الفصل الأول : التطليق بطلب من الزوجة

لما كان الطلاق بيد الزوج و بإرادته المنفردة لإنهاء العلاقة الزوجية التي لا يستطيع الإستمرار بها لأسباب مختلفة فإنه كذلك منح للزوجة الحق في إنهائها سواء أراد الزوج ذلك أم لم يرد، لرفع الظلم إذا وقع عليها،[1] وذلك عن طريق القاضي، إذا رأى في ذلك أسبابا وجيهة للإستجابة لطلبها و تبين له صحة ما تدّعيه، وذلك من خلال الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وهذا ما يسمى بالتطليق، حيث سنتطرق للمقصود به من خلال المبحث الأول والأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق من خلال المبحث الثاني.

[1]– محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 320.

المبحث الاول: المقصود بالتطليق

يمنح القاضي استنادا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الحق في طلب التطليق حيث سنبين ما المقصود بالتطليق وطبيعته من خلال المطلب الأول وشروط وأركان التطليق في المطلب الثاني وحكم التطليق في المطلب الثالث.

المطلب الاول: تعريف التطليق وطبيعته

الفرع الأول: تعريف التطليق

لم يعرّف المشرع الجزائري التطليق، لكنه نص على الاسباب التي تعطي للزوجة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة إذا توفر لها سبب من الاسباب المذكورة على سبيل الحصر في المادة 53 ق.أ.ج وما يلاحظ كذلك أنه لم يرد تعريف فقهي محدد، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقوموا بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتفريق القضائي بين الزوجين، وإنما الإشارة إلى الحالات التي تستطيع بها الزوجة طلب التفريق الذي يكون أمام القاضي.

ومن المعلوم أنه من الصلاحيات التي أعطتها الشريعة الإسلامية للقضاة أن جعلت لهم حق التفريق بين الزوج و زوجته إذا ثبت لهم أن في الفراق خير لهما، فالتفريق الذي عناه المشرع الجزائري يتمثل في الأسباب التي نص عليها في المادة 53 ق.أ.ج، أما التفريق القضائي في الفقه الإسلامي فهو يشمل جميع الفرق التي يوقعها القاضي سواء كانت طلاقا، كالخلع و كالتطليق لإعسار الزوج عن نفقة زوجته، أو فسخا كالتفريق بسبب اللعان[1] أو بسبب الإيلاء،[2] كما يعتبر التفريق القضائي بأنه ذلك الذي يقع بحكم القاضي إستجابة لطلب الزوجة المتضررة بعد

[1]–اللعان :هو حلف الزوج المسلم على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه وحلف زوجته على تكذيبه أربعة أيمان، بصيغة أشهد بالله لرأيتها تزني ونحوه وبحضور حكام سواء صح النكاح أو فسد.

[2]– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، 2012، الصفحة 227-228.

تحريه وعدم استطاعته إزالة الضرر بالوسائل الشرعية،[1] ويكون سواء أراد الزوج ذلك أم لم يرد، ذلك أن الإسلام أعطى حق الطلاق للرجل يوقعه متى شاء لإنهاء العلاقة التي لا يستطيع الاستمرار بها، ولكنه في نفس الوقت لم يحرم المرأة من حقها في إنهاء هذه العلاقة وقطعها بواسطة القاضي وذلك لكي يرفع عنها الظلم إذا ما وقع عليها، فجعل من حقها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة إنهاء الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها، فإذا ما أبدت أمام القاضي أسبابا توجب التفريق، فرق القاضي بينهما.[2]

كما يمكن استخلاص أن التطليق هو ذلك الذي يكون بناء على طلب من الزوجة و يتم بحكم القاضي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة و يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة و الإنصاف.[3]

الفرع الثاني: طبيعته القانونية

بعدما تطرقنا إلى تعريف التطليق أو ما يسمى بالتفريق القضائي في الفقه الإسلامي لابد من التطرق إلى الطبيعة القانونية له يمكن أن نعتبره رخصة إستثنائية منحها المشرع للقاضي، و ممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء،[4] بالرغم من أن الأصل في الطلاق حصوله بيد الزوج لا بيد غيره ولو قاضيا، ولكن أجاز الفقهاء ذلك حيث أن المالكية والحنابلة وسعوا في التطليق الذي يملكه القاضي، أما الحنفية فلا يملك القاضي إلا الطلاق لعيب في الزوج، وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب

---

[1]– العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص103.

[2]– محمد سمارة، المرجع السابق، ص 320.

[3]– محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراه)، تخصص فقه وأصوله، جامعة باتنة ،كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية، 2008–2009، ص639.

[4]– يوسف عزيزية، التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و إجتهاد المحكمة العليا، (مذكرة تخرج للقضاء)، المعهد الوطني للقضاء، 2003–2004، ص 6.

التناسلية في الرجل و هي الجب و الخصاء والعنة، و زاد محمد: الجنون و الجذام والبرص،[1] وما يهمنا هنا هو هل يعتبر فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة فسخا ام طلاقا؟

فضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق عند المالكية هو السبب الموجب للتفريق فإن كان غير راجع للزوجين فهو فسخ مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه فلم يصح ذلك، أما إذا كان راجع لأحدهما فهو طلاق.[2] أما ضابطه عند الشافعية و الحنابلة هو أنها إذا أوقعها الزوج أو نائبه بالألفاظ الدالة عليه تعد طلاقا، وفيما عدا ذلك تعتبر الفرقة فسخا.[3] وأما الحنفية، فكل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب الزوجة كالفرقة بسبب الإيلاء فهي تكون طلاقا، أما الفرقة التي تنشأ من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من جانب الزوج، أما الفرقة التي يمكن أن تكون من جانب كل من الزوجين فهي طلاق إن كانت الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام، وهي فسخ إن كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة.[4]

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالفقه المالكي لإعتبارهم أن الطلاق بسبب أحد الزوجين كالفرقة بسبب إعسار الزوج معتبرا إياها طلاقا وليس فسخا وكذا ما يستشف من المادة 48 من قانون الأسرة التي تنص على: "مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أوبطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"5. أن الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة تعد طلاقا لا فسخا.

---

[1]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت.ن)، ص 347.

[2]– ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص71.

[3]– عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 7، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 343.

[4]– المرجع نفسه، ص341–342.

[5]– الأمر رقم 05–02 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84–11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426هـ موافق لـ 27 فبراير 2005.

المطلب الثاني: شروط التطليق و أركانه

بعدما تطرقنا الى المقصود بالتطليق من خلال تعريفه و طبيعته القانونية سنتطرق في هذا المطلب باختصار الى الشروط الواجب توافرها لكي تتمكن الزوجة من فك الرابطة الزوجية عن طريق القضاء في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنبين فيه أركان التطليق ولكي تكون الرخصة التي منحت للزوجة شرعاً وقانوناً متاحة.

الفرع الأول: شروط التطليق

لقد أباح القانون الطلاق بطلب من الزوجة بموجب النصوص الواردة في قانون الأسرة وذلك من خلال المادة 48 ق.أ.ج السالفة الذكر والمادة 53 التي نصت على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد78 ، 79 ، 80 من هذا القانون.
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10- كل ضرر معتبر شرعاً.

وكذا المادة 54 التي تنص على أنه: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[1]

- يتوقف التطليق على عدة شروط أهمها:

1- أنه لابد أن يتم في المحكمة أمام القاضي.

2- لابد من طلب الزوجة ذلك، حيث أن الصحيح المشهور أن المرأة لا تستقل بذلك بل لا بد من الرفع الى الحكم.[2]

3- أنه لا يستعمل إلا إذا تعذر الإتفاق بين الزوجين و توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون فإن كانت الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري غير متوفرة فإن دعوى التطليق ترفض لعدم تأسيسها.

الفرع الثاني: أركان التطليق

إن الأصل أن الطلاق هو أنه يقع بيد الرجل لأنه لو جعل الطلاق بيد المرأة لإضطربت الحياة الزوجية لدرجة تأثرها واندفاعها وراء العاطفة، على أن الشارع لم يهمل جانبها فأعطى لها أن ترفع للقاضي اذا ألحق بها الزوج ما يوجب التطليق.[3] و أعطت أسباب لتؤسس بها طلبها ولو كان سببا واحدا على أن يكون شرعيا وقانونيا، ولما كان الأصل في فك الرابطة الزوجية هو الطلاق بيد الرجل إلا أنه يستشف من أركان الطلاق الأركان التي وجب توفرها في التطليق، وسنحاول توضيح ذلك من خلال ذكر أركان الطلاق والتي تتمثل في:

1- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير2005.

2- تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسني الحصيني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، دار الكتب العلمية، لبنان،2001، ص 585.

3- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص493.

- **أولا: الزوج**: وهو الذي يقع منه الطلاق اذ أن الله عز و جل خاطب بالنكاح والطلاق الرجل، ولم يخاطب بها المرأة،[1] لقوله تعالى : {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ}[2]، ذلك أن الرجل أحرص على بقاء الحياة الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال ما أنفق، وعليه ما من تبعات ما ليس على المرأة كما أن المرأة سريعة الغضب و الإنفعال و ليس عليها النفقة أو تبعات الطلاق ولأن الطلاق من التصرفات التي لها آثار خطيرة في حياة الزوجين لابد أن تتوفر في الزوج شروط لكي يجوز منه الطلاق بحيث يجب أن يكون كامل الأهية بالعقل و البلوغ و الإختيار فإذا كان به خلل في أحد هذه الاوصاف فإن طلاقه محل نزاع بين أهل العلم.[3]

ثانيا: الزوجة: وهي التي يقع عليها الطلاق و يشترط لوقوع الطلاق عليها، أن تكون الحياة الزوجية قائمة وقت الطلاق فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، و لا يقع على امرأة غير متزوجة و كذلك يجب أن يكون الزواج صحيحاً و أن لا تكون المطلقة قبل الدخول لأنها تعد من ذوات العدد و أما إذا كانت من ذوات العدد أي طلاق بعد الدخول فيشترط أن لا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثاً.[4]

---

[1]– طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الإسكندرية، 2004، ص14.

[2]– سورة الأحزاب، الآية 49

[3]– طارق بن أنور آل سالم، المرجع نفسه، ص15-16.

[4]– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص55.

المبحث الثاني: الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق

لقد سبق وأن ذكرنا أن التطليق منح للزوجة كرخصة لإنهاء العلاقة الزوجية التي لا تستطيع الإستمرار بها وذلك بناء على طلبها مراعاة للشارع الحكيم لهذا الجانب ذلك أن إرغام الزوجة على البقاء مع زوج تنفر منه لأسباب مختلفة بشرط أن يتم التفريق بينهما عن طريق القضاء ولقد جاء قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 منه مسايرا لأحكام الشريعة الإسلامية ذلك أنه عدد الأسباب التي تمنح الزوجة الحق في طلب التطليق على سبيل الحصر وباستقراء هذه المادة السالفة الذكر نجد أنه يمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ففي المطلب الأول جاء تحت عنوان التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية، وفي المطلب الثاني التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائياً، أما المطلب الثالث فهو تحت عنوان التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعاً.

المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية و العائلية

يترتب على الزواج إلتزامات تشمل الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق الزوجين معاً، فإذا ما أخل أحدهما أو كلاهما هذه الإلتزامات فإنه يستطيع الزوج المتضرر فك الرابطة الزوجية وما يهمنا في هذا المطلب هو: هل للزوجة طلب التطليق إذا وجدت ظروف ودواعي لذلك؟ وهذا ما سنتطرق إليه كالآتي:

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق والتطليق لغياب الزوج

أولا: التطليق لعدم الإنفاق

عرف علماء اللغة النفقة بأنها ما ينفق من الدراهم ونحوها، الزاد، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام، والكساء والسكن والحضانة.[1]

[1]– علي بن هادية و بلحسين البليش الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، ط5، تونسية للتوزيع، تونس، 1984،ص1241.

أما في الإصطلاح الفقهي فيطلق اللفظ على كل ما يحتاج اليه المرء لإقامة حياته من ضروريات الحياة و النفقة تشمل الطعام والشراب و الكسوة والسكن والتداوي و الحاجيات الأخرى التي يتطلبها العصر، وهي فرض عين، وليس لها حد معين، وإنما هي مقدرة بالكفاية من ناحية الكمية وبالقدرة المالية للمنفق.[1]

أما عدم النفقة فهو امتناع الزوج عن أحد أهم واجبات الزوجية و يكف عن السعي في توفير أسباب العيش لزوجته لأي غرض كان ذلك، سواء بهدف إرغامها على طلب التطليق أو تحقيقا لطموح يسعى اليه فينتهج أسلوب قطع النفقة على زوجته أو كره منه لها أو عجز على هذا الواجب القانوني.[2]

1- موقف الفقهاء من التطليق لعدم الإنفاق

اعتبر الشرع إنفاق الزوج على زوجته حقا من حقوقها بموجب عقد الزواج الصحيح، وهي واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها له، و نفقة الزوجة ثابتة بنصوص كثيرة وردت في القرآن الكريم وفي السنة النبوية المطهرة كما ثبت بإجماع المسلمين منذ عصر الصحابة الكرام، وهي واجبة للزوجة على زوجها و لو كان صغيراً أو فقيراً، مسلمة كانت أو كافرة، و سواء أكانت فقيرة أم غنية إذا سلمت نفسها لزوجها.[3]

فيرى جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة أنه إذا أعسر الزوج بالنفقة أو الكسوة فلها الفسخ، و أما الحنفية فلا فسخ لها.[4]

---

[1]- العربي بختي، أحكام الطلاق...، المرجع السابق، ص111.

[2]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 271.

[3]- العربي بختي،أحكام الطلاق...، المرجع نفسه، ص111-112.

[4]- حسين بن محمد المحلي الشافعي و علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الجواد، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، ط1، دار القلم العربي، حلب، 1990، ص 178-179.

فعند الشافعية إن أعسر بنفقتها فلها فسخ النكاح.[1] ذلك أنه إذا عجز الزوج عن القيام بمؤن الزوجية الموظفة عليه، فلها الخيار إن شاءت صبرت وانفقت من مالها أو إقترضت وأنفقت على نفسها، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر وإن شاءت طلبت فسخ النكاح.[2]

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته أو بكسوتها فلها الخيار بين الفسخ و الإقالة، وتجعل النفقة دينا في ذمته وإن إختارت المقام ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك. وإن أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط وبالأدم أو بنفقة الخادم لم يفسخ وكانت دينا في ذمته،[3] ولا يصح الفسخ بلا حاكم فيفسخ بطلبها أو تفسخ بأمره.[4]

أما الحنفية:[5] فلا يجوز لها التطليق لعسر الزوج عن النفقة، حيث لا فسخ لها لأن المعسر منظر، و لأن الفسخ يفوت حقه، و ترك الفسخ يؤخر حقها ، والتفويت أشد من التأخير، ولأنها نفقة واجبة فلا يثبت بها حق الفسخ، كالنفقة الماضية،[6] وعليها الإنتظار إلى وقت يساره[7] لقوله تعالى: {وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ }.[8]

---

[1]– مصطفى ديب البغا، التهذيب في أدلة متن الغاية و التقريب متن أبي شجاع في الفقه الشافعي، ط4، دار ابن كثير، بيروت، 1989، ص191.

[2]– تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، المرجع السابق، ص584.

[3]– موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، كتاب الهادي، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص208–209.

[4]– مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، دليل الطالب لنيل المطالب، مؤسسة الرسالة، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص469–470.

[5]– شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني و ألفاظ المنهاج، ج3، ط 1 ، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1997، ص579.

[6]– أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص49.

[7]– الماوردي البصيري، الحاوي الكبير، ج11، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص454.

[8]– سورة البقرة، الآية 280.

2- موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق:

كما سبق الإشارة إلى أن عدم النفقة هو إمتناع الزوج عن أهم أحد الواجبات الزوجية التي تترتب على عقد الزواج حيث تنص المادة 78 من قانون الأسرة على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء الكسوة، العلاج، السكن، أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".[1]

ولقد أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 53 ق.أ في الفقرة الأولى على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها إستناداً إلى إرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه. ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 80.79.78 من هذا القانون.[2] وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ إستحقاقها،[3] واضعاً لها عدة شروط لا بد من توافرها و التي تتمثل فيما يلي:

1- عدم إنفاق الزوج على زوجته وامتناعه عمداً و قصداً عن تقديم ما تحتاجه من غذاء و لباس وعلاج وسكن وغيره.[4]

2- أن تكون قد رفعت دعواها من قبل تطالب فيها بالنفقة.[5]

3- صدور حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوجة على زوجها، وهذا يعني أن يكون الزوج قد امتنع عن الإنفاق إمتناعاً حقيقياً لمدة من الزمن قصيرة أو طويلة، ويعني أن تكون الزوجة قد أقامت دعوى أمام المحكمة ضد زوجها فأثبتت إمتناعه عن النفقة واستصدرت حكما على الزوج بأنه يجب عليه أن ينفق عليها ويدفع لها مبلغاً معيناً يقدره القاضي ويذكره في حكمه.[6]

---

[1]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر،1989، ص256.

[4]- المكان نفسه، ص256.

[5]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص272.

[6]- عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص256.

وهذا يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها، و تسعى لتنفيذه وفقاً للإجراءات المنوه عنها قانوناً، و في حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة. حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق.[1]

4- أن لا تكون عالمة بإعساره وقت زواجها فإن كانت عالمة بمصدر دخله أنه مجرد الوظيفة مثلاً أو أنه جهده اليومي أو أنه بدون عمل أو أن مهنته ليست مطلوبة إجتماعيا مما يجعله يعيش انفراجا مالياً أحيانا ويفتقده أحياناً أخرى فإن رضيت بالزواج به على هذا الحال فإنها قد تزوجت به وهي على علم بعسره فلو رفعت دعواها إلى القاضي تطلب التطليق للعسر الذي علمت به رفض دعواها لورود النص[2]: "ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج"[3] ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج بكل وسائل الإثبات، فإن إستطاعت الزوجة أن تثبت أن عسره هذا جاء بعد زواجها فإنه ينظر بعد صدور الحكم بالنفقة فإن لم ينفق وطال عسره إلى مدة تضر بالزوجة ولم تلح في الأفق أية علامة لليسر طلق عليه القاضي.[4]

5- الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو الإنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخولاته وموارد رزقه، لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها.[5]

كما أن المشرع الجزائري من خلال المادة 53 ق.أ.ج لم يبين حكم التطليق عند وقوعه هل يقع طلاقاً رجعيا أم طلاقاً بائناً، إلا انه يفهم من

---

[1]- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص37.

[2]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص272-273.

[3]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4]- فضيل سعد، المرجع نفسه، ص272-273.

[5]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص256-257.

المواد 49،50،51. انها تشمل جميع صور فك الرابطة الزوجية بخصوص إجراءاتها عن طريق الطلاق.[1]

ثانيا: التطليق لغياب الزوج

جاء في معاجم اللغة الفعل غاب، يغيب، غب، غيباً، وغاب غياباً، غاب فلان عن فلان أي بعد عنه، وغاب فلان، لم يحضر عن بلاده، سافر وغاب عنه.[2]

ويعني هذا أن الإغتراب وهو ترك الإقامة في الوطن الأصلي والإقامة في غيره، كأن يتخذ المرء بلداً ما وطناً له فيستوطنه و يقيم فيه إقامة دائمة. أما الغيبة فالمراد بها غيبة الزوج في بلد غير البلد الذي تقيم فيه زوجته.[3] كذلك يقصد بها أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القاضي، ومراجعته فيما تدعيه عليه زوجته، سواء كان غائباً عن البلد حقيقة، أم كان مختفيا في نفس البلد، وسواء أكانت غيبته عن البلد مسافة قصر الصلاة ام كانت دونها.[4]

1. موقف الفقهاء من التطليق للغياب:

إذا غاب الزوج مدة طويلة تفوق السنة عن زوجته، أجاز لها بعض الفقهاء طلب الطلاق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها.[5]

---

[1]– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص233.

[2]– علي بن هادية، المرجع السابق، ص741.

[3]– العربي بختي، أحكام الطلاق، المرجع السابق، ص132

[4]– محمد سمارة، المرجع السابق، ص330.

[5]– رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص200.

فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها لغيبته وتخشى عن نفسها الفتنة فعند الحنفية و الشافعية و الجعفرية لا يحق لها طلب التفريق ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سببا للتفريق في نظرهم.[1]

وذلك محافظة على العلاقة الزوجية من أن يعصف بها الشقاق، فإذا رفعت المرأة أمرها إلى القاضي طلب من الزوجة الصبر على زوجها حتى يرجع الى رشده ويعود من مكانه.[2]

وذهب الماكية أن للقاضي أن يفرق بين الزوج و زوجته إذا غاب عنها غيبة تتضرر منها، متى رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق شاكية اليه الضرر الذي لحقها، فقالوا إن القاضي يكتب إليه إذا كانت تبلغه المكانة إعذارا، وإلا طلق بلا إعذار بعد إنتهاء المدة،[3] التي حددها فقهاء المالكية الى ثلاث سنوات.[4] ويكون الطلاق عندهم بائناً.[5]

وذهب الحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى و لو ترك لها زوجها مالاً تنفق منه،[6] كما فرقوا بين الغيبة لعذر ولغير عذر فقالوا إذا كانت لعذر لم يفرق و إن كان لغير عذر فرق القاضي، ووجه النظر لهذا الرأي هو المحافظة على الزوجة حتى لا تزل قدمها فتسلك مسلك الرذيلة و أيضا لأن الله سبحانه وتعالى أمر الأزواج بالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فإذا لم يفعلوا قام

---

[1]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص207.

[2]- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، دار التأليف، مصر، 1961، ص294.

3- المكان نفسه، ص 294.

4- يوسف محمد خليفة أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام، ط1، دار الكتب الوطنية بنغازي، 2007، ص 185.

5- محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص208.

6- المرجع نفسه، ص207.

القاضي مقامهم عند عدم التسريح بإحسان،[1] و تكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً لأنها من جهة الزوجة والفرقة من جهة الزوجة عندهم فسخاً.[2]

2. موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغياب:

أجاز المشرع الجزائري التطليق للغياب حسب الفقرة الخامسة من المادة 53.ق.أ التي تنص على أن : " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".[3]

حيث يتضح منها أنه يلزم للتطليق في هذه الحالة توافر الشروط الآتية:

1. أن تكون مدة الغيبة أو الهجر سنة فأكثر، فلا يجوز الحكم بالتطليق إذا رفعت الدعوى قبل مرور سنة على بدأ الغيبة أو الهجر.[4]

ومن هذا يخطر لنا أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي في تحديد المدة بسنة فأكثر.[5]

2. غياب العذر المقبول المقترن بغيبة الزوج،[6] و ذلك كما لو سافر لمجرد السفر ولم يعد، فيعتبر على أنه إنسان طائش و مهمل لعائلته، بخلاف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة أكثر من سنة أو لأي سبب جدي آخر فإن طلب الزوجة للتطليق يكون مصيره الرفض ولا تجاب لطلبها، إذ المنطق و العادة و الأخلاق أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة مع زوجها فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها و تصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها و بلوغه مافي شأنه أن يعود بالفائدة عليها وعلى مستقبل

1- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 284-295-447.

2- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص208.

3 - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط5، دار الثقافة، عمان، 2011، ص209.

5- سعاد نذير، التطليق في قانون أسرة الجزائري، (مذكرة الماستر في القانون)، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة آكلي محمد أولحاج، كلية الحقوق و العلوم السياسية، البويرة، 2012-2013، ص19.

6- عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط1،(د.م.ن)، (د.ت.ن)، 2006، ص268.

أسرتها، فإن لم تتبين هذه الحقيقة وغالبتها نفسها وتقدمت لطلب التطليق كان لوصي الزوج أو وكيله أن يثبت للمحكمة عذر الغياب فترفض المحكمة طلبها لأن القانون يبيح لها ذلك عند غياب العذر الشرعي،[1]

3. أن يغيب عنها وأن لا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه وهذه الحالة تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي ويتأكد منها بجميع الطرق حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب و البلد الذي يوجد فيه والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات الإدارية والسياسية المحيطة به وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا، فإن كان عدم بلوغ الزوجة ما يرسله هو نتيجة خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري أو في العنوان فيكون ذلك عذراً شرعياً و لو لم تحصل منه على النفقة خلال سنة لأن ذلك ليس إمتناعا منه على أداء واجبه ولكن يقع تحت أسباب قاهرة، أما إن كانت الوضعية المالية حسنة وله مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما تنفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة ومتى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة ويحكم لها ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير، وتكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.[2]

4. أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه، فذلك يهدف لكون الزوجة لا تستطيع بأي حال من الأحوال الإلتحاق بزوجها في مكان تواجده سيما إذا كان السفر إليه بعيدا وشاق ومع ذلك فالبعض إعتبروا هذا الشرط مستعصي على الزوجة سيما أن الضرر يتحقق لبعد الزوج عن زوجته ولو كان في نفس البلد، فالعبرة بالبعد لا بالغيبة و متى تحقق الضرر جاز للزوجة طلب التطليق، وكذلك لا بد من مرور سنة ليتحقق فيها الإضرار بالزوجة.[3]

---

[1]– فضيل سعد، المرجع السابق ، ص294.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص50.

[3]– عثمان التكروري، المرجع السابق، ص209.

5. أن تتضرر الزوجة عن بعده عنها، و تخشى على نفسها الفتنة و الوقوع في المعصية و هذا الضرر مفترض بمجرد مرور سنة على الغيبة دون الحاجة إلى إثبات.[1]

غير أن المشرع الجزائري لم يبين إذا كان التفريق بسبب غيبة الزوج بدون عذر أو نفقة هل يكون طلاقاً رجعيا أم بائنًا أم فسخاً.

الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع والتطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

من الأسباب التي نصت عليهاالمادة 53 ق.أ في الفقرة الثالثة منها هي الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر كذلك في الفقرة الثامنة التي تنص على الشقاق المستمر بين الزوجين حيث سنتناول:

أولا: المقصود بالهجر وموقف الفقه وقانون الأسرة منه:

1- المقصود بالهجر:

الهجر في المضجع هو أن يدير الرجل ظهره لزوجته ولا يعيرها الإهتمام المطلوب منه كزوج في الفراش، و ليس معناه ترك غرفة النوم،[2] وهو من الاساليب التي شرعها الله عز و جل للرجل كي يؤدب زوجته بغرض الإصلاح بعد الشقاق ولا يلجأ إليه الزوج إلا إذا فشل في الإقناع و الوعظ، قال تعالى: {وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ }.[3]

ولقد بين كل المفسرين أن الهجر في المضاجع لا يعني البتة هجر الفراش أو الحجرة بل هذا ربما يكون سببا في زيادة الجفوة لأن الهجر في المضجع كثيرا ما

---

[1]- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص280.

[2]- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص133.

[3]- النساء، الآية 34.

يهيج شعور الزوجة ويكون مدعاة لتسكين نفس كل من الزوجين إلى الآخر وعاملاً لإزالة قلقهما واضطرابهما.[1]

ذلك أن الهجر في فراش الزوجية يعني تباعد الطرفين و نشوء الوحشة والشقاق بين الزوجين، وانقلاب الألفة إلى سوء عشرة وهجر وفراق، فإنه إذا إشتكت الزوجة من إضرار زوجها لها عن طريق الهجر الذي لم تعد تحتمله، ولا يمكن إنجاب ذرية، فإنه يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينهما، والهجر المطلوب هو الهجر الجميل من غير جفوة، كأن يولي الزوج ظهره، ولا يجامعها ولا يكلمها إلا بقدر يسير جدا إلا انه لا يجوز له هجر كلامها، أو الإمتناع عن الحديث معها أكثر من ثلاثة أيام،[2]

كما يكون الهجر بترك فراش الزوجية او غرفة نوم الزوجة لينام الزوج في فراش آخر أو في غرفة أخرى و يتركها عن قصد و دون سبب شرعي، و ذلك لمدة تزيد عن أربعة شهور كاملة قصد الإضرار بها، وتعذيبها أوتأديبًا لها.[3]

2- موقف الفقهاء من الهجر:

في البداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر منصوص عليهما في القرآن الكريم:[4]

الأول: جاء بغرض التأديب لقوله تعالى: {وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا }.[5]

وهذا النوع من الهجر غير محدد المدة.

---

[1]- عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص133.

[2]- العربي بختي، أحكام الطلاق...، المرجع السابق، ص127.

[3]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص263.

[4]- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 197.

[5]- سورة النساء ، الآية 34.

الثاني: جاء بغرض الإيلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أوتقصر، والمشار إليه في قوله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ، وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ}.[1] فلم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بالإيلاء، و إن كان الإيلاء يتفق في الأحكام مع الهجر في المضجع و قد يكون إهماله للإيلاء راجع لغرض التضييق من نسبة الطلاق في المجتمع.[2] في نظر المشرع إلا أن ادراج الإيلاء لا يزيد إلا تطبيقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية حفاظاً على المرأة و على الأسرة.

كذلك إذا نشزت الزوجة، أي عصت زوجها وترفعت عنه، وامتنعت عن آداء واجباتها، ولم تستجب لرغبته عندما يطلبها للفراش، وعظها فإن أطاعت ورجعت عن موقفها وإلا هجرها في الفراش ما شاء من مدة، والهجر يستعمله الزوج كوسيلة لتأديب الزوجة، و دفعا لها إلى تنفيذ رغبته، مما لا شك فيه أيضا أن الزوج إذا هجر زوجته وامتنع عن مجامعتها، فإن ذلك يعتبر نوعا من الإضرار بها، لأنه يحرمها من المتعة الجنسية، والضرر يعتبر سبب من أسباب التطليق، ومما لا شك فيه أيضا أن الزوج إذا كان خاليا من العيوب وقادرا على الجماع، وحاضرا مع زوجته، ومع ذلك امتنع عن ممارسة الجماع، وأصر على عدم مجامعة زوجته، فإن ذلك يعتبر ضررا بها ولو لم يقصده الزوج، لأن المعتبر هو حصول ضرر للزوجة، فإذا حصل هذا بها الضرر، فلها الحق في أن تطلب الطلاق للضرر الحاصل لها من هذا الهجر.[3]

3- موقف المشرع الجزائري من الهجر:

الهجر في المضجع يكون سببا شرعيا ومبررا قانونيا يخول الزوجة حق طلب فراق زوجها الذي لم تعد تطيق عشرته، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، عليه أن يفصح

---

[1]- سورة البقرة، الآية 226-227.

[2]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 299.

[3]- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 280-281.

بالطلاق، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني وقيمته الخيرية كأداة لتقويم سلوك الزوجة، فالتأديب لا يكون لأكثر من أربعة أشهر، وإذا ظلمها يستوجب تدخل القاضي لرفعه بتطليق الزوجة.[1] ولكي يكون الهجر مشروعا يجب أن يتصف بما يلي:[2]

1. أنه لا يتجاوز الأربعة أشهر و لو بيوم واحد حتى يتعذر تطبيق نص المادة 53 الفقرة 3 ق.أ.
2. أن يكون الهجر تعبيرا عن غضب الزوج من سلوك زوجته التي تكون قد إرتكبت عملا فاحشا يستوجب تأديبها بهذا النوع من الأساليب.
3. أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه الله إياه، لقوله تعالى: {وَٱصۡبِرۡ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَٱهۡجُرۡهُمۡ هَجۡرٗا جَمِيلٗا}[3]، فإن ذهبت صفة الجمال فيه كان ظلما، وإذا رفعت الزوجة دعواها هذه و أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمر هذا الزوج بمجامعة زوجته ويضرب له أجلا بحسب إجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها و القيام بحقها، وإلا حكم عليه بالطلاق، و يكفي أن تدعي الزوجة الضرر فهي غير مكلفة لإثباته في هذه الحالة.[4]

ولكي تستطيع الزوجة التقدم للقضاء يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1) أن يهجرها الزوج ويترك الفراش الزوجية بحيث يدير لها ظهره ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج،[5] أو مع مبيته معها في فراش الزوجية.[6]

---

[1]– فضيل سعد، المرجع السابق، ص 279.

[2]– المرجع نفسه، ص 279.

[3]– سورة المزمل، الآية 10.

[4]– عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 281.

[5]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 263.

[6]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 135.

2) أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة شهور متتالية لا يقع بين الشهر و الآخر أي إتصال بينهما.[1]

3) أن يكون هذا الهجر عمديا مقصودا لذاته و ليس له ما يبرره، لا شرعا ولا قانونا.[2]

وأما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، فإن الهجر في هذه الحالات له مبرراته وأسبابه المعقولة.[3]

ثانيا : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

إذا حصل خصام وشقاق بين الزوجين وساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب الطلاق، كما يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى الطلاق إذا كان هو الحل الوحيد أمامه رفعا للحرج.[4]

ولا شك أن المقصود بالشقاق هو سوء العشرة بين الزوجين واستمرار التنافر بينهما، بسبب من الزوج أو الزوجة، أو بسببهما معا، مما يلحق الضرر بأحدهما أو بكليهما، لأن الشقاق بحد ذاته يعتبر ضررا، ولذلك فإذا دب الخلاف وإتسع نطاق الشقاق فإن الشارع قد عالج ذلك بتوسيط حكم من أهله وحكم من أهلها ليدرسا سبب الشقاق وهما على قرب منهما وصلة بهما تمكنهما من إكتشاف الحقائق، لمحاولة إصلاح ذات البين و ملافاة أسباب النزاع قبل أن يستفحل الأمر، ويتعداهما إلى باقي الأسرة، كما هو معلوم شرعا أن الفرقة بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على الوجه المشروع إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة، كما يكون

---

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 263.

[2]– المرجع نفسه، ص 263.

[3]– العربي بالحاج، أحكام الطلاق، المرجع السابق، ص 289.

[4]– رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 205.

خلعا إذا كان الشقاق بسبب كرهها له، ويكون تطبيقا من الحكمين إذا التشاجر بينهما وجهلت أحوالهما في التشاجر، ولم يعرف المحق من المبطل.[1]

والشقاق هو إستحكام العداد والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للإنهيار والضياع،[2] ويكون بدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية،[3] بسبب الطعن في الكرامة،[4] سواء كان من أحد الزوجين أو بسببهما معا.[5]

1. موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

لقد إختلف الفقهاء حول التفريق للشقاق و الضرر، فلم يجزه الحنفية والشافعية و الحنابلة لأن دفع بضرر عن الزوجة يمكن أن يغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.[6]

أما المالكية فقد أجازوا التفريق للشقاق،[7] وهذا لكي لا تعيش الزوجة المتضررة حياة بائسة نتيجة إلزامها بالإستمرار في زواج لا ترغب فيه، واستدلو بقوله تعالى: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}.[8] ووجه الإستدلال أن الإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الإضرار البين بالزوجة.

وموقف المالكية من تجويز التطليق للضرر هو الأقرب لروح الشريعة، إذ أن المقصد الشرعي من انحلال آصرة النكاح بالطلاق من الزوج أو الحاكم هو ارتكاب

---

[1]– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص 242–243.

[2]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 54.

[3]– عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 249.

[4]– عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 281.

[5]– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص 244.

[6]– عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 281.

[7]– محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3 ، دار الفكر، عمان، 2010، ص 170.

[8]– سورة البقرة، الآية 229.

أخف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة وخوف ارتباك حالة الزوجين وتسرب ذلك إلى حالة العائلة.[1]

عند المالكية الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به.[2]

سبق و أن ذكرنا أنه إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، بعث هذا الأخير حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، لقوله تعالى: {وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا }.[3]

2. موقف المشرع الجزائري من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

بموجب التعديل الأخير إستحدثت هذه الفقرة و اعتبر المشرع الجزائري أن الخصام و الشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي.[4]

ولقد ثبت هذا من خلال قرارات المحكمة العليا وتجسيدها للتطليق للشقاق بين الزوجين المستمر في القرار الآتي:

القرار رقم 139353 بتاريخ 1996/09/24 والذي جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه أن إستفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع

[1]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 146.

[2]– محمد علي السرطاوي، المرجع السابق، ص170.

[3]– سورة النساء، الآية 35.

[4]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 54.

زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون".[1]

كما جاء في المادة 56 أنه: " إذا إشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".[2]

الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة و لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

سنتطرق في هذا الفرع إلى التطليق بسبب مخالفة الزوج لأحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري التي تتعلق بتعدد الزوجات و كذالك التطليق بسبب مخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.

أولا: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري من خلال المادة 53 الفقرة 6 منها للزوجة طلب التطليق بسبب زواجه مرة أخرى فالمادة 08 من قانون الأسرة قيدت الزوج من ناحية تعدد الزوجات.

1- موقف الفقهاء من التطليق لتعدد الزوجات: أحلت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات و حرمته الشريعة النصرانية بعد أن كان مباحا في أول عهدها،[3] حيث دعا الإسلام إلى تعدد الزوجات ذلك أن الظروف قد تقتض التعدد لصالح الذكر أو

---

[1]- (ق.م.ب)، (ك.ف)، ملف رقم 139353 الصادر بتاريخ 1996/09/24، المجلة القضائية، ع 2، 1997، ص66.

[2]- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]- محمد فهر شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى و اليهود، ج1، (د.م.ن)، (د.م.ن)، ص292.

الأنثى أو كليهما معا فالله تعالى أعلم بما يصلح لخلقه فهو المتصف بالعلم المطلق و لا يصف الدواء إلا من علم بالداء،[1] قال تعالى: { فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً }.[2] وقوله صلى الله عليه وسلم: "و أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني".[3] وقد أجمع الفقهاء المسلمون بأنه لا يحل للرجل أن يجمع على عصمته أكثر من أربع زوجات فإن أراد أن يتزوج خامسة كان عليه أن يطلق إحداهن، ولا يعقد على الخامسة قبل انقضاء عدة المطلقة على رأي الجمهور خلافا لرأي الشافعية، إذ أجازوا للرجل أن يتزوج خامسة قبل انقضاء عدة المطلقة شريطة أن يكون طلاقها بائن،[4] ويجوز نكاح أربع نساء معا وذلك للأحرار من الرجال،[5] فأجاز الشافعية للحر أن يجمع بين أربع حرائر.[6]

واختلفو في موضعين، في العبيد وفي ما فوق الأربع، فقال مالك في المشهور عنه أنه يجوز أن ينكح أربعا، و به قال أهل الظاهر، وقال أبو حنيفة والشافعي أنه لا يجوز الجمع إلا بين إثنين فقط.[7]

الواجب أن يعدل الزوج بينهن فيما يملك فيسوى بينهن في الإنفاق عليهن، لأن النفقة حسب حاله ما عليه العمل الآن ويسوي بينهن في المبيت عندهن بحيث يؤنس كل واحدة

---

[1]– أبو عبد الرحمن، فصل في تعدد الزوجات، ط1، دار المنار، الخرج، 1991، ص 292.

[2]– سورة النساء، الآية 03.

[3]– رواه مسلم، الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج، تحقيق أبو إسحاق الحويني الأثري، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه و وجد مؤنه، حديث رقم 5–1401، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1996، ج 4، ص 09.

[4]– أبو عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 292–293.

[5]– ابن رشد الحفيد، تحقيق أبو أوس يوسف بن أحمد البكري، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، الأردن، (د،ت،ن)، ص 567.

[6]– مصطفى ديب البغا، المرجع السابق، ص 159 .

[7]– ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ص 567.

بالمبيت عندها عددا من الياليي مثل عدد لياليي الأخرى، أما ما لا يملك وهو ميل القلب فلا يكلف المساواة فيه لأنه لا تكلف نفس إلا وسعها، فإذا خيف أن لا يعدلو فواحدة فقط، و هاذا ما ذهب إليه الحنفية،[1] لقوله تعالى: { وَلَن تَسۡتَطِيعُوٓاْ أَن تَعۡدِلُواْ بَيۡنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوۡ حَرَصۡتُمۡۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلۡمُعَلَّقَةِ}.[2] وقوله أيضا: { فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً}.[3] فإذا لم يستطع العدل بين الزوجات حرم عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة.[4] وكذلك ذهب بعض الفقهاء ومنهم الشافعية إلى أن التعدد لا يباح، إلا مع القدرة على الإنفاق على الجميع.[5]

2- موقف المشرع من التطليق لمخالفة المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري

لقد أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 08 من قانون الأسرة تعدد الزوجات في الحدود التي وضعها الشارع الحكيم و ذلك بشروط أساسية وهي:

- أن يكون في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، فيسمح للزوج أن يعدد و ذلك بأن يتزوج اثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء، فهو الحد الأقصى المسموح به شرعا.
- وجود مبرر شرعي، غير أن المشرع الجزائري لم يبين ماهية المبرر الشرعي، و لم يضع معيارا للتفريق بين المبرر الشرعي و غير الشرعي و ترك للقضاة حرية ممارسة سلطتهم التقديرية لتقييم المبرر الذي يقدمه الزوج للزواج بأخرى.[6]

---

[1]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص118.

[2]- سورة النساء، الآية 129.

[3]- سورة النساء الآية 03.

[4]- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 71.

[5]- محمد فهر شقفة، المرجع السابق، ص 292.

[6]- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة في قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، (مذكرة ماجستير في قانون الأسرة)، جامعة أبو بكر قايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص 59.

- توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، وذلك أن المشرع استعمل عبارة شرط ونية العدل دون أن يوضح ما المقصود بشرط نية العدل، و لعلها تفيد في مرحلة أولى شروط العدل المادي أي كل زوجة تتمتع بما تتمتع الأخرى من مستوى، وأما نية العدل فهي بطبيعة الحال موكولة لضمير الزوج وغالبا ما يتمثل الزوج في العدل بين زوجاته وخاصة من ناحية العواطف.[1]

- إعلام الزوجة السابقة واللاحقة، حيث يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقدم على الزواج بها،[2] فإذا تخلف هذا الشرط يجوز للزوجة السابقة أو اللاحقة طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق و ذلك بموجب المادة 08 مكرر من قانون الأسرة و التي تنص على ما يلي: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".[3]

- الحصول على ترخيص من القاضي، إذ يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة.[4] لكن رغم تشديد المشرع الجزائري الحصول على رخصة من القاضي بعد موافقة الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها، إلا أنه يمكن تفادي هذا الشرط والزواج من جديد دون الحصول على ترخيص بذلك عن طريق الزواج العرفي ثم طلب تثبيته أمام المحكمة.[5]

ثانيا : التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

قد يعمد بعض الأزواج إلى وضع شروط عند إبرام عقد الزواج، يلتزم كل منهما إلى تنفيذها، لكن ماذا لو خالف الزوج هذه الشروط، فهل تستطيع الزوجة طلب التطليق لهذا السبب أم لا؟ وللإجابة على هذا السؤال يجب أولا أن نتطرق إلى معنى الإشتراط.

---

[1]– سعاد نذير، المرجع السابق، ص27.

[2]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 142.

[3]– الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع نفسه، ص 142.

[5]– سعاد نذير، المرجع نفسه، ص 27–28.

1. معنى الإشتراط:

الشرط لغة: شرط له أمرا، ألزمه إياه وشرط عليه أمرا أي ألزمه إياه، والشرط هو إلزام الأمر الغير والتزامه للنفس.[1]

الشرط إصطلاحا: هو ما يتوقف عليه وجود الشيئ، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بإنعدام الشرط.[2]

2. موقف الفقهاء من الإشتراط في عقد الزواج:

أجاز الفقهاء المسلمون حق التطليق للزوجة إذا لم يوف زوجها بالشروط التي اشترطتها عليه،[3] والشروط في النكاح عند الحنابلة قسمان، قسم صحيح، حيث تكون لازمة للزوج فليس له فكه، كزيادة مهر أو نقد معين أو لا يتزوج عليها أو لا يفرق بينها و بين أبويها أو أولادها أو يطلق ضرتها، فمتى لم يف بما شرط، كان لها الفسخ على التراخي ولا يسقط إلا بما يدل على رضاها من قول أو تمكين مع العلم، أما القسم الآخر فهو قسم فاسد و هو نوع يبطل النكاح كأن يزوجه وليته بشرط أن يزوجه الآخر وليته، و نوع لا يبطله كأن يشترط أن لا مهر لها أو لا نفقة لها.[4] ويفسخ العقد بعد الدخول إذا لم يفي بالشرط.[5] مستدلين بقوله تعالى:{يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ}.[6]

ذهب المالكية.[7] إلى أن الشرط الذي ينافي المقصود من العقد يفسخ قبل الدخول و إن حصل الدخول ألغي الشرط و وجب لها المسمى إن كان حلالا، وإن لم يكن فيه مسمى وجب لها صداق المثل.

---

[1]– علي بن هادية، المرجع السابق، ص 518.

[2]– سعاد نذير، المرجع السابق، ص 29.

[3]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 139.

[4]– مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، المرجع السابق، ص 399–400.

[5]– ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ج2، المرجع السابق، ص 50.

[6]– سورة المائدة، الآية 01.

[7]– شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص238.

يقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج، أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد والتصرف، بناء على إشتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك، ويتميز الشرط المقترن بالعقد كونه أمرا زائدا على أصل العقد أو التصرف، وأنه أمر مستقبلي يكون في مقدور المشترط عليه،[1] والشروط في عقد النكاح ثلاثة أنواع:[2]

- نوع يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إلى الزوجة نفعة و فائدة مثل أن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها، أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها، فهذا يلزمه الوفاء، فإذا لم يفعل فلها الفسخ عند بعض الفقهاء و أبطل هذه الشروط مالك والأحناف والشافعية، فعند الحنفية والشافعية يفسد المهر دون العقد ولها مهر مثلها لأنه شرط ليس في كتاب الله، ولأنه شرط حرم حلالا.
- نوع يبطل به الشرط ويبقى العقد، مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو لا نفقة لها كذلك كل شرط يتنافى مع العقد.
- نوع يبطل به النكاح من أصله، مثل اشتراط توقيت النكاح و هو نكاح المتعة، أو يعلق العقد على شيئ كرضاء أمها أو حضور غائب أو أن يشترط الخيار في العقد له أو لها أو لهما.

3. موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج:

إن الإشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا ما دام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين و لا يضر مصلحة الطرف الآخر تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة في أصل الإشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط التي يريانها – الزوج والزوجة– ضرورية في العقد كونها تعود بمنفعة مقصودة لأحديهما أو كليهما.[3]

---

[1]– محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 454–456.

[2]– حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، ط 2، دار السلام، القاهرة، 2003، ص 137.

[3]– محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 470.

وهذا ما نصت عليه المادة 53 الفقرة 09 ق.أ و هذه الفقرة هي إحدى بنود التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، و تبدو أهمية هذا السبب المبرر لطلب التطليق في أن الإخلال بشرط متفق عليه إبتداء في عقد الزواج قد يؤدي إلى ضرر بالغ بالزوجة و تصير حياتها الزوجية إلى الإختلاف بسبب مخالفة هذا الشرط، والذي غالبا ما يتعلق بمسألة مهمة في نظرها، إلا ما كانت لتشترطها في العقد ويستند التطليق بسبب مخالفة الشروط الواردة إلى مبدأ حرية التعاقد وحرية الإشتراط.[1]

ويأتي نص المادة 9/53 من قانون الأسرة كأثر خاص للمادة 19 من نفس القانون، والتي تنص على: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هاذا القانون".[2]

وقد رجح بعض الشُرَاح أساس طلب التطليق للزوجة في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أنه الإلتزام العقدي أي المسؤولية العقدية وهذا قبل صدور التعديل الأخير لقانون الأسرة الذي أدرج ضمن الأسباب الموجبة للتطليق عدم الوفاء بالشروط المشترطة في عقد الزواج.[3] ومن ذلك مثلا أن تشترط الزوجة في أثناء العقد أن لا يتزوج عليها زوجها، وأن تشترط أن لا ينتقل بها الزوج من محل إقامتها، وإذا فعل يكون أمرها بيدها، إلى غير ذلك من الشروط المعبرة واقعا وشرعا، ويعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق،[4] فإذا خالفها جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على وجه المطلوب وإذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد، أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت

[1]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 137.

[2]– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع نفسه، ص 140.

[4]– عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 256.

ضرورة لذلك مع الإحتفاظ بحقها في طلب التعويض فوق ذلك والمسألة تقديرية للقاضي حسب المعطيات المعروضة أمامه.[1]

المطلب الثاني : التطليق لإرتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا

قد تطرأ على الحياة الزوجية بعض التغيرات تؤدي إلى استحالة دوام العشرة بالنسبة الزوجة، وذلك كأن يقوم الزوج ببعض الأفعال التي تخالف المبادئ الأخلاقية والأسرية ويعاقب عليها شرعا و قانونا وتلحق الضرر بالزوجة ماديا أو معنويا قد تؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية بطلب منها.

وسنحاول عرض التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة هذا من خلال الفرع الأول، والتطليق لإرتكاب الزوج لفاحشة مبينة من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة.

1- موقف الفقهاء من التطليق لإرتكاب الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة:

أجاز المالكية طلب التفريق لغيبة الزوج التي تكون ثابتة عن حبسه،[2] إذا صدر عن الزوج حكم بحبسه ثلاث سنين فأكثر و صار هذا الحكم نهائيا، فلزوجته بعد مضي سنة من سجنه أن تطلب تطليقها منه لتضررها من بعده عنها هذه المدة الطويلة ومتى ثبت للقاضي أن الحكم صدر بالسجن لمدة ثلاث سنين فأكثر وأنه أصبح نهائيا، ونفذ على الزوج ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذه طلقها القاضي منه، والتطليق للحبس طلاق بائن، لأنه أيضا من نوع التطليق للضرر ومأخذه الإمام مالك والمراد بالسنة هي التي عددها 365 يوما،[3] لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهرا عنه كما في

[1]- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 207.

[2]- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 519.

[3]- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 165.

الأسير، لأن الضرر يلحق بالزوجة من هذا البعد و هذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس.[1]

بينما يرى الحنفية والشافعية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال.[2] كما إختلف الفقهاء في جواز التفريق للحبس على مذهبين:[3]

المذهب الأول: جاء بعدم جواز التفريق بالحبس، وهذا مذهب الحنفية والشافعية، وإحتجوا بالأدلة التي استدلو بها على عدم جواز التفريق للفقد أو الغيبة.

المذهب الثاني: و هو مذهب المالكية والحنابلة حيث ذهبوا إلى جواز التفريق للحبس، وإحتجوا بالأدلة التي إستدلوا بها على جواز التفريق للفقد أو الغيبة.

2- موقف المشرع الجزائري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة:

أباح المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق للحبس الذي يكون الجزاء فيه مقابل أعمال مستنكرة شرعا، فإن كان الحبس جزاء عن أفعال أخرى غير التي عناها النص فلا حق للزوجة أن تطلب التطليق عليها ولو طالت المدة.[4] غير أن المشرع لم يبين مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، إذ بين فقط أن تكون الجريمة قد أثرت على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية معه، وبالتالي حق لها طلب التطليق.[5]

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية و الماسة بالسمعة و الشرف وجرائم السرقة والإختلاس والرشوة ونحوها، وفي جميع الأحوال فلا يقضي القاضي

---

[1]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 613.

[2]- المرجع نفسه، ص 613.

[3]- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 304.

[4]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص 289.

[5]- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 199.

بالطلاق لمجرد عقوبة الحبس، بل لا بد أن تتمسك الزوجة بطلب التطليق بالإضافة إلى إثباتها أن الجريمة مست بكيان الأسرة والسمعة والشرف.[1] ويتجلى وجه الضرر الذي يلحق بالزوجة جراء الحكم على الزوج بعقوبة فيها مساس بشرف الأسرة من ناحيتين هما:[2]

- الضرر المعنوي الذي يخلفه الحكم من آثار ماسة بشرف الأسرة وسمعتها، ويؤثر على مستقبل الزوجة والأولاد.
- الضرر المادي المتمثل في إستحالة مواصلة الحياة الزوجية، وهذا لأن جريمة بهذا الشأن لا تقل عقوبتها عن الحبس، وهو ما يسبب غيابه عن أسرته التي تبقى بدون عائل ولا رقيب، وهنا يتجلى الضرر المعنوي كذلك.

مما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب الحبس في حد ذاته، بل ما أخذ به هو التطليق بسبب الفعل المشين الذي إرتكبه.[3] ولم يحدد المدة التي حكم بها على الزوج بالحبس.

ولكي تستطيع الزوجة طلب التطليق بسبب عقوبة فيها مساس بشرف الأسرة، يجب أن تتحقق شروط الضرورية والتي يمكن إستخلاصها كالآتي:[4]

- أنه قد صدر حكم بسجن زوجها و تقييد حريته.
- أن هذا الحكم قد صار نهائيا ونفذ على الزوج فعلا.
- أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة.
- أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

---

[1]– رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص199.

[2]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 141.

[3]– دليلة آية شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية–، (أطروحة دكتوراه)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014، ص 178.

[4]– عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 212.

الفرع الثاني : التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة

قد يرتكب الزوج بعض الأفعال التي يعاقب عليها القانون و تكون مخالفة للشريعة الإسلامية و القانون في نفس الوقت، والتي يمكن وصفها بالفاحشة المبينة حيث سنتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بها وموقف الفقهاء والمشرع الجزائري من طلب الزوجة التطليق لهذا السبب.

أولا: المقصود بالفاحشة المبينة

الفاحشة لغة : وهي من الفعل فحش، يفحش، فحشا وفحاشة. وفحش الأمر كان قبيحا و فحش القول أو الفعل أي إشتد قبحه فهو فاحش، وفحاش، والفحشاء هي ما يشتد قبحه من الذنوب.[1]

الفاحشة إصطلاحا : إن المدلول الشرعي للفاحشة لا ينحصر في جريمة الزنا وإنما يتعدى إلى جرائم أخرى خصها الله تعالى بعقوبات محددة، وهي الحدود كالزنا والقذف والسرقة وكذلك تعتبر جريمة السكر فاحشة فهي تطلق على عدة أفعال مشينة.[2]

ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة

بالنسبة لارتكاب الزوج فاحشة مبينة في الشريعة الإسلامية فهو يأخذ عقابه مباشرة وليس للزوجة فرصة للتطليق وتعتبر في نظر الدين فاحشة، كل فعل كان من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين بطردهم من السكن أو بالإعتداء عليهم بالضرب أو بالزنا، كأن يكشف الزوج مع إحدى محارمه أو محارم زوجته أو يقع في جريمة إعتداء على قاصر لا تحتمل الوطء أو بطلب من زوجته أن توقع رجلا

[1]– علي بن هادية، المرجع السابق، ص 760.

[2]– دليلة آية شاوش، المرجع السابق، ص 222.

أجنبيا أو أنها تزني لإعالته ...إلخ، كل ذلك من الفواحش، ظهرت للناس أو لم تظهر.[1]

فإذا زنا البكر جلد مائة جلدة وغرب عاما تقصَّر في مثلها الصلاة، فإن كانت إمرأة أخرج معها محرمها، أو تكون العقوبة الحد بالرجم للثيب.[2]

قال رسول الله ﷺ: "خذوا عني، خذوا عني... قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة، و الرجم".[3] أما عقوبة السكر فهي ثمانون جلدة.[4]

وفيما يخص الردة التي هي الكفر بعد الإسلام فتكون عقوبتها القتل بالسيف، و لا تقبل توبة من سب الله و رسوله ولا من تكررت ردته.[5]

وذهب تحديد طبيعة الفاحشة أنها متعلقة بخطورة الفعل من حيث هو لا من حيث سريته أو علانيته، وحرام إثباته حتى لو أخفاه صاحبه على الناس.[6]

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة

يثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة المحددة كحالة من الحالات التي يجوز للزوجة طلب التطليق فيها، الواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن

---

[1]– فضيل سعد، المرجع السابق، ص 299.

[2]– موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، المرجع السابق، ص 228 – 229.

[3]– رواه مسلم، الجامع الصحيح، أبي الحسين المسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري السينابوري، باب حد الزنى، ج5، (د.م.ن)، (د.ت.ن).ص 115.

[4]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 52.

[5]– شرف الدين أبو النجار المقدسي الحجاوي الصالحي الدمشقي، زاد المستقنع في إختصار المقنع، مكتبة الرياض الحديثة، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص 93–94.

[6]– فضيل سعد، المرجع نفسه، ص 298–299.

الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان، فكل ما ذكر من جرائم تعد فواحش في نظر الشريعة الإسلامية.[1]

فقد نصت المادة 53 الفقرة 07 من قانون الأسرة الجزائري على حق الزوجة في أن تطلب التطليق بسبب الفعل الذي يرتكبه الزوج والذي وصفه المشرع الجزائري بأنه فاحشة مبينة، وعليه فإذا تبين للزوجة أو ثبت لديها أن زوجها قد إرتكب فاحشة بهذا المعنى وأنها لم تعد تطيق العيش معه، فإنه يجوز لها إذا رغبت في حل العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها، أن ترفع دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم بتطليقها من هذا الزوج، وما عليها بعد ذلك إلا أن تقدم إلى المحكمة من الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة، وجعل القاضي يقتنع بذلك.[2]

و من هذا يشترط لكي تقبل دعوى الزوجة توفر الشروط التالية :

- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة أساسها الزواج الصحيح شرعا و قانونا.
- أن يكون الفعل الذي إرتكبه الزوج فعلا مخلا بالحياء منافيا للشريعة أو القانون وقد ألحق ضررا بالزوجة.

المطلب الثالث : التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا

قد تصبح الحياة الزوجية غير مثمرة وقد تكاد تكون مستحيلة بالنسبة للزوجة للإستمرار بها كما قد يلحق الزوجة الضرر نتيجة تجاوز الزوج الحدود بالقول أو الفعل، كتجاوزه الحدود في إستعمال حقه في تأديبها، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب، من خلال بيان التطليق بسبب عيوب الزوج في الفرع الأول والتطليق بسبب الضرر اللاحق بالزوجة في الفرع الثاني.

[1]– باديس دياني، المرجع السابق، ص 52–53.

[2]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

الفرع الأول : التطليق للعيوب

سنحاول تعريف العيوب وبيان أنواعها وموقف الفقهاء والمشرع الجزائري منه كالآتي:

أولا: المقصود بالعيوب و أنواعها

1- المقصود بالعيوب

العيب لغة : من الفعل عاب يعيب عيبا جمع عيوب وعاب الشيء صار ذا عيب وهو النقيصة والوصمة،[1] ورجل عيبة كهمزة، عياب وعيابة، كثير العيب للناس، والعيب من الرجل: موضع سره.[2]

إصطلاحا : المقصود به هنا هو النقصان البدني أو العقلي في أحد الزوجين، أو كل ما يعوق الإتصال الجنسي بينهما و يمنعه، والعيوب في الزوجين قد تكون تناسلية خاصة بالذكور و قد تكون خاصة بالإناث المتزوجات وقد تكون مشتركة بين كل من الذكور و الإناث،[3] كما تعتبر عيوبا مؤثرة على إستقرار الحياة الزوجية والإستمتاع بنعمتها في ظل الزواج.[4]

2- أنواع العيوب الزوجية

تنقسم العيوب الزوجية إلى:

---

[1]- علي بن هادية، المرجع السابق، ص 710.

[2]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 005، ص118-119.

[3]- العربي بختي، أحكام الطلاق...، المرجع السابق، ص 121.

[4]- عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 273.

العيوب الجنسية: وهي علل جنسية تحول دون الإستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي، فيمتنع الدخول وبالتالي الإنجاب، فمن العيوب التي تختص بالرجل[1] : الجب،[2] العنة،[3] والخصاء.[4]

العيوب غير الجنسية:[5] وهي عبارة عن أمراض يصاب بها الطرفان، منها أمراض معدية كالجذام[6] والسل، و منها أمراض منفردة كالبرص[7] والفروج الجلدية، ومنها أمراض عادية ليست بمعدية ولا منفرة، ولكنها قد تؤثر على الحياة الزوجية وتسبب الشقاء بين الزوجين، كأن يصاب أحد الزوجين بمرض يمنعه من القيام بواجباته الزوجية على الشكل الأكمل أو يعيقه عن النسل وتربية الأولاد مما يتنافى مع مقاصد الزواج الشرعية كأمراض القلب والكبد والسكري وفقر الدم إلى غير ذلك من الأمراض، أو أن يطرأ أي طارئ على عقل أحد الزوجين فيصيبه بالعته والجنون.

وسواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق الزوجة أن تلجأ إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة والقاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية.[8]

---

[1]– محمد سمارة، المرجع السابق، ص 321.

[2]– الجب: بفتح الجيم و هو قطع العضو التناسلي، ويسمى مجبوبا. عثمان التكروري، شرح ق.أ.ش، ص204.

[3]– العنة: و هي عجز الرجل عن الوطء أو الوصول للنساء. عثمان التكروري، شرح ق.أ.ش، ص204.

[4]– الخصاء: نزع الخصيتين و يسمى خصيا أو مخصيا. عثمان التكروري، شرح ق.أ.ش، ص204.

[5]– محمد فهر شقفة، المرجع السابق، ص 189.

[6]– الجذام : علة يحمر منها العضو، ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر، ويمكن أن يقع في كل عضو ولكنه في الوجه أكثر. محمد سمارة، أحكام وآثار المرأة، ص321.

[7]– البرص: هو بياض ببقع في الجلد، يذهب دمويته. محمد سمارة، أحكام وآثار المرأة، ص321.

[8]– رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 193.

ثانيا: موقف الفقهاء من العيوب الموجبة للتطليق

لا خلاف بين العلماء أن الجَب و العنة عيبان يثبت بهما الخيار للمرأة في التفريق أو البقاء على النكاح لكن اختلفو في الجنون والجذام والبرص.[1]

فذهب الشافعية إلى أنه يجوز للمرأة أن تطلب فراق زوجها لوجود عيب فيه وهو العنة أو الجذام أو الجنون أو البرص، فبالنسبة لعيب العنة يؤجل سنة فإذا لم يمسسها فلها أن تختار فراقه.[2]

أما الحنفية فيثبت لها الخيار في الجب والعنة أما في الجذام والبرص فلا يثبت لها ذلك، فإذا إدعت المرأة أن زوجها مجبوب أو عنين ورفعت الأمر إلى القاضي وفإذا أثبتت العيب أمامه، يفرق القاضي بينهما إذا إختارت الفراق و لو علمت الزوجة بالعيب عند العقد، ورضيت بذلك فلا خيار لها بالفراق.[3]

ومن جهة أخرى ذهب الإمام مالك إلى خيار الرد أو الإمساك في داء الفرج الذي يمنع الوطء كالعنة والخصاء،[4] بينما ذهب الظاهرية إلى أنه لا يفسخ بالعيوب مهما كان نوعها لعدم وجود النص على جواز ذلك.[5]

وفيما يخص عدد العيوب، فقد إختلف الفقهاء، فعند المالكية ثلاثة عشر عيبا والشافعية و الحنبلية سبعة، أما الحنفية فعلتان فقط وحصروهما في الجب والعنة.[6]

أما بشأن طبيعة الفرقة بسبب العيب فهي طلاق بائن عند المالكية والحنفية طلاق بائن، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، وإنما جعل

---

[1]– علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1989، ص 225.

[2]– محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 6، ط1، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص 309.

[3]– علاء الدين السمرقدني، المرجع نفسه، ص 225،226،227.

[4]– أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج 2، المرجع السابق، ص 50.

[5]– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 587.

[6]– محمد سمارة، المرجع السابق، ص 322.

بائنا لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن، أما عند الحنابلة تكون فسخا لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة.[1]

واعتبر الشافعية[2] الفرقة لعيب في الزوج فسخا وليس طلاقا، وللزوج الذي فرق بينه وبين زوجته بحكم القاضي أن يعود لزوجته ليتزوجها من جديد وهو يملك ثلاث طلقات لأن الفرقة بسبب العيب و بحكم القاضي هي فسخ لا تحسب فيه عدد الطلقات وهم يبينون موقفهم هذا على مقتضى منطق خاص هو ما جاء من جهة الزوجة لا يعتبر طلاقا لأن الطلاق ما يوقعه الزوج في حين لأن الطلاق للعيب هو بطلب الزوجة فلا يكون طلاقا.[3]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للعيوب

لقد سبق وأشرنا إلى أن العيب هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين أو هما معا فيسبب ضيقا للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج، وقد وصفه المشرع الجزائري بالعيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج و بذلك يخرج من عداد العيوب كل ما لم يكن عائقا على أغراضه سواء كان العيب عقليا أو ماديا.[4]

وقد أخذ المشرع الجزائري بإباحة طلب الزوجة التطليق دون الزوج في المادة 53 الفقرة الثانية من قانون الأسرة، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق في المادة 48 من نفس القانون، ويرى القضاء الجزائري أنه يسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها.[5]

---

[1] – محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 590.

[2] – محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص 309.

[3] – فضيل سعد، المرجع السابق، ص 278.

[4] – المرجع نفسه، ص 275.

[5] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص280.

ويشترط من أجل رفع دعوى التطليق الشروط الآتية:

- أن لا تكون المرأة عالمة بالعيب وقت الزواج، وأن لا ترضى به بعد أن تعلم بوجوده،[1] و أن لا ترغب بمواصلة الحياة مع زوجها.[2]
- أن يكون العيب منفرا لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر، لذلك فإن وجود عيب كالعمى والأعرج في الزوج لا يوجب التفريق.[3]
- أن يكون العيب موجودا بالزوج فقط دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في الزوجة فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة.[4]
- أن ترفع دعوى التطليق وتثبت ما تدعيه بكافة وسائل الإثبات بالخبرة وشهادة الشهود أو بالإقرار أو بالبينة وغيرها.[5]

مما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أي عيب من العيوب وإكتفى بفقرة موجزة جدا تحدث فيها عن العيوب بلفظ عام،[6] وترك الأمر غامضا للتفسيرات الفقهية كما لم يبين ما يوقعه القاضي من طلاق طبقا للمادة 53 ق.أ.ج هل هو طلاق رجعي أم بائن، غير أنه يستفاد من المادة 50 من نفس القانون أن الطلاق إذا صدر بشأنه حكم فهو بائن.[7] كذلك لم يمنح مدة للزوج التي يمكن من خلالها أن يتماثل بالشفاء ومن العيب إذا كان هذا العيب قابلا للزوال والعلاج.

---

[1]– العربي بختي، أحكام الطلاق...، المرجع السابق، ص 139.

[2]– عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص149.

[3]– عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 207.

[4]– نذير سعاد، المرجع السابق، ص 46.

[5]– فضيل سعد، المرجع السابق، ص 277.

[6]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 42.

[7]– فضيل سعد، المرجع نفسه، ص 278.

الفرع الثاني: التطليق للضرر المعتبر شرعا

من حق الزوجة على زوجها أن لا يضرها بقول أو فعل.[1] لقوله تعالى: {وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ}.[2] كما أنه يحرم على الرجل أن يؤذي زوجته بمنعها بعض حقوقها، وذلك حتى لا يجتمع على المرأة فراق الزواج.[3]

أولا : المقصود بالضرر وشروطه

والضرر في اللغة: من الفعل ضر يضر و ضررا، ضر غيره وبه أي ألحق به مكروها أو أذى و الضرر هو الضيق و سوء الحال.[4]

أما إصطلاحا: فمفهومه واسع جدا و يمكن أن تندرج تحته وسائل عديدة،[5] فهو الذي يلحق بالزوجة من الزوج بأن يؤذيها بالقول أو الفعل، فمن الضرر أن لا يكلمها أو يحول وجهه عنها في الفراش أو يختار امرأة أخرى عليها، أو ضربها ضربا مبرحا، أو شتمها أو شتم والديها.[6]

وحتى يصبح الضرر حجة و دليلا لكي تستطيع الزوجة طلب التطليق يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط وهي:

---

[1]– عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 117.

[2]– سورة البقرة، الآية 231.

[3]– علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 43.

[4]– علي بن هادية، المرجع السابق، ص 585.

[5]– إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص291.

[6]– محمد سمارة، المرجع السابق، ص 332.

- يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي يكون حالا أو وقع فعلا، ويقصد بهذا أن يكون الضرر إحتماليا أو إفتراضيا، وشرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون كذلك قبل الدخول.[1]

- أن يكون الضرر شخصيا بحيث إذا لحقها الضرر من أبوي الزوج أو إخوته وبقية الآخرين دون تحريض منه، فإن ذلك لا يجيز لها أن تطلب التطليق بسببه.[2]

- أن يتجاوز الزوج في إستعمال حقه في التأديب وإستمرار الشقاق بينهما مما يؤدي إلى إستحالة دوام العشرة وتحقق الإستقرار الأسري.

ثانيا : موقف الفقهاء من الضرر المعتبر شرعا

اختلف الفقهاء حول جواز التطليق للضرر فذهب الحنفية والجعفرية والشافعية في أحد قوليه وأحد قولي الحنبلية وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة، فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه راجحا له إن لم يمتنع، فإن إشتد النزاع و خيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكمين ليقوما بالإصلاح بينهما،[3] لقوله تعالى:{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }.[4]

وذهب المالكية والشافعية في قوله الآخر وأحمد في رواية أخرى أن للمرأة أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء معاملتها فإن ثبتت دعواها بإقرار الزوج أو بشهادة رجلين و لو يسمعهما من الجيران فرق القاضي بينهما، وإن لم تستطع إثباتها رفض دعواها، فإن تكررت شكواها بعث القاضي حكمين للإصلاح بينهما،

---

[1]– سعاد نذير، المرجع السابق، ص 49.

[2]– العربي بختي، أحكام الطلاق...، المرجع السابق، ص 130.

[3]– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 601.

[4]– سورة النساء، الآية 35 .

فإذا توصل الحكمان إلى الصلح بينهما إنتهت المسألة، وإن لم يستطيعا ذلك فإن كان الزوج هو المسيئ أو الأكثر إساءة فرق الحكمان بينهما بدون عوض وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو الأكثر إساءة فهما مخيران بين الإبقاء على الزوجين و أمر الزوج بالصبر و حسن المعاملة و بين خلع المرأة في نظير عوض، وإذا كانت الإساءة منها على السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعها بعوض يسير، ويقع هذا الطلاق بائنا.[1]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر المعتبر شرعا

إذا إدعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، كأن إدعت عليه أنه يضربها ضربا مبرحا أو أنه يكرهها على محرم و طلبت من القاضي تطليقها منه بناء على هذا الضرر.[2]

فقد جاء في نص المادة 53 الفقرة 10 ق.أ.ج أن للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، وعبارة كل ضرر معتبر شرعا جاءت واسعة، وحسنا مافعل المشرع في توسيعه لمفهوم الضرر، لأن الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنه تطلب أن يكون هذا الضرر معتبر شرعا أو عرفا.[3]

إلا أن هذه الفقرة قبل التعديل بموجب الأمر 02/05 كان الضرر المعتبر شرعا محصورا في حالات منها:[4]

- حالة إقدام الزوج على إعادة الزواج بإمرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى.
- حالة عدم الإنفاق عليها.
- حالة عدم العدل بمناسبة الزواج بأكثر من واحدة.

---

[1]– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 602-603.

[2]– عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 164.

[3]– رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 207.

[4]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 51.

وبعد التعديل، يجوز للزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بتجاهلها فنتج عنه ضرر لها، وسواء في معاملته لها، أو في إهانتها أو في عدم القيام بواجباته نحوها أن تقوم برفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم بتطليقها، دفعا للضرر الذي حل بها، و عليها هي بصفتها مدعية أن تثبت الضرر بكل الوسائل والطرق القانونية الممكنة، وعلى القاضي أن يقدر بعناية واهتمام ما تزعمه من ضرر، وإذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر وأن تقدم بين يديه كل الحجج والأدلة المؤيدة، فإن القاضي سيحكم بتطليقها من زوجها ليس استنادا لرغبته، وإنما استنادا لرغبة الزوجة المدعية بالقانون.[1]

لكن إذا عجزت عن الإثبات للضرر المعتبر شرعا فكما سبق أن ذكرنا أن القاضي يحاول الإصلاح بينهما إذا تكررت شكواتها و إدعاءاتها.

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 270–271.