المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة

معهد الحقوق والعلوم السياسية قســـم الحـــقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخـصـص" قانون الأسرة"

بعنـــوان

التطليق
بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

من إعداد الطالبـــة: تحت إشراف الأستاذ:

بن دحمان فاطمة بركـــــة نـاجــم

لجنة المناقشـــــة

الأستاذ:..... مناقشـــــــا

الأستاذ: بركــة ناجم مشرفا ومقررا

الأستاذ:..... مناقشـــــــا

السنـــة الجامعيـــة: 2014 - 2015

خـــاتمـــــــــــــة

نتوصل في الأخير الى ان الأساس الذي تقوم عليه الحيات الزوجية هو الإمساك بمعروف او تسريح بالإحسان واي اخلال بهذا المبدأ قد يلحق بالزوجة ضررا أيا كان نوعه إذا فعل ذلك لمجرد الحاق الأذى بها فلها الحق في طلب التطليق عليه إن أرادت مفارقته شريطة ان تؤسس طلبها على حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج على سبيل الحصر فنلاحظ أن المشرع الجزائري قد اهتم بحقوق الزوجة ولم يهمل حقها في الطلاق.

1. لقد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق حماية لحقوق المرأة فكما منح للزوج في مادة 48 ق. أ.ج حق الطلاق واعتبره من حقوق الزوج قد أورد حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيدا في حالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 ق. ا. ج .
2. دور القاضي كنائب عن الزوج في تطليق الزوجة من زوجها في حالة امتناعه وبالتالي هو ظلم لها والقاضي دوره رفع الظلم عن الناس.
3. جاء المشرع في المادة 57 ق ا ج " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية " فالطرق الثلاث غير قابلة للاستئناف فالمشرع قد جاء بجانب من الصواب ولم يصب في البعض الآخر.
4. أصاب في جعل الطلاق بطلب من الزوج غير قابل للاستئناف لان القاضي لا سلطة له عليه ودوره يكاد ينعدم إلا بحكمه للتعويض في حالة الطلاق التعسفي ومن العبث الطعن بالاستئناف من طرف الزوجة .

ولم يصب في جعل الطلاق بطلب من الزوجة غير قابل للاستئناف لان القاضي وبسلطته التقديرية التي يبنيها على طلبات الزوجة قد تحتمل الصواب كما تحتمل الخطأ وبالتالي لابد من خضوع سلطته إلى رقابة وذلك بإخضاع حكم التطليق للطعن بالاستئناف.

5. يقع التطليق إلا بحكم من القاضي وإذا كانت الزوجة متعسفة في استعمال هذا الحق رفض دعواها لعدم توافر الأسباب التي نص عليها المادة 53 ق ا ج
6. لم تهمل الشريعة الإسلامية جانب الزوجة وعملت على رفع الظلم عنها بمنحها حق التفريق وإنصافها بما تقره العدالة .
7. قد وفق المشرع الجزائري في نص المادة 57 ق ا ج عندما قال "ما عدا في جوانبها المادية "لان مستوى المعيشة يتغير بتغير الزمن والأحوال وذلك فيما يخص مبالغ النفقة أو التعويض عن الطلاق.
8. قد جاء المشرع الجزائري ببعض التعديلات الطفيفة فأضاف في فقرة الثامنة التي تتعلق بعدم الألفة بين الزوجين

خـــاتمـــــــــــــة

وكذا في الفقرة الرابعة من المادة 53ق.ا.ج قبل التعديل فأصبحت اكتر ليونة فمثلا كانت التطليق بسبب حكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج وبعد التعديل عممها المشرع الجزائري وأصبح التطليق بسبب جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وذلك من ولو كان الحكم غرامة لكنها تمس بشرف الأسرة.

كما يتضح لنا أن هناك العديد من النقاط والمسائل المتعلقة بموضوع التطليق، نتج عنه تضارب في الأحكام القضائية لذا وجب على المشرع أن يتداركها وان يقوم بتوضيحها نذكر منها:

لم يحددالمشرع الجزائري ما هي العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

بالنسبة الفقرة من المادة 53 من ق.أ.ج المتضمنة التطليق لكل ضرر معتبر شرعا الذي جاء مبهما، نجد أنه لم يعطي صورا عنه، ولو على سبيل المثال.

أما فيما يخص آثار الحكم بالتطليق:

مثلا فيما يخص الحضانة، أنه لم يحدد كيفية إسناد الحضانة في حالة عدم طلبها من الأبوين، كما أنه لم يبين الشروط الواجب توافرها في الحاضن رغم أهميتها وفيما يخص ترتيبه لمستحقي الحضانة، تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي

ومما سبق فأنه لا بد على المشرع الجرائري من إعادة النظر في المواد التي تتعلق بالتطليق وأحكامه وآثاره و إعطائها توضيح وتفصيل اكتر ، و ذلك بتعديلها وأزالة اللبس الموجود فيها، واستبدال النصوص المحصورة بنصوص أكثر دقة مما لا تدع مجالا للشك فيما يتعلق بأحكام التطليق وآثاره.

وامام سكوت المشرع واغفاله فيجب علينا دائما الرجوع الى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا للمادة 222من قانون الأسرة.

ان التفريق القضائي يختلف عن الطلاق من حيث ان الطلاق يقع باختيار الزوج وارادته، اما التفريق بحكم القاضي لتمكين المرأة من انهاء الرابط الزوجية جبرا عن الزوج إلا إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق او خلع.

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب من الزوجة او التطليق بناء على إرادتها المنفردة وانطلاقا من المادتين48، 53 من ق.أ.ج، اشترط القانون الجزائري في هذا النوع من التطليق ان يتم بطلب من الزوجة امام القضاء في المحكمة وقد أوردت المادة 53 من قانون الأسرة أسباب طلب الزوجة الطلاق على سبيل في الحصر[1].حيت نصت على ما يلي:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية "[2]:

1. .عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره، وقت الزواج، مع مراعات المادة 78،79،80 من هذا القانون
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجة.
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبينة.
8. الشقاق المستمر بين الزوجين
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
10. كل ضرر معتبر شرعا.

وباستقراء هذه المادة نجدها تضمنت أسباب تستند إليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه ولمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل سوف نتطرق في هذا الفصل المتضمن ثلاث مباحث في الأول الى التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية وفي الثاني إلى التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا وفي الأخير إلى التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا على النحو الآتي:

[1]-عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص277

[2] -القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984م المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية، عدد:24 لسنة 1984.

المبحث الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية

معنى هذا ان الزوج يترتب عنه عدد من الواجبات وتخلي الزوج عنها دون سبب جدي أو شرعي كامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها، أو هجر زوجته في المضجع مدة لا تطيقها، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تنفق منه هي وأولادها يؤدي بالزوجة الى طلب التطليق.

-فهل هذه الأسباب كافية تعطي للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق؟ وهذا ما سنجيب عليه في هذا المبحث من خلال المطالب الثلاثة، حيث تطرقنا لإخلال الزوج بالتزامه بالنفقة وكذا لغياب الزوج وهذا في المطلب الأول، اما المطلب الثاني نستعرض هجر الزوجة في المضجع واستفحال الشقاق المستمر بينهما، وكدا التطليق للتدليس (مخالفة احكام المادة 8 من ق.أ.ج) ومخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج في المطلب الثالث.

المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق والتطليق لغياب الزوج

سنتعرض في الفرع الأول الى عدم إنفاق الزوج على زوجته ، اما الفرع الثاني نتطرق الى غياب الزوج عن زوجته كسببين يمنحان الزوجة طلب التطليق.

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

قبل التعرض لعدم الإنفاق يجب التطرق الى تعريف النفقة أولا.

النفقة لغة مشتقة من النفوق (بضم النون) أي الهلاك أو من النفاق أي الزواج[1].

أما اصطلاحا إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته وسمي المال الذي يصرفه الإنسان على غيره نفقة لما في ذلك هلاك المال[2].

ان النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح ويسقط بالنشوز، فإذا امتنع الزوج عنها تعسفا أو اعسارا فهل يمكن لها أن تطلب التطليق؟

سوف نتعرض لكلا من موقف الفقهي والتشريعي من التطليق بسبب عدم الانفاق[3].

---

[1]- ابن منظور ، لسان العرب، ج6، المرجع السابق، ص07. 45

[2]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية في المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، ج1،د.ن ، ص265.

[3]-محمد كمال الدين الامام، الزواج في الفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص116

تنص المادة 78 من ق. أ.ج على أنه: " تشمل النفقة: الغداء، الكسوة، العلاج، السكن، أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"،من خلال نص المادة نجد ان المشرع أحسن صنعا عندما نص على أنه يدخل ضمن النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود سعة الزوج بلا اسراف ولا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع الجزائري من الضروريات في العرف والعادة يتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت ما، لازم في وقت آخر أو العكس[1]،ويشترط لاستحقاق النفقة الزوجية ما يلي:

1 . أن يكون عقد الزواج شرعيا وقانونا.

2 . الدخول بالزوجة أو الخلوة الصحيحة بها، سواء أحدث الاتصال أم لم يحدث متى كان العجز عن ذلك من زوج.

3 . أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة فإن كانت صغيرة لا تصلح للمعاشرة والخدمة لا تجب لها النفقة، ومتى توفرت هذه الشروط استحقت الزوجة النفقة، ما لم تكن ناشزا، كأن يطلب منها زوجها الانتقال إلى منزله وترفض دون مبرر ففي هذه الحالة تعتبر ناشزا وتسقط نفقتها.[2]

أولا: موقف الفقهاء

نفقة الزوجة واجبة بلا خلاف وهي اثر من اثار عقد الزواج الصحيح ولكن الزوج قد يمتنع عن أداء واجبه وبهذا الشأن اختلف الفقهاء ما اذا كان عدم الانفاق سببا لطلب الزوجة التطليق أم لا ظهرت اراءهم كالتالي:

إذا اعسر الزوج بنفقة الزوجة ولم يجد ما ينفقه عليها في حين أنها لم تصبر عليه، جاز لها أن تطلب التطليق عند القاضي.

فإذا رفعت أمرها إليه، امر هذا الأخير الزوج وخيره بين الإنفاق والطلاق، فإذا لم يفعل واحد من هذين قام القاضي وطلقها عليه، وهذا ما ذهب اليه المالكية و الشافعية و الحنابلة[3]، مستدلين ذلك بقوله تعالى : ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص173

[2]- المرجع نفسه، ص171،172

[3]-عبد المؤمن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الاسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص29،30.

النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا...﴾[1]،فإمساك المرأة دون الانفاق عليها اضرار بها، وقوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾[2] فليس من الإمساك بمعروف عدم الانفاق علها، وانه اذا كان من المقرر ان يفرق القاضي من اجل العيب بالزوج فان عدم الانفاق يعد اشد إيذاءا للزوجة وظلما لها من وجود عيب بالزوج، فكان التفريق لعدم الانفاق اولى[3]، كما استندوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾[4]، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[5].

فمتى امتنع الزوج عن الانفاق لعجزه، او امتنع ظلما منه مع قدرته، كان للزوجة حق طلب التفريق من القاضي[6].

بينما الشافعية والحنابلة ان الفرقة لأجل النفقة لا تجوز الا بحكم الحاكم، فلا يجوز له التفريق الا بطلب المرأة لذلك، لأنه لحقها، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه[7]، وأنه حتى و إن تزوجت الرجل عالمة بعسره أو رضيت بالإقامة معه بعد إعساره و عدم إنفاقه، أو تزوجته بشرط أن لا ينفق عليها، كل هذا لا يسقط حقها في طلب التفريق للإعسار، لأن النفقة تتجدد كل يوم فالمرأة لا تملك نفقة المستقبل، فلا يصح إسقاط حق لم يجب بعد على خلاف ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن من تتزوج و هي عالمة بإعسار زوجها، أنها تكون قد رضيت بعيبه فلا تملك الفسخ[8].

أما الحنفية يرون بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق، لأنه إن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفـاق لقوله تعالى : ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه.

---

[1]-سورة البقرة، الأية231.

[2]-سورة البقرة، الأية 229.

[3]-السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان،1983، ص247.

[4]-سورة البقرة، الأية 233.

[5]-حافظ ابو عبد الله محمد بن يزيد القزوين، السنن، ،كتاب الاحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، ج3،ط1، دار الرسالة العلمية سوريا، 2009، ص 432.

[6]-بدران أبو العينين، المرجع سابق، ص 431.

[7]-وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط3، دار الفكر، سوريا، 2012، ص490.

[8]-محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص338، 339.

أما إذا كان موسرا فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على زوجته[1] أو أن تستدين الزوجة أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج.

والفرقة بسبب العجز عن النفقة عند المالكية، طلاق بائن إن كانت قبل الدخول، لا يمكن للزوج مراجعة زوجته[2] أما إذا وقعت بعد الدخول فهو طلاق رجعي، وللزوج مراجعة المرأة إن أيسر في عدتها، لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها.

ثانيا: موقف قانون الاسرة الجزائري

لقد أباح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها طبقا لنص المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري فان شروط التطليق لعدم الانفاق هي كالتالي:

1-امتناع الزوج من النفقة عمدا او قصدا، ان تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل المطالبة بالنفقة، وصدور الحكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم وأصر على عدم الانفاق.

2-ان لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لان الزوج لا يخلو من ان يكون موسرا او معسرا، فان كان معسرا فلا ظلم لها ولا اعتداء منه، لان العسر بيد الله فلا يطلقها عليه القاضي للعسر، أما إذا كان موسرا وله مال ظاهر وادعى العجز فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النطر فيه[3].

3-ألا تكون عالمة بإعساره وفقر وقت الزواج، فان كانت عالمة بحلته المالية سقط حقها في التطليق لعدم الانفاق بسبب رضائها بحله، ويقع عبء الاثبات هنا على عاتق الزوج كافة وسائل الإثبات[4].

اما ان استطاعت الزوجة ان تثبت حالة تعزيز الزوج اثناء عقد الزواج بحيث انه تظاهر انه غني، والحال انه فقير او ان عسره بعد زواجها وانه عمدي او أصر الزوج على عدم الانفاق طلقها عليه القاضي في الحال.

---

[1]-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص484.

[2]-محمد سمارة، المرجع السابق، ص 342.

[3]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 275.

[4]-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ت.ن، ص272 .

ومن هنا المقصود من الاحكام الواردة في المادة 53 /1من قانون الاسرة الجزائري هو عدم النفاق العمدي وانقطاع الزوج نهائيا عن أدائها بكل مشتملاتها[1] حيث نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الاسرة "بأنه تشتمل النفقة الغداء، الكسوة، العلاج والسكن او أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص على انه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحيات الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا اسراف وتقصير[2].

اما تاريخ استحقاق النفقة نص عليها المشرع في المادة 80 ق.ا.ج بانه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوة وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"

ويتضح من خلال هذه المادة ان تاريخ استحقاق النفقة يبدا من تاريخ رفع الدعوة وتسجيلها في كتاب الضبط بالمحكمة الى تاريخ صدور الحكم ولا يجوز للقاضي ان يحكم بنفقة لما قبل الدعوى ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة، بل يجب ان يحكم لها بما تستحقه هي وأولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى الا انه يرد عليها استثناءان هما:

- إمكانية الحكم بنفقة مستقلة لما بعد صدور الحكم بالطلاق واسناد حضانة الأولاد للمطلقة.
- اثبات عدم الانفاق بكل الوسائل[3].

وان تحققت شروط وجوب النفقة استحقت الزوجة النفقة على زوجها بالتراضي ولا تسقط الا بالأداء او الابراء كما تجوز المقاصة، فاذا كان للزوج دين ثابت على الزوجة جاز ان يطلب منها اسقاط ما يقابل دية من النفقة المفروضة[4].

الفرع الثاني: التطليق للغياب الزوج

ومن اولويات الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيانها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق والفرقة

[1] -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 278 .
[2] -بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 244.
[3] -عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص244
[4] -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص112.

به ثابتة حتى ولو كان للزوج مال ظاهر تتفق منه الزوجة لتسد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن والغذاء والكسوة[1]

فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة فإن جهلت اعتبر مفقودا.

فكيف يعتبر الغياب مبررا لطلب التطليق؟ وما هي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك؟ وهو ما سنجيب عنه متعرضين لموقف الفقه والتشريع الجزائري.

أولا: موقف الفقهاء

بالرجوع الى أراء الفقهاء خاصة المذاهب الفقهية الأربعة نجد لهم رأيان في التفريق بين الزوجين اذا غاب الزوج عن زوجته و تضررت من غيبته و خشيت على نفسها من الفتنة[2].

أ/ الحنفية والشافعية: قالوا بأن الغيبة لا تكون سببا بين الرجل وزوجته وإن طالت المدة لانعدام ما يصلح أن يبني عليه التفريق بينهما وحجتهم عدم قيام دليل شرعي[3].

ب/ المالكية والحنابلة: يجوز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها، إذا لم تصبر عن فراقه، وتضررت من ذلك ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها، إلا أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه، فيطلب منه الحضور لزوجته، أو يلحقها به، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن، فإن لم يفعل واحدا من الأمور الثلاثة قام القاضي وطلقها عليه.

ثانيا: موقف قانون الاسرة الجزائري

جاء في المادة53 /5 من ق.ا.ج بأنه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة وعليه فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، كان لها ان تطلب التطليق بينها وبينه سواء كان في غياب معلوم الحل او مجهول، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها الى الانحراف ويشترط حينئذ ما يلي:

[1]-عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 262.

[2]-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 532.

[3]-بدران البو العينين، المرجع السابق، ص 448.

1) أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية وجرى العمل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات.

2) أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر ولم يعد، ويختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاعدة في الخارج لمدة التفوق السنة، أو لأي بسبب جدي آخر فإن طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون الرفض[1].

3) أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه وهذه الحالة يقدرها القاضي ويتأكد منها بجميع الطرق ، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب ، والبلد الذي يتواجد به والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات الإدارية والظروف السياسية المحيطة به ، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا ، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة وله مصادر في الداخل .دون أن بترك للزوجة ما ينفقه فان القاضي يحفظ مصير الأسرة ، ومتى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة ويحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير، وتكون الأحكام مشمولة بالنفاد المعجل [2].

ويجدر الإشارة إلى أن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع وليس الضرر المتوقع فقط ومن هنا يشترط قصد الزوج الإضرار بزوجته والإداء بتعيين لأنه غاب ولم يعلمها، فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه، فإن لم يقم به القاضي مقامه فيه، و لم يشترك المالكية في الغياب أن يكون بغير عذر مقبول، أما الحنابلة فقد اشترط ذلك لأن ضرر محقق من الغياب، و على القاضي أن يرفعه بالتطليق لأنه لا ضرر و لا ضرر في الفقه الإسلامي.[3]

والغائب الذي يقصده المشرع الجزائري هنا، هو الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ.ج بقوله" الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير .... "

فتكون المادة 110 ق.أ قد حددت مفهوم الغائب، و المادة 112 و 5/53 ق.أ.ج قد خولت الحق للزوجة في طلب التطليق للغياب من جراء الضرر الذي لحقها إذا توفرت الشروط القانونية، للغياب، أما إذا كان الغائب في مكان معروف أمكن الإتصال به و وصول الرسائل إليه، ضرب له القاضي أجلا و أعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم

[1]-بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 300.

[2]- محمد كمال إمام، المرجع سابق، ص 65.

[3]-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 269.

يحضر للإقامة معها أو بنقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل و لم يفعل، و لم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من استمرارها على طلب الفراق ثم الحكم بينهما بتطليق، و عند أحمد بن حنبل فسخا، و تعتد المرأة عنه عدة الوفاة و عليه فإذا طلبت التطليق لضرر الغياب، فإن كان زوجها غير معلوم المكان أو كان لا تصل إليه الوسائل فرق القاضي بينهما في الحال، بعد أن يتأكد من الشروط القانونية الواردة في المادة 5/53ق.أ.ج[1] .

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

سنقسم التطليق للهجر في المضجع في الفرع الأول والتطليق للشقاق المستمر بين الزوجين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التطليق للهجر في المضجع

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية والمقاربة بينهما وما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج وقد قال تعالى:﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ [2] ومقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الاستمتاع بالآخر و عدم الامتناع عن ذلك إلى لعذر شرعي.[3]

فإذا نشزت الزوجة وعصت زوجها، صار له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَا تٌحَافِظَاتٌ لِلْغَيبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ [4]

والهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج على زوجته، وهو أن يناما معا في نفس الفراش ولكن يدليها ظهره ويمتنع عن تحقيق رغبتها الجنسية وهو المقصود من الآية الكريمة سابقة الذكر المذكورة أعلاه. فما حكم ذلك؟ وهل يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر؟

قبل كل ذلك يتعين علينا التعرض لمسائل الهجر العادي والهجر المقترن بالحلف والمسمى بالإيلاء وكذا الهجر الناتج عن تشبيه الزوجة بمن تحرم على الزوج مجامعتها والمسمى بالظهار، متناولين الموقف الفقهي والتشريع الجزائري وما توصلت إليه الاجتهادات القضائية.

---

[1]- فضل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، د.ط، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية،1997، ص 294.

[2]-سورة المؤمنين الآية 5 .

[3]-عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1،ط2 ،دار النشر المعرفة، الرباط، د.ت.ن، ص 243 .

[4]-سورة النساء الآية 34 .

أولا: موقف الفقهاء

1. الهجر العادي

يرى الحنفية: أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة ولم يضاجعها لاشتغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه، فإنه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها، ولا يقدر المبيت لمدة معينة في الأسبوع و إنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من وقت لآخر، بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق المواقعة فليس من حق المرأة المطالبة به إلى مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة و يمنعها من التطلع الممقوت لغيره و إلا كان إثما.

يرى المالكية: إن حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك، ولو كان ترك الزوج للجماع يسبب انقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب أو غير ذلك وإذا رفعت دعواها هذه وأقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها فإن القاضي يأمره بمجامعتها ويضرب له أجلا بحسب اجتهاده. فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها ذاك، وإلا حكم لها بالتطليق. وإذا تمكنت الزوجة من إثبات أن زوجها لا يجامعها فلا تكلف بإثبات تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها ضرر، فتصدق في ذلك.

2. الإيلاء:

لغة: هو الحلف مطلقا سواء كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر[1].

اصطلاحا: فقد عرفه كمال الدين بن همام في "فتح القدير " بأنه الحلف على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القرب على ما يشق.[2]

فالحلف بالله تعالى ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء. فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لن يكن مواليا عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى:﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ ولقوله : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[3] .

واليمين التي تقع بها الإيلاء هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولهذا قال الشافعي ومالك أن الإيلاء يقع لكل يمين للعموم، فإن حلف الزوج بغير الله أو على قربان زوجته أمر ليس فيه مشقة على النفس فإطعام مسكين أو صلاة ركعتين فلا يكون مواليا وحنث اليمين يستوجب الكفارة وسقوط الإيلاء.

ويطرح التساؤل بشأن وقت وقوع الطلاق بالإيلاء.

---

[1] -عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 245 .

[2]- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 343 .

[3] -سورة البقرة الآية227 .

يرى الحنفية أنهم بمجرد مضي المدة وهي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا مستذلين بأن الزوج يمنع حقها فستحق من الشرع أن تتبين منه عند مضي هذه المدة.

و يرى المالكية و الشافعية و الحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لابد من تطليق الزوجة أو تطليق من القاضي[1] مستدلين بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.[2]

3.الظهار :

لغة: هو المقابلة بالظهر ، نقول ظهرته إذا قابلت ظهرها بظهره ، و ظاهر من امرأته إن قال أنت عليا كظهر أمي.

اصطلاحا: هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بالنسب أو الرضاعة أو المصاهرة.[3]

و الظهار كان طلاقا في الجاهلية فأبطل الإسلام هذا الحكم و جعله محرما للمرأة حتى يكفر زوجها و قد أجمع العلماء على حرمته ، فلا يجوز الإقدام عليه لقوله عز و جل : ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾[4]،وقوله : ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ [5].

وهاتان الآيتان الكريمتان تبينان حكم الإسلام في الظهار حيث صار محرما للزوجة على زوجها إلى بعد الكفارة ولا يعد طلاقا كما كان في الجاهلية.

وقد اختلف الفقهاء في بيان متى يحقق العود في الظهار، في تفسير قوله تعالى: "ثم يعودون لما قالوا". حيث فسره الأحناف والحنابلة والمالكية في الرأي الراجح عندهم بأن العود في الظهار إنما يتحقق بالعزم على كل من الإمساك والوطء معا.

قال الشافعية: إنه يتحقق بنفس الإمساك وذلك بأن يمضي وقت يمكن أن يطلق فيه ولم يطلق، لأن إقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه دون أن يفعل ذلك يقوم قيام إرادة الإمساك.[6]

---

[1] –رمضان علي السيد الشرنباطي، احكام الاسرة في الشريعة الإسلام، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر،2002، ص310

[2]–سورة البقرة الآية 227

[3]–رمضان على السيد الشرنباطي، المرجع سابق، ص320

[4] –سورة المجادلة الآية 2.

[5]– سورة المجادلة الآية 3.

[6] – محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص466.

وقال الظاهرية: إنه لا يترتب تحريم أثر على قول الرجل لزوجته "أنت علي كظهر أمي" إلا إذا كرر هذه العبارة مرة أخرى، فإذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار، و هذه الأخيرة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكين، عملا بما تضمنته الآيتان القرآنيتان المذكورتان أعلاه [1].

ثانيا: موقف قانون الاسرة الجزائري

إلا أنه اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد وبدون سبب شرعي، ولنا مدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة فإذا ساء الزوج استعماله حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع فلزوجته أن تطلب التطليق للضر الذي يلحقها من جراء هجره إياه ولقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة 3/53 من قانون الأسرة بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول الزوجة حق التطليق ثلاثة شروط:

1. هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجة، الإعراض عنها وعدم قرانها .
2. أن يكون هذا الهجر عمديا، ومقصود لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية وهو ما يسمى بالهجر الغير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.
3. أن يتجاوز أربعة أشهر متتالية وألا يقع أي اتصال بيتهما بين شهر وآخر وهذا ما يدل على أن الهجر ليس هدفه الاصلاح لأنه هذه المدة فقد التهذيب بمفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب والتهذيب، لتقويم سلوك الزوجة وإعادتها لرشدها للحافظ على حياة الزوجية من التدهور والانحلال.

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو الخدمة العسكرية، أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته أم كان الهجر تعبير عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش، كذا إذا كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر ولو بيوم واحد أو كان لعدة أيام وفي أوقات مختلفة ومتفرقة لا يجوز للمحكمة أن تطلب بحكم تطليقها في محل هذه الحالات، لأن الهجر شرعي لأسباب معقولة.

إن المشرع الجزائري لم يودع نصا يتعلق بالإيلاء الذي يتفق في الأحكام مع الهجر في المضجع أي في ترك قربان الزوجة وترك وطنها وجماعها، ولمدة أربعة أشهر فأكثر على رأي مالك والشافعي وابن حنبل.

والإيلاء في الحقيقة الفقهية هو حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا كأن يقول" والله لا أقربك أبدا" أو كدة ستة أشهر أو لا بعين المدة.

[1]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص478.

الأصل في الإيلاء قوله تعالى " للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءو فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " سورة البقرة . الآيتان226، 227[1].

الفرع الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

بما ان المشرع الجزائري يستمد نصوصه من الشريعة الإسلامية فقد أضاف هذه الحالة بعد التعديل والمقصود بالشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار[2]، بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق ان تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى[3].

ويكون الشقاق من الزوجين او من أحدهما دون معرفة من المسيء منهما. ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[4]وجاءت هذه الآية بعد الآية التي اشارت الى نشوز الزوجة وكيفية معالجة ذلك في قوله تعالى:﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[5]

أولا: موقف الفقهاء

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة عدم جواز التفريق للشقاق والضرر مهما كان شديدا لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الاضرار بها[6].

أجاز المالكية التفريق للشقاق، حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما ، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[7] وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت صحة دعواها طلقها منه، وان عجزت رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين، حكما من أهلها وحكما من أهل زوجها، لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعــوض أو

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

[2]- المرجع نفسه، ص290.

[3]- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص120

[4] -سورة النساء، الاية 3

[5]- سورة النساء الاية 34

[6]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 281.

[7]- حافض بن عبد الله محمد بن يزيد بن ماجد القزوين، المرجع السابق، ص 432.

بدونـــه لقوله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهما اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1]

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، واتفقوا على أن قولهما في الجمع نافذ بغير توكيل من الزوجين.

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، إن كان يحتاج إلى إذن من الزوج أم لا، فقال الجمهور يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين دون اذنهما.

وقال المالكية :ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما، بدليل ما رواه مالك عن الإمام علي بن أبي طالب– كرم الله وجهه– أنه قال في الحكمين: "اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع "

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين خبيرين بما يطلب إليهما في هذه المهمة، وأن يكونا من أهل الزوجين أو ممن لهما خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما[2].

ثانيا: موقف قانون الاسرة الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثامنة من المادة 53 على اعتبار الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من أسباب طلب الزوجة للتطليق، حيث جاء فيها الشقاق المستمر بين الزوجين لم يعرف قانون الأسرة الجزائري التطليق للشقاق بين الزوجين قبل تعديله بموجب الأمر05-02 وباستقراء المادة المذكورة فإنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق تحت عنوان وحيد وهو الضرر المعتبر شرعا، غير أن طلبها يبقى محل تقدير من قبل قاضي الموضوع الذي يمكنه أن يحكم لها بالطلب، كما يمكن له رفضه، ويمكن الرجوع في ذلك إلى ما أقره الاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار 24_09_1996 والذي قرر أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. غير أن التعديل الذي جاء به الأمر05_02 جعل من بين أسباب طلب التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين وبذلك

[1]– سورة النساء، الاية35.

[2] –وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص503،504.

يكون المشرع الجزائري قد استدرك هذا الموضوع وجعله سببا من أسباب التفريق القضائي، لكن دون بيان لكيفية إثبات وجود الشقاق، وإثبات استمراره، والضرر الحاصل منه، ومعرفة المتسبب فيه[1].

المطلب الثالث: التطليق للتدليس والتطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

سنتطرف في الفرع الأول للتطليق للتدليس أما في الفرع الثاني سنتطرق الى سبب آخر من أسباب التطليق ويمثل في مخالفة الزوج للشروط الواردة في عقد الزواج.

الفرع الأول: التطليق للتدليس

برغم من أن المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري أباحت تعدد الزوجات، لكنها وضعت له قيودا وألزمت الزوج باحترام هذه القيود فهل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة زوجها أحكام هذه المادة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه، مبينين في ذلك موقف الفقهاء والمشرع الجزائري حول هذه المسألة

أولا: موقف الفقهاء

لقد أباح الإسلام التعدد في الزوجاتقوله عز وجل:﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْأَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾[2]وهذه الاية أباحت تعدد الزوجات حتى اربع كحد اقصى، وذلك مشروط بالعدل.

ورغم الزام الزوج بالعدل بين زوجاته، قد لا يتمكن من ذلك و هذا الأمر شائع الحدوث، فالرسول صلى الله عليه و سلم مثلا حين يقسم بين زوجاته أمهات المؤمنين، كان يقول: " اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك و لا أملك"[3]. فالعدل بين الزوجات وما يسببه انعدامه من ضرر لإحدى الزوجات هو أساس طلب التطليق من

[1]–محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر،2009، ص 648.

[2] –سورة النساء الآية3.

[3]–ابي داوود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني، سنن ابي داود، ج3، طبعة خاصة، باب في قسم بين النساء، دار الرسالة العالمية، سوريا،2009 ص 115

الزوجة المضرورة، ووفقا للإمام مالك فإنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق إذا ما أصابها ضرر جراء زواج زوجها من امرأة أخرى[1]، أي التطليق للضرر الناتج عن عدم العدل بين الزوجات وليس لتعدد الزوجات.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري

اشترط المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن:

1. يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك، وفق الفقرة الأولى من نص المادة الثامنة التي جاء فيها":يسمح بالزواج بأكثر من واحدة متى وجد المبرر الشرعي"، لكنه لم يوضح ماهية المبرر الشرعي،كما قال الأستاذ عبد العزيز سعد": لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي..غير أن ما يمكن أن نضعه ضمن قائمة المبررات الشرعية لإمكانية الزواج بامرأة ثانية أثناء قيام حالة الزواج السابق هو أن تكون الزوجة السابقة عاقرا، ولا توفر أحد أهداف الزواج، أو أنها مريضة مرضا حادا لا يسمح لها بالقيام بالالتزامات الزوجية.
2. توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، و الملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة " شرط ونية العدل " دون أن يوضح ما المقصود بشرط ونية العدل، و لعلها تفيد في مرحلة أولى شروط العدل المادي أي كل زوجة تتمتع ماديا بما تتمتع به الأخرى من مستوى في السكن و الإنفاق و اللباس، و المأكل و غيرها و أما نية العدل فهي بطبيعة الأمر موكولة إلى ضمير الزوج المقدم على الزواج ثانية و هو أمر مستبعد مبدئيا، إذ أن الزوجة ثانية عادة ما تحظى بمعاملة من الزوجة الأولى، وغالبا ما يفشل الزوج في العدل بين زوجاته خاصة من ناحية العواطف[2]، وهذا مانجده في قوله تعالى:

﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [3]

3. إخبار الزوجة السابقة و الاحقة: اي الزوجة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بأخرى وكذلك إخبار المرأة التي ينوي العقد عليها والزواج منها بأن في عصمته زوجة أخرى، فإن تخلف هذا الشرط جاز للزوجتين السابقة واللاحقة أن تطلب التطليق بناءا على غش الزوج لهما أو لإحداهما.

[1]- احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق واثارهما، المرجع السابق، ص282.

[2]-المرجع نفسه، ص94.

[3]- سورة النساء، الاية129.

4. طلب الترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة الواقعة بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وعلى القاضي أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة والمرأة المقدم على الزواج منها، وكذلك توفر المبرر الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية فإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول.

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه رغم تشديده على ضرورة حصول الزوج على ترخيص بالزواج من الفاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزوجة اللاحقة في حالة التعدد إلا أنه يمكن تفادي هذا الشرط والزواج من جديد دون الحصول على الترخيص بذلك عن طريق الزواج العرفي، فقد يلجأ الزوج المقبل على الزواج ثانية إلى الزواج العرفي فيتزوج ثانية زواجا عرفيا ثم يطلب تثبيته أمام المحكمة وما على القاضي سوى الحكم بتثبيته حتى ولو لم توافق الزوجة الأولى والزوجة اللاحقة، أو تعلما حتى[1].

الفرع الثاني: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

للزوجين الحق في وضع شروط معينة اثناء ابرام عقد الزواج او في عقد لاحق فيلتزمان بتنفيذهما الشروط، وعليه فان أخل أحد الزوج بتنقيد الشروط الواردة في العقد والتي تقع على عاتقه، فهل يمكن للزوجة ان تطلب التطليق وهذا ما سنجيب عليه من خلال تبين موقف الفقهاء حيال ذلك وموقف المشرع الجزائري في هذه الحالة.

أولا: تعريف الشرط

الشرط في اللغة هو " الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"، ويعرف كذلك على انه ما يشترطه المتعاقد في العقود امر على اخر بواسطة أداء ملفوظة[2].

اما اصطلاحا فهو ما يتوقف عليه الشيء، بأن يوجد وينعدم بانعدام الشرط[3]

ثانيا: موقف الفقهاء

حتى ندرس موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج لابد من بيان هذه الشروط أولا.

[1]- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 01 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص123.

[2]- المنجد الابجدي، ط 01 ، دار المشرق، لبنان،1968، ص 591.

[3] علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص10 .

يقصد بالشروط المقترنة بعد الزواج: أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بتاء على اشتراط الطرف آخر بأية عبارة تفيد ذلك[1].

والشروط في عقد الزواج أنواع مختلفة: منها ما يجب الوفاء بها بإتفاق الفقهاء، ومنها ما لا يجوز الوفاء بها بإتفاق الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف بين الفقهاء.

1. الشروط الصحيحة بإتفاق الفقهاء:

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد، فتجب بالعقد من غير شرط، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهرا أو أن ينفق عليها، أو أن يعاشرها بالمعروف، ونحو ذلك.

أو مؤكد لحكم يقتضيه العقد باشتراط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج مثلا ضامنا لتنفيذ الأثار المالية المترتبة على عقد الزواج، بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، او يضمن قيامه أي الزوج بالاتفاق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها.

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

2. الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء:

تتمثل الشروط الغير صحيحة باتفاق الفقماء في:

الشروط التي تناقض مقتدي عقد الزواج:

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

[1]-محفوض بن صغير، المرجع السابق، ص 454.

[2]- المرجع نفسه، ص 455، 456.

فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء، لأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، لأنها شروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به.

الشروط التي ورد نهي الشارع عنها:

وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة، مثل ان تشترط الزوجة طلاق ضرتها لقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَزِيدَنَّ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَنَّ عَلَى خِطْبَتِهِ وَلَا تَسْأَلْ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَكْفِئَ إِنَاءَهَا"[1]، او يزوج شخص ابنته او اخته مثلا لشخص اخر على ان يزوجه ابنته او أخيه او أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار، وكأن يشترط الزوج والزوجة تؤقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة او نكاح المؤقت، وكأن يتزوج مطلقة ثلاثا بشرط احلالها لزوجها، وهو ما يسمى نكاح المحلل لما رواه عقبة بن عامر انه قال : رسول الله عليه وسلم : "الا اخبركم بالتيس المستعار "قالو: بلى، يا رسول الله، قال "هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"[2] .

فهذه الانواع من الأنكحة قد وردة نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسب ذلك النهي، بالإضافة الى ان البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه[3].

1. الشروط المختلف فيها:

وهي ما عدا الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير الصحيحة باتفاق الفقهاء كذلك، وهي التي يشترطها احدا الزوجين على الاخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد عن الشارع دليل خص باعتبارها او عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط. كان تشترط الزوجة على زوجها الا يتزوج عليها او الا ينقلها من دارها او من بلدها، او الا يسافر بها الى بلد اخر، او ان تشترط عليه خروجها الى العمل بعد الزواج[4].

واختلف الفقماء في مدى صحة هذه الشوط الزاميته الوفاء بها على ثلاثة مذاهب:

---

[1]– أبو عبد الله محمد بن اساعيل بن إبراهيم المغيرة الجعفي البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عيه وسلم وسننه وايامه، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لبنان، ص 191.

[2]–حافظ ابى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن،ج3، كتاب الطلاق، باب المحلل والمحلل له، المرجع السابق، ص117، ص118

[3] –محفوض بن الصغير، المرجع السابق، ص457، ص458

[4] – محفوض بن الصغير، المرجع السابق ، ص458، ص458

المذهب الأول: ان هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فان لم يفي بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، وهو مذهب الحنابلة، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم"[1] وبقوله صلى الله عليه وسلم "احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج". وهذه الشروط لم تحل حراما او تحرم حلالا، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث[2].

المذهب الثاني: ان هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية و الشافعية، واستدلوا على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "أَمَّا بَعْدُ فَمَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، فَأَيُّمَا شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ , قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ ، مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُولُ أَحَدُهُمْ : أَعْتِقْ يَا فُلانُ وَلِيَ الْوَلاءُ ، إِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ"[3]

المذهب الثالث: ان هذه الشوط مكروهة، والوفاء بها غير لازم بل مستحب، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، اليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحو ذلك وهو مذهب المالكية، ومما استدلوا به على قولهم هذا ما روي ان رجلا تزوج امرأة واشترطت عليه الا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي كرم الله وجهه فقال: " شرط الله قبل شرطها"، ولم ير لها شيئا[4]، وقوله صلى الله عليه وسلم " أَيُّمَا شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ" رواه البوخاري.

ومن خلال عرض راي الفقهاء في الشروط وللزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرفين الاخرين، فإن لم يفي بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، ما دام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها او عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه.

ثالثا: موقف قانون الاسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري على مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج في الفقرة 9من المادة 53 من ق.أ.ج وبناءا على ما سبق نجد أن المشرع الجزائري قد استدل بمذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط،

[1] -أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح، المجلد الثاني، ج3 ط1، المرجع السابق، ص192

[2]- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، المرجع السابق، ص 190.

[3] -المرجع نفسه، ص192.

[4]- محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص462،459.

التي يريانها–الزوج والزوجة–ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما، فأجاز المشرع الجزائري أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يريانه ضروريا ، ما لم يتنافى مع احكام قانون الاسرة الجزائري[1]، قد خص بالذكر صورتين للاشتراط وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق.

وجدير بالذكر أن هذا الشرط الأخير لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات طالما أن الاتفاق على هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، وطالما أن قانون الأسرة يبيح مبدأ تعدد الزوجات كأصل عام، مع وضع بعض القيود عليه بهدف حماية الزوجتين السابقة واللاحقة.[2]

المبحث الثاني: التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى بعض الجرائم المعاقب عنها جزائيا والتي قد يرتكبها الزوج وهل يمكن للزجة طلب التطليق جراء ذلك؟

سنحاول الإجابة عنها من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الاول: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الاسرة

قد يرتكب الزوج بعض الأفعال التي قد تلحق بالزوجة أضرار معنوية بسبب سلوكيات وتصرفات زوجها، كارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا وقانونا لا سيما إذا حكم عليه بالسجن لسنوات طويلة مما يؤثر في كيان الأسرة وتؤدي إلى خلق جو من التوتر والتنافر وعدم الانسجام وتؤثر على الحياة الزوجية واستمرارها واستقرارها فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق؟ وهل يعتبر حبس الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة التطليق؟

للإجابة هذا التساؤل نتطرق إلى موقفين الفقهي والتشريعي وما توصل إليه الإجهاد القضائي.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

لقد اختلف الفقهاء في مدي جواز التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة ما، فمنهم من أجاز ذلك ومنهم لم يجز ذلك.

---

[1]- المادة 19 من ق.أ.ج تنص على" :للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ".

[2] – محفوظ بن الصغير، المرجع السابق ، ص470.

فالحنفية لا يرون الحكم على الزوج بالحبس سببا للتفريق، طالت المدة ام قصرت[1]، وفقههم في الأخذ بهذا متناسق، لأنهم لا يرون الغيبة سببا للتفريق سواء بعذر أو لغير عذر.

أما الحنابلة فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأن الغيبة في هذه الحالة بعذر، وان كان العذر في ذاته غير مشروع.

أما المالكية فيجيزون التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بدون عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطليق، وعلة التفريق بسبب الحبس هو الضرر الذي قد يصيب الزوجة جراء ذلك[2].

الفرع الثاني: موقف قانون الاسرة الجزائري

اباح المشرع الجزائري للزوجة ان تطلب التطليق من القاضي بسبب الحكم على زوجها بجريمة والتي نص عليها في المادة 4/53 من قانون الاسرة الجزائري التي تم تعديلها بموجب الامر رقم 05-02، حيث كانت تنص قبل التعديل على" :يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، حيث قام بحذف" العقوبة الشائنة"، كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة" أكثر من سنة"، وأكتفى بالنص على الآتي" :يجوز للزوجة أن تطلب التطليق:

في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،."

و بتحليل نص المادة من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري وضع عدة شروط حتى تقبل دعوى التطليق ويحكم للزوجة بالتطليق، تتمثل هذه الشروط في:

1-يجب أن يصدر ضد الزوج حكم في جريمة معينة، حائز لقوة الشيء المقضي فيه، بحيث يصبح غير قابل للطعن فيه لا بالطرق العادية ولا الطرق غير العادية.[3]

ولا يهم ما نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج، إذ قد تكون عقوبة سالبة للحرية كالسجن أو الحبس، كما قد تكون عقوبة غير سالبة للحرية مثل الغرامة ، فالمشرع لم يحدد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا، مثل ماكان

[1]-رمضان علي السد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006 ،ص549.

[2]- محمد كمال الدين امام، المرجع السابق، ص 273.

[3]-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 266

منصوص عليه في المادة 4/53 من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير، التي كانت توجب كشرط للحكم بالتطليق أن يصدر ضد الزوج حكم

بجريمة معينة بالحبس لمدة أكثر من سنة، فالمشرع حدد مدة العقوبة بسنة فأكثر، فإن كانت مدة العقوبة أقل من سنة؛ لا يجوز الحكم بالتطليق في هذه الحالة، وبموجب التعديل الأخير لم يشترط المشرع نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا كما لم يحدد مدتها.

2-أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة وسمعتها.

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية و الماسة بالسمعة و الشرف و الاختلاس و الرشوة ونحوها. هذا ويع الاشكال في على من يقع عبء إثبات ان الجريمة تمس بالسمعة العائلية على الزوجة او القاضي.

وفي جميع الأحوال فلا يقضي القاضي بالطلاق لمجرد عقوبة الحبس، بل لا بد ان تتمسك الزوجة بطلب التطليق بالإضافة الى اثباتها ان الجريمة مست بكيان الاسرة وسمعة والشرف[1].

ولقد أحسن المشرع حين تدارك الوضع وعدل هذه الفقرة بإزالة وحذف عبارة "عقوبة شائنة"، حيث أنه كان قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري يصف العقوبة التي يحكم بها القاضي على الزوج بالشائنة، تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج، وكان الأجدر به أن يصف الفعل المرتكب من الزوج لا العقوبة التي يحكم بها القاضي.

3-أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فتتغير العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم، ويتحول الحب والمودة إلى بغض وكراهية، وتستحكم الخلافات الحادة بينهما، فيستحيل استمرار الحياة بينهما[2].

فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة، جاز للقاضي أن يحكم بالتطليق.

المطلب الثاني: التطليق لإرتكاب الزوج الفاحشة مبينة

قد يرتكب الزوج افعالا توصف شرعا بانها فاحشة مبينة، فهل يمكن للزوجة ان تطلب التطليق على هذا الأساس؟

الفرع الأول: المقصود بالفاحشة مبينة

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع وكذا ما ورد في القرآن الكريم.

الفحش والفحشاء والفاحشة، هو ما عظم من الأفعال والاقوال، كما يقصد بها القبيح من الأفعال والاقوال[3].

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص199.

[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق،267.

[3]- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، باب الفاء ، المرجع السابق، ص 3355.

فنقول مثلا عن الأمر أنه فاحشة إذا ازداد عن الحد المعقول ونقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة، فيصبح المعنى الفحش هو زيادة المبالغ فيها، فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة وتعرض الآخر الى فاحشة في قسمة التركة ...الخ.

أما ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة، تصور الفاحشة في أمور تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا و من ذلك قوله تعالى: ﴿وَ لَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا[1]﴾ وقال أيضا ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا[2]﴾

الفرع الثاني: موقف قانون الاسرة الجزائري

وبناء على ما سبق فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها فاحشة فعلى القاضي ألا يستجب لطلبها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب وذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية تكون معيار الذي يقاس به الفعل ويكيف على ضوء ما إذا كان فاحش أو غير ذلك.

1-نظرة الدين إلى الفعل: ويعتبر في نظرة الدين فاحشة كل فعل من كبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر.

2-مقتضى العقل السليم: ومفاد أن العقل يرفض الانحراف ويفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وظروف المجتمع.

3-الإرادة الاجتماعية القاضي ابن البيئة، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات و تقاليد و قيم و ثقافات و على نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه و سلم وبالتالي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية و أخلاق المجتمع العربي يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق [3].

ومنه فقد نص المشرع في الفقرة السابعة من المادة 53 على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، و هي حالة يوشك المشرع الجزائري أن ينفرد بالنص عليها، دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى، ويتبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا و هناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقة

[1]- سورة الاسراء الاية 32.

[2] -سورة النساء الاية 22.

[3]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص 299

الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم و المنصوص عليها في المادة 337 مكرر من القانون العقوبات وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة فيما إذا كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا ؟

إن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبارها كذلك وبالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني فإنها تنص على ما يلي " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" و بهذا فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأول قبل اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، و لمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن السنة ولو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطليق[1] .

بعض الصور التي تلحق بالفاحشة المبينة:

سنتعرض لبعض الصور التي تلحق بالفاحشة المبينة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، سنتطرق باختصار إلى الزنا وشرب الخمر باعتبارهما من الكبائر والفواحش.

1-الزنـا: لقد دعا الإسلام الحنيف الى الزواج من جهة ومن جهة أخرى فإنه حرم أي اتصال جنسي غير مشروع وشدد العقوبة إلى أقصى درجة واعتبر الزنا من أبشع الجرائم التي ترتكب ضد الشرف والأخلاق والفضيلة والكرامة تفتيت الأسرة واختلاط الأنساب وتقطع العلاقات الزوجية و سوء تربية الأولاد[2].

كما أن كل اتصال جنسي قائم على أساس غير مشروع، يعتبر زنا تترتب عليه العقوبة المقررة من حيث أنه جريمة من الجرائم التي حددت عقوبتها، شرعا بإقامة الحد وقانونا.

بالعقوبة المقررة في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري وثبوت وقوع الجريمة يكون حسب نص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري إما بمحضر قضائي عن التلبس بهذه الجريمة أو بالإقرار واعتراف المتهم او بإقرار القضائي.

[1]-عمر زودة، طبيعة الأحكام بانهاء الربطة الزوجية وآثارها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، الجزائر،2001 ، ص54، 55.

[2]-عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج5،ط3،دار الكتب العلمية بيروت، لبنان،2006، ص1012.

وإذا ما حدث أن ثبتت الجريمة وطبقت العقوبة فللزوجة حق في طلب التطليق طبقا لفقرة7 من المادة 53 من قانون الأسرة.

2- شرب الخمر

ومن بين الصور التي يمكن ان تلحق بالفاحشة المبينة إن ما أردنا ان نتوسع في مفهوم الفاحشة، تناول الزوج الخمر و هو ما سمح للزوجة أن تطالب الحكم لها بالتطليق إن استطاعت أن تثبت بالدليل القوي أن زوجها يتعاطى شرب الخمر بشكل مستمر و بصورة تدفعه إلى ارتكاب حماقات مختلفة و إتيان تصرفات يسئ بها إلى الزوجة والأولاد و الى سمعة الأسرة و الإضرار باقتصادها و أموالها و راحتها و قد يؤدي في الغالب شرب الخمر إلى التخلي عن الواجبات الزوجية فهو مفتاح كل البلايا و الانحراف[1].

المبحث الثالث: التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا

إن العيوب التي تصيب الانسان متنوعة ومختلفة قد تكون جنسية او غير جنسية من شأنها أن تمنع تحقيق المقصد الشرعي الذي من أجله شرع الزواج، وتجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ما أصيب الزوج بهذه العيوب؟

كما قد يقوم الزوج ببعض التصرفات تلحق الضرر بزوجته، وتؤذيها كأن يتجاوز الزوج ما حدده له الشرع عند تأديبه لزوجته قولاً أو فعلاً، فهل يمكن للزوجة في مثل هذه الحالة أن تطلب التطليق أمام القاضي؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: التطليق للعيوب

يجب التطرق الى معنى العيب أولا، جاء معنى العيب في لسان العرب: ألعاب والعيب والعيبة، الوصمة وعاب الشيء والحائط صار ذا عيب وعيبه تعيبه نسبة الى العيب وجعله ذا عيب.[2]

وجاء في قاموس المحيط: عاب لازم معتد، وهو معيب و معيوب.

[1] -السيد سابق، المرجع السابق، ص 405.

[2]- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، المرجع السابق، ص 3183، 3184.

و العيب و هو ما وصفه المشرع الجزائري بالعيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج (المادة 53 الفقرة 2 من ق.أ.ج) و بذلك يخرج من عداد العيوب كل ما لم يكن عائقا دون تحقيق الهدف من الزواج سواء كان العيب عقلي (معنويا) أو ماديا (جسميا) كما هو نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية الأمر الذي أعطى معه للمرأة حق طلب التطليق.[1]

الفرع الأول: أنواع العيوب

إن العيوب التي تصيب الإنسان متنوعة ومختلفة قد تكون جنسية أو غير جنسية بل هي عيوب مرضية أخرى، فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة وتسبب عائقا في منع المعاشرة الجنسية ولكل جنس عيوبه الخاصة به، فعيوب الرجل مثل الجب و العنة و الخصاء.

فالجب هو استئصال عضو التناسل للرجل، العنة صغر الذكر بحيث يتأنى منه الجماع ولا يقدر على المباشرة الجنسية الخصاء: سبل الخصيتين أي استئصال الخصيتين.

أ ما عيوب المرأة فهي الرتق والقرن والعفن والافضاء والبخر فيعني بالرتق هو انسداد ملك الذكر في الفرج، القرن شيء يبرز في فرج المرأة لحما كان أو عظما والعفن: رغوة في الفرج، الافضاء: اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول.

في حين يشترك الجنسان في عيوب مرضية، قد تصيب المرأة أو الرجل مثل الجنون و الجذام و البرص و الأمور المعدية الأخرى فالجذام : داء ينقطع منه اللحم و يتساقط، أما البرص بياض يظهر في ظاهر الجسد (فساد الدم) [2]و هذا ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل متعرضين لموقف الفقهي و التشريعي.

الفرع الثاني: موقف الفقهاء

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى إحراز التفريق بين الزوجين بالعيوب، فما هي العيوب التي تستوجب طلب التفريق، و هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط [3].

للفقهاء أراء في جواز التفريق للعيب:

[1]- فضل سعد، المرجع السابق، 275.

[2]-بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 436.

[3]-عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 278.

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، و اختلفوا في خيار بعيوب الزوج، فقال" أبو حنيفة و أبو يوسف " لا فسخ إلا لعيوب التناسلية الثلاث و هي الجب، العنة و الخصاء لأنها غير قابلة للزوال، فالضرر فيها دائم و لا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج [1]

و شروطهم في ذلك :

ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة، فإن وصل إليها و لو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق التطليق.

– ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح، فإذا كانت على علم به لم يثبت لها حق طلب التطليق.

– ألا ترضى بالعيب بعد علمها به، فإذا علمت و رضيت ليس لها الحق في طلب التطليق بشرط أن تعلن رضاها صراحة، فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها.

– ألا يكون غي الزوج عيب مانع من الاتصال الجنسي فإن كان بها عيب فلا يحق لها في طلب التفريق لأن الأضرار هنا غير متوفر باعتباره أساسا الطلب ذلك[2].

وذهب الشافعي وأحمد إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها الجب، العنة، الجنون، الجذام و البرص، فإذا كان بزوجها واحد من هذه العيوب كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي و نطلب منه فسخ النكاح.

أما المالكية فقد اعتبروا التفريق طلاقا لا فسخا ووافق الإمامين أحمد والشافعي في تلك العيوب، غير أنهم زادوا عيوب أخرى في كتبهم مفصلة[3].

أما الإمامية فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشرة عيبا، أربعة في الرجل وهي الجنون والخصاء والعنة والجب، وعيوب في المرأة الجنون، الجذام، البرص، الاخصاء، العمى .

و قال ابن القيم الجوزية في زاد الميعاد: " إن القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه و لا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار" .

و قد نقل عن الزهري أنه قال : " يرد النكاح في كل داء عضال" .

[1]– عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 279.

[2] –عبد الكريم شهيون، المرجع السابق، ص 227، 228.

[3] – عبد الكريم شهيون، المرجع السابق ، ص 228 .

الفرع الثالث: موقف قانون الاسرة الجزائري

لقد أباح المشرع الجزائري لزوجة حق طلب التطليق لعيوب، إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيب و لم يبين نوعه، أهو عيب جنسي أو غير ذلك ، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و اعتمد بذلك على عبارة عامة وردت في الفقرة الثانية في المادة 53 من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب و لو على سبيل المثال و اكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها و هو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج و حسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب و العلل و الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج[1] كثيرة و متنوعة و من الصعب حصرها، و يخرج من عدادها – حسب مفهومه – وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا في زوجها لم يكن معلوما قبل الزواج، أو اطلعت على مرض حدث له بعد الزواج ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصي والعنين، أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل العقم، أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها و الإشمئزاز من مرضه أو الخوف من أذاه وخطر تصرفاته مثل أمراض الجدام والبرص وغيرهما من الأمراض الدائمة والمعدية، ومثل الجنون والصرع المتكرر المستمر فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء من أجل وضع حد لحياتهما الزوجية، وطلب الحكم بتطليقها من زوجها المريض أو المعيب أو العليل[2].

لقد أخذ المشرع بجواز التطليق للعيوب، حسب ما يتضح من المادة 53 حيث اعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج اخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، يجوز التفريق للعيوب شريطة توافر جملة من الشروط التالية:

1. أن يكون العيب في الزوج.
2. أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج.
3. أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها.
4. أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها إلى القاضي.
5. أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكيد من صحة دعوها التي يثبتها بمختلف الوسائل.[3]

و قد ذهبت المحكمة العليا في عدة أحكام لها إلى ذلك منها في هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1999 جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، و

[1] -فضيل سعد، المرجع السابق، ص 275، 276.

[2]- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010ص 221.

[3] -عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 260.

متى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، و عليه فإن القضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سلميا و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

إن طلب الزوجة التطليق بسبب عيب في زوجها واستجابة القاضي لها معلقات على كون العيب ناتجا عن مرض مستمر ودائم لا يتوقع شفاؤه، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن علاجها والشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء معقول لا يتجاوز الشهور فإنه يكون على الزوجة أن تصبر مع زوجها وإذا تقدمت بطلب التطليق فإنه على المحكمة ان تمهله اجلا لمواصلة العلاج أمل في شفائه، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين وعند اليأس يحكم لها بالتطليق من الزوج.

وإذا كان المرض الذي أصاب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور يمنعه من الحركة أو الصرع الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حينا ويتركه أحيانا فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزواج.

ويطرح التساؤل بشأن المدة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطليق للعيوب وفي هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فقال مالك والشافعي أن مرور مدة الزمن على سكوتها يسقط حقها في طلب التطليق لأنه بمثابة الرضي الضمني بالعيب الموجود، أما الإمامين أبو حنيفة وأحمد يشترطان الرضى الصريح.

وفي هذا 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:

1. أن ترفع دعوى التطليق .
2. أن يتأكد وجود ما تدعيه بخبر الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين.[2]

وهذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنا لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضا ومتى حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا وجب رفعه، وبالتالي الاستجابة لطلبها، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب آخر غير العيب الذي تنازلت عنه لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض كما لو كان

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 261.

[2] – المرجع نفسه، ص 276، 277.

الضن يغلب على شفائه منه فانتظرته[1] إلا أنه يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة من أجل العلاج الزوج المصاب.

وهذا يلاحظ عمليا أنه إذا وجد عيب بالزواج و طلبت على إثره الزوجة التطليق فإن القاضي يؤجل الحكم بالتطليق إلى مدة معينة معلومة لا تتجاوز السنة، إذ جاء فيه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19-11-1981 تحت رقم 437841 حتي كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا على مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و إن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها، و بعد انتهائها فإن لم تتحسن حالته المرضية، حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية[2] .

المطلب الثاني: التطليق للضرر المعتبر شرعا

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج لزوجته في المعاملة و لا أن يؤذيها بالقول، و هذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال الله عز و جل ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [3] و قوله كذلك﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [4].

و لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديبي زوجته إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا و قد تقرر ذلك بمقتضى قوله تعالى:﴿ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾[5]و لكن لو تجاوز هذا التأديب حدة على نحو يسيئ للزوجة و يؤذيها في المعاشرة بالقول أو الفعل يضربها

[1] -فضيل سعد، مرجع سابق، ص277.

[2] -القرار الصادر بتاريخ 18-11-1981، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989.

[3]-سورة البقرة، الآية 228.

[4]-سورة النساء، الآية19.

[5]-سورة النساء، الآية14.

ضربا مبرحا أو يشتمها شتما مقذعا أو يحملها[1] على فعل غير مباح شرعا فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة في هذه الأحوال؟

هذا ما سنتناوله بتفصيل متعرضين لموقف الشريعة الإسلامية ثم موقف المشرع فيها و إلى اجتهاد القضائي بشأنها، و لكن قبل ذلك وجب علينا معرفة المقصود للضرر؟

الفرع الأول: المقصود بالضرر والشروط الواجب توافرها فيه

أولا: المقصود بالضرر

الضرر هو إذاء الزوج لزوجته بالقول و الفعل كالشتم المقذع و التقبيح المخل بالكرامة و الضرب المبرح و الحمل على ما حرمه الله و الهجر من غير سبب يبيحه و هو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا و لا تقدر الزوجة الصبر عليه و تستحيل معه دوام العشرة الزوجة [2].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الضرر

لإمكانية اعتبار الضرر سببا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها في التطليق أمام القضاء، لابد من توافره على هذه الشروط:

1-يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون حالا أو وقع فعلا.

ألا يكون الضرر احتماليا أو افتراضيا، وشرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون كذلك قبل الدخول، وهذا تأسيسا على المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها في طلب التفريق للضرر، فتسمع الدعوى في الحالتين.

2-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.

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 139.

[2]-عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص281.

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

3-أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، بحيث تتوتر العلاقة الزوجية، ويستحكم الخلاف والشقاق بين الزوجين[1].

الفرع الثاني: موقف الفقهاء

المذهب الحنفي لا يرى ذلك سببا صحيحا يوجب التفريق، لأنه لم يتعين طريقا لخلاص الزوجة مما حل بها من أذى، و على القاضي أن يأمر بحسن العشرة و إلا أدبه لما يراه كفيلا بحمايتها منه [2] .

و لقد سانده الجعفرية و الشافعية و الظاهرية و الشيعة الإمامية و رواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى و لو طلبت ذلك بسبب إيذائها بالقول أو الفعل و معاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما و الإحسان في المعاملة.

و وجه الاستدلال بالآية على عدم التفريق : أن الآية الكريمة تكاد أن تكون صريحة في أن عمل الحكمين قاصر على أن الجهد في الإصلاح بين الزوجين و في أن التفريق بين الزوجين ليس من عملهما حيث لم تتعرض الآية للتفريق بينهما، فلا يملك الحكمين التفريق بين الزوجين إلا بإذنهما و ذلك بتفريض من الزوج و توكيل من الزوجة إذا احتاج الأمر الى الخلع و الطلاق على المال .

كما أن اضرار الزوج بزوجته يمكن تدار هو إزالته بتعزيز الزوج و عدم أجبار الزوجة على طاعته فلم يتعين الطلاق الذي هو أبغض الحلال الى الله تعالى لإزالة الضرر بها فلا يلجأ إليه [3].

---

[1]-فريحاوي 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 ص22،25 .

[2]- أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 134 .

[3]-رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق ، ص 140.

أما المالكية فيرون أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب و نحوها كالإكراه على فعل أمر حرام أو كان يضرها بالهجر أو الشتم و رفعت أمرها للقاضي و أثبتت تعديه و كان أن تطلب من القاضي تأديبه ليكف أداه عنها و ذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تنشز عن طاعته بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجديا فإن لم تجد العضة أمرها بهجره فإن لم تفد ضربه هذا إذا اختارت البقاء مع زوجها .

أما إذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن اثبات دعواها فللقاضي أن يعين حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها لأنهما أدرى ببواطن أمور الزوجين ويشترط في الحكمين: أن يكون رجلين راشدين عدلين عالمين بأحكام الشرع في المهمة التي اختار من أجلها فإن تعدر عليهما ذلك وثبت لهما أن الإساءة تأتي من الزوج طلقها عليه بلا مال يأخذانه منها لظلمة، وأن كانت الإساءة من الزوجة كان للحكمين أحد الأمرين:

1-أن يأتمن الزوج عليها و يأمره بالصبر و حسن العشرة إن رأيا في ذلك اصلاحا

2-أن يخلعها منه نضير عوض يأخذانه من الزوجة و يجوز أن يكون العوض أقل من المهر الذي أخذته كما يجوز أن يكون مساويا لمهرها أو أكثر منه [1].

الفرع الثالث: موقف قانون الاسرة الجزائري

أجاز المشرع الجزائري التطليق للضرر في المادة53 /10 الجزائري، 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 تشتمل هذه العبارة كل أسباب التطليق الأخرى.

ولقد وضع المشرع عدة شروط لابد من توافرها حتى يحكم القاضي بالتطليق للضرر، تتمثل هذه الشروط في:

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

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

أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبر شرعاً، دون تحديد نوع معين للضرر.

فإذا ما توافرت هذه الشروط وقامت الزوجة بإثبات الضرر، أمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، أو إن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها.

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق ، ص 141.

وفيما يلي بعض من أمثلة الضرر الذي يجيز التطليق على سبيل المثال لا الحصر، بإعتبار أن مفهوم الضرر المعتبر شرعاً يتغير حسب البيئات الإجتماعية، ومن عقد إلى آخر، وحتى من زوجة إلى أخرى، فما يكون اضرار ثقيلاً عند زوجة 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 مسكن الزوجية والتهرب من الواجبات الزوجية دون مبرر شرعي.

3-إكراه الزوجة على إرتكاب المحرمات، مثل إكراهها على ممارسة الدعارة ومجالسة الرجال وماشابه ذلك.

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

5- ممارسة الزوج بعض السلوكات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة، كأن يضبط في شقة للقمار مرتكباً فعلاً فاضحا.

إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث، وهو أمر محرم.

ومن خلال التمعن فيما سبق من أمثلة عن صور الضرر، يتبين مدى صعوبة إثبات العديد منها، كوطء الزوجة في غير محل الحرث، أو إكراهها على إرتكاب المحرمات، أو سبها وشتمها؛ فيستحيل الإطلاع على بعضها كالوطء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها صادر بتاريخ 1987/01/12 بقولها: " من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية"[2].

أما بالنسبة لضرب الزوجة، فإنه لا يشترط أن يتم إثبات الضرب والجرح في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعاً بصدور حكم جزائي نهائي ضد الزوج فقط، بل من الممكن إثباته بتقرير الطبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير محضر بذلك من قبل المصالح المختصة بذلك، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:2010/07/15 حيث جاء فيه: من المقرر قانوناً أن الضرر يعتبر حالة من حالات التطليق، وأن الشهادات الطبية إذا كانت تثبت تعرض الزوجة للضرب إلا أنها لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب والطاعن، والذي لا يثبت إلا بوجود حكم جزائي نهائي يقضي بإدانته بتهمة الضرب والجرح العمدي.

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين فيه، فضلا على أن الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي إدعتها المطعون ضدها كما يظهر من الحكم المطعون فيه،

[1]-اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص146، 147.

[2]- م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 43864، الصادر بتاريخ 1987/01/12، المجلة القضائية، ع1، 1991، ص46.

وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي نهائي يدين الطاعن .ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن موضوعاً وتحميل الطاعن المصاريف القضائية[1].

ومن خلال ما سبق ذكره حول الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق، والتي ذكرها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر، يتبين أنها تقوم على الضرر، فمتى توفرت إحدى تلك الحالات جاز للزوجة أن تطلب التطليق، وذلك باللجوء إلى القضاء متبعة في ذلك إجراءات معينة، وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

[1]–م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 572240، الصادر بتاريخ 2010/07/15 ، المجلة القضائية، ع2، 2010، ص278.

من خلال المادة 49 من ق.أ.ج و التي تنص على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، أي أنه يتم أمام القضاء ويصدر القاضي حكما قضائيا به، حيث تلجأ الزوجة إلى القضاء وترفع دعوى التطليق أمام القضاء مؤسسة طلبها هذا على إحدى الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج والسالف بيانها بنوع من التفصيل في الفصل الأول، مع مراعاتها في ذلك تسلسل مجموعة من الإجراءات القانونية نص عليها قانون لإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[1]

ولذلك سنتطرق في هذا الفصل للإجراءات التقاضي في دعوى التطليق أمام القضاء من تاريخ رفعها إلى غاية صدور الحكم فيها، وذلك بالحديث أولاً عن شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص القضائي وسير دعوى التطليق و إجراءات الصلح والتحكيم كما سنتطرق إلى طبيعة الحكم القاضي بالتطليق وطرق الطعن فيه وأثر وفاة أحد طرفي الدعوى في سير الدعوى وبعد صدور الحكم بالتطليـــق ،ثم تبيان آثار الحكم بالتطليق سواء بالنسبة إلى المطلقة من عدة ونفقة وتعويض عن الضرر اللاحق بها أو بالنسبة إلى الأبناء بدءً من النسب ثم الحضانة والنفقة.

[1]- قانون رقم 08 .09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

المبحث الأول: الإجراءات التقاضي في دعوى التطليق

هناك جملة من الإجراءات يجب على الزوجة أن تراعيها عند رفعها دعوى التطليق، حيث يجب عليها أن تراعي إجراءات وشروط معينة عند رفع الدعوى في المطلب الأول، كما سنتطرق كذلك إلى كيفية سير دعوى التطليق المطلب الثاني.

المطلب الأول: رفع دعوى التطليق

وفي هذا المطلب سنتناول كيفية رفع دعوى التطليق بدءا من ضرورة احترام شروط قبول الدعوى و احترام قواعد الاختصاص القضائي عند رفعها .

الفرع الأول :شروط قبول الدعوى

ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفي المادة 13 منه حصر شروط قبول الدعوى في شرطين فقط هما الصفة والمصلح، على خلاف ما كان ينص عليه قانون الإجراءات المدنية الملغى في المادة 459 منه بضرورة توفر ثلاثة شروط لقبول الدعوى، هي :الصفة، المصلحة والأهلية.

أولا :الصفة

المقصود بها هو أن يكون صاحب الحق محل اعتداء هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من اجل تقرير هذا الحق أو حمايته[1].

ولقد رفع المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية اللبس الذي كان قائما في نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، بخصوص من يجب أن تتوفر فيه شرط الصفة، المدعي أم المدعى عليه، بنصه على وجوب توفر شرط الصفة في كلٍ من المدعي والمدعى عليه على السواء.

وبخصوص دعوى التطليق، فيجب أن تتوفر في المدعي والمدعى عليه على السواء، بأن تكون الزوجة وهي المدعية زوجة للمدعى عليه بناءً على عقد زواج صحيح شرعاً وقانوناً، وعلى الزوجة أن تقدم ما يثبت ذلك، كأن تقدم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية و إلا فإنه سترفض دعواها.

[1]- قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجلفة، 2004، ص30.

ثانيا:المصلحة

تعرف المصلحة بأنها المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من الحكم له بما طلبه، وهذا لا يعني الحكم لصالحه فقد يحكم لغير صالحه ورغم ذلك فالمصلحة متوفرة، لأن مسألة القبول سابقة على الفصل في موضوع الدعوى[1].

وفي دعوى التطليق نقصد بالمصلحة أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوجة ضد الزوج هو الحصول على حكم حماية مصلحة مشروعة، وشرعية وإقرارها وهو التطليق، وإلا لن تقبل الدعوى[2].

الفرع الثاني :قواعد الإختصاص القضائي

تنص المادة 32 من ق.إ.م.إ.ج أنه على المحكمة أن تنظر في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والإجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة، وعلى هذا سنتناول الإختصاص القضائي بشقيه النوعي والإقليمي فيما يخص قضايا التطليق.

أولا : الاختصاص النوعي

يقصد بالإختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على إختلاف درجاتها في نوع محدد من الدعاوى[3]، فقسم شؤون الأسرة حسب المادة 1/423 من ق.إ.م.إ.ج [4]يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب المجالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، وباعتبار أن دعوى التطليق تدخل ضمن نطاق دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، فهي من إختصاص قسم شؤون الأسرة.

ثانيا: الإختصاص الإقليمي

الإختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها إستنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي [5]ويختلف الإختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة باختلاف طبيعة النزاع، فقد حددته المادة 426

---

[1]-حميدي محمد أمين، شروط رفع الدعوى و أجالها في تقديم المستندات، مداخلة قي اطار شرح القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلس قضاء شلف، محكمة عين الدفلة 2009 ص 8

[2]-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 329

[3]-عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، 137

[4]-تنص المادة 423 / 1 من ق.إ.م.إ.ج على أنه قسم شؤون الأسرة ، على الخصوص في الدعاوي الآتية :

1. الدعاوي المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع الى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشرط المذكورة في قانون الأسرة .

[5]-عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص83

من ق.إ.م.إ.ج [1] إما لموطن المدعى عليه أو موطن المدعي، أوبناء على إختيار الطرفين أو بناء على مكان وجود مسكن الزوجية، وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر في الفقرة الثالثة منها، نجد أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وجود مسكن الزوجية هي المختصة إقليمياً بالنظر في دعوى التطليق، ذلك أن مصطلح" الطلاق "في المادة السالفة الذكر جاء عاماً ليشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع.

المطلب الثاني: سير دعوى التطليق

سنتطرق في هذا المطلب لسير دعوى التطليق بدءاً من رفعها بتقديم عريضة افتتاح الدعوى فيالفرع الأول، وتبيان إجراءات الصلح والتحكيم التي تتخللها في الفرع الثاني، اما الفرع الثاني تضمنلطبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق ومدى جواز الطعن

الفرع الأول :تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق

أول إجراء يتطلبه القانون حتى تحصل الزوجة على التطليق هو وجوب تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق مكتوبة ومؤرخة وموقعة، تودع بأمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة إختصاصها مسكن الزوجية، ويجب أن تكون على نسختين[2]، وهذا حسب نص المادة 14 من ق.إ.م.إ.ج[3]، وعلى الزوجة أن تراعي عند تحرير العريضة ما نصت عليه المادة 15 من ق.إ.م.إ.ج[4] من بيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلاً كتحديد الجهة القضائية، إسم ولقب الزوجة طالبة التطليق

---

[1]-تنص المادة 426 / 1 من ق.إ.م.إ.ج على أنه تكون المحكمة المختصة إقليميا:

1. في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
2. في موضوع اثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
3. في موضوع الطلاق او الرجوع بمكن وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما
4. في موضوع الحضانة و حق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة
5. في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائم بها
6. في موضوع متاع البيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي
7. في موضوع الترخيص بالزواج بمكان كالب الترخيص
8. في موضوع المنازعات حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه
9. في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية

[2]-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 117.

[3]-تنص المادة14 من قانون ق.إ.م.إ.ج على أنه " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة و مؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف "

[4]-تنص المادة 15 من قانون ق.إ.م.إ.ج على أنه " يجب تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى

وعنوانها، إسم ولقب المدعى عليه وموطنه، وعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى والتي من أجلها تطلب الزوجة التطليق أساسها المادة 53 من ق.أ.ج، والإشارة إلى الوثائق والمستندات المؤيدة للدعوى، وعلى القاضي أن يتأكد من هذا ويمكنه عندها أن يتخذ التدابير اللازمة كالأمر بإجراء تحقيق أو خبرة أو المعاينة، وهذا حسب المادة 451 من ق.إ.م.إ.ج[1] أما إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية فلابد أن يقدم الطلب باسمها من قبل وليها وهذا حسب المادة 437 من ق.إ.م.إ.ج[2]، كما يجب أن تبلغ زوجها عن طريق المحضر القضائي طبقاً للمادة 16من ق.إ.م.إ.ج[3] وأن تبلغ النيابة العامة عن طريق أمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، والتي رفعت دعوى التطليق أمامها، باعتبارها طرفا أصيلا في الدعاوى المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للمادة 438من ق.إ.م.إ.ج[4]

الفرع الثاني :إجراءات الصلح والتحكيم

تنص المادة 49 من ق.أ.ج على" :لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى.

---

2. اسم و لقب المدعي و موطنه
3. اسم و لقب و موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له
4. الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني والإتفاقي
5. عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
6. الإشارة عند الإقتضاء، الى المستندات والوثائق المؤدية للدعوى

[1]-تنص المادة451 من قانون ق.إ.م.إ.ج على أنه " يعاين القاضي و يكيف الوقائع المعتمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة .

و يفصل في مدى تأسيس الطلب ، آخذ بعين الإعتبار الظروف التي تقدم فيها .

يمكن للقاضي أن يأخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الإنتقال للمعاينة.

يتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية "

[2] -تنص المادة437 من قانون ق.إ.م.إ.ج على أنه " عندما يكون الزوج ناقص الاهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه او مقدمه، حسب الحالة "

[3]-تنص المادة 16 من ق.إ.م.إ.ج على أنه ":تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم .

يجب احترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج".

[4]-تنص المادة 438 من ق.إ.م.إ.ج على أنه ":يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه.

ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، وباستقراء هذه المادة نجد أن الصلح إجراء وجوبي وضروري قبل النطق بالطلاق أو التطليق من طرف القاضي ويقوم به هذا الأخير كأول مرحلة للتوفيق بين الزوجين[1].

كما إستقر الرأي كذلك لدى المحكمة العليا على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، والقضاء دون إحترام المادة 49 من ق.أ.ج يشكل مخالفة للقانون[2] والتحكيم يعتبر المرحلة الثانية في محاولات الإصلاح بين الزوجين بعد فشل المرحلة الأولى.

أولا: الصلح

حسب المادة 439 من ق.إ.م.إ.ج[3] يتم الصلح بواسطة القاضي في جلسة سرية، حيث يقوم بتحديد تاريخ لإجراء الصلح وفي هذا التاريخ يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم معاً، على أنه يمكن حضور أفراد العائلة والمشاركة في الصلح، إذا طلب ذلك أحد الزوجين طبقا للمادة 440 من ق.إ.م.إ.ج[4] كما يمكن للقاضي أن يمنح أجلا أو مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، على أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 442 من ق.إ.م.إ.ج[5] والمادة 49 من ق.أ.ج.

لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون عذر، عُدَّ ذلك امتناعاً ورفضاً ضمنياً لمحاولات الصلح، فيحرر القاضي محضرا بفشل محاولات الصلح، مشيراً فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر.

---

[1] -عمر زودة، المرجع السابق، ص107 .

[2] -م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 57812 الصادر بتاريخ1986/12/25،المجلة القضائية، ع03 ،1991،ص73 .

[3] -تنص المادة 439 من ق.إ.م.إ.ج على أنه ":محاولات الصلح وجوبية ، وتتم في جلسة سرية ".

[4] -تنص المادة 440 من ق.إ.م.إ.ج على أنه ":في التاريخ المحدد لاجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد افراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح".

[5] -تنص المادة 442 من ق.إ.م.إ.ج على أنه "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كمايجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

في جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

وفي جميع الأحوال يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواءاً كانت هذه النتائج إجابية أو سلبية، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين[1]

ثانيا: 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، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين.

فإذا ما 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 الحكمان في ذلك[2]، 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 و إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، والقضاء دون احترام المادة 49من ق.أ.ج يشكل مخالفة للقانون.)[3]

وحسب المادة 56 من ق.أ.ج، إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، يقوم القاضي بتعيين حكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، ويكون الهدف من بعثهما الإصلاح بين الزوجين و إرجاع الأمور إلى نصابها، حفاظاً على الأسرة بكاملها.

والجدير بالذكر أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم يتضمن الإجراءات المتعلقة ببعث الحكمين وعملهما والشروط الواجب توفرها فيهما وكذا حجية المحضر الذي يعدانه.

---

[1]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007 ، ص.120

[2] - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 156 .

[3]-م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، ع3، 1991، ص73.

فالمادة 449 من ق.إ.م.إ.ج أحالتنا 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.

أنهما إن كانا من أهلهما، كان احتمال الإصلاح أكبر، لعلمهما ببواطن الأمور، ووفور شفقتهما عليهما، وحرصهما على مصلحتهما.

1. أن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن، لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ 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، وحرصهما على مصلحتهما

2. يشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين، بالغين، عاقلين؛ لأن مهمتهما تحتاج إلى الرأي وإعمال النظر، وكذلك تقوى الله، والأمانة، وعدم إفشاء أسرار الزوجين.

3. اشترط المالكية والحنابلة والشافعية في قول أن يكون الحكمان ذكرين؛ لأن عملهما يفتقر إلى 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.أ.ج أن 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، و إلا رفضت دعواها وأنذر القاضي زوجها عن أفعاله وأقواله الضارة، لكن عودة الزوجة من جديد وتكرار دعواها يعد دليلاً وقرينةً على شدة الشقاق بين الزوجين، وبالتالي يجب على القاضي في هذه الحالة أن يعين حكمين للتوفيق والإصلاح بينهما[3]

[1] –سورة النساء الاية 35.

[2] –عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في القضاء الشرعي كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004 ص168،169.

[3] –اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 158 .

وعلى الحكمين أن يقدما تقريرهما في أجل شهرين من تعيينهما سواء نجحا في الإصلاح بينهما أم لم ينجحا، وبناءً على ما جاء في هذا التقرير يفصل القاضي في الدعوى.

الفرع الثالث :طبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق ومدى جواز الطعن فيه

لأن كل دعوى ترفع أمام القضاء لابد أن يصدر في شأنها حكم قضائي أو قرار، ولأن دعوى التطليق كغيرها من الدعاوى، لابد أن يصدر القاضي حكمه فيها استناداً إلى ما قدم إليه من مستندات وإثباتات تؤكد أو تنفي ما تتدعيه الزوجة في دعواها، فما طبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق؟ وما هي طرق الطعن فيه؟

أولا : طبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق

تنقسم الأحكام القضائية إلى ثلاثة أنواع:

-أحكام إلزام :هي الأحكام التي تتضمن إلزام المدعي بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري.[1]

-أحكام تقريرية :وهي التي تؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني بالنظر إلى الحق من حيث وجوده في عالم القانون، بصرف النظر عن مضمونه.

-أحكام منشئة :وهي تلك الأحكام تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني[2].

فضمن أي صنف يمكن أن ندرج الحكم الصادر في دعوى التطليق؟

قبل البحث في طبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق، لابد من التطرق أولا لطبيعة أحكام الطلاق بصفة عامة.

حكم الطلاق من حيث طبيعته هو حكم كاشف و منشئ في نفس الوقت، ذلك أن حكم الطلاق له طبيعة خاصة وآثار قانونية تميزه عن غيره من الأحكام.[3]

فيكون له طابع إنشائي، بحيث ينشئ مراكز قانونية جديدة للزوجين، فيصبح كل من الزوجين أجنبياً عن الآخر، فوضع كل منهما هو زوج مطلق[4].

---

[1]-عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، الجزائر ، 2007 ، ص197

[2]-المرجع نفسه، ص 198.

[3]-عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 198.

[4] -الغوتي بن محلة، المرجع السابق، ص 121

وبتفسير المادة 49 من ق.أ.ج نجد أن حكم الطلاق هو حكم كاشف، كونه يؤكد رغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية ويكشف عن نفس النية[1]، فالقاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن إرادة الزوج، الذي يكون قد تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء[2]، وهذا في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

أما بالنسبة لحكم التطليق فهو حكم يرتب مركز قانوني جديد بالنسبة للزوجين، يتمثل في مركز المطلق، وبالتالي فهو حكم منشئ[3]، بحيث لا تعتبر الزوجة مطلقة، ولا تنحل الرابطة الزوجية إلا عند صدور الحكم القضائي القاضي بالتطليق.

ثانياً :مدى جواز الطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق وأثر وفاة أحد الزوجين فيها

الأصل أن الأحكام الصادرة في مسائل الطلاق ومنها أحكام التطليق، مثلها مثل غيرها من الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، تقبل الطعن فيها بجميع طرق الطعن العادية وغير العادية كقاعدة عامة، فإلى أي مدى يمكن أن ينطبق ذلك على الحكم الصادر في دعوى التطليق؟ أم أن الأحكام الصادرة في مسائل الطلاق وبصفة خاصة التطليق هي إستثناء من القاعدة العامة؟ و ما هو مصير دعوى التطليق عند وفاة أحد طرفيها؟ و ما أثر ذلك على الفرقة بين الزوجين وما يترتب عنها؟

1- الطعن في أحكام التطليق:

أثار نص المادة 57 من ق.أ.ج والتي كانت تنص قبل تعديلها على :"الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية"، خلافاً وتناقضاً كبيراً بين الأحكام والاجتهادات القضائية، حول مدى قابلية أحكام التطليق والخلع لإستئنافها، نظراً للبس الذي وقع فيه رجال القانون حول ما المقصود بعبارة" الأحكام بالطلاق "إن كان يقصد بها أحكام الطلاق دون أحكام التطليق والخلع أو أنها تشملهم جميعاً.

لكن بعد تعديلها أصبحت تنص على مايلي :«تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف، فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف".

[1]- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ، ص 119.

[2]-عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 198.

[3]-عمر زودة، المرجع السابق، ص119.

و بإستقراء هذه المادة نجد أنه لا يمكن إستئناف أحكام التطليق إلا في الجوانب المادية دون ما يتعلق بالموضوع، غير أنه يمكن الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا.

وعليه سنتناول الطعن في أحكام التطليق بالطرق العادية، ثم الطعن فيها بالطرق غير العادية.

أ –طرق الطعن العادية:

يقصد بطرق الطعن العادية تلك الطعون التي ترفع إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو إلى ذات المحكمة وسميت طعونا عادية لأنه يجوز بناؤها على أي سبب من الأسباب سواء تعلقت بصحة الحكم من الناحية الشكلية أو بعدم عدالته من ناحية مضمونه أو موضوعه بالإضافة إلى ذلك فإن سلطات القاضي في الفصل فيه تكون مماثلة لسلطات القاضي[1] الأول و تتمثل هذه الطرق في المعارضة و الاستئناف وسوف نحاول التطرق لهما بشيء من الإيجاز في النقاط التالية:

•**المعارضة** :هي طريق طعن عادي محله حكم قضائي غيابي صادر عن المحكمة ويهدف إلى إعادة طرح موضوع الدعوى محل الحكم المطعون فيه أمام الجهة التي أصدرته [2] فيمكن للزوج أن يطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق إذا صدر غيابياً في حقه بالمعارضة أمام نفس الجهة التي أصدرته، في الجوانب المادية للدعوى، غير أنه وطبقاً للمادة 329 من ق.إ.م.إ.ج[3]يجب عليه مراعاة أجل المعارضة، فعليه أن يطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ الحكم الغيابي4

•**الإستئناف** :وهو طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائياً عن محاكم الدرجة الأولى، وبالرجوع إلى المادة 57من ق.أ.ج نجد أن أحكام التطليق غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية، لكن السؤال المطروح هل الحكم برفض دعوى التطليق أيضاً غير قابل للإستئناف؟

في هذا المجال انقسم القضاء إلى إتجاهين:

---

[1]– قسنطيني حدة ،المرجع السابق، ص 40.

[2] –نبيل صقر، الوسيط في شرح قانونا الاجراءات المدنية والإدارية، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008، ص327

[3]–تنص المادة 329 من ق.إ.م.إ.ج على أنه ":لاتقبل المعارضة إلا إذا رفعت في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي ".

[4] –نبيل صقر، المرجع السابق، ص330

إتجاه يرى بأن الحكم برفض دعوى التطليق لعدم التأسيس، حكم إبتدائي قابل للإستئناف لكونه لم يصدر حكماً بالتطليق، وأنه حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا (ملف رقم 216850بتاريخ:1999/02/61).[1]

وإتجاه ثاني يرى أن دعاوى الطلاق والتطليق والخلع يجب أن يكون التقاضي فيها على درجة واحدة، حيث يصدر الحكم نهائيا غير قابلا للإستئناف، لكنه يقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وعليه إذا وقع الطعن بالإستئناف في الحكم الصادر في دعوى التطليق أو الطلاق أو الخلع، سواءا إنتهت هذه الدعوى إلى نتيجة إيجابية أو سلبية، فإنه يجب أن ينتهي الإستئناف إلى عدم القبول[2].

هذا فيما يخص الشق الموضوعي للدعوى، أما إذا تعلق الأمر بإستئناف الحكم بالتطليق في جوانبه المادية فقط، فإنه يمكن ذلك أمام مجلس القضاء، وفقاً للقواعد العامة للإستئناف، حيث يجب أن يرفع الإستئناف طبقا للمادة 336من ق.إ.م.إ.ج[3] خلال أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم للشخص ذاته، أما إذا تم التبيلغ في الموطن الحقيقي أو المختار، فيمدد الأجل إلى شهرين[4].

ب – طرق الطعن غير العادية:

طرق الطعن غير العادية هي الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، إعتراض الغير الخارج عن الخصومة وإلتماس إعادة النظر.

الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا:

حددت المادة 358 من ق.إ.م.إ.ج[5] الأسباب التي يمكن للزوج أو الزوجة الطعن بالنقض في الحكم الصادر في دعوى التطليق على أساسها، والملاحظ أنه لم يتم ذكر الحكم الصادر في دعوى التطليق كسبب منفرد للطعن بالنقض

---

[1]–م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 216850 الصادر بتاريخ،1999/02/16،المجلة القضائية، ع.خ، 2001 ، ص100.

[2]–عمر زودة، المرجع السابق، ص134.

[3]–تنص المادة 336 من ق.إ.م.إ.ج على أنه"يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته.
ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.
لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة ".

[4]–نبيل صقر، المرجع السابق، ص 3

[5]–تنص المادة 358 من ق.إ.م.إ.ج على أنه ":لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

فيه، وفي هاته الحالة يمكن تأسيسه بناءً على ما يتناسب وطبيعة الحكم من الأسباب المذكورة في المادة السالفة الذكر، وميعاد الطعن بالنقض هو شهرين من تاريخ تبليغ الحكم القضائي إذا تم شخصياً، ويمدد إلى ثلاثة أشهر إذا تم في الموطن المختار أو الحقيقي.

والطعن بالنقض قد يكون في القرار الصادر عن مجلس القضاء عند إستئناف الحكم الصادر في دعوى التطليق في جوانبه المادية، كما يمكن الطعن بالنقض في الحكم الصادر في دعوى التطليق سواء في جوانبه المادية او الموضوعية.

غير أن الطعن بالنقض في الحكم القضائي القاضي بالتطليق قد يثير عدة إشكالات في الواقع، فمثلاً تعتبر العدة من آثار الحكم بالتطليق، وأن أجل العدة يبدأ من تاريخ صدور الحكم بالتطليق، فقد تنتهي العدة دون أن يتم تبليغ الزوج بالحكم بالتطليق، أو قد يتم تبليغه لكن بعد إنتهاء العدة، أو بعد إعادة زوجته الزواج ثانيةً، وهنا يحدث اللبس،

1. مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات
2. إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات
3. عدم الاختصاص
4. تجاوز السلطة
5. مخالفة القانون الداخلي
6. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة
7. مخالفة الاتفاقيات الدولية
8. انعدام الأساس القانوني
9. انعدام التسبيب
10. قصور التسبيب
11. تناقض التسبيب مع المنطوق
12. تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار
13. تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرارات من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول
14. تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي .في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض .وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا
15. وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أوالقرار
16. الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب
17. السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية
18. إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية".

فقد يطعن بالنقض في الحكم بالتطليق خلال الميعاد القانوني لذلك بعد تبليغه بالحكم، لكن قد يكون ذلك بعد إنقضاء العدة، وتكون زوجته قد أعادت الزواج ثانيةً[1]، فما أثر ذلك على زواجها؟

إذا رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض في الحكم بالتطليق، لا إشكال يثار هنا، ويستمر زواجها الثاني بصفة عادية، لأن حكم التطليق أنهى المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج الأول.

أما إذا قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض، وقامت بنقض الحكم بالتطليق، ويترتب على ذلك إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالتطليق محل الطعن بالنقض، وعليه فإن زواجها الثاني يعتبر باطلا[1] ،غير أن الإشكال يظهر إن أثمر هذا الزواج الثاني بإنجاب الأولاد، فما هو الحل في هذه الحالة، كون هذا الزواج يعتبر باطلاً؟

إعتراض الغير الخارج عن الخصومة

يهدف إعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع طبقاً للمادة 380 من ق.إ.م.إ.ج[2]، و الإعتراض يباشره من لم يكن خصماً في الدعوى إنما له مصلحة في إعادة النظر في القضية أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته.[3]

وبإعتبار أن آثار الحكم القاضي بالتطليق لا تشمل سوى الزوجين ولا تمتد للغير، فإنه من غير المتصور أن يعترض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم القاضي بالتطليق.

إلتماس إعادة النظر

هو ثالث طريق في طرق الطعن غير العادية يمارسه الخصم أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي المطعون فيه الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبإعتبار أن الحكم خصوصاً من ناحية المواعيد.

---

[1]-عمر زودة، المرجع السابق، ص 151-153.

[2] -تنص المادة 380 من ق.إ.م.إ.ج على أنه "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع

يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ".

[3]- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 02 ، منشورات بغدادي، الجزائر ،2009 ، ص283.

الصادر في دعوى التطليق غير قابل للإستئناف فيما يتعلق بجوانبه الموضوعية فقط، فيمكن لأحد الخصمين ان يلتمس إعادة النظر فيه شرط ان تستغرق طرق الطعن العادية[1].

وطبقا للمادة 392 من ق.إ.م.إ.ج لا يقدم الإلتماس بإعادة النظر إلا لسببين هما:

- إذا بني الحكم على شهادة شهود أو وثائق ومستندات تم الإعتراف بتزويرها أو ثبت ذلك قضائياً بعد حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه.
- إذا إكتشفت بعد صدور الحكم وحيازته قوة الشيء المقضي فيه، أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم.

ويسري أجل تقديم الإلتماس بإعادة النظر خلال أجل شهرين من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشهود أو تزوير المستندات أو إكتشاف الأوراق المحتجزة طبقاً للمادة 293 من ق.إ.م.إ.ج.

2-أثر وفاة أحد الزوجين في دعوى التطليق:

تنص المادة 210 من ق.إ.م.إ.ج على أن وفاة أحد الخصوم في الدعوى يؤدي إلى إنقطاع الخصومة ووقف السير فيها، فهل الأمر ذاته ينطبق على دعوى التطليق في حال وفاة أحد الاطراف؟

للإجابة على هذا السؤال لابد أولا من التمييز بين المراحل التي تكون عليها الدعوى، أي التمييز بين ما إذا كان صدر الحكم بالتطليق أم لا.

أ -قبل صدور الحكم بالتطليق:

الهدف من رفع الزوجة دعوى التطليق هو الحصول على حكم قضائي يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية بينهما، فإذا حدث وأن توفي الزوج قبل الفصل في الدعوى أوقبل صدور الحكم في الدعوى، فإن الفرقة في هذه الحالة قد تحققت بالوفاة، ولا داعي للحصول على الحكم القضائي القاضي بالتطليق، فتنقطع الخصومة ويوقف السير فيها.

وهنا نشير إلى أن الزوجة في هذه الحالة تعتبر أرملة تعتد عدة الوفاة، كما أنه ترث زوجها المتوفى .ونفس الشيء بالنسبة للزوج في حال ما إذا توفت الزوجة، أي أنه يرثها.

[1]- عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق ، ص290.

ب – بعد صدور الحكم بالتطليق:

في هذه الحالة نميز بين حالتين :إذا كان الطلاق بائناً او رجعي.

فإذا طلقت الزوجة طلاقا بائنا كالتفريق للغيبة أو الهجر أو الحبس، وتوفي زوجها وهي في العدة، تتم عدة الطلاق البائن، ولا توارث بينهما عند وفاة أحدهما.

أما إذا طلقت طلاقا رجعيا كالتفريق لعدم الإنفاق ثم توفي زوجها وهي في العدة، فإن عدة الطلاق الرجعي تنهدم فتعتد عدة الوفاة لأنها في حكم الزوجة، كذلك أما إذا توفيت الزوجة فإن زوجها يرثها أيضا[1].

ولا إشكال يطرا في حال وفاة الزوج أو الزوجة بعد إنتهاء العدة، سواء كان نوع الفرقة طلاقاً بائناً أو طلاقاً رجعياً، ذلك أنه سواء في الطلاق البائن أو عند إنتهاء العدة في الطلاق الرجعي تصبح الزوجة في حكم المطلقة ولا مجال لزوجها أن يرجعها إلا بعقد جديد كما في الطلاق البائن.

المبحث الثاني: آثار الحكم بالتطليق

بعد دراسة القاضي لدعوى التطليق المرفوعة من قبل الزوجة استنادا إلى أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة و بقبول طلبها يصدر حكمه بالتطليق.

لكن ماهي آثار هذا الحكم ؟

هذا ما سنحاول دراسته من خلال ما يثبت للزوجة ، ويتمثل في العدة ، النفقة ، السكن ، والتعويض ، وما يثبت للأولاد ويتمثل في الحضانة والنسب والنفقة، سنتطرق له في المطلبين التليين كما يلي:

المطلب الأول: آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة المطلقة

بعد دراسة القاضي لدعوتتمثل آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة المطلقة في:العدة، النفقة ، التعويض ، إسترجاع متاع البيت

الفرع الأول :العدة

العدة هي مدة تتربصيا المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيبا، وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم[2].

[1]–عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 190، 191.

[2]–محمد كمال امام ، المرجع السابق، ص 144.

أولا : رأي الشريعة في العدة :

وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى : ﴿الْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [1] .

وقوله صلى الله عليه وسلم ، لفاطمة بنت قيس " اعتدي في بيت أم مكتوم " والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براء الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة وإعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن من خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى ، كما أشار الله سبحانه وتعالى لذلك بقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[2].

ثانيا : رأي قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة (58) نصت على أن تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، أي ثلاث حيضات او ثلاثة طهور من ثلاث حيضات[3] واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ، أما المطلقة الغير المدخولة بها فلا توجب عليها العدة وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 18 جوان 1996 :" من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول، وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن " [4].

وأضافت المادة (60) من قانون الأسرة على أن " عدة الحامل هو وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "[5].

---

[1]-سورة البقرة الآية 228.

[2]-سورة الطلاق الآية 1.

[3]-عبد العزيز سعد،، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص286.

[4]-القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 137571 المجلة القضائية لسنة 1997-العدد الثاني صفحة 93

[5]- القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984م المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية، عدد:24 لسنة 1984.

-ويبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية، وجاء نص المادة (58) المذكورة أعلاه مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بان العدة يبدأ احتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق والذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة (49) من قانون الأسرة.

-وإذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة وتقع عليها الالتزامات الآتية:

- ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بين زوجها مدة عدتها مصدقا لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[1]. وهو ما جاءت به المادة (61)من قانون الأسرة.
- لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف لذلك إذ أن المطلقة تأخذ أغراضها وتلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك.
- امتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

الفرع الثاني :النفقة

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق وتسمى "بنفقة العدة"، حيث يقع على عاتق الزوج أن ينفق عليها طيلة هذه المدة، والقاضي هو الذي يحدد مبلغ النفقة.

وتستحق المطلقة هذه النفقة طالما لم تترك مقر الزوجية طيلة مدة العدة، وهذا مانصت عليه المادة 61 من ق.أ.ج [2] تماشياً مع القاعدة الشرعية "من حبس من أجل غيره وجبت نفقته عليه."

وتجب نفقة العدة لكل امراة فارقها زوجها بغير وفاة، بسبب من عنده كالطلاق، وكل امراة كان سبب افتراقها عن زوجها من جهتها بشرط أن يكون هذا السبب مشروعا، كأن تختار نفسها بعد البلوغ، وكل امراة طلقها القاضي على زوجها بموجب المادة 53 من ق.أ.ج[3].

والجدير بالذكر أن المطلقة غير المدخول بها لا نفقة لها بإعتبار أنها لا تعتد.

أما المطلقة طلاقا رجعيا، فلها الحق في النفقة طيلة مدة العدة، بكل مشتملاتها من مأكل ومشرب وسكنى وعلاج وكسوة، ولقد إتجهت أحكام القضاء إلى هذا الإتجاه.

---

[1]-سورة الطلاق الآية 1 .

[2]-تنص المادة 61 من ق.أ.ج على أنه ":لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في عدة النفقة في الطلاق"

[3] -عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص117

فلا لبس أو شك في موقف القضاء من نفقة العدة ويتضح هذا من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/10/22 تحت رقم 34327 الذي جاء فيه مايلي" :متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1] .

فكما يمكن للقاضي أن يحكم بنفقة المطلقة بعد الحكم بالتطليق وإلى غاية إنقضاء عدتها، يمكنه كذلك أن يحكم بنفقتها قبل الحكم بالتطليق وهي ماتعرف" بنفقة الإهمال "إذا ما طالبت الزوجة بها"[2].

وباعتبار أن من مشتملات النفقة، السكن، فإنه حق ثابت للزوجة أو المطلقة، واجب على الزوج.

غير أنه حتى تستحق المطلقة السكن لابد أن يكون قد صدر لصالحها حكما بحضانة الأبناء[3]، ويقع على عاتق الزوج الالتزام بتوفير مسكن ملائم للحضانة وإن تعذر ذلك، عليه أن يقوم بدفع بدل الإيجار .وتبقى

المطلقة في مسكن الزوجية طالما لم يقم الأب بتنفيذ الحكم القضائي القاضي بالزامه بتوفير مسكن ملائم للحضانة، وهذا طبقا للمادة 72 من ق.أ.ج[4].

الفرع الثالث :التعويض

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة واستنادا لأحدهما يحكم لها القاضي بالتطليق.

فهل يعد هذا الحكم في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصابها ام انها تستحق تعويضها الى جانب ذلك؟

والتعويض هو ما يعطى للمضرور لجبر الضرر الذي لحق به، أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرر على الغير[5]، وقد يتداخل مفهوم التعويض مع المتعة، هاته الأخيرة يدفعها الزوج للزوجة إذا وقع الطلاق منه، وهي عبارة عن

---

[1] –م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 34327 الصادر بتاريخ 1984/10/22 ،المجلة القضائية،ع03، 1998، ص69

[2] –عبد الفتاح تقية، المرجع السابق ص123

[3] –عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 307.

[4] –تنص المادة 72 من ق.أ.ج. على أنه "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي"

[5] –محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق ط1،دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1998 ص 48 .

تعويض لما أصابها من ضرر، وجبر لخاطرها لما قام به من هدم لميثاق غليظ، غير أنه إذا كان الطلاق من جهة الزوجة فلا متعة لها[1].

و بغياب النص القانوني حول هذه المسالة ،وبالرجوع الى الواقع العلمي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر ان الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض الى جانب ذلك، ومن يعتبر انها تستحق العويض بعد الحكم لها بالتطليق صدر قرار المحكمة العليا 135435 بتاريخ 1996/04/23.

(من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض إستناداً على وجود ضرر معتبر شرعا.

ولما ثبت – في قضية الحال – أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن).[2]

وأساس الحكم بدفع التعويض للزوجة يكون على أساس الضرر الناشئ عن إرادة الزوج، وطالما لم يكن لارادة الزوج أي دخل فيما أصاب الزوجة من ضرر لا يحكم القاضي لها بأي تعويض، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:2011/01/13، حيث جاء فيه:

من المقرر قانوناً أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويخول الزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه، ذلك أنه لا دخل لارادته فيه، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بالزام الطاعن بدفع مبلغ 80000 دج تعويضا عن التطليق للمطعون ضدها إستناداً فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم بغض النظر عن مصدره سواء كان بارادتة الطاعن أم بغير ارادته، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعجزوا عن إعطاء تسبيب مقنع لقرارهم، الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض جزئيا فيما يخص مسؤولية التطليق والتعويض عنه[3].

[1] –شدى مظرف حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الأول، العراق، 2009، ص178.

[2] –م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 135435، الصادر بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، ع 01، 1998، ص 129.

[3] –م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 596191، الصادر بتاريخ 2011/01/13 ، المجلة القضائية، ع 02، 2011، ص271

الفرع الرابع :إسترجاع متاع بيت الزوجية

قد يتنازع الزوجان في بعض متاع البيت[1] او كله،بان يزعم احدهما أن المتاع ملكا له،بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية ، وذلك في حالة ما إذا لم يكن لكل منهما ما يثبت صحة ما يدعيه كل منهما كوصولات الشراء أو أي سند آخر من شأنه فض النزاع بين الزوجين.

ونظرا لعدم وجود نص شرعي صريح، فإن الفقهاء وضعوا لنا قاعدة لحل هذا النزاع ، وهي أنه إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما على متاع البيت، وكان لأحدهما بينة على دعواه، كان القول قول من يشهد له الظاهر بذلك، فإن كان هذا المتاع المتنازع حول ملكيته مما يصلح لإستعمال الرجال عادة، كأدوات الصيد مثلا أو التجارة، وطلبه الزوج وانكرت الزوجة ملكيته له دون بينة، فإنه يحكم به للزوج مع يمينه.أما إن كان النزاع حول ملكية متاع يصلح لإستعمال المراة كالحلي وماشابه ذلك،وطلبته الزوجة وانكر الزوج ملكيتها له، فإنه يحكم لها به مع يمينها، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 73 من ق.أ.ج.[2]

ومن يمتنع عن أداء اليمين يسقط حقه فيما يطلبه، ويجوز لأحد الخصمين أن يوجهها للآخر، وتعتبر في هذه الحالة يمينا حاسمة لأنها تحسم النزاع[3].

أما إذا كان النزاع حول متاع، وليس لأي من الخصمين بينة على دعواه، ولم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لإستعمال الرجال، وما يصلح لإستعمال النساء، فإنه في هذه الحالة قد يكون الحل الأنسب هو تقسيم محل النزاع مناصفة بينهما[4].

المطلب الثاني: آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للأبناء

كما ينتج عن الحكم بالتطليق آثار على الزوجين ، فإنها تمتد كذلك للأبناء فتترتب عنه آثار هامة بالنسبة للأبناء، إن كان للزوجين أبناء مشتكرين، وتتمثل هذه الآثار في:النسب ، الحضانة و النفقة.

---

[1]- يقصد بمتاع بيت الزوجية ما يحتويه البيت ومايشمله من أثاث ومفروشات وأدوات، انظر في ذلك :عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص331

[2]-تنص المادة 73 من ق.أ.ج على أنه" :إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.
والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين ".

[3]-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص312 .

[4]- المرجع نفسه ، ص313 .

الفرع الأول :النسب

حرص الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه و عد ذلك من نعم الوجود لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاء بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً﴾[1] كما حرم على الآباء أن ينكروا نسب أولادهم، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنه قال: "أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة و فضحه على رؤوس الخلائق"

يعرف النسب بأنه إلحاق الولد ذكراكان أو أنثى بوالديه شرعاً وقانونا.

قد يحكم القاضي بالتطليق وتكون الزوجة وقتها حاملاً، فلابد هنا من حفظ حقوق هذا الجنين، فمتى ولد حياً تولدت له حقوقاً تجاه والديه وأهم هذه الحقوق هو حقه في النسب.

فإن ثبت أن المولود هو ناتج عن عقد زواج كان يجمع بين الطرفين، فإنه يأخذ لقب أبيه ويلحق به، ولأن العدة شرعت لأجل استبراء الرحم والتأكد من خلوه من الحمل، فإن كانت المطلقة حاملاً فإن حملها يظهر أثناء فترة العدة، ولا يجوز لها كتمه، لما للجنين من حقوق لا يجوز حرمانه منها.

وحتى يثبت نسب الولد لأبيه لابد من أن يولد خلال 10 أشهر من يوم الحكم بالتطليق طبقاً لما ورد في المادة 43من ق.أ.ج[2]، فأدنى مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر من يوم الإنفصال[3].

الفرع الثاني :الحضانة

تعتبر الحضانة من اهم مابرز النتائج و أتار انحلال عقد الزواج بصفة عامة بالنسبة للأبناء.

وتعرف الحضانة لغةً بأنها مصدر حضن، و الحضن بالكسر ما دون الابط الى الكشح، أو الصدر و العضدان وما بينهما[4]، يقال حضن الطائر بيضه أي ضمه إلى جناحه[5].

أما إصطلاحاً هي تربية وحفض من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل و كبير مجنون. وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ومضجعه وتنضيف جسمه[6] وتعرف على أنها رعاية الولد وتعليمه وتربيته والسهر

---

[1]- سورة الفرقان الاية 54.

[2] -تنص المادة 43 من ق.أ.ج على أنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة ".

[3] -نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص328 ، ص3 .

[4]- الفيروز ابادي، قاموس المحيط، دار الكتب العربي، بيروت،لبنان، 2010، ص1282.

[5] -المنجد الأبجدي، المرجع السابق، ص 370 .

[6]-عبلة الكحلاوي، البنوة و الابوة في ضوء القران الكريم والسنة، ط1، دار المعارف، بيروت، 2005،ص112.

على حمايته وحفظه خلقاً وصحةً، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.أج[1].

ويلاحظ أن المشرع عرف الحضانة انطلاقاً من أهدافها، التي تعتبر من قبيل الواجبات التي تقع على عاتق الحاضن، لكن هذا لايعني أن الحضانة هي حق خالص للطفل، فكما تعتبر واجب يقع على عاتق الحاضنة، فإنها تعتبر حقا لها ايضا[2].

وحماية لمصلحة المحضون، لابد من توافر شروط معينة في الحاضن، رغم أن المشرع لم يبينها بوضوح مكتفياً فقط بالنص في الفقرة الثانية من المادة 62 من ق.أ.ج على أن يكون الحاضن أهلا لتولي الحضانة، تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

والأهلية المقصودة في نص المادة، هي القدرة على القيام بمصالح المحضون والعناية الخاصة بتربيته وإعداده إعداداً سليماً حتى يكون عضواً نافعاً في المجتمع[3].

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هناك شروط عامة يشترك فيها الرجال والنساء وشروط أخرى تتعلق بالنساء، وأخرى تتعلق بالرجال.

1- الشروط العامة في الرجال والنساء لحضانة الطفل:

وهي:

-البلوغ والعقل :ومعناه أن يكون الحاضن بالغاً سن الرشد 19 سنة، دون أن يكون محجورا عليه.

-القدرة :أي الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، والسهر على سلامته الجسدية والخلقية[4].

-الأمانة :أي أن يكون أميناً في خلقه وسلوكه مع المحضون[5]

2- الشروط الخاصة بالنساء لإستحقاق الحضانة:

تتمثل هذه الشروط في:

---

[1] -تنص المادة 62 من ق.أ.ج على أنه "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً. يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

[2] -سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 35 .

[3]- المرجع نفسه،ص37.

[4]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص726.

[5] -عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 269 .

-أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، وبالتالي فزواجها بأجنبي عن الصغير يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها أو عدم حصولها على الحضانة أصلاً وهذا طبقاً للمادة66 من ق.أ.ج[1].

-ان تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير، أي أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون، كأمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث.

كذلك الأمر بالنسبة لإبن الخال وإبن الخالة وإبن العم وإبن العمة، لايحق لهم حضانة الإناث، لكن لهم الحق في حضانة الذكور[2].

-أن لا تقيم مع المحضون في بيت من يبغضه، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، حيث يشترط عدم سكن أو إقامة الحاضنة مع المحضون في منزل من يبغض الصغير، أو يعرضه للأذى أو الضياع، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى إسقاط الحضانة[3].

-أن لا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجاناً، وكان الأب معسرا.

3- الشروط الخاصة بالرجال لإستحقاق الحضانة:

بالإضافة إلى الشروط العامة يشترط في الرجل الحاضن:

-أن يكون محرماً للمحضون إن كان أنثى، وهذا تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية.

-إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميرات، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم.

فإن كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلماً، فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه.

أما إذا كان الولد مسلماً وذو رحمه غير مسلم، فلا تسند الحضانة إليه، لأنه لا توارث بينهما، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة إلى الرجال على الميرات[4] ،والأولى بحضانة الأبناء الأم إذا طلبتها، فإن مرت سنة من الحكم بالطلاق أو التطليق، ولم تطلب الحضانة دون عذر شرعي، تفقد حقها في الحضانة.

---

[1]-تنص المادة 66 من ق.أ.ج على أنه :"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ".

[2]-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 4.

[3]-صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة،مذكرة الماجستير ، كلية الحقوق،2007، ص76.

[4]-محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص408.

و إذا أهملت الأم المطالبة بحقها في الحضانة، أو إذا ما تبين أنها ليست أهلاً لها تعود الحضانة إلى الأشخاص الآتية وفق الترتيب التالي:

1. أب الطفل
2. الجدة (أم الأم)
3. الجدة (أم الأب)
4. الخالة
5. العمة
6. الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وهذا طبقا لما جاءت به المادة 64 من ق.أ.ج[1].

أما فيما يخص مدة الحضانة، فنجد أن المادة 65 من ق.أ.ج[2]، جعلت حضانة الولد الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات، مع إمكانية تمديد مدة حضانة الذكر إلى غاية بلوغه سن16 سنة بشروط:

1. أن تكون الحاضنة هي أمه.
2. أن لا تكون قد تزوجت بغير ذي محرم للمحضون.
3. أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

ولايكون التمديد إلا بحكم صادر عن المحكمة، بناء على طلب الأم[3].

وتنتهي الأنثى حضانتها عند بلوغها سن الزواج، أي ببلوغها سن 19 سنة كاملة.

أما بالنسبة لمكان ممارسة الحضانة، فإن الزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، أو بدفع أجرته إذا تعذر عليه والهدف من ذلك هو حماية المحضون، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى يوفر المحضون له مسكناً ملائماً للحضانة، أو يدفع بدل إيجاره، وهذا طبقا للمادة 72 من ق.أ.ج.

---

[1] –تنص المادة 64 من ق.أ.ج على أنه" :الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

[2] –تنص المادة 65 من ق.أ.ج على أنه ":تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.
على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون ".

[3] –سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 43

وتسقط الحضانة بالإخلال بالشروط الواردة في المادة 62 من ق.أ.ج، كما تسقط كذلك بزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، أو بإقامة الحاضنة إذا كانت الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير ذي رحم للمحضون حسب ما جاء في المادة 70 من ق.أ.ج[1]، كما تسقط كذلك الحضانة بالتنازل عنها حسب المادة 66 من ق.أ.ج، وإذا لم تطالب الأم بالحضانة لمدة سنة من تاريخ الحكم بالتطليق، دون عذر شرعي، طبقا للمادة 68 من ق.أ.ج .غير أنه لابد من مراعات مصلحة المحضون أولاً عند الحكم بإسقاط الحضانة.

غير أن إسناد الحضانة إلى مستحقيها، والذي يكون في الغالب الأعم للأم، يؤدي حتماً إلى الإبتعاد عن الوالد، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الاضرار بالوالد من جهة أخرى وذلك بتمكينه من رؤية المحضون وزيارته.

حق الزيارة :هو من الحقوق التي عمل القانون على حمايتها لما لها من أهمية بالغة في الرعاية الدائمة للمحضون[2]، وكل من يخل بهذا الحق يتعرض لعقوبات جزائية، طبقا للمادة328 من ق.ع.ج[3].

وعلى القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة، طبقا للمادة 64 من ق.أ.ج، وله السلطة التقديرية في تحديد مدة الزيارة ومواعيدها والأماكن التي تتم فيها[4].

الفرع الثالث :النفقة

حق الأبناء في النفقة في الأصل الالتزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى مابعد الطلاق، ويظل الحق قائماً طالما لم يستغنوا عنه بالكسب .فيقع على عاتق الأب توفير إحتياجات الطفل من مأكل ومشرب وملبس وكذا علاجه، وغيرها من الأمور التي جرى العرف على إعتبارها ضرورية، وهذا حسب المادة 78 من ق.أ.ج[5].

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

---

[1] –تنص المادة 70 من ق.أ.ج على أنه" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ".

[2] –بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 386

[3] –تنص المادة 328 من ق.ع.ج على أنه ":يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني ".

[4] –صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 85

[5] –تنص المادة 78 من ق.أ.ج على أنه" :تشمل النفقة :الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

غير أنه يلتزم بالاستمرار في النفقة على الولد حتى ولو كان بالغاً سن الرشد، إذا كان عاجزا عن الكسب لآفةٍ في العقل كالجنون أو العته، أو لآفةٍ في البدن كالشلل، أو لإنشغاله عن الكسب بالدراسة وطلب العلم، وهذا طبقاً للمادة 75 من ق.أ.ج[1].

فإن كان غائباً أو مفقوداً أو معسرا وعاجزا عن الإنفاق على أولاده، فإن النفقة في هذه الحالة تجب على الأم، وهذا حسب المادة 76 من ق.أ.ج[2]، إذا كان بإستطاعتها ذلك.

أما إذا رفض الأب الإنفاق على أبنائه، فلهم الحق في مطالبته بالنفقة عليهم أمام القضاء، وتمثل الأبناء القاصرين أمهم، وهنا يقوم القاضي بتقدير قيمة النفقة مراعيا في ذلك حال الطرفين وظروف المعيشة حسب المادة 79 من ق.أ.ج[3].

وإستحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع دعوى المطالبة بالنفقة، على أن لا يحكم القاضي بالنفقة لمدة تتجاوز سنة قبل رفع هذه الدعوى، وهذا ما جاء في المادة 80 من ق.أ.ج[4].

ويمكن للقاضي طبقا للمادة 79 من ق.أ.ج أن يراجع مقدار النفقة لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم في دعوى النفقة[5].

وقد يتعرض الأب الممتنع عن أداء النفقة إلى عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 1/331 من ق.ع.ج[6] .

ومن خلال ما تم ذكره سالفا، يتضح أن التطليق ما هو إلا رخصة منحها الشارع للزوجة لرفع الضرر عنها إذا ما توافر أحد الأسباب التي تجيز لها ذلك، والمنصوص عليها في المادة 53من ق.أ.ج، وأن التطليق لا يكون إلا بحكم من القاضي، له أحكامه الخاصة المختلفة التي تميزه عن غيره من الأحكام القضائية، لا تقتصر آثاره على الزوجين فقط إنما تمتد لتشمل الأبناء كذلك.

---

[1]– تنص المادة من 75 ق.أ.ج على أنه" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب ".

[2] –تنص المادة 76 من ق.أ.ج على أنه" :في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".

[3] –تنص المادة 79 من ق.أ.ج على أنه"يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".

[4] –تنص المادة 80 من ق.أ.ج على أنه" :تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ".

[5] –سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 81،79.

[6] –تنص المادة 1/331من ق.ع.ج على أنه" :يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من5000 الى 300000 دينار جزائري كل من إمتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم ".

الفهـــرس

مقدمة 01

المبحث التمهيدي: ماهية التطليق..... 05

المطلب الأول: مفهوم التطليق..... 06

الفرع الأول: تعريف التطليق..... 06

أولا: التعريف اللغوي..... 06

ثانيا: التعريف الاصطلاحي..... 06

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق..... 06

أولا: من الكتاب..... 07

ثانيا: من السنة..... 07

ثالثا: من الاجماع..... 08

الفرع الثالث: الحكمة من التطليق..... 08

المطلب الثاني: الفرق بين التطليق وبعض التصرفات المشابهة له..... 09

الفرع الأول: الفرق بين التطليق والطلاق..... 09

الفرع الثاني: الفرق بين التطليق والطلاق بالتراضي..... 10

الفرع الثالث: الفرق بين التطليق والخلع..... 10

الفصل الأول :الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق 12

المبحث الأول :التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية 13

الفهـــرس

المطلب الأول :التطليق لعدم الإنفاق والتطليق لغياب الزوج 13

الفرع الأول :التطليق لعدم الإنفاق... 13

أولا : موقف الفقهاء 14

ثانيا:موقف قانون الأسرة الجزائري 16

الفرع الثاني :التطليق لغياب الزوج 17

أولا: موقف الفقهاء 18

ثانيااا: موقف قانون الأسرة الجزائري..... 18

المطلب الثاني :التطليق للهجر في المضجع والتطليق للشقاق المستمر بين الزوجين..... 20

الفرع الأول :التطليق للهجر في المضجع 20

أولا : موقف الفقهاء 21

ثانيا : موقف قانون الأسرة الجزائري..... 23

الفرع الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين..... 24

أولا : موقف الفقهاء 24

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري 25

المطلب الثالث :التطليق للتدليس والتطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج 26

الفرع الأول :التطليق للتدليس 26

أولا : موقف الفقهاء 26

الفهـــرس

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري 27

الفرع الثاني :التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.. 28

أولا : تعريف الشرط 28

ثانيا: موقف الفقهاء 28

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري 31

المبحث الثاني :التطليق لإرتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا..... 32

المطلب الأول :التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة..... 32

الفرع الأول :موقف الفقهاء 32

الفرع الثاني :موقف قانون الأسرة الجزائري 33

المطلب الثاني :التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة. 34

الفرع الأول :المقصود بالفاحشة المبينة.. 34

الفرع الثاني :موقف قانون الأسرة الجزائري 35

المبحث الثالث :التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا..... 37

المطلب الأول :التطليق للعيوب..... 37

الفرع الأول :أنواع العيوب 38

الفرع الثاني :موقف الفقهاء 38

الفرع الثالث :موقف قانون الأسرة الجزائري 40

الفهـــرس

المطلب الثاني :التطليق للضرر المعتبر شرعا. 42

الفرع الأول :المقصود بالضرر والشروط الواجب توافرها فيه.. 43

أولا : المقصود بالضرر..... 43

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الضرر... 43

الفرع الثاني :موقف الفقهاء 44

الفرع الثالث :موقف قانون الأسرة الجزائري..... 45

الفصل الثاني :إجراءات التقاضي في دعوى التطليق وآثار الحكم بالتطليق 49

المبحث الأول :إجراءات التقاضي في دعوى التطليق. 50

المطلب الأول :رفع دعوى التطليق. 50

الفرع الأول :شروط قبول الدعوى. 50

أولا : الصفة 50

ثانيا :المصلحة..... 51

الفرع الثاني :قواعد الإختصاص القضائي. 51

أولا : الإختصاص النوعي..... 51

ثانيا: الإختصاص الإقليمي. 51

المطلب الثاني :سير دعوى التطليق. 52

الفرع الأول :تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق..... 52

الفهـــرس

الفرع الثاني :إجراءات الصلح والتحكيم..... 53

أولا : الصلح. 54

ثانيا: التحكيم..... 55

الفرع الثالث :طبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق ومدى جواز الطعن فيه. 57

أولا : طبيعة الحكم الصادر في دعوى التطليق 57

ثانيا :مدى جواز الطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق وأثر وفاة أحد الزوجين فيها 58

المبحث الثاني :آثار الحكم بالتطليق 64

المطلب الأول :آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة المطلقة 64

الفرع الأول :العدة 64

الفرع الثاني :النفقة. 66

الفرع الثالث :التعويض. 67

الفرع الرابع :إسترجاع متاع بيت الزوجية. 69

المطلب الثاني :آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للأبناء. 69

الفرع الأول :النسب..... 70

الفرع الثاني :الحضانة..... 70

الفرع الثالث :النفقة.. 74

خاتمة 77

الفهـــرس

قائمة المراجع 80

الفهرس.....86

شرع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح ونظرا لخطورته جعله بيد الزوج وفي مقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها فتح لها طريق لطلب التطليق للخلاص من الرابطة الزوجية في حالة وجود سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ارتأينا أن اقسم هذا المبحث الى مطلبين كالاتي:

المطلب الأول: مفهوم التطليق

الفرع الأول: تعريف التطليق

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق

الفرع الثالث: الحكمة من التطليق

المطلب الثاني: الفرق بين التطليق وبعض التصرفات المشابهة له

الفرع الأول: الفرق بين التطليق والطلاق

الفرع الثاني: الفرق بين التطليق والطلاق بالتراضي

الفرع الثالث: الفرق بين التطليق والخلع

المطلب الأول: مفهوم التطليق

قبل التطرق إلى أسباب التطليق لابد من التعرض لمفهومه والفرق الموجود بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التطليق

أولا–التعريف اللغوي:

التطليق مأخوذ من فعل طلق، يطلق، طلاقا وتطليقا فهو مأخوذ من الاطلاق ومعناه الترك[1].

ثانيا–التعريف الاصطلاحي:

هو تفريق بحكم القاضي، يمكن المرأة من انهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج و بناء عن ارادتها المنفردة و استنادا إلى القانون، فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق الزوجة بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده فان حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة وردت في المادة 53 ق.أ.ج و هذه الحالات هي: عدم الانفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة وارتكاب فاحشة وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن ان يكون إلا أمام القضاء، بموجب دعوة قضائية وفي حالة الاستجابة لطلبها، تنتج عنه اثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة و ثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار[2].

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج استعمل في المادة 48 مصطلح الطلاق لتعبير على كل أنواع الفرق وهذا اعتمادا على ضاهر النص، غير انه اذا تعمقنا في احكام هذه المادة نجد ان هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا وذلك استنادا الى احكام المادة 53 من نفس القانون و الذي جاء فيها "يجوز للزوجة ان تطلب التطليق " مما يدل ان المشرع فرق بين مدلولي الطلاق و التطليق لاختلاف اثارهما لا سيما من حيت الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيت الاحكام القضائية الصادرة فيهما و هو ما سنتكلم عنه عند التطرق لأثار التطليق.

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع الأدلة الأصلية، وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يلي:

[1]– ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي، لسان العرب، ج4، د.ط، دار المعارف، مصر، د.ت.ن، ص 1283.

[2]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري اخر تعديل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر 2007، ص277

أولا–من الكتاب:

قوله تعالى:﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾[1]أي وان لم يصطلحا بل تفرقا فليح ضنهما بالله فقد يقبض للرجل امرأة تقر بها عينه وللمرأة من يوسع عليها. وروي عن جعفر بن محمد ان رجلا شكا اليه الفقر، فأمره بالنكاح فذهب الرجل وتزوج، ثم جاء اليه وشكا اليه الفقر. فأمره بالطلاق، فسئل عن هذه الآية فقال: امرته بالطلاق فقلت: فلعله من اهل هذه الآية﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾[2]

وقوله ﴿أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ 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 ذَلِكَ أَمْرًا ﴾[3]. ويقول الله تعالى:﴿ لطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [4].

وهذه الآية فيها تنظيم الطلاق ودليل مشروعيته في ان واحد بقوله تعالى:﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء ﴾[5] فهذه الآية تنفي الجناح و الاثم عن فعل الطلاق اذا تم في حدود الشريعة.

ثانيا–من السنة:

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها "

وروى محارب بن ثار عن بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه[6]وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ".

---

[1]–سورة النساء الآية 130

[2]–أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القران، المجلد الثالث، ط5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص262.

[3]– سورة الطلاق آية 1.

[4]– سورة البقرة الآية 229

[5] سورة البقرة الآية 236.

[6]– احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الحديثة، 2004، ص20.

ثالثا: من الإجماع

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محصورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الحياة الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصل إلا لأسباب ملحة.

وخلاصة القول إن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرتها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[1].

الفرع الثالث: الحكمة من التطليق

إذا كانت غاية الطلاق- مع كراهيته-رفع الضرر على الزوجين معا أو على أحدهما، إذا أوصدت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما، فإن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج إذا توفرت أسبابه، على أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، وعلى أن تثبت الزوجة كذلك الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات، حتى لا تتعسف في استعمال حقها.

إن حقها في التطليق ثابت شرعا وقانونا ولكن من جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم، ونعمة، والطلاق والتطليق قطع لهذه النعمة، ولا يجوز قطع هذه النعمة إلا للضرورة.

فالحكمة من طلب الزوجة التطليق يمكن تِبْيَانُهَا من عدة أوجه منها:

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

2-تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطق الماديين، وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة والتراحم، والتكامل النفسي والمادي والجسدي[2].

[1]- محمد كمال امام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،1997،ص30.

[2]- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر،2003،ص14.

3-تهذيب الرجال و تخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن، حيث أوصى الرسول بالنساء خيرا في كتير من الاحاديث منها قوله" استوصوا بالنساء خيرًا" و قوله "أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقًا، وخياركم لأهله"[1].

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

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

لقد ذهب أغلب الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحصر لا الإباحة، فالطلاق لا يباح إلا للحاجة، فتحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات، أي أوقات تحقق الحاجة المباحة، فإذا لم تكن هناك حاجة فإن الطلاق والتطليق يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة، وقد توسع المشرع الجزائري في أسباب التطليق، لحماية حقوق المرأة، وكي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل يتلاعب به، ويستعمله كوسيلة للانتقام من المرأة وقت ما شاء وكيف ما شاء.

سمح للزوجة بطلب التطليق، إن ما لحقها ضرر ثابت من زوجها .فدرء المفاسد مقدم على جلب المصالح حسب ما يستنتج من أحكام القواعد الشرعية والفقهية، وبالتالي يرفع الضرر عن الزوجة على حساب مصلحة الأسرة[2].

المطلب الثاني: الفرق بين التطليق وبعض التصرفات المشابهة له

بعدما عرفنا التطليق وتطرقنا لشروطه ودليل مشروعيته وتناولنا طبيعته، ننتقل الآن إلى عرض بعض التصرفات المشابهة له بالتفصيل ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: الفرق بين التطليق والطلاق

الطلاق لغة: مأخوذ من الإطلاق وهو الإرسال والترك فنقول أطلق الأسير أي حل قيده وأرسله.

وقد عرفه حسن علي السمني بقوله: " هو حل القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير أو معنويا كقيد النكاح، وبالتالي الطلاق هو رفع القيد الزوجي فيقال طلق الرجل زوجته".

الطلاق شرعا: هو إزالة عقدة النكاح ومعنى إزالة عقدة النكاح رفع العقد بحيث لا تحل له الزوجة بعد ذلك، وهذا كما لو طلقها ثلاث.

فالطلاق هو من حق الرجل، بينما التطليق هو بطلب من الزوجة نظرا للضرر المعتبر شرعا.

[1]-اليزيد عيسات، المرجع السابق،ص14.

[2]-المرجع نفسه، ص15.

-الطلاق قد يتم من قبل الدخول بالزوجة فيعد طلاق بائنا بينونة كبرى.

-التطليق لا يكون إلا إذا كان الدخول حقيقيا بالزوجة وحكم القاضي بالتطليق يعد طلاق بائن بينونة صغرى لأنه يمكن للزوج أن يراجع زوجته إن انتفى لديه سبب التطليق في الطلاق يمكن للزوج أن يوكل أو يفوض نائبا عنه في طلاق زوجته أما التطليق لا يتم إلا بإدارة منفردة وبطلب شخصي من الزوجة ولا يجوز لها أن تفوض وأن ينوب عنها في هذا الطلب إلا في حالة واحدة إذا كانت قاصرا غير مدخول بها[1].

الفرع الثاني: الفرق بين التطليق والطلاق بالتراضي

هو أنه مخول للزوجين أن يتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بالإرادة المشتركة دون أي نزاع وهذا ما سمي بالطلاق اللطيف أو الظريف على أن يكون بالمعروف وبالإحسان.

وعلى القاضي توقيع الطلاق إلا بعد التأكد من الموافقة الكاملة وبحيث يكون التطليق بالإرادة المنفردة على عكس الطلاق بالتراضي الذي لا يجوز فيه القاضي مراقبة سبب الطلاق وله السلطة على معرفة والبحث عن سبب التطليق[2].

الفرع الثالث: الفرق بين التطليق والخلع

الخلع لغة:

خلع الشيء نزعه، وخلع امراته: طلقها على بدل منها، فهي خالع الاسم الخلعة والمخالعة. وخلع ثوبه ونعله ، وخلع امراته انه خلعا. ارادته على طلاقها ببدل منها له، فهي خالع[3]. من التعريف اتفق علماء اللغة على ان الخلع هو وقوع الفرقة بين الزوجين مقابل عوض للزوج[4].

-يشترط في الخلع أن يكون الطلب من الزوجة

-وجه الشبه بين الخلع والتطليق كلاهما بطلب من الزوجة

-يستحب في الخلع ألا يأخذ الزوج من زوجته أكثر من مهرها أما التطليق يتم دون مقابل

-المخالعة تعتد بحيضة واحدة أما المعتدة من التطليق فتعتد عدة الطلاق البائن ببينونة صغرى.

-لا يجوز مواجهة المخلوعة في العدة، أما التطليق فله أن يراجعها في فترة عدتها.

---

[1]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، د.ت.ن، ص 234.

[2]-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، د.ط، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات، الجزائر،1999، ص258.

[3]- ابن منظور، لسان العرب، ج1، المرجع السابق، ص 448.

[4]- أيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه و قانون الاسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014، ص297، 298

قائمة المختصرات

د.ت.ن :دون تاريخ النشر.

د.ط :دون طبعة.

ص :الصفحة.

ع :العدد.

ع.خ :عدد خاص.

غ.أ.ش :غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج :قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج :قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.ع.ج :قانون العقوبات لجزائري.

م.ع :المحكمة العليا.

قائمة المصادر و المراجع

القران الكريم رواية ورش.

كتب اللغة والمعاجم

1. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي، لسان العرب، ج4، د.ط، دار المعارف، مصر، د.ت.ن.
2. الفيروز ابادي، قاموس المحيط، دار الكتب العربي، بيروت،لبنان، 2010.
3. المنجد الابجدي، ط01 ، دار المشرق، لبنان،1968 المنجد الابجدي، ط01 ، دار المشرق، لبنان،1968.

الكتب الفقهية

1. أبو عبد الله محمد بن اساعيل بن إبراهيم المغيرة الجعفي البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عيه وسلم وسننه وايامه، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، المجلد الثاني، الجزء الثالث الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لبنان.
2. أبي داوود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني، سنن ابي داود،ج3، طبعة خاصة، باب في قسم بين النساء، دار الرسالة العالمية، سوريا،2009.
3. أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القران، المجلد الثالث، ط5، دار الكتب العلمية بيروت، 1996.
4. احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الحديثة، 2004.
5. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية في المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق، ج1،د.ن.ت.
6. حافظ ابو عبد الله محمد بن يزيد القزوين، السنن، كتاب الاحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره ج3،ط1، دار الرسالة العلمية سوريا، 2009.
7. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان،1983، ص247.
8. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج5،ط3،دار الكتب العلمية بيروت، لبنان،2006.
9. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري اخر تعديل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر2007.
10. عبلة الكحلاوي، البنوة و الابوة في ضوء القران الكريم والسنة، ط1، دار المعارف، بيروت،2005.

11. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، د.ت.ن.
12. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق ط1،دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1998.
13. محمد كمال الدين الامام، الزواج في الفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
14. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط3، دار الفكر، سوريا، 2012.

الكتب القانونية

1. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق و آثارهما، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
2. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، د.ط، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجزائر،1999.
4. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
5. رمضان علي السد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط01 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006 .
6. رمضان علي السيد الشرنباطي، احكام الاسرة في الشريعة الإسلام، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية مصر،2002.
7. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 01 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
8. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 02 ، منشورات بغدادي، الجزائر ،2009 ص283.
9. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ت.ن.
10. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007 .
11. عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1،ط2 ،دار النشر المعرفة، الرباط، د.ت.ن.
12. عبد المؤمن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الاسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

13. علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
14. الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1995
15. فضل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1997.
16. محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002
17. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانونا الاجراءات المدنية والإدارية، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

الرسائل والاطروحات

1. أيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه و قانون الاسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة ملود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014.
2. صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الاسرة، مذكرة الماجستير ، كلية الحقوق،2007.
3. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في القضاء الشرعي كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة 2004.
4. عمر زودة، طبيعة الأحكام بانهاء الربطة الزوجية وآثارها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، الجزائر،2001 .
5. فريحاوي 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 .
6. قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجلفة، 2004.

7. محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر،2009.
8. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010.
9. اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر،2003 .

النصوص القانونية

1. القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984م المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، الجريدة الرسمية، عدد:24 لسنة 1984.

2. القانون رقم 08 ـ09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

المجلات القضائية

3. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 43864، الصادر بتاريخ 1987/01/12، المجلة القضائية، ع1، 1991.
4. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 57812 الصادر بتاريخ1986/12/25،المجلة القضائية، ع03 ،1991.
5. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، ع3، 1991.
6. م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 34327 الصادر بتاريخ 1984/10/22 ،المجلة القضابية، ع03، 1998.
7. م،ع،غ،أ،ش،ملف رقم 135435، الصادر بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، ع01، 1998.
8. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 216850 الصادر بتاريخ،1999/02/16،المجلة القضائية، ع.خ،2001 .
9. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 572240، الصادر بتاريخ 2010/07/15، المجلة القضائية، ع2، 2010.
10. م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 596191، الصادر بتاريخ 2011/01/13، المجلة القضائية، ع 02، 2011.

المداخلات و المحاضرات

1. حميدي محمد أمين، شروط رفع الدعوى وأجالها في تقديم المستندات، مداخلة في اطار شرح القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلس قضاء شلف، محكمة عين الدفلة 2009.
2. شدى مظرف حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الأول، العراق.
3. عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، الجزائر ،2007 .

مقدمة

خاتمة

الملاحق

المبحث التمهيدي

ماهية التطليــق

الفصل الأول

الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق

الفصل الثاني

إجراءات التقاضي في دعوى التطليق

وآثار الحكم بالتطليق

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة

المختصرات

الفهرس

مقـــــدمـــــــــــــــة

كلنا نعلم ان الله سبحانه وتعالى خلق الذكر و الانثى ليسكنا الى بعضهما البعض وذلك بالمودة و الرحمة لقوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾.

فمن قدرته سبحانه وتعالى ان خلق من كل شيء حي زوجين لقوله تبارك وعلا " ومن كل شيء خلق زوجين لعلكم تذكرون " وهذا دلالة على ان الله سبحانه وتعالى جعل لنا الزواج وسيلة للاستقرار و السكون وبناء اسرة متماسكة، لكن لكل اصل عام استثناء وهو انه قد يحدث وان يصيب بعض الاسرة التفكك وقد يحدث ان تنفر الزوجة من زوجها وتصبح العشة مستحيلة بين الزوجين لأي سبب كان ومن عظمته تبارك وتعالى ان جعل لنا في كتابه الكريم وفي سنة نبيه عليه الصلاة و السلام الحلول و المنافد لكل المشاكل التي قد تواجه الانسان ومنهما المشاكل الأسرية التي تؤدي الى استحالة المعيشة و الى دمار هذه الاسرة فقد يسر الله سبحانه وتعال هذا في الطلاق الذي اجازه في الأحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية، رغم انه من ابغض الحلال عند الله لقوله صلى الله عليه وسلم "ما احل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق" لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات كما سنرى في لب الموضوع، وهنا قد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بأن يرمي يمين الطلاق على الزوجة لأي سبب من الأسباب وكما نعلم ان الله سبحانه وتعالى جعل الرجل قواما عن المرأة اذ جعل يمين الطلاق بيده لكن قد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج اذا ما جلبت لها العلاقة الزوجية اضرارا مادية أو معنوية بحيث تصبح لا تطيق معاشرة زوجها وترى في استمرارها زيادة في البغض و الكراهية، عندئذ فتح لها المشرع بابا من الطلاق تتخلص فيه من الروابط الزوجية اذا ثبت اضرار الزوج لها وعند توافر احد الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا وهذا ما يعرف بالتطليق.

وقد اقر المشرع الجزائري على غرار احكام الشريعة السلامية طرق فك الرابطة الزوجية في المادتين 47-48 من قانون الأسرة الجزائري، والطلاق حل عقدة الزواج، يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من قانون الاسرة، وبهذا فانه لم يهدر حق الزوجة من التخلص من الرابطة الزوجية و أصبحت لا تطيقها بسبب اخلال الزوج بواجباته الزوجية اتجاهها وتضررها من ذلك نتيجة كرهها و نفورها منه، ويكون بذلك قد فتح امامها باب للتخلص من عشرة زوجها وذلك باللجوء للقضاء لطلب التطليق، كما فتح باب الافتداء بسبب كراهيتها ونفورها من زوجها، وفتح المشرع باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ من المال، وبهذا فإن كل من الخلع والتطليق يؤديان الى حل الرابطة الزوجة.

فارتأينا ان أقوم بدراسة مقارنة بين الجانب الفقهي والقانوني لموضوع فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق التطليق.

والأسباب التي دفعتنى للبحث في هذا الموضوع:

-ميولي لمعرفة ما مدى تمتع المرأة بهذا الحق، وهل المشرع قد منح لها القدر الكافي من الضمانات، ومن جهة اخرى ضرورة دراسة موضوع التطليق بصفة شاملة جامعة فقها وقانونا.

-انتشار ظاهرة التطليق في المحاكم الجزائرية.

- قلة الوعي بالآثار الخطيرة التي تترتب عن الطلاق بصفة عامة باعتباره يشتمل الأسرة والمجتمع عامة كما أن التطليق يأخذ حيزا كبيرا من الأهمية بالنسبة للمجتمع ككل، يستمدها من الأهمية التي يحظى بها الزواج، وبالنسبة للمرأة بصفة خاصة، وبصفة أخص بالنسبة للزوجات اللائي يتعرضن للأذى والضرر من أزواجهن، ويجهلن الكثير من حقوقهن التي منحهن إياها الإسلام والقانون.

يكمن الهدف من دراسة هذا الموضوع في:

1_ التعريف بالتطليق والحكمة منه.

2-الفرق بين التطليق وبعض التصرفات المشابه له.

3-بيان الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق.

4-بيان موقف الفقه من أسباب التطليق المنصوص عليها في القانون الجزائري.

5-دراسة ما جاءت به التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة الجزائري بخصوص التطليق.

6-بيان إجراءات التقاضي في دعوى التطليق وكيفية سيرها.

7-بيان آثار الحكم بالتطليق.

8-بيان النقائص التي تعتري تنظيم المشرع الجزائري لأحكام التطليق.

لقد اعتمدت في دراستي لهذا الموضوع على كل من المنهج الوصفي والتحليلي.

ومن خلال ما سبق نجد ان دراسة هذا الموضوع يطرح إشكالات عديدة في الفقه والقانون والقضاء فما ماهية التطليق؟ متى يمكن للزوجة ان تمارس حقها في طلب التطليق؟ وما هي الضوابط القانونية لذلك؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنقف عند اراء كبار فقهاء في الشريعة الإسلامية المتعلقة بها وكدى ما توصل اليه الاجتهاد القضائي.

ارتأينا ان نقسم البحث الى مبحث تمهيدي وفصلين:

تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية التطليق والتفرقة بينه وبين بعض التصرفات المشابه له.

مقـــــدمـــــــــــــــة

بينما في الفصل الأول تطرقنا الى الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق، وخصصنا المبحث الأول للتطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه التطليق لإرتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا، وفي الأخير تناولنا في المبحث الثالث التطليق للعيوب والتطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه للجانب الاجرائي عند رفع الزوجة دعوى التطليق وبيان إجراءات التقاضي في دعوى التطليق، بدءاً من شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص القضائي، وسير الدعوى وإجراءات الصلح والتحكيم وانتهاء ببيان طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للمطلقة، وبالنسبة للأبناء.