الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

قسم الحقوق

رقم:

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية

فرع: الحقـــوق

تخصص: قانون أحوال شخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالبة: دنيدني نعيمة

تحت عنوان

أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في القانون الجزائري

لجنة المناقشة:

الدكتور أحمد الزايدي	**جامعة محمد بوضياف المسيلة**	**رئيســـا**
الدكتور عمارة عمارة	**جامعة محمد بوضياف المسيلة**	**مشرفا ومقررا**
الدكتور نصر الدين حجاب	**جامعة محمد بوضياف المسيلة**	**مناقشا**

نوقشت: يوم 2018/06/18

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

(وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا)

صدق الله العظيم

سورة الإسراء ﴿٨٥﴾

الإهـــــداء

إلى التي فرحت لفرحتي وحزنت لحزني

إلى التي سهرت اللّيالي في سبيل تربيتي

أمي الغالية أطال الله فيعمرها

***

إلى سرّ قوتي وسندي في الحياة

إلى من علّمني معنى التّحدّي

أبي حفظه الله ورعاه

***

إلى إخـــوتي وأخـــواتي

إلى كلّ زميــلاتي وصديقــاتي

خاصة غالية ورحيمة اللّتين لن أنساهما

***

نعيمة

شكر وتقدير

الحمد لله تعالى على التّوفيق في
إتمام هذا العمل.

أتقدم بالشّكر إلى الأستاذ المشرف
"عمارة عمارة"
لقبوله الإشراف على هذه المذكّرة، وعلى كل النّصائح
والإرشادات المقدمة من طرفه.

كما أتقدم كذلك بالشّكر إلى الأخ خليفة
مكتبة الصّقر الذي بذل من وقته وجهده في كتابة وطبع
هذه المذكرة.

وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد
في إنجاز هذا العمل.

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

- ق. أ: قانون الأسرة
- ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري
- ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ص: الصفحة
- ج ر: الجريدة الرسمية
- ف: الفقرة
- ط: الطبعة
- ب س ن: بدون سنة نشر

مقدمة:

لقد أولى الإسلام الزّواج عناية كبرى كونه سكن وسكينة النفس، وعلاقة المعاشرة بين الذّكر والأنثى، وأساساً للبقاء والاستمرار، ولتحقيق مقاصد سامية وأهداف نبيلة أهمّها تكوين الأسرة على وجه يحقّق سعادتها ويدعم هنائها واستقرارها، باعتبارها خلية المجتمع الأساسية ودعامته.

ورغم الأهمّية الّتي يحظى بها الزّواج إلّا أنّ الحياة الواقعية والعملية تثبت بين الحين والأخر أنّ هناك حالات لا يمكن معها تحقيق هذه المقاصد السّامية والأهداف النّبيلة، فيمكن للحياة الزوجية أن تصاب بما لا يستطاع معه دوام العشرة، وبالتّالي تصبح مستحيلة بعدما كانت سكناً ومصدرًا للراحة.

لذلك شرّع الله للزّوجين – أبغض الحلال إليه– الطّلاق كآخر حل إن لم تجدِ كل المحاولات، ولا يحدث ذلك إلّا إذا استحال استمرار الحياة الزّوجية، لإخلال الزّوج بالتزاماته وواجباته الشّرعية والقانونية تجاه زوجته، وتضرّرها من ذلك مع استحالة مواصلة العشرة الزّوجية.

وقد نظّم المشرّع الجزائري بموجب قانون الأسرة رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 في الكتاب الأول منه تحت عنوان الزّواج وانحلاله، الفصل الثّاني انحلال الزّواج بالطّلاق، في المواد من 48 إلى 57.[1]

غير أنّ هذا القانون تعرّض لجملة من الانتقادات تدعوا مجملها لإلغائه، أو على الأقل تعديل أحكامه لانتهاكه الصّارخ لإحدى المبادئ الّتي يقرّها الدّستور الجزائري، وهو تكريس مبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة.

وللتّخفيف من حدّة الضّغوطات تدخّلت المنظومة القضائية في هذا المجال، وتمكّنت من امتصاص التّناقض بين النّصوص القانونية والمبادئ الدّستورية بصفة جزئية.

ورغم ذلك تزايدت حدّة الانتقادات من خلال عجز المنظومة القضائية عن مجابهة هذا التّناقض على أساس أن السّلطة القضائية ليس بمقدورها أن تحل محل السلطة التشريعية، لذلك كان لزاماً على المشرع أن يتحرك ويقيم حركة إصلاح على القانون 84–11، وتجسد ذلك بالأمر 05–02 المتضمّن تعديل قانون الأسرة المؤرخ في 27 فيفري، والذي مسّ في مجمله جملة من المحاور من بينها التّطليق الذي كان أهم مواضيع هذا التعديل، والذي مسّ المادّة 53 باعتبارها الوسيلة الوحيدة الّتي تلجأ إليها الزّوجة لفك الرّابطة الزّوجية بإرادتها المنفردة.

---

[1]) الأمر رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ في27 فبراير 2005.

وقد حاول المشرّع من خلالها فتح مجال أكبر وأوسع حتى يمارس هذا الحق الذي يبقى مقيد ومحصور في الأسباب الّتي عدّدتها المادة 53 قانون الأسرة.

غير أنّ قلة النّصوص القانونية المنظمة للموضوع نظرا لطبيعته الخاصّة والمتشعّبة، وطريقة صياغتها التي يكتنفها الغموض، واحتمالها لأكثر من تأويل، ما جعل إمكانية التّضارب وارد، هذا الأمر أدّى إلى خلق مجموعة من الإشكالات والمعوقات الّتي تواجه الزّوجة في إثبات الضرر الذي أصابها، سواء من حيث النّصوص، أو من حيث التطبيق.

وقد دفعتنا عدّة أسباب لاختيار هذا الموضوع من بينها: بيان أسباب طلب الزّوجة التّطليق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، ودراسة كل سبب من هذه الأسباب على حدى، وموقف الفقهاء من كل سبب، وبيان النقائص التي تعتري المشرع الجزائري في أحكام التطليق، بالإضافة انتشار ظاهرة التطليق في المحاكم الجزائرية.

أهمية الموضوع

وتظهر أهمّية الموضوع في أنّ التّطليق يعتبر من أكثر المواضيع الّتي تلقى اهتماماً كبيرًا في قانون الأسرة، كونه مؤشّرا لضمان حقوق الزّوجة، وبالأخص الزّوجات الّلاتي يتعرّضن للذّل والضّرر من أزواجهن، ويجهلن الكثير من حقوقهن، حتى تستطيع الزّوجة من خلالها رفع الضّرر، ومن جهة أخرى عناية المشرّع الجزائري بوضع قواعد قانونية لتأكيد هذا الحق.

الهدف من الموضوع:

ويكمن الهدف من دراستنا لهذا الموضوع في بيان الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، والبحث في كل سبب من هذه الأسباب، وبيان موقف الفقهاء من ذلك، وإظهار الإشكالات التي قد تواجه الزّوجة عند طلب التّطليق في إثبات الضّرر.

الإشكالية:

ونظرًا لاستحالة العشرة الزّوجية، وعدم تمكن الطّرفين من مواصلتها، ولتمكين المرأة من طلب التّطليق، جاز لنا طرح الإشكال الآتي:

فيما تتمثل أسباب التّطليق الّتي تجيزها المادّة 53 ق أ ج؟ وما مدى سلطة القاضي في تقدير الضرر للحكم بالتطليق؟

المنهج المتبع:

والموضوع الذي نحن بصدد دراسته فإنّ البحث فيه يقتضي استخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى وطبيعته، ولأن دراستنا لهذا الموضوع تعتمد أساساً على قانون الأسرة، فقد اعتمدنا

منهج المقارن بين الشريعة والقانون كمنهج رئيسي، واستعنا كذلك بالمنهج الوصفي التحليلي، والذي يقوم على التّحليل والتّفسير والاستخلاص ويصلح لمثل هذه الدّراسات القانونية.

الدراسات السابقة:

وأما عن الدراسات التي أجريت على هذا الموضوع نذكر منها:

– سعاد نذير، التّطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكّرة ماستر، جامعة محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، قسم القانون الخّاص،2012–2013.

– اليزيد عيسات، التّطليق بطلب من الزّوجة في قانون الأسرة الجزالئري مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، كلية الحقوق، 2002–2003.

– فاطمة الزّهراء قورادش، أسباب التّطليق وإشكالات إثبات الضّرر في قانون الأسرة الجزائري، مذكّرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2015–2016.

صعوبات البحث:

ومن الطبيعي أن يصادف كل باحث صعوبات خلال إنجاز مذكرته، والّتي تختلف من دراسة لأخرى ومن باحث لأخر، وما يمكن تسجيله من عقبات بالرّغم من توافر المّادة العلمية فيما يتعلق بهذا الموضوع فيما يخص الفصل الأولّ، إلّا أنه من الصّعب انتقاء المعلومة الدّقيقة والمركّزة والّتي توضع في المكان المناسب، بالإضافة إلى آراء الفقهاء المتشعّبة، خاصّة من حيث صعوبة اختيار الرّأي الرّاجح بينهم، نظرًا لوجود عدة آراء في مسألة واحدة.

خطة الدراسة:

قسمنا هذا الموضوع إلى فصلين تناولت في الفصل الأول ماهية التّطليق، وقسمته إلى مبحثين: خصصت المبحث الأول لمفهوم التّطليق، وتطرّقت في المبحث الثّاني إلى أسباب التّطليق المذكورة في التّعديل الأخير لقانون الأسرة.

أما الفصل الثّاني إشكالات إثبات الضّرر في قضايا التّطليق، قسمته إلى مبحثين، حيث تطرّقت في المبحث الأول إلى وسائل الإثبات، أما المبحث الثّاني فتناولت فيه إشكالات إثبات الضّرر من حيث النّصوص ومن حيث التّطبيق.

وتوّجت بحثي بخاتمة تتضمّن الإجابة عن الإشكالية، وحوصلة عن موضوع أسباب التّطليق، تمّ التّطرّق فيها إلى أهم النّتائج طبقاً لأحكام قانون الأسرة، بالإضافة إلى إبداء بعض الاقتراحات.

الفصل الأوّل: ماهية التّطليق

إنّ التطليق والطلاق كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا، غير أنّ المشرّع الجزائري استحدثه للتّمييز بينه وبين الطلاق، وكذلك يطلق عليه التّفريق القّضائي بين الزّوج وزجته في حالة تحقق الأسباب المذكورة في المادة 53 ق أ، حيث أجازت للزّوجة طلب التطليق بموجبها[1]، وذلك مراعاة لجانب الزوجة لرفع الحرج والضّرر عنها، وفتح لها بابا للخلاص، وإن لم يرض به الزوج، وأوجبت على القاضي الاستجابة لطلبها، متى وجد السّبب الّذي يقتضي حالة الفرقة بينهما، فما مفهوم التطليق؟ وما هي أسبابه؟

وللإجابة على هذا التساؤل قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأوّل: مفهوم التّطليق.

المبحث الثّاني أسباب التطليق.

[1]) الأمر رقم 11 – 84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 15، بتاريخ في 27 فبراير 2005.

المبحث الأوّل: مفهوم التّطليق

الأصل أن الّذي يملك حق التّطليق هو الزّوج فهو ملزم بأداء حقوق الزّوجة والأطفال، ممّا يجعله الأكثر حرصا على بقاء الحياة الزّوجيّة، غير أنّ المشرّع منح للزّوجة إمكانية طلب التّطليق، وعليه يطرح التّساؤل التّالي: ما المقصود بالتّطليق وما مدى مشروعيته؟

وللإجابة على هذا التساؤل قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، في الأوّل تناولنا فيه تعريف التّطليق وشروطه، أما المطلب الثّاني فقد خصصنا لدليل مشروعيته.

المطلب الأوّل: تعريف التّطليق وشروطه

لقد أجاز المشرّع الجزائري للزّوجة إمكانية طلب التّطليق، ونصّ عليه في المادة53 ق أ، وعليه سنتطرق إلى ما هو تعريف التّطليق في الفرع الأوّل، وفي الفرع الثّاني نتناول ماهي شروط التّطليق.

الفرع الأوّل: تعريف التّطليق

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التّطليق لغة، ثم نتناول تعريفه اصطلاحا.

أولا: التّطليق لغة

يعود إلى طلق تطليقا، ويقال تطلقت الخيل: مَضَتْ إلى الغاية في السّباق طَلَقا لمْ تحْبَس، تطلق الزّوجان: مُطاوع طلقَ: أنهيا علاقة الزّواج بينهما.[1]

ثانيا: التّطليق اصطلاحا

هو منح الزّوجة حق طلب التّفريق عن زوجها أمام القاضي، بناء على إرادتها المنفردة استنادا إلى حالات محدّدة ومنصوص عليها.[2]

إلا أنّنا نلاحظ في هذا المفهوم أنه ينطبق على الخلع أكثر من التّطليق.

---

[1]) ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، 2003، ص226.

[2]) سعاد نذير، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012- 2013، ص51.

وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي: هو تمكين الزوجة من إنهاء الرّابطة الزّوجيّة جبرا عن الزوج، ويقع بحكم القاضي إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع.[1]

أوهو: رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة.[2]

أما المشرّع الجزائري فلم يتطرق لتعريف التّطليق، إنما اكتفى بذكر الأسباب الّتي تخوّل للزّوجة حق التّطليق في المادّة 53 ق أ ج،[3] كذلك لم يرد تعريف فقهي محدّد، حيث أنّ الشّريعة الإسلامية لم تضبط تعريف محدّد، وإنّما اكتفت بالإشارة إلى أسباب طلب التّطليق.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/03 حيث جاء فيه:" من المقرّر شرعا أن الطّلاق هو حق للرّجل صاحب العصمة، وأنّه لا يجوز للقاضي أن يحلّ محلّه في إصداره، أما التّطليق فهو حق للمرأة المتضرّرة وترفع أمرها للقاضي الّذي يطلقها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشّريعة الإسلامية".[4]

إنّ المحكمة العليا أرادت أن تعرف التّطليق من خلال هذا القرار، إلّا أنّها لم تعط تعريفا شاملا ودقيقا بحيث أنها لم تبيّن المقصود بالمرأة المتضررة أو كان على الأقل لو أعطت أمثلة عن ذلك.[5]

ويمكن استخلاص أنّ التّطليق يكون بناء على طلب من الزّوجة، ويتم بحكم القاضي رغم معارضة الزّوج له طالما أنها متضررة، ويفرّق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف. [6]

---

[1]) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط 3، دار الفكر، دمشق، 2012، ص486.

[2]) فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر، 2008، ص35.

[3]) الأمر رقم 11 – 84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير2005، المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 15، بتاريخ في 27 فبراير2005.

[4]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026 ، بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص 86.

[5]) منى منصور، التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، 2014- 2015، ص20.

[6]) محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتواره ، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008- 2009، ص639.

الفرع الثّاني: شروط التّطليق

إضافة إلى الأسباب المذكورة في المادّة 53 ق أ ج، نجد شروط يجب توافرها في التّطليق أهمها:

1- أنّه لا بدّ أن يتمّ في المحكمة أمام القاضي.

2- لا بدّ من طلب الزّوجة ذلك، حيث أن الصّحيح المشهور أنّ المرأة لا تستقل بذلك، بل لا بدّ من الرّفع إلى الحكم.

3- أنّه لا يستعمل إلّا إذا تعذّر الإنفاق بين الزّوجين وتوفرت الشروط المنصوص عليها في القانون، فإن كانت الأسباب الّتي نصّ عليها المشرّع الجزائري غير متوفرة فإن دعوى...[1]

بالنسبة للفقه الإسلامي لم يضع شروط معينة، وإنما ذكر بعض الأسباب فقط كالتّفريق للعيب، وللغيبة، وعدم النفقة أيضا، وسنتطرق لذلك من خلال المبحث الثّاني بالتفصيل.

المطلب الثّاني: مشروعية التّطليق

يستمد التّطليق مشروعيته في الفقه الإسلامي من الكتاب والسنة باعتبارهما من الأدلة الأصلية لمشروعية التّطليق، كما يستمد مشروعيته في التشريع الجزائري من قانون الأسرة، وعليه سنتناول مشروعية التّطليق في الفقه الإسلامي في الفرع الأوّل، ونتطرق إلى مشروعية التّطليق في قانون الأسرة في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: مشروعية التّطليق في الفقه الإسلامي

التّطليق من المسائل المتفق فيها بين الفقهاء، فقد شرّع الله عز وجل الطّلاق لفض الخلاف ورفع الضرر مع أبغضه.

ويمكن الاستدلال على مشروعية التّطليق من القرآن الكريم، وإنّ لم ترد آيات تدل صراحة على ذلك، إلّا أنّ هناك آيات تدل ضمنيا على مشروعيته.[2]

---

[1] رحيمة عوفي، أحكام التطليق في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015- 2016، ص12.

[2] منى منصور، المرجع السابق، ص21.

أولا: من الكتاب

قوله تعالى:" **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ**".[1]

فوجه الدلالة هنا أنّ الآية أفادت التخيير بين الإمساك والتّسريح، فالإمساك بالمعروف أو التّسريح بالمعروف، ثم جاءت الآية بصريح النّهي عن الإمساك الّذي يلحق ضررا بالمرأة دون التّفصيل في ذلك، ثم بيّن الحق تبارك تعالى، أنّ الّذي يمسك زوجته ضرارا يعتبر ظالما لنفسه لاعتدائه على زوجته، وعلى أحكام الله.[2]

ثانيا: من السنة

عن ابن عباس رضي الله عنه: حدثنا أزهر بن جميل، أخبرنا عبد الوهاب الثقفي، حدثنا خالد، عن عكرمة، عن ابن عباس:" أنّ امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة." رواه البخاري.

فوجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على زوجة ثابت طلبها بالتّفريق بينهما، مع عدم إضراره بها، إلا أنها خشيت ألا تقوم بحقوقه كزوج كما أمرها الشارع، وتقبّل النّبي صلى الله عليه وسلم طلبها وأعانها عليه، رغم إقرارها بحسن خلق زوجها ودينه، ممّا يظهر مشروعية التّفريق.[3]

---

[1]) سورة البقرة الآية [231].

[2]) منى منصور، المرجع السابق، ص22.

[3]) عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين – دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني–، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة، قسم القضاء الشرعي، 2004، ص10.

الفرع الثّاني: مشروعية التّطليق في قانون الأسرة الجزائري

أما المشرّع الجزائري فقد أخذ بالفقه المالكي لاعتبارهم أن الطّلاق بسبب أحد الزّوجين كالفرقة بسب إعسار الزّوج معتبرا إياه طلاقا وليس فسخا، وكذا ما يستشف من المادّة 48 من ق أ ج الّتي تنص:...مع مراعاة المادّة 49 هو يحل عقد الزواج بالطّلاق، ويتم بإرادة الزّوج أو بتراضي الزّوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"[1]، وأن الفرقة الّتي تقع بطلب الزّوجة تعد طلاقا تعسفيا.

[1]) أنظر الأمر 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

المبحث الثّاني: أسباب طلب التّطليق

لقد منح المشرّع الجزائري بموجب المادّة 53 ق أ ج، التّطليق للزّوجة كرخصة لإنهاء العلاقة الزّوجيّة في حالة استحالة استمرار العشرة الزّوجيّة، وذلك بناء على طلبها أمام القاضي، مسايرا لأحكام الشّريعة الإسلامية، حيث أنّه ذكر الأسباب الّتي تمنح للزّوجة حق التّطليق على سبيل الحصر، ومن خلال هذه المادّة يتضح لنا أنّه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مطالب، فالمطلب الأوّل تضمّن التّطليق لإخلال الزّوج بالتزاماته العائليّة والزّوجيّة، أما المطلب الثّاني التّطليق لارتكاب الزّوج جرائم معاقب عليها جزائيا، أما المطلب الثّالث فتناولنا فيه التّطليق للعيوب والتّطليق للضرر المعتبر شرعا.

المطلب الأوّل: التّطليق لإخلال الزّوج بالتزاماته العائليّة والزّوجيّة

سنتطرق في الفرع الأوّل إلى التّطليق لعدم الإنفاق وللغيبة، وأما الفرع الثّاني فقد خصصناه لدراسة التّطليق للهجر في المضجع فوق 4 أشهر والتّطليق للشقاق المستمر، أما الفرع الثّالث فسنتناول فيه مخالفة أحكام المادّة 8 من ق أ ج ومخالفة شرط عقد الزّواج كسببان للتّطليق.

الفرع الأوّل: التّطليق لعدم الإنفاق والتّطليق للغيبة

بالرّجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإن المشرّع أجاز للزّوجة طلب التّطليق لإخلال الزّوج بالتزاماته العائليّة والزّوجيّة سواء لعدم الإنفاق للغيبة.

أولا: التّطليق لعدم الإنفاق

لقد نص المشرّع الجزائري في قانون الأسرة على أنه:" يجوز للزّوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها استنادا إلى إرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".[1] وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها.

[1]) أنظر المادة 53 فقرة 1 من الأمر 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

1- موقف الفقهاء من التّطليق لعدم الإنفاق:

لقد أجازت المذاهب الثلاث المالكية والشّافعية والحنابلة طلب التّطليق لعدم الإنفاق[1]، مستدلين بقوله تعالى:" **فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ۚ**".[2]

فمتى امتنع الزّوج عن الإنفاق لعجزه، أو امتنع ظلما منه مع قدرته، كان للزّوجة حق طلب التّطليق،[3]

بينما يرى الحنفية بعدم جواز طلب التّطليق لعدم الإنفاق، لأنه إن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق لقوله تعالى:" **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ۖ** ".[4]

أما في حالة اليسر فهو ظالم إن لم ينفق، لكن دفع لظلمه لا يتعين بالتّفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على الزّوجة.[5]

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من التّطليق لعدم الإنفاق:

لقد أجاز المشرّع الجزائري للزّوجة أن تطلب التّطليق لعدم إنفاق زوجها عليها طبقا للفقرة الأوّلى من المادّة 53 ق أ، واضعا لها شروط لا بد من توفرها وهي:

أ- أن ترفع دعوى مسبقا ضد الزّوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة فإن لم ينفذ الحكم، هنا يمكن لها أن ترفع دعوى ضده، تطلب فيها التّطليق لعدم امتثاله للحكم الّذي يأمره بالنفقة.

ب- أن تكون غير عالمة بإعساره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بذلك ووافقت سقط حقها في ذلك.

جـ- مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من ق أ ج، حيث تكون النفقة الممتنع عن تقديمها هي الّتي تتعلق بالأكل، والشرب، واللباس، والعلاج، والمسكن، كما يدخل في الضروريات حسب

---

[1]) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص489.

[2]) سورة البقرة [الآية 231].

[3]) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص431.

[4]) سورة الطّلاق [الآية 7].

[5]) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص489.

قدرة زوجها.[1]

وما يلاحظ أن المشرّع الجزائري لم يحدّد مقدار النفقة الّتي أعسر بها الزّوج بحد أدنى والّذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى الطّلاق.

ثانيا: التّطليق للغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة

من بين الحالات الّتي أجاز فيها طلب التّطليق حسب المادّة 53 ق أ ج، الغيبة بمضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

ويقصد بالغيبة أن يكون الرّجل في موضع يسهل إحضاره أمام القضاء، ومراجعته فيما تدعيه زوجته عليه، سواء كان غائبا عن البلد حقيقة أو مختفيا.

1- موقف الفقهاء من التّطليق للغيبة:

اختلف الفقهاء في ذلك، فالحنفية والشّافعية لا يرونها سببا للتفريق، وإن طالت مدة الغياب لعدم وجود دليل شرعي يجيز ذلك،[2] أما المالكية والحنابلة ذهبوا إلى جواز التّطليق بسبب الغيبة الطّويلة الّتي تتضرر منها الزّوجة، حتى وإن تيسرت لها النفقة.[3]

2- موقف المشرّع الجزائري من التّطليق للغيبة:

بالنسبة للمشرّع الجزائري فقد أجاز التّطليق بسبب الغيبة الطّويلة حسب الفقرة الخامسة من المادّة 53 ق أ، غير أنّه وضع شروط لذلك تتمثل فيما يلي:

1- أن يغيب الزّوج عن الزّوجة غيبة طويلة تفوق السنة، تحسب ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، ومن هنا يظهر أنّ المشرّع أخذ بالمذهب المالكي في تحديد المدة بسنة فأكثر.

2- أن يغيب الزّوج عن زوجته دون عذر شرعي وقانوني مقبول دفعه لذلك، متبعاً في ذلك مذهب الحنابلة.

---

[1]) العربي بلحاج، طرق الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، العدد الثالث، 1990، ص573 -575.

[2]) علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائل الصنائع، تحقيق، علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، منشورات دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص197

[3]) موفق الدين ابن قدامة، المغني، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، لبنان، 1997، ص252.

3- أن يغيب الزّوج عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفقه على نفسها وأولادهما، أما إذا غاب لمدة سنة بعذر أو بغير عذر وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادهما، فلا يجوز لها طلب التّطليق، وعلى القاضي أن يتأكد من توفر كل هذه الشّروط حتى يحكم بالتّطليق.[1]

الفرع الثّاني:التّطليق للهجر في المضجع فوق 4 أشهر والتّطليق للشّقاق المستمر بين الزّوجين

كذلك نجد من بين الأسباب الّتي ذكرتها المادّة 53 من ق أ ج، الهجر في المضجع فوق 4 أشهر في الفقرة الثّالثة، أما الشّقاق المستمر بين الزّوجين فقد نصت عليه الفقرة الثامنة من نفس المادّة حيث نتناول:

أولا: التّطليق للهجر في المضجع فوق 4 أشهر

الهجر في المضجع هو عجز أن يدير الرّجل ظهره لزوجته ولا يعيرها الإهتمام المطلوب كزوج في الفراش وليس معناه ترك غرفة نوم.[2]

فالهجر في المضجع هو هجر الزّوج فراش الزّوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزّوجيّة.[3]

والهجر في المضجع شرّع كوسيلة من الوسائل التّأديبيّة الّتي يملكها الزّوج في مواجهة زوجته، بغرض تهذيبها وارجاعها إلى طاعته هذا بالنسبة للفقهاء.[4]

وبغض النظر عن الهدف المرجو من هجر الزّوج لزوجته في المضجع، فإنّه يحق للزّوجة أن ترفع أمرها للقاضي.

ويشترط لذلك توافر شروط معينة حتى تتمكن الزّوجة من طلب التّطليق وهي:

1- أن يهجرها زوجها في المضجع، ويترك فراش الزّوجيّة ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها.[5]

---

[1]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص19.

[2]) المرجع نفسه، ص20.

[3]) العربي بلحاج، صور الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص559.

[4]) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ،-الزّواج والطّلاق-، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص288.

[5]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص21.

2- أن يستمر هذا الهجر لمدة تفوق أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بينهما ولو لمرة واحدة، وإن وقع ذلك ولو مرة واحدة فلا نكون بصدد هجر أربعة أشهر حقيقية.

2-أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا، وأن لا يكون هناك ما يبرره لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية، أمّا إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزّوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، فإن الهجر في هذه الحالات له مبرراته المعقولة.[1]

ثانيا: التّطليق للشقاق المستمر بين الزّوجين

إنّ المقصود بالشّقاق هو سوء العشرة بين الزّوجين، واستمرار التّنافر بينهما، بسبب الزّوج أو الزّوجة، أو بسببهما معا، ممّا يلحق الضّرر بأحدهما أو بكليهما، لأنّ الشّقاق بحد ذاته يعتبر ضررا، ولذلك فإذا دبّ الخلاف فإنّ الشّارع قد عالج ذلك بتوسيط حكم من أهله، وحكم من أهلها لمحاولة إصلاح ذات البين.[2]

1- موقف الفقهاء من التّطليق للشّقاق المستمر:

لقد اختلف الفقهاء حول التّطليق للشّقاق المستمر، فلم يجز الحنفية والشّافعية والحنابلة التّفريق للشقاق والضّرر مهما كان شديدا، لأن دفع الضّرر عن الزّوجة يمكن بغير الطّلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرّجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

وأجاز المالكية التّفريق للشقّاق ، لكي لا تعيش الزّوجة حياة بائسة نتيجة إلزامها بالإستمرار في زواج لا ترغب فيه[3]، لقوله تعالى:" **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ۗ ".[4]

---

[1]) عبد الرازق علاط، دعاوى إنحلال الرابطة الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014- 2015، ص28.

[2]) محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص644- 645.

[3]) أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، 1982، ص97.

[4]) سورة البقرة [الآية 229].

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من التّطليق للشقاق المستمر:

الشّقاق المستمر بين الزّوجين كسبب من أسباب التّطليق استحدثه المشرّع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005،[1] حيث مكّن للزّوجة المتضررة من طول الخصام والشّقاق المستمر بينها وبين زوجها وسوء العشرة بينهما أن تلجأ للقضاء وتطلب التّطليق.[2]

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بناء على استمرار الشّقاق بين الزّوجين:" إن استفحال الشّقاق بين الزّوجين يقضي بالتّفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المطعون ضدّها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، ممّا نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإنّ القضاة بقضائهم بتطليق الزّوجة لهذا السّبب كافي للتّفريق القضائي طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن".[3]

الفرع الثّالث: التّطليق لمخالفة أحكام المادّة 8 من قانون الأسرة والتّطليق لمخالفة الشّروط الواردة في عقد الزّواج

من بين أسباب طلب الزّوجة التّطليق الّتي ذكرتها المادّة 53 ق أ، أيضا مخالفة أحكام المادّة 8 والّتي تتعلق بتعدّد الزّوجات، وكذلك مخالفة الشّروط الواردة في عقد الزّواج.

أولا: التّطليق لمخالفة أحكام المادّة 8 من قانون الأسرة

أباحت المادّة 8 من ق أ ج، تعدّد الزّوجات، لكنّها وضعت له قيودا والزمت الزّوج باحترام هذه القيود في حالة التعدّد.

---

[1]) أنظر المادة 53 فقرة 8 من الأمر 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة.

[2]) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 ، ص205.

[3]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353، بتاريخ 1996/09/24، قضية (ق. م. ب) ضد (ك. ف)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1997، ص96.

1- موقف الفقهاء من التّطليق لمخالفة أحكام المادّة 8 من ق أ ج:

أباحت الشّريعة الإسلامية تعدد الزّوجات، وجعلت الإباحة فيه أصلا وحقا لمن يلجأ إليه وتفتضيه ظروفه[1]، ولكن قيدت إباحته بقيود وحدود الشّريعة، الاقتصار على أربع زوجات والعدل بينهم الّذي هو التّسوية بين الزّوجات في الأمور الظّاهرة كالنّفقة والمبيت وحسن المعاشرة.[2]

لقوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا".**[3]

2- موقف قانون الأسرة الجزائري لمخالفة أحكام المادّة 8 من ق أ ج:

أجاز المشرّع الجزائري في الفقرة السادسة من المادّة 53 للزّوجة المطالبة بالتّطليق حال مخالفة الزّوج أحكام المادّة 8 ق أ، الّذي يسمح بالزّواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشّريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشّرعي وتوفرت شروط ذلك.[4]

أ- وجود مبرر شرعي للزّواج بأخرى، ولم يوضح ما هو المبرر الشّرعي ممّا يجعل الأمر موكولا إلى الاجتهاد القضائي.

ب- توفر شروط نية العدل بين الزّوجات ، والمشرّع لم يتطرق لتوضيح ما المقصود بشرط ونية العدل.

جـ- إخبار الزّوجة الّتي هي في عصمته عن رغبته في الزّواج بأخرى، وكذلك إخبار المرأة الّتي ينوي العقد عليها والزّواج منها بأن في عصمته زوجة أخرى، فإذا تخلف هذا الشّرط جاز للزّوجتين أن تطلبا التّطليق بناء على غش الزّوج لهما أو لإحداهما.

د- وجوب تقديم طلب التّرخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزّوجيّة.[5]

---

[1]) أبو عبد الرحمن، فضل تعدد الزّوجات في الإسلام، ط1، دار المنار بالخرج، الرّياض، 1991، ص 29.

[2]) مصطفى السّباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط7، دار الوراق للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999، ص80.

[3]) سورة النساء من الآية 3].

[4]) المادة 8 الأمر 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

[5]) حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص123.

لكن رغم تشديد المشرّع الشّروط، إلّا أنّه يمكن تفادي هذه الشّروط، وذلك عن طريق الزّواج العرفي ثم يطلب تثبيته أمام المحكمة.

ثانيا: التّطليق لمخالفة الشّروط الواردة في عقد الزواج

للزّوجين إدراج شروطا* معينة أثناء إبرام عقد الزّواج أو في عقد لاحق، بشرط ألّا تنافي مقتضيات العقد، فهل يمكن للزّوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التّطليق لإخلال زوجها بما تمّ الإتّفاق عليه من شروط في عقد الزّواج أو في عقد آخر لاحق.[1]

1. موقف الفقهاء من الإشتراط في عقد الزواج:

أجاز الفقهاء حق التّطليق للزّوجة إذا لم يوف زوجها بالشّروط الّتي اشترطها الشّريعة والشّروط في عقد النّكاح ثلاثة أنواع:

– نوع يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إلى الزّوجة بمنفعة أو فائدة مثل أن يشترط أن يسافر بها أو لا يتزوج عليهاّ فإن لم يف بذلك فلها الفسخ عند بعض الفقهاء أو الإبطال لهذه الشّروط.

– نوع يبطل به الشّرط ويبقى العقد، مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو لا نفقة لها، كذلك كل شرط يتنافى مع العقد.

– نوع يبطل النّكاح من أصله، مثل اشتراط تأقيت النّكاح وهو نكاح المتعة.[2]

2. موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج:

*) المقصود بالشّرط هو ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته تجاه نفسه أو غيره، أو ترتيب وقوع أمر على أمر آخر بواسطة أداة ملفوظة نحو"إن زرتني زرتك".

أو هو ما يتوقف عليه وجود الشّيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشّرط.

[1]) المنجد الأبجدي، ط5، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1987، ص591.

[2]) محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص454– 456.

لقد أجاز المشرّع الجزائري للزّوجين أن يشترطا في عقد الزّواج كل ما يريانه ضروريا ما لم يتنافَ مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[1]، ويظهر أن المشرّع أخذ بمذهب الحنابلة.

وقد خصّ بالذّكر صورتين على سبيل المثال لا الحصر، وهما تعدّد الزّوجات وعمل المرأة، ورتّب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التّفريق.

بالنسبة لتعدّد الزّ وجات فقانون الأسرة يبيح مبدأ تعدّد الزّوجات كأصل عام، مع وضع بعض القيود عليه بهدف حماية الزّوجتين السّابقة واللّاحقة.[2]

المطلب الثّاني: التّطليق لارتكاب الزّوج جرائم معاقب عليها جزائيا

قد يقوم الزّوج بأفعال تخالف المبادئ الأخلاقية والأسرية ويكون معاقب عليها شرعا وقانونا وتلحق الضّرر بالزّوجة ممّا يؤدي بها لطلب التّطليق أو فك الرّابطة الزّوجيّة.

وعليه سنتناول في الفرع الأوّل التّطليق للحكم على الزّوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة، ونتطرق في الفرع الثّاني إلى التّطليق لارتكاب الزّوج لفاحشة مبينة.

الفرع الأوّل: التّطليق للحكم على الزّوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

قد يحدث وأن يرتكب الزّوج جرائم معاقب عليها جزائيًا، تمسّ شرف الأسرة وتضرب إستقرارها وتماسكها واستمرارها، فهل يحق للزّوجة في هذه الحالة أن تطلب التّطليق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال موقف الفقهاء وموقف قانون الأسرة من ذلك.

أولا: موقف الفقهاء من التّطليق للحكم على الزّوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

لقد اختلف الفقهاء في مدى جواز التّطليق بسبب الحكم على الزّوج بجريمة ما، ومنهم من أجاز ذلك ومنهم من لم يجيز ذلك.

فالمالكية يجيزون التّفريق بين الرّجل وزوجته بسبب الحبس، فهم يعتبرون مطلق الغيبة إذا طالت مدته سببا للتّفريق بعذر أو بدونه، والمعيار في ذلك هو الضّرر المادي والمعنوي الّذي

---

[1]) تنص المادة 19 قانون الأسرة الجزائري على أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

[2]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص33.

يصيب المرأة[1]، والتّطليق بسبب الحبس يقع بائنا وليس فسخا.[2]

أما الحنفية والشّافعية فذهبوا إلى أنّه لا يحق للمرأة طلب التّفريق، بسبب غيبة الزّوج أو حبسه لأنهم لا يرون الغيبة بعذر أو بدونه سبب لطلب المرأة التّطليق من زوجها.

أما الحنابلة فالأرجح عندهم عدم التّفريق بين الرّجل وزوجته بسبب الحبس لأن الغيبة فيه بعذر.[1]

ثانيا: موقف قانون الأسرة من التّطليق للحكم على الزّوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

أباح المشرّع للزّوجة في المادّة 53 ف 4 أن تطلب التّطليق من الزّوج في حالة ارتكابه لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزّوجيّة.

من خلال استقراء هذه المادّة نلاحظ أنّه لكي تستطيع الزّوجة ذلك يجب أن تتحقق جملة من الشروط الضرورية وهي:

- أنه قد صدر حكم قضائي بسجن زوجها وتقييد حريته.
- أن هذا الحكم قد صار نهائي ونفذ على الزّوج فعلا.
- أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة.
- أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزّوجيّة.

الفرع الثّاني: التّطليق لارتكاب الزّوج لفاحشة مبينة

بالإضافة إلى ما قد يرتكبه الزّوج من جرائم معاقب عليها قانونا تلحق بزوجته، قد يرتكب أفعالا توصف شرعا بأنها فاحشة مبينة، فهل يمكن للزّوجة طلب التّطليق لإتيان زوجها فاحشة مبينة؟

لقد أجاز المشرّع الجزائري في المادّة 53 فقرة 7 ق أ ج أن تطلب الزّوجة التّطليق إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة، غير أنّ الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة، وهنا يثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة، فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش

---

[1]) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار احياء الكتب العربية، لبنان، د س ن، ، ص431.

[2]) أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص70.

أي معتد في القول، أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة، أو غبن فاحش أي إذا جاوزت الزّيادة ما يعتاد مثله.[1]

أولا: موقف الفقهاء من التّطليق لارتكاب الزّوج لفاحشة مبينة

في القرآن الكريم وردت آيات كريمة تصور الفاحشة في الأمور الّتي تخل بالأنظمة العامة والسّلوكات الإجتماعية إخلالا كبيرا منها:[2]

قوله تعالى:" **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا**".[3]

قوله تعالى:" **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**".[4]

وقوله أيضا:" **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا**".[5]

والواضح أن الفاحشة المبينة على ضوء أحكام الفقه الإسلامي ليس فيها خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية الّتي تسيء لسمعة الإنسان، فهي في مدلولها الشّرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وانما تتعداها إلى الجرائم الّتي أقر لها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود وهي الجرائم التالية: الزّنا، القذف ،السّرقة، السّكر، الرّدة، والبغي وهي تسمى الفواحش جمع فاحشة.[6]

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري التّطليق لارتكاب الزّوج لفاحشة مبينة

اعتبر المشرّع الجزائري في المادّة 53 من قانون الأسرة الفقرة السابعة حالة إرتكاب فاحشة مبينة، سببا من أسباب التّطليق، وإن كانت هذه الحالة يمكن أن تكون ضمن الفقرة 4 من نفس

---

[1]) محمد الأمين عثامنه، إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ،2014 -2015، ص35.

[2]) اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، كلية الحقوق، 2002-2003، ص167.

[3]) سورة الإسراء [الآية 32].

[4]) سورة الطّلاق [الآية1].

[5]) سورة النساء [الآية 22].

[6]) فاطمة الزهراء قورداش، المرجع السابق، ص42.

المادّة، لأنّ الفاحشة جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، ومعاقب عليها قانونا بالحبس، وبالرّجوع إلى قانون العقوبات المادّة 337 مكرر نجد أنّه اعتبر الفاحشة على أنها تلك العلاقات الجنسية الّتي ترتكب بين ذوي المحارم.[1]

والمقصود في هذه الفقرة هو فعل الزنا، مما يمس بالأمانة الزّوجيّة وبكرامة الزّوجة، وعليه فإذا تبيّن للزّوجة أو ثبت لديها أن زوجها قد إرتكب فاحشة ذا المعنى، ولم تعد تطيق العيش معه، فإنّه يجوز لها إذا رغبت في إنحلال العلاقة الزّوجيّة بينها وبين زوجها، أن ترفع دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم بتطليقها، وأن تقدم إلى المحكمة من الأدلّة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وجعل القاضي يقتنع بذلك.[2]

المطلب الثّالث: التّطليق للعيوب والتّطليق للضّرر المعتبر شرعا

قد يصاب الزّوج بعيب يحول دون تحقيق المقصد الشّرعي، الّذي من أجله شرّع الزّواج، كما أنّه قد يكون الزّوج تسبب بالضّرر للزّوجة سواء كان فعلا أو قولا.

وهذا ما سنطرق إليه من خلال الفرع الأوّل المخصص للتطليق للعيوب، والفرع الثّاني للتطليق المعتبر شرعا كسببان للتطليق.

الفرع الأوّل: التّطليق للعيوب

سنتطرق للعيوب الّتي من شأنها أن تؤثّر على الحياة الزّوجيّة، وتجعل استمرارها مستحيلا.

والمقصود بالعيوب لغةً: العيوب جمع عيب، والعَيْبُ والعَيْبَة: الوَصْمَةُ، ويقال عَيَّبَه: أي نسبه إلى العيب وجعله ذا عيب. ويقال شيء معيب ومعيوب: أي فيه عيب.[3]

أما اصطلاحا: هو نقصان بدني أو عقلي، في أحد الزّوجين يجعل الحياة الزّوجيّة غير مثمرة لا إستقرار فيها وينفر أحد الزّوجين من الآخر.[4]

وتنقسم العيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج إلى قسمين:

---

[1]) الأمر رقم 66- 156 مؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 مؤرخ في19 يونيو 2016، المتضمن قانون العقوبات، ج ر العدد 37، بتاريخ 22 يونيو 2016.

[2]) فاطمة الزهراء قورداش، المرجع السابق، ص40.

[3]) ابن منظور، المجلد الأول، المرجع السابق، ص634.

[4]) حسين طاهري، المرجع السابق، ص113.

– عيوب جنسية تحول دون الإستمتاع، وممارسة الحياة الزّوجيّة بشكل عادي، فيمتنع الدّخول، وبالتّالي عدم الإنجاب، سواء كانت من المرأة مثل: [1] الرّتق (الفرج مسدود ملتصق بلحم لا مسلك للذكر فيه)، القرن (عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر)، أو كان من الرّجل مثل الجبّ (قطع الذكر)، العنّة (العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه)، الخصاء.[2]

– عيوب جسدية لا تمنع الدخول، ولكنها تؤثر على الحياة الزّوجيّة، كالأمراض المزمنة أو المعدية أو المنفرة كالجذام (علة يحمر بها العضو ثم يتقطع ثم يسود ثم يتقطع ثم يتناثر)، البرص (بياض ببقع الجلد يذهب دمويته)، الجنون، الصرع، بالإضافة إلى الإيدز.[3]

أولا: موقف الفقهاء من التّطليق للعيوب

لقد اتفق أئمة المذاهب الأربعة على التّفريق بعيبين وهما الجبّ والعنّة، واختلفوا في عيوب أخرى، فذهب الحنفية إلى جواز التّفريق بالعيوب الثلاثة التناسلية وهي الجبّ والعنّة والخصاء إن كانت في الرّجل، وهي عيوب غير قابلة للزّوال والضّرر فيها دائم، أما العيوب الأخرى فلا تفرقة بسببها، أما الحنابلة فذهبوا إلى جواز التّفريق، وعدم تحديد العيوب، أما المالكية والشّافعية فذهبوا إلى جواز التّفريق للعيوب التناسلية أو المنفرة، فالعيوب عند الشّافعية سبعة وهي: الجبّ والعنّة والجذام والجنون والبرص، والرتق والقرن. والعيوب عند المالكية ثلاثة عشر عيبا، أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة الجنون والجذام والبرص والغيطة خروج الغائط أو البول عند الجماع، أربعة تختص بالرجل الجبّ والعنّة الخصاء الإعتراض عدم القدرة على الإتصال الجنسي لمرض أو نحوه، وخمسة تختص بالمرأة الرتق والقرن والبخر (نتن الفرج)، والعفل (غدة تمنع ولوج الذكر أو رغوة تمنع لذة الوطء)، والإفضاء (اختلاط القبل أي مسلك الذكر بمجرى البول أو الغائط).[4]

---

[1]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص41.

[2]) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص491.

[3]) رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص193.

[4]) علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح العلامة عبد الحي الكنوي، المجلد الثاني، ج2، ط1، تحقيق، نعيم أشرف نور محمد، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ، ص328–329.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التّطليق للعيوب

أجاز المشرّع الجزائري في المادّة 53 ف 2 ق أ، للزّوجة طلب التّطليق للعيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج.

من خلال هذه المادّة نلاحظ أنّه يجب أن تتحقق عدة شروط حتى يمكن أن يكون العيب الموجود بالزّوج سببا للتّفريق، بناء على طلب الزّوجة، تتمثل هذه الشّروط في:

1- أن يكون العيب موجودا بالزّوج فقط دون الزّوجة، فإذا كان العيب بالزّوجة فالزّوج له أن يطلقها في أي وقت يريد.

2- أن يكون العيب المتّصل بالزّوج من العيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج.

3- أن لا تكون عالمة بحال زوجها قبل التّعاقد، فإن كانت عالمة بوجود العيب، سقط حقها في طلب التّطليق.

4- أن يتم إثبات ما تدعيه الزّوجة بكافة وسائل الإثبات الخبرة أو شهادة الشهود، أو الإقرار أو غيرها.[1]

الفرع الثّاني: التّطليق للضّرر المعتبر شرعا

إنّ من أسباب التّطليق الضّرر المعتبر شرعا ويعرّف بأنّه: الأذى الّذي يصيب الشّخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، سواء تعلق ذلك الحق أو المصلحة بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.[2]

وعليه سنتطرق إلى موقف الفقهاء ثم موقف قانون الأسرة من التّطليق للضّرر المعتبر شرعا.

أولا: موقف الفقهاء من التّطليق للضّرر المعتبر شرعا

لقد اختلف الفقهاء حول جواز التّفريق بين الزّوجين للضّرر بين معارض ومؤيد، فالشّافعية والحنفية يرون عدم جواز التّطليق للضّرر، بل يمكن رفع الضّرر من قبل القاضي بنهي الزّوج، وأمره بالعدل وحسن العشرة ويعظه، فإن عاد عزره دون اللّجوء للتطليق.[3]

---

[1]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص46.

[2]) فاروق عبدالله كريم، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011، ص27.

[3]) أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 96.

بينما ذهب المالكية وقول آخر للحنابلة إلى جواز التّفريق للضرر، ودليلهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"، حيث يرون أنّه يمكن للزّوجة أن تطلب التّفريق إذا أصابها ضرر من زوجها، كأن يقوم بضربها أو شتمها أوسبها وغيره.[1]

ثانيا: موقف قانون الأسرة من التّطليق للضرر المعتبر شرعا

أجاز المشرّع الجزائري التّطليق للضّرر في المادّة 53 فقرة 10 ق أ، متّبعا في ذلك المذهب المالكي، مستعملا عبارة " كل ضّرر معتبر شرعا"، وهي عبارة واسعة المدلول أسباب التّطليق الأخرى.

وحسنا ما فعل المشرّع في توسيعه لمفهوم الضّرر، لأن الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنّه تطلب أن هذا الضّرر معتبر شرعا أو عرفا.[2]

ولقد وضع المشرّع عدة شروط لابدّ من توافرها حتى يحكم القاضي بالتّطليق للضّرر، تتمثل هذه الشّروط في:

- أن يقع الضّرر من الزّوج، فإن كان صادرا من عائلته فلا يمكن لها طلب التّطليق.
- أن يكون الزّوج متعمدا الإضرار بزوجته، أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة.
- أن يقع الضّرر الّذي أصاب الزّوجة معتبر، دون تحديد نوع معين للضّرر.[3]

[1]) محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص281.

[2]) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص205، 207.

[3]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص51.

الفصل الثاني: إشكالات إثبات الضّرر في مسائل التّطليق

لقد عمل قانون الأسرة الجزائري على معالجته للمسائل المتعلّقة بالأحوال الشّخصية، والقواعد الأساسية المنظّمة للأسرة وأحكامها بما فيها حق الزّوجة في طلب التّطليق، لكن رغم ذلك لم يحسن الإحاطة بهذا الحق، وهذا ما نتج عنه العديد من الإشكالات تعجز الزّوجة في كثير من الأحيان في إثبات الضّرر، ممّا يجبرها على القيام بالمحظورات، وإما أن تلجأ للخلع فهنا تكون قد جمعت بين المعاناة النّفسية النّاتجة عن التّطليق، ومعاناة مادّية ناتجة عن الخلع.

ومن هنا نستخلص أن الضّرر نوعان: ضرر مادي و ضرر معنوي، وقد أعطى المشرّع للمرأة كل وسائل إثبات ضررها، والمتمثلة في وسائل مطلقة وأخرى مقيدة، غير أنّه قد يستحيل إثبات الضّرر أو تنعدم وسائل إثباتها لمدى قدسية الحياة الزّوجية وسريتها، فلا تتكمن من تقديم الأدلّة للقاضي والّذي له سلطة تقدير مطلقة أو مقيدة.

ولمعرفة هذه الإشكالات قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، فالمبحث الأوّل خصصناه لدراسة وسائل الإثبات، أما المبحث الثّاني فقد خصصناه لإشكالات إثبات الضّرر في التّطليق.

المبحث الأول: وسائل الإثبات

إنّ إثبات الحق أمام القضاء لا يكون مطلقا بل مقيدا بمراعاة مبادئ وقواعد تختلف من تشريع لآخر، ولقد وضعت لها التشريعات وسائل إثبات تختلف حجيتها من نوع لآخر، من بينها المشرع الجزائري الذي حدد وسائل الإثبات، وعلى هذا وجب على الزّوجة إثبات الضرر وذلك بكل وسائل الإثبات، وللقاضي سلطة تقدير الضّرر.

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: خصصت المطلب الأول القواعد العامّة والقواعد الخاصّة في الإثبات، وتطرقت في المطلب الثّاني إلى السّلطة التّقديرية للقاضي في التّحقق من الضّرر.

المطلب الأوّل: القواعد العامّة والقواعد الخاصّة في الإثبات

لقد وضع المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات، قواعد عامّة وأخرى خاصّة للإثبات تنظمه وتضع حدوده.

وعليه سنتعرض في الفرع الأوّل للقواعد العامّة في الإثبات، ونتطرق في الفرع الثّاني للقواعد الخاصّة في الإثبات.

الفرع الأوّل: القواعد العامة في الإثبات

هناك قواعد إثبات عامّة يمكن للزّوجة أن تلجأ إليها لإثبات الضّرر الواقع لها لتتمكّن من حل الرّابطة الزّوجيّة، وتتجلى هذه القواعد العامّة في إبلاغ الأدلّة الكتابية، وتنفيذ إجراءات التّطليق، وتسوية إشكالات تنفيذ التّحقيق، وبطلان إجراءات التّحقيق.

أولا: إبلاغ الأدلة الكتابية

ألزم المشرّع الجزائري تقديم المستندات الّتي يقدّمها الخصم إلى الخصم الآخر من أجل أن يتمكّن المدّعى عليه من معرفة ما له وما عليه[1]، وهذا ما نصت عليه المادّة 70 من ق إ م إ: " يجب إبلاغ الأوراق والسّندات والوثائق الّتي يقدّمها كل طرف دعما لادّعاءاته إلى الخصم الآخر ولو لم يطلبها".[2]

---

[1]) حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 57.

[2]) قانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسية العدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

ولقد حدّدت هذه المادّة إشكالات إبلاغ الوثائق المنصوص عليها أعلاه، كعدم تقديم الوثائق أصلا من طرف أحد الخصوم، أو المماطلة في تقديمها، والجهة الّتي تفصل فيها وهي قاضي الموضوع الّذي يحدّد شفاهة وعند الضّرورة غرامة تهديدية أجل وكيفية تبليغ الأوراق واستردادها من الخصوم[1]، حسب المادّة 72 من نفس القانون، والّتي تنص على أنّه: يجوز للقاضي تصفية الغرامة التهديدية الّتي أمر بها.

كما أجاز القانون للقاضي وأثناء سير الدّعوى أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية ووثيقة محجوزة لدى الغير بناء على طلب أحد الخصوم، يقدم الطلب في شكل عريضة أثناء الجلسة، وللقاضي أن يفصل في ذلك بأمر معجل النّفاذ.[2]

بمعنى أنه يمكن حصول الزّوجة على الوثائق الّتي تثبت الضّرر إذا كانت عند الزّوج، وإذا امتنع هذا الأخير عن منحها إيّاها لها أن تطلب ذلك خلال الجلسة أمام القاضي.

ثانيا: تنفيذ إجراءات التحقيق

يقوم القاضي بإجراءات تنفيذ إجراء التّحقيق الّذي أمر به بموجب أمر شفوي أو تنفيذا لمستخرج الحكم أو نسخة منه، ويتم بحضور أمين الضّبط الّذي يحرر محضرا بذلك يودع بأمانة الضبط[3]، ويجوز لممثل النّيابة العامة حضور جميع إجراءات التّحقيق وعند الإقتضاء إبداء ملاحظاتها.[4]

كما يمكن أن يكون إجراء التّحقيق بناء على طلب أحد الخصوم حسب م 82 ق إ م إ المشار إليها أعلاه، وللمحكمة أن تقوم بإجراءات التّحقيق بنفسها أن تنتدب أحد قضاتها لمباشرة الإجراءات، وإذا كان مكان التّحقيق خارج دائرة المحكمة يمكن للقاضي أن ينتقل للقيام بالإجراءات اللّازمة حسب نص المادّة 84 ق إ م إ.[5]

ويتم إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق المأمور به شفاهة أو بواسطة محاميهم وفي حالة غيابهم ومحاميهم عن الجلة الّتي أمر فيها بإجراء التحقيق يتم استدعاؤهم برسالة

---

[1]) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2011، ص 144.

[2]) المادّتين 72 و 73 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]) أنظر المادّتين 82 و 90 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]) أنظر المادّة 88 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]) تنص المادّة 84 ق إ م إ على أنّه:" يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة إختصاصه، للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه."

مضمّنة مع الإشعار بالاستلام من طرف أمين ضبط الجهة القضائية، ويمكن استدعاء الغير بالحضور لنفس الغرض حسب نفس الإجراء.[1]

وللقاضي في بعض حالات إجراء التّحقيق التّأكد من إدعاءات الزّوجة المتضرّرة، وذلك بوجود بينة قطعية بحصول الضّرر، لذلك فإنّ قول الشّاهد أنّها قد تضرّرت من المدّعى عليه، أو أن غيابه يسبب لها ضررا، دون التّحقق من ذلك، فلا تقبل شهادته ويفسخ الحكم.[2]

ثالثا: تسوية إشكالات تنفيذ التّحقيق

يتولى القاضي تسوية الإشكالات الّتي قد تعترض تنفيذ إجراءات التّحقيق المأمور به، بصفة تلقائية أو بناء على طلب أحد الخصوم أو الخبير المنتدب للقيام بذلك الإجراء.[3] ويفصل في الإشكالات التي تعترض التّنفيذ بأمر غير قابل لأي طعن.[4]

ثم يواصل النّظر في القضية بعد تكوين الملف والمستندات والقرائن من أجل أن يكوّن القاضي إقتناعه بناء على أسباب جدّية، كما يجب أن يتوصل القاضي إلى الأسباب المستخلصة من التّحقيق والمستندات المقدمة في الدّعاوى، وتسلم إجراءات التّحقيق إلى الخصوم للاطلاع عليه بعد تسديد المصاريف.[5]

رابعا: بطلان إجراءات التحقيق

تناولت بطلان إجراءات التّحقيق المواد 95 و 96 و 97 ق إ م إ، فالبطلان معناه أن يشوب إجراء من الإجراءات يحول دون الوصول إلى قاعدة تتّفق مع مقتضيات العدالة.[6]

فالبطلان لا يمس عمليات التّحقيق إلّا في جوانبها المشوبة بعدم الصّحة،[7] فالدّفع بالبطلان لا يجب أن يمس كافة الإجراءات، وإنّما ينصب على الإجراءات غير الصّحيحة، أمّا عداه يبقى سليما بعيدا عند الدّفع بالبطلان طبقا لنص المادّة 97 ق إ م إ.[8]

---

[1]) أنظر المادّة 85 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص54.

[3]) أنظر المادّة 91 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]) أنظر المادّة 92 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]) حسين فريجة، المرجع السابق، ص60.

[6]) المرجع نفسه، ص61.

[7]) أنظر المادّة 96 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[8]) تنص المادّة 97 ق إ م إ على أنه:" يمكن القيام بعمليات التحقيق من جديد أو تصحيحها إذا أمكن تصحيح العيب الذي يشوبها.

الفرع الثّاني: القواعد الخاصّة في الإثبات

القواعد الخاصّة عكس القواعد العامّة لا تصلح أن تستعمل في كل القضايا، حيث أن كل قضية ولها قواعدها الّتي تصل للإثبات بها، وتتمثل في الخبرة، المعاينة والإنتقال إلى الأماكن، وشهادة الشّهود، واليمين.

أولا: الخبرة

الخبرة هي تكليف أشخاص ذوي اختصاصات فنية معينة[1]، والهدف منها هو توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي[2]، إذ أنّه يتعذر على القاضي في حالات كثيرة أن يباشر إجراءات معينة فيلجأ إلى خبير ومساعدته في بناء حكمه.[3]

ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التّخصص أو من تخصصات مختلفة، أو بناء على طلب من له مصلحة.[4]

وفي حالة تعدّد الخبراء عليهم العمل معا، ومن ثمّ يعدّون تقريرا موحّدا متى كانت آراؤهم متطابقة، وأمّا في حالة اختلاف آراء الخبراء فعلى كلّ واحد منهم أن يسبّب رأيه.[5]

كما أنّ الخبرة في مواد التّطليق تعتبر من وسائل الإثبات المعمول بها كثيرا، خاصة لإثبات عيب عضوي في الزّوج، ومثال ذلك القرار التّالي:

من المقرّر قانونا وقضاء، أنّه يجوز للزوجة طلب التّطليق إستنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة أو تربية الأبناء، ولمّا أسّس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتّطليق على: عدم القدرة على إنجاب الأولادّ إستنادا لنتائج الخبرة الطّبية الّتي خلصت إلى عقم الزّوج، فإنّهم قد وفّروا لقضائهم الأسباب الشّرعية الكافية، ماعدا ما يتعلّق بإلزام الزّوج التّعويض، ممّا يتوجّب نقضه جزئيا في هذا الجانب لإنعدام حالة التّعسف.[6]

---

[1]) حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2016، ص 133.

[2]) أنظر المادّة 125 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]) حسين فريجة، المرجع السابق، ص 65.

[4]) أنظر المادّة 126 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]) أنظر المادّة 127 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[6]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 87301، بتاريخ 1992/12/22 ، قضية (ب. أ) ضد (ب. خ)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995، ص92.

في هذا القرار إستطاعت الزّوجة الحصول على التّطليق لأنها تمكنت من إثبات الضّرر، وذلك بوسيلة الخبرة الّتي تبيّن عجز أو عقم الزّوج.

ثالثا: المعاينة والانتقال إلى الأماكن

لقد أجاز القانون للقاضي سواء بصفة تلقائية أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات، أو تقييمات أو تقديرات أو حتى إعادة تمثيل الوقائع الّتي تكون ضرورية لتجسيد النزاع مع الإنتقال إلى عين المكان اقتضى الأمر ذلك،[1] وهذا لتمكين القاضي من تشكيل صورة عن الوقائع المتنازع عليها، وبالتّالي الوصول إلى الحل المناسب.[2]

يحدّد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصم إلى حضور العلميات، وإذا تقرّر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرّر، وفي حالة غياب الخصوم أو أحدهم، تتبع الإجراءات المقرّرة في المادّة 85 من هذا القانون.[3]

وفي الأخير يتوجب على القاضي تحرير محضر عن الانتقال إلى الأماكن، يودع بملف الدّعوى بأمانة الضبط، بعد توقيعه من طرف القاضي وأمين الضّبط المرافق للقاضي أثناء المعاينة، وبإمكان الخصوم الحصول على نسخة من هذا المحضر للإطلاع عليه أو إبداء ملاحظات بشأنه.[4]

ثالثا: شهادة الشهود

الإثبات بالشّهادة هو الحصول على أقوال الشّهود الّذين يؤدون صحة الوقائع المتّصلة بالقضية موضوع الدّعوى[5]، حيث يدلي الشّاهد بشهادته أمام المحكمة بعد حلف اليمين، وإلاّ كانت شهادته قابلة للإبطال.[6]

---

[1]) أنظر المادّة 146 الفقرة 1 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]) حسين فريجة، المرجع السابق، ص 72.

[3]) أنظر المادّة 146 الفقرة 2/ 3/ 4 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]) أنظر المادّة 149 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]) عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجرءات المدنية والإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،2009، ص47.

[6]) أنظر المادّة 152 الفقرة 2 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويجوز الأمر بسماع الشّهود حول الوقائع الّتي تكون بطبيعتها قابلة لإثباتها بشهادة الشّهود، ويكون فيها التّحقيق جائزا ومفيدا في القضية[1]، وتكون الشّهادة مقيدة في القضية مثل عقود الزّواج العرفية يجوز سماع الشّهود.[2]

تدّون أقول الشّهود في محضر[3]، حتى يتمكن من غاب من أطراف الجلسة الّتي أدليت بها من الإطلاع عليه.[4]

وإذا نازع الخصم في إثبات المرافعة بشهادة الشّهود على أساس أنها تتعلق بالدّعوى أو غير منتجة، للقاضي مطلق الحرية في تقدير هذا الأمر.[5]

وهناك أشخاص يمنعون من سماعهم كشهّود، من كانت لهم قرابة أو مصاهرة بصفة مباشرة مع أحد الخصوم، أو زوج أحد الخصوم في الدّعوى التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا، أو الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، وناقص الأهلية، غير هؤلاء الأشخاص باستثناء الفروع يحوز سماعهم في القضايا الخاصّة بالأشخاص والطّلاق، ويجوز سماع القصّر الّذين بلغوا سن التّمييز على سبيل الاستبدال، ماعدا ناقص الأهلية.[6]

وتعتبر الشّهادة وسيلة إثبات يرجع إليها كثيرا في مسائل التّطليق، فيثبت الطّلاق بتصريح من الزّوج، كما يثبت أيضا بواسطة سماع شهود سمعوا تصريحات الزّوج بالطّلاق، وهذا ما انتهى إليه قرار المحكمة العليا، حتى تعتبر شهادة الشهود وسيلة يعمل بها شرعا.[7]

رابعا: اليمين

اليمين هي وسيلة مقرّرة لإثبات التزام أو واقعة مدّعى بها، تتطلب تأدية صيغة يحدّدها القاضي أمام شخص مؤهل لاستقبالها، وخلافا لوسائل الإثبات الأخرى يفترض في اليمين توفر ركن الإيمان بالقيمة الدّينية لدى مؤديها.[8]

---

[1]) أنظر المادّة 150 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]) حسين فريجة، المرجع السابق، ص 72.

[3]) أنظر المادّة 160 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]) أنظر المادّة 162 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]) حسين فريجة، المرجع السابق، ص 56.

[6]) أنظر المادّة 153 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[7]) قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 1984/12/03، المرجع السابق، ص 86.

[8]) عبد الرّحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص158.

كما يقصد بها إقامة الدّليل على الحقيقة أمر مدّعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية.[1]

وقد تأثر المشرّع الجزائري بالشريعة الإسلامية عند إقراره للصيغة الّتي يؤدى بها اليمين إذا تضمن عبارة (أحلف بالله العظيم).

كما أجاز القانون للقاضي صلاحية الأمر بأداء اليمين في الحالات الّتي يجوز تأدية اليمين فيها أو بشأنها[2]، والمقصود بذلك أن اليمين لا تؤدى إلّا إذا كانت جائزة قانونا، كما هو الشأن في النّزاع الواقع بين الزّوجين وليس لأحدهما بيّنة[3]، وفق أحكام المادّة 73 من ق أ ج الّتي تنص على أنّه:" إذا وقع النّزاع بين الزّوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزّوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرّجال، والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين".

أمّا إذا كانت الوقائع مخالفة للنّظام العام فإنّه لا يجوز فيها أداء اليمين.[4]

وفي حالة امتناع الخصم عن أداء اليمين الحاسمة الّتي وجهها خصمه إليه دون ردّها سقط ادعاؤه ، بمعنى أن الخصم الّذي رفض أداء اليمين الحاسمة تكون الدّعوى لصالح خصمه وإذا رد اليمين لخصمه، ورفض هذا الأخير أداءها ربح هو الدّعوى.[5]

فاليمين يؤخذ به في التّطليق ويستعمل كوسيلة إثبات ومثال ذلك: "من المقرر قانونا أن تطليق الزّوجة لعدم الانفاق والحكم لها بدون يمين يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثّم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون.[6]

---

[1]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص 58.

[2]) أنظر المادّة 189 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 293.

[4]) أنظر المادّة 190 الفقرة 3 من القانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]) تنص المادّة 192 ق إ م إ على أنّه:" إذا امتنع الخصم عن أداء اليمين التي وجهت إليه دون ردّها للخصم الآخر سقط ادعاؤه .

إذا رفض من ردّت عليه اليمين أداءها سقط ادعاؤه.

[6]) قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 56249، بتاريخ 1989/02/19، قضية (ج. م)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص51.

المطلب الثّاني: السّلطة التّقديرية للقاضي في التّحقق من الضّرر

إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نتعرض في الفرع الأوّل إلى سلطة القاضي التّقديرية المقيدة في التّحقق من الضّرر، أما الفرع الثّاني فنتناول فيه سلطة القاضي التّقديرية المطلقة.

الفرع الأوّل: السلطة التّقديرية المقيّدة للقاضي في التّحقق من الضّرر

يكون القاضي ملزم بفك الرّابطة الزّوجيّة عن طريق التّطليق عند التّأكد بالطّرق القانونية من وقوع الضّرر، والّذي حدّدت حالاته المادّة 53 ق أ ج، فتكون سلطة القاضي مقيدة في الحالات التّالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن الزّوجة عالمة بإعسار الزّوج وقت الزّواج مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادّة 8 أعلاه.
- مخالفة الشّروط المتّفق عليها في عقد الزّواج.

سنوضح سلطة القاضي في كل حالة من الحالات المذكورة.

لقد نصّ المشرّع على حالات التّطليق في المادّة 53 الفقرة 1 من ق أ ج، والّتي جاء فيها عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزّواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.

ونستخلص من هذه الفقرة ما يلي:

1- أن يصدر حكم قضائي بالزام الزّوج بالإنفاق على زوجته.

2- ألّا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزّواج.

ويتمّ تنفيذ الحكم بالزام الزّوج دفع النّفقة، وفي حالة امتناع هذا الأخير عن تسديد النّفقة المحكوم بها، يحق للزوجة التّطليق.

وقد قضت المحكمة العليا أن عدم النفقة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين سبب مبرّر للتطليق، وإذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذة، فإن قضاة الاستئناف كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن.[1]

[1]) قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 34971، بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص37.

إضافة إلى حق الزوجة طلب التطليق في حالة الإهمال العائلي، هذا الأخير قرّر له المشرّع كذلك الحماية الجزائية، أيّا كانت صورته، سواء وقع بترك مقر الأسرة لمدة تتجاوز شهرين (2)، أو إهمال الزوجة الحامل أو امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه، وذلك رغم صدور حكم ضدّه بإلزامه بدفع نفقة إليهم.[1]

وقد أجاز المشرّع الجزائري في إجراءات التقّاضي استعمال القضاء الاستعجالي لطلب استصدار أمر بالنّفقة المؤقتة.[2]

فبوجود حكم قضائي تكون سلطة القاضي مقيدة وليست له سلطة مطلقة في ذلك.

ثانيا: العيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج

من بين الحالات المجيزة للتّطليق حسب المادّة 53 التّطليق للعيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج، وإذا المشرّع الجزائري لم يحدّد هذه العيوب فلا شك أن المراد بها العيوب الجنسية خاصة، وكذلك الأمراض الجنسية الّتي من شأنها الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزّواج.[3]

ومنه فإنّ العيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج قد لا تظهر وقت إبرام العقد، إذ تكون إمّا عيوبا طارئة طرأت أثناء قيام الحياة الزّوجية، وإمّا تكون عيوبا غير ممكنة الإصلاح وغير قابلة للاحتمال، وألّا تكون الزّوجة عالمة بها وقت الزّواج وراضية بها.[4]

من المقرّر قانونا أنّه يجوز للزّوجة طلب التّطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبيّن في قضية الحال أن المعاشرة الزّوجية كانت طويلة بين الزّوجين، وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزّوجة إلى أن تطلب التطليق لتضرّرها لعدم الإنجاب، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزّوجة طبّقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن.[5]

---

[1]) أنظر المادّتين 331 و 332 من الأمر 66- 156 المعدل والمتمم بالقانون 16- 02، المتضمن قانون العقوبات.

[2]) يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2011، ص38.

[3]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص64.

[4]) يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص38.

[5]) قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 213571، قرار بتاريخ 1999/02/16، قضية (ض. ب) ضد (ر. ح)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص119.

إنّ القاضي الّتي عرضت عليه قضية حول التّطليق بسبب العيوب، فإنّه إذا ما أثبتت ذلك العيب بالوسائل الشّرعية والقانونية، ومثال ذلك شهادة طبية تثبت فيها عقم الزّوج، فإنّه يحكم لها بالتّطليق، دون أن تكون للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، بل تكون سلطته مقيدة.[1]

ثالثا: الحكم على الزّوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزّوجية

نصت المادّة 53 ق أ ج على أنّه:" يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق في حالة الحكم بعقوبة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزّوجية.

فمن خلال هذ الفقرة لم تعتبر الغياب للحبس أو السجن سبب للتّفريق، وإنّما اتّجهت إلى اعتبار الأسباب الّتي من أجلها حبس الزّوج بغض النّظر عن المدة.

ولم ينص المشرّع على مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزّوج، وليس هذا فحسب، بل ينبغي أن تكون الجريمة تؤثّر على سمعة الأسرة، وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزّوجية معه، وبالتّالي حق لها التّطليق.[2]

وفي حالة وجود حكم قضائي يحكم للزّوجة بالتّطليق، وهنا ليس للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في هذا المجال.

رابعا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

نصّ المشرّع الجزائري في الفقرة 5 من المادّة 53 ق أ:" أن الغيبة من شأنها أن تكون سببا من أسباب التّطليق إذا ما كانت بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، غير أنّه وضع شروطا لذلك وهي:

- أن يغيب الزّوج غيبة طويلة تفوق السّنة.
- أن يغيب دون عذر شرعي أو قانوني مقبول دفعه لذلك.
- أن يغيب دون ترك مال تنفقه على نفسها وأولادها.

فإذا طلبت التّطليق تأسيسا على الفقرة الخامسة من المادّة، فعلى القاضي أن يجيب لطلب الزّوجة ذلك متى توافرت الشّروط المذّكورة سالفا، إذ أن سلطة القاضي مقيدة.[3]

---

[1]) حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011-2012، ص172.

[2]) الرّشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص199.

[3]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص68.

هذا ما نراه من خلال ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا:

حيث يتّضح من القرار المطعون فيه، أنّ المجلس لمّا قضى بالطّلاق بين الزّوجين استند إلى حالة الزّوجة المتضرّرة الّتي أثبتت شكواها بالشّهادات الطّبية، والتّأكد من سوء سيرة الزّوج، والحكم عليه من محكمة الجنايات بعقوبة شائنة، فنستنتج في نطاق اجتهاد المطلق أن ذلك ضرر لحق بالزّوجة، ولها طلب الطّلاق بالضّرر الأمر الّذي قضى به لها المجلس.[1]

جاء هذا القرار مطابقا لنص المادّة 53 الفقرة 5 ، حيث اعتبر أن سجن الزّوج كافي لمنح الزّوجة التّطليق، وهذا حتى بدون رضا الزّوج.

خامسا: مخالفة الشّروط المتفق عليها في عقد الزّواج

أجاز القانون للزّوجين أن يشترطا الشّروط الّتي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق، ومنها عمل المرأة وتعدّد الزّوجات،[2] والأموال المشتركة بينهما الّتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النّسب التي تؤول إلى كل واحد منهما،[3] وفي حالة مخالفة الزّوج إحدى هذه الشّروط يحق للزّوجة أن تقيم ضده دعوى قضائية تطلب فيها التّطليق بحسب الفقرة 9 من المادّة 53 ق أ ج.

وفي هذه الحالات تكون سلطة القاضي مقيدة.[4]

الفرع الثّاني: السلطة التّقديرية المطلقة في التّحقق من الضّرر

بحسب المادّة 53 ق أ ج هناك بعض حالات التّطليق الّتي تجعل سلطة القاضي مطلقة مثل:

- الهجر في المضجع،
- الفاحشة المبينة،
- الشقاق المستمر،
- الضّرر المعتبر شرعا.

---

[1]) قرار بتاريخ 1971/03/10، العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص266.

[2]) أنظر المادة 19 من الأمر رقم 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

[3]) أنظر المادة 37 الفقرة 2 من الأمر رقم 84- 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

[4]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص70.

أولا: الهجر في المضجع

لقد أجازت المادّة 53 ق أ ج التّطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة (4) أشهر يشترط لذلك:

1- أن يهجر الزّوج للزّوجة مع المبيت معها في فراش الزّوجية والإعراض عنها، وعدم قربانها.

2- أن يكون الهجر عمديا، ومقصودا لذاته وليس له مبرّر شرعي أو قانوني.

3- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، ولا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والآخر.[1]

وبما أنّ هناك صعوبات في إتيان الضّرر في هذه الحالة، نظرا لخصوصية الزّوجين، ممّا تعجز الزّوجات في كثير من الأحيان عن إثبات هذا الضّرر، فكيف يمكن للقاضي أن يحكم بتطليق الزّوجة في غياب الدّليل، وعليه فسلطة القاضي مطلقة هنا حيث يستعمل سلطته التقديرية في تقدير الضّرر، وإن كان هناك مدى تأثيره على الزّوجة.[2]

ثانيا: الفاحشة المبينة

تعتبر الفاحشة المبينة سببا للتطليق هذا ما جاءت به المادّة 53 ق أ ج، والفاحشة مدلولها واسع لا نحصر في الزنا فقط بل يتعداها إلى الجرائم الّتي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات وحدود ومنها جريمة الزنا والقذف، السرقة، الرّدة، وغيرها من الفواحش.[3]

وعلى ذلك يمكن أن يتبادر في الإذهان تساؤل عن سلطة القاضي هنا هل هي مطلقة أو مقيدة في تقدير الضّرر والتأكد من وقوع الفاحشة فسلطة القاضي مطلقة وواسعة في هذا المجال.[4]

ثالثا: الشقاق المستمر بين الزّوجين

بحسب المادّة 53 ق أ ج يجوز للزوجة طلب التّطليق بسبب الشقاق المستمر بينهما واستفحال الخصام بينهما ولمدة طويلة واستحالة إستمرار الحياة الزّوجية.

وفي حال اشتداد الخصام ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما حكما من أهله وحكما من أهلها، وعلى هذين الحكمين تقديم تقرير عن مهمتهما خلال أجل شهرين حسب المادّة 56 ق أ ج.

---

[1]) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص289.

[2]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص71.

[3]) المرجع نفسه، ص38.

[4]) منى منصور، المرجع السابق، ص54.

إنّ سلطة القاضي التقديرية مطلقة وواسعة للحكم بالتّطليق متى اقتنع بضرر الزّوجة جراء الشقاق المستمر بين الزّوجين[1]، حيث جاء في إحدى القرارات:

إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزّوجة هذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

لقد خوّل القانون للمرأة في التّطليق بكل وسائل الإثبات من بينها ما جاء في القرار أولهما القرائن، والّتي جاءت في شكل فشل مساعي الصلح بين الزّوجين وعدم قيام الطاعن بتنفيذ الحكم ثم استدلت بشهادات طبية تثبت إصابتها بمرض الأعصاب وبهذا منحت الطّلاق.[3]

رابعا: الضّرر المعتبر شرعا

الفقرة العاشرة من المادّة 53 ق أ ج أجازت هي الأخرى للزوجة المطالبة بالتّطليق دون تحديد الضّرر المعيب، والضّرر هو الّذي يلحقه الزّوج بزوجته بمختلف أشكاله وأنواعه، ويمكن القول أن كامل فقرات المادّة 53 تشكل ضررا للزوجة.[4]

فالمشرّع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضّرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية، أي قيد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقدير هذا.[5]

حيث جاء في إحدى قراراتها:

---

[1]) منى منصور، المرجع السابق، ص55.

[2]) قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 139353، بتاريخ 1996/09/24، المرجع السابق، ص95.

[3]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص75.

[4]) يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص44.

[5]) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص301.

من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن تطليق المرأة عن زوجها لا زوجها إلّا إذا أثبتت الضّرر الحاصل لها بالوسائل الشّرعية، ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه، والقضاء بما يخالف يعد خرقا لقواعد الشرعية.[1]

تقرر قواعد الشرعية حق الزّوجة في المطالبة بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد تحفظت بذلك الحق حين عقد الزواج، أو سبق أن سكنت مع أقارب بعلها، ثم اشتكت الضّرر بسبب جوارهم.

[1]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35891، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص20.

المبحث الثّاني: إشكالات إثبات الضّرر من حيث النصوص والتطبيق

لقد مكّن المشرّع الجزائري المرأة من فك الرّابطة الزّوجية بناء على طلبها، طالما أنّها متضررة من الحياة الزّوجيّة بإثبات الضّرر الّذي يكون سببا في طلب التّطليق، وهذا من خلال ما جاء في المادّة 53 ق إ ج، ومن خلال تحليل هذه المادّة الّتي وجّهت لها عدّة انتقادات، ومن بينها أنّها جاءت بحالات وردت على سبيل الحصر، ومقيدة لأنّها تشترط استخدام وسائل الإثبات، ويصعب على المرأة تقديم دليل فيما تدّعيه.

ولهذا قسمنا المبحث إلى مطلبين، ففي المطلب الأوّل تطرقنا إلى معوّقات الإثبات من حيث النّصوص، أمّا المطلب الثّاني تضمّن إشكالات إثبات الضّرر من حيث التّطبيق.

المطلب الأوّل: إشكالات إثبات الضّرر من حيث النّصوص

لقد خوّل كل من الشّرع والقانون للمرأة حق طلب التّطليق بشرط وجوب إثبات الضّرر، والّذي تعجز المرأة في الكثير من الأحيان عن اتيانه لعراقيل تحول دون ذلك من خلال المادّة 53 ق أ ج.

الفرع الأوّل: في عدم الإنفاق

إنّ النّص تطلّب في حالة الامتناع عن النّفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، وعلى ما يبدو أنّه لا ضرورة لهذا الحكم لأنّ النفقة واجبة في الأصل بحكم الشّرع القانون، غير أنّه عندما تثبت الزّوجة قيام الزّوجية، وامتناع الزّوج عن النفقة يظهر إشكال هنا، إذ أنّه من الصعب إتيان عدم إنفاق الزّوج، لكننا نفترض أنها أثبتت ذلك، فيقوم القاضي مباشرة بتوجيه إعذار للزّوج ينذره فيه بأن ينفق على زوجته فورا، أو يحدّد له أجلا إن كان معسّرا، وإلّا تعرض للمتابعة باجباره على الإنفاق، وبإمكان الزّوجة أن تطلب التّطليق إذا لم ينفق.[1]

بالنسبة للفقهاء لم يشترطو حكم قضائي بالنفقة، فإن رفعت المرأة أمرها للقاضي فيخير الزّوج بين الانفاق والطّلاق، هذا ما ذهب إليه الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة. [2]

---

[1]) الرّشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص189.

[2]) حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص79.

والّذي يعاب أيضا على هذه الفقرة هو أنهّا أشارت إذا كانت الزّوجة عالمة بإعسار زوجها قبل الزّواج، فلا يجوز لها طلب التّطليق، لأنّها رضيت به زوجا وهو معسّرا.[1]

إنّ التّمسك بحرفية نص المادّة 53 فقرة 1 السّابق يؤدي إلى القول بأنّه لا يحق لها طلب التّطليق، لكن إذا أخذنا بروح النّص نقول بأنّ لها الحق في طلب التّطليق.

لذلك كان على المشرّع أن يعدّل في النّص بطريقة تجعله يطبّق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ والإستثناء، وخصوصا إذا تبيّن تقاعس الزّوج عن طلب الرّزق، ولا يمكن معاقبة الزّوجة بمنعها عن طلب الطّلاق.[2]

كما نلاحظ أنّه في حالة امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته واعساره، وأنّه لم يحدّد مقدار النّفقة الّتي أعسر الزّوج بها أو امتنع عنها في التّفريق للإعسار، وأنّه لم يفرّق بين الزّوجة الغنية والزّوجة الفقيرة في التّفريق للإعسار، وأنّه لم ينص على أي أجل يتعيّن مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النّفقة وتاريخ إقامة الدّعوى أو طلب التّطليق، مما يستوجب الرّجوع إلى أحكام الفقه المالكي لتكملة النّص، باعتبار أن المالكيّة مصدر التّشريع مذهب في هذه المسألة، فالمذاهب الأخرى لا تعترف أصلا بالتّطليق لعدم الإنفاق أو التّفريق للإعسار، كالمذهب الحنفي مثلا.[3]

وكل هذه الانتقادات هي إشكالات وعقبات تواجهها الزّوجة لإثبات الضّرر، وحصولها على ما يحق لها.

الفرع الثّاني: في العيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

من الإشكالات المثارة حول الفقرة 2 من المادّة 53 ق أ ج عديدة منها:

– أنّ المشرّع قد حصر العيوب في تلك العيوب التّناسلية متجاهلا بذلك العيوب الأخرى، الّتي قد تنفر الزّوجة من زوجها، حتى ولم يؤثّر عن الهدف من الزّواج، خصوصا إذا كانت تجهلها قبل العقد أو الدّخول مثل العرج والعمى... وغيرها من الإعاقات.

– كما أنّ القانون لم يحدّد مدّة إهمال الزّوج الّذي به يؤدي إلى خلاف بين قضاة المحاكم من ناحية، وبين المتقاضين أنفسهم من ناحية أخرى، إلّا أنّه جرى القضاء في الجزائر على منح مدة

---

[1]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص79.

[2]) الرّشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص189.

[3]) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص279.

للزّوج وهي سنة، وانتظار إنتهائها، ومدى شفاء الزّوج من العيب سبب الدّعوى للتطليق.[1]
فقد كان من الأحسن على المشرّع الجزائري أن يبيّن هذه المدّة في المادّة.[2]

الفرع الثالث: الهجر في المضجع

قد تضمّن الهجر في المضجع العديد من الإشكالات، مثل إغفال المشرّع عن ذكر الإيلاء الّذي يكثر بين النّاس لدعاويه المتعددة، إضافة إلى أنّه قاعدة شرعية، في قوله تعالى:" **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاق فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ**".[3]

كان على المشرّع التحدث عن الإيلاء وذلك لتشابهه مع الهجر، فالإيلاء تعليق الطّلاق على أمر من الأمور يجب ألّا يلجأ إليه الأزواج أما الهجر فهو تأديب.

فالمشرّع هنا أهمل الإيلاء لأنّه يمينا معلقا على شرط ذلك، لتضيق دائرة الطّلاق في المجتمع.

وكذلك نلاحظ أنّ هذه الفقرة لم توضح نوع الطّلاق الحاصل بسبب الهجر، هل هو طلاق رجعي أم بائن؟ هذا ما لم تحدده المادّة، ولم تنص عليه.[4]

الفرع الرابع: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

الغائب يقصد به هو الّذي منعته ظروف قاهرة من الرّجوع إلى محل الإقامة أو إدارة شؤونه بنفسه لمدة سنة وتسبب غيابه ضرر للغير.[5]

الإشكال هو إذا رفعت الزّوجة دعوى الطّلاق بسبب الغياب عليها إثبات حالة الغياب لمدة تفوق سنة، وانتفاء عذر الغياب أو الإستمرار فيه، وكان من الأحسن لو أنّ المشرّع فصل في الموضوع بشكل يرفع اللبس، فقد يكون منطلق غياب الزّوج له ما يبرره، كالبحث عن وظيفة في الخارج، ويتعمّد بعد ذلك عدم العودة إلى الزّوجة، كما أنّ الغياب غير المبرر للزّوج يعني تعمد

---

[1]) سعاد نذير، المرجع السابق، ص46.

[2]) الرّشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص195.

[3]) سورة البقرة [الآيتين 226- 227].

[4]) فاطمة الزّهراء قورادش، المرجع السابق، ص81- 82.

[5]) أنظر المادّة 110 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة.

الإضرار بها، وهذا سبب كافي لطلب التّطليق بغض النظر عن الإنفاق، لأنّ الغياب إذا طالت مدّته بغير مبرر يعتبر ضررا للمرأة وهذا هو الأصوب.[1]

الفرع الخامس: ارتكاب فاحشة مبينة

لم تحدّد المادّة 53 ق أ ج معنى أو ما المقصود بالفاحشة، ويتصور أنّها تنصرف إلى الخيانة الزّوجية، أو الجرائم الأخلاقية، ولم يتحدث النّص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل، وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة؟ أم يكتفي اكتشاف المرأة ارتكاب الزّوج الفاحشة، خصوصا أنّه من النّاحية القضائية فإنّ الزّوجة مطالبة بالإثبات.[2]

من الملاحظ أنه يصعب على القضاة في الكثير من الأحيان تطبيق المادّة، أو لا يحسنون ذلك بسبب غموض فقراتها وسوء الصياغة، وبالتالي يتم رفض الدّعوى الّتي تقدمها الزّوجة لعدم التّسبيب.

المطلب الثّاني: إشكالات إثبات الضّرر من حيث التّطبيق

إنّ إشكالات إثبات الضّرر لا تنحصر في النّصوص فقط، بل هناك إشكالات أخرى من حيث التّطبيق، وهذا ما سنتناوله خلال هذا المطلب من خلال بعض قرارات المحكمة العليا .

الفرع الأوّل: في تناقض الأحكام

تظهر إشكالات إثبات الضّرر من حيث التّطبيق في تناقض الأحكام القضائية في القضايا المتشابهة.

من أمثلة هذه القرارات نجد:

بتاريخ 1989/01/02 اعتبر أن الشهادة الطبية لإثبات اعتداء الزّوج لا يعد سببا كافي للتطليق للضرر، وجاء في حيثيات القرار ما يلي: حيث أنّ تطليق الزّوجة على زوجها يتوقف على أن يكون لها أحد أسبابه الشّرعية، وحيث أنّ الزّوجة لم تقدم سوى شهادات طبية الّتي لا يعمل لها في هذه الأمور وحدها إذا الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه في أعلى جسم الإنسان، ومن ثم لا يوجد سبب تطلق به الزّوجة على زوجها، إذا حكم بالتّطليق فإنه خالف

[1]) الرّشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص201– 202.

[2]) المرجع نفسه، ص205.

القواعد الشرعية والقانونية الأمر الّذي يستوجب معه النقض.[1]

وعليه فإنّه على المرأة إثبات الضّرر للحصول على التّطليق، وللقاضي سلطة تقدير الضّرر بكل الوسائل كما هو الحال في القرار السّالف الذّكر، حيث استدلّت بشهادة طبية لإثبات الضّرر، غير أنّ القاضي لم يرق بهذه الشّهادة الطّبية إلى حدّ الدّليل الكافي لإدانة زوجها، وبالتّالي الحصول على التطليق.

وفي قرار آخر:

لا يعدّ شرطا في دعوى التّطليق للضّرر المعتبر شرعا إثبات الضّرب والجرح بحكم جزائي فقط، بل يكفي الإثبات بالشهادة الطبية وحسب.[2]

إذن يمكن إثبات الزّوجة للضّرر الحاصل لها من قبل زوجها بكل وسائل الإثبات، بما فيها الشّهادة الطّبية.

ومن المستقر قانونا أنّ دعوى طلب التّطليق من قبل الزّوجة قبل الدّخول بها لا تقبل ، إلّا إذا كانت من وليها، إلّا إذا كان له سبب وجيه ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقواعد الشّرعية.

فالمجلس لمّا قضى بقبول دعوى الزّوجة غير المدخول بها والحكم بتطليقها، قد خالف المبادئ الشّرعية، رغم أنّها مازالت تحت سلطة الولي المجبر، والّذي يعدّ مسؤولا عن إتمام الزّواج، أو تحمل نتائج المطعون فيه، متى كان ذلك استوجب الطّعن.[3]

باعتبار أنّ الولي في الشريعة الإسلامية يتولى تزويج ابنته البكر (غير المدخول بها)، فإنه كذلك يقوم بطلب تطليقها، وهذا المبدأ لم يحترمه المجلس، ولهذا انقضت المحكمة العليا هذا الحكم، واتّبعت ما جاء في معالم الإسلام الكريم.

ترفع دعوى الطّلاق أو التّطليق قبل البناء من طرف الزّوجة وليس من طرف الولي.[4]

---

[1]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52278، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، 1990، ص80.

[2]) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 572240 بتاريخ 2010/07/15، قضية (ب. ك) ضد (ي. ت)، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، 2010، ص50.

[3]) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 47059 بتاريخ 1987/11/09، قضية (هـ. م) ضد (ب. ز)، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992، ص72.

[4]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 369494 بتاريخ 1983/01/14، قضية (ق. م) ضد (ز. ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص449.

يمكن للمرأة في عقد الزّواج أن تختار أي أحد يتولها، ولا يشترط أن يكون أبوها أو أحد أقاربها بحسب المادّة 11 ق أ ج، فإذا كانت للمرأة أن تتزوج بسهولة فكذلك بالنّسبة للطّلاق.

وهذا القرار الأخير يتناقض مع القرار الّذي يسبقه، والذي ينصّ على أنّه ليس للمرأة أن تطلب التّطليق دون وليها.

الفرع الثّاني: مخالفة مبدأ التّطبيق

جعل القانون فك الرابطة الزّوجية بإرادة الزّوج بمقتضى القانون والسنة تماشيا مع طبيعة الرجل، الّذي يغلب عليه الإتزان والحكمة، وفي المقابل أعطى الحق للمرأة في التّطليق لرفع الضّرر، فيتم رغم معارضة الزّوج طالما أنّ الزّوجة متضررة من العشرة الزّوجية معه، وحقوقها مهضومة، وعلى عكس ما جاء في القرار حيث يشترط أن يكون التّطليق برضا الزّوج، وهذا يعتبر أحد إشكالات إثبات الضّرر من حيث التّطبيق.

حيث نص القرار على:

من المقرر قانونا وشرعا أن الحكم بتطليق الزّوجة جبرا على زوجها يكون مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية، إذا كان غير قائم على أحد الأسباب الموجبة لإتيانه شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشرعية.

فالقرار المطعون فيه قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية في الطّلاق الّذي هو ملك في عصمة الزّوج، الّذي ما فتئ في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته، وبالتّالي الحكم بتطليقها من طرف قضاة الموضوع، لا مبرر له شرعا وقانونا.[1]

ومن خلال ما سبق من الأحكام فإننا نرى أن مبدأ التّطليق قد تمّ خرقه، إذ أنّ مفهوم التّطليق هو فك الرّابطة الزّوجية من طرف القاضي بطلب الزّوجة مع توفّر الأسباب المنصوص عليها في المادّة 53 ق أ ج المعدّلة بالأمر 05-02، على شرط أن تثبت الضّرر، وأيضا بدون رضا الزّوج، غير أنّه ما جاء في الأحكام هو أنّه في حالة عدم موافقة الزّوج على التّطليق فإنّه لا يتمّ، وهذا خطأ.

[1]) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36784 بتاريخ 1983/01/14، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1990، ص50.

الخاتمة:

من خلال ما سبق يتّضح لنا خلال دراستنا موضوع أسباب التطليق وإشكالات الضرر في مسائل التّطليق له أهمية بالغة، نظرًا لآثاره الخطيرة سواء على الأولاد أو على الأسرة أو المجتمع ككل، لذلك حظي بعناية المشرّع، وهذا من خلال المادّة 53 من قانون الأسرة الجزائري، والّتي تنص على أسباب التّطليق.

ولمّا وسع المشرّع من دائرة التّطليق على خلاف ما كان عليه قانون الأسرة 84- 11 قبل تعديله بالأمر 05-02، حيث أصبحت عشرة أسباب تمكّن الزّوجة من طلب التّطليق إذا توافرت هذه الأسباب، وذلك أمام القاضي دون موافقة الزّوج على ذلك، لحمايتها من الاضطهاد والتّعسف الذي قد يلحقها من الزّوج.

النتائج:

توصلنا إلى عدة نتائج وهي:

- أنّ المشرّع استعمل التّطليق لعدم الإنفاق في عبارة وجيزة وملخصة، حيث لم يتطرق لمدة عدم الإنفاق، فربط الإنفاق بصدور حكم، إلى جانب أنّه لم يذكر عدم الإنفاق إن كان في غياب الزّوج أو حضوره، كما هو الحال في الشّريعة الإسلامية التي شرحت ذلك بالت\اذفصيل.

- أنّ التّطليق للهجر في المضجع فهو من الأمور الصّعبة في الإثبات نظرًا لمدى خصوصية الحياة الزّوجية وسريتها وصعوبة وجود إثباتات أو شهود، إلّا إذا اقترن ذلك بترك مسكن الزّوجية.

- أن المشرّع نصّ على أنّه يمكن للزّوجة أن تطلب التّطليق لغياب زوجها لمدة تفوق السّنة فما فوق دون عدة ولا نفقة، كما أنّه جعل عدم الإنفاق من شروط أعمال هذه الفقرة، حيث إن غاب الزّوج وكان قد ترك لها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادهما، فلا يمكن لها طلب التطليق.

- أنّ المشرع قيدّ الزّوج في حالة الزّواج بأخرى ومخالفة أحكام المادة 08، الّتي تقر بموافقة الزّوجة الأولى وعلم الثّانية وموافقة القاضي، بمنح الزوجة التطليق.

– أنّ المشرّع لم يعتبر الغياب للحبس سبباً للفرقة، وإنّما جعل الاعتبار للجريمة الّتي حكم من أجلها.

– أنّه في حالة التّطليق للشّقاق المستمر بين الزّوجين، خصّ المشرع حكمين للإصلاح بينهما، وعند استحالة ذلك يجوز للقاضي الحكم بالتطليق بناءًا على طلب الزوجة، وقد بين المشّرع إجراءات الصلح من خلال قانون إجراءات المدنية والإدارية والمادة 56 من قانون الأسرة.

– أنّ للزّوجة حق طلب التّطليق في حالة مخالفة الزّوج الشّروط الواردة في عقد الزّواج وذلك لتضررها، ويسقط الشّرط الّذي يخالف مقتضى العقد، وقد أدرج المشرّع هذه النقطة بأن،ها تفتح باب عدة مشاكل بسبب إخلال الزّوج بالتزامه بشروط الزّوجة، كالحق في العمل.

– أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التّعويض عن الضّرر الناجم عن التّطليق، وذلك لانعدام النّص القانوني الّذي يبيّن للقاضي المعايير والضّوابط القانونية الّتي يعتمد عليها في تقدير التّعويض.

التوصيات:

بالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري قد وسّع دائرة التّطليق كما أشرنا إليه سابقا، إلّا أنّه كان يجب عليه أن يستدرك ما فيها من نقائص لكي لا يقع القضاء في الشّك أو التّناقض، وحتى يكون الحكم بالتّطليق مبنياً على يقين.

1– فكان على المشرّع أن يعدّل في النّص بطريقة تجعله يطبّق بصورة مرنة، تجمع بين المبدأ و الإستثناء، وخصوصا إذا تبيّن تقاعس الزّوج عن طلب الرزق، ولا يمكن معاقبة الزّوجة بمنعها عن طلب التّطليق.

2– على المشرّع أن يحدّد العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج ، ويميّز بين العيوب التي لا علاج لها والّتي يرجى الشفاء منها، والّتي منحها الفقهاء بالنسبة للزّوج الّذي به عيب، ويذكر علم الزّوجة بهذا العيب قبل الدّخول الّذي يسقط حقها في طلب التّطليق على غرار ما وضحه الفقه حول هذه النّقطة.

3– أن يحدّد مدة الحبس الّتي تكفي أن تكون الجريمة ماسة بسمعة الأسرة، ومعها تكون استحالة مواصلة العشرة الزّوجية.

4- على المشرع أن يضع حد للزوج في حالة التحايل على القانون ويلجأ للزواج العرفي ثم يقدم طلب تثبيت الزواج أمام المحكمة بالنسبة لحالة التعدّد.

5- على المشرع أن يحدّد الجانب الإجرائي في مسألة رضا الزّوجة السابقة واللاحقة كذلك.

6- على المشرع أن يعطي صورًا تعبر عن التّطليق للضّرر المعتبر شرعاً، ولو كان على سبيل المثال.

7- على المشرّع أن يبيّن المعايير ولا يترك ذلك للسلطة التّقديرية للقاضي، والذّي نتج عنه تضارب في الأحكام القضائية، خصوصاً أنّه ليس كل ضرر معتبر شرعاً هو معتبر كذلك قانونا، كما أنّ هذا العنصر قد فتح مجالا واسعا في دائرة التطليق.

8- كما يعاب على أن المشرع لم يبيّن وصف الطلاق بسبب إحدى الأسباب المنصوص عليها في المادّة 53 ق أ ج إن كان طلاقاً رجعياً أم فسخاً.

9- لابد من إعادة النّظر في المواد التي تتعلق بالتّطليق وأحكامه خاصة المادّة 53، وذلك لمحاولة سد الثّغرات وتوضيح الغّموض وإزالة اللّبس القائم بها.

10- استبدال النّصوص القضائية الفضفاضة بنصوص أكثر دقة ووضوح، ممّا يسهل على القضاة أثناء التحكيم ممّا لا يدع مجالاً للشك فيها المتعلق بالتّطليق وأسبابه.

قائمة المصادر المراجع

أولا: المصادر

أ/ القرآن الكريم

ب/ القواميس

1- ابن منظور، لسان العرب، ج10، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.

2- المنجد الأبجدي، ط5، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1987.

جـ/ النصوص القانونية

1- قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسية العدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ في27 فبراير 2005.

3- الأمر رقم 66- 156 مؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 مؤرخ في19 يونيو 2016، المتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 37، بتاريخ 22 يونيو 2016.

ثانيا: المراجع

أ/ الكتب

1- أبو عبد الرحمن، فضل تعدد الزوجات في الإسلام، الطبعة الأولى، دار المنار بالخرج، الرياض، 1991.

2- أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ط6، دار المعرفة للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، 1982.

3- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

4- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

5- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، -الزواج والطلاق-، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

6- بدران أبو العنبين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والجعفري والقانون، الجزء الأول- الزواج والطلاق-، دار النهضة العربية، بيروت، 1998.

7- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

8- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2016.

9- سانح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2011.

10- عبد الرّحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

11- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجرءات المدنية والإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

12- عبد المؤمن بلباقي، في التفريق، الجزء الأول -الزواج والطلاق-، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

13- علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائل الصنائع، تحقيق، علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، منشورات دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

14- علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح العلامة عبد الحي اللّكنوي، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، تحقيق، نعيم أشرف نور محمد، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417.

15- فاروق عبدالله كريم، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011.

16- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، تحقيق محمد عليش، بيروت: دار احياء الكتب العربية، لبنان، د س ن.

17- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة السابعة، دار الوراق للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999.

18- موفق الدين ابن قدامة، المغني، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، لبنان، 1997.

19- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، ط3، دار الفكر، دمشق، 2012.

20- يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

ب/ المقالات

1- العربي بلحاج، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسة، كلية الحقوق بن عكنون بالجزائر، العدد الثالث، 1990.

جـ/ الأطروحات والرسائل والمذكرات الجامعية

①- الأطروحات

1- محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008- 2009.

②- الرسائل

2- اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، كلية الحقوق، 2002- 2003.

3- حفيظة فضلة، الضّرر كسبب لفك الرّابطة الزّوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجسيتير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2011- 2012.

4- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين -دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني-، مذكرة ماجستيير، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة ، قسم القضاء الشرعي، 2004.

③- المذكرات

5- سعاد نذير، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012- 2013.

6- عبد الرزاق علاط، دعاوى إنحلال الرابطة الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014- 2015.

7- فاطمة الزهراء قورادش، أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015- 2016.

8- محمد الأمين عثامنه، إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014 -2015.

9- منى منصور، التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، 2014- 2015.

د/ القرارات القضائية

1- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 87301، بتاريخ 1992/12/22 ، قضية (ب. أ) ضد (ب. خ)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353، بتاريخ 1996/09/24، قضية (ق. م. ب) ضد (ك. ف)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1997،

3- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35891، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52278، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، 1990.

5- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 572240 بتاريخ 2010/07/15، قضية (ب. ك) ضد (ي. ت)، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، 2010.

6- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 47059 بتاريخ 1987/11/09، قضية (هـ. م) ضد (ب. ز)، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992.

7- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 369494 بتاريخ 1983/01/14، قضية (ق. م) ضد (ز. ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007.

8- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36784 بتاريخ 1983/01/14، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1990.

9- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026 ، بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989.

10- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 34971، بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص37.

11- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 56249، بتاريخ 1989/02/19، قضية (ج. م)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.

12- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 213571، قرار بتاريخ 1999/02/16، قضية (ض. ب) ضد (ر. ح)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

الفهرس

	الصفحة
إهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	
الفصل الأول: مفهوم التطليق وأسبابه	
المبحث الأول:. مفهوم التطليق	
المطلب الأول: **تعريف التطليق وشروطه**	
الفرع الأول: تعريف التطليق	
الفرع الثاني: شروط التطليق	
المطلب الثاني: **مشروعية الطلاق**	
الفرع الأول: مشروعية التطليق في الفقه الإسلامي	
الفرع الثاني: مشروعية التطليق في قانون الأسرة الجزائري	
المبحث الثاني: أسباب التطليق	
المطلب الأول:**التطليق لإخلال الزوج بإلتزاماته الزوجية والعائلية**	
الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق والغيبة	
الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع فوق 4 أشهر للشقاق المستمر بين الزوجين	
الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري ولمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.	
المطلب الثاني: **التطليق لإرتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا**	
الفرع الأول: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة	
الفرع الثاني التطليق للحكم على الزوج بارتكابه فاحشة مبينة	

الفصل الثاني: إشكالات إثبات الضّرر في قضايا التّطليق	
المبحث الأول: وسائل الإثبات	
المطلب الأول: **القواعد العامّة والقواعد الخاصّة في الإثبات**	
الفرع الأول: القواعد العامّة في الإثبات	
الفرع الثاني: القواعد الخاصّة في الإثبات	
المطلب الثاني: **السّلطة التّقديرية للقاضي في التّحقق من الضّرر**	
الفرع الأول: السلطة التّقديرية المقيّدة للقاضي في التّحقق من الضّرر	
الفرع الثاني: السلطة التّقديرية المطلقة للقاضي في التّحقق من الضّرر	
المبحث الثاني:	
المطلب الأول:	
الفرع الأول:	
الفرع الثاني:	
المطلب الثاني: .	
الفرع الأول:	
الفرع الثاني:	
الخاتمة	
قائمة المصادر والمراجع	
الفهرس	
الملخص	

الملخص

جعل الله عزّ وجلّ الزّواج ميثاقا غليظا، نظرا لأهميته في المجتمع وصلاحه، ولكن مع الوقت قد تطرأ بعض المشاكل على الحياة الزّوجية الّتي قد تستحيل معها استمرارها، ونظرا لذلك وضع المشرّع الطلاق لفض النّزاع ، ويكون إما بإرادة منفردة للزّوج أو بالتّراضي أو بإرادة الزّوجة، وبالنّسبة للحالة الأخيرة فقد أعطت الشّريعة والقانون حق فك الرّابطة الزّوجية عن طريق الخلع أو التّطليق، هذا الأخير هو موضوع دراستنا.

وقد منح المشرّع الجزائري الزّوجة حق طلب التّطليق إذا توافرت الأسباب المنصوص عليها بموجب المادّة 53 من قانون الأسرة، مع إثبات الضّرر بكل الوسائل المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والّتي تتمثّل في القواعد العامّة والقواعد الخاصّة، وأن تكون أمام القاضي الّذي له السّلطة التّقديرية في التّحقق من الضّرر، وتكون هذه السلطة إمّا مقيدة، وإمّا مطلقة، في دراسة الأدلّة الّتي تقدّمها الزّوجة.

الكلمات المفتاحية: التطليق، التفريق القضائي، أسباب التطليق، فك الرابطة الزوجية، وسائل الإثبات، الضرر.

Résumé:

Dieu Tout-Puissant a désigné le mariage comme une charte très solide vu l'importance qu'il a pour le bien de la société, mais avec le temps, quelques problèmes peuvent survenir dans la vie conjugale et peuvent même la rendre impossible. C'est pour cela que le législateur a mis le divorce pour régler le conflit, suite à une volonté individuelle du mari, à l'amiable, ou même suite à la volonté de la femme. Dans le dernier cas la législation et la loi donne le droit à mettre fin à la vie conjugale par 'Khula' ou répudiation, ce dernier est le sujet de notre étude.

Le législateur algérien a donné à la femme le droit de demander la répudiation si les raisons mentionnées dans l'article 53 de la loi sur la famille sont présentes, avec preuves d'endommagement avec tous les moyens notés dans le code de procédure_civile présentés dans les ressources générales et particulières, ces raisons doivent être présentées devant le juge qui a le pouvoir discrétionnaire de les vérifier, ce pouvoir peut être absolu ou limité en étude des preuves présentées par la femme.

Mots-clés: divorce, les motifs de divorce, séparation judiciaire, le divorce Atharriage, mettre fin au mariage Moyens de preuve, dommages.