وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم.:القانون خاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة):

طاهر امال

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بن عوالي علي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	زواتين خالد	رئيسا
الأستاذ(ة)	بن عوالي علي.	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بوسحبة الجيلالي.	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

تاريخ المناقشة :23-06-2022

شكر

لا يسعى بعد إتمام هذا البحث إلا أن أحمد الله تبارك و تعالى و أشكره على عظيم نعمه و جليل منته، فهو مبدأ الحمد و منتهاه لا أحصي ثناء عليه كما أتني على نفسه. حباني بنعمة طلب العلم و سهل لي طريقه و سيرني أن أتقدم بجزيل الشكر و الامتنان. عرفا للجميل إلى أستاذي المشرف "بن عواي علي " لقبوله الإشراف على المذكرة رغم مشاغله الكثيرة، فلم يبخل عليا بالعلم و الوقت

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين منحوا صدورهم من أجل قراءة و تقويم هذه المذكرة.....

كما أتقدم بالشكر لكل ما ساعدني من قريب أو بعيد لإتمام هذه المذكرة.

إهداء

تهدي ثمرة هذا البحث المتواضع إلى:

رمز المحبة والحنان، إلى القلب الناصع بالبياض، إلى منبع الصبر والتفاؤل، إلى التي رعتني حق الرعاية، كانت سندي في الصعاب إلى قدوتي في هذه الحياة.

أمي لحبيبة.

إلى منبت الخير والتضحية، إلى من علمني النجاح والصبر، إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد إلى طريق العلم، إلى من أجمل اسمك بكل فخر أبي العزيز

.

يعتبر الزواج علاقة مقدسة و ميثاقا غليظا بين الرجل و المرأة، تنشأ عنه المودة و المحبة بينهما لوقله تعالى: و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"

و الرسول الكريم جعل الزواج نصف الدين في قوله تعالى " إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين" وينوه رسول الإسلام إلى أن " خياركم خياركم لنسائهم" و يقول " خيركم خيركم لأهله، و أنا خيركم لأهلي " لأن عقد الزواج ليس من عقود المعاملات بل هو بناء اجتماعي منوط به توفير روح الترابط و التكافل و حسن الخلق بين الزوجين.

بالزواج تتشكل الأسرة التي هي خلية الأساسية في المجتمع، لذا على الفرج أن يحافظ على وحدتها و لم شملها تفايدا للتشتت العائلي و ما ينتج عنه من أضرار، لكن العلاقة الوطيدة قد تتخللها فترات من الخلاف و الشقاق بين الزوجين مما يؤدي إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية بينهما و تخلي كل واحد منهما عن واجبه و هرده لحقوق الطرف الآخر.

و الله عز وجل يعلم أن نفس الإنسان متغيرة، يجد عليها ما لم يكن في حسبانها، و قد يجد عليها ما يستحكم به النفور بين الرجل و امرأته، بما لم يكن معه معاشرة بمعروف أو إمساك بإحسان، فأرشد رب الناس إلى الإصلاح، و بين وسائله.لكن إذا ساءت العلاقة بينهما إلى درجة تستحيل مواصلة الحياة فكان أبغض الحلال عند الله الطلاق استدلالا بما ذكر في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، فإن الاجتهاد

و الفقه ابتدع صورة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى من حيث طبيعتها و الآثار المتوخاة منها و بناء على هذه الصورة، يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادة منفردة،

و إنما عن طريق القاضي إذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة، فأساس هذه الصورة و التي لم يرد بشأنها نص صريح صحيح هو التيسير على الناس تجنبا للحرج وتماشيا و روح الإسلام السمحة.

و بالتالي نلاحظ أن القانون منح للزوج الإرادة المطلقة لفك الرابطة الزوجية و لم يحرم المرأة هذا الحق بل فتح لها مجال الخلاص من زواج لم تسعد فيه، و معيار ذلك هو الضرر و استمد ذلك من الشريعة الإسلامية و كان المذهب المالكي الأرض الخصبة التي استمدت منه جميع قوانين الأسرة في الأقطار العربية منهم القانون الجزائري، و هذا الموضوع يطرح إشكالات عديدة منها :

ما هي حالات الضرر التي تعد معيارا لفك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري ؟ وهل توافق أحكام الشريعة الإسلامية ؟ ما هي سلطة القاضي في إثبات الضرر ؟ و ما هي سلطته في التعويض عن الضرر؟

فردا منا على الأقاويل العديدة منها " لقد أعطى الإسلام للرجل حق الطلاق و ترك المرأة تتخبط في الظلام و الاستعباد، و هذا أمر غير عادل" و ما هذا إلا لتشويه و تحريف، فالإسلام هو أول من حرر المرأة، و اعتبرها إنسان كامل الحقوق، و مساوية للرجل لما له، و عليها ما عليه مع مراعاة الفوارق الطبيعية. فإن غرض هذا البحث هو محاولة لإزالة الغموض عن هذا الموضوع مع توضيح مدى انسجام القانون و الاجتهادات القضائية مع الشريعة الإسلامية.

هذه الإشكالات وأخرى نحاول الإجابة عنها في هذه الدراسة التحليلية النقدية في فصلين

و قد اتبعت الخطة التالية:

الفصل الأول أسباب التطليق الواردة في المادة 53 من قانون ق.أ.ج، انقسم إلى مبحثين، المبحث الأول ماهية التطليق، أما المبحث الثاني الأسباب الواردة في المادة 53 من ق.أج، أما الفصل الثاني السلطة التقديرية للقاضي في إيقاف التطليق و التعويض عن الضرر، انقسم إلى مبحثين، المبحث الأول سلطة القاضي في تقديم حلالات التطليق، أما المبحث الثاني السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض.

إن الشريعة الإسلامية قد ساوت مركز الزوجة بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية و كذا القانون الذي منح للزوج حق الطلاق و هو حق إيرادي (بالإرادة المنفردة) يمكن استعماله في أي وقت و في مقابل ذلك أعطى حق التقدم إلى القضاء بطلب من أجل تطليقها من زوجها ما أضر بها و لكن بقيود تضمنها المادة و مقابل ذلك منح الشرع و المشرع للزوجة حق طلب التطليق من زوجها إذا وجد سبب لذلك وفق ما نصت عيله المادة 53 ق, أ، كما منحها أيضا حق مخالعة نفسها من زوجها على مال تدفعه له (المادة 54 ق.أ)، و لذلك سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية التطليق، أما المبحث الثاني الأسباب الواردة في المادة 53 من ق.أ.ج.

المبحث الأول: ماهية التطليق

قد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، و في نفس الوقت شرع للمرأة فك الرابطة الزوجية بالتطليق و المقصود به هو التفريق بمعرفة القاضي. للأخذ بناصر من يلحق الأذى و الضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر، و التنافر، و يكون التفريق هو الخير، من الإمساك مع الضرر.[1]

قانون الأسرة الجزائري واكب هذا الرأي و جعل من مادته الثالثة و الخمسين تيسيرا على الزوجة في إمكانية طلاقها ولو لم يرغب الزوج في ذلك. [2]

[1] أحمد نصر الجندي . الطلاق و التطليق و أثارهما . دار الكتب القانونية ،مصر . ص 167

2 باديس ذيابي . صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر . 2007 . دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر . ص 30.

المطلب الأول: مفهوم التطليق

تعددت الآراء حول مفهوم التطليق شرعا وقانونا وهذا ما سنتطرق إليه في التالي:

الفرع الأول: تعريف التطليق

ومن هذا المنطلق يتوجب علينا التطرق إلى التعاريف التالية :التطليق بصفة عامة ثم التعريف اللغوي ، التعريف الإصطلاحي ،التعريف الفقهي ، والى التعريف القانوني

التطليق:

كما سبق ذكره لم يعرف المشرع الجزائري التطليق و اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و بالرجوع غلى معناه في اللغة نجد أن أصل كلمة " تطليق" يعود إلى (طلق– تطليقا) أي طلقت المرأة زوجها، و تطليقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، و تطليق الرجل من قومه يعني تركهم و مفارقتهم.[1]

أما في الاصطلاح فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة و استنادا إلى القانون.

[1] المجند، الطبيعة الثامنة، دار المشرق، بيرت، لبنان، توزيع مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 665.

فالأصل أن الطلاق أنه لا يكون للزوج وحده، و قد يقوم بع غيره بإنابته كما في الوكالة و التفويض، أو بدون إنابة كالقاضي في بعض الأحوال كحالة التطليق.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في ديه، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة و رد النص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة، و هذه الحالات هي عدم الإنفاق العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنه و ارتكاب فاحشة...إلخ.

و عليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، و بموجب دعوى قضائية، و في حالة الاستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، و ثبوت نسب الأولاد و حضانتهم و غيرها من الآثار.

و قد استعمل المشرع الجزائري في مصطلح التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل 53 و ما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح " التفريق في المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناءا على رغبة الزوجة، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.

و نجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة 48[1] منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفرق، و هذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعقمنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا و ذلك استنادا غلى أحكام المادة 53 من نفس القانون و التي جاء فيها يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..." مما يدل على أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق و التطليق لاختلاف آثارهما، لا سيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما و من حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما.

الفرع الثاني: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للتطليق

إنحلال ربطة الزواج أو إنقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب أو هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب من الزوجة نظرا للشقاق والضرر وعدم الاتفاق.

منه نستخلص أن التطليق هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج وطالما إنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والأنصاف، هو حق منحه المشرع للزوجة لتطلب الفرقة بينها وبين زوجها، وهو طلاق بناءا على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي حتى ولو عارض الزوج له، طالما أنها

[1] نصد المادة 48 من قانون الأسرة على أن " الطلاق حل عقد الزواج"، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون.

متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقانون الأسرة، فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها لذا أجازت لها الشريعة الالتجاء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية إ جبار عن الزوج.

أولا- التعريف اللغوي للتطليق:

التطليق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا وتطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك.[1]

ثانيا- التعريف الاصطلاحي للتطليق:

هو طلاق بناءا على الإرادة المنفردة لزوجة يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف، والتطليق يكون بطلب من الزوجة وبموافقة القاضي، وتدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة وتبعا لذلك فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها، ولذا أجازت لها الشريعة الالتجاء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية إجبار عن الزوج.

المطلب الثاني: دليل مشروعيته و حكمه

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين، يلجأ إليه عند الحاجة و مع ذلك

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي،التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا،مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون،فرع العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق،بن عكنون 2002.2003.

فإن الشارع الحكيم أبغضه و أخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته، رغم مشروعيته.

و يعتبر الكتاب ز السنة و الإجماع الأدلة الأصلية لمشروعيته أي فعل و علية سنتناول سند و دليل مشروعيته الطلاق من خلالهم فيما يأتي:

الفرع الأول: دليل مشروعية الطلاق

أولا- من الكتاب

قوله تعالى: " وَ إِنْ يَتفَرَقَا اللهُ كُلاً مِن سَعَتِهِ وَ كَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"[1]

و قوله تعالى: " يَا أَيُهَا النَبِيُ إِذَا طَلَقتُمِ النِسَاء فَطَلِقُوهُنَ لِعِدَتِهِنَ وَ أَحْصُوا العِدَةَ وَ اِتَقُوا اللهَ رَبَكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَ مِنْ بُيُوتِهِنَ وَ لاَ يَخْرُجْنَ إِلاَ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةً مُبَيَنَةُ وَ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَ مَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسُهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَ اللهَ يَحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"[2]

و يقول أيضا في كتابه العزيز: الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان و لا يحل لكم تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا شيئا إلا أن يخافا أن يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" [3]

[1] سورة النساء، الآية 130.

[2] سورة الطلاق، الآية 01.

[3] سورة البقرة الآية، 229.

و هذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق و دليل مشروعيته في آن واحد و يقول تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء"[1] فهذه الآية تنفي الجناح و الإثم عن فعل الطلاق إذا تم حدوده الشرعية.

ثانيا- من السنة

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي كوسى قال: " قال رسول الله – صلى الله عليه و سلم" يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد ليس هذا المسلمين تطلق المرأة من بل عدتها"

و هذا التنظيم عن رسول الله الطلاق و التفرقة بين الطلاق المسلمين و طلاق غيرهم هو دليل مشروعيته الطلاق.

و روى محارب بن دثار عن بن عمر أن النبي- صلى الله عليه و سلم- قال: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق" و يشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع و لكن أن الطلاق و لكن بأسبابه و دواعيه- و روى أن النبي – صلى الله عليه و سلم- قال: " ثلاث جدهن و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتق". و روى انه طلق حفصه ثم راجعها، و ما ورد عن رسول الله- صلى الله عليه و سلم- من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعيته الطلاق في الإسلام.

ثالثا- من الإجماع

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه حتى اليوم على جواز الفرقة، و محضورة أصلا و لا تباح إلا لحاجة أو لضرورة، و إباحته مقيدة بقيود

[1] سورة البقرة، الآية 236.

تكفل الصالح العام، و تكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين و واجبتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم غليظ إلا لأسباب ملحة.

و خلاصة قد أعطى للزوج حق طلب باعتباره ضرورة، و الضرورة تقدر بقدرها و عند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه و حرام على الزوجة طلبه.[1]

إذا كان المشرع قد أعطى للزوج بيده فإنه بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.

ويقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء و يتم بناءا على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون كإضرار أحد الزوجين كإضرار أحد الزوجين بالآخر، أو مرض أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما.

و قد شاء بذلك المشرع الحكيم حماية المرأة من زوجها غذا ظلمها و أساء عشرتها فجعل من حقها و رفع أمرها إلى القضاء ليطلقها بحيث عليها أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات الواردة عل سبيل الحصر في المادة السالف الذكر و غلا بقبول طلبها بالرفض.

و ما نلاحظه أنه لم يقم فقهاء الشريعة الإسلامية و لا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل و دقيق للتطليق و إنما كل ما قاموا به هو الإشارة غلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة للتطليق و يكون ذلك أمام القاضي الذي يثبته بحكم.

و قد صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن

[1] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997، ص 30.

يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة و ترفع أمرها لقاضي الذي يطلقها و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.[1]

إن المحكمة العليا أرادت أن تعرف التطليق من خلال هذا القرار غلا أنها لم تعطيه تعريفا شاملا و دقيقا بحيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة، و ما هو نوع الضرر و نسبته.

الفرع الثاني: طبيعته القانونية

بعدما تطرقنا لمفهوم التطليق، بالإضافة إلى دليل مشروعيته فيمكن أن نعطي نظرة و لو مختصرة عن طبيعته القانونية و الذي يمكن أن نعتبره رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي، و ممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود و شروط و هي كلها خاضعة لسطلة القديرية للقضاء.[2]

لأن المركز القانونية الناشئ عن عقد الزواج قد ينقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء و إثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز أي بمعنى أن هذه الفرق تدخل نظام الفسخ.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجده ينين فيما اذا نجده إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أم طلاق و غنما على حالات على سبيل الحصر في المادة 53 ق .أ و ترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى فعلا لا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الكم بالتطليق لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بتقرير ما غذا إذا أخل الزوج بالتزاماته، و بفضل هذا التقرير ينشأ حق

[1] المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026 ك.ق. عدد 04 ص 86.

[2] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة، الجزائري، ص 242.

إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية، و الحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ.

و من هنا نستخلص بأن التفرقة التي يكون مصدرها المباشر هو الحكم القضائي فهي تندرج تحت نظام الفسخ كالحكم بالتطليق.

و حسب رأيي الشخصي فإنه يمكن تكييف التطليق على أنه حق مقيد لأن المشرع قد منح للزوجية حق اللجوء إلى القضاء في أي وقت من أجل طلق التطليق لكن قيده بقيود نص عليها إلى سبيل الحصر في المادة السالفة الذكر أي بمعنى يجب على الزوجة و عند رفعها التطليق أن تثبت سبب ذلك و إلا رفضت دعواها لأن القاضي هو الذي يقدر ما غذا كان طلبها مؤسس أم لا.

يعتبر التطليق مكنة منحها المشر للزوجية تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها و بين زوجها استنادا لأسباب محددة، و للقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، و عليه يطرح التساؤل حل طبيعة التطليق، هل هو فسخ أم طلاق؟ [1]

أتفق العلماء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو الفسخ و لكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما، كما تختلف الآثار المترتبة عنهما، فالطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج الصحيح، في حين الفسخ هو نقض له لخلل أو عارض طرا على الزواج منع بقاءه بهد نشوؤه صحيحا أو لحادث أصاب احد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ، هذا من حيث الماهية، أما من حيث الأسباب فالطلاق لا يكون إلا بناءا على عقد صحيح لازم و هو من حقوق الزوج بإرادته المنفردة، أما الفسخ فإما أن يكون بتراضي الزوجين أو بواسطة القاضي.

[1] عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين لزوجين في الفقه الإسلامي، ص 96.

و من حيث الآثار المترتبة عنه، فالفسخ ا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الطلاق يحدث هذا الأثر، كما يجدر أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، و إن لم يكن استحقت المتعة، و ترتيبا على ذلك يرى الأحنف أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء مثلا، و كل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج للزوجة، و بناءا على ذلك فإن أهم الفرق الزوجية التي تعد طلاقا عند الأحناف هي تطليق الزوج لسبب الإيلاء أو الخلع أو اللعان، و التفريق لعيب جنسي أو التفريق بسبب أباء الزوج الإسلام، أما الفرق التي تعد عندهم فسخا فهي: التفريق لردة احد الزوجين و لفساد الزواج أو التفريق لعد كفاءة الزوج أو الفرقة بسبب حرمة المصاهرة. [1]

في حين يرى الحنابلة و الشافعية أن الفرق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاق إذا وقعه الزوج أو نائبه و ما عدا طلك تعتبر فسخا و الفرق التي تعد عندهم طلاقا هي:

- التفريق لعيب في احد الزوجين أو بسبب إعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته.

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق و الفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة الزوج صحيح و كان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء كانت من الزوج أم من يقوم مقامه، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاق، و أما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك نسخا.

[1] مكتار جميلة، فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة، شهادة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مستغانم، 2016-2017، ص 11.

و تعد عندهم الفرق التالية طلاق: [1]

تطليق الزوج بسبب الخلع، أو لعيب في احدهما أو إعسار الزوج عن نفقة زوجته أو التفريق للضر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة.

و ما يعد عندهم فسخا:

التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب أباء احد الزوجين في الإسلام.

أما الظاهرية فيعتبرون كل فرقة تمت بين زوجين إلا في حالات التالية فهي فسخا: التفريق باللعان أو التفريق لاختلاف الدين.[2]

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرف الطلاق في المادة 48 منه أنه: حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون، كما أنه استعمل في نص المادة (57) مصطلح الطلاق الذي يدل على أن المشرع اخذ بالذهب المالكي اعتبر التطليق طلاقا لا فسخا، و قد ذكر الفسخ أحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة، كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد الباطل.

و يعاب عليه انه خالف مفهوم البطلان في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (101-102) من القانون المدني[3] و ذلك عندما نص قانون الأسرة على أن البطلان هو اختلال ركنين في العقد، لكن يترتب البطلان في القواعد العامة باختلال ركن واحد من أركان العقد و كيفيت هذه الحالة في قانون الأسرة على أنها فسخ.

---

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 12.

[2] عبد المؤمن بلباقي، نفس المرجع.

[3] قانون المدني المعدل بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

المبحث الثاني: الأسباب الواردة في المادة 53 من ق. أ ج

نص المشرع الجزائري في نص المادة (53) من قانون الأسرة على ما يلي: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية منها عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78-79-80) من هذا القانون، بالإضافة إلى العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج و الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر [1]

و باستقراء هذه المادة حاولنا تقسيم أسباب التطليق المنصوص عليها حسب نوعها و التي لها مفهوم متقارب و متشابه، في االمطلب الأول سنتكلم عن إخلال الالتزامات الزوجية و العائلية، أما المطلب الثاني تناولنا فيه ارتقاب الزوج و جرائم معاقب عليها شرعا و قانونا.

المطلب الأول: الإخلال الالتزامات الزوجية و العائلية

إن أي زواج شرعي يترتب عنه عدد من الواجبات و الحقوق المتبادلة، و إخلال احدهما التزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة، حق للزوج لتطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته و التزاماته الزوجية و العائلية دون سبب جدي أو شرعي، كالامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها، أو هجر زوجته في المضجع مدة تطليقها، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تنفق منه هي و أولادها، فهل للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟

[1] قانون الأسرة جزائري، المعدل بموجب الأمر 05-02،/ المؤرخ في 2005/02/27.

هذا ما سنجيب عنه في هذا المطلب، الفرع الأول التطليق لعدم الإنفاق، و الفرع الثاني التطليق للهجر في المضجع و في الثالث التطليق لغياب الزوج.

الفرع الأول: التطليق لعد الإنفاق

لقد سبق الإشارة إلى أن النفقة واجبة على الزوج بمجرد العقد على الزوجة، و يتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، و يستمر هذا الواجب ما دامت الحياة الزوجية قائمة، ما لم تكن الزوجة ناشزا و لا يجوز للزوج أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا بغدر مقبول.[1]

إلا أن النص تطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، إلا انه في الأصل لا حاجة لهذا الحكم باعتبار أن النفقة مفروضة على الزوج شرعا و قانونا، فكان من المفروض عندما تثبت الزوجة قيان الرابطة الزوجية، و كذا امتناع الزوج عن النفقة يقوم القاضي مباشرة بتوجيه أعذار للزوج ينذره فيه بان ينفق على زوجته فورا أو يحدد له أجلا إن كان معسرا و إلا تعرض لمتابعة إجبارية على الاتفاق.

كما أشار النص القانوني إلى أنه اذا كانت الزوجة عالمة بإعسار الزوج قبل الزواج فلا يحق لها طلب التطليق لعدم الإنفاق لأنها رضيت به زوجا و هو معسر، إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن التسليم بهذا الشرط بصفة مطلقة لأن هناك بعض المعطيات تفرض نفسها بسبب تعقد الأوضاع الاجتماعية و الاقتصادية، فلو

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 14.

سلمنا بما هو منصوص عليه في القانون بصورة مطلقة، لعاقب القانون الكثير من الزوجات على اختيارهن، فلو فرضنا أن زوجة ما رغبت في الزواج من رجل ليس لاعتبارات مالية ، و إنما لاعتبار أخر كالشهادة العلمية كونه خريج جامعة، و لكن لم يحصل على وظيفة بعد ظنا منها أن مسألة عابرة و وقتية[1]، و لكن بعد الزواج طال انتظارها و لم يحصل الزوج على وظيفة، و لم يتمكن من توفير النفقة لها إلا يحق لها طلب التطليق؟ بل و قد تكتشف بعد الزواج أن الزوج يتقاعس عن البحث عن عمل يمكنه الأنفاق عليها، لذلك فان التمسك الحرفي بهذا النص يؤدي غلى القول بأنه لا يحق للزوجة طلب التطليق.

لذلك على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله بصورة مرنة تجمع بين المبدأ و الاستثناء، و خصوصا اذا تين تقاعس الزوج عن طلب الرزق، فلا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها من طلب التطليق.

لقد انقسم الفقهاء غلى ثلاثة اتجاهات و لكل في ذلك حججه من الكتاب و السنة في اعتبار عدم الإنفاق سواء للإعسار أو للتقاعس سببا من أسابا التطليق.

الراي الأول:

يقول بعدم التفريق بين الزوجة و زوجها الذي لا ينفق عليها، حتى و لو أعلنت عدم رضاها بذلك، و تمردت على الوضع القائم و طلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما. [2]

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 15.

[2] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 15.

و الأحناف هم قادة هذا الرأي، و ليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزة عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى و لو لم يكن له مال ظاهر، و دليلهم في ذلك:

أن مسلم روى في صحيحه من حديث " أبي الزبير" عن " جابر" قال: " دخل أبو بكر الصديق و عمر– رضي الله عنهما– على رسول الله– صلى الله عليه و سلم– فوجداه جالسا و حوله نساؤه و جما ساكنا فقال أبو بكر الصديق: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة.

سألتني النفقة، فقمت غليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله– صلى الله عليه و سلم– و قال: é من حولي كما ترى يسألني النفقة، فقام " أبو بكر الصديق" – رضي الله عهنه– إلى عائشة يجأ عنقها و قام عمر– رضي الله عنه– إلى حفصة يجأ عنقها يقول: " تسألن رسول الله – صلى الله عليه و سلم– ما ليس عنده فقلن و الله لا نسال رسول الله– صلى الله عليه و سلم– شيئا ابدأ ليس عنده، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه و سلم شهرا، و لم ينقل عن الرسول – صلى الله عليه و سلم– أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة.

من المعقول:

من المقرر شرا إذا اجتمع ضرران اختير أخفهما فالضرر المترب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج، أما الضرر المترتب على عدم التفريق يؤدي إلى تأخير حق الزوجة، و عملا بهذه القاعدة فعدم تفريق هو اخف الضررين.

كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال و هو من التوابع، أما إنهاء الزوج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل و هو مقصود أصلي من الزواج، و لا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي.[1]

الراي الثاني:

يرى الأئمة الثلاثة، مالك، الشافعي، و أحمد مع خلاف في التفاصيل أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق و على القاضي أن يستجيب لطلبها إذا تبث له ذلك، و هم أيضا يستدلون بالكتاب و السنة.

من القرآن:

قوله تعالى في أمره للزوج: " فإمساك بالمعرف أو تسريح بإحسان" و قوله أيضا " لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"

فق روي عن أبي هريرة – رضي الله عنه– أن النبي– صلى الله عليه و سلم– قال: " خير الصدقة ما كان عن ظهر غني و اليد العليا خير من اليد السفلى و أبدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال: امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني و غلا فارقني" فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق.

من المعقول:

إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة، فإذا تبت جوزا الفسخ بالعنة و الجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار و عدم الإنفاق، بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن بها أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها.[2]

[1] محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 99.

[2] محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 100.

بالنسبة للإعسار:

فقد قرر مالك أنه لا يثبت غلا بالدليل، أو بإقرار الزوج به، أما الشافعي فرأ أنه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، فإذا ادعاه كان ذلك كافيا للتفريق.

و لا يؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام و لا يؤجل قط عند أحمد، و يؤجل عند مالك مدة يراها القاضي مدة كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق، و بعض المالكية قدرها بشهر، و الرضى بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك لان طلبها من بعد ذلك نقض لما تم من وجهتها، و لذا تزوجته و هي عالمة بإعساره فليس لها طلب رضاها في كل الأوقات.

بالنسبة للتفريق:

مع اتفاقهم على أنه كان للزوج مال ظاهر لا يفرق بينه و بين زوجته، اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا و يدعي الإعسار، أي لم يتبه فقال الشافعي لا يفرق بينه و بين زوجته إذا طلب التطليق، لأن مظنة الرجوع غير ثابتة، و قال مالك و أحمد يفرق بين الممتنع عن الإنفاق و بين زوجته إن طلبت التفريق، لم يكن له مال ظاهر لعدم الإنفاق كحال الإعسار، و لأنه ظالم بالامتناع وجب عليه تطليقها فغن لم يفعل طلق القاضي عنه.[1]

الراي الثالث:

و خلاصة التفرقة بين المرأة التي أضر بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انقضى الضرر فليس لها هذا الحق، و قد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية.

الموقف التشريعي

[1] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، القاهرة، ص 252-253.

لقد استمد المشرع الجزائري موقفه في شأن التطليق لعدم الإنفاق من موقف جمهور الفقهاء، (مالك، أحمد و الشافعي) و قد نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره، و قت الزواج مع مراعاة المواد (78-79-80) من هذا القانون..."

فعدم الإنفاق هو امتناع الزوج نهائيا عن النفقة بكل أجزائها و مشتملاتها، حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة، الأمر الذي يلحق بالزوجة أضرارا و يبرر رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق، بشرط توافر العناصر التالية:

1. يجب على الزوجة أولا أن لا ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم المرأة للنفقة، و امتنع عن تنفيذ هذا الحكم، فإن رفت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة، فإن القاضي يحكم لها بذلك و يأمرها للعودة إل مقر الزوجية، إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطليق بعد ذلك، فعلى القاضي الاستجابة لطلبها في هذه الحالة.

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 تحت رقم 118475 و الذي قضى بأنه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب إهمال و عدم الإنفاق غلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة إلى الزوجة، و أن يمتنع الزوج عن تنفيط ذلك"[1]

1. لا يكون امتناعه عن النفقة بسبب عسره، لأن هذا الأخير بيد الله، و لا يعتبر مبررا لطلب التطليق.

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 18.

فالزوج في هذه الحالة ليس بظالم حتى يطلق عليه القاضي و يرفع ظلمه عن زوجته.

2. ألا يكون عالمة بإعساره وقت زواجهما، فإن كانت عالمة بمصدر دخله، و جهده اليومي، أو أنه بدون عمل أو أن مهنته غير مطلوبة اجتماعيا مما يجعله عيش انفجارا ماليا أحيانا و يفتقده أحيانا أخرى، فإن رضيت بالزواج به على هذا الحال فهي على علم بعسره فإن رفعت دعاواها تطلب التطليق للعسر، رفضت دعواها لورود النص " .. ما لم تكن بإعساره وقت الزواج.." [1]

و يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج فإن استطاعت الزوجة إثبات انه عسره هذا حصل بعد زواجها، فإنه ينتظر إلى ما بد صدور الكم بالنفقة، فإن لم ينفق و طال عسره غلى مدة تضر بالزوجة، طلق عليه القاضي.

و يكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المادتين 78-80 من قانون الأسرة، حيث يراعي في تقديرها حالة الزوجين، و إلا يتجاوز القاضي مدة قبل رفع الدعوى عنج الحكم بها إن ثبت لديه ما يدعو لذلك، و غلا فتقديرها يكون ابتداءا نن تريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها.[2]

و قد صدر في هذا الإطار قرار عن مجلس قضاء سيس بلعباس – غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 13 أكتوبر 2001 قضى بإلغاء الحم المستأنف فيه و التصدي من جديد بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه و بإلزام هذا الأخير بأدائه لها مبلغ ثلاثة دينار جزائري (3000دج) شهريا كنفقة إهمال تسري سنة دفع الدوى،

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 19.

[2] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 19.

و تستمر إلى غاية النطق بالتطليق و مبلغ عشرة آلاف دينار جزائري (10000 دج) نفقة عدة و اسند حضانة البنت لأمها، جاء في أسبابه:

عن طلب المستأنفة بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء بالتطليق لعدم الإنفاق، حيث أن هذا الطلب جاء مؤسسا كون أن المستأنف عليه اهمل زوجته منذ سنة 1990 و تركها بدون نفقة و غادر الجزائر متوجها لفرسنا و لم يقم بواجباته نحو زوجته و أنه طبقا للمادة 37 من قانون الأسرة فإن النفقة واجبة شرعا على الزوج اتجاه زوجته مما يجعل ممن طلب التطليق طلبا مؤسسا و ستعين معه إلغاء الحكم المستأنف فيه و تصديا الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه.[1]

و صدر في ذلك حكم عن المحكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/09/29 قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعي عليه، جاء فيه:

حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعي عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته و رعايتها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري، فإنه غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات و ثمانية أشهر و انه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، فإنه و بتفحص أوراق الملف لا سيما طلب الشطب من السجلات و التي تبث من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض غليه المدعي عليه بسبب فراره لمدة طويلة منذ 2000/05/30 و أن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى تطليق لتأسيسه قانونا.

[1] نفس المرجع، ص 19.

و يطرح التساؤل بشأن المدة التي يجب أن ننتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة و أثر ذلك على سقوط حقها في طلب التطليق؟

و في هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فجعلها الإمامان الشافعي و أحمد تتراوح ما بين ثلاثة أيام و شهر بدءا من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة، على خلاف "مالك" الذي جعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حال الزوجين، و مصدر عيشهما و الظروف المحيطة بهما، على إا تتجاوز هذه المدة سنة في جميع الأحوال، و قال أيضا أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره و بعد صدور الحكم عليه النفقة جائزا و يسقط في طلب التطليق.[1]

و المشرع الجزائري لم يعر اهتماما للمهلة التي يمكن أن تمنح للزوج و لا للحالة التي يكون عليها من يسر أو عسر، و إنما اشترط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده و أن الزوج امتنع عن الإنفاق رغم ذلك، كما أنه لم يشر إلى أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى، مما يحملنا على الاعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة (331) من قانون العقوبات و هو أجل شهرين متتاليين و هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عم المكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791 و الذي جاء فيه:

" متى كان من المقرر فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أم عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرن متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه " ابن عاصم" بقوله: الزوج أن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق، و أن القضاء بما يخالف أحكام هذه

[1] محمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 50.

المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية إذا كان من الثابت أن المطعون ضده ادين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلين و حكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذة، فإن قضاء الاستئناف برفضهم طلب الطانة المتعلق بالتطليق خلقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن.[1]

الفرع الثاني: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

إن المراد بالهجر هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا و ذلك فراش الزوجية دون سبب شرعي و لمدة تزيد عن أربعة اشهر كاملة قصد الإضرار بها.

و الهجر في الفراش هو نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته و هذا لقوله تعالى: " و للاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و أجورهن في المضاجع" و متى كان الهجر بغرض التأديب فإنه يدخل في إطار حقوق الزوج و بالتالي لا يجوز أن يضار شخص باستعمال حقه الشرعي إلا إذا تعفس في استعماله و تجاوز حدود هذا الحق المقرر له.

و الهجر هو أحد الأسباب التي ورد النص عليها في المادة 03/53 ق.أ التي تجيز للزوجة طلب التطليق متى توافرت الشروط و هي: أن يجهرها الزوج و يترك فراش الزوجية و أن يفوق هذا الهجر مدة أربعة أشهر متتالية، و أن يكون هذا الهجر عمديا و ليس له ما يبرره.

[1] القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، تحت رقم 34791، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

و لذلك أجاز المشرع للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق بسبب هجر زوجها ها في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر و لكن بشرط إثبات ما تدعيه و اقتناع القاضي به.

وفي هذا الشأن صدر حكم عن محكمة بشار بتاريخ 99/11/07 قضى فيه بالتطليق بين الطرفين المتنازعين بسبب الهجر في المضجع فجاء في حيثياته ما يلي:" حيث أن شهادة الشهود أثبتت أن الزوج هجر مقر الزوجية وترك العائلة في إهمال منذ أكثر من 7 أشهر وأن الزوجة لحقها ضرر من جراء ذلك مما يعطيها الحق في المطالبة بالتطليق وعليه يتعين الاستجابة لطلبها".

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية والمقاربة بينهما وما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج وقد قال تعالى[1]:" والذين هم لفروجهم حافظون" و مقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الاستمتاع بالآخر وعدم الامتناع عن ذلك إلى لعذر شرعي.

فإذا نشرت الزوجة وعصت زوجها، صار له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصدقا لقوله تعالى:" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا".[2]

[1] سورة المؤمنين، الآية 05.

[2] سورة النساء، الآية 34.

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 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 الموقفين الفقهي والتشريع وما توصلت إليه الاجتهادات القضائية.

1. الموقف الفقهي

أ- 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، وإنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من وقت لأخر، بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق المواقعة فليس من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره وإلا كان آثما.

يرى المالكية: إنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك ولو كان ترك الزوج للجماع بسبب تبتله وانقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك.

وإذا رفعت دعواها هذه وأقر الزواج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها ويضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، 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 لها ضرر، فتصدق في ذلك.

ب- الإيلاء:

الايلاء لغة هو الحلف مطلقا وساءا كان على ترك قربان زوجته أو على شيء أخر[1].

أما 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 لم يكن مواليا عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى:" للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفورا رحيم(226) وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم(227)[3]

واليمين التي تقع بها الإيلاء، هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولهذا قال الشافعي ومالك أن الإيلاء يقع بكل يمين للعموم، فإن حلف الزوج بغير

---

[1] عبد الكريم شهبون، مدونة الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط، ص 245.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 343.

[3] سورة البقرة، الآيتان، 226-227.

الله أو على قربان زوجته أمر ليس فيه مشقة على النفس كإطعام مسكين أو صلاة ركعتين فلا يكون مواليا و حنث اليمين يستوجب الكفارة وسقوط الإيلاء.

ويطرح التساؤل بشأن وقت وقوع الطلاق بالإيلاء؟

يرى الحنفية أنه بمجرد مضى المدة وهي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا مستدلين بأن الزوج يمنعها حقها فاستحق من الشرع أن تبين منه عند مضي هذه المدة.

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لا بد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي مستدلين بقوله تعالى:" فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم"

ج- الظهار:

الظهار لغة: هو المقابلة بالظهر، نقول ظاهرته إذا قابلت ظهرك بظهره، وظاهر من امرأته إذا قال لها أنت علي كظهر أمي.

والظهار اصطلاحا تشبيه الرجل وزوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا ينسب أو رضاع أو مصاهرة.[1]

والظهار كان طلاقا في الجاهلية، فأبطل الإسلام هذا الحكم، وجعله محرما للمرأة حتى يكفر زوجها وقد أجمع العلماء على حرمته، فلا يجوز الإقدام عليه لقوله عز وجل:(الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا و إن الله لعفو غفور(2) والذين يظاهرون

[1] رمضان علي السيد الشرناصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 320.

من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا دلكم توعظون به والله بما تعملون خبير(3))[1]

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

وقد اختلف الفقهاء في بيان متى يتحقق 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.

وقال الشافعية: إنه يتحقق بنفس الإمساك وذلك بأن يمضي وقت يمكن أن يطلق فيه و لم يطلق لأن إقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه دون أن يفعل ذلك يقوم قيام إرادة الإمساك.

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، وهذه الأخيرة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، عملا بما تضمنته الآيتان القرآنيتان المذكورتان أعلاه.

2. الموقف التشريعي:

لقد تطرقنا آنفا إلى الهجر بوصفه أسلوب تأديب ضمن الموقف الفقهي، ونتطرق إليه الآن بوصفه سببا شرعيا ومبررا قانونيا يخول حق طلب فراق زوجها الذي لم تعد تطبق عشرته، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، عليه أن يحكم

[1] سورة المجادلة، الآيتان 02-03.

لها بالتطليق، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني كوسيلة لتقويم سلوك الزوجة وما زاد عن ذلك يعتبر تعسفا يستوجب تدخل القاضي لرفعه.

لذلك جعل المشرع الجزائري والهجر في المضجع من بين الأسباب المبررة لطلب التطليق عملا بنص المادة (35) الفقرة الثالثة والتي جاء فيها:"..الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر...".

وعلى ذلك فالهجر المشروع هو الذي تتوفر فيه الشروط التالية:

1- أن يهجرها ويدير لها ظهر ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج

2- أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بينهما.

3- أن يكون هذا الهجر عمديا نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره شرعا وقانونا.

4- أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل " لقوله تعالى" واصبر على ما يقولون واهجرهم هجرا جميلا"[1] فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما.

أما إذا وقع الهجر وكان لعدة مرات و في أوقات مختلفة ومتفوقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجوده في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من أجل الوظيفة، فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في الفراش و لو تجاوزت المدة أربعة أشهر وإذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين.[2]

[1] سورة المزمل، الآية 10.

[2] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 26.

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو أن الهجر في المضجع مشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق والذي يتفق مع الإيلاء المعروف في الفقه الإسلامي، فكليهما هو ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشه فأكثر ، حرام شرعا وغير جائز قانونا لما يتضمنه من حرمانها من حق تملكه بموجب عقد الزواج ومقتضياته ولكنهما يختلفان من عدة جوانب منها:

أن الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب الزوجة وترك وطنها وجماعها بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الإيلاء الذي يشترط أن يكون الهدف المبتغى من ورائه الإضرار بها، علا خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر، إذ منح قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للهجر دون أن يشترط نية الإضرار بها.[1]

ويؤخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل ذكر الإيلاء الذي يكثر بين الناس لدواعيه المتعددة، فضلا عن أنه قاعدة شرعية ورد ذكرها بالقرآن الكريم.

هذا ويرى الأستاذ " فضيل سعيد" أن المشرع أهمل الإيلاء واعتبره يمينا معلقا على شرط فاستبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع ولكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه وتعالى تعالج أحوالا خاصة، فذكرها لا يعني بالضرورة حصولها، كما أن إهمالها لا يعني عدم الحصول " خاصة أن

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 27.

المشرع الجزائري وقد جعل من الشريعة مصدرا للأحكام التي لم يرد بشأنها نص قانوني.[1]

ونشاطره الرأي في ذلك، باعتبار المادة(222) من قانون الأسرة نصت على ذلك صراحة، بقولها " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ويرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" إضافة إلى أن المادة الأولية من القانون المدني تنص على أنه"..... وإن لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....."

وبالرجوع إلى ظاهر النص فإن الزوجة إذا أثبتت واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر على الأقل يحكم لها القاضي بالتطليق دون أن يبحث عن توفر أو عدم توفر نية الإضرار بها أو نية الإصلاح أو سبب الهجر شرعيا كان أو قانونيا"[2]

إلا أن التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة (53) من قانون الأسرة يستوجب من القاضي عندما تطرح عليه دعوى التطليق للهجر أو يتأكد من توافر العناصر الأساسية و هي العنصر المادي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول والعنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة والعنصر المعنوي المتمثل في نية الإرار بالزوجة.

وقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس – غرفة الأحوال الشخصية– بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب هجر هذا الأخير لها، وفقا للفقرة الثالثة من المادة (53) جاء في عرض أسبابه ما يلي:

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج، الجزء الأول، 1986، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 280.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومة للطباعة، ص 265.

– حيث جديد أن المستأنفة تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف و من جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للمادة (53) من فقرة 3 من قانون الأسرة وإلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري (30000دج) نفقة عدة ومبلغ ألفين دينار جزائري (2000دج) شهريا نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى.

– حيث أن المستأنف عليه يلتمس مواصلة الحياة الزوجية واحتياطيا الطلاق بظلم منها و حرمانها من توابع العصمة ما عدا العدة.

– حيث أنه بعد الإطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنف بالرجوع إلى البيت الأصلي وأنه بعد الاستئناف أصدر المجلس قرارا بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر.[1]

– حيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار وأدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08 وبالتالي فإن دفوع المستأنف عليه غير مؤسسة، ويتعين الإشهاد للمستأنفة عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 ومن ثمة الحكم بتطليقها

3. التطليق لغياب الزوج

كما جاء في المادة 5/53من قانون الأسرة الجزائري، يجوز للزوجة التي غاب عنها زوجها بعد مضى سنة بدون عذر ولا نفقة طلب التطليق وعليه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة جاز لها أن تطلب التطليق بينها وبينه ويشترط فيه ما يلي:

[1] فضيل سعد، مرجع سابق، ص 281–282.

1- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب من يوم الغياب إلى غاية رفع الدعوى عليه.

2- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي إذا يكون بذلك متعمدا الإضرار بها، أما إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائبا لطلب العلم أو العيش أو أداء الخدمة الوطنية فلا تجوز المطالبة بالتطليق[1].

3- أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة ولم يترك لها مالا لتنفق منه على نفسها و على أولادها 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؟ و هو ما سنجيب عنه متعرضين لموقف الفقه والتشريع.

أ. الموقف الفقهي:

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة والأخر يحضره.

الرأي الأول:

ويقول به " الأحناف" و" الشافعية" و" الظاهرية" و" الشيعة الزيدية" و " الجعفرية" وهو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر.[2]

الرأي الثاني:

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 28.

[2] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 29.

يقول به " المالكية" و" الحنابلة" ويعطي الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها مع اختلافهما في التفاصيل.

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم، وبين الغيبة بعذر أو بغير عذر، وجعلوا هذه الأخيرة سببا لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبية الزوج ستة أشهر .

وقد روى أن " عمر ابن الخطاب" دخل على ابنته حفصة أم المؤمنين وسألها قائلا:" أي بنية؟ كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت:" شهرا أو اثنين أو ثلاثة وفي الرابع ينفذ الصبر...." وهذا القول يطابق التشريع الإلهي للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية وهي مدة تسمح للزوجة بالانحراف فجعل " عمر ابن الخطاب" أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر.[1]

وذهب المالكية إلى أنه غاب الزوج عن زوجته غيبة تضرر منها، وكانت تتراوح بين سنة وثلاثة سنوات والراجح سنة سواء كانت الغيبة بذر و بغير هذر أرسل إليه القاضي إعلانا بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه، إذا كان متواجدا في مكان يصل إليه ذلك الإعلان وإلا طلقها منه، كما قد يعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لأمره فلا تطليق، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت الزوجة على التطليق استجاب إلى دعواها.

وعليه نخلص إلى القول أنه إذا كان الزوج في مكان مجهولا أو لا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلق الزوجة دون إهمال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين هو الضرر الذي يصيب الزوجة لذا يجب على القاضي دفعه فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

[1] فضيل سعد، مرجع سابق، ث 281-282.

ب. الموقف التشريعي:

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة وذلك ينصها:"....الغيبة بعد مضي سنة دون عذر ولا نفقة...."

والغائب حسب نص المادة (110) من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضرر للغير.[1]

إن المشرع الجزائري باستعماله" محل الإقامة" لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أجنبي، فإذا كان الغياب مثلا داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست والزوجة في سيدي بلعباس بدون نفقة، فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب، ويعاب عليه أيضا أنه لم ينص على الفقدان كسبب من أسباب طلب التطليق.[2]

فالمفقود غائب وحياته مجهولة، ولهذا يكون لزوجته ما يكون لزوجة الغائب، و الذي عرفته المادة (109) من قانون الأسرة على أنه :" الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا تعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" إذ يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي هذه المدة، وهو مستنبط من رأي المالكية الذين اعتمدوا التقسيم الخاص الذي نبينه فيما يأتي:

[1] مكتار جميلة، مرجع سابق، ص 30.

[2] مكتار جميلة،، نفس المرجع.

أولا: إذا فقد في حالة السلم في دار الإسلام فإن زوجته تؤجل أربع سنوات ثم تعتد عدة وفاة وتحل للأزواج بعدها، إن دامت نفقتها من ماله، وإلا طلقت لعدم النفقة.

ثانيا، إذا فقد في دار الشرك كالأسير لا يعلم له خبير، فإن زوجته تبقى مدة التعمير، أي موت أقرانه متى يغلب على الظن عندها موته ثم تعتد عدة وفاة، وتحل للأزواج، وقد رأوا ذلك ببلوغه السبعين وقبل الثمانين وقبل غير ذلك، إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلقت عليه.

ثالثا: إذ فقد في حرب بين طائفتين من المسلمين فإنها تعتد عقب انفصال الصفين و خفاء حاله، وتحل بعدها للأزواج.

رابعا: إذا فقد في حرب بين طائفة مؤمنة وأخرى كافرة، فإنه يكشف عن أمره ويسأل عنه فإن خفي حاله أجلت زوجته سنة ثم اعتدت للوفاة، ثم حلت للأزواج.[1]

لكن ما حكم إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته؟

– إذا كانت زوجته لم تتزوج غيره بعد عدتها فهي له، وإن تزوجت غيره، فإن كان الزواج غير صحيح، أو كان الزوج الجديد يعلم بحياة الأولى فكذلك، وإن كان الزواج صحيحا، ولا يعلم الزوج الثاني بحياة الأول فهي للثاني إن دخل بها عند الجمهور وإلا فهي للأول أيضا.

وفي إطار تربصنا الميداني بمحكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس عاينا صدور حكم بتاريخ 2004/04/13، قسم الأحوال الشخصية قضى بتطليق المعية من المدعي عليه بسبب غياب هذا الأخير عنها مدة تفوق السنة تاركا إياها وابنتها بدون نفقة وفقا للفقرة الخامسة من المادة (53) جاء فيه ما يلي:

[1] الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 360-361.

" حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بجلسة 2004/03/30 إلا أن محاولتها باءت بالفشل إذ أصرت المدعية على طلب التطليق.

المطلب الثاني: مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: التطليق لمخالفة المادة 08 في حال التدليس

نصت المادة الثامنة من ق. أ ج على:" في حالة تدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"

أجازت المادة 53 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من ق. أ ج (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر شرعي توفرت شروط و نية العدل[1] فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة، فإذا تزوج اكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة الثامنة فنه عليه.[2] إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها، و أن يقدم طلب يرخص بالزواج الجديد، فإذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية، و تنص المادة 08 مكرر من قانون الأسرة في حال التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

و نستخلص من هذه النصوص أن القانون قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة لكنه فرض حملة من الضوابط و الإجراءات، و لا يمكن إبرام الزوج من دونها و هذه الضوابط هي:

[1] يوسف عزيزية، التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2004/2003ن ص 42.

[2] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط01، 2008، ص 204.

1. شرط أن كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة

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

2. شرط وجود مبرر شرعي:

وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، و هو معيار مرن و شخصي، و واسع كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، و رغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد بالآخر أو مرضه و عدم قدرتها بالقيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة الاختلاط الجنسي و أن يبقيها تحت رعايته فيكون من المحكمة أن لا تمنعه من الزواج بغيرها، فريسه للحياة السيئة، و أن لا يبقيها تحت رعايته فيكون من الحكمة أن لا تمنعه من الزواج بغيرها، كما قد يستولي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أ يباح لهذا الرجل الزواج بهذه المرأة، مع البقاء مع زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة.[2]

3. توفر شروط و نية العدل:

بمعنى أن يثبت الز و توفير المسكن و غير ذلك من الأمور المادية.

[1] حفيظة فضله، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماجستير، جامعة سكيكدة، كلية الحقوق و العلوم السياسة، ص 86.

[2] اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليان شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2002-2003، ص 175.

و يجب عليه تقديم الإثبات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار أو كشف الراتب أو السجل التجاري، أو أن يصرح بأنه ينوي العدل من الجانب المعنوي و يلاحظ هنا أن القانون لم يحدد الطريقة لتي يتم بها إثبات نية العدل و هل تتم شفويا؟ أم لا بد من إفراغها في قالب مكتوب؟

فمن الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى و رفع الملف مع الوثائق الأخرى.[1]

و من خلال ما سبق ذكر في المادة 08 من ق.أ.ج و التي اشتلت على مجموعة من القيود، و الضوابط التي يجب على الزواج مراعاتها عند زواجه بأخرى و في حالة مخالفة لهذا الشرط و ثبت حراء الإخلال، و هذا ما يتضح من نص المادة 08 مكرر و 08 مكرر01:

المادة 08 مكرر: (... في حالة تدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق)

المادة 08 مررك 01: (يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه)

و يستخلص من هذين النصين أن المشرع الجزائري قد رتب جزءا صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة السابقة بأنها مقبل على الزواج بإمراه لاحقة و بعدم إخبار الزوجة المقبلة على الزواج بأنه متزوج مع غيرها زواجا مزال قائما، و يتمثل هذا الجزاء ليس في معاقبة الزوج المخالف بعقوبة جزائية و لكن في منح كل من الزوجة السابقة و اللاحقة حق رفع دعوى مدنية أمام قسم شؤون

[1] بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 111.

الأسرة بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاص مسكن الزوجية لتطلب الحكم بالتطليق.[1]

لا خلاف أن الشريعة الإسلامي أباحت تعدد الزوجات و جعلت الإباحة فيه أصلا و لمن يلجأ غليه و تقاضيه ظروفه، و لكن قيدت إباحته بقيود[2]، و حدود الشريعة، الاقتصار على أربع زوجات و العدل بينهم بإباحة التعدد في الشريعة الإسلامية مقيدة بالعدل بين الزوجات، في الأمور الظاهرة مثل النفقة و أثبتت محسن المعاشرة، و النص يشترط فيه العدل،[3] بتنظيم استعماله و جعل منه وسيلة للإصلاح، و طرقا لتحقيق المصالح الهامة و الأغراض السامية التي قصد الشرع الحكيم تحقيقها و الوصل إليها هذا بتشريع هذا الحكم.[4]

و خلاصة القول أن للزوج الحق لتعدد الزوجات حسب الضوابط التي نصت عليهم المادة 08 من ق.أ.ج فإذا أخل الزوج بهذه الضوابط دون عذر مقبول جاز للزوجة المطالبة بالتطليق، يجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى لها بالتطليق و المسألة يقدرها القاضي في النهاية.

لقد أباح و أجاز الإسلام تعدد الزواج، و الدليل قوله تعالى: و غن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى، فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى، و ثلاث، و رباع"[5] و

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 91.

[2] رمضان علي السيد سرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفقرة و حقوق الأولاد في افقه الإسلامي و القانون و القضاء، منشورات الحلبي القانونية، فرع أول، طبعة 2008، ص 550.

[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دردشات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009، ص 117.

[4] رمضان علي سيد سرنباصي، جابر عبد الشافعي، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 550، 551

[5] سورة النساء، الآية 02.

لكن قيدت الشريعة الإسلامية هذا التعدد على أنه في حالة الزواج بأكثر من واحدة يستلزم وجود نية العدل، فمن خاف على ألا يعدل فيكتفي بواحد لقوله تعالى: " فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة"[1]

إذن شرعية التعدد تكون لمن استطاع ذلك، و لم يخف الجور لما في ذلك من المصالح الكثيرة في عفة فرجه، و عفة من يتزوجن، و الإحسان إليهن و تكثير النسل الذي به تكثر الأمة[2] و الفقرة السادس من المادة 53 السالفة الذكر أعطت للزوجة الحق في طلب التطليق في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من نفس القانون.

نجد المشرع نص في المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري و ذلك في فقرتها الأولى على أنها:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، و توفرت شروط، و نية العدل"، و نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري بتوافق تماما مع الشريعة الإسلامية إذ يسمح التعدد و لكن بشرط توفر العدل، كما تضاف شرط آخر، و هو توفر المبرر الشرعي.

أما عن الفقرة الثانية و الثالثة من المادة الثامنة المذكورة تنص على: " يجب على الزوج اختيرا الزوجة السابقة، التي يقبل على الزواج بها، و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج غلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، و يمكن لرئيس

[1] سورة النساء، الآية 02.

[2] أبو عبد الرحمان، فضل الزوجات، ط01، دار الحميضي للنشر و التوزيع، الرياض، 1991، ص 17.

المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا من موافقتها، و أثبت الزوج المبرر الشرعي، و قدرته على توفير نية العدل، و الشروط الضرورية للحياة الزوجية".[1]

الفرع الثاني: مخالفة أحكام المادة 19 من ق. أ. ج

تنص المادة 19 من ق.أج على: " للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي ريانها ضرورية و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و مل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

فإذا اختلف الزوج حكم من أحكام المادة أعلاه من ق.أ.ج أجاز للزوجة طلب التطليق.

أن المشرع الجزائري استحدث هذه الفقرة بموجب الأمر 02/05، حيث نصت المادة 53 من فقرتها 09 على أنه " يجوز للزوجة أن تطلب للأسباب التالية:

3. مخالفة الشروط المتق عليها في عقد الزواج:

و يرجع مصدر في هذه الفقرة في الأساس إلى المادة 19 من ق.أ.ج المعدلة هي الأخرى و التي تنص على ما يلي (للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية، و سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

و من خلال هذه المادة لنا أن المشرع قد فتح مجال للاشتراط أمام الزوجين في عقد الزواج لكنه قيده بشرط عدم مخالفة القانون.

[1] أمر 02/05، المؤرخ في 18 مرحم عام 1426 الموافق ل 26 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ المواق ل 09 يونيو 1984م، و المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2005/02/27، العدد 15.

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

و في الواقع ما أورده المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة في إيضاح الشروط لم يكن على سبيل المثال الحصر، بل كان على سبيل المثال، لان القاعدة أن للزوجين أن يتشرطا في عقد لزواج أو في عقد رسمي لا حث كل الشروط الضرورية، و هذه العبارة الأخيرة لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة، و يبدوا أن المشرع الجزائري بذكره لهذين الشرطين على سبيل المثال إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي، سبب كل علاقة زوجية فاشلة.

و بالتالي يفقد أضاف المشرع الإخلال بالشرط كسبب قانوني موجب للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوج، إذا أخل الزوج بالشوط المتفق عليها و هو ما يدعونا بالرجوع إلى نص المادة 19 من نفس القانون التي تقضي بأن لكل الطرفين الحق في الاشتراط بما لا يتنافى مع القانون.[1]

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

[1] سميرة معاشي، مجلة المنتدى القانوني،/ دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بتاريخ أفريل 2009، العدد السادس، ص 209.

1. المانعون لهذه الشروط و هو الظاهرية:

فالأصل عند الظاهرية أنه لا يجوز اشتراط شيء في العقود إلا ما ورد به نص الكتاب أو السنة، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخ قوتها من أقوال المتعاقدين و إدارتهم.

2. المجيزون المضيقون: و هو الشافعية و الحنفية.

3. المجيزون المتوسطون: و هم المالكية، ذهب المالكية مذهبا وسطا بين المضيقين و الموسعين، فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد.

4. المجيزون المتوسعون: و هم الحنابلة، يعتبر هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعا في إجازة الشروط الجعيلة ذلك أن الشروط عندهم ما يكون صحيحا، و منها شروط ليست مقتضيات العقد.

و التالي فإن الاشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز شرعا و قانونا، ما دام يحقق مصلحة أو منفعة لأحد و لا يضر بمصلحة الطرف الآخر تطبيقا لمبدأ العقد و وجوب الوفاء بالشروط التي يريانها- الزوج، الزوجة- ضرورية في العقد كونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما[1]، و هو ما نصت عليه الفقرة 53/09 من ق.أ.ج كتأكيد خاص للمادة 19 من نفس القانون.

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص فقه و أصوله، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، 2008-2009، ص 470.

خلاصة الفصل:

نستخلص من هذا الفصل أن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثته على قانون الأسرة المؤرخ في 27 فيفري 2005 في المادة 53 و 54 نجد أن المشرع قد وسع من دائرة الأسباب التي تخول المرأة طلب التطليق، و جعلها عشرة أسباب أكثر ليونة، وضع للزوجة فرصا جديدة تخول لها طلب التطليق، و هذا لأنه يعمل على تكريس و حماية حق شخصي و إداري للزوجة في فك الرابطة الزوجة من دون البحث عن الأسباب على خلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرته عقدا رضائي يستوجب استيفاء شروط معينة لوقوعه.

إن الحكم الصادر بالطلاق يعد حكما كاشفا لإرادة الزوج، تنعدم فيه إرادة القاضي، لأن الطلاق بيد الزوج و لكن لم تحرم الزوجة من حقها في فك الربطة الزوجية عن طريق التطليق، بحكم القاضي الذي يكون منشئا في الحالات الضرر الذي يصيب الزوجة و بالتالي المسألة تقديرية للقاضي للحكم بفك الرابطة الزوجية لثبوت الضرر و حسب المادة 57 من قانون الأسرة" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى التطليق غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

المبحث الأول: سلطة القاضي في تقديم حالات التطليق

الملخص التطليق هو رخصة منحها المشرع في قانون الأسرة للمرأة من أجل رفه ضرر وقع لها من الزوج غلا أنه قيدها بسلطة القاضي في تقدير الأسباب الواردة في المادة 53 من نفس القانون و أن توفرت الشروط اللازمة في كل سبب من أسباب التطليق فنجد هذه السلطة مطلقة في بعض الأسباب و ضيقة في تقدير الأسباب الأخرى.

المطلب الأول: التفرقة بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية

إن أي زواج شرعي يترتب عنه عدد من الواجبات و الحقوق المتبادلة، و إخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة،حق للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته و التزاماته الزوجية و العائلية دون سبب جدي أو شرعي كالامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها أو هجر زوجته في المضجع فوق أربعة أشهر، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تُنفق منه هي و أولادها، فهل للزوجة

الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟[1]

الفرع الأول : التطليق لعدم الإنفاق

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح و تسقط بنشوزها و ينتهي بانفصام العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطليق لهذا السبب ؟.

هذا ما سنتناوله فيما يأتي متعرضين للموقفين الفقهي و التشريعي و اعتماد على ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا الإطار.

أولا: الموقف الفقهي

لقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات و لكل في ذلك حججه من الكتاب و السنة

الرأي الأول:

يقول بعدم التفريق بين الزوجة و زوجها الذي لا ينفق عليها، حتى ولو أعلنت عدم رضاها بذلك، و تمردت على الوضع القائم و طلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما. [2]

[1] بوعافية حياة، التعويض بسبب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018-2019، ص 07.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 08.

و الأحناف هم قادة هذا الرأي، و ليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى و لو لم يكن له مال ظاهر، و دليلهم في ذلك:

من السنة:

أن مسلم روى في صحيحه من حديث" أبي الزبير "عن" جابر "قال":دخل أبو بكر الصديق و عمر رضي الله عنهما على رسول الله صلى الله عليه و سلم فوجداه جالسا وحوله نساؤه واجما ساكنا فقال أبو بكر الصديق:يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فجأت عُنُقها فضحك رسول الله صلى الله عليه و سلم و قال :من حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام" أبو بكر الصديق "رضي الله عنه إلى عائشة يجأ عنقها و قام عمر رضي الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول :تسألن رسول الله صلى الله عليه و سلم ما ليس عنده فقلن و الله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه و سلم شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه و سلم شهرا .و لم ينقل عن الرسول صلى الله عليه و سلم أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة. [1]

من المعقول:

من المقرر شرعا إذا اجتمع ضرران اختير أخفهما فالضرر المترتب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج، أما الضرر المترتب على عدم التفريق يؤدي إلى تأخير حق الزوجة، و عملا بهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين.[2]

[1] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 08.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 08.

كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال و هو من التوابع، أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل و هو مقصود أصلي من الزواج، و لا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي.[1]

الرأي الثاني:يرى الأئمة الثلاثة :مالك، الشافعي، و أحمد مع خلاف في التفاصيل أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق و على القاضي أن يستجيب لطلبها إذا أثبتت له ذلك، و هم أيضا يستدلون بالكتاب و السنة.

من القرآن": قوله تعالى في أمره للزوج":فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان "و قوله أيضا":و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا" [2]

من السنة:فقد رُوي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال":خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غني و اليد العليا خير من اليد السفلى و أبدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال:امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني و إلا فارقني "فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الإنفاق.

من المعقول:إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة، فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة و الجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار و عدم الإنفاق، بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن بها أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها.[3]

---

[1] منصوري ثورة، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة و النشر، هين مليلة، الجزائر، 2012، ص 23.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 09.

[3] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997، ص 99.

و معاتفاقهم في ذلك كله إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل:

بالنسبة للإعسار :فقد قرر مالك أنه لا يثبت إلا بالدليل، أو بإقرار الزوج به، أما الشافعي فرأى أنه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، فإذا ادعاه كان ذلك كافيا للتفريق. و لايؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام و لا يؤجل قط عند أحمد، و يؤجل عند مالك مدة يراها القاضي مدة كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق، و بعض المالكية قدرها بشهر، و الرضى بالبقاء مع الإعسار يُسقط طلب التفريق عند مالك لأن طلبها من بعد ذلك نقض لما تم من جهتها، و لذا لو تزوجته و هي عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق بعد ذلك بخلاف الشافعي و أحمد اللذان قررا أن رضاها بالإعسار وقتا لا يستلزم رضاها في كل الأوقات.

بالنسبة للتفريق :مع اتفاقهم على أنه إن كان للزوج مال ظاهر لا يُفرق بينه و بين زوجته،اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا لم يدعي الإعسار، أي لم يُثبته ببينة، فقال الشافعي لا يُفرق بينه و بين زوجته إذا طلبت التطليق، لأن مظنة الرجوع غير ثابتة، و قال مالك و أحمد يُفرق بين الممتنع عن الإنفاق و بين زوجته إن طلبت التفريق، و لو لم يكن له مال ظاهر لعدم الإنفاق عليها كحال الإعسار، و لأنه ظالم بالامتناع وجب عليه تطليقها فإن لم يفعل طلق القاضي عنه.[1]

الرأي الثالث:

و خلاصته التفرقة بين المرأة التي غرَّ بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية.

ثانيا : الموقف التشريعي

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1950، ص 352-353.

تنص المادة 01 / 53 على أنه..."": عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون" ، و يستخلص من هذا النص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها أو أبنائهما إذا توافرت الشروط التالية:

أن يكون الزوج قد إمتنع عمدا عن الإنفاق على زوجته : إن المشرع الجزائري لم يفصح لنا عما إذا كان الزوج له أموال و تعمد عدم الإنفاق أو كان معسرا.

أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة من الزوج على زوجته : غير أن ما يعاتب على المشرع هو أنه لم يحدد لنا المدة التي ينبغي على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بإلزام الزوج على النفاق و من ثم قياسا عل ما نصت عليه م 331 ق. ع فإنه يلتزم عليها أن تنتظر مدة شهرين من يوم استصدار الحكم ، بل من يوم تبليغه.

أن لا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه : و يعني بذلك بمفهوم المخالفة إذا كانت الزوجة عالمة بإعسار الزوج يوم إبرام عقد الزواج فإنه لا يمكن لها طلب التطليق لعدم الإنفاق لأنها رضيت به كزوج يوم إبرام العقد و هو في حالة إعسار ، و في هذه الحالة يقع عبء الإثبات على الزوج من حيث تبيان للقاضي بأن الزوجة كانت على علم بإعساره و يمكن له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات. [1]

ثانيا: الموقف القضائي

و في هذا الإطار صدر عن المحكية العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 تحت رقم 118475 و الذي قضى بأنه: " لأي يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و

[1] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 10.

عدم الإنفاق غلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و أن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك.

و المشرع الجزائري لم يعر اهتماما للمهلة التي يمكن أن تُمنح للزوج و لا للحالة التي يكون عليها من يُسر أو عُسر، و إنما اشترط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده و أن الزوج امتنع عن الإنفاق رغم ذلك، كما أنه لم يشر إلى أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى، مما يحملنا على الاعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات و هو أجل شهرين متتاليين و هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984 / 11 / 19 تحت رقم 34791 و الذي جاء فيه:

متى كان من المقرر فقها و قضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه"ابن عاصم "بقوله :الزوج إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق، و أن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يُعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية. [1]

إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدُين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، و حُكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خلقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، و متى

[1] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 11.

كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن.[1]

وقد صدر عن المحكمة العليا عد ة قرارات تتناول فيها مسألة التطليق لعدم الإنفاق القرار الصادر بتاريخ 1998 / 07 / 21 جاء فيه": من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق تضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

الفرع الثاني: التطليق لغياب الزوج

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف و الإستقرار و بما أن الزوج هو رب الأسرة و المسؤول عن رعايتها ، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار و اهتزاز كيانها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الانفاق و الفرقة به ثابتة حتى و لو كان الزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي تنحصر فقط في السكن و الغذاء و الكسوة[3].

[1] القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، تحت رقم 34791، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1989.

[2] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001، ص 116.

[3] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 11.

فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة ، فإن جهلت اعتبر مفقودا فكيف لا يعتبر الغياب مبررا لطلب التطليق ؟ و ماهي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك ؟

أولا: الموقف الفقهي

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة و الآخر يحضره.

الرأي الأول:

و يقول به" الأحناف "و" الشافعية "و" الظاهرية "و" الشيعة الزيدية "و "الجعفرية "و هو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر.

الرأي الثاني:

يقول به" المالكية "و" الحنابلة "و يعطي الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها مع اختلافهما في التفاصيل.

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم، و بين الغيبة بعذر أوبغير عذر، و جعلوا هذه الأخيرة سببا لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر[1].

و قد رُوي أن" عمر ابن الخطاب "دخل على ابنته حفصة أم المؤمنين و سألها قائلا":أي بنية؟! كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت" :شهرا أو اثنين أو ثلاثة

[1] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 11.

و في الرابع ينفذ الصبر "...و هذا القول يطابق التشريع الإلهي للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية و هي مدة تسمح للزوجة بالإنحراف فجعل" عمر ابن الخطاب "أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر.[1]

و ذهب المالكية إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها، و كانت تتراوح بين سنة و ثلاثة سنوات و الراجح سنة سواء كانت الغيبة بذر و بغير عذر أرسل إليه القاضي إعلانا بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه، إذا كان متواجدا في مكان يصل إليه ذلك الإعلان و إلا طلقها منه، كما قد يعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لأمره فلا تطليق، و إذا امتنع و انتهى الأجل و أصرت الزوجة على التطليق إستجاب إلى دعواها.

و عليه نخلص إلى القول أنه إذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلق الزوجة دون إمهال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين هو الضرر الذي يصيب الزوجة لذا يجب على القاضي دفعه فلا ضرر و لا ضرار في الإسلام.[2]

ثانيا: الموقف التشريعي

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة) 53 (من قانون الاسرة و ذلك بنصها الغيبة بعد مضي سنة دون عذر و لا نفقة"...

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 281-282.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 12.

و الغائب حسب المادة) 110 (من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير.[1]

و من تحليل مضمون الفقرة الخامسة من المادة) 53 (من ق أسرة و الوارد ذكره أعلاه ، يتضح بأنه لايجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة الحكم لها بالتطليق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

- أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى ، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمض على غيابه رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ، و لكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية و جرى بالاعتماد على السنة الميلادية أخذا بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة و ثلاثة سنوات.

- أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر و لم يعد و يختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة ، أو لأي سبب جدي آخر ، فإنه طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض.[2]

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 41.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 13.

- أن يغيب عنها و لا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه ، وهذه الحالة يقدرها القاضي ، و يتأكد منها بجميع الطرق ، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته الى الغياب ، و البلد الذي يتواجد به و الوضعية التي آل إليها خلال الغياب و الاجراءات الإدارية و الظروف السياسية المحيطة به ، و ما إذا كان التحويل النقدي ممكنا ، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة و له مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما ينفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة ، و متى رفعت إليه طلب التطليق للغياب للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة و يحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير ، و تكون الاحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.
- إن المشرع الجزائري بإستعماله " محل الإقامة " لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بل أجنب ، فإذا كان الغياب مثلا داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست و الزوجة في وهران بدون نفقة[1] ، فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب و يعاب عليه أيضا أنه لم ينص على الفقدان كسبب من أسباب طلب التطليق.

ثالثا : الموقف القضائي

ولقد صدر في هذا الشأن حكمين عن محكمة بشار الأول بتاريخ 99/10/03 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته:

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 42.

حيث أن الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 5 / 53 ق.أ الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق[1].

والثاني بتاريخ 99/06/06 قضى فيه بالتطليق بين الزوجين وقد جاء في حيثياته: " حيث أن المدعية تهدف بدعواها إلى تطليقها من المدعي عليه استنادا إلى المادة 05/53 أكثر من سنة بدون نفقة وطالبت بالتعويضات والحضانة – . حيث أن المدعي عليه لم يحضر جلسات المحكمة لدحض مزاعم المدعية وتقديم ما يثبت أنه ينفق على زوجته وابنه رغم استدعائه قانونا، وأنه سعى في تنفيذ الحكم والقرار القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن بالجزائر الوسطى مما يجعل المحكمة تكون قناعة بسوء نية الزوج في ترك زوجته معلقة لا هي بزوجة ولا هي بمطلقة طول هذه المدة الأمر الذي يتعين معه التصريح بفك الرابطة الزوجية بينهما لاستحالة العشرة والاستجابة بذلك لطلب المدعية[2]

ما يمكن ملاحظته على هذين الحكمين أن القاضي لم يبين في حيثياته الشروط الواجب توفرها في غياب الزوج حتى يمكن له أن يصرح بالتطليق وخاصة شرط مدة غياب الزوج وما إن كان سبب غيابه مبرر أم لا وما إذا كان قد ترك لها مالا تنفق منه أم لا مما يجعل حكمه مشوب بنقص في التسبيب. [3]

الفرع الثالث :التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

[1] حكم صادر عن نحكم بشار بتاريخ 1999/10/03 تحت رقم فهرس 99/640، غير منشور.

[2] حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 1999/06/06 تحت رقم فهرس 99/362، غير منشور.

[3] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 14.

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية و المقاربة بينهما و ما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج و قد قال تعالى: " و الذين هم لفروجهم حافظون" [1]و مقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الاستمتاع بالآخر و عدم الإمتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي.

أولا: الموقف الفقهي

1. الهجر العادي

يرى الحنفية":أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة و لم يضاجعها لاشتغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه، فإنه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها، و لا 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 إلا مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره و إلا كان آثما.

يرى المالكية : إنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك، و لو كان ترك الزوج للجماع بسبب تبتله و انقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك

و إذا رفعت دعواها هذه و أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها و يضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، و إلا حكم لها بالتطليق.

[1] سورة المؤمنين، الآية 05.

و إذا 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 لها ضرر، فتصدق في ذلك.[1]

2. الإيلاء:

الإيلاء لغة هو الحلف مطلقا سواءا كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر أما 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]."

و اليمين التي تقع بها الإيلاء، هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته و لهذا قال الشافعي و مالك أن الإيلاء يقع بكل يمين للعموم، فإن حلف الزوج بغير الله أو على قربان زوجته أمر ليس فيه مشقة على النفس كإطعام مسكين أو صلاة ركعتين فلا يكون مواليا و حنث اليمين يستوجب الكفارة و سقوط الإيلاء. [3]

و يطرح التساؤل بشأن وقت وقوع الطلاق بالإيلاء؟

يرى الحنفية أنه بمجرد مضي المدة و هي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا مستدلين بأن الزوج يمنعها حقها فاستحق من الشرع أن تبين منه عند مضي هذه المدة.

[1] عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط، ص 245.

[2] محم أبو زهرة، المرجع السابق، ص 343.

[3] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 16.

و يرى المالكية و الشافعية و الحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لابد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي[1] مستدلين بقوله تعالى: " فإن فآؤوا فإن الله غفور رحيم، و إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم"

3. الظهار:

الظهار لغة :هو المقابلة بالظهر، نقول ظاهرته إذا قابلت ظهرك بظهره، و ظاهر من امرأته إذا قال لها أنت علي كظهر أمي.

و الظهار اصطلاحا تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرَّمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة.[2]

و قد اختلف الفقهاء في بيان متى يتحقق العود في الظهار، في تفسير قوله تعالى{ :ثم يعودون لما قالوا }حيث فسره الأحناف و الحنابلة و المالكية في الرأي الراجح عندهم بأن العود في الظهار إنما يتحقق بالعزم على كل من الإمساك و الوطء معا.

و قال الشافعية : إنه يتحقق بنفس الإمساك و ذلك بأن يمضي وقت يمكن أن يطلق فيه و لم يطلق، لأن إقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه دون أن يفعل ذلك يقوم قيام إرادة الإمساك. [3]

و قال 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 ال

[1] رمضان علي السيد الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 310.
[2] المرجع نفسه، ص 320.
[3] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 17.

ظهار، و هذه الأخيرة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، عملا بما تضمنته الآيتان القرآنيتان المذكورتان أعلاه[1].

ثانيا : الموقف التشريعي:

لقد تطرقنا آنفا إلى الهجر بوصفه أسلوب تأديب ضمن الموقف الفقهي و نتطرق إليه الآن بوصفه سببا شرعيا و مبررا قانونيا يخول الزوجة حق طلب فراق زوجها الذي لم تعد تطيق عشرته، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، عليه أن يحكم لها بالتطليق، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني كوسيلة لتقويم سلوك الزوجةو ما زاد عن ذلك يعتبر تعسفا يستوجب تدخل القاضي لرفعه.[2]

ثالثا: الموقف القضائي

لقد سبق و أن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 الفقرة 03من قانون الأسرة الجزائري قد جعل الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من ضمن الأسباب المبررة لطلب التطليق من القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع ، و بالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته ، أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه ذلك أنه للزوجة منعا للضرر حسب تعبير المحكمة العليا.[3]

[1] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 17.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 17.

[3] المحكم ة العليا غرفة القانون الخاص 1971/01/12، النشرة القضائية 1972، عدد 02، ص 61.

و القاضي يمكن أن يلبي طلب الزوجة بأن يحكم لها بالتطليق من زوجها إذا توصلت إلى إثبات واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر و ما فوق دون أن يتعب نفسه في البحث عن توفر نية الإضرار من عدمها. [1]

فالعبرة بثبوت الضرر الناتج عن الهجر و ذلك ما يمكن إدخاله ضمن الفقرة العاشرة من المادة 53 و التي تجيز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، بمفهومه الواسع فقد حكمت المحكمة العليا لزوجة بقيت مدة تقارب خمسة سنوات لا متزوجة و لا هي مطلقة و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات ، لا هي متزوجة و لا هي مطلقة بإعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه ، و استحالت الحياة الزوجية،فإن القضاة كما حكموا طبقا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن و في ذلك قضت المحكمة العليا بأنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق مع التعويض ، إذا تأخر الزوج عن الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات ، فإنه يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض.

إذا رأى القاضي الزوج مهمل لزوجته أمره بالعودة إليها ، فإن لم يفعل و مرت أربعة أشهر طلقها منه لأنه ظلم للزوجة، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/02/11 بقولها : يعد الهجر في المضجع، و في حالة تعدد الزوجات ، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق. [2]

[1] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 19.

[2] بوعافية حياة، المرجع السابق، ص 19.

المطلب الثاني: التفرقة بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08

اتفق العلماء في القديم على تعدد الزوجات في حدود الأربعة، لقوله تعالى " وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى ، فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعدلوا "

الفرع الأول: موقف الشريعة من التعدد

يوجد شرطان لإباحة التعدد هما:

أولا . العدل بين الزوجات : العدل المطلوب في هذه الآية هو العدل الظاهر، و هو القسم بين الزوجات و المساواة في الإنفاق و المساواة في المعاملة الظاهرة، و ليس هو العدل في المحبة الظاهرة ، لأن هذا أمر غير مستطاع، و الله تعالى يقول " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " و الرسول (ص) يقول " هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك و لا أملك " يعني المحبة لأن عائشة كانت أحب إليه. و لقوله تعالى " فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالملعقة"

ثانيا . القدرة على الإنفاق : و قد قيل بشرط أخر للتعدد هو كون من يريده قادر على الإنفاق ، و سند هذا القول آية " فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة.....ذلك أدنى ألا تعولوا "، فهناك من فسر عبارة " ألا تعولوا" بمعنى ألا تجوروا أو ألا تميلوا فيكون المعنى: ذلك أقرب إلى الجور. و على تفسير الإمام الشافعي يكون للتعدد شرط أخر، هو أن يكون راغب التعدد قادرا على الإنفاق على

زوجاته بعد التعدد، و على ما يحتمل له من أولاد كثيرين بسببه فضلا عن قيامه بالنفقة على من تجب عليه نفقته من أقرباء بصفة كونه عضوا في الأسرة.[1]

الفرع ثاني: موقف المشرع الجزائري

حسب المادة 08 من قانون الأسرة المشرع يسمح للزوج بأكثر من زوجة واحدة متى وجد المبرر الشرعي في حدود الشريعة الإسلامية و توفرت نية العدل، و يشترط القانون إخبار الزوجة السابقة و التي يقبل على الزواج بها و لابد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجية.

أولا: شروط التعدد

المشرع الجزائري أباح التعدد كمبدأ عام، و لكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة تتضح من خلال المادة 08 قانون الأسرة.

أ . الشرط الأول : وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى

كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، و رغبة زوجها في الإنجاب، أو مرضها و عدم قدرتها على القيام بشؤون البيت.

ب . الشرط الثاني: ضرورة توفر شروط و نية العدل بين الزوجات في الحقوق و الواجبات

1 . لحسين بن الشيخ أث ملويا . المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية . الجزء الأول . دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2006 . ص 390، 391 ، 392 .

حيث قال الله تعالى " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى لا تعدلوا" أباح الله تعدد الزوجات

و قصره على أربع، و أوجب العدل بينهن في النفقة أي الطعام و السكن و الكسوة

و المبيت، و سائر ما هو مادي من غير تفرقة بين الغنية و الفقيرة، و من خشي الجور و الظلم بزواج الثانية حرمت عليه.[1] ذلك ما يفهم من الآية القرآنية السابقة و أن الرسول قال : "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة و شقه مائل "[2]

ج . الشرط الثالث : ضرورة إخبار الزوجة السابقة و المرآة التي يقبل على الزواج بها.

ومعنى ذلك أن الزوج إذا لم يخبر الزوجة الأولى أو الثانية بأمر الزواج يكون قد ارتكب غشا. و المشرع الجزائري من خلال اشتراط ذلك يهدف إلى تقييد التعدد حتى لا تهضم حقوق الزوجات عند تعددهن، و تفادي الأضرار الناجمة عن التعدد.[3]

و من جهة أخرى فيمكن للزوجة أن تشترط عدم التزوج عليها و ذلك حق لها طبقا لما هو وارد في المادة 19ق أ " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لاسيما شرط تعدد الزوجات و عمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"

[1] . السيد سابق . المرجع السابق . ص 110 .

[2] . الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي . المرجع السابق . ص 47 .

[3] . عبد العزيز سعد . المرجع السابق . ص 274 .

و المشرع الجزائري أخذ في مضمون المادة هذه، ما هو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت من حق المرآة أو وليها ألا يتزوج الرجل عليها.

و الرسول يقول " إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج" كما روي عن الرسول أنه قال إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم من علي بن أبي طالب، فلا أذن، ثم لا أذن إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي و ينكح ابنتهم، فإنما ابنتي بضعة مني، يريبني ما أرابها، و يؤذيني ما أذاها. فالحديث تضمن أن اخبر أن زواج على بابنة بني هشام و هو زوج فاطمة رضي الله عنها يؤذيها و يؤذي رسول الله الذي زوج على بفاطمة رضي الله عنه على ألا يؤذيها.[1]

المطلب الثالث: التفرقة بسبب الضرر

يشترط في الضرر الذي يؤدي إلى التفريق القضائي أن يكون جسميا أو عدم الإنفاق بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، فهنا يجوز للطرف المتضرر من الزوجين طلب التفريق من القاضي و ذلك هو التفريق لقضائي القائم على الضرر.

الفرع الأول: عدم الإنفاق

النفقة مقررة للزوجة مقابل احتباس زوجها حيث تثبت لها في الكتاب و السنة، فهي توفير كل ما تحتاج غليه الزوجة من مأكل، و ملبس، مشرب و مسكن، و ذلك حسب أحوال الزوجين.

[1] . الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي . المرجع السابق . ص 47 .

لكن إذا أعسر الزوج أو امتنع عن الإنفاق لأي سبب من الأسباب، فهل يحق للزوجة فك الرابطة الزوجية لدفع الضرر الذي لحق بها من تدهور أوضاعها و سوء عيش أولادها، أم أنه عليها الوقوف إلى جانب زوجها لمواساته حتى تزول الشدة[1]؟ و لدراسة هذه المسألة، لا بد من التطرق لآراء الفقهاء الذين انقسموا إلى عدة اتجاهات، فالمالكية ترى أن القاضي لا يطلق على الزواج للإعسار لأن العسر بيد الله تعالى، لذلك منح للزوج مهلة مناسبة لتسديد النفقة لقوله تعالى: " و إن كانوا عسرة فنظرة إلى ميسرة"[2] إذ أن الزوج في هذه الحالة لا يعتبر ظالما حتى يمنح القاضي التطليق مباشرة للزوجة فحسب انصار هذا الاتجاه، من الجائر شرعا بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره، و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة، فإن كانت عليه مسؤوليته تقع على المجتمع المجحف الذي لم يوفر لأفراده المعيشة الكريمة، فقد أخضع الفقه المالكي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها لطلب التطليق للسلطة التقديرية للقاضي.

على أن لا تتجاوز سنة، كما قرر للزوج مراجعة زوجته لكنه قيد حق الإرجاع بتحقق أمرين: أولهما: تحقق عسر الزوج، ثانيهما: استعداد الزوج للإنفاق فعلا. [3]

مما سبق ذكره نستنتج أن المالكية أجازوا التطليق لعدم الإنفاق ا ووفاقهم الرأي الشافعية و الحنابلة إضافة لذلك، فغن امتنع الزوج عن الإنفاق و هو ميسور للزوجة أخذ النفقة من ماله و لو كان دينا على الآخر. [1]

---

[1] نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006. ص 05.

[2] الآية 280، سورة البقرة.

[3] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، د.ط، ثالة للنشر و التوزيع، الجزائر، س.ن ص 87.

نجد أن الحنيفة على عكسهم لم يسمحوا بذلك، حيث أن النفقة تكون واجبة من الزوج من ماله أما إذا كان معسرا و طلبت الزوجة التطليق، فإن القاضي لا يستجيب لطبلها و إنما يأذن لها بالاستدانة عليه و لقد منح النفية الحق للمرأة في الإنفاق على نفسها إن كان لها مال لكن شرط أمن يكون في ذمة زوجها يدفعه حين يسره. [2]

أولا- موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري و بالذات في الفقرة الألى من المادة 53 من ق. أ . ج نص على حالة التطليق لعدن الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه شرط ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزاج مع مراعاة أحكام المواد 78-79-80 من ق .أ ج.

من خلال هذه الفقرة نستخلص أن المشرع لم ينص على المدة التي تنتظرها الزوجة للمطالبة بالتفريق، لكن رجوعها لأحكام المادة 331 من ق.ع.ج نجد أن عدم النفقة لمدة زيد على شهرين متتابعين سبب مبرر للتطليق. [3]

لذا على الزوجة رفه دعواها أمام القضاء ضد زوجها لاستصدار حكم يأمره بدفع النفقة فيحكم لها القاضي بذلك و يأمرها بالعودة لمقر الزوجية إلا إذا تبث امتناع الزوج عن التسديد بعد الحكم فهذا على القاضي الاستجابة بطلبها بالتفريق.

---

[1] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط01، جار ابن كثير، دمشق، 2010، ص 380.

[2] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تديل، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 278.

[3] أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

فيشترط أن لا يكون امتناع الزوج ناتجا عن سبب عسره لقوله تعالى: الله يبسط الرزق بمن يشاء و يقدر و فرحوا بالحياة الدنيا و ما الحياة الدنيا في الآخرة إلا متاع" [1]

فالزوج هنا لم يظلم زوجته حتى يطلق عليها القاضي بالإضافة إلى ذلك يجب أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج، فإن قبلت بحالته هذه فللتقاضي رفض دعواها المبنية على طلب التطليق، و على الزوجة في هذه الحالة إثبات عسر زوجها و أنه حصل بعد زوجها، فالتقاضي هنا ينتظر التطليق، و على الزوجة في هذه الحالة إثبات عسر زوجها و أنه خصل بعد زواجها، فالقاضي هنا ينتظر غلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة و إن لم يسدد الزوج و امتد عسره غلى مدة تضر بالزوجة طلق عليه القاضي. [2]

و قد ذهبت المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها إلى أنه من المقرر فقها و قانونا جواز التطليق لعدم الإنفاق كما هو وارد في إحدى القضايا أن المطعون ضدها أقامت دعوى لتضررها من عدم الإنفاق و كذلك الضرب من طرف زوجها،

فقد أصاب قضاة الموضوع في حكمهم الطي قضى بتطليق الزوجة لثبوت تضررها و متى كان ذلك استوجبت رفض الطعن. [3]

ثانيا– موقف التشريعات العربية

[1] الآية 26 من سورة الرعد.

[2] نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 18.

[3] القرار الصادر في 1999/05/18، ملف رقم 22134، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الخاص، ص 126.

نص القانون المغربي على التطليق للإعسار في المادة 102 من م.أ.م التي يفهم منها أنه يحق للزوجة أخذ نفقتها من مال زوجها إن كان له مال، و في حالة ثبوت عسره تلجأ غلى المحكمة التي تحدد أجلا للزوج لا يتعدى 30 يوما و إلا طلقت عليه إلا حالة الظروف الاستثنائية. [1]

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أورد في نص المادة 04 من ق.أ.ش.م رقم 25 لسنة 1929 أنه غذا كان للزوج مال ظاهر، فإن الزوجة تستوفي حقها من نفقة هذا المال، لكن إذا كان الزوج معسرا أو تعتمد عدم الإنفاق ظلما طلق عليه القاضي حالات شرط أن يكون الزوج حاضرا في البلد و امتنع عن تطليقها بنفسه. [2]

و على الزوج إثبات عجزه، ليستفيد من المهلة التي يمنحها له القاضي التي لا تزيد عن شهر لدفع الواجبة عليه، فإن م ينفق فرق بينهما القاضي. [3]

إضافة للمشرع المغربي و المصري، نجد مجلة الأحوال الشخصية لتونسية في الفصل 39 منها الذي بدوره تضمن المهلة الممنوحة للزوج المعسر لدفع النفقة و هي شهرين، و إن عجز بعد وفاتها عن الدفع حكم القاضي بالتطليق بشرط عدم علمها بالعسر أثناء إبرام عقد الزواج.[4]

الفرع الثاني: غيبة الزوج

[1] المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية.

[2] السيد سابق، المرجع السابق، ص 371.

[3] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 88.

[4] الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نقلا عن نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 25.

بعد دراسة الضرر الأول الذي قد يلحق بالآسرة نتنقل إلى الضرر النتائج عن الغيبية، فباعتبار أن الزوج رب الأسرة المسئول عنها فمن بين الأسباب التي تؤدي إلى انعدام الاستقرار و زوال كيانها، غيابه دون عذر أو سابق إنذار.

فالغائب هو المغادر لمكانه دون عودة شرط أن تكون حياته معلومة فإن جهلت اعتبر مفقودا. [1]

لقد اختلف الفقهاء في التفريق بسبب الغيبية الطويلة التي من شأنها التأثير على الزوجة فتعتبر كالملعقة فلا هي زوجة متمتعة بحقوقها و لا مطلقة، و كذا التأثير على مسار حياة أولادها.

و افتقارهم لنان و رعاية الأب غيابه جراء و معاناتهم من الانحراف و الآفات الاجتماعية التي لا ترحم مطلقا، لذا فالمالكية لم يفرقوا بين الغياب لعذر كطلب العلم و التجارة أو بغير عذر، و حددوا مدة تمطن الزوجة أثناءها طلب التطليق و هي سنة فأكثر. [2]

أولا- موقف المشرع الجزائري

نستخلص من المادة 5/53 من ق.أ.ج بأن للزوج طلب التفريق من زوجها في حالة غيابه بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة سواء كان غيابه معلومات أو مجهولا لانها متضررة من غيابه و كذا أولاده منه، مما يدفعها إلى الانحراف و ارتكاب المعاصي مما يؤثر سلبا على أبنائها، و الغائب حسب نص المادة 110 من

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 39.

[2] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط01، الأردن، 1999، ص 242.

ق.أ.ج هو: " الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع غلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير. [1]

فإن كان مكانة معروفا و أمكن الاتصال به حدد له القاضي أجلا و أعذره بان يطلقها عليه، و غن م يحضر لنقلها إليه أو تطليقها و انقضى الأجل و لم يبدي عذرا مقبولا حكم القاضي بينها بتطليقه بائنة، و استند في موقفه هذا إلى المذهب المالكي.[2]

و يشترط في هذا التطليق شروط:

- أن تكون الغيبة لمدة على الأقل من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى.
- أن يكون الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي كما لو سافر و لم يعد و الأمر يخلف إن غاب من أجل إتمام دراسته أو كان في خدمة عامة أو وطنية، تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة فإن طلب الزوجة التطليق مآله الرفض. [3]
- أن يغيب الزوج عن زوجته و لا يترك لها نفقة تنفقها على نفسها و ذريتها ثمرة هذا الزواج، أما إذا غاب لمدة سنة فأكثر بعذر أو بدونه تاركا لها مالا، فلا يجوز لها طلب التطليق تطبيقا للمادة 05/53 من ق.أ.ج. [4]

---

[1] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعجل و المتمم بالأمر رقم 05-02.

[2] بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، سطيف، 2008، ص 259-263.

[3] باديس ذيابي، قانون الاسرة الجزائري على ضوء الممارسة القضائية، ج01، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 45-46.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الإجراءات الجزائري في ثوبه الجديد، ط02، دار هومة، 2009، ص 269.

كما ورد في إحدى القضايا في الأحكام الصادرة في هذا الموضوع بمحكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس يحكم بتاريخ 2004/04/13، صدر حكم بقسم الأحوال الشخصية قضى بتطليق المدعية من المدعي عليه بسبب غياب هذا الأخيرة عنها مدة تفوق السنة تاركا وراءه زوجته و ابنتهما دون مال وفقا للمادة 53 في فقرتها 05 التي جاء فيها ما يلي: حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بجلسة 2004/03/30، إلا أن محاولتها باءت بالفشل إذ أصرت المدعية على طلب التفريق حيث ثبت للمحكمة أن طلب المدعية الرامي غلى التطليق مؤسسة قانونا، كون المدعي عليه سافر في شهر جوان 2000 إلى فرسنا تاركا إياها و طفلتها دون رعاية و لا نفقة لذا تستجيب لها المحكمة. [1]

ثانيا- موقف التشريعات العربية:

عمل قانون الاحوال الشخصية المصري بالمذهب الحنفي، لكن بعد تقنين القانون 25 لسنة 1929، أصبح للمالية الطين أجازوا التطليق للغياب سنة فأكثر سواء كان سبب الغيبة مبررا أولا، و لكنه استند إلى الحنابلة في أن الغيبة إذا كانت بعذر لا تصلح كسبب لطلب التفريق[2]، القانون المصري يشترط أن يكون الغياب دون سبب شرعي لإمكانية طلب التطليق لان الزوج بذلك يكون متعمدا إيذائها لهذا إن كان مكانة معلومات و لم يستجيب لأعذار القاضي له طلق عليه حالا[3]، كما جاء كذلك نص الماجة 12 من نفس القانون أنه: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بعذر

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 44.

[2] أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، مصر، 1997، ص 107..

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجوائري، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 253.

مقبلو جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها باتنا إذا تضررت من بعده عنها و لو كان له مال نستطيع الإنفاق منه.

و حسب المادة 13 من القانون الساف الذكر فالمشرع المصري ميز بين طرفين، و هما حالة وصول الرسائل إلى الغائب و خالة عدم وصولها إليه، و منح كل حال حكما خاصا بها. [1]

نفس الشيء تناوله المشرع المغربي في الفصل 57 من الباب الثاني من م.أ.م إذا نس في الفصل 57/1 على أنه: إذ غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول جاز الزوجتة ان تطلب غلى القاضي تطليقها بائنا غذا تضررت من بعد عنها و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه إضافة إلى المشرع السوري في المادة 01/109 من ق.أ.ش.س اتلي تضمنت ما يلي: " إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو بحكم بعقوبة السجن أكثر من 03 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب و السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" أما في فقرتها الثانية فقد اعتبرته طلاقا رجعيا. [2]

ما يمكن ملاحظته أن أغلب التشريعات حددت مدة غياب التي يحق معها للزوجة طلب التفريق بسنة أو أكثر و ذلك عملا برأي المالية و من بينها المشرع الجزائري لكن هذا الأخير اختلف عن باقي التشريعات في إضافة لشرط ثلاث الذي يمكن في عدم ترك مال للزوجة لتنفق منه على فسها و أولادها، كما أنه لم يمزي بين الغائب معلوم مكانة و المجهول و لم يبين نوع الفرقة.

[1] المادتين 12 و 13 من قانون رقم 25 رقم لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

[2] الفصل 57 من مدونة الأسرة المغربية، نقلا عن نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 45-46.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض

إن العقوبة المالية لم يشرعها الإسلام، مقابل الأمور المعنوية إلا في أمور منصوص عليها، كبدل المتلفات، و إرش الأعضاء، و التعويض عن الضرر المادي الملحق بالغير، ودية القتل، فمثل هذه الأمور وردت بها نصوص، و ما عدا ذلك فالعقوبة في الإسلام بدنية لا مالية، والعقوبة المالية عن الأمور المعنوية هي من أثار الأنظمة الغربية.[1]

لكن بالرجوع إلى القاعدة العامة فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر وانطلاقا من المادة 124 من القانون المدني الجزائري فإن كل من أحدث ضرر للغير بخطئه يلزم بالتعويض، أما بالنسبة للتطليق هناك من يرى أن القاضي يحكم بالتطليق متى توفرت حالات المادة 53 و بالتعويض و نجد من يرى أن التطليق كافي لجبر الضرر سنتطرق لقرارات المحكمة العليا قبل صدور قانون الأسرة ثم نتطرق للمادة التي فصلت المسألة.

المطلب الأول: قرارات المحكمة العليا

جاء في قرار المحكمة العليا في 1989/03/27" كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض، فعلى فرض

1 . د. محمد سمارة . المرجع السابق . ص 350.

أن زوجها أضر بها و طلبت تطليقها منه من أجل هذا الإضرار و طلقت فهذا الإضرار هو الذي أتاح فرصة التطليق و لا تأخذ شيئا غيره كي لا تستفيد مرتين

الفرع الأول: رفض طلب التعويض

و لقد حددت المادة 52 من قانون الأسرة أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق زوجته و تعسف في طلاقه، و ينتج عن ذلك ضرر بمطلقته، و ليس الحال هنا كذلك فالزوجة هي التي طالبت بالتطليق".[1]

وجاء هذا الاجتهاد موفقا لأننا لا نجد في الشريعة الإسلامية ما يدل على حق المرأة في التعويض عن التطليق.و هو نفس القول بالنسبة للتعويض بسبب الطلاق التعسفي قول مبتدع محدث تأثرت فيه قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بالقوانين الوضعية الغربية، و قد ظن الباحثين أن للطلاق التعسفي مستندا من الشريعة الإسلامية التي أمرت بتمتيع المطلقات غير المدخول بهن إذا لم يفرض لهن مهر، قال تعالى: " و متعوهن على الموسع قدره و على المقتدر قدره متاع بالمعروف حقا على المحسنين"[2] و قوله في المطلقات عموما: " و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"[3]

وهذا القول ليس صحيح على إطلاقه، فإن فرض التعويض في الطلاق التعسفي نشأ عنه ضرر يفوق في كثير من الأحيان التعويض الذي تحصل عليه الزوجة،[4] نفس الشيء يقال حول التعويض عن التطليق.

1 . حمدي باشا عمر . دراسات قانونية مختلفة . دار هومة . ص 168.

2- الآية 236 . سورة البقرة

3. الآية 241 . سورة البقرة

4 . د. عمر سليمان الأشقر . المرجع السابق . ص 305.

الفرع الثاني: قبول طلب التعويض

و جاء في قرار في 1997/12/23 " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبق لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون" [1]

وبتاريخ 1997/10/19 أصدرت المحكمة حكما نهائيا فيما يخص الطلاق، بإلغاء عقد الزواج المبرم بين الطرفين قبل البناء و إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية، تعويضا قدره ألف دينار عن جميع الأضرار.

رفع الزوج طعنا بالنقض ضد الحكم أعلاه و قد أجابت المحكمة العليا عليه :

1. مسألة التطليق:

. أن الطاعن عقد على المدعى عليها منذ 1995/06/13 و لم يقم بإتمام الزواج منذ ذلك التاريخ، وهذه المدة الطويلة ألحقت ضررا ماديا و معنويا بالزوجة، و يكون الضرر المعتبر شرعا متوفرا طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة.

2. مسألة التعويض:

1 . حمدي باشا عمر . المرجع السابق . ص 168.

. طبقا للقواعد العامة، فإن من تسبب في الضرر يلزم بالتعويض عنه، و على ذلك فإنه بالإضافة إلى التطليق للضرر طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة فإن المنطق السليم يجعل التعويض واجبا لجبر الضرر الحاصل للزوجة سواء كان ماديا أم معنويا، فلا يكفي الحكم بالتطليق معناه أن العشرة الزوجية غير ممكنة بسبب إضرار الزوج بزوجته و لا يمكن تركها في تلك الوضعية المزرية حفاظا على كرامتها، و أن الضرر الحاصل يستوجب التعويض، و بالتالي فإن حكم المحكمة به جاء مطابقا للقانون.

بخصوص طعن الزوج أمام المحكمة العليا في الشق الخاص بالتعويض فإنه جاء مخالفا للمادة 57 من قانون الأسرة و المادة 1/231 من قانون الإجراءات المدنية.

فقد نصت المادة 57 من قانون الأسرة على أنه:"الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية"

و يعتبر التعويض المحكوم به لصالح المطعون ضدها من الجوانب المادية للحكم القاضي بالطلاق بمفهوم النص أعلاه.

كما نصت المادة 1/231 من قانون الإجراءات المدنية على أنه:

" فيما عدا ما استثني بنص خاص و مع المساس بالباب الرابع من هذا الكتاب، تختص المحكمة العليا بالفصل في :

. الطعون بالنقض المرفوعة ضد القرارات و الأحكام النهائية الصادرة من المجالس القضائية و المحاكم بجميع أنواعها...."

و يفهم من هذا النص أن الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم و القرارات الصادرة عن المجالس هي وحدها القابلة للطعن فيها بالنقض.

و بمفهوم المخالفة، فإن الأحكام الصادرة ابتدائيا من المحاكم، لا يجوز أن يطعن فيها بالنقض احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين، أي أنها قابلة للاستئناف و ما على الطاعن إلا رفع استئناف ضد الشق المتعلق بالتعويض لكونه صدر ابتدائيا، و لو قبلت المحكمة العليا طعنه بالنقض بخصوص ذلك الشق لحرمت المطعون ضدها درجة من درجات التقاضي و هي جهة الاستئناف.[1]

جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا " تطليق قبل البناء . تضررت الزوجة ماديا و معنويا . الحكم بتطليقها و بالتعويض . تطبيق صحيح القانون طبقا للمادة 6/53 من قانون الأسرة" [2]

و في القرار المؤرخ في 1999/06/15 و الذي جاء فيه ما يلي : " متى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها التعويض،وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظليم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون "[3]

1 . لحسين بن الشيخ آث ملويا . المرجع السابق . ص 347، 348.

2 . قرار في 1999/03/16. ملف رقم 217179 . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية . عدد خاص 2001.

3. باديس ذيابي . المرجع السابق . ص 50 ،51 .

جاء في القرار في الحكم الصادر عن محكمة عنابة في 2008/01/15 " حيث ثبت للمحكمة ان المدعية متضررة من تطليقها لأنه كان بسبب إدانة المدعى عليه بجرم ماس بشرف الأسرة و تضررها من ذلك واضح و ثابت و قد أساء لسمعتها و شرفها

و منه يتعين تعويضها بمبلغ خمسون ألف دينار عن كافة الأضرار"[1]

باستقراء مضمون هذه القرارات نستشف أن موقف المحكمة العليا غير مستقر بشأن قضية مدى جواز مطالبة الزوجة التي تمارس دعوى التطليق بحقها في التعويض.

فالقرار الأول ذهب إلى أن الزوجة التي تبادر بإقامة دعوى التطليق ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض، تأسيسا على أن إضرار زوجها بها هو أتاح لها فرصة التطليق و لا تأخذ شيئا غيره كي لا تستفيد مرتين.

في حين نجد أن القرارات الأخرى أجاز للزوجة التي تمارس دعوى التطليق أن تطالب بالتعويض مقابل الأضرار اللاحقة بها تأسيسا على نص المادة 55 من قانون الأسرة".[2]

المطلب الثاني: السلطة القاضي في ظل القانون 09/05

[1] . حكم صادر عن محكمة عنابة . مجلس قضاء عنابة . في 2008/01/15 . رقم الفهرس 08/0102.

2 . حمدي باشا عمر . المرجع السابق . ص 169.

إن المادة 53 مكرر من قانون رقم 09.05 الصادر في 2005/05/4 تنص "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة عن الضرر اللاحق بها ".

و بالتالي نجد أن هذه المادة وليدة القرارات المختلفة للمحكمة العليا، حسب قرارات المحكمة العليا التي ذكرناها. فالمادة تركت السلطة التقديرية للقاضي لم تحسم الاختلاف بل كرسته، إذا رأى القاضي تطليق المرأة وحده كافي لجبر الضرر فلا يحكم بالتعويض. و إذا رأى القاضي أن التطليق وحده غير كافي لجبر الضرر فله أن يحكم بالتعويض المناسب.

جاء في الحكم الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 2008/02/19 "حيث انه ينبغي الاستجابة لطلب المدعية الرامي للتعويض عن الضرر تطبيقا للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة مع تخفيض المبلغ المطالب به للحد المعقول"[1]

و جاء في الحكم الصادر عن محكمة الدرعان في 2008/06/16" ثبت للمحكمة أنه صدر حكم في 2007/12/1 يدين الزوج بجنحة الإهمال العائلي و يعاقبه ب 6 أشهر حبس نافذة و 20 ألف دج غرامة نافذة و تم تأييد الحكم بقرار في 2008/5/6

و تعديله إلى حذف عقوبة الحبس و إبقاء على الغرامة وفقا للإشهاد الصادر عن الغرفة الجزائية الثالثة بمجلس قضاء عنابة و المؤرخ في 2008/05/18 و بذلك تعد قد أثبتت ضررها وفقا للمادة 53 قانون الأسرة.

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

حيث أنه يتعين إلزامه بأن يدفع لها 60000 دج تعويض عن الضرر."[1]

ونجد كذلك بمجرد مخالفة شروط المادة 8 من قانون الأسرة يجوز للزوجة المطالبة بفك الرابطة الزوجية و حسب المادة 8 مكرر منه " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق" و بالرغم من اقتصار نص المادة على طلب التطليق في حالة عدم رضا إحدى الزوجتين . فإنه باستطاعتهن أن يطلبن التطليق و التعويض معا لأننا أمام ضرر يجب أن يجبر بالتعويض،[2] إن القاضي هنا مقيد بمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة.

1 . الحكم الصادر عن محكمة الدرعان . مجلس قضاء عنابة . في 2008/06/16 . رقم الفهرس 08/135 .

2 . لحسين بن الشيخ أث ملويا . المرجع السابق . ص 395، 396 .

أحدث الإسلام تغيرا جذريا في وضعية المرأة و ذلك بإحياء حقوقها الطبيعية و جعل مكانتها مرموقة في المجتمع فرفع من شأنها و صانها من الاستبداد و التعسف الذي كان يلحقها بعدما ضاعت حقوقها و فقدت كرامتها و تبخرت إنسانيتها، رغم كونها الأم، الزوجة و البنت.

ثم إن كان الطلاق من حق الرجل يتم بإرادته المنفردة متى شاء فللمرأة حق فك الرابطة الزوجية و يكون معيار ذلك الضرر المحدد في حالات المادة 53 من قانون الأسرة.

ليقوم القاضي بتطليق الزوجة و رفع الضرر عنها متى ثبت ذلك طبقا لما جاءت به أحكام الإسلام حيث جعلت للمرأة حقوق مثل ما للرجل و الله سبحانه و تعالى يقول: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ". و خاصة الفقه المالكي الذي توسع في الضرر الذي كان المرجع في الكثير من الحالات.

و ما يمكن أن نستنتجه في هذه الخاتمة من ملاحظات نختصرها فيما يلي :

أ ـ إن أحكام الأسرة في الإسلام واسعة ولا يمكن حصرها ضمن منظومة قانونية، فأحسن ما فعل المشرع الجزائري، و بهدف سد كل فراغ لجأ إلى الإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يرد يصدده نص في المادة 222 من قانون الأسرة.

ب ـ إن مذهب الإمام مالك بن أنس هو الأصل التشريعي لقانون الأسرة في الغالب الأعم.

ج ـ إن المشرع الجزائري جعل الضرر معيارا فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، في حالات المادة 53 من قانون الأسرة وهي كما يلي :

1- عدم الإنفاق هو ضرر يصيب الزوجة ، و قد اشترط المشرع الجزائري ضرورة وجود حكم قضائي يوجب الإنفاق و لم يحدد المدة التي لا ينفق الزوج عمدا و يقصد الإضرار بها، و إن كان قد ورد ذكرها في المادة 331 قانون عقوبات، لم يفرق المشرع بين :

أ ـ حالة عدم الإنفاق مع القدرة على ذلك عمدا.

ب ـ حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج.

ج ـ لم يفرق بين الزوجة الغنية و الفقيرة .

و جعل سلطة القاضي مقيدة بوجود حكم قضائي نهائي و لاحظنا توسع المذهب المالكي في النفقة الموجبة للتفريق.

2 ـ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج حسنا فعل المشرع الجزائري عندما أباح للزوجة طلب التطليق لكل عيب يمنع من تحقيق الهدف من الزواج دون تحديد أنواعها، فما كان في السابق علة مستعصية أصبحت اليوم تعالج بسهولة، كما أن تطور المجتمع أفرز أمراض كانت غير معروفة في السابق و أهمل ضرورة منح مهلة للزوج للشفاء لكن للقضاء سلطة تأجيل الفصل في دعوى التطليق لمهلة معقولة.

3ـ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، لابد من التأكد من ثلاثة شروط و هي:

أـ الركن المادي و اللاشرعي وهو الهجر في المضجع.

ب ـ الركن الزمني وهو الهجر لمدة أربعة أشهر متتالية غير منقطعة.

ج ـ الركن المعنوي و هو نية الإضرار بالزوجة و ليس نية الإصلاح

وتبقي السلطة التقديرية للقاضي المطلقة في الضرر لصعوبة الإثبات.

4 ـ الحكم بعقوبة على الزوج :فالمذهب المالكي حدد مدة الحبس بسنة ما يعادل الغياب لأكثر من سنة فالعبرة بالمدة التي تستطيع الزوجة الصبر على زوجها ،فالمشرع الجزائري قد نص على مدة السنة لكن في قانون05-09 المؤرخ في 4مايو2005 .حذف المشرع مدة السنة و لم يحددها بمدة معينة و أضاف أوصاف أخرى و هذا ما لا يتوافق مع توصل إليه الفقهاء من أن العبرة بالمدة التي لا تستطيع الزوجة الصبر على زوجها.فالمشرع يرى الضرر من الجريمة التي تكون ماسة بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجة، و بالتالي القاضي هنا مقيد بصدور حكم ضد الزوج.

5ـ غياب الزوج لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة رغم أن فقه المالكي يرى أن مجرد غياب الزوج عن زوجته مدة سنة يقع الضرر لأن المرأة تخاف على نفسها الوقوع في الزنا حتى إذا كان ينفق عليها فهذا لا ينفي الضرر المعنوي من بعد الزوج عن زوجته، لذلك

كان على المشرع الجزائري أن ينص أن غياب مدة سنة كافية لوقوع الضرر،و إثبات الغياب بكل الطرق القانونية.

6 ـ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة وبهذا المشرع أباح تعدد الزوجات و هو مطلب شرعي، شرعه الله سبحانه وتعالى، و من جهة قيده بشروط مذكورة في المادة أعلاه ، فالمشرع في هذه الحالة افترض الضرر رغم أنه يتأكد فيما بعد .

7ـ ارتكاب الفاحشة المبيتة فالمشرع الجزائري انفرد بنصه على هذه الحالة دون غيره من التشريعات العربية و الإسلامية، وعلى القاضي الاعتماد على معيار العقل السليم الذي يرفض الانحراف عن السلوك السوي و كذلك نظرة الدين و للقاضي هنا السلطة التقديرية في ذلك.

8ـ الشقاق المستمر بين الزوجين استحدثت هذه الفقرة في قانون 05. 09 المؤرخ في 04 مايو 2005 لم تكن فقرة مستقلة و جاءت نتيجة اجتهاد قضائي ولصعوبة معرفة الشخص المتضرر من الطرفين مما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة في إثبات الضرر.

9ـ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج هذه الفقرة استحدثت بقانون 05. 09 و مصدرها الشريعة الإسلامية و سلطة القاضي هنا مقيدة بمخالفة شروط الموجودة في عقد.

10ـ الضرر المعتبر شرعا: إن الباب مفتوحا للقاضي للبحث في الشريعة الإسلامية لأن الضرر لا يمكن حصره و يختلف من زمان ومكان حسب الظروف و الأمر تقديري للقاضي و هذه الفقرة تعتبر متنفس القاضي

وفي الأخير يجوز للقاضي الحكم بالتعويض عند الحكم بالتطليق حسب المادة 53 مكرر و هذا ما جاء به التعديل الأخير 09/05 المؤرخ في04 مايو 2005 وهذه المادة كرست اختلاف قرارات المحكمة العليا .

1- القران الكريم

2- الكتب:

1) أحمد نصر الجندي . الطلاق و التطليق و أثارهما . دار الكتب القانونية ، مصر .

2) باديس ذيابي . صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر . 2007 . دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر .

3) لحسين بن الشيخ أث ملويا . المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية . الجزء الأول . دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2006 .

4) عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، د.ط، ثالة للنشر و التوزيع، الجزائر، س.ن

5) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط01، جار ابن كثير، دمشق، 2010.

6) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تديل، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

7) عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط.

8) رمضان علي السيد الشربناصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية.

9) المجند، الطبيعة الثامنة، دار المشرق، بيرت، لبنان، توزيع مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

10) محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997.

11) عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة، الجزائري.

12) عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين لزوجين في الفقه الإسلامي.

13) الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، القاهرة.

14) عبد الكريم شهبون، مدونة الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط.

15) رمضان علي السيد الشربناصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية.

16) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج، الجزء الأول، 1986، المؤسسة الوطنية للكتاب.

17) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومة للطباعة.

18) بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط01، 2008.

19) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.

20) رمضان علي السيد سرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفقرة و حقوق الأولاد في افقه الإسلامي و القانون و القضاء، منشورات الحلبي القانونية، فرع أول، طبعة 2008.

21) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دردشات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009.

22) أبو عبد الرحمان، فضل الزوجات، ط 01، دار الحميضي للنشر و التوزيع، الرياض، 1991.

23) منصوري ثورة، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة و النشر، هين مليلة، الجزائر، 2012.

24) محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1997.

25) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1950.

26) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

27) بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، سطيف، 2008، ص 259-263.

28) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، دار الثقافة للنشر التوزيع، ط01، الأردن، 1999.

29) باديس ذيابي، قانون الاسرة الجزائري على ضوء الممارسة القضائية، ج 01، دار الهدى، الجزائر، 2012.

30) عبد العزيز سعد، قانون الإجراءات الجزائري في ثوبه الجديد، ط 02، دار هومة، 2009.

31) أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، مصر، 1997.

32) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

33) حمدي باشا عمر . دراسات قانونية مختلفة . دار هومة .

3- المجلات:

1) سميرة معاشي، مجلة المنتدى القانوني،/ دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بتاريخ أفريل 2009، العدد السادس.

2) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001.

4- الأطروحات:

1) اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون 2002.2003

2) مكتار جميلة، فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة، شهادة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مستغانم، 2016-2017.

3) يوسف عزيزية، التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2004/2003.

4) حفيظة فضله، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماجستير، جامعة سكيكدة، كلية الحقوق و العلوم السياسة.

5) اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2002-2003.

6) محفوظ بن صغير، الاجتهاد في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص فقه و أصوله، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، 2008-2009.

7) بوعافية حياة، التعويض بسبب التطليق بين التشريع و التطبيقات القضائية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018-2019.

8) نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

5- القوانين

1) قانون الأسرة

2) المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026 ك.ق. عدد 04 .

3) قانون المدني المعدل بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

4) قانون الأسرة جزائري، المعدل بموجب الأمر 05-02،/ المؤرخ في 2005/02/27.

5) قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعجل و المتمم بالأمر رقم 05-02.

6- الأوامر

1) أمر 02/05، المؤرخ في 18 مرحم عام 1426 الموافق ل 26 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ المواق ل 09 يونيو 1984م، و المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2005/02/27، العدد 15.

2) أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

7- القرارات:

1) القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، تحت رقم 34791، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

2) القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19، تحت رقم 34791، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1989.

3) القرار الصادر في 1999/05/18، ملف رقم 22134، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الخاص.

4) قرار في 1999/03/16. ملف رقم 217179 . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية . عدد خاص 2001.

8- الأحكام

1) حكم صادر عن نحكم بشار بتاريخ 1999/10/03 تحت رقم فهرس 99/640، غير منشور.

2) حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 1999/06/06 تحت رقم فهرس 99/362، غير منشور.

3) المحكم ة العليا غرفة القانون الخاص 1971/01/12، النشرة القضائية 1972، عدد 02.

4) قانون رقم 25 رقم لسنة 1929 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.

5) مدونة الأسرة المغربية.

6) . حكم صادر عن محكمة عنابة . مجلس قضاء عنابة . في 2008/01/15 . رقم الفهرس 08/0102

7) . حكم صادر عن محكمة عنابة . مجلس قضاء عنابة . بتاريخ 2008/02/19 . رقم الفهرس 08/928

8) . الحكم الصادر عن محكمة الدرعان مجلس قضاء عنابة في 2008/06/16 رقم الفهرس 08/135.

الإهداء

الشكر

المقدمة.....01

الفصل الأول: أسباب التطليق الواردة في المادة 53 من قانون ق.أ.ج.....04

المبحث الأول: ماهية التطليق 04

المطلب الأول: مفهوم التطليق 05

الفرع الأول: تعريف التطليق 05

الفرع الثاني: التعري اللغوي و الاصطلاحي للتطليق 07

المطلب الثاني: دليل مشروعيته و حكمه 08

الفرع الأول: دليل و مشروعية الطلاق 09

الفرع الثاني: طبيعته القانونية 12

المبحث الثاني: الأسباب الواردة في المادة 53 من ق. أ ج 16

المطلب الأول: الإخلال الالتزامات الزوجية و العائلية 16

الفرع الأول: التطليق بعد الإنفاق 17

الفرع الثاني: الهجر في المضجع فوق أربعة اشهر 26

المطلب الثاني: مخالفة الأحكام في قانون الأسرة الجزائري 40

الفرع الأول: التطليق المخالفة المادة 08 في حال التدليس 40

الفرع الثاني: مخالفة أحكام المادة 19 من ق. أ. ج 45

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في إيقاف التطليق و التعويض عن الضرر 49

المبحث الأول: سلطة القاضي في تقديم حالات التطليق 49

المطلب الأول: التفرقة بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية 49

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق 50
الفرع الثاني: التطليق لغياب الزوج 56
الفرع الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر..... 62
المطلب الثاني: التفرقة بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 67
الفرع الأول: موقف الشريعة من التعدد 67
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 68
المطلب الثالث: التفرقة بسبب الضرر.....70
الفرع الأول: عدم الإنفاق 70
الفرع الثاني: غيبة الزوج 74
المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض.....79
المطلب الأول: قرارات المحكمة العليا 79
الفرع الأول: رفض طلب التعويض 80
الفرع الثاني: قبول طلب التعويض 81
المطلب الثاني: السلطة القاضي في ظل القانون.....84
خاتمة.....87
قائمة مراجع.....90.

مـلخص

أن القانون منح للزوج الإرادة المطلقة لفك الرابطة الزوجية و لم يحرم المرأة هذا الحق بل فتح لها مجال الخلاص من زواج لم تسعد فيه، و معيار ذلك هو الضرر و استمد ذلك من الشريعة الإسلامية و كان المذهب المالكي الأرض الخصبة التي استمدت منه جميع قوانين الأسرة في الأقطار العربية منهم القانون الجزائري.

الكلمات المفتاحية: . 1-الضرر2- فك الرابطة الزوجية3-الزواج4-الطلاق5-قانون الأسرة 6-الإرادة

.

Master's Note Summary

the law granted the husband the absolute will to break the marital bond, and did not deprive the woman of this right, but rather opened the way for her to be saved from a marriage in which she was not happy. Arab countries, including Algerian law.

key words :. 1- Damage 2- Dissolution of the marital bond 3- Marriage 4- Divorce 5- Family Law 6- Will