الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف _ المسيلة _

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

أحكام التطليق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

– دراسة مقارنة–

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

من إعداد الطالبين:

_ عريبي بدرالدين

_سليني علي

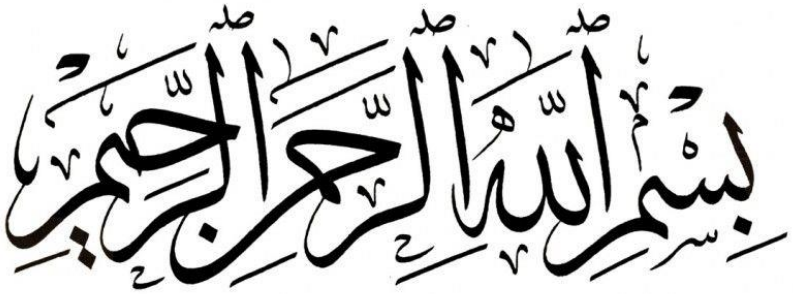
تحت إشراف الأستاذ:

– د. أحمد الزايدي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف _ المسيلة	رئيسا
د. أحمد الزايدي	محمد بوضياف _ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف _ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 1441–1442هـ/ 2019–2020م


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي.

إلى كل الإخوة والأصحاب ورفقاء المشوار ومن مد لي يد العون من قريب او بعيد وكل من كان لهم أثر طيب في حياتي وإلى من أحبهم قلبي ونسيهم قلمي.

شكر وعرفان

الحمد لله الذي تتم به الصالحات حمدا كما ينبغي لجلال وجه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على محمد عبد ورسوله، ما أعظمه عبدا وسيدا وأكرمه أصلا و محتدا و أبهره صدرا وموردا وأطهره مضجعا ومولدا صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه غيوث الندى وليوث العدى صلاة وسلاما دائمين من اليوم إلى أن يبعث الناس غدا.

أشكر الله وافر الشكر أن وفقني وأعانني على إتمام هذه الرسالة ثم أوجه أسمى آيات الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى الأستاذ الدكتور" أحمد الزايدي " المشرف على الرسالة والذي منحني الكثير من وقته، وكان لرحابة صدره وسمو خلقه وأسلوبه المميز في متابعة الرسالة أكبر الأثر في المساعدة على إتمام هذا العمل المتواضع، وأسأل الله العلي القدير أن يجازيه خير الجزاء وأن يكتب صنيعه في ميزان حسناته.

كما يدعوني واجب الوفاء والعرفان بالجميل أن أشكر الأستاذ " رضا عمرون " والأستاذ " هارون عطوي " على تقديمهم لنا يد العون والمساعدة.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2018 المحدد للقواعد المتعلقة بال وقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه.

السيد (ة): عريبي بدر الدين

الصفة: **طالب**

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 202061911

والصادرة بتاريخ: 2017-11-15

عن دائرة: أولاد دراج

المسجل (ة) بكلية: **العلوم الانسانية والاجتماعية** قسم: **العلوم الإسلامية**

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال مذكرة ماستر:

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

التاريخ: 2020-10-18

إمضاء المعني

من رئيس المجلس الشعبي البلدي
وتفويض منه للموظف المكلف
عبلوي نامية

قائمة المختصرات

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق أ ش : قانون الأحوال الشخصية

م ع غ أ ش : المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

ق م : القانون المدني

غ م : الغرفة المدنية

م ع : المحكمة العليا

م ق : المجلة القضائية

ن ق : نشرة القضاة

د ر ط : دون رقم طبعة

د ت ط : دون تاريخ الطبع

ط : طبعة

ج : جزء

ع : عدد

ص : صفحة

مقدمة

المقدمة

إِنَّ الْحَمْد للهِ، نَحْمَدُهُ وَ نَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللهُ فَلا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضْلُلْ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَحْدُهُ لا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدَاً عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

أما بعد فإنَّ القرآن دستور الهي اقتصر على المنهجية والقواعد الكلية صانعا إطارا من الأخلاق تاركا للعقل البشري التفصيلات وأحكام الجزيئات، ليتحرك داخل حدود هذا الإطار.

وقد تناول_ استثناء _أحكام الأسرة البشرية بشيئ من التفصيل في زواج ،وطلاق ،ورضاع ،وحضانة، وولاية، ونفقة، ووصية، وتركة، وواراثة ، إلخ ، لسببين

احدهما: أهمية وخطورة الأسرة وتأثيرها المباشر على مصير المجتمع صحة وفساد .

وثانيهما: كل خلل يحدث في أحكام الأسرة يمس كرامة الإنسان في أساسها ،فاقتضي ذلك تضييق دائرة الإجتهاد، وتحديد تحرك العقل في مسائل الأحوال الشخصية .

وجعل سبحانه وتعالى صلة الزوجية أساسا للسكينة والطمأنينة والرحمة والمودة، **(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)**

وقد بنى سبحانه وتعالى زوجية الرجل والمرأة على ثلاث اسس:

أولها: أنها تفاعل هدفه الرئيس النسل الصالح الوارث للأرض ، وهو جزء من التفاعل الكوني الطبيعي ، فيجب أن يتسم بطابع الثبات والاستمرارية غير قابل للانحلال، شأنه شأن تفاعل الزوجية بين سائر الأجزاء الكونية التي لا تخضع لظاهرة الاضمحلال .

وثانيها :أن زوجية الرجل والمرأة ذات طبيعتين، الطبيعة الفعلية التي يمثلها الرجل والطبيعة الانفعالية التي تتسم بها المرأة، كالزوجية القائمة بين بقية الأجزاء الكونية، فليس أحد الزوجين

متفضلا على الاخر ولا متميز بميزة زائدة تساهم في تكوين النتيجة المستهدفة من الحياة الزوجية، فهو يساهم بفعله وهي تساهم بانفعالها دون أي تفاضل.

ثالثها: طبيعة الفعل تتطلب صفة الخشونة وطاقة المقاومة والتأثير ، كما أن مقتضى طبيعة الانفعال اللينة والتحكم والرقة والتأثر ، ولهذا الواقع الفسيولوجي لو كلفت إحدى الطبيعتين بوظيفة الطبيعة الأخرى لانعكست نتائج التفاعل الأسري و لتحولت إلى آثار سلبية على الفرد والمجتمع.

وشرع تبعا لذلك كثيرا من الضمانات التي تحول دون تعرض هذه الرابطة للحل و التمزق ، من لدن مرحلة الخطبة الي حدوث مشاكل بين الزوجين ، فأوجب على كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق صاحبه عليه ، وبين السبل المثلى لإصلاح ذات البين عند حدوث أية مشكلة...

إلا أنه وبالرغم من تلك الصفة القدسية لهذه الرابطة "عقد الزواج" ، وبالرغم من كل تلك الضمانات التشريعية، ومهما تكن نية الزوجين في الاستمرار و الدوام عند الدخول في هذا الميثاق ،فإن ذلك لا يعني _بأي حال_أنه عقد أبدي، لاتفك رابطته ولا تحل عقدته.

فظروف الحياة المتغيرة وطبائع البشر المتقلبة تنادي بضرورة ترك الباب مفتوحا لفصم عري الزواج عند إرادة ذلك، قبل أن ينص عليه أي تشريع سماوي او وضعي ، وقبل أن ينظر له مفكر او يعلو به صوت مصلح.

وهو الأمر الذي راعاه الإسلام بواقعيته فجعل الطلاق بيد الرجل كحل للخلاف المتفاقم بين الزوجين إذ مما لا جدال فيه أن الرجل يحكم العقل والمنطق أما المرأة فتنساق وراء عاطفتها، ولو كان الطلاق بيد المرأة انهارت العلاقة الزوجية بمجرد خصام الزوجين ، لكن هذآ لا يعني أن الإسلام قد أهمل جانب المرأة وحقها في طلب الطلاق فقد أثبت لها هذا الحق بواسطة القضاء إذا كان هناك سبب شرعي تقره العدالة وهو ما يسمى بالتطليق فالزوجة التي تطلب الطلاق من غير سبب و لا مقتض حرام عليها رائحة الجنة ،فعن ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة " رواه أحمد والترمذي .

فهناك حالات كثيرة تبيح للمرأة حق الرفع للقاضي لطلب الفرقة بعضها متفق عليه بين الفقهاء والبعض الآخر مختلف فيه.

فقد نظم الفقه الإسلامي احكام التطليق ، ثم استنبط المشرع الجزائري تلك الأحكام ونظمها في قانون الأسرة بأسلوب واجتهاد خاص.

وعليه فإذا كانت الرابطة الزوجية ميثاقا غليظا ، ينبغي الاعتناء به بالحفاظ على بقائه ، وبذل كل مجهود في سبيل عدم حله فإن البحث فيما تنفك به هذه الرابطة وينحل به ذلك الميثاق يكتسي أهمية علمية معتبرة ، لاسيما إذا تخصص في دراسة حله من جانب الزوجة فقط ، حيث أن حله من قبل الزوج معلوم مفهوم ، وهو الأمر الذي أريد لهذا البحث الخوض فيه من خلال هذا الموضوع الموسوم بـ **" احكام التطليق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائرى."**

الإشكالية:

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول أن الاشكال الرئيسي الذي نحاول معالجته ودراسته من خلال هذه المذكرة يتمحور حول:

- كيف عالج الفقه الإسلامي والمشرع الجزائرى أحكام التطليق ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسة مجموعة من الإشكاليات الفرعية أولها ما المقصود بالتطليق ؟وما مشروعية وطبيعته ؟

- ماهي الحالات التي منحها الفقه الإسلامي والمشرع للمرأة لتبني عليها طلبها في التفريق ؟

- ماهي السبل المكفولة التي منحها كل من الفقه الإسلامي و المشرع للمرأة أثناء توجه إرادتها لفك الرابطة الزوجية؟

- ماهو المستحدث في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق في التشريع الجزائري ؟

- هل وفق المشرع الجزائري في كفالة الحقوق الخاصة بالمرأة في مجال حل الرابطة الزوجية

- هل وفق المشرع الجزائري في كفالة الحقوق الخاصة بالمرأة في مجال حل الرابطة الزوجية، والتي كفلها لها الفقه الاسلامي؟

-ماهي العوامل وماهي الأسباب التي تؤدي إلى التطليق وتتسبب فيه ؟

التي كفلها لها الفقه الإسلامي ؟

أسباب اختيار الموضوع:

لكل باحث أكاديمي هدف أو أهداف، يسعى للوصول إليها من خلال عمله فإنه ومن خلال إحاطتي بموضوع احكام التطليق بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، هناك أسباب كثير أذكر منها :

-الوقوف في وجه من يحاول تشويه صورة الإسلام والمسلمين بحجج واهية فيما يخص قضايا الأسرة.

-الوقوف في وجه بعض الأصوات التي تنادي بالمساواة بين الرجل والمرأه في جميع مجالات الحياة.

- إبراز نظرة الفقه والتشريع ، مع تحليل النصوص القانونية التي تتناول هذا الموضوع ، وكذا إبراز دور الاجتهادات القضائية في مادة التطليق.

- إنتشار ظاهرة التطليق في المحاكم الجزائرية.

- رغبة في توضيح و مساعدة الزوجات المتضررات لإثبات ضررها وذلك ببيان الإشكالات .

- التوعية بالآثار الخطيرة للطلاق بصفة عامة بإعتباره يشمل الأسرة والمجتمع بأكمله .

أهداف الدراسة: أهدف من خلال دراستي إلى :

- بيان موضوع التطليق وطبيعته ومشروعيته، مع إبراز الفرق بينه وبين باقي صور الطلاق .

- معرفة آراء الفقهاء الأربعة اتجاه اسباب التطليق .

- بيان الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق وإبراز موقف كل من الفقه الاسلامي والمشرع الجزائري منها .

- بيان النقائص التي تعتري تنظيم المشرع الجزائري لأحكام التطليق

- التعرف على ماهية العوامل والأسباب المؤدية والمسببة للتطليق

- بيان إجراءات التقاضي في دعوى التطليق وكيفية سيرها.

أهمية الموضوع : قضت حكمة الشريعة على أن يكون الطلاق بيد الزوج ، ومع هذا فقد اقتضت عدالتها أن تمنح للزوجة حق المطالبة بالتطليق في الحال الذي لايبقى لكرامتها وحقها وجود، وعلى القاضي أن يجيبها استنادا إلى سلطته التقديرية لطلبها بالتطليق في الحال ، ولأهمية التفريق في تنظيم الحياة الإنسانية والوقوف في وجه من يحاول التعسف في استخدام حقه بإسم القوامة والتقصير في أداء حقوق المرأة ، اذا قد يلجأ بعض الأزواج إلى دفع زوجاتهم إلى الخلع مما يؤدي إلى ضياع حق المرأة في المطالبة بالتعويض ، لاسيما إذا كانت هذه الزوجة تجهل حقوقها كفلتها لها الشريعة وسايرها قانون الأسرة في ذلك.

الدراسات السابقة : هذا وقد تعرض الباحثون لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في العديد من الدراسات السابقة أما بحثنا هذا فقد اقتصر على دراسة موضوع أحكام التطليق بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ومن أهم الدراسات السابقة : _التطليق والخلع ، يوسف عزيرية ، مذكرة التخرج للقضاء ، المعهد الوطني للقضاء لسنة 2004-2003 - . التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير للاستاذ عبد المؤمن بلباقي - .مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون بعنوان : الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، من تأليف حفيظة فضلة ، سنة 2012 .صعوبات البحث من الطبيعي أن يصادف كل باحث صعوبات خلال إنجاز مذكرته والتي تختلف من دراسة لأخرى ومن باحث لآخر ،ومايمكن تسجيله من عقبات وصعوبات نجد - : الظروف التي مررنا بها في ظل جائحة كورونا ماضيق نوعا ما من التواصل مع الأساتذة و ما صاحبه لإغلاق لجامعات ومكاتب - .صعوبة انتقاء المعلومة الدقيقة والمركزة والتي توضع في مكانها المناسب - . تشعب آراء الفقهاء فيما يخص هذا الموضوع ، ووجود خلاف حتى بين فقهاء المذهب الواحد وفي مسألة واحدة ، مما يصعب اختيار الرأي الراجح - . عدم توافر مراجع قانونية تتحدث عن اشكلات إثبات الضرر ، هذا مادفعني إلى التدعيم بالقرارات القضائية للمحكمة العليا وتحليلات نصوص المواد القانونية .

منهج الدراسة : من خلال ماسبق يمكن القول أن طبيعة البحث في هذا الموضوع تقتضي استخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى مع طبيعة الدراسة يمكن تحديدها فيما يلي:

المنهج التحليلي : تبيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و تحليل النصوص القانونية التي جاء بها قانون الأسرة والمتمثلة في دراسة الأسباب المذكورة في المادة 53 من نفس القانون وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحليل بعض القرارات القضائية للمحكمة العليا المتعلقة بالموضوع.

المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال استقراء النصوص القانونية، وماجاء في قرارات المحكمة العليا والكتب القانونية والمجلات القضائية وكتب الاجتهاد القضائي المتعلقة بالتطليق.

المنهج المقارن : بيان الخلاف والاتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية من جهة ، ومن جهة أخرى بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في أسباب التطليق وتحديد طبيعة التطليق في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، وروعي في تقرير البحث تسبيق مضمون الفقه على مضمون المشرع الجزائري بإعتباره الأصل والمصدر ، فمقارنة الأحكام القانونية بأحكام الفقه الاسلامي بمثابة مقارنة الفرع بالاصل ،ولايمكن البدء بالفرع ثم الانتهاء بالأصل.

المنهجية المتبعة:

وللإجابة على الإشكالية والأسئلة المتفرعة عنها كانت الخطة وفق المنهجية التالية : خصصت الفصل الأول لماهية التطليق إشتمل على مبحثين ، المبحث الأول تناولت فيه مفهوم التطليق مشروعيته وطبيعته ، والمبحث الثاني تمييز التطليق عن باقي صور الطلاق.

الفصل الأول

ماهية التطليق في الفقه والقانون الجزائري

1) المبحث الأول: مفهوم التطليق

2) المبحث الثاني: تمييز التطليق عن باقي صور الطلاق

الفصل الاول: ماهية التطليق في الفقه والقانون الجزائري

مقدمة :.

رغم العناية التي اولتها الشريعة الإسلامية لاستقرار الأسرة وتوفير القدر الكافي للزوجين من السعادة والسكن النفسي فيها ، فإنه قد يفشل الزوجان في تحقيق السعادة لظروف كثيرة ومتنوعة لأنه قد لايتم بينهما حد أدنى من التناسق والتقارب في الخلق أو التربية ، كما يمكن أن يرتكب أحد الزوجين من الأعمال مايعد إخلال بالواجب والاخلاص الزوجي واعتداء على حق الآخر ، وقد تحل أيضا بأحد الزوجين امراض لايستطيع الزوج الآخر تحملها والصبر عليها ، فينشأ عن ذالك كله خصام ونزاع بينهما تنقضي معه كل الظروف التي من شأنها أن تحقق السعادة والتفاهم بينهما ، فتصبح الحياة الزوجية بذلك جحيما لايطاق ، ونار لا تصطلي ، لاتعود على الزوجين فقط بل قد يتعداه إلى الاولاد والاقارب من أسرتيهما فيتحتم عند ذلك الخوض في ترتيبات خاصة لإنهاء هذا النفور والخصام ، وإعادة الهدوء والتفاهم بينهما حتى إذا فشلت كل الخطط والمحاولات الهادفة لذلك ، كان الحكم بالفرقة بينهما هو الحل الاخير والانسب وذلك بالرغم من قسوته على نفسيتهما وحتى على المجتمع ، ولكن لأن ينتهي زواج لم يعد ينتج أهدافه خير من أن يترك على حاله يجني منه الزوجان والمجتمع كله الويلات والمآسي . وانطلاقا من هذا التقديم جاز لنا أن نتكلم في هذا الفصل عن مفهموم التطليق ومشروعيته في المبحث الأول ، وما يميز التطليق عن باقي صور الطلاق في المبحث الثاني

المبحث الأول: مفهوم التطليق

راعت الشريعة الإسلامية جانب الزوجة لرفع الحرج والضرر عليها حيث لا تملك مالا تفتدي به نفسها ففتحت لها باب للخلاص واوجبت للقاضي بالاستجابة متى وجد السبب يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين وإنما يثبت لهم ذلك الحق في التفريق إذا كان فيه المحافظة على حق أمرت الشريعة الإسلامية بالمحافظة عليه ،وقد أحازت م 53 ق.أ.ج للزوجة طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب ولقد صاغها المشرع الجزائري انطلاقا من ما هو مقرر شرعا.

المطلب الاول :تعريفات التطليق

تعددت المفاهيم والآراء على تعريف التطليق في الفقه والقانون وهو ما سنقف عليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي:

أولا: التعريف اللغوي : مأخوذ من فعل طلق ، يطلق ، طلاقا ، تطليق ، ومأخوذ من الإطلاق وهو الترك ويقال : طلق رجل طلق الوجه ، وقد يطلق من باب ظرف ورجل طلق اليدين أي سمح وامرأة طلق اليدين أيضا ، وطلق امرأته تطليق وطلقت هي تطلق بالضم ، طلاقا فهي طالق وطالقة ايضا [1]

ثانياً : التعريف الفقهي :

أراد الشارع الحكيم حماية المرأة من زوجها إذا ظلمها و اساء عشرتها فجعل من حقها اللجوء ورفع أمرها إلى القضاء ليطلقها القاضي ولكن يجب عليها أن تؤسس طلبها على حالة شرعية وإلا قوبل طلبها بالرفض وكذا لقوله ﷺ ((أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غيرها ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة.

نجد أن المذهب الحنفي اقتصر فقط على العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية كالجب والخصاء والعنة ... ،وأن القاضي لا يملك إلا الطلاق لعيب الزوج ،أما بالنسبة للمذهب الملكي فقد

[1] - الرازي محمد بن ابي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، باب الطاء ، دار الحديث مصر 2003 /1424 ،ص 222 .

وسع في ذالك فجعل التفريق لعدم الإنفاق ،والتفريق للعيوب المستحكمة بدون التقيد بعدد معين ،والتفريق للضرر والغياب والسجن .1

يمكننا تعريف التطليق بأنه رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 35 من قانون الأسرة 2 والتطليق يكون بحكم قضائي ،رغم معارضة الزوج ،وهذا طبقا للمادة 35 المذكورة أعلاه3.

الفرع الثاني: التعريف القانوني والعام .

اولا.التعريف القانوني:

إن المشرع الجزائري قد منح للزوج حق فك الرابطة الزوجية في اي وقت ومتى شاء دون أن يقيده بقيد معين وذالك لأن العصمة الزوجية بيده ،واما بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وكذا نجده قد أشار للتطليق في المادة 48 من نفس القانون والذي جاء فيها (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه .يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون) 4

وهنا نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق ولكنه نص على الأسباب القانونية التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق وذلك حتى ولو كان بناء على إرادتها المنفردة .

ومنه نجد أن هناك تقصير من جانب القانون والمشرع الجزائري فيما يخص التطليق وخاصة من ناحية الماهية والتعريف ، إلا أن هذا التقصير تم تداركه ولو نسبيا من طرف المحكمة العليا والتي جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 03/12/1984 على (من المقرر شرعا أن الطلاق هو للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره ، أما التطليق فهو حق المرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا

[1] - ياسين ، (التطليق والخلع على ضوء قانو ن الأسرة وإجتهاد المحكمة العليا)، المنشور في 29 /2011/02 .
. . http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=: 517420ساعة النشر 14.30
[2] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، . الجزائر 2005 ، ص 35
[3] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، . الجزائر 2006 ، ص 6
[4] المادة 48 من ق إ ج المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

لأحكام الشريعة الإسلامية)[1]

رغم أن المحكمة العليا بادرت مبادرة حسنة من أجل إعطاء تعريف للتطليق وفك النقص على القانون في هذه المسألة إلا أنها لم توفق في إعطاء تعريفا شاملا ودقيقا وكذا هي أشارت لمصطلح المرأة المتضررة ولكنها لم تبين وتوضح المقصود من هذا المصطلح .

ثانيا. التعريف العام :

إن للطلاق ثلاثة أبواب أو ثلاثة أصناف ،فالباب الأول يكون مفتاحه بيد الزوج وهو الطلاق أي المعروف عاميا والباب الثاني يكون مفتاحه بيد الزوجة وهو الخلع وأما الباب الثالث وهو موضوعنا هنا فيكون مفتاحه بيد القاضي وهو التطليق أو كما يسمى ايضا بالتفريق القضائي .

وعليه فالمقصود بالتطليق هو التفريق بمعرفة القاضي فقد جعل التطليق بيد القاضي الذي يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولايعاشرها بإحسان ولذلك يقال طلق عليه القاضي [2]

وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لايمكن أن يكون إلا أمام القضاء و بموجب دعوى قضائية وذلك لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إلا إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع [3]

اي أن إرادة الزوج في إحداث الطلاق لم يبقى على طلاقته وإنما توبعت بالتطليق والخلع لكن هنا لا تستطيع الزوجة أن تفك زوجيتها بإرادة منفردة وإنما عن طريق القاضي اذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة.[4]

المطلب الثاني : مشروعية التطليق وطبيعته :

الفرع الاول : مشروعية التطليق .

شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي يشرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف والنزاعات بين الزوجين يلجأ إليه عند الحاجة ومع ذالك فإن الشارع الحكيم أبغضه وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته ،فيعتبر كلا من الكتاب والسنة

[1] بديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، بدون طبعة ، الجزائر ، سنة 2012 ،ص 35 .
[2] أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وأثرهما ، بدون طبعة ، 2004 ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004، ص 167.
[3] منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، الجزائر ، سنة 2010 ، ص 11.
[4] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 35

النبوية والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل وهذا مانتناوله في موضوع التطليق.

اولا: القرآن الكريم.

قال الله تعالى(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (231).[1]

هذا أمر الله عز وجل للرجال إذا طلق أحدكم المرأة طلاقا له عليها فيه رجعة أن يحسن في أمرها اذا انقضت عدتها ولم يبق منها إلا مقدار وما يمكنه فيه رجعتها فإما أن يمسكها الى عصمته نكاحه وهو أن يشهد على رجعتها أو يسرحها أي يخرجها من منزله وبالتالي هي احسن من غير شقاق ولامخاصمة ولا تقابح وقول الله تعالى : "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ". وقال ابن عباس ومجاهد ومسروق والحسن وقتادة والضحاك والربيع ومقاتل بن حيان وغير واحد كان يطلق امرأته فإذا قاربت انقضاء العدة طلق لتطول عليها العدة فنهاهم الله عن ذلك وتوعدهم عليه فقال عز وجل : "وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ " أي بمخالفته أمر الله تعالى، وقوله تعالى "وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ"، قال ابن جرير عن هذه الآية : أخبرنا اسحاق بن منصور عن عبد السلام بن حرب عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي العلاء الاودي عن حميد ابن عبد الرحمن عن أبي موسى أن رسول الله غضب على الاشعرين ، فقال يقول أحدكم قد طلقت قد راجعت ليس هذا طلاق المسلمين طلقوا المرأة في قبل عدتها وقال الحسن وقتادة وعطاء الخرساني والربيع ومقاتل بن حيان هو الرجل يطلق ويقول : كنت لاعبا أو يعتق أو ينكح ويقول كنت لاعبا ، فأنزل الله تعالى: " وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا " فألزم الله بذلك قال ايضا ابن مرد ....حدثنا إبراهيم بن محمد حدثنا أبو أحمد الصبر في حدثني جعفر بن محمد السمسار عن إسماعيل بن يحيى عن سفيان عن ليث عن مجاهد عن أبي عباس قال" طلق رجل امرأته وهو يلعب لا يريد الطلاق فألزمه رسول الله الطلاق"[2]

وقوله تعالى: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ

[1] سورة البقرة ، الآية 231 .
[2] إبن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن الكريم ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، السعدودية ، طبعة 02 ، 1999 . ج 01 . ص 641 .

بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا (1) "[1]

يقول الله تعالى مخاطبا نبيه ﷺ وللمؤمنين: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ " اي أردتم طلاقهن فالتمسوا لطلاقهن الأمر المشروع ،ولا تبادرو بالطلاق من حيث يوجد سببه ، من غير مراعاة لأمر الله تعالى ، بل " فطلقوهن لعدتهن " اي لاجل عدتهن ، بأن يطلقها زوجها وهي طاهر ،وفي طهر لم يجامعها فيه فهذا الطلاق هو الذي تكون العدة فيه واضحة ببينة بخلاف لوطلقها وهي حائض ،فإنها لا تحسب تلك الطلقة ، والتي وقع فيها الطلاق وتطول عليها العدة سبب ذلك وكذلك لو طلقها في طهر وطئ فيه فإنه لا يؤمن حملها فلا يتبين ولا يتضح باي عدة تعتد وأمر الله تعالى بإحصاء العدة اي : ضبطها بالحيض إذا كانت تحيض ، أو بالاشهر إن لم تكن تحيض وليست حاملا ، فإن في احصائها اداء لحق الله وحق الزوج المطلق وحق من سيتزوجها بعد وحقها في النفقة ونحوها ، فإذا ضبطت عدتها علمت حالها على بصيرة ، وعلم مايترتب عليها من حقوق ومالها منها ، وهذا الأمر بإحصاء العدة يتوجه الزوج والمرأة ان كانت مكلفة والا فلوليها ،وقوله: " وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ " اي في جميع اموركم وخافوه في حق الزوجات مطلقات . لاتخرجوهن من بيوتهن" مدة العدة بل يلزمن بيوتهن الذي طلقها زوجها وهي فيها ." ولايخرجن " أي لايجوز لهن الخروج منها أما النهي عن إخراجها فلأن المسكن يجب على الزوج للزوجة لتكمل فيه عدتها التي هي حق من حقوقها،و أما النهي عن خروجها فلها في خروجها من إضاعة حق الزوج وعدم صونه ،ويستمر هذا النهي عن الخروج من البيوت والإخراج إلى تمام العدة ،" إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ " أي بأمر قبيح بالأقوال والافعال الفاحشة ففي هذه الحال يجوز لهم إخراجها لأنها هي التي تسببت لإخراج نفسها والإسكان فيه جبر لخاطرها ورفقا بها فهي التي أدخلت الضرر على نفسها وهذا في المعتدة الرجعية ، وأما البائن فليس لها سكنى واجبة لأن السكن تبع النفقة ،والنفقة تجب للرجعية دون البائن ،" وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ " أي تلك حددها لعباده وشرعها لهم وأمرهم بلزومها والوقوف معها ،

" وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ " بأن يقف معها بل تجاوزها أو قصر عنها " فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ " أي بخسها حظها. واضاع نصيبه من إتباع حدود الله التي هي الصلاح في الدنيا والآخرة ،" لاتدري لعل الله يحدث بعد

[1] سورة الطلاق ، الآية 01.

ذلك أمر" أي شرع الله العدة ،وحدد الطلاق بها بحكم عظيمة فمنها أن الله لعله يحدث في قلب المطلق الرحمة والمودة فيراجع من طلقها ويستأنف عشرتها فيتمكن من ذلك مدة العدة أو لعله طلقها لسبب منها فيزول ذلك السبب في مدة العدة فيراجعها لانتفاء سبب الطلاق1.

وقال الله تعالى : (وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130)).2 هذه الآية تفسير بالفراق وقد أخبرنا الله تعالى أنهما اذا تفرقا فإن الله يغنيه عنها ويغنيها عنه بأن يعوضه بها من خير له منها ويعوضها عنه من هو خير لها منه " وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا " أي واسع الفضل عظيم ، حكيم في جميع أفعاله واقداره وشرعه 3

وقال الله تعالى(لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236)) .4

في هذه الآية أباح الله تعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وقال ابن عباس و طاوس وابراهيم والحسن البصري " المس " النكاح ،بل يجوز أن يطلقها قبل الدخول بها والفرض لها وإن كانت مفوضة وإن كان في هذا انكسار لقلبها ولهذا أمر الله تعالى بإمتاعها وهو تعويضها عما فاتها بشئ تعطاه من زوجها بحسب حاله " على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" وقال سفيان الثوري عن إسماعيل بن أمية عن عكرمة عن ابن عباس قال الطلاق أعلاه الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة وذهب أبو حنيفة إلى أنه متى تنازع الزوجان في مقدار المتعة وجب لها عليه نصف المهر ،وقال الإمام الشافعي من جديد لا يجبر الزوج على قدر معلوم إلا على أقل مايقع عليه اسم المتعة وجب ذلك إلى أن يكون أقله من تجبر فيه الصلاة وقال في القديم لا اعرف في المتعة قدرا إلا أن أستحسن 30 درهما لما روي عن ابي عمر رضي الله عنهما.5

ثانيا / السنة النبوية :

روى حميد بن عبد الرحمان عن أبي موسى قال : قال رسول الله ﷺ (يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها) وكذا روي محارب بن دثار عن

---

[1] ناصر السعدي عبد الرحمان ، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان ، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، لبنان ، ط01 ، 1423/2002، ص 331 .
[2] سورة النساء ، الآية 130 .
[3] إبن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن الكريم ،ج1 ص .431
[4] سورة البقرة ، الآية 286.
[5] ابن كثير الدمشقي ، المرجع السابق، تفسير القرآن الكريم ،ج1 ص .641

عمر أن النبي ﷺ قال:(أبغض الحلال عند الله الطلاق).1 وكذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ثلاثة جدهن وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة).2

وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام:(ايما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بئس فحرام عليها رائحة الجنة). رواه الترمذي وابن ماجة وهنا جاء في هذا الحديث ترهيب للمرأة إذا كان الطلاق في غير عذر .

وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام لما روي عن عبادة بن نسي عن أبي موسى (لا تطلقوا النساء إلا من ريبة فإن الله عز وجل لا يحب السواقين ولا الذواقات).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال:(لا تسأل المرأة زوجها الطلاق في غير كنهه فتجد ريح الجنة ، و إن ريحها ليوجد من مسيرة أربعين عاما).

ومما سبق ذكره يتضح ما مدى حرص الشارع الحكيم وكذا النبي ﷺ على توضيح مشروعية الطلاق وكذا توضيحه وحتى الترهيب على عدم إتباعه دون أي سبب.

ثالثا/من الإجماع: ونجد هنا أن انعقاد الإجماع منذ عصر الرسول ﷺ حتى اليوم أي على عدم جواز الفرقة إلا لحاجة أو ضرورة وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام ،وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وكذا واجباتهم

ومعروف عندنا أن التطليق وحالاته مستمدة من اجتهاد الفقهاء حيث أنه لم يرد بها نص صحيح صريح و مما سبق ذكره من أدلة شرعية يتضح لنا أن الطلاق بكل أنواعه المباحة مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الزوج القيام به ولا على الزوجة طلبه[3].

رابعا / من المعقول : من غايات النكاح وأهدافه هو أن يجد كل من الزوجين بصحبة الآخر الهدوء والمودة والسكينة لروحه وجسده لكي تنشأ أسرة سليمة وبالتالي مجتمع سليم من التفكك والضياع

[1] سنن ابن داود سليمان ابن الأشعف ، أبو داود ، دار المودة ، المنصورة ، ط 2013، 01 .
[2] الألباني أبو عبد الرحمان محمد ناصر الدين، صحيح الجام ، ط1408 ، 1988/03 ، المجلد 01 ، ص 148.
[3] بن باز ، الفتاوى الجامعة للمرأة المسلمة ، بدون طبعة ، بدون سنة ، دار الفكر للطباعة والنشر ، لبنان ، الجزء الثاني ، ص 666.

ويحفظ النوع البشري[1] حيث قال تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21) " [2] ، ولكانت الحياة الزوجية لاتحلو من المشاكل والشقاق ، فيبدأ بالارشاد والنصح ثم الاصلاح قدر المستطاع ، فإذا نفذ صبر الزوجين أو أحدهما ، أصبحت العلاقة الزوجية جحيما لاتطاق وامست لاتحقق المقاصد المرجوة منها ، فإن الشارع لايأمر بالابقاء على هذه العلاقة بل يفصل في ذالك بما فيه الصالح و العام ، وذلك بالاذن بالفراق اذا لم يجد سبيلا للمصلحة ، وليستأنف كل من الزوجين حياته بروابط زوجية جديده تناسبه ، وتحقق مقاصد الشارع من النكاح[3].مصداقا لقوله تعالى " وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130)"[4]

.خامسا / من قانون الأسرة الجزائري :اخذ المشرع الجزائري بالتطليق انطلاقاً من نص المادة 48 الآتي نصها :" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة" [5] وكذا نص المادة 53 من نفس القانون .والتطليق وكما يصطلح عليه التفريق قد يكون طلاقا وقد يكون فسخا للعقد كحالة التفريق في العقد الفاسد كالتطليق بسبب الردة المنصوص عليها في القانون الجزائري ، وهذا وحسب فقهاء القانون لم يرد لفظ التطليق في القران ولا السنة أما التشريعات العربية فهناك من يستعمل مصطلح التفريق كالقانون الجزائري والمصري . فنجد مصطلح التفريق هوالمصطلح الغالب عموما في جل القوانين العربية تماشيا بما جاء في الفقه الاسلامي بالفرقة أو التفريق .[6] وبالتالي نلاحظ أنه لم يقم فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطليق وأنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبته بحكمه . وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984.12.03 جاء فيه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لايجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره ، أما. التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ

[1] نايف محد الجندي ، عضل النساء والتفريق والشقاق بين الشريعة والقانون ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط 1 ، 2010 ، ص 207
[2] سورة الروم ، الآية 21 .
[3] النجار عدنان علي ، التفريق قضائيا بين الزوجين ، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستار) كلية الشريعة والقانون ،فلسطين ، 2004 ، ص 10
[4] سورة النساء ، الآية 130 .
[5] الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 2005/02/27 .
[6] موقع الأنترنات "منتديات طموحنا " الساعة 20:40 بتاريخ 2020/08/07 .

يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1] .إن المحكمة العليا أرادت أن تعرف التطليق فيما سبق وعليه يمكن أن نعطي نظرة مختصرة عن طبيعته القانونية والذي يمكن أن نعتبره رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي ، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء.[2] .لان المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد ينقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء و اثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز اي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ .وبالرجوع الى قانون الأسرة لانجده يبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أو طلاق وإنما نص على حالات على سبيل الحصر في المادة 53 ق.أ.ح وترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فيما عليه إلا الحكم بالتطليق لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقرير ما إذا أخل الزوج بإلتزاماته وبفضل هذا التقرير ينشأ حق ارادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ .ومن هذا نستنتج أن الفرقة التي يكون مصدرها المباشر هو الحكم القضائي فهي تندرج تحت نظام الفسخ كالحكم بالتطليق .ومنه فإنه يمكن تكييف التطليق على أنه حق مقيد لان المشرع قد منح للزوجة حق اللجوء إلى القضاء في اي وقت من أجل طلب التطليق لكن قيده بقيود نص عليها على سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر أي بمعنى يجب على الزوجة وعند رفعها لدعوى التطليق أن تثبت سبب ذلك وإلا رفضت دعواها لأن القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان طلبها مؤسس أم لا. [3] ومن هنا نجد أن التطليق يستند إلى أدلة شرعية وقانونية راجحة وقوية .

الفرع الثاني : الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق.

اولا: الطبيعة الفقهية:

يرى الفقهاء الحنفية أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الابتلاء ،اما الفرقة التي تكون من قبل الزوجة
لا يمكن أن تكون من جانب الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته ،اما بالنسبة

[1] المحكمة العليا القرار بتاريخ 1984/12/03 . ملف رقم 35026 . م . ق 89 عدد 4 ، ص 86.
[2] الأستاذ عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري ،ص 242 .
[3] عزيرية يوسف ،التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة وإجتهاد المحكمة العليا 2004 .

الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا الى القول بأن الفرق التي تقع من الزوج أو من قبل الزوجة أو من طرف القاضي تعد طلاقا اما ماعدا ذلك فتعتبر فسخا، بينما ذهب المالكية إلى أن الفرقة بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت فرقة من زواج صحيح سواء من الزوج أو من طرف الزوجة يعد طلاقا وإما أن كانت غير راجعة لأحدهما فيعتبر فسخا.

وما يمكن استخلاصه أن كل المذاهب اتفقت على أن الفرقة تتقسم الى طلاق وفسخ ولكن اختلفت فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ لأنها لم تعتد على معيار دقيق ومنضبط .

بحيث يرى المالكية أن الفرقة الناتجة عن الإعسار عن النفقة طلاق رجعي ولايمكن للزوج إعادة زوجته إلى عصمته الا إذا ملك ما ينفقه عليها والا فلا تصح الرجعة وقال ابن حزي : الطلاق بإعسار بالنفقة رجعي[1].

وقال الشافعية والحنابلة أن الفرقة فسخ لا طلاق يكون من فعل الزوج مباشرة وما يمكن استخلاصه من هذا الاختلاف فعلى القول بأن الفرقة للاعسار طلاق رجعي فإنها تحسب على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها ، فلو افترضنا أن الزوج طلق زوجته مرتين قبل تطليق القاضي لها فلا يمكنه ارجاعها في هذه الحالة الا بعد ان تتزوج غيره لان الطلاق أصبح بائنا بينونة كبرى .

اما عن القول الثاني القائل بأن الفرقة للاعسار فسخ لا طلاق فإن الفرقة هنا للتدخل في عدد الطلقات الزوج إلا أنه لا سبيل له إليها إلا بعقد جديد ورضا جديد .

اما بالنسبة للتفريق بالعيوب فقد ذهب المالكية والحنفية الى اعتبار أن التفريق بالعيب يعد طلاقا بائنا لا فسخا ذلك لأن الفرقة تكون إما من الزوج أو بسبب منه ولم يوجبها عقد فكانت طلاقا .

اما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا الى اعتبار الفرقة العيب فسخ لكونه يقع من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر من القاضي وهو ما يخضع للاجتهاد فكان فسخا لا طلاقا [2]

ثانيا : الطبيعة القانونية :

تعتبر طبيعة التطليق رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء لان المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد يقاضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء واثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة

[1] زيرية يوسف ، التطليق الخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا ، المعهد الوطني للقضاء وزارة العدل ، الجزائر 2004/2003،ص10.
[2] بلباقي عبد المؤمن ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000، ص 97/96

حق ارادي في إنهاء هذا المركز اي بمعني أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ .
وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري لا نجده يبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ ام طلاق وانما نص على حالات أو أسباب التطليق على سبيل الحصر في م 53ق.أ
وترك تقديرها للقاضي ، بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطليق. ، لان القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقدير ما إذا اخل الزوج بالتزاماته ويفصل هذا التقرير ينشأ حق ارادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ ،ومن هنا نستخلص أن الفرقة التي يكون مصدرها المباشر هو الحكم القضائي فهي تندرج تحت نظام الفسخ كالحكم بالتطليق[1].

المبحث الثاني: تمييز التطليق عن باقي صور الطلاق .

رغم قداسة عقد الزواج في الشريعة الإسلامية فهناك ظروف استثنائية تم ترك الباب مفتوحا لحل المشكل الذي نتج عن الزواج ،حيث تم الاعتراف بأوجه محددة للتفريق وهي الطلاق والخلع والتطليق والتي يمكن أن نميز بينهما من حيث الماهية والأساس والآثار .

المطلب الاول : تمييز التطليق عن الطلاق .

اعترفت غالب الشرائع السماوية كانت أو أرضية بشرعية الطلاق على خلاف بينهما في إطلاق الإرادة في إيقاعه أو تقييدها ،وقد نظر الإسلام إلى الطلاق بنظرة واقعية فكرهه بما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية وهدم الكيان المادي للأسرة وهو مايفهم من الحديث الشهير لقوله صلى الله عليه وسلم (أبغض الحلال عند الله الطلاق)[2]. ولكن لم يحرمه وهذا الاحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالب وإنهاء لعلاقة انهارت فيها كل الأسباب والعوامل المعنوية وهو ما يفهم من الآية الكريمة :

(وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130))[3].

فينقسم الطلاق إلى طلاق بإرادة المنفردة للزوج وطلاق بالتراضي باعتبارهما طريقتان لفك الرابطة الزوجية كما أن التطليق هو أيضا فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرها لها الشرع والقانون ولقد نص المشرع الجزائري في م 48 ق.أ.ج : مع مراعاة أحكام م 49 أدناه يحل عقد الزواج

[1] تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة ومن خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،ط03 ، 199 /2000 ،ص242
[2] سنن إبن داود إبن الأشعف ، إبن داود، مرجع سابق ،631/2 .
[3] سورة النساء ، الآية 130 .

بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 ، 54 من هذا القانون ، وعليه فإن الطلاق والتطليق يحدد كلا منهما أساسه من الشريعة الإسلامية بكل مصادرها فكلاهما يعد طلقة بائنة تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، ولا يثبتان إلا بحكم قضائى ابتدائي يفصل القاضي فيه، فيحددان الآثار المنجزة عن إنهاء الرابطة الزوجية واسطتهما ويختلفان من حيث :

اولا /من حيث الماهية : بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف كلا من التطليق والطلاق بنوعيه في المادتين 53. 48 ق.أ.ج كما أنه لم يحدد ألفاظ التطليق بينما حدد ألفاظ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وبالتراضي الذي يمكن أن يحدد ألفاظ الطلاق إما أن تكون صراحة أو كناية ، فألفاظ الطلاق صراحة مثل كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق ، ويكون كناية فالنية وحدها بدون تلفظ بالطلاق كأن يقول الزوج لزوجته اذهبي إلى بيت اهلك[1].

وقد يكون الطلاق بإرادة الزوج وحده وهذا قد يجد الزوج في في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرته فهو السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها ،وعليه فإن الشريعة الإسلامية أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناء مبررات مشروعة وإلا أعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق[2].

أما عن الطلاق بالتراضي حسب م 48 ق.أ.ج يجوز للزوجين سواء بناء على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة أن يلجأ إلى المحكمة بقصد الطلاق ووضع حل للرابطة الزوجية وأنهما يرغبان في الفراق بإحسان مثلما تلاقيا قبل ذلك بإحسان[3].

أما عن التطليق هو الذي يقع بحكم من القاضي لتمكين الزوجة من إنهاء الزوجية إلا إذا تأسس عندها ضرر والمنصوص عليه في م 53/10 والتي حددت المادة اسباب التطليق التي بواسطتها تطلب من القاضي التفريق بينها وزوجها اذا تضررت منه[4].

ثانيا /من حيث الأساس : لقد شرع الله تعالى الزواج لكي تبنى أسرة المودة والرحمة من أجل الحفاظ على الأسرة وإنجاب الاولاد والمحافظة على الأنساب ولكن إذا اشتد الخصام والشقاق بين

[1] أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ،كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات ، دار الكتب ، مصر ، طبعة 1422 ، 2002/02،ص 421.
[2] بن شويخ الرشيد ، شرح ق أ ج المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2007 ، ص 176/175.
[3] سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دارهومة ، الجزائر،ط 02 ، 2009 ، ص 124
[4] بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط 01 ، 2007 ، ص 227 .

الزوجين شرع الله الطلاق الذي يعتبر حل للمشاكل التي تنتج عن الزوجين وقد تنحل الرابطة الزوجية إما بالوفاء والتي لادخل للزوجين فيها وهناك حالة أخرى تنحل بإرادة الطرفين ، وعليه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد الكتاب والسنة النبوية دليل مشروعية لأي موضوع .

أ/من القران الكريم : قال الله تعالى:(وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130))1.

وقوله عز وجل (لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ) .2

ب/ من السنة النبوية : نجد احاديث كثيرة منها : مارواه مالك عن نافع أن عبدالله عمر طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول ﷺ : فسأل عمر رسول الله عن ذلك فقال الرسول : أمره فليراجعها ،فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء 3.

رغم قداسة عقد الزواج في الشريعة الإسلامية فهناك ظروف استثنائية تم ترك الباب مفتوحا لحل المشكل الذي نتج عن الزواج ،حيث تم الاعتراف بأوجه محددة للتفريق وهي الطلاق والخلع والتطليق والتي يمكن أن نميز بينهما من حيث الماهية والأساس والآثار .

المطلب الاول : تمييز التطليق عن الطلاق .

اعترفت غالب الشرائع السماوية كانت أو أرضية بشرعية الطلاق على خلاف بينهما في إطلاق الإرادة في إيقاعه أو تقييدها ،وقد نظر الإسلام إلى الطلاق بنظرة واقعية فكرهه بما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية وهدم الكيان المادي للأسرة وهو مايفهم من الحديث الشهير لقوله صلى الله عليه وسلم (أبغض الحلال عند الله الطلاق)4. ولكن لم يحرمه وهذا الاحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالب وإنهاء لعلاقة انهارت فيها كل الأسباب والعوامل المعنوية وهو ما يفهم من الآية الكريمة :

(وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130))5.

فينقسم الطلاق إلى طلاق بإرادة المنفردة للزوج وطلاق بالتراضي باعتبارهما طريقتان لفك الرابطة الزوجية كما أن التطليق هو أيضا فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرها لها الشرع والقانون

[1] سورة النساء ، الآية 130 .
[2] سورة البقرة ، الآية 229
[3] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، المرجع السابق ، ص 173 .
[4] سنن ابن داوود سليمان إبن الأشعف ، أبو داود ، المرجع السابق، 631/2
[5] سورة النساء ، الآية 130

ولقد نص المشرع الجزائري في م 48 ق.أ.ج : مع مراعاة أحكام م 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 ، 54 من هذا القانون ، وعليه فإن الطلاق والتطليق يحدد كلا منهما أساسه من الشريعة الإسلامية بكل مصادرها فكلاهما يعد طلقة بائنة تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، ولا يثبتان إلا بحكم قضائى ابتدائي يفصل القاضي فيه، فيحددان الآثار المنجزة عن إنهاء الرابطة الزوجية واسطتهما ويختلفان من حيث :

اولا /من حيث الماهية : بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف كلا من التطليق والطلاق بنوعيه في المادتين 53. 48 ق.أ.ج كما أنه لم يحدد ألفاظ التطليق بينما حدد ألفاظ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وبالتراضي الذي يمكن أن يحدد ألفاظ الطلاق إما أن تكون صراحة أو كناية ، فألفاظ الطلاق صراحة مثل كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق ، ويكون كناية فالنية وحدها بدون تلفظ بالطلاق كأن يقول الزوج لزوجته اذهبي إلى بيت اهلك[1].

وقد يكون الطلاق بإرادة الزوج وحده وهذا قد يجد الزوج في في سلوك زوجته مالا يستطيع البقاء معها على معاشرته فهو السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها ،وعليه فإن الشريعة الإسلامية أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناء مبررات مشروعة وإلا أعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق[2].

أما عن الطلاق بالتراضي حسب م 48 ق.أ.ج يجوز للزوجين سواء بناء على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة أن يلجأ إلى المحكمة بقصد الطلاق ووضع حل للرابطة الزوجية وأنهما يرغبان في الفراق بإحسان مثلما تلاقيا قبل ذلك بإحسان[3].

أما عن التطليق هو الذي يقع بحكم من القاضي لتمكين الزوجة من إنهاء الزوجية إلا إذا تأسس عندها ضرر والمنصوص عليه في م 53/10 والتي حددت المادة اسباب التطليق التي بواسطتها تطلب من القاضي التفريق بينها وزوجها اذا تضررت منه[4].

ثانيا /من حيث الأساس : لقد شرع الله تعالى الزواج لكي تبنى أسرة المودة والرحمة من أجل

---

[1] أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات ، دار الكتب ، مصر ، ط1422 ، 2002/2 ، ص 421.

[2] بن شويخ الرشيد ، شرح ق أ ج المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، المرجع السابق، ص 176/175

[3] سعد عبد العزيز ، ق أ ج في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل دار هومة الجزائر ، ط 2009/02 ص 124.

[4] بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط 01- 2007 ، ص 227

الحفاظ على الأسرة وإنجاب الاولاد والمحافظة على الأنساب ولكن إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين شرع الله الطلاق الذي يعتبر حل للمشاكل التي تنتج عن الزوجين وقد تنحل الرابطة الزوجية إما بالوفاء والتي لادخل للزوجين فيها وهناك حالة أخرى تنحل بإرادة الطرفين ، وعليه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد الكتاب والسنة النبوية دليل مشروعية لأي موضوع .

أ/من القران الكريم : قال الله تعالى:(وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130))[1].

وقوله عز وجل (لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ) .[2]

ب/ من السنة النبوية : نجد احاديث كثيرة منها : مارواه مالك عن نافع أن عبدالله عمر طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول ﷺ : فسأل عمر رسول الله عن ذلك فقال الرسول : أمره فليراجعها ،فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء "[3]

ج /أما من الناحية القانونية : فلقد نص المشرع في م 48 ق.أ.ج :" مراعاة أحكام م49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

ويمكن أن تكون هناك شروط للمطلق والمطلقة في الطلاق:

1. شروط الواجب توفرها في المطلق :

أ. ان يكون الزوج شخصيا أو رسولا عنه.

ب. ان يكون الزوج بالغا عاقلا.

ج. ان يكون قاصدا للطلاق ومختارا غير مكره.

2.شروط الواجب توفرها في المطلقة:

أ. ان تكون محلا للطلاق وتتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقة اوحكما.

---

[1] سورة النساء ، الآية 130

[2] سورة البقرة ، الآية 229

[3] بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، المرجع السابق ،ص 173.

*. لا يقع الطلاق على المرأة في حالات:

أ. المرأة المتزوجة في عقد زواج فاسد.

ب. المطلقة من قبل الدخول.

ج. المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى .

د. الا تكون حائض ولا في طهر مسها فيها الزوج [1].

أما عن التطليق لقد نص المشرع الجزائري في م 53 ق.أ.ج. التي أجازت للزوجة طلب التطليق الذي يوقعه القاضي وذلك لأسباب منصوص عليها في م 53 ق.أ.ج والملاحظ أيضا من نص المادة لم يوضح المشرع الشروط التي تعتمد عليها الزوجة لرفع دعوى التطليق.

أما عن الطلاق بالتراضي حسب م 48 ق.أ.ج لم يبين المشرع كيفية إتمامه ويكون السبب القانوني للطلاق بالتراضي هو الإرادة المشتركة ، فهو يرفع الحرج عن الزوجين معا فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكنا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استيفاء جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين واتفقا على الطلاق بطريق ودي فلهما ذلك [2].

ثالثا : من حيث الآثار : يترتب على الطلاق بكل أنواعه على جملة من الآثار الخاصة للزوجين والأولاد من النفقة والعدة والنسب والحضانة والتعويض والسكن المحضون ، فهنا لا يمز ولا يغير الأثار وتبقى نفس الآثار بالنسبة للزوجة والأولاد

المطلب الثاني: تميز التطليق عن الخلع .

فلو نأتي لتعريف الخلع نجد أن

الحنفية قالو أنه" إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ أو مافي معناه"[3]

وعرفه المالكية بأنه "طلاق لايعوض "[4]

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ص 260 .
[2] بن شويخ الرشيد ، شرح ق أ ج المعدل ن دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، المرجع السابق ، ص 176 .
[3] ابن لجين بحر ، الرائق شرح كنز الدقائق ، ط 2 دار الكتاب الإسلامي ، د.م.ن و4 ، د ت ن ص 77 .
[4] محمد ابن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حشية الدسوقي على شرح الكبير ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ، د ج ن ، ص 347 .

وعرفه الشافعية بأنه " هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع "[1]

عرفه الحنابلة بأنه :"فراق الزوج إمراته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو من غيره بألفاظ مخصوصة"[2].

وعليه يتحدد كلا من التطليق والخلع باعتبارهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقر لها الشرع والقانون، إذ يتحدد كلاهما أساسه من الشريعة الإسلامية بكل مصادرها ويعد كل منهما طلقة بائنة تنقص من عدد الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج ولا يثبتان إلا بحكم قضائى ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء فيحدد الآثار والتوابع المنجزة عن إنهاء الرابطة الزوجية بواسطتهما إلا أنهما يختلفان في عدة أوجه:

اولا/ من حيث الماهية: بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كلا من التطليق والخلع في مادتين 54.53 ق.أ.ج كما أنه لم يحدد ألفاظ التطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة، والخلع يعتبر وسيلة لفك رابطتها الزوجية بينهما وبين زوجها لكنه لايكون لسبب أي إضرار من الزوج لها وإنما لمجرد بغضها له والتي تكون بدون موافقة الزوج حسب نص م 54 ق.أ.ج.[3]، فلا يمكن للزوجة ممارسة حقها في التطليق إلا تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا وهذا ماجاء في نص م 53/06 ق.أ.ج قبل التعديل والتي أصبحت في الفقرة 10 خلافا للخلع الذي لايكون سبب أي إضرار من الزوجة لمجرد بغضها له .[4]

ثانيا/ من حيث الأساس :لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي أجله النكاح ليكون وسيلة لفض النزاعات والخلافات بين الزوجين، وهذا القران الكريم والسنه النبويه لأساس أي فعل وهذا ما نعالجه في التطليق .

*. القران الكريم : قال الله تعالى:(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (231)).[5]

---

[1] الإمام الشافعي ،العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 8 ، 1997 ، 249 .

[2] أحمد بن محمد أحمد كليب ، مسائل في الأحوال الشخصية (الطلاق والخلع والظهار) ، ط 1 سنة 2010، دار النقاش للنشر والتوزيع ، الأردن ص 131 .

[3] سميرة معاشي ، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة ق أ ج ، مجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر بسكرة ،العدد 06 ، ص 202

[4]. عبد القادر بن داود، إشكالات قانون الأسرة الجديد ، بالأمر 05/02 كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران ، الجزائر ، ص 91

[5] سورة البقرة ، الآية 231 .

وقال الله تعالى:(وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130)).[1]

*. السنة النبوية: روى محارب بن دثار عن عمر أن الرسول ﷺ قال: (أبغض الحلال عند الله الطلاق).[2]

*. **الناحية القانونية**: لقد نص المشرع الجزائري في م 53 ق.أ.ح على جواز التطليق من طرف الزوجة ولكن للأسباب التالية:

1. التطليق لعدم الانفاق .
2. التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5. التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .
6. التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في نص مادة8 أعلاه.
7. التطليق لارتكاب فاحشة مبينة .
8. التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.
9. التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. التطليق لكل ضرر معتبر شرعا .

أما عن الخلع فقد جاءت آيات قرآنية كثيرة منها قول الله عز وجل: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229)).[3]

ثانيا/ السنة النبوية: ما رواه البخاري وعن ابن عباس قال : جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب في خلق ولادين ولكن اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله :أتردين عليه حديقته ؟ فقالت: نعم فقال رسول الله ﷺ: "اقبل الحديقة وطلقها

[1] سورة النساء الآية 130.
[2] سنن ابن داود ، سليمان ابن الأشعف، أبو داود مرجع سابق ، 2 /631
[3] سورة البقرة ، الآية 229 .

تطليقة "[1]. وهذا أول خلع في الاسلام .

في نص المادة 54 ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، ولكن لم يقيد المشرع الجزائري الزوجة بشروط ولا بأسباب وبالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها حددت 3 شروط وهي:

1- قيام علاقة زوجية صحيحة.

2 - البدل مقابل المال .

3 - الصيغة. [2]

ثالثا/ من حيث الآثار: من المعلوم أن الطلاق بصفة عامة يترتب عليه جملة من الآثار الخاصة بالزوجين من نفقة وعدة وماهو خاص بالاولاد من نسب وحضانة وسكن. [3]وما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزامات اتجاهها حسب نص م 53 مكرر ق.أ ج فهذا الفراق الذي يقوم به القاضي فيه تمليك الزوجة عصمتها كرها على زوجها ومن ثم يكون تفريضا لها بدلا من تطليقها على المال أو مخالعة نفسها على فداء تقدمه لزوجها [4] بخلاف الخلع فإنه يسقط ما نشأ قبله من الحقوق الزوجية والصداق المؤجل اللاحق ،النفقة المتعلقة بالعدة لأنه حق ينشأ بعد الطلاق ولا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع لاعتباره عقد معاوضة[5]

في ختام هذا الفصل وصلنا إلى أنه لم يقم كل من فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطليق وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبته بحكمه .فحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية حق معترف به شرعا وقانونا ،من حيث أنه يستند إلى أدلة شرعية راجحة وقوية ، تثبته وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية، وأكد عليه المشرع الجزائري في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة ، ويقوم في شرعيته على أساس مقاصدي معتبر .يتمثل في رفع الضرر عن

[1] البخاري عبد الله محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري ، المكتبة الثقافية ، لبنان ، د .ت ، 4972 .
[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج المعدل ، المرجع السابق ، ج1 ،ص 250 .
[3] بن شويخ الرشيد ، شرح ق أ ج المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، المرجع السابق ، ص 221 .
[4] الجندي أحمد نصر ، شرح ق أ ج ، دار الكتب القانونية ، دار ستات للنشر والبرمجيات ، مصر ، 2009 ، ص 125 .
[5] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ج01 ، ص 256 .

الزوجة في الحال الذي لايبقى لكرامتها وحقها وجود، وعلى القاضي أن يجيبها استنادا إلى سلطته التقديرية، وهذا مايميزه عن الطلاق والخلع . وعن الأسباب والحالات التي على إثرها يحق للزوجه طلب التطليق هذا ماسنتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

أحكام التطليق على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1) المبحث الأول : أسباب التطليق على ضوء الفقه والقانون الجزائري

2) المبحث الثاني : إجراءات التقاضي في دعوى التطليق

مقدمة:

حرصت الشريعة الإسلامية على استقرار الحياة الزوجية الى أقصى حد ممكن ،وجعلت ذالك غاية ومقصدا من مقاصدها ،سنت من أجل المحافظة عليه كثيرا من الأحكام والتنظيمات ، إلا أنه لما كان سد باب الفرقة من كل وجه وحسم أسباب التوصل إليها بالكلية ينتج أضرار أشد مما ينجم عن فك رباط الزوجية أقر الاسلام نظام الطلاق ، وجعل لكل واحد من الزوجين جزءا في هذا النظام ، يمارسه بأسلوب خاص.

فحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية حق معترف به شرعا وقانونا ،من حيث أنه يستند إلى أدلة شرعية راجحة وقوية ، تثبته وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية، وأكد عليه المشرع الجزائري في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة ، ويقوم في شرعيته على أساس مقاصدي معتبر .يتمثل في رفع الضرر عن الزوجة في الحال الذي لايبقى لكرامتها وحقها وجود، وعلى القاضي أن يجيبها استنادا إلى سلطته التقديرية ، ولأهمية التفريق في تنظيم الحياة الزوجية والوقوف في وجه من يحاول التعسف في استخدام حقه بإسم التقصير في أداء حقوق المرأة إذ قد يدفع بعض الأزواج زوجاتهم الى الخلع مما يؤدي إلى ضياع حقوقهم في المطالبة بالتعويض،لاسيما اذا كانت هذه الزوجة تجهل حقوقها التي كفلتها لها الشريعة الإسلامية وسايرها قانون الأسرة الجزائري في ذالك.

وعلى ضوء هذا التقديم أمكن لنا أن نتكلم في هذا الفصل الثاني عن أسباب التطليق بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، وعن إجراءات التقاضي في دعوى التطليق في المبحث الثاني .

المبحث الأول : أسباب التطليق على ضوء الفقه والقانون الجزائري

لم يبقى الطلاق كما سلف حق إيقاعه من طرف الزوج وحده دون أن يتوقف على رضا من زوجته عنتا وتضررا من البقاء معه ، بل أصبح حق إيقاعه من طرف أحد الزوجين اي انه كما سلف ذكره الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة،كما بحسب شروط تحت المراقبة القضائية وطبقا لأحكام القاضي. فإذا كانت حكمة الشريعة قد قضت بأن يكون الطلاق بيد الزوج فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها أن تفك زوجيتها ، غير أنه متوقف على عدة شروط جاءت بها المادة 53 من ق.أ.ج وعلى ضوء هذا سنحاول التطرق إلى الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق بالتفصيل مع ذكر الآراء الفقهية والاختلافات في الحالات التي تبرر اللجوء إلى القاضي ومدى صلاحيته وهذه الآراء المختلفة وإبراز الحالات التي توافق فيها المشرع مع الفقه الإسلامي والحالات التي إنفرد بها عن الفقه الإسلامي .

المطلب الاول: حالات التطليق التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي :

يتفق المشرع الجزائري في كثير من الحالات التي ذكرها في المادة 53 مع ما فصله الفقه الإسلامي من حالات منح الزوجة حق التطليق والتي يمكن توضيحها فيما يلي : التطليق لعدم الإنفاق ، والتطليق للعيوب ، التطليق للهجر في المضجع ، التطليق للغياب ، التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها ، التطليق لضرر

الفرع الاول: التطليق بسبب عدم الانفاق .

أولا : .تعريف : تعتبر النفقة حق الزوجة وهي تثبت بمجرد وقوع الزواج أو بالأحرى بإنعقاد عقد الزواج الصحيح وهي أيضا تسقط بنشوزها وتنتهي النفقة بإنتهاء العلاقة الزوجية ،ولكن إمتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام إما بسبب الإعسار أو التعسف [1]، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه .

ثانيا :. شروط التطليق لعدم الإنفاق : ونجد أنه لكي تطلب المرأة التطبيق من بعلها يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط حث عليها فقهاء الأمة وهي : _ أن تكون العلاقة قائمة على زواج صحيح شرعا وذالك لأن الزواج الفاسد موجب للفسخ بذاته دون حاجة لطلب التفريق. _ أن تكون الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها لأن عقد الزواج قد يكون صحيحا ورغم ذلك لا تستحق النفقة مثل المرأة الناشز.

_ أن ترفع الدعوى طالبة التطليق لعدم الإنفاق ، وذالك لأن ثبوت عدم الإنفاق ، لايكفي للتفريق بين الزوجين، إنما حكم القاضي هو الذي ينهي العلاقة الزوجية وذهب ابن القيم الجوزية إلى جواز التفريق للاعسار في حالتين فقط

_ اذا كان الزوج قادر على الإنفاق على زوجته ولم ينفق ولم تقدر الزوجة أن تأخذ نفقتها منه كان لها طلب الفسخ. _ أنه لو غر لزوج بزوجته حين العقد ،وقال أنه غني ثم تبين لها أنه فقير ،لها في هذه الحالة طلب الفسخ أيضا وبعد النظر في أدلة المذاهب يظهر لنا رجحان قول الجمهور بتخيير

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 21 .

المرأة التي أعسر زوجها بالنفقة بين الصبر عليه وبين فراقه لقوة أدلته ، ولأن فيه إنصافا للمرأة ورفعا للظلم عنها،وأما قول الحنفية بأن الظلم لايتعين بالتفريق فيجاب عنهم بأنه قد يتعين عند عدم البديل

ثالثا : الموقف الفقهي: وهنا نجد أنه فيه اختلاف بين الفقهاء.

الموقف الاول : حيث ذهب الأئمة الثلاثة (مالك ،الشافعي ، احمد) في التفريق لعدم الإنفاق[1] .

جاء في المدونة : " قال : وسمعت مالكا يقول : كان من أدركت يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما "[2]

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل :" اذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها فسخ النكاح، لقوله تعالى:"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، وقد تعذر الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان"[3] . وفي مغني المحتاج : إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته فإن صبرت صارت دينا عليه، وإن لم يفرضها القاضي ، وإلا بأن لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر "[4]

ولقد استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة عديدة يمكن اعتبار كل واحد منها سندا شرعيا لحق الزوجة في التفريق في مثل هذه الحالة.

فمن ذلك قوله تعالى :" فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" (البقرة 229)

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، د ط ، 1999 ديوان المطبوعات الجامعية ، ج1 ،ص 276 .
[2] مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، د ر ط ، د ت ط ، دار صادر ، بيروت ، ج 4 ، ص 263 .
[3] إبن قدامة ، الكافي في فقه إبن حنبل ، ط 5 ، 1998 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ج 3 ، ص 367 .
[4] محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، د ر ط ، د ت ط ، دار الفكر ، بيروت ، ج 3 ، ص 442 .

قالو : " وإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها ليس إمساكا بمعروف فيتعين التسريح "[1].

ومنها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أفضل الصدقة ماترك غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ..."[2] وما أخرجه البيهقي والدار قطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل لايجد ما ينفق على امرأته، قال : يفرق بينهما [3] . وايضا ماروي عن سعيد بن المسيب في الرجل لايجد ماينفق على أهله قال: يفرق بينهما ، وسئل هل هو سنة ، فقال سنة[4]. وجاء في سبل السلام ، حول هذا الأثر : " وهذا مرسل قوي ،ومراسيل سعيد معمول بها ، لما عرف أنه لايرسل إلا عن ثقة . قال الشافعي : والذي يشبه أن يكون قول سعيد سنة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأما قول ابن حزم لعله أراد سنة عمر فهو خلاف الظاهر [5]...

كما ذهبو إلى أنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل من ضرر عدم الإنفاق ، فلأن ثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لايقوم البدن إلا بها أولى ، لأن العجز عن الوطء إنما هو فقد لذة وشهوة ، ويبقى البدن بدونها[6].

[1] ينظر إبن قدامة ، المغني ، ط 1 ، 1405 ، دار الفكر ، ج 8 ، ص 163
[2] البخاري ، الجامع الصحيح ، ط3 ، 1987 ، دار ابن كثير ، بيروت ، ج 5 ، ص 2084 ، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، رقم 5040 .
[3] الدار قطني ، سنن الدار قطني ، ط 4 ، 1986 ، عالم الكتب ، بيروت ، ج 3 ،ص 297 ، رقم 194 .
[4] البيهقي ، سنن البيهقي ، د ر ط ، 1994 ، مكتبة دار الباز ، ج 7 ، ص 4069 ، باب الرجل لا يجد نفقة .
[5] الصنعاني ، سبل السلام ، ط 4 ، 1397 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،ج3 ، ص224 .
[6] ابن قدامى ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 163 .

ولعل بعضا من هذه الأدلة كان مستند عمر رضي الله عنه في كتابه الى أمراء الأجناد في رجال غابو عن نسائهم ، يأمرهم أن يخبروه أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ماحبسوا [1] .بل يمكن اعتبار هذا الأثر العمري سندا آخر لحق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق.

الموقف الثاني : مانقل عز الحنفية [2] والظاهرية [3] من مخالفتهم لقول الجمهور ، وعدم اعترافهم للزوجة بحق الفرقة لعدم الإنفاق، فقد رد المحققون من العلماء ما استدلو به على ذلك من الأدلة . يذكر من ذلك ماأورده الشوكاني [4] في السيل الجرار :" وأما استدلال المانعين من الفسخ بقوله تعالى :" لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ...." فيجاب عنه بأنا لا نكلفه بأن ينفق زيادة على ماآتاه ، بل دفعنا الضرار عن المرأة وخلصناها من حباله لتذهب تطلب لنفسها رزق عز وجل بالتكسب أو تتزوج آخر يقوم بمطعمها ومشربها [5]".

بل إن الذي يظهر بعد الدراسة والبحث أن خلاف الحنفية نظري أكثر مما هو عملي ، فقد جاء في حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي :"قال في غرر الاذكار :ثم اعلم أن مشايخنا استحسنو أن بنصب القاضي الحنفي نائبا عنه ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى عن الطلاق ، لأن دفع الحاجة الدائمة لايتبشر بالاستدانة ، إذ الظاهر أنها لاتجد من يقرضها ، وغنى الزوج مآلا أمر متوهم ، فالتفريق ضروري إذا طلبته "[6].

---

[1] البيهقي ، السنن الكبرى ، ج7 ، ص 49 ، باب الرجل لا يجد نفقة .
[2] ينظر : المرغناني ، بداية المبتدي ،ط 1 ، 1355 ، مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ، ج 1 ، ص 89 .
[3] ينظر : ابن حزم ، المحلى ، د ر ط ، د ت ط ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ج 10 ، ص 94 .
[4] هو محمد بن علي بن محمد فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن بصنعاء ، نشأ بصنعاء وولي قضائها سنة 1229 هـ ومات بها سنة 1250 هـ (الشوكاني ، البدر الطالع ، ج 2 ، ص 214)
[5] الشوكاني ، السيل الجرار ، ط 1، 1405 ، تحقيق محمود ابراهيم زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 2 ، ص 452 .
[6] ابن عابدين ، حاشية إبن عابدين ، ط 2 ، 1368 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ج 3 ، ص 590 .

وعليه فإن حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق يجد سنده الشرعي من الأدلة التي ساقها الجمهور .

رابعا : موقف المشرع الجزائري: نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 53 من ق.أ ج على أنه :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

– عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 80–78–79 من هذا القانون [1] وكذا بالرجوع إلى المواد المشار لها في الفقرة السابقة الذكر نجدها كلها تتكلم على النفقة من تحديد لقدر النفقة وذلك بالنظر لظروف المعيشة وكذا على ماتشمل النفقة وكذا متى تستحق النفقة وأعطى للقاضي أن يحكم باستحقاقها ،فهنا وبالرجوع الى نص المادة 53 من ق.أ.ج خاصة في فقرتها الاولى نجد أن المشرع الجزائري اخذ برأي الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد (الجمهور)في التفريق لعدم الإنفاق وأعطى للزوجة حق طلب التطليق لعدم الإنفاق ولكن قيد هذا السبب بشرطين هما :

1_ أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بحكم قضائي ، يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق ، لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها ، قانونيا وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق يعني أنه لايكون هناك علم للزوجة بإعسار بعلها وقت الزواج ، فإن كانت عالمة بإعساره وقت الزواج فلايجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس لانه كان كان معسرا وتعلم

[1] الفقرة الأولى من المادة 53 من ق أ ج المعدل والمتمم بالأمر 05//02 المؤرخ في 27 /2005/02 .

به فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لايكلف نفسا إلا وسعها ، وأما مسألة الإثبات في عملها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في اعتماد قول أي منها [1]

وسعيا من المشرع الجزائري لتوضيح هذا الأساس فإنه أصدر القرار المؤرخ في 23/02/1987 تحت رقم 44994 جاء فيه مايلي " متى كان من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج ، فليس معنى هذا إنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا بل يجري عليه مايجري على النفقة ...." وبالتالي فإن هذا القرار يعد المصدر لنشوء هذه القاعدة القانونية وذلك لأن تاريخه يرجع لسنة 1987 وكذا نجد أيضا القرار المؤرخ في 21/07/1998 والذي جاء في الفقرة الثانية منه مايلي "ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب لزوج وطردها وإهمالها مع اولادها وعدم الإنفاق عليه ، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض مع ثبوت تضررها ."[2]

2_ أن لاتكون عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج يعني أنه إذا كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التفريق على هذا الأساس لانه كان معسرا وتعلم به فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لايكلف نفسا إلا ما آتاها وتبقى مسألة الإثبات في عملها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي سلطة تقديرية في اعتماد قول أي منهما[3].

ويلاحظ من شأن التطليق لعدم الإنفاق أن إنفاق الزوج على زوجته من شروط استحقاق النفقة عدم

[1] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 37-38-39 .
[2] باديس ديابي ، نفس المرجع ، ص 37-38-39 .
[3] باديس ديابي ، المرجع السابق ،ص 32 .

نشوز زوجته فقد سقطت النفقة بسبب هذا النشوز وسبب السقوط هنا هو النشوز الذي أثر في استحقاق النفقة دون أن يؤثر في وجوبها على الزوج بدليل أن العدول عن النشوز يعود به لسبب الاستحقاق لأن الوجوب باقي رغم النشوز وذلك لقيام الزوجية [1].

وعليه فإن حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق يجد سنده الشرعي في الأدلة التي ساقها الجمهور ، وسنده القانوني في فقرة 1 من المادة 53 من ق.أ.ج ، وعلى غرار هذه المادة نصت أغلب القوانين العربية على حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق، من ذلك [2]" القانون التونسي في الفصل 39 من المجلة التونسية ، المشرع المغربي في الفصل 53 من الباب الثاني من المدونة المغربية ، والمشرع السوري في المادة 110 من ق أ ش ، والمشرع العراقي في المادة 45 من ق أ ش وبالتالي فإننا نرى أن المشرع الجزائري قد كفل للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق وبالتالي فإنه إتبع في ذالك رأي جمهور العلماء والفقهاء إلا أنه أحاط هذا الحق بالشرطين السابق ذكرهما.

[1] الجندي أحمد النصر ، شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ص 113-114 .
[2] ذكرت نصوص هذه القوانين ليلة جمعي في " التطليق للضرر في ق أ ج "، رسالة ماجستار ، جامعة وهران 1994 ، ص 147-150.

الفرع الثاني : التطليق بسبب الهجر في المضجع

أولا : موقف الفقه الإسلامي

الهجر في المضجع هو التباعد ويقال هجر أي تباعد عنه ، والمضجع هو محل الإضطجاع ، وقيل هو كناية عن ترك جماعها[1].

أي أن الهجر هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا وذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي ولمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها فعلى الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها وبمجامعتها لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له وقال الفقهاء (الإسلام) أن الرجل مفروض عليه مجامعت زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر وإلى فهو عاصي لله تعالى كما حدث بذلك الإمام بن حزم وبرهانه [2]

وفي ذلك قوله تعالى :" فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ الله"[3]

ولكن ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر المنصوص عليهما في القرآن الكريم:

أ / **جاء بغرض التأديب** " واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن وأهجوروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكن فلا تبغوا عليهن سبيلا "[4] وهذا النوع من الهجر غير محدد المدة ، وهنا الهجر في الفراش هو نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته ، ومتى كان الهجر لغرض التأديب ، فإنه يدخل في إطار حقوق الزوج وبالتالي لا يجوز أن يضار الشخص بإستعمال حقه الشرعي إلى إذا تعسف في إستعماله وتجاوز حدود هذا الحق .

ب/ **جاء بغرض الإيذاء:** وهو الهجر المصحوب بقسم ، بمعنى أن يقسم الرجل بهجر زوجته في الفراش لمدة من الزمن قد تطول أو تقصر[5] ، والمشار إليه في قوله تعالى : " لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "[6] .

فقال فقهاء الحنفية : إذا كان الرجل متزوجا بإمرأة واحدة ولم يبت عندها لإشتغاله بالعبادة كان له الحق في طلب المبيت عندها ، ولا تقدر ذلك بمدة معينة في أسبوع على الراجح بل القاضي يأمر بأن يبيت عندها

[1] طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائرية ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر ، 2009،ص118.
[2] باديس ديابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، ص 40
[3] سورة البقرة ، الآية 222
[4] سورة البقرة ، الآية 224.
[5] بن شويخ رشيد ،المرجع السابق ،ص 187 .
[6] سورة النساء الآية 34.

ويصحبها من وقت إلى آخر لكي لا تشعر بغيبة طويلة عنها وقدر لها بعضهم كل أربعة أيام ليلة ، ولكنهم قالو أن هذا ضعيف والمعتمد الأول .

أما الشافعية إعتبروا معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به ، وقال أحمد بن حنبل أنه مقدر بأربعة أشهر لأن الله قدره في حق المولى بهذه المدة فكذلك في حق غيره.[1]

أما عن الفقهاء فقد إختلفت آرائهم حول كيفية هجر الزوج لزوجته في المضجع ، بحيث هناك من رأى بأن الهجر في المضجع هو هجر الجماع أن لا يجامع الزوج زوجته في الفراش ، وهناك قول آخر يرى أنصاره أن الهجر في المضجع هو أن يهجر الزوج الفراش من أجل تأديب زوجته ، رأي آخر يرى أن الهجر في المضجع هو أنلا يكلم الزوج زوجته في حالة مضاجعتها [2]

لذلك فمن خلال عرض الآراء الفقهية في هذه المسألة فإننا نرجح رأي الإمام أحمد من فقهاء الحنابلة نظرا لقوة الأدلة والحجج التي جاء بها .

وبناءا عليه فإن الزوجة إذا رفعت دعوى تطليق بسبب الهجر فإن على القاضي إلى أن يستجيب لدعواها بعد أن يتأكد من صحة وجود الهجر بغير سبب شرعي مقبول ، تجاوز مداه المحدد[3]

ثانيا : الموقف القانوني (قانون الأسرة الجزائري)

نعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة 53 من ق . أ . ج التي تخير للزوجة طلب تطليق متى توافرت الشروط التالية وهي : أن يهجرها الزوج ويترك فراش الزوجية وأن يفوق هذا الهجر مدة أربعة أشهر متتالية ، وأن يكون هذا الهجر عمديا وليس له مبرر وفي هذا يختلف الهجر في المضجع عن الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه كيف يكون الفرق بين المفهومين في كون الإيلاء يمين أو قسم على عدم اقتراب الزوجة بينما الهجر هو ترك فراش الزوجية لكن بدون يمين والمدة أربعة أشهر

ومما سبق ذكره فيجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وعليه يشترط الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق في حالة ثلاثة شروط [4]

1- ويشتمل العنصر المادي والسلوك اللا شرعي ، المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول [5] ، وذلك بهجر الزوج لزوجته عن المبيت معها في الفراش الزوجية والإعراض عنها

---

[1] باديس ديابي نفس المرجع ، ص 40

[2] على محمد قاسم ، نشوز الزوجة ، (أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي ، د ق ، دار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 121/120 .

[3] العربي بختي ، ص 107

[4] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية ، مقدمة – الخطبة – الزواج – الطلاق – الميراث - الوصية ، ص 288 وما يليها

[5] اليزيد عيسات بلمامي ، تطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائرية مدعما بالاجتهاد القضائي من المحكمة العليا ، مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ،2003 ،ص 202.

عنها وعدم قربانها [1] ، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضرارا فاحشا للزوجة ، وهو أمر ينزل على الكثير من النساء كالصاعقة خاصة اللواتي لا يقدرنا على مفارقة أزواجهن لمدة طويلة [2]

2- أن يكون هذا الهجر عمديا ، ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية والقانونية ، وهو ما يسمى بالهجر الغير مشروع الذي يتجاوز حدود الحق[3]

3- ويتمثل في العنصر الزمني المتمثل في مدة 4 أشهر متتالية متواصلة غير منقطعة ولا يقع بين الشهر والآخر أي إتصال بين الزوجين وبعد مضي مدة الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة من القضاء الحكم لها بالتطليق ، وذلك ما يتضح جليا وصراحة من خلال المادة 53 فقرة 3 بقولها (الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر) ، معنى ذلك يجب على الزوجة إثبات ذلك بكل طرق الإثبات ، وفي حال مرور شهرين وحدث اتصال بينهما ، ثم عاد الزوج إلى الهجر هنا لا حق لها في رفع دعوى التطليق لهذا السبب إلى ببلوغ المدة المحددة أربعة أشهر ، لان المدة التي يتأكد خلالها وبعدها تضرر الزوجة ونفاذ صبرها عند فقدان إحدى أقدس حقوقها الزوجية الأساسية والجوهرية وهي حق التكمتع الجنسي ، وللولد ، وحفظ النسل ، وذلك هو المقصود من الزواج ، فأجاز المشرع للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق لنفس السبب ولكن بشرط إثبات ما تدعيه وإقتناع القاضي به وفي هذا الشأن صدر حكم عن محكمة بشار لسنة 1999 قضى به بالتطليق بين الطرفين المتنازعين بسبب الهجر في المضجع فجاء بما يلي " حيث أن شهادة الشهود أثبتت أن الزوج هجر مقر الزوجية وترك العائلة في إهمال منذ أكثر من 7 أشهر وأن الزوجة لحقها ضرر من جراء ذلك مما يعطيها الحق في المطالبة بالتطليق وعليه يتعين الإستجابة لطلبها.

فأما إذا كان الهدر لعذر شرعي ، أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة الوطنية ، أو في مكان من أجل القيام بوضيفة أم كان الهجر تعبيرا عن غضب الزوج عن سلوك زوجته الطائشة ، وكذلك إن كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر ، ولو بيوم واحد ،

[1] حفيظة فضلة ، المرجع السابق ، ص 71
[2] اليزيد عيسات ، المرجع السابق ، ص 111 .
[3] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص298 .

وكان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة ، لا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات ، لأن الهجر شرعي ولأسباب مقبولة [1]

غير أن السبب الأول ألا وهو التطليق لعدم الإنفاق تعتبر من الأسباب المقيدة لسلطة القاضي أي أن القاضي يكون ملزما بالحكم بالتطليق مباشرة أما السبب الثاني أي التفريق للهجر في المضجع يعتبر من الأسباب المطلقة لسلطة القاضي التقديرية مطلقة وواسعة .

الفرع الثالث : التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

تعد الغيبة حالة من حالات الضرر المادي التي تصاب بها الزوجة ، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ولا يترك لها مالا تنفق منه ولا مصدر قوت تعيش منه فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة .

وغياب الزوج عن زوجته ، إما أن يكون الهدف منه سليما كسفره من أجل طلب العلم أو التجارة ، وإما العمل وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة وذلك ببعده عنها وتركها دون معيل [2]، وعلى هذه الحالة الأخيرة أجاز المشرع للزوجة التطليق في حالة غياب الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .

وعلى هذا جاز لنا التطرق لموقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من ذلك

أولا : الموقف الفقهي :

فيما بخص الفقه فقد تقرر أن النفقة واجبة على الزوج فان إمتنع عن النفقة ولم يؤدي ما وجب عليه فإما أن يكون موسرا وإما أن يكون معسرا فإن كان موسرا فللزوجة أخذ النفقة من ماله ولو كان دينا على آخر أو وديعة أو ودعها غيره بما يتيسر له من طريق سواء كان حاضرا أو غائبا بإذنه أو بغير إذنه . زأما إن كان معسرا وطلبت التطليق اختلف الفقهاء في ذلك :

فالحنفية والشافعية : لا يرونها سببا للتفريق وإن طالت لانعدام ما يصلح أن يكون سببا لذلك [3] ، ويرى القائلون بهذا الرأي ألا يفرق بين الغائب أو المفقود وزجته إلا إذا حكم بموته ، وإنما يحكم بموته عندهم بموت أقرانه [4] ففي نظرهم جق التطليق من القاضي لغياب زوجها يسقط ، ولا يصح

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة – الخطبة – الزواج – الطلاق- الميراث – الوصية ، ص289.
[2] حفيظة فضلة ،المرجع السابق ، ص40
[3] أحمد فرج حسين ، المرجع السابق ، ص142
[4] أحمد محمد المومنيي ، إسماعيل أمين نهاضة ، الأحوال الشخصية الفقه الطلاق والفسخ والتفريق ةالخلع ، (دار الميسر للنشر والتوزيع والطباعة ، الطبعة الأولى ، 2009) ، ص111

أن يتخذ سببا للتفريق بينها وبين زوجها ، وحجتهم عدم قيام الدليل الشرعي ، يثبت وجود هذا الحق ، والأصل إذن بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل هلى جواز التفريق [1] وإستدلوا بقولهم بما يلي :

1. ما روي عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ أمر امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان ، وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالغائب عنها زوجها أولى بالإنتظار حتى يرجع.
2. بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة أبتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق .
3. ولأن المفقود لا يورث ماله حتى يغلب على الظن موته ، ولذلك لا يفرق بينه وبين زوجته حتى يغلب على الضن وفاته

وذهب المالكية والحنابلة : إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتضر بها ، وإن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة يجعلها كالمعلقة فلا هي زوجة تتمتع بالحقوق الزوجية ولا هي مطلقة تجد في كنف زوج آخر السعادة ، والهناء وأيضا تصبح محافظتها على العفة والفضيلة أمرا لا تحتمله الطبيعة البشرية ، وهذا ضرر بالغ يجب العمل على إزالته ، ولأن ذلك يفوت الإمساك بمعروف ، فيجب التسريح بإحسان [2] واستدلوا :

1. قوله تعالى:< فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ >[3] . وبقوله تعالى < وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ >[4] فخير الأزواج بين الأمرين : الإمساك بنعروف أو تسريح بإحسان وليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة ، فهذا إضرار بها وقد يعرضها للفتنة ، وقد نهى الله عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار .
2. ولأنه إذا أجاز فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة فانه يجوز التفريق بسبب الغيبة من باب أولى .
3. ولما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال :< لأيما إمرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشر ثم تحل >[5]

نلاحظ مما تقدم أن الحنابلة و المالكية أجازوا التطليق لغياب الزوج لمدة طويلة، و بذلك

[1] اليزيد عيسات بلماميي ، المرجع السابق ، ص128 وما يليها
[2] أحمد فرج حسين ، نفس المرجع ، ص 142
[3] سورة البقرة، الأية 229
[4] سورة البقرة ، الآية 231.
[5] أحمد محمد المومني ، المرجع السابق ، ص111

أخذت معظم قوانين البلاد العربية، و منها ق.أ.ج حيث أجاز المشرع الج ا زئري للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة، أن تطلب التطليق و تسمع المحكمة دعواها و تجيبها إلى طلبها حيث تنص المادة 33 في الفقرة الخامسة (:يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة[1]) ، و هاته الفقرة كباقي الفق ا رت لا تخلوا من العيوب التي تمكنا من تداركها و التي أغفل عنها المشرع الجزائري ليس عمدا و إنما سهوا

ثانيا : الموقف القانوني :

لقد نصت المادة 53 في فقرتها الخامسة من ق.أ.ج على أنه : (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة).

من خلال تحليل الفقرة السابقة ، نجد أن المشرع المشرع الجزائري نص على جملة من الشروط ليتحقق ضرر الغيبة [2]

1 . أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل : يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ، ولكن القانون لم يحدد ذلك فيصح إعتماد الميلادية طالما ان العمل يجري بها يوميا وهي عادة تقييم الزمني ، وهذا موقف مالك الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاثة سنوات

2.أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول : إن الغيبة التي تعد سببا لطلب التطليق ، هي تلك الغيبة التي تكون بغير عذر مقبول ، ولذلك إن غاب الزوج عن زوجته لمدة أكثر من سنة ، لأجل طلب العلم أو العمل لا يجوز لها في هذه الحالة أن تطلب التطليق للغيبة ، لأن الغياب عنها كان بعذر فعللى المرأة أن تتحمل قسط من أعباء تلك الحياة ، مادام يعود ذلك كله بالفائدة على الأسرة ، وقد إختلف الفقهاء فيما إذا كان يجب أن تكون الغيبة بعذر أم لا ؟ فيرى الحنابلة أنه يجب أن تكون الغيبة بغير عذر ن في حين يرى المالكية أن المرأة تتضرر جراء الغيبة لذاتها سواء كانت بعذر أو بغير عذر ، فالضرر واقع عليها[3].

3. أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه : وهذه الحالة تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي ويتأكد منها بجميع الطرق .

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي ، المرجع السابق ، ص 124

[2] حفيظة فضلة ،المرجع نفسه ، ص40

[3] عمر زودة ، طبيعة أحكام انهاء الرابطة الزوجية وإثر الطعن فيها، (ben aknounealge ,enycopedia Edition) ص52 .

ويلاحظ أن تقدير العذر متروك لقاضي الدعوى ، لذلك نجد القاضي يأخذ بالغيبة فيقيس عليها التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج ، واعتبر ذلك هجرا ، لأن إستطالته تنال من الزوجة ، وتصيبها بأبلغ الضرر ، ومن شأنها أن يجعلها كالمعلقة ، فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة ن واستطالة المدة أمر متروك لقاضي الدعوى ، متى رفعت الدعوى أمامه بعد سنة من الزواج [1] .

بقوله : (الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير ....)

فتكون المادة 110 ق ، أ ، ج قد حددت مفهوم الغائب والمادة 112 و 3/53 ق.أ.ج قد خولتها الحق للزوجة في طلب التطليق للغياب من جراء الضرر الذي لحقها ، إذا توفرت الشروط القانونية للغياب ،أما إذا كان الغائب في مكان معروف ، وأمكن الإتصال به ووصول الرسائل إليه ، ضرب له القاضي أجلا أو عذرا إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو بنقلها إليه أو يطلقها ، فإذا إنقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من استمرارها على طلب الفراق ، ثم يحكم بينهما بتطليقة بائنة . [2]

وعليه فإذا طلبت التطليق لضرر الغياب فإن كان الزوج في مكان مجهول ، ويتعذر على القاضي إبلاغه فيه ، فإنه على القاضي الإستجابة لدعوى الزوجة ، ويحكم لعدم الفائدة من التأجيل .

الفرع الرابع : التطليق لتخلف الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

أولا : الموقف الفقهي

لقد أبيح الاشتراط في عقد الزواج، غير أن الإباحة ليست على إطلاقها ومن هنا كان للفقهاء مجال واسع في بحث تلك الشروط، غير أنه يمكننا تقسيم آراء الفقهاء بشكل عام في الشروط التي تتراوح بين التضييق والتوسع والمنع على وجه الآتي:

.1المانعون لهذه الشروط وهم الظاهرية:

فالأصل عند الظاهرية أنه لا يجوز إشتراط شيء في العقود إلا ما ورد به نص في الكتاب أو السنة، لأن الإلتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال المتعاقدين و ارادتهم.

.2**المجيزون المضيقون:** وهم الشافعية والحنفية.

[1] أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 117

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة – الخطبة – الطلاق – المريراث – الوصية ، ص 299

.3**المجيزون المتوسطون:**وهم المالكية، ذهب المالكية مذهبا وسطا بين المضيقين والموسعين، فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد.

4**المجيزون المتوسعون:** وهم الحنابلة، يعتبر هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعا في إجازة الشروط الجعلية ذلك أن الشروط عندهم ما يكون صحيحا، ومنها شروط ليست مقتضيات العقد .

ثانيا : الموقف القانوني :

تنص المادة 19 من ق.أ.ج 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 هذا القانون".

فإذا خالف الزوج حكم من أحكام المادة أعلاه من ق.أ.ج أجاز للزوجة طلب التطليق. أن المشرع الجزائري إستحدث هذه الفقرة بموجب أمر 05/02 ، حيث نصت المادة 53 من فقرتها 9 على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"

ويرجع مصدر هذه الفقرة في الأساس إلى المادة 19 من ق.أ.ج المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي) للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية، وسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.)

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع قد فتح مجالا للإشتراط أمام الزوجين في عقد الزواج لكنه قيده بشرط عدم مخالفة القانون.

فهذه الشروط يجب على الزوج أن يفي بها، ويسعى لتنفيذها فإذا لم يحترمها جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب و إذ لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بالفسخ، أما بعد الدخول لا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة ذلك، والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه.

وفي الواقع ما أورده المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة في إيضاح الشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية، وهذه العبارة الأخيرة لا يمكن حصرها فقط في

تعدد الزوجات أو عمل المرأة، ويبدو أن المشرع الجزائري بذكره لهذين الشرطين على سبيل المثال إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي، سبب كل علاقة زوجية فاشلة.

وبالتالي فقد أضاف المشرع الإخلال بالشرط كسبب قانوني موجب للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوج، إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها وهو ما يدعونا بالرجوع إلى نص المادة 19 من نفس القانون التي تقضي بأن لكلى الطرفين الحق في الاشتراط بما لا يتنافى مع القانون .

وبالتالي فإن الإشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا، مادام يحقق مصلحة أو منفعة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث أخذ المشرع بمذهب الحنابلة في أصل الإشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط التي يريانها(الزوج ، الزوجة) ضرورية في العقد كونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كيلاهما ، وهو ما نصت عليه الفقرة 09 /53 من ق. أ . ج كتأكيد خاص للمادة 19 من نفس القانون .

الفرع الخامس: التطليق للعيوب .

قبل أن نبين موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حول حالة التطليق للعيوب نتعرف أولا عن أنواع العيوب

فهناك نوعين من العيوب التي تؤثر على استقرار الحياة الزوجية وهي كالآتي:

1- عيوب جنسية تمنع من الدخول: وسواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد من الأسباب الجوهرية من الفرقة. والقاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية، كما قد يستعين بالخبرة العلمية في هذا المجال ، وأهم ما يختص به الرجل أربعة: الخصاء، الجب، العنة، الاعتراض.

أ_ الخصاء: هو سل الخصيتين.

ب_ الجب: هو استئصال عضو التناسل.

ج_ العنة: هو ارتخاء في عضو التناسل يمنع القدرة على الوطء

د_ الاعتراض: عدم انتصاب عضو التناسل.

وأهم ما تختص به المرأة خمسة: الرتق، القرن، الفتق، الغفل، البخر.

أ_ الرتق: لحم ينبت في الفرج وقيل عضم ينبت في الفرج.

ب_ الغفل: كالرغوة في الفرج يمنع لذة الجماع.

د_ الفتق: انخراق ما بين القبل والدبر.

.ه_ البخر: بخر الفرج أي نتانته

2- عيوب لا تمنع من الدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية: كالأمراض المزمنة أو المعدية أو المنفرة، كالجذام، والبرص، والجنون، والصرع، والسل، ويضاف إليه في الوقت الحاضر مرض الإيدز أو فقدان المناعة المكتسبة، وهذه الأمراض بلا شك تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة الزوجية .

أولا : الموقف الفقهي : ذهب فقهاء المذاهب الأربعة من جواز التفريق للعيوب وأحقية الزوجة في ذلك ، على خلاف بينهم في انواع العيوب الموجبة للتفريق وعددها . ولقد استند أئمة المذاهب فيما ذهبوا إليه إلى أدلة من السنة والقياس، بما يمكن اعتبار كل واحد منها سندا شرعيا لحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية.

فمن السنة ما روى أحمد في مسنده :"أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار ، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا ، فانحاز عن الفراش ، ثم قال : خذي عليك ثيابك . ولم يأخذ منها شيئاً "[1]، فالأثر وإن كان على الزوج فإنه يمكن الاستدلال به على حق الزوجة، بجامع فوات المقصود من الزواج ، المطلوب تحصله لكل واحد من الزوجين على حد سواء، بل إن من العلماء من خالف في ثبوت حق الرد للزوج في هذه الحالة دون الزوجة ، لاعتبار أنه يملك الطلاق ، جاء في نيل الاوطار :" وقد استدل بحديثي الباب على أن البرص والجنون والجذام عيوب يفسخ بها النكاح ...

وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب ، وان اختلفوا في تفاصيل ذلك ،وفي تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح "[2].

ومن القياس وهو هنا على ضربين: فمنه ماتعلق بثبوت الحق في حد ذاته ، وهو الذي اعتمد عليه الحنفية ، حيث أثبتوا للزوجة الحق في التطليق للعيوب قياسا على حقها في التطليق للإيلاء ،جاء في المبسوط للسرخسي :" إن الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا إلى الإضرار بها

[1] أحمد ، مسند أحمد ، د ر ط ، 1980 ، دار المعارف ، مصر ، باب حديث كعب بن زيد ، كتاب مسند المكيين ، رقم 15455 .

[2] الشوكاني ، نيل الوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، ط 1 ، 1983 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 6 ، ص 157 .

بالإيلاء كان موجبا للفرقة ، فكذلك إذا تعذر عليه ايفاء حقها بالجب والعنة"[1] ، ومنه ماتعلق بثبوت الحق في التطليق للعيوب عدا البرص ، وهو الذي اعتمد عليه الشافعية ، حيث ذكرو بأن حق الزوجة في التطليق لكل عيب عدا البرص يثبت بالقياس على حقها في التطليق للبرص ، فقد جاء في المهذب :" فثبت الرد بالبرص بالخبر (يقصد الحديث المذكور)، وثبت في سائر ماذكرناه بالقياس على البرص ، لأنها في معناه في معنى الاستمتاع "[2].

وقد يكون بعض من هذه الأدلة مستند سعيد بن المسيب فيما رواه عنه مالك في الموطأ من قول صريح بثبوت حق الفرقة للزوجة بالعيوب ، حيث جاء في الموطأ :" وحدثني عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فإنها تخير ، فإن شاءت قرت ، وإن شاءت فارقت "[3]

ثانيا :الموقف القانوني :

نصت المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجوز للزوجة أن تطلي التطليق لـ : ..... – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج " .

فمن الأسباب التي منح القانون بشأنها للمرأة حق طلب التطليق وجود عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهو ما تعرضت له الفقرة 2 من م 53 من ق أ ج [4]

وما يمكن ملاحظته في هذا المجال أن الفقرة الثانية من المادة 53 تكلمت عن العيوب التي توجد بالرجل، والتي على أساسها تطلب المرأة الطلاق. في حين نرى أن هذه العيوب تعد من المسائل المشتركة بين الزوجين والتي. تبيح الطلاق بينهما.

هذا وعدم علم المرأة بالعيب من الأسباب المؤدية إلى طلب التطليق، وهو العيب الذي تطرقت له المادة 02/53 .من قانون الأسرة، وهي تلك العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ويجب على الزوجة المدعية أن تثبت ما تدعيه، مالم يعترف الزوج بالعيب الذي به، ويجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج على طبيب خبير إن عجزت الزوجة على إثبات ما تدعيه. كما يراعى في هذا الشأن عدم منطقية هذا الموقف بالنظر إلى مساس هذا الأمر الذي يتخذه بعض

[1] أبو بكر السرخسي ، المبسوط للسرخسي ، د ر ط ، 1406 ، دار المعرفة ، بيروت ، ج5 ، ص 97 .

[2] الشيرازي ، المهذب ، د ر ط ، د ت ط ، ج 2 ، ص48 .

[3] مالك بن انس ، الموطأ ، ط 3 ، 1983 ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ص 467 . وينظر : الدسوقي محمد عرفة ، حاشية الدسوقي ، د ر ط ، د ت ط ، دار إحياء الكتب العربية ، ج 2 ، ص 277 . وأبو حسن المرداوي ، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب إبن حنبل ، د ر ط ، د ت ط ، دار إحياء التراث العربي ، ج 8 ، ص 199 .

[4] عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في ق أ ج ، ط 2 ، 1987 ، دار البعث ، قسنطينة ، الجزائر ، ص 260 .

القضاة بكرامة الرجل، مما يتعين على المشرع. الجزائري أن يضمن قانون الأسرة تدابيرا تشريعية تفيد ذلك

ب / الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى التفريق:

لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق، بل أباح لها أن ترفع

دعواها التي يجب قبولها متى توافرت الشروط التالية:

_ .أن لا تكون المرأة عالمة بالعيب وقت العقد ، وأن لا ترضى بالعيب بعد أن تعلم بوجوده

_أن يكون العيب موجودا أثناء العقد وعند الدخول.

_ .يشترط للتفريق أن يكون الطرف الطالب للتفريق (المرأة) خاليا من العيوب .

_أن ترفع دعوى التطليق ، وأن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط . ذلك بزمن معين .

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر أي عيب من العيوب في الفقرة الثانية من المادة 53 ولو على

سبيل المثال بل ترك المجال مفتوحا باعتبار العيوب والعلل كثيرة ومتنوعة واكتفى باعتماد معيار موضوعي وهو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج، وترك الأمر غامضا بالتفسيرات 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 هو بائن .

وعليه فإنه يحق للزوجه طلب التطليق لكل عيب يفوت مقصود النكاح استنادا إلى الأدلة ساقها الجمهور ، واستنادا إلى المادة 53 من ق.أ.ج .

الفرع السادس: التطليق للضرر المعتبر شرعا

إنه ومن حق الزوجة على زوجها أن يعاملها حسنا، وأن لا يضرها لا بالقول ولا بالفعل، لقوله تعالى: " وَلَا. تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا "

وأن لا يتجاوز معها حدود حق التأديب، فإذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى ومقتضى الشرع جاز لها أن تطلب التفريق من القاضي مع إثبات تضررها.

وهو ما سنتأكد منه من خلال تبيان موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري ولكن قبل ذلك سنوضح ما المقصود بالضرر والشروط الواجب توافرها فيه .

أولا : تعريف الضرر وكيفية إثباته والشروط الواجب توافرها فيه :

1 - تعريف الضرر: يمكن تعريفه بأنه إذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل ، وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا ، ولا تقد ر الزوجة الصبر عليه ، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية .[1]

2- كيفية اثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر:

سبق وأن ذكرنا أن المشرع أتاح للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البينة

و الإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك، وعجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكمين واحد من أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما [2] ، وهو ما نصت عليه المادة 56 من ق.أ.ج إذ جاء فيها: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا. عن مهمتهما في أجل شهرين[3] "

وفي ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/01/02 جاء فيه :" من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء ينتفع به غيره، وأن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، ويمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته، وإلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي وغير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم والقاضي برفض دعوى الطاعن، وقبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق والحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما فعلوا انتهكوا القانون وتجاوزوا سلطتهم، فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع صاحبها لا تنقلب ضده، إلا في

[1] منصور نورة ، التطليق والخلع ، المرجع السابق ، ص 68 .
[2] منصوري نورة ، نفس المرجع ، ص64.
[3] الأمر 05/2 المؤرخ في 02/27/ 2005 .

مسألة التعويض إذا كانت ظالمة، منتهكا بذلك قواعد التقاضي وخرج من العلم بالظاهر ودخل إلى العلم بالغيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] "

3 - الشروط الواجب توافرها للضرر :

حتى يكون الضرر سببا يمكن للزوجة أن تأسس طلبها في التطليق أمام القضاء، لا بد من توافره على هذه الشروط :

- يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، أي أن يكون حالا أو وقع فعلا ويقصد بهذا أن لا يكون احتماليا أو إفتراضيا ، وشرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء بل يكون كذلك قبل الدخول ، وهذا تأسيسا عن المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها ، وغير المدخول في طلب التفريق للضرر ، فتسمع الدعوى في الحالتين.

- يشترط في الضرر الموجب للتفريق أن يكون شخصيا ، ومقضى هذا الشرط أن يلحق الضرر بالزوجة شخصيا سواء كان ماديا أو معنويا ، ولا ينصرف إلحاق الضرر إلى أسرة أحد الزوجين ، كأن يلحق الزوج ضررا بأسرة زوجته ، فهذا لا يعد ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين.[2]

إذا كان يشترط في الضرر أن يكون شخصيا ، بحيث لا يتعدى إلى الزوج الآخر، فكذلك يجب أن يسند الضرر إلى فعل الزوج ، فلا يعتبر الضرر واقع على الزوجة من أسرة الزوج الآخر ضررا موجبا للتفريق ، غير أنه حتى يتحقق هذا الشرط لا بد من أن يكون مسكن الزوجية مستقل عن منزل أسرة الزوج ، فالزوجة التي مع زوجها في بيت أهله ولحقها ضرر من أسرة الزوج ، ولم يستطع رفعه عنها بتوفير مسكن مستقل أو بأي إجراء آخر فتطلق عليه للضرر ، إلى أن الضرر هنا يأسس على عدم توفير المسكن الشرعي المستقل

- أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية ، بحيث تتوتر العلاقة الزوجية ، ويستحكم الخلاف والشقاق بين الزوجين .

أولا : الموقف الفقهي:

لقد اختلف الفقهاء حول جواز تفريق الفقهاء حول جواز التفريق بين الزوجين لضرر بين معارض ومؤيد ، في الشافعية والحنفية وأحد قولي الحنفية يرون عدم جواز التطليق للضرر ،

[1] ق م ع رقم :06 (519 غ ا ش) الصادر بتاريخ 1989/01/02 .المجلة القضائية لسنة 1991/1989 ، ص 52 .
[2] فرجاوي كمال ، مرجع سابق ، ص ص 22 25

لأن الزوجة إذا ادعت الضرر ورفض زوجها تطليقها ، فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق [1] ، فلها أن تطلب إلى القاضي نهيه عما تشكو منه وتعزيره ، وأنا على القاضي أن ينهاه أول مرة ويأمر بالعدل وحسن العشرة ويعضه ، فإن عاد عزره بما يراه ردعا له.[2]

بينما ذهب المالكية وأحد قولي الحنابلة إلى جواز التفريق للضرر ، وإحتجو على قولهم بالسنة بقول الرول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "[3] ، حيث يرون أنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي حتى يحكم بالتفريق بينهما إذا أصابها ضرر من زوجها، كأن يقوم بضربها أو شتمها وسبها أو هجرها أو إكرارها على فعل محرم ، أو يفعل بها ما يوجب القصاص لها منه ، وكان شريرا يخاف عليها منه إذا إقتصت منه ، وليس من الضروري تكرار الضرر حتى يحكم للمرأة بالطلاق ، وإنما يكفي حدوث الضرر ولو مرة واحدة.[4]

ثانيا : الموقف القانوني:

أجاز المشرع الجزائري للتطليق في المادة 10/53 من ق أ ج ، معتنقا بذلك ما ذهب إليه المالكية ، مستعملا عبارة " كل ضرر معتبر شرعا " وهي عبارة واسعة المدلول إذ تشمل كل أنواع الضرر من ضرر مادي وضرر أدبي ، تاركا بذلك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي لتقدير الضرر ، كما أنه يمكن أن تستغرق هذه العبارة كل أسباب التطليق الأخرى.

ولقد وضع المشرع عدة شروط لا بد من توافرها حتى يحكم القاضي بالتطليق بالضرر ، تتمثل هذه الشروط في :

-1 أن يقع الضرر من الزوج ، أي يصدر من الزوج شخصيا ، فإن كان صادرا مثلا من عائلته فلا يمكن لها التطليق للضرر لأن الضرر لم يصدر من الزوج.

-2 أن يكون الزوج متعمدا الإضرار بزوجته ، أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة .

-3 أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبرا شرعا، دون تحديد نوع معين للضرر.

---

[1] محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية ، ط 1 ، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002 .ص 333 .

[2] محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى نقابلها في الشرائع الأخرى ، ط 3 ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1966 ، ص 318 .

[3] حافظ أبي عبد الله محمد يزيد بن ماجة ، السنن ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، محمد كامل قره بللي ، أحمد برهوم ، ج 3 ، دار الرسالة العالمية ، ط 1 ، سوريا ، 2009 .

[4] محمد سمارة ، نفس المرجع ، ص 333. 334

وفيما يلي بعض من أمثلة الضرر الذي يجيز التطليق على سبيل المثال لا الحصر ، بإعتبار أن مفهوم الضرر المعتبر شرعا يتغير بحسب البيئات الإجتماعية ،ومن عقد إلى آخر ، وحتى من زوجة إلى أخرى ، وحتى من زوجة لأخرى ، فما يكون ضررا ثقيلا عند الزوجة ما قد لا يكون كذلك عند زوجة أخرى.[1]

-1 تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب ، بشرط ألا يكون الضرب بغرض التأديب وفي الحدود الشرعية لإستعمال هذا الحق.

-2 ترك المسكن الزوجية والتهرب من الواجبات الزوجية دون مبرر شرعي.

-3 إكراه الزوج زوجته على ارتكاب المحرمات ، مثل إكراهها على ممارسة الدعارة ومجالسة الرجال وما شابه ذلك .

-4 إتهام الزوج زوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها ، وتطعن في سلوكها وأخلاقها ، فإن ذلم يلحق ضررا كبيرا بها ، ويفسد العشرة الزوجية.

-5 ممارسة الزوح يعض السلوكيات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة كأن يضبط في شقة للقمار مرتكبا فعلا فاضحا.

6- إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث ، وهو أمر محرم شرعا لقوله تعالى : < نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُم مُّلَاقُوهُ ۗ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ >[2]

من خلال التمعن فيما سبق من أمثلة ، يتبين مدى صعوبة إثبات العديد منها ، كوطء الزوجة في غير محله الحرث ، أو إكراهها على ارتكاب المحرمات ، أو سبها وشتمها ، فيستحيل اثباتها ، وهذا ماأكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 12/01/1987 بقولها : (من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي باسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسئ إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل ، فإن قضاة المجلس بإلغائهم

[1] اليزيد عيسات ،المرجع سابق ، ص 146،147 .
[2] سورة البقرة ، الآية 223

الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقو النصوص الفقهية وحكمو دون دليل ، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه.) [1].

كما قد قررت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 15/09/2011 أنه لايعد غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرعا ، المبرر للتطليق[2].

فهذه الصور وأمثالها مما يصعب الوقوف على حقيقتها هي التي تستوجب بعث الحكمين.

المطلب الثاني: حالات التطليق التي إنفرد بها المشرع الجزائري دون الفقه

إختص المشرع الجزائري بأربع حالات منح للزوجة حق التطليق من خلالها دون الفقه الإسلامي ، وقد أثبت المشرع بعض هذه الحالات بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة فقط ، وهي كالآتي : التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 ، التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين ، التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ، التطليق بسبب إرتكاب فاحشة مبينة .

الفرع الأول : التطليق لمخافة الأحكام الواردة في المادة 8

أجازت المادة 33 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 8 من ق.أ.ج (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل)[3]

فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة، فإذا تزوج أكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة الثامنة كان عليه[4]، إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وتنص المادة 8 مكرر من قانون الأسرة أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

---

[1] م ع غ أ ش ، ملف رقم 43864 ، الصادر بتاريخ : 1987/01/12 ، المجلة القضائية ، ع 01 ، 1991 ، ص 49 .

[2] م ع غ أ ش ، ملف رقم 654972 ، الصادر بتاريخ : 2011/09/15 ، المجلة القضائية ، ع 01 ، 2011 ، ص 294 .

3 يوسف ذلاندة، المرجع السابق، ص 52

4بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 285

ونستخلص من هذه النصوص أن القانون قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات ، لا يمكن إبرام الزواج من دونها وهذه الضوابط هي:

أولا : شرط كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة .

إن من البديهي القول إن عبارة يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية إنما يقصد به العدد، أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج اثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء، وهو الحد الأقصى المسموح به شرعا، والزواج فوق أربعة يعتبر زواج غير مقبول شرعا وممنوعا قانونا [1].

ثانيا : شرط وجود مبرر شرعي .

وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، و هو معيار مرن و شخصي، وواسع، كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، و رغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد بالأخر أو مرضها و عدم قدرتها بالقيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لأصابتها بمرض أو غيره، و يرى زوجها من الوفاء أن لا يتركها فريسة للحياة السيئة، و أن يبقيها تحت رعايته، فيكون من الحكمة أن لا تمنعه من الزواج بغيرها، كما قد يستولى حب على قلب زوجا فيهيم بإمرأة غير زوجته تيم به حبا، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أن يباح لهذا الرجل التزوج بهده المرأة، مع البقاء مع زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة[2]

ثالثا : توفر شروط و نية العدل

بمعنى أن يثبت للزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية

ويجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار وكشف الراتب أو السجل التجاري، وان يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي.

ويلاحظ هنا أن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل وهل تتم شفويا؟ أم لا بد من إفراغها في قالب مكتوب؟

1حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 86

2 اليزيد عيسات بلمامي، المرجع السابق، ص 175

فمن الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى وترفع الملف مع الوثائق الأخرى 1

من خلال ما سبق ذكره في المادة الثامنة من قانون الأسرة الج ا زئري والتي اشتملت على مجموعة من القيود، والضوابط التي يجب على الزوج م ا رعاتها عند زواجه بأخرى، وفي حالة مخالفة لهذه الشرط رتبت ج ا زء لهذا الإخلال، وهذا ما يتضح من نص المادة 8 مكرر و 8 مكرر 1

المادة 8 مكرر: (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.)

المادة 8 مكرر 1: (يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط النصوص عليها في المادة الثامنة أعلاه.)

ويستخلص من هذين النصين أن المشرع الج ا زئري قد رتب ج ا زءا صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة السابقة بأنه مقبل على الزواج بام أ رة لاحقة، وبعدم إخبارالزوجة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا ما ا زل قائما، ويتمثل هذا الجزاء ليس في معاقبة الزوج المخالف بعقوبة جزائية ، ولكن في منح كل من الزوجة السابقة واللاحقة حق رفع دعوى مدنية أمام قسم شؤون الأسرة، بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاص مسكن الزوجية لتطلب الحكم بالتطليق.2

لا خلاف أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، و جعلت الإباحة فيه أصلا وحقا لمن يلجأ إليه و تقتضيه ظروفه، و لكن قيدت إباحته بقيود3 و حدود الشريعة، الاقتصارعلى أربع زوجات، و العدل بينهم فإباحة التعدد في الشريعة الإسلامية مقيدة بالعدل بين الزوجات، العدل هذا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان، و يقدر عليه و هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة مثل النفقة و المبيت و حسن المعاشرة، و النص اشترط فيه العدل 4 بتنظيم استعماله و جعل منه وسيلة للإصلاح، و طريقا لتحقيق المصالح الهامة و الأغراض السامية التي قصد الشرع الحكيم تحقيقها و الوصول إليها بتشريع هذا الحكم 5

1 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 111 وما يليها

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 91 وما يليها

3 رمضان علي السيد السرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 550 وما يليها

[4] أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص117

[5] رمضان علي السيد السرنباصي ، جابر عبد الهادي ، سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 550،551

خلاصة القول إن للزوج الحق في تعدد الزوجات حسب الضوابط التي نصت عليهم المادة 8 من ق.أ.ج ، فإذا أخل الزوج بهذه الضوابط دون عذر مقبول جاز للزوجة المطالبة بالتطليق، ويجب على الز وجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى يقضي لها بالطلاق والمسألة يقدرها القاضي في النهاية.

الفرع الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل ق.أ.ج سنة 2005 ، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 8 من ق.أ.ج على أنه " : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ل - ... الشقاق المستمر بين الزوجين " أضافت هذه الفقرة سببا آخر يمنح للزوجة حق طلب التطليق، يتمثل في الشقاق المستمر بين الزوجين

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الإجتهاد القضائي ، لا سيما إجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه ما يلي : .

(من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين –في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج ، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لانه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض وعليه فإن قضات الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقو صحيح القانون)[1]

ويذهب بعض شراح قانون الأسرة الجزائري إلى أن إضافة حالة الشقاق بين الزوجين كان على أساس أن الشقاق يؤدي إلى انعدام أسباب الألفة ونفي المودة والرحمة، ومنح الزوجة حق طلب التطليق هو حفظ للاستقرار النفسي للزوجين والاولاد [2]وأما في الفقه الاسلامي فإنه لايوجد هناك أي تخصيص للشقاق بإعتباره من حالات منح الزوجة حق التطليق ، ففقهاء الشريعة الإسلامية لا يذكرون هذه الحالة بشكل مستقل ، كما يفعلون مع عدم الإنفاق والغيبة وباقي الحالات الأخرى ،

[1] م. ع. غ . أ . ش : ملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 ، المجلة القضائية ، ع.خ، 2001 ، ص 129
[2] عبد القادر بن داود الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد ، دار الهلال ، ص 149 .

لأنها تندرج عندهم ضمن التطليق للضرر ، على اعتبار أنها تقوم عندما تطلب الزوجة التطليق على أساس الضرر ولاتستطيع إثباته ، وتتكرر شكواها ،فتصبح أمام حالة تعرف بالشقاق المستمر ، وهنا يتدخل القاضي ويبعث الحكمين حتى ما إذا ثبتت دعوى الزوجة ، أجيبت لطلبها ، على أساس الضرر الذي ثبت ، لا على أساس الشقاق المستمر، أي على أساس المادة 53/10 ، لا على أساس المادة 53/8 من ق أ ج . ودخول حالة الشقاق في الضرر المنصوص عليه في الفقرة 10 هو الذي كان مفهوما من قانون الأسرة الجزائري ، قبل التعديل [1]، حتى ما إذا تدخل المشرع وعدل المادة 53 من ق أ ج ، أثبت حالة الشقاق بفقرة خاصة ، هي في غاية البعد أن تثبت كذلك . كما أن قرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع تؤيد عدم افتراض الضرر في حالة الشقاق ، من حيث أننا نجدها تقيد إجابة الزوجة لطلبها التطليق في حالة الشقاق بثبوت دعواها في الاضرار ، ومن ذلك ماجاء في أحد هذه القرارات " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق من ذلك ضرر بين ، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لاسبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ..."[2] ليتقرر في الاخير أن الشقاق بين الزوجين ماهو إلا حالة تخول للقاضي التدخل ببعث الحكمين ، إما لإصلاح ذات البين، أو لتسهيل عملية إثبات تضررها ، حتى ما إذا ثبت دعوى الزوجة في اضرار زوجها بها ، أصبح القاضي أمام حالة من حالات التطليق القائم على الضرر ، ليجيب الزوجة بناءا عليه ، لابناء على الشقاق . وأما القول بأن منح الزوجة حق طلب التطليق بسبب الشقاق هو حفظ للاستقرار النفسي للزوجين والاولاد ، فإن هذا يعني تحميل الزوج سبب الشقاق كله بشكل أصلي ،مع أنه قد تكون الزوجة هي المتسببة في الشقاق . كما أن التعلل بكون الزوجة هي المتضررة غالبا في حالة الشقاق، وأن هناك قصور في أعمال مبدأ التحكيم على مستوى التطبيق القضائي ، فإن هذا لايلزم عنه منح الزوجة حق التطليق لمجرد الشقاق ، بل لابد من ثبوت تضررها ، وإلا فإنه يكون هناك حفاظ على مصلحة طرف على حساب مصلحة طرف آخر ، وأما القصور في اعمال مبدأ التحكيم الذي يرجى من خلاله اثبات تضرر الزوجة في حالة الشقاق، فإنه يعالج بالاعتناء بتنظيمه في النصوص التشريعية، وتنظيم مراقبة تنفيذه على مستوى التطبيق القضائي،

[1] عبد العزيز سعد ، المجع السابق ، ص 271. وبلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 302 وما بعدها

[2] م ع ، غ أ ش ، 20/ 501985 ، ملف رقم : 36414 ، م ق 1990 ، ع 2 ، ص 58 وينظر : م ع ، غ أ ش ، 1987/01/26 ، ملف رقم : 44457، م ق 1991 ، ع 4 ، ص 88 و م ع ، غ أ ش ، 1989/12/25 ملف رقم : 57812 م ق 1991 ، ع 3 ، ص 71 .

وليس بمنح الزوجة حق التطليق لمجرد وجود حالة الشقاق . وعليه فإنه قد يكون من الراجح أن يعيد المشرع النظر في الفقرة 8 من المادة 53 من ق أ ج.

الفرع الثالث : التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة :

هنا نجد أن المشرع الجزائري أقر في المادة 53 الفقرة الرابعة من قانون الأسرة على أنه :"يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية :

-الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها .مواصلة العشرة و الحياة الزوجية "[1]

من خلال استقرائنا لنص الفقرة نجد أنها حددت بكل دقة الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة حتى يحق للزوجة طلب التطليق وهذه الشروط هي :

-- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضى فيه أي أنه استوفى طرق الطعن فلا يكفي مجرد الحكم بادانته وصدور الحكم بل يجب أن يحوز قوة الشيء المقضي فيه .

- أن تكون العقوبة المحكوم بها على الزوج بحكم قضائي جريمة مشينة أي أنها من الجرائم التي يشمئز منها المجتمع و منافية لأخلاقه [2] مثل : جرائم الاعتداء على العرض و الاغتصاب ....الخ.

- أن تكون الجريمة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية ، أي أن الحكم يسبب توترا في العلاقات بين الزوجين وينجم عليه الكره والبغض فينتج عن هذه الأخيرة خلافات حادة

وتقدير إذا كانت الجريمة يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، يرجع إلى القاضي وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية . وإذا توفرت كل هذه الشروط مجتمعة فللزوجة الحق في رفع دعوى أمام المحكمة لتطلب

[1] المادرة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005 ، والمتضمن ق أ ج

[2] عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي ، رسالة لنيل شهادة دكتورا دولة في القانون ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007 ، ص 109 .

الحكم لها بالتطليق من زوجها وعلى المحكمة أن تقضي لها بذلك ، بعد أن تقدم الاثباتات أمام القاضي كالحكم الجزائي الحائز على قوة الشيء، وجعل القاضي يقتنع بأن هذه الجريمة فيها مساس الأسرة و لأنه يستحيل مواصلة عيش الزوج والزوجة مع بعض[1].

الفرع الرابع : التطليق بسبب إرتكاب فاحشة مبينة

أ/تعريفه:

وهنا يمكن تعريف الفاحشة من خلال مدلولها اللغوي، فعندما نقول هذا الأمر فاحش وذلك إذا إزداد عن الحد المعقول ونقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة.

وفي غياب أراء الفقهاء في هذا الشأن لا يبقى لنا سوى الإستدلال بخير دليل وهو ما جاء في القرآن الكريم من آيات تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة [2] وهذا ماورد في قوله

< وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا >[3] < وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً>[4] < قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ >[5]

ومن هنا تتضح لنا نظرة الشارع الحكيم للفاحشة والنهي عن إرتكابها وحتى الإقتراب منها.

وسنفصل في ذلك فيما يلي:

ب/ الموقف التشريعي:

وهنا نجد أن المشرع الجزائر قد أعطى أيضا للزوجة الحق في اللجوء للقاضي من أجل تطليقها إذا إقترف زوجها فاحشة مبينة وكذا فللفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر في جريمة الزنا فقط وإ

[1] نعيمة تبودشت ، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة لنيل شهادة الماجستار ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 2000 ، ص 219 .
[2] منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 59
[3] سورة الإسراء ، الآية 32
[4] سورة النساء ، الآية 22
[5] سورة الأعراف ، الآية 33

نما تتعداها إلى الجرائم التي أقرها الشارع الحكيم (عقوبات محددة ومعينة تسمى بالحدود)وهذه الجرائم هي: الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة، الردة، البغي وهي تسمى كذلك(بالفواحش) [1]

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للمرأة الحق في طلب التطليق وذلك في حالة قيام بعلها بفاحشة مبينة وهذا ما جاء في الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها (.... / 7 إرتكاب فاحشة مبينة ...) [2]ونجد أن مصطلح الفاحشة هنا جاء بصيغة النكرة وبالتالي فإن المشرع قد ترك الباب مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي وذلك لأنه لم يحدد نوع الفاحشة المقصود منها في الفقرة السالفة الذكر.

وحسنا ما فعل المشرع لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بإرتكاب الزوج لفاحشة مبينة دون حاجة لإستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية ولمدة تفوق السنة بل إشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن السنة ولو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها من أجل ذلك [3].

المبحث الثاني : إجراءات التقاضي في دعوى التطليق

بالرغم من أن ق.أ.ج قد تضمن القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائرية، لبيان أحكام الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين وحقوق الأولاد والوالدين، إلا أنه لم يتضمن الإج ا رءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق وضمان القيام بهذه الواجبات، لذا يجب البحث عن ذلك ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]

[1] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 52 /53

[2] الفقرة 7 من المادة 53 من ق أ ج المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .

[3] منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 61،62

[4] عبد العزيز سعيد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط5 ، دار الهومة للنشر، الجزا ئر، 1626 ، ص510

هذا ولكي تكون دعوى التفريق ذات قيمة قانونية ومستوفية لشروطها لا بد من اتباع قواعد الإجراءات أساسية لرفع الدعوى، وسنتطرق هنا إلى روع دعوى التطليق والمراحل التي تمر بها في المطلب الاول، والاحكام الصادرة في فك الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها .

المطلب الأول :رفع دعوى التطليق والمراحل التي تمر بها

سنحاول في هذا المطلب بيان شروط دعوى التطليق في الفرع الأول ، و المراحل التي تمر بها دعوى التطليق في الفرع الثاني

الفرع الأول : رفع دعوى التطليق

سنحاول في هذا الفرع بيان الشروط اللازمة في قبول الدعوى من صفة ومصلحة وجهة إصدار الحكم بالتطليق المتمثلة في الإختصاص النوعي والإقليمي

أولا :شروط قبول دعوى التطليق:

نصت المادة 25 من ق.إ.م.إ على عدم جواز رفع دعوى أمام القضاء من شخص لم تتوفر لديه المصلحة والصفة، إنطلاقا من هذا النص يتبين لنا أنه لقبول الدعوى لا بد أن يتوفر شرطين وهما المصلحة والصفة، فما المقصود بهما؟

أ : الصفة:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للصفة، حيث نص فقط عليها كشرط لقبول الدعوى، لكنها تعتبر تبريرا للمصلحة الشخصية المباشرة وتكون في صاحب الحق أو من يقوم مقامه قانونا أو قضاء أو إتفاقا كالولي والوصي أو الوكيل أي ممثله[1].

والصفة بهذا المعنى تنطبق على الزوج او الزوجة نفسهما او أحد ممثلهما قانونا كالمحامي والولي او الوصي.

أون يتمتع بأهلية التقاضي أي يكون متمتعا بسن الرشد المدني وهو 22 سنة، ومتمتعاأيضا بقواه العقلية وغير محجوز عليه[2] .

[1] محمد إبراهيم ، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية ،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 3، 2006 ،ج1،ص 26/27

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ص 342

وعليه فان فقد شرط الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، كما يجب أن يكون هناك نسخة من عقد الزواج، وأن يقدمها المدعي الى المحكمة رفقة عريضة افتتاح دعوى، و إذا لم يقدم هذه النسخة فان المحكمة ستحكم حتما بعد قبول الدعوى. [1]

ب : المصلحة :

إن ممارسة الدعوى تقتضي في المدعي والمدعى عليه والمتدخل في الخصام توافر المصلحة كما تفترضه المقولة الشهيرة" لا دعوى بدون مصلحة[2] ."

ويجب أن تكون قانونية وشرعية، و أنها تستند على القانون، أون يكون النزاع المعروض للفصل فيه قد نشأ حقا وقد إ عتدى عليه بالفعل. [3]

وعليه فان المصلحة في مجال فك الرابطة الزوجية هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية واقر ا رها، لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى [4]

ثانيا : جهة إصدار الحكم بالتطليق

تنظر المحكمة في جميع القضايا المرفوعة إليها، بما فيها قضايا شؤون الأسرة، وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع وهذا ما جاء به ق.إ.م.إ الجديد حسب المادة 51 منه، وعليه يمكن تحديد الإختصاص النوعي والإقليمي كالآتي:

أ / الإختصاص النوعي:

يستند الإختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون ق.أ.ج الذي يضبط جانب الموضوع المتعلق بقضايا شؤون الأسرة، في ينظم قانون الإجراءات الشكل الإجرائي، حيث ذكرت المادة 423 من ق.إ.م.إ دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها في فقرتها الأولى، بالإضافة إلى الدعاوى الأخرى، وهي دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة، ودعاوى إثبات الزواج والنسب، ودعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم .بإعتبارها اهم الدعاوى التي يرفعها القضاء[5].

---

[1] عبد العزيز سعد ، ق أ ج في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج زالطلاق بعد التعديل ، المرجع السابق ص 330/329

[2] عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، .....، ص 66

[3] محمد إبراهيمي ، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والإدارية المرجع .....، ص 23-26

[4] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ،ص329.

[5] عبد الرحمان بربارة ، شرح ق إ م إ ، منشورات بغدادي ، (د م ن)، ط 1 ، 2009 ، ص 328،329 .

ب/ الإختصاص الإقليمي:

حددت المادة 426 من ق.إ.م.إ الإختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة لقولها:" تكون المحكمة مختصة إقليميا ..... 03 في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي... " ، وذلك بمسكن الزوجي[1] .

الفرع الثاني :مراحل دعوى التطليق

أولا :عريضة الإفتتاح

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن ترفع الدعوى إلى القضاء طبقا لنص المادة 14 بورقة تسمى " عريضة افتتاح دعوى "وهذه العريضة تودع لدى المحكمة من طرف المدعي أو وكيله أو محاميه[2] .

وبالنسبة لعريضة إفتتاح دعوى التطليق على الزوجة أن تقدم طلبا مكتوبا على نسختين كتابة واضحة وسليمة من الأخطاء تذكر فيها وباختصار ما يطلب الحكم به وأسباب طلبها، وتشير إلى الحجج والأدلة وكل الوثائق التي تؤكد وتؤيد طلبها، كما يجب أن تشير فيه الى إسمها ولقبها وعنوانها ومهنتها و الى إسم ولقب وعنوان ومهنة خصمها الذي هو الزوج، ثم نضع عليه تاريخ اليوم الذي حررت به وقدمته إلى مكتب الضبط مع توقيعها، وتسلمه مباشرة إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة المختصة مرفقا بوصل الرسوم القضائية [3]

ثانيا : إجراءات الصلح والتحكيم

تنص المادة 49 من ق أ ج على : " لا يثبت الطلاق إلى بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى . يتعين على القاضي تحري ر محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفي ، وبإستقراء هذه المادة نجد الصلح إجراء وجوبي وضروري قبل النطق بالطلاق أو التطليق من طرف القاضي [4] ويقوم به هذا الأخير كأول مرحلة للتوفيق بين الزوجين (أولا) .

[1] عبد الرحمان بربرة ، المرجع السابق ، ص 329

[2] فريجة حسين ، المبادء الأساسية في قانون الغجراءات الإدارية والمدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010 ، ص 17

[3] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 327 .

[4] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثارها ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القنون الخاص ، كلية الجقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2001، ص 107.

كما إستقر الرأي كذلك لدى المحكمة العليا على ان الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وإذا إشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، والقضاء دون إحترام المادو 49 من ق أ ج يشكل مخالفة للقانون [1] والتحكيم يعتبر المرحلة الثانية في محاولة الإصلاح بين الزوجين بعد فشل المرحلة الأولى (ثانيا) .

أ : الصلح

حسب المادة 439 من ق إ م إ ج [2] يتم الصلح بواسطة القاضي في جلسة سرية ، حيث يقوم بتحديد تاريخ إجراء الصلح وفي هذا التاريخ يستمع القاضي لكل زوج على إنفراد ثم معا ، على أنه يمكن حضور أفراد العائلة والمشاركة في الصلح ، إذا طلب ذلك أحد الزوجين طبقا للمادة 440 من ق إ م إ ج [3] .

كما يمكن للقاضي أن يمنح اجلا أو مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة على أن لا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى ، طبقا لنص المادة 442 من ق إ م ج [4]والمادة 49 من ق أ ج .

لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون عذر ، عد ذلك امتناعا ورفضاضمنيا للصلح ، فيحرر القاضي محضر بفشل محاولة الصلح ، مشيرا فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر .

وفي جميع الأحوال يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح ، سواء كانت هذه النتائج إجابية أو سلبية ، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولة الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين [5].

ب : التحكيم

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 49 من ق أ ج ، نصت المادة 56 ق أ ج على : " إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .
يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين " .
فإذا فشل القاضي في التوفيق بين الزوجين والإصلاح بينهما ، يلجأ إلى المرحلة الثانية وهي إتباع إجراءات التحكيم ويقوم ببعث حكمين ، فإن فشل القاضي في الإصلاح قد لا يفشل الحكمين في ذلك [6].
وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25 : (أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن اثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، والقضاء دون إحترام المادة 49 من ق أ ج يشكل مخالفة للقانون .)[7]

---

[1] م ع غ أ ش ، ملف رقم 57812 الصادرة بتاريخ 1991/12/25 ، المجلة القضائية ، ع 03 ، 1991 ، ص 73 .
[2] متنص المادة 439 من ق إ م إ ج على أنه :" محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " .
[3] تنص المادة 440 من ق إ م إ ج على أنه :" في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح ، يستمع القاضي إلى كل زوج على إنفراد ثم معا ".
[4] تنص المادة 442 من ق إ م إ ج على أنه :" يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة ، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن .
[5] عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007، ص 120 .
[6] اليزيد عيسات ، المرجع السابق ، ص 156 .
[7] م ع غ أ ش ، ملف رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25 ، المجلة القضائية ، ع 03 ، 1991،ص73 .

وحسب المادة 56 من ق أ ج ، إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر ، يقوم القاضي بتعيين حكمين ، حكما من اهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،ويكون الهدف من بعثهما الإصلاح بين الزوجين وإرجاع الأمور إلى نصابها ، حفاظاً على الأسرة بكاملها .
والجدير بالذكر أن قانون الإجراءات المدنية وإدارية الجزائري لم يتظمن الإجراءات المتعلقة ببعث الحكمين وعملهما والشروط الواجب توفرها فيهما وكذا حجية المحضر الذي يعدانه .
فالمادة 449 من ق إ م إ ج أحالته إلى المادة 56 من ق أ ج وباستقراء هذه المادة نجدها لا تتضمن الجانب الإجرائي في تعيين الحكمين وعملهما ، ولم تنص سوى على قاعدة واحدة وهي وجوب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين .
ولأن التحكيم يجد مصدره في الشريعة الإسلامية ، فلا بد إذا من اللجوء إليها عند تعيين القاضي الحكمين ، مع مراعات الشروط الواجب توفرها في الحكمين ، والتي تتمثل في :

1- أن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن ، لقوله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[1] لأنهما إن كانا من أهلهما ، كان احتمال الإصلاح أكبر ، لعلمهما ببواطن الأمور ، ووفور شفقتهما عليهما ، وخرصهما على مصالحتهما .
2- يشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين ، بالغين ، عاقلين ، لأن مهمتهما تحتاج إلى الرأي وإعمال النظر ، وكذلك تقوى الله ، والأمانة ، وعدم إفشاء أسرار الزوجية .
3- اشترط المالكية والحنابلة والشافعية في قول أن يكون الحكمان ذكرين ، لأن عملهما يستوجب الرأي والنظر .
4- اشترط المالكية والحنابلة في الحكمين أن يكونا فقيهين ، عالمين بالأحكام الشرعية المتعلقة بالنشوز وضرر الزوجين [2].

وما يلاحظ كذلك عند التمعن في نص المادة 56 من ق ا ج القاضي لا يعين الحكمين لمجرد رفع الطلب الأول ، بل أن الزوجة يجب أن تثبت في المرة الأولى ما وقع عليها من ضرر بكل وسائل الإثبات ، وإلا رفضت دعواها وأنذر القاضي الزوج عن أفعاله وأقواله الضارة ، ولكن عودة الزوجة من جديد وتكرار دعواها يعد دليلا وقرينة على شدة الشقاق بين الزوجين ، وبالتالي يجب على القاضي في هذه الحالة أن يعين حكمين للتوفيق والإصلاح بينهما [3].
وعلى الحكمين أن يقدما تقريرهما في أجل شهرين من تعيينهما سواء نجاحا في الإصلاح بينهما أم لم ينجحا، وبناءً على ما جاء في هذا التقرير يفصل القاضي في الدعوى.

المطلب الثاني : الأحكام الصادرة في فك الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها

تعتبر الحكم القضائي النهائي الطبيعية التي تختم بها الخصوصية القضائية ولإحتمال أن يشوبه النقض أقر المشرع طرقا متعددة لمراجعته كليا أو جزئيا ، ولكن بإعتبار القضاة غير معصومين من الخطأ ولا يستبعد ظلمهم فقد تكون أحكامهم معيبة من حيث الشكل وعلى غير جق من حيث الموضوع لسبب يتعلق بالقانون أو بتقدير الوقائع ومقتضيات العدالة وواجب ضمان حقوق المتقاضين السماح لمن صدر عليه حكم والتي يجوز لها الطعن في الأحكام .

الفرع الأول : الأحكام الصادرة

[1] سورة النساء ، الآية 35 .
[2] عدنان علي النجار ، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطينية ، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في القضاء الشرعي ،الجامعة الإسلامية ،غزة ، 2004 ، ص 168-169 .
[3] اليزيد عيسات ، المرجع السابق ، ص 158 .

نص المشرع بأنه لا وجود للطلاق إلى إذا صدر به حكم من القضاء لأنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق م 49 ق أ ج ويسجل حكم الطلاق بعد ثلاثة أيام على هامش عقد الزواج في مواد 60/59 من الأمر المؤرخ في 9 فيفري 1970 وكذا على هامش كل من المطلقين في شهادة الميلاد م 23 من المرسوم السابق في 1959/9/17 وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الكافة [1].

وعليه يمكن تقسيم الأحكام القضائية على أحكام مقررة وأحكام منشئة وأحكام إلزام فالحكم المقرر هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني وبهذا التأكيد يزول الشك وف يهاذه الصورة من الحماية القانونية ينظر إلى الحق أو المركز القانوني في ذاته من حيث وجوده في عالم القانون بصرف النظر عن مضمونه ومثالها الطلاق بناءً على إرادة الزوج فهو حكم تقريري [2].

أما حكم الإلزام فهو الذي يتظمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري والدعوى التي ترمي إلى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى الإلزام كالحكم بالتعويض عن العدول ، الحكم بالتعويض عن الطلاق والتطليق ، أما عن الحكم المنشئ فهو الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني كدعوى الفسخ القضائي أو دعوى الغبن التي ترمي إلى تكملة ثمن البيع والدعوى التي تهدف إلى الحصول على هذا القضاء وتسمى بالدعوى المنشئة التي تهدف إلى تغيير في حقوق الأطفال ومراكزهم القانونية [3].

ومن أمثلة الحكم المنشئ للطلاق والتطليق الحكم الذي يصدر في أمر الزوج الغائب عن زوجته دون عذر ولا نفقة لأكثر من سنة أو للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر تأديبا ويحتوي حكم الطلاق على القضاء بحل الرابطة الزوجية كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد ، كما يحدد صاحب الحق في الحضانة وزيارة المحضون كما أنه يفصل في النزاع حول متاع البيت الزوجية ويقدر تعويض المطلقة وإسكانها[4] ،وقد يكون الحكم في بعض الأحيان حكم قضائي مختلط إذ يجمع طبيعتين للأحكام اقضائية في مسائل الأحوال الشخصية فتجده في شق منه حكما مقررا أو منشأ وفي شقه الثاني حكما إلزاميا فإنه في هذه الحالة ينصرف التنفيذ الجبري في الشق الثاني ومثال ذلك إذا صدر حكم بتطليق مع التعويض والنفقة فإن هذا الحكم يعد سندا تنفيذيا فيما يتعلق بالتعويض والنفقة فقط دون ما يتعلق بالتطليق لأن الأحكام غير ملزمة أي مقررة ومنشئة[5] .

فالأحكام الصادرة بالتطليق تلعب إرادة القاضي في إنشائها وتكوينها دورها في إلهام الإيجابي بل تعتبر إرادة العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم أي يتوقف صدور هذا الحكم على ارادة القاضي [6].

---

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية ، المرجع السابق ، ص 361 .

[2] عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادء واحكام الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص232

[3] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003 ، ص 100/99 .

[4] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 363/362

[5] أ هلالي المسعود ، محاضرات تنفيذ الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، تخصص أحوال الشخصية ماستر 2014/2013، 02 ، غير منشورة ، ص 8

[6] عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 241 .

الفرع الثاني : طرق الطعن في الأحكام الصادرة في فك الرابطة الزوجية

إن طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالتطليق هيا نفسها طرق الطعن الصادرة في المواد الأخرى ومن ثما فإنها كأصل عام تقبل الطعن بالمعارضة والإستئناف وذلك في الاجنب المادي فقط كما تقبل الطعن بالنقض ، لهذا يمكن تقسيم طرق الطعن إلى عادية وتشمل المعارضة والاستئناف وطرق غير عادية وتشمل الطعن بالنقض وإلتماس إعادة النظر [1].

أولا : طرق الطعن العادية

أ : المعارضة : من خلال مراجعة المادة 292 وما بعدها من ق إ م إ ج نجد أنها تنص إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محامية رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا ولكن إذا تخلف المدعى عليه بالحضور المكلف بالحضور شخصيا هو أو ممثله يفصل بحكم إعتباري حضوري .

الطعن بالمعارضة هو يمكن أن يقال هو إجراء يهدف إلى إعادة النضر في حكم غيابي ن حيث الوقائع والقانون وإصدار حكم ثاني في نفس الموضوع وبين نقس الأطراف مع إمكانية تغيير وسائل الإثبات [2]

وإذا تم تسليم التكليف بالحضور إلى أحد الأشخاص المؤهلين للإستيلام والمقيمين بالموطن أو تم تسليم التكليف بالحضور إلى النيابة العامة التي تعتبر طرفا أصليا في قضايا الأسرة فيصدر الحكم غيابيا وإذا نص المشرع على عدم جواز الطعن في الحكم بالإستئناف أي غير قابل للإستئناف فإن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بالمعارضة لأن جميع الأحكام طبقا للقاعدة العامة فهي قابلة للطعن فيها بالمعارضة والاستئناف ما لم يرد نص خاص يقضي بذلك وعليه نص المشرع على أن حكما ما غير قابل للاستئناف هناك ما يمنع من الكعن فيه بمعارضة ومن ثما يجوز الطعن في الحكم الصادر بالتطليق بالمعارضة [3].

ب :الاستئناف :يعتبر المظهر العملي لمبدأ درجتي التقاضي ، لأنه يرمي إلى عرض النزاع مجددا على محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه [4].

---

[1] عزيرية يوسف ، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري وإجتهاد المحكمة العليا ، ص 45

[2] سعد عبد العزيز ، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، 2013 ، ص 260/259 .

[3] زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، المرجع السابق ، ص 139 .

[4] أمقران بوبشير محند ، قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى نظرية الخصومة . الإجراءات الإستثنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،2008 ، ط ط 03، ج 01 ، ص 316 .

ومن خلال الإطلاع على المادتين 333/332 ق إم إ ج نجد انهما تنصان على أن الأحكام الصادرة في جميع المواد تكون قابلة للطعن فيها بالإستئناف عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي دفع عارض أخر ينهي الخصومة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك كما انها تنص على ان الهدف من ممارسة حق الطعن بالإستئناف في الأحكام الصادرة عن أقسام شؤون الأسرة بالمحاكم الإبتدائية هو تعديل أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة من خلال أقسامها .

ومن خلال قرائة نص المادة 57 من ق أ ج نجد أنها تنص على : " تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيها عدا جوانبها المادية " ومعنى هذا الكلام ببساطة وإختصار أن هناك ثلاثة فئات من الأحكام الصادرة عن قسم شؤون الأسرة لا يقبل الطعن فيها بطريق الإستئناف أمام المجالس القضائية على مستوى الدرجة الثانية وهي الطلاق بأنواعه حسب المادة 48 من ق أ ج ويعني أن التطليق غير قابل للطعن والإستئناف ، فإذا وقع الطعن في الطلاق والتطليق والخلع سهوا أو جهلا فإنه يجب على قضات المجلس القضائي أن يصدرو قرارهم بعدم قابلية الحكم بالطعن فيها بالإستئناف ولكن لا يجوز لهم أن يقرروا أو يحكمو بعدم قبول الإستئناف شكلا [1].

ولقد اقرت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1993/04/27 الذي قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 1990/06/16 الذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في حيثياته " فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس المندرج في إختصاصه ذلك أن المادة 57 من ق أ ج فهي لا تجيز الإستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم ينص بالطلاق وإنما بالتطليق "[2]

ثانيا : طرق الطعن الغير العادية

أ: الطعن بالنقض :ومن خلال الإطلاع على المادة 349 وما بعدها من ق إ م إ ج نجد انها تنص على أن تكون قابلة بالطعن بالنقض في الأحكام والقرارات ، في موضوع النزاع والصادرة عن المجالس القضائية والمحاكم كما تكون قابلة للطعن بالنقض تلك الاحكام والقرارات الصادرة في آخر

[1] سعد عبد العزيز ، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام الأقسام والمحاكم الإبتدائية ، المرجع السابق ، ص 266/265 .
[2] المجلة القضائية ، غ أ ش ، الجزائر ، ع 01، 1994 ، قرار رقم: 89635 ، ص 97.

درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الفروع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض لآخر [1] هو طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحك ممن مخالفة القانون أو بطلان سواء في ذات الحكم المطعون فيه أو في الإجراءات التي أسس عليها .

ويطعن بهذا الطريق بأحكام النهائية الصادرة من المحاكم والقرارات الصادرة من المجالس القضائية [2]وبالرجوع إلى المادة 57 من ق أ ج فإننا نجد أنها تنص على أن الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للطعن بالإستئناف ،ومن خلال ما يتعلق بمفهوم المخالف يتبين لنا أن مثل هذه الأحكام تقبل بالنقض مباشرة دون الحاجة إلى مرور بالدرجة الإستئنافية الثانية ومثل ذلك بالنسبة إلى ما ورد النص عليه في المادة 433 التي جاء فيها أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للإستئناف فمن خلالها الحكم الصادر في دعوى الطلاق بالتراضي مثله مثل الأحكام الصادرة في الطلاق والتطليق والخلع لا يقبل الطعن فيها عن طريق الإستئناف ، لكنها رغم ذلك تقبل الطعن فيها النقض مباشرة والملاحظ أن أحكام التطليق في إطار المادة 53 من ق أ ج حسب المادة 451 من ق إ م إ ج [3] و المادة 542 التي أقرت أنه لا يتوقف الطعن بالنقظ تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 451/450 أعلاه .

ب : التماس إعادة النظر : يعتبر التماس إعادة النظر طريق طعن غير عادية في الأحكام النهائية يقدم في الحالات التي تنص عليها القانون ، ويرفع الإلتماس إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت حكم المطهون فيه لأنه ينبني على أسباب لو أن هذه الجهة قد تنبهت إليها لإحتمال أن تغير حكمها ةهي أسباب غابة عنها إما لسهو غير متعمد منها أو سبب فعل المحكوم له ويكفي تنبيه هذه الجهة القضائية إليها كي تعيد الفصل في ابقضية وتتدارك ما وقع منها[4]، ويطبق إلتماس إعادة النظر من خلال المواد 966 إلى 969 ق إ م إ ج ومن خلال كل ما سبق يتبين بأنه يمكن أن يرفع التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بالتطليق ما دام أنه لا يوجد نص يمنع ذلك .[5]

[1] سعد عبد العزيز ، نفس المرجع السابق ، ص 283 .
[2] زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، المرجع السابق ، ص 146 .
[3] سعد عبد العزيز ، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية ، المرجع السابق ، ص285
[4] زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، المرجع السابق ، ص 155/154 .
[5] أمقران بوبشير محند ، قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى نظرية الخصومة . الإجراءات الإستثنائية ،المرجع السابق ، ص 338 .

في ختام هذا الفصل نجد أن المشرع الجزائري يتوافق بوجه عام مع الفقه الاسلامي في اغلب حالات التطليق التي أثبتها في المادتين 53 و54 من ق أ ج ، وهذه الحالات هي كالتالي :التطليق لعدم الإنفاق ، التطليق بسبب الهجر في المضجع ، التطليق للغيبة ، التطليق لتخلف الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، التطليق للعيوب ، التطليق للضرر المعتبر شرعا . وماتفرد به المشرع به من حالات فإنما تأول فيه بإجتهاده أن فيها من الضرر مايجعلها موجبة للتطليق وهي كالتالي : التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 ، التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين ، التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة تمس بشرف الأسرة ، التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة . كما تناولت في المبحث الثاني إجراءات التقاضي وطرق الطعن فيها

فيما يخص الجانب الإجرائي نجد أن ق إ م إ الجزائوي نضم إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الاسرة وأزال بعض من اللبس الذي كان قائما في ضل قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى ، وسد بعض الثغرات التي كان يحتويها هذا الأخير غير أنه رغم ذلك هناك بعض المسائل التي أغفل المشرع تنظيمها نذكر منها : أنه لم يمنح للتحكيم الاهمية ذاتها التي منحها للصلح بواسطة القاضي كما لم يبين إجراءات تعيين الحكمين ولا الشروط الواجب توفرها في الحكمين كما أنه إعتبر الحكم الصادر بالتطليق نهائي لا يقبل الإستئناف إلى في جوانبه المادية غير أنه لم ينص على وجوب القيام بتبليغ الحكم للطرف الآخر خلال أجل معين من تاريخ صدور الحكم بالتطليق ، والقيام بالطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا خلال الأجال القانونية لذلك وأنه لا يمكن للزوجة في هذه الحالة أن تعيد الزواج حتى لو انتهت العدة ، ما لم تقم بتبليغ زوجها بهذا الحكم ، وبالتالي يمكنها الزواج ثانية إذ أصبح الحكم بالتطليق حائزا قوة الشيء المقضي فيه ، بأن فات الأجل القانوني للطعن فيه بالنقض ، أو إستنفذ هذه الطريق وصدر قرار من المحكمة العليا بتأييده خصوصا في الشق الموضوعي منه وهذا تفاديا للإشكالات التي قد تظهر ويصعب حلها والتي سبق التطرق إليها .

الخاتمة

الخاتمة :

حرصت الشريعة الإسلامية علي استقرار الحياة الزوجية إلى أقصى حد ممكن، وجعلت ذلك غاية ومقصدا من مقاصدها، سنت من أجل المحافظة عليه كثيرا من الأحكام والتنظيمات، إلا أنه لما كان سد باب الفرقة من كل وجه وحسم أسباب التوصل إليها بالكلية ينتج اضرار أشد مما ينجم عن فك رباط الزوجية أقر الاسلام نظام الطلاق ، وجعل لكل واحد من الزوجين حظا في هذا النظام ، بأسلوب خاص . فحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية حق معترف به شرعا وقانونا، من حيث أنه يستند إلى أدلة شرعية راجحة وقوية، تثبته وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية وأكد عليه المشرع الجزائري في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة. ويقوم في شرعيته على اساس مقاصدي معتبر ، يتمثل في رفع الضرر في حالات التطليق لضرر ، وفق لقوله تعالى:" فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"(البقرة 229) ، وقوله ﷺ:" لاضرر ولا ضرار ." وحق الزوجة في حل عقد الزواج حق قضائي بصفة غالبة، حيث يلزم الارتفاع إلى القاضي في التطليق للضرر في جميع الأحوال ، هذا من أجل المحافظة على حقها فيه ، سواء في إمضائه أو في بعض مايتعلق به ، كمسائل التعويض مثلا .كما أن توقف حق الزوجة في الفرقة على القضاء تحقيق للتوازن بين إجابة الزوجة لطلبها من جانب والحفاظ على بقاء الرابطة الزوجية وحماية مصلحة الزوج كطرف في عقد الزواج المراد حله من جانب آخر .هذا وإن البحث في موضوع احكام التطليق بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري أفضى إلى مجموعة من **النتائج نوضحها في النقاط التالية :**

- لم يعطي كل من الفقه الاسلامي و القانون الوضعي مفهوما يحدد معنى التطليق ، وتركا الباب مفتوحا لاجتهادات الفقهاء والباحثين* .
- لم يعطى للزوجة نفس اسلوب الرجل في حل عقد الزواج راجع إلى قاعدة الغرم بالغنم بوجه اصلي ،و لتسرع المرأة في إيقاع الفرقة بوجه ثانوي ، والهدف هو الحفاظ على بقاء الرابطة الزوجية الى أقصى حد ممكن.
- يظهر من خلال بحثنا أن المذهب المالكي أكثر توسعا في حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية يليه المذهب الحنبلي وعلى عكسهم المذهب الحنفي فيما يتوسط جمهور الشافعية ذلك.
- التطليق لعدم الإنفاق اخذ جمهور الفقهاء بجواز ذلك، وبنفس الرأي اخذ المشرع الجزائري بذلك ،حيث لم يفرق بين عدم الإنفاق العمدي وعدم الإنفاق للإعسار وكذا لم يفرق بين الزوج الحاضر والزوج الغائب.

- فيما يخص التطليق للعيوب نجد أن جمهور الفقهاء يقر بحق التفريق للزوج المتضرر من العيوب اللاحقة بالطرف الآخر مع بعض الاختلاف فيمن حصر هذه العيوب ،ومن ذكر البعض منها على سبيل المثال، وبين من أعطى حق التفريق للعيب للزوجين معا ومن أعطاه للزوجة فقط، وكذلك فعل المشرع الجزائري رغم أنه خصص فقرة وحيدة للتطليق العيوب إلا أنه عززها بمعيار عام جعلها صالحة لكل زمان ومكان، اضافة إلى المادة 7 مكرر التي جاء بها تعديل 2005 والتي تفرض على الزوجين الفحص الطبي المسبق.

- كما أجاز الفقهاء التفريق لبعد الزوج عن زوجته سواء كان ذلك بغيابه عنها أو لهجره لها أو سبب حبسه ، وبهذا اخذ المشرع الجزائري غير أنه إنفرد في بعض الأحكام ، حيث أخذ بالتطليق للغيبة شكليا ، لكنه أفرغ محتواه بإشتراطه للأخذ به ، ضرورة عدم توفر العذر الشرعي وعدم ترك الزوج للنفقة فيرجع أساس رفع الدعوى في الأخير إلى عدم الإنفاق وليس للغياب . وعلى نفس الأمر ذهب المشرع الجزائري في التفريق للحكم على الزوج عن جريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة العشرة ، لنفس العلة وهي بعد الزوج عن زوجته.

- اتفق الفقهاء على التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، وكذلك فعل المشرع الجزائري ، بحيث إذا ثبت الضرر حكم القاضي بالتطليق.

- يتمتع القاضي بسلطة واسعة في حالة التطليق للضرر ، سواء في تقدير الضرر أو في عملية إثباته ، ويتناسب هذا التوسع مع إلزامية توقف حق إلزامية توقف حق الزوجة في التطليق للضرر على القضاء.

- يتوافق المشرع الجزائري بوجه عام مع الفقه الاسلامي في أغلب الحالات التي أثبتها في المادتين 54-53 من ق أ ج وماتفرد به المشرع من حالات فإنما يرى بإجتهاده أن فيها من الضرر مايجعلها موجبة للتطليق ، ولكن هذه الحالات التي حددها المشرع، قد قيدها بجملة من الشروط التي تعجز الزوجة عن إثباتها رغم تحقق الضرر.

- يميل كلا من التنظيمين الاسلامي والقانوني إلى تقييد

- فيما يخص التطليق لمخالفة احكام المادة 8 فإن المشرع لم يبين ماهية المبرر الشرعي في المادة 8 ولم يضع معيارا للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي ، والتي منها بني سبب التفريق ، والملاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري كان أكثر تقييدا في موضوع التعدد بحيث أعطى للزوجة طلب التطليق لمجرد الزواج بأخرى ،حتى وإن لم يحدث لها أي ضرر مادي.

- ضمن المشرع الجزائري إجراءات التفريق القضائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمام قسم شؤون الأسرة

- الطعن بالاستئناف لا يجوز إلا في جوانبه المادية.

التوصيات :

- لابد على المشرع اعطاء مفهوم يحدد معنى التفريق القضائي ، من أجل عدم ترك المجال مفتوح للاجتهاد أساتذة وفقهاء القانون .

- عدم الاشتراط للزوجة إثبات الضرر ، حتى تعادل ما منح للزوج من الطلاق بإرادته المنفردة ، هذا لأن الزوجة في معظم الأحيان تعجز عن إثبات ضررها وهذا ما لا حضناه في المحاكم الجزائرية لكي تضطر في الاخير أن تتجه نحو الخلع .

- رغم الاعتراف الصريح من المشرع بحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ورغم تعديله للمادتين 54-53 من ق أ ج المتعلقين بهذا الحق فإنه يكون من الراجح معاودة مراجعة هاتين المادتين بمراعاة الآتي:

- دراسة إمكانية التخلي عن الفقرات 6 و7 و8 من المادة 53.

-إعادة صياغة الفقرات 1 و 5 من م 53 ، بشكل تختفي معه تلك القيود المفروضة .

- إعادة تنظيم حالة التطليق لعدم الإنفاق في الفقرة 1، بشكل يفرق بين حالتي الإعسار واليسار، ويشير الى مدة إمهال الزوج الى القاضي.

- ضرورة إعادة النظر في العيوب التي بسببها تبني الزوجة طلب التطليق وذلك بالتمييز بين العيوب المرجو منها الشفاء والعيوب الدائمة والتي لا تزول و أيضا يجب التفريق بين علم المرأة بالعيب سواء قبل العقد أو بعده ، وادراج المدة القانونية التي تمنح للزوج حتى يتم التأكد من أن هذا العيب قابل للزوال أم لا.

- كان على المشرع أن يبين إجراءات تعيين الحكمين ، كما أنه أغفل عن الشروط الواجب توافرها فيهما.

- تشريع قانون يتعلق بتنظيم إجراءات التقاضي لاسيما فيما يخص وسائل الإثبات الخاصة بقانون الأسرة الجزائري ، ليسهل على المتقاضين والباحثين معرفة كيفية الإثبات في قضايا الأسرة التي تحتاج إلى مواد قانونية تتماشى وطبيعتها الخاصة .

وعليه لابد من إعادة النظر في المواد التي تتعلق بالتطليق وأحكامه ، ومحاولة سد الثغرات الموجودة في هذا الخصوص وتعديلها وإزالة اللبس القائم فيها واستبدال النصوص الفضفاضة ، بنصوص أكثر دقة هذا وفق من منهل الشريعة الإسلامية ، مما لا يترك أي شك في احكام التطليق.

قائمة المصادر المراجع:

أولا: قائمة المصادر

1-القرآن الكريم.

2-السنة النبوية الشريفة

- كتب العلم الشرعي

- مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، د ر ط ، د ت ط ، دار صادر ، بيروت ، ج 4 .

- .محمد خطيب الشربيني ، مغنى المحتاج ، د ر ط ، د ت ط ، دار الفكر ، بيروت ، ج3 .

–ابن قدامة ، المغني ، ط1 ، 1405 ، دار الفكر ، ج8 .

-ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ط5 ، 1998 ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ج3 .

-الدار قطني ، سنن الدار قطني ، ط4 ، 1986 ، عالم الكتب ، بيروت ، ج 3 .

–البيهقي ، سنن البيهقي ، د ر ط ، 1994، مكتبة دار الباز ، ج7 ، باب الرجل لايجد نفقة.

– الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط 1 ، دار الكتب العلمية، .2221 بيروت ج 8 .

–بن باز ، الفتاوي الجامعة للمرأة المسلمة ، بدون طبعة ، بدون سنة دار الفكر للطباعه والنشر، لبنان ، الجزء الثاني.

- . الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ،مختار الصحاح ، باب الطاء ، دار الحديث مصر 1424/2003 .

- القريشي الدمشقي إبن كثير ، تفسير القرآن الكريم، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية ، ط2 ، ج01 ، سنة 1999

- . الالباني أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين ، صحيح الجام ، ط 1408 ، المجلد 01 ، 03/1988

- البخاري عبد الله محمد بن اسماعيل ،صحيح البخاري ، المكتبة الثقافية ، لبنان ، د ت ، 4972 - .

ابن لجين ، بحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط 2 ، دار الكتاب الإسلامي، د م ن و 4 ، د ت ن - .

ناصر السعدي عبد الرحمان ، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، لبنان ، ط01 ، 1423/2002 .

- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، دار الفكر ، بيروت ، د ج ن
- .أبو بكر جابر الجزائري ،منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب واخلاق وعبادات ومعاملات ، دار الكتب ،مصر ، ط 1422، 02/2002 .
- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، دار الفكر للطباعه والنشر والتوزيع ، ط2 ، سوريا ، 1405/1975 .
- سيد سابق ، فقه السنة ، ج2 ، بدون طبعة ، دار الفكر للطباعه والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2010
- .ابن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن الكريم ، ج1 .
- حافظ أبي عبدالله محمد يزيد بن ماجة القزويني ، السنن ، سنن ابن داود سليمان ابن الاشعف ، أبو داود ، دار المودة ، المنصورة ، ط01 ، 2013 . محمد عقلة براهيم ، الزواج والفرقة في الفقه الاسلامي ، دار النقاش للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط1 ، 2014 .
- علي محمد قاسم، نشوز الزوجة، (أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي) ، د ق ، دار الجامعية الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،2004 .
- احمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الاسلام ، د ر ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1988.
- الصنعاني ، سبل السلام ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- المرغناني ، بداية المبتدى ، ط1 ، مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة .
- إبن حزم ، المحلى ، دون رمز طباعة ، دون تاريخ طبع ، دار الأفاق الجديدة بيروت .
- الشوكاني ، السيل الجرار ، ط 1 ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من آحاديث سيد الأخيار ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- إبن عابدين ، حاشية إبن عابدين ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ج 3 .
- أحمد مسند احمد ، دون رمز طبع ، 1980 ، دار المعارف ، مصر .
- أبو بكر السرخسي ، المبسوط للسرخسي ، دون رمز طبع ، دار المعرفة ، بيروت
- الشيرازي ، المهذب ، دون رمز طبعة ، دون تاريخ طبعة .

الكتب القانونية

-نايف محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط 1 ، 2010 .

- لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في ق أ ج ، ط2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.

-احمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وأثرهما ، بدون طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .

-منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، الجزائر ، 2010.

-فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، الجزائر، 2005.

-باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، بدون طبعة ، الجزائر ، سنة 2012

-منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، الجزائر ، سنة 2010.

-عبد القادر بن داود ، إشكالات قانون الأسرة الجديد بالأمر الرئاسي 05/02 ،كلية الحقوق والعلوم السياسيه،جامعة وهران ،الجزائر.

-بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2007.

-سعد عبد العزيز ،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجيد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة ، الجزائر ، ط2 ، 2009.

. -بن حزر الله عبد القادر ، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط 01 ، 2007.

-عزريرية يوسف ، التطليق الخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا ، المعهد الوطني للقضاء وزارة العدل ، الجزائر ، 2002/2003.

-بلباقي عبد المؤمن ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000.

-تقية عبد الفتاح ، مباحث في قانون الأسرة ومن خلال مبادئ وأحكام الفقه الاسلامي،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،ط03 ، 1999/2000.

-الجندي احمد نصر ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار ستات للنشر والبرمجيات ، مصر ، 2009.

-احمد بن محمد أحمد كليب ، مسائل في الأحوال الشخصية(الطلاق والخلع والظهار) ، ط1 ، دار النقاش للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010 .

-طاهري حسين ،الاوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ط 01 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2009.

-العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، الجزء الأول (الزواج والطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1 ، الجزائر ، 1994 .

-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة - الخطبة - الطلاق - الميراث - الوصية ، ديوان ، المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، ط5 ، ج 1، الجزائر ، 2007.

-محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى ، ط 3 ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1966.

-احمد محمد المومني ، اسماعيل أمين نهاضة ، الأحوال الشخصية الفقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، دار الميسر للنشر والتوزيع والطباعة ، ط 01 ، 2009.

-عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط02 ، دار البعث ، قسنطينة ، الجزائر ، 1987.

-عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح احكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007.

-سعد عبدالعزيز ، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام اقسام المحاكم الابتدائية ، دار هومة للطباعه والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013.

-محمد سمارة ، احكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،ط01 ،الاردن ، 2008.

-عمر زودة ، طبيعة أحكام انهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003.

-يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق ، دار هومة ، الجزائر ، ط02 ، 2008.

-سليمان ولد خصال ، الميسر في شرح القانون الجزائري ، دار طليطلة ، ط1 ، الجزائر ، 2010.

-محمد ابراهيم ، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 3 ،ج1 ، 2006 .

-عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، موقع للنشر ، ط3 ، الجزائر ، 2012.

-فريحة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الإدارية والمدينة ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

-محمد ابراهيم ، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر ، الجزء 2 ، طبعة 2010.

-عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية في الإدارية ، منشورات بغدادي ، د م ن ، ط1 ، 2009 .

- أمقران بوبشير محند ، قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى نظرية الخصومة ، الإجراءات الاستثنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر

-

الرسائل والمذكرات الجامعية :

-النجار عدنان علي ، التفريق قضائيا بين الزوجين ، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستير) كلية الشريعة والقانون ، فلسطين ، 2004.

-ليلى جمعي ، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة وهران 1994 .

-اليزيد عيسات بلمامي ، تطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي من المحكمة العليا ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، . 2003

-فرجاوي كمال ، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2001.

-.حفيظة فضلة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون بعنوان : الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري ، سنة 2012.

-سميرة معاشي ، احكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، مجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 06 .

-نعيمة تبودشت ، الطلاق وتوابع فك الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة لنيل شهادة ماجستير ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، 2000.

-عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثارها ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2010.

الاوامر والمواد القانونية :

- المادة 48 من ق إ ج المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

- الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

- الفقرة 7 من المادة 53 من ق أ ج المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- المادة 53 من قانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، والمتضمن ق أ ج .

المواقع :

- ياسين ، (التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة وإجتهاد المحكمة العليا) ، المنشور في 29/02/2011 ، http://www.djlfa.info/vb/showthread.php?t =:517420 ساعة النشر 14.30.

- موقع الانترنت " منتديات طموحنا " الساعة 20:40 بتاريخ 07/08/2020 .

القرارات : قرار المحكمة العليا رقم : 06 (519 غ أ ش) ، الصادر بتاريخ 02/01/1989 المجلة القضائية لسنة 1989/1991 ، ص 52 .

القرارات القضائية

المحكمة العليا غ أ ش ، 20/ 501985 ، ملف رقم : 36414 ، م ق 1990 ، ع 2 ، ص 58 وينظر : المحكمة العيا ، غ أ ش ، 1987/01/26 ، ملف رقم : 44457، م ق 1991 ، ع 4 ، ص 88 و المحكمة العليا ، غ أ ش ، 1989/12/25 ملف رقم : 57812 م ق 1991 ، ع 3 ، ص 71 .

الملحقات

الملحق 01

نسخة

الأستاذة

محامية معتمدة لدى المحكمة

العليا ومجلس الدولة

محكمة

قسم شؤون الأسرة

عريضة إفتتاح دعوى

****

لفائدة :/

- مدعية – القائمة في حقها الأستاذة

ضـــد :/ 1 -

2 – النيابة العامة ممثلة بالسيد وكيل الجمهورية لدى محكمة

- مدعى عليهما -

****

ليطيب لهيئة المحكمة الموقرة

من حيث الشكل :

حيث أن العريضة جاءت مستوفية لجميع الشروط الإجرائية المنصوص عليها بالمواد 13،14،16،17،21،22،423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادة 03 مكرر من القانون رقم 84 -11 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 مما يتعين قبول الدعوى شكلا .

وللطرف المتضرر أن يحصل على التعويض لأن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية ناتجة عن الإخلال بالالتزامات المنبثقة عن عقد الزواج .

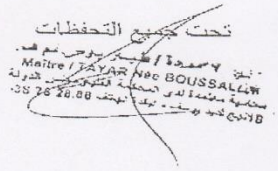
- حيث أن المدعى عليه وكطلب مقابل يلتمس :
- إلزام المدعية أن ترد له مبلغ الصداق كاملا والمقدر بـ 100.000.00 دج ذلك لأن الزوجة تستحق نصف الصداق في الطلاق قبل البناء إذا وقعه الزوج بإرادته، فيتحمل مسؤوليته وفق ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية في الآية الكريمة : " ..... وإن طلقتموهن قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ....." سورة البقرة 237 .
- حيث أن المادة 16 من قانون الأسرة مستمدة من هذه الآية الكريمة التي تؤكد حق الزوجة في نصف الصداق إذا طلقها الزوج .
- والحال في هذه القضية أن المدعية هي التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه .
- حيث أن نزاعات مماثلة فصلت فيها المحكمة العليا أين قررت فيها عدم أحقية الزوجة في نصف الصداق إذا كان العدول منها (الرجاء الاطلاع على قرار المحكمة العليا المؤرخ في 07/13/ 1993 و قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/10/11 + تعليق على قرار المحكمة العليا وثائق مرفقة) .
- بالنسبة للهدايا : فإذا كان العدول من طرف الزوجة فلا يجوز أن يتحمل الزوج الخسائر والأضرار التي تكبدها في مجمل الهدايا التي قدمها بهدف إتمام الزواج.
- حيث أن المصوغ الذي قدمه المدعي يقدم حسب العادة والعرف في (الحنة) وهي المناسبة التي تسبق الدخول مباشرة، وغالبا ما يشترط المصوغ مع الصداق فيصبح جزءا منه .
- حيث أن المدعي قام بتقديم المصوغ للمدعى عليها في حفل حضره جميع الأهل والأقارب، وبعدها تقوم المدعية برفع دعوى التطليق وتتمسك بأنها تستحق نصف المهر ولا تشير إطلاقا إلى المصوغ الذي استولت عليه بدون وجه حق .
- حيث أن المدعى عليه يلتمس من المحكمة الموقرة إلزام المدعية أن ترد له مبلغ الصداق كاملا :
- السلسلة الذهبية ، المقياس الذهبي، 5 لويزات، الخاتمين والأقراط .
- بالنسبة لباقي الهدايا فإنه يلتمس تعويضه عنها بقيمة 200.000.00 دج .
- أما فيما يخص الأضرار المعنوية فإن عدول المدعية عن إتمام الزواج بعد القيام بجميع المراسيم المتعارف عليها قد ألحق أضرارا معتبرة بالمدعى عليه مما يجعله محقا في طلب التعويض جبرا لهذه الأضرار .

** <u>لهـــذه الأسبـــاب</u> **

- **نلتمـــس** / إلزام المدعية أن ترد للمدعى عليه :
- مبلغ الصداق كاملا والمقدر بـ 100.000.00 دج .
- المصوغ المتمثل في سلسلة ذهبية- مقياس ذهبي- 5 لويزات -- خاتمين – أقراط .

- مبلغ 200.000.00 دج قيمة هدايا الخطوبة والزواج (ثياب وعطور و.....).
- مبلغ 200.000.00 دج تعويض عن الأضرار المعنوية اللاحقة بالمدعى عليه.

تحت كل التحفظات



المرفقات /
- نسخة من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/07/13 .
- نسخة من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/10/11 .
- نسخة من تعليق على قرار المحكمة العليا.

الملحق 02:

مكتب الأستاذة :
محامية معتمدة لدى المحكمة العليا
و مجـــلس الدولـــــــة

قسم شؤون الأسرة
** مذكـــرة رد **

قضية رقم:
جلســـة:

لفائدة/ .....مدعى عليه في حقه الأستاذة
ضـــد/ .....مدعية في حقها الأستاذة
النيابـــــــة العامة ممثـــــــلة في النائب العـــــام لدى محكمة
****

** بعد أداء الاحترام لهيئة المحكمة الموقرة **

- حيث أن المدعية ترفع دعوى الحال من أجل المطالبة بالتطليق قبل البناء وتلتمس مبلغ 800.000.00 دج جبرا للضرر اللاحق بها .
- حيث أن الثابت قانونيا وطبقا لأحكام المواد 47 و 48 قانون الأسرة فإن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة وأن عقد الزواج يحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة .
- حيث أن المدعية تلتمس القضاء بالتطليق قبل البناء دون أن تحدد الضرر اللاحق بها أو بالأحرى دون أن تقيم الدليل على الأضرار المزعومة حسب مقتضيات المادة 53قانون الأسرة ، وما ورد في عريضة افتتاح الدعوى تبقى مجرد تصريحات واهية لا يمكن الأخذ بها .
- حيث أن هذا التطليق المطلوب من طرف المدعية جاء بعد أن قام المدعى عليه بجميع الالتزامات المادية إتجاه المدعية من : دفع الصداق المقدر بـ 100.000 دج، تقديم المصوغ المشترط والمتمثل في سلسلة بقيمة 270.000 دج ، مقياس بقيمة 195.000 دج ، 5 لويزات (2 غ) وخاتمين وأقراط، ومبلغ 100.000.00 دج قيمة هدايا الخطبة، ومبلغ 90.000.00 دج قيمة هدايا الزواج (الحنة) .
- بعد كل هذه الخسائر والمصاريف تأتي المدعية لتزعم بأنها لا تستطيع إتمام الزواج .
- حيث أن عقد الزواج هو عقد رضائي وبالتالي فإن الدخول وإتمام مراسيم الزواج هو إلتزام مشترك يقع على عاتق الزوجين، فإذا رفض أحدهما اتمامه يعتبر ناشزا

فهرس المحتويات	الصفحة
بسملة	
إهداء	
شكر وعرفان	
قائمة المختصرات	
مقدمة	
الفصل الأول: ماهية التطليق في الفقه والقانون الجزائري	9
المبحث الأول: مفهوم التطليق	10
المطلب الأول: تعريفات التطليق	10
المطلب الثاني: مشروعيات التطليق وطبيعته	12
المبحث الثاني: تمييز التطليق عن باقي صور الطلاق	20
المطلب الأول: تمييز التطليق عن الطلاق	22
المطلب الثاني: تمييز التطليق عن الخلع	25
الفصل الثاني: أحكام التطليق على ضوء الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	30
المبحث الأول: أسباب التطليق على ضوء	32
المطلب الأول: حالات التطليق التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الاسلامي	32
المطلب الثاني: حالات التطليق التي إنفرد بيها المشرع الجزائري دون الفقه الاسلامي	56
المبحث الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق	63
المطلب الأول: رفع دعوى التطليق والمراحل يمر بها	64
المطلب الثاني: الأحكام الصادرة في فك الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها	68
خاتمة	
قائمة المصادر والمراجع	
الملحقات	

ملخص المذكرة:

يعتبر الزواج اساس الزواج ورابطة مقدسة وعلاقة زوجية تليق برقي الإنسان ، إلا أنه قد يحصل أن تعترض الحياة الزوجية مشاكل وخلافات بين طرفيها ، مما يؤدي إلى تزعزع الثقة والتفاهم بينهما وبالتالي ينعدم حب مواصلة هذه الرابطة مما يؤدي إلى إنهائها . ويعد التفريق القضائي وسيلة للمرأة تكفل لها حقها ، وتمكنها من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج ، اذا لم تفلح وسائل فك الرابطة الزوجية الأخرى (الطلاق والخلع). فهو حق شرعي يعالج مشاكل التعسف ضد المرأة ، لإبقاء كيان الأسرة قويا، شرط أن تتوفر الاسباب الداعية له، والتي نص عليها الشرع وحصرها القانون في عشرة أسباب ، حيث يمكن للزوجة أن تطلب التفريق عن طريق القضاء بإثباتها لسبب من الأسباب المحددة في المادة 53 من ق أ ج ، ويتم ذلك عن طريق دعوى قضائية، تسير وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الكلمات المفتاحية: التطليق – التفريق القضائي – أسباب التطليق – إجراءات التقاضي.

Note summary:

Marriage is considered the basis of marriage, a sacred bond and a marital relationship worthy of human advancement, but it may happen that marital life is interrupted by problems and disagreements between the two parties, which leads to undermining trust and understanding between them, and thus the love of continuing this bond is absent, which leads to its termination. Judicial separation is considered a means for women to guarantee their rights and enable them to terminate the marital bond by force from the husband, if other means of dissolving the marital bond (divorce and divorce) do not succeed. (It is a legal right that addresses the problems of abuse against women, to keep the family entity strong, provided that the reasons are available. His wife, which is stipulated in the Sharia and restricted by law to ten causes, whereby the wife can request a separation through the judiciary by proving it for one of the reasons

specified in Article 53 of the CAC, and this is done through a legal case that proceeds according to the Civil and Administrative Procedures Law.
Key words: divorce – judicial separation – reasons for divorce – litigation procedures.