مبروك، المرجع السابق، ص51.

[2] عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام احمد، دار المكتب الإسلامي، ط1، دمشق، د.ت، ج2، ص682.

**الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتطليق:**

بالـرجوع إلى قانـون الأسـرة الجزائري نجده قـد عرف الطلاق في المـادة 48 منـه ( مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ،ينحل عقد الزواج بالطـلاق الـذي يتم بـإرادة الـزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ) كما أنّه استعمل في نص المادة 57 مصطلح "الطلاق" مما يدل على أنّ المشرع قد أخـذ بالمذهـب المـالكي واعتبـر التطـليق طـلاقا لا فسخا، وما يثبت ذلك أنّـه فصـــل مـواد الطلاق عن مـــواد الفســخ، حـيث ذكـــر الفســخ وأحكـــامه فـــي المـــواد ( 32،33،34،35 ) من قانون الأسرة، كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة.

**المبحث الثاني: وسائل إثبات الضرر المبرر للتطليق**

يعرف الإثبات على أنّه تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة متنازع فيها بين الخصوم،[1] فلقد عرفه أحد الفقه بأنّه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب أثارها،[2] كما عرفه أحد الباحثين كونه: "إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من أثار قانونية،[3] وكلمة

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المادة المدنية والجارية، دار الهدى، مليلية، الجزائر، 2009، ص6.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، ج2، ص19.

[3] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، المنشورات الحقوقية، ط5، 1991، ص1.

إثبات تدل على إقامة الدليل على صحة الواقعة التي تستخدم كأساس للحق المدعى به بواسطة الطرق المسموح بها قانوناً.[1]

وللإثبات في المادة الأسرية خصوصيات تميزه عن باقي المجالات لعل أهمها حرية الإثبات كقاعدة عامة، فالمشرع في قانون الأسرة عندما لم ينص على وسائل الإثبات فإنه يستشف ضمنيا أنه أحال إلى القواعد العامة بمعنى الرجوع إلى القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**المطلب الأول: إثبات الضرر بشهادة الشهود الإقرار والقرائن**

لم يقيد المشرع الزوجة لإثبات الضرر الذي أصابها بوسيلة معينة بل نص على مبدأ حرية الإثبات وذلك تحقيقا لمساعي نبيلة، وتخفيفا على الزوجة حيث يمكنها إثبات الضرر بكل الوسائل المتاحة في القانون.

**أولاً: شهادة الشهود**

إنّ أهم وسيلة لإثبات الوقائع أمام القضاء تتمثل في شهادة الشهود، إن الإثبات عن طريق شهادة الشهود، وكما سمي بالبينة، هو الإثبات الذي يتم بسماع الشهود الذين يدلون أمام القضاء بتصريحاتهم عما شاهدوه أو استمعوا له.[2]

---

[1] فاروق موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، موسم 2014/2013، ص16.

[2] الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2001، الجزائر.

ولقد نظم المشرع شهادة الشهود بموجب المواد 333 إلى 336 من القانون المدني وكذا المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة توفر شروط معينة في الشهود وهي:[1]

1- العقل؛

2- البلوغ؛

3- الحرية وهو قول الأحناف والحنابلة والشافعية.

فشهادة الشهود لها أهمية كبيرة وأخذت بها معظم التشريعات العربية وفي حقها قال الناظم:

ويثبت الضرر بالشهود ****** أو سماع داع في الوجود

فلا شك أنّ شهادة الشهود أو ما يسمى البينة، عند بعض التشريعات المقارنة تتبوأ مركز الصدارة في إثبات الضرر الذي يلحق الزوجة، وفيها يقول رب العزة:( ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه أثم قلبه والله بما تعملون عليم )(البقرة:283).

والشهادة إما أنْ تكون قطعية وإما أن تكون شهادة سماع، فالشهادة القطعية هي التي يستند فيها الشاهد إلى مصدر غير مسموع بين الناس، وهو علمه الشخصي القطعي، لأنّ الدليل الضنى لا يفيد اليقين، وقد عمل بها الفقهاء المسلمون لقوتها، أمّا

[1] جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الإسلام، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004، ص70.

شهادة السماع فهي التي يعتمد فيها الشاهد على سماعه على طول صحبة الزوجين وقرينة صبر أحدهما على سوء عشرة الأخر.

والشهادة لها خصائص عددها أحد الباحثين في أربعة وهي:[1]

1- أنّها حجة قطعية وليست ملزمة؛

2- أنّها حجة غير قاطعة؛

3- أنّها حجة متعدية؛

4- أنّها دليل مقيد.

**ثانياً: الإقرار:**

لقد تناول المشرع الإقرار في المادتين 341 و342 من القانون المدني وعرفه بنص المادة 341 بأنّه ( اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ).

والإقرار في اللغة يراد به: الاعتراف،[2] أي اعتراف شخص بحق عليه للأخر قصد ترتيب حق في ذمته وإعفاء الأخر من إثباته،[3] ومن هنا فالإقرار هو وسيلة من وسائل الإثبات التي يمكن للزوجة أن تعتمد عليها أمام القضاء، وذلك بدفع زوجها الاعتراف بأنّه يؤذيها ويذيقها مرارة لا تطاق داخل بيت الزوجية.

---

[1] جواد أبو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي، ص ص.90-91.

[2] أبي عبد الله محمد الفاسي، الإتقان والأحكام شرح تحفة الأحكام، دار الحديث، د.ط، القاهرة،2011، ص420

[3] جواد أبو زيد، نفس المرجع، ص94.

**ثالثاً: القرائن:**

تناول المشرع القرائن في المواد من 337 إلى 340 من القانون المدني، وتعرف القرينة بأنها: "استخلاص مجهول من معلوم، وهي دليل إثبات وإن كان ضعيفا، وتقدير قيمتها من شأن قاضي الموضوع، وقد عرفها الفقه بأنها: "دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم، فعناصر القرينة ثلاثة:[1]

- **الأول:** أمر مجهول: وهو الأمر أو الواقعة المراد إثباتها.
- **الثاني:** أمر معلوم: هو الذي تقوم عليه القرينة، ويطلق عليه الفقه القانوني الأمارة.
- **الثالث:** استخلاص الأمر المجهول من الأمر المعلوم يفيد قيام الأمر المجهول.

عطفاً على ما سبق؛ فالإثبات بالقرائن يقتضي وجود واقعتين إحداهما مجهولة وهي المراد الكشف عنها والأخرى يتوصل عنها عن طريق الاستنباط لإثبات الواقعة الأولى مع ضرورة وجود الصلة القوية بين الأمر الظاهر وبين القرينة التي أخذت منه.[2]

**المطلب الثاني: إثبات الضرر باليمين التحقيق والخبرة**

**أولاً: اليمين**

نظم المشرع الجزائري أحكام اليمين بموجب المواد من 189 إلى 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني، انطلاقاً

---

[1] إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة أسامة، ط2، الرياض، 1983، ص64

[2] جواد أبو زيد، الإثبات في مدونة الأسرة والعمل القضائي،ص99.

من هذه النصوص نجد أن المشرع اعتبر اليمين وسيلة من وسائل الإثبات التي بموجبها يقوم القاضي بتوجيهها إلى الأطراف وتأسيسا على نتائجها يكون قناعته ويحكم وفقا لذلك.

فاليمين في الاصطلاح الفقهي يستعمل للدلالة على معنيين: أولهما؛ الحلف بالله أو بصفة من صفاته على نفي شيء أو إثباته؛ وثانيها التزام أمر غير مقصود به الطاعة، ولا يحتاج إلى قبول معلق تنجيه على أمر أخر،[1] وفي ذلك قال تعالى:( لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن بما عقدتم الأيمان )(البقرة:225).

اليمين هو اتخاذ الله تعالى شاهدا على صحة ما يقوله الحالف، أو على صحة ما يقوله الخصم الأخر وهي طريق غير عادي للإثبات، يلجأ إليه الخصم ،عندما يعوزه الدليل، فلا يجد مفرا من الاحتكام إلى ضمير خصمه، بتوجيه اليمين إليه يحسم بها النزاع، فتسمى هنا اليمين الحاسمة، أو يلجأ إليها القاضي لإتمام ما في الأدلة من نقص، فيوجهها من تلقاء نفسه، إلى أي من الخصوم، وتسمى اليمين المتممة.[2]

**ثانياً: الخبرة**

نظم المشرع الجزائري أحكام الخبرة بموجب المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والخبرة وفقا لنص المادة 125 تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، فهي تعتبر من أهم إجراءات التحقيق وأكثرها

[1] محمد المصلح، كشاف المصطلحات الفقهية، المرجع السابق، ص222.

[2] الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص84.

تطبيقا في العمل القضائي،[1] وتعني الخبرة في الاصطلاح القانوني حسب رأي بعض الفقه بأنها إجراء من إجراءات التحقيق يلتجئ إليها قاضي الموضوع عادة قصد الحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أهل الاختصاص، وذلك من أجل البت في مسائل علمية أو فنية تكون غالبا محل نزاع بين الخصوم في الدعوى، ولا يستطيع القاضي الإلمام بها والتقرير بشأنها دون الاستعانة بالغير.

فإذا ادعت الزوجة الضرر نتيجة جنون زوجها فيمكن للقاضي تعيين خبير طبي ليثبت ما تدعيه الزوجة.

**ثالثاً: التحقيق**

نظم المشرع إجراء التحقيق بالمواد من 75 إلى 97 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتحقيق إجراء يأمر به القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع، ويستشف من هذه المواد أن المشرع أجاز للقاضي إجراء التحقيق

لإثبات الضرر الذي تدعيه الزوجة للمطالبة بالتطليق، ويكون ذلك بناء على طلبها أو من تلقاء نفسه وفقا لنص المادة 75 من ق.إ.م.إ.

وتجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية تطرقوا إلى وسائل الإثبات السابق ذكرها وأهمها شهادة الشهود(البينة)، الإقرار واليمين.[2]

---

[1] محمد كفيل، الإثبات في مدونة الأسرة، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2006-2007، ص78.

[2] محمد قاسمي، التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب، 2017/2016، ص69.

**خلاصة الفصل الأول:**

بعدما عالجنا في هذا الفصل الإطار المفاهيمي للتطليق وذكرنا أهم أحكامه، وقمنا بدراسة الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق، ثم وسائل إثبات الضرر المبرر للتطليق، نكون من خلال هذا الفصل قد توصلنا إلى النتائج التالية:

**1-** اختلف الفقهاء في الطبيعة الشرعية للتطليق هل هي طلاق أم فسخ، في حين نجد أن قانون الأسرة قد جعل التطليق تحت باب الطلاق بموجب المادة 48 ق.أ ؛

**2-** المشرع في قانون الأسرة لم ينص على وسائل الإثبات، مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل وسائل إثبات الضرر المبرر للتطليق في شهادة الشهود، الإقرار، القرائن، الخبرة، اليمين والتحقيق.

# الفصل الثاني:

# حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا والسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض

**تمهيد**

**المبحث الأول – حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا**

**المطلب الأول: الحالات الواردة في مواد متفرقة من قانون الأسرة**

**المطلب الثاني: حالات التطليق الواردة شرعاً**

**المبحث الثاني– السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض**

**المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر**

**المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض**

**خلاصة**

**تمهيد:**

اِهتم المشرع الجزائري بحقوق الزوجة و لم يهمل حقها في الطلاق، فإذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية ، كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي مع إثبات أحد الأسباب التي جاء ت بها المادة 53 ق أ ج ، و يكون للقاضي سلطة التطليق أو التفريق بين الزوجين بما له من ولاية رفع الظلم.

**المبحث الأول: حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا**

اِنطلاقاً من الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة التي نصت: ( كل ضرر معتبر شرعاً ) فإنّه لا يمكن حصر أو إحصاء الحالات التي تدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا، لكننا سنحاول تسليط الضوء على بعض الحالات التي يمكن استنباطها من قانون الأسرة مع أنّ المادة 53 لم تذكرها صراحة في المطلب الأول ثم الحالات الواردة شرعاً في المطلب الثاني.

**المطلب الأول: الحالات الواردة في مواد متفرقة من قانون الأسرة**

سنتناول في هذا المطلب التطليق لنشوز الزوج في الفرع الأول ثم التطليق لرفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد في الفرع الثاني ثم التطليق بسبب فقدان الزوج في الفرع الثالث.

**الفرع الأول: التطليق لنشوز الزوج**

الحياة الزوجية بين الزوجين مبنية على المودة والرحمة والتعاون والإحسان، ومن أساسيات استقرارها الطاعة الزوجية وعدم تضييع أي زوج حق الزوج الأخر، فهل يحق للزوجة طلب التطليق لنشوز زوجها؟

**أولاً: تعريف النشوز**

1. **لغة:** نشز الشيء نشزا ،ونشوزا: ارتفع، ويقال: فلان علا على نشز من الأرض، وعن مكانه: وفيه ارتفع عنه ونهض، ويقال: نشزت المرأة أو الرجل بالزوج: استعصى وأساء العشرة، ويقال: نشز به، ومنه، وعليه فهو ناشز، وهي ناشز، وناشزة.[1]
2. **اِصطلاحاً:** النشوز قد يكون من الزوجة أو من الزوج أو منهما معا، والذي يهمنا في الدراسة هو نشوز الزوج، ويقصد به ترفع الزوج وتعاليه عن زوجته، كأن يؤذيها ويضربها من غير ذنب، أو يقصر في شيء من حقوقها،[2] وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ( وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير.. ) [النساء:128].

ويمكن القول أن النشوز يعني؛ مجافاة أحد الزوجين للأخر أو كل منهما لصاحبه بما يغيظه ويسيء إليه.[3]

---

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، ص922.

[2] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، دار ابن حمودة، ط8، ليبيا، 2011، ص175.

[3] محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، ط1، عمان، 2010.

3. **قانونا:** قانون الأسرة لم يعرف الناشز ولا النشوز، وإنّما ذكره من باب الأسباب التي قد يلجأ إليها الزوجين للمطالبة بالفرقة، وذلك في المادة 55 بنصها: ( عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر )، مما يتضح أنّ المشرع اعترف بوجود النشوز الذي قد يصدر إما من الزوج أو من الزوجة.

**ثانياً: بعض أسباب نشوز الزوج**

هناك حالات كثيرة قد يظهر فيها النشوز، وأفعال وتصرفات يرتكبها الزوج على زوجته تصنف تحت باب الضرر بالنشوز نذكر منها:

1. **تعدد الزوجات:**

قد يميل الزوج إلى الزوجة الأخرى ويترك الأولى، وقد يضر بها كأن يمنعها النفقة أو القسم في المبيت أو يضربها من غير مبرر،[1] أو يقاطعها دون سبب، أو يتكلم معها باشمئزاز وترفع، أو يشتمها أو يشتم أهلها، أو يفشي أسرارها وفي كل هذه الحالات يعد الزوج ظالما ومتعديا.

2. **كبر الزوجة أو مرضها:**

قد يكره الزوج زوجته لكبر أو مرض أو دمامة،[2] ففي حديث ابن عباس، قال :"خشيت سودة أن يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا تطلقني، وأمسكني واجعل يومي لعائشة ففعل، فنزلت هذه الآية: وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا... ) [النساء:128].

---

[1] المصري مبروك، المرجع السابق، ص249.

[2] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق،ج7، ص243.

فإنْ علمت امرأة من زوجها ترفعا عنها، وتعاليا عليها أو انصرافا عنها فلا إثم عليهما أن يتصالحا على ما تطيب به نفسيهما من القسمة أو النفقة، والصلح أولى وأفضل.[1]

**3. المستوى المعيشي بين الزوجين:**

قد يؤدي الفارق المادي والمعيشي بين الزوجين إلى نشوز الزوج ،خاصة إذا كان صاحب مال أو منصب رفيع مما يجعله يستعلي على زوجته ويضيع حقوقها.

**4. كذب الزوجة وسوء خلقها:**

إنّ اكتشاف الرجل كذب زوجته عليه ،سواءأكان بإخفاء عيب من عيوبها عنه أثناء الخطبة كمرض معين، أم أن غيره كان قد عقد عليها قبله وفارقها يؤثر في علاقة الزوج بزوجته وطبيعة معاملتها، وكذلك سوء خلق الزوجة و عصبيتها الزائدة، ورفع صوتها، تجعل الزوج يعاملها بقسوة، ويضيق عليها وقد يشتمها إلى غير ذلك.[2]

**ثالثاً: مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لنشوز زوجها**

بالرجوع إلى نص المادة 53 فقرة 10 نجدها قد وضعت سببا مفتوحا يمكن للزوجة أن تتمسك به للمطالبة بالتطليق ألا وهو كل ضرر معتبر شرعا، والمعلوم أن نشوز الزوج على زوجته يعتبر من باب الضرر، فقد نصت عليه المادة55 ( عند نشوز أحد الزوجين

---

[1] أخرجه: أبو داوود الطيالسي (ت:204ه)، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، باب عكرمة مولى ابن عباس، رقم الحديث: 2805، دار هجر، ط1، ج4، 1999، مصر، ص403.

[2] محمد الجندي، المرجع السابق، ص 92-93.

يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر )، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بحق التطليق لنشوز الزوج؟

من خلال المادة 55 من قانون الأسرة يتضح أن الزوج يمكن أن يكون ناشزا وذلك بعدم قيامه بالالتزامات الزوجية، فإذا ثبت ذلك يمكن للزوجة من خلاله المطالبة بالتطليق لضرر النشوز والتعويض معا.

وبذلك يكون نشوز الزوج من باب أسباب التطليق غير المنصوص عنها في المادة 53 صراحة، والتي نعتبر أن هذا السبب تشمله الفقرة 10 من المادة 53 ق.أ، ونشوز الزوج على زوجته يعتبر ضرراً معتبراً شرعاً يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لذلك.

ويعتبر **عدم توفير السكن يعتبر من باب نشوز الزوج:** إنّ إعداد السكن للحياة الزوجية هو من حقوق الزوجة على زوجها، وهو من أثار عقد الزواج، ويشترط في المسكن ليكون شرعيا أن تتوافر فيه كل ما يحتاج إليه من فرا ش وأثاث ومرا فق أخرى، وإذا كان حال الزوج فقيرا لا يساعده دخله على مسكن منفرد يجوز أن يكون المسكن الشرعي من غرفة واحدة مع مرا فقها ولا يشاركه فيها أحد، ولا يعتبر المسكن شرعيا إذا كان منقطعا عن الناس أو مخيفا ولو توفرت فيه جميع الشروط، إلا إذا أحضر لها الزوج مؤنسا كخادمة أو امرأة كبيرة.[1]

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، ط3، الجزائر، 2011، ص110.

**والمقصود بالمسكن الزوجي:** ومن الاجتهادات القضائية التي أخذت بمسألة امتناع الزوج عن توفير سكن ملائم للزوجة وعدم تنفيذ الحكم القضائي القاضي بذلك يعتبر من باب النشوز، حيث جاء في القرار ( من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).[1]

وجاء في قرار آخر( متى كان من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج، فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لهذا ذلك حالا ، بل يجري عليه ما يجري على النفقة ومن ثم فإن النعي في القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيقها في غير محله مما يستوجب رفضه.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة ( الطاعنة ) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدا عن أهله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زفت

[1] قرار رقم: 189226، بتاريخ:1998/04/21، صاد رعن المحكمة العليا غ.أ.ش، المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2001، ص144.

فيه ورفض الطلبات الأخرى اعتمادا على إظهار الزوج عدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن).[1]

**كذلك يعتبر تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية من باب النشوز:**

حيث جاء في القرار ( من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله )[2].

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.)

وبهذا فالزوج الذي طالب برجوع زوجته، أو طالبت الزوجة بالرجوع لكنه تماطل في إرجاع زوجته لبيت الزوجية، يكون بهذا قد أخل بالتزاماته الزوجية وبالتالي وقع في النشوز، و جاز للزوجة الحكم لها بالتطليق نتيجة ذلك.

---

[1] قرار رقم: 44994، بتاريخ: 1987/02/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1990، ص58.

[2] قرار رقم: 50519، بتاريخ: 1988/09/26، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1992، ص48

## الفرع الثاني: التطليق لرفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد

إنّ من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وإنجاب الذرية مقصد أصلي لتشريع الزواج، وهو حق للزوجين معا، إلاّ أنّه قد تظهر بعض العيوب الجنسية أو الخلقية في أحد الزوجين أو كليهما يحول دون حصول الولد، مما يتعذر على الزوجين إنجاب الذرية بالطريق الطبيعي.

إلا أنه بتطور العلم ظهرت طرق علاجية لحصول الولد بين الزوجين، ومن بينها التلقيح الاصطناعي لعلاج العقم الحاصل بينهما، إلا أنه قد يرفض الزوج لجوء الزوجة إلى التلقيح الاصطناعي، ومنعها من حق الأولاد .فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لرفض الزوج اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد؟.[1]

### 1. مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لرفض الزوج اللجوء للتلقيح الاصطناعي:

كما هو معلوم أن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب من خلال إنجاب الذرية، ويكون ذلك عن طريق الاتصال الجنسي بين الزوج والزوجة بالطريق الطبيعي، لكن قد يطرأ طارئ على أحد الزوجين فيحول دون حصول الولد بسبب عيب جنسي حال دون تحقيق ذلك، وقد يكون العيب في الزوجة، مما يدفعها إلى اللجوء إلى الطرق العلمية لحصول الولد.

---

[1] هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، 2019، ص143.

ومن بين الطرق العلمية التلقيح الاصطناعي الذي عالج أحكامه قانون الأسرة في المادة 45 مكرر وضبط شروطه، ومن بين تلك الشروط رضا الزوجين لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وفي حالة رغبة الزوجة اللجوء للتلقيح الاصطناعي كحل أخير لحصول الولد، فقد يرفض الزوج ذلك لأسباب دينية أو اجتماعية، فما مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لرفض زوجها اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد، والذي أدى رفضه إسقاط حقها في نعمة الأبناء؟.[1]

**2. موقف قانون الأسرة من المسألة:** بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في مواده وبالأخص المادتين 53 فقرة 10 والمادة 45 مكرر لا نجده يتكلم صراحة عن حق الزوجة في طلب التطليق بسبب رفض زوجها اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كحل أخير للإنجاب، إلا أنه يمكن القول أن رفض الزوج حق زوجته في إنجاب الذرية عن طريق التلقيح الاصطناعي الذي تم اللجوء إليه بسبب علة العيب يعتبر من باب الضرر الذي نصت عليه المادة 53 الفقرة 10 ق.أ، لأن حرمان الزوجة من الولد يحدث لها ضررا يمنعها من حق الأمومة رغم وجود الحل لعقمها، وحق الولد يعتبر حقا شرعيا لكلا الزوجين وقد أمرنا ديننا الحنيف بالتناسل والتكاثر، وفي حالة المرض أمرنا بالتداوي وطلب العلاج، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ( تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة، ولا تكونوا كرهبانية النصارى).[2]

---

[1] هشام ذبيح، نفس المرجع،ص147.

[2] أخرجه: أبو بكر البيهقي ( ت: 854 ه)، السنن الكبرى للبيهقي، با ب الرغبة في النكاح، رقم الحديث:13497، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، لبنان، ج7، 2003، ص125.

وهذا فيه حث على التكاثر والتناسل، وقال: ( عباد الله تداووا فإن الله عزوجل لم يضع داءً إلا وضع له دواء إلا داءً واحداً الهرم )،[1] وهذا يدل على جواز التداوي في الإسلام للعلاج، فالله سبحانه وتعالى لم ينزل داء إلا أنزل معه دواء، فالذي يعلم العلاج عمل به ومن جهله فاته خير كثير، والتلقيح الاصطناعي الذي يتم في إطاره الشرعي من باب علاج العقم الحاصل بين الزوجين لحصول الولد وتحقيق الاستقرار الأسري والذي يكون حقيقة بعد إنجاب الذرية، والتي هي قرة العين للإنسان ونحن اليوم أحوج لإيجاد حلول ناجعة لتحقيق الهدف الأسمى من الزواج وهو الاستقرار الأسري وبالعمل بالتلقيح الاصطناعي يعتبر من باب الاستقرار الأسري الذي لابد أن يسود لدى ثقافة الأسرة الجزائرية وأنه ضرورة لابد منها، وهو خير من التفكك الأسري بسبب العقم، كما لا يحق لنا حرمان المرأة من إنجاب الذرية والتي هي أيضا من أهداف الزواج، ورضا زوجها بالتلقيح الاصطناعي كعلاج أخير يلغي مسألة حق الزوجة في التطليق بسبب هذه المسألة، ولابد على الأزواج أيضا أن يفهموا أن لجوء الزوجة لهذه العملية ما هدفه إلاّ تحقيق الراحة النفسية والجو الأسري المعتدل بوجود الولد داخل الأسرة.

ومن خلال ما سبق؛ نخلص إلى أنه في حالة رفض الزوج حق الزوجة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي مع توفر كامل الشروط الشرعية والقانونية، وأنه لا سبيل لحصول الولد إلا بطريق التلقيح الاصطناعي فيحق للزوجة أن تطلب التطليق للضرر الذي حصل

---

[1] أخرجه: أبو داود الطيالسي ( ت: 204 هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، باب أسامة بن شريك، رقم الحديث: 1328، تحقيق: محمد ابن عبد المحسن التركي، دار هجر، ط1، مصر، 1999، ص560.

لها نتيجة رفض زوجها اللجوء للتلقيح الاصطناعي لحصول الولد، لأن حق الأمومة مكفول شرعا وقانونا ، وحاجة الزوجة للولد كان بدافع الأمومة فلا يحق لنا أن نحرمها من حقها الشرعي، وبذلك يمكن اعتبار رفض الزوج لجوء زوجته للتلقيح الاصطناعي بطريقه الشرعي، من باب الضرر المعتبر شرعا الذي يمكن من خلاله الزوجة المطالبة بالتطليق وفقا للمادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة.[1]

**المطلب الثاني: حالات التطليق الواردة شرعا**

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أسبابا للتفريق لم ترد في قانون الأسرة، عالج أحكامها فقهاؤنا الأجلاء، ومن بين تلك الأسباب؛ التطليق بسبب الكفاءة في الزواج والإعسار في الصداق، وسنتناول في هذا المطلب التطليق بسبب الكفاءة في الزواج في الفرع الأول ثم التطليق بسبب الإعسار في الصداق في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: التطليق بسبب الكفاءة في الزواج**

بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي نجده قد ذكر أسبابا أخرى يمكن للزوجة أن تطالب من خلالها بفك الرابطة الزوجية، ومن بينها التطليق بسبب الكفاءة في الزواج، مع أن قانون الأسرة لم يعالجها فنذكرها بناءا على الإحالة الواردة في نص المادة 222 من ق.أ بقولها: ( كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ).

[1] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص152.

**أولا: التعريف بالكفاءة في الزواج**

إنّ الحياة الزوجية مبنية على السكينة والرحمة والألفة بين الزوجين قد تواجه ما يعكر صفوها ويذهب رونقها، وسبب ذلك هو اختلال التوازن بين الزوجين بسبب اختلال التكافؤ بينهما، لاختلاف مراكزهما العلمية والاجتماعية والدينية والاقتصادية وغيرها، مما يحتم عنا البحث عن أثر الكفاءة في فك الرابطة الزوجية وفق ما يلي:

1. **تعريف الكفاءة لغة:** والكفء: النظير والمساوي ومنه الكفاءةُ في النكاح، وهو أَن يَكونَ الزوج مُسَاويا للمرأة، في حَسَبهاَ ودينهَا ونسبها وبيتها وغَير ذَلكَ. وتَكافَأَ الشيئان: تَمَاثَلا.[1]

2. **تعريف الكفاءة إصطلاحاً:** الكفاءة هي المماثلة بين الزوجين في أمور مخصوصة دفعا للعار، وذلك في الدين والنسب، والحرية، والحرفة واليسار، ويراد منها :تحقيق المساواة في الأمور الاجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية وتحقيق السعادة بين الزوجين بحيث لا تعير المرأة أولياؤها بالزواج بحسب العرف،[2] وبذلك فالكفاءة ضرورية للحياة الأسرية واستقرارها، وهي مماثلة الزوج زوجته في خصال معتبرة أو أن يكون أعلى منها في هذه الخصال والتي يحق للمرأة ووليها إسقاطها برضاها.

---

[1] محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج 81 ، ص1240.

[2] عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي( ت 542 هـ)، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي العربي، ط1، القاهرة، 1998، ج9، ص13.

3. **الحكمة من اعتبار الكفاءة:** الزواج هو اقتران أسرة بأسرة، وليس مجرد اقتران شاب بفتاة وإنما شرع الزواج لتأسيس القرابات الصهرية، ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا، يسرُّه ما يسرُّ أهل زوجته، ويضره ما يضرهم، وبالعكس، وهذا لا يكون إلا بالموافقة والتقارب بين الأسرتين والزوجين ولا يمكن تحقيقه إذا تنافرت النفوس لاختلال الكفاءة وتباين الفروق على المستوى الشخصي للزوجين أو على المستوى الأسري لكل منهما.

4. **من تشترط فيه الكفاءة** :الكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال؛ بمعنى أنها تعتبر من جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر من جانب النساء للرجال، فهي حق في صالح المرأة لا في صالح الرجل، فالرجل هو الذي يشترط فيه أن يكون كفئا للمرأة ، ولا يشترط في المرأة أن تكون كفئا للرجل، بل يصلح أن تكون أقل منه في خصال الكفاءة لما روي أنه جَاءَ ت فَتَاة إِلَى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت :( إنّ أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته، قَالَ: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)،[1] وبهذا تشترط الكفاءة في الرجل أي لابد أن يكون الزوج كفئا لزوجته.

5. **وقت اعتبار الكفاءة:** وقت اعتبار الكفاءة، هو وقت إنشاء العقد فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد، وإن كانت معدومة حال العقد، فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة فلو كان الزوج كفئا وقت العقد ثم زالت عنه

[1] أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه (ت: 273هـ)، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم الحديث: 1874، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ص602.

الكفاءة بعد الدخول فلا تأثير لذلك على العقد ولا يطلب الفسخ لأن دوام الحال من المحال.[1]

6. **شروط الكفاءة:** اختلف الفقهاء في شروط الكفاءة، فهي عند المالكية اثنان: هما الدين والحال، أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار، لا الحال بمعنى الحسب والنسب. وعند الحنفية ستة: هي الدين والإسلام والحرية والنسب والمال والحرفة، ولا تكون الكفاءة عندهم في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص، والبخر والدفر إلا عند محمد في الثلاثة الأولى. أمّا شروط الكفاءة عند الشافعية فهي خمسة: هي الدين أو العفة، والحرية، والنسب والسلامة من العيوب المثبتة للخيار والحرفة. وكذلك شروك الكفاءة عند الحنابلة خمسة: هي الدين، والحرية، والنسب، واليسار ( المال)، والصناعة أي الحرفة.[2]

7. **رأي الفقه في شرط الكفاءة في الزواج: هناك رأيين؛ الرأي الأول:** ذهب جمهور الفقهاء ومنهم أئمة الحنفية إلى أن الكفاءة شرط في الزواج واستدلوا على ذلك بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: ( لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم).[3]

---

[1] عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر، ط1، بيروت، 1405 هـ، ج7، ص28.

[2] أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986،ص.ص318-320.

[3] أخرجه: علي بن عمر الدارقطني ( ت: 385هـ )، كتاب البيوع، رقم الحديث :3601، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2004، ص358.

ولأن مصالح الناس تختل عند عدم الكفاءة لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش، والمرأة تستنكف عن الاستفراش غير الكفء، وتعيَّر بذلك فتختل المصالح، ولأن الزوجين يجرى بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح دون تحملها عادة، والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها.[1] أمّا **الرأي الثاني:** يرى بعضهم كالثوري ، والحسن البصري، والكرخي: أن الكفاءة ليست شرطا أصلا لا شرط صحة في الزواج ولا شرط لزوم، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفؤا للزوجة أم غير كفءٍ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ ...إن أكرمكم عند الله أتقاكم ... ﴾[الحجرات:13].

ورد عليه بأنّ معناه أن الناس متساوون في الحقوق والواجبات، وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى ، أما فيما عاداه من الإعتبارات الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وعاداتهم، فلا شك في أن الناس يتفاوتون فيها، فهناك تفاضل في الرزق والثروة قال تعالى : ﴿والله فضل بعضكم على بعض في الرزق﴾

[النحل:21]، وهناك تفاضل في العلم يقتضي التكريم قال تعالى :﴿ ...يرفع الله الذين أمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات﴾[المجادلة:11] ، وما يزال الناس يتفاوتون في

[1] زكى الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار يونس، ط4، 1978، ص216.

منازلهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية وهي مقتضى الفطرة الإنسانية، والشريعة لا تصادم الفطرة والأعراف والعادات التي لا تخالف أصول الدين ومبادئه.[1]

**ثانياً: مدى أحقية الزوجة في طلب التطليق لعدم الكفاءة في الزواج**

لم يتعرض قانون الأسرة للكفاءة نصا ، وإنما يمكن أن تدرج تحت الضرر المعتبر شرعا في البند 10 من المادة 53 ق.أ، وبهذا لا يخرج القانون عن نطاق الفقه الإسلامي والإجمال في الكفاءة لا ينفي الإشكال، اعتبارا لاختلاف الفقهاء فيها.

من هنا نقترح على المشرع الجزائري اعتبار الكفاءة في النكاح، وأن يتناولها بالنص بأن تعتبر الكفاءة في الدين والخلق، وما يراه العرف على خلاف المدن والقرى كالنسب والمال بأن تراعى هذه الأعراف حال العقد لا بعده، بحيث إن أراد الولي أن يزوج من في ولايته بمن هو لا يكافئها ولم يرض الولي يتدخل القاضي لمنعه، وإن وجد التراضي من الطرفين فلا مانع،[2] وتعتبر الكفاءة في الزواج من باب الاستقرار الأسري الذي يصلح به المجتمع، لأن الكثير من حالات فك الرابطة الزوجية ما سببها إلا عدم الكفاءة بين الزوجين، فيقع الخلاف بين الزوجين وتصبح حياتهما غير طبيعية وتتحول لمشاكل يومية يكون مصيرها الطلاق، ونحن أحوج إلي إنقاص حالات الطلاق التي تعج بها المحاكم، فكلما كان الزوج كفئا للزوجة تصير القوامة حقيقية تنعكس بالإيجاب على حياة الزوجين، وتنشأ بها العلاقة الصافية وتستقر الحياة بين الطرفين، أما الكفاءة في الدين والخلق

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، ج7 ، سوريا، 1985، ص230.

[2] المصري مبروك، المرجع السابق، ص116.

فيجب اعتبارها قبل العقد وبعده ويعطي للمرأة حق طلب التطليق بعد العقد إذا فسق من كان كفئا لها، أما بقية الأوصاف إن عدمت بعد العقد، فلا تعد سببا يخول للمرأة حق طلب التطليق.[1]

وبذلك فالكفاءة التي توجب للزوجة حق التطليق للضرر المنصوص عنه في الفقرة 10 من المادة 53 هو الكفاءة في الدين، فلا يمكن أن تعيش الزوجة العفيفة مع الزوج الفاسق، فإذا تبين للزوجة أن زوجها حال العقد فاسق وجب لها حق فسخ العقد، وإذا كان حال العقد ذا دين ثم بعد الدخول أصبح به فسوق جاز لها المطالبة بالتطليق للضرر، وهذا الذي نميل إليه ونرجحه.

ونرجح هذا لأن النكاح يصح مع فقد الكفاءة؛ إذا رضي الأولياء والمرأة إسقاطها فلا اعتراض عليهم لأنه حق للمرأة والأولياء، أما إذا لم يرضوا فيحق فك الرابطة الزوجية نتيجة إسقاطها، ولعل الكفاءة في الزواج لها دور كبير في استقرار الحياة الزوجية، والكثير من حالات فك الرابطة الزوجية ما سببها إلا الفارق بين الزوجين في الكفاءة، وهذا يجعل الصدامات والخلافات الزوجية مستمرة ودون انقطاع يكون مصيرها الفرقة بين الزوجين، لذا جعلها الفقهاء شرط لزوم في عقد النكاح، فوجود هذا الشرط أولى من تغييبه في العقد، للاستقرار الأسري الذي نحن اليوم أحوج إليه للتزايد الرهيب لحالات الطلاق في المجتمع الجزائري، ومن التشريعات العربية التي اعتبرت الكفاءة شرط لصحة الزواج ورتبت عنه الفسخ، تشريع الأحوال الشخصية الأردني.

---

[1] المرجع نفسه، ص112.

**الفرع الثاني: التطليق بسبب الإعسار في الصداق:**

من حقوق الزوجة على زوجها الصداق، وهو واجب لها على زوجها، لقوله تعالى: ﴿ وأتوا النساء صدقاتهن نحلة.. ﴾[النساء:8] فإذا أبرم عقد الزواج الصحيح وكان المهر معجلا فأعسر الزوج على تأديته بعد العقد، فهل يحق الزوجة المطالبة بالتطليق لذلك؟

**أولاً: التكييف الشرعي للصداق**

يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن المهر حكم من أحكام عقد الزوج، وأثر من آثاره، وليس ركنا من أركان عقد الزواج، ولا شرطا من شروط صحة العقد،[1] واستدلوا على ذلك بقوله تعالى :﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة .. ﴾ [البقرة:236]

أما المالكية؛ فيرون أن الصداق هو ركـن من أركـان العقد، ومعنى كونه ركنا أنه لا يصح اشتراط إسقاطه، لأنه يشترط تسميته عند العقد،[2] ومن هنا لا يصح عقد الزواج عند النص على نفي الصداق فلو تزوجها بشرط أن لا صداق لها فقبلت، لا يصح العقد، لأنه عقد معاوضة، متعة بملك صداق، فيفسد بشرط نفي العوض، كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن.

---

[1] محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، د.ط، د.ت، القاهرة، ج5 ، ص62.

[2] محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، د .ط، بيروت، د.ت، ص 135.

ولقد أخذ قانون الأسرة برأي المالكية فنص في المادة 9 مكرر ق.أ المضافة بالأمر05-02 على أن الصداق من شروط عقد الزواج، كما قررت المادة 15 ق.أ المعدلة بنفس الأمر وجوب تسمية الصداق في العقد سواء أكان معجلاً أم مؤجلاً.[1]

**ثانياً: أحكام التطليق للإعسار في الصداق:**

طلب الفرقة بين الزوجين بسبب عجز الزوج بدفع المهر لقي خلافاً بين الفقهاء سنوضحه أدناه:

**الموقف الفقهي من التفريق للإعسار في الصداق:** مهر الزوجة يمكن أن يكون معجلا ويمكن أن يكون مؤجلا ويمكن أن يكون نصفه معجلا ونصفه الثاني مؤجلا ، فإذا كان الصداق مؤجلا وأعسر الزوج عنه، لا يخول لها حق الفسخ وإنما يبقى دينا في ذمته، أما إذا كان معجلا ، وأعسر الزوج عنه بعد الدخول، فهل يحق للزوجة حق فسخ النكاح؟

**الرأي الأول** :عدم جواز التفريق بسبب الإعسار على المهر مطلقا؛ سواء أكان الإعسار قبل الدخول أم بعده، وهذا قول الظاهرية وبه قال الشافعية، ورواية عند الحنابلة واستدلوا بقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ...﴾[ البقرة:280].

ووجه الدلالة واضح من أمر الله تعالى، بإنظار المعسر حتى يوسع الله عليه، وقالوا بأن الصداق نحلة وليس هو المقصود في النكاح.[2]

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، الجزائر، 2010، ص205.

[2] محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج8، ص181.

**الرأي الثاني** : يذهب إلى جواز التفريق به مطلقاً، أعسر قبل الدخول أم بعده وبه قال الشافعية، وقول لدى الحنابلة، ودليلهم هو: أنه تعذر عليها تسليم العوض والمعوض باق لحاله فكان لها الرجوع للمعوض، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع باق بحاله.[1]

**الرأي الثالث:** إذا كان الإعسار بالمهر قبل الدخول فإن لها حق الفسخ، أما إذا كان الإعسار بعد الدخول فليس لها وهذا مذهب المالكية وقول لدى الحنابلة وبه قال الشافعية،[2] ودليلهم: قالوا أن لها الفسخ قبل الدخول فلأنه عجز عن تسليم العوض مع بقاء المعوض، فأشبه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشتري لإفلاسه والمبيع با ق بعينه فله أن يسترده من المشتري ، وهو الرأي الذي نميل إليه ونرجحه كونه يحقق مصلحة الزوجين معا.

**ثالثا: شروط التفريق بالإعسار عن المهر:**

يشترط فيه ما يلي:[3]

- أن لا تكون عالمة بإعساره قبل العقد.
- أن يكون الفسخ بحكم حاكم .
- عدم رضاها بإعساره فإن رضيت فلا فسخ؛-
- أن تطالب به لأنه حقها
- أن يثبت إعسار الزوج فإن كان له مال أخذ منه ولا فسخ.

---

[1] علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق :محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ط1، القاهرة، 1957، ج8، ص313

[2] أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت، ص 260.

[3] علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، المرجع السابق، ج 8، ص314.

**رابعاً: نوع الطلاق الواقع بالإعسار**

إختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

1. **منهم من عده فسخا:** قد ذهب الشافعية والحنابلة أن للزوجة الحق في فسخ النكاح قياسا على الإعسار في ثمن المبيع،[1] وقد قرنوا بين الإعسار بدفع المهر بعد الدخول والإعسار قبل الدخول، فإذا أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول، فللزوجة فسخ النكاح لأنه معاوضة يلحقه الفسخ، فجاز فسخه كالإفلاس بالعوض في البيع.

وإذا أعسر بعد الدخول ففيها رأيان؛ هما:

- لم يجز لها فسخ النكاح لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء، فلم تفسخ كالبيع بعدها لا كالسلعة.
- يثبت لها الفسخ لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاء الفسخ والرجوع إليه، ولا يجوز الفسخ في الأحوال كلها إلا بحكم القاضي لأنه مختلف فيه.

2. **منهم من عده طلاقا:** وذهب مالك إلى أن لها حق فسخ النكاح قبل الدخول لا بعده، ويجب عليها نصف المهر بالفسخ قبل الدخول لأنه طلاق، وينظر الزوج قبل الفسخ مدة لا تتضرر الزوجة بطولها.[2]

وذهب الحنفية إلى أن العقد لا يفسخ بإعسار الزوج عن دفع المهر ما دام العقد قد تم مع الكفاءة، ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولي.[3]

---

[1] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 182.

[2] محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، د.ط، مصر، 1993، ج 2، ص21.

[3] محمود السر طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، د.ط، بيروت، د .ت، ج1، ص194.

## المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والحكم بالتعويض

مبدئيا للقاضي سلطة تقديرية واسعة وأنه لا حدود للضرر المعتبر شرعا الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير وظروف القاضي والزوجين، حيث جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ،كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي".[1]

كما ورد عن مالك بن انس أنه ليس عندنا في كمية الضرر شيء معروف لذلك لا حدود للضرر، لأنّ الأمر مفتوح للقاضي للبحث في الشريعة الإسلامية لأن الضرر لا يمكن حصره ويختلف من زمان ومكان حسب الظروف والأمر تقديري للقاضي، فالقاضي يتفحص مشروعية الضرر قبل تقديره فيشترط في الضرر أن يكون شرعيا ومرده دائما إلى قواعد الشريعة الإسلامية وفقا لأحكام المادة 222 ق.أ. لذا سنتناول السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر في المطلب الأول ثم السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض.

### المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر

إن سلطة القاضي في تقدير ما إذا كان الضرر موجبا لحق الزوجة في التطليق تختلف من حيث التوسع والانحصار بين نوعي الضرر: المفترض وغير المفترض.

---

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1985/05/20، ملف رقم :36414، المجلة القضائية، العدد2، 1990.

**أولا: بالنسبة للضرر المفترض:**

وذلك مثل الضرر لعدم الإنفاق والضرر للعيوب والضرر للهجر في المضجع ،فإن سلطة القاضي في تقدير مثل هذا النوع من الضرر ستقتصر –لا شك– على التحقق من توفر الشروط المنصوص عليها قانونا أو في الفقه الإسلامي دون أن تتعدى سلطته إلى تحديد ما إذا كان ذلك ضرراً أم لا، لأن الضرر قد افترض المشرع وجوده مسبقا.

فالمعيار المعتمد في تقدير الضرر المفترض هوا لمعيار الموضوعي، غير أن القاضي قد يعتمد على المعيار الشخصي أثناء تحققه من توفر بعض الشروط استثناءاً لذا يحتاج الأمر إلى بيان مجال اعتماد كل من المعيارين في الضرر المفترض.

1. **المعيار الموضوعي:** يقصد به المعيار الذي لا يعتمد على ضوابط شخصية ذاتية، أي لا يأخذ بعين الاعتبار شخص الخصوم في تقديره للأشياء، بل يضع ضوابط مادية بحيث كلما توفرت تلك الضوابط أصدر القاضي حكمه دون النظر إلى الظروف الخاصة لأطراف الدعوى.[1]

واعتماد القاضي على هذا المعيار يظهر في أمرين: في تقدير ذات الضرر، وفي تقدير تحقق بعض الشروط.

[1] ليلى جمعي، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1994، ص91.

أ- **في تقدير ذات الضرر:** يقصد بتقدير ذات الضرر الحكم على الفعل الصادر من الزوج بأنه ضرر موجب للتطليق أم لا، فيعتمد القاضي في الحكم بكون الضرر موجبا للتطليق على المعيار الموضوعي، من حيث أنه كلما توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون أو في الفقه حكم بذلك، دون النظر في الظروف الخاصة بالزوج أو الزوجة، فإذا توفرت شروط التطليق لعدم الإنفاق مثلا حكم القاضي بإجابة طلبها دون النظر إلى الحالة المادية للزوجة هل هي غنية أم فقيرة، ودون النظر إلى إعسار الزوج وعدم قصده الإضرار بزوجته، وإذا توفرت شروط التطليق للهجر في المضجع أجاب القاضي الزوجة لطلب التطليق ولو كان الهجر بغير قصد من الزوج، والأمر نفسه لكل ضرر مذكور في المادة 53 ق.أ.

ب- **في تقدير تحقق بعض الشروط:** وهي الشروط التي تنحصر فيها سلطة القاضي وتتوقف عند مراعاة توفرها من عدمه، دون أن يكون لها دور في تكييف تلك الشروط ومن ذلك مثلا:

- مراعاة عدم وجود مال ظاهر للزوج الموسر الممتنع عن الإنفاق.
- إمهال الزوج المعسر مدة شهرين قبل التطليق عليه وهذا ما ذهب إليه شراح قانون الأسرة الجزائري، استنباطاً من قانون العقوبات،[1] وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة أن عدم

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط2، الجزائر،1987، ص258.

الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها.."،[1] وهذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي لم يحدد مدة الإهمال.

- التأكد من عدم علم الزوجة بالعيب قبل العقد أو الرضا به بعده في التطليق للعيوب، وهذا في الفقه الإسلامي دون قانون الأسرة الذي لم ينص على هذا الشرط.
- ضرب مدة سنة لعلاج العيب الممكن علاجه، فقد تداولت نصوص الفقهاء على أن يؤجل الزوج في العيب الممكن علاجه سنة من يوم أن ترفع الزوجة دعواها للتطليق، ويتحقق القاضي من وجود العيب، جاء في حاشية الدسوقي: "علم أن الأدواء المشتركة والمختصة بالرجل إذا رجي برؤها فإنه يؤجل فيها الحر سنة والعبد نصفها.[2]

وجاء في بداية المبتدي: "وإذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة، فإن وصل إليها و إلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك،[3] وهو ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج..".[4]

ولعل أصحاب هذه المذاهب قد استندوا في هذا التقدير إلى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في العنين: "يؤجل سنة، فإن قدر عليها أو فرق بينهما، ولها المهر وعليها العدة،[5]

---

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:34791، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989، ص76.

[2] محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المكتبة التجارية، بيروت، د.ت.، ص431.

[3] المرغيناني، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، د.ط، د.ت، بيروت، ج1، ص84.

[4] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ: 1984/11/19، ملف رقم: 34784، المجلة القضائية، العدد3، سنة 1989، ص73.

[5] البيهقي، السنن الكبرى، باب أجل العنين، رقم الحديث: 14067، ج7، ص226.

وقد جاء في المبدع في الفقه الحنبلي: "فإذا ثبت أنه عنة فهو عيب تستحق المرأة به الفسخ.. فإن اعترف بذلك وأقيمت به بينة عادلة أجل سنة منذ ترافعه لقول عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة"، وفي تعليلهم للأجل المضروب بسنة يذكرون بأن ذلك من أجل أن تمر به الفصول الأربعة ،إذ قد يكون العيب يحدث في فصل ويزول في أخر، حيث جاء في المبدع: "فتضرب له سنة لتمر به الفصول الأربعة، وقيل شمسية، فإن كان من يبس زال في الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في فصل اليبس وإن كان من برودة زال في الحرارة ،وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال.

وإذا كان هذا هو تعليل تحديد الأجل بسنة فإنه يمكن القول بعدم الالتزام به، مادام أن الطب الحديث يستطيع بمخابره المتطورة أن يهيأ الفصول الأربعة في ساعة واحدة، بل يستطيع بطرق أكثر دقة أن يتبين إمكانية العلاج من عدمه، وكذلك تحديد المدة التي يستغرقها علاج العيب الممكن العلاج، وبناء على التقرير الطبي يقرر القاضي تأخير التطليق إلى ما بعد تلك المدة أو عدم تأخيره، بناء على نسبة تضرر الزوجة وتحملها في تلك المدة، وهو أمر يختلف من زوجة إلى أخرى، ومن عيب إلى أخر، وعليه يترجح اعتماد القاضي على المعيار الشخصي في تقدير إعمال هذا الشرط.

- مراعاة استنفاذ الهجر مدة أربعة أشهر في التطليق للهجر في المضجع.
- مراقبة صدور حكم نهائي في الجريمة الماسة بشرف الأسرة.
- مراعاة مرور سنة فأكثر على غياب الزوج في التطليق للغيبة عند المشرع الجزائري وعند جمهور فقهاء الشريعة.
- الإلتزام بأعذار الزوج الغائب المعلوم مكانه قبل التطليق عليه في الفقه الإسلامي.

2. **المعيار الشخصي:** يقصد به المعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بأطراف الدعوى فهو معيار مرن،[1] يعطي للقاضي مجالا أكبر في استخدام سلطته، واعتماد القاضي على هذا المعيار في الضرر المفترض هو اعتماد استثنائي يظهر في تحققه من توافر بعض الشروط، وهي تختلف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بشكل يوجب التفريق بينهما على النحو التالي:

أ- **في قانون الأسرة الجزائري:** يعتمد القاضي على المعيار الشخصي في تقدير الضرر المفترض وفقا لقانون الأسرة الجزائري في التحقق من توفر الشروط التالية:

- **تقدير إن كان العيب مما تتضرر به الزوجة بالمقام معه أم لا(في التطليق للعيوب):**

إن توسع سلطة القاضي في تحديد العيب الموجب للتطليق إنما هي لازمة عن الأخذ بمذهب عدم حصر أنواع العيوب كما هو اختيار المشرع الجزائري، وإذا كان ما يطلب توفره في العيب الموجب للتطليق هو مجرد حيلولته دون مقصود الزواج وحصول نفرة الزوجة من الزوج لوجود العيب به دون أي وصف أخر فإن المعيار الذي سيعتمده القاضي في تحديد كون العيب موجبا للتطليق هو المعيار الشخصي، لأن المناط هو حصول نفرة هذه الزوجة الطالبة للتطليق، من دون النظر إلى غيرها من الزوجات اللواتي قد يصبرن على هذا العيب، فالنفرة أمر باطني يتسع لقدر كبير من اختلاف الذوات فيه، ويعد من الخطأ البين قياس شخص على أخر في أمر باطني، على أن

[1] ليلى جمعي، المرجع السابق، ص100.

هذا كله إنما هو بشرط أن يكون هناك قدر من المتفق على إمكان وجوده، فليس كل من تنفر من زوجها لأمر معين تجاب لطلب الفرقة على أساس التطليق للعيب، بل لابد من أن يكون هذا الأمر علة أو عيبا يتأهل لأن يوجب التطليق، فالمسألة بخلاف ما قضت به إحدى المحاكم الأوربية من إجابة الزوجة إلى طلبها التطليق لمجرد أن زوجها قد أطلق لحيته بعد ما كانت غير موجودة وقت الزواج.[1]

- **تقدير كون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة في التطليق للحكم على الزوج عن جريمة:**

باستثناء بعض الجرائم، فإن كل جريمة قد يكون فيها مساس بشرف الأسرة، وتحديد ذلك راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، الذي يأخذ بعين الاعتبار محيط الأسرة والظروف الخاصة بالزوجة التي تطلب

التطليق على سبيل الاعتماد على المعيار الشخصي، فلا يمكن أن تجاب زوجة تاجر في الخمور– برخصة قانونية– لطلبها التطليق على أساس الحكم على زوجها بجريمة تهريب المخدرات، وقد تجاب زوجة من عائلة محافظة لطلبها التطليق من زوجها الذي حكم عليه بجريمة سرقة، لا تتجاوز عقوبتها شهرين بل ولو مع وقف التنفيذ استنادا إلى المادة 53 فقرة 4 من ق.أ متى رأى القاضي أن الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

[1] محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام، دار الثقافة، د رط، د ت، ص133.

ب- **في الفقه الإسلامي:** يعتمد القاضي على المعيار الشخصي في تقدير الضرر المفترض وفقا للفقه الإسلامي للتحقق من توفر الشروط التالية:

- **تقدير مدة إمهال الزوج قبل التطليق عليه لعدم الإنفاق:**

إمهال الزوج قبل التطليق عليه شرط نص عليه الفقه الإسلامي في حالة ما إذا أثبت الزوج عسره أو كان موسرا وامتنع عن الإنفاق،[1] ولم ينص معه على مقدار المدة التي يمهل فيها هذا الزوج بصفة إلزامية، وإنما ذكر اليوم والشهر وغيرهما وترك مدة التقدير في الأخير للقاضي الذي يجتهد بسلطته في تقديرها، حيث جاء في سبل السلام: "قلت ولا دليل على التعيين، بل ما يحصل به الضرر الذي يعلم،[2] وفي تبيان المعيار المعتمد في تقدير هذه المدة جاء في المدونة في معرض الحديث عن التلوم للزوج المعسر: "قال مالك: والناس في هذا مختلفون منهم من يطمع له بقوة ومنهم من لا يطمع له بقوة"،[3] وجاء في الكافي حول نفس الموضوع: "والتوقيت في هذا خطأ وإنما فيه اجتهاد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها على الجوع، والجوع لا صبر عليه".[4]

ويظهر من خلال هذين المصدرين بأن المعيار الذي يعتمده القاضي هو المعيار الشخصي، الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالزوجة عند النظر في طلب التطليق، بل يراعي القاضي في ذلك حتى الظروف الخاصة بالزوج، مالم يلحق ضررا

---

[1] عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، وهران، 2006، ص.ص57-58.

[2] الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص226.

[3] الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية: الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، ج5، مطبعة السعادة، 1323هـ ص258.

[4] أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، ج2، دار الفكر، د.ط، بيروت، د.ت، ص519.

بالزوجة، كأن يزيد في مدة التلوم عندما يعرض عارض فيها، فقد جاء في الشرح الكبير للدر دير: "وإلا فإن أثبت عسره ابتداء أو بعد الأمر بالطلاق تلوم له-أي تصبر له- بالاجتهاد بما يراه الحاكم تحديدا بيوم أو أكثر، وزيد في مدة التلوم إن مرض أو سجن بعد إثبات العسر، لا في زمن إثباته، فيزاد بمقدار ما يرجى له شيء وهذا إذا رجي برؤه من المرض وخلاصه من السجن عن قرب، وإلا طلق عليه،[1] فالزيادة في مدة التلوم لمرض الزوج أو سجنه مقيدة بكون ذلك حصل في أثنائها لا في زمن الإثبات، ومقيدة بقرب الشفاء في المرض والخلاص من السجن.

وهذا على خلاف ما ذهب إليه شراح قانون الأسرة الجزائري والمحكمة العليا من أن مدة الإهمال محددة بشهرين استنباطا من قانون العقوبات الجزائري، فقد يكون تحديد المدة بمقدار معين مجديا وصائبا في تنفيذ عقوبة الإهمال على الزوج حسب قانون العقوبات ،ولا يكون كذلك في إجابة الزوجة لطلبها في التطليق حسب قانون الأسرة، وذلك لاختلاف المألين أولا، واختلاف سلطة القاضي في المجالين ثانيا، حيث أن المقصود في الأول هو تطبيق العقوبة فقط، لكن المآل في الثاني هو التفريق بين الزوجين، وشتان بين الأمرين حتى يقاس أحدهما على الأخر، وحصر سلطة القاضي في مجال قانون العقوبات ناسبه أن يسري هذا الحصر على المدة، فحددت بمقدار معين، بينما توسع سلطة القاضي في الأحوال الشخصية يناسبه أن يسري عدم الحصر على المدة، فيترجح عدم تحديدها وترك الأمر للقاضي وسلطته التقديرية.

---

[1] الدردير، الشرح الكبير،ج2، المرجع نفسه، ص519.

- **ضرب أجل لفيء الزوج في حالة تك الوطء، بغير يمين، وتقدير هذا الأجل:**

وهذا على القول الثاني عند المالكية في عدم إلحاق ترك الوطء، بغير يمين بالإيلاء في مدة التربص، فإن سلطة القاضي هنا ستتسع في جانبين: في تقرير ضرب أجل من عدم ذلك، إذ يمكن أن يطلق على الزوج دون ضرب أجل، وفي تقدير هذا الأجل إذا قرر منح الزوج مهلة معينة، بما لا يضر بالزوجة، على سبيل الأخذ بالمعيار الشخصي في الجانبين معا، جاء في حاشية الدسوقي في معرض الحديث عن ترك الوطء بغير يمين: "فإن الحاكم يجتهد في طلاقها عليه، ومعنى الاجتهاد في الطلاق عليه أن يجتهد في أن يطلق عليه فورا بدون أجل أو يضرب له أجل، واجتهد في قدره، من كونه دون أجل الإيلاء أو قدره أو أكثر منه.[1]

- **تقدير مدة غياب الزوج الموجبة لحق الزوجة في التطليق:**

وهذا إذ أخذنا بمبدأ عدم تحديد هذه المدة، كما هو اتجاه بعض الفقهاء المعاصرين،[2]على خلاف ما نص عليه المشرع الجزائري وجمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن تحديدها يكون خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والذي سيقدرها بناء على تحمل الزوجة وصبرها، وهو أمر يختلف من زوجة إلى أخرى، مما يجعله يلتزم المعيار الشخصي، الذي يراعي فيه ظروف كل زوجة بخصوصها.

إذن فالأصل في سلطة القاضي في الضرر المفترض هو التقييد واعتماد المعيار الموضوعي، وقد تتسع أحيانا بالاعتماد على المعيار الشخصي.

---

[1] الدسوقي، المرجع السابق،ج2، ص431.

[2] أخذ بذلك عطية صقرفي الفتاوى، المكتبة التوفيقية، د ر ط، د ت، مصر، ج2، ص214.

**ثانياً: بالنسبة للضرر غير المفترض ( الواجب الإثبات )**

يختلف تقدير الضرر في هذه الصورة اختلافا بينا عن تقديره في الصورة السابقة، ذلك أن ثبوت الضرر الذي قد يلحق الزوجة ويجيز لها طلب التطليق في حالة إعسار الزوج بالنفقة أو وجود عيوب بالزوج أو غيره، يكون معياره عاما وواحدا لجميع الزوجات، لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي، وليس له معيار شخصي، فإما أن يثبت الضرر أو لا يثبت، فإن ثبت فإنه يعتد به دون الالتفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي،[1] والضرر الواجب الإثبات غير معين، حيث تكون سلطة القاضي في تقديره واسعة ،لا تتقيد في اعتبار سلوك ما ضررا يوجب التطليق إلا بشرط الشرعية الواجب مراعاته في الضرر الموجب للتطليق، وإذا كان المشرع الجزائري لم يذكر في نصوص قانون الأسرة أي معيار أو ميزان للتمييز بين كون الفعل الصادر عن الزوج اتجاه الزوجة يشكل ضررا للزوجة أم لا، فإنه يجب على القاضي–وكما ذهب إليه بعض الباحثين في قانون الأسرة– الاعتماد على المعيار الشخصي،[2] حيث يقيم السلوك في كونه ضارا بالزوجة أم غير ضاربها من وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضة، لأن ما يعتبر ضارا بزوجة ما قد لا يكون ضارا بزوجة أخرى، أما في الفقه الإسلامي فإنه يمكن القول بأن الفقه المالكي –وهو أكثر المذاهب بالقول بالتطليق للضرر– يعتبر المعيار الشخصي في بعض متعلقات هذا الموضوع:

---

[1] أحمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، القاهرة، 2016، ص424.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص303.

فيفرق في ضرب التأديب مثلا بين الشريفة والدنيئة، حيث جاء في تفسير القرطبي:".. ويختلف الحال في أدب الرفيعة والدنيئة، فأدب الرفيعة العذل، وأدب الدنيئة السوط.."[1].

فإذا كان الضرب الذي هو مباح شرعا عند توفر أسبابه قد قيد الفقهاء استعماله بكونه يحصل عند من لا يعد الضرب بينهم إهانة ولا إضراراً، على سبيل الأخذ بالمعيار الشخصي، فإن الأمر في اعتبار ضرر أخر موجبا للتطليق أولى في الأخذ بهذا المعيار.

كما أن من مظاهر الأخذ بالمعيار الشخصي في الفقه الإسلامي ما يتعلق بموضوع تقدير عدم العدل بين الزوجات، فقد ذهب الفقهاء إلى أنه لا تجب التسوية بين الزوجات في النفقة والسكنى، بل يجب لكل واحدة منهن النفقة اللائقة بحالها، ومن ذلك ما جاء في سراج المالك في الفقه المالكي:"(والعدل بالعادات) أي أن العدل فيما عدا قسمة المبيت لا يجب فيه التساوي بل الواجب فيه إتباع العادات المختلفة باختلاف البلدان وأحوال الناس فيها، فإن كانت له زوجتان مثلا إحداهما من أهل الحضر والأخرى من أهل البادية ..فالواجب عليه أن يعطي لكل واحدة كفايتها بما يناسب لحالها وبلادها من طعام وإدام وكسوة ومسكن على قدر وسعه، فإن قام للتي بالمدن الكبيرة بما يناسب لحالها وعاداتهم، وللتي بالقرى الصغيرة أو البادية بما يناسب حالها وعاداتهم لا يكون ظالماً،[2] بمعنى أنه إذا ادعت الزوجة التي في البادية عدم عدل زوجها وطلبت التطليق على أساسه لم يجبها القاضي إلى طلبها لانعدام الضرر المدعى به، أما إذا أنفق الزوج على زوجته التي في المدينة بحسب حال التي في البادية، فطالبت التطليق لعدم العدل كان لها ذلك، ولا يرد

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص174.

[2] عثمان بن حسنين بري، سراج السالك، مطبعة مصطفى الحلبي، د.ط، د.ت، ص67.

القاضي دعواها بحجة سكوت التي في البادية، فهي ليست مثلها، وكل على حالها، فالمعيار الشخصي واجب الاعتبار في هذا المقام على أن حق الزوجة التي في المدينة في التطليق في هذا المثال يكون لعدم العدل لا لعدم الإنفاق.

ثم إن القاضي وهو يبحث في إجابة الزوجة في طلب التطليق إنما يجسد فتوى معينة في الواقع، إن لم نقل أنه يفتي في الواقعة، ولو رجعنا إلى مباحث علم أصول الفقه الإسلامي في الفتوى نجد أن من بين أهم الشروط الواجب توافرها حال الإفتاء مراعاة الظروف النفسية والبيئية للمستفتي، واختلاف الأحوال والظروف العامة والخاصة، لأن لذلك الاختلاف أثرا هاما على اختلاف الحكم من شخص لأخر، بل لنفس الشخص من ظرف لأخر، وعليه يمكن القول أن القاضي وفقا للفقه الإسلامي يعتمد بشكل واضح على المعيار الشخصي في تقدير ضرر الزوجة، مما يستلزم الحفاظ بشكل أكبر على حق الزوجة في التطليق للضرر وهذا ما أكده شراح قانون الأسرة الجزائري ،وهو الرأي الذي أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في أحدها: "إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد النفقة فيما يتعلق بالطلاق وإثباته،[1] حيث يلاحظ أن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا في هذا القرار أن إهانة الزوجة ومس كرامتها ضرر يوجب التطليق رغم أن ضرر الإهانة قد لا يرتقي لأن يكون ضررا يوجب التطليق عند الكثير من الزوجات، لا سيما في زمن صدور

[1] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ: 1986/01/13، ملف رقم: 39025، غير منشور، ذكره بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ص85.

هذا القرار سنة 1968، وهذا يظهر تبني قضاء المحكمة العليا للمعيار الشخصي في إجابة الزوجة المدعية في هذا القرار، إذن فسلطة القاضي في تقدير الضرر الموجب للتطليق تتسع في الضرر الواجب الإثبات وفي تقدير بعض شروط الضرر المفترض بالاعتماد على المعيار الشخصي، وتنحصر في تقدير ذات الضرر المفترض وبعض شروطه بالاعتماد على المعيار الموضوعي.

وصفوة القول أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة وأنه لا حدود للضرر المعتبر شرعا الموجب للتطليق بل يخضع لتقدير وظروف القاضي والزوجين ،حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ،كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي".[1]

وعليه نجد أن الضرر المعتبر شرعا الفقرة المحبذة لدى القضاة لحرية الإثبات رغم أن كل حالات المادة 53 ق.أ تعتبر ضرر لكن كل فقرة جعل المشرع لها وسائل إثبات محددة، بينما الفقرة 10 جاءت عامة واعتبرت أن كل واقعة أو وضع يشكل ضررا شرعا يعد معيارا لفك الرابطة الزوجية ،لذا فهذه الفقرة تعد الملاذ والملجأ المحبذ لقضاة المحاكم والمحكمة العليا للاستناد عليها في حالة الحكم بالتطليق، ويلاحظ أن مصطلح الضرر المعتبر شرعا واسع وغير محدد لأن المشرع لم يحدد المعيار الذي بواسطته نميز بين الفعل الضار والفعل غير الضار.

[1] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ: 1985/05/20، ملف رقم: 36414، العدد2، المجلة القضائية، سنة 1990.

## المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض

تجدر الإشارة إلى أن الإسلام لم يشرع العقوبة المالية مقابل الضرر المعنوي، أما التعويض عن الضرر المادي كالضرب والجرح العمدي ودية القتل فقد وردت نصوص على مشروعيتها، فالعقوبة في الإسلام بدنية لا مالية، والعقوبة المالية أو التعويض عن الضرر المعنوي نظرية من ابتكار الأنظمة الغربية.[1]

وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل، وانطلاقاً من المادة 124 من القانون المدني فإن كل من يحدث ضررا بالغير يلزم بالتعويض، أما بخصوص التطليق فهناك من يرى أن القاضي يحكم بالتطليق متى توافرت الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ وبالتعويض، وهناك من يرى أن التطليق كاف لجبر الضرر.

### أولاً: موقف المحكمة العليا قبل 2005

باستقراء قرارات المحكمة العليا نجد أنها متباينة فهناك قرارات قضت برفض طلب التعويض ،حيث جاء في قرار المحكمة العليا في:1989/03/27: "كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها ليس لها الحق في المطالبة التعويض..."،[2] وهناك قرارات قضت بالحق في التعويض حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ:

---

[1] محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، ط3، عمان، 2010، ص350.

[2] لوكيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة، ط2، الجزائر، 2012، ص100.

1997/12/23: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا انه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها .."[1].

**ثانياً: بعد صدور الأمر:02/05 المؤرخ في:27 فبراير 2005**

فصلت المادة 53 مكرر من الأمر المذكور أعلاه في مسألة التعويض ،حيث منحت للقاضي السلطة التقديرية، فإذا رأى أن تطليق المرأة وحده كاف لجبر الضرر فلا يحكم بالتعويض، وإذا رأى أن التطليق وحده غير كاف لجبر الضرر فله الحكم بالتعويض المناسب.

وهذه الأحكام الواردة أدناه تبين استجابة القاضي لطلب الزوجة التعويض عن الضرر الذي أصابها.

حيث جاء في الحكم الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ:2008/02/19 :"حيث أنه ينبغي الاستجابة لطلب المدعية الرامي للتعويض عن الضرر تطبيقا للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة مع تخفيض المبلغ المطالب به للحد المعقول".[2]

وجاء في الحكم الصادر عن محكمة الدرعان في: 2008/06/16 : "ثبت للمحكمة أنه صدر حكم في 2007/12/10 يدين الزوج بجنحة الإهمال العائلي ويعاقبه بـ 6

---

[1] حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، د.ط ، د.ت، ص168.

[2] حكم صادر عن محكمة عنابة مجلس قضاء عنابة بتاريخ: 2008/02/19، رقم الفهرس: 08/928.

أشهر حبس نافذة و20 ألف دج غرامة نافذة ،وتم تأييد الحكم بقرار في:2008/06/05 وتعديله بحذف عقوبة الحبس والإبقاء على الغرامة وفقا للإشهاد الصادر عن الغرفة الجزائية الثالثة بمجلس قضاء عنابة والمؤرخ في: 2008/05/18، وبذلك قد أثبت ضررها وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة حيث أنه يتعين إلزامه بأن يدفع لها 60000 دج تعويض عن الضرر.[1]

**خلاصة الفصل الثاني:**

تم التطرق في هذا الفصل إلى بعض حالات التطليق التي تدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا، هناك حالات وردت في مواد متفرقة من قانون الأسرة مثل التطليق لنشوز الزوج والتطليق لرفض الزوج اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد، وهناك حالات ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية مثل التطليق بسبب الكفاءة في الزواج، والتطليق بسبب الإعسار في الصداق، نكون من خلال هذا الفصل قد توصلنا إلى النتائج التالية:

1. اقتصرنا على ذكر بعض حالات التطليق التي تدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا لأنه لا يمكن حصر هذه الحالات لتعددها وكثرتها
2. المشرع الجزائري منح سلطة واسعة للقاضي في حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا من حيث تقدير الضرر ومن حيث الحكم بالتعويض عملا بأحكام المادتين 53 و53 مكرر من قانون الأسرة.

[1] حكم صادر عن محكمة الدرعان مجلس قضاء عنابة بتاريخ: 2008/06/16، رقم الفهرس: 08/135.

# الخاتمة العامة والمقترحات

**تمهيد**

كنا قد تناولنا في هذا البحث حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري، وتوصلنا إلى أن القانون كفل للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا. ولقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج التي تم من خلالها تقديم بعض المقترحات والتوصيات في موضوع البحث.

**أولاً- النتائج العامة للدراسة**

- ❖ التطليق هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة نظرا للضرر الذي أصابها من الزوج ،وهو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية ،ويؤسس على توافر الضرر الذي يصيب الزوجة من خلا ل تقاعس الزوج عن أداء واجباته الزوجية ،والتطليق مشروع بالكتاب والسنة والقانون.
- ❖ اختلف الفقهاء حول الطبيعة الشرعية والقانونية للتطليق هل هو طلاق أم فسخ، منهم من اعتبره طلاقا ومنهم من اعتبره فسخا، والمشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقا .
- ❖ تتمثل وسائل إثبات الضرر الحاصل للزوجة في البينة (شهادة الشهود)،الإقرار، القرائن، اليمين، التحقيق والخبرة القضائية .
- ❖ لا يمكن حصر حالات التطليق للضرر المعتبر شرعا، لذا قمنا بذكر بعض الحالات الواردة في نصوص متفرقة من قانون الأسرة مثل التطليق لنشوز الزوج، والتطليق

لرفض الزوج اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لحصول الولد، وبعض الحالات الواردة شرعا كالتطليق بسبب الكفاءة في الزواج والتطليق بسبب الإعسار في الصداق.

- ❖ منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الضرر وفي الحكم بالتعويض عملا بأحكام المادتين 53 و53 مكرر من قانون الأسرة.

**ثانياً-الاقتراحات**

في ضوء النتائج التي توصل إليها البحث الحالي يقدم الباحثان المقترحات التالية:

- ❖ إعادة النظر في قانون الأسرة بمعنى تعديله تعديلا جذريا من أجل إعادة التوازن لطرفي عقد الزواج ، حيث لا حظنا أن المشرع قد توسع في الأسباب التي تستند عليها الزوجة في طلب التطليق، وخاصة نص الفقرة 10 من المادة 53 التي نصت: "كل ضرر معتبر شرعا"، ربما لأن المشرع في تعديله لقانون الأسرة قد تأثر بجمعيات حقوق المرأة وكذلك بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر آنذاك وخاصة اتفاقية سيداو، وهذا التأثير جلي وواضح من خلال تعزيز المشرع للمركز القانوني للمرأة من خلال فتح المجال واسعا أمام المرأة لطلب التطليق وهذا الأمر قد يسيء إلى المرأة أكثر من أن يفيدها، بل قد يؤثر على الأسرة ويجعلها عرضة للانحلال والتفكك.

# قائمة المصادر والمراجع

## أولا/ المصادر

1. القرآن الكريم.
2. الحديث النبوي الشريف.

## ثانياً/ القواميس و المعاجم

3. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004.
4. محمد المصلح، كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي، ج1، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، سلسلة: دلائل ومعاجم وموسوعات، ط.1، المغرب، 2014.
5. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج8، دار صادر، ط1، بيروت، 1448هـ.

## ثانيا/ المراجع

### أ- الكتب:

6. إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مكتبة أسامة، ط2، الرياض، 1983.
7. أبو بكر البيهقي ( ت: 854 هـ)، السنن الكبرى للبيهقي، باب الرغبة في النكاح، رقم الحديث:13497، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7، دار الكتب العلمية، ط3، لبنان، 2003.
8. أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986.
9. أبو داود الطيالسي ( ت: 204 هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، باب أسامة بن شريك، رقم الحديث: 1328، تحقيق: محمد ابن عبد المحسن التركي، دار هجر، ط1، مصر، 1999.
10. أبو داوود الطيالسي (ت:204هـ)، مسند أبي داود، تحقيق: ابن عبد المحسن التركي، باب عكرمة مولى ابن عباس، ج4، رقم الحديث: 2805، دار هجر، ط1، 1999، مصر.
11. أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت.
12. أبي عبد الله محمد الفاسي، الإتقان والأحكام شرح تحفة الأحكام، دار الحديث، د.ط، القاهرة، 2011.
13. أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، تحقيق : محمد عليش، ج2، دار الفكر، د.ط، بيروت، د.ت.

14. أحمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، القاهرة، 2016.
15. أحمد بن محمد بن حنبل (ت:241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ج37، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2001.
16. الإمام مالك، المدونة الكبرى، رواية :الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج5، مطبعة السعادة، ط.1، 1323هـ.
17. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، الجزائر، 2010.
18. البيهقي، السنن الكبرى، باب أجل العنين،ج7، رقم الحديث: 14067.
19. جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في الإسلام، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004.
20. حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، د.ط ، د.ت.
21. زكى الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار يونس، ط4، 1978.
22. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، المنشورات الحقوقية، ط5.
23. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، دار ابن حمودة، ط8، ليبيا، 2011.
24. عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي( ت 542 هـ)، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي العربي، ط1، القاهرة، 1998، ج9.
25. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام: الإثبات– آثار الالتزام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
26. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط2، الجزائر،1987.
27. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج7، دار الفكر، ط1، بيروت، 1405هـ.
28. عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام احمد، ج2، دار المكتب الإسلامي، ط1، دمشق، د.ت.
29. عثمان بن حسنين بري، سراج السالك، مطبعة مصطفى الحلبي، د.ط، د.ت.

30. عطية صقرفي الفتاوى، ج2، المكتبة التوفيقية، د.ط، مصر، د.ت.

31. علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، 1444هـ.

32. علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق :محمد حامد الفقي، ج8، مطبعة السنة المحمدية، ط1، القاهرة، 1957.

33. علي بن عمر الدارقطني ( ت: 385هـ )، كتاب البيوع، رقم الحديث :3601، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2004.

34. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2001، الجزائر.

35. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، ط3، الجزائر، 2011.

36. لوكيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة، ط2، الجزائر، 2012.

37. محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، ط1، عمان، 2010.

38. محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج1، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت.

39. محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1994.

40. محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ح5، مطبعة السعادة، د.ط، د.ت، القاهرة.

41. محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج2، مكتبة ابن تيمية، د.ط، مصر، 1993.

42. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المكتبة التجارية، د.ط، بيروت، د.ت.

43. محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، د .ط، بيروت، د.ت.
44. محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج1، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1995.
45. محمد بن يزيد بن ماجه (ت: 273هـ)، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم الحديث: 1874، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
46. محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام، المكتب الإسلامي، د.ط، القاهرة د.ت.
47. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، ط3، عمان، 2010.
48. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المادة المدنية والجارية، دار الهدى، مليلية، الجزائر، 2009.
49. محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، د.ط، الإسكندرية، 1997.
50. محمود السر طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، دار الفكر، د.ط، بيروت، د.ت.
51. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج1، المكتبة الإسلامية، د.ط، د.ت، بيروت، د.ت.
52. المصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، د.ط، بوزريعة الجزائر، 2010.
53. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2012.
54. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، ط2، سوريا، 1985.

## ب- المذكرات والأطروحات

55. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، وهران، 2006.
56. فاروق موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، موسم 2014/2013.

57. ليلى جمعي، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1994.

58. محمد قاسمي، التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، المغرب، 2017/2016.

59. محمد كفيل، الإثبات في مدونة الأسرة، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2006-2007.

60. هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، 2019.

### ج- الإجتهادات القضائية

61. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم:34791، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989.

62. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ: 1984/11/19، ملف رقم: 34784، المجلة القضائية، العدد3، سنة 1989.

63. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1985/05/20، ملف رقم :36414، المجلة القضائية، العدد2، 1990.

64. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ: 1985/05/20، ملف رقم: 36414، العدد2، المجلة القضائية، سنة 1990.

65. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ: 1986/01/13، ملف رقم: 39025، غير منشور، ذكره بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا.

66. قرار رقم: 44994، بتاريخ: 1987/02/23، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1990.

67. قرار رقم: 50519، بتاريخ: 1988/09/26، صادر عن المحكمة العليا غ أ ش، المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1992.

68. قرار رقم: 189226، بتاريخ:1998/04/21، صاد رعن المحكمة العليا غ.أ.ش، المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2001.

69. حكم صادر عن محكمة عنابة مجلس قضاء عنابة بتاريخ: 2008/02/19، رقم الفهرس: 08/928.

70. حكم صادر عن محكمة الدرعان مجلس قضاء عنابة بتاريخ: 2008/06/16، رقم الفهرس: 08/135.

**د- النصوص القانونية والأوامر**

71. القانون رقم: 11/84 المؤرخ في :9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم:02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد:15، المؤرخ في:27 فبراير 2005.

72. الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005.